



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

33

YIL:9, SAYI:33, OCAK 2018

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

YAYIN YÖNETMENİ/CHIEF EDITOR

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/EDITOR

Dr. Veli KARATAŞ

Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Mustafa ARTUÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Ahmet ŞANSAL

İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*

YAYIN TASARIM ve HAZIRLAMA/ PUBLISHING DESIGN&COORDINATION

Menekşe ÖRME

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/Ankara

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

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

Web: www.taa.gov.tr

BASKI

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

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

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

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

DANIŞMA KURULU*/ADVISORY BOARD

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

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

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Prof. Dr. Ersan ÖZ, Yrd. Doç. Dr. Ayşe ARMAĞAN.....	1
Yargı Organları Kararlarına Göre Vergi Kaçakçılığı Suçlarını Önlemede Adli Vergi Cezalarının Rolü	
<i>The Role of Forensic Exemplary Damages To Prevent Tax Insurance Charges According To Judicial Organization</i>	
Doç. Dr. Nedim MERİÇ, Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ.....	39
Taşınmaz Teminatının Üçüncü Kişi Alacaklının Alacağını Perdeleyip Takibi Semeresiz Bırakması Üzerine Bir İnceleme	
<i>A Research on the Immovable Guarantee Leave the Execution of Proceeding Without Result By Covering the Receipt of Third- Party Creditors</i>	
Yrd. Doç. Dr. Okan YILDIZ, Prof. Dr. Bayram UZUN, Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU.....	95
Tarım Arazilerinin Miras yoluyla İntikali ve Sağlararası İşlemlerle Devrine İlişkin Kısıtlamalar	
<i>Restrictions on Conveyancing of Agricultural Land Through The Instrument of Inheritance and Inter Vivos Operations</i>	
Yrd. Doç. Dr. Aynur HASOĞLU.....	123
Danıştay Kararları Işığında Yetki Ve Usulde Paralellik İlkesi	
<i>The Principle of Parallelism of Competence and Procedure Within The Light of Decisions of the Council of State</i>	
Yrd. Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL.....	143
Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması	
<i>Protecting Trade Secrets In Digital Media</i>	
Yrd. Doç. Dr. Berat Lale AKKUTAY.....	193
Ege Karasuları Sınırlandırmasında Adaların Etkisinin Uluslararası Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi	
<i>The Effect of Islands on Delimitation of Aegean Territorial Sea With Respect to International Law</i>	

Yrd. Doç. Dr. Doğa ELÇİN.....	211
Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun	
<i>Preliminary Question In Privarte International Law</i>	
Yrd. Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK, Yrd. Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ.....	243
Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılaması Hakkında Bir İnceleme	
<i>An Analysis Of The Criminal Court Of Enforcement Trials On The Issuance Of Dishounered Cheques</i>	
Yrd. Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN.....	283
Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk	
<i>Autonomous Cars And Liability</i>	
Yrd. Doç. Dr. Yasin POYRAZ, Arş. Gör. Figen TABANLI.....	303
Deniz Haydutluğuna Karşı Mücadelede Uluslararası Toplumun Çabaları	
<i>International Community's Efforts on Fighting with the Piracy</i>	
Yrd. Doç. Dr. Yılmaz YÖRDEM.....	347
6728 Sayılı Kanunla Çek Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Karşılıksız Çek Sorunsalı	
<i>The Changes In The Check Law on the Law No. 6728 and Problematic of the Kite Check</i>	
Dr. A. Vahap DARENDELİ.....	369
Sınır Aşan Görsel İşitsel Medya Hizmetlerinde Türk Yargı Yetkisi Ve 690 Sayılı Ohal Kanun Hükmünde Kararnamesi Düzenlemeleri	
<i>Turkish Jurisdiction on Trans-Boundary Invisible Visual Audio Media Services and State of Emergency Law Decree Regulations Number 690</i>	
Dr. Ahmet Fatih ÖZKAN.....	415
Anonim Şirketlerin Sözleşmeli Avukat Bulundurma Zorunluluğu	
<i>The Legal Requirement of Joint Stock Companies to Hire an Attorney</i>	

Dr. Hasan DURSUN.....	463
Amerika Birleşik Devletlerinde İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması	
<i>The Application of Legality Principle on Administrative Crime and Punishments in USA</i>	
Arş. Gör. Ayşenur OCAK.....	507
Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı	
<i>Balancing Rights: The Right To Be Forgotten v. Freedom of Expression</i>	
Arş. Gör. Eda ÇAKMAKKAYA.....	537
Adalet Sorununa Bir Bakış: Walter Benjamin ve Jacques Derrida Bağlamında Yasanın Şiddeti Üzerine	
<i>A Look on the Issue of Justice: On the Violence of Law in the Context of Walter Benjamin and Jacques Derrida</i>	
Arş. Gör. Elif ŞEN.....	557
Miras Hakkının ve Payının Devri	
<i>Conveyance of Decedent's Estates and Purpart</i>	
Arş. Gör. Fatma HIZIR.....	583
Türk Borçlar Kanunu Md. 473/ıı Kapsamında İş Sahibinin İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı	
<i>Right to grant the continuation of the work within the Turkish Code of Obligations Art. 473/II</i>	
Arş. Gör. Haşim ÖZPOLAT.....	609
Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri	
<i>Law on the Constitutional Applicants of the Constitutional Court</i>	
Arş. Gör. Işıl S. TEKDOĞAN BAHÇIVANCI.....	623
Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk	
<i>The Law Applicable to Non-Marital Cohabitation Forms</i>	

Arş. Gör. Kadir Can ÖZEL.....	685
Etik ve Etik - Hukuk Arasındaki İlişki	
<i>Ethics and The Relationship Between Ethics - Law</i>	
Arş. Gör. Nida ÇELİK ŞİMŞEK, Prof. Dr. Bayram UZUN.....	709
İptale Konu İmar Planı Uygulamalarında Geri Dönüş İşleminin İrdelenmesi	
<i>Analysis of Recovery Process in Zoning Plan Implementations Subjected to Annulment</i>	
Arş. Gör. Zeynep ALBAYRAK.....	721
Medeni Yargıda İnsan Bedeni Üzerine İnceleme	
<i>Examination on the Human Body In The Civil Procedure</i>	
İlhan GÜLEL.....	753
Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu	
<i>Crime of Fulfillment Rigging</i>	
Mustafa Serhat ŞEN, Mustafa Kamil ŞEN.....	785
Faizlerin Sınırlandırması Sorunu	
<i>The Problem Of Restricting Interest Rates</i>	
Nehare MECİT, Kemal MECİT.....	827
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Yargı Mensupları	
<i>Under The Decision by ECHR Freedom of Expression of the Public Officials and The Judiciary</i>	
Salim Yunus LOKMANOĞLU.....	863
İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı	
<i>Mediation Concept In The Light of Labor Courts Law</i>	

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

YARGI ORGANLARI KARARLARINA GÖRE VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINI ÖNLEMEDE ADLİ VERGİ CEZALARININ ROLÜ

*The Role of Forensic Exemplary Damages To Prevent Tax Insurance Charges
According To Judicial Organization*

Prof. Dr. Ersan ÖZ¹ - Yrd. Doç. Dr. Ayşe ARMAĞAN²

Geliş Tarihi: 05.09.2016

Kabul Tarihi: 13.11.2017

ÖZET

Toplumsal yaşamın gerektirdiği tutum ve davranışlara aykırı gerçekleşen eylem ve işlemlerin hukuksal ifadesine suç denilmektedir. Devlete karşı işlenen suçlar kapsamında yer alan vergi suçları vergi kaçırma fiili ile gerçekleşmektedir. Vergi suçlarına ilişkin yargı mercii de ceza mahkemelerinin yetkisindedir. Vergi cezalarının uygulanmasına ilişkin yapılacak usulve esaslar ceza hukuku genel prensipleri içinde değerlendirilmektedir. Çalışma kapsamında yargı organları kararlarına göre vergi kaçakçılığı suçları ve önlenmesi bakımından adli vergi cezalarının rolü üzerine değerlendirme ve önerilere yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Suçu, Vergi Kaçakçılığı, Adli Vergi Cezası, Vergi Davaları, Yargı Kararı

ABSTRACT

The legal expression of actions and transactions that are contrary to the attitudes and behaviors required by the social life are called crimes. The tax offences within the scope of offences against the state are realized by the tax evasion act. The judicial authority for tax offences is also the authority of the criminal courts. The procedures and principles to be followed regarding the application of tax penalties are evaluated within the general principles of criminal law. The study includes evaluations and recommendations on the role of judicial tax penalties in terms of tax evasion offences and prevention according to judicial organs' decisions.

Keywords: Tax Crime, Tax Evasion, Criminal Tax Penalty, Tax Cases, Judicial Decision

GİRİŞ

Sosyal bir varlık olan insanoğlunun toplu yaşama zorunluluğuna ve alışkanlığına sahip olmasına rağmen, zaman zaman toplum yapısını yönlendiren dini, ahlaki, ekonomik ve hukuki kurallara karşı koyma biçiminde davranışlar sergilediği görülmektedir. Toplumca tasvip edilmeyen bu tutum ve davranışlar sonucunda oluşan eylem ve işlemlerin yasal zemindeki ifadesine “suç” denilmektedir.

Devlete karşı işlenen suçlar kapsamında nitelendirilen vergi suçları genellikle vergi kaçırma fiili ile gerçekleşmektedir. VUK'ta üç grup halinde sayılan vergi kaçakçılığı fiilleri niteliğine göre para cezaları ve değişen sürelerle hürriyeti bağlayıcı cezalar şeklinde uygulanmaktadır. Ülkemizde 18 aydan 5 yıla kadar değişen hapis cezalarını içeren cezai müeyyidelerle ulaşılmak istenilen amaç; kişilerin suç işlemelerini önlenmek, tekrar bir vergi suçu işleme niyetinden

¹ Pamukkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-mail: ersanoz@pau.edu.tr

² Manisa Celal Bayar Üniversitesi, Salihli İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-mail: ayse.armagan@cbu.edu.tr

alikoymak ve caydırıcı etki oluşturmaktır. Ancak ülkemizde vergi cezalarının vergi suçu işlemede ve vergi kayıp ve kaçaklarını önlemede ne kadar etkin olduğu konusu üzerinde sürekli olarak tartışılmakta ve bu konuda çalışmalar sürdürülmektedir.

Vergi suçlarını yargılama yetkisi diğer suçlarda olduğu gibi ceza mahkemelerinin yetkisinde bulunmaktadır. Bu nedenle vergi cezalarının uygulanmasında uyulacak usul ve esaslar da ceza hukuku genel prensipleri dahilinde gerçekleştirilmektedir.

Çalışma kapsamında; vergi kaçakçılığı suçlarının önlenmesinde yargı organları kararları bakımından adli vergi cezalarının yeri, önemi, etkisi üzerinde teorik, hukuki, teknik ve istatistikî bilgi-veriler yardımıyla bir değerlendirme yapılmakta ve çözüm önerileri sunulmaktadır.

I. SUÇ KAVRAMI VE VERGİ SUÇLARI

Suç olgusu, insanların toplum halinde yaşamaları ile birlikte doğmuş ve dini, ahlaki, ekonomik ve sosyal yaşamın gereği olarak toplum tarafından onaylanmayan davranışlar olarak kabul edilmiştir. Ancak insan ilişkilerinin hukuk kurallarıyla düzenlenmesi gereği ile birlikte suç kavramı, hukuk kurallarının kabul etmediği davranışlar olarak nitelendirilmiştir³. Hukuk sistemimizde, suçlar ve uygulanacak cezai yaptırımlara ait düzenlemeler 5237 sayılı “*Türk Ceza Kanunu (TCK)*” ile yapılmıştır. 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı TCK’nın 6. maddesinde “*suç*” tanımlanmamış ancak 2. maddesinde “*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz*” şeklinde ifade edilmiştir. TCK’da suçlar; uluslararası suçlar, kişilere karşı suçlar, topluma karşı suçlar, millete ve devlete karşı suçlar olarak sınıflandırılmıştır.

Genel olarak vergi suçları topluma karşı işlenen suçlar kapsamındadır. Mali anlamda bir tanım getirilmesi durumunda ise, devletin milli muhasebe ve bütçesine karşı işlenen suçlara vergi suçları denilebilir. Vergi suçları geniş anlamıyla; “*VUK ile diğer vergi kanunlarında belirtilen görev ve ödev yükümlülüklerine, vergi mükellefleri veya vergi sorumlularının, cezayı gerektirecek bir şekilde aykırı hareket etmesi*” şeklinde ifade edilmektedir⁴. Vergi yükümlülüklerine aykırı hareket etmek olarak nitelenen vergi suçu sonucunda kamu düzeni bozulmakta, vergi güvenliği tehlikeye girmekte ve çoğunlukla vergi kaybı oluşabilmektedir (Bayraklı, 2011:13). Vergi suçu olarak kabul edilen vergi kaçakçılığı suçunda da vergi güvenliği tehlikeye

³ BAYRAKLI, H. Hüseyin, *Vergi Suç ve Kabahatleri*, Celepler Matbaacılık, 2. Baskı, Afyonkarahisar, 2011, s.5.

⁴ TOSUNER, Mehmet-ARIKAN Zeynep, *Vergi Usul Hukuku*, İzmir, 2007, s.265.

girdiği gibi vergi kaybı da doğabilmektedir ki vergi kaçırmada asıl amaç vergisel yükümlüklerin hiç yerine getirilmemesi ya da en aza indirgenmeye çalışılmasıdır. Özetle, daha az vergi ödeyerek karını artırmaktır. Bu bağlamda vergi suçu; “*sorumlu kişiler tarafından vergi kanunlarına aykırı olarak işlenen, devleti vergi kaybı tehlikesine uğratan, kamu düzenini bozan ve yaptırım öngörülen kanuni tarife uygun fiiller*” olmaktadır⁵. 213 sayılı VUK’da sayılan suçlar şunlardır:

a)Kaçakçılık suçu: VUK 359. maddesindeki fiillerin işlenmesi durumunda ortaya çıkan suçlardır. Bu suçlar, ilgili maddede fiilin ve bu fiillere verilecek cezanın ağırlığı bakımından üç gruba ayrılmıştır.

b)Vergi mahremiyetini ihlal suçu: VUK 5. maddesine göre vergi ile ilgili işlemlere çeşitli şekillerde katılmış olanların, mükelleflere ait bilgileri saklama yükümlülükleri bulunmaktadır. Kanuna göre vergi mahremiyetine uymak zorunda olan kişiler görevleri nedeniyle öğrendikleri mükellefin ve mükellefle ilgili kişilerin şahıslarına, işlem ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine ait sırları açıklayamazlar. Gizli bilgileri kendilerinin veya üçüncü kişilerin yararına kullanamazlar.

c)Mükelleflerin özel işlerini yapma suçu: VUK 363. maddesinde; VUK 5. maddesinde yazılı olan görevlilerin, yine VUK 6. maddesinde yazılı olan kişilerin mükellefiyetle ilgili hesap, yazı vb özel işlerini ücretsiz de olsa yapamazlar.

d)Haysiyet ve şerefe tecavüz (hakaret) suçu: VUK’un vergi mahremiyeti başlıklı 5. maddesinde; açıklanmasına izin verilen bilgiler yoluyla mükelleflerin haysiyet, şeref ve haklarına saldıramayacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu bu suçun düzenlenmesi ile vergi dairelerine asılan cetveller, işyerlerine asılan vergi levhasındaki bilgiler, mükelleflerin vergi tarihine esas olan beyanları, kesinleşen veya ödenmeyen vergi ve cezaları, adli ve idari soruşturma kapsamında verilen bilgi ve belgeleri açıklanan bilgiler olarak kabul edilmiştir⁶.

e) Ekim sayım beyanlarını denetlememe suçu: GVK’nın 54. maddesine göre; belirlenen işletme büyüklüğü ölçüsünü aşacak şekilde zirai faaliyette bulunan çiftçilere zirai işletmelerinin buldukları köy veya mahallerin muhtarlarına başvurarak her yılın Kasım ayında ekim sayım beyanında bulunmak zorundadırlar (VUK, md.243). Denetim ve bildirimde ait işlemlerden muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri birlikte sorumlu tutulmuşlardır. Muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri kendilerine verilen bu görevleri yerine getirmezlerse

⁵ CANDAN Turgut, *Danıştay Kararlarında Vergi Suçu Algılaması*, Vergi Sorunları Dergisi, S.233, Ankara, Şubat 2008, s.56.

⁶ ŞENYÜZ, Doğan, *Vergi Ceza Hukuku-Vergi Kabahatleri ve Suçları*, 7.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s.423.

suç işlemiş sayılırlar. Görevini ihmal veya suistimal eden muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri TCK'nın görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılmaktadır (VUK md.246/2).

II. VERGİ USUL KANUNU'NA GÖRE VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU

1961 yılında kabul edilen 213 sayılı VUK'da kaçakçılık suçu, 1998 tarih ve 4369 sayılı Kanunla 359. maddede yeniden düzenlenmiş ve bugünkü halini almıştır. Kanunda kaçakçılık suçunun kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. VUK'un 359. maddesinde düzenlenen suçlar, genel itibarıyla ceza hukukundaki sahtecilik suçlarının türleri olup, özel evrakta sahtekarlık suçuna yaklaşmaktadır⁷.

Kaçakçılık suçu önceleri zarar suçu niteliğinde iken bugün için tehlike suçu haline dönüştürülmüştür⁸. Suçun toplumsal açıdan değer taşıyan bir hukuksal yararın ihlali olarak kabul edilmesi de hukuksal yarara sadece zarar veren fiillerin değil, tehlikeye sokan fiillerin de cezalandırılmasını gerektirmiştir. VUK'un 359. maddesinin gerekçesine ve tartışmalarına bakıldığında kaçakçılık suçu, topluma karşı işlenen, mali sistemin, belge düzeninin ve mali otoritenin zayıflatılmasına hatta çökertilmesine yönelik bir suç olarak tespit edilmiştir. Bugünkü hali ile kaçakçılık suçu, tamamen ceza hukuku bağlamında kabul edilmiş bir suç tipidir⁹.

Vergi kaçakçılığının hapis cezasını gerektiren bir suç olması 1951 tarih ve 5815 sayılı Kanun ile sağlanmıştır¹⁰. Bu değişiklikte "*hileli vergi suçları*" VUK'a eklenmiştir¹¹. Yapılan değişikliklerle kasıtlı olmayan ve vergi ziyat bulunmayan fiillere de kaçakçılık ve hileli vergi suçlarına ait cezaların uygulanması söz konusu olmuştur. Böylece 5815 sayılı kanun, Ceza Kanunu'nun genel prensiplerinden de ayrılmıştır¹².

⁷ KÖŞŞEKOĞLU, Abdullah, *Vergi Usul Kanunu'nun 359/B Maddesinde Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu*, Adalet Dergisi, Sayı:39, Ocak, 2011, s.2.

⁸ YALTI, Billur Soydan, *İnsan Haklarının Vergi Hukuku Pratiği: Adil Yargılanma Hakkının Vergi Davalarında Uygulanabilirliği*, Vergi Dünyası Dergisi, S:254, Ekim 2002, s.51

⁹ KÖŞŞEKOĞLU, s.2.

¹⁰ Bu değişiklikte "*hileli vergi suçları*" VUK'a eklenmiştir. Kanunun ilk halinde olmadığı halde, hapis cezası getirme ve diğer cezaları ağırlaştırma nedeni Kanun gerekçesinde; "*5431 sayılı Gelir Vergisi'nin getirdiği sistem bu yıl uygulanmış ve 145 milyon tahmin edilen vergi 55 milyon tahakkuk etmiştir. Bunun başlıca nedeni ise, ABD, İngiltere, Almanya, Fransa, İsviçre gibi ülkelerde vergi kaçakçılığı hapis cezasını gerektiren bir suç olmasına rağmen, sistemimizin bundan yoksun olmasıdır.*" şeklinde açıklanmıştır

¹¹ BAYKARA Bekir, *Vergi Suçu Raporu ve Vergi Ceza Muhakemesindeki Yeri*, *Vergi Dünyası Dergisi*, Mayıs, 2004, Sayı:273, <http://www.vergidunyasi.com.tr/git.php?a=1&d=w&id=3334> Erişim: 10.11.2015.

¹² ITSÖ, *Vergi Usul Kanunundaki Son Tadilat Hakkında Raporlar ve Matbuattaki Akisler*, İstanbul Ticaret ve Sanayi Odası Gelir Vergisi Komisyonu Tarafından Hazırlanıp TOBB'a Gönderilen Rapor, İstanbul Matbaacılık T.A.O.-1952, s.9, <http://www.ito.org.tr/itoyayin/0014285.pdf> Erişim: 06.04.2017.

4369 sayılı Kanunla VUK'un 344. maddesindeki kaçakçılık suçunda yapılan değişiklikle; kaçakçılık suçunun oluşması için gerekli görülen "kasten" ibaresine yer verilmemiştir. Mükellef kasıtlı olmadığını iddia etse bile suç yine oluşacaktır. Ayrıca; kaçakçılık suçunun oluşması için "vergi ziyayı"nın varlığı gerekli görülmemiştir. Vergi ziyayı meydana gelse de gelmese de kanunda yazılı fiiller işlenmişse kaçakçılık suçu oluşmaktadır. Fiillerin tarh döneminden önce ortaya çıkarılması hali de kaçakçılık suçuna konu olmaktadır¹³.

Mali anlamda vergi kaçakçılığı vergilendirilebilir gelir veya serveti vergi idaresinin bilgisi dışında bırakmak ya da hileli işlemlere başvurarak vergi matrahının gizlenmesi amacıyla vergi yasalarına aykırı davranmayı nitelemektedir¹⁴. Kaçakçılık suçu, "vergi yükümlüsü veya sorumlusu tarafından kanunda yazılı fiillerle, devletin vergi alanında koymuş olduğu kuralları bozucu ve hukuk düzeninin kabul etmediği fiillere" denir. Bu tanıma göre bir fiilin kaçakçılık suçu olabilmesi için;

- Vergi yükümlüsü ve vergi sorumlusu tarafından işlenmesi,
- VUK'un 359. maddesinde belirtilen fiiller olması,
- Vergi düzeninin bozulması sonucunu doğurması,
- Hukuka aykırı fiiller olması gereklidir¹⁵.

TCK ve Kabahatler Kanunu (KK)'na uyum amacıyla 5728 sayılı yasayla yeniden düzenlenen VUK'un 359. maddesindeki kaçakçılık suçu, farklı cezaların öngörüldüğü birinci, ikinci ve üçüncü grup fiiller olmak üzere üç grup suç fiilinden oluşmuştur. Bunun nedeni; faildeki kastın yoğunluğu ile birlikte işlenen fiillerdeki hukuki ihlalin yoğunluğudur.

a) VUK 359/a'da Düzenlenen Birinci Grup Fiiller

VUK 359. maddesinin a bendinde sayılan birinci grup fiiller; vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunanların işledikleri aşağıda sayılı fiilleri bu gruptadır:

-Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak: Muhasebe hileleri; muhasebe sisteminden beklenen, işletmenin faaliyet ve sonuçlarının sağlıklı ve güvenilir biçimde tutulması amacına engel olan bilinçli ve kasten gerçekleştirilen¹⁶ fiillerdir. Suçun oluşması için hesap ve muhasebe hilesinin

¹³ BİLİCİ Nurettin, *Vergi Hukuku*, Seçkin Yayın, 31.Baskı, Ankara, Şubat 2013, s.124.

¹⁴ KÖŞŞEKOĞLU, s.2.

¹⁵ BAYRAKLI, s.58.

¹⁶ Yargıtay 11.Ceza Dairesinde defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak fiili ile ilgili incelenen temyiz dosyalarına ait 2012/29963 Esas ve 27.02.2014 tarihli 2014/3557 sayılı, 2013/17365 Esas ve 24.02.2014 tarihli 2014/3266 sayılı, 2012/12555 Esas ve 22.11.2013 tarihli 2013/17488 sayılı, 2012/23764 Esas ve 20.11.2013 tarihli 2013/17301

kayıt sistemi üzerinde yapılması şart olup, madde metninde “hesap ve muhasebe hilesi” kavramları anlam ve içerik olarak açıklanmamış ve bunların neler olduğu tek tek sayılmamıştır¹⁷.

-*Gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açmak,*

-*Defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmek:* Hesap ve işlemlerin, yasal defterler yerine özel defter, ajanda, takvim vb. kağıtlara geçirilerek vergi kaçırılması veya tutulması zorunlu olan defterlere kaydedilmesi gereken hesap ve işlemlerin hiçbir yere kaydedilmemesi halinde suç oluşmamaktadır¹⁸. Vergi kaçakçılık suçunun oluşması için vergi ziyanının gerçekleşmesi şartı aranmazken bu suç fiilinin oluşabilmesi için vergi ziyayı koşulu (vergi matrahında bir azalma) aranmıştır¹⁹.

-*Defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek ve gizlemek:* Defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek fiili, belge düzenine ilişkin kabul edilmekte ve iradi olarak vergi ödememek veya eksik ödemek amacıyla gerçekleştirildiği için kaçakçılık suçu olarak kabul edilmektedir. Tahrifat fiilinin kabul edilebilmesi için kanunlara göre tutulması veya düzenlenmesi zorunlu olan defter, kayıt ve belgeler üzerinde gerçekleştirilmesi²⁰ gerekmektedir²¹. Bu davalar Asliye Ceza Mahkemesine, Yargıtay’a ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na en fazla intikal eden dava türlerinden biridir.

sayılı (Taştan, 2015:405-408), 30.11.2016 tarihli 2016/4501 Esas ve 2016/7977 sayılı Karar (<http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasilstemciWeb/>) gibi birçok Yargıtay kararları bulunmaktadır.

¹⁷ TAŞTAN Mehmet, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 2015, s.28-30.

¹⁸ Yargıtay 11.Ceza Dairesi bu durumla ilgili olarak 17.09.2001 tarih ve 8138-8304 sayılı kararında şirketin yasal defterlerine kaydedilmeyip, yasal olmayan defterde takip edilen satışları saptanıp, sanığın vergi denetmenindeki beyanı da değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, soruşturmanın eksikliğine işaret eden bilirkişi raporuna dayanarak yazılı şekilde beraat kararı verilmesini kanuna aykırı bularak kararı bozmuştur (Yiğit, 2004:126).

¹⁹ YİĞİT Uğur, *Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, Beta Basım, 1.Baskı, Mart, 2004, s.126.

²⁰ Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 2001/11356 Esas ve 21.01.2002 tarihli 2001/317 sayılı kararında iki adet mal alış faturasının miktar ve tutarlarında tahrifat yapan sanığın eyleminin suç teşkil ettiğini açıklamıştır (Taştan, 2015: 36-40). Yine Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 2205 Esas ve 05.04.2001 tarihli 3019 sayılı kararında davaya konu olan bu fiilin suç olarak kabul edildiği belirtilmiştir (Yiğit, 2005:127).

²¹ TAŞTAN, s.36-40.

Defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçunun oluşabilmesi için ilgili maddede belirtilen şartların yerine getirilmesi zorunluluğu yanında belgelerin vergi incelemesi amacıyla VUK 139/2. maddesi usullerine uygun istenmiş, defter ve belgelerin belirlenen yasal süre içinde getirilmemiş ve ayrıca da geçerli bir mazeret veya mücbir sebep olmaksızın istenilen defter, kayıt ve belgelerin süresinde ibraz edilmemiş olması²² gerekmektedir²³.

-Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek ve bu belgeleri kullanmak: Asliye Ceza Mahkemelerine ve Yargıtay'a intikal eden en fazla dava türünden bir diğeri de muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek ve bu belgeleri kullanmak fiilleridir²⁴. VUK 359/a-2 maddesinde; gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge olarak tanımlanmıştır. Bu suçların oluşabilmesi için, suçun maddi unsurunu teşkil eden belgelerin vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerden olması gerekmektedir.

Sahte fatura düzenlemek ve kullanmak fiili ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek ve kullanmak fiilleri, farklı kabul edildiğinden birbirinden farklı şekilde hüküm kurularak değerlendirilmektedir²⁵. Yargı kararları incelendiğinde; muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek ve kullanmak fiilleri ülkemizde en fazla işlenen ikinci vergi suç türü konumundadır.

²² Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 2010/10496 Esas ve 2012/11400 sayılı kararında bu fiilin suç teşkil ettiği belirtilmiştir. Yargıtay sanığın, defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle 359/a-2 maddesi uyarınca cezalandırılmasını uygun bulmuş ancak defter ve belge olmaksızın beyanların yeniden hesaplanmak suretiyle vergilerin tarh ettirilerek buna bağlı olarak da cezalara hükmedilmesini hukuka uygun bulmamıştır. Yine Yargıtay 19.Ceza Dairesinin 25.11.2015 tarih ve 2015/8566 Esas No ve 2015/7828 sayılı kararında yasal olarak tutulması gereken defterlerin ibraz yükümlülüğünün mükelleflere ait olduğunu ve bu konuda muhasebecilerin bir sorumluluğu bulunmadığını belirterek sorumluluğun sınırlarına vurgu yapılmıştır.

²³ TAŞTAN, s.41-42.

²⁴ Danıştay 3. Dairesi'nin Esas No: 1991/2322 Esas No ve 17.12.1993 tarihli 1993/761 sayılı kararında "düzenlenen faturalarda birim satış fiyatlarını düşük göstermek suretiyle bir kısım hasılatın kayıt dışı bırakılması kaçakçılık cezası uygulanmasını gerektirir" denilerek bu fiil için hangi cezanın verileceği şu şekilde belirtilmiştir. Danıştay 3. Dairesi'nin bu kararında belirtilen fiilin suç kapsamında olduğu ve suçun gerektirdiği VUK'un 359/a-2 maddesine göre cezalandırılması gerektiği ve kabahat olarak nitelendirilemeyeceği anlaşılmaktadır.

²⁵ Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek fiili ile sahte belge düzenlemek ve kullanmak fiilinin farklı suçlar olduğu ve bu suçların birbirine dönüşmeyeceği Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 19.11.2015 tarihli 2015/14709 Esas No.lu ve 2015/7466 sayılı kararında belirtilmektedir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 2013/2579 Esas No ve 09.12.2014 tarihli 2014/21191 sayılı kararında da sahte fatura düzenlemek ve muhteviyatı itibariyle sahte fatura düzenlemek suçlarının birbirinden bağımsız suçlar olduğu belirtilmiştir.

b) VUK 359/b'de Düzenlenen İkinci Grup Fiiller

VUK 359. maddesinin b bendinde sayılan ikinci grup fiiller şunlardır;

-Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok etmek: Defter, kayıt ve belgelerin kısmen veya tamamen yok edilmesi, defter sayfalarının ortadan kaldırılması suçun maddi unsurudur. Yok etmek; defter, kayıt ve belgelerin maddi varlığını sona erdirmek, ortadan kaldırmak şeklinde yararlanılamayacak hale getirilmesidir. Suçun oluşması için yok etme fiilinin VUK gereğince tutulması ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belge olması, ayrıca VUK'da öngörülen saklama süresi içinde gerçekleşmiş olması gerekir²⁶.

-Defter sayfalarını yok ederek yerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak: Sayfaların yerine başka yapraklar konulması maddi unsurun oluşması açısından önemli görülmemektedir. VUK 359/b bendinde defterlerin bir bütün olarak tümünden yok edilmesi suç olmakla birlikte defterlerin bir veya birden fazla sayfasını yok ederek bunların yerine başka yapraklar koymak ya da hiç yaprak koymamak da birbirinden farklı suçlar olarak kabul edilmiştir. VUK 218. maddesinde; *"ciltli defterlerde, defter sayfalarının ciltten koparılamayacağı, tasdikli müteharrik yapraklarda bu yaprakların sırasının bozulamayacağı ve bunların yırtılamayacağı"* açıkça belirtilmiştir. Sayfası yok edilen defterin yasal olarak tutulması ve ibraz edilmesi gereken defterler olması zorunludur²⁷.

-Belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak: VUK'a göre, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belge olarak tanımlanmıştır. Sahte fatura düzenlemek ve kullanmak eylemi müteselsil suç kapsamında değerlendirilmektedir. Bu faturaların her kullanımı için ayrı suç oluşacak ve her biri için ayrı ceza gerekecektir²⁸.

c) VUK 359/c'de Düzenlenen Üçüncü Grup Fiiller

VUK 359. maddesinin c bendinde sayılan üçüncü grup fiiller; VUK hükümlerine göre ancak MB ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basmak veya bu belgeleri bilerek kullanmaktır. Bu suç 4369 sayılı Kanun öncesinde kaçakçılığa teşebbüs suçu olarak düzenlenmiştir. 4369 sayılı Kanun'un kabulüyle bu fiil 359. madde kapsamına alınmış ve kaçakçılık fiili olarak tanımlanmıştır.

²⁶ YİĞİT, s.143-144.

²⁷ TAŞTAN, s.77-78.

²⁸ ŞENYÜZ, s.399.

02.02.1985 tarih ve 18654 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım Ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik*”in 4. maddesinde; “*Belgelerin basım ve dağıtımını Bakanlık veya Defterdarlık ile matbaa işletmecileri arasında yapılacak bir anlaşmayla sağlanacaktır.*” denmektedir. Matbaa işletmecisi ile MB veya Defterdarlık arasında bu anlaşma olmadan veya herhangi bir sebeple anlaşması sonlanan ya da anlaşması feshedilmesine rağmen bu belgeleri basanlar VUK 359/c maddesindeki kaçakçılık fiilini işlemiş kabul edilmektedir²⁹.

III. VERGİ USUL KANUNU’NA GÖRE VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU İÇİN ÖNGÖRÜLEN CEZALAR

213 sayılı VUK’da yasalara uygun olmayan fiiller için fiilin ağırlığına göre cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Bu yaptırımlar vergi suçları için hürriyeti bağlayıcı, vergi kabahatleri için idari para cezaları, fiilin niteliğine göre hem adli hem idari para cezası şeklinde olabilmektedir.

Kaçakçılık suçlarına verilecek cezaları düzenleyen VUK 359. maddesinin a, b ve c bentlerinde sayılan fiilleri işleyen kişilere yine aynı Kanunun ilgili maddeleri ve hüküm bulunmayan hallerde de TCK hükümlerine göre cezalandırma işlemi yapılmaktadır. Vergi suçları hapis cezalarını gerektiren suçlar olduğu için adli nitelikli davalardır. VUK’da üç grupta sayılan vergi kaçakçılığı suçlarında; fiillerde yapılan gruplamaya bağlı olarak bu ihlallere karşı verilecek cezalar da farklı belirlenmiştir. Birinci grupta yer alan fiiller bilgiye ulaşma olanağını tümüyle ortadan kaldırmamakta buna karşın ikinci gruptaki fiiller vergi idaresinin bilgiye ulaşma olanağını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Fiillerin bu özelliklerinden dolayı verilen cezalar da farklılaşmıştır. Suçun fiilleri itibariyle öngörülmüş ağırlaştırıcı ve hafifletirici sebeplere yer verilmemiştir³⁰.

Adli vergi suçları kamu düzenini ihlal niteliği ağır basan ve devlet otoritesinin zaafa uğramasına sebep olacak fiiller olarak tanımlanmakta ve bu suçların yargılanması ve cezalandırılması ceza mahkemelerinin yetkisine girmektedir³¹. Adli nitelikli bu davalar için öncelikle Asliye Ceza Mahkemesine, istinaf için Bölge Adliye Mahkemesine, temyiz için ise Yargıtay’a başvurulmaktadır.

a) Birinci Grup Fiiller İçin Verilen Cezalar: VUK’un 359/a maddesinde düzenlenen birinci grupta sayılan fiilleri işleyenlere 18 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verilmektedir. Vergi kayıp ve kaçaklarına çok kolay imkan tanıyan yasal fırsatların önüne geçebilmek amacıyla 5904 sayılı Kanun’un

²⁹ Yiğit, s.153-154.

³⁰ Şenyüz, s.403.

³¹ KIZILOĞLU, Şükrü- ŞENYÜZ, Doğan-TAŞ, Metin, DÖNMEZ, Recai, *Vergi Hukuku*, 2.Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007, s.200 aktaran ÇOMAKLI-AK, *Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler*, 2013, s.128.

23. maddesiyle verilen hapis cezasının para cezasına çevrilebilmesi imkanı ortadan kaldırılmıştır.

b) İkinci Grup Fiiller İçin Verilen Cezalar: VUK'un 359. maddesinin b bendinde sayılan ikinci grup fiiller en ağır fiillerden kabul edilmektedir. Bu gruptaki fiilleri işleyenlere 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

c) Üçüncü Grup Fiiller İçin Verilen Cezalar: VUK'un 359. maddesinin c bendinde sayılan üçüncü grup fiillerin cezası 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır.

IV. ADLİ YARGIDA ELE ALINAN VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI

Türk vergi yargısında idari yargı organları dışındaki adli nitelikli vergi davaları yargı sistemimiz içerisinde ilk derece mahkemesi olarak Asliye Ceza Mahkemelerinde ve temyizden de Yargıtay'da görülmektedir.

A. Asliye Ceza Mahkemelerinde Görülen Vergi Suçu Davaları

Vergi suçları VUK 359/a, 359/b ve 359/c maddelerinde ayrı ayrı sayılmış olan ve ağırlığı itibariyle hapis cezalarını gerektiren suçlardır. Bugün için vergilerle ilgili kaçakçılık suçu en fazla 5 yıl ile sınırlı olduğundan kaçakçılık suçu açısından görevli mahkeme de Asliye Ceza Mahkemesi olup³², görülen vergi suçlarına ait dosyalar özel kanunlar uyarınca açılan davalar içinde sınıflandırılmaktadır. Asliye Ceza Mahkemesinde VUK'a muhalefetten dolayı açılan davaların yıllar itibariyle özel kanunlar uyarınca açılan davalar içindeki payı ve sayısı aşağıdaki tabloda verilmiştir.

³² ŞENYÜZ, s.347.

Tablo 1. Asliye Ceza Mahkemelerinde Özel Kanunlar Uyarınca Açılan Davalar İçinde Vergi Usul Kanunu'na Muhalefet Dava Sayısı ve Oranı (2004-2016)

Yıllar	TCK + Özel Kanunlar Uyarınca Açılan Davalar Toplamı	Özel Kanunlar Uyarınca Açılan Davalar	Vergi Usul Kanunu'na Muhalefetten Dava Sayısı	Özel Kanunlar Uyarınca Açılan Davalar Toplamı İçinde VUK'a Muhalefet Davalarının Payı (%)
2004	-	1.029.669	6432	0,6
2005	-	729.018	5420	0,7
2006	1.659.143	926.397	4.949	0,5
2007	1.920.862	1.182.181	7.000	0,6
2008	1.716.821	855.271	9.155	1,1
2009	3.093.019	1.069.712	14.874	1,4
2010	3.344.599	1.119.694	16.354	1,5
2011	3.191.147	851.913	12.947	1,5
2012	3.603.167	916.261	21.051	2,3
2013	3.388.613	562.345	28.073	5,0
2014	3.276.464	540.033	30.445	5,4
2015	3.226.012	542.336	23.781	4,4
2016	3.303.379	522.448	25.686	4,9

Kaynak: Adalet B., <http://www.adliscil.adalet.gov.tr> Erişim:21.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur.

Tablo 1'e göre VUK'da suç sayılan fiillerin özel kanunlar uyarınca açılan davalar toplamı içindeki payının 2013 yılında %5 ve 2014 yılında ise %5,4 oranına yükseldiği görülmektedir. Bu suçların 2004-2007 döneminde %1'in altında kaldığı, 2008-2011 döneminde ise %1,1-1,5 oranlarında gerçekleştiği görülmektedir. 2004 yılına göre 2016 yılında özel kanunlar uyarınca açılan davalar %50,7 oranına gerilerken adli nitelikteki vergi davalarında 2012 yılından itibaren yaklaşık 5 kat artış yaşanması önemli bir sorundur.

Asliye Ceza Mahkemelerinde özel kanunlar uyarınca açılan davalardaki suç dağılımları aşağıdaki tabloda verilmiştir.

Tablo 2. Asliye Ceza Mahkemelerinde Özel Kanunlar Uyarınca Açılan Davalardaki Suç Dağılımları (2006-2016)

İsnat Edilen Suç Türüne Ait Kanun	Açılan Davalardaki Suç Sayısı	Özel Kanunlar Uyarınca Açılan Davalar İçindeki Payı (%)									
		2006	2013	2014	2015	2016	2006	2013	2014	2015	2016
2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu	657.035	245.853	222.390	220.963	220.748	70,9	43,7	41,2	40,7	42,3	
5941 Sayılı Çek Kanunu	115.076	2.369	-	647	14.332	12,4	0,4	-	0,1	2,7	
5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kan.	11.965	72.150	86.356	82.177	56.380	1,3	12,8	16,0	15,2	10,8	
6136 Sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hk. Kanun	38.032	53.066	49.388	52.845	48.019	4,1	9,4	9,1	9,7	9,2	
213 Sayılı Vergi Usul K.	4.949	28.073	30.445	23.781	25.686	0,5	5,0	5,6	4,4	4,9	
Diğer Suçlar	99.340	160.834	151.454	161.923	157.283	10,8	28,7	28,1	29,9	30,1	
Özel Kanun. Uyarınca Açılan Davalar Top.	926.397	562.345	540.033	542.336	522.448	100	100	100	100	100	

Kaynak: Adalet Bakanlığı, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr> Erişim: 21.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur.

Tablo 2'den görüldüğü üzere 2006 yılında 11.sırada en fazla işlenen suçlar arasında yer alan VUK'a muhalefet suçları 2014 ve 2015 yılında 4. sıraya 2016 yılında ise beşinci sıraya yerleşmiştir. 2015 yılında 2014 yılına göre VUK'a muhalefetten dolayı Asliye Ceza Mahkemelerinde açılan davaların yaklaşık %22 oranında azaldığı, 2016 yılında ise %1,1 arttığı görülmektedir. Tablodan çıkarılabilecek en önemli sonuç ise Asliye Ceza Mahkemelerinin iş yükünü özellikle mali nitelikli suçların oluşturduğudur. Özel kanunlar uyarınca açılan davalar içinde İcra ve İflas Kanunu'na muhalefet suçları birinci sırayı almakta ve bu suçları Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na muhalefet suçları ile Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkındaki Kanuna muhalefet suçları takip etmektedir. Davaların türlerindeki değişim ülkemizin ekonomik, toplumsal, siyasal ve sosyal yapısındaki değişimlere bağlı olarak gelişim göstermektedir. Örneğin 2006 yılında %83,3 olan İcra ve İflas Kanunu'na ve Çek Kanunu'na muhalefet suçları 2015 yılında %40,8 oranına kadar inmiştir. Ancak son yıllarda ülkemizde yaşanan terör olaylarına bağlı suç oranlarında artış olduğu Asliye Ceza Mahkemeleri dosya sayılarından anlaşılmaktadır. Vergi suçlarının son yıllarda artış göstermesinde bu terör olaylarına bağlı olarak özellikle devlete olan güven ve devlete olan bağlılık psikolojisinin olumsuz etkisini görmek mümkündür.

Vergi davalarıyla ilgili olarak bölgeler arasında bir karşılaştırma açısından açılan dava sayılarına ait oranlar aşağıdaki tabloda verilmiştir.

Tablo 3. Asliye Ceza Mahkemelerinde Açılan Davaların Bölgeler İtibariyle Suç Dağılımları (2014-2016)

Bölgeler		Marmara	Ege	Akdeniz	Karadeniz	İç Anadolu	Doğu Anadolu	Güneydoğu Anadolu
Kanun Adı	Yıllar							
İcra ve İflas Kanunu	2014	44,0	57,6	36,9	51,6	46,0	14,0	10,8
	2015	41,8	57,6	40,7	50,6	44,0	14,4	11,9
	2016	38,8	57,7	43,6	51,5	52,0	16,0	14,3
Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu	2014	10,4	7,2	25,8	6,9	15,1	34,1	30,9
	2015	10,3	6,5	18,1	7,6	20,8	29,7	29,1
	2016	7,9	4,4	11,1	6,6	10,6	29,6	25,6
Ateşli Silahlar ve Bıçak. ile Diğer Aletler Hak.Kan.	2014	9,4	6,9	7,4	10,8	9,2	11,9	11,3
	2015	10,4	7,1	8,2	11,8	8,4	11,4	13,6
	2016	9,8	6,0	7,4	10,4	8,5	11,7	14,2
Vergi Usul Kanunu	2014	8,2	4,9	2,8	3,2	8,8	1,5	4,0
	2015	6,4	3,4	3,1	2,6	5,6	-	3,6
	2016	8,3	2,8	3,0	2,3	5,9	1,5	2,8
Elektronik Haberleşme Kanunu	2014	2,5	2,9	2,3	-	2,6	-	5,7
	2015	5,1	4,5	4,0	1,3	3,0	3,1	7,8
	2016	7,7	4,4	4,5	1,5	3,7	3,6	8,2
Terörle Mücadele Kanunu	2014	2,2	-	4,2	-	-	9,5	9,8
	2015	-	-	2,5	-	-	9,8	9,3
	2016	2,7	-	5,0	-	-	11,4	9,4

Kaynak: Adalet B., <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr> Erişim:21.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur

Asliye Ceza Mahkemelerinde açılan davaların bölgeler itibariyle suç dağılımları incelendiğinde bölgeler arasındaki farklılıkların ekonomik ve sosyal yapılarından kaynaklandığı söylenebilir. Tüm bölgelerde İcra ve İflas Kanunu'na ve Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na muhalefet suçlarının ilk iki sırayı aldığı tablo 3'den görülmektedir. 2016 yılında VUK'a muhalefet suçları Marmara Bölgesinde üçüncü sırada yer almaktadır. Bunun sebebi ise mükellef sayılarının fazlalığı ve bu bölgedeki etkin denetimlerin artışıdır. Akdeniz Bölgesi'nde vergi suçları nedeniyle açılan davalar %3'ler seviyesindedir. Özellikle turizm sektörünün yoğun olduğu Akdeniz Bölgesi'nde sektör teşviklerle desteklenmekte ve dolayısıyla denetimler de düzenli olarak yapılmaktadır. Ayrıca son yıllarda terör olaylarından olumsuz etkilenen sektör devlet tarafından ayrıca desteklenmektedir. Ege Bölgesi'nde 2014 yılında %4,9 oranla dördüncü sırada yer alan vergi suçu davaları 2015 yılında beşinci sıraya, 2016 yılında ise %2,8 oranına gerileyerek yedinci sıraya inmiştir. Bu önemli azalmanın sebebi ise Büyük Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlıklarının bu bölgelerdeki büyük ölçekli işletmeler üzerindeki denetimleridir. Doğu Anadolu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde vergi suçları diğer suçlara göre daha az işlenen suçlardandır. Bu bölgelerde terör olayları ekonomik hayatı

durma noktasına getirmiş ve mevcut faal işletmelerin karlılık durumlarını da olumsuz yönde etkilemiştir. Bu bölgelerde vergisel işlemlerin en az seviyelere inmesinin etkileri vergi kayıp ve kaçaklarına ve dolayısıyla vergi davalarına da yansımıştır. 2016 yılında genel olarak tüm bölgelerde (Marmara Bölgesi hariç) VUK'a muhalefet suçları dolayısıyla açılan dava sayılarında azalma söz konusudur. Bunun en önemli nedeni ise 15 Temmuz 2016 tarihinde ülkemizde yaşanan kalkışma olayının toplumsal sonucudur.

Aşağıdaki tabloda Asliye Ceza Mahkemelerinde görülen vergi suçu davalarının türleri itibariyle sayıları verilmiştir.

Tablo 4. Asliye Ceza Mahkemelerinde Vergi Usul Kanunu Uyarınca Açılan Davalardaki Suç Dağılımları (2009-2016)

Yıllar	359/a-1	359/a-2	359/b-1	359/b-2	359/c	362	363	353	Toplam
2009	542	4.448	9.346	410	-	105	14	9	14.874
2010	488	5.689	9.429	626	-	98	16	7	16.354
2011	500	3.998	7.750	617	-	67	10	4	12.947
2012	658	6.401	12.520	1.308	44	105	12	3	21.051
2013	737	8.509	16.462	2.193	39	112	18	3	28.073
2014	710	7.692	19.221	2.590	122	98	9	3	30.445
2015	729	6.918	13.123	2.920	35	36	2	18	23.781
2016	647	7.435	15.488	2.020	35	42	13	6	25.686

Kaynak: Adalet B., <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr> Erişim:21.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur

Tablo 4'e göre 213 sayılı VUK'a göre suç sayılan ve adli ceza gerektiren vergi suçlarının sırasıyla VUK 359/b-1, VUK 359/a-2, VUK 359/b-2, VUK 359/a-1 bendindeki suçlar oluşturmaktadır. Davaların daha çok, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek ve/veya kullanmak suçları ile vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunanları kapsayan suçlardan oluştuğu Asliye Ceza Mahkemelerine gelen dosyalardan anlaşılmaktadır. VUK'un 362. maddesi vergi mahremiyeti, 363. maddesi mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini yapmaları yasak edilen memurlardan bu yasağa aykırı harekette bulunanlar ve 353. maddesi de özel usulsüzlükleri kapsayan suçlar olarak Asliye Ceza Mahkemelerine intikal eden davalar arasında yer almaktadır. 2009 yılında adli nitelikli vergi suçları ile ilgili gelen dosya sayısı 2009 yılına göre 2014 yılında 2,05 kat, 2015 yılında ise 1,6 kat, 2016 yılında ise 1,7 kat oranında artış gerçekleşmiştir. Ancak 2014 yılına göre 2015 (%22) ve 2016 (%15,6) yıllarında vergi suçlarında bir azalma olduğu görülmektedir.

Ülkemizde sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanımı oldukça yaygındır. Mükelleflerin çok büyük bir bölümü ödeyeceği vergi tutarını (gelir, kurum, geçici, kar dağıtım stopajı ve KDV vb.) sahte belge kullanarak ayarlamaktadır. Sahte belgenin yoğun olarak kullanılması, kullanmayan mükelleflerin aleyhine rekabet ortamını olumsuz yönde etkilemekte ve bu mükellefleri de sahte belge kullanmaya yöneltmektedir. Karlılık oranının düşük olması ve rekabetin yoğun olması nedeniyle, mükellefler %18 oranındaki KDV'yi de kendisinde bırakmak istemektedir³³.

Sahte belge kullanımı ile mükellefler; belgesiz harcamaları belgeli hale getirmeyi, KDV indirim tutarını artırmayı ve haksız iade almayı amaçlamaktadırlar. KDV'nin en büyük özelliği indirim mekanizmasına sahip olmasıdır. Mükellefler, sahte belge kullanarak indirim konusu yapılacak KDV'nin tutarını yükseltip hesaplanan KDV'yi mahsup ederek vergi ödememek ya da daha az ödemek amacıyla sahte belge temin etmektedir. Haksız KDV iadesi almak amacıyla da sahte belge kullanılmaktadır. KDV ile sahte fatura komisyon tutarı arasında mükellef lehine çok büyük farklar tespit edilmiştir.

Ülkemizdeki kayıt dışı ekonominin büyüklüğü, sahte belge kullanımında önemli bir faktördür. Özellikle, tekstil, hububat, bakliyat, canlı hayvan, hurda metal ve inşaat sektörleri kayıt dışılığın ve sahte belge kullanımının en yoğun olduğu alanlardır. Bu sektörlerde sahte belge kullanılıyor olmasının sebebi, mükelleflerin vergi kaçırma niyeti yanında, rekabet koşulları ve bu sektörlerdeki belgelendirmeye ilişkin sorunlardır. Ayrıca sahte belge kullanımı ile mükellefler giderlerini ve maliyetlerini yükselterek daha az kazanç beyan edip daha düşük tutarda GV ve KV ödemektedirler. Bununla birlikte; grup şirketleri arasında zarar aktarımı yapmak ve KDV ödememek maksadıyla, şirketler arasında gerçek muamelelere dayanmayan mal ve hizmet satışlarına ilişkin sahte faturalar düzenlendiği de görülmektedir³⁴.

Sahte fatura kullanımı, mükelleflerin vergi ödememek için incelenme riskini göze alarak, başvurduğu kolay ve yaygın olarak kullanılan bir yöntem haline gelmiştir. Bu tür incelemelerin yoğunluğu karşısında, denetim elemanı sayısının yetersizliği, incelenme ihtimalinin düşük olması ile vergi dairesinin etkin olmaması gibi hususlar da sahte fatura kullanan mükellefleri cesaretlendirmektedir. Özellikle tarhiyat öncesi uzlaşmalarda, sahte belge kullanımına ilişkin raporlarda yer alan özel usulsüzlük ve vergi ziyayı cezaları %1-10 gibi çok düşük seviyelere indirilmekte ve çoğu zaman vergi aslından da indirim yapılmaktadır. Bu durum da mükellefleri sahte fatura kullanmaya teşvik etmektedir. Kullanılan sahte faturanın GV, KV ve KDV yönünden getirisi, uzlaşma sonucu ortaya çıkan vergi ve cezaların maliyetinden yüksektir. Sahte

³³ URAK, 2015

³⁴ URAK, 2015

belge kullanma inceleme sürecinin bizzat kendisi ve mükelleflerin standart hale gelen bu süreci önceden bilmesi de sahte belge kullanılmasının en büyük sebebi haline gelmiştir. VUK 359/b bendinde yer alan “sahte belge” konusu geniş kapsamlı bir konu olup vergi mükelleflerini ve devletin birçok kurumunu ilgilendirmektedir. GİB sahte belge düzenleme ve kullanımını engelleme ve tespiti adına risk analiz çalışmaları yapmaktadır. MB Özel Esaslar (Kod) uygulamasını geliştirmekte, merkez ve taşra teşkilatıyla mesaisinin büyük bölümünü bu konuya harcamaktadır. MB’nın denetim ve teftiş birimi olan VDK mesaisinin büyük bölümünü bu konuya harcamakta ve iş yükünün yaklaşık %90’ını sahte belge düzenleme ve kullanımı incelemelerine ayırmaktadır³⁵.

Sahte fatura kullanımının ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmesinin ve kullanılmasının önüne geçerek vergi kayıp ve kaçaklarını en aza indirebilmek amacıyla 2000’li yıllarda tüm dünyada e-fatura uygulamasına yönelik çalışmalar yapılmıştır. Avrupa’da elektronik fatura çalışmalarının yasal kaynağı 2001/115/EC KDV Direktifidir. AB’de e-faturalamada asıl amaç olan vergi kayıp ve kaçaklarını önlemekle birlikte kamu ve özel sektör harcama süreçlerinde etkinliğin ve kontrol düzeyinin artırılması sağlanmaktadır. Latin Amerika ülkelerinde de kayıt dışı ekonomi ile mücadele ve kaçakçılığı önleme çalışmalarının sonucu olarak e-fatura zorunlu tutulmuştur. Çoğu Asya ülkesi de vergi kayıp ve kaçaklarını engellemek amacıyla e-fatura değişimi konusunda yasal hazırlıklarını tamamlama aşamasındadır³⁶.

MB VEDOP projesi kapsamında e-fatura uygulamalarına da yer vermiştir. E-fatura uygulamasının, vergi kayıp ve kaçaklarına neden olan naylon, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge vb. kullanımının önlenmesi açısından caydırıcı bir mekanizma olacaktır. VUK’un mükerrer 242. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükmün MB’ye verdiği yetkiyle; düzenlenmesi, müşteriye verilmesi, müşteri tarafından da istenmesi ve alınması zorunlu olan faturanın, elektronik belge olarak düzenlenmesi, müşteriye elektronik ortamda iletilmesi ve elektronik ortamda muhafaza ve ibraz edilmesine ilişkin yapılan düzenlemeler ile oluşturulan e-fatura, yeni bir belge türü olmayıp, kağıt fatura ile aynı hukuki niteliklere sahiptir. e-faturanın, veri formatı ve standardı GİB tarafından belirlenmiş olup, satıcı ve alıcı arasındaki iletişim yine GİB üzerinden gerçekleştirilmektedir. e-fatura ve Mali Mühür uygulaması ile ilgili usul ve esaslar 05.03.2010 tarih ve 27512 sayılı RG’de yayınlanan 397 no.lu VUK Genel Tebliği ile belirlenmiştir. Tebliğde e-fatura uygulamasının sağlıklı bir biçimde gelişimini sağlamak amacı ile GİB uygulamanın kademeli bir biçimde yaygınlaştırılmasını planlamıştır. Başlangıç olarak, anonim ve limited şirket statüsünü haiz mükelleflerin uygulama kapsamında e-fatura gönderme ve/veya almasına izin verilmesi uygun görülmüştür. 22.6.2015 tarih ve 2015/60

³⁵ URAK, 2015

³⁶ BAĞRIYANIK, GİB, <https://www.innova.com.tr/>

no.lu Vergi Sirküleri ile de e-fatura kullanma ve e-defter tutma zorunluluğu getirilen mükelleflerin kapsamı genişletilmiştir.

B. Bölge Adliye Mahkemeleri'nde Vergi Suçu Davaları

Ülkemizde istinaf kanun yolu 26.9.2004 tarih ve 5236 sayılı “*Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*” ile 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Kanun ile açılmıştır. Bölge Adliye Mahkemeleri bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde, HSK'nın olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığı'nca kurulmaktadır. İstanbul, Ankara, İzmir, Antalya, Erzurum, Gaziantep ve Samsun olmak üzere 7 ilde kurulan Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesi ile temyiz incelemesi arasında, ikinci derece bir denetim mekanizması görevi üstlenmiş durumdadır. Bölge Adliye Mahkemelerinin görevleri ise kanunun 33. maddesinde sayılmıştır.

İlk derece mahkemesi kararı aleyhine önce istinaf kanun yoluna gidilir. İstinaf kanun yolu aşamasında verilen hüküm tarafları tatmin etmezse, istinaf aşamasından sonra istinaf mahkemesinin verdiği kararın özelliğine göre şartları varsa temyiz kanun yolu için Yargıtay'a başvuru yapılabilir. Ceza davaları için istinaf kanun yolu başvuru şartları Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK md.272-285), hukuk davası istinaf kanun yolu başvuru şartları ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir.

İstinaf mahkemesi, yapacağı istinaf incelemesi neticesinde ilk derece ceza mahkemesi kararı aleyhine yapılan istinaf başvurusunu esastan inceleyerek istinaf başvurusunun “*esastan reddine*”, “*düzeltilerek esastan reddine*”, “*hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden karar verilmek üzere yerel mahkemeye gönderilmesine*” ve “*davanın istinaf mahkemesinde yeniden görülmesine*” kararlarını verebilir. İstinaf mahkemesi ceza davası ile ilgili yeniden yaptığı yargılama neticesinde, “*esastan red*” ya da “*yeniden hüküm*” vermesi durumunda şartları varsa, istinaf mahkemesi kararı aleyhine Yargıtay'a temyiz başvurusu yapılabilir. İstinaf incelemesinden sonra kural olarak “*bozma*” dışında kalan tüm hükümler temyiz tabidir³⁷.

İstinaf mahkemesi, istinaf başvurusunu esastan inceledikten sonra, yerel mahkeme kararında önemli hukuka aykırılıklar olduğunu (CMK md. 289) tespit ederse, yerel mahkeme hükmünün bozulmasına ve davanın yerel mahkemede yeniden görülmesine karar verebilecektir. İstinaf mahkemesinin hükmü bozması üzerine, yerel mahkeme ceza davası ile ilgili yeniden yargılama yapmak zorundadır. İstinaf mahkemesinin bozma kararına karşı yerel mahkeme eski hükümde “*direnme kararı*” verememektedir (CMK md. 284).

³⁷ DOĞAN, Baran, Ceza İstinaf Kanun Yolu, 2015, <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/istinaf-nedir-cmk.html> Erişim: 21.06.2016.

Vergi suçlarında Asliye Ceza Mahkemeleri kararlarına karşı Bölge Adliye Mahkemelerinde istinaf yoluna başvurma yeni bir uygulamadır. Bu nedenle vergi suçlarında hapis cezası süresi 5 yıl (dahil) ile sınırlı kaldığından bu suçlara karşı Bölge Adliye Mahkemelerinde istinaf yolu takip edilecektir. Dolayısıyla vergi suçları bakımından Yargıtay'a başvuru yolu kanunda belirtilen çok sınırlı haller dışında kapanmış olmaktadır.

C. Yargıtay'da Görülen Vergi Suçları Davaları

Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin bakmakla görevli olduğu işler ve bu işlerin daireler arasındaki dağılımı Yargıtay Başkanlar Kurulunun İşbölümü kararları ile her yıl yeniden yapılmaktadır. 2014 yılında açılan yeni daireler ile birlikte iş bölümleri yeniden yapılmış ve bu tarihten itibaren 7. ve 11. Ceza Daireleri yanı sıra 19. Ceza Dairesi de vergi davalarına bakmaya başlamıştır. 2015 yılında yeniden yapılan iş bölümü ile bu dosyalar 21.Ceza Dairesine verilmiştir³⁸. 213 sayılı VUK'dan kaynaklanan işlere, 2016 yılında Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 12.02.2016 tarih ve 2016/1 sayılı kararı ile³⁹ ve 2017 yılı için Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 20.01.2017 tarih ve 2017/1 sayılı kararı ile 11. ve 21. Ceza Daireleri bakmakla görevlendirilmiştir⁴⁰. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 22.12.2016 tarihli ve 398 sayılı Kararı ile 13.04.2017 tarihinden geçerli olmak üzere 21. Ceza Dairesinin kapatılmasına karar verilmiş ve bu Daireye ait tüm işlerin anılan tarih itibarıyla 11. Ceza Dairesine devrine karar verilmiştir⁴¹.

Yargıtay 7., 11. ve 21. Ceza Dairelerine gelen dosyaların tamamını vergi davaları oluşturmamaktadır. Çünkü bu Dairelere vergi ile ilgili konuların yanı sıra verilen farklı dava dosyaları da bulunmaktadır. Adalet Bakanlığı istatistiklerinde ve Yargıtay ilgili Ceza Dairelerinde yapılan görüşmelerde, bakılan dosyaların içeriklerine veya konularına göre herhangi bir sınıflandırmanın yapılmadığı anlaşıldığından Yargıtay'a intikal eden toplam dosyalardan ne kadarının vergi davaları olduğu konusunda kesin bir bilgi bulunmamaktadır.

Tablo 5'e göre; Yargıtay 7. ve 11. Ceza Dairelerince bakılan vergi davalarında 2012 ve 2013 yılında gelen dosya sayısının Ceza Daireleri toplamı içindeki payı %13, 2014 yılındaki payı ise %14,8'dir. 2015 yılında yeni iş bölümü kararıyla birlikte eklenen 21.Ceza Dairesine gelen toplam dosya sayısı 52.817 olup, Ceza Daireleri toplamı içindeki payı %11,6 olarak hesaplanmıştır. 2015 yılı

³⁸ Yargıtay, <http://www.yargitay.gov.tr> Erişim: 11.05.2016.

³⁹ Yargıtay, <http://www.yargitay.gov.tr/documents/isbolumukararibgk2016.pdf>Erişim: 19.07.2017.

⁴⁰ Yargıtay, <http://www.yargitay.gov.tr/sayfa/dairelerin-is-bolumu/documents/isbolumu/isbolumukarar20012017.pdf> Erişim: 19.07.2017.

⁴¹ Yargıtay, <http://www.yargitay.gov.tr/sayfa/dairelerin-is-bolumu/documents/isbolumu/isbolumukarar22122016.pdf> Erişim: 19.07.2017.

İçin Yargıtay Ceza Dairelerinin tümüne gelen davaların yaklaşık %12'sini bu 7, 11 ve 21. Ceza Dairelerine gelen dosyaların oluşturduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay Hukuk Daireleri ve Ceza Dairelerine gelen davaların toplamında ise bu oranın %5 olduğu görülmektedir. 2016 yılında sadece 11 ve 21. Ceza Daireleri VUK'dan kaynaklanan işlere bakmıştır. 2016 yılında 11. Ceza Dairesinin iş yükü %4,5, 21. Ceza Dairesinin iş yükü ise %3,9 olarak hesaplanmıştır. 2015 yılına göre 11.Ceza Dairesinde %100'ün üzerinde bir iş yükü artışı söz konusudur. Bu artış 19.Ceza Dairesinde bulunan vergi dava dosyalarının 11. Ceza Dairesine devredilmesinden kaynaklanmaktadır.

Tablo 5. Yargıtay Ceza Dairelerinde Yıl İçinde Gelen Dosya Sayıları ve Ceza Daireleri İçindeki Payı (2012-2016)

Ceza Daireleri	2012		2013		2014		2015		2016	
	Gelen Dosya Sayısı	Ceza D. Top. İçin. Payı(%)	Gelen Dosya Sayısı	Ceza D. Top. İçin. Payı(%)	Gelen Dosya Sayısı	Ceza D. Top. İçin. Payı(%)	Gelen Dosya Sayısı	Ceza D. Top. İçin. Payı(%)	Gelen-Dosya Sayısı	Ceza D. Top. İçin. Payı(%)
Ceza Gen. Kurulu	355	0,1	841	0,2	855	0,2	1.259	0,3	1.460	0,5
1.Ceza D.	5.050	1,5	6.344	1,6	6.609	1,7	6.399	1,4	6.292	2,2
2.Ceza D.	14.893	4,3	37.257	9,6	38.492	9,7	18.564	4,1	20.040	6,9
3.Ceza D.	32.350	9,5	32.691	8,4	42.392	10,7	35.246	7,7	18.870	6,5
4.Ceza D.	38.425	11,2	42.450	10,9	55.585	14,1	29.035	6,4	19.117	6,6
5.Ceza D.	8.205	2,4	17.315	4,5	12.415	3,2	13.470	3,0	11.421	3,9
6.Ceza D.	48.959	14,3	35.827	9,2	15.590	3,9	9.797	2,2	7.624	2,6
7.Ceza D.	19.997	5,9	23.635	6,1	35.787	9,1	28.455	6,2	22.013	7,6
8.Ceza D.	21.778	6,4	20.178	5,2	38.706	9,8	16.233	3,6	12.950	4,5
9.Ceza D.	5.748	1,7	18.503	4,7	9.497	2,4	17.535	3,8	2.283	0,8
10.Ceza D.	38.197	11,2	14.247	3,6	15.196	3,9	6.050	1,3	3.513	1,2
11.Ceza D.	24.556	7,2	27.439	7,1	22.691	5,8	9.993	2,2	12.921	4,5
12.Ceza D.	19.092	5,6	30.410	7,8	23.519	6,0	17.256	3,8	13.209	4,6
13.Ceza D.	25.113	7,3	36.593	9,4	38.537	9,8	18.564	4,1	20.059	6,9
14.Ceza D.	18.690	5,5	11.896	3,1	12.419	3,2	10.309	2,3	13.205	4,6
15.Ceza D.	20.056	5,9	33.295	8,6	25.783	6,5	15.035	3,3	5.081	1,7
16.Ceza D.	-	-	-	-	-	-	8.840	1,9	7.570	2,6
17.Ceza D.	-	-	-	-	-	-	30.476	6,7	20.040	6,9
18.Ceza D.	-	-	-	-	-	-	45.249	9,9	19.001	6,5
19.Ceza D.	-	-	-	-	-	-	36.112	7,9	16.221	5,6
20.Ceza D.	-	-	-	-	-	-	16.634	3,6	3.055	1,1
21.Ceza D.	-	-	-	-	-	-	14.369	3,2	11.326	3,9
22.Ceza D.	-	-	-	-	-	-	30.070	6,6	9.525	3,3
23.Ceza D.	-	-	-	-	-	-	20.616	4,5	13.005	4,5
Ceza D.Top.	341.464	100	388.921	100	394.073	100	455.566	100	289.801	100
Yargıtay Genel Top.	507.044	-	895.402	-	955.203	-	1.004.281	-	806.488	-

Kaynak: Yargıtay, 2012, 2013, 2014 ve 2015 Faaliyet Raporları, <http://www.yargitay.gov.tr/sayfa/faaliyet-raporu> Erişim:24.05.2016 ve Adalet Bakanlığı, <http://www.adlilistflip/2016/index.html#/258> Erişim: 21.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur.

Aşağıdaki tabloda 2015-2016 dönemi itibarıyla Yargıtay Ceza Dairelerinin gelen, çıkan, devreden dava sayıları ve ortalama görülme süreleri gün olarak verilmiştir.

Tablo 6. 2015-2016 Dönemi İtibarıyla Yargıtay Ceza Dairelerinin İş Yükü

Daireler	Gelen Dosya Toplam		Çıkan Dosya Toplam		Çıkan Dosyalar/ Gelen Dosyalar Oranı (%)		Bir Sonraki Yıla Devir		Ortalama Görülme Süresi (Gün)	
	2015	2016	2015	2016	2015	2016	2015	2016	2015	2016
Ceza G.K.	2.112	3.049	523	2.156	24,8	70,7	1.589	893	493	247
1.Ceza	9.384	9.164	6.512	4.457	69,4	48,6	2.872	4.707	163	254
2.Ceza	46.374	42.367	24.047	17.882	51,9	42,2	22.327	24.485	424	444
3.Ceza	50.372	32.286	36.956	21.358	73,4	66,2	13.416	10.928	142	218
4.Ceza	94.268	72.522	40.863	15.708	43,3	21,7	53.405	56.814	611	1.139
5.Ceza	25.351	18.665	18.107	10.003	71,4	53,6	7.244	8.662	218	267
6.Ceza	61.503	22.595	46.532	7.422	75,7	32,8	14.971	15.173	426	721
7.Ceza	60.214	58.263	23.964	11.559	39,8	19,8	36.250	46.704	467	890
8.Ceza	33.213	19.987	26.176	12.413	78,8	62,1	7.037	7.574	204	207
9.Ceza	21.087	14.884	8.486	8.846	40,2	59,4	12.601	6.038	223	603
10.Ceza	47.985	18.005	33.493	4.373	69,8	24,3	14.492	13.632	514	1.284
11.Ceza	41.909	22.435	32.395	8.958	77,3	39,9	9.514	13.477	352	378
12.Ceza	32.181	25.775	19.615	13.794	61,0	53,5	12.566	11.981	268	327
13.Ceza	39.795	38.995	20.859	17.595	52,4	45,1	18.936	21.400	367	386
14.Ceza	24.226	25.123	12.308	8.781	50,8	35,0	11.918	16.342	411	463
15.Ceza	50.847	23.207	32.721	10.011	64,4	43,1	18.126	13.196	407	747
16.Ceza	8.840	11.057	5.353	7.745	60,6	70,0	3.487	3.312	88	160
17.Ceza	30.476	38.533	11.983	14.095	39,3	36,6	18.493	24.438	157	453
18.Ceza	45.249	49.851	14.399	20.083	31,8	40,3	30.850	29.768	186	853
19.Ceza	36.112	42.626	9.707	24.141	26,9	56,6	26.405	18.485	207	400
20.Ceza	16.634	14.288	5.401	6.146	32,5	43,0	11.233	8.142	184	758
21.Ceza	14.369	18.804	6.891	8.098	48,0	43,1	7.478	10.706	127	337
22.Ceza	30.070	29.853	9.742	29.853	32,4	100	20.328	-	184	186
23.Ceza	20.616	25.270	8.351	11.324	40,5	44,8	12.265	13.946	152	388
Ceza D. Top.	843.187	677.604	455.384	296.801	54	43,8	387.803	380.803	306	472

Kaynak: Yargıtay, <http://www.yargitay.gov.tr> Erişim:15.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur.

Tablo 6'ya göre; çıkan dosyaların gelen dosyalara oranı 2015 yılında %54, 2016 yılında %43,8 olarak gerçekleşmiştir. Genel olarak 2015 yılında yeni Dairelerin görev yapmaya başlamasıyla çıkan dosyaların toplam dosyalara oranında bir iyileşme söz konusu olmuş ve vergi dava dosyalarının bakıldığı 11. Ceza Dairesinde çıkan dosya oranı 2015 yılında %77,3 oranına çıkmıştır. Ancak Yargıtay'da vergi davalarının bakıldığı 21. Ceza Dairesinin 13.04.2017 tarihinde kapatılması kararı alınmasıyla birlikte 11. Ceza Dairesine devredilen dosyaların görülme oranı düşmeye başlamıştır. Bu rakamlar Yargıtay Ceza Dairelerinde dosyaların görülme oranının 2015 yılında %54'den 2016 yılında %43,8 oranına düşmesi Yargıtay üzerindeki iş yükünün ortalama olarak iki katın da üzerinde olduğunu kanıtlamaktadır. İş yükünün artışıyla birlikte davaların ortalama görülme sürelerini de 2015 yılında 306 gün iken 2016 yılında 472 güne çıkmak suretiyle artırmıştır. Yargıtay'daki bu iş yükünün artışıyla ülkemizde yaşanan 15 Temmuz 2016 tarihli "kalkışma"nın etkileri de gözardı edilmemelidir. Çünkü FETÖ yapılanmasıyla iltisak sebepleriyle açığa alınma, ihraç gibi durumlar nedeniyle yargıç sayısında azalmanın yükü artırmasının yanında, konuya ilişkin

yeni oluşan dosyalar nedeniyle de yük artışı yargılama sürelerini uzatmıştır.

Vergi dava dosyalarının durumu açısından bakıldığında da çok farklı bir sonucun olmadığı görülmektedir. Yargıtay'a taşınan vergi davalarında meydana gelen bu artışların temelinde artan hukuk bilinci gelmektedir. Özellikle serbest muhasebeci, mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleğinin gelişmesiyle birlikte mükelleflerin hakları daha bilinçli takip edilir hale gelmiştir. Örneğin; kanunların, yönetmelik, tebliğ vb gelişmelerin takip edilmesi, mükellef haklarının daha iyi bilinmesi, defter kayıt ve düzeninin standartlara bağlanması gibi gelişmeler haklı olduğunu düşünen mükellefleri daha üst mahkemelerde haklarını arama yoluna sevk etmektedir. Bu gelişmelerle birlikte mükellef sayılarındaki artışlar da bu davaların artmasında önemli rol oynamaktadır. Ayrıca temyiz makamlarının verdiği kararların daha çok davacı lehine gerçekleşmesi mükellefler açısından vergi idareleri ve mahkemeleri tarafından işlemlerin ve verilen kararların çoğunun hukuka aykırı olduğu kanaatini uyandırmaktadır. Bu nedenle mükellefler bu durumlarda vergi ödemek yerine yargısal süreçler sonunda vergi ödemeyi veya ödememeyi tercih etmektedirler.

1. Yedinci Ceza Dairesi

Vergi suçları ile ilgili temyiz dosyalarına bakmakla görevlendirilen Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2797 sayılı Yargıtay Yasası gereğince 11.05.1959 yılında kurulmuştur. Yargıtay 7. Ceza Dairesi; Özel Ceza Yasalarından veya KK'dan doğan ve başka dairelerin görev alanına girmeyen suçlar ve kararlara bakmaktadır. Aşağıdaki tabloda yıllar itibariyle 7. Ceza Dairesine gelen ve çıkan dosya sayıları verilmiştir.

Tablo 7. 7. Ceza Dairesine Gelen, Çıkan ve Devreden Dosya Sayıları (2000-2015)

Yıllar	Gelen Dosya			Çıkan Dosya Toplam	Çıkan Dosya/ Gelen Dosya (%)	Bir Sonraki Yıla Devreden	Devreden Dosya/ Gelen Dosyalara (%)
	Geçen Yıl. Devir	Yıl İçinde Gelen	Toplam				
2000	2.213	17.344	19.557	17.719	90,6	1.838	9,4
2001	1.838	18.829	20.667	20.404	98,7	263	1,3
2002	263	23.724	23.987	20.224	84,3	3.763	15,7
2003	3.763	21.523	25.286	13.108	51,8	12.178	48,2
2004	12.178	39.800	51.978	16.456	31,6	35.522	68,4
2005	35.522	18.478	54.000	22.188	41,1	31.812	58,9
2006	31.812	18.212	50.024	20.032	40	29.992	60
2007	29.992	18.392	48.384	11.987	24,7	36.397	75,3
2008	36.397	19.866	56.263	22.625	40,2	33.638	59,8
2009	33.638	21.185	54.823	16.175	29,5	38.648	70,5
2010	38.648	15.054	53.702	17.189	32	36.513	68
2011	36.513	13.120	49.633	27.361	55,1	22.272	44,9
2012	22.272	31.675	53.947	33.843	62,7	20.104	37,3
2013	19.997	23.635	43.632	25.316	58	18.315	42
2014	18.316	35.784	54.100	22.341	41,3	31.759	58,7
2015	31.759	28.455	60.214	23.964	39,8	36.250	60,2

Kaynak: Yargıtay, <http://www.yargitay.gov.tr> Erişim:15.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur.

Tablo 7'ye göre Yargıtay 7. Ceza Dairesinde bakılan davalarda yıllar itibariyle artış yaşandığı görülmektedir. 2000-2003 yıllarındaki dosya sayıları 2004 yılından itibaren iki katına yükselmiştir. 2004 yılından itibaren bir sonraki yıla devreden dosya sayısında önemli artışlar görülmektedir. Çıkan dosyaların gelen dosyalara oranına bakıldığında 2000-2002 döneminde %84,3-98,7 oranlarında dosyaların sonuçlandırıldığı ancak yıllar içinde %50 oranının altına indiği ve hatta 2007 yılında %24,7 oranına kadar düştüğü görülmektedir. Bu oranlarda ayrıca bir sonraki yıla devreden dosya sayısı ve bu dosyaların gelen dosya toplamları içindeki payları dikkate alındığında yıllar itibariyle bir artışın olduğunu görmek mümkündür. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin iş yükünün 2003 yılından itibaren büyük artışlar gösterdiğini kanıtlamaktadır.

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin baktığı davalar incelendiğinde davaların çoğunlukla; 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a muhalefet ile 10.07.2003 tarih ve 4926 sayılı Kanun ile 21.03.2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na muhalefetten oluştuğu görülmektedir. 200 adet dava dosyasının incelenmesi sonrasında; 4733 sayılı Kanun ve 4926 ile 5607 sayılı Kanuna muhalefet dolayısıyla açılan dava sayısının 96 adet, 4733 sayılı Kanuna muhalefet dolayısıyla açılan dava dosya sayısının ise 86 adet olduğu tespit edilmiştir. Bu suçların daha çok gümrük kaynaklı kayıt dışı ekonominin bir ayağı olması bakımından bu suçlar nedeniyle oluşan vergi kaybının da önemli boyutta olduğunu söylemek mümkündür.

2015 yılında 19. Ceza Dairesinin kurulmasıyla birlikte 7. Ceza Dairesinde bulunan vergi dava dosyaları Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 19.01.2015 tarih ve 2015/8 no.lu iş bölümü kararı ile 19. Daireye devredilmiştir⁴². Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 20.01.2017 tarih ve 2017/1 Sayılı İşbölümü kararı ile 2017 yılında kaçakçılık ve buna bağlı olarak işlenen evrakta sahtecilik suçlarından birlikte dava açılmış olması halinde temyiz incelemesinin 7. Ceza Dairesi tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır⁴³.

2. Onbirinci Ceza Dairesi

Vergi suçları ile ilgili temyiz dosyalarına bakmakla görevlendirilen bir diğer daire de Yargıtay 11. Ceza Dairesi'dir. 1994 yılında kurulan 11. Ceza Dairesi, kendisine verilen diğer görevlerle birlikte 213 sayılı VUK'dan kaynaklanan işler, resmi belgede sahtecilik, resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek, resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan, özel belgede sahtecilik, özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek gibi suçlara da bakmakla görevlendirilmiştir⁴⁴.

⁴² Yargıtay, 2015

⁴³ Yargıtay, 2017

⁴⁴ Yargıtay, <http://www.yargitay.gov.tr>

Aşağıdaki tabloda yıllar itibariyle 11. Ceza Dairesine gelen ve çıkan dosya sayıları verilmiştir.

Tablo 8. 11. Ceza Dairesine Gelen, Çıkan ve Devreden Dosya Sayıları (2000-2016)

Yıllar	Gelen Dosya			Çıkan Dosya Toplam	Çıkan Dosya/ Gelen Toplam Dosya (%)	Bir Sonraki Yıla Devreden	Devreden Dosya/ Gelen Toplam Dosya (%)
	Geçen Yıl. Devir	Yıl İçinde Gelen	Toplam				
2000	212	6341	6.553	5773	88,1	780	11,9
2001	780	11.803	12.583	11.903	94,6	680	5,4
2002	680	14.728	15.408	10.590	68,7	4.818	31,3
2003	4.818	17.174	21.992	10.075	45,8	11.917	54,2
2004	11.916	11.633	23.549	10.241	43,5	13.308	56,5
2005	13.307	12.326	25.633	14.359	56	11.274	44
2006	11.274	9.124	20.398	10.595	51,9	9.803	48,1
2007	9.803	10.104	19.907	9.559	48	10.348	52
2008	10.348	21.964	32.312	15.041	46,5	17.271	53,5
2009	17.271	23.874	41.145	17.068	41,5	24.077	58,5
2010	24.077	17.783	41.860	15.308	36,6	26.552	63,4
2011	26.552	13.893	40.445	24.294	60	16.151	40
2012	16.151	31.089	47.240	22.691	48	24.549	52
2013	24.556	27.439	51.995	20.262	38,9	31.733	61,1
2014	31.733	22.691	54.424	22.508	41,4	31.916	58,6
2015	31.916	9.993	41.909	32.395	77,3	9.514	22,7
2016	9.514	12.921	22.435	8.958	39,9	13.477	60,1

Kaynak: Yargıtay, <http://www.yargitay.gov.tr> Erişim:15.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur.

Tablo 8'e göre Yargıtay 11. Ceza Dairesinde bakılan davalarda yıllar itibariyle artış yaşandığı görülmektedir. 2000 yılından sonra dosya sayılarının 2 kat artarak devam ettiği ve 2014 yılında 2000 yılına göre dosya sayısının 8,3 kat artarak 6.553 dosyadan 54.424 dosyaya çıktığı görülmektedir. 2000 yılından itibaren bir sonraki yıla devreden dosya sayısında da önemli artışlar gerçekleşmiştir. 2000 yılında devreden dosya sayısı 780 iken 2015 yılında bu rakam 31.916 dosyaya ulaşmıştır. Bu artış oransal olarak devreden dosya sayısının bir önceki yıla göre 41 kat arttığını göstermektedir.

Çıkan dosyaların gelen dosyalara oranına bakıldığında; 2000 yılında %88,1, 2001 yılında ise %94,6 oranlarında dosyaların sonuçlandırıldığı ve yıllar içinde %50 oranının altına indiği ve hatta 2010 yılında %36,6 oranına kadar düştüğü görülmektedir. Ayrıca bir sonraki yıla devreden dosya sayısı ve bu dosyaların gelen dosya toplamı içindeki payları dikkate alındığında yıllar itibariyle bir artışın olduğunu görmek mümkündür. Bu oranlar Yargıtay 11. Ceza Dairesinin iş yükünün 2002 yılından itibaren büyük artışlar gösterdiğini kanıtlamaktadır. Kaydedilen bu artışlar sonrasında Yargıtay'da yeni Daireler kurulmuş ve mevcut Dairelerdeki dosyalar yeni Dairelere verilerek iş yükü hafifletilmeye çalışılmıştır.

2015 yılında 19. Ceza Dairesinin kurulmasıyla birlikte 11. Ceza Dairesinde bulunan vergi dava dosyaları Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 19.01.2015 tarih ve 2015/8 no.lu iş bölümü kararı ile 19. Ceza Dairesine devredilmiştir⁴⁵.

⁴⁵ Yargıtay, 2015

Ancak 2016 yılında Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 2016/1 sayılı ve 12.02.2016 tarihli kararı gereğince 19. Ceza Dairesi'nin arşivinde bulunan 213 sayılı VUK'dan kaynaklanan işlere ait dava dosyaları ise ½ oranında tekrar 11. Ceza Dairesi'ne devredilmiştir⁴⁶. Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 20.01.2017 tarih ve 2017/1 Sayılı İşbölümü kararı ile 2017 yılında 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'ndan kaynaklanan işlerin ½'sinin 11.Ceza Dairesi tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁷.

3. Yirmibirinci Ceza Dairesi

Yargıtay Ceza Dairelerinin iş yoğunluğu sonrasında 2014 yılında 15 adet Ceza Dairesine ilave olarak 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 ve 23.Ceza Daireleri kurulmuştur. 2016 yılında Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 2016/1 sayılı ve 12.02.2016 tarihli kararı gereğince 19. Ceza Dairesi'nin arşivinde bulunan 213 sayılı VUK'dan kaynaklanan işlere ait dava dosyaları ise ½ oranında 21. Ceza Dairesi'ne devredilmiştir⁴⁸.

Tablo 9. 21. Ceza Dairesine Gelen, Çıkan ve Devreden Dosya Sayıları (2015-2016)

Yıllar	Gelen Dosya			Çıkan Dosya Toplam	Çıkan Dosyalar/ Gelen Toplam Dosyalar (%)	Bir Sonraki Yıla Devreden	Devreden Dosyalar/ Gelen Toplam Dosyalar (%)
	Geçen Yılda Devir	Yıl içinde Gelen	Toplam				
2015	-	14.369	14.369	6.891	48	7.478	52
2016	7.478	11.326	18.804	8.098	43,1	10.706	56,9

Kaynak: Yargıtay, <http://www.yargitay.gov.tr> Erişim:15.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur.

Tablo 9'a göre 2015 yılında göreve başlayan Yargıtay 21. Ceza Dairesine yıl içinde gelen dosya sayısı 14.369 adettir. Bu dosyaların yıl içinde %48'i sonuçlandırılmış kalan %52 oranında dosya ise bir sonraki yıla devretmiştir. 2016 yılında çıkan dosyaların gelen toplam dosyalara oranı %43,1'e inmiş, devreden dosya sayısı %56,9'a çıkmıştır.

6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen Geçici 15. madde uyarınca, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 23.07.2016 tarih ve 29779-2 mükerrer sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 22.12.2016 tarih ve 398 sayılı Kararıyla 21. Ceza Dairesinin 13.04.2017 tarihinden geçerli olmak üzere kapatılmasına karar verilmiştir. Ancak belirlenen tarihe kadar Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 20.01.2017 tarih ve 2017/1 sayılı İşbölümü kararıyla 2017 yılında VUK'dan kaynaklanan işlerin ½'sinin 21. Ceza Dairesi tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁹.

⁴⁶ Yargıtay, 2016

⁴⁷ Yargıtay, 2017

⁴⁸ Yargıtay, 2016

⁴⁹ Yargıtay, 2017

4. Yargıtay Ceza Genel Kurulu

04.02.1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 7. maddesinde Ceza Genel Kurulu'nun, ceza dairelerinin başkan ve üyelerinden oluşacağı belirtilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun görevleri Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinde sayılmıştır.

Vergi mahkemeleri ile ilgili Yargıtay Ceza Daireleri arasındaki uyuşmazlık sonrasında Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na intikal eden vergi davalarının tüm davalar içindeki sayısının çok fazla olmadığını söylemek mümkündür. 2000-2015 döneminde vergi davaları ile bu Kurul'a intikal eden dosya sayısı Yargıtay emsal karar sorgulama sayfasında yayınlanan kararlar dikkate alındığında sayının 36 olduğu görülmektedir⁵⁰.

V. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI İÇİN ADLİ YARGIDA VERİLEN KARARLAR

Vergi suçları karşılığında; verilecek cezalar 359. maddesinde belirtilmiştir. Vergi suçları hapis cezalarını gerektiren suçlar olduğu için adli nitelikli davalar olup, bu davalar için öncelikle Asliye Ceza Mahkemesine, temyiz için ise Yargıtay'a başvurulmaktadır.

A. Asliye Ceza Mahkemesi'nde Vergi Kaçakçılığı Suçları İçin Verilen Kararlar

Türk vergi yargı sisteminde adli nitelikli vergi suçlarının yargılanması ve cezalandırılması ceza mahkemelerinin yetkisine girmektedir⁵¹. Hürriyeti bağlayıcı adli nitelikteki ve kişilerin mahkûmiyeti kararı neticesinde hapis cezası verilmesini gerektiren vergi davaları Asliye Ceza Mahkemelerinin görev alanında yer almaktadır. Asliye Ceza Mahkemesi hakimleri vergi ile ilgili davaları, bilirkişi raporları ve Cumhuriyet Savcılığının düzenlediği Vergi Suçu Raporunu dikkate alarak sonuçlandırmaktadır.

Asliye Ceza Mahkemelerinin vergi davaları ile ilgili adli nitelikli davalara ait mahkûmiyet, beraat, düşme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve diğer kararlara ait rakamlar aşağıdaki tablolarda verilmiştir.

⁵⁰ Yargıtay, <http://www.yargitay.gov.tr>

⁵¹ ÇOMAKLI Şafak Ertan, Ahmet AK, *Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler*, Erzurum Barosu, Yayın No:5, 1.Baskı, Erzurum, 2013, s.128.

Tablo 10. Asliye Ceza Mahkemelerinde Verilen Kararlar (2005-2016)

Yıl	Mahkumiyet		Beraat		Düşme		Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması		Diğer Kararlar		Toplam
	Sayısı	Top. İçin. (%)	Sayısı	Top. İçin. (%)	Sayısı	Top. İçin. (%)	Sayısı	Top. İçin. (%)	Sayısı	Top. İçin. (%)	
2005	4.156	45,6	1.493	16,4	1.224	13,4	-	-	2.242	24,6	9.115
2006	4.236	48,3	1.270	14,5	58	0,6	-	-	3.202	36,5	8.766
2007	4.012	41,9	1.995	20,8	43	0,4	-	-	3.535	36,9	9.585
2008	3.744	35,2	1.468	13,8	51	0,4	-	-	5.374	50,5	10.637
2009	5.882	44,3	1.820	13,7	-	-	-	-	5.572	42	13.274
2010	6.235	41,8	2.452	16,5	-	-	-	-	6.214	41,7	14.901
2011	7.828	45,5	3.799	22,1	-	-	-	-	5.576	32,4	17.203
2012	10.309	49,6	3.161	15,2	-	-	-	-	7.312	35,2	20.782
2013	16.419	56,2	4.474	15,3	-	-	-	-	8.316	28,5	29.209
2014	17.998	57,3	6.001	19,1	-	-	3.590	11,4	3.815	12,2	31.404
2015	19.610	59,3	6.722	20,3	-	-	3.175	9,6	3.563	10,8	33.070
2016	16.407	59,4	5.718	20,7	-	-	2.258	8,2	3.222	11,7	27.605

Kaynak: Adalet B., <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr> Erişim:15.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur.

Tablo 10'dan görüleceği gibi 2005 yılında 9.115 adet karardan 4.156 adedi mahkumiyet iken 2015 yılında 33.070 adet karardan 19.610 adedi mahkumiyet olarak gerçekleşmiştir. Oransal olarak hesaplandığında bu rakamlar 2005 yılında %45,6 iken 2013 yılında %56,2, 2014 yılında %57,3, 2016 yılında ise %59,4 olarak tespit edilmiştir. Bu oransal ifade vergi suçları ile ilgili verilen kararların son 10 yılda yarısından fazlasının ve hatta 2016 yılında %60'a yakın bir oranla mahkûmiyet şeklinde gerçekleştiğini göstermektedir.

Beraat kararları açısından durum değerlendirildiğinde; 2005 yılında verilen kararların %16,4, 2014 yılında %19,1, 2016 yılında ise %20,7 oranında gerçekleştiği görülmektedir. 2016 yılı için beraat kararı oranı (%20 ,7) ile mahkûmiyet kararı oranı (%59,4) karşılaştırıldığında arada önemli düzeyde farklılık olduğu görülmektedir. Asliye Ceza Mahkemelerinde verilen mahkûmiyet kararının (kişilerin hapis cezası ile cezalandırılması) bu denli fazla verilerek suçlu bulunmaları; vergi kayıp ve kaçakları ile mücadelede özellikle vergi kaçırma suçları konusunda idarelerin ve siyasilerin konu üzerinde önemle ve kararlılıkla durmasının, ciddi tedbirlerin alınmasının, denetimlerin belli standartlarda sıklıkla ve etkin bir şekilde uygulanmasının, denetimlerde alan odaklı bir denetimden ziyade teknolojik alt yapıya dayalı olarak geliştirilen risk analizi sisteminin kullanılmasının bir sonucudur.

Tablo 10'da son 12 yıl içinde ülkemizde vergi kaçırma suçlarının sayısının önemli derecede arttığını ve vergi kayıp ve kaçakları konusunda alınan önlemlerin kişilerin vergi kaçırma yönündeki isteğini azaltmadığı hatta artırdığını söylemek mümkündür. Ayrıca vergi kaçırma iddia edilerek adli

yargıya intikal eden ve nihayetinde mahkûmiyet kararıyla sonuçlanan vergi kaçakçılığı suç oranının 2016 yılı için %59,4 düzeyinde olduğu tablodan çıkarılabilecek önemli bir sonuçtur.

Asliye Ceza Mahkemelerinde verilen kararlar sonucunda cezaların hangi fiiller için verildiği vergi idarelerinin vergi kaçakları konusunda almaları gereken önlemleri belirlemeleri ve denetimleri hangi alanlarda yoğunlaştırmaları gerektiği konusunda fikir vermesi bakımından önem arz etmektedir.

Tablo 11. Asliye Ceza Mahkemelerinde Vergi Kaçakçılığı Suçlarına Verilen Mahkumiyet Kararları Sayısı (2009-2016)

Yıllar	Mahkumiyet							
	359/a-1	359/a-2	359/b-1	359/b-2	359/c	362	363	353
2009	162	1.880	3.659	146	-	29	4	2
2010	152	1.799	4.107	132	-	28	11	6
2011	202	2.122	5.279	195	-	25	2	3
2012	237	2.563	7.083	380	-	42	3	1
2013	238	3.419	12.048	678	17	15	1	3
2014	255	3.203	13.283	1.206	21	30	-	-
2015	349	3.425	14.203	1.590	21	18	3	1
2016	192	3.087	11.538	1.535	24	21	-	10

Kaynak: Adalet B., <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr> Erişim:15.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur.

Tablo 11'e göre, vergi kaçırmaya yönelik VUK 359/a-1⁵² fiilinden suçlu bulunan kişi sayısı 2009 yılında 162 kişi iken 2015 yılında bu sayı 349'a yükselmiş ve bu suçun muhataplarına fiilin karşılığı olan 18 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verilmiştir. 2009 yılından itibaren geçen 8 yılda suçlu sayısı %115 (2,15 kat) oranında artmıştır. 2016 yılında önemli sayılacak derecede (yaklaşık %45) oranında bir azalma söz konusu olmuştur.

VUK 359/a-2⁵³ maddesindeki kaçakçılık fiilinden suçlu bulunan kişi sayısı 2009 yılında 1.880 iken bu sayı 2015 yılında 3.425'e yükselmiş ve suçun muhataplarına fiilin karşılığı olan 18 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verilmiştir. 2009 yılından itibaren geçen 8 yılda suçlu sayısı %82 oranında (1,82 kat) artmıştır.

⁵² Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler

⁵³ Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar

En ağır fiillerden kabul edilen VUK 359/b-1⁵⁴ maddesindeki kaçakçılık suçundan 2009 yılında 3659 kişiye 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verilmiştir. 2015 yılında bu fiilden suçlu bulunan kişi sayısı ise 14.203'e yükselmiş ve fiilin karşılığı olan hapis cezası verilmiştir. 2009 yılından itibaren geçen 8 yılda suçlu sayısı %288 oranında (3,88 kat) oranında artmış olduğu anlaşılmaktadır. Aynı şekilde en ağır fiillerden kabul edilen VUK 359/b-2⁵⁵ maddesindeki kaçakçılık suçundan 2009 yılında 146 kişiye 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verilmiştir. 2015 yılında bu fiilden suçlu bulunan kişi sayısı ise 1590'a yükselmiş ve fiilin karşılığı olan hapis cezası verilmiştir. 2009 yılından itibaren geçen 6 yılda suçlu sayısının 10,89 kat oranında artmış olduğu anlaşılmaktadır.

Tablo 11'deki verilerden VUK'a göre en ağır fiiller olup en yüksek cezaların verildiği 359/b maddesindeki fiillerin 359/a maddesindeki diğer fiillere göre daha fazla işlendiği 2009-2016 döneminde suçlu sayısında önemli derecede artış yaşandığı görülmektedir. Bu tezat durum cezaların etkinliğinin sorgulanması gerektiği noktasında yasa koyuculara ve uygulayıcılara önemli sorumluluk ve görevler yüklemektedir. Söz konusu durumun vergi kayıp ve kaçakları açısından ivedilikle ele alınması gerektiğini göstermektedir.

VUK 359/c⁵⁶ maddesindeki kaçakçılık suçundan 2013 yılında 17, 2014 ve 2015 yılında 21 ve 2016 yılında 24 kişi 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile mahkum edilmiştir.

Aşağıdaki tabloda ise Asliye Ceza Mahkemelerinde vergi kaçakçılığı suç fiilleri itibariyle verilen beraat kararları sayısı verilmiştir.

Tablo 12. Asliye Ceza Mahkemelerinde Vergi Kaçakçılığı Suçlarına Verilen Beraat Kararları Sayısı (2009-2016)

Yıllar	Beraat							
	359/a-1	359/a-2	359/b-1	359/b-2	359/c	362	363	353
2009	101	650	965	89		9	6	--
2010	83	844	1425	74		19	5	2
2011	102	1784	1721	170		15	3	4
2012	130	1104	1807	103		15	2	-
2013	125	1444	2697	188	1	14	4	1
2014	186	1767	3620	393	12	18	5	-
2015	214	1.803	4.121	558	5	18	2	1
2016	138	1.555	3.582	424	6	10	2	1

Kaynak: Adalet B., <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr> Erişim:15.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur.

⁵⁴ Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar

⁵⁵ Belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar

⁵⁶ Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar

Tablo 12’de Asliye Ceza Mahkemesinin kararlarına göre vergi kaçırmaya yönelik VUK 359/a-1 suçundan 2009 yılında 101 kişi, 2015 yılında ise 214 kişinin beraat ettiği görülmektedir. VUK 359/a-2 suçundan 2009 yılında 650 kişi, 2015 yılında ise 1.803 kişi beraat etmiştir. VUK 359/b-1 suçundan 2009 yılında 965 kişiye beraat kararı verilirken 2015 yılında 4.121 kişiye beraat kararı verilmiştir. VUK 359/b-2 suçundan ise 2009 yılında 89 kişiye, 2015 yılında da 558 kişiye beraat kararı verilmiştir. Ancak 2016 yılında tüm vergi suçları için açılan dava sayılarıyla orantılı olarak beraat karar sayılarının da düştüğü görülmektedir.

Asliye Ceza Mahkemelerinde vergi kaçakçılığı suç filleri itibariyle verilen diğer kararlar ise aşağıdaki tabloda yer almıştır.

Tablo 13. Asliye Ceza Mahkemelerinde Vergi Kaçakçılığı Suçlarına Verilen Diğer Kararların Sayısı (2009-2016)

Yıllar	Diğer								
	359/a-1	359/a-2	359/b-1	359/b-2	359/c	362	363	353	5/5
2009	274	1.768	3.217	255	-	36	20	1	1
2010	243	1.947	3.735	243	-	22	19	3	2
2011	236	1.954	3.085	247	-	36	17	1	-
2012	303	2.476	4.220	265	3	39	5	-	1
2013	311	3.590	4.049	285	8	67	6	-	-
2014	228	3.476	3.275	319	42	63	2	-	-
2015	210	3.313	2.738	447	11	16	2	1	-
2016	112	834	1.924	327	10	12	3	-	-

Kaynak: Adalet B., <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr> Erişim:15.07.2017 verilerinden oluşturulmuştur.

Tablo 13’den 2009 yılında 359/a-2 suçundan dolayı mahkûmiyet ve beraat dışında karar verilen kişi sayısı 1768 iken 2015 yılında bu sayı %87,7 oranında artış göstererek 3.313’e çıkmıştır. 359/b-2 suçu için 2009 yılında verilen diğer ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları 255 iken 2015 yılında %75,3 oranda artışla 447’ye yükselmiştir. Diğer 359/a-1, 362. ve 353. maddelerden dolayı verilen karar oranlarında çok fazla bir değişimin olmadığı görülmektedir. 359/c maddesine göre işlenen suçlar için verilen diğer kararlar 2014 yılında diğer yıllara göre bir artış söz konusudur. Bununla birlikte 359/b-1 suçları için verilen diğer kararlarda ise 2014 yılından itibaren izleyen yıllarda bir azalma olduğu görülmektedir. Bunun bir nedeni ise 2014 yılı ve sonrasında Asliye Ceza Mahkemelerince verilen kararların daha çok “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” şeklinde karar verilmesidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı 2014 yılında tüm kararlar içinde %11,4 oranına sahip iken 2015 yılında %9,6 ve 2016 yılında %8,2 oranlarına gerilemiştir.

CMK’nın 231. maddesinin ilk halinde “hükmün açıklanması” başlığı altında düzenlenmiş olan madde 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle “hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. 5271 sayılı CMK 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesine karşın bu Kanun’un ilk halinde düzenlenmemiş olan bu

kurum CMK'nın 231. maddesinde 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle mevzuatımıza girmiş ve 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun ile de 1 yıl olarak belirlenmiş olan süre 2 yıla çıkarılmıştır. Buna göre; sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, 2 yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, 5 yıl süreyle denetim süresine tabi tutulmaktadır. Bu süre içinde sanık hakkında 1 yıldan fazla olmamak şartıyla (meslek-sanat öğrenmek belli bir yere gitmekten yasaklanmak gibi) denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilmektedir (CMK md.231/8). Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilmektedir (CMK md.231/10).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sanığın ceza hukuku anlamında suç işlediğine dair bir hüküm olmakla beraber suça ilişkin cezanın özel bir şekilde ve şartlı olarak 5 yıl süreyle ertelenmesidir. Sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklamaktadır. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirmek suretiyle; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü de kurabilmektedir (CMK md.231/11). Aynı maddenin 13. fıkrasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, bir sisteme kaydedileceği ifade edilmektedir. Bu kayıtlar, cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak istenebilecek, soruşturma ve kovuşturma amacıyla da kullanılabilir. Bu müessesede deneme süresinin iyi halle geçirilmesi, kasten işlenen yeni bir suç işlenmemesi ve mahkemece verilen tedbirlere uygun hareket edilmesi halinde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesi sağlanmaktadır. Böylece hakkında açılmış olan dava sebebiyle hükmün açıklanması geri bırakılan kişi hiç suç işlememiş sayılmaktadır⁵⁷.

5237 sayılı TCK'ya göre işlenen suçlara verilecek cezalarda olduğu gibi VUK'daki "*Kaçakçılık Suçu ve Cezası*" başlıklı 359. maddesindeki hapis cezalarının da ertelenebilmesi TCK'nın 51. maddesindeki şartları taşıması şartıyla mümkündür. Erteleme, işlediği suçtan dolayı mahkum edilen suçluya ait cezanın yerine getirilmesinin belirli süre ile geriye bırakılması ve bu süre içerisinde suçlu yeniden suç işlemediği takdirde cezasının infaz edilmiş

⁵⁷ KARAARSLAN, s.107-109.

sayılması sonucunu doğurmaktadır. Hapis cezalarının ertelenmesindeki amaç, suçun tekrar işlenmesine engel olmaktadır.

TCK'nın 51. maddesine göre erteleme kararı verilebilmesi için; kişinin, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı 3 aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir. Hapis cezasının ertelenebilmesi için TCK'nın 51. maddesine göre⁵⁸ belirlenen şartların oluşması şarttır. Bu şartların oluşması durumunda erteleme kararı verilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü erteleme, bir hak olmayıp mahkemenin takdir yetkisindedir. Mahkeme, takdir yetkisini kullanırken iyi araştırma yapmak ve kararını yasal dayanaklarla gerekçelendirmek durumundadır⁵⁹.

VUK'un vergi kaçakçılığı suçlarına ait 359/a maddesindeki fiiller için 1 yıldan 3 yıla kadar, 359/b'deki fiiller için 3 yıldan 5 yıla kadar ve 359/c'deki fiiller için ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü dikkate alındığında erteleme kararının üç fıkra için de mümkün olduğu görülmektedir⁶⁰. Denetimli serbestlik ve erteleme kararlarının bu suçlar için mümkün olması vergi suçları için öngörülen cezaların etkinliğini azalttığı gibi suçların işlenmesinde kişileri cesaretlendirmektedir.

B. Yargıtay'da Vergi Kaçakçılığı Suçları İçin Verilen Kararlar

Yargıtay, vergi davalarında adli nitelikli davaların üst mahkemesi olup, Asliye Ceza Mahkemesinin aldığı kararları temyiz merciidir. Yargıtay'ın Asliye Ceza Mahkemesinin verdiği kararları temyizen aldığı kararları; onama, bozma, red, geri çevirme, zaman aşımı nedeniyle düşme, bir bölümden onama bir bölümden bozma ve diğer sebeplerle alınan kararlardır.

Aşağıdaki tablolarda 7. ve 11. Yargıtay Ceza Dairelerinin verdiği kararlar yer almaktadır.

⁵⁸ -Hükümlü 18 yaşından küçük (18 yaşını doldurmamış) ise 3 yıla kadar (3 yıl dahil) hapis cezasına mahkumiyet halinde VUK'un 10. maddesine göre 18 yaşından küçüklere mükellefiyet tesis edilebilmekle birlikte mükellefiyetle ilgili ödevlerini kanuni temsilcisi yerine getirir ve küçüğün üzerine atılı vergi suçu nedeniyle cezai sorumluluğu bulunmamaktadır,

-Hükümlü 18-65 yaş arasında ise 2 yıla kadar (2 yıl dahil) hapis cezasına mahkumiyet halinde,

-Hükümlü 65 yaşından büyük (65 yaşını bitirmiş) ise 3 yıla kadar (3 yıl dahil) hapis cezasına mahkumiyet halinde hapis cezasının ertelenmesi mümkündür.

⁵⁹ Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin konuya ilişkin Esas No: 2007/2541 ve 25.04.2007 tarihli 2007/2836 sayılı kararında; *"Cezaların ertelenip ertelenmeyeceği konusunda takdir hakkı kullanılırken yeterli inceleme ve araştırma yapılmadan 'koşulların oluşmadığı' sözleriyle yetinilerek erteleme isteminin reddine karar verilmesi yasaya aykırıdır."* denilerek inceleme ve araştırma yapılması gerekliliğine vurgu yapılmıştır.

⁶⁰ ASLANPINAR, 2008

Tablo 14. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin Karar Türleri (2000-2015)

Yıllar	Gelen Dosya	Çıkan Dosya							Toplam
		Onama	Bozma	Bir Böl. Onama, Bir Böl. Bozma	Red	Geri Çevirme	Z a m a n Aşımı Nedeniyle Düşme	Diğer Nedenler	
2000	19.557	9.554	6.752	-	786	292	335	17.719	
2001	20.667	8.163	10.199	-	963	637	442	20.404	
2002	23.987	10.622	6.702	-	919	1.642	339	20.224	
2003	25.286	4.458	6.718	-	524	1.100	308	13.108	
2004	51.978	8.281	6.070	-	657	307	1.141	16.456	
2005	54.000	2.368	16.949	-	723	420	1.728	22.188	
2006	50.024	2.572	11.722	-	2.553	663	2.522	20.032	
2007	48.384	3.503	2.981	-	1.178	887	3.438	11.987	
2008	56.263	1.480	14.697	-	1.291	2.438	2.719	22.625	
2009	54.823	2.750	6.941	-	1.386	1.510	3.588	16.175	
2010	53.702	3.285	5.637	-	3.945	1.371	2.951	17.189	
2011	49.633	2.903	10.171	-	1.408	3.184	2.611	27.361	
2012	53.947	5.218	12.437	10.588	3.754	682	3	33.843	
2013	43.632	9.607	6.609	4.499	4.114	204	-	25.316	
2014	54.100	4.272	5.097	6.592	4.443	1.742	195	22.341	
2015	60.214	7.150	5.105	557	1.896	129	9.127	23.964	

Kaynak: Adalet Bakanlığı, www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/2014-kararozel.pdf verilerinden derlenerek oluşturulmuştur.

Tablo 14'den 2000-2012 döneminde kararların genellikle bozma yönünde olduğu görülmektedir. Özellikle 2005 yılında %76,3 oranında bozma, %10,7 oranında da onama kararı verildiği anlaşılmaktadır. Aynı şekilde 2011 yılında %37,2 bozma, %10,6 onama kararı, 2012 yılında ise %36,7 bozma ve %15,4 oranında da onama kararı verilmiştir. 2012 yılında bir bölümünden onama bir bölümünden bozma kararı oranı ise %31,3'tür. 2013 yılından itibaren ise onama kararlarının oranının bozma kararı oranının üzerinde gerçekleştiği görülmektedir. 2015 yılında 9.120 adet olan "gönderme" kararı ise Ceza Daireleri arasında yapılan iş bölümü kararı gereğince özellikle vergi dava dosyalarının 19. Ceza Dairesine gönderilmesinin sonucudur. Bu dosyaların bir kısmı 2016 yılında yapılan yeni iş bölümü kararıyla 21. Ceza Dairesine aktarılmıştır.

Çıkan dosyaların sonuçlarına bakıldığında 2000-2002 döneminde onama kararı verilen dosyaların sayısının bozma kararı verilen dosya sayısından çok fazla olduğu tablodan anlaşılmaktadır. 2003 yılından itibaren bozma kararı verilen dosyaların sayısının onama kararı verilen dosya sayısının çok üstüne çıktığı görülmektedir. Bozma kararının onama kararına oranına bakıldığında 2005 yılında 7,2 kat, 2006 yılında 4,6 kat, 2008 yılında 10 kat arttığı hesap edilmiştir. Bu rakamlar Yargıtay'da konu ile ilgili verilen kararların özellikle 2005 yılından itibaren daha çok bozma yönünde geliştiğini göstermektedir.

Tablo 15. Yargıtay 11. Ceza Dairesinin Karar Türleri (2000-2016)

Yıllar	Gelen Dosya	Çıkan Dosya							Toplam
		Onama	Bozma	Bir Bölüm. Onama, Bir Bölümden Bozma	Red	Geri Çevirme	Zaman Aşımı Nedeniyle Düşme	Diğer Nedenler	
2000	6.553	2.757	2.203	278	191	214	128	2	5.773
2001	12.583	3.808	6.970	294	249	207	370	5	11.903
2002	15.408	4.675	4.006	387	343	682	400	97	10.590
2003	21.992	3.601	4.205	965	220	196	872	16	10.075
2004	23.549	3.930	3.448	1.200	437	210	1.016	-	10.241
2005	25.633	2.108	11.010	84	240	110	732	75	14.359
2006	20.398	3.233	5.269	88	389	307	1.065	244	10.595
2007	19.907	3.365	3.072	482	525	368	1.582	165	9.559
2008	32.312	1.911	9.652	412	346	425	1.981	314	15.041
2009	41.145	2.320	10.426	577	501	821	2.028	395	17.068
2010	41.860	1.552	7.428	514	521	1.078	3.888	327	15.308
2011	40.445	1.426	2.044	451	258	467	2.772	16.876	24.294
2012	47.240	4.976	3.474	11.708	917	170	4	1.442	22.691
2013	51.995	6.081	5.507	6.067	1.252	283	-	1.072	20.262
2014	54.424	8.281	6.281	3.611	2.029	125	2.181	-	22.508
2015	41.909	4.786	3.243	457	476	365	-	23.068	32.395
2016	22.435	4.318	2.708	396	481	279	-	776	8.958

Kaynak: Adalet Bakanlığı, www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/2014-kararozel.pdf verilerinden derlenerek oluşturulmuştur.

Tablo 15'e göre 2005 yılında 14.359 adet çıkan dosyadan %76,7'si hakkında bozma kararı, %14,7'si hakkında da onama kararı verilmiştir. Aynı şekilde 2008 ve 2009 yıllarında da bozma kararlarında yaklaşık bu oran söz konusudur. Bu durum genellikle vergi kaçakçılığı davalarının görüldüğü ilk derece mahkemesi kararlarının $\frac{3}{4}$ oranından da fazlasıyla Yargıtay'da bozulduğunu göstermektedir. 2012 yılından itibaren ise onama kararlarının bozma kararlarının önüne geçtiği tablodan anlaşılmaktadır. 2012 yılında dikkat çeken bir nokta ise onama ve bozma kararları dışında bir bölümünde onama, bir bölümünde bozma kararının %51,6 oranında gerçekleştiğidir. 2014 yılında onama kararı %36,8, bozma kararı %27,9 olarak 2015 yılında ise onama kararı %14,8, bozma kararı ise %10 oranlarında verilmiştir. Ayrıca 2004-2011 döneminde özellikle zamanaşımı nedeniyle davaların düştüğü de dikkat çekmektedir. 2015 yılında 22.803 adet olan "gönderme" kararı ise 7. Ceza Dairesinde olduğu gibi Ceza Daireleri arasında yapılan iş bölümü kararı gereğince özellikle vergi dava dosyalarının 19. Ceza Dairesine gönderilmesinin sonucudur. Bu dosyaların bir kısmı 2016 yılında yapılan yeni iş bölümü kararıyla 21. Ceza Dairesine aktarılmıştır.

Çıkan dosyaların sonuçları bakımından; 2000-2004 döneminde onama kararı verilen dosyaların sayısı ile bozma kararı verilen dosya sayısının aynı düzeyde olduğu anlaşılmaktadır. 2005 yılından itibaren bozma kararı verilen

dosyaların sayısının onama kararı verilen dosya sayısının çok üstüne çıktığı görülmektedir. Bozma kararının onama kararına oranına bakıldığında 2005 yılında 5,2 kat, 2008 yılında 5,1 kat, 2009 yılında 4,5 kat arttığı hesap edilmiştir. Bu rakamlar Yargıtay 11. Ceza Dairesinde de konu ile ilgili verilen kararların özellikle 2005 yılından itibaren daha çok bozma, 2012 yılından itibaren ise daha çok onama yönünde geliştiğini göstermektedir.

Bilindiği gibi Yargıtay Ceza Dairelerinin vergi davalarına bakmak üzere görevlendirildiği ilgili daireleri vergi davaları yanı sıra görevlendirildikleri diğer konulardaki dava dosyalarını da karara bağlamaktadırlar. Yukarıda çoğunlukla 7. ve 11. Ceza Dairelerinin baktığı bu birimlerin istatistiki verilerinin tamamı sadece vergi davalarına yönelik bilgileri yansıtmamakla birlikte bir fikir vermesi açısından önemlidir. Ayrıca 19. ve 21. Ceza Dairelerine aktarılan vergi dava dosyaları hakkında verilen kararlar bakımından bir yorum yapılamamıştır. Çünkü bu Dairelerin son yıllarda iş bölümüne yönelik sürekli bir görev değişiminin yapılması ve dosyaların bu daireler arasında paylaşımı bize sağlıklı bir bilgi verememektedir.

SONUÇ

Vergi kanunlarına aykırı davranışların yaptırım altına alınması, vergi kayıp ve kaçaklarının önlenmesi kadar toplumsal düzenin oluşturulması ve sosyal adaletin sağlanması açısından da önemlidir. Vergi cezalarının caydırıcı etkisinin artırılarak, mükelleflerin vergi suçlarını daha başta işlemelerinin önlenmesine çalışılması gerekmektedir. Ülkemizde sürekli artış gösteren vergi suç ve kabahatleri fiillerinin birçok sebebi bulunmakla birlikte hukuk sistemimizden de kaynaklanan başlıca sorunlar arasında; hukuki boşluklar, yargı sistemindeki sıkıntılar ve aksaklıklar, kanunların anlaşılmasında ve yorumlanmasındaki sorunlar ve ceza sisteminin caydırıcılığı konusundaki yetersizlik vb. saymak mümkündür.

Vergi hukuku açısından büyük öneme sahip olan “adalet” ve “hukuki güvence” sağlanmadan sadece ceza hukuku önlemleri ile suçun önlenmesi mümkün görünmemektedir. Bir ülkedeki vergi sisteminin başarısı öncelikle kanunların net, açık ve anlaşılır olması, mükellef- idare- denetim elemanları ve yargıya göre farklı yorumlamanın önlenmesine bağlıdır. Toplumda bir mükellefe verilecek olan ceza uygulamasında, toplumun tüm kesiminde tedirginlik oluşturmadan ve diğer mükelleflerin ekonomik girişimlerini olumsuz etkilemeden sadece vergi ceza sisteminin “cezalandırıcı” özelliğinden ziyade “caydırıcı” yönünün ön plana çıkarılması gerekmektedir. Ayrıca vergi ceza sistemi bir bütün olarak değerlendirilmeli ve suç teşkil eden fiille uygulanan ceza arasında orantı olmalıdır. Ancak, vergi suçunun karşılığında öngörülen cezanın hafif kalması halinde cezaların etkinliğini azaltıp vergi

ihlallerini mükelleflerce alışkanlık haline getirebilme tehlikesi de gözardı edilmemelidir. Aksi durumda ise basit kural ihlalleri için uygulanacak ağır yaptırımlar ekonomik yönden mükellefleri güç duruma düşürecek, dolayısıyla vergiye karşı direnişi artırabilecektir. Devletin tek taraflı ve hukuki cebir altında mülkiyet hakkını sınırlandıran ve kişilerin gelirlerini azaltan vergilendirme işlemlerinin yargı denetimine tabi olması demokrasilerde mükelleflere sağlanan bir hukuki güvence oluşturduğu için vergi adaletinin sağlanmasında vergi yargı organları her yönüyle desteklenmesi gerekmektedir. Bu nedenle yargı bağımsızlığının sağlanması ve yargının üstünlüğü ilkesi mutlaka etkin hale getirilmelidir. Özellikle, yargı organlarının iş yükünün artmasıyla birlikte adaletin zamanında gerçekleştirilememesi riskine karşı da vergi uyuşmazlıkları öncelikle idari aşamada çözümlenmeye çalışılmalı ve yargı organları gereksiz şekilde meşgul edilmemelidir. Bu amaçla ülkemizde idari çözüm yolları arasında en etkin konumda olan uzlaşma müessesesine ilaveten birçok ülkede başarı ile uygulanan yöntemlerin (arabuluculuk, ombudsman, tahkim, kısa duruşma, tarafsız ön değerlendirme, müzakere, vakıaların saptanması vb.) ülkemiz vergi yargı sistemine kazandırılmasına çalışılmalıdır.

Ülkemizde adli nitelikli vergi suçları incelendiğinde; Asliye Ceza Mahkemelerine gelen vergi davalarının son beş yılda yaklaşık iki kat arttığı, VUK'a göre suç sayılan fiillerin özel kanunlar uyarınca açılan davalar toplamı içindeki payının 2004-2007 döneminde %1'in altında iken 2014 yılında %5,4 oranına ulaştığı, Yargıtay'a intikal eden vergi dava dosyalarının %12'ler düzeyine ulaştığı görülmektedir. Bu sonuçlar özellikle cezai yaptırımların artırılmasının ve alınan diğer önlemlerin vergi suçlarında azaltıcı etki yapmadığının önemli somut göstergelerinden biri olarak kabul edilebilir.

Maliye Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatlarının mükellef haklarına daha saygılı, vergiye gönüllü uyumu hedefleyen, mükellefe vergilendirme işlemlerinin her aşamasında hem yüz yüze hem de elektronik ortamda yardımcı olacak sistemler geliştirmeye başlamış olması mükelleflerin bilinçlenmesi ve hak arama yollarını daha etkin kullanmaya başlamalarını sağlarken aynı zamanda yargıya intikal eden dosyalardaki artışın başlıca nedenini oluşturmuştur.

VUK'da düzenlemeler yapmak üzere çıkarılan kanunların genellikle vergi cezalarının artırılması yönünde olmuştur. Ancak ceza artışları yanı sıra işlenen vergi suç ve kabahatlerinin yıllar itibariyle sürekli artış göstermesi yapılan düzenlemelerin yeterliliği konusunda vergi otoritelerini ve kanun koyucuları yeniden düşünmeye sevk etmektedir. Ayrıca hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vergi suçları için 2 yıl ve daha az süreli verilen hapis cezaları bakımından "cezanın caydırıcılığı" etkisini azaltmaktadır. Günümüzde ceza infaz sisteminin temel amacı, hükümlülerin yeniden suç işlemesini engelleyici etkisinin ön plana çıkarılmasıdır. Bu nedenle söz konusu

uygulamanın vergi suçları bakımından yeniden ele alınarak sorgulanması uygun olacaktır.

VUK'un yeniden düzenlenmesi konusu gündemde olup hazırlanan tasarıda; ceza sisteminin vergi kayıp ve kaçakları ile vergi suçlarını önlemede yetersizliğini giderici önlemler yerine dürüst mükelleflerin ödüllendirilmesi (vergisini düzenli ödeyenlere vergi indirimi, mükellefin uyumuna göre teşviklerden yararlanma, mükelleflerin uyum derecelerini dikkate alarak vergi kanunlarında yer alan indirim, istisna, iade, mahsup ve benzeri işlemleri ile ilgili farklı düzenlemeler yapılması, mükellef karnesi gibi) politikalarına öncelik verildiği görülmektedir. Hatta, anılan düzenlemelerden bir kısmı yakın tarihte yürürlüğe girmiştir.

Avrupa ülkelerinde ve ABD'de başarıyla uygulanan istinaf kanun yolunun kabulüyle birlikte ikili bir yapıya sahip olan yargı sistemimiz 2016 yılında uygulamaya geçen istinaf mahkemeleri yapılanmasıyla üçlü bir yapıya kavuşturulmuştur. Asliye Ceza Mahkemesi kararlarına karşı itirazlar Bölge Adliye Mahkemesine istinaf yolu ile yapılmakta ve Yargıtay'a temyiz yolu sınırlı haller dışında kapatılmıştır. Böylece Yargıtay'ın temel görevlerinden olan içtihat geliştirme yönü ön plana çıkarılmaya çalışılmıştır.

Vergi idaresinin uygulamaları, yargı organlarının verdiği kararlar doğrultusunda gerçekleştirilmeli ve uygulamaların, yargı kararları ile çelişmemesine özen gösterilmelidir. Bu konuda idarelerin ilgili kanun, yönetmelik gibi kaynaklarda gerekli düzenlemeleri hukuki boşluk oluşturmayacak şekilde en kısa zamanda yapmaları gerekmektedir.

Yargıya intikal eden vergi dava dosyalarının Maliye Bakanlığı bünyesinde takibi vergi kanunlarının etki düzeyinin ve hangi maddelerde sorun olduğunun tespiti açısından önem arz etmektedir. Vergi davalarının hangi sebeplerle kaybedildiği, hangi suçların daha fazla işlendiği, yargıya intikal eden dava konusu tutarlar gibi konuların bir yazılım programı aracılığıyla takip ve tespiti vergi kayıp ve kaçakları konusunda alınacak tedbirleri belirlemede yol gösterici olacaktır.

KAYNAKLAR

Adalet Bakanlığı, (www.adlisicil.adalet.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/2014-kararozel.pdf) Erişim: 12.07.2016.

ASLANPINAR Y.Burak, Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Hapis Cezasının Paraya Çevrilmesi Ve Ertelenmesi, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:191, Kasım 2008.

BAĞRIYANIK Canan, Dünyada e-Fatura, GİB Yayını, <https://www.innova.com.tr/pdfs/Dunyada-e-Fatura.pdf> Erişim:21.05.2016.

BAYKARA Bekir, Vergi Suçu Raporu ve Vergi Ceza Muhakemesindeki Yeri, *Vergi Dünyası Dergisi*, Mayıs, 2004, Sayı:273, <http://www.vergidunyasi.com.tr/git.php?a=1&d=w&id=3334> Erişim: 10.11.2015.

BAYRAKLI Hasan Hüseyin, *Vergi Suç ve Kabahatleri*, Celepler Matbaacılık, 2.Baskı, Afyonkarahisar, 2011.

BİLİCİ Nurettin, *Vergi Hukuku*, Seçkin Yay., 31.Baskı, Ankara, Şubat 2013.

CANDAN Turgut, Danıştay Kararlarında Vergi Suçu Algılaması, *Vergi Sorunları Dergisi*, S.233, Ankara, Şubat 2008.

ÇOMAKLI Şafak Ertan, Ahmet AK, *Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler*, Erzurum Barosu, Yayın No:5, 1.Baskı, Erzurum, 2013.

DOĞAN Baran, Ceza İstinaf Kanun Yolu, 2015, <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/istinaf-nedir-cmk.html> Erişim: 21.06.2016.

ITSO, Vergi Usul Kanunundaki Son Tadilat Hakkında Raporlar ve Matbuattaki Akisler, İstanbul Ticaret Ve Sanayi Odası Gelir Vergisi Komisyonu Tarafından Hazırlanıp TOBB'a Gönderilen Rapor, İstanbul Matbaacılık T.A.O.-1952, <http://www.ito.org.tr/itoyayin/0014285.pdf>

KARAARSLAN Mehmet, *Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C.58 S.1, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1500/16558.pdf> Erişim: 13.08.2014.

KARAKOÇ Yusuf, *Vergi Sorunlarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

KIZILOT Şükrü, Doğan ŞENYÜZ, Metin TAŞ, Recai DÖNMEZ, *Vergi Hukuku*, 2.Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007, s.200 aktaran Ş.Ertan Çomaklı ve Ahmet Ak, Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler, 2013, s.128.

KÖŞŞEKOĞLU Abdullah, Vergi Usul Kanunu'nun 359/B Maddesinde Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu, *Adalet Dergisi*, Sayı:39, Ocak, 2011, www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/39.sayı/01%20-20ABDULLAH%20KÖŞŞEKOĞLU.pdf Erişim:16.04.2012

ÖZBEK Veli Özer, Türk – Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, <http://web.e-baro.web.tr/uploads/35/izmir%20barosu/2010-2012/yay%C4%B1nlar/OZBEK-Ceza%20istinaf-%20izmir%20Barosu.pdf> Erişim: 03.07.2016.

ÖZEKES Muhammet, *Sorularla Medeni Usül Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz)*, Türkiye Barolar Birliği yayınları, Yayın No:134, 1. Baskı, Şubat 2008, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sorularla-medeni-usul-hukuku.pdf> Erişim:18.06.2016.

ŞENYÜZ Doğan, *Vergi Ceza Hukuku-Vergi Kabahatleri ve Suçları*, 7.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013.

TAŞTAN Mehmet, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 2015.

TOSUNER Mehmet, Zeynep ARIKAN, *Vergi Usul Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Yeni Baskı, İzmir, 2007.

URAK, Ersin, Sahte Belge (Fatura) Kullanımını Kim Teşvik Ediyor?, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı:130, 2015, (<http://www.vmhk.org.tr/sahte-belge-fatura-kullanimini-kim-tesvik-ediyor/>) Erişim: 12.07.2016.

YALTI, Soydan Billur, İnsan Haklarının Vergi Hukuku Pratiği: Adil Yargılanma Hakkının Vergi Davalarında Uygulanabilirliği, *Vergi Dünyası Dergisi*, Ekim 2002 S:254, (<http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=3041>) Erişim:25.08.2015.

Yargıtay, (<http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasilstemciWeb/>)

Yargıtay, (<http://www.yargitay.gov.tr>) 2015, 2016, 2017 İşbölümü Kararları

YİĞİT, Uğur, *Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, Beta Basım, 1.Baskı, Mart, 2004.

TAŞINMAZ TEMİNATININ ÜÇÜNCÜ KİŞİ ALACAKLININ ALACAĞINI PERDELEYİP TAKİBİ SEMERESİZ BIRAKMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME

A Research on the Immovable Guarantee Leave the Execution of Proceeding Without Result By Covering the Receipt of Third- Party Creditors

Doç. Dr. Nedim MERİÇ¹ - Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ²

Geliş Tarihi: 15.08.2017

Kabul Tarihi: 18.12.2017

ÖZET

İpotek sınırlı aynı hak ve teminat niteliği ile hacizden önce tesis edilmek kaydıyla lehtarına taşınmazı paraya çevirtme ve alacağını öncelikle elde etme yetkisi veren bir fonksiyonu haizdir. İpoteğin paraya çevrilmesini talep halinde icra müdürlüğü yargılama yetkisi bulunmadığından belge üzerinden işlem yapacaktır. Buna mukabil ipotek akit tablosu alacağın varlığı ve miktarı konusunda yegâne ispat aracı olmadığından, alacaklı da alacağını, varlığını ve miktarını yan delillerle ispatlamak zorundadır. Dolayısıyla haciz alacaklısı her ne kadar yargılama yetkisi bulunmadığından icra müdürlüğüne karşı takip hukuku anlamında bir hukuki talebe mazhar görünmese de alacağın varlığı, miktarı özellikle yapay borç ya da muvazaalı alacak konusunda tamamen savunmasız bir konumda da değildir. Bu minvalde haciz alacaklısı özellikle alacağın varlığı, yapay borç oluşturulduğu ya da borç miktarının muvazaalı şekilde yüksek gösterildiğine ilişkin iddiasını genel hükümlere göre genel mahkemelerde ispatlayabilme hak ve yetkisini haizdir.

Anahtar Kelimeler: İpotek, haciz alacaklısı, alacağın perdelenmesi

ABSTRACT

The mortgage has the same kind of rights and guarantees and has the function of giving the beneficiary the right to convert the beneficiary to the beneficiary and to obtain it first, provided that it is established before the attachment. If the request is made to convert the bills into money, the executive office will act on the document as there is no authority to prosecute. Since the corresponding mortgage agreement table is not the only means of proof for the existence and amount of the receivable, the creditor must also prove its existence and amount as side arguments. Therefore, even though the creditor has no jurisdiction, the existence of a legal claim against the bailiff in the sense of follow-up law is not in the position of being completely defenseless, especially in the case of artificial debt or contingent receivables. In this case, the creditor has the right and the authority to prove in the general courts that the creditor, in particular, has the right to make an artificial debt or to show that the amount of the debt is highly denominated.

Keywords: Mortgage, Creditor, Curtain of Credit

GİRİŞ

Cebri icranın gayesi, alacaklının, alacak hakkını para gibi tedavülü haiz bir değere tahvilen tahsile yönelerek tatminini sağlamaktır. Alacaklı herhangi bir takip usulünü seçmekte muhtardır. Ancak herhangi bir takip usulünü seçen

¹ Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı. e-mail: nedimmeric@gmail.com

² Büyükçekmece İcra Hakimi. e-mail: aciyilikli@hotmail.com

bunun külfetine katlandığı gibi, semeresinden de istifade etme hakkını haizdir. Hayatın olağan akışında basiretli bir alacaklı, alacağına en az masrafla, en kısa sürede vasıl olarak ondan tas tamam istifade etmek saiki güder. Dolayısıyla cebri icranın sonunda alacaklı alacağını tahsil noktasında hiçbir alacaklı ile iştirak ve garameye katılmak istemez. Basiretli davranan ve garameye katılmak istemeyen alacaklı, alacağını tahsil noktasında güven içinde olmak ve borçlunun ödeme tarihinde ödeme acziyetine düşmesini arzu etmediği için alacağını en üst seviyede ve en korunaklı şekilde teminat altına almak isteyecektir. Bu teminat, şahsi ya da aynı teminat şeklinde gerçekleşecektir. Nitekim borcun hiç ya da borçlanılan edime uygun ifa edilmemesi ihtimalinde alacaklının maruz kalacağı zararın tazmini, bu teminat marifetiyle giderilecektir. Alacaklının kendisini tam bir güven içinde hissetmesi ve borçlunun acziyetinden etkilenmemesi böylece öncelikli olarak alacağa kavuşması, aynı bir teminat veya güvence imkânı bahşeden ipotek hakkı ile mümkün hale gelecektir. Zira böylesi bir tercih alacağın zamanaşımına uğramasına engel olabileceği gibi (TMK. m. 864) diğer haciz alacaklılarına göre de rüçhan hakkı taniyacaktır (İİK. m. 206). Nitekim cebri icranın sonunda asıl olan, alacaklının alacağını tam olarak elde edebilme imkânından maksimum istifadesi esastır. Kaldı ki takip hukukunda da tarafların (alacaklı-borçlu) muvazaa, haksız öncelik ve öne geçmeye ilişkin işlemlerine engel olan amir hükümleri de (İİK. m. 20, 100, 132 vs.) mevcuttur.

Buna karşılık cebri icra hukukunda kanun gereği öncelik hakkı bulunan taşınmaz teminatı, haciz alacağına nazaran rüçhan niteliği bulunduğundan, alacaklının öncelikli tatminini sağlayacaktır. Uygulamada özellikle şirket ve bankaların gerek kendilerini en üst seviyede teminat altına almak ve gerekse müşterilerini korumak saikiyle yapay borç yahut gerçek borcun üstünde miktarlar üzerinden taşınmaz teminatı tesis etme yoluna gittikleri tecrübe edilmektedir. Keza bankaların, müşterilerinin bilgilerini ve onların borçlarına ilişkin olguları üçüncü kişiler ile paylaşması hukuken imkân dâhilinde olmaması karşısında, üçüncü kişi alacaklılar indinde, banka müşterilerinin gerçek borç miktarını bilme ve alacakların tahsili gibi bir takım güçlüklerle sebep olmaktadır. Taşınmaz teminatının belirliliği ve aleniliği ilkesi de dikkate alındığında; üçüncü kişi alacaklının bu hukuki ilişkinin içeriğini bilmesi, takip hukuku noktasında önemli bir işlevi haiz olduğu gibi, üçüncü kişi alacaklının hakkının korunması da hukuk nazarında gözetilmesi gerekli menfaatler dengesi açısından tartışılmazdır. Bu tespitin aksi tür uygulamanın kabulü, iyi niyetli üçüncü kişi alacaklıların alacağını tahsil için giriştikleri icra takibini akamete uğratıp semeresiz bırakmaktadır. Bu ise, gerek usul ekonomisi ilkesine gerekse takip hukukunun yegâne amacına açıkça aykırılık oluşturduğu gibi kanunun emredici nitelikteki düzenlemesi olan, haksız tahsillere ve haksız öne geçmelere yol açmamak ilkesinin ihlaline sebebiyet vermektedir. İşte mezkur makalenin konusu; taşınmaz teminatında, alacaklının özellikle de bankaların,

alacağının tahsilini en üst düzeyde teminat altına almak ve ödenmeme riskini en asgari seviyeye indirmek için ipotek akit tablosunda, gerçek borç miktarının üzerinde fahiş bedel belirlediği durumlarda, üçüncü kişi haciz alacaklılarının alacağının perdelenmesi ve böylece takibin semeresiz kalması mevzusuna mebni ve münhasırdır. Dolayısıyla inceleme konumuzun esası, taşınmaza haciz tatbikinden önce tesis edilen ipotek hallerine şamildir. Kaldı ki, haciz tatbikatından sonra tesis edilen taşınmaz teminatında, ipoteğin rüçhan hakkı bulunmayıp, hacizli alacaklının hakkını ihlal ettiği oranda geçersizlik müeyyidesine (İİK. m. 132) maruz kalacaktır. Buna karşın, müteakiben haciz kaldırılır ya da düşerse, ipotek bu yaptırımdan kurtulacaktır. Derkenar kabilinden vurgulamak gerekirse; uygulamada sık rastlanıp, akademik tahlili nispeten az yapılan bu konuyu Türk Hukuk Literatürüne kazandırma gayretini; hem ilk olma, hem de uyuşmazlıklara çözüm üretme ve ihtiyaçlara cevap verme arzusu tevlit ettiğinden, bu başlık altında gücümüz nispetinde konuyu öğretici ve Yargıtay³ uygulamaları ışığında ele alacağız.

I. İPOTEK ve İPOTEĞE BAĞLI TAKİP

A. İpotek Kavramı

İpotek, doğmuş ve doğacak, şartlı veya şartsız herhangi bir alacağın teminine bir taşınmazın tahsis edilmesi ihtiyacını karşılayan asıl alacağa bağlı fer'i bir ayni haktır⁴. Dolayısıyla halen mevcut veya doğmamış olmakla beraber doğması kesin ya da olası yahut ihtimal dahilinde olan herhangi bir belirli veya belirsiz alacak ipotek ile teminat altına alınacaktır⁵. Teminat altına alınacak alacağın mutlak suretle para alacağı olması gerekmeyp, bir yapma veya yapmama ya da para dışında bir verme edimi de ipotek ile teminat altına alınabilecektir⁶. İpotek hakkı, zamanaşımına tabi olmayan (TMK. m. 864) sınırlı ayni bir hak niteliğinde olup, ipoteğe konu taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda satış bedelinden teminat sağlanan alacağı diğer alacaklılara göre öncelikle tahsil etme imkanı bahşeden bir niteliği haizdir. Türk Medeni Kanunu'nun 851. maddesi gereği ipotek, miktarı Türk Parası ile gösterilen belirli bir alacak için tesis edilecektir. Alacağın tutarının ipoteğin tesisi anında kesinlikle belli olmaması ya da değişken olması bir taşınmaz rehninin

³ Yargıtay Kararları Doğrudan Uyap ve Özel Arşivden Temin Edilmiştir.

⁴ Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982–1983, s.259; Budak Ali Cem, İpotenin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2008, s.1; Davran, Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 9, 46; Reisoğlu, Seza, Medeni Kanun Açısından İpotek İşlemleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1978, s. 6, 7.

⁵ Oğuzman Kemal/ Seliçi Özer/ Oktay- Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2015, s. 953; Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2017, s.572, 623.

⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 954.

kurulmasına engel değildir⁷. İpotek bir taşınmaz teminatı vasfıyla aynı hakların dahil olduğu sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesine tabi olup⁸, bu nitelik amme intizamına ilişkin olduğundan, bu nitelik dışında yapılan teminatlar kanuna karşı hile ya da muvazaa teşkil edecektir⁹. İpotek hakkı, mutlak hak vasfıyla taşınmaz kimin mülkiyetinde ise o malike karşı ileri sürülerek satış bedelinden alacağını tercihan elde etme hakkı tanıyacaktır¹⁰. Bu nitelik, ipoteğin teminat fonksiyonunun bir sonucudur. İpoteğin tesisi, rehin sözleşmesinin hukuki sebebini teşkil eden hukuki muamele veya kanun ile tasarruf muamelesi olan tapu siciline tescile bağlı bir işlemdir¹¹.

B. İpoteğin Nitelikleri

1. İpoteğin Alacağa Bağlı Niteliği

Hukuken geçerli bir ipoteğin tesisi için temelde geçerli bir teminat sözleşmesinin varlığı şarttır¹². Zira ipoteğin tesisi sebebe bağlı bir işlemdir (TMK. m. 1024). İpotek aynı bir hak olarak tescil ile doğmakla birlikte tescilin alacağın doğum ve varlığına etkisi yoktur¹³. Ancak, ipoteğin doğuşu ve varlığı, kendisinden doğan veya doğacak alacağı teminat altına alan geçerli bir borç ilişkisine bağlıdır¹⁴. Dolayısıyla geçerli bir hukuki sebebe dayanmayan tescil, yolsuz bir tescil olacağından, buna dayanılarak tesis edilen bir ipotek de hukuken geçerli olmayacaktır¹⁵. Nitekim ipotek, alacağa bağlı bir hak olması sebebiyle alacağın mevcut olmaması ya da geçersiz bir hukuki işlemin bulunması halinde Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi de uygulama alanı bulamayacak¹⁶ ve yapılan tescil de yolsuz olacaktır¹⁷. İpoteğin amacı alacağı teminat altına almak olduğundan, teminat altına alınan alacak kesin

⁷ Köprülü/Kaneti, s. 287; Reisoğlu, s. 5; Pekcanitez, Hakan, İpoteğin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, Sayı: 33, s. 42, 43 (s. 40-58).

⁸ Çetiner, Bilgehan, Taşınmaz Teminatı, İstanbul 2015, s. 97; Erel, N. Şafak, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 77.

⁹ Saymen Ferit/Elbir Halid, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954, s. 556.

¹⁰ Saymen/Elbir, s. 558; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2011, s. 523; Akıntürk, Turgut /Akipek, Jale, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 735, 745; Esener, Turhan/ Güven, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2015, 6. Baskı, s. 500; Gürdoğan, Burhan, Türk- İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967, s. 7, 8; Çiftçi, Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s. 344, 345; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 318 (Ders).

¹¹ Saymen/Elbir, s. 585.

¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 955; Nomer, Halûk Nami/ Ergüne, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 193

¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 956; Davran, s. 9.

¹⁴ Köprülü/Kaneti, s. 376; Sarı, s. 980; Helvacı, İpotek, s. 7; Çetiner, s. 99, 115.

¹⁵ Çetiner, s. 34; Özbay, İbrahim, İpoteğin İptali Üzerine Bir İnceleme, s. 414, 415 vd.

¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 958.

¹⁷ Özbay, s. 415.

olarak mevcut değil ise, alacağa bağlılık kuralı gereği geçerli bir ipotek varlık kazanamayacağından, şekli kayda iyiniyetle dayanılarak alacaktan bağımsız bir ipoteğin kazanılması da mümkün olmayacaktır¹⁸. Zira ipotekte tapu siciline güven ilkesi salt ipoteğe ilişkin tescil için geçerli olup, sadece alacağın varlığına matuf bir güvence korunmayacaktır¹⁹. Bir diğer ifadeyle ipotek, alacağa bağlı olduğundan, tapu dışı tescil edilmemiş alacak kavramının güveni koruma fonksiyonu bulunmamaktadır.

İpoteğin alacağa bağlılık kuralı anapara ipoteğinde daha sıkı şartlara haiz iken, üst sınır ipoteğinde bu bağlılık tesis tarihi itibarıyla daha esnetilmiştir. Keza üst sınır ipoteğinde alacağın henüz doğmamış olması ipotek tescilini yolsuz hale dönüştürmeyecektir²⁰. Nitekim, ipotek geçerli bir alacağın varlığına merbut olduğundan, ipotek sözleşmesinde hukuki ilişkiye işaret edilmesi ipoteğin tesisi için yeterli olacaktır. Alacakla birlikte doğan ve bununla sona eren fer'i mahiyette bir sınırlı aynı hak olup²¹, alacak olmadan ipotek meydana gelmeyeceği gibi, mevcut ipotek de bir alacak olmaksızın varlığını maddi hukukta devam ettiremeyecektir²². Bu anlamda alacak ile ipotek arasında kader birliği mevcuttur²³.

İpotek hakkı, taşınmazın mülkiyetine bağlı olmayıp, ancak alacak hakkına sahip olmakla mümkündür²⁴. Bu sebeple, ipotek alacağa bağımlı olup, taşınmaz üzerinde ipotek hakkı sahipliğinin bir başka taşınmaza bağlanması, yani eşyaya bağlı ipotek tesisi mümkün olmayacaktır²⁵. İpotek hakkı sınırlı aynı hak vasfıyla alacağa bağlı bir hak olup, ipoteğin alacaktan bağımsız devri mümkün olmadığından²⁶, rehin hakkının devri alacağın devredilmesiyle tapu sicili dışında cereyan edecektir. Dolayısıyla ipotek alacağının devri için tapu siciline tescil şart değildir²⁷. İpotek alacağının temlikli Türk Borçlar Kanunu'nun 183. maddesi gereği borçlunun rızası aranmaksızın yazılı şekle tabidir²⁸. İpotek alacağının devrinde, ipotek, alacağa mutlak olarak bağlı bir hak niteliğindedir²⁹. Buna karşın, ipotek sözleşmesinde malikin borç ve yükümlülüklerini artıran

¹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 959.

¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 958; Davran, s. 45.

²⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 956; Nomer/ Ergüne, s. 195.

²¹ Helvacı, İpotek, s. 287; **Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 282.**

²² Tunç Yücel Müjgan, Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, İstanbul 2010, s. 52.

²³ Davran, s. 23; Nomer/ Ergüne, s. 205.

²⁴ Acar Faruk, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, s. 55; Kuntalp Erden, Anapara ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı Ankara 1989, s. 13.

²⁵ Acar, s. 55.

²⁶ Köprülü/Kaneti, s. 378.

²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 957; Köprülü/Kaneti, s. 390.

²⁸ Davran, s. 9.

²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 958.

sözleşme değişikliği ipotek sözleşmesinin şekline uygun yapılması gerekir³⁰. Bu husus, üçüncü kişilerin haklarını korumak bakımından tapu sicilinin aleniyet ilkesi ile doğrudan ilgilidir. Dolayısıyla malikin borç ve yükümlülüklerini ortadan kaldıran ya da hafifletip, azaltan değişiklikler her hangi bir şekle tabi değildir³¹.

Anapara ipoteğinde alacağa bağlılık sıkı sıkıya bağlı olmasına karşın, üst sınır ipoteğinde, ipotek alacaktan soyutlanıp, ipotek ile alacak arasındaki bağ nispeten zayıftır. Zira anapara ipoteğinde alacak ipoteğin tesis anında alacak belirli iken, üst sınır ipoteğinde miktar belirli olması zorunlu değildir³². Zira ilk tesis anında ipotek şekli olarak mevcut iken, alacağın doğmasıyla ipotek maddi bir varlığa bürünecektir³³. Bu ayırım, maddi hukuk kurallarına göre belirlenecektir³⁴.

2. Aleniyet (Kamuya Açıklık) Niteliği

Aynı haklar, eşya üzerinde bir hakimiyet ve egemenlik sağlayıp, bu husus, herkese karşı ileri sürülebildiği gibi, üçüncü kişilerce aynı hakkın ihlal edilmemesi için aynı hakkın varlığı ve sahipliğine ilişkin bir görünüş biçimine ihtiyaç vardır. Taşınırlarda zilyetlik, taşınmazlarda ise tapu sicili, aynı hakların kamuya açıklığı prensibine hizmet etmektedir³⁵. Kamuya açıklık ilkesi sayesinde bir kişinin eşya ya da nesne üzerinde aynı hak sahibi olduğu belirlenir³⁶. İpotek, tapu siciline bağlı aleniyet ve umumi itimat kaidelerine bağlı³⁷ bir aynı haktır. Zira ipotek, diğer aynı haklarda olduğu üzere tapu siciline tescil ile hukuki varlık iktisap etmektedir³⁸. Bu sebeple, kamuya açıklık ilkesi, öncelikle taşınmaz rehninin tapu siciline tescili ile doğmasını ifade eder³⁹. Nitelikli ipotek müessesesi, aleniyet ve tapu siciline güven ilkelerine dayanmaktadır⁴⁰. Dolayısıyla ipoteğin

³⁰ Helvacı, İpotek, s. 119.

³¹ Helvacı, İpotek, s. 119.

³² Kuntalp, s. 45.

³³ Davran, s. 23.

³⁴ “Uyuşmazlık davacı alacağının ne miktarda ipotekle teminat altına alındığı noktasında toplanmaktadır. Celbedilen ipotek akit tablolarında davacı lehine ipotek tesis edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece öncelikle bu ipoteğin anapara ipoteği mi, yoksa limit ipoteği mi olduğu belirlenmeli; buna göre Medeni Kanun’un ilgili hükümleri de gözetilerek teminat altına aldığı alacak miktarı uzman bir bilirkişi ya da bilirkişi kurulu vasıtasıyla belirlenerek varılacak uygun sonuç dairesinde bir hüküm kurulmalıdır...” (19. HD., 19.01.2006, 2005/11618, 2016/188).

³⁵ Günel, s. 249; Acar, s. 146; Üstündağ, Saim, Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959, s. 15; Ertaş, s. 528.

³⁶ Acar, s. 146.

³⁷ Saymen/Elbir, s. 585.

³⁸ Saymen/Elbir, s. 585; Davran, s. 30.

³⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 906; Deynekli, Adnan, İcra ve İflâs Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Ankara 2013, s. 8, 9

⁴⁰ Köprülü/Kaneti, s. 296.

doğması, hükümlerini icra etmesi, sükûtu ve terkini tapu sicilindeki kayda bağlı olduğundan, aleniyet ilkesi, ipotek kurumunda temel bir işlevi haizdir⁴¹. Taraflar kendi aralarındaki sözleşmede kanunda öngörülen gecikme faizi oranından daha yüksek bir faiz oranı belirlemişler ise, bu oran ipotek sözleşmesinde belirtilmiş ve tapu siciline de tescil edilmiş olmak kaydıyla ipoteğin kapsamına dahil olacaktır. Bu sebeple, tarafların sözleşmede yüksek faiz oranı kararlaştırılarak gizli bir ipotek hakkının tesisi engellenmiş olacaktır⁴². Buna karşın, bankaların faiz artırımında sonraki alacaklıların rızası almak zorunda kalmaksızın diledikleri faiz oranını uygulamak saikiyle başlangıçta yüksek bir oranı belirleme ve müteakiben bu faiz oranını tek taraflı değiştirme haklarını saklı tutarak bu yasağı dolandıkları da tecrübe edilmektedir⁴³. İpotek akit sözleşmesinde evvelce belirlenen faiz oranı sonradan gelen hak sahiplerinin rızası olmaksızın⁴⁴ üçüncü kişi alacaklıların zararına olarak artırılamaz. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 875/son fıkrasına göre; daha önce belirlenmiş faiz oranı, sonradan gelen alacaklıların zararına artırılamayacaktır. Kanaatimizce, üçüncü kişi alacaklı kavramına, sonraki dereceden ipotek alacaklıları gibi, ipotek alacaklısını takip eden haciz alacaklıları da dahil olacaktır. Bu husus, belirlilik ilkesinin bir sonucudur. Kaldı ki, tarafların kararlaştırıldığı faiz oranının aşırı yararlanma ve ahlaka aykırılık hükümlerine dayanılarak tenzili talep edilebileceği gibi; üçüncü kişi alacaklı faiz oranının muvazaa sebebiyle iptalini de talep edebilmelidir.

3. Mutlak Hak ve Teminat Niteliği

İpotek hakkı, mutlak hak (Sınırlı Ayni Hak) olduğu için herkese karşı ileri sürülebilecektir⁴⁵. İpotekli taşınmaz bir üçüncü kişiye devredilse bile ipotek alacaklısı, taşınmaz üzerindeki ipotek hakkını yeni malike karşı da ileri sürebilecektir⁴⁶. İpoteğin mutlak hak niteliği, ipotekli taşınmazın malikin diğer alacaklıları tarafından hacze konu edilmesi ihtimalinde de işlerlik kazanacak olup, ipotekli alacaklı hakkını borçlunun adi alacaklılarına karşı da öncelikli olarak ileri sürebilecektir⁴⁷. Bir diğer ifadeyle teminat ilkesinin fonksiyonu, borçlunun borcunu ödememesi ihtimalinde rehin konusundan alacağını öncelikle istifade etme gayesini istihdaf edecektir⁴⁸. İpotek alacaklısının rüçhan hakkı, iflas halinde de etkisini gösterecek olup, iflas alacaklısına karşı ipotek

⁴¹ Saymen/Elbir, s. 585; Köprülü/Kaneti, s. 296; Çetiner, s. 117.

⁴² Günel, s. 257.

⁴³ Helvacı, İpotek, s. 154.

⁴⁴ Sarı, s. 977; Çetiner, s. 159.

⁴⁵ Helvacı İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008, s. 5.

⁴⁶ Helvacı, İpotek, s. 5.

⁴⁷ Helvacı, İpotek, s. 6.

⁴⁸ Davran, s. 12, 17; Akıntürk /Akipek, s. 738.

alacaklısı önceliğini muhafaza edecektir⁴⁹. İpotek alacaklısı, alacağını elde edemez ise, merhunun satışı talep ederek, satış bedelinden alacağını öncelikle elde etme hak ve yetkisini haizdir⁵⁰. İşte bu yetki, ipoteğin teminat niteliğinin bir fonksiyonudur. Teminat kapsamına ipotekli taşınmaz dışında, taşınmazın bütünleyici parçaları, teferruat, kira getirisi ve sigorta tazminatı da dahildir. Biz burada bunların ayrıntısına girmeyeceğiz.

4. Belirlilik Niteliği

Belirlilik ilkesi, geçerli ve belirli bir alacak miktarı ile bunu temin eden belirli bir taşınmazın tam olarak tayin edilmesini gerektirir⁵¹. Belirlilik ilkesi, taşınmaz rehninde egemen olan tahsis ilkesinin bir sonucudur ki, buna göre; bir yandan ipotek yükünün, yani alacağın belirli olmasını⁵², diğer yünden ise, ipotek konusunun belirli olmasını tazammun eder⁵³. Kaldı ki, ipotek hakkının tescili için zorunlu olarak tapu siciline kayıtlı bir taşınmazın varlığı asıldır⁵⁴. Bir şahsın belirli bir eşya veya nesne üzerinde belirli bir aynı hakka sahip olduğu tapu sicili marifetiyle üçüncü kişilerce bilinebilir hale gelir⁵⁵. Teminat altına alınacak taşınmazın ve alacak hakkının ilk kuruluşta, yani ipotek tesis edilir iken belirli bir para olarak ifade ve temsil edilmesi belirlilik ilkesinin vücuduna sebebiyet verecektir⁵⁶. İpotek fer'i bir aynı hak niteliğiyle temelinde geçerli bir alacağın varlığını tazammun eder. Dolayısıyla teminatın belirli bir alacak ile ilişkilendirilmesi, ipoteğin teminat niteliğinin asli unsurudur⁵⁷. Para alacağı dışındaki verme, yapma ve yapmama ya da muhtemel alacaklar için üst sınır ipoteği tesisinin mümkün olması, bu eksikliğe halel getirmez. Zira teminat altına alınan alacak, miktarı belli ve mevcut bir alacak olarak tapu sicilinde gösterileceğinden, belirlilik ilkesi de yerine getirilmiş olacaktır⁵⁸.

İpotekte belirlilik ilkesi taşınmaz bakımından da geçerlidir. Buna göre; ipotek sözleşmesinde teminat teşkil eden taşınmazın da açıkça belirtilmesi

⁴⁹ Helvacı, İpotek, s. 6; Davran, s. 4.

⁵⁰ Saymen/Elbir, s. 563.

⁵¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 898; Tunç-Yücel, s. 52; Saymen/Elbir, s. 574; Sarı, Suat, Taşınmaz Rehninde Belirlilik İlkesi, Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, (s. 963-1011), s. 963; Günel, Mustafa Cahit, Taşınmaz Rehninin Alacak Bakımından Kapsamı, Prof. Dr. Özel Seliçi'ye Armağan, İstanbul 2006, (s. 247- 266), s. 248, Çetiner, s. 100; Davran, s. 21; Sirmen, s. 574.

⁵² Ertaş, s. 525; Akıntürk /Akipek, s. 756, 758.

⁵³ Köprülü/Kaneti, s. 283; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 898.

⁵⁴ Çetiner, s. 107, 108.

⁵⁵ Acar, s. 146.

⁵⁶ Sarı, s. 1006; Kürşat Zekeriyâ, Birlikte Rehin, Özer Seliçi'ye Armağan Ankara 2006, (s. 393-426), s. 409; **Sirmen, s. 574.**

⁵⁷ Çetiner, s. 102.

⁵⁸ Sarı, s. 966; Nomer/ Ergüne, s. 185; Ertaş, s. 525.

zorunludur. Zira aynı hakkın varlığından bahsedebilmek için nesnenin belirli olması gerekir⁵⁹. Dolayısıyla ipotek veren kişinin malvarlığında bulunan ya da gelecekte edineceği bütün taşınmazların ipotek kapsamına gireceğine dair bir ipotek tesis edilemez⁶⁰. Nitekim belirlilik ilkesinin taşınmaz yönünden bir diğer unsuru, ipoteğin taşınmazın tamamı yönünden yük teşkil etmesidir. Bu sebeple, ipoteğin taşınmazın bir kısmında sınırlı olarak tesisi hukuken mümkün değildir⁶¹. Kaldı ki, taşınmazın ipoteğe konu olması, bağımsızlığı ile doğrudan ilgilidir. Çünkü başkasına devredilemeyen alacaklar ve haklar rehne konu olamayacağından, bağımsız olmayıp, devredilemeyen bir taşınmazın, ipotek hakkı çerçevesinde paraya çevrilmesi de mümkün olmayacaktır⁶². Taşınmazın bağımsız ve devredilebilir olması⁶³ onun paraya çevrilebilir olması ile doğrudan ilintilidir. Zira paraya çevrilebilme niteliği genellikle devir ile gerçekleşmektedir⁶⁴.

Taşınmazın hangi miktar için teminat teşkil ettiğinin tapu sicilinde gösterilmesi gerekliliği, o taşınmazın değerini hangi oranda etkilediği, ilgili herkesin bu durumu tapu sicilinden anlayabilmesini sağlayarak⁶⁵, sonradan ipotek tesis edecek olanların, önceki ipotek miktarını öğrenmek ve ona göre durumlarını güven içinde belirlemek imkanı sağlayacaktır⁶⁶. Bir taşınmazın ipotek ile teminat altına alınmasında taşınmazdaki ipotek değerinin bilinmesi, sadece o taşınmaz üzerinde sonradan aynı ya da sınırlı aynı hak iktisap edecekleri değil, aynı zamanda taşınmaz malikinin aynı hak dışındaki diğer alacaklılarının da (haciz alacaklıları) menfaatine bir durumdur⁶⁷. Hatta alacağı müteakiben temellük edenler bakımından da taşınmazın ne ölçüde teminat altına alındığının bilinmesinde menfaatleri bulunacaktır⁶⁸. Dolayısıyla taşınmaz rehninin belirli bir Türk Lirası ile gösterilmesini içeren *TMK'nun* 851/1. fıkra hükmünün lafzı, amacı ve sağladığı imkanlar göz önüne alındığında, bir düzen hükmü değil, sıhhat şartı olduğu savunulmuştur⁶⁹. Nitekim bu hüküm, tapu sicilinin aleniyet, yani, kamuya açıklık ilkesinin gerçekleşmesine de hizmet edecektir.

⁵⁹ Acar, s. 147; Deynekli, s.7.

⁶⁰ Sarı, s. 1008; Davran, s. 24.

⁶¹ Sarı, s. 1008; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 902; Davran, s. 26.

⁶² Acar, s. 81.

⁶³ Çetiner, s. 85.

⁶⁴ Acar, s. 121.

⁶⁵ Sarı, s. 964; Sirmen, s. 581, 582.

⁶⁶ Saymen/Elbir, s. 576; Davran, s. 21.

⁶⁷ Sarı, s. 964, Helvacı, İpotek, s. 140, 141,

⁶⁸ Sarı, s. 965.

⁶⁹ Günel, s. 250.

C. İpoteğe Dayalı Takip

1. Genel Olarak

İpotek ile sağlanan amaç, alacağa teminat sağlamaktır. İpotek, rehin veren ile alacaklı arasında yapılacak resmi senede dayanır. Rehin hakkı, aynı hak olarak bu senede dayanılarak tapu kütüğüne yapılacak tescille doğar⁷⁰. Doğmuş bir alacağı teminat altına almak için kurulan ipotek, kesin borç ipoteğidir. İlerde doğacak ve doğması muhtemel alacaklar için kurulan ipotek ise, üst sınır ipoteğidir. İpoteğin türü, yani anapara ya da teminat ipoteği vasfında olup olmadığı, takibin türü ve takip sonunda alacaklıya ödenecek miktarın belirlenmesi bakımından ehemmiyetlidir⁷¹. Bu husus maddi hukuk kurallarına göre belirlenecektir⁷². Bilindiği üzere ipotek, halen mevcut (doğmuş) veya ileride doğacak ya da ileride doğması muhtemel olan bir alacağın temini için tesis edilebilir. İpotek, alacağın vadesinde ödenmemesi ihtimalinde ipotek alacaklısına ipotek konusu taşınmazı paraya tahvil ettirerek, bundan hasıl olacak para alacağından tahsil etme imkanı bahşeder⁷³. Ancak, ipotek alacaklısına, taşınmazı bizzat kendisi paraya çevirme yetkisi tanınmadığından, bu yetkinin kullanılması takip hukukunun kurallarına bağlıdır. İpotek alacaklısının taşınmazın paraya çevrilmesi marifetiyle elde edilen tutardan bir hak iddia edebilmesi, tapu siciline belirlenen miktardaki alacağın gerçekten mevcut ve geçerli olmasına bağlıdır⁷⁴. İpotek alacaklısı, en fazla tapu siciline tescil edilen meblağı, yani ipotek yükü kadar alacağını takibe konu yapabileceğinden⁷⁵, tapu siciline tescil edilmemiş alacak kısmı

⁷⁰ Sirmen, s. 581.

⁷¹ Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 316, 317; Yılmaz, Ejder, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 780; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özkes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 290 vd.; Özbay, s. 419; Muşul, Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Rehin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2017, s. 226

⁷² “Uyuşmazlık davacı alacağının ne miktarda ipotekle teminat altına alındığı noktasında toplanmaktadır. Celbedilen ipotek akit tablolarında davacı lehine ipotek tesis edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece öncelikle bu ipoteğin anapara ipoteği mi, yoksa limit ipoteği mi olduğu belirlenmeli; buna göre Medeni Kanun’un ilgili hükümleri de gözetilerek teminat altına aldığı alacak miktarı uzman bir bilirkişi ya da bilirkişi kurulu vasıtasıyla belirlenerek varılacak uygun sonuç dairesinde bir hüküm kurulmalıdır...” (19. HD., 19.01.2006, 2005/11618, 2006/188). Ayrıca bkz. Ansay, Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960 (5. Bası), s. 178.

⁷³ Belgesay, Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İstanbul 1948 (2. Bası), s. 363, 364; Ansay, s. 177; Yıldırım, Kamil/ Yıldırım, Nevhis Deren, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, s.279; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema, İcra ve İflâs Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 401; Aybay/Hatemi, s. 283.

⁷⁴ Günel, s. 255.

⁷⁵ “Taşınmazlara ilişkin tapu kayıtlarının incelenmesinde, alacaklının alacağına rüçhanlı ipotek ve haciz görünmemektedir. Alacaklı lehine verilen ipotekler 100.000+75.000 YTL bedelli üst sınır (limit) ipoteği olup, takip alacağının ihale tarihinde ulaştığı miktar hesaplanarak (ipotek limiti dahilinde kalmak koşulu ile), bu miktar ihale bedelleri toplamından (80.000+69.500

ipoteğin sağladığı teminat kapsamına dahil olmayacaktır⁷⁶. İpoteğin paraya çevrilmesi marifetiyle takip ilamsız icra yolu olabileceği gibi, ilamlı icra yolu da olabilecektir (İİK m. 148 vd.)⁷⁷. Ancak, kural ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız bir takip yoludur. Zira ipoteğin paraya çevrilmesi için bir mahkeme ilamına ihtiyaç bulunmamaktadır. Buna karşın, ipotek veya alacak yahut her ikisi birden bir ilama ya da ilam niteliğindeki belgeye müstenit ise, ipotek alacaklısı ilamlı icra yoluna da başvurabilecektir (İİK. m. 150/h)⁷⁸. Bundan başka ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içermesi ya da ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcunu içermese dahi İcra ve iflas Kanunu 150/ı madde şartlarının tahakkuku halinde de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapılabilecektir⁷⁹. Doğmuş bir alacağın temini için düzenlenen ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcunu ihtiva ediyorsa, bu durumda da başvurulacak yol, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı taktır (İİK. m.149 - m.149a). Buna karşılık, ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını havi değil ise, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yoluna başvurulmalıdır⁸⁰. Burada, muaccel alacaklar için

TL) düşüldükten sonra kalan bakiye miktar alacaklıdan istenebilir. İpotek alacaklısının, satış bedelinin tamamını dosyaya yatırması yönünde karar verilmesi doğru olmadığından, mahkemece şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken..." (12. HD 06.07.2010, 5653/18208)

⁷⁶ Helvacı, İpotek, s. 147; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s. 401.

⁷⁷ Gürdoğan, s. 38 vd

⁷⁸ Gürdoğan, s. 48 vd.

⁷⁹ "Somut olayda, ihtarnameye ve dolayısıyla takibe konu alacak, kambiyo senedinden kaynaklanan alacak olup, İİK'nun 150/ı maddesinde belirtilen borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen nakdi veya gayrinakdi kredi niteliği taşımamaktadır. Bu durumda, alacaklı bankanın İİK'nun 150/ı maddesine dayalı takip yapması ve borçluya icra emri gönderilmesi mümkün değildir. Öte yandan, takibe konu edilen ipotek akit tablosunun, kesin borç ipoteği değil, teminat (limit) ipoteği şeklinde düzenlenmiş olması nedeniyle alacaklı, İİK'nun 149. maddesi gereğince de takip başlatamaz ve borçluya icra emri gönderilemez. O halde, mahkemece, şikâyetin kısmen kabulü ile icra emrinin iptaline karar verilmesi gerekirken, bu husus göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD., 14.04.2016, 7877/11095); "...Somut olayda, takibe konu ipotek, tüketici kredisi alacağının teminatı olarak düzenlenmiş olup, alacağın tüketici kredisi olması ve ipotek alacağının varlığı, miktarı ve muaccel olup olmadığı Tüketici Kanunu'na tabi olmakla kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermediğinden, bu tür bir ipoteğe dayalı olarak ilamlı takip yapılamaz. Ancak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yapılabilir. Borçluya İİK'nun 149/b maddesi uyarınca ödeme emri gönderilebilir..." (12. HD., 01.03.2016, 950/5797).

⁸⁰ Üstündağ, İcra, s. 323; "...Somut olayda; paraya çevrilmesi istenilen taşınmaz üzerine, 29.08.2014 tarih ve 34716 yevmiye numaralı resmi senet ile, alacaklı lehine, S. Yapı Seramik Limited Şirketinin kullanacağı krediye teminat teşkil etmek üzere 1. derece 175.000TL ipotek tesis edildiği, tesis edilen bu ipoteğin kesin borç ikrarı içermediği ve teminat ipoteği niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Alacaklı Sa. Isı Sanayi A.Ş., İİK'nun 150/ı maddesinde yer alan düzenlemeye göre bu madde kapsamında kredi kullandıran taraf olarak kabul edilemeyeceğinden, lehine teminat ipoteği tesis edilen alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapması ve borçluya örnek 6 icra emri tebliğ çıkartması doğru değildir. Alacaklı tarafından başlatılan takibe ilişkin olarak borçluya örnek 9 ödeme emri tebliğ edilmesi gerektiği gerekçesi ile şikâyetin kabulüne ve icra emrinin

ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yoluna başvurulabileceğinde, kuşku ve duraksama bulunmamaktadır (İİK. m.149b). Bu noktada, borçluya İcra ve İflas Kanunu'nun 149/b.maddesi doğrultusunda ödeme emrinin tebliği üzerine, borçlunun ödeme emrine itirazı halinde İcra ve İflas Kanunu'nun 62.maddesinden 72.maddesine kadar olan hükümleri uygulanacaktır (İİK. m.150a)⁸¹. O halde icra mahkemesinin, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız icra takibine vaki itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında, takip dayanağı belgeleri İcra ve İflas Kanunu'nun 68.maddesinde öngörülen esaslara göre inceleme yetkisi bulunduğu açıktır. İpoteğin asıl borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından verilmesi halinde, asıl alacağın muaccel olması, kanun ya da sözleşme gereği alacaklının yapacağı muacceliyet ihbarına bağlanmış ise, alacaklının alacağını ipotek kapsamında tahsil edebilmesi, ihbarın hem borçlu, hem de taşınmaz maliki üçüncü kişiye yapılmasını gerektirecektir⁸². Şayet ipotekle yükümlü taşınmaz malikine ihbar yapılmaz ise, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe karşı alacağın muaccel olmadığı itirazı ileri sürülecektir⁸³. Kaldı ki, takip borçlusu ve taşınmaz maliki üçüncü kişiye karşı mecburi takip arkadaşlığı sebebiyle⁸⁴ takip birlikte yapılmalıdır⁸⁵.

iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir..." (12. HD., 29.02.2016, 247/5543).

⁸¹ "Buna karşılık, ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcu 1ıkrarını havi değil ise, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yoluna başvurulmalıdır. Burada, muaccel alacaklar için ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yoluna başvurulabileceğinde, kuşku ve duraksama bulunmamaktadır (İİK. m.149b). Bu noktada, borçluya İcra ve İflas Kanunu'nun 149/b.maddesi doğrultusunda ödeme emrinin tebliği üzerine, borçlunun ödeme emrine itirazı halinde İcra ve İflas Kanunu'nun 62.maddesinden 72.maddesine kadar olan hükümleri uygulanır (İİK. m.150a). O halde İcra Mahkemesinin, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız icra takibine vaki itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında, takip dayanağı belgeleri İcra ve İflas Kanunu'nun 68.maddesinde öngörülen esaslara göre inceleme yetkisi bulunduğu açıktır. Bu açıklamalar çerçevesinde somut durum değerlendirildiğinde; takip dayanağı 30.10.2003 tarihli ipotek akit tablosundan, alacaklı lehine bir ay süreli karz ipoteği tesis edildiği, ancak davacı-alacaklı tarafından, ipotekten kaynaklanan alacak muaccel hale gelmeden, 07.11.2003 tarihinde borçlu aleyhine ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takibe girişildiği ve borçluya İcra ve İflas Kanunu'nun 149/b maddesi uyarınca ödeme emri tebliğ edildiği anlaşılmaktadır..." (HGK., 16.02.2005, 12- 57/72).

⁸² Helvacı, İpotek, s. 151.

⁸³ Günel, s. 258; Helvacı, İpotek, s. 11.

⁸⁴ "Somut olayda, ihale konusu edilen ipotekli taşınmazı takipten evvel satın alan B. A.'ın asıl borçlu yanında borçlu olarak gösterilmeden takip yapıldığı, tapu kayıtlarının getirilmesi üzerine icra müdürlüğünce durumun fark edilerek, adı geçen malik takibe dahil edilmeden sadece bildirim yapılarak, kıymet takdiri ve satış ilanı tebliğ edilmek sureti ile satışın yapıldığı görülmektedir. İpotek veren üçüncü kişi ile asıl borçlu arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunduğundan bu husus, mahkemece re'sen göz önünde bulundurulmalıdır..." (12. HD., 10.11.2016, 30147/23277).

⁸⁵ Kuru, s. 991, 992.

2. İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlamsız Takip

İpotek sözleşmesi kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını havi değil ya da İİK. 150/ı maddesine dayalı bir banka kredi alacağı söz konusu değil ise⁸⁶, takip edilecek yol, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takiptir⁸⁷. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takiplerde, borçlunun ödeme emrine itirazı, salt alacağın varlığına ya da alacağın gerçek tutarına özgülenmiştir⁸⁸. İcra müdürü, ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermemesi sebebiyle borçlu ve taşınmaz maliki üçüncü kişiye ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takibe mahsus ödeme emri tebliğ edecektir⁸⁹. Borçlunun ve taşınmaz maliki üçüncü kişinin tebliğden itibaren yedi gün içinde icra müdürlüğüne yapacağı borca itiraz ile takip duracaktır. Buna karşın, borçlu ya da üçüncü kişi ipotek alacağı süre aşımına uğramayacağı⁹⁰ için zamanaşımı itirazında ve ipotek senedindeki resmi kayıt dolayısıyla ipotek hakkına itiraz edemeyecektir⁹¹. Dolayısıyla alacağın varlığını ispat ve takibin devamı için ipotek alacaklısının tıpkı genel haciz yolunda olduğu gibi, icra mahkemesinde itirazın kaldırılması ya da genel mahkemede itirazın iptalini talep ve dava etmesi gerekecektir⁹². Şayet borçlu ve üçüncü kişi yedi gün içinde ödeme emrine itiraz etmez ve otuz gün içinde borcu ödemez ise, takip kesinleşeceği için alacaklı ipotekli taşınmazın satışını talep edebilecektir⁹³. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte alacaklı üst sınırı aşan alacak miktarı üzerinden yaptığı takibe borçlu ya da taşınmaz maliki üçüncü kişi tarafından itiraz edilmemesi halinde takip kesinleşeceğinden, üst sınırı aşan kısım bakımından itiraz edilmeyeceği, dolayısıyla ipotekli taşınmazın satış bedelinden takip konusu yapılmış tüm alacağın ödenmesi gerektiği savunulmuştur⁹⁴. Bu görüş doğrultusunda kesinleşmenin takip borçlusu ve

⁸⁶ “Somut olayda, takibe konu ipotek, tüketici kredisi niteliğinde olan konut kredisi alacağının teminatı olarak düzenlenmiş olup, alacağın tüketici kredisi niteliğindeki konut kredisi olması ve ipotek alacağının varlığı, miktarı ve muaccel olup olmadığı Tüketici Kanunu’na tabi olmakla kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermediğinden, bu tür bir ipoteğe dayalı olarak ilamlı takip yapılamaz. Ancak, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yapılabilir. Borçluya İİK’nun 149/b maddesi uyarınca ödeme emri gönderilebilir...” (12. HD., 15.12.2016, 6889/25425).

⁸⁷ Helvacı, İpotek, s. 292, 294; Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 991; Kuru, Ders, s. 325; Çetiner, s. 315; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 292; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s. 405;

⁸⁸ Özbay, s. 414; Postacıoğlu İlhan, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 572; Reisoğlu, s. 7; Gürdoğan, s. 44, 45, 46. Bu itirazla korunan borçlu hukuki menfaatine ilişkin ayrıca bkz. Çiftçi, s. 263 vd.

⁸⁹ Kuru, s. 1001; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s. 406.

⁹⁰ Çetiner, s. 100.

⁹¹ Kuru, s. 1003. İsviçre hukukunda ipotek hakkına itiraz edilebilmektedir. Bkz. Yıldırım/ Yıldırım, s. 283

⁹² Helvacı, İpotek, s. 294.

⁹³ Kuru, s. 1003; Kuru, Ders, s. 327, 328.

⁹⁴ Kuru, s. 1003.

taşınmaz maliki için geçerli olduğu, haciz ve diğer ipotek alacaklısına karşı ileri sürülemeyeceğinden, haciz ve ipotek alacaklılarının ipotek limiti dışında kalan alacak kesimi için, sıra cetveline itiraz davası ikame etmek suretiyle iptalini isteyebileceği vurgulanmıştır⁹⁵. Yargıtay ise, bu görüşün aksine takip talebinde ipotek limitini aşan kısma itiraz edilmemesinin, takip borçlusu ve taşınmaz maliki üçüncü kişi bakımından kesinleşmiş sayılamayacağı⁹⁶, dolayısıyla süreye tabi olmaksızın⁹⁷ şikâyet⁹⁸ marifetiyle⁹⁹ her zaman ileri sürebileceğini belirtmiştir¹⁰⁰. Biz öğretilerdeki görüşünün isabetli olduğunu düşünüyoruz. Zira,

⁹⁵ Kuru, s. 1004, dp. 55.

⁹⁶ “İleride gerçekleşecek veya gerçekleşmesi muhtemel bir alacağın teminatı olarak tesis edilen ve MK.nun 851.ve881.maddelerinde ifadesini bulan azami hadler (üst sınır) ipoteğinde borcun ulaşacağı miktar belirsiz olduğundan taşınmazın ne miktar için teminat oluşturacağı ipotek akit tablosunda limitle sınırlanabilir. İpoteğin üst sınır ipoteği olması halinde, borçlu sadece ipotek akit tablosunda belirtilen miktar ile sınırlı olmak üzere sorumludur. İpotek aktinin niteliği gözönüne alındığında limitin aşıldığı yönündeki şikâyetler süreye tabi değildir. Somut olayda ipotek veren üçüncü kişi olan şikâyetçinin sorumluluğu, ipotek akit tablosunda belirtilen 70.000 YTL ile sınırlıdır. Şikâyetçi yönünden limit fazlası olan takip miktarının iptali gerekir. İpotek veren şikâyetçinin aynı zamanda ipotek aktinin dayanağı olan kredi sözleşmesinde müteselsil kefil olması, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takipte ipotek limiti ile sorumlu olduğu ilkesini değiştirmez. Zira borcun teminatı olan taşınmazın sorumluluğu limitle sınırlıdır. Mahkemece şikâyetçi borçlu yönünden ipotek limiti olan 70.000 YTL’yi aşan takip miktarının iptaline karar verilmesi gerekirken itirazın reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir...” (12. HD., 06.10.2009, 9414/18089).

⁹⁷ “İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takiplerde, ipotek limitinin aşılması nedeniyle yapılan başvurular dışında yapılan şikâyetler süreye tabidir. Bu nedenle borçlu isteminin süre aşımından reddi yerine yazılı şekilde esasının incelenerek faiz miktarının indirilmesine dair hüküm isabetsizdir...” (12. HD., 29.06.2006, 10949/14133); “Somut olayda alacaklı tarafından limit ipoteğine dayalı olarak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı icra takibi başlatılmış, örnek 6 nolu icra emri borçlu İ. G.’e 16.07.2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. Borçlu vekilinin yasal yedi günlük süreyi geçirdikten sonra 30.07.2015 tarihinde icra mahkemesine başvurarak diğer itirazlarının yanısıra limit aşımı şikâyetini de ileri sürdüğü görülmektedir. O halde mahkemece, borçlunun, ipotek limitinin aşıldığı yönündeki şikâyetinin incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, bu konudaki istemin de süre aşımından reddi isabetsizdir...” (12. HD., 20.01.2016, E.2015/30856, K.2016/1501).

⁹⁸ Şikâyete ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Hakan, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986 (Şikâyet); Muşul, Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 2014 (Şikâyet).

⁹⁹ “TMK’nun 851. ve 881. maddelerinde ifadesini bulan ve muhtemel bir alacağın teminatı olarak tesis edilen üst sınır (limit) ipoteğinde, borcun ulaşacağı miktar belirsiz olduğundan, taşınmazların ne miktar için teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosundaki limitle sınırlandırılmıştır. TMK’nun 875. maddesinde belirtilen ve ipotekle teminat altına alınan ana borç, faiz, icra takip giderleri ve taraflarca kararlaştırılan eklentilerden oluşan toplam borç miktarının, bu limiti aşması mümkün değildir (HGK. 24.05.1989 tarih ve 1989/11-294 E., 1989/378 K.). Limit aşımına ilişkin şikâyet, İİK.nun 16/2. maddesi gereğince süresiz olarak, hesap özetine itirazda bulunulmasa dahi, her zaman ileri sürülebilir...” (12. HD., 23.01.2017, E.2016/25605, K.2017/769).

¹⁰⁰ “İpotek limitinin aşılması dışında ileri sürülen şikâyet nedenleri yukarıda açıklanan yasa hükmü uyarınca 7 günlük süreye tabidir. O halde mahkemece, ipotek limitinin aşıldığı

bir icra işleminin şikayet konusu olabilmesi için, icra organının gözetmesi hususunda yükümlülük taşıdığı bir takip hukuku kuralını ihlal etmiş olması gerekir¹⁰¹. İcra ve İflâs Kanunu m. 184 vd. maddelerinde öngörülen ipotekle ilişkin takiplerin başlatılmasında icra müdürüne verilen yükümlülük, ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içermesi durumunda ilamlı, aksi halde ilamsız takip başlatılmasına müsaade edeceği yönündedir. İcra dairesinin ayrıca ipotekle temin edilen alacaktan daha fazla alacağın talep edildiğini kediliğinden dikkate alması ve takip talebini reddederek icra/ödeme emri düzenlemeyi reddetmesi veya ipotekle temin edildiği alacak miktarı kadar düzenlemesi gerektiğine ilişkin yasal bir takip hukuku kuralı bulunmamaktadır. İpotekle temin edilen alacağın üstünde para alacağının talep edilmesi Türk Medeni Kanunu'nun ipotekle sadece temin edilen alacak kısmına ilişkin belirlemelerine aykırılık taşımakta olup, maddi hukuksal talebe ilişkin bu aykırılığın ileri sürülmesi de icra hukukunda maddi hukuka ilişkin olarak itiraz etmeye bağlı olmalıdır.

3. İpotekle Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlamlı Takip

Alacak ya da ipotek hakkı, bir ilam veya ilam niteliğinde bir belgede tespit edilmiş ise, ipotek alacaklısı, ipotekle paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapabilecektir (İİK. m. 150/h). Alacaklı takip talebi ile birlikte mevcut ilam veya ilam niteliğindeki belgeyi icra müdürlüğüne ibraz eder. İcra müdürlüğü, talep üzerine borçlu ve var ise üçüncü kişi taşınmaz malikine icra emri tebliğ eder. İcra emrini tebliğ alan borçlu yedi gün içerisinde borcu ödemez ya da icranın geri bırakılmasına ilişkin bir karar ibraz etmez ise ipotek alacaklısı taşınmazın satılmasını talep edebilecektir.

hususu dışındaki istemlerin süreden reddi gerekirken işin esasını incelenerek yazılı şekilde sonuca gidilmesi doğru değildir. Öte yandan; ileride gerçekleşecek veya gerçekleşmesi muhtemel olan bir alacağın teminatı olarak tesis edilen azami meblağ ipotekle (üst sınır ipotekle) borcun ulaşacağı miktarı belirsiz olduğundan taşınmazların ne miktar için teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosundaki limitle sınırlanabilir. Bu durumda, ipotekle teminat altına alınan ana borç, faiz, icra takip giderleri ve taraflarca kararlaştırılan fer'ilerden oluşan toplam borç miktarının bu limiti aşması mümkün değildir. Takibe konu yapılan akit tablolara ilişkin incelenmesinde ipoteklerin limit ipotekle şeklinde yapıldığı görülmüştür. Borçlu limiti aşar bir biçimde yapılan takibe karşı çıkmış olduğundan limiti aşar şekilde ipotekli takip yapılması Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre, kamu düzenine ilişkin olup süresiz şikayete tabi olduğundan, mahkemece yukarıda belirtilen konular doğrultusunda inceleme yapılarak takipte istenilen miktarın limiti ipotekle aşıp aşmadığının tespitiyle oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi de isabetsizdir..." (12. HD., 22.11.2011, 11811/30041); "Doğmuş doğacak alacakların teminatı teşkil etmek üzere kurulan limit ipotekle limitin aşılması suretiyle takip yapıldığına ilişkin şikayet (ihtara itiraza bağlı olmaksızın) süreye tabi değildir..." (12. HD., 20.02.2007, 108/2830).

¹⁰¹ Pekcanitez, Şikâyet, s. 41; Muşul, Şikâyet, s. 57 d.

4. İcra ve İflâs Kanunu'nun 149. Maddesine Dayalı Takip

İcra ve İflâs Kanunu'nun 149. maddesine göre; ibraz edilen akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva eder ve alacak da muaccel ise¹⁰² borçlu ve ipotekle yükümlü taşınmaz maliki üçüncü kişiye¹⁰³ yahut taşınmaz devredilmiş ise ardıl kişiye icra emri gönderilir¹⁰⁴. Şayet ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını havi değil ya da alacak muaccel olmamışsa¹⁰⁵, icra müdürlüğü talebi reddedecektir. Bu karar üzerine icra mahkemesinde şikayet yolu mahfuzdur. Otuz gün içinde borç ödenmez ya da borcun itfa edildiği veya ertelenmiş olduğuna ilişkin icranın geri bırakılmasına matuf bir karar ibraz edilmez ise, alacaklı taşınmazın satışını talep edebilecektir.

¹⁰² "İİK'nun 149. maddesinde; "İcra memuru, ibraz edilen akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva ettiğini ve alacağın muaccel olduğunu anlarsa, borçluya ve taşınmaz üçüncü şahıs tarafından rehnedilmiş veya taşınmazın mülkiyeti üçüncü şahsa geçmişse, ayrıca bunlara birer icra emri gönderir" hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda; takip dayanağı 22.06.2012 tarihli ipotek akit tablosu içeriğine göre, C. A. tarafından A. E.'den aldığı 30.000.00 TL mukabilinde borca karşılık A. E. lehine 30 ay süre ile 642 ada 11 parsel sayılı taşınmaz üzerinde ipotek tesis edildiği anlaşılmaktadır. İncelenen akit tablosu içeriğine göre, 22.06.2012 tarihinde 30 ay süreyle ipotek tesis edildiği kararlaştırıldığından takip tarihinde alacağın muaccel olduğu görülmektedir. İcra müdürünün muaccel olan ipotek nedeniyle icra emri göndermesinde isabetsizlik yoktur..." (12. HD., 27.12.2016, 8226/26174).

¹⁰³ "İİK.nun 149. maddesi gereğince icra müdürü, ibraz edilen akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva ettiğini ve alacağın muaccel olduğunu anlarsa, borçluya ve taşınmaz "üçüncü şahıs" tarafından rehnedilmiş veya taşınmazın mülkiyeti 3. şahsa geçmiş ise ayrıca bunlara birer icra emri gönderir. Takip dayanağı 06.12.2005 tarih ve 9790 yevmiye numaralı ipotek akit tablosunun incelenmesinde; ipoteğin, 2.200.000,00 YTL. için düzenlendiği ve kesin borç ipoteği olduğu anlaşılmaktadır. İpoteğin, kesin borç ipoteği olması nedeniyle, borçluya İİK.nun 149. maddesi gereğince icra emri gönderilebilmesi için İİK.nun 150/ı maddesinde öngörülen koşulların oluşmasına gerek yoktur. Bu durumda İİK. nun 149. maddesinde öngörülen koşullar oluşmuş olup, borçluya icra emri gönderilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığından, mahkemece, borçlunun şikayetleri incelenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir..." (12. HD., 08.06.2015, 6658/15833).

¹⁰⁴ Helvacı, İpotek, s. 291; Kuru, s. 1010; Çetiner, s. 300; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 294; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 408; Muşul, Rehnin, s. 248; Yılmaz, s. 790.

¹⁰⁵ "Takip dayanağı ipotek, limit (üst sınır) ipoteği niteliğinde olup, alacaklı ve borçlular arasında cari hesap veya kısa, orta ve uzun vadeli kredi şeklinde işleyen nakdi veya gayrinakdi bir kredi ilişkisi bulunmadığı gibi, alacaklının da kredi veren kuruluş (banka) niteliğini haiz olmadığı açıktır. Dolayısıyla, taraflar arasında İİK'nun 150/ı maddesinde açıklanan koşullarda cari hesap ve kredi ilişkisi söz konusu olmadığından icra emri gönderilmesine olanak tanıyan anılan maddenin olayda uygulanma yeri bulunmamaktadır. Diğer taraftan, takip konusu ipoteğin, İİK'nun 149. maddesinde düzenlenen kesin borç ipoteği mahiyetinde olmadığı da kuşkusuzdur. Öyleyse, alacaklı tarafından sözü edilen maddelere dayanılarak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı icra takibi yapılması mümkün olmayıp, yapılan takip usulsüzdür..." (12. HD., 25.10.2016, 25623/22152).

5. İcra ve İflâs Kanunu'nun 150/1. Maddesine Dayalı Takip

İcra ve İflâs Kanunu 150/1 maddesine göre; borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen nakdi veya gayri nakdi bir krediyi kullandıran tarafın ibraz ettiği ipotek akit tablosu kayıtsız ve şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva etmese dahi, krediyi kullandıran taraf, krediyi kullanan tarafa ait cari hesabın kesilmesine veya kısa, orta, uzun vadeli kredi hesabının muaccel kılınmasına ilişkin hesap özeti veya gayrinakdi kredinin ödenmiş olması nedeniyle tazmin talebinin veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarın noter aracılığıyla krediyi kullanan tarafa kredi sözleşmesinde yazılı ya da ipotek akit tablosunda belirtilen adrese gönderilmek suretiyle tebliğ edildiğini veya 68/b maddesi gereğince tebliğ edilmiş sayıldığını gösteren¹⁰⁶ noterden tasdikli bir sureti icra müdürüne ibraz ederse icra müdürü 149'uncu madde uyarınca işlem yapar^{107 108}. Şayet krediyi kullanan, hesap özeti ya da borcun ödenmesine

¹⁰⁶ “Somut olayda, takip konusu ipoteğin limit ipoteği olduğu, takibin İİK'nun 150/1 maddesi gereğince başlatıldığı görülmüş ise de, dosya içeriğinden, borçlu adına yöntemince yapılan bir hesap kat ihtarnamesi tebliğine rastlanmamış olup, bu durumda borçlu hakkında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapılması mümkün değildir. İİK'nun 150/1 maddesi uyarınca kredi kullanan asıl borçluya, kredi ilişkisi nedeniyle hesap özeti-ihtarname tebliğ edilmemiş olduğundan, alacaklı tarafından borçlu hakkında ancak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yapılabilir ve borçluya İİK'nun 149/b maddesine göre örnek 9 ödeme emri gönderilebilir. Bu husus kamu düzeninden olup, İİK'nun 16/2. maddesi gereğince süresiz şikayete tâbidir ve mahkemece re'sen nazara alınmalıdır. O halde mahkemece, icra emrinin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...” (12. HD., 08.12.2016, 30812/25042); “...İİK'nun 150/1 maddesi uyarınca; krediyi kullandıran tarafça, noter aracılığıyla krediyi kullanan tarafın kredi sözleşmesinde yazılı ya da ipotek akit tablosunda belirtilen adresine gönderilen hesap özetine, borcun ödenmesine ilişkin ihtar ya da gayrinakdi kredi nedeniyle tazmin talebine, tebliğ edildiği veya 68/b maddesi gereğince tebliğ edilmiş sayıldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itiraz edilmemesi halinde, ihtardaki borç miktarı kesinleşir. Somut olayda, Eskişehir 2. Noterliği'nin 13.01.2016 tarih ve 1139 Yevmiye nolu ihtarnamesinin, asıl borçluya ve ipotek verene 15.01.2016 tarihinde tebliğ edildiği, takibin ise İİK'nun 150/1 maddesindeki koşullar oluşmadan (itiraz süreleri beklenmeden) 20.01.2016 tarihinde başlatıldığı görülmektedir. O halde mahkemece, İİK'nun 150/1 maddesindeki koşulların oluşmaması nedeniyle icra emrinin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...” (12. HD., 18.01.2017, 8692/579).

¹⁰⁷ “Tarafar arasında düzenlenen ipotek akit tablosunun incelenmesinde; ipoteğin, borçlu şirketin bankaya karşı olan doğmuş ve doğacak borçlarının teminatını teşkil etmek üzere düzenlendiği, kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva etmediği belirlenmiştir. Alacaklının salt bu ipotek akit tablosuna dayanarak borçlular hakkında ilamlı icra takibi yapması mümkün değil ise de, borçlulara noter vasıtası ile hesap kat ihtarnamesinin tebliğ edildiği ve tebliğ şerhli ihtarnamenin bir suretinin takip dosyasına eklendiği görülmekle bu durumda icra müdürlüğünce İİK'nun 150/1 maddesinin yollaması ile aynı Kanun'un 149. maddesi gereğince borçlulara icra emri gönderilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır...” (12. HD., 13.12.2016, 21726/25282).

¹⁰⁸ Yargıtay, Tüketici Kanunu Hakkındaki kanun kapsamında çekilen kredilerin yargılama yapılmasını zorunlu kıldığından dolayı, icra dairesinin İcra ve İflâs Kanunu 150/1 maddesine göre icra emri gönderilemeyeceği düşüncesindedir. Bkz “...Somut olayda, OUV ticari ödeme planlı destek kredisi alacağı, kredi kartı alacağı ve kredili mevduat hesabı alacağının tahsili

ilişkin ihtara 8 gün içinde noter aracılığıyla itiraz ettiğini ispat marifetiyle icra mahkemesine şikayet hakkı mevcuttur. Bu ihtimalde krediyi kullandıran taraf alacağını 68/b madde çerçevesinde diğer belgelerle ispatlar ise, şikayet reddolunur. Hesap kat ihtarına borçlu tarafından itiraz edilmez ise, hesap kat ihtarnamesindeki miktar kesinleşmiş olup, borçlunun alacak miktarına yönelik iddialarının icra mahkemesinde ileri sürülmesi mümkün olmayıp, ya İcra ve İflâs Kanunu'nun 149/a maddesi göndermesi ile uygulanması gereken aynı Kanun'un 33/1-2. maddesine göre itfa ve imhal nedeniyle icranın geri bırakılmasını talep edebilecek ya da takipte istenilen miktarın ihtarnameye uygun olmadığını ve itiraz edilmeksizin kesinleşen hesap kat ihtarnamesinin düzenlendiği tarihten, borçlunun temerrüde düştüğü tarihe kadar işleyen akdi faiz ile bu tarihten takip tarihine kadar işleyen temerrüt faiz miktarını, ayrıca işleyecek faiz oranını şikayet konusu yapabilecek veyahut da İcra ve İflâs Kanunu m. 150 c.2 ve m. 150/a c.1 düzenlemesine göre, genel hükümler çerçevesinde menfi tespit davası açacaktır¹⁰⁹.

amacıyla limit ipoteğine dayalı olarak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe geçilip, borçluya İİK'nun 150/ı maddesi kapsamında icra emri gönderilmiş ve borçlular takibin iptalini istemişlerdir. Yukarıda açıklandığı üzere kredi kartı alacağına ilişkin alacağın varlığı ve miktarı 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında yargılama yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu durumda kredi kartı alacağı bakımından takibe dayanak belgeler ilam niteliği kazanmadığından, İİK 150/ı kapsamında icra emri gönderilemez. Ancak, ipotek kredi kartı dışında diğer alacakları da teminat altına aldığından, takibin kredi kartı alacağı yönünden kısmen iptali halinde, bu kredi alacağının teminatsız kalması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle ipotek hakkının bölünmezliği ilkesi karşısında icra emrinin tamamının iptal edilerek yerine ödeme emri çıkarılması gerekir. O halde, mahkemece; yukarıda belirtilen ilke ve kurallar uyarınca icra emrinin iptaline karar vermek gerekirken, yazılı şekilde istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir..." (12. HD., 09.03.2016, 290/6806).

¹⁰⁹ "Somut olayda, İİK'nun 150/ı maddesinde öngörülen kurallara göre borçlu adına çıkarılan Sivas 3. Noterliği'nin 16.09.2013 tarih ve 158287 yevmiye numaralı hesap kat ihtarına borçlu tarafından itiraz edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, İİK'nun 150/ı maddesi gereğince, hesap kat ihtarnamesindeki miktar kesinleşmiş olup, borçlunun alacak miktarına yönelik iddialarının icra mahkemesinde ileri sürülmesi mümkün olmayıp, ancak İİK'nun 149/a maddesi göndermesi ile uygulanması gereken aynı Kanun'un 33/1-2. maddesine göre itfa ve imhal nedeniyle icranın geri bırakılmasını talep edebileceği gibi, takipte istenilen miktarın ihtarnameye uygun olmadığını ve itiraz edilmeksizin kesinleşen hesap kat ihtarnamesinin düzenlendiği tarihten, borçlunun temerrüde düştüğü tarihe kadar işleyen akdi faiz ile bu tarihten takip tarihine kadar işleyen temerrüt faiz miktarını, ayrıca işleyecek faiz oranını şikayet konusu yapabilir. O halde mahkemece kredi sözleşmesi, ipotek akit tablosu ve hesap kat ihtarnamesi birlikte değerlendirilip, asıl alacak ve faiz taleplerinin ihtarnameye uygunluğu denetlenerek, kat ihtar tebliği ile kesinleşen asıl alacak miktarı ile asıl alacak tutarına kredi sözleşmeleri, ipotek akit tablosu ve hesap kat ihtar hükümleri dikkate alınarak hesap kat ihtarnamesinin düzenlendiği tarihten temerrüt tarihine kadar akdi faiz, bu tarihten sonrasına temerrüt faizi hesaplanmak üzere Yargıtay denetimine olanak tanıyacak biçimde bilirkişi incelemesi yaptırılarak rapor alınması ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir..." (12. HD., 19.01.2016, 2015/23002, 2016/1425).

İpoteğin üçüncü kişi tarafından verilmesi ihtimalinde borçlunun yaptığı itirazdan üçüncü kişi de istifade edecektir. Şayet asıl borçlu, hesap özeti ve tazmin talebine itiraz etmez ya da şikayet hakkının kullanmaz ise, üçüncü kişi borçlu yerine geçerek bu hakları kullanabilecek mi, yoksa onun iradesine tahakküm mü olacaktır? Kanaatimizce, borçlu hesap özeti ve tazmin talebine itiraz etmez ise de, üçüncü kişi itirazın devamı mahiyetindeki şikayet hakkını kullanarak, icra emrinin iptalini isteyebilmelidir. Zira taşınmaz maliki üçüncü kişi takibin tarafı haline geleceğinden, borçlunun yapabileceği itiraz, icranın geri bırakılması ve şikayet yollarını kullanabilecektir¹¹⁰. Buna karşın, icra mahkemesi tarafından yapılacak inceleme sonucu borçlu, borcun sona erdiğini veya ertelendiğini resmi ya da imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belge ile ispatlar ise, şikâyetin kabulü ile takibin iptaline karar verilecektir¹¹¹.

II. İPOTEĞİN ÜÇÜNCÜ KİŞİ ALACAĞINI PERDELEMESİ

A. İtiraz Sebeplerine ve Geçersizliğe Dayanan Perdeleme

1. İpotekle Temin Edilen Alacağın Varlığı ve Miktarının İpoteğe Bağlı Olmaması

İpotek hukuken geçerli ve varlığını sona erdirmemiş bir alacağın varlığına bağlı ise de, alacak üzerinde ipotek belgesinin herhangi bir etkisi yoktur. İpotek ile alacak arasındaki bağlılığın tek yönlü olup, ipotek alacağa bağlı olmasına karşın, alacak miktar ve varlık olarak ipoteğe bağlı değildir¹¹². Bundan dolayı itiraza uğrayan ipotekte temin bir alacağın varlığı ve miktarı, ipotek belgesi dışında diğer delillerle ispat edilmelidir¹¹³. İpotek belgesi, başlı başına alacağın varlığı ve miktarı noktasında bir ispat vasıtası fonksiyonu görmez¹¹⁴.

Anapara ipoteği, ipotek tesis edilir iken mevcut ve miktarı belirli olan bir ipotek türü olup¹¹⁵, bu nedenden dolayı anapara ipoteğinde daha ipotek tesis edilirken ilk başlangıçta alacağın mevcudiyeti ve bedeli likit, ihtilafsız ve muayyendir. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluna başvuru olarak ipoteğin paraya çevrilmesinin talep edildiği tarihte, ipotekli alacağın muaccel¹¹⁶, mevcut ve tutarının olması ön şarttır¹¹⁷. Bu şart, ipoteğin alacağa bağlı fer'i niteliğinin bir sonucudur¹¹⁸. Borç tutarının takip talebinde belirtilmesi ise, hem borçluya kısmi itirazda bulunma olanağı verecek hem de icra dairesinin

¹¹⁰ Budak, s. 118.

¹¹¹ Helvacı, İpotek, s. 293.

¹¹² Kuntalp, s. 13.

¹¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 956; Helvacı, İpotek, s. 289.

¹¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 956; Reisoğlu, s. 7, 8.

¹¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 954.

¹¹⁶ Çetiner, s. 108.

¹¹⁷ Budak, s. 173.

¹¹⁸ Çetiner, s. 144.

takip konusu alacaktan fazla ödemede bulunmasını engelleyecektir. İpotek alacağının varlığını devam ettirdiğinin ve de miktarının bilinmesi, ipotekli taşınmazı haczettiren alacaklılarının da takip menfaatine hizmet edecektir. Bu menfaat ise, ipotek alacağının/alacaklarının muaccel olması durumunda rüçhanlı alacak olarak karşılama prensibinde dikkate alınacak tutarın belirlenmesinde ve paylaşılırken de satış bedeli rüçhanlı olarak sıradan evvel pay almasında kendisini göstermektedir. Çoğu halde ipotek akit tablosunda belirlenen alacak miktarı ile ipoteğin paraya çevrilmesi arasındaki değer birebir örtüşmeyebilecektir. Çünkü tesis tarihinden paraya çevrilme tarihine kadar ipoteğin dayanağı olan alacak kısmi ödemeler sebebiyle tenkise uğrayabileceği gibi faiz, takip masrafları ve taşınmazın korunması için yapılan zorunlu masraflar vb. yan unsurların eklenmesiyle artması da mümkün olacaktır¹¹⁹. Bu durum, tapu dışı bir unsur olduğundan¹²⁰, ipoteğin paraya çevrilmesi anında ipoteğin mevcudiyeti ve alacak miktarının belirlenmesinde tapu kaydı ve ipotek akit tablosu ispat aracı olmayacaktır¹²¹. Nitekim, alacağın tam veya kısmi ödemeye ilişkin hususlar tapu kaydı ve akit tablosuna yansıtılamayacaktır. Dolayısıyla bu hususların tetkik ve değerlendirilmesi, icra dairesinin yükümlülük sahasına girmedikten maddi hukuk kuralları çerçevesinde genel hükümlere göre tahkik edilmeye muhtaçtır¹²². Sonuç olarak, ipoteği paraya çevirme tarihinde

¹¹⁹ “İpotek, kesin borç (karz) ipoteğine ilişkin bulunduğu, taraflardan alacaklıının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibi yapıp yapmadığını sorup saptamak, icra takibi varsa bu dosyayı getirtmek, resmi akit tablosundaki sözleşme hükümlerini gözetmek suretiyle alacaklıının anapara dışında isteyebileceği gecikme faizi ile icra takibi yapılmışsa takip giderlerini gerek görülürse bilirkişiye hesaplatmak, bunların toplamını alacaklıya ödemek üzere davacıya depo ettirmek, eksiksiz depo edilirse ipotek şerhini terkin etmek, kısmen ödeme yapılırsa davanın reddine karar verilmeyle beraber ödenen bölümü kütüğün düşünceler sütununda gösterilmesine karar vermek olmalıdır. Somut olayda; dava konusu daire üzerine davalı lehine 19.06.1972 tarihinde 35.000 TL bedelli, ikinci derecede, faizsiz ve 2 yıl süreli olmak üzere ipotek tesis edilmiştir. Davacı borcun ödendiğini ispatlayamamış ve ipotek bedeli olarak 16.182,43 TL yi depo etmiştir. Mahkemece, bilirkişi vasıtasıyla ipotek bedeli güncelleştirilmiş ve güncellenen ipotek bedelinin davalıya ödenmesi ve ipoteğin kaldırılmasına karar verilmiştir. Uyuşmazlık 19.06.1972 tarihinde konulan ve ödenmeyen 35.000 TL ipotek bedelinin hangi miktarda ödetilmesi gerektiği konusunda toplanmaktadır. Bu durumda mahkemece 35.000 TL ipotek bedelinin herhangi bir güncelleme yapılmadan, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda ipotek akit tablosunda ödeme tarihi olarak belirtilen 19.06.1974 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte ulaşacağı değer için uzman bilirkişiye hesaplatılması gerekir. Belirlenen bu değer davalıya ödemek üzere davacı tarafından depo edilir ise davanın kabulüne, aksi takdirde reddine karar verilmelidir...” (14. HD., 10.12.2012, 12901/14273).

¹²⁰ Çetiner, s. 146.

¹²¹ Çetiner, s. 145.

¹²² “Somut olayda; incelenen ve ipotek aktinin çerçevesini tayin eden resmi akit tablosu içeriğinden ipoteğin, 16.03.1970 tarihinde 26.000 TL için tesis edildiği görülmektedir. 16.03.1970 tarihli akit tablosunda 11 nolu meskenin kat irtifaklı 180/950 payını 80.000 TL bedeli mukabilinde bilvekele satın aldığı ve satış bedelinden bakiye kalan 26.000 TL için bilafaiz 1 yıl vade ile olmak üzere ipotek tesis edildiği yazılıdır. Davacılar borcun ödendiğini ispatlayamamış ve ipotek bedeli olarak 26,00 TL depo edilmiştir. Uyuşmazlık

ipotekle temin edilen alacak mevcut değil ise, ipotek, ipotek alacaklısına güvence sağlamayacak¹²³ ve mevcut olmakla birlikte kısmi ödemeye azalmışsa sadece mevcut güncel alacak tutarı, paraların paylaşılmasında teminat kapsamında rüçhanlı olarak değerlendirilecektir¹²⁴.

İleride meydana gelmesi muhtemel bir hukuki ilişki çerçevesinde doğacak ve miktarı henüz belli olmayan bir alacak, anapara ipoteği ile teminat altına alınamayacaktır¹²⁵. Buna karşın, miktarı belirli olan ileride doğacak bir alacak için taraflar azami bir miktarı tapu sicilinde göstererek üst sınır ipoteği kurulabilecektir¹²⁶. Dolayısıyla alacağın miktarı belirli ve alacak doğmuş ise, anapara ipoteği, ileride doğacak belirli veya belirsiz alacak için üst sınır ipoteği kurulacaktır¹²⁷.

Üst sınır ipoteğinde ipoteğin hangi miktara kadar teminat teşkil edeceği tapu sicilinde gösterilecektir¹²⁸. İşte tapu siciline tescil edilen bu yük miktarı ipotek alacaklısının tüm alacak kalemleri için bir üst sınır teşkil ettiğinden¹²⁹,

1970 yılında konulan ve ödenmeyen 26.000 TL ipotek bedelinin hangi miktarda ödetilmesi gerektiği konusunda toplanmaktadır. 26.000 TL ipotek bedelinin daha sonraki yıllarda Türk parasından altı sıfır (000.000) atıldığı da gözetilerek, herhangi bir güncelleme yapılmadan, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda ipotek akit tablosunda ödeme tarihi olarak belirtilen 16.03.1971 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte uzman bilirkişiye hesaplatılması gerekir. Belirlenen bu değer davalılara ödenmek üzere davacı tarafından depo edilir ise davanın kabulüne karar verilmeli, aksi takdirde dava reddedilmelidir. Değinen yönler gözetilmeden eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir..." (14. HD., 26.11.2012, 12329/13643); Özbay İbrahim, İpoteğin İptali Davası Üzerine Bir İnceleme, EÜHFD 2007, C. IX, S. 3- 4, (403- 451), s. 407, 408.

¹²³ **"Taşınmaz üzerindeki ipotek kredilerin teminatı olarak verilen 200.000.000.000 TL bedelli üst sınır ipoteğidir. M.K.nun 851 maddesi nazara alındığında bu ipoteğin güvence altına aldığı alacak ipoteğin sebebini teşkil eden kredi sözleşmelerindeki borcun doğumuna bağlıdır. Bir başka deyişle kredi sözleşmesindeki borç doğmuş, borçluya kredi verilmiş ise ipotek hayatıyet kazanır." (12. HD 07.10.2010, 9021/22415).**

¹²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 957.

¹²⁵ Sarı, s. 983.

¹²⁶ Günel, s. 251.

¹²⁷ Oğuzman/Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 954.

¹²⁸ "Alacaklı İş Bankasının takibe konu ettiği 22.1.2004 yevmiye tarihli ve 542 yevmiye nolu ipotek akdi, borçlu Mustafa'ya ait taşınmaz için kurulduğu bu akit tablosunda aynen " M. T. E. firmasının T.İş Bankası A.Ş. merkez ve şubeleri, özellikle Foça şubesine karşı, doğmuş ve doğacak borçlarının teminatını teşkil etmek üzere 100.000.000 TL bedelle 1.derecede T.İş. Bankası A.Ş. lehine ipotek edildiği" görülmektedir. Bu durumda, alacaklı lehine doğmuş faiz ve sair tüm giderler 100.000.000 TL'lik sınır kapsamında bulunmaktadır. Bu miktarı aşan kısım yönünden şikayetçinin 1.sırada haciz alacaklısı olmasında gözetilerek şikayetin kabulü gerekirken, sözkonusu ipoteğin karz ipoteği kabul edilip yazılı gerekçe ile şikayetin reddine karar verilmesi isabetsiz olup kararın bu gerekçe ile bozulması gerekir iken onandığı anlaşılmalı şikayetçi vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir..." (12. HD., 11.05.2009, 2608/10163); Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 954.

¹²⁹ "Ziraat Bankası A.Ş.'nin ipoteği 400.000,00 TL bedelli üst sınır ipoteği olarak kurulmuş olup Ziraat Bankası A.Ş. tarafından üst sınır limitinden daha az tutarda, 197.863,82 TL'nin tahsili

bu limiti aşan alacaklar adi alacak niteliğinde takibe konu olacaktır¹³⁰. Meğerki alacaklının Türk Medeni Kanunu'nun 876. maddesi gereği ipotekli taşınmazın muhafazası için yaptığı zorunlu masraf ve ödemek zorunda kaldığı sigorta primi bulunsun¹³¹. Üst sınır ipoteğinin tesisi için müstakbel alacaklarda doğmuş ve doğacak tüm alacakları kapsar şekilde mümkün olup, kredi ve cari hesap sözleşmesinden doğacak alacaklar da limit ipoteği ile teminat altına alınacaktır¹³². Bu sebeple, ipoteğin tesisi anında alacağın mevcut olmaması, limit ipoteği kurulabilmesine engel olmayacaktır¹³³. Hatta Sarı'ya göre, teminat altına alınacak alacağın doğacağı hukuki ilişkinin dahi ipotek tesis vaktinde mevcut olmaması, üst sınır ipoteğinin kurulmasına engel değildir¹³⁴. Üst sınır ipoteğinin özellikle doğacak alacaklar için tesis edilmesi sebebiyle, alacak tutarının baştaki belirsizliği anapara ipoteğine nazaran üst sınır ipoteğinde temin edilen alacağın varlığını ve tutarının tespitini daha önemli kılmaktadır. Doğacak olan alacağın doğmamış olması¹³⁵ ihtimali gibi, sonradan doğmuş olan

için icra takibine başlanmıştır. Üst sınır ipoteğinde limit fazlası alacak için alacaklı tarafından ayrıca takip yapılarak haciz konulmadığı sürece, üst sınır limitinden fazla pay ayrılamaz. Diğer anlatımla, üst sınırı aşan alacaklar, teminattan faydalanmazlar ve adi alacak olarak kalırlar. (Yargıtay 19. H.D.'nin 29.03.2001 tarih ve 1115 E., 2301 K; 14.02.2002 tarih ve 7426 E., 1131 K; Dairemizin 16.09.2014 tarih ve 5836 E., 5652 K. sayılı sayılı ilamları bu yöndedir. Ayrıca Bkz. Prof. Dr. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, E10 Kitabı, 2. Baskı, 2013, sh. 988) Yargıtay 19. H.D.'nin 10.11.2005 tarih ve 5720 E., 11011 K; 27.01.2006 tarih ve 9141 E., 581 K. sayılı ilamlarında da açıklandığı üzere, üst sınır ipotek limitine kadar olan alacak ve fer'ileri toplamı için ayrı bir takibe ve hacze gerek bulunmamaktadır..." (23. HD., 12.10.2015, 284/6456).

¹³⁰ Helvacı, İpotek, s. 157; Budak, s. 24; Kuru, s. 997; Çetiner, s. 170.

¹³¹ Helvacı, İpotek, s. 158.

¹³² Sarı, s. 979; Çetiner, s. 163; Davran, s. 22.

¹³³ Sarı, s. 979.

¹³⁴ Sarı, s. 980.

¹³⁵ "Davacı vekili, müvekkilinin Salihli, M... Köyü 1252 parsel sayılı taşınmazı malikler L. Y. ve S. Y'dan 2011 yılında satın aldığı, davacının taşınmazı satın alırken önceki maliklerden S. Y'un hissesi üzerinde Müflis Köy Tür E. E. T. San. ve Tic. A.Ş lehine 1/3/1996 tarih ve 640 yevmiye numarası ile tesis edilmiş 3.000 TL ipotek borcunu da kabul ettiğini, S. Y'un babası olan önceki malik M. Y'un lehine ipotek tesis edilen Köy Tür E. E. T. San. ve Tic. A.Ş ile aralarındaki iş ilişkisi nedeniyle teminat konusu ipoteğin tesis edildiğini, M. Y'un bu ipotekten dolayı söz konusu davalı şirkete herhangi bir borcunun bulunmadığını, söz konusu ipoteğin teminat amacıyla verildiğini ileri sürerek, ipoteğin terkinini şayet ipotek borcunun varlığının tespiti halinde ise söz konusu borcun taraflarınca ödenmesini müteakip ipoteğin terkinini, yargılama gideri ve vekalet ücretinin davalı tarafa yükletilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, yetkili mahkemenin İzmir Asliye Hukuk Mahkemesi olduğunu, taraflar arasında herhangi bir borç alacak ilişkisinin bulunup bulunmadığının anlaşılmadığını, bu hususun belirlenmesi gerektiğini, ipoteğin fekil edilmesinin birçok kişinin zararına yol açacağını, ipotek bedelinin günümüz şartlarına uyarlanarak masaya yatırılması koşulu ile kaldırılabilceğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre; aldırılan bilirkişi raporunda davacının teminat ipoteği karşısında davalı tarafa borcunun olmadığını ve taraflar arasındaki iş ilişkisine ait garanti belgesi olarak teminat amacıyla verildiğinin tespit edildiği, aldırılan bilirkişi raporunun hüküm kurmaya elverişli olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davalı

bir alacağın ne miktarda doğduğu ve hangi tutarda varlığını devam ettirdiği hususu, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan bir takipte takip tutarının belirlenmesi bakımından önemli olduğu gibi, hem de ipotekli taşınmaz takipte haczedene alacaklıların/alacaklıların satış talebinin karşılama prensibi dahilinde karşılanarak satışın usulüne uygun yapılmasında hem de satış tutarının öncelikle muaccel ipotek alacaklısına ödenmesinde dikkate alınmakla şekli icraya hizmet edecektir. Böylesi bir dikkate alınma borçlu menfaati gibi, hem ipotek alacaklısı hem de diğer takip alacaklılarının menfaatini koruyacaktır¹³⁶.

Üst sınır ipoteğinde de ipotek sözleşmesi başlı başına borcun kanıtı olmadığından, alacaklının alacağını ayrıca ispat etmesi gerekir¹³⁷. Nitekim ipotek sözleşmesine ilişkin resmi senet ve tapu kaydı maddi hukuk bakımından yalnız rehin hakkı bakımından kesin delil teşkil edip¹³⁸, alacak bakımından tapu kaydına bağlı hak karinesi geçerli değildir¹³⁹. İddia edilen husus alacağın itfa sebebiyle sona erdiği iddiası ise, bu iddia borçlusuna veya ilgili üçüncü şahsa ipoteğin terkinini talep etme hakkı verecektir¹⁴⁰. Ayrıca ipotek alacağına bağlı ise de, ipoteğin sona ermesi, alacaktan bağımsız olup, tapu sicilinden terkinini gerekir. Zira ipotek, alacağına bağlı olarak sicil dışı olarak sona ermiş olsa idi, taşınmaz malikinin, alacaklının muvafakati olmadan ipoteği terkin ettirebilmesi gerekirdi. Oysaki alacağın sona ermesi halinde ipotek hakkı da kendiliğinden sona ermesine karşın, ipotek kaydının tapu sicilinden terkin edilmesine kadar şekli mevcudiyetini sürdürecektir. Bu sebeple, şayet alacak sona ermiş ya da hiç doğmamış ise, kural olarak taşınmaz malikinin ipoteğin

vekilini temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir..” (11. HD., 19.12.2016, E.2015/12228, K.2016/9659).

¹³⁶ Özkes, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 105.

¹³⁷ Köprülü/Kaneti, s. 289.

¹³⁸ Davran, s. 9, 45.

¹³⁹ Tunç Yücel, s. 201.

¹⁴⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 957.

terkini için alacaklıyı da hasım¹⁴¹ göstererek dava ikame etmesi gerekecektir¹⁴². Terkin için ikame edilecek dava, şahsi değil, aynı mahiyette olacaktır¹⁴³.

2. İpotekle Temin Edilen Alacağın Geçersizliği

Anapara ipotek sözleşmesiyle veya üst sınır ipoteğiyle temin edilen alacağın değişik sebepler dolayısıyla geçersiz olması mümkündür¹⁴⁴. Alacağına ilişkin borç ilişkisinin kurulması aşamasında mevcut bulunan baştaki ifa imkânsızlığı yahut teminat altına alınan alacağın kanun, genel ahlak ve adaba aykırılığı veyahut da muvazaa gibi kesin geçersizlik yapıtrımı, alacağı doğuran hukuki işlemin geçersiz sayılmasına yol açmakla, ipoteğin alacağına bağlı bir hak olmasından dolayı ipotek tescilini de yolsuz, geçersiz yapar¹⁴⁵. Bu durumlarda

¹⁴¹ “Somut olayda; gerek Tapu Sicil Müdürlüğü yanıtından, gerekse eski yazılı kayıtlar üzerinde yaptırılan tercümeden ipoteğin kimin yararına ve hangi nedenle konulduğunun açıklanmadığı anlaşılmaktadır. İpoteğin nedeni olan evraklar da temin edilememiştir. Gerçekten ipotek rehininin kaldırılmasına ilişkin davanın rehin alacaklısına yöneltilmesi gerekmekte ise de rehin alacaklısının kim veya kimler olduğunun belirlenemediği bu gibi durumlarda davanın Kanunun tapu sicilini tutmakla görevlendirdiği devleti temsilen maliye Hazinesine yöneltilmesi yeterlidir. Mahkemece taraf teşkili yöntemine uygun biçimde tamamlattırılmalı, gerek görülürse kayıtlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmalı, kayıtlara 1927 yılında konan ipotek şerhinin davanın açıldığı tarihe göre ilgisine bir yarar sağlayıp sağlamadığı, günümüze taşınmasının bir anlamı kalıp kalmadığı yönü üzerinde durulmalı, yargı yerinin sorunlara çözüm bulması gereken merci olduğu düşünülerek sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır. Bütün bu hususlar bir yana bırakılarak davanın yazılı bazı gerekçelerle reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir...” (14. HD., 06.02.2006, E.2005/10867, K.2006/852).

¹⁴² “Kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacını güden ve bir taşınmaz değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir aynı haktr. İpotek tesisi için rehin edilecek taşınmaz maliki ile alacaklı arasındaki anlaşmanın (rehin sözleşmesi) bulunması ve rehin sözleşmesinin Türk Medeni Kanununun 856. maddesi gereğince tapu siciline tescil edilmesi gerekir. Alacak sona erdiği halde alacaklı, terkin taahhüdünü iradesiyle yerine getirmezse, taşınmaz maliki ipoteğin fekkini (kaldırılmasını) dava yolu ile isteyebilir. Somut olayda; incelenen ve ipotek akdinin çerçevesini tayin eden resmi akit tablosu içeriğinden ipoteğin gerçekleşen bir alacağın teminatı olarak tesis edildiği görülmektedir. Bu haliyle ipotek bir teminat ipoteğidir. Teminatın üst sınırı ise, 70.000,00 TL’dir. Taşınmaz, bu miktar kadar alacaklının alacağının teminatını teşkil ettiğinden ve davacı tarafından ipotek sebebiyle borçlu olunmadığı ileri sürüldüğünden bu savunmanın incelenmesi gerekir. Bütün bu açıklamaların sonucu doğrultusunda, ipotek 70.000.00 TL için ve davacı A. A.’ın davalı şirketten yapacağı alış-verişten doğacak borçların teminatı olarak kurulduğundan, davalı şirketin ticari defter ve kayıtları üzerinde mali müşavir bilirkişiye inceleme yaptırılmalı, tarafların dosyaya sunduğu deliller ile defter ve belgelere göre davalının davacı ile olan alış-verişinden dolayı bir alacağı olup olmadığı, alacağı mevcut ise ödenip ödenmediği ayrıntılı ve gerekçeli şekilde incelettirilmeli, istem sonucuna göre karara bağlanmalıdır...” (14. HD., 11.10.2012, 10026/11552)

¹⁴³ Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 10.

¹⁴⁴ Bu geçersizlik sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbay, s. 414 vd.

¹⁴⁵ Özbay, s. 414.

geçersizlik sebebine göre sözleşmenin tamamen veya kısmen iptali söz konusu olabilecektir. Örneğin, alacaklı ile borçlu arasında gerçek bir borç ilişkisi olmaksızın kurulan ipotek tamamen yolsuz, gerçek borcun çok üstündeki bir meblağ için tesis edilen ipotek sözleşmesi ise kısmi muvazaa sebebiyle sadece muvazaalı kısmı teminat altına aldığı oranda geçersiz kabul edilecektir. Bu durumlarda ipoteğin tescili yolsuz¹⁴⁶ olup, ipoteğin kısmen veya tamamen terkinin Türk Medeni Kanunu'nun 1025. maddesine veyahut da İcra ve İflâs Kanunu m. 150/a'ya dayanılarak talep edilecektir¹⁴⁷.

Esasen bahsi geçen bu durumlara ayrıca iptal edilebilirlik halleri ile aşırı yararlanma halleri de dahil edilebilir. Ancak iptal edilebilirlik halleri ile aşırı yararlanma hallerinin ileri sürülmesi, kanımızca sadece borçlu tarafından olmalıdır. Zira kanun koyucu, iptal edilebilirlik sebebinin ileri sürülerek bir işlemi iptal ettirmesini, sadece bu sebepler kendisinde doğan borç ilişkisinin taraflarının ileri sürebilmesine bağlamıştır. Bu hakkın üçüncü kişi tarafından sözleşmenin diğer tarafı olan ipotek alacaklısına karşı ileri sürülmesi kanımızca mümkün olamamalıdır. Bu nedenle borç ilişkisinin geçersizliği iddiası üçüncü kişi tarafından ileri sürülebilecekken, borç ilişkisinin iptal edilebilir olup olmadığı bu borç ilişkisiyle alacağı perdelenen üçüncü kişi tarafından ileri sürülemeyecektir. İpoteğe bağlı alacak zamanaşımına uğramadığından, böyle bir iddia, yani zamanaşımına uğrayan bir borç ilişkisinin olduğu iddiası, ne borçlu tarafından ne de üçüncü kişi alacaklılar tarafından ileri sürülemeyecektir. Kaldı ki kanımızca ipoteğe bağlı alacak zamanaşımına uğruyor olsaydı bile, bu husustaki defî hakkının sadece borçlu tarafından ileri sürülebileceğini düşündüğümüzden üçüncü kişi alacaklılar tarafından her halde ileri sürülmesi mümkün olmayacaktı. Biz bu kapsamda takas iddiasının ayrıca daha evvel borçlu tarafından ipotek alacaklısına ileri sürülmüşse, bunun borcu ileri sürülen alacak miktarlarınınca sona erdirdiğini, ancak borçlu tarafından ileri sürülmeyen takas definin, borçlu adına ipoteğe bağlanan alacak sebebiyle alacağı perdelenen üçüncü kişiler tarafından iddia edilemeyeceğini kabul etmekteyiz. Üçüncü kişi alacaklılar bakımından borçlu tarafından iddia edilmemiş bir takas imkanı, sadece bir olanaktır ve kullanımı da sadece borçluya aittir.

3. Perdelemenin Gerçekleşmesi

Yukarıdaki bölümde tesis edilmiş bir ipoteğin üçüncü kişi takip alacaklısının alacağını perdeleyebileceği geçersizliğe bağlı durumlardan bahsettik. Söz konusu hallerde, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması durumunda gerek borçlunun gerekse de taşınmazı ipotek veren üçüncü kişinin borca yönelik itirazda bulunması ile borç ilişkisinin olmadığına veya sona erdiğine

¹⁴⁶ Helvacı, İpotek, s. 132.

¹⁴⁷ Özbay, s. 415; Üstündağ, s. 19, 20.

dair menfi tespit davası açması (İİK. m. 150/a) ve alacağa bağlı sebeplerden ipoteğin iptalini istemesi mümkün olup, bu yasal olanaklar takip alacaklılarının ipotekli alacaklı bakımından korunmasına uygun değildir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, ipotek alacaklısının alacağının doğmamış olması, geçersiz (özellikle muvazaalı) olması veyahut ödemelerle tamamen veya kısmen sona ermiş olması durumlarında ipotek alacaklısının alacağının şekli anlamda varlığını devam ettirmektedir. Bu durumlarda öncelikle ipotekli taşınmazı haczettiren üçüncü kişi takip alacaklısının rüçhanlı alacaklı olduğundan bahisle ipotek alacaklısının görünen alacağının karşılama prensibinde dikkate alınıyor olması, üçüncü kişi alacaklının cebri icra yoluyla alacağına ulaşmasına engel olabilecektir. Özellikle şekli anlam taşıyan bir ipotekli alacak tutarının yüksek tutarlarda olması durumunda ve ipotek alacaklısının ipotek bedelinin altında satışa onay vermemesi durumunda, karşılama prensibi¹⁴⁸ karşılanmamakla taşınmazın paraya çevirme işlemleri akamete uğrayacak ve bu durum üçüncü kişi alacaklının alacağına kavuşmasını engelleyecektir.

Aynı durum paraların paylaşılması aşamasında da söz konusu olabilecektir. Paraların paylaşılması aşamasında ipotek alacaklısının rüçhanlı alacaklı olarak sıradan evvel pay alması, sırada yer alan takip alacaklılarının satış bedelinden alacaklarını almalarını engelleyecek veya az almalarına sebep olacaktır.

B. İpotek Alacağının Belirsizliğine Dayalı Perdeleme

1. İpotek Sözleşmesinde Hukuki İlişiyi Gösterme Zorunluluğunun İşlem Güvenliğine Hizmet Etmesi

İpoteğin sağladığı alacak noktasında alacağın belirliliği ve fer'iliği ilkesi, anapara ipoteğinde salt alacağın miktarının belirtilmesi yeterli olmayıp, ipoteğin tesisine neden olan hukuki ilişkinin de akit tablosunda belirtilmesi gerekecektir. Şayet soyut bir borç tanınmasından mütevellit bir alacak için

¹⁴⁸ “Öte yandan, İİK’nun 129/1. maddesi uyarınca, birinci ve ikinci ihalede satışın yapılabilmesi için artırma bedelinin, malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanlı olan alacakların toplamından fazla olması, bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını geçmesi zorunludur. Anılan maddede yer alan “rüçhanlı alacak” sözcüğü, taşınmazla temin edilen ipotekli alacakları ifade eder. İpotek alacaklısının, satışın, ipotek bedelinden daha aşağıya yapılmasına muvafakat etmesi halinde ihalenin, rüçhanlı alacak olan ipotek alacağının altında bir bedelle yapılması mümkündür. İİK’nun 129. maddesindeki rüçhanlı alaktan anlaşılması gereken satış yapılan dosya alacağına rüçhanlı alacaklardır. Somut olayda takip alacaklısının alacağına rüçhanlı alacak olmadığı halde, şartnamede muhammen bedeli 5.928.552,00 TL olan taşınmazdaki 2. derece ipotek alacağı da dikkate alınarak 4.454.276,00 TL’yi geçmek şartıyla ihale edileceğinin yazılması talep ve talibi azaltıcı nitelikte olup ihalenin feshi sebebidir....” (12. HD., 23.01.2017, E.2016/23012, K.2017/721).

anapara ipoteği tesis ediliyor ise, bu hususun da ipotek akit tablosunda açıklanması gerekecektir¹⁴⁹. Zira ipotek, sebebe (illi) bağlı bir hukuki işlemdir¹⁵⁰. Buna karşın, teminat altına alınan doğması muhtemel alacağın doğum sebebini teşkil edecek hukuki ilişkinin yeterli açıklıkta belirtilmesi gereklidir¹⁵¹. Alacağın sebebini teşkil eden hukuki ilişkinin belirtilmesi, aynı zamanda ipotekte belirlilik ilkesinin de bir gereğidir¹⁵². İpotek hakkının tapu siciline tescilini sağlayan tasarruf işleminin hukuki sebebini, ipotek sözleşmesi oluşturur¹⁵³. Mevcut bir alacak için ipotek kurulması halinde tutarın gösterilmesinin yeterli olduğu, sebebin gösterilmesinin zorunlu olmadığı, alacağın salt miktar itibariyle değil, sebebi itibariyle de şüpheli olabileceği¹⁵⁴ ihtimalde, ipotek sözleşmesinin mücerret borç ikrarını ihtiva edeceği savunulmuştur¹⁵⁵. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, anapara ipoteğinde alacak miktarının gösterilmesinin yeterli olup, hukuki sebebin gösterilmesine gerek olmadığı, ancak, ipoteğin tesisi anında doğmamış alacaklar için kurulan üst sınır ipoteğinde, alacağın doğumuna sebep olacak hukuki ilişkinin gösterilmesi gerektiği dile getirilmiştir¹⁵⁶. Bu görüş çerçevesinde şayet üst sınır ipoteğinde hukuki sebep gösterilmez ise, alacaklının borçluya ait her türlü alacağının ipotek kapsamına dahil olacağı, dolayısıyla hukuki sebepten bağımsız bütün alacakların sona ermeyecek şekilde ve ömür boyu sürebilecek bir alacağa dönüşebileceği, bunun da kişi özgürlüğünü ahlaka aykırı şekilde sınırlandıracağı, böylelikle Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesine aykırılık oluşturacağı savunulmuştur¹⁵⁷. Kanımızca Türk Borçlar Kanunu'nun borç tanınmasına olanak veren düzenlemesi (TBK. m.18), tanınan bu borç dolayısıyla ipotek kurulmasının yasal dayanak noktasıdır. Ancak bu soyut borç tanınmasının tarih ve alacak miktarını içeren bir belgede tecessüm bulmuş olması gerekir. Böylelikle, borç tanınmasının dışında yer alan herhangi bir borç ilişkisine dayanılarak ipoteğin güvencesinden faydalanılmanın önüne geçilebilecektir. Gerek borç tanınmasına dayanarak gerekse de hukuki ilişki gösterilerek ipotek tesis edilirken alacağın belirlilik ilkesine sadık kalınacaktır. Belirli olmayan alacak ipoteğe bağlanamaz. Üst sınır ipoteği tesis edilirken de belirli bir hukuki ilişki veya borç tanınması dayanak oluşturacaktır. Buradaki belirsizlik sadece belirli alacağın doğup doğmayacağı ve doğmuşsa da belirli bir miktarla sınırlı olmak üzere ne miktarda doğduğunun belirsizliğidir.

¹⁴⁹ Çetiner, s. 145.

¹⁵⁰ Ünal, Mehmet/ Başpınar, Veysel, Şekilî Eşya Hukuku, Ankara 2012, s. 118; Acar, Faruk, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 164.

¹⁵¹ Sarı, s. 981.

¹⁵² Sarı, s. 982.

¹⁵³ Çetiner, s. 114.

¹⁵⁴ Davran, s. 46.

¹⁵⁵ Köprülü/Kaneti, s. 301; Davran, s. 46.

¹⁵⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 909.

¹⁵⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 909.

Duyulan endişe, ileride doğması muhtemel alacaklar yönünden ipotek tesisinin borçlunun ekonomik özgürlüğünü kısıtlaması ve kişilik haklarını ihlal etmesi gibi¹⁵⁸, borçlunun diğer alacaklıları arasındaki eşitliği de bozuyor olmasıdır. Kredi kurumlarının doğmuş ve doğacak, özellikle hangi hukuki sebepten olursa olsun doğacak tüm alacaklar için ipotek tesis etmesi, hem borçlunun ekonomik özgürlüğünü¹⁵⁹ hem de üçüncü kişi alacaklıların alacağını perdeler mahiyettedir.

2. Sürekli Borç Doğuran İlişkiler

İpoteğin tesisi sırasında gelecekte doğacak borcun sebebi mevcut olmakla birlikte, borcun henüz doğmadığı ya da borç miktarının kesin olmadığı ihtimallerde taraflar azami bir miktarı kararlaştıracaktır. Bir bankanın müşterisine verdiği teminat mektubunu ödemesi halinde söz konusu mektup için aldığı ipotek ya da müşterisi ile arasındaki kredi veya cari hesap sözleşmesinin kesilmesi halinde ortaya çıkan bakiyenin teminatı için ipotek tesis edilmesinde üst sınır ipoteği söz konusu olacaktır. Nitekim alacağın miktarının belirli olmadığı ihtimalde, taşınmazın azami ne miktar için teminat teşkil edeceği taraflarca kararlaştırılacaktır. İşte taraflarca belirlenen bu miktar tapu siciline teminatın üst sınırı olarak tescil edileceğinden, belirlilik ilkesinin gerçekleşmesi de bu yolla sağlanacaktır¹⁶⁰. Para borcu dışındaki verme edimi veya yapma ya da yapmama borçları için tesis edilecek üst sınır ipoteği; borcun ifa edilmemesi halinde para olarak talep edilebilecek tazminatı kapsamına alacaktır¹⁶¹. Hakikatte para alacağı dışında teminat altına alınan, borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zararı giderim borcudur¹⁶². Dolayısıyla gelecekte doğması muhtemel ve tutarı belirsiz bu türden bir para alacağının ipotek ile teminat altına alınması da, üst sınır ipoteği ile mümkün olacaktır¹⁶³.

Üst sınır ipoteği daha ziyade uzun süreli borç ilişkilerinde doğan alacaklar için ipotek alacaklısı bakımından pratik mülhazalarla tesis edilmektedir. Örneğin, bankaların müşterileri cari hesap sözleşmesi; sanayicilerin pazarlama kuruluşlarına satarak teslim ettiği üründen doğan alacakları ile iki tarafa borç yükleyen taşıma sözleşmesinden doğan muhtemel zarar rizikoları için de üst sınır ipoteği tesis edilir. Yani her münferit borç için yeniden ipotek kurulması yerine sürekli borç ilişkisinden kaynaklanacak alacakların tümünü kapsayacak şekilde üst sınır ipoteği kurulmakla muhtemel gelecekteki rizikoların karşılanması

¹⁵⁸ Sarı, s. 982.

¹⁵⁹ Çetiner, s. 83.

¹⁶⁰ Sarı, s. 1007.

¹⁶¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 954, dp. 254; Helvacı, İpotek, s. 139, 145.

¹⁶² Helvacı, İpotek, s. 7; Sarı, s. 968.

¹⁶³ Helvacı, İpotek, s. 146.

ihtiyacı teminat altına alınmaktadır¹⁶⁴. Özellikle bankalar müşterileri ile aralarındaki sürekli ve uzun süreli borç ilişkisi doğuran kredi, mevduat hesabı, çek defteri, kasa kiralama, akreditif, teminat mektubu verilmesi gibi hukuki işlemlerinin teminatı için limit ipoteği tesis etme yolunu tercih etmektedir. Ancak üst sınır ipoteğinde ipotek alacaklısının paraya çevirme talebi, gerçekte var olan ve alacaklı tarafından ispat edilmesi gereken bir alacağın varlığı ve miktarına bağlı olduğundan¹⁶⁵ ipotek alacaklısının tescil edilmiş olan üst sınırın tamamına yönelik bir tatmini söz konusu olmayabilecektir¹⁶⁶. Üst sınır ipoteği ile temin edilmiş riziko ya da kredi ilişkisinde alacağın doğduğu ve muaccel olduğunu gösteren belgelerin tahakkuku, takip şartı teşkil eder¹⁶⁷. Ancak bu durum, yani sürekli borç doğuran borç ilişkisinin devamı için taşınmazın üst sınır ipotekli gösterilmesi, üçüncü kişi tarafından taşınmazın haczine ve satış talebine engel değildir. Fakat bu durumda bankacılık sektöründe bankaların müşterileri ve onların borçlarını üçüncü kişiler ile paylaşması mümkün olmadığından, bu durum takip alacaklısı üçüncü kişinin hukuki durumunu haczettiği ipotekli taşınmazın satışı için uğraşıp uğraşmama sadedinde güvence altına almamaktadır. Bankaların teminat sözleşmeleri genellikle tek taraflı hazırlanmış genel işlem koşullarından oluşmakta ve içeriği banka tarafından belirlenmekte olup, bankaların cari hesap şeklinde işleyen kredi hesabı için ipotek tesis edilir iken ileride bu hesap dâhilinde kullanılacak kredilerden doğacak yeni alacaklar da teminat kapsamına alınmaktadır. Bu durum teminat sözleşmesinde süre belirtilmemesi özellikle de cari hesap sözleşmesi şeklinde işleyen kredi sözleşmelerinde uzun bir süre boyunca doğacak bütün alacaklıları teminat kapsamına alacağından hem üçüncü kişi alacaklılarının alacağını perdeleyecek hem de borçlunun kişilik haklarına müdahale olacağı gibi, borçlunun hukuki durumunu ağırlaştırır silahların eşitliği ve dürüstlük kuralına da aykırılık oluşturacaktır. Nitekim zaman sınırlaması olmaksızın tesis edilen üst sınır ipoteği, lex commissoria yasağını ihlal edip, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı gibi, fer'ilik ilkesine de denk düşmeyeceği savunulmuştur¹⁶⁸. Dolayısıyla süre belirtilmeksizin taraflar arasında doğmuş ve doğacak tüm alacakların güvence altına alınması için tesis edilen üst sınır ipoteği yukarıda

¹⁶⁴ Köprülü/Kaneti, s. 289.

¹⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 957.

¹⁶⁶ "Dava konusu ipoteğe ilişkin akit tablosu incelendiğinde, davacının alacağı 16 milyar Liraya karşılık, alacaklı davalı lehine, davacıya ait taşınmaz üzerine teminat ipoteği konulduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla doğmamış bir borç için ipotek konulmuştur. Anılan ipotek, teminat ipoteği olup, aynı zamanda üst sınır ipoteğidir. Davalı yan ipoteğe konu 16 milyar Liranın davacıya ödendiğini kanıtlayamamıştır. Bu nedenle, davacının borçlu olmadığını tespiti ile ipoteğin kaldırılmasına karar verilmesinde bir usulsüzlük görülmemiştir..." (14. HD., 18.06.2004, 3260/4870).

¹⁶⁷ Tunç- Yücel, s. 6.

¹⁶⁸ Çetiner, s. 83.

açıkladığımız ilkelere aykırılık oluşturup, üçüncü kişi alacaklıların alacağını da perdeleyerek semeresiz bırakabilecektir. Bundan dolayı süre belirtilmeksizin tesis edilen üst sınır ipoteklerinin borçlu ya da üçüncü kişinin muarazası sebebiyle uyuşmazlığa konu olması ihtimalinde ipoteğin tesisine dayanak olan hukuki ilişkinin niteliğine göre bir makul süre öngörülmesi yerinde olacaktır. Örneğin, arsa sahibi ile yüklenici arasında muhtemel zararlar için tesis edilen üst sınır ipoteği, ilanihaye devam edecek değildir. İnşaatın niteliği ve kapsamı dikkate alınarak makul bir süre içerisinde bitirilmesi gerekmektedir. Meğerki taraflar arasında eksik ya da ayıplı ifadan dolayı bir dava bulunsun. Keza, iki tarafa borç yükleyen taşıma işinden dolayı muhtemel zararlar için kurulan üst sınır ipoteğinde taşıma işi uzunca bir zaman sürmesinden sonra taşıma işinin son bulmasına rağmen üst sınır ipoteği şekli anlamda varlığını koruyabilir. Bu uyuşmazlık ise, borçlu ya da üçüncü kişi tarafından yargılamaya taşınmakla mahkeme tarafından genel hükümlere göre çözümlenecektir.

Öte taraftan, uygulamada üst sınır ipoteği kurulurken, üst sınırın borç ilişkisinin mahiyetini ve sınırını aşar şekilde yüksek tutulduğu görülmektedir ki, bu ise ayrıca muvazaa oluşturmaktadır. Bu durumun da takip alacaklısı üçüncü kişilerin menfaatini olası bir paraya çevirme ve paylaşırma işleminde alacağını elde etmesini engelleyeceği kabul edilmelidir.

Sürekli borç doğuran bir borç ilişkisine ilişkin üst sınır ipoteği verilmesi durumunda, ipotek işlemini Yargıtay¹⁶⁹, tüketici hukuku bakımından

¹⁶⁹ “İpoteğe konu borç ödenmiş olsa bile, ipoteğin banka tarafından lehime açılmış veya açılacak başkaca kredilerden veya kefaletlerimden, diğer hukuki ilişkilerimden doğmuş veya doğacak hür türlü borçlarımın teminatını 1.maddede belirtilen tutara kadar (57.000 TL) oluşturacağını kabul ederim.” şeklinde düzenleme yapıldığı, davalı bankanın bu düzenlemeye dayanarak ipoteği davacının ticari ilişkileri nedeniyle verdiği bonolarından kaynaklanan banka alacağı nedeniyle kaldırmadığı anlaşılmaktadır. Dava konusu dayanak kredi sözleşmesinin konut kredisinden kaynaklandığı hususları taraflar arasında ihtilafı değildir. Ayrıca konut kredisi borcunun kapatılmış olduğu iddiasına karşı davalı tarafça bir itirazda da bulunulmamıştır. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ile sözleşmelerdeki haksız şart düzenlenmiş ve “Satıcı ve sağlayıcının tüketicisiyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı, değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketicisiyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir. 6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki

sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan tüketici hukuku bakımından haksız şart olarak değerlendirmiş ve geçersiz saymıştır. Tüketici konumunda olmayan kişiler bakımından ise, zamansal sınırlamaya bağlı olmayan üst sınır ipoteğinin varlığı, geçerliliği, kapsamı ve sona erip ermediği, borçlu ile ipotek alacaklısı arasındaki borç ilişkisinin üçüncü kişinin alacağını perdelediği ölçüde veya borçlunun işlemle hukuki durumunu dürüstlük kuralına aykırı ihlal edip etmediğine bağlı olarak tespit edilmelidir. Örneğin, borçlu ile ipotek alacaklısı arasında devam eden cari hesap ilişkisini temin eden bir ipotek, borçlunun ipotekle alacağı temin edilmemiş diğer alacaklısının cari hesap ilişkisinden borçluya ait alacakların haczine olanak verdiği ölçüde menfaatinin perdelememekte iken, bu türden sürekli borç ilişkisinin önemli ölçüde sona erdiği, askıya alındığı bir hukuki durumda ise, ipotek alacaklısının alacağının belirlenmesi, devamlı borç tutarının artmasının önüne geçilmesi suretiyle menfaatinin korunması gerekir. Bu nedenle, üst sınır ipoteğine bağlı her somut olayın özelliğine göre, ipotek sözleşmesinin zamansal olarak borçlu aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı veya diğer alacaklıların menfaatinin perdeleyip perdelemediği yahut ne ölçüde perdelediği tespit edilmelidir.

3. Perdelemenin Gerçekleşmesi

Üçüncü kişi takip alacaklısının haczettiği ipotekli taşınmazla temin edilen alacak sürekli borç doğuran bir borç ilişkisini temin etmekte ise, bu durum ipotekli taşınmazın satışının talep edilmesine engel değildir. Haciz alacaklısının satış talebi üzerine icra dairesinin satış hazırlıkları kapsamında yapılan ilanda ipotek alacaklısının/alacaklılarının taşınmaz üzerindeki haklarını, faiz ve giderlerini 15 gün içinde icra dairesine bildirmesi gerektiği, aksi halde hakları tapu siciliyle sabit olmadıkça satış bedelinin paylaşılmasından mahrum kalacağı/kalacakları ihtarı yer alacaktır (İİK. m. 126). İpotek alacaklısının alacak hakkının tapu sicilinden anlaşılıyor olması tescil işleminin bir gereği

punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ... “ hükmü, yine 4077 Sayılı Kanunun değişik 6 ve 31 maddelerine dayanılarak hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde “satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır” hükmü getirilmiştir. Taraflar arasında düzenlenen 1.3.2006 tarihli konut kredisi sözleşmesine dayanak ipotek senedinin 1.maddesi hükmü yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler ışığında haksız şart niteliğindedir. Davacının ticari ilişkileri olduğu ve buna dayalı bonolar verdiği bildirilmiş ise de davacı gerçek kişi konut almak üzere davalı bankadan konut kredisi kullanmıştır. Davacı buna göre tüketici durumunda olup davaya da tüketici 2012/12055–22095 mahkemesince bakılmıştır. Buna göre davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, davanın reddine ilişkin mahkeme kararının zuhulen onandığı bu kez yapılan karar düzeltme incelemesinde anlaşılacakla, dairenin onama ilamının kaldırılarak mahkeme kararının yukarıda açıklanan gerekçe ile bozulmasına karar verilmiştir...” (13. HD., 04.10.2012, 12055/22095).

olduğu için ipotek alacaklısının bir alacağının temin edildiği ve dolayısıyla taşınmaz üzerinde bir hakkının bulunduğu kabulü gerekir. Bu kabul nasıl geçersizlik veya tamamen veya kısmen borcun sona ermesi gibi gerekçelerle satış aşamasının evvelinde (menfi tespit veya geçersizlik davalarıyla) ya da satış ve paylaşım aşamalarında (mükellefiyetler listesine karşı istihkak yahut sıra cetveline itiraz davasıyla) sorgulanabilir ise de, temin edilen ipotek alacağının sürekli borç doğurması ve tutar belirsizliği taşıması durumunda da sorgulanabilir.

İcra dairesinin sürekli borç doğuran borç ilişkisini temin eden bir ipotekli taşınmazın haciz alacaklısı tarafından satışının istenmesi durumunda takip dosyaları üzerinden sahip olduğu tek bilgi, bu taşınmazın bir ipotek alacağını belirli bir miktara kadar temin ettiği'dir. Tapu sicilinden anlaşılan sadece bu olgudur. Bu durumda ortaya çıkan belirsizlik, gerçekte borç ilişkisinden bir borcun doğup doğmadığına, borç ilişkisinden bir borç doğmuşsa, ipotek alacaklısının alacağının muaccel olup olmadığına ilişkin olacaktır. Yani satış hazırlığı yapan icra müdürünün önünde ipotekle temin edilmiş ya doğmamış bir alacak ya da doğmuş ve fakat muaccel olmamış bir alacak yahut da doğmuş ve muaccel olmuş bir alacak bulunmaktadır. Üçüncü kişi takip alacaklısının alacağının perdelenmesi, icra dairesinin ipotekle temin edilen alacağa ilişkin bahsi geçen bu durumlara ilişkin sağlıklı bir ayırım yapmaması, daha doğrusu hiç bir ayırım yapmaması sonucunda söz konusu olacaktır. İcra dairesinin olduğu gibi ipotekle temin edilen üst sınır alacak miktarını dikkate alarak rüçhanlı alacak tutarını belirlemesi ve paylaşımında da bunu dikkate alması üçüncü kişi alacağını perdeleyebilecektir. Bu durumda, henüz doğmamış bir ipotek alacağının üçüncü kişi tarafından haciz işlemi gerçekleştirildikten sonra doğması veya henüz bir kısmı muaccel olan ipotekle temin edilen alacaklara hacizden sonra ipotekle temin edilen alacaklara bazı alacakların daha eklenmek edilmek suretiyle takip alacaklısının hacizle temin edilen alacağının perdelenmesine, ötelenmesine neden olacaktır. Üst sınır ipoteğinde alacağın henüz doğmamış olması, ipotek tescilini yolsuz hale getirmediği gibi, ipoteğin iptalini de gerektirmez¹⁷⁰. Yargıtay'a göre, taşınmaz üçüncü kişi haciz alacaklısının talebi ile ihaleye çıkarılmış ve ipotek bedelinin bir kısmı muaccel değilse, icra müdürlüğü tarafından satış şartnamesine müccel ipotek bedelinin taşınmaz ile birlikte alıcıya intikal edileceği tasrih olunacaktır¹⁷¹. Dolayısıyla her iki tarafa

¹⁷⁰ Özbay, s. 419.

¹⁷¹ "İİK'nun 125. maddesinde "Artırma şartnamesinde taşınmazın, üzerindeki irtifak hakları, taşınmaz mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleriyle birlikte satıldığı ve borçlunun bu taşınmaz ile temin edilmiş şahsi borçlarının da alıcıya intikal eyleyeceği tasrih olunur. İpotek ve ipotekli borç senediyle temin edilmiş olup da bu suretle müşteriye devrolunan borçtan asıl borçlunun kurtulması alacaklının müracaat hakkının mahfuz olduğuna ihaleden itibaren bir sene içinde kendisine bildirmemiş olmasına bağlıdır. (K.

borç yükleyen uzun süreli bir sözleşme gereği taşınmaz üzerine ipotek tesis edilmiş ve haciz alacaklısının taşınmazı cebri icrada sattırması üzerine taraflar arasında herhangi bir alacak doğmamış ise, özellikle risk borcundan dolayı, ipoteğin bağlı olduğu alacak muaccel olmadığı için taşınmaz ipotek yükü ile birlikte ihale olacaktır (İİK. m.125). Şu durumda aynı ipotekle teminat altına alınmış olup da, henüz muaccel olmamış başka alacaklar, örneğin, ödenmemiş teminat mektupları var ise, ipotek alacaklısının talebi üzerine, ipoteğin paraya çevrilmesini müteakip, muaccel alacaklar ödenmekte; artan kısım olursa, bu kısım, ipotekle teminat altına alınmasına rağmen muaccel olmayan diğer alacaklar için icra vizesine depo edilerek gerçekleştirilmektedir. Bu ihtimalde, aynı teminat, nakdi teminata ikame olacaktır. Zira bu durumda ipotekli taşınmazın karşılama prensibi, ipotek konusu taşınmazın tümünü kapsamak zorundadır¹⁷².

C. Lex Commissoria Yasağının Dolanılması

Türk Medeni Kanunu'nun 873. maddesine göre borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir¹⁷³. Lex commissoria yasağının amacı **borçlunun zor durumda kalarak alacaklıya maliki olduğu malın mülkiyetinin geçmesine**, yani gabine karşı korunması kadar eşyanın alacağı aşan değere sahip olunmasının engellenmesidir¹⁷⁴. Lex commissoria yasağının altında yatan bir diğer neden, ipotek konusu taşınmazın değeri ile teminat altına alınan alacak miktarı arasındaki muhtemel farkın, hak sahibi yerine haksız şekilde rehinli alacaklıya geçmesine sebebiyet vermesidir ki¹⁷⁵ bu ihtimal, alacaklının ifa edimini aşan bir menfaat elde etmesi olup, ahlaka aykırı sayılacaktır¹⁷⁶. Alacaklının rehinli

M. 803) Taşınmaz rehinle temin edilmiş muaccel borçlar, müşteriye devredilmeyip satış bedelinden tercihen ödenir. Artırma şartnamesinde hangi masrafların müşteriye ait olacağı tasrih olunur." düzenlemesi mevcuttur. Somut olayda Kahramanmaraş ili Merkez Hayrullah mahallesi 4495 ada, 1 nolu parselde kayıtlı taşınmazda borçluya ait hisse üzerinde, O. Petrolcülük A.Ş. nin 25.000 TL ve 100.000 TL lik rüçhanlı ipoteklerinin bulunduğu, taşınmazın açık artırma şartnamesinde gayrimenkul üzerindeki rehinle temin edilmiş muaccel borçların müşteriye devredilmeyerek satış bedelinden tercihen ödeneceğinin kararlaştırıldığı, söz konusu borçların henüz muaccel olmadıkları anlaşılmalı, ihalenin taşınmaz üzerinde bulunan O. AŞ ye ait ipotekler ile yükümlü yapıldığı yönündeki mahkeme kararının onanması gerekirken sehven bozulduğu görülmekle, alacaklının karar düzeltme isteminin kabulüne karar vermek gerekmiştir..." (12. HD., 19.06.2012, 9328/21105).

¹⁷² Helvacı, İpotek, s. 232.

¹⁷³ Helvacı İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasağı, İstanbul 1997, s. 11; Davran, s. 18..

¹⁷⁴ Tunç- Yücel, s. 73; Saymen/ Elbir, s. 573; Helvacı, Lex Commissoria, s. 26, 72, 73, 75; **Sirmen, s. 615**; Akıntürk /Akipek, s. 753.

¹⁷⁵ Helvacı, Lex Commissoria, s. 79; Davran, s. 18; **Sirmen, s. 615, 616..**

¹⁷⁶ Helvacı, Lex Commissoria, s. 77, 78.

malı bizzat satın alması, alacaklının rehin konusu malı bir üçüncü kişiye satmasından farklı değildir. Borçlu bakımından satışın kime yapıldığının bir önemi olmayıp, rehinli malın değerinin altında bir fiyata satılmaması ve işlemin seri şekilde sonuçlanması önemlidir¹⁷⁷. Dolayısıyla ipotek alacaklısının ipotekli taşınmazı cebri icra marifetiyle satışına katılmak suretiyle taşınmazın mülkiyetini iktisap etmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır¹⁷⁸. Kaldı ki ipotek alacaklısının önalım hakkı da yoktur¹⁷⁹. Ancak, teminat ipoteklerinde üst sınırın ipotek tesis edilir iken, çok yüksek gösterilmesi tapu sicilinde diğer alacaklıların haklarını perdeleyecektir. Hâlbuki öğretilerde, hayatın olağan akışında merhunun değerinin teminat altına aldığı alacağın değerinden daha fazla olduğu, ipotek borçlusunun da borç ödenmediğinden merhunun alacaklıya geçeceğinde dair bir anlaşmaya rıza göstereceği ve bu durumun borçlunun sömürülmesine sebebiyet vereceği savunulmuştur¹⁸⁰. Ancak, çoğu halde, teminat altına alınan alacak miktarı, taşınmazın değerinden çok yüksek olmasından mütevellit, taşınmazın satışının talep edilmesini müteakip teminat altına alınan alacağın taşınmazın sürüm değerinin çok üzerinde olması, alıcı çıkmamasına ve satışı imkânsız hale getirmesine sebebiyet vereceğinden, ipotek konusu malın alacağına mahsuben ipotek alıcısına ihale edilmesi, lex commissoria yasağının dolanılması anlamına gelecektir. Bir nevi kanun karşı hile durumu sayılacaktır ki, bu durum ihkakı hak yasağına da aykırılık oluşturacaktır¹⁸¹. Uygulamada yasağın dolanılması için, yani kanun koyucu tarafından yasaklanmış bir sonuca, kanun koyucunun yasaklamadığı bir hukuki muamele ile gerçekleştirildiği, örneğin teminat amaçlı taşınmaz satış vaadi ya da vefaen satım yoluna da başvurulduğu tecrübe edilmektedir¹⁸². Teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerinin de borçlunun sömürülmesine ve tefeciliğe¹⁸³ sebep olduğu gerekçesiyle lex commissoria yasağından farksız olup, kanuna karşı hile oluşturduğundan, kesin hükümsüz olduğu ileri sürülmüştür¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Tunç Yücel, s. 100.

¹⁷⁸ Tunç Yücel, s. 100; **Sirmen, s. 615.**

¹⁷⁹ Çetiner, s. 109.

¹⁸⁰ Helvacı, Lex Commissoria, s. 73, 102.

¹⁸¹ Helvacı, Lex Commissoria, s. 74.

¹⁸² Helvacı, İpotek, s. 266, Helvacı, Lex Commissoria, s. 147; Çetiner, s. 109.

¹⁸³ Çetiner, s. 110.

¹⁸⁴ Budak, s. 79.

III. PERDELEMENİN ÖNLENMESİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ TAKİP ALACAKLISININ MÜRACAAT YOLLARI

A. İpotek Alacağına Muvazaalı Olmasına, Sona Ermiş Olmasına veya Kanuna Karşı Hileyle Dayalı Perdelemeye İlişkin

1. Paraya Çevirme Aşamasında

a. Muvazaa Davası

İpotekle temin edilmiş alacağın temelinde bir borç ilişkisi bulunmayabileceği gibi, var olan borç ilişkisinin bedel unsuru muvazaalı olabilecektir¹⁸⁵. Muvazaaya ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi "*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır*" hükmünü havidir. Bir diğer ifadeyle, muvazaa, irade ile beyan arasında bilerek oluşturulan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir¹⁸⁶. Muvazaa iddiası, herhangi bir süreye tabi olmayan ve mahkeme tarafından resen dikkate alınan bir itirazdır. Muvazaa itirazı, taraflar ve üçüncü kişiler tarafından mevcut bir davada savunma olarak ileri sürülebileceği gibi, muvazaaya dayalı bağımsız bir davaya da konu olacaktır¹⁸⁷. Muvazaaya dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek olmayıp¹⁸⁸, alacağın ispatı yeterlidir.

¹⁸⁵ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993 (7. Bası), s. 407, 409; Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1 (2015), s. 283.

¹⁸⁶ Esener, Turhan, Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, s. 7; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası (2016), s. 362; Kocayusufpaşaoğlu, Necip (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Hüküm, İstanbul 2014 (6. Bası), s. 345; Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 407, 409;

¹⁸⁷ "Davacı, istemde bulunurken BK.nun 18. maddesi ile İİK.nun 277. ve devamı maddelerine dayanmıştır. Mahkemece olay İİK.nun 277. ve devamı maddeleri gereğince incelenerek sonuçlandırılmıştır. Muvazaa, tarafların 3. kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşmalarıdır. Davacı, borçlu davalının borçtan kurtulmak amacıyla taşınmazı diğer davalılara satış gibi gösterdiğini iddia etmektedir. Dava dilekçesinde açıkça muvazaaya dayanıldığı belirtilmiştir. Bu ileri sürülüş biçimi, davanın İİK. nun 277. ve devamı maddelerindeki iptal davasından çok BK.nun 18. maddesinde açıklanan muvazaa hukuksal nedenine dayalı bir dava olduğunu göstermektedir. Muvazaa iddialarında zamanaşımı söz konusu olmaz. Olayda muvazaanın belirlenmesi durumunda İİK.nun 283/1 maddesi benzetme yoluyla uygulanmak suretiyle tapu iptaline gerek olmadan alacağın tahsil için haciz ve satış isteyebilme yönünde hüküm kurulabilir. Şu durum karşısında mahkemece, BK.nun 18. maddesi uyarınca genel hükümlere göre dosyanın incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yönün gözetilmeden hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir..." (4. HD., 09.04.2007, 2654/4665). Esener, s. 102; Eren, s. 379.

¹⁸⁸ "BK' nun 18. maddesine dayanılarak açılan iptal davalarında, İİK'nun 277. maddesinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarından farklı olarak aciz belgesi bulunması koşulu

Borçlunun alacaklıları aleyhine malvarlığını azaltıcı nitelik taşıyan her türlü hukuki işlemleri muvazaaya dayalı iptale konu olacaktır¹⁸⁹. Muvazaalı hukuki işlem den kasıt; tarafların iradeleri ile beyanları arasında bilerek ve isteyerek meydana getirilmiş mübâyenet; üçüncü kişileri aldatmak saik ve niyeti ile taraflar arasında gizli işlemi oluşturan muvazaa sözleşmesidir¹⁹⁰. Muvazaaya dayalı ipotekle temin edilmiş bir hukuki işlemin ve dolayısıyla ipotegİN iptali davasında, icra alacaklısı haciz dolayısıyla sözleşmenin tarafı olmamasına karşılık üçüncü kişi sıfatıyla hukuki menfaati olduğundan muvazaa iddiasını dile getirebilecektir¹⁹¹.

İki tarafa borç yükleyen uzun süreli sözleşmelerden doğan rizikolarını teminat altına almak için tesis ettikleri limit ipotekleri ki, bu bağlamda taşıma sözleşmesi, inşaat sözleşmesi, banka ve kredi kuruluşlarının gayrinakdi kredi sözleşmesinden doğan alacakları ve özellikle bankaların kredi ve cari hesap sözleşmelerinden doğan alacağının tahsilini en üst düzeyde teminat altına almak ve ödenmeme riskini en aşgari seviyeye indirmek için¹⁹² ipotek akit tablosunda gerçek borç miktarın üzerinde fahiş bedel belirlediği, taşınmazın

aranmaz. Davacı trafik kazası nedeniyle, davaya konu edilen taşınmazın ve otonun hükmedilecek tazminattan kurtulmak amacıyla, danışıklı olarak devredildiği iddiası ile eldeki bu davayı açmıştır. Davacının bu davadaki amacı, açtığı tazminat davası sonucu hak kazanacağı alacaklarını alabilmeye yönelik olarak, danışıklı olduğunu ileri sürdüğü hukuki işlemlerin kendisi yönünden geçersizliğini sağlamaktır. Davacı zararının, olay gününde doğduğunun benimsenmesi gerekir. Trafik kazası sorumluları aleyhine davacı tarafından tazminat davası açıldığı dosyadaki bilgilerden anlaşılmaktadır. Yargılama sonunda davaya konu edilen satış işlemlerinin danışıklı olduğunun kanıtlanması halinde davacı, satışa konu edilen maldan da alacağın tahsili için yararlanabilecektir. Ancak, davacının bu hakkı aynı değil, şahsi sonuç doğuracağından, danışıklı işlemin kanıtlanması durumunda tapunun ve otonun tescil kaydının iptaline değil, İcra ve İflas Yasasının 283/1. maddesi benzetme yoluyla (kıyasen) uygulanarak, iptal ve tescile gerek olmaksızın taşınmazın ve otonun haciz ve satışına karar verilecektir. Bu davada güdülen amaçta bu olduğundan, davacının karşılanması gereken bir alacağı bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir. Bunun için de davacının açtığı tazminat davasının sonucu beklenilmeli ve ona göre karar verilmelidir. O halde somut olayda, satış işlemlerinde danışıklılığın bulunup bulunmadığı konusu araştırılmalı; davalıların danışıklı bir davranış içinde buldukları sonucuna varılması durumunda, davacının açtığı tazminat davasının sonucu beklenilmeli, o dava sonunda davacının tahsili gereken bir alacağı bulunduğu takdirde İcra ve İflas Yasasının 283/1. maddesi benzetme yoluyla uygulanmak suretiyle, tapu ve tescil kaydı iptaline gerek olmadan davacının alacağını alabilmesini sağlamak için dava konusu malların haciz ve satışını isteyebilmeleri yönünde hüküm kurulmalıdır. Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilmeden, yerinde görülmeyen yazılı gerekçeyle, istemin reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” (4. HD., 13.12.2004, 6067/1409).

¹⁸⁹ Uyar Talih, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu, ABD, 2011/1, (211-231), s. 212; Antalya, s. 281.

¹⁹⁰ Uyar, s. 215.

¹⁹¹ Von Tuhr Andreas, Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1952, s. 291; Kocayusufpaşaoğlu, s. 369

¹⁹² Helvacı, İpotek, s. 144.

değerinin paraya çevrilmesinin talep edildiği tarih itibarıyla, ipotek tesis tarihine göre belirlenen değerinin çok daha altında olduğu, dolayısıyla satış değerinin ipotek değerine ulaşmasının mümkün olmaması sebebiyle, üçüncü kişi haciz alacaklısının takip hukukuna göre tatmin olması mümkün olmayacaktır. İşte böylesi durumda, üçüncü kişi haciz alacaklısı her ne kadar ipotek sözleşmesinin tarafı değil ise de, genel mahkemelerde, ipotek sözleşmesinin taraflarını da hasım göstermek suretiyle, sözleşmedeki değer gerçeğe borç miktarını yansıtmayıp, muvazaalı olarak yapay borç oluşturulduğu¹⁹³ ve bu bedelin çok fahiş olduğunu¹⁹⁴, ipotek alacaklısının alacağını en üst seviyede garanti altına almak ve ödenmeme riskini sınırlamak için mevcut olmayan yapay bir borç

¹⁹³ “Davacı vekili, davalı kooperatifin diğer davalılara muvazaalı olarak borçlandığını ve bu nedenle kooperatife ait arsaların ipoteki paraya çevrilmesi yolu ile takip sonucu satıldığını ileri sürmüş olup, mahkemece bu iddialar üzerinde yeterince durulmadan muvazaa iddiasının ispatlanmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa mahkemece, davalı kooperatif hakkında ipoteki paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takip dosyalarının ve ticaret sicil müdürlüğünden davalı kooperatifin sicil dosyasının getirtilerek, 1991 yılından evvelki bilançolarda davalı kooperatifin davalılar O. ve A.’den ipotek bedelleri kadar borç almasını gerektiren bir ihtiyacının olup olmadığı ve bu bedellerin kooperatif aktifine girip girmediği belirlenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir...” (11. HD., 13.11.2007, E.2006/11489, K.2007/14210).

¹⁹⁴ “Dava TBK’nun 19 maddesi gereğince muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal istemine ilişkindir. Mahkemece muvazaa iddiasının ispatlanmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de varılan sonuç dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna uygun düşmemektedir. Gerek dosya kapsamı gerekse Dairemizce onanarak kesinleşen Erzincan 1. İcra Hukuk Hakimliğinin 2012/114 Esas 2012/207 Karar sayılı ilamından davalı borçlunun 1.1.2007 tanzim 10.2.2007 vadeli borcun dayanağına ilişkin bonodan sonra 15.2.2007 tarihinde dava konusu taşınmaz davalı 3.kişi K. G.’e rayiç bedelinden (43.120,26 TL) yaklaşık 20 kat düşük bedelle (2.100 TL) sattığı, anılan taşınmaz adresinde 24.7.2008 tarihinde borçlunun oğlu S. K. ile davalı 3.kişi K. G. tarafından A. Plastik Gıda San ve Tic Ltd Şti’nin kurulduğu, borçlunun borcun doğumundan sonra hisselerini oğlu O’ya devrettiği Erzincan Ş. Plastik San.Ltd.Şti’nin menkullerinin borcun doğumundan sonra borçlunun oğlu ile davalı K. G. tarafından kurulan A. Plastik Gıda San. ve Tic Ltd.Şti’ne devredildiğinin ve örtülü bir işyeri devri olduğunun kesinleşmiş mahkeme kararı ile belirlenmiş olduğu, davalıların akraba olmamalarına rağmen birbirlerini tanıdıkları,29.11.2012 tarihli yoklama fişindeki K. G.’ün imzalı beyanından dava konusu taşınmaz aldığı tarihten beri kullanmadığını beyan etmesi, tanık beyanlarından nakliyecilik işi yaptığı anlaşılan davalı 3.kişinin dava konusu depo ve ahır vasfındaki taşınmaz kullanma amacını ispatlayamaması, aksine taşınmaz üzerindeki soğuk hava deposunun daha önce borçlunun şimdi ise oğulları O. ve B.’nin yaptığı işe daha uygun olması, davalı borçlu adına kayıtlı iki taşınmaz üzerinde on iki haciz ve 200.000 TL ipotek bulunması nedeniyle borçlunun ekonomik durumunun kötü olması ve davalı 3.kişinin borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek durumda olması gibi maddi ve hukuki olgular göz önüne alındığında dava konusu taşınmaz devrinin muvazaalı olduğunun kabulü gerektiği bu durumda dolayısıyla davanın kabulü ile İİK’nun 283/1 maddesinin kıyasen uygulanarak davacıya 2007/1236 (yeni 2011/1315) sayılı takip dosyasındaki alacak ve fer’ileriyle sınırlı olarak haciz ve satış yetkisi verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir...” (17. HD., 20.12.2016, E.2014/20643, K.2016/11729).

ya da borç tutarı oluşturdukları, gerçek iradenin ipotek akit tablosundaki değerle örtüşmediği, haciz alacaklısı olarak satış talep edilen tarihten çok önceki bir tarihte belirlenen ipotek akit tablosundaki azami alacağının hala taşınmazın gerçek sürüm değerinin çok üstünde olmasından dolayı, paraya çevirmenin mümkün olmadığından mütevellit bu işlemin üçüncü kişi olarak kendisini zarara uğrattığı, alacağını akamete uğrattığını ileri sürerek Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine dayanarak muvazaalı işlemin iptalini talep edebilecektir. Üçüncü kişi haciz alacaklısı, ipotek akit tablosunu Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine dayalı olarak iptal ettirmesi halinde, taşınmaz muhammen bedelin en az % 50 oranında ihaleye çıkacaktır.

b. Mükellefiyet Listesine İtiraz Prosedürü

İcra dairesinin hazırlık aşamasında yapacağı işlemler bir yönüyle maddi hukuku ilgilendirebilir. Bu işlemlerden biri, icra dairesinin mükellefiyetler listesi hazırlamasıdır. Mükellefiyetler listesinin işlevi, ihale alıcına devredilecek taşınmaza bağlı mükellefiyetleri göstermek olacaktır. Bu mükellefiyetler ile taşınmaz ihale alıcısına geçecektir. Bu durum taşınmazın kıymet taktirini de etkileyecektir. Tespit edilen mükellefiyetler liste olarak borçlu ile üçüncü şahsın bilgisine sunulacağından, bu kişiler tarafından itiraza uğramaları bu aşamada da mümkün olacaktır (İİK. m. 128 f.1).

İtiraz üzerine istihkak prosedürü işletileceği Kanun'da açıkça öngörülmüş olup, üçüncü kişi haciz alacaklısı olarak bir ipotek alacaklısının gerçekte alacaklı olmadığı, ipotekle temin edilen alacağın muvazaalı olduğu veya bahsi geçen alacağın sona ermiş olduğu iddiasında ve bu nedenle ipotek yükümlülüğünün dikkate alınmamasını istemekte ise, bu iddiayla istihkak davası açacaktır. Bu davanın konusu, kanımızca maddi hukuksal sahada yükümlülüğün sadece şekli anlamda bir değer ifade ettiği vakıasıdır. Yapılacak yargılamada, İcra ve İflâs Kanunu m. 128 f. 1 atfı sebebiyle, İcra ve İflâs Kanunu m. 97 f.12'deki üçüncü kişinin iddiasını ispat etmesine ilişkin kural uygulanacak, ancak davadaki istihkak iddiası, ipotek alacaklısı gözüken alacaklının sunacağı deliller üzerinden çözümlenecektir.

Bu türden maddi hukuk refleksi içeren bir dava, sadece haciz alacaklısı üçüncü kişi ile ipotek alacaklısı arasında sonuç doğuracağından muvazaa esasına da dayansa bu dava başka haciz alacaklıları ve özellikle de borçlu bakımından maddi anlamda kesin hüküm oluşturmayacaktır.

2. Paylaştırma Aşamasında

İcra ve İflâs Kanunu'nun 140/1. maddesinde icra müdürlüğünün hangi hallerde haciz sıra cetveli düzenleneceği belirtilmiştir. Haciz sıra cetvelinin düzenlenebilmesi için satış tutarının bütün alacaklıların alacağını tamamen

ödemeye yetmemesi gerekir. Bütün alacaklılardan kasıt, hacze iştirak eden alacaklıların tamamının tatmin edilmemesine havidir¹⁹⁵. Bu madde uyarınca düzenlenen bir sıra cetvelinde, hacizlere ilişkin takip dosyası (takip tarihi, haciz tarihi, alacak miktarı gibi) bilgilerine, ipotek veya hapis hakları varsa bu hakların tesis edildiği tarihlere ve dayanak bilgilerine yer verilmesi gerekir. Hacze konu taşınmaz, ipotekle yükümlü olması ihtimalinde, satış bedeli rehinli alacaklıya yetmese bile, icra müdürlüğü sıra cetveli yapmak zorundadır¹⁹⁶. Dolayısıyla sıra cetveli yapılmaksızın satış tutarı doğrudan sıradan önce yer alan ipotek alacaklısına dahi ödenemeyecektir¹⁹⁷. Bu sebeple, haciz alacaklısının

¹⁹⁵ Meriç Nedim, Türk- İsviçre Hukukunda Paylaşım Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Ankara 2015, s. 23, 108.

¹⁹⁶ "İİK'nun 140. maddesi gereğince; "Satış tutarı bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmezse icra dairesi alacaklıların bir sıra cetvelini yapar". Somut olayda, tahsili istenen yedeminlik ücreti, muhafaza tedbirinin uygulandığı takip dosyasından değil, ayrı bir takibin konusu yapılmış, takip itiraz edilmeksizin kesinleşmiş ve paraya çevirme aşaması tamamlanmıştır. Bu durumda, yedeminlik ücretinin satış bedelinden öncelikle ödenmesi mümkün olmayıp, satış tutarının, bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmeyeceğinin anlaşılması halinde, icra dairesince, alacaklıların bir sıra cetvelinin yapılması gerekir. Açıklanan maddelere göre, birden fazla alacaklının bulunduğu böyle durumlarda, icra müdürlüğüne, öncelikle İİK'nun 140. maddesi gereğince sıra cetveli yapılmalı ve alacaklılara, diğer alacaklara yönelik itirazlarını ileri sürme imkanı tanınmalıdır. Şikayetçinin alacağının rüçhanlı olup olmadığı ve öne sürdüğü diğer hususlar, sıra cetveli yapıldıktan sonra itiraz halinde tartışılacak bir husus olup, bu aşamada icra müdürlüğü sıra cetveli düzenlemekten imtina edemez. Bir başka anlatımla alacaklıların itirazlarını ileri sürebilmesi için öncelikle sıra cetveli yapılması gerekmektedir. Şikayete konu takip dosyasında ise, icra müdürlüğüne yanılığın değerlendirilmesi ile satış bedelinin İİK'nun 138/2. maddesi gereği sıra cetveli yapılmaksızın takip alacaklısına ödenmesine karar verildiği görülmektedir. O halde, mahkemece, ihale bedelinin takip alacaklısına ödenmesi işleminin iptaline yönelik şikayetin kabulü ile yukarıda açıklanan ilkeler uyarınca, icra müdürlüğüne sıra cetveli yapılmasının emredilmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi isabetsizdir..." (12. HD., 10.05.2016, 762/13767).

¹⁹⁷ "İİK'nun 140. maddesi gereğince; "Satış tutarı bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmezse icra dairesi alacaklıların bir sıra cetvelini yapar." Sıra cetvelini düzenleme yetkisi ilk haczi koyan icra dairesine aittir. Haczin talimatla uygulanması halinde sıra cetvelinin esas icra dairesince düzenlenmesi gerekir. İİK'nun 100. maddesi gereğince, borçluya ait paranın veya satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar birden fazla alacaklı tarafından haciz konulması halinde, anılan madde hükmü gereği icra müdürlüğüne derece kararı yapılması gerekir. Derece kararının yapılması için mutlaka satış sonucu para elde edilmesi zorunlu değildir. Açıklanan maddelere göre, birden fazla haciz ve dolayısıyla alacaklı bulunduğu durumlarda, icra müdürlüğüne, öncelikle İİK'nun 140. maddesi gereğince sıra cetveli yapılarak alacaklılara, diğer alacaklara yönelik itirazlarını ileri sürme imkanı tanınmalıdır. Şikayetçi haciz alacaklısı üçüncü kişinin iddiaları yapılacak sıra cetveline itiraz edilmesi halinde tartışılacak bir husus olup, itirazlarını ileri sürebilmesi için öncelikle sıra cetveli yapılması gerekmektedir. Buna göre icra müdürlüğüne sıra cetveli yapılmasına karar verilip kesinleşecek sıra cetvelinin sonucuna göre işlem tesisi gerekirken, doğrudan paranın ipotek alacaklısı bankanın alacağına mahsup edilmesine dair işlem tesisi yasal değildir..." (12. HD., 20.12.2016, 7796/25711; 12.HD., 28.12.2016, 22283/26288).

alacağın varlığına yönelik davaların görülmesi ve sırasına yönelik şikâyetlerinin incelenmesi için sıra cetveli yapılması zorunludur¹⁹⁸. İpotekli bir taşınmazın haciz alacaklıları tarafından satışı talep edildiği durumda, şayet ipotek alacağı muaccel ise, düzenlenen sıra cetvelinde gösterilip, satış bedelinden, hacizden önce tesis edilmek kaydıyla¹⁹⁹ tercihen ödenecek (İİK. m. 125/III), müccel ise paylaştırmada pay ayrılmayıp, mükellefiyet listesinde yer bulup, ihale alıcısına intikal edecektir (İİK. m. 125). Sıra cetveline kabul edilmeyen alacağın kaydedilmesine veya sıra cetvelinde yer alan diğer bir alacaklının alacağına

¹⁹⁸ “Şikâyetçi haciz alacaklısının icra mahkemesine başvurusunda, ipotekli dosya alacaklısının alacağına mahsuben satışı yapılan taşınmaz üzerinde lehine tesis edilmiş haciz bulunduğunu, icra müdürlüğünden sıra cetveli yapılmasını talep ettiğini, icra müdürlüğünce talebinin ihale bedelinin alacağına mahsuben satışı yapılan dosyada ipotek alacaklısının alacağını dahi karşılamadığından bahisle reddedildiğini belirterek 21.08.2014 tarihli müdürlük işleminin iptalini talep ettiği, mahkemece, istemin reddine karar verildiği anlaşılmıştır. İİK'nun 140. maddesi gereğince; “Satış tutarı bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmezse icra dairesi alacaklıların bir sıra cetvelini yapar.” Sıra cetvelini düzenleme yetkisi ilk haczi koyan icra dairesine aittir. Haczin talimatla uygulanması halinde sıra cetvelinin esas icra dairesince düzenlenmesi gerekir. İİK'nun 100. maddesi gereğince, borçluya ait paranın veya satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar birden fazla alacaklı tarafından haciz konulması halinde, anılan madde hükmü gereği icra müdürlüğünce derece kararı yapılması gerekir. Derece kararının yapılması için mutlaka satış sonucu para elde edilmesi zorunlu değildir. Açıklanan maddelere göre, birden fazla haciz ve dolayısıyla alacaklı bulunduğu durumlarda, icra müdürlüğünce, öncelikle İİK'nun 140. maddesi gereğince sıra cetveli yapılarak alacaklılara, diğer alacaklara yönelik itirazlarını ileri sürme imkanı tanınmalıdır. Şikâyetçi haciz alacaklısı üçüncü kişinin iddiaları yapılacak sıra cetveline itiraz edilmesi halinde tartışılacak bir husus olup, itirazlarını ileri sürebilmesi için öncelikle sıra cetveli yapılması gerekmektedir. Buna göre icra müdürlüğünce sıra cetveli yapılmasına karar verilip kesinleşecek sıra cetvelinin sonucuna göre işlem tesisi gerekirken, doğrudan paranın ipotek alacaklısı bankanın alacağına mahsup edilmesine dair işlem tesisi yasal değildir. O halde mahkemece, İİK'nun 140. maddesi gereğince icra müdürlüğünce sıra cetveli yapılması gerektiğine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” (12. HD 20.12.2016, 7796/25711); “Şikâyetçi şirketin, Z. Bankası'nın rehin alacağına yönelik itirazlarını yapabilmesi için öncelikle sıra cetveli yapılması gerektiğinden icra mahkemesince sıra cetvelinin icra müdürlüğünce yapılmasının emredilmesine karar verilmesi yerine satış bedelinin ipotek alacaklısı bankanın alacağını karşılamadığından bahisle şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsizdir” (12. HD., 15.02.2011, 2010/20151, 2011/659).

¹⁹⁹ “Somut olayda, şikâyet edenin ipotek alacağı, haciz tarihinden sonra olduğundan rüçhanlı alacak olarak kabul edilemez. Dolayısıyla ihale bedelinin hacizden sonra konulan ipotegi karşılaması zorunlu değildir. Bu nedenle takip yapan alacaklının alacağına rüçhanlı bir alacak bulunmadığından ihale bedelinin rüçhanlı alacağı karşılama ilkesinin tartışılmasına gerek bulunmadığı gibi, satış ilanının da ipotek alacaklısına usulüne uygun olarak tebliğ edildiği anlaşılmıştır. O halde ihalenin feshini gerektirir başkaca neden bulunmadığı da göz önüne alınarak ihalenin feshi isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde istemin kabulü ile ihalenin feshi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir...” (12. HD., 22.04.2014, 9056/11887).

ve miktarına yönelik itirazlar için dava açılacaktır²⁰⁰. Alacağın doğum ve gerçek miktarına yönelik itirazlar, maddi hukuk sorunu olduğundan genel mahkemelerin görev sahasına münhasırdır²⁰¹. Sıra cetveline itiraz davasının konusu, alacağın varlığı dışında²⁰² alacaklı ve borçlunun muvazaalı olarak borç

²⁰⁰ Meriç, s. 173.

²⁰¹ “Şikayetçi vekili, borçlu adına kayıtlı olan 06 J 0797 plaka sayılı minibüs ve hattın 1/2 ‘sinin ihale ile 685.000,00 TL bedele satıldığı öğrenildiğini, icra dosyasında dosya alacaklısının birinci sırada olması sebebi ile ihale bedelinin alacaklıya ödenmesine, diğer sıradaki rehin ve haciz alacaklılarına para kalmadığına karar verildiğini, icra dosyasından rehin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibi yapılmış ise de takibe konu rehmin 07.09.2005 tarihli rehin olmayıp 30.09.2011 tarihli 10653624 no’lu rehin olduğunu, kendilerine ait 07.05.2010 tarihli Altındağ 1. Noterliği’nin 7187 yevmiye numaralı 200.000,00 TL tutarındaki rehinlerinden sonra olduğunu açık olduğunu, şikayet olunan bankanın ilgili şubesi müdürlüğü kayıtları üzerinde bilirkişiye inceleme yaptırılarak şikayet olunanın hangi ipotek alacağına dayandığını, alacak miktarının ne kadar olduğunu ve alacaklarının ödenip ödenmediğinin tespitinden sonra sıra cetvelinin düzenlenmesi gerektiğini ileri sürerek, sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Şikayet olunan vekili, şikayetçilerin müvekkili bankanın 2005 tarihli rehin sözleşmesinin geçersiz olduğuna ilişkin iddialarının sıra cetvelindeki sıraya itiraz ile ilgili olmadığını, ticaret mahkemelerinin görev alanına girdiğini, rehin sözleşmesinin incelenmesinde sözleşme ile teminat altına alınan aracın asaleten ya da kefaleten doğmuş ve doğacak tüm borçları kapsadığının açık olduğunu, müvekkili bankanın borçluya işbu teminata dayanarak kredi kullandırma hakkına sahip olduğunu, bu nedenle şikayetçilerin rehin sözleşmesinin geçersiz olduğuna yönelik itirazlarının yersiz olduğunu, kaldı ki şikayetçilerin şikayet dilekçesinde mevcut satış bedelinin müvekkili bankaya devrine muvafakat ettiklerini bildirdiklerini, bu nedenle icra müdürlüğüne talimat verilmesi gerektiğini savunarak, şikayetin reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, deliller ve tüm dosya kapsamından; şikayetin şikayet olunan alacağın doğumuna ve gerçek miktarına ilişkin olduğu ve açılan şikayete bakma görevinin genel mahkemelere ait olduğu gerekçesiyle, dava şartı noksanlığı sebebi ile şikayetin usulden reddine karar verilmiştir. Kararı, şikayet olunan vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, şikayet olunan vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir...” (23. HD., 07.12.2016, 7193/5308); “Borçluya ait mahcuzun satış bedelinin tüm alacaklıların alacağını karşılamaması halinde düzenlenecek sıra cetveline, şikayet yoluyla İcra Tetkik Merciiinde, dava yoluyla mahkemede itiraz edilebilir. İtiraz alacağın esas ve miktarına ise dava yoluyla mahkemede (İİK. madde 142/1), yalnız sıraya ilişkinse şikayet yoluyla icra Tetkik Merciiinde (İİK. madde 142/son) ileri sürülmelidir. Davacı alacaklı, davalı alacaklının alacağın muvazaalı olduğunu ileri sürdüğünden bu itiraz alacağın esasına yapılan itiraz niteliğinde olup Mahkeme görevlidir. Mahkemece bu yön gözetilerek işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı gerekçeyle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (19. HD 23.05.1995,4433/4421).

²⁰² “Takibin yapıldığı gün ödeme emri tebliği ve borçlunun muvafakati ile haciz konulması alacağın muvazaalı olduğuna dair tek başına yeterli kabul edilemez. Ancak, sıra cetveline itiraz davasında ispat yükü davalıda olup, alacağı herhangi bir belgeye dayanmayan davalı alacağını kanıtlamadığından davanın kabulü sonucu itibarıyla yerindedir.” (19. HD 18.06.1998, 3431/4317).

oluşturduğu vakıasını da²⁰³ tazammun edecektir²⁰⁴. Muvazaa iddiası, davalı takip alacaklısı ile takip borçlusunun oluşturduğu, buna karşın, hakikatte var olmayan bir hukuki ilişkiye matuftur²⁰⁵. Ancak, ipotek senedi resmi senet vasfında olduğundan, sıra cetveline itiraz davası ipotek alacağına yönelik olacaktır²⁰⁶.

Yargıtay, icra müdürlüğünce maaş hacizlerinin ve yapılması gereken kesintilerin İcra ve İflâs Kanunu'nun 355. madde hükmü uyarınca bildirilmesi üzerine maaşından kesinti yapılan ilgilinin çalıştığı kurum tarafından maaş hacizleri ile ilgili yapılan sıralamaya ilişkin olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nun m. 140 f. 1'de tanımlanan sıra cetveli niteliğinde olmadığını içtihat etmiştir. Bu nedenle yüksek mahkemenin görüşü bu durumda sıra cetveline itiraz davası değil, muvazaaya dayalı dava (TBK. m. 19) açılması gerektiği yönündedir²⁰⁷.

²⁰³ "İİK'nın 142/1. maddesi hükmüne göre "Cetvel suretinin tebliğinden yedi gün içinde her alacaklı takibin icra edildiği mahal mahkemesinde alakadarlar aleyhine dava etmek suretiyle cetvel müdrecatına itiraz edebilir". Bu hükümlerle, sıra cetvelinde yer alan bir alacaklının, pay ayrılmış diğer alacaklıların alacağının esas ve miktarına itiraz etmeleri düzenlenmiştir. Sıra cetveline itiraz davasında takip borçlusunun alacaklı sıfatı bulunmadığından ve kendisine pay ayrılmadığından davalı sıfatı bulunmamaktadır. Bu davalarda, davalı alacaklı ile dava dışı olması gereken borçlu arasında alacağın muvazaalı oluşturulduğu ve davacı alacaklıdan mal kaçırma amacı güdüldüğü iddiasına dayalı davalardır. Somut olayda davacının, borçlu davalı A. A.'ı da hasım olarak gösterdiği anlaşıldığından mahkemece, borçlu ile ilgili davanın pasif sıfatı yokluğu nedeniyle reddine karar verilmemesi de doğru olmuştur..." (23. HD. 16.12.2015, 3720/8174). Meriç, s. 177, 178.

²⁰⁴ "Bu davalarda, davalı alacaklı ile dava dışı olması gereken borçlu arasında alacağın muvazaalı oluşturulduğu ve davacı alacaklıdan mal kaçırma amacı güdüldüğü iddiasına dayalı davalardır. Somut olayda davacının, borçluyu da hasım olarak gösterdiği anlaşıldığından mahkemece, borçlu ile ilgili davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmemesi doğru olmuştur..." (23. HD., 02.10.2014, 2035/6210); **Von Tuhr, s. 291**

²⁰⁵ Meriç, s. 178.

²⁰⁶ "Dava, davalı – karşı davacı D. Kuyumculuk ile borçlu arasında yapılan 11.08.2011 tarihli ipotek senedinin muvazaalı olduğu iddiasına dayalı sıra cetvelinin iptali istemine ilişkindir. İpotek senedi resmi makam önünde yapılmış olması sebebiyle yapıldığı tarihin ve tarafların imzası açısından aksinin yine resmi belge ile ispat edilmesi gerekir. Ancak ipotek senedi muvazaalı olduğuna ilişkin iddia karşısında, alacağın muvazaalı olmadığı hususunun ispatı HMK'da belirtilen tüm delillerle davalı ipotek alacaklısı üzerindedir. Bu durumda emsal alınan ilama yanlısı anlam verilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." (23. HD., 17.06.2015, E.2014/10267, K.2015/4669).

²⁰⁷ "İİK'nın 140/1. maddesinde İcra Müdürlüğünce hangi hallerde haciz sıra cetveli düzenleneceği belirtilmiştir. Maddeye göre haciz sıra cetvelinin düzenlenebilmesi için satış tutarının bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmemesi gerekir. Bu madde uyarınca düzenlenen bir sıra cetvelinde, hacizlere ilişkin takip dosyası (takip tarihi, haciz tarihi, alacak miktarı gibi) bilgilerine, ipotek veya hapis hakları varsa bu hakların tesis edildiği tarihlere ve dayanak bilgilerine yer verilmesi gerekir. Somut olayda, icra dosyasına intikal etmiş bir para bulunmamaktadır. İİK'nın 83/2. madde hükmüne göre, maaş üzerinde birden fazla haciz varsa bunlar İcra Müdürlüğü'nce sıraya konur ve sırada önde olan haczin kesintisi bitmedikçe sonraki haciz için kesintiye geçilemez. Açıklanan bu durum karşısında İcra Müdürlüğünce yapılan maaş hacizlerinin ve yapılması gereken kesintilerin İİK'nın 355. madde hükmü uyarınca bildirilmesi üzerine davacının çalıştığı

3. Takip Alacağı'nın Tahsil Edilemeyeceğinin Anlaşılması Durumunda

İcra ve İflas Kanunu'nun m. 277 ve devamında düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amaç, borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı bazı tasarrufların geçersiz, bir alacaklı karşısında diğer alacaklılara "iyiniyet kurallarına aykırı" olarak zarar verme veya alacaklılara zarar verme kastıyla hareket etmek suretiyle bu alacaklıların alacaklarının tahsil amacıyla yapılan takiplerin sonuçsuz kalmasının telafi edilmesidir. Bu ise, tasarrufa konu işlem veya fiile konu mal veya hak üzerinde davacı alacaklıya cebri icra yetkisini kullanarak alacağın tahsil edilmesiyle gerçekleşir²⁰⁸. Takip hukuku bakımından tasarrufa konu olan hususa yönelik alacaklısına cebri icraya devam imkanı bahşeden bu davanın bazı dinlenebilirlik şartları vardır. Davacı alacaklının aciz belgesine sahip olması (İİK. m. 277) veya borcun tasarruftan öncesi doğması gibi (İİK. m.278 ile 279 ve 280 hakkında Yargıtay kararları²⁰⁹). Bu davanın dinlenebilirlik şartlarına davacının borçludaki alacağının gerçek olması²¹⁰, borçlu hakkındaki

kurum tarafından maaş hacizleri ile ilgili yapılan sıralamanın İİK'nın 140/1. maddesinde tanımlanan sıra cetveli niteliğinde olduğundan söz edilemez. Dairemizin 14.01.2014 tarih ve 2013/7887 E., 2014/82 K. sayılı ilamı bu yöndedir. Bu durumda mahkemenin, yapılan bu sıralamanın İİK'nın 140/1. maddesi uyarınca İcra Müdürlüğü'nce düzenlenen sıra cetveli niteliğinde olduğu kabul edilerek, aynı Kanun'un 142/1. maddesi uyarınca açılan muvazaa nedenine dayalı sıra cetveline itiraz davalarındaki ilkelere göre uyumsuzluğun çözümlenmesi doğru olmamıştır. Zira, 04.06.1958 gün ve 15/6 sayılı İBK'da da belirlendiği gibi, HMK'nın 24/1, 25, 26, 30 ve 33. (HUMK'nın 74,75 ve 76.) maddeleri gereğince hakim, tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve bunlara bağlı netice-i taleplerle bağlı ve fakat hukuki tavsiflerle bağlı olmayıp, kanunları re'sen uygulamakla ve neticeye vardırma yükümlüdür. Bu durumda mahkemece, davanın dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan TBK'nın 19. (818 sayılı BK'nın 18) maddesinde düzenlenmiş muvazaa iddiasına dayalı iptal istemine ilişkin olduğunun kabulü ile bu madde kapsamındaki genel ilkelere ve ispat usulüne uygun olarak uyumsuzluğun çözümlenmesi gerekirken, davanın tavsifinde yanlışlığı düşünülerek, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olmuştur" (23. HD., 23.05.2016, E.2015/5580, K.2016/3136).

²⁰⁸ "Davacı taraf davalı borçlunun alacaklısından mal kaçırmak amacıyla (muvazaalı biçimde) taşınmazını 3.kişiye sattığını, 3.kişinin de 4.kişiye satış yaptığını açıklayarak alacağın tahsilini sağlamak amacıyla dava açmıştır. Bu dava tasarrufun iptali davası biçiminde de vasıflandırılabilir. Yerleşmiş Yargıtay uygulamasında kabul edildiği gibi muvazaaya dayalı olarak tasarrufun iptali davası açılabilir..." (17. HD., 19.11.2008, 2804/5381).

²⁰⁹ "Somut olayda 1.3.2000 tanzim, 5.4.2000 vadeli senet nedeniyle davalı Fuat borçlu, Fa. H. K. kefil sıfatıyla davacıya 10.000.00-YTL borçlu olup haklarındaki 15.3.2001 tarihli icra takibi 2.4.2001 tarihinde kesinleşmiştir. 12.4.2004 tarihli haciz tutanağından davalıların 350.00-YTL'lik menkul malları dışında başka haczi kabil malları olmadığı, Marmara Ereğlisi'ndeki taşınmazlarının değeri de 9.248.50-YTL olarak belirlenmiş ve davacı alacağından önce dört tane haciz olduğu dolayısıyla borçluların mevcut mallarının borca yetmediği 12.4.2004 tarihli haciz tutanağının İİK'nun 105.maddesindeki geçici aciz vesikası niteliğinde olduğu anlaşılmıştır. Takip konusu borç 1.3.2000 tarihinde doğmuş, takip 15.3.2001 tarihinde, tasarruf ise 18.4.2000 tarihinde yapıldığından borcun doğumundan sonra yapılan tasarruf süre yönünden diğer şartların varlığı halinde iptale tabidir..." (17. HD., 08.10.2007, 4394/3010).

²¹⁰ "İcra ve İflas Kanununun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amaç, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan

icra takibinin kesinleşmiş olması da dahil edilmelidir.

Tasarrufun iptali davası, İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmekle birlikte genel hükümlere göre ikame edilen şahsi nitelikteki davalardır. Her ne kadar davanın düzenlendiği yer, ayrıca dinlenebilirlik şartları ve etkisi takip hukuku hükümlerine tabi ise de, davalı alacaklının gerçekte alacaklı olmadığı, borçlu ve alacaklının muvazaalı borç oluşturarak²¹¹ tasarrufun iptaline konu işlem veya eylemi yaptıkları iddiası ile delillerin değerlendirilmesi²¹² takip hukukunun şekli

bazı tasarrufların geçersiz ya da "iyiniyet kurallarına aykırılık" nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamaktır. Bu özelliğinin doğal sonucu olarak davanın görülebilmesi için alacağın varlığı diğer bir deyişle tasarrufta bulunun kişinin borçlu olması ve alacağın bir aciz belgesine bağlanmış olması gereklidir. Davalı üçüncü kişiler aciz belgesine bağlanmış olan alacağın gerçekte olmadığını iddia ve ispat edebilirler. Dolayısı ile bu tür davaların dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, dava ön koşuludur. Eğer davalı borçlunun alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa bu durumda öncelikle tasarrufta bulunanın borçlu sıfatı çözümlenmelidir. Aksi takdirde kötü niyetli kişilerin malvarlığındaki bir unsuru iyiniyetle üçüncü kişilere devrettikten sonra işbirliği ile eski tarihli borç senedi vererek elinden çıkardığı malları iptal davası yolu ile geri alması mümkün olabilir. Üçüncü kişilerin yargı eli ile zarara uğratılması mümkün değildir. Tasarrufun iptali davalarında alacaklıya alacağını tahsil imkanı sağlanırken, alacaklının alacağının şeklen varlığı değil gerçekliğinin de amaçlandığını gözardı edilmemesi gerekmektedir. Somut olayda, takip konusu senet 22.03.2012 tarihinde düzenlenmiş olup takibe konu alacak 411.476,71 TL dir. Davacı alacaklı N., borçlu S.'in nişanlısının annesi olduğu ve paranın kuyumcu olan borçluya elden verildiği iddia edilirken, davalı üçüncü kişi E., alacağın gerçek olmadığını senedin sonradan düzenlendiğini ileri sürmektedir. Öte yandan, dosya kapsamında borçlu ve taşınmazın ilk maliki babası arasında bu taşınmazın satışı ile ilgili olarak arasında husumet olduğu, karşılıklı olarak sürekli uyuşmazlık içinde buldukları da sabittir. Bu durumda, mahkemece yapılacak iş, kuyumcu olan borçlunun ticari defterlerinde senedin düzenlendiği tarihte bu miktar bir para girişi olup olmadığı, alacağın gerçek olup olmadığı araştırılarak toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar vermekten ibarettir." (17. HD., 24.11.2015, 2014/4375, 2015/12653).

²¹¹ "İptali istenen tasarrufun yapıldığı 17.9.1998 tarihinde davacının doğmuş bir alacağının bulunmadığı, davacı ile davalılardan B. Ş. arasında Bulgaristan'da 1997 yılında yapılan özelleştirme sonucu satın alınan şirket hisseleri nedeniyle kurulu bulunan ortaklığın, alacak borç ilişkisinin temeli olarak değerlendirilemeyeceği, tasarrufa konu taşınmaz üzerinde davacı lehine oluşturulan 9.12.1999 tarihli ipoteğin, 27.8.2002 tarihinde davacının talebi üzerine terkin edildiğinin anlaşılması karşısında, taşınmazın devrine ilişkin tasarrufun muvazaa iddiasıyla iptalinin istenebilme olanağı bulunmamakta olup, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir..." (HGK., 14.02.2007, 4-79/77).

²¹² "İİK.nun 278.maddesinde akdin yapıldığı sırada kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği ve yasanın bağışlama hükmünde olarak iptale tâbi tuttuğu tasarrufların iptali gerektiğinden mahkemece ivazlar arasında fark bulunup bulunmadığının incelenmesi, satılan taşınmaz üzerinde, ipotek ve haciz kayıtları varsa, alıcı taşınmazı bu kayıtlarla yükümlü olarak satın almış olacağından, satışın bunların tamamı üzerinden yapıldığının kabulü gerektiği, bu nedenle oransızlığın belirlenmesinde tapu kaydındaki ipotek ve haciz miktarının da göz önünde tutulması gerektiği, aynı maddede sayılan akrabalık derecesi vs. araştırılması gerektiği, keza İİK.nun 280.maddesinde malvarlığı

kurallarına göre değil, maddi hukukun ispat kurallarına²¹³ göre yapılmalıdır. Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde²¹⁴, tasarruf konusu mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve tasarruf konusu taşınmaz mal ise, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın düzeltilmesine gerek olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir (İİK. m.283/1)²¹⁵.

borçlarına yetmeyen bir borçlunun alacaklılarına zarar vermek kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve zarar verme kastının işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde tasarrufun iptal edileceği hususu düzenlendiğinden yapılan işlemde mal kaçırma kastı irdelenmeli, öte yandan İİK.nun 279.maddesinde de iptal nedenleri sayılmış olup bu maddede yazılan iptal nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği de takdir olunmalıdır..." (17. HD., 10.11.2015, 9744/11888).

²¹³ "Somut olayda, aciz hali sabit olan borçlunun borcun doğumundan sonra dava konusu tasarrufu gerçekleştirdiği bu hali ile dava ön koşullarının mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Dava konusu taşınmazın satışında ivazlar arasında fahiş fark olmadığı ve İİK'nın 278. madde kapsamında davalılar arasında yakın akrabalık bağı olmadığı da tesbit edilmiş ise de mahkemece satışın mal kaçırma amacı ile yapıldığının ispatlanmadığı yönündeki tesbit yerinde değildir. Dosya içerisindeki tapu kayıt ve diğer belgelere göre dava konusu taşınmaz öncesinde 21.09.2000 tarihinde davalı borçlu, üçüncü kişi ve dava dışı M. T. adına tapuya tescilli iken 19.08.2011 tarihinde anılan şahıs hisselerini davalı borçlu ve üçüncü kişiye satmış, 08.09.2011 tarihinde ise birlikte çekilen kredi karşılığında İş Bankası tarafından her iki davalının hisseleri üzerinde ipotek tesis edilmiştir. Bu maddi bulgular birlikte değerlendirildiğinde İİK'nun 280.maddesi gereğince üçüncü kişinin borçlunun mali durumunu ve alacaklılarını ızzar kastını bildiği veya bilmesi gereken kişilerden olduğu sabittir. Bu nedenlerle mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (17. HD. 22.01.2016, 2014/20934, 2016/10741).

²¹⁴ "Dava İİK.nun 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Yasanın 280. maddesinde "malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebileceğini hükme bağlamıştır. Somut olayda borçlu ile taşınmazı satın alan kişi bacanaktır. Bu yakın akrabalık ilişkisi nedeniyle taşınmazı satın alan davalı Halil İbrahim bacanağı olan borçlunun ekonomik durumunu bilebilecek kişilerdendir. Satış tarihinden sonra dava konusu taşınmazı borçlu ve ailesine kiraya verdiği anlaşılmaktadır. Delillerin takdiri mahkemeye ait olup takdirde de bir isabetsizlik bulunmamaktadır..." (17. HD., 05.11.2007, 4802/3388).

²¹⁵ "Taraflar arasındaki uyuşmazlık İİK.nn 277 vd. maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali istemine ilişkindir.Bu tür davalarda, borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları ve kanıtlanması koşuluyla kötü niyet sahibi üçüncü(dördüncü) kişiler davalı gösterilir (İİK. m.282). Yasanın 283.maddesi uyarınca, iptal davası sabit olduğu takdirde, alacaklı, dava konusu taşınmaz mal ise, bunun üzerinde tapu kaydının tashihi gerekmezken haciz ve satışını isteyebilir. Somut olayda olduğu gibi, iptal davasının konusunu borçlu ile tasarrufta bulunan üçüncü kişinin elinden çıkardığı mallar yerine geçen değer oluşturmakta ise (İİK. m.283), bu değerler üzerinden borçlu değil, üçüncü şahıs -davacının alacağından fazla olmamak üzere nakden tazmin ile sorumlu tutulur..." (15. HD. 07.02.2002, 2/577).

Borçlunun alacaklısına zarar vermek kastıyla yaptığı ihmali işlemler de iptal davasına konu olur. Borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi, zamanaşımı defini ileri sürmemesi, soyut borç ikrarında bulunması, taşınmaz üzerinde kişisel hak şerhleri oluşturması, borçlunun üçüncü kişinin ikame ettiği tapu iptali ve tescili davasını kabul etmesi gibi tasarruflar da tasarrufun iptali davasına konu olacaktır. Bunlar gibi, taraflar ipotek alacaklısı ve borçlusu üçüncü kişilerin zararına olarak ve onlardan mal kaçırmak amacıyla, gerçekte olmayan yapay bir borç kurgusuyla²¹⁶ taşınmaz üzerine ipotek tesis etmişlerse, pek tabii ki bu işlem de tasarrufun iptali davasına konu olacaktır²¹⁷. Üçüncü kişi, taşınmaz üzerindeki ipotek için ikame ettiği tasarrufun iptali davasının kabulü ile hacze devam imkanı sağlayacaktır. Zira dava şahsi nitelikte olduğundan, ipotek tescilini mürtefi kılmayıp, ipoteye rağmen, takibe devam imkanı bahşedecektir. Bu ihtimalde, ipotek alacağı karşılama prensibinde dikkate alınmayarak taşınmaz muhammen bedelin %50 oranından ihaleye çıkacaktır. Üçüncü kişi haciz takip alacaklısı, takip borçlusu, taşınmaz maliki ve ipotek lehtarına karşı birlikte tasarrufun iptali davası ikame edip²¹⁸, kabul kararıyla haciz ve satışa devam edebilecektir. Ancak, tasarrufun iptali kararıyla tasarrufa konu taşınmaz borçlunun malik hanesine avdet etmeyeceğinden, dava

²¹⁶ “Dava, İİK’nun 277. ve diğer maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu davalarda amaç, borçlunun haciz yada iflasından önce yaptığı bazı tasarrufların geçersiz veya iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamaktır. Bu özelliğin doğal sonucu olarak davanın görülebilmesi için bir alacağın varlığı gereklidir. Davacı 3. kişiler alacağın gerçekte olmadığını iddia ve ispat edebilirler. Eğer davalı borçlunun davacı alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa bu durumda öncelikle tasarrufta bulunanın borçlu sıfatı çözümlenmelidir. Tasarrufun iptali davalarında alacaklıya alacağını tahsil imkanı sağlanırken, alacaklının alacağının şeklen varlığı değil, gerçekliğinin de amaçlandığının göz ardı edilmemesi gerekir somut olayda davalı 3. kişi tarafından, alacağın gerçek bir alacak olmadığı, borçlu ile alacaklı arasında danişikli işlemler bulunduğu iddia edilmiş ise de bu durumun ispata yarar herhangi bir delil sunulmadığı gibi takip konusu alacağın kesinleşmiş bir alacak olduğu, takibe karşı açılmış bir menfi tespit davası bulunmadığı da ortadadır. Bu durumda alacağın gerçek bir alacak olmadığından söz edilemez...” (17. HD. 18.02.2016, 2014/11368, 2016/1877).

²¹⁷ “Tasarrufun iptali istenilen ipotekle ilgili dava koşullarının incelenmesine gelince, davacı bankanın alacağı 11.02.2004 tarihinde tesis edilen ipotekten önce doğmuş ve yaptığı takipler ile borçlunun aciz halinde olduğu sabit olmuştur. Borçlu 28.12.2004 tarihinde iflas etmiştir. Davalı A. K., ipoteğin borçlu tarafından evvelce teminat göstermeyi taahhüt ettiği bir borcu için verildiğini iddia ve ispat edemediğinden İİK’nun 279/2.maddesi gereğince iptali gerekmektedir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak davacının davasının kabulüne karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...” (17. HD., 20.12.2016, 2014/9186, 2016/11736).

²¹⁸ “Tasarrufun iptali davası, takip alacaklısı ile takip borçlusu A. D. ve taşınmaz maliki İ. H. G. arasında görülmüş olup, anılan davada ipotek alacaklısı banka taraf olmadığı gibi ipoteğin kaldırılması da söz konusu değildir. Dolayısıyla tesis edilen ipotek bedeli hala rüçhanlı alacak kapsamındadır...” (12. HD., 16.06.2015, 11663/16721).

açmayan diğer alacaklılar, dava ikame eden alacaklının cebri icra yetkisinden istifade edemeyeceği gibi, tasarrufun iptali davasının kabulü ile hacze devam imkanı elde eden alacaklının haczine iştirak edemeyecektir²¹⁹. Tasarrufun iptali davası, aynı bir dava olmayıp, tapuda herhangi bir değişiklik meydana getirme nitelik ve fonksiyonundan mahrum olduğundan²²⁰, tasarrufun iptali davasının kabulü ile oluşan kesin hüküm otoritesi aynı taşınmaza ilişkin üçüncü kişiler tarafından tesis edilen şahsi kısıtlamaları doğrudan mürtefi kılamayacak ise de, alacaklı takibe devamla bu kısıtlamalara nazaran alacağını öncelikle elde etme hak ve yetkisine haiz olacaktır. Yargıtay bu arada (tasarruf işleminden sonra taşınmazda tescil edilen ipotek) yapılan aynı işlemlerin ise, iptal davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğine²²¹ ilişkin karar verdiği gibi, bu durumda dahi taşınmazı devralan üçüncü kişi alacaklının sonradan tesis ettiği aynı teminatın (ipotekğin) ipotek sahibi bakımından cebri icra yetkisi verilen alacaklıya dahi önceliğini koruduğuna ilişkin karar²²² da vermiştir.

²¹⁹ Meriç, s. 127.

²²⁰ "Tasarrufun iptali davalarından maksat, tasarrufun butlanına hükmettirmektir. İptal davası sabit olduğu takdirde, alacaklı davaya konu mal üzerinde cebri icra yoluyla hakkını alma yetkisi elde eder. Davanın konusu taşınmaz mal ise davalı üçüncü kişi üzerindeki tapu kaydının düzeltilmesine yer olmadan başka bir anlatımla, tapunun iptali ve tesciline gerek kalmadan o taşınmazın satışını isteyebilir. Bundan dolayı somut olayda, iptal şartlarının oluştuğunun tespit edilmiş halinde, tasarrufun davacının tasarruf tarihine kadar olan alacağının miktarını geçmemek üzere iptaline karar verilmesi gerekirken bu taşınmazın borçlu adına tapuya tesciline karar verilmesi de doğru olmamıştır..." (17. HD., 08.04.2013, E.2012/16475, K.2013/5036).

²²¹ "Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü: Bedeli paylaşımına konu 1047 parsel sayılı taşınmaz T. Filtre A.Ş. tarafından 29.8.1995 tarihinde O. Filtre A.Ş.'ne satılmıştır. Satıştan sonra bu taşınmaz üzerinde O. Bankası lehine 29.8.1995 tarihinde, İş Bankası lehine 22.11.1995 tarihinde ipotekler tesis edilmiştir. Davacı Vergi Daireleri T. Filtre AŞ.'nin tasarrufunun iptali için açtığı dava kabul edilmiştir. İİK.nun 283. maddesine göre hacizde iptal davasını kazanan alacaklı, tasarruf konusu malın borçlununmuş gibi haciz ve satışını isteyebilir. Satış sonucu elde edilen paradan alacağını alır. Tasarruf, iptal davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğinden, sonradan lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ile haciz uygulayan alacaklıların iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliği bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla davayı kazanan alacaklıya iptal edilen tasarruf oranında, taşınmazı devralan kişinin verdiği ipoteklerle alacaklı olanlar ile sonradan haciz uygulayan alacaklılardan önce ödeme yapılmalıdır. Mercii hakimliğince bu yönler gözetilerek şikayetin kabulü gerekirken, yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir..." (19. HD., 30.11.2000, 7450/8250). Bu karara yönelik eleştiri ve ipotek alacaklısının tapuya güvenden kaynaklanan kazanımının önceliğinin korunmasına ilişkin bkz. Meriç, s. 127.

²²² "İİK.nun 283/1.maddesine göre; "Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihi mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir." Satış ile 3. kişiye geçen mülkiyet, tasarrufun iptaline

B. İpotek Alacağının Doğmamış Olmasına Dayalı Perdelemeye İlişkin

İpotekle temin edilme, belirsiz süreli, devamlı borç doğuran sözleşmeler bakımından üst sınıra kadar alacağı temin etmektedir. Bu durumda ipotek alacaklısı, borç ilişkisinden doğacak alacakları ödenmediği takdirde alacak tutarını, faiz ve takip giderleri dahil ipotek sözleşmesinde belirtilen üst sınır içinde ipotekli taşınmazı icra takibiyle sattırarak onun değerinden alacağını alacaktır. Üçüncü kişi takip alacaklısının haciz koydurduğu tarih itibarıyla menfaati, kendisinden önce tescil edilmiş bir ipotekle temin edilmiş ve fakat henüz doğmamış alacaklar bakımından korunabilmelidir. Aksi halde, ileride doğacak borç tutarı sebebiyle haciz alacaklısının alacağının tahsili belirsiz ileri tarihe bağlı olarak sonraya atılmış olacak ve bu durum belki de alacağını tahsil edememesine sebep olacaktır. Sırf ipotek tescili tarihinin daha eski olması sebebiyle haciz tarihinde henüz doğmamış alacakların doğmalarının beklenmesi, sonradan doğmakla da bu alacakların teminata binaen haciz alacaklısından evvel paylaştırmada pay alması, haciz alacaklısının alacağının tahsilini perdeleyecektir. Bu durumda borçlu, ipotekle temin edilmiş kredi çekme seçeneğini kullanarak borçlanabilecek, lehine ipotek verilen kredi kurumu da nasılsa ipotekle temin edilmiş olduğu gerekçesiyle borçluya kredi kullanılabilecektir.

Kanunda düzenlemelere bakılacak olursa; taşınmaza konulan haczin, kendisinden önce tescil edilmiş bir ipotek alacaklısına önceliği olmayacağını (Türk Medeni Kanunu'nun 869. maddesinde rehlin tescil edilmekle diğer aynı haklardan dahi önce korunan bir aynı hak olması düzenlemesi) söyleyebiliriz. İcra ve İflâs Kanunu bakımından da taşınmazla temin edilmiş ipotek alacaklısı, haciz alacaklısından önceliklidir. Kanunun m. 125 düzenlemesinde haczedilen ve satışa çıkarılan taşınmaz üzerinde bulunan muaccel ipotek alacağının, satış bedelinden öncelikle yararlanacakları ve de karşılama prensibi içinde değerlendirilmesi (m.129), ipotek alacağının haciz alacaklılarından öncelikli bir koruma altında olduğunu göstermektedir. Bu koruma, İcra ve İflâs Kanunu m. 132'de de belirtilmiştir. Bu maddeye göre, ipotek alacaklısı sonraki tarihli haczin takip alacaklısına önceliklidir. Bu kural, paylaşılma aşamasında da geçerli olup, ipotek alacaklısı alacağını haciz alacaklılarına nazaran önce almaktadır (İİK. m. 140 f.2, 206).

karar verilmesi ile borçluya geri dönmez. Yalnızca, alacaklıya, 3. kişiye ait taşınmaz üzerine haciz koydurarak sattırarak suretiyle alacağını tahsil imkanı verir. Hacze dayanak yapılan tasarrufun iptali ilamında da, anılan yasa hükmüne uygun olarak yalnızca satış işleminin iptaline karar verilmesiyle yetinilmiş olup, 3. kişi adına olan tapu kaydının iptali ile borçlu adına tesciline dair bir hüküm kurulmamıştır. Bu nedenle taşınmazın mülkiyeti 3. kişiye aittir. Tasarrufun iptali davası, takip alacaklısı ile takip borçlusu A. D.İ ve taşınmaz maliki İ. H.İ G. arasında görülmüş olup, anılan davada ipotek alacaklısı banka taraf olmadığı gibi ipoteğin kaldırılması da söz konusu değildir. Dolayısıyla tesis edilen ipotek bedeli hala rüçhanlı alacak kapsamındadır." (12. HD., 16.06.2015, 11663/16721).

Kanundaki bu düzenlemeler dolayısıyla icra müdürü, haciz alacaklısının takip alacağının paraya çevirme aşamasında ipotekle temin edilmiş alacağın miktarını tespit etmek amacıyla bankayla yazışarak veya ipoteye ilişkin derdest bir takip varsa icra dairesiyle yazışarak ipotekli alacağın tutarını tespit etmeye çalışacaktır. Bankanın veya rehne dayalı takibin yürütüldüğü icra dairesinin alacağının doğru olmadığına ve doğruysa karşılama prensibinden feragat edip etmediklerine ilişkin cevabı üzerine icra dairesi paraya çevirme işlemlerini yapacaktır. Bankanın, 'henüz borç doğmamış ise de riskin ipotekle temin edildiğine ilişkin üst sınırı işaret eden' bir cevap vermiş olması durumunda, icra dairesinin nasıl davranması gerektiğine ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır²²³. Ancak ipotekle yükümlülüğün göz ardı edilmeyecek olması sebebiyle icra dairesi taşınmaz üzerindeki ipotek yükümlülüğünü üst sınıra kadar dikkate almalı ve taşınmazın kıymet takdirini ona göre yapmalıdır. Düzenlenecek olan mükellefiyetler listesinde bu aynı hak mutlaka göz önünde tutulmalıdır. En üst sınırdan icra dairesinin mükellefiyet oluşturan bu riski dikkate alması zorunludur. Buradaki belirsizlikten faydalanacak olan risk gerçekleşmemekle (gerçekleşmeyeceğinin anlaşılmasıyla) mükellefiyetin kaldırılmasını isteyen ve bu durumda taşınmazı daha uyguna ihalede satın almış olan ihale alacaklısı olacaktır. Bu durumda haciz alacaklısının ihlal edilen menfaati, kıymet takdiri yapılırken doğmamış bir alacağın dikkate alınarak ihalenin yapılmasını güçleştirilmesi, belki de engellemesi olacaktır. Bu durumda hacizli ipotek alacaklısını koruyan genel bir düzenleme mevcut değildir. Kaldı ki bu hususta genel bir düzenleme üst sınır ipoteginin teminat işlevine aykırı bir düzenleme olarak da görülebilecektir.

Bu hususta bazı birkaç özel düzenlemeye dikkat çekmek isteriz. Bunlardan ilki, İcra ve İflâs Kanunu m. 84 düzenlemesidir. Buna göre, yetişmemiş mahsulleri haczedilen takip alacaklısı, ürünlerin yetişmesinden evvel paraya çevrilmesi amacıyla takipte bulunmamış olan ipotekle temin edilen

²²³ Mevcut maddi ve şekli hukuka özgü kanunlarımızda ipotek akit tablosundaki miktarın gerçeği yansıtmamasına karşılık bir normatif düzenleme ve müeyyide mevcut değildir. Ancak takip hukukunun amacının gerçekleşmesi ve silahların eşitliği ilkesi mucibince, ipotek lehtarının gerçek alacağının ortaya çıkarılması ve üçüncü kişi haciz alacaklısının takibe devamlı alacağına kavuşmasını sağlamak noktasında; İcra ve İflas Kanunu'na eklenecek bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Dolayısıyla ipotek lehtarını gerçek alacağının tespit noktasında doğruyu söylemeye sevk etmek için icra müdürlüğüne ipotek alacağının varlığı ve miktarı noktasında verdiği beyanın aksini ispat zımında icra mahkemesi nezdinde bir şikâyet hakkı tanınmalıdır. Ekonomik suça hürriyeti bağlayıcı cezanın anayasa ve ölçülülük ilkesine aykırılığı, tazminatın ise haksız zenginleşmeye sebebiyet verecek olması dikkate alındığında; kanaatimizce ipotek lehtarının beyanın gerçeği yansıtmaması halinde bir idari para cezasının öngörülecek olması, şikâyet marifetiyle ipotek ilişkisine yabancı olan üçüncü kişi alacaklıların perdeyi aralmasına ve gerçek alacak miktarını öğrenerek takibe hukuki ilişkisinin içeriğini bilerek doğru ve sağlıklı adımlarla devam edebilme imkânı bahşedecektir.

alacaklının alacağından önce alacağını alacaktır. Bu durumda ipotekle temin edilmiş alacaklının alacağına, yetişmemiş mahsullerin satış bedelinden haciz alacaklısının alacağının ödenmesinden sonra ödeme yapılacaktır.

Bir diğer düzenleme, Türk Medeni Kanunu m. 863 f. son düzenlemesidir. Maddeye göre, ipotekle temin edilen taşınmazın müccel kira bedellerine konulan hacizler, ipotek alacaklısının henüz ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatmadığı durumda, ona karşı da ileri sürülebilecektir.

Bu istisnaların dışında haciz alacaklısının ipotek alacaklısına karşı icra hukukundaki konumu daha özel bir korunmadan yararlanmadığı sürece sonra gelmek ve alacağını ipotek alacaklısından sonra tahsil etmek olacaktır²²⁴. Özel korumalar ise, genellikle ipotek alacaklısının alacağının geçersizliği, muvazaalı borç yaratıldığı, alacaklılara zarar verme kastı taşıyan tasarruf işlemi ihtiva ettiği gibi iddialara dayanarak ileri sürülmektedir. Bu korumalar ise, geçerli bir borç ilişkisine dayanan ve fakat ipotekle temin edilmiş henüz doğmamış bir alacağa karşı ileri sürülemez. Bu hususta kanaatimiz kesinleşmiş bir takip dolayısıyla haciz alacaklısına bazı objektif ölçütlere bağlı kalınarak borçlu ile ipotek alacaklısı arasındaki borç ilişkisine müdahale ederek borcun doğumunun engellenmesine olanak tanıyan yasal düzenlemeler getirilmesi olmalıdır. Bu hususta, Türk Ticaret Kanunu m. 100 örnek alınabilir. Türk Ticaret Kanunu m. 100'e göre, cari hesap ilişkisinin teminatını oluşturan ipotek alacaklısı, artan borçlu bakiyesinin haczedilmesi durumunda, 15 günlük yasal sürede kaldırılmayan hacizden dolayı cari hesap ilişkisini feshetmezse, haczedilen bakiyeyi azaltacak şekilde yeni alacak ekleyerek haciz alacaklısının durumunu daha da ağırlaştıramayacaktır. Bu düzenleme örnek alınarak kesinleşen bir takip dolayısıyla ipotekli taşınmaza haciz konulduğu bilgisi verilen ipotek

²²⁴ "İcra takibinin amacı alacaklının tatmini olup bu da ancak para ile mümkündür. Alacaklı alacağına takip usulüne kavuşmak isterken, borçlu ve üçüncü kişinin de işbirliğine girerek takibi semeresiz bırakmak istemeleri hayatın içinde cereyan bulan bir durumdur. Somut olayın incelenmesinde; takibi kesinleştiren alacaklı, ipotek alacaklısı bankanın takip borçlusunu müşterisini koruduğu, ipoteğe ilişkin bilgi ve belgeleri vermediği, bu nedenle satış yapılamadığından dolayı takibin semeresiz kaldığını, ipotek alacaklısı ve borçlunun 2005 yılında kurulan ipoteğe göre herhangi bir borç bulunmadığını, söz konusu borcun yapay bir borçlu olup muvazaalı oluşturduğunu ileri sürmüş ise de; her ne kadar takip alacaklısı borçlu ile üçüncü kişi ise de takibi akamete uğratan muvazaalı işlemlerin iptalini isteyebileceği gibi somut olayda söz konusu ipotek borcunun ipotek akit tablosunda gösterilen miktardan daha az olduğu ya da hiç bulunmadığına yönelik itiraz ve taleplerini İİK 142. md. göre alacağın varlığının meşkûk olduğu ya da gösterilen miktardan daha az ya da itfa olduğuna ilişkin hususları genel mahkemede sıra cetveline itiraz davasında ileri sürmesi gerektiği, mahkememizin sınırlı ve şekli yargılama yetkisi dikkate alındığında, bu taleplerin maddi hukukun konusuna girdiği ve genel mahkemelerde açılacak dava ile yargılamayı gerektirdiği anlaşıldığından şikâyetçinin şikâyetinin reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur." (Büyükkçekmece 2. İcra Mahkemesi, 06.04.2016, 183/309).

alacaklısından, bazı şartlar dahilinde (takip borçlusunun haczi belirli bir sürede borcu ödeyerek kaldırmamış olması gibi) borçluya borç vermemesini ve borç ilişkisini feshetmesini isteyebilecek bir yasal düzenleme yapılabilir.

SONUÇ

İpotek, alacağa bağlı ve sınırlı aynı hak mahiyetiyle, alacaklısına ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesini talep ve alacağını öncelikle elde etme yetkisi veren bir niteliği haizdir. Uygulamada alacağının değerinde azalma olmaksızın bihakkın ve ivedilikle elde etmek isteyen alacaklılar, ipotek tesis ederken gerçek alacak miktarının çok üzerinde bir ipotek bedeli belirlemede, bu ise çoğu zaman taşınmazın rayiç değerinin fevkalade üstünde bir miktara tekabül etmektedir. Böylece, aradan geçen zaman içerisinde, ekonomik gelişmeler, paranın satın alma gücü, enflasyon vb. etkenlere rağmen tapu sicilinde tescil edilen ipotek bedeli, taşınmazın gerçek ederi üzerindeki değerini korumayı sürdürmesine karşın bu halin, madalyonun diğer yüzü konumundaki borçluya karşı takibi kesinleştiren üçüncü kişi alacaklıların, alacağını tahsil etme noktasında, güçlük ve imkânsızlığa yol açtığı tecrübe edilmektedir. Her ne kadar ipotek alacaklısının satışa muvafakat etmemesi, satışı düşürmeyecek ise de başlangıçta belirlenen gerçek alacağı yansıtmayan fahiş miktardaki ipotek yükünün, taşınmazın paraya çevrilme imkânını güçleştirmesi ya da satış sonrası çevrilen miktarın üçüncü kişi alacaklıların alacağını karşılamaya yetmemesi gibi müşkül hallerden ötürü üçüncü kişi alacaklıların, prosedürel hukuk içerisinde haklarının etkin korunumu çözümsüz kalmaktadır. Zira icra müdürlüğünün yargılama yetkisi olmaması ve belge üzerinde incelemeyle sınırlı değerlendirme durumu ile özellikle bankaların müşteri bilgilerinin gizliliği ya da onları koruma saikiyle hareket etmesi ve sair olgular, üçüncü kişi haciz alacaklılarının takiplerini akim kılarak, semeresiz bırakmaktadır. Dolayısıyla icra müdürlüğünün yargılama yetkisi bulunmadığından, ipotek alacağının gerçek miktarını belirleme noktasında herhangi bir saptama yapmaları da mümkün olmamaktadır. Aynı durum ipotek alacağının henüz doğmamış olması durumunda da kendisini göstermektedir. Alacağın henüz doğmamış olması durumunda esasen bankanın müşterisini korumak gibi kredi miktarını bildirmekten sakınması gibi bir durum söz konusu olmaksızın haciz alacaklısının alacağı tahsil menfaati belirsiz bir süreci öncelikle beklemekle veya her halde tespit edilen üst sınır dikkate alınarak paraya çevirme ve paylaşırma aşamalarının yapılmasına neden olmaktadır. Bu noktada üçüncü kişi alacaklılara çözüm olarak şunlar sunulmaktadır. İlk olarak ipotek alacaklısı ve borçlusu arasındaki ipotek sözleşmesinin; gerçek iradeye uygun olmadığı, ipotek akit tablosundaki borcun, gerçek borç miktarının fevkinde, sun'î oluşturulduğundan naşi, üçüncü kişilerin zararına muzaf bir iradenin zımında oluşturduğu görünüme merbut bir işlem mahiyetinde muvazaalı akdedildiği

ileri sürülerek Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine dayalı muvazaanın iptalini istemek en doğru çözüm yolu olacaktır. Şayet üçüncü kişi alacaklıının alacağı daha önce doğmuş ve ipotek ile üçüncü kişinin alacağı semeresiz bırakılmak için ipotek tesis edilmiş ise, bu halde başvurulacak kanuni yol İcra ve İflas Kanunu 277 ve devamında düzenlenen tasarrufun iptali davası olmalıdır. İpotekli taşınmazın değeri ipotek alacağı ve masraflarını karşılayacak meblağa ulaşip ihale edilmesi halinde ise, üçüncü kişi alacaklıının başvuracağı yol genel mahkemelerde, alacağın mevcudiyeti ve miktarının gerçeği yansıtmadığı ya da meşkûk olduğu ileri sürülerek açılacak sıra cetveline itiraz davası olmalıdır. Bu fasılda, son olarak gündeme gelecek olan bir diğer çözüm yolu ise başlangıçta ipotek miktarı, gerçek alacağın çok üzerinde gösterilerek üçüncü kişi alacaklıların alacağının perdelenmesi sureti ile ipotek alacaklısına taşınmazın ihale edilmesidir. Bu husus, bir nevi lex commissoria yasağının dolanılması anlamına gelecektir. Bir diğer ifadeyle, ipotek alacaklısı gerçek alacak miktarının çok üzerinde gösterdiği yapay bedeli, taşınmazın ihale değerinden mahsup ederek haksız bir şekilde gerçek alacak miktarını aşan bir menfaat sağlayacağı için bu neticeyi hasıl eden hukuki işlemin hükümsüzlüğü, lex commissoria kuralı gereğince tespit edilecektir.

KAYNAKÇA

- Acar Faruk, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008.
- Acar, Faruk, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- Akıntürk, Turgut/
- Akipek, Jale, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Akman, Sermet/
- Burcuoğlu, Halûk/Altop,
- Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993 (7. Bası)
- Ansay, Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960 (5. Bası).
- Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1 (2015).
- Arslan, Ramazan/
- Yılmaz, Ejder/
- Taşpınar Ayvaz, Sema, İcra ve İflâs Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2016.

Aybay, Aydın/

Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

Belgesay, Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İstanbul 1948 (2. Bası).

Budak, Ali Cem, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2008.

Çetiner Bilgehan, Taşınmaz Teminatı, İstanbul 2015.

Çiftçi, Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010.

Davran Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.

Deynekli, Adnan, İcra ve İflâs Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Ankara 2013.

Erel, N. Şafak, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası (2016).

Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2011.

Esener, Turhan/

Güven, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2015.

Esener, Turhan, Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956.

Günel Mustafa Cahit, Taşınmaz Rehninin Alacak Bakımından Kapsamı, Prof. Dr. Özel Seliçi'ye Armağan, İstanbul 2006.

Gürdoğan, Burhan, Türk- İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967.

Helvacı, İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasası, İstanbul 1997.

Helvacı, İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip

(Kocayusufpaşaoğlu/

Hatemi/ Serozan/

Arpacı Şerhi), Borçlar Hukuku Genel Hüküm, İstanbul 2014 (6. Bası).

Köprülü, Bülent/

Kaneti, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982- 1983.

- Kuntalp Erden, Anapara ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı Ankara 1989.
- Kurşat Zekeriya, Birlikte Rehin, Özer Seliçi'ye Armağan Ankara 2006.
- Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017 (Ders)
- Kuru, Baki, İcra Ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013.
- Nomer, Halûk Nami/
Ergüne, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2017.
- Meriç Nedim, Türk- İsviçre Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Ankara 2015.
- Muşul, Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Rehinin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2017.
- Muşul, Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 2014 (Şikâyet).
- Oğuzman, Kemal/
Seliçi, Özer/
Oktay- Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2015.
- Özekes, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Pekcanitez, Hakan, İpoteki Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, Sayı: 33 (2000).
- Pekcanitez, Hakan, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986 (Şikâyet).
- Pekcanitez, Hakan/
Atalay, Oğuz/
Sungurtekin Özkan, Meral/
Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, İstanbul 2017.
- Postacıoğlu İlhan, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- Reisoğlu, Seza, Medeni Kanun Açısından İpotek İşlemleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1978.
- Sarı Suat, Taşınmaz Rehininde Belirlilik İlkesi, Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000.
- Saymen Ferit/Elbir Halid, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954.

- Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2017.
- Tunç Yücel Müjgan, Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, İstanbul 2010.
- Uyar Talih, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu, ABD, 2011/1, (s. 211- 231).
- Ünal, Mehmet/
Başpınar, Veysel, Şeklî Eşya Hukuku, Ankara 2012.
- Üstündağ Saim, Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959.
- Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.
- Von Tuhr Andreas, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 1952.
- Yıldırım, Kamil/
Yıldırım, Nevhis Deren, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- Yılmaz, Ejder, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016.

TARIM ARAZİLERİNİN MİRASYOLUYLA İNTİKALİ VE SAĞLARARASI İŞLEMLERLE DEVRİNE İLİŞKİN KISITLAMALAR

Restrictions on conveyancing of agricultural land through the instrument of inheritance and inter vivos operations

Yrd. Doç. Dr. Okan YILDIZ¹ - Prof. Dr. Bayram UZUN²
Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU³

Geliş Tarihi: 17.05.2017

Kabul Tarihi: 19.10.2017

ÖZET

Tarım arazilerinin sürdürülebilir yönetimi sadece mülkiyet odaklı yaklaşımlarla sağlanamamaktadır. Dünya’da ve Türkiye’de tarım topraklarının önümüzdeki yüzyılda artan öneminin sonucu olarak, kırsal alanlarda tarım arazilerinin mülkiyet haklarının edinimi ve kullanımının daha fazla kısıtlanacağı öngörülmektedir. Ülkemizde tarım arazilerinin parçalanması ve bu parçalamannın verimliliğe olan negatif etkisi çağdaş ülkelerdeki ölçütlerin çok ötesindedir. Geline nokta yeni yasal tedbirlerin alınması artık zorunlu hale gelmiştir. Bu çerçevede 2005 yılında yürürlüğe giren Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu (TKAKK) ile tarım arazilerinin satış, miras vb yöntemlerle devri yeniden ele alınmıştır. Böylece, Türk Medeni Kanunu’nun tarım arazilerinin intikalini düzenleyen hükümleri kaldırılarak TKAKK altında yeni emredici hükümlere yer verilmiştir. Yeni düzenleme ile tarım arazilerinin mülkiyetinin devri zorunlu kılınmıştır. Dünya’daki benzer örneklerde olduğu gibi, ehil mirasçı kavramı ortaya atılarak aslında tarım arazisinin işleyene devredilmesi amaçlanmıştır. Diğer mirasçılardan mirasdan doğan hakları ise arazilerin tarımsal gelir değeri üzerinden bedele dönüştürülmüştür. Aynı zamanda tarım arazilerin satışı/hisseli satışı, asgari tarımsal arazi büyüklükleri ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri normları dikkate alınarak kısıtlanmıştır. Yapılan bu yasal düzenlemeler ile tarım arazilerinin işletilmesinde verimliliğin artırılması amaçlanmaktadır.

ABSTRACT

Achieving sustainability in the management of agricultural land is not just feasible with property-based approaches. As a consequence of the increasing importance of agricultural land in the world and in Turkey over the next century, it is foreseen that the acquisition and use of the property rights of agricultural land will be restricted more in rural areas. The fragmentation of agricultural land in our country and its effect on fertility is far beyond the criteria in modern countries. It is understood that it will be necessary to take new legal measures at the point reached. In this context, the Law on Soil Protection and Land Use (SPLUL), which entered into force in 2005, has been reevaluated with the sale, inheritance, etc. methods of agricultural land. Thus, the provisions of the Turkish Civil Code regulating the transfer of agricultural land have been abolished and new provisions related to these issues have been put under SPLUL. With the new arrangement in legal terms, transfer of the property of the agricultural land is obliged. As in the case of similar examples in the world, the concept of "competent heirs" has been put forward by the new law. Therefore, anyone who operates agricultural land is intended to transfer his land to him. The inherited rights of other heirs have been converted into price by the agricultural income value of the land. At the same time, the sale and share selling of agricultural land are restricted taking into account the norms of "minimum agricultural land sizes" and "sufficient agricultural land sizes". These legal regulations aim to increase productivity in the operation of agricultural land.

¹ Yrd. Doç. Dr. (Harita Yük. Müh.), Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Müh. Bölümü Trabzon, okan.yildiz@ktu.edu.tr

² Prof. Dr. (Harita Yük. Müh.), Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Müh. Bölümü Trabzon, buzun@ktu.edu.tr

³ Doç. Dr. (Harita Yük. Müh.), Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Müh. Bölümü Trabzon, yecoruhlu@ktu.edu.tr

Nüfusunun %27,7'si kırsalda yaşayan ve yüzölçümünün yaklaşık üçte biri tarım arazilerinden oluşan ülkemizde düzenlemenin yaygın etkisi söz konusudur. Bu kısıtlamaların; çeşitli sosyal sorunlara, plansız sahalarda taşınmazların yasal olmayan yollardan bölünmesine sebep olabileceği öngörülmektedir. Bu sebeple, insanların sahip oldukları mülkiyet hakları kısıtlanırken sosyal adaletin de korunması gerekmektedir. Bu çalışmada Türkiye'de tarım arazilerinin miras, satış vb işlemlerle devri işlemi hukuki ve teknik açıdan ele alınmıştır. TKAKK'ya hâkim olan ilkeler ortaya konularak, pratik uygulamalar üzerinde durulmuştur. Ayrıca örnek tasarımlar geliştirilmiş, satış ve miras yoluyla paylaşım süreçleri iş akışı diyagramı kullanılarak görselleştirilmiştir. Ayrıca öngörü-len sorunlara yönelik çözümler sunulmuştur. Bunlardan bazıları şunlardır: tarım arazilerinin sadece kullanım hakkının ehil mirasçıya devredilmesi, çıplak mülkiyetinin yasal mirasçılarda bırakılması; seçilecek pilot bölgelerde tarım arazilerinin mülkiyetinin kamulaştırılması ve bu arazilerin intifa hakkının gerçek veya tüzel kişilere uzun süreli kiralama gibi yöntemlerle devredilmesi bir öneri olarak sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Arazi Yönetimi, Tarım Arazisi, Kamusal Kısıtlamalar, Miras, İntikal

There is no doubt that the widespread impact of this legislation will be enormous in our country Turkey which has 27.7% of the population live in rural areas and is about one-third of the surface area of agricultural land. It is foreseen that these restrictions may cause allotment of the immovables unlegally in unplanned areas, and may cause various social problems. Therefore, social justice needs to be protected while people's property rights are restricted. In this study, agricultural land has been dealt with from the legal and technical point of view on some transactions like heritage, sales etc. in Turkey. The principles that dominate TKAKK have been put forward and practical applications have been emphasized. In addition, sample designs have been developed and sales and sharing processes through inheritance have been visualized using workflow diagram. In addition, the solutions were presented for the foreseen problems. Some of these are: to transfer of the only right to use on agricultural lands to the competent heir, to left of bare ownership of the lands to the legal heirs; to expropriation of the agricultural lands in the pilot regions to be elected before and transfer of the usufruct of these lands to real or legal persons by means of long-term lease.

Keywords: Land management, agricultural land, public restriction, inheritance, conveyancing

GİRİŞ

Tarım topraklarının değerlendirilmesinde genel olarak iki farklı yaklaşımdan bahsedilebilir. Bunlar; mülkiyet ve işletmedir. Türkiye'de, özellikle Medeni Kanun'un (MK) 1926'da ilanından sonra, taşınmazların edinimi, kullanımı, kısıtlanması vb hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde Dünya'daki gelişmelere paralel olarak mülkiyet odaklı yaklaşımlar sergilenmiştir. Bu yaklaşımın sonucu olarak, tarım arazilerinin satış, miras vb. yöntemlerle devri temel mülkiyet hakkı olarak görülmüş ve uzun süre kısıtlanmamıştır. Bu anlayış zamanla tarım arazilerinin parçalanmasına yol açmıştır^{4,5,6}. Miras ve hisseli satış yöntemlerinin yanısıra; karayolu, demiryolu vb tarım arazilerinden geçen yatırımlar; sel,

⁴ Ercan, F. (1970), Arazi Toplulaştırması, Ogun Kardeşler Matbaası, S.76, Ankara.

⁵ Aksoy, S., Gün S. ve Gülçubuk B. (1995), Tarım Topraklarının Parçalanması ve Miras Hukuku, Türkiye Ziraat Mühendisliği IV. Teknik Kongresi, 9-13 Ocak 1995, Ankara.

⁶ Özyay, O. L., 2015. Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Yetkin Yayınları, S.207, Ankara.

taşkın gibi doğal afetler; sermaye ve işgücü yetersizliğinden kaynaklanan kısmi kiracılık; tarım kesiminde yaşanan yüksek nüfus yoğunluğu arazilerin parçalanmasına sebep olmuştur⁷. Söz konusu bu parçalanma, tarımsal işletmelerde yol, su, drenaj ve tesviye gibi altyapı hizmetlerinin güçleşmesine, kaynak israfına, arazi sınırlarından dolayı kayıplara, arazilerin boş kalmasına yol açmıştır. Bu durum işletmelerde maliyetlerin yükselmesine, verimliliğin düşmesine yol açmıştır^{8,9}. Tarım hukukunun tarım arazisi ve mülkiyetini esas alan klasik anlayışı yerine tarımsal işletmeyi esas alan modern anlayış zamanla ulusal tarım politikaların gerçekleştirilmesinde öne çıkmaya başlamıştır¹⁰. Bu gelişme tarım kesiminde hukukun genel hükümleri dışında özel kanunlarla düzenleme yapılması zorunluluğunu doğurmuştur^{11,12}. Bu sebeple, Türkiye’de tarımsal toprakların parçalanmasının önlenmesi ve korunması amacıyla Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu (TKAKK) yürürlüğe girmiştir¹³. Bu kanuna göre tarım arazilerinin bölünmesi, satışı ve intikali kısıtlanmıştır. Ancak bu süreçte, gerek Türk Medeni Kanunun ilgili hükümleri, gerekse TKAKK tarım arazilerinin parçalanmasını engelemeye yetersiz kalmıştır^{14,15}. Bu sebeple TKAKK yürürlüğe girdiği tarihten sonra dört kez değişikliğe uğramıştır^{16,17,18,19}. Bu değişikliklerin en önemlisi şüphesiz TKAKK’da 2014 yılında 6537 sayılı yasa ile

⁷ Türker, M., 2011. Ülkemizde Arazi Yönetimi ve Kırsal Alan Düzenlemesi Kapsamında Tarım Reformu Uygulamaları, Türkiye’de Sürdürülebilir Arazi Yönetimi Çalıştayı, 26-27 Mayıs 2011, Okan Üniversitesi, İstanbul.

⁸ Ekinci, K., Sayılı, M., 2010. Tarım Arazilerinin Parçalanmasını Önlemeye Yönelik Mevzuat Üzerine Bir İnceleme, Gazi Osmanpaşa Üniversitesi, Ziraat Fakültesi Dergisi, 27(2), 121-129.

⁹ Yücer, A., Demirtaş M., Çelik A., Kalanlar Ş., Altun A., Kan M., 2013. Tarım arazilerinin Bölünmesinin Önlenmesine Yönelik Yasal Düzenleme Hakkında Düzenleyici Etki Analizi, Tarımsal Araştırmalar ve Politikalar Genel Müdürlüğü, Tarımsal Ekonomi ve Politika Geliştirme Enstitüsü Yayını, <http://www.tepge.gov.tr/Yayin>, Erişim tarihi: 29.12.2016.

¹⁰ Usher, J., A., 2001. EC Agricultural Law, Oxford University Press, P.2.

¹¹ Aksoy, S. 1984. Tarım Hukuku, Ankara: A.Ü. Ziraat Fakültesi Yayınları, S.13.

¹² Kılıç, M., 2010. Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Tarım Hukuku: Mevcut Durum, Son Gelişmeler ve Yaklaşımlar. Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C.9, S.77.

¹³ Resmi Gazete, (2005). Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (5403), Başbakanlık Basımevi 25880, Tertip: 5 Cilt: 44, Sayı: 25880, Sayfa 9515.

¹⁴ Erdoğan, K., 2017. Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.24, Sayı.1, Sayfa.123-179.

¹⁵ Sayın, C., 2015. Tarım Hukuku Dersi Notları, Akdeniz Üniversitesi Ziraat Fakültesi, Tarım Ekonomisi Bölümü, Antalya.

¹⁶ Resmi Gazete, (2007). Toprak koruma ve arazi kullanımı kanununda değişiklik yapılması hakkında kanun (5578), Tarih: 09.02.2007, Sayı: 26429.

¹⁷ Resmi Gazete (2008 /a). Temel ceza kanunlarına uyum amacıyla çeşitli kanunlarda ve diğer bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun (5728), Tarih: 08.02.2008, Sayı: 26781.

¹⁸ Resmi Gazete (2008 /b).Toprak koruma ve arazi kullanımı kanunu ile Mera kanununda değişiklik yapılması Hakkında kanun (5751), Tarih: 02.04.2008, Sayı: 26835.

¹⁹ Resmi Gazete (2014/a). Toprak koruma ve arazi kullanımı kanununda değişiklik yapılması hakkında kanun (6537). Tarih: 15.04.2014, Sayı: 29001.

yapılan düzenlemedir. Bu düzenlemenin en önemli özelliği MK'da yer alan tarım arazileri ile ilgili hükümlerin 6537 sayılı Kanun'un içine taşınarak mülga haline getirilmesi, böylece tarım arazilerinin miras yoluyla bölünmeleri konusunda bütünlük sağlanmasıdır²⁰. Bunun yanı sıra 2011 yılında İmar Kanunu'nda yapılan bir diğer düzenleme ile köy yerleşik alanlarında TKAKK hükümleri geçersiz sayılmıştır²¹. Bir arazinin tarım arazisi olup olmaması, o arazinin bölünme, satış ve miras koşullarını doğrudan etkilemektedir. Diğer taraftan tapuya şerh edilmesi gereken bir özellik ve kısıtlayıcı unsurdur²² Kavramsal açıdan ele alındığında, taşınmaz mal mülkiyetini tarım arazisi vasfından dolayı etkileyen bu koşullar birer "kamusal kısıtlama" olarak değerlendirilmektedir. TKAKK vb. diğer kanunlardan kaynaklanan bu kısıtlamalar doğrudan tapu sicilinde gösterilmemektedir. Bu özelliği sebebiyle gizli kısıtlamalar olarak adlandırılmaktadır²³. Türkiye'de Cumhuriyetin ilk yıllarında her 10 kişiden 8'i kırsal alanlarda yaşarken, bugün tam tersine bir dönüşümle 10 kişiden 2'si kırsal alanlarda yaşamaktadır²⁴. Bu hızlı düşüşe rağmen halen nüfusun yaklaşık %20'sinin kırsal alanlarda yaşadığı görülmektedir. Ayrıca, ülkenin 77.9 milyon hektar olan toprak varlığının, yaklaşık 24 milyon hektarı işlenen tarım alanları oluşturmaktadır (Tablo 1). Bu miktar ülke yüzölçümünün yaklaşık %31'ine karşılık gelmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde TKAKK'nin taşınmaz mal mülkiyeti üzerinde kapsam bakımından oldukça geniş bir alanda etkili olduğu ve geniş kitlelerin bu kanundan etkilendiği görülmektedir.

²⁰ Kavasoglu, İ., İ., Sayin, C., 2016. Tarımda Yeni Miras Kanunu ve Olası Sonuçları, XII. Ulusal Tarım Ekonomisi Kongresi, Bildiriler Kitabı, Cilt 1, S.944, Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta.

²¹ Resmi Gazete, (2011). Çevre ve şehircilik bakanlığının teşkilat ve görevleri Hakkında kanun hükmünde kararname ile bazı Kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde Değişiklik yapılmasına dair kanun Hükmünde kararname, KHK No.648, Sayı: 28028.

²² TKAKK'nin 8. Maddesi ve Tarımsal Arazilerin mülkiyetinin devrine ilişkin yönetmeliğinin 6/1 fıkrası tarım arazilerinin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında bölünemeyeceğini ifade edilmektedir. Aynı madde hükümlerinin devamında tarımsal arazilerin bu niteliğinin, tapunun beyanlar hanesine şerh konulmak üzere, Bakanlık tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 1012. Maddesine göre kamu hukukundan kaynaklanan kısıtlamalar tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilmektedir. Bu çerçevede tarımsal arazilerin bölünme koşulları TKAKK ve bağlı mevzuata göre kısıtlandığından, bu kısıtlamanın tapuda gösterilmesi emredilmiştir. Ancak uygulamada bu hükmün gerçekleştirilmesi noktasında bir eylem veya düşünce göze çarpmamaktadır. Nitekim gerek TKAKK, gerekse bağlı mevzuatta bahsi geçen hükümler incelendiğinde; beyan ve şerh kavramının birlikte kullanıldığı görülmektedir. Ancak burada kastedilen düşüncenin, TMK'nin 1012. Maddesinde belirtildiği gibi, tapu sicilinin beyanlar hanesinde bilgilendirme amaçlı yapılacak bir belirtme olduğu değerlendirilmektedir.

²³ Yıldız, O., 2013. Türkiye Kadastrounun Mevcut Durumu ve Çok Amaçlı Kadastroya Yönelik Yeni Yaklaşımlar, Karadeniz teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, Trabzon

²⁴ Türkiye'nin Demografik Dönüşümü, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, http://www.hips.hacettepe.edu.tr/TurkiyeninDemografikDonusumu_220410.pdf (Erişim Tarihi:05.10.2017).

Tablo 1. Türkiye'nin Tarım Arazisi Varlığı²⁵.

(bin hektar)

Yıllar	Toplam işlenen alan	Çayır ve mera arazisi	Toplam tarım alanı
1995	26834	12378	39212
2000	26379	12378	38757
2005	26606	14 617	41 223
2010	24394	14 617	39 011
2015	23934	14 617	38 551

Bu konuya yönelik olarak TKAKK'da 6537 sayılı kanunla değişikliğin yapıldığı 15 Nisan 2014 tarihinden 31 Aralık 2016'ya kadar geçen süreçte, Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi (TAKBİS), Merkezi Nüfus İdare Sistemi (MERNİS) ve Gıda Tarım Hayvancılık Bakanlığının Tarım Arazileri Yönetim Sistemi (TAYSİS) yardımıyla Türkiye'de tarım arazilerinin devrine yönelik elde edilen veriler tablo 2 ile sunulan, dikkate alındığında çeşitli değerlendirmeler yapılabilir. Buna göre söz konusu bu süreçte ülkemizde yaklaşık bir milyon ölüm vakasının gerçekleştiği ve bunun yaklaşık yarısının tarım arazisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Tablo 2. 6537 sayılı yasa kapsamında tarım arazilerinde yürütülen işlemler²⁶

Toplam ölüm sayısı	1.034.020
Tarım arazisine sahip muris sayısı	491.313
Bir yıllık süresi dolan muris sayısı	254.662
Tebliğat yapılan mirasçı sayısı	586.000
İntikal yapılan parsel sayısı	942.243
Miras yoluyla devir talebi isteyen mirasçı sayısı	77.353
Miras yoluyla devir talebine izin verilen mirasçı sayısı	56.070
Satış yoluyla devir talebinde bulunan kişi sayısı	886.833
Satış izni verilen kişi sayısı	827.360

Bu çalışma ile Türkiye'de gerek nüfus bakımından, gerekse yüzölçümü olarak yaygın etkisi olan tarım arazilerinin miras, satış vb işlemlerle devri süreci hukuki ve teknik açıdan ele alınacaktır. TKAKK'ya hakim olan ilkeler ortaya konularak, örnek uygulamalar ile konuya açıklık getirilecektir. Ayrıca örnek tasarımlar geliştirilerek, satış ve miras yoluyla paylaşım süreçleri Birleşik Modelleme Dili (UML) kullanılarak görselleştirilecektir.

²⁵ TÜİK, 2017. Bitkisel Üretim İstatistikleri, Tarım Alanları Varlığı, http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1001, Erişim Tarihi. 12.04.2017.

²⁶ Türker, M., 2017. 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu Gereği Gayrimenkul Değerleme Sistemi İhtiyacı, Pilot Projeler ve Sistem Önerileri, TKGM Gayrimenkul Değerleme Çalıştayı, 27 Şubat - 3 Mart 2017, İzmir.

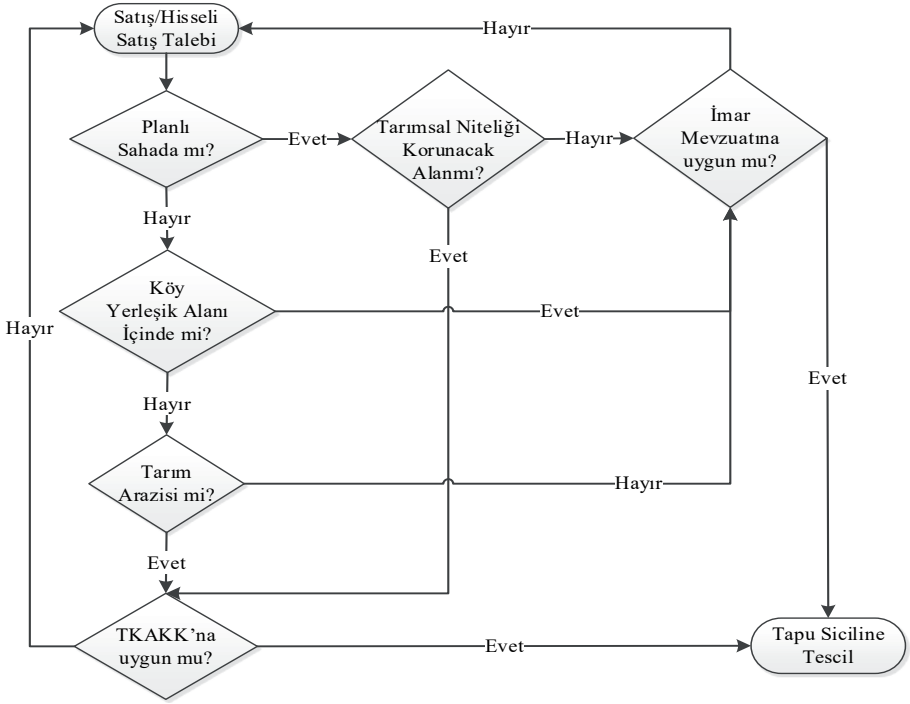
1. TARIM ARAZİLERİNİN SATIŞ YOLUYLA DEVRİ

Satış, bir malın mülkiyetinin belli bir bedel karşılığında bir başkasına devredilmesinin taahhüt edilmesi işlemidir. Hisseli satış ise mevcut hissenin bölünmesi (1/1 hissenin 1/2 -1/2 veya 2/10-2/10-6/10 vb) suretiyle, tam mülkiyete veya belirli bir hisseye sahip kişinin hissesini belli oranda devretmeyi taahhüt etmesidir. Satış yoluyla bir taşınmazın devrinin mevzuata uygunluğunun tespiti değerlendirilmesinde, Türkiye'deki yerleşim tipleri önemli rol üstlenmektedir. Çünkü yerleşim tipleri, ifraz koşullarını daha kapsamlı etkilemekle birlikte, taşınmazların satış yoluyla devir koşullarını kısmen etkilemektedir. Buna göre Ülkemizde yerleşimler karakterlerine göre; yerleşim alanı (planlı sahalar), yerleşik alanlar (belediye ve mücavir alan içerisinde kalan planı olmayan mahalle, köy, mezra vb idari birimler), köy yerleşik alanları ve iskân dışı alanlar olarak sınıflandırılmaktadır. TKAKK sadece köy yerleşik alanlarında geçerli değildir²⁷. Planlı sahalarda ise planın hazırlanma aşamasında, ilgili teknik ekipler tarafından tarım alanları ayrılarak "Tarımsal Niteliği Korunacak Alan (TNKA)" adı altında plana işlenmektedir. Dolayısıyla planda TNKA bölgesine rastlamayan taşınmazların, TKAKK ile ilgisi kalmamaktadır²⁸.

Bu çerçevede satış/hisseli satış işlemine konu olan taşınmaz planlı sahada ise söz konusu taşınmazın, mevcut plan kapsamında TNKA olarak özgülünen bir yer olup olmadığı kontrol edilmektedir. İmar planına göre taşınmaz TNKA kapsamında kalıyorsa TKAKK ve bağlı mevzuata göre satış/hisseli satış işlemine yön verilmelidir. Aksi takdirde satış/hisseli satış işleminin uygunluğu imar tekniği açısından ele alınmalıdır. Söz konusu taşınmaz köy yerleşik alanı içinde kalması durumunda; bu alanlarda TKAKK hükümleri geçerli olmadığından, aynı şekilde satış/hisseli satış işleminin uygunluğunun tapu mevzuatı ve imar tekniği açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Satış/hisseli satış işlemine konu olan taşınmazın planlı saha (yerleşim alanı) ve köy yerleşik alanı dışında kalan idari birimlerde (yerleşik alan ve iskân dışı alan) kalması durumunda, taşınmazın tarım arazisi olup olmadığı kontrol edilmelidir. Tarım arazisi ise TKAKK ve bağlı mevzuata göre teknik açıdan işlemin uygunluğu değerlendirilmelidir. Aksi takdirde işlem ret edilmelidir. Söz konusu taşınmaz tarım arazisi değilse işlemin uygunluğu imar tekniği açısından kontrol edilmelidir. Söz konusu işlem döngüsü şekil 1'de hazırlanan tasarımla görselleştirilmiştir.

²⁷ Resmi Gazete, (2011). Çevre ve şehircilik bakanlığının teşkilat ve görevleri Hakkında kanun hükmünde kararname ile bazı Kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde Değişiklik yapılmasına dair kanun Hükmünde kararname, KHK No.648, Sayı: 28028.

²⁸ Yıldız, O., Çoruhlu Y. E., 2017. Plansız Alanlarda Taşınmaz Malların Bölünmesi, (Yayımlaşamasında).



Şekil 1. Tarım arazilerinin satışı işlemindeki temel ilkeler ve süreçler etkinlik diyagramı

Bu noktadan hareketle, “Bir tarım arazisinin TKAKK’ya göre satış işleminin uygunluğu nasıl tespit edilmelidir?” sorusu gündeme gelmektedir. Bir tarım arazisinin satış/hisseli satışa uygunluğu değerlendirilmesi çeşitli teknik kavramlar çerçevesinde şekillenmektedir. Bu sebeple öncelikle bu kavramlar ve bu kavramların ortaya koyduğu kısıtlamalar özetlenerek Tablo 3’de sunulmuştur^{29 30 31}:

²⁹ Resmi Gazete, (2005). Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (5403), Tertip: 5 Cilt: 44, Sayı: 25880, Sayfa 9515.

³⁰ Resmi Gazete, (2014/b), Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik, S. 29222.

³¹ Yıldız, O., Çoruhlu Y. E., 2017. Plansız Alanlarda Taşınmaz Malların Bölünmesi, (Yayım Aşamasında).

Tablo 3. TKAKK'ya göre Tarım Arazilerinin Devrinde Geçerli Olan Kısıtlamalar

Temel Kavramlar	Kısıtlamalar
<i>Asgari Tarımsal Arazi Büyüklüğü:</i> Verimli işletilebilen en küçük tarım arazisi büyüklüğüdür.	ATAB; Mutlak, Marjinal ve Özel Ürün Tarım Arazileri'nde 2 ha, Dikili Tarım Arazilerinde 0,5 ha, Örtü Altı Tarım yapılan arazilerde 0,3 ha olarak tespit edilmiştir.
<i>Yeter Gelirli Tarımsal Arazi Büyüklüğü:</i> Bir ilçede bir kişiye ait aralarında ekonomik bütünlük oluşturan tarım arazilerini ifade etmektedir.	Ülke genelinde bölgesel farklılıklar dikkate alınarak aralarında ekonomik bütünlük bulunan tarım arazilerin, olması gereken asgari büyüklükleri, her ilçe için ayrı ayrı belirlenerek TKAKK ekinde yayımlanmıştır.
<i>Ekonomik Bütünlük Değerlendirmesi:</i> Aynı kişiye ait ekonomik verimlilik açısından birbirine bağımlı tarım arazilerini ifade etmektedir.	Örtü altı tarım arazilerinde 1 da, dikili tarım arazilerinde 5 da, sulu ve kuru tarım arazilerinde 10da'dan büyük olan ve aralarındaki mesafe 10 km'den az olan tarım arazileri ekonomik bütünlük oluşturlar. Mülkiyeti aynı kişiye ait sınırdış tarım arazileri ekonomik bütünlük oluşturlar. Paylı tarım arazilerinde ekonomik bütünlük hesabı tarım arazisi içindeki pay miktarı esas alınarak yapılmaktadır.

Tablo 3'den de görüleceği üzere Yeter Gelirli Tarımsal Arazi Büyüklüğü (YG-TAB), Asgari Tarımsal Arazi Büyüklüğü (ATAB) ve Ekonomik Bütünlük olmak üzere üç temel kavram bulunmaktadır. Bu üç kavramın ilkesel olarak kullanım alanları şunlardır:

Birbirine işletme açısından bağımlı olan ve aynı kişiye ait arazilerin oluşturduğu küme şeklinde tanımlayabileceğimiz ekonomik bütünlük; bir kişiye ait yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin tespit edilmesinde kullanılmaktadır. Örneğin; (A)'nın ekonomik bütünlük oluşturan kuru arazi cinsinden tarım arazisi miktarı 140da'dır. Bu taşınmazların bulunduğu ilçede YGTAB ise 60da'dır. Buna göre ekonomik bütünlük oluşturan bu taşınmazlar 2.3 kat YGTAB büyüklüğüne karşılık gelmektedir. Bu noktada (A)'nın ekonomik bütünlük oluşturmeyen -varsa- diğer parselleri YGTAB'nin hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır. İlkesel olarak YGTAB tarım arazilerinin ifrazında ve bu arazilerin miras yoluyla taksimi söz konusu olduğunda dikkate alınan koşuldur. ATAB ise hisseli satışlarda göz önünde tutulan bir koşuldur. Buna göre bir kişi sahibi olduğu, aralarında ekonomik bütünlük bulunan tarım arazilerinin toplam yüzölçümü YGTAB'yi aşması durumunda, aşan kısım hisseli satışa konu edebilmektedir. Ancak oluşan yeni hissenin yüzölçümü olarak karşılığı ATAB'nin altında olmamalıdır. Özetle; YGTAB ifraz ve aynen taksimde, ATAB ise hisseli satışlarda dikkate alınan kavramlardır.

Hisseli satışın dışında bir kişinin mülkiyetinde bulunan herhangi bir tarım arazisinin devri söz konusu olduğunda; "Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik" hükümlerine göre; taşınmaz malikinin aynı ilçede başka tarım arazisi bulunmaması durumunda taşınmazın devrine Tapu Müdürlüğü tarafından doğrudan izin verilmektedir. Eğer taşınmaz sahibi aynı ilçede birden fazla tarım arazisine sahipse ve sahip olduğu tarım arazilerinin tamamının devri söz konusu ise devir işlemi aynı şekilde gerçekleştirilmektedir. Dikkat edilecek olursa, her iki işlem tasfiye niteliği taşımaktadır. Paylı tarım

arazilerinde payın tamamının bir veya birden fazla paydaşa devri halinde bu arazilerin devrine izin verilmektedir. Aynı kişiye ait birden fazla tarımsal arazinin bir kısmının devri söz konusu olduğunda ise, yukarıda örnekte verildiği gibi, ekonomik bütünlük değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu değerlendirme sonucu bu tarımsal arazilerden ekonomik bütünlük sağlamayan kısımlarının devrine izin verilmektedir. Ekonomik bütünlük oluşturan tarım arazilerinde ise, YGTAB'nin üzerinde olan arazilerin devrine izin verilmektedir³². Yukarıda özetlenen değerlendirmeler çerçevesinde, bir taşınmazın satışına/hisseli satışına nasıl karar verildiğine yönelik tasarlanan örnekler aşağıda sunulmuştur: Buna göre; ülkemizin her bölgesi için geçerli olan ATAB ve ekonomik bütünlük koşulu ortaktr (Tablo 4). Değişken olan ise YGTAB'dir. YGTAB her ilçe için ayrı ayrı tespit edilerek TKAKK ekinde ilan edilmiştir. Aşağıda sunulan örneklerde YGTAB her örnek için ayrı ayrı sunulmaktadır.

Tablo 4. Ekonomik Bütünlük ve ATAB kriterleri

Ekonomik Bütünlük Kriteri:		ATAB Kriteri:	
Sulu ve Kuru Araziler	≥ 10 da	Mutlak, Marjinal ve Özel Ürün Araziler	≥ 20 da
Dikili Tarım Araziler	≥ 5 da	Dikili Tarım Araziler	≥ 5 da
Örtü Altı Tarım Araziler	≥ 1 da	Örtü Altı Tarım Araziler	≥ 3 da

Tablo 5. Adana/ Çukurova İlçesine ait YGTAB Değerlendirmesi

Mevcut Durum:

Çukurova ilçesinde bir kişiye ait aşağıda özellikleri ve büyüklükleri sunulan üç parça tarım arazisi bulunmaktadır. Bu araziler arasındaki mesafe 10 km'den azdır.

	Kuru Tarım Arazisi	Sulu Tarım Arazisi	Dikili Tarım Arazisi	Örtü Altı Tarım Arazisi
Mevcut Arazi (da)	30	20	0	3
Kuru Arazi Dönüştürme Katsayısı	1.00	2.31	15	50
Mevcut Arazilerin Kuru Arazi Cinsinden Miktarı (da)	30	46.2	0	150

Değerlendirme:

- Her üç parsel büyüklük ve mesafe koşulunu sağlaması sebebiyle aralarında ekonomik bütünlük bulunmaktadır.
- Kuru arazi cinsinden toplam 226 da tarım arazisi bulunmaktadır. Çukurova ilçesinde kuru tarım arazileri cinsinden YGTAB 150da'dır. Bu durum 1.5 YGTAB'ye karşılık gelmektedir. Buna göre; 150 da üzerindeki araziler satılabilir.
- Taşınmazların sahibi YGTAB'yi 3da örtü altı tarım arazisi ile sağlamaktadır. Bu sebeple 30 da kuru arazi, 20 da sulu arazi veya her ikisi birden satılabilir. Ancak ATAB en az 20da olması sebebiyle bu iki parsel hisseli satışa konu olamaz.

³² Resmi Gazete, (2014/b), Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik, Başbakanlık Basımevi 29222.

Tablo 6. Rize/Merkeze ait YGTAB Değerlendirmesi

YGTAB Kriteri:

Sulu Tarım Arazileri	≥ 65 da	Dikili Tarım Arazileri	≥ 10 da
Kuru Tarım Arazileri	≥ 165 da	Örtü Altı Tarım Arazileri	≥ 3 da

Mevcut Durum:

Rize/Merkez'de bir kişiye ait aşağıda özellikleri ve büyüklükleri sunulan üç parça tarım arazisi bulunmaktadır. Bu araziler arasındaki mesafe 10 km'den azdır.

	Kuru Tarım Arazisi (da)	Sulu Tarım Arazisi (da)	Dikili Tarım Arazisi (da)	Örtü Altı Tarım Arazisi (da)
Mevcut Arazi (da)	5	0	10	2
Kuru Arazi Dönüştürme Katsayısı	1.00	2.54	16.50	55
Mevcut Arazilerin Kuru Arazi cinsinden Miktarı (da)	5	0	165	110

Değerlendirme:

- Kuru tarım arazisi 10'dan küçük olduğundan ekonomik bütünlük oluşturamamaktadır. Diğer iki tarım arazisi büyüklük ve mesafe koşulunu sağladığından aralarında ekonomik bütünlük bulunmaktadır. Dolayısıyla YGTAB belirlenirken bu iki taşınmaz dikkate alınmalıdır.
- Kuru arazi cinsinden toplam 280 da tarım arazisi bulunmaktadır. Bunun 275 da'ı YGTAB'de dikkate alınmaktadır. Bu birimde kuru arazi cinsinden YGTAB 165 da'dır. Dolayısıyla bu arazi miktarı 2 YGTAB'ye ulaşmamaktadır. Buna göre; 165 da üzerindeki araziler satılabilir. Bu örnekte 10 da dikili tarım arazisi YGTAB'yi sağlamaktadır. Bu sebeple 2da örtü altı tarım arazisi satılabilir.
Ancak örtü altı tarım arazilerinde ATAB en az 3 da olduğundan bu parsel hisseli olarak satılamaz.
- Ekonomik bütünlük oluşturmayan 5da kuru tarım arazisi ifraz etmemek hisselendirmemek şartıyla, doğrudan satılabilir.

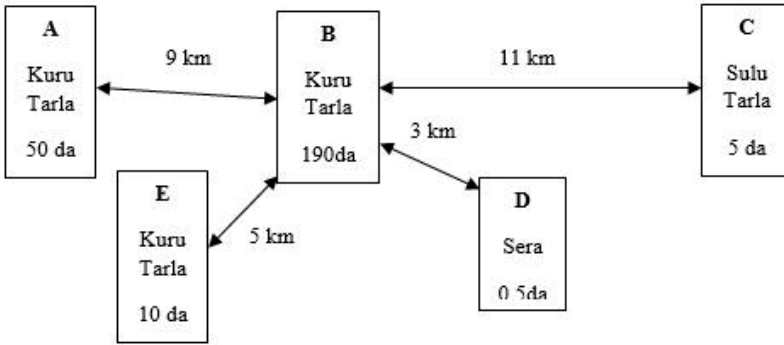
Tablo 7. Gümüşhane/Kelkit'e ait YGTAB Değerlendirmesi

YGTAB Kriteri:

Sulu Tarım Arazileri	≥ 70 da	Dikili Tarım Arazileri	≥ 10 da
Kuru Tarım Arazileri	≥ 150 da	Örtü Altı Tarım Arazileri	≥ 3 da

Mevcut Durum:

Örnek tasarımda Kelkit ilçesi'nde bir kişiye ait taşınmazların büyüklükleri ve aralarındaki mesafeler aşağıda krokide sunulmuştur.



Değerlendirme:

- Değerlendirmeye konu parsellerden C, büyüklük ve uzaklık koşulunu, D ise büyüklük koşulunu sağlamadığı için ekonomik bütünlük oluşturmazlar. Dolayısıyla bu kişiye ait YGTAB'nin belirlenmesinde dikkate alınmazlar.
- C ve D parselleri, ifraz edilmemek ve hisselendirilmemek şartıyla satılabilir.
- A, B ve E parselleri ekonomik bütünlük oluşturduğundan YGTAB'nin tespitinde dikkate alınırlar. Buna göre bu kişinin 250da ekonomik bütünlük oluşturan tarım arazisi bulunmaktadır.
- Kelkit ilçesinde kuru tarım arazisi olarak YGTAB 150 da'dır. Buna göre; 150da üzerindeki araziler doğrudan veya ATAB koşulunu sağlamak şartıyla hisselendirilerek satılabilir.
- Bu örnekte B parseli ile YGTAB koşulu (150da) sağlanmaktadır. Bu parselden 40da'lık kısmı, ATAB'den küçük olmamak üzere, hisselendirilerek satılabilir.
- A parseli, büyüklük olarak iki ATAB'a karşılık geldiğinden, 1/2 'şer hisseler halinde satılabilir.
- E parseli hisselendirilmemek şartıyla doğrudan satılabilir.

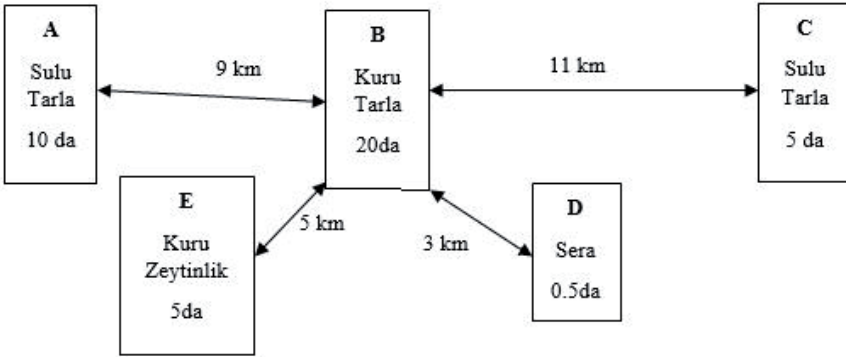
Tablo 8. Aydın/Merkez'e ait YGTAB Değerlendirmesi

YGTAB Kriteri:

Sulu Tarım Arazileri	≥ 50 da	Dikili Tarım Arazileri	≥ 10 da
Kuru Tarım Arazileri	≥ 125 da	Örtü Altı Tarım Arazileri	≥ 3 da

Mevcut Durum:

Örnek tasarımda Aydın/Merkez'de bir kişiye ait taşınmazların büyüklükleri ve aralarındaki mesafeler aşağıda krokide sunulmuştur.



	Kuru Tarım Arazisi (da)	Sulu Tarım Arazisi (da)	Dikili Tarım Arazisi (da)
Mevcut Arazi (da)	20	10	5
Kuru Arazi Dönüştürme Katsayısı	1.00	2.5	12.5
Mevcut Arazilerin Kuru Arazi cinsinden Miktarı (da)	20	25	62.5

Değerlendirme:

- Değerlendirmeye konu parsellerden A, B ve E parselleri büyüklük ve mesafe koşulunu sağlayarak ekonomik bütünlük oluşturmaktadır. Dolayısıyla YGTAB hesabında bu parseller dikkate alınmaktadır.
- Ekonomik bütünlük oluşturmayan C ve D parselleri, ifraz edilmemek ve hisselenirilmemek şartıyla satılabilir.
- A, B ve E parselleri ekonomik bütünlük oluşturmalarına rağmen bu parsellerinin toplam miktarı (kuru arazi cinsinden 107.5da) Aydın/Merkez için geçerli olan kuru tarım arazi cinsinden 125da büyüklüğündeki YGTAB koşulunu sağlayamamaktadır. Bu sebeple ekonomik açıdan birbirine bağımlı olan bu üç parsel ancak birlikte satış işlemine konu olabilir.

2. TARIM ARAZİLERİNİN MİRAS YOLUYLA DEVRİ

Ölen bir kişinin sağlığında sahip olduğu malvarlığı ölümü ile tereke adını almaktadır. Tereke kural olarak tüm haklar ve borçlar ile birlikte bütün (kül) olarak mirasçıya geçmektedir. Bu ilke “*külli halefiyet*” olarak adlandırılmaktadır. Birden fazla mirasçı olması durumunda bu mirasçılar terekeye ilke olarak elbirliğiyle sahip olurlar³³. Medeni Kanunun 649. Maddesi gereği³⁴ mirasçılar, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, paylaşmada terekenin bütün malları üzerinde eşit hakka sahiptirler. Ancak tarım işletmelerinin miras yoluyla intikali genel paylaşma kurallarının istisnası niteliğindedir. Nitekim bu istisna 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun (TMK) tarımsal işletmelerin miras yoluyla paylaşımını düzenleyen 659-668. Maddelerinde yer almıştır. Ancak, bu madde hükümleri sadece mirasçıların talepleri halinde uygulanabilen tamamlayıcı nitelikte hükümlerdir. Bu hükümlerin, mirasçılardan tarımsal işletmenin kendisine özgülenmesi konusunda bir talep gelmemesi durumunda uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle TMK tarım işletmelerinin parçalanması engellemede yetersiz kalmıştır^{35,36,37}. Bu sebeple 6537 sayılı yasa ile TKAKK’da köklü değişiklikler yapılarak Medeni Kanunun 659 ila 668 maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun yerine TKAKK altında tarımsal işletmelerin miras yoluyla nasıl devredileceği yeniden düzenlenmiştir. Buna göre “*mirasa konu tarım arazilerinde mülkiyetin devri esastır*” ilkesi çerçevesinde kanuna emredici hükümler getirilmiştir. Mirasa konu olan tarım arazilerinde mülkiyet devrinin zorunlu olması bu kanunla yapılan en önemli değişikliktir³⁸. Buna göre 6537 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 15.05.2014 tarihinden sonra gerçekleşen ölümlerde, tarım arazilerin intikalinde bu yasa hükümleri geçerli olacaktır. Ancak 6537 sayılı yasaya eklenen geçici madde ile, yasanın yayımlandığı tarihten önce mirasçılar arasında paylaşım yapılmamış veya paylaşımaya yönelik devam eden davalarda önceki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre Türkiye’de genel hukuk kuralı olarak taşınmazların veraset yoluyla hisselendirilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Veraset ilamının ilgili mahkeme veya noter tarafından oluşturulmasıyla başlayan süreç, tapuda

³³ Öztan, B., 2002. Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, ISBN: 975-7425-38-9 8. Baskı, S.493, Ankara.

³⁴ Resmi Gazete, (2001). Türk Medeni Kanunu (4721), Başbakanlık Basımevi, Tertip: 5 Cilt: 41, Sayı: 24607, Sayfa 8049.

³⁵ Erdoğan, K., 2017. Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.24, Sayı.1, Sayfa.123-179.

³⁶ Özay, O. L., 2015. Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Yetkin Yayınları, S.207, Ankara.

³⁷ Kılıç, M., 2010. Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Tarım Hukuku: Mevcut Durum, Son Gelişmeler ve Yaklaşımlar. Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C.9, S.77.

³⁸ Özçelik, B., Ş., 2015. 5403 Sayılı TKAKK’de 6537 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S.1.

yapılan intikal işlemiyle sonuçlandırılmaktadır. Mirasçılarının tamamının talebi ile gerçekleştirilen intikaller paylı, aksi takdirde elbirliğiyle mülkiyet şeklinde tesciller gerçekleştirilmektedir. Ancak verasete konu olan taşınmazın tarım arazisi olması durumunda TKAKK ve bağlı mevzuat çerçevesinde bir takım ilkeler ve kısıtlamalar söz konusudur. Bunları aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz:

Murisin ölümünden sonra, mirasçılar arasında anlaşma sağlanması halinde mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde devir işlemlerinin tamamlanması gerekmektedir. Bu devir işlemi (i) mirasçılardan birine, (ii) YGTAB'yi karşılması durumunda birden fazla mirasçıya, (iii) mirasçılarının kuracağı aile malları ortaklığına³⁹, kazanç paylı aile malları ortaklığına, mirasçılarının payları oranında hissedar oldukları limited şirkete veya (iv) üçüncü bir kişiye yapılabilmektedir. Bu işlemin bir yıl içinde yapılmaması veya devir işlemine yönelik mirasçılar tarafından herhangi bir dava açılmaması durumunda, mirasa konu olan tarım arazisine Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı (GTHB) tarafından dava açılmaktadır. Bu aşamada GTHB tarafından ilgililere bildirim yapılarak üç ay ek süre verilmekte ve bu süre sonunda miras paylaşımına yönelik dava açılmaktadır. Tarım arazilerinde miras paylaşımının mahkeme tarafından yapılması durumunda paylaşımına konu olan tarım arazisi ilke olarak ehil mirasçıya devredilmektedir. Ehil mirasçı; kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutularak Tablo 9'dan en az elli puan alan mirasçı/mirasçılar olarak kabul edilmiştir⁴⁰.

Tablo 9. Ehil Mirasçı Belirlenme Kriterleri

Kriterler	Puan
Geçimini mirasa konu tarım arazilerinden sağlayanlara	20
Tarım dışı geliri bulunmayanlara	10
Eşi fiilen tarımsal faaliyette bulunanlara	10
Tarımsal arazileri işleyebilecek mesleki bilgi ve beceriye sahip olanlara	10
Mirasa konu arazilerin bulunduğu ilçede altı yıla kadar ikamet edenlere	5
Mirasa konu arazilerin bulunduğu ilçede altı yıl ve daha uzun süre ikamet edenlere	10
Herhangi bir sosyal güvencesi olmayanlara	10
Sosyal Güvenlik Kurumu kapsamında tarım sigortası olanlara	5
Bakanlığın kayıt sistemlerine kayıtlılık süreleri altı yıla kadar olanlara	5
Bakanlığın kayıt sistemlerine kayıtlılık süreleri altı yıl ve daha uzun süre olanlara	10
Tarımsal örgütlere kayıtlılık süreleri altı yıla kadar olanlara	2
Tarımsal örgütlere kayıtlılık süreleri altı yıl ve daha uzun süre olanlara	5
Tarım alet ve donanımlarına sahip olanlara	5
Kadın olanlara	5

³⁹ Eren (2012)'ye göre elbirliği mülkiyetinin mevcut olabilmesi için iki koşulun oluşması gerekmektedir. Bunlardan biri ortaklar arasında daha önce olması gereken topluluk ilişkisi, diğeri ise malın tamamını kapsayan paylara bölünmemiş bir elbirliğiyle hak sahipliğidir. Bu çerçevede yazar tarafından aile malları ortaklığı; miras ortaklığı, adi ortaklıklar vb nitelikteki diğer ortaklıklarda elbirliği ile mülkiyetinin söz konusu olduğuna işaret etmektedir (Bkz Mülkiyet Hukuku, Seçkin yayınları, S.127-128).

⁴⁰ Resmi Gazete, (2014/b), Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik, Başbakanlık Basımevi 29222.

Mahkeme sürecinde tarım arazilerinin miras yoluyla devrinde aşağıda sunulan ilkeler üzerinden hareket edilmektedir:

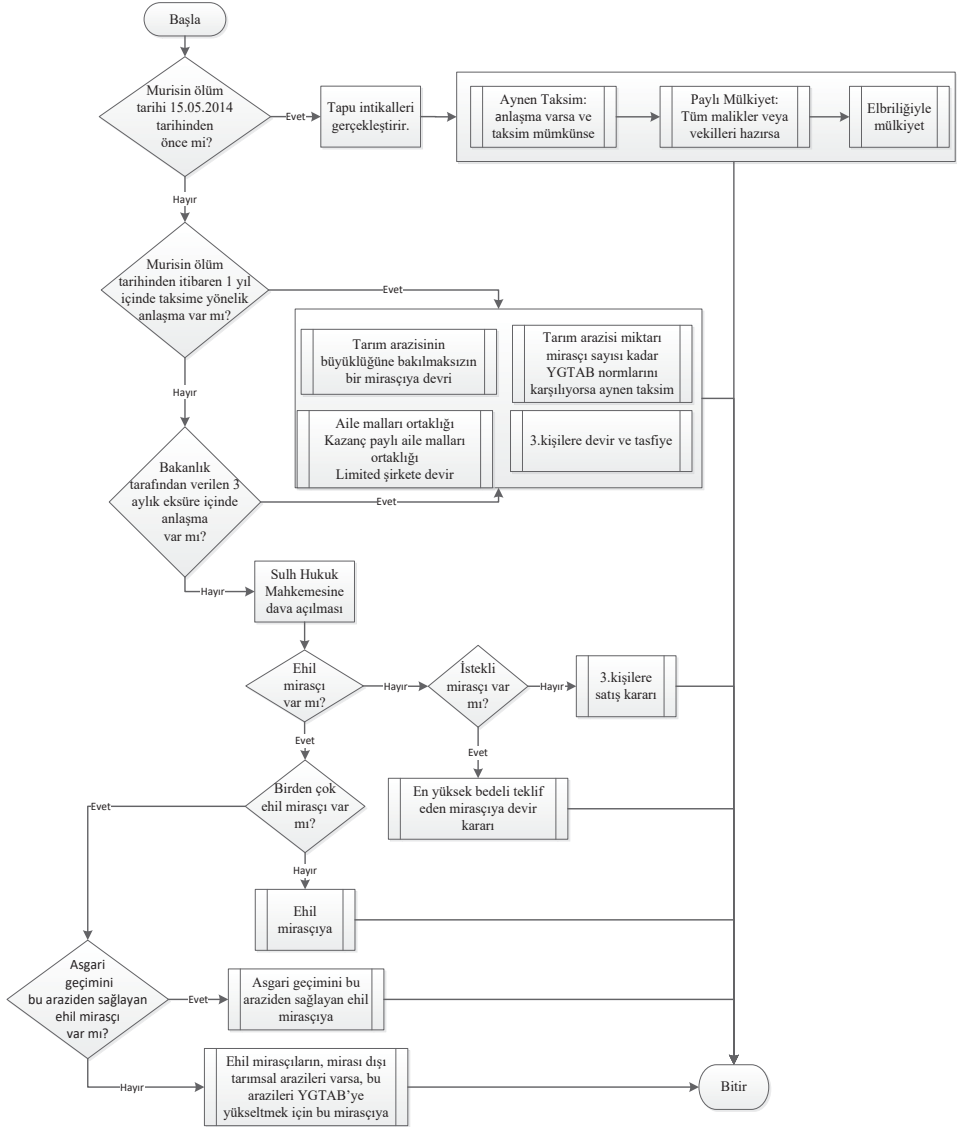
- Birden fazla ehil mirasçı olması durumunda öncelikle asgari geçimini bu arazilerden sağlayan ehil mirasçıya devredilmektedir. Aksi takdirde ehil mirasçılar arasında en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devredilmektedir.
- Birden fazla ehil mirasçı olması ve bu mirasçıların miras dışı başka tarım arazilerine sahip olması durumunda, mirasçıların arazilerini YGTAB'ye ulaştırmak veya ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla mahkeme tarafından mirasa konu olan tarım arazisi bu mirasçılara devredilmektedir. Bu noktada mahkeme tarafından mirasçıların mevcut arazileri ile mirasa konu araziler arasındaki ekonomik bütünlük ve YGTAB koşulları dikkate alınmaktadır.
- Ehil mirasçı bulunmaması halinde mirasçılar arasında en yüksek bedeli teklif eden istekli mirasçıya devrine karar verilmektedir.
- Mirasa konu olan yeter gelirli tarımsal araziler, birden çok YGTAB'ye bölünebiliyorsa mahkeme tarafından mirasçılara ayrı ayrı devrine karar verilebilmektedir.
- İstekli mirasçı bulunmadığı takdirde ise taşınmazın üçüncü kişilere satışına karar verilmektedir ^{41, 42}.

Söz konusu sürece yönelik hazırlanan UML diyagramı şekil 2'de sunulmuştur.

⁴¹ Resmi Gazete, (2005). Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (5403), Başbakanlık Basımevi 25880, Tertip: 5 Cilt: 44, Sayı: 25880, Sayfa 9515.

⁴² Resmi Gazete, (2014/b), Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik, Başbakanlık Basımevi 29222.

Tarım Arazilerinin Miras yoluyla İntikali ve Sağlarası İşlemlerle Devrine İlişkin Kısıtlamalar
Yrd. Doç. Dr. Okan YILDIZ, Prof. Dr. Bayram UZUN, Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU



Şekil 2. Tarım arazilerinin miras yoluyla intikal süreci

Mahkeme yoluyla mirasçılara yapılan devirlerde değer tespiti tarımsal gelir değeri üzerinden yapılmaktadır. Bu değer ilgili yönetmelikte⁴³; tarım arazilerinden elde edilecek yıllık ortalama net gelirin yirmi yıl ile çarpımı sonucu hesaplanan değer olarak ifade edilmiştir. Ancak devir işleminden yirmi yıl sonra, taşınmazın değerinde tarım dışı kullanımından dolayı değer artışı

⁴³ Resmi Gazete, (2014/b), Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik, Başbakanlık Basımevi 29222.

meydana gelmesi durumunda oluşan bu farkın diğer mirasçılara ödeneceği belirtilmiştir. Ayrıca devir tarihinden itibaren yirmi yıl içinde taşınmazın, tarım dışı kullanımdan dolayı, değerinde artış meydana gelmesi durumunda, bu değer artışından dolayı diğer mirasçıların hak sahibi olacağı konusunda tapu kütüğünün beyanlar hanesine belirtme yapılmaktadır. Tarım arazilerinin miras yoluyla devredilmesi konusunda bir diğer önemli konu ölüme bağlı tasarruflardır. Bu noktada yasa yine istisna hükümler getirerek murisin ölüme bağlı tasarruflarını kısıtlamıştır. Buna göre murise sadece birden fazla ehil mirasçı bulunması durumunda mirasçiyı ölüme bağlı tasarrufla tayin etme yetkisi verilmiştir. Bu durumda da diğer ehil mirasçı/mirasçıların itirazı halinde ehil mirasçının sulh hukuk hâkimi tarafından belirleneceği hükme bağlanmıştır. Mirastan çıkarma, mirastan yoksunluk ve mirastan feragat durumları kapsam dışında bırakılmıştır.

3. TARTIŞMA

Türkiye'deki tarımsal işletmelerin son durumu ele alındığında, tarımsal işletmelerin ölçek, parçalılık, miras, çok hisselilik, parsel ve suya erişim noktasında yapısal sorunlara sahip olduğu görülmektedir. Tablo 10'da görüldüğü gibi üç milyon işletmede ortalama 59 da arazi büyüklüğü söz konusudur. Oysaki bu miktar 27 AB üyesi devletlerin ortalamalarına göre 126 da'dır (Tablo 11). Diğer taraftan her bir işletmede 11 parselin varlığı parçalılık sorununa işaret etmektedir. Türkiye'de tarım arazilerini işleten 3 milyon aktif üreticiye karşılık, bu arazilere tapuda 40 milyon kişinin sahip olması, bu güne kadar uygulanan ve eşit paylaşımı öngören miras rejiminin sonucu olarak değerlendirilmektedir. Tüm bunların yanı sıra tarımsal işletmelerdeki arazilerin %50'den fazlasının kamuya açık bir yola ve sulama kanallarına doğrudan erişimi bulunmamaktadır⁴⁴.

Tablo 10. Türkiye'deki Tarımsal İşletmelerin Güncel Durumu

Ortalama İşletme Arazisi Büyüklüğü	İşletme Başına Düşen Parsel Sayısı
59 da	11
3 milyon Tarım İşletmesi	
Malik Sayısı 40 milyon	Fiili Kullanıcı Sayısı (Aktif) 3 milyon

Yukarıda özetlenen veriler dikkate alındığında tüm Dünya'da olduğu gibi ülkemizde de stratejik öneme sahip tarım arazilerinde sürdürülebilirliği sağlamak için çeşit yasal kısıtlamalar ihtiyaç olduğu anlaşılmaktadır. Bu amaçla

⁴⁴ Türker, M., 2017. 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu Gereği Gayrimenkül Değerleme Sistemi İhtiyacı, Pilot Projeler ve Sistem Önerileri, TKGM Gayrimenkul Değerleme Çalıştay, 27 Şubat - 3 Mart 2017, İzmir.

yürürlüğe giren TKAKK, tarım arazilerinin satış, miras vb yöntemlerle devrine yönelik bir takım kısıtlamalar getirmiştir. Ancak, mülkiyet hakları üzerindeki bu kısıtlamalar ülke genelinde sosyal, idari ve hukuki açıdan sorunları beraberinde getirmiştir. Tarım arazilerinin korunmasına yönelik çıkarılan yasal düzenlemeler ile eski yasalar çatışma noktasına gelmiştir. Mevzuattaki çeşitlilik, hangi yasanın ne tür alanlarda uygulanacağı sorunu, sadece vatandaşları değil, kamu kurumlarını da aralarında anlaşılamaz hale getirmiştir⁴⁵. Nitekim 2011 yılına gelindiğinde yapılan yasal düzenleme ile köy yerleşik alanları içinde TKAKK geçersiz sayılmıştır. Ancak, bir yıl sonra yürürlüğe giren 6360 Sayılı Büyükşehir Kanunu ile 13 il (Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa ve Van) idari sınırları itibariyle büyükşehir olarak ilan edilmiştir⁴⁶. Bu yasa ile bu illerdeki köyler mahalleye dönüşmüştür. Dolayısıyla bu idari birimlerde yeni duruma göre, TKAKK'nin geçerli olup olmadığı uzun süre tartışma konusu olmuştur. Bu gelişmeler sonucu Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü (TKGM) yayınlamış olduğu talimat ile⁴⁷, büyükşehire dönüşen illerde, köyden mahalleye dönüşen idari birimlerde yer alan yerleşik alan içindeki taşınmazlarda, TKAKK hükümlerinin geçersiz olacağını belirtmiştir. Yaşanan süreç göz önüne alındığında; bir taşınmazın bölünmesi, satışı veya intikali söz konusu olduğunda, konu ile doğrudan veya dolaylı yoldan ilintili birden fazla mevzuat, idari ve adli yapılanma görülmektedir. Bu noktada özellikle makalede özetlenen değerlendirme süreçlerinin hızlı ve sağlıklı yapılması için nitelikli veriye ve bilgi teknolojilerine ihtiyaç duyulacağı değerlendirilmektedir.

TKAKK'da yapılan en kapsamlı değişiklik kuşkusuz 2014 yılında yürürlüğe giren 6537 sayılı yasadır. Bu yasa ile TKAKK'da köklü değişikliklere gidilerek YGTAB ve ekonomik bütünlük kavramları gündeme getirilmiştir. Böylece tarım arazileri tek bir parsel boyutu yerine, ekonomik bütünlük oluşturan bir veya daha fazla parseller topluluğu şeklinde değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu bakış açısı -tam olarak olarak yansıtmasa da- tarımsal işletme olarak değerlendirilebilir. Ancak ekonomik bütünlük değerlendirmesi idari sınırlar içinde gerçekleştirilmektedir. Buna göre birbirine sınırdış olan aynı kişiye ait iki parsel idari sınır ile birbirinden ayrılıyorsa bu iki parsel ekonomik bütünlük oluşturmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında ekonomik açıdan verimliliğin

⁴⁵ Nişancı, R, Yıldırım, V, Uzun, B, 2011. Köy Yerleşik Alanlarının CBS ve Uzaktan Algılama Teknikleri İle Belirlenmesi, TMMOB Harita Ve Kadastro Mühendisleri Odası Coğrafi Bilgi Sistemleri Kongresi, Antalya.

⁴⁶ Resmi Gazete, 2012. On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi Ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (6360), Sayı: 25880.

⁴⁷ TKGM, 2014. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün, 10.09.2014 tarih, 58433 sayılı, 5403 sayılı Kanun Uygulamaları ve Köy Yerleşik Alanı Konulu Talimatı.

idari sınıra göre belirlenmesi teknik olarak eleştirilebilir. Ekonomik bütünlük değerlendirmesinde bir diğer çelişki taşınmazlar arasında 10 km olarak belirlenen uzaklıktır. Yasaya göre aynı idari sınırlar içinde birbirine uzaklığı 10 km olan taşınmazlar ekonomik bütünlük oluşturmaktadır. Bu uzaklık harita üzerindeki en yakın mesafe midir? Yoksa; her iki parselin yol ağı dikkate alınarak hesaplanan en yakın erişim mesafesi midir? Aralarındaki mesafe çok kısa olmasına rağmen, nehir, otoyol vb doğal ve yapay engeller sebebiyle, karayolu ulaşımının 10 km'den daha uzun olduğu taşınmazların bulunabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple bu kriter taşınmazlar arasındaki en yakın erişim mesafesi dikkate alınarak yeniden ele alınmalıdır. Bugün coğrafi bilgi teknolojileri bu tür sorgulamalara olanak sağlamaktadır.

Mirasa konu tarımsal arazi mülkiyetinin devri zorunluluğu TKAKK'da 6537 sayılı yasa ile yapılan en köklü değişikliktir. Bu değişiklik hükümleriyle, birden fazla mirasçının bulunduğu hâllerde, mirasçılar tarımsal taşınmazın mülkiyetini tek bir gerçek veya tüzel kişiye veyahut tüzel kişiliği bulunmayan ortaklığa devretmeye mecbur kılınmakta ve böylece tarımsal taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkına ciddi bir müdahalede bulunulmuş olmaktadır⁴⁸. Bilindiği üzere taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkı Dünya'da temel insan hakları arasında kabul edilmekte, Türkiye'de ise Anayasanın 35. Maddesi ile güvence altına alınmaktadır. Ancak bu hak toplum yararı söz konusu olduğu zaman kısıtlanabilmektedir. Diğer taraftan tarım arazileri Dünya'da ve Türkiye'de artık kıt kaynak olarak değerlendirilmekte, koruma altına alınmaktadır. Ancak bu koruma çoğu zaman mülkiyet haklarının kısıtlayan sonuçlar doğurabilmektedir. Türkiye'de son yıllarda bu konuda yaşanan süreç göz önüne alındığında, taşınmaz mal mülkiyeti ve tarım arazilerin korunması arasında denge gözetilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bu durum Türkiye'de var olan karma mülkiyet anlayışının bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Bu çerçevede ele alındığında, genel olarak Türkiye'de yasa koyucunun tarım arazilerini ehil mirasçıya devretme yönünde irdadesinin olduğu anlaşılmaktadır. Uluslararası gelişmeler dikkate alındığında benzer politikaların uygulandığı Tablo 11' den anlaşılmaktadır.

⁴⁸ Özçelik, Ş., B., 2015. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, Sa.87.

Tablo 11. Bazı Ülkelere ait Ortalama İşletme Büyüklükleri ve Miras Paylaşımı⁴⁹

	İşletme Sayısı	Ortalama İşletme Büyüklüğü (ha)	Miras Paylaşımında Uygulanan Yöntem
İngiltere	300.000	53.8	En büyük kardeşe devredilmektedir.
Fransa	527.000	52.1	Kardeşlerden biri diğerlerine piyasa değeri üzerinden bedelini ödemektedir.
Almanya	371.000	45.7	Kardeşlerden biri diğerlerine az bir tazminat öder.
İspanya	1.044.000	23.8	Ehil mirasçıya devredilmektedir.
İtalya	1.679.000	7.6	Ehil mirasçıya devredilmektedir.
AB	13.700.000	12.6	-
ABD	2.076.000	181.8	Bedeli karşılığı satılmaktadır.
Türkiye	3.022.000	5.9	Mirasçılara payları oranında intikal etmektedir.

Ülkemizde yasa koyucu tarım arazilerini ilkel olarak ehil mirasçıya devrederken diğer mirasçılara ise ehil mirasçı tarafından tarımsal gelir değeri üzerinden ödeme yapılmasını kabul etmiştir. Ancak yirmi yıl içindeki tarımdışı kullanımdan dolayı ortaya çıkacak nakdi bedelin diğer mirasçılara ödenmesini öngörmüştür. Bu düzenlemenin ileride ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde yetersiz kalacağı öngörülmektedir. Örneğin hukuken taşınmaz üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmamasına rağmen, ilgili tarım araziler yirmi yıl içinde yerleşim alanlarının gelişme bölgelerinde kalarak değer artışına maruz kalabilir. Hatta tapuda halen tarım arazisi niteliğinde bulunmasına rağmen tarımsal gelir değerinin çok üzerinde el değiştirebilir ve bu durum tapu siciline yansımayaabilir. Bir başka deyişle tarım arazisi yirmi yıl sonunda oluşabilecek tasarruflar düşünülerek, tapu dışı yöntemlerle, el değiştirebilir. Bu durum diğer mirasçılar aleyhine hak kaybına ve kayıt dışı ekonomiye yol açabilir. Diğer taraftan tarımdışı kullanımdan dolayı yirmi yıl içinde ortaya çeşitli idari ve adli süreçlerin çıkabileceği öngörülmektedir. Ülkemizde bugün kamulaştırma yapan kurumların taşınmazların değerlemesine yönelik yaşadığı idari ve hukuki sorunları göz önüne alırsak, benzer sorunların gelecekte tarım arazilerinde de yaşanabileceği öngörülebilir.

TKAKK ile arzulanan tarım arazilerinin verimli ve sürdürülebilir işletilmesidir. Bu sebeple tarım arazisinin mülkiyet hakkının ehil mirasçıya devredilmesi yerine sadece intifa hakkının devredilmesi değerlendirilebilir. Bilindiği üzere bir taşınmazın mülkiyeti kuru (çıplak) mülkiyet ve intifa (yararlanım) hakkı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İntifa hakkı, gerçek kişilerde hak sahibinin ölümü; tüzel kişilerde kararlaştırılan sürenin dolması, süre kararlaştırılmamışsa kişiliğin ortadan kalkmasıyla sona ermektedir. Tüzel kişilerin intifa hakkı, en çok

⁴⁹ Türker, M., 2017. 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu Gereği Gayrimenkul Değerleme Sistemi İhtiyacı, Pilot Projeler ve Sistem Önerileri, TKGM Gayrimenkul Değerleme Çalıştayı, 27 Şubat - 3 Mart 2017, İzmir.

yüz yıl devam edebilmektedir⁵⁰. Bu noktada ehil mirasçının yaşam süresiyle sınırlandırılan bir intifa hakkı devri, çıplak mülkiyetin ise yasal mirasçılarda bırakılması ile tarım dışı kullanımdan kaynaklanan ileride ortaya çıkabilecek hak kayıplarının önüne geçilebilir. Aynı zamanda ileride ortaya çıkması muhtemel pek çok davaların önüne geçilebilir. Böyle bir sorunun çözümünde uluslararası düzeyde farklı çözümler de uygulanmaktadır. Örneğin Erdoğan (2017)'ye göre⁵¹; İsviçre Hukuku'nda kendisine tarım arazisinin mülkiyeti verilen mirasçı, tescil veya mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren on yıl içinde ancak diğer mirasçıların onayıyla tarım arazisinin mülkiyetini üçüncü kişilere devredebilmektedir.

Bilindiği üzere ülkemizin değişik coğrafyalarında, topoğrafyaya ve kültüre bağlı olarak taşınmaz mal mülkiyetinin kullanımı ve nesilden nesile aktarımı farklılık göstermektedir. Geniş tarım arazilerinin bulunduğu bölgelerde bu araziler işletmenin bir parçası, işleten kişiler ise bir meslek sahibi çiftçi olarak nitelenirken; kimi bölgelerde tarım arazileri turizm, konut vb kullanıma konu olabilmektedir. Dolayısıyla aynı yasanın farklı kültür ve coğrafyalarda uygulanmasının sosyal sonuçları olacağı değerlendirilmektedir. Örneğin konuyu Doğu Karadeniz Bölgesi özelinde ele alırsak; bu bölgede toprakların akarsular tarafından fazlaca parçalandığı, engebeli ve eğim değerleri fazla olan, kısa mesafede yükseltide görülen artış vb. topoğrafik şartlar sebebiyle yerleşme ve tarım alanları parçalı yapıya sahiptir. Bir kişiye ait birbirinden farklı yerlerdeki tarım alanlarına ulaşım güçlüğü, toplu bir yerleşim noktasından dağınık arazi parçalarına gidip gelmelerini olumsuz etkilemiştir. Bu nedenle, insanlar konutlarını kendi arazileri üzerinde inşa etmişler ve bu durum dağınık yerleşmelerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁵². Ayrıca miras paylaşımı sonucu aynı aileye mensup şahısların konutlarını kendilerine ait araziler üzerine inşa etmeleri de yerleşme deseninin gittikçe dağılmasına ve daha dağınık bir yerleşme biçiminin ortaya çıkmasında etkin olmuştur^{53,54}.

⁵⁰ Resmi Gazete, (2001). Türk Medeni Kanunu (4721), Başbakanlık Basımevi, Tertip: 5 Cilt: 41, Sayı: 24607, Sayfa 8049.

⁵¹ Erdoğan, K., 2017. Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.24, Sayı.1, Sayfa.123-179.

⁵² Uzun, B., Yomralıoğlu, T., 2005/a. Doğu Karadeniz Bölgesi'nde Dağınık Yerleşim Sorunlarının Mülkiyet Açısından İrdelenmesi ve Kırsal Arazi Düzenleme Modeli, Doğu Karadeniz Bölgesi Kalkınma Sempozyumu, S:381-392, Trabzon.

⁵³ Zaman, M., Bulut, İ., 2003. Doğu Karadeniz Kıyı Kesiminde Kırsal Yerleşmelerin Dağılımında Coğrafi Faktörlerin Etkisi, Doğu Karadeniz Bölgesinde Kırsal Alanda Ulaşım Yerleşim Sorunları ve Çözümleri Sempozyumu, Trabzon, 216- 231.

⁵⁴ Uzun, B., Yomralıoğlu, T., 2005/a. Doğu Karadeniz Bölgesi'nde Dağınık Yerleşim Sorunlarının Mülkiyet Açısından İrdelenmesi ve Kırsal Arazi Düzenleme Modeli, Doğu Karadeniz Bölgesi Kalkınma Sempozyumu, S:381-392, Trabzon.

Bu bölgede nüfus çok yoğun, kullanılabilir nitelikteki uygun tarım arazisi ise çok yetersizdir. Bu yetersiz arazi koşullarında bölge halkının toprağa bakışını diğer bölgelerden kesin çizgilerle ayırmaktadır. Öyle ki; yerleşme ve yapılaşma kültürü, ikili münasebetler, miras hukuku ve gelenek ile görenekler hep toprağa ve dolayısıyla mülkiyet anlayışına dayanmaktadır⁵⁵. Bu durum tarım arazilerinin tarımsal gelir değerinin çok ötesinde fiyatlanmasına yol açmıştır. Ayrıca arazinin kıt olması, sahibi için onu canı gibi değerli kılmıştır. Bu husus, toprak-insan ilişkisini öyle bir noktaya getirmiştir ki, bölgede işlenen cinayet sebepleri arasında -üstelik azımsanmayacak derecede- mülkiyet cinayetlerinin işlendiği belirlenmiştir⁵⁶. Bu sebeple yasal mirasçıların kendi rızalarının dışında yasal miras haklarından mahrum edilmesinin sosyal sonuçlarının olabileceği öngörülmelidir. Söz konusu bu sorunlar ülkemizin farklı bölgelerinde farklı nitelikte ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla TKAKK gibi yaygın etkisi olan kanunların uygulanmasında sosyal etki değerlendirmesi yapılarak süreç yönetilmelidir. Böylece kanunun başarılı bir şekilde uygulanması yolu açılacaktır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Türkiye’de nüfus yoğunluğunun, artması ve tarım arazilerinin giderek önem kazanması, başta TKAKK olmak üzere, yeni yasal düzenlemeleri beraberinde getirmiştir. TKAKK ve bağlı diğer mevzuat incelendiğinde genel olarak aşağıdaki çıkarımların yapılması mümkündür:

- Tarım arazilerinin mirasa konu olmasında mülkiyetin devri esastır. TKAKK bu noktada emredici hükümler içermektedir.
- Miras paylaşımında ihtiyaçlı veya ekonomik açıdan bu araziye bağımlı ehil mirasçılar lehine pozitif ayrımcılık söz konusudur. Bu durum ehil mirasçının belirlenmesinde yapılan puanlamada da kendisini göstermektedir.
- Miras paylaşımında mirasçılarının miras dışı tarım arazilerine sahip olması paylaşımında kendisine avantaj sağlamaktadır.
- Ehil mirasçıya yapılan devir işleminde, ehil mirasçı hak kaybına uğrayan diğer mirasçılara arazinin tarımsal gelir değeri üzerinden ödeme yapmaktadır. Yirmi yıl içinde tarım dışı kullanımdan dolayı meydana gelecek değer artışında ise ayrıca ödeme yapılması hükmü getirilmiştir.

⁵⁵ Anonim, (1968) Trabzon İl Yıllığı – 1967, Ankara, Ajans-Türk Matbaası.

⁵⁶ Uzun, B., Yomralıoğlu, T., 2005/b. Mülkiyet Cinayetlerinin İnsan-Toprak İlişkisi Açısından İrdelenmesi: Doğu Karadeniz Bölgesi Örneği, X. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, Ankara.

- Tarım arazilerinin tamamının tasfiye niteliği taşıyan satış işlemlerine izin verilmektedir.
- Paydaşlar arasında satış işlemine izin verilmektedir.

TKAKK, tarım arazilerinin parçalanmasının engellenmesine, tarımsal işletmelerde verimliliğin artırılmasına önemli katkı sağlayacağı açıktır. Ancak bir takım ekonomik, hukuki ve sosyal problemleri de beraberinde getireceği öngörülmektedir. Bu problemleri aşağıdaki şekilde özetlenmiştir:

- Yapılan yasal düzenlemeler taşınmaz mal mülkiyeti üzerindeki bölünme, hisseli satış ve mirasa paylaşımına yönelik kısıtlamaları daha da ağırlaştırmıştır.
- Yasalardan kaynaklanan -yasal arazi nesnesi olarak da ifade edilen- bu kısıtlamalar, doğrudan Tapu Sicili'nde gösterilmemektedir. Bu durum Tapu Siciline güven ilkesini zedelemektedir.
- Çeşitli tarihlerde -konuyla doğrudan veya dolaylı yoldan ilgili- birden çok mevzuat çıkarılması ve her bir mevzuatın kendi içinde karmaşık kriterlere sahip olması, pratikte bürokratik işlemlerin uzamasına sebep olmaktadır. Tarım arazilerinde basit bir satış veya ayırma işlemi için Kadastro, Tapu, Belediye/İl Özel İdaresi ve Tarım İl Müdürlükleri arasında resmi yazışmalar gerçekleştirilmektedir.
- Diğer taraftan bir taşınmazın tarım arazisi olup olmamasına yönelik yeterli verinin bulunmaması, bu verilerin kurumlar arasında paylaşımına açılmaması, bürokratik sürecin uzamasına sebep olan önemli diğer unsurdur.
- Bölgeler arasında taşınmaz malların kullanımına yönelik var olan coğrafi ve kültürel farklılıklar, aynı mevzuatın uygulanmasında zorluklara yol açmaktadır.
- Kısıtlamaların artması çeşitli sosyal sorunları da beraberinde getireceği beklenmektedir. Plansız sahalarda taşınmazların yasal yollardan bölünmesinin, hisseli satışının ve diğer işlemlerin kısıtlanması, yasal olmayan yöntemleri (tapu dışı alım satım vb.) tetikleyeceği öngörülmektedir.

Yukarıda özetlenen bu sorunlar için geliştirilen bazı çözüm yaklaşımları şunlardır:

- TKAKK'nin öngördüğü tarımsal arazi sınıflarının büyük ölçekli harita yapım tekniklerine uygun olarak sayısal formatta elde edilmesi, taşınmazmalların tapuda kayıtlı cinsi yerine, tespit edilen arazi sınıfı türüne göre işlemlere yön verilmesi gerekmektedir. Çünkü araziye yönelik olarak yapılan her türlü planlamalar ve uygulamalar ancak sağlıklı, güncel ve yeterli bilgi varsa amacına ulaşabilmektedir.
- Mirasa konu olan tarım arazilerinin mülkiyetinin ehil mirasçıya intikali yerine, çıplak mülkiyetinin yasal mirasçılara, intifa hakkının ise ehil mirasçı/mirasçılara bırakılması düşünülebilir. Böylece uzun vadede tarım dışı kullanımdan dolayı ortaya çıkabilecek hak kayıplarının engellenmesi sistematik olarak sağlanacaktır. Ehil mirasçının ölümü söz konusu olduğunda ise, intifa hakkının aynı değerlendirme süreciyle tekrar yeni ehil mirasçılara bırakılması sağlanabilir.
- Bir başka öneride seçilecek pilot bölgelerde tarım arazilerinin önce mülkiyetinin kamulaştırılması, sonrasında intifa hakkının geçerli koşulları taşıyan gerçek veya tüzel kişilere uzun süreli kiralama vb. yöntemlerle devredilmesi düşünülebilir.

Dünya'da ve Türkiye'de, tarım topraklarının önümüzdeki yüzyılda artan önemini sonucu olarak, kırsalda tarım arazilerinin mülkiyet haklarının edinimi ve kullanımının kısıtlanması artık kaçınılmazdır. Ancak insanların sahip oldukları mülkiyet hakları kısıtlanırken sosyal adaletin de korunması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Aksoy, S. 1984. Tarım Hukuku, Ankara: A.Ü. Ziraat Fakültesi Yayınları, S.13.
- Aksoy, S., Gün S. Ve Gülçubuk B. (1995), Tarım Topraklarının Parçalanması ve Miras Hukuku, Türkiye Ziraat Mühendisliği IV. Teknik Kongresi, 9-13 Ocak 1995, Ankara.
- Anonim, (1968) Trabzon İl Yıllığı – 1967, Ankara, Ajans-Türk Matbaası.
- Anonim, (2008), Türkiye'nin Demografik Dönüşümü, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, http://www.hips.hacettepe.edu.tr/TurkiyeninDemografikDonusumu_220410.pdf (Erişim Tarihi:05.10.2017).
- Çoruhlu Y.E., Yıldız O., (2017) Geographical database for object-oriented land division modelling in Turkey, Land Use Policy, vol.68, pp.212-221, 2017

Ekinci, K., Sayılı, M., (2010) Tarım Arazilerinin Parçalanmasını Önlemeye Yönelik Mevzuat Üzerine Bir İnceleme, Gazi Osmanpaşa Üniversitesi, Ziraat Fakültesi Dergisi, 27(2), 121-129.

Ercan, F. (1970), Arazi Toplulaştırması, Ogun Kardeşler Matbaası, S.76, Ankara.

Erdoğan, K., (2017) Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.24, Sayı.1, Sayfa.123-179.

Eren, F. 2012. Mülkiyet Hukuku, Seçkin yayınları, S.127-128.

Kvasoğlu, İ., İ., Sayın, C., 2016. Tarımda Yeni Miras Kanunu ve Olası Sonuçları, XII. Ulusal Tarım Ekonomisi Kongresi, Bildiriler Kitabı, Cilt 1, S.944, Süleyman Demirel Üniversitesi, İsparta.

Kılıç, M., 2010. Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Tarım Hukuku: Mevcut Durum, Son Gelişmeler ve Yaklaşımlar. Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C.9, S.77.

Miran, B., (2005) Türkiye'de Tarım Kitabı 2. Bölüm: Tarımsal Yapı ve Üretim, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Yayını, Sayfa 9, http://www.tarim.gov.tr/SGB/Belgeler/yayinlar/turkiyede_tarim.pdf, (Erişim Tarihi: 02.11.2016).

Nişancı, R, Yıldırım, V, Uzun, B, (2011) Köy Yerleşik Alanlarının CBS ve Uzaktan Algılama Teknikleri İle Belirlenmesi, TMMOB Harita Ve Kadastro Mühendisleri Odası Coğrafi Bilgi Sistemleri Kongresi, Antalya.

Özay, O. L., (2015) Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Yetkin Yayınları, Ankara.

Özçelik, Ş., B., (2015) 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, Sa.87.

Öztan, B., (2002) Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, ISBN: 975-7425-38-9 8. Baskı, 981 s., Ankara.

Resmi Gazete, (2001). Türk Medeni Kanunu (4721), Başbakanlık Basımevi, Tertip: 5 Cilt: 41, Sayı: 24607, Sayfa 8049.

Resmi Gazete, (2005). Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (5403), Başbakanlık Basımevi 25880, Tertip: 5 Cilt: 44, Sayı: 25880, Sayfa 9515.

Resmi Gazete, (2007). Toprak koruma ve arazi kullanımı kanununda değişiklik yapılması hakkında kanun (5578), Tarih:09.02.2007, Sayı: 26429.

Resmi Gazete (2008 /a). Temel ceza kanunlarına uyum amacıyla çeşitli kanunlarda ve diğer bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun (5728), Tarih: 08.02.2008, Sayı: 26781.

Resmi Gazete (2008 /b). Toprak koruma ve arazi kullanımı kanunu ile Mera kanununda değişiklik yapılması Hakkında kanun (5751), Tarih: 02.04.2008, Sayı: 26835.

Resmi Gazete, (2011). Çevre ve şehircilik bakanlığının teşkilat ve görevleri Hakkında kanun hükmünde kararname ile bazı Kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde Değişiklik yapılmasına dair kanun Hükmünde kararname, KHK No.648, Sayı: 28028.

Resmi Gazete, (2012) On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi Ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (6360), Sayı: 25880.

Resmi Gazete (2014/a). Toprak koruma ve arazi kullanımı kanununda değişiklik yapılması hakkında kanun (6537). Tarih: 15.04.2014, Sayı: 29001.

Resmi Gazete, (2014/b), Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik, Başbakanlık Basımevi 29222.

Sayın, C., 2015. Tarım Hukuku Dersi Notları, Akdeniz Üniversitesi Ziraat Fakültesi, Tarım Ekonomisi Bölümü, Antalya.

TKGM, (2014) Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün, 10.09.2014 tarih, 58433 sayılı, 5403 sayılı Kanun Uygulamaları ve Köy Yerleşik Alanı Konulu Talimatı.

TÜİK, (2017) Bitkisel Üretim İstatistikleri, Tarım Alanları Varlığı, http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1001, Erişim Tarihi. 12.04.2017.

Türker, M., (2011) Ülkemizde Arazi Yönetimi ve Kırsal Alan Düzenlemesi Kapsamında Tarım Reformu Uygulamaları, Türkiye'de Sürdürülebilir Arazi Yönetimi Çalıştayı, 26-27 Mayıs 2011, Okan Üniversitesi, İstanbul.

Türker, M., (2017) 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu Gereği Gayrimenkül Değerleme Sistemi İhtiyacı, Pilot Projeler ve Sistem Önerileri, TKGM Gayrimenkul Değerleme Çalıştayı, 27 Şubat - 3 Mart 2017, İzmir.

Usher, J., A., 2001. EC Agricultural Law, Oxford University Pres, P.2.

Uzun, B., Yomralıoğlu, T., (2005/a) Doğu Karadeniz Bölgesi'nde Dağınık Yerleşim Sorunlarının Mülkiyet Açısından İrdelenmesi ve Kırsal Arazi Düzenleme Modeli, Doğu Karadeniz Bölgesi Kalkınma Sempozyumu, S:381-392, Trabzon.

Uzun, B., Yomraloğlu, T., (2005/b) Mülkiyet Cinayetlerinin İnsan-Toprak İlişkisi Açısından İrdelenmesi: Doğu Karadeniz Bölgesi Örneği, X. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, Ankara.

Yıldız, O., (2013) Türkiye Kadastrounun Mevcut Durumu ve Çok Amaçlı Kadastroya Yönelik Yeni Yaklaşımlar, Karadeniz teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, Trabzon.

Yıldız, O., Çoruhlu Y. E., 2017. Plansız Alanlarda Taşınmaz Malların Bölünmesi, (Yayın Aşamasında).

Yücer, A., Demirtaş M., Çelik A., Kalanlar Ş., Altun A., Kan M., (2013) Tarım arazilerinin Bölünmesinin Önlenmesine Yönelik Yasal Düzenleme Hakkında Düzenleyici Etki Analizi, Tarımsal Araştırmalar ve Politikalar Genel Müdürlüğü, Tarımsal Ekonomi ve Politika Geliştirme Enstitüsü Yayını, <http://www.tepge.gov.tr/Yayın>, Erişim tarihi: 29.12.2016

Zaman, M., Bulut, İ., (2003) Doğu Karadeniz Kıyı Kesiminde Kırsal Yerleşmelerin Dağılımında Coğrafi Faktörlerin Etkisi, Doğu Karadeniz Bölgesinde Kırsal Alanda Ulaşım Yerleşim Sorunları ve Çözümleri Sempozyumu, Trabzon, 216- 231

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA YETKİ VE USULDE PARALELLİK İLKESİ

The Principle of Parallelism of Competence and Procedure Within The Light of Decisions of the Council of State

Yrd. Doç. Dr. Aynur HASOĞLU

Geliş Tarihi: 05.06.2016 Kabul Tarihi: 01.11.2017

ÖZET

İdare Hukukunda idari işlemlerin yapılması sürecinde bir takım ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkelerin bir kısmı mevzuatta yer almamakla birlikte, içtihatlarla ortaya konulduğundan, idari birimler tarafından uygulanmaktadır. Bu ilkelerden önemli bir tanesi de, yetki ve usulde paralellik ilkesidir. Bir idari işlemi yapmaya yetkili olan makamın o idari işlemi kaldırma ya da geri alma konusunda da, işlemin yapılarındaki usulle yetkili olması olarak kısaca tanımlayabileceğimiz bu ilkenin kullanımında dikkate alınması gereken bir takım hususlar bulunmaktadır. Çalışmamızda, idari yargı açısından oldukça önemli bir yerde bulunan Danıştay'ın, bu ilke kapsamında verdiği kararlar ışığında bir değerlendirme yapılamaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdari İşlem, Yetki Unsuru, Şekil ve Usul Unsuru, Yetki ve Usulde Paralellik İlkesi

ABSTRACT

There are a number of principles in the process of administrative acts in Administrative Law. Although not-exist in legislation, some of these principles are implemented by the administrative units as they are jurisprudence. One of these principles is the principle of parallelism in authority and procedure. There are a number of considerations to be taken into account when using this principle. In our work, In the light of the decisions made by the Council of State, which is in a very important place in terms of administrative jurisdiction, this principle will be taken into consideration.

Keywords: Administrative acts, Element of competence, Element of form, The principle of parallelism of competence and procedure.

GENEL OLARAK

İdare hukukunda yetkiler, verilmiş yetkililerdir yani mevzuatla bir idari makam ya da kişi hangi yetkilerle donatılmış ise o makamın ya da kişinin yetkisi, sadece verilen yetki ile sınırlıdır. Bu kuralın istisnalarından biri, yani kanunen makam/kişinin işlem yapma konusunda yetkilendirilmeden işlem yapabilmesine imkân tanıyan durum, yetkide paralellik ilkesidir¹.

İdari birimlerin, idari işlemleri tesis ederken uyguladığı bir takım ilkeler bulunmaktadır. İdare hukukuna ilişkin herhangi bir mevzuatta yer almamakla

* Yrd. Doç. Dr. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, aynurhasoglu@erciyes.edu.tr

¹ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku C. I, Bursa 2009, s. 754.

birlikte içtihatlarla geliştirilen yetki ve usulde paralellik ilkesi, bu ilkelere önemli bir tanesidir. Yargı organlarınca geliştirilmiş olan bu ilke, yine yargı kararlarında yetkide ve usulde paralellik ilkesi olarak zikredilmektedir². Bazı kaynaklarda koşutluk ilkesi³ olarak da yer alan bu ilke, Anayasa ve kanunlarda, aksi yönde bir düzenleme bulunmadığı müddetçe bir idari işlemi yapmaya yetkili olan makam veya organın söz konusu işlemi geri alma, kaldırma, değiştirme ve düzeltme konusunda da aynı usullerle yetkili olmasını ifade etmektedir⁴. Zira mevzuatta idari birimler, genellikle bir idari işlem yapma konusunda yetkilendirilirken o idari işlemin kaldırılması veya geri alınması konusunda, herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁵. Bu noktada, yani kanunda bu konuda bir düzenleme olmaması durumunda devreye yetkide ve usulde paralellik ilkesi girecek, idari işlemi yapmaya yetkili olarak kanunda öngörülen makam ya da kişi işlemin geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi konusunda da, aynı usullerle yetkili olacaktır⁶.

Danıştay vermiş olduğu bir kararda, işyeri açılması konusunda ruhsat vermeye yetkili olan idarenin ruhsatı kaldırma konusunda da yetkili olduğunu belirttiikten sonra, yetki ve şekilde paralellik ilkesini şu şekilde açıklamıştır.

Söz konusu kararda Danıştay *“İdare Hukukunun temel prensiplerinden biri olan yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca: yasada aksine bir düzenleme bulunmadıkça, bir işlemin tesisinde uygulanan yetki ve usul koşullarının aynı işlemin geri alınması ve kaldırılması işlemlerinde de aynen uygulanması zorunludur.”* demiştir.

² AKYILMAZ, Bahtiyar, İdari Usul ilkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000, s. 103.

³ TAN, Turgut, İdare Hukuku, Gün. 2. Baskı, Ankara 2013, s. 247 – 248; GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku C. 1, **Genel Esaslar**, Gün. 7. Bası, Ankara 2010, s. 465 / 492; YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 2009, s. 120; YENİCE, Kazım / ESİN Yüksel, **Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara 1983, s. 46-48.

⁴ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age. s. 465; KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa 2016, s. 212.

⁵ GÜNDAĞ, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 135.

⁶ GÖZLER, İdare Hukuku C. I, s. 754.

⁷ “Mevzuatında ruhsatları vermekle yetkili kılınan idarenin aynı şekilde bu ruhsatların iptali konusunda da tek yetkili olduğu tartışmasız olup, aksine bir düzenlemenin de bulunmadığı görüldüğünden, belediye başkanınca verilmiş bulunan işyeri açma ve çalışma ruhsatının yetkide paralellik ilkesi uyarınca yine belediye başkanı ya da görevlendireceği bir yetkili tarafından iptal edilmesi (geri alınması) gerekirken: bu ilkeye aykırı olarak yönetmelikte encümen tarafından ayrıca karar alınmaması gerektiğine dair düzenlemeye rağmen belediye encümenince ruhsatın iptali yönünde işlem tesis edildiği görüldüğünden işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık görülmemiştir.” Danıştay 8. Dairesinin 26.11.2013 tarih ve E. 2013/5211, K. 2013/8692 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 15.05.2017.

Yetki ve usulde paralellik ilkesi, doktrinde bazı kaynaklarda ve bazı Danıştay kararlarında, ayrı ayrı, yani yetkide paralellik ve usulde paralellik olarak da değerlendirilmektedir.

Yetkide paralellik ilkesi, bir idari işlemi yapmaya yetkili olan makam veya organın söz konusu işlemi geri alma, kaldırma, değiştirme ve düzeltme konusunda da yetkili olmasını ifade ederken, usulde paralellik ise söz konusu makam ya da organın bu yetkisini aynı usullerle kullanması kavramını ifade eder şekilde kullanılmaktadır. Yetki ve şekilde paralellik ilkesi ise, bir idari işlemin yapılmasında yetkili olanların bu işlem yapılırken uygulanan şekil ve usul kurallarının işlemin değiştirilmesi, kaldırılması ve geri alınmasında da geçerli olmasını ifade etmektedir⁸. Çalışmamızda bu iki ilke konusunda ortak bir değerlendirme yapılacaktır.

I. İDARİ İŞLEMDE YETKİ ve ŞEKİL / USUL UNSURU

I. A. YETKİ UNSURU

Yetki kavramı, sözlükte bir görevi ya da bir işi, kanunların verdiği imkânlarla göre belirli şartlarla sağlayan hak, salahiyet olarak tanımlanmaktadır⁹. İdare hukukunda yetki denildiği zaman ise, idari işlemin idari teşkilat içerisindeki herkes tarafından değil, yalnızca kanunlarla sınırlanan ve belirlenen makamlar tarafından yapılması ifade eder şekilde kullanılmaktadır¹⁰.

İdare hukukunda yetkiler, hem kamu hizmetlerinin düzenli ve verimli bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak, hem de yetkilerin kamu düzeni ile ilgili olmasının bir sonucu olarak Anayasa ve kanunlarla belirlenir¹¹. Zira Anayasanın 6. maddesinin son fıkrasına göre *“hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.”* Benzer şekilde 123. maddeye göre idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. Yetki

⁸ ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 496.

⁹ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59198b0ae4c675.40477665 et; 15.05.2017

¹⁰ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 410.

¹¹ “Kamu yöneticilerinin görev ve yetkileri yasalarla belirlenir. Hatta bazen Anayasaların bile bu konuda düzenleme getirdiği görülmektedir. Bu husus, kamu hizmetinin düzenli ve devamlı biçimde yürütülmesini sağlamak amacıyla yönelik olduğu kadar, görev ve yetkinin kamu düzeniyle ilgili olmasından da kaynaklanmaktadır.” Danıştay 5. Dairesinin 13.12.1989 tarih ve E. 1989/2735, K. 1989/2206 sayılı kararı, http://www.lexpera.com.tr/CaseLaws/Content.aspx?SOPI=DA801D19891213K19892286E19892735&Doc=DANISTAY_TR. et; 16.05.2017.

“Yetki kamu düzeni sorunu olup yasayla kime verilmişse onun tarafından kullanılması gerekmektedir.” Danıştay 6. Dairesinin 16.12.1980 tarih ve E. 1979/3696, K. 1980/3246 sayılı kararı, Naklen; YENİCE, / ESİN, s. 44.

kuralları, idari işlemin kanuniliği ile bağlantılı olarak hangi yetkili kişi, makam ya da organ tarafından yapılacağına ilişkin mevzuatla önceden belirlenmiş kurallar olduğundan idare hukukunda asıl olan yetkisizliktir¹². Farklı bir deyişle idare hukukunda yetkisizlik asıl yetkili olmak ise istisnadır¹³.

İptal davası hukuk devletinde idarenin hukuka uygun hareket etmesinin garantisidir¹⁴. Hukuka uygun hareket edilip edilmediğinin denetimi ise idari işlemlerin unsurları itibariyle hukuka uygun olup olmadığının yargı mercii tarafından kontrolü ile söz konusu olacaktır. İdari yargıda, dava türlerini düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde iptal davası tanımlanırken, idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan davalar şeklinde bir tanım yapılmış ve bu hükümde idari işlemin unsurları belirtilmiştir. Bu unsurlardan biri de yetki unsurudur. Yetki unsuru idari işlemin en önemli unsuru denilebilir¹⁵. İdari işlemleri oluşturan irade açıklamasının kim ya da kimler tarafından yapılacağı hususu, idari işlemin yetki unsurunu oluşturmaktadır¹⁶.

*“Yetki kurallarının, dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin hükümlerden olduğu, idari işlemlerin en önemli unsurları arasında yer aldığı, yetki unsurundaki sakatlıkların sonradan verilecek onay ya da izinle giderilemeyeceği, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu ve yetki kurallarının dar yorum ve uygulama yöntemlerine bağlı tutulması gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu, yer ve zaman itibariyle, Anayasa ve yasalarla, belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür.”*¹⁷ gerekçesine yer verilmiştir.

Bir kişi ya da makama Anayasa veya kanunla yetki verilmemişse o kişi yetkisiz olduğundan idare adına herhangi bir işlem yapamaz¹⁸.

Kanun, belli bir konuda idari makamı değil de o kamu hizmetini yürüten kişiyi yetkili kılmışsa, yetkinin doğrudan doğruya bu kişi tarafından bizzat kullanılması gerekmektedir. İdari işlemlerin, **işlemin tesis edildiği anda yetkili**

¹² YAŞAR, Hasan Nuri, İdare Hukuku, 2. Baskı İstanbul 2014, s. 279.

¹³ YILDIRIM, Turan, İdari Yargı, Ankara Beta Yayınevi 2008, s.149.

¹⁴ SEZGİNER, Murat, “İdari İşlem – İcrailik – Ayrılabilir İşlem – Yargısal Denetim” İÜHFİM, C. 69, s. 1 - 2, Y.2011, s. 249.

¹⁵ ÖZAY, İl Han, **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul Alfa Yayınevi, 2002, s. 405; DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 401.

¹⁶ GÖZLER, **İdare Hukuku**, C. I, s. 745.

¹⁷ Danıştay 1. Dairesinin 05.07.1984 tarih ve E. 1984/72, K. 1984/155, **Danıştay Dergisi**, Y. 1985, S. 58-59, s. 76.

¹⁸ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 11. Baskı, Bursa Ekin Yayınevi, 2011, s. 306.

olan, yetkili kişilerce tesis edilmesi zorunludur. Yetkisiz kişinin yaptığı bir işleme, yetkili kişiye sonradan verilen muvafakat geçerli olamayacak, yani işlem geçerli hale gelmeyecektir.¹⁹ Karar alma yeteneği olarak da ifade edilebilen yetki unsuru, konu, yer ve zaman itibarı ile Anayasa ve yasalarla, belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür²⁰.

Kişi bakımından yetki; Bir idari işlemin hangi kişi ya da hangi makam tarafından yapılabileceğini ifade eder²¹. Bir idari işlemin yetkili makam tarafından yapıldığından bahsedebilmek için iradeyi açıklayacak kamu görevlisinin öncelikle medeni hukuka göre ehliyetli bir kişi olması, sonra da Anayasa ve kanunla idari işlem yapma yetkisi verilmiş kamu görevlisi tarafından idari işlemin yapılması gerekmektedir²². Kanunla yetkili kılınmayan ya da yetkili olmakla birlikte temyiz kudretine sahip olmayan kişilerce yapılan işlemler yetki yönünden sakattır²³. Bunun yanında Anayasa veya kanunla verilen karar alma yetkisi, yetki devri yoluyla devredilmiş olabilir bu durumda yetkiyi devralmış kişilerde yetkili hale gelmektedirler²⁴.

Konu bakımından yetki; Kamu tüzel kişisi içerisinde görev yapan kişi ya da kurulun hangi konuda işlem yapabileceği hususuna konu bakımından yetki denilmektedir²⁵. Anayasa ve kanunlarla idari makamlara verilen yetki genel bir yetki değildir; ancak belirli konularda karar alma yetkisi verilmiştir²⁶. Şu durumlarda işlem yapılması durumunda konu bakımından yetkisizlik vardır²⁷;

- Hiyerarşi ilişkisi içinde üstün ast yerine, astın üst yerine işlem yapması,
- Aynı seviyede yer alan kişi veya makamların birbiri yerine karar alması,
- Hukuka aykırı yetki devri veya imza devrine dayanılarak işlem yapılması.

Yer bakımından yetki; Yer bakımından yetki kavramı idari makamların sahip oldukları yetkileri kullanabilecekleri coğrafi alanı ifade etmektedir²⁸. İdare

¹⁹ Danıştay 5. Dairesininin 13.12. 1989 tarih, E. 1989/2735, K. 1989/2206 sayılı kararı, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 23, Mart 1990, S. 1, s. 132.

²⁰ Danıştay 1. Dairesininin 05.07.1984 tarih ve E. 1984/72, K. 1984/155 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Y. 1985, S. 58-59, s. 76.

²¹ AKYILMAZ, s. 105; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 415; GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 317.

²² ONAR, Sıdık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İstanbul 1966, s. 415; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015, s. 437; AKYILMAZ, s. 105; GÜNDÜZ, Fatma Ebru, İdari İşlemin Geri Alınması, GÜSBE Doktora tezi, Ankara 2010, s. 38.

²³ ÇAĞLAYAN, s. 438.

²⁴ GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 317.

²⁵ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age. s. 381; TAN, s. 822; ÇAĞLAYAN, s. 438; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 399; AKYILMAZ, s. 108.

²⁶ GÖZLER, İdare Hukuku, C.I, s. 801; GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 317 – 318.

²⁷ ATAY, s. 446.

²⁸ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 411; ÇAĞLAYAN, s. 440; AKYILMAZ, s. 111.

adına irade açıklayabilen kişilerin bir kısmı tüm ülke genelinde bu yetkilerini kullanabilirken bazı kişiler sınırlı bir coğrafi alanda bu yetkileri kullanabilirler²⁹. Örneğin kaymakam yetkilerini ilçe sınırları içerisinde kullanabilecekken bir bakanın yetkileri bütün ülke çapında söz konusu olacaktır. Benzer şekilde mahalli idarelerin yani il özel idaresi, belediye ve köyün yetkileri coğrafi olarak yer bakımından sınırlıdır.

“İmar Kanunu, imar planlarının yapılması hususunda ilgili idarenin yetkisini yer yönünden sınırlandırmış bulunmaktadır. Buna göre, belediyelerin kendi sınırları dışında, bir başka belediye sınırlarındaki alanları kapsayacak biçimde imar planı yapmaları mümkün değildir.”³⁰

Zaman bakımından yetki; Zaman bakımından yetki kavramı idari makamların sahip oldukları yetkileri kullanabilecekleri zaman dilimini ifade etmektedir³¹. İdari makamlar usulüne uygun olarak göreve getirilmelerinden itibaren yetkilerini kullanmaya başlarlar ve görevlerinin herhangi bir şekilde sona ermesine kadar da yetkilerini kullanırlar³². Bazı durumlarda mevzuat yetkinin kullanılmasını belirli sürelerle sınırlandırmış olabilir. Örneğin disiplin cezaları için söz konusu olan soruşturma zamanaşımı ve ceza zamanaşımı sürelerinin geçmesi halinde disiplin cezası verilmesi/soruşturmasına başlanmış olması durumunda yapılan işlem zaman bakımından yetkisizlikle sakat olacaktır.

I. B. ŞEKİL UNSURU

İdari Yargılama Usulü Kanunumuzun 2. maddesi gereğince idari işlemin unsurlarından biri de şekil unsurudur. Söz konusu unsur, kanunda düzenlenişi itibarıyla hem idari işlemin hazırlanmasına ilişkin aşamaları, yani idari işlemin yapılış usulünü, hem de idari işlemin dış dünyaya yansıdığı biçimi ifade edecek şekilde kullanıldığından, Kanun tek bir unsur olarak şekil unsuru şeklinde bu kavramı kapsamaktadır³³.

“Özel hukukta şekil serbestliği ve irade özgürlüğünün asıl olmasına karşılık idareyi daha dikkatli bir incelemeye, görüşüp tartışmaya ve bu surette hukuka

²⁹ EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, Ankara Turhan Yayınevi, s.70; AKYILMAZ, s. 111; GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 318.

³⁰ Danıştay 6. Dairesinin 16.03.2004 tarih, E. 2002/5591, K. 2004/1595 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 25.10.2017.

³¹ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 411.

³² TAN, s. 238.

³³ ÖZAY, s. 412; AKYILMAZ, s. 187; EROĞLU, s. 70; GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 469 vd.; GÜNDAĞ, s. 132; DURAN, Lütfi “İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar arası Sempozyumu, 17 - 18 Ocak, Ankara, s.27; SEZGİNER, Murat, “Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü”, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar arası Sempozyumu, 17 - 18 Ocak, Ankara, s.202.

uygun bir karar tesisine götürür. İlgililer yönünden ise, şekle bağlılık idareye ve işleme güveni sağlar.”³⁴denilmektedir.

ONAR, şekil unsurunu “*tasarrufun oluşu ve tamamlanması, iradenin hazırlanması, izharı ve tespiti için takip edilecek usul, merasim ve vesikalar*” olarak ifade etmiştir³⁵.

Şekil kurallarına uyulmadan idari işlemin tesis edilmesi, bu işlemi hukuka aykırı hale getirecektir. Ancak her şekil kuralına uyulmaması hukuka aykırılık olmasına rağmen, şekil kuralındaki her hukuka aykırılık işlemin iptalini gerektirmeyecektir. Bu noktada asli şekil kurallarına aykırılık ve tali şekil kurallarına aykırılık olmak üzere ikili bir ayırım yapılmakta, asli şekil kurallarına aykırılıklar, idari işlemin sonucunu etkilemekte iken, tali şekil kurallarına aykırılıklar, idari işlemin sonucu üzerinde herhangi bir etkide bulunmamaktadırlar³⁶. Tali şekil kurallarına aykırılıklar idari işlemin iptalini gerektirmeyen küçük şekil hatalarıdır³⁷.

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde, hukuka aykırılığı iddia edilerek menfaatleri ihlal edilenler tarafından idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında, işlemin şekil unsuru yönünden de yargısal denetime tabi olduğunun kabulü gerekeceğinden, idari işlemin tesisinde veya bir kararın alınmasında önceden Yasayla saptanmış bulunan usul kuralına uyulmaması kural olarak hukuka aykırılık halini oluşturmaktadır. Ancak, işlemin şekil unsuru üzerindeki yargı denetiminde, şekil unsurundaki aykırılık halinin işlem üzerindeki hukuki etkisine bakılması gerekmekte olup Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği’nin 44. maddesinde karşı görüşte olanların nedenlerini yazıp imzalamaları gerektiğinin belirtildiği, birden çok iradenin katılımı ile oluşan kararların, tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürülen delillerin, kurulu oluşturanlarca ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışılması sonunda oluştuğu gözönüne alındığında, kararın değerlendirilmesinde çoğunluk oyları kadar karşı görüşte olanların oylarının da bilinmesi önemlidir. Dolayısıyla, davacının savunma hakkını da ilgilendiren bu yöndeki bir eksikliğin esası etkileyen şekil noksanlığı oluşturduğu tartışmasızdır.”³⁸gerekçesi oluşturulmuştur.

³⁴ Danıştay 5. Dairesinin 22.11.1988 tarih ve E. 1988/2845, K. 1988/2749 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, S. 74-74, s. 285.

³⁵ ONAR, C. I, s. 199.

³⁶ GÜNDAĞ, s. 116.

³⁷ BİLGİN, Hüseyin, “İdari İşlemin Şekil Unsuru”, **Adalet Dergisi**, S. 31, Y. 2008, s. 209.

³⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 16.04.2009 tarih ve E. 2006/69, K. 2009/1089 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 29.05.2017.

II. YETKİ ve USULDE PARALELLİK İLKESİ

Yetkide paralellik ilkesi, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça bir idari işlemi tesis eden makamın o işlemin tersini de yapabileceğini öngörmektedir³⁹.

Usulde paralellik ilkesi, işlem yapılırken uyulan usul ve esaslara kanunda aksi yönde bir hüküm bulunmaması durumunda aynı işlemin kaldırılması, geri alınması sırasında da uyulmasını belirten bir idare hukuku ilkesidir⁴⁰. Usulde paralellik ilkesi gereğince idari işlemlerin ancak tesis eden makam tarafından ve tesis edildikleri usulle kaldırılması, geri alınması ya da değiştirilmesi mümkündür⁴¹.

Yetki ve usulde paralellik ilkesi, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, bir işlemin tesisinde uygulanan yetki ve usul koşullarının aynı işlemin geri alınması ve kaldırılması işlemlerinde de aynen uygulanması zorunluluğunu ifade etmektedir⁴². *“İki ilkenin bir arada kullanılması durumunda kim neyi nasıl yaptıysa onu aynı biçimde geri alır demektir.”*⁴³ Danıştay genellikle bu iki kavramı bir arada kullanarak, yetki ve usulde paralellik ilkesi şeklinde değerlendirme de bulunmaktadır⁴⁴.

Danıştay’ın bazı kararlarında da söz konusu ilkeden kavram olarak hiç bahsedilmemekle beraber bu ilke gereğince hareket edilebileceği belirtilmiştir. *“İdari işlemlerin geri alınmasının ancak tesis eden makam tarafından alınacak bir karar ile mümkün olduğu idare hukukunun ilkelerindedir.”*⁴⁵ Aynı yönde vermiş olduğu bir başka kararında, daha önceden Bakanlar Kurulu kararı ile

³⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sonuçları, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 160; YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur ve diğerleri, İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 441; YENİCE / ESİN, s. 46; ÖZAY, s. 406.

⁴⁰ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age. s. 492; YILDIRIM / YASİN / KAMAN, s. 454; YENİCE / ESİN, s. 49; ATAY, s. 475; Danıştay 6. Dairesinin 11.04.2006 tarih ve E. 2004/1462, K. 2006/1872 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 16.05.2017.

⁴¹ “Uyuşmazlık konusu olayda 28.2.1982 günlü 1/50.000 ölçekli planın ve 1.12.1988 günlü 1/5000 ölçekli nazım imar planının Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca hazırlanarak onaylandığı, iptali istenilen 15.5.1997 günlü 1/5000 ölçekli nazım imar planı değişikliğinin ise Büyükşehir Belediye Meclisi kararıyla onaylandığı anlaşıldığından, yukarıda anılan usulde paralellik ilkesi gereğince bakanlık tarafından onaylanan nazım imar planı ancak bakanlık tarafından değiştirilebileceğinden Büyükşehir Belediye Meclisi kararı ile onaylanan nazım imar planı değişikliğinin hukuki geçerliliği bulunmamaktadır.” Danıştay 6. Dairesinin 14.12.1999 tarih ve E. 1999/161, K. 1999/6523 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 16.05.2017.

⁴² Danıştay 8. Dairesinin 26.11.2013 tarih ve E. 2013/5211, K. 2013/8692 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 15.05.2017.

⁴³ YAŞAR, s. 286.

⁴⁴ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 451.

⁴⁵ Danıştay 6. Dairesinin, 07. 05. 1986 tarih ve E. 986/65, K. 1986/454, **Danıştay Dergisi**, S. 64 -65, s. 230.

kurulan bir kurumun mevzuatta aksi yönde bir düzenleme bulunmadığından, yine Bakanlar Kurulu kararı ile kaldırılabilirken, yönetim kurulu tarafından feshedilmesini hukuka aykırı bulmuştur⁴⁶. Vermiş olduğu bir başka kararda yine tanım yapmamakla birlikte yetkide paralellik ilkesinin ne şekilde kullanılacağını açıklamıştır.

“İdare hukukunun önemli ilkelerinden olan usulde ve yetkide paralellik ilkeleri uyarınca atamada uygulanan usulün nakil sırasında da uygulanması gerekmektedir. Olayda davacının Eğitim Kültür ve Sosyal İşler Müdürlüğü öğretmenliğinden park ve bahçeler müdürlüğü emrine memur olarak atanmasına ilişkin işlemin, belediye başkan yardımcısı tarafından tesis edildiği, bu işlemin ilk toplantısında belediye meclisinin onayına sunulduğunun davalı idarece öne sürülmediği ve bu yolda bir belgenin ibraz edilmediği dava dosyasının incelenmesinden anlaşılabilir olup, bu durumda söz konusu atama işleminde 1580 sayılı Yasa ile adı geçen tüzüğe ve usulde ve yetkide paralellik ilkesine uyarlık bulunmadığı açıktır.”⁴⁷

Danıştay’ın bazı kararlarında iki kavramı birbiri yerine kullandığı görülmektedir.

Nitekim konu ile ilgili bir kararda “...eğitim merkezi başkanının Adalet Bakanınca atanacağı hükmüne yer verildiğinden, usulde paralellik ilkesi gereğince görevden alınmada da Bakanın yetkili olduğu açıktır...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir⁴⁸. Ancak söz konusu karar yetkide paralellik ilkesinin uygulandığı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Benzer şekilde bir başka kararda işlemde usulde paralellik ilkesine uyulması gerektiği belirtilmiş ancak yetkide paralellik ilkesi gereğince bir değerlendirme de bulunulmuştur. “...davalı idarede İmar Müdürü olarak çalışan ve atanma şekli yukarıda açıklanan davacının görev yerinin değiştirilmesinde ve aynı usulün uygulanması usulde paralellik, ilkesinin bir gereği olmaktadır. Dava dosyasının incelenmesinden de, Davacının görev yerinin belediye reisinin inhası ve İmar ve İskân Bakanı’nın onayı ile değiştirilmesi gerekirken doğrudan doğruya belediye reisince değiştirildiği anlaşıldığından dava konusu işlemde

⁴⁶ “Bilgi Erişim Değerlendirme Daire Başkanlığı Bakanlar Kurulu kararı ile ihdas edilmiş olmasına karşın aynı usulle yeniden Bakanlar Kurulu kararı ile kaldırılabilirken iken, yönetim kurulu kararı ile feshedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı...” Danıştay 5. Dairesinin 09.04.2007 tarih ve E. 2004/4546, K. 2007/1655 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 15.05.2017.

⁴⁷ Danıştay 5. Dairesinin 28.5.1998 tarih ve E. 1995/3768, K. 1998/1656 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 15.05.2017.

⁴⁸ Danıştay 5. Dairesinin 21.11.1996 tarih ve E. 1996/795, K. 1996/3565 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 15.05.2017.

yetki yönünden hukuka uyarlık görülmemiştir.”⁴⁹ Söz konusu kararda usulde paralellik ilkesi zikredilmesine rağmen kastedilen yine yetkide paralellik ilkesine uyulmasıdır.

Bir başka kararında, yine usulde paralellik ilkesi şeklinde zikredilmesine rağmen, yetkide paralellik ilkesi kastedilmektedir. *“Sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunulmasına izin vermek yetkisi bulunan davalı idare, gerek bu iznin verilmesi için aranan koşulların kaybedilmesi, gerekse yasanın amacına aykırı eylemlerin belirlenmesi halinde, verdiği izni geri almak ya da izin verdiği kurumun faaliyetlerini durdurmak yetkisine de sahiptir. Bu, idare hukukunun temel ilkelerinden birisi olan “usulde paralellik” ilkesinin doğal sonucu olup: dava konusu işlemi “yetki” yönünden iptal eden temyize konu idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır”*⁵⁰.

Sadece Danıştay kararlarında değil diğer yargı organlarının vermiş olduğu kararlarda da söz konusu ilkeye yer verildiği görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda bu ilkeden şu şekilde bahsetmiştir.

*“Anayasa’nın 123. maddesinin son fıkrasında “Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur” denilmektedir. Buna göre, kamu tüzelkişiliği kanunla, ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulabilir. Aynı şekilde, usulde paralellik ilkesi uyarınca bunların kaldırılmaları da kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle olabilir.”*⁵¹ ifadesine yer vermiştir.

III. YETKİ VE USULDE PARALELLİK İLKESİNİN UYGULANMAYACAĞI HALLER

Yetkide ve usulde paralellik ilkesi, bir idari işlemin tesisinde uygulanan yetki ve usul koşullarının aynı işlemin geri alınması ve kaldırılması işlemlerinde de aynen uygulanması zorunluluğunu ifade eder. Bu bağlamda söz konusu ilke

⁴⁹ Danıştay 3. Dairesinin 11.05.1982 tarih ve E. 1982/825, K. 1982/1358 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 15.05.2017.

⁵⁰ Danıştay 10. Dairesinin 7.12.1999 tarih ve E. 1997/1438, K. 1999/6612 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 22.05.2017. Aynı yöndeki başka bir kararı, “tekliflerin değerlendirilmesi yetkisi ihale komisyonuna ait olduğundan usulde paralellik ilkesi gereği aynı komisyonca tesis edilmesi gereken düzeltici işlemin yetki aşımında bulunarak ilgili tarafından tesis edildiği, ilgiliye isnat edilen eylemin, hakkında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu anlaşıldığından, itirazın kabulü ve soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararın kaldırılması gerekir.” Danıştay 1. Dairesinin 30.3.2011 tarih ve E. 2011/134, K. 2011/436 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 2.06.2017.

⁵¹ Anayasa Mahkemesinin 25.01.2007 tarih ve E. 2004/79, K. 2007/6 sayılı kararı, RGT 17.01.2008, RGS 26757, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 30.05.2017.

ilk işlemin karşıt işlemi niteliğinde olan işlemlerde yani ilk işlemi değiştiren veya sonlandıran işlemlerin uygulanmasında söz konusu olacak bir ilkedir. Bu ilkenin uygulanabilmesi için söz konusu olan önemli durumlar şu şekildedir.

- Yargı kararının uygulanması hali,
- Aksinin kanunda öngörülmüş olması hali,
- Aksi yönde işlemin dışında bir işlemin tesisi.

III. A. YARGI KARARININ UYGULANMASI HALİNDE

Yetki ve usulde paralellik ilkesinin uygulanabilmesi için bu konuda aksi yönde bir mahkeme kararının bulunmaması gerekmektedir. Bir mahkeme kararı var ise bu ilkenin uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Danıştay yargı kararlarının uygulanması durumunda yetki ve usulde paralellik ilkesinin uygulanmasının gerekmediği yönünde kararlar vermektedir⁵².

“İdare hukuku ilkelerinden usulde paralellik ilkesi uyarınca bir idari işlemin uygulamadan kaldırılması, geri alınması veya değiştirilmesi, işlem kurulurken uygulanan usul kurallarının izlenmesiyle olanaklıdır. Ancak yukarıda yer verilen Yasa metni uyarınca yargı kararının idare tarafından gecikmeksizin uygulanması gerekmekte olup, iptal kararlarının iptali istenen işlem kurulmadan önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlaması özelliği göz önünde bulundurulduğunda, yargı kararının uygulanması amacıyla usulde paralellik ilkesi gözetilmeden kurulan işlemlerin bu yönüyle hukuka aykırılığından söz edilemez.”⁵³

Danıştay benzer şekilde yargı kararının bulunduğu durumlarda yetki ve usulde paralellik ilkesinin uygulanamayacağını belirtmiştir. *“İdare hukukun önemli ilkelerinden usulde paralellik ilkesi gereğince ilgililerin atandıkları usule uygun olarak görevden alınmaları gerekmekte ise de; yukarıda anılan Anayasa ve yasa kuralları karşısında yargı kararlarını uygulamak konusunda bağlı yetki içerisinde bulunan idarenin Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 14.1.1966 günlü; E:1965/473 sayılı kararında belirtildiği gibi yürütmenin durdurulması kararlarının iptali istenen idari işlemin ve onun sonucu olan işlemleri durduran ve bu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlayan niteliğini de gözeterek tesis ettiği işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”⁵⁴* gerekçesine yer verilmiştir.

⁵² ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama **Hukuku**, s. 451.

⁵³ Danıştay 5. Dairesinin 24.6.2011 tarih ve E. 2011/433, K. 2011/3618 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 16.05.2017.

⁵⁴ Danıştay 5. Dairesinin 06.11.1996 tarih ve E. 1996/1997, K. 1996/3334 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 30.05.2017

III. B. AKSİNİN KANUNDA ÖNGÖRÜLMÜŞ OLMASI HALİ

Yetkide ve usulde paralellik ilkesi kanunda aksi öngörülmediği müddetçe uygulanabilecek bir ilkedir. Bu sebeple kanunda idari işlemin geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi konusunda farklı bir makam/farklı usul öngörülmesi ise bu ilkenin uygulanabilmesi mümkün değildir⁵⁵.

“Kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça idare hukukunun önemli ilkelerinden birisi olan yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca bir işlemin tesisinde uygulanan yetki ve usul koşullarının aynı işlemin geri alınması, kaldırılması işlemlerinde ve tersi işlemin yapılmasında da aynen uygulanması zorunludur, İdareye tanınan bu takdir yetkisinin ise kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek kullanılabilmesi ve bu yetkiye dayanılarak yapılan işlemlerin de bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğu yine idare hukukunun bilinen ilkeleri arasında yer almaktadır.”⁵⁶

“Yasa ile atama yetki ve usulünün açıkça belirlendiği durumlarda, görevlerin niteliğine, yetkilerine ve sorumluluklarına göre, atama yetki ve usulünde yorum yapılması da mümkün bulunmamaktadır.”⁵⁷

Danıştay'ın 1580 sayılı Belediye Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde vermiş olduğu bir kararda kanunda aksi bir durum öngörülüyor ise söz konusu ilkenin uygulanamayacağını belirtmiştir.

“Atamada uygulanan usulün göreve son verme sırasında da uygulanması idare hukukunun önemli ilkelerinden olan usulde paralellik ilkesi gereği ise de, belediye memurlarının görevlerine son verilmesinde uygulanacak usulün yasada açıkça gösterilmiş olması nedeniyle davacının göreve atanması belediye meclisine sunulmamış ve tasdik edilmemiş olsa bile adı geçen görevine son verilebilmesi için bu konudaki Belediye Başkanlığı teklifinin encümen tarafından incelenerek karara bağlanması gerekmektedir.”⁵⁸ Aynı yönde verdiği bir başka kararında Danıştay belediye memurlarının atanmalarında belediye başkanının yetkili olduğu ancak bu işlemin belediye meclisince onaylanmasının gerektiği kuralının yer aldığı, usulde paralellik ilkesi gereğince atamada uygulanan usulün göreve son verme sırasında da uygulaması gerekmekte ise de aynı kanunun 83.maddesinin 10. bendinde belediye encümeninin görevleri arasında belediye memurlarının emekli edilmeleri konusunda belediye başkanlığınca yapılacak tekliflerin karara bağlanması sayılmış olduğundan... davacının

⁵⁵ GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 757.

⁵⁶ Danıştay 5. Dairesinin 13.10.1993 tarih ve E. 1992/5775, K. 1993/3756 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 22.05.2017.

⁵⁷ Danıştay 5. Dairesinin, 21. 11. 1996 tarih ve E. 1996/795, K. 1996/3565 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 26.05.2017

⁵⁸ Danıştay 5. Dairesinin 14.5.1990 tarih ve E. 1990/62, K. 1990/982 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 22.05.2017.

resen emekli edilmesi konusunda büyükşehir belediye encümenince alınmış bir karar bulunmadığından dava konusu işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.”⁵⁹

Danıştay’ın konuya ilişkin olarak verdiği bir başka karar şu şekildedir⁶⁰. Davacı su satışı için kurduğu tesise işletme belgesi almak için il sağlık müdürlüğüne başvurmuş il sağlık müdürlüğü de belediye sınırları içinde yeterli içme ve kullanma suyu olup olmadığını belediyeden sormuştur. Belediyece yeterli olduğu yolunda görüş verilmesine rağmen, belediye denetim elemanlarının yapılan kontrollerde ruhsat alınmadan su satışı yapıldığı tespit edilerek dava konusu işlemle işyerinin kapatılmasına karar vermiştir. İdare mahkemesi ilgili mevzuat uyarınca kaynak suyunu damacanelarla satmak isteyen satıcıların ilgili Sağlık ve Sosyal Yardım Müdürlüklerinden kaynak suyu satış ruhsatı almak zorunda oldukları, bu nedenle ruhsat vermeye yetkili olmayan belediyenin işyerini kapatma yetkisinin de bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Yani yetkide ve usulde paralellik ilkesine uyulmadığı gerekçesi ile. Danıştay ise kaynak suyunu işletmek isteyenlere kaynak suyu satış ruhsatı vermeye ilgili sağlık müdürlükleri yetkili ise de belediyelerin ruhsat vermeye yetkili makama bilgi verilmek suretiyle 1580 sayılı kanunun 15/9 maddesi uyarınca ruhsata tabi iken ruhsatsız işletilen işyerlerini çalışmaktan alıkoymak yetkisi bulunduğundan kararın hukuka aykırı olduğu kanaatine varmıştır. Yani Danıştay söz konusu kararı ile kanunda başka bir makamın yetkili kılınması durumunda yetkide ve usulde paralellik ilkesine uyulmayacağı yönünde karar vermiştir.

Bu konuda Danıştay vermiş olduğu bir kararda kanunda açıkça bir düzenleme bulunmadığı gerekçesi ile 4483 sayılı kanunun ilgili hükmü gereğince soruşturma izni verilmesi yönündeki kararın kanunda iznin kaldırılması konusunda bir düzenleme bulunmaması sebebi ile izni veren makamın kaldırma konusunda da yetkili olamayacağını belirtmiştir⁶¹.

⁵⁹ Danıştay 10. Dairesinin 10.12.1996 tarih ve E. 1995/1621, K. 1996/8010 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 22.05.2017

⁶⁰ Danıştay 8. Dairesinin 3.11.1999 tarih ve E. 1997/4288, K. 1999/5770 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 22.05.2017.

⁶¹ “4483 sayılı Kanunun 5 inci maddesi hükmüne göre izin vermeye yetkili merciler tarafından ön inceleme emri verilmesi, bu emir doğrultusunda ön inceleme raporu düzenlenmesi ve bu raporun değerlendirilmesi sonucunda 3 üncü madde uyarınca verilen yetkinin kullanılması ve sonrasında 9 uncu maddenin işletilmesi, itiraz hakkının kullanılması durumunda da belirtilen idari yargı yerlerinde itirazların incelenerek 3 üncü madde uyarınca verilen kararın kesinliğe kavuşturulması anılan Kanunun öngördüğü hukuki süreçtir. 3 üncü madde uyarınca kullanılan yetki sonrasında oluşan kararın, kararı veren mercii tarafından kaldırılması yani geri alınması konusunda anılan Kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na göre, idari makamlar kullandıkları yetkiyi Kanundan alırlar. İdari makamlarca tesis edilen işlemlerin hukuken geçerli sayılabilmesi için işlem tesis edebilme yetkisinin, kanuna dayalı olması bir başka ifadeyle hukuk normuna ihtiyaç

III. C. AKSİ YÖNDE İŞLEMİN DIŞINDA BİR İŞLEMİN TESİSİ DURUMUNDA

Yetkide ve usulde paralellik ilkesi ilk işlemin geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi durumunda uygulanabilecek bir ilkedir.

“Belli bir kadro ve göreve müşterek kararname ile ataması yapılan bir kişinin, bu kadro ve görevinden alınarak müşterek kararname ile atama yapılmasını gerektirmeyen başka bir göreve atanması durumunda uygulanacak olan usul farklı olup...”⁶²

İlk işlemin tersi niteliğinde olan bir başka işlemin yapılmasında bu ilkenin uygulanabilmesi mümkün değildir. Dolayısı ile ilk işleme ilişkin olarak doğrudan yapılan işlemlerde bu ilke uygulanırken asıl işlemde sonra yapılan ve ilk işlemle ilgili olan diğer işlemlerde bu ilke uygulanamaz⁶³. Örneğin Devlet memurluğuna atama işleminin tersi yöndeki işlem görevden alma işlemidir. Görevden uzaklaştırma değildir. Görevden uzaklaştırma Devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülecek Devlet memurları hakkında alınan ihtiyati bir tedbirdir (657 Devlet Memurları Kanunu md. 137). Ancak Danıştay’ın görevden uzaklaştırma şeklinde alınan karar konusunda da bu ilkenin uygulanması gerektiği şeklinde aksi yönde verdiği bir karar şu şekildedir.

“Kamu hizmetinin gerekli kıldığı hallerde, bir SSK Yönetim Kurulu Üyesi hakkında tesis edilebilecek görevden uzaklaştırma işleminin; o üyenin görevden alınması işleminde de uygulandığı üzere, “usulde paralellik ilkesi” uyarınca, ancak adı geçeni bu göreve getiren kurum tarafından (dava konusu olayda Türk-İş tarafından) gerçekleştirilebileceğinin kabulü zorunludur.”⁶⁴

III. D. DİĞER DURUMLAR

Yukarıda belirttiğimiz durumların dışındaki bazı durumlarda da yetki ve usulde paralellik ilkesinin uygulanması mümkün değildir.

- Normlar hiyerarşisinde üst basamakta yer alan norm veya işlem ile alt basamakta yer alan norm veya işlemler ortadan kaldırılabilir⁶⁵. Bu durumda yetki ve usulde paralellik ilkesi uygulanamaz.

duyması gerekir.” Danıştay 2. Dairesinin 14.05.2002 tarih ve E. 2002/409, K. 2002/2794 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 22.05.2017.

⁶² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 28.12.2006 tarih ve E. 2006/263, K. 2006/3348 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 22.05.2017.

⁶³ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku C. I, Ankara 2012, s. 345; GÖZLER, , İdare Hukuku, C. I, s. 756.

⁶⁴ Danıştay 5. Dairesinin 31.10.1996 tarih ve E. 1994/3722, K. 1996/3278 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 22.05.2017.

⁶⁵ GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 758 / s.885.

- Kanunda öngörülmemekle birlikte inceleme ve görüş bildirme işlemlerinin ihtiyari olarak uygulanması durumunda söz konusu ilkenin uygulanabilmesi mümkün olmayacaktır⁶⁶.

“İdare kimi kez bir idari işlemleri yaparken, hukuk açısından zorunlu olmadığı halde belli bir yöntemi uygulayabilir. Bu gibi durumlarda bu işlemleri ortadan kaldırmak için aynı yöntemin uygulanması zorunlu değildir. Bu gibi özel durumlarda usulde paralellik ilkesi uygulanmaz ve bu ilkenin ihlal edildiği de söylenemez.”⁶⁷

- Bireysel idari işlemlerinin yapıları gereği haklarında tersi işlemleri yapılması durumunda işin mahiyeti sebebiyle bu ilkenin uygulanmaması uygun olacaktır⁶⁸.
- Disiplin cezası verme işlemleri daha önceden gerçekleşen bir işlemlerin karşıt işlemleri niteliğinde olmadığından söz konusu ilkenin disiplin hukukunda uygulanması mümkün değildir⁶⁹.
- Kolluk konusunda yapılan idari işlemlerde ve özellikle olağanüstü hal uygulamasında bu ilke uygulanamaz⁷⁰.

IV. YETKİDE VE USULDE PARALELLİK İLKESİNE UYULMAMASININ SONUÇLARI

Yetkide paralellik ilkesi, kanunda aksi yönde bir düzenleme olmadığı müddetçe uygulanır. İşlemlerin geri alınması ve kaldırılmasında yetkili olan idari birimin aksi kanunda düzenlenmedikçe ilk idari işlemleri yapan makam olduğunu belirtir. Bu sebeple yetkide paralellik ilkesine uyulmadan işlemlerin yapılması durumunda işlemler yetki unsuru itibarıyla hukuka aykırı olacaktır. Böyle bir işlemlerin ise yargı yeri tarafından iptal edilmesi gerekecektir.

⁶⁶ ZABUNOĞLU, s. 346; GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 880; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 484; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 452.

⁶⁷ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesinin 25 Ocak 1994 tarih ve E.1993/542 K. 1990/982 sayılı kararı. Naklen; GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 881.

⁶⁸ ZABUNOĞLU, s. 346; GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, s. 882.

⁶⁹ ZABUNOĞLU, s. 346; GÖZLER, İdare Hukuku C. I, s. 883. Aksi yönde bir Danıştay kararı için bkz; “Rektörlerin gerektiğinde görevden alınabileceklerine ilişkin ek 1. maddede gereklilik halinin idari veya disiplin cezasına dayalı olduğu hususunda bir ayırım yapılmadığı, gerek idari yönden gerekse disiplin hukuku yönünden YÖK Genel Kurulunun bir rektörün görevden alınmasına karar verebileceği, ancak bu kararın rektörlerin T.C. Anayasasının 130 ve 2547 sayılı YÖK Yasasının 13. maddesi uyarınca kademeli seçimlerden sonra cumhurbaşkanınca seçilerek atandığı göz önüne alındığında idare hukukunun usulde paralellik ilkesi gereği Cumhurbaşkanına sunulması ve rektörün görevden alınmasının cumhurbaşkanınca (kararname düzenlemesi suretiyle) yapılabileceği sonucuna ulaşıldığından; bu usule uyulmaksızın tesis edilen dava konusu işlemler bu nedenle de mevzuata aykırıdır.” Danıştay 8. Dairesinin 13.10.1997 tarih ve E. 1996/5256, K. 1997/2729 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 16.05.2017.

⁷⁰ ZABUNOĞLU, s. 347; GÖZLER, İdare Hukuku C. I, s. 884.

“Yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca; yasada aksine bir düzenleme bulunmadıkça, bir işlemin tesisinde uygulanan yetki ve usul koşullarının aynı işlemin geri alınması ve kaldırılması işlemlerinde de aynen uygulanması zorunludur. İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatı düzenleme ve iptal etme konusundaki yetki belediye başkanı ya da görevlendireceği kimseye aittir. Belediye başkanınca verilmiş bulunan işyeri açma ve çalışma ruhsatının yetkide paralellik ilkesi uyarınca yine belediye başkanı ya da görevlendireceği bir yetkili tarafından iptal edilmesi (geri alınması) gerekirken; bu ilkeye aykırı olarak; hem de yönetmelikte ayrıca encümen tarafından karar alınmaması gerektiği düzenlemesi bulunmasına rağmen belediye encümenince ruhsatın iptali yönünde işlem tesis edilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamıştır.”⁷¹

Usulde paralellik ilkesine uyulmadan işlemin yapılması durumunda işlem yine hukuka aykırı hale gelecek ve idari yargı merci tarafından iptal edilmesi gerekecektir.

“Rektörlerin gerektiğinde görevden alınabileceklerine ilişkin ek 1. maddede gereklilik halinin idari veya disiplin cezasına dayalı olduğu hususunda bir ayırım yapılmadığı, gerek idari yönden gerekse disiplin hukuku yönünden YÖK Genel Kurulunun bir rektörün görevden alınmasına karar verebileceği, ancak bu kararın rektörlerin T.C. Anayasanın 130 ve 2547 sayılı YÖK Yasasının 13. maddesi uyarınca kademeli seçimlerden sonra cumhurbaşkanınca seçilerek atandığı gözönüne alındığında idare hukukunun usulde paralellik ilkesi gereği Cumhurbaşkanına sunulması ve rektörün görevden alınmasının cumhurbaşkanınca (kararname düzenlemesi suretiyle) yapılabileceği sonucuna ulaşıldığından; bu usule uyulmaksızın tesis edilen dava konusu işlem bu nedenle de mevzuata aykırıdır.”⁷²

⁷¹ Danıştay 8. Dairesinin 13.3.2013 tarih ve E. 2010/3000, K. 2013/1929 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 16.05.2017.

⁷² Danıştay 8. Dairesinin 13.10.1997 tarih ve E. 1996/5256, K. 1997/2729 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 16.05.2017; Benzer yönde verdiği bir başka kararda “Sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunulmasına izin vermek yetkisi bulunan davalı idare, gerek bu iznin verilmesi için aranan koşulların kaybedilmesi, gerekse yasanın amacına aykırı eylemlerin belirlenmesi halinde, verdiği izni geri almak ya da izin verdiği kurumun faaliyetlerini durdurmak yetkisine de sahiptir. Bu, idare hukukunun temel ilkelerinden birisi olan “usulde paralellik” ilkesinin doğal sonucu olup: dava konusu işlemi “yetki” yönünden iptal eden temyize konu idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır” Danıştay 10. Dairesinin 7.12.1999 tarih ve E. 1997/1438, K. 1999/6612 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 22.05.2017.

SONUÇ

Yetki ve usulde paralellik ilkesi kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, bir idari işlemin tesisinde uygulanan yetki ve usul kurallarının aynı işlemin geri alınması, kaldırılması ve değiştirilmesi işlemlerinde de aynen uygulanmasını ifade etmektedir.

İdare hukukunda yetkiler kanunla verilmiş yetkililerdir. Kanun hangi makama hangi konuda ne şekilde yetki vermiş ise bu makam tarafından, verilen konuda verilen şekilde yetkinin kullanılması gerekmektedir. Kanunla verilmeyen bir yetkinin kullanılması ise mümkün değildir. Yetki ve usulde paralellik ilkesinde yetkiyi kullanma yetkisine sahip olan makam ya da kişinin yetkisi kanunla belirtilmemiştir. Yetki ve usulde paralellik ilkesi mevzuatta var olmayan yargı içtihatları ile geliştirilmiş bir ilkedir. Bu sebeple ilkenin uygulanma esasları idari yargının içtihat mercii olan Danıştay tarafından belirlenmiş bulunmaktadır.

Danıştay içtihatları gereğince söz konusu ilke, sadece ilk yapılan idari işlemin geri alınması, değiştirilmesi ya da kaldırılması noktasında uygulanabilmektedir. Bunun dışında ilk yapılan idari işlemde farklı bir idari işlemin tesisi halinde, kanunun farklı bir makam ya da kişiyi farklı bir usulle yetkili kılması durumunda ya da aksi yönde bir mahkeme kararının bulunması durumunda yetki ve usulde paralellik ilkesinin uygulanabilmesi mümkün bulunmamaktadır. Genel durum bu şekilde olmakla birlikte Danıştay'ın farklı içtihatlarında bulunduğu örneklerle rastlayabilmekte mümkün bulunmaktadır. Çalışmamızda söz konusu ilke Danıştay içtihatları itibariyle değerlendirilmiştir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara 2000.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 6. Baskı Ankara 2015.

Amme İdaresi Dergisi, C. 23, Mart 1990, S. 1.

ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2014.

BİLGİN, Hüseyin, "İdari İşlemin Şekil Unsuru", **Adalet Dergisi**, S. 31, Y. 2008, s. 194 - 224.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sonuçları**, 3. Baskı, Ankara 2004.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara 2015.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, Ankara 2015.

Danıştay Dergisi, S. 58-59.

Danıştay Dergisi, S. 74-74.

Danıştay Dergisi, S. 64 -65.

DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul 1982.

DURAN, Lütfi “İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18-Ocak, Ankara, s.26 - 34.

EROĞLU, Hamza, **İdare Hukuku**, Ankara Turhan Yayınevi.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku C. 1, Genel Esaslar**, Gün. 7. Bası, Ankara 2010.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku C. I**, Bursa 2009.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 11. Baskı, Bursa Ekin Yayınevi, 2011.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara 2011.

GÜNDÜZ, Fatma Ebru, **İdari İşlemin Geri Alınması**, GÜSBE Doktora tezi, Ankara 2010.

KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Bursa 2016.

ONAR, Sıdıq Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, İstanbul 1966.

ÖZAY, İL Han, **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul Alfa Yayınevi, 2002.

SEZGİNER, Murat, “Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18-Ocak, Ankara, s.201 – 226.

SEZGİNER, Murat, “İdari İşlem – İcrailik – Ayrılabilir İşlem – Yargısal Denetim” **İÜHFİM**, C. 69, s. 1 - 2, Y.2011, s. 241 - 250.

TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Gün. 2. Baskı, Ankara 2013.

YAŞAR, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, 2. Baskı İstanbul 2014.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul 2009.

YENİCE, Kazım / ESİN Yüksel, **Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara 1983.

YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur ve diğerleri, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul 2015.

YILDIRIM, Turan, **İdari Yargı**, Ankara Beta Yayınevi 2008.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, C. I, Ankara 2012.

YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI

Kazancı içtihat programı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

Lexpera içtihat programı <http://www.lexpera.com.tr>

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://tdk.gov.tr>

TİCARİ SIRLARIN DİJİTAL ORTAMDA KORUNMASI

Protecting Trade Secrets In Digital Media

Yrd. Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL*

Geliş Tarihi: 16.06.2017 Kabul Tarihi: 29.09.2017

ÖZET

Ticari sırların saklanması son dönemde teknolojinin getirdiği olanaklardan yararlanılmaktadır. Teknoloji ticari sır niteliğindeki bilgilerin saklanması pek çok kolaylık sağlamaktadır. Bununla birlikte ekonomik değere sahip bu bilgilerin üçüncü kişilerce ele geçirilmesi yine teknolojinin sağladığı imkânlar yüzünden daha kolay hale gelmektedir. Tacir ticari sırlarını ister kendi işletmesindeki veri merkezinde (bilgisayar sistemlerinde) ister bulutta saklasın teknik ve hukuki bazı önlemleri almak zorundadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 18(2). maddesi gereğince her tacirin, ticari faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu düzenleme de tacirin ticari sırlarının korunması için önlemler almasını gerektirmektedir. Şirket yöneticilerinin de ticari sırların korunmasında özenli davranması gerekmektedir. Ticari sırların dijital ortamda saklanması haksız rekabet hukukunu da ilgilendiren bir konudur.

Anahtar Kelimeler: Ticari Sır, Haksız Rekabet, Veri Koruma, Bulut Bilişim, Veri Güvenliği

ABSTRACT

Technology has been used for storing trade secrets recently. Technology provides many convenience for storing information qualified as trade secret. However it is also getting easier for the third parties to get to these economically valuable information due to the possibilities of the same technology. Whether the merchant stores his/her trade secrets in the datacenter (computer systems) of his/her business or in cloud, he/she must take some technical and legal measures. According to article 18(2) of Turkish Commercial Code all the merchants has the obligation of acting as a prudent businessman in his/her commercial activities. This regulation also requires merchants to take measures to protect his/her trade secrets. Company executives also need to be careful about protecting trade secrets. The storage of trade secrets in digital media is also an issue of unfair competition law.

Keywords: Trade Secret, Unfair Competition, Data Protection, Cloud Computing, Data Security .

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte işletmelerde ticari sır niteliğindeki bilgiler artık kâğıtlardan oluşan arşivler yerine bilgisayarlarda veya diğer dijital depolama aygıtlarında (USB, DVD, harici hard disk vb.) ya da bulutta¹ saklanmaya

* Dokuz Eylül Üniversitesi, İİBF, Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi, armagan.bozkurt@deu.edu.tr, <http://debis.deu.edu.tr/akademiktr/index.php?cat=3&akod=20014460>.

¹ Bulut; donanım, ağ, depolama ve bilişim hizmetine ulaşabilmek için arayüzlerden oluşan bir kümeyi ifade etmektedir. Bulut bilişim ise bir ağ üzerinden tipik olarak İnternet üzerinden

başlanmıştır. Ticari sırların saklanmasında teknolojiden yararlanılması veri depolama için ayrılan yerin azalması nedeniyle geleneksel kâğıt arşiv yerine daha ekonomik bir yöntemdir. Ayrıca teknolojiden yararlanılması bu bilgilere erişim kolaylığı sağlamaktadır. Bununla birlikte ticari sırların dijital ortama taşınması bunların üçüncü kişilerce ele geçirilmesini de kolaylaştırmıştır. Artık ticari sırlar fiziksel olarak işletmenin bulunduğu yere girmeye gerek kalmaksızın işletmenin bilgisayarlarına ya da kullanılan buluta erişilerek ele geçirilmeye çalışılmaktadır².

Uygulamada özellikle ticari sır sahibi şirketler tarafından yetkili otoritelere ticari sırlara yönelik saldırılara ilişkin durum rapor edilmemektedir. Çünkü şirketler, mevcut durum üzerindeki kontrolü kaybetmek istememektedir. Şirketlerin, hukuk davasının sonucunun ceza davasını beklemesi ve ceza yargılaması sürecinde ticari sırların ortaya çıkmasından endişelendikleri görülmektedir. Özellikle halka açık şirketler ticari sırların bilgi sistemine yönelik saldırı neticesinde ele geçirildiğinin duyulması üzerine borsada hisse senedi fiyatlarının düşmesinden endişe etmektedir³. Nitekim ticari sırların ele geçirilmesi ülkemizde de en sık rastlanılan adli bilişim fiilleri arasında yer almaktadır⁴.

Ticari sırların ele geçirilmesinin ceza hukuku yönünden incelenmesi ayrı bir çalışma konusu olabilir. Ancak burada konunun cezai yönü⁵ ele alınmayacaktır. Konunun bir diğer boyutu da ekonomik casusluktur (*cyber espionage*). Devletlerin şirketlerin veri merkezlerinden siber saldırılar vasıtasıyla şirketler için büyük mali değeri olan ticari sırları ele geçirmesi söz konusu olabilmektedir⁶.

bilişim kaynaklarının sağlanması hizmetidir. Kullanıcılar bilişim teknolojilerini kendileri satın almak yerine bulut bilişim sayesinde bunları üçüncü kişilerden temin etmektedirler. Bulut bilişim konusunda teknik ve hukuki geniş açıklama için bkz. **BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru**, Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması (Personal Data Protection in Cloud Computing), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.21-23, ve dn.1-15'te anılanlar.

² **GRUNFELD, Gay/FISCHER, Aaron**, "How Businesses Protect Their Valuable Trade Secrets", San Francisco Daily Journal, Monday, September 26, 2011, www.dailyjournal.com (Erişim 29.07.2016).

³ **ROWE, Elizabeth A.**, "RATS, TRAPS, and Trade Secrets", 57 B.C.L. Review, Y.2016, s.389.

⁴ En sık rastlanan adli bilişim fiilleri şu şekilde sayılmaktadır: "Ticari sırların çalınması, çalışanların suiistimalleri, İnternet üzerinden uzaktan ağa sızma girişimleri, kredi kartı sahtekârlıkları, bankaların İnternet şubelerine sızarak kullanıcı hesaplarındaki paraların çalınması, eşlerin İnternet üzerinden birbirlerini aldatmaları, İnternet ve telefon yoluyla hakaret ve taciz olayları, çocuk pornografisi". **YURDAKUL, Çiğdem**, "Türkiye'de Adli Bilişim Uzmanlığı/Gereksinimleri/Kriterler/Kimler Olmalı", Adli Bilişim Dergisi, Sayı 3, Nisan 2016, s.12.

⁵ Bilişim suçlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **DÜLGER, Murat Volkan**, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 6.B., Seçkin Yayınevi.

⁶ **ROWE, RATS**, s.381-382; Amerikan hukukunda ticari sırların çalınması ve ekonomik casusluk ile ilgili hazırlanan kanunda elektronik ortamda depolanmış olan ticari sırların ele

Ekonomik casusluğun tanımı ticari sırların yabancı bir devlet yararına çalınması şeklinde yapılmaktadır⁷. Örneğin, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe Amerika Birleşik Devletleri'nde ekonomik casusluk nedeniyle milyonlarca dolar kayıp yaşanmaktadır⁸. Yine ekonomik casusluk konusunda Almanya'da şirketler arasında yapılan bir araştırmada katılımcıların yarısının en az bir kez casusluğa, sabotaja ya da veri hırsızlığına maruz kaldığı belirlenmiştir. Ekonomik casusluğa en çok maruz kalan şirketlerin başında otomotiv sektöründeki şirketlerin geldiği, onu kimya ve ilaç şirketleri ile finans ve sigorta şirketlerinin takip ettiği belirlenmiştir. Ekonomik casusluk için şirket binalarına, bürolarına, laboratuvarlarına ya da araştırma merkezlerine girmeye gerek kalmamıştır. Zira günümüzde teknolojik yöntemlerle her yerden şirketlerin bilgi işlem sistemlerine girilmesi mümkündür. Şirketlerin çalışanlarının da şirkete ait verileri kopyalayarak dışarıdaki rakiplere sızdırması söz konusu olabilmektedir. Ekonomik casuslukta hedeflenen sadece şirketlere ait ticari sırların, know how'ın ya da fikri mülkiyet konusu bilgilerin ele geçirilmesi değildir, ihalelerde izlenecek stratejiye ilişkin bilgiler de hedeflenmektedir⁹. Şirketlerin genellikle bu konuda yeterince dikkatli ve bilinçli olmadıkları, hatta ekonomik casusluk mağduru olduklarını ve tam olarak ne kadar zarara uğradıklarını bile belirleyemedikleri görülmektedir¹⁰. Bu konu ticari sırlarla ilgili ve son dönemde gündemde olan bir konu olmakla birlikte devletler genel hukukunu ilgilendirdiğinden yine bu çalışmanın konusu dışında kalmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle ticari sır kavramı genel olarak açıklanmıştır. Daha sonra işletmelerin kendi veri merkezlerinde ve bulutta ticari sırları saklaması durumunda dikkat edilmesi gereken teknik ve hukuki hususlara değinilmiştir. Çalışmada ayrıca ticari sırların bulutta saklanması durumunda bulut bilişim sözleşmelerinde dikkat edilmesi gereken hususlar incelenmiştir.

geçirilmesinin cezaları düzenlenmiştir. Kanun uyarınca yabancı bir kuruluş yararına ticari sırların çalınması ekonomik casusluk (*economic espionage*), maddi kazanç elde etmek için yapılan hırsızlık ise ticari sır hırsızlığı (*theft of trade secrets*) olarak adlandırılmaktadır. **DOYLE, Charles**, "Stealing Trade Secrets and Economic Espionage: An Overview of the Economic Espionage Act", Congressional Research Service, August 19, 2016, s.1, <https://www.fas.org/sgp/crs/secretary/R42681.pdf> (Erişim 27.09.2016).

⁷ **FBI**, "Economic Espionage", Inside the FBI, <https://www.fbi.gov/audio-repository/news-podcasts-inside-economic-espionage.mp3/view>, Yayınlanma Tarihi 23.06.2015 (Erişim 21.10.2016).

⁸ **MARIN, Mauricio**, "Economic Espionage Threat Rising in America", <http://www.lasvegasnow.com/news/economic-espionage-threat-rising-in-america> (Erişim 21.10.2016).

⁹ **HEIN, Matthias**, "Ekonomi Casusluğu Yayılıyor", Deutsche Welle Türkçe, <http://www.dw.com/tr/ekonomi-casuslu%C4%9Fu-yay%C4%B1%C4%B1yor/a-18452902>, Yayınlanma Tarihi 15.05.2015 (Erişim 21.10.2016).

¹⁰ **ROWE, RATs**, s.386.

I. TİCARİ SIR KAVRAMI

A. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Sır, Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde “*varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey*” olarak tanımlanmaktadır¹¹. Ticari sırrın tanımı için mevzuata baktığımızda değişik düzenlemeler görülmektedir.

4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun 23. maddesinde ticari sır “*Kanunlarda ticari sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticari ve mali bilgiler*” şeklinde tanımlanmaktadır¹².

Türk Ceza Kanunu'nun “*ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*” kenar başlıklı 239. maddesinde ise “*Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolünür.*” hükmü yer almaktadır¹³.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ticari sırrın tanımı yapılmamakla birlikte 25. maddede “*Kurul üyeleri ve personeli Kurumla ilgili gizlilik taşıyan bilgileri ve bu Kanunun uygulanması sırasında öğrendikleri teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin ticari sırlarını görevlerinden ayrılmış olsalar bile ifşa edemezler, kendilerinin veya başkalarının menfaatine kullanamazlar*” hükmü yer almaktadır¹⁴.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun “*sırların saklanması*” kenar başlıklı 73. maddesi şu şekildedir: “*Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli görevleri sırasında öğrendikleri bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıkları ve müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendilerinin veya başkalarının yararlarına*

¹¹ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56b0d6fd7f16b1.70263308 (Erişim 02.02.2016).

¹² RG., T.24.10.2003, S.25269.

¹³ TCK madde 239'da düzenlenen bu suç hakkında geniş açıklama için bkz. **TEKŞEN, Mustafa Gökhan**, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

¹⁴ RG., T.13.12.1994, S.22140.

kullanamazlar.”¹⁵

Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısının 2. maddesinde ticari sırrın tanımı *“bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketlerin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan, iş kuruluş yapısı ve organizasyonu, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağırları, izne tabi veya tabi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi veya belgeler”* şeklindedir¹⁶.

Türk Ticaret Kanunu’nun 55(1). maddesinde başlıca haksız rekabet hâlleri sayılmıştır. Bununla birlikte buradaki sayım sınırlayıcı değildir¹⁷. Bunlardan (b) bendinde yer alan 3 numaralı cümle şu şekildedir: *“İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek”* haksız rekabet teşkil edecektir. (c) bendinde başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmanın haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiş ve özellikle *“1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak, 2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak, 3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak”* haksız rekabet teşkil eden davranış olarak sayılmıştır. (d) bendinde ise *“üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur”* hükmü yer almaktadır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nda ticari sır ile ilgili düzenlemelerden bir tanesi 6(h) maddesinde yer almaktadır. Buna göre, *“işletmecilerin ticari sırları ile kamuoyuna açıklanabilecek bilgilerinin kapsamını belirlemek, işletmecilerin ticari sırları ile yatırım ve iş planlarının gizliliğini korumak ve bunları adli makamların talepleri dışında muhafaza etmek”* Bilgi Teknolojileri ve İletişimin Kurumu’nun görev ve yetkileri arasındadır. Kanun’un

¹⁵ RG., T.01.11.2005, S.25983 (Mükerrer).

¹⁶ Tasarıda ayrıca banka sırrı ve müşteri sırrının da tanımı yapılmıştır. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0483.pdf> (Erişim 02.02.2016).

¹⁷ ŞENER, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.610.

18(4) maddesinde ise erişim anlaşmalarının ticari sırlar dışında aleni olduğu düzenlenmiştir¹⁸.

B. Amerikan Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Milletlerarası Metinlerde Yer Alan Düzenlemeler

Amerika Birleşik Devletleri'nde Yeknesak Ticari Sırlar Kanunu'nda (*Uniform Trade Secrets Act*) ticari sır, herkes tarafından bilinmemesi, kolaylıkla bulunamaması nedeniyle ekonomik değer taşıyan, başkalarının ekonomik değerini açıkladığında veya uygulandığında anlayabildiği ve gizliliğinin devam etmesi için makul bir çabaya konu olan formül, model, derleme/liste, program, plan, yöntem, teknik veya süreci içeren bilgi şeklinde tanımlanmıştır¹⁹(Uniform Trade Secrets Act Section 1(C)(4)).

Amerika Birleşik Devletleri'nde Yeknesak Ticari Sırlar Kanunu eyaletlerin çoğu tarafından iktibas edilmiştir. Örneğin Kaliforniya'da Medeni Kanun içinde yer alan ticari sır ile ilgili düzenleme uyarınca ticari sır, başkaları tarafından öğrenildiğinde veya kullanılması bakımından ekonomik değeri olan bir formül, metod veya bir bilgidir. Bu bilgi gizliliğinin korunması için makul bir gayret gösterilen bilgidir (Civil Code §3426.1)²⁰.

Avrupa Birliği hukukunda ticari sırrın üzerinde anlaşılmiş bir tanımlı bulunmamaktadır. Üye devletlerin milli hukuk sistemlerinde ticari sır değişik şekillerde tanımlanmakta ve düzenlenmektedir. Bununla birlikte, düzenlemelere bakıldığında ticari sır ile ilgili ortak bazı noktalar bulunmaktadır. Buna göre bir bilginin ticari sır olarak değerlendirilmesi için iş ile ilgili ticari veya teknik bir bilgi olması gerekmektedir. Bu bilginin herkes tarafından bilinmeyen veya kolaylıkla erişilemeyen ve sahibine rekabet avantajı sağlayan bir ekonomik değere sahip olması gerekmektedir. Ayrıca bu bilginin gizli tutulması için makul tedbirler alınması gerekmektedir²¹.

¹⁸ RG., T.05.11.2008, S.5809.

¹⁹ Maddenin metni şu şekildedir: *“Trade secret” means information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process, that: (i) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.*, http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trade%20secrets/utsa_final_85.pdf (Erişim 02.02.2016).

²⁰ CA Civ Code § 3426 (2016)'daki düzenleme ve geniş açıklama için bkz. **POOLEY, James H.**, “The Uniform Trade Secrets Act: California Civil Code 3426”, Santa Clara High Technology Law Journal, Volume I, Issue 2, Article 3, s.196.

²¹ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, Final Study, April 2013, Prepared for the European Commission, Contract Number MARKT/2011/128/D, s.5, http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf (Erişim 02.02.2016).

Avrupa Birliği'nin 2016/943 sayılı Açıklanmamış Know-how ve Ticari Sırların Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmesine, Kullanılmasına ve Açıklanmasına Karşı Korunması Direktifi'nin (*Directive (EU) 2016/943 of The European Parliament and of The Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure*) 2. maddesinde ticari sır kavramı tanımlanmıştır.²² Buna göre ticari sır, aşağıdaki özellikleri taşıyan bilgidir: a) söz konusu bilginin türü ile normal olarak ilgilenen kişiler arasında genellikle bilinmeyen veya bu kişilerin kolayca erişebildiği bir yapı veya bileşen olmayan, b) ticari sır olması itibarıyla ticari değeri olan, c) hukuken bilgiyi kontrolünde tutan kişi tarafından bir sır olarak kalabilmesi için makul önlemlerin alındığı bilgidir.

Direktif'te ticari sır sahibi, aynı maddenin devamında ticari sırrı hukuken kontrol eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Ticari sırrı ihlal eden kişi ise ticari sırrı hukuka aykırı olarak elde eden, kullanan veya açıklayan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.

Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nda (*The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights-TRIPS*) açıklanmamış bilgi kavramından söz edilmektedir. 39. maddenin metni şöyledir: "1. Üyeler Paris Sözleşmesi'nin (1967) 10 uncu Maddesinde öngörüldüğü gibi haksız rekabete karşı etkin koruma sağlarlarken, açıklanmamış bilgileri 2nci paragrafta uygun olarak ve hükümetlere veya hükümet kuruluşlarına sunulmuş verileri 3ncü paragrafta uygun olarak koruyacaklardır. 2. Gerçek ve tüzel kişiler yasal olarak kendi kontrolleri altındaki bilgilerin kendi izinleri olmadan, dürüst ticari uygulamalara aykırı, başkalarına ifşa edilmesini veya başkaları tarafından elde edilmesini veya kullanılmasını engelleme olanağına sahip olacaklardır, ancak bu koşulla ki, bu tür bilgiler; (a) bir bütün olarak veya unsurlarının kesin konfigürasyonunda veya grubunda, normal olarak söz konusu türde bilgilerle uğraşan çevrelerdeki şahıslarca genelde bilinmeyen veya bu şahısların kolaylıkla elde edemeyeceği anlamda gizli olmalıdır; (b) gizli olduğu için ticari değeri olmalıdır ve (c) yasal olarak bu bilgileri kontrol eden şahıs tarafından, gizli kalması için, ilgili koşullar altında makul önlemler alınmış olmalıdır....."²³ Anlaşma metninde ticari sır yerine açıklanmamış bilgi terimi kullanılmıştır. Ancak açıklanmamış bilgi terimi ticari sır kavramı ile karşılaştırıldığında aynı unsurların arandığı görülmektedir²⁴.

²² Direktif'in tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=EN> (Erişim 15.05.2017).

²³ TRIPS'in Türkçe tam metni için bkz. <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/Eklenti/34660,ticaretle-baglantili-fikri-mulkiyet-anlasmasi-trips-199-.doc?0> (Erişim 15.05.2017).

²⁴ **BİLGE, Mehmet Emin**, Ticari Sırların Korunması, Asil Yayın Dağıtım Ltd.Şti., 2.Bası, Ankara 2005, s.15; Ernie Linek, "A Brief History of Trade Secret Law, Part 1", BioProcess International, s.2, http://bannerwitcoff.com/_docs/library/articles/briefhistory1.pdf (Erişim 03.02.2016).

C. Ticari Sırrın Tanımı

Ticari sır gizli, ticari değeri olan ve bir işletmeye rekabet gücü sağlayan, müşteri listesi, üretim metodları, pazarlama stratejileri, fiyatlandırma bilgisi ve kimyasal formül gibi bir bilgidir. Cola Cola'nın formülü, Kentucky Fried Chicken'in tarifi, Google arama motorunun algoritması ticari sır örnek olarak sayılabilir. Ticari sır bir işletmenin en değerli gayri maddi mallarındadır²⁵.

Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında ticari sır şu şekilde tanımlanmıştır: *"ticari sır müşteri listesi, üretim usulü, bir içeceğin gizli formülü gibi bir bilgidir. Ticari sır sahibi bu bilgiyi çalışanları ile veya diğer kişilerle gizlilik anlaşması yaparak ve koruyarak, şifreleyerek ve başka usullerde gizleyerek gizli tutmaktadır. Öyle ki, ticari sırrın açığa çıkması sözleşmenin ihlali veya haksız fiil teşkil etmektedir"*²⁶.

Doktrinde ticari sırrın bizim de katıldığımız *BİLGE* tarafından yapılan tanımı ise şu şekildedir: ticari sır *"bağımsız ekonomik bir değeri olan veya iktisadi faaliyetlerde sahibi lehine bir rekabet avantajı sağlayan, aleni olmayan (sadece sınırlı bir çevrede bilinen) ve sahibinin gizli kalmasını istediği her türlü bilgi"*dir²⁷.

D. Ticari Sırrın Benzer Kavramlardan Farkı

Ticari sırrın gizli bir bilgi olması itibarıyla başka bazı kavramlara benzetilmesi söz konusu olabilir. Bunlardan bir tanesi devlet sırrıdır. Ticari sır gibi devlet sırrında da gizlilik unsuru olmasına rağmen ikisi farklıdır. Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı'na göre devlet sırrının tanımı şu şekildedir: *"Devlet sırrı; açıklanması veya öğrenilmesi, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek ve bu nedenlerle niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgelerdir."* Tasarı'da devlet sırrı niteliği taşımayan diğer gizli bilgi ve belgeler de düzenlenmiştir. Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı'nın 4. maddesinde devlet sırrı

²⁵ **YEH, Brian T.**, "Protection of Trade Secrets: Overview of Current Law and Legislation", Congressional Research Service, April 22, 2016, s.11, <https://www.fas.org/sgp/crs/secretcy/R43714.pdf> (Erişim 23.10.2016); Ticari sır üretimle ilgili, endüstriyel ya da ticaretle ilgili bir bilgi olabilir. Bu bağlamda ticari sır kapsamına satış yöntemleri, dağıtım yöntemleri, tüketici profilleri, reklam stratejileri, tedarikçi ve müşteri listeleri, üretim usulleri dâhildir. Hangi bilginin ticari sır teşkil edeceği somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. **WIPO**, "What is a Trade Secret?", http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/trade_secrets/trade_secrets.htm (Erişim 23.10.2016).

²⁶ *ConFold Pac. v. Polaris Indus.*, 433 F.3d 952, 959 (7th Cir. 2006) (**YEH**, s.2).

²⁷ **BİLGE**, s.5; *"Ticari sırrın, bir ticari işletme ve şirketin faal olduğu alanla ilgili olarak belli sayıdaki mensuplarınca bilinen, rakiplerince bilinmemesi gereken ve üçüncü kişilere (kamuya) açıklanmaması gereken, işletmenin başarısı için gerekli olan bilgi"* şeklindeki tanımı ve diğer açıklamalar için bkz. **TURANBOY, Asuman**, "Ticari Sır", Prof.Dr. Tuğrul ANSAY'a Armağan, Turhan Yayınevi, Ankara 2006, s.368.

niteliği taşımayan diğer gizli bilgi ve belgeler tanımlanmıştır. Buna göre “devlet sırrı niteliği taşımayıp da, açıklanması veya öğrenilmesi halinde ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata, askeri hizmetlere, idari soruşturmaya ve adli soruşturma ve kovuşturmaya zarar verebilecek nitelikteki veya yetkili makamlar tarafından gizlilik derecesi verilmiş bilgi ve belgeler, gizli bilgi ve belge olarak kabul edilir.” Bu itibarla ticari sır da bu gizli bilgi ve belgeler arasında sayılabilecektir²⁸. Özellikle günümüzde teknolojiye gelişmeler karşısında ve ülkeler arasında teknoloji transferinin önemi düşünüldüğünde ticari sırların ele geçirilmesi ülkenin ekonomik çıkarlarına zarar verecektir.

Ticari sırdan farklı bir başka kavram da meslek sırrıdır. Kişilerin mesleklerini icra ederken öğrendikleri gizli bilgilere meslek sırrı denmektedir. Bu bilgiler iş sahibinin zamanla mesleğini icra ederken öğrendiği ve geliştirdiği gizli bilgiler olabileceği gibi, müşterilerle ilgili özel bilgiler de olabilir²⁹. Bazı mesleklerdeki sırlar özel olarak düzenlenmek suretiyle koruma altına alınmıştır³⁰. Örneğin, Avukatlık Kanunu’nda³¹ (m.36), Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nde³² (m.4), Noterlik Kanunu’nda³³ (m.54) mesleğin icrası sırasında öğrenilen sırların ifşası yasaklanmıştır. İş Kanunu’nda³⁴ ise işçinin, işverenin meslek sırlarını ifşa etmesi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış teşkil ettiğinden, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği düzenlenmiştir (İş K.m.25/II(e)).

İş sırrı ise iş ve işyeriyle ilgili aleniyet kazanmamış ve sadece işyerinde çalışanlarca bilinen bilgidir³⁵. Türk Borçlar Kanunu’nun 396/IV ve 444/I maddelerinde geçen üretim sırrı ile iş sırrı birbirinden çok uzak kavramlar değildir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu’nun 55(1)(b)(3) maddesinde üretim ve iş sırlarından bahsedilmektedir. Her iki kavram da ticari sır altında değerlendirilebilir. Hatta hem üretim hem de iş sırrı know how kavramı ile de yakından ilgilidir³⁶. İngilizce bir kelime olan know how yerine Türkçe’de teknik bilgi denilebilirse de aslında know how teknik bilgiden daha geniş bir kavramdır. Know how, sınaî alanda özellikle ticari ve ekonomik faaliyetlerde kullanılan teknik veya işletmeyle ilgili bilgi ve tecrübeleridir³⁷. Bu bilgi ve

²⁸ **SULU, Muhammed**, Ticari Sırların Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.19.

²⁹ **BİLGE**, s.34.

³⁰ Diğer açıklamalar için bkz. **SULU**, s.20.

³¹ RG., T.07.04.1969, S.13168.

³² RG., T.19.02.1960, S.10436.

³³ RG., T.05.02.1972, S.14090.

³⁴ RG., T.10.06.2003, S.25134.

³⁵ İş sırrı hakkında daha fazla bilgi için bkz. **UŞAN, Fatih**, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003.

³⁶ **SULU**, s.21.

³⁷ **KIRCA, Çiğdem**, “Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Prof.Dr.Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s.245; **BİLGE**, s.36; **KÖSEALİOĞLU, Ebru**, “Know-How Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Patentten Farkları”, Hukuk Gündemi, Yaz 2007, Sayı 8, s.135; Rekabet Kurulu’nun 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup

tecrübeler genellikle gizli olmakla birlikte, böyle olması zorunlu değildir³⁸. Örneğin, işletmenin yönetilmesi, ürünün üretim tarzı know how kapsamına girer³⁹.

Müşteri sırrı, işletmenin ticari faaliyetleri sırasında müşterileriyle ilgili öğrendiği ve gizli tutmak zorunda olduğu bilgiler şeklinde tanımlanmaktadır. Müşteri sırları özellikle müşterilerin ekonomik durumlarına ilişkindir⁴⁰. Ticari sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nın 2(c) maddesi uyarınca müşteri sırrı, *“ticari işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsi, iktisadi, mali, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan ve dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeleri”* ifade etmektedir. Görüldüğü üzere müşteri sırrı ile ticari sır aynı değildir⁴¹.

Şirket sırrı, iş sırrından daha dar kapsamlıdır. İş sırrı genel iş ile ilişkilendirilmektedir. Oysaki şirket sırrı sadece şirketin işleyişiyle, menfaatleriyle ilgilidir⁴².

II. TİCARİ SIRRIN UNSURLARI

Ticari sır korumasının konusunu bir bilgi oluşturmaktadır. Ticari sır kavramının tanımlanması için öncelikle ortada bir bilgi olmalıdır. Bilginin yazılı olması veya olmaması burada önem arz etmez. Bilginin fikri mülkiyet hakkı korumasından yararlanıp yararlanmaması da ticari sır olarak nitelendirilmesinde rol oynamaz. Bilginin karmaşık ya da basit olması da önemli değildir. Bilgi pozitif olabileceği

Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No : 2002/2'de know how'un tanımı şu şekilde yapılmaktadır: *“Know-how: Sağlayıcının tecrübe, denemeleri sonucu elde ettiği ve patentli olmayan, uygulamaya yönelik, gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi anlamına gelir. Bu tanımdaki;*

1) “Gizli” kavramı, know-how'ın bir bütün halinde veya parçaları tam olarak biraraya getirildiğinde ve birleştirildiğinde dahi herkes tarafından bilinmemesini ya da kolaylıkla erişilebilir olmamasını, 2) “Esaslı” kavramı, know-how'ın, anlaşma konusu malların veya hizmetlerin kullanılması, satımı veya yeniden satımı bakımından alıcı için vazgeçilmez bilgiler içermesini,3) “Belirlenmiş” kavramı, know-how'ın, gizli ve esaslı olma şartlarını taşıdığını doğrulayabilmek için, yeterince geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış olmasını ifade eder.”

³⁸ KIRCA know how'un unsurlarını şu şekilde sıralamaktadır: 1) teknik ve ticari alandaki bilgilerden oluşması, 2) herkesin kolaylıkla elde etmesi mümkün olmayan bilgilerden oluşması, 3) know how'u oluşturan bilgilerin patent alınarak korunmamış olması, 4) üçüncü kişilere aktarılabilir bilgiler olması. Kırca, s.245 vd.

³⁹ YASAMAN, Hamdi, “Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s.368.

⁴⁰ BİLGE, s.34; SULU, s.22.

⁴¹ SULU, s.22.

⁴² SULU, s.22; USLUEL, Aslı E., Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s.53-54.

gibi negatif de olabilir. Örneğin belli bir usulün işe yaramadığı, başarısız olduğu yönünde bir bilgiden rakipler haberdar olurlarsa artık o yönde para ve zaman harcamayacaklardır. Bilginin fiilen kullanılması gerekmez. Potansiyel olarak kullanılabilme olanağının olması yeterlidir⁴³.

Bir bilginin ticari sır niteliğinde olabilmesi için ikinci unsur ticari nitelikte olmasıdır. Bir başka deyişle bilginin tacirin ticari faaliyetleri ile ticari işletmesi ile ilgili olması gerekmektedir⁴⁴.

Bilginin, ticari sır niteliğinde olabilmesi için üçüncü unsur herkese açık olmamasıdır. Eğer ticari nitelikteki bilginin sır olma özelliği ortadan kalkarsa ticari sır özelliği de kaybolacaktır⁴⁵. Buradaki bilinmemesi unsuru patent hukukundaki yenilikten (Sınaî Mülkiyet Kanunu⁴⁶ m.83(1), (2)) farklıdır. Ticari sırrın konusu patent hukuku anlamında yenilik özelliğini içeren bir buluş olabileceği gibi yenilik özelliği taşımayan, stok durumu, yatırım planları gibi başka bilgiler de olabilir⁴⁷.

Bilginin ticari nitelikte olabilmesi için aranan dördüncü unsur ise ticari sır sahibinin sır tutma iradesinin olmasıdır. Buna göre ticari sır, sahibinin normalde bilinmeyen ancak gizli kalması yönünde bir isteğinin de olmadığı olay ve bilgilerden ayrıdır⁴⁸. Ticari sır sahibinin sır tutma iradesinde sırrın korunmasında ekonomik bir yararının olması ticari sırrın varlığına karar verilmesinde etkilidir. Sır tutma iradesi sır korumaya yönelik tedbirlerin alınmış olmasıyla görünür. Örneğin, gizlilik sözleşmelerinin yapılması, belgelerin gizlenmesi için güvenlik sistemlerinin kurulması, bilgisayarlara şifreler konması şeklinde tedbirler alınması bu kapsamda sayılabilir⁴⁹. Herkesçe bilinen bir bilgi ticari sır niteliğinde olmadığından ticari sır sahibinin bilginin sır niteliğinin korunması hususunda davranışlarına dikkat etmesi gerekir⁵⁰. Örneğin Amerika'da mahkemece verilen bir kararda yer aldığı üzere bir iş için gelen bir ziyaretçinin imalathanede gezdirilirken gizli bir üretim sürecini görmesi bilginin ticari sır olma niteliğini ortadan kaldıracaktır⁵¹. Bununla birlikte bir bilginin ticari sır

⁴³ BİLGE, s.17-18.

⁴⁴ BİLGE, s.18.

⁴⁵ INTERNATIONAL CHAMBER of COMMERCE, "Trade Secrets: Tools for Innovation and Collaboration", Innovation and Intellectual Property Series", By Jennifer Brant and Sebastian Lohse, 2014, s.5.

⁴⁶ RG., T.10.01.2017, S.29944.

⁴⁷ BİLGE, s.19-21.

⁴⁸ INTERNATIONAL CHAMBER of COMMERCE, s.5.

⁴⁹ BİLGE, s.27-28.

⁵⁰ ROWE, Elizabeth A., "Saving Trade Secret Disclosures on the Internet Through Sequential Preservation", Wake Forest Law Review, Volume 42, 2007, Number 1, s.17.

⁵¹ 77 Wn. App. 20, Precision Moulding v. Simpson Door, No. 33315-1-I. Division One. February 21, 1995, <http://courts.mrsc.org/appellate/077wnapp/077wnapp0020.htm> (Erişim 07.08.2016).

niteliğinin kaybedilmesi için herkesçe bilinmesi değil o bilgiden ekonomik yarar sağlayacak kişilerce bilinmesi yeterlidir⁵².

III. TİCARİ SIRRIN SAKLANMASINDA TEKNOLOJİDEN YARARLANILMASI

Ticari sırların teknolojinin gelişmesiyle birlikte elektronik ortamda saklanması giderek daha çok tercih edilmektedir. Ticari sır niteliğindeki bilgilerin kâğıt şeklinde arşivlerde depolanması yerine işletmelerin veri merkezlerinde ya da bulutta saklandığı görülmektedir⁵³. Teknoloji bu bağlamda bir yandan erişim ve saklama kolaylığı sağlamakta diğer yandan ticari sırların ele geçirilmesini veya üçüncü kişilere aktarılmasını kolaylaştırmaktadır.

A. Ticari Sırların İşletmenin Veri Merkezinde Saklanması

1. Genel Olarak

Tacir işletmesinin içinde veya işletmenin merkezinden başka bir yerde bulunan bilgisayarlarda ya da sunucularda⁵⁴ ticari sır niteliğindeki verilerini saklayabilir. İşletmenin büyüklüğüne göre daha isabetli bir şekilde ifade etmek gerekirse sahip olunan verilerin hacmine göre tek bir bilgisayarın kullanılması söz konusu olabileceği gibi bir odayı ya da bir fabrika binasını doldurabilecek kadar büyüklükte sunucular da kullanılabilir. Burada ifade etmek istediğimiz tacirin herhangi bir dış kaynaktan yardım almaksızın kendi imkânlarıyla sahip olduğu bilgisayarlarda ya da sunucularda ticari sırlarını ya da daha kapsayıcı şekilde ifade etmek gerekirse işletmeye ilişkin tüm verilerini muhafaza etmesidir.

2. İşletmenin Veri Merkezinde Ticari Sırların Saklamasında Dikkat Edilecek Hususlar

Tacirin, ticari sırlarını işletmenin veri merkezinde saklaması durumunda karşılaşılabileceği çeşitli sorunlar söz konusudur. Bunlara karşı alınabilecek teknik ve hukuki önlemler vardır.

Tacirin ticari sırlarını veri merkezinde saklaması durumunda dikkat etmesi gereken hususlardan ilki çalışanlarla ilgilidir. İşletmenin veri merkezinde

⁵² **DHULIA, Khyati**, Trade Secrets in Cloud Computing, University of Washington School of Law, Final Thesis Paper, Spring 2010, s.29.

⁵³ **ALMELING, David**, "Seven Reasons Why Trade Secrets Are Increasingly Important", Berkeley Technology Law Journal, Vol.27, Issue 2, Fall 2012, s.1117.

⁵⁴ Sunucu da bir bilgisayardır. Ancak kişisel bilgisayarlardan farklı olarak sunucular daha gelişmiş bilgisayarlardır ve bilgisayarın bilgisayarla iletişimi için tasarlanmıştır. Sunucular, merkezi olarak yönetilebilir, uzun ömürlüdür ve yüksek işyüküne dayanıklıdır. Kişisel bilgisayarlar ise bilgisayar insan iletişimi için tasarlanmıştır. Daha kısa ömürlüdür. Daha geniş teknik açıklama için bkz. <https://www.quora.com/What-is-the-difference-between-servers-and-desktops-workstations> (Erişim 12.06.2017).

saklanan ticari sırların üçüncü kişilerce öğrenilmesine çalışanların neden olabildikleri bilinmektedir. Şöyle ki, çalışanların, üçüncü kişilere ticari sırları elektronik ortamda göndermesi veya kopyaladıkları ticari sır niteliğindeki dosyaları işten ayrılmalarından sonra yanlarında götürmeleri ihtimal dâhilindedir. Çalışanların ticari sırları üçüncü kişilerle paylaşmasına bir örnek 2010 yılında General Motors Şirketi'nin hibrid motorlarla ilgili değeri milyonlarca dolarla ölçülen planları içeren bilgisayardaki 16.262 dokümanının iki çalışan tarafından kopyalanarak bir Çinli otomobil üreticisine verilmesi gösterilebilir⁵⁵. Bir başka örnek olarak *Charles Schwab&Co. v. Carter* davasına konu olan olay gösterilebilir. Dava, satış teklifi rakibi tarafından reddedilen şirketin rakibin çalışanına maddi karşılık sağlamak suretiyle rakibin finansal yazılım modelini ele geçirmesine ilişkindir. Bu çalışanın şirketteki görevi bilgi işlem merkezi yöneticiliği olduğundan görevi nedeniyle şirkette bulunan on beş gizli bilgisayar dosyasına erişmesi mümkün olmuştur. Olayda çalışan bütün bu dosyaları elektronik posta yoluyla rakibe göndermiştir⁵⁶.

Çalışanların sosyal medyada aslında kötüniyetli olmaksızın ticari sırları arkadaşları ile paylaşması da ihtimal dâhilindedir. Tacir işletmedeki çalışanların sosyal medya kullanımıyla ilgili bir politika geliştirmeye dikkat etmelidir. Örneğin işletmede sosyal medya kullanımıyla ilgili kurallar tespit edilerek çalışanların hiçbir şekilde işletmeden ya da ticari sırlardan bahsedemeyeceği yer alabilir. Çalışanların sosyal medya hesaplarında örneğin Facebook, Twitter gibi sitelerde herhangi bir ticari sırrı paylaşmaları bu sitelere o bilgiye bağlantı (*link*) verme ya da o bilgiyi kullanabilme imkânı doğurabilir. Elbette bu sitelerin üyelik sözleşmelerindeki şartlar gereği başka haklara sahip olmaları da gündeme gelebilir. Bu itibarla çalışanların sosyal medya kullanımı konusunda eğitilmesi gerekir⁵⁷.

Günümüzün teknolojik imkânlarıyla evden çalışanların (*home office*) ya da tatilde veya işyerinden uzakta olan çalışanların bilgilere ulaşabilmesi sağlanmaktadır. Çalışanlar bu durumda ticari sır niteliğindeki dosyaları işletmedeki bilgisayarlardan kendi bilgisayarlarına aktarabilmektedirler. Başka bir ihtimal çalışanların işletmedeki bilgisayarlardan ticari sır niteliğindeki dosyaları kendilerine ait buluta aktarmaları olabilir. Burada da çalışanların

⁵⁵ **BOND Jr., Vince**, "U.S. Judge Sentences Couple to Jail for Stealing GM Trade Secrets", *Automotive News*, Yayınlanma tarihi 01 Mayıs 2013, <http://www.autonews.com/article/20130501/OEM06/130509970/u.s.-judge-sentences-couple-to-jail-for-stealing-gm-trade-secrets> (Erişim 21.10.2016).

⁵⁶ *Charles Schwab & Co., Inc. v. Brian D. Carter, Acorn Advisory Management, L.L.C., et al.* (Internet Library of Law and Court Decisions), http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case403.cfm (Erişim 13.11.2016).

⁵⁷ **MILLIGAN, Robert M./SALINAS, Joshua**, "A Brave New World: Protecting Information (Including Trade Secrets) in the Cloud and in Social Media", *NYSBA Bright Ideas*, Spring/Summer 2012, Vol.21, No.1, s.7.

bulut kullanımında bulut bilişim sözleşmesini dikkatle incelemeleri ve bulutta saklanan bilgilerin ticari sır niteliğini kaybetmediğinden emin olmaları gerekmektedir⁵⁸.

İşletmenin veri merkezinde saklanan ticari sırların üçüncü kişilerce virüs içeren elektronik postalar gönderilmek suretiyle işletmenin bilgisayarlarına virüs bulaştırılarak ele geçirilmeleri söz konusu olabilir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde davaya konu olan bir olayda alüminyum üreticisi Alcoa Şirketi'nin ticari sırlarını ele geçirebilmek için çalışanlarına virüs içeren elektronik postalar gönderilmiştir. Bu yöntemle oltalama (*phishing*) denilmektedir⁵⁹.

İşletmedeki bilgisayarlarda saklanan ticari sırların ele geçirilmesine *Physicians Interactive v. Lathian Sys.* davası da örnek verilebilir. Bu davada, davalı şirket ve bir çalışanı hakkında rakip davacı şirketin İnternet sitesine elektronik robot yazılımlar göndermek suretiyle saldırı düzenledikleri ve gizli kaynak kodlarını ve gizli müşteri bilgilerini çaldıkları ileri sürülmüştür⁶⁰.

Tacir eğer ticari sır niteliğindeki verileri kendi imkânlarıyla işletmesindeki veri merkezinde saklıyorsa siber saldırılara karşı gerekli teknik altyapıyı kurmalı ve çalıştırmalı ve teknolojik önlemleri almalıdır. Bu kapsamda düzenli olarak güncellenen virüs yazılımlarının kullanılması gerekmektedir. Ayrıca bilgisayarlarda güvenlik duvarının bulunmasına dikkat edilmelidir. Veri merkezi ile ilgilenecek teknik personelin çalıştırılması veya işletmenin büyüklüğüne göre dışarıdan bu konuda hizmet alınması gerekebilir. Teknik hususlarla ilgilenen bir personelin olması durumunda ticari sır niteliğindeki verilere erişimin sadece yetkili kişilere tanınması gerekir. Dışarıdan hizmet alınması durumunda bu kişilerle yapılacak hizmet sözleşmelerinin şartlarına dikkat edilmesi, sözleşmelere gizlilik şartı konulması düşünülebilecektir. Tacirin işletmede çalışan yardımcı, işçi, vekil gibi kişilere ve özellikle ticari sır niteliğindeki bilgilere erişimi olan çalışanlara bunların korunması hususunda dikkatli davranmaları konusunda gerekli uyarıları yapması, gerekirse eğitim vermesi ve bilinçlendirmesi gerekmektedir. Bunun için kitapçıklar, broşürler hazırlanabilir. İşe yeni alınan çalışanlar için tanıtım ve bilgilendirme toplantıları yapılabilir. Çalışanların ticari sır niteliğindeki bilgileri, tedarikçilerle

⁵⁸ **WARE, James**, "IP, Trade Secrets and Employee Mobility", Essential California Legal Content, Week of November 25, 2013, Vol. 137, No.46.

⁵⁹ **U.S. DEPARTMENT of JUSTICE**, "U.S. Charges Five Chinese Military Hackers with Cyber Espionage Against U.S. Corporations and a Labor Organization for Commercial Advantage", Yayınlanma tarihi 19 Mayıs 2014, <https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/pittsburgh/news/press-releases/u.s.-charges-five-chinese-military-hackers-with-cyber-espionage-against-u.s.-corporations-and-a-labor-organization-for-commercial-advantage> (Erişim 09.11.2016).

⁶⁰ **ROWE**, RATs, s.405.

ya da başkalarıyla paylaşmaları ihtimaline karşılık teknik personel dışındaki çalışanlarla da gizlilik sözleşmesinin yapılmasına ya da hizmet sözleşmelerinde gizliliğin korunmasına ilişkin şartların bulunmasına dikkat edilmelidir. Özellikle bir şirket bünyesinde veya bir araştırma geliştirme laboratuvarında çalışacak olan kişilerle yapılacak işe alım sözleşmelerinde rekabet yasağına, ticari sırların rakiplere açıklanmamasına ilişkin şartların yer alması gerekmektedir⁶¹.

Elektronik ortamda bulunan ticari sır niteliğindeki veri ele geçirildiğinde genellikle bir kopyası alınmakta orijinal dosya yerinde bırakılmaktadır. Dolayısıyla ticari sır niteliğindeki verinin kopyalandığının anlaşılması bazen haftalar hatta çok daha uzun zaman alabilmektedir. Bu nedenle ticari sırrı ele geçiren kişinin eğer bir çalışan değilse kimliğinin tespiti de zordur⁶². Bir çalışan işten ayrıldığında onun kullandığı bilgisayar içinden herhangi bir dosyanın alınıp alınmadığı bakımından incelenebilir. İşletme bilgisayarlarında ticari sır niteliğindeki dosyaların isimlerinin “gizlidir” ve “ticari sır içerir” gibi ifadeleri içerir şekilde olması bunların izinsiz bir şekilde ele geçirilmesine engel olamayacaksa da yargılama sırasında çalışanın bu dosyaların gizliliği konusunda uyarıldığı yönünde yeterli çabanın gösterildiğinin ispatı açısından faydalı olacaktır⁶³. Ticari sırlarla ilgili uyuşmazlıklarda ticari sır olduğu iddia edilen bilginin niteliğinin belirlenmesi için çaba harcandığından davacının ticari sır olduğunu iddia ettiği bilginin bu niteliğini kanıtlayamaması nedeniyle reddedilen davalar olabilmektedir⁶⁴. Bu itibarla tacirlerin ticari sırlarını çalışanları bakımından belirgin hale getirilmesi önemlidir.

Ticari sırların saklandığı bilgisayarların bilgisayar korsanlarının (*hacker*⁶⁵) saldırılarına karşı korunması gerekecektir. Bilgisayar korsanlarının veya rakiplerin ticari sırları ele geçirmek üzere teknolojiyi kullanarak birtakım girişimlerde bulunmaları söz konusu olabilir. Günümüzde teknolojinin geldiği düzey dikkate alındığında bu hususta bir uyarı mekanizmasının geliştirilmesi de önemlidir. Bunun için sadece yetkili personelin ticari sır niteliğindeki bilgilere erişiminin teknik olarak sağlanması, güvenilir parola veya şifrelerin

⁶¹ **KUMAR, Ranjeet/TRIPATHI, R.C./TIWARI, M.D.**, “Trade Secrets Protection in Digital Environment A Global Perspective”, International Journal of Economics and Management Sciences, Vol.2, No.4, 2012, s.2.

⁶² **ROWE, RATs**, s.393.

⁶³ **BRADFORD, Benjamin J./MALESON, Justin A./WERNER, Micheal T.**, “Protecting Trade Secrets Stored in the Cloud”, American Bar Association, Section of Litigation Intellectual Property, March 28, 2014.

⁶⁴ All Business Solutions, Inc., 629 F. Supp. 2d 553 (W.D. va. 2009) davası (**WARE**).

⁶⁵ *Hacker* ya da bilgisayar korsanı, bir bilgisayar sistemine bilgi edinmek, bilgileri çalmak, bilgilere zarar vermek gibi amaçlarla yetkisiz olarak giren kişidir. <http://www.merriam-webster.com/dictionary/hacker> (Erişim 17.02.2016); <http://www.webopedia.com/TERM/H/hacker.html> (Erişim 17.02.2016); Hacktivizmin hukuki açıdan değerlendirilmesi hakkında bkz. **DÜLGER**, 184 vd.

kullanılması, herhangi bir veri⁶⁶ ihlali ya da şifrenin ya da parolanın kırılması durumunda uyarı veren sistemin geliştirilmesi gerekmektedir⁶⁷.

Ticari sırların üçüncü kişilerce ele geçirilmesinde sadece bilgisayarlar değil veri saklayabilen, bilgi işleme özelliği olan diğer cihazlar da saldırıya uğrayabilir. Örnek olarak akıllı otomobiller, uçaklar, tıbbi cihazlar bu kapsamda sayılabilir. Nitekim nesnelerin İnterneti teknolojisi sayesinde ileride tüm akıllı cihazların birbirleriyle bağlantılı olması ticari sırların ele geçirilmesi bakımından saldırılara açık ağlar yaratacaktır⁶⁸.

Tacirlerin özellikle ticaret şirketlerinin İnternet üzerinden birbirleriyle bağlantı kurmalarının her geçen gün artması nedeniyle elektronik ortamda saklanan ticari sırların daha da saldırıya açık hale geldiği bilinmektedir. Bu itibarla siber güvenlik konusuna önem verilmesi, bu alanda gerekli harcamaların yapılması ve önlemlerin alınması gerekmektedir. Ancak uygulamada bu konuda işletmelerin yeterince farkındalık taşımadığı ve bu konuda yeterli yatırımda bulunmadığı gözlemlenmektedir⁶⁹.

Bir işletmede veri merkezi ayrı bir binada kapısında bir güvenlik görevlisi olan bir şekilde yapılandırılmış olsa da her zaman için doğal afet riski ya da güvenlik görevlisinin kabloları basma riski, bilgisayarlara sıvı dökme riski vardır. Bu nedenle verileri yedekleme düzenli olarak yapılmalıdır.⁷⁰

⁶⁶ Veri ve bilgi aynı değildir. Bilgi verinin analiz edilmesiyle elde edilir. <http://www.business2community.com/strategy/difference-data-information-0967136> (Erişim 17.11.2016).

⁶⁷ **GOWEN, Nicholas A./SCHWARTZ, Honigman Miller /Cohn LLP**, "Protecting Trade Secrets in the Cloud", The National Law Review, October 20, 2014, s.2.

⁶⁸ Nesnelerin İnterneti hakkında açıklamalar ve konuyla ilgili hukuki sorunlar için bkz. **BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru**, "Nesnelerin İnternetinin Hukuki Yönden İncelenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 2, Y.2015, Basım Yılı Nisan 2016, s.113-139, http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2016/05/arma%C4%9Fan_bozkurt_y%C3%BCksel.pdf (Erişim 14.11.2016); Bazı şirketler güvenlik açıklarının olup olmadığını tespit edebilmek için *hacker* (bilgisayar korsanı) kiralamakta ve ondan sistemde bir açık var mı diye test etmesini istemektedir. Bazı şirketler ise kendilerine yönelik bir *hacker* saldırısı olduğunda karşı saldırıda bulunmayı tercih etmektedir. **ROWE, RATS**, s.405-413.

⁶⁹ **ÖZDEN, Serkan**, "Bilgi Güvenliği Konusunda Firmalar Ne Kadar Bilinçli?"; http://wise.web.tv/video/bilgi-guvenligi-konusunda-firmalar-ne-kadar-bilincli__atblx3js2es (Erişim 14.11.2016).

⁷⁰ İşletmenin merkezinden uzakta bir veri merkezinde ticari sırlar saklanabilir. Bunlara *lights out datacenter* denmektedir. Karanlık veri merkezi olarak tercüme edilebilecek bu terim, içinde personel bulunmayan, her işin uzaktan bağlanılarak yapıldığı veri merkezi anlamındadır. Veri merkezinin işletmenin ya da şirketin merkezinden başka bir binada, başka bir yerde, başka bir ülkede olması dahi mümkündür. Hiçbir insan hatasının oluşmaması için (kabloların üzerine basılması, cihazların üzerine içecek dökülmesi, kapının açılması gibi hatalar) her şey uzaktan kontrol edilmektedir. <http://www.techopedia.com/definition/26965/lights-out-data-center> (Erişim 07.03.2015); Konu ile ilgili diğer bilgiler için bkz. **BOZKURT YÜKSEL**,

İşletmedeki veri merkezinde saklanan ticari sır niteliğindeki dosyaların ele geçirilmesi ya da zarar görmesi durumunda tacirin maddi zarara uğraması söz konusu olabilir. Tacirin ticari sırlarını içeren dosyalar dışında elektronik ortamda tutulan ticari defterlerinin de ele geçirilmesi ya da zarar görmesi söz konusu olabilir. Bu itibarla siber risk sigortası yapılması düşünülebilir. Siber risk sigortası, kişisel veya kurumsal verilerin ihlali nedeniyle doğabilecek zararları, ağ güvenliğine yapılan saldırılar veya ağ kesintisi nedeniyle yaşanan aksaklıklardan doğabilecek net kâr kaybını, yaşanan bu tarz durumların itibar kaybına neden olmaması için yapılması gereken masrafları karşılayan sigortadır⁷¹.

Günümüzde işletmeler ve şirketler rekabette geri kalmamak için teknolojiyi yakından takip etmek, getirdiği kolaylıklardan yararlanmak durumundadır. Bununla birlikte teknolojinin getirdiği risklere karşı yine teknik ve hukuki imkânları kullanarak kendilerini koruyabilirler⁷².

B.Ticari Sırların Saklanmasında Bulut Bilişim Teknolojisinin Kullanılması

1. Genel Olarak Bulut Bilişim

Ticari sırların bulutta saklanmasından bahsetmeden önce genel olarak bulut bilişimin ne olduğu ve nasıl kullanıldığı hakkında bilgi vermek isabetli olabilir.

Bulut bilişim veri depolamanın ve diğer imkânların uzaktaki üçüncü bir kişiden alınmasını (*outsorce*) sağlamaktadır. Bulut bilişim teknolojisi işletme sahiplerine pek çok kolaylık sağlamaktadır. Gün geçtikçe daha çok işletme bilgi teknolojileri uygulamalarını ve verilerini buluta taşımakta, böylelikle müşterilerinin yeni taleplerini karşılayabilmektedir. Bilgi teknolojileri altyapısının yönetimi ve işletilmesi bulut bilişim sayesinde dış kaynaktan temin edilebilmektedir. Bu sayede işletmeler kendi asıl uzmanlık alanlarına daha fazla yoğunlaşabilmektedir⁷³.

Bulut Bilişim, s.127.

⁷¹ <https://sigortateklif.net/siber-risk-sigortasi.php> (Erişim 10.11.2016); **SADIÇ, A.Burak**, “Siber Risk Sigortaları Nasıl Ele Alınmalı?”, Siber Bülten, Yayınlanma Tarihi 04.10.2015, <https://siberbulten.com/makale-analiz/siber-risk-sigortalari-nasil-ele-alinmali/> (Erişim 10.11.2016).

⁷² Gelişen teknolojilerin geleneksel iş modellerini nasıl değiştirdiği hakkında bkz. **BUGHIN, Jacques/CHUI, Michael/MANYIKA, James**, “Clouds, big data, and smart assets: Ten tech-enabled business trends to watch”, McKinsey Quarterly, <http://www.mckinsey.com/industries/high-tech/our-insights/clouds-big-data-and-smart-assets-ten-tech-enabled-business-trends-to-watch> (Erişim 04.12.2016).

⁷³ **KERTESZ, Attila/VARADI, Szilvia**, “Legal Aspects of Data Protection in Cloud Federations”, Security, Privacy and Trust in Cloud Systems, Editors Surya Nepal, Mukaddim Pathan, Springer, Verlag Berlin Heidelberg 2014, s.433.

Bulut hizmeti, kullanıcı taleplerine göre artırılabilen ya da azaltılabilen oranda, bir ağ üzerinden –tipik olarak İnternet üzerinden- bilişim kaynaklarının sağlanması hizmetidir. Kullanıcılar ihtiyaç duyduklarında bu hizmetten yararlanarak bilişim teknolojilerini kendileri satın almak yerine üçüncü kişilerden kiralamaktadırlar⁷⁴. Bulut hizmeti tacirler açısından bakıldığında işletmelerinde yer, zaman, güç ve maliyet tasarruf yapmalarını sağlamaktadır⁷⁵.

Bulut hizmetini sunan kişi ya da kuruluş bulut hizmeti sağlayıcı (*cloud service provider*) ya da bulut sağlayıcı (*cloud provider*) olarak ifade edilebilir. Bulut hizmeti sağlayıcı gerçek kişi olabileceği gibi bir şirket veya gelir elde etme amacı olmayan bir kuruluş, bir devlet kuruluşu ya da başka bir kuruluş olabilir. Bulut hizmeti sağlayıcı başka bir kişi ya da kuruluş adına veri saklayan kişidir⁷⁶. Bulut hizmeti sağlayıcı hizmet verirken kullandığı yazılım veya donanımların sahibi olmayabilir. Bulut hizmeti sağlayıcı yazılım veya donanım kaynaklarını üçüncü kişilerden temin etmek suretiyle de kullanıcıya veri işleme⁷⁷ hizmeti verebilir⁷⁸. Bulut bilişimde kullanıcı/müşteri, bulut bilişim hizmetinden yararlanan kişidir. Kullanıcı bir gerçek kişi, bir tüzel kişi, bir devlet kuruluşu ya da başka bir kuruluş olabilir⁷⁹.

Kullanıcı, bulut hizmeti sağlayıcı ile bir bulut bilişim sözleşmesi yapmak suretiyle bulut hizmetinden yararlanabilmektedir. Bazı bulut hizmeti sağlayıcılar kullanıcılardan ücret almakta, bazıları ise almamaktadır. Buradaki ücretin bir kira bedelinden ziyade hizmet sağlayıcının işgörme edimi karşılığında olduğu belirtilmektedir⁸⁰.

⁷⁴ HON, W. Kuan/MILLARD, Christopher, “Cloud Technologies and Services”, Cloud Computing Law, Editör Christopher Millard, Oxford University Press, Croydon 2013, s.3.

⁷⁵ HURWITZ, Judith/BLOOR, Robin/KAUFMAN, Marcia/HALPER, Fern, Cloud Computing for Dummies, Wiley Publishing, Inc., Indianapolis 2010, s.10.

⁷⁶ GELLMAN, Robert, “Privacy in the Clouds: Risks to Privacy and Confidentiality from Cloud Computing”, World Privacy Forum, February 23, 2009, s.7, http://www.worldprivacyforum.org/www/wprivacyforum/pdf/WPF_Cloud_Privacy_Report.pdf (Erişim 17.03.2015).

⁷⁷ Veri işleme, “verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade eder.” Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 3(e)’de kişisel verilerin işlenmesi tanımlanmıştır. 6698 sayılı Kanun, RG., T.07.04.2016, S.29677.

⁷⁸ WEICHERT, Thilo, “Cloud Computing & Data Privacy”, The Sedona Conference Working Group Series, February 2011, s.2, <https://www.datenschutzzentrum.de/cloud-computing/20100617-cloud-computing-and-data-privacy.pdf> (Erişim 24.11.2016).

⁷⁹ GELLMAN, s.5.

⁸⁰ BAŞGÜL, Mürsel/CHOUSEİNOGLOU, Oumot, “Bulut Bilişim Kapsamında Ortaya Çıkabilecek Hukuki Sorunlar”, 6.Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı Bildiriler Kitabı, Ankara 2013, s.212.

2. Bulut Bilişim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Bulut verilerinin saklanması nedeniyle bulut bilişim sözleşmesinin bir saklama sözleşmesi olabileceği ileri sürülebilir. Doktrinde *BAŞGÜL ve CHOUSEİNOGLOU* saklama sözleşmesinin tam olarak bulut bilişim sözleşmelerinin özelliklerini karşılamayabileceğini belirtmektedirler. Buna gerekçe olarak da saklama sözleşmesinin konusunun bir taşının güvenli bir yerde saklayan tarafından koruma altına alınmasını göstermektedirler (TBK m.561). Kullanıcının verileri taşınır olarak nitelendirilse dahi bulut bilişim sözleşmesinin saklama sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin mümkün olmayacağını belirten yazarlar, bulut bilişim sözleşmelerinde sadece verilerin saklanması değil, yazılım, bakım hizmetlerinin verilmesi edimlerinin de bulunduğunu da ifade etmektedirler. Ancak sonuç olarak yazarlar saklama sözleşmesine ilişkin klasik hukuk ilkelerinin bilişim hukukuna da uygulanabilecek evrensel kurallar olduğu görüşünü ifade etmektedirler⁸¹.

FISCHL ve *WEIMER*, birden fazla sözleşmenin özelliğini taşıyan karma sözleşmelerden bahsederek, karma sözleşmelerde sözleşmedeki temel unsurun, hangi sözleşmenin özelliği daha ağır basıyorsa onun sözleşmenin hukuki niteliğini belirleyebileceğini ifade etmektedirler. Bu bakımdan bulut bilişim sözleşmesini de karma sözleşme olarak görmektedirler. Bulut bilişim sözleşmesinde saklama, kira, hizmet sözleşmesinin özelliklerinin görüldüğünü belirtmektedirler⁸².

Bulut bilişim sözleşmesinde kiralama, saklama, satış dışında eser ve vekâlet sözleşmesine ait unsurlar da yer alabilir. Bulut bilişim sözleşmesinde değişik sözleşmelerin unsurları veya değişik sözleşmelerin tarafların iradesi ile bir araya getirilmesi söz konusudur⁸³. *BOZBEL* bulut bilişim sözleşmesinin karma sözleşme niteliğinde olduğu görüşündedir. Yazar, hafıza kapasitesinin kullanıma hazır tutulmasının bir kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini, erişim sunma, bakım ve bulutun kullanımında destek verilmesi edimlerinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Uygulama yazılımlarının kurulumu ve uyarlanması ise eser sözleşmesi vasıflarını taşımaktadır⁸⁴.

⁸¹ **BAŞGÜL/CHOUSEİNOGLOU**, s.212.

⁸² **FISCHL, Thomas/WEIMER, Katharina A.**, "Cloud Computing-A German Perspective", *Transcending the Cloud, A Legal Guide to the Risks and Rewards of Cloud Computing*, ReedSmith, s.3, <http://www.reedsmith.com/files/Publication/cf6df614-498c-4c92-979c-454346c15369/Presentation/PublicationAttachment/131ec3c6-65ff-45e4-bca1-f5628e478465/Cloud%20Computing%20-%20Germany%20Chapter%20ONLY%20-%2008.12.10.pdf> (Erişim 04.01.2015).

⁸³ **BAŞGÜL/CHOUSEİNOGLOU**, s.212; **WEICHERT**, s.3.

⁸⁴ **BOZBEL, Savaş**, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.476.

Esasen burada Türk hukuku açısından kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesi söz konusudur⁸⁵. Dolayısıyla kanaatimizce de birden fazla sözleşmenin özelliğini taşıyan bulut bilişim sözleşmesinin hukuki niteliği için karma sözleşmedir denebilir.

3. Bulut Hizmeti Modelleri

Bulut hizmetinde hizmet modelleri temel olarak üç çeşittir⁸⁶. Bulut hizmet modelleri en dar kapsamlı olandan en geniş kapsamlı olana doğru sıralanacak olursa:

- Bir hizmet olarak Altyapı (*IaaS-Infrastructure as a Service*): ham bilişim kaynaklarının müşteriye sağlandığı hizmet modelidir; veri işleme, depolama, ağ gibi temel bilişim kaynakları sunulur. Örnek olarak Amazon S3, SQL Azure verilebilir⁸⁷.
- Bir hizmet olarak Platform (*PaaS-Platform as a Service*): yazılım uygulamalarının geliştirilmesi ve dağıtımı için platformların sağlandığı hizmet modelidir; hizmet sağlayıcının programlama dili, kütüphanesi veya araçları kullanılarak uygulamalar yaratılır ve dağıtılır. Örnek olarak Force.com, Google App Engine, Windows Azure (Platform) verilebilir⁸⁸.
- Bir hizmet olarak yazılım (*SaaS-Software as a Service*): son kullanıcılar hizmet sağlayıcının bulut altyapısında sunduğu uygulamaları kullanmaktadır⁸⁹. Örnek olarak Google Docs, Salesforce CRM, SAP Business by Design verilebilir⁹⁰.

⁸⁵ Karma sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.13; Elektronik ortamda hizmet sunumunu konu eden elektronik sözleşmelerin genellikle hazır olmayanlar arasında yapıldığı ve hukuki niteliği itibarıyla katımlı ve mesafeli sözleşmeler olduğu hakkında bkz. **AKKURT, Sinan Sami**, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, AÜHFD, 60(1), 2011, s.30.

⁸⁶ **TÜBİTAK Ulusal Elektronik ve Kriptoloji Araştırma Enstitüsü (UEKAE)**, Yakup Korkmaz, “Bulut Bilişim: Türkiye İçin Fırsatlar”, http://www.tubitak.gov.tr/tubitak_content_files/bilgi-guvenligi/sunular/Korkmaz_Bulut_Bilisim.ppt (Erişim 22.11.2014).

⁸⁷ **European Commission Information Society and Media**, “The Future of Cloud Computing - Opportunities for European Cloud Computing Beyond 2010”, Expert Group Report, s.9, <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/cloud-report-final.pdf> (Erişim 22.01.2015).

⁸⁸ **European Commission Information Society and Media**, s.10.

⁸⁹ *SaaS* şeklindeki bulut bilişim hizmeti en çok tercih edilen modeldir. Kullanıcıların herhangi özel bir yazılım indirmeden bulut yazılım uygulamasını kullanmalarına imkân sağlamaktadır. 2011 yılında Birleşik Krallık merkezli 300 işletme arasında yapılan bir anketle kullanıcıların en çok kullandıkları uygulamaların elektronik posta, yedekleme/kurtarma, depolama ve ağ sayfalarını barındırma (*web hosting*) hizmetleri olduğu görülmüştür. **HON/MILLARD**, s.4; *SaaS* modelinde bulut bilişim hizmeti örneği olarak Facebook verilebilir. *SaaS* modelindeki bulut ile paylaşım uygulamaları da dâhil sosyal ağ sağlanmaktadır. Facebook hizmet sözleşmesi için bkz. <https://www.facebook.com/legal/terms> (Erişim 25.11.2014).

⁹⁰ **European Commission Information Society and Media**, s.10.

Bulut bilişimde kullanıma göre kurulum modelleri Amerika'da bulunan Ulusal Standartlar ve Teknoloji Enstitüsü'nün (*NIST-National Institute of Standards and Technology*) yaptığı⁹¹ sınıflandırmada dört tanedir⁹². Bunlar:

- Özel Bulut (*Private Cloud*): Tipik olarak farklı farklı kullanıcılar bulunmaktadır⁹³. Bu kurulum modeli daha çok bir hizmet olarak yazılım (*SaaS*) şeklindedir⁹⁴. Örneğin alışveriş hizmeti sunan eBay Şirketi bu kurulum modelini kullanmaktadır⁹⁵. Özel bulut aynı zamanda devlet veya bir şirketler grubu içinde kurulmuş bilgisayar ağlarını da içermektedir⁹⁶.
- Topluluk Bulutu (*Community Cloud*): Bu modelde altyapı ortak menfaatleri olan özel bir grup kullanıcıya aittir ya da onlar tarafından işletilmektedir ve paylaşılmaktadır. Örneğin bir devletin organları tarafından kullanılan ya da finansal hizmet veren şirketlerin birlikte kullandıkları bulut bu modeldir⁹⁷. Topluluk bulutunda değişik kuruluşlar altyapılarını bir özel veya kamu bulutu için birleştirmektedir⁹⁸.
- Genel bulut (*Public Cloud*): Altyapının aynı donanım veya yazılımı kullanan farklı kullanıcılar arasında kullanıldığı kurulum modelidir⁹⁹. Bu bulutu kullanan işletmeler maliyetleri azaltmak için hizmetlerini dışarıdan sağlamaktadır. Genel bulut daha çok büyük ve dünya çapındaki

⁹¹ NIST, The NIST Definition of Cloud Computing, Special Publication 800-145, s.3, <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf> (Erişim 24.11.2016).

⁹² HON/MILLARD, s.4.

⁹³ European Commission Information Society and Media, s.10.

⁹⁴ HON/MILLARD, s.4; Bu modele örnek Amerika Birleşik Devletleri'nin Alaska Eyaleti'nin uygulaması verilebilir. Alaska Eyaleti verilere daha hızlı ulaşabilmek, bölümlerdeki usuli uygulama farklılıklarını gidermek, bilgi merkezlerinde çalışanların hepsini aynı seviyeye getirmek için bulut bilişimi desteklemiş özel bulut uygulamasını başlatmıştır. CISCO, "State Government Deploys Private Cloud to Provide Services to Agencies", http://www.cisco.com/c/dam/en/us/solutions/collateral/data-center-virtualization/state_of_alaska_cs.pdf (Erişim 22.11.2014).

⁹⁵ VENKATRAMAN, Archana, "Case Study: How eBay Uses Its Own OpenStack Private Cloud", Computer Weekly, 18 June 2014, <http://www.computerweekly.com/news/2240222899/Case-study-How-eBay-uses-its-own-OpenStack-private-cloud> (Erişim 20.01.2015).

⁹⁶ WEICHERT, s.2.

⁹⁷ HON/MILLARD, s.4; Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri Kaliforniya Eyaleti'nde tüm devlet organları Kaliforniya'da yerleşik vatandaşların bilgileri konusunda aynı bulut bilişim altyapısını kullanmaktadır. <http://thecloudtutorial.com/cloudtypes.html> (Erişim 22.11.2014).

⁹⁸ KERTESZ/VARADI, s.434.

⁹⁹ Genel buluta örnek olarak Amazon Şirketi'nin sunduğu bir hizmet olan Amazon Elastic Compute Cloud (EC2), IBM Şirketi'nin sunduğu bir hizmet olan Blue Cloud, Google Şirketi'ne ait Google AppEngine ve Microsoft Şirketi'ne ait Windows Azure Services Platform verilebilir. <http://searchcloudcomputing.techtarget.com/definition/public-cloud> (Erişim 23.11.2014).

bilişim teknolojileri şirketleri tarafından hizmete sunulmaktadır. Amazon,¹⁰⁰ Google Apps,¹⁰¹ Microsoft, IBM burada örnek olarak gösterilebilir¹⁰².

- Karma/Melez bulut (*Hybrid cloud*): Yukarıdakilerin karışımı olan kurulum modelidir. Hibrid bulut hem özel hem de genel bulutun özelliklerini taşımaktadır. Ancak şu anda hibrid bulut kullanımı diğerlerine nazaran daha azdır¹⁰³.

Bu modellere Avrupa Komisyonu özel amaçlı bulutu da eklemektedir¹⁰⁴.

- Özel Amaçlı Bulut (Special Purpose Clouds): Özel fonksiyonlara sahip bir modeldir¹⁰⁵. Örnek olarak Google's App Engine verilebilir. Burada Google altyapısı kullanılarak çeşitli uygulamalar geliştirebilir veya çalıştırabilir. Özel amaçlı bulut kurulum modeli bir hizmet olarak platform (*PaaS*) modelidir¹⁰⁶. Bu bulut kurulum modeli diğer modellere nazaran daha da ihtisaslaşmış bir kurulum modelidir¹⁰⁷.

Uygulamada bu modeller dışında bir bulut hizmeti sağlayıcının diğer hizmet sağlayıcılar ile müşterileri arasında hiç kendi bulutunu kullanılmadan aracı olabildiği de görülmektedir¹⁰⁸.

C. Ticari Sırların Saklama Alanı Olarak Bulut

1. Bulut Kullanımının Ticari Sırlar Açısından Avantajları ve Dezavantajları

a. Avantajlar

Bulut bilişim işletmelere pek çok kolaylık sağlayabilir. Buluta yüklenen verilerin kaybolmaya, bozulmaya karşı korunması avantajlardan ilki olarak sayılabilir. Bulut hizmeti sağlayıcılar buluta yüklenen verileri, bozulmaya, yazılım veya donanımla ilgili hatalara karşı yedekleyebilir. Hatta işleğin aksamaması için depolanmış verileri aynı veri merkezinde ayrı bir donanımda kopyalayabilir. Bazı hizmet sağlayıcılar coğrafi olarak da farklı yerlerdeki sunucularda verileri kopyalayarak saklamaktadır. Böylelikle örneğin bir doğal afet durumunda bir

¹⁰⁰ <http://aws.amazon.com/> (Erişim 21.01.2015).

¹⁰¹ <https://www.google.com/work/apps/business/> (Erişim 21.01.2015).

¹⁰² WEICHERT, s.2.

¹⁰³ KERTESZ/VARADI, s.434.

¹⁰⁴ European Commission Information Society and Media, s.11.

¹⁰⁵ European Commission Information Society and Media, s.11.

¹⁰⁶ <https://cloud.google.com/appengine/docs/whatisgoogleappengine> (Erişim 21.01.2015).

¹⁰⁷ KERTESZ/VARADI, s.435.

¹⁰⁸ Bulutların birbirleri ile etkileşimli çalışması hakkında geniş açıklama için bkz. DMTF, "Interoperable Clouds", A White Paper from the Open Cloud Standards Incubator, http://www.dmtf.org/sites/default/files/standards/documents/DSP-ISO101_1.0.0.pdf (Erişim 23.01.2015).

veri merkezinde telafi edilemeyecek bir hasarın oluşması durumunda başka bir yerdeki veri merkezinde yer alan kopyalar kullanılabilir¹⁰⁹.

Bulut bilişimin ikinci avantajı ekonomiktir. Bulut bilişimde hizmet birden çok kişiye sağlandığı için sunucular, yazılımlar için yapılacak masraflar azalmaktadır. Dolayısıyla kullanıcıların ödediği ücret bireysel olarak bunları sağlamaya çalışsa yapacağı harcamaya göre düşük olmaktadır. Yazılımlar için ödeme sadece kullanılan kadar yapılmaktadır. Ayrıca bir lisans ücreti söz konusu değildir. İşletme bünyesinde bir veri saklama merkezi barındırmanın bakım ve güvenlik masrafları bulut bilişimin kullanılması ile ortadan kalkmaktadır¹¹⁰.

Bulut bilişim hizmeti, bilişim sistemlerinin ve güvenlik altyapısının sağlanması konusunda profesyonel bir hizmettir. Dolayısıyla asıl işi bilişim alanının dışında olan bir tacirin iyi çalışan ve güvenliği sürekli olarak sağlanan bir bilişim altyapısını kurması ve sürekliliğini sağlaması için ayrı bir mesai ve kaynak ihtiyacı vardır. Ayrıca asıl işi bu olmadığından tam olarak bu konuya odaklanması da çoğu zaman mümkün olamamaktadır¹¹¹. Oysa bulut bilişim hizmetinden yararlanmak suretiyle sürekli olarak işlerliği bulunan ve güvenliği sağlanan bir bilişim altyapısından yararlanmak mümkün hale gelmektedir.

b. Dezavantajlar

Bulut bilişim kullanıcılara pek çok kolaylık sağladığı gibi, teknik ve hukuki bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki İnternet'e bağlı olarak buluttaki kaynaklara ulaşıldığından eğer bağlantı kurulamazsa ya da uzun zaman alırsa bir yerde saklanan verilere başka bir yerden kullanıcının ulaşmasının zor olmasıdır¹¹². Verilerine erişemeyen veya zamanında erişemeyen işletmelerin zarar görmesi söz konusu olabilecektir.

Bulut bilişimde veri güvenliğinin ve gizliliğinin korunması en büyük sorunlardan biridir. Bulut bilişim kullanımında bazı verilerin ülke sınırları dışındaki bulutta saklanması nedeni ile ticari sırların korunması ile ilgili sorunlar mevcuttur¹¹³. Zira yurt dışında yerleşik bir bulut hizmeti sağlayıcının

¹⁰⁹ **HON/MILLARD**, s.10; Örneğin Google Şirketi, Google Apps kullanıcılarının tüm verilerinin afet ve acil durumlar için yedeklediğini belirtmiştir. Kullanıcıların yaptıkları her işlem aynı anda iki veri merkezinde yedeklenmektedir. Eğer doğal afet durumunda bir veri merkezi zarar görürse veriler diğer merkezine de aktarılmış olduğundan kullanıcılar verileri kaybetmemiş olacaktır. <http://googleforwork.blogspot.com.tr/2010/03/disaster-recovery-by-google.html> (Erişim 23.11.2014).

¹¹⁰ **MEMİŞ, Tekin**, "Bulut Bilişimde Fikri Hak Sorunları", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.320.

¹¹¹ **MEMİŞ**, s.321.

¹¹² **WEICHERT**, s.3; **BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU**, Bulut Bilişim, Ankara 2013, s.10.

¹¹³ **MEMİŞ**, s.322; **WEICHERT**, s.3.

yurtdışındaki sunucularında sakladığı ticari sırların söz konusu ülkedeki hukuk kuralları gereği yetkili otoriteler tarafından öğrenilmesi mümkündür.

2.Ticari Sırların Bulutta Saklanması ve Gizliliğin Korunması Sorunu

Teknoloji alanında büyük bir atılım olan bulut bilişim işletmeler için de büyük önem taşımaktadır. İşletmelerin bulut bilişimden yararlanmalarıyla birlikte artık kendi veri merkezlerinde verilerini saklamalarına gerek kalmamıştır. Bir işletmenin verilerini kendi bilgisayarlarında saklamak yerine uzakta bulunan üçüncü bir kişiye ait sunucularda saklaması bu verilerin gizliliği, güvenliği özellikle ticari sırlar bakımından ise bu sırların korunması ile ilgili hukuki sorunları gündeme getirmektedir¹¹⁴. Ticari sır niteliğindeki bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılması ve konumuz bakımından özellikle buluta yüklenmesinin bilgilerin ticari sır niteliğini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı hususu öne çıkmaktadır. Ticari sır niteliğindeki bilginin üçüncü kişilere açıklanması ya da transfer edilmesi durumunda, söz konusu üçüncü kişilerin gizliliğin korunması hususunda göstereceği gayretin ticari sır sahibi tarafından gözetilmesi gerekir¹¹⁵. Bir ticari sır sahibinin bilginin ticari sır niteliğini ortadan kaldırabilecek nitelikteki davranışı üç şekilde olabilir. Bunlar: ticari sır sahibinin yayın, patent başvurusu yoluyla ticari sırrı duyurması ya da tersine mühendislik¹¹⁶ yapılması mümkün bir ürün veya hizmet ile pazara sürmesi ve de herhangi bir gizlilik taahhüdü almadan başkalarına ticari sırrı açıklamasıdır¹¹⁷. Gizliliği koruma yükümlülüğünde bulunmayan bir üçüncü kişi ile ticari sır niteliğindeki bilgilerin paylaşılması durumunda paylaşımın niteliği dikkatle incelenmeli ve burada ticari sır niteliğini etkileyecek şekilde bir paylaşımın olup olmadığına bakılmalıdır. Bu itibarla ticari sırların nasıl ve nerede saklandığına, bu bilgilere kimlerin erişim yetkisinin bulunduğuna dikkat edilmesi gerekir. Ticari sırların korunması kapsamında bulut bilişimin sınırlı olarak kullanılması, buluta yüklenen diğer verilerle ticari sır niteliğindeki verilerin ayrılması gizliliğin

¹¹⁴ DHULIA, s.4.

¹¹⁵ SANDEEN, Sharon K., “Lost in the Cloud? The Trade Secret Implications of Cloud Computing”, 2011 MSBA Computer and Technology Law Institute, Minneapolis, October 20, 2011, s.59.

¹¹⁶ Tersine mühendislik, insan yapımı bir nesnenin/ürünün parçalara ayrılarak onun üretim ve çalışma prensiplerinin çıkarılması, belirlenmesi sürecini ifade etmek için kullanılmaktadır. SAMUELSON, Pamela/SCOTCHMER, Suzanne, “The Law and Economics of Reverse Engineering”, Yale Law Journal, Vol.111, No.7, 2002, s.1575 vd.; Tersine mühendisliğin kullanım alanlarından biri için bkz. BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Üç Boyutlu Yazıcıların Fikri Mülkiyet Hukukuna Etkileri”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014, Editör Prof.Dr.Tekin Memiş, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s.112; BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları – Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.254.

¹¹⁷ SANDEEN, s.61.

korunması yükümlülüğü kapsamında düşünülebilir¹¹⁸.

Bulut bilişim teknolojisi kullanılmaksızın ticari sırların tacire ait bilgisayarlar, harici hard disklerde yedeklenmesi ve saklanması durumunda üçüncü bir kişiye ticari sırların açıklanması söz konusu değildir. Bulut kullanılması durumunda ise başka bir kişiye ait donanım ve yazılımın kullanılması nedeniyle ticari sırların ticari işletmenin dört duvarının dışında saklanmasının makul olup olmadığı tartışmalıdır. Ayrıca tacirin ticari sırlarını bulutta saklamasının basiretli bir davranış teşkil edip etmediği de tartışma konusu olabilir¹¹⁹. Bu tartışmaların yanında tacirin kendi bilgisayarlarında ticari sır niteliğindeki bilgileri bulundursa bulut kullanmasa dahi ticari sırların tam anlamıyla güvende olduğu söylenemez. Zira tacir en üst seviyede güvenlik önlemlerini sağlayamayabilir¹²⁰. Bu bakımdan tacirin gerekli özeni göstermek suretiyle güvenilir bir bulut hizmeti sağlayıcı seçmesi ve onunla sözleşme koşullarına özellikle sır saklama yükümlülüğüne ilişkin sözleşmede şart bulunmasına gayret ederek sözleşme yapması bir bakıma daha basiretli bir davranış olarak dahi nitelendirilebilir. Burada tacirin bulutu nasıl kullandığı önemlidir. Örneğin New York Bölge Mahkemesi'nin bir kararında bir şirketin bir müşteri listesini buluta herkes tarafından erişilebilecek şekilde yüklemesi durumunda artık bilginin ticari sır niteliğinin kalmadığı belirtilmiştir¹²¹.

3. Basiretli Davranma Yükümlülüğü ve Tedbirli Bir Yöneticinin Göstereceği Özen Kapsamında Ticari Sırların Bulutta Saklanması

Bulut hizmetinden yararlanılması bir işletmenin bilişim teknolojileri için gereken harcama kaleminin azalmasını sağlayacaktır. Bununla birlikte ticari sırların korunması açısından bakıldığında verilerin buluta yüklenmesinin tacir açısından basiretli bir davranış (TTK m.18/II) olup olmadığı sorusu da gündeme gelebilecektir. Zira ticari sırların buluta yüklenmesi ile söz konusu bilgilere hem bulut hizmeti sağlayıcının hem de üçüncü kişilerin erişimi mümkün olabilir. Basiretli davranma yükümlülüğü gereğince tacir ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermek zorundadır¹²². Bu itibarla ticari sırlarını buluta aktarmayı düşünen bir tacir bu durumun veri güvenliği açısından risklerini öngörmek, gerekli tedbirleri hem bulut bilişim sözleşmesinin

¹¹⁸ SANDEEN, s.90.

¹¹⁹ THAYER, Linda J./YANG, Ming-Tao, "Security and Privacy: Storing Trade Secrets in the Cloud-Bad Idea?", Cloud Computing Journal, December 4, 2015, s.2, <http://finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=450db577-3e55-43db-ad74-192fde3fd3f9> (31.07.2016).

¹²⁰ INTERNATIONAL CHAMBER of COMMERCE, s.7.

¹²¹ MILLIGAN/SALINAS, s.4.

¹²² ŞENER, Ticari İşletme, s.191.

yapılması aşamasında, hem sözleşme içeriği düzenlenirken hem de bulutun kullanımı sırasında erişim güvenliğine dikkat ederek almak durumundadır.

Tacirlerin defter ve belgelerini bulutta saklamaları halinde bu verilerin güvenliğinin sağlanması gündeme gelecektir. Türk Ticaret Kanunu uyarınca her tacir; ticari defterlerini, envanterleri, açılış bilançolarını, ara bilançolarını, finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını, topluluk finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerini, alınan ticari mektupları, gönderilen ticari mektupların suretlerini, 64. maddenin birinci fıkrasına göre yapılan kayıtların dayandığı belgeleri, sınıflandırılmış bir şekilde on yıl süreyle saklamakla yükümlüdür. Açılış ve ara bilançoları, finansal tablolar ve topluluk finansal tabloları hariç olmak üzere, sayılan bu belgeler Türkiye Muhasebe Standartlarına da uygun olmak kaydıyla, görüntü veya veri taşıyıcılarda saklanabilirler. Ancak, okunur hâle getirildiklerinde, alınmış bulunan ticari mektuplar ve defter dayanaklarıyla görsel ve diğer belgelerle içerik olarak örtüşmelidir. Saklama süresi boyunca kayıtlara her an ulaşılabilir ve uygun bir süre içinde kayıtlar okunabilir hâle getirilebiliyor olmalıdır. Görüldüğü üzere kanunda defter ve belgelerin bulutta saklanması ile ilgili herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır (TTK md.82).

Şirket yöneticileri için söz konusu olan özen ve bağlılık yükümlülüğü çerçevesinde şirket verilerinin buluta yüklenmesi şirket menfaatlerini ön planda tutan, tedbirli bir yöneticinin göstermesi gereken bir davranış sayılabilir mi sorusu da burada gündeme gelebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun "özen ve bağlılık yükümlülüğü" kenar başlığını taşıyan 369.maddesinde "*Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.*" hükmü yer almaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın menfaatlerini daima ön planda tutma yükümlülüğü şirkete sadakat borcu ile ilgilidir. Şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki vekâlet veya hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sadakat borcu, sır saklama ve özen gösterme yükümlülüklerinin de temelini oluşturur¹²³. 369. maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere tedbirli yönetici ölçüsü basiretli işadami kavramından farklıdır. Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "*işadami kararı*" (*business judgement rule*) verebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır¹²⁴. Duruma uygun araştırmalar

¹²³ ÇAMOĞLU, **Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.75-76.

¹²⁴ İşadami kararı ilkesi, yönetim kurulu üyelerinin verecekleri kararlarda, tedbirli yönetici ölçüsünün belirlenmesinde bir kriter olarak benimsenmiştir. Yönetim kurulu üyeleri bu

yapılıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez¹²⁵.

Dolayısıyla şirketin ticari sırlarını da içeren şirket verilerine hızlı bir şekilde, farklı yerlerden ulaşma imkânını sağlayan bulut teknolojisinin kullanılması için yönetim kurulunda alınacak karar, eğer öncesinde gerekli özen gösterilerek incelemeler yapılarak alınmışsa, bulut bilişim sözleşmesinin hazırlanmasında gerekli özen gösterilmişse, gerekirse veriler buluta şifrelenerek gönderilmişse, elde edilecek yarar ile risk dengesi göz önünde tutulmuşsa,¹²⁶ tedbirli ve özenli bir davranış teşkil edecektir. Buna rağmen bulutun siber saldırıya uğraması ve şirkete ait ticari sırların üçüncü kişilerce ele geçirilmesi nedeni ile şirket zarara uğrarsa yöneticilerin tazminat sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Ancak burada tazminattan yöneticiler kusurları oranında sorumlu olacaktır¹²⁷. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 553(1).maddesi uyarınca yönetim kurulu üyeleri kanundan ve ortaklık ana sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem ortaklığa, hem pay sahiplerine hem de ortaklık alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları kusura dayanmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 557.maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından farklılaştırılmış teselsül ilkesi söz kabul edilmiştir. Birden fazla yönetim kurulu üyesinin her birinin kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar kendilerine yükletilebildiği ölçüde zarardan birlikte sorumlu olmaları söz konusudur¹²⁸. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin isteğe bağlı sorumluluk sigortası yaptırımları da mümkündür¹²⁹.

kritere uygun davrandıklarında tedbirli bir yöneticinin göstermesi gereken özeni göstermiş sayılır. Tedbirli yönetici, nesnel ve ideal değeri temsil eden ölçü kişidir. Özen ölçüsü tespit edilirken tedbirli ve akıllı bir kişinin aynı durum ve koşullarda göstereceği davranışlar dikkate alınacaktır. **BOZKURT YAŞAR, Sevgi**, Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s.167 vd., dn.470'de anılanlar.

¹²⁵ Türk Ticaret Kanunu madde 369 gerekçe metni için bkz. <http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-ikinci-kitap-ticaret-sirketlerimadde-124-644/> (Erişim 03.01.2015); Konu ile ilgili açıklamalar için bkz. **DEDEAĞAÇ, Ender/SAPAN, Oğuzhan**, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara 2013, s.51-53.

¹²⁶ **BOSTICK, Kenneth L.**, "Pie in the Sky: Cloud Computing Brings an End to the Professionalism Paradigm in the Practice of Law", Buffalo Law Review, Vol.5, s.1413.

¹²⁷ **AKDAĞ GÜNEY, Necla**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

¹²⁸ **ŞENER**, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, 2.B., Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.413 vd.

¹²⁹ **BAŞGÜL/CHOUSEİNOGLOU**, s.213-214; **KÖSEKAYA, Fatih**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Tedbirli bir yöneticinin göstereceği özen kapsamında şirket yöneticileri eğer ticari sırları şirketin kendi imkânlarıyla şirkette bulunan veri merkezinde saklıyorlarsa siber saldırılara karşı gerekli teknik altyapının kurulması ve çalıştırılması şeklinde teknolojik önlemleri almalıdırlar. Burada şirket yöneticilerinden tüm teknik hususları anlamaları beklenmemelidir. Ancak teknik konulardan anlayan şirket içinde bir personel oluşturmak ya da bu konuda dışarıdan destek almak şeklinde davranış beklenebilir. Bu noktada personel seçiminde ya da dışarıdan destek alınacak kişilerin seçiminde karar alabilmek için makul ölçüde bilgilenmiş olmaları gerekmektedir¹³⁰.

4. Bulut Hizmeti Sağlayıcı Seçiminde ve Sözleşme Şartlarında Dikkat Edilecek Hususlar

Ticari sırrın saklanması için bulut bilişim de dâhil herhangi bir dış kaynak kullanıldığında, ticari sırrı saklayacak olan kişinin güvenilirliği, devamlılığı ve ulaşılabilirliği ticari sır sahibi tarafından aranacak özelliklerdir. Bulut bilişim açısından bakıldığında ise özellikle hizmet sağlayıcının güvenilirliği, sunucuların nerede olduğu, hizmet sözleşmesinin şartları çok önemlidir. Bulut bilişim sözleşmesinde hizmet sağlayıcının ticari sır niteliğindeki bilgilerin gizliliğini ihlal etmesi durumunda sorumlu olacağına ilişkin şartlar da dahil sözleşmede yer almasına dikkat edilmesi gereken hususlar vardır¹³¹.

Ticari sırların bulutta saklanması durumunda ticari sır sahibinin gizliliğin korunması konusunda makul oranda gayret göstermesi gerekmektedir¹³². Bu noktada bulut bilişim sözleşmelerinin şartlarının hazırlanması ve sözleşme öncesi gerekli özenin gösterilmesi öne çıkmaktadır.

Tacirin ticari sırlarının korunmasında gerekli çabayı gösterdiğinin ispatı üç noktada yoğunlaşmaktadır. Bunlardan ilki ticari sırların saklanacağı bulut hizmeti sağlayıcının seçiminde özen gösterilmesidir. İkincisi bulut hizmeti sağlayıcı ile yapılan sözleşmenin şartlarıdır. Üçüncüsü de tacirin ticari sırların gizli kalmasında gösterdiği özendir¹³³.

a. Sözleşme Öncesi Dikkat Edilecek Hususlar

Sözleşme öncesinde bulut hizmeti sağlayıcının gerekli güvenliği sağlayabileceğinden emin olmak gerekir. Bunun için özenli inceleme ve değerlendirme yapılmalıdır (*due diligence*). Bu itibarla fiziksel olarak yapılan

¹³⁰ **BOZKURT YAŞAR**, s.269; Yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında bilgi alma ve inceleme hakları vardır (TTK m.392). “Her yönetim kurulu üyesi yönetim kurulu başkanından izin alarak, yönetim kurulu toplantılarının dışında yöneticilerden bilgi alabilir, defterleri, belgeleri, sözleşmeleri, dosyaları inceleyebilir.” **TEKİNALP**, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.234.

¹³¹ **SANDEEN**.

¹³² **DHULIA**, s.18.

¹³³ **THAYER/YANG**, s.2.

kontroller, bulut hizmeti sağlayıcının erişimleri nasıl kontrol ettiği, izinsiz erişimleri önlemek ve yakalamak için ne tür tedbirler aldığı incelenmelidir. Bu anlamda hizmet sağlayıcının sızma testleri (*penetration testing*) yapıp yapmadığına ve bunların sonuçlarını paylaşıp paylaşmadığına bakılmalıdır. Bulut hizmeti sağlayıcının yedekleme ve veri kurtarma konusunda planlamasının olup olmadığına bakılmalıdır¹³⁴. Tüm bunların yanı sıra bulut hizmeti sağlayıcının piyasadaki tanınırlığı ve güvenilirliğine de bakılmalıdır¹³⁵. Bulutta saklanan ticari sırların güvenliği hizmet sağlayıcının sağladığı güvenlik seviyesi kadardır. Dolayısıyla bulutta ticari sırların saklanması için teknik ve hukuki açıdan konunun dikkatlice araştırılması ve anlaşılmasından sonra bulut kullanımına yönelmek ve hizmet sağlayıcıyı seçmek gerekir¹³⁶.

Ticari sırların buluta yüklenmesi durumunda verilerin tam olarak nerede olduğunu tacir bilmek isteyebilir. Bu nedenle bulut bilişim sözleşmesinde verilerin saklanacağı yer ile ilgili olarak taahhütlerde bulunması hizmet sağlayıcıdan istenebilir. Zira herhangi bir veri ihlali olması durumunda örneğin bulut hizmeti sağlayıcının çalışanının kullanıcının verilerini ele geçirmesi durumunda verilerin saklandığı yerin hukukuna göre veri korumaya uygulanacak olan kurallar belirlenir¹³⁷.

Uygulamada yabancı bir ülkede yerleşik hizmet sağlayıcıların önceden hazırladıkları bulut bilişim sözleşmelerinde genellikle yabancı bir hukuku yetkili hukuk olarak tespit ettikleri görülmektedir. Bu bakımdan Türkiye’de yerleşik bir tacirin yabancı bir bulut hizmeti sağlayıcı ile sözleşme yapması ve sözleşmede yetkili hukuk tespiti yapılması durumunda tacir olan bulut kullanıcıları açısından sözleşmedeki hukuk seçimine ilişkin şart geçerli olacaktır¹³⁸. Bu nedenle bulutta saklanan ticari sır niteliğindeki verilere yönelik herhangi bir ihlal durumunda sözleşmeye yetkili yabancı hukuk uygulanacaktır. Bulut kullanacak tacirlerin sözleşmeyi onaylamadan önce sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı hususunu da göz önünde tutmaları ileride herhangi bir mağduriyet yaşamamaları açısından önemlidir.

¹³⁴ **GOWEN/SCHWARTZ/Cohn LLP**, s.2.

¹³⁵ **GOTHING, Andrea A./NORTROP, Seth A./ZHU, Li**, “Keeping secrets in the cloud: Are storms ahead for trade secret protection?”, InsideCounsel.com, February 26, 2015; Thayer/Yang, s.3.

¹³⁶ **THAYER/YANG**, s.3.

¹³⁷ **THAYER/YANG**, s.3.

¹³⁸ Doktrinde **GÜNGÖR**, tıklanarak kabul yapılan sözleşmelerde kullanıcının hukuk seçimine yönelik gerçek anlamda iradesinin ve rızasının olduğundan söz edilemeyeceğini, kullanıcının esas sözleşmeye gösterdiği rızanın hukuki sonuçlarını bilmediği hukuk seçimi anlaşmasını da kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. **GÜNGÖR, Gülin**, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2002, C.51, S.1, s.36-37.

Bulut hizmeti sağlayıcı ile sözleşme yapmadan önce dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise siber risk sigortasının olup olmadığıdır. Bulut hizmeti sağlayıcının siber risklere karşı sigortasının olması da değerli ticari sırların saklanması için seçilecek bulut hizmetinde belirleyici olabilir¹³⁹.

Ticari sırların bulutta saklanması tercih edilecekse gizliliğin korunması bakımından dikkat edilecek hususlardan biri de seçilecek bulut hizmetinin türüdür. Bulut kullanımında seçilecek bulut hizmet modelinin türü hizmet sağlayıcının buluttaki ticari sır niteliğindeki verilere erişimini etkilemektedir. Bazı bulut hizmeti sağlayıcılar kendi cihazlarında saklanan verilerin niteliğini, ne derece önemli olduğunu bilmeyebilir. Doktrinde bunları verilerin niteliğini bilen hizmet sağlayıcılar ile aynı yükümlülüklerle tabi tutmanın isabetli olmayacağı belirtilmiştir¹⁴⁰.

Altyapı hizmet veren (IaaS) bulut hizmeti sağlayıcılar genellikle veri depolama ve veri işleme donanımını kontrol edebilmektedir. Yazılım hizmeti (SaaS) veren bulut hizmeti sağlayıcılar kullanıcılar tarafından yürütülen temel uygulama kodlarını kontrol edebilmektedir. Bununla birlikte bulutta veriler şifrelenerek saklanabilir ya da parçalara ayrılarak saklanabilir. Sadece kullanıcının oturum açarak bunları birleştirebildiği durumda ticari sırrın gizliliğinin korunması bakımından gerekli önlemlerin alındığı düşünülebilir. Bir diğer husus da bulut hizmeti sağlayıcının alt hizmet sağlayıcılardan yardım almasıdır. Bulut hizmeti sağlayıcının depolamada veya diğer hizmetlerin sağlanmasında alt hizmet sağlayıcılardan yardım alıp almadığı da incelenmelidir. Örneğin verilerin saklanmasında bir alt hizmet sağlayıcının sunucuları kullanılabilir. Alt hizmet sağlayıcının kullanıcının hesabı üzerinde asıl hizmet sağlayıcıdan daha az kontrolü vardır. Bununla birlikte tacir, bulut bilişim sözleşmesinin yapılması sırasında alt hizmet sağlayıcılara ilişkin bir hükmün de sözleşmeye konulmasına dikkat edebilir¹⁴¹. Hangi hizmet modeli olursa olsun bulut hizmeti sağlayıcının aldığı güvenlik önlemleri, uygulamalar ve politikalar konusunda taciri bilgilendirmesi ticari sırların gizliliğinin sağlanması bakımından yardımcı olacaktır¹⁴².

¹³⁹ THAYER/YANG, s.3.

¹⁴⁰ HON, W. Kuan/HÖRNLE, Julia/MILLARD, Christopher, Which Law(s) Apply to Personal Data in Clouds?, Cloud Computing Law, Editor Christopher Millard, Oxford University Press, Croydon 2013, s.244.

¹⁴¹ BOZKURT YÜKSEL, Bulut Bilişim, s.146-147, dn.25; HON, W. Kuan/MILLARD, Christopher/WALDEN, Ian, "Who is Responsible for Personal Data in Clouds?", Cloud Computing Law, Editör Christopher Millard, Oxford University Press, Croydon 2013, s.210.

¹⁴² Kişisel veriler bakımından durumun incelemesi için bkz. HON/MILLARD/WALDEN, s.215.

b. Sözleşmenin Şartlarında Dikkat Edilecek Hususlar

Bulut bilişim sözleşmeleri genellikle önceden hazırlanmış standart sözleşmeler şeklinde yapılmaktadır. Bu sözleşmeler uygulamada çoğunlukla elektronik ortamda ana sözleşme metni yanında müşterinin/kullanıcının ekranda gördüğü bir kabul et yazısı yanındaki kutucuğu işaretlemesi/tıklaması ile gerçekleşmektedir¹⁴³. Burada ana sözleşme metni dışındaki bu alt metinlerin ana sözleşmenin parçasını oluşturup oluşturmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Eğer alt sözleşme metinleri ana sözleşmenin parçası olarak kabul edilebilirse burada yazılı standart şartların kullanıcıları bağlayıp bağlamayacağı sorunu bu sefer cevap beklemektedir¹⁴⁴.

Sözleşmedeki şartların hizmet sağlayıcı tarafından daha sonra tek taraflı olarak değiştirilebilmesi söz konusu olabildiğinden yeni şartların geçerliliği ile ilgili tartışmalar vardır. Zira genellikle genel işlem şartları şeklinde hazırlanan bu sözleşmelerdeki değişikliklerin kullanıcılar ile müzakere edilmeden tek taraflı olarak değiştirilmesi ile bu şartlar sözleşme içeriğine girmemiş sayılır. Ayrıca kullanıcının yeni durumu kabul ettiğine ilişkin bir kutucuğu tıklaması istenirse bunun da geçerliliğinin tartışmalı olacağı, hizmetten yararlanan müşteriler aleyhine değişikliklerin yazılmamış sayılmasının gerektiğine ilişkin görüşler de mevcuttur¹⁴⁵.

Standart sözleşmeler tacirin ticari sırlarının korunması bakımından yeterli görülmezse burada özel olarak bir sözleşme hazırlanması düşünülebilir. Tacirin bir bulut kullanıcısı olarak hizmet sağlayıcı ile sözleşme şartlarını müzakere etmesi, kullanıcıya özel sözleşme yapacak bir bulut hizmeti sağlayıcı ile çalışması durumunda ticari sır sahibi tacirin ihtiyaçlarına göre sözleşme şartları hazırlanabilir. Bulut bilişim teknolojisinde gelişmeler ve rekabet arttıkça bu alanda kullanıcıya özel sözleşmelerin kullanımının artması muhtemeldir. Elbette burada bulut hizmeti sağlayıcının güvenilirliği, veri saklama hususundaki tecrübesi ve sektördeki bilinirliği de dikkate alınmalıdır¹⁴⁶. Sözleşmeden doğacak uyumsuzluklar için tahkim şartı da sözleşmeye konulabilir. Böylelikle bilişim ve teknoloji hukuku alanında uzman bir hukukçu ve/veya bulut bilişim

¹⁴³ Tıklanarak yapılan sözleşmeler için *click wrap agreement* terimi kullanılmaktadır. Bir de *browse wrap agreement* denilen gözden geçirilerek yapılan sözleşmeler vardır. Gözden geçirilerek yapılan sözleşmelerin geçerliliği konusunda doktrinde tartışmalar vardır. **ORGAN, Shawn J./CORCORAN, Matthew C.**, "Your Web Site's 'Terms of Use': Are They Enforceable?", *Privacy & Data Security Law Journal*, 2008, <http://www.jonesday.com/files/Publication/97a326a1-0077-4fc9-ac81-e82c265d0c82/Presentation/PublicationAttachment/a882327c-e026-49bf-91fb-ee3f9ca21ac0/Terms%20of%20Use.pdf> (Erişim 05.01.2016).

¹⁴⁴ **BAŞGÜL/CHOUSEİNOGLOU**, s.211.

¹⁴⁵ **BAŞGÜL/CHOUSEİNOGLOU**, s.212.

¹⁴⁶ **THAYER/YANG**, s.2.

alanında uzman bir teknisyen hakem olarak seçilebilir¹⁴⁷. Ayrıca tahkimin özel bir yargılama olması ve tahkim yargılamasının gizlilik özelliği yargılama sırasında açığa çıkan ticari sırların korunması bakımından devlet yargılamasından daha avantajlıdır¹⁴⁸. Burada tacirin bulut bilişim sözleşmesini yapmadan önce bilişim ve teknoloji hukuku alanında uzman bir hukukçudan görüş alması sözleşmenin olası sonuçları açısından isabetli olacaktır.

- Bulut Hizmeti Sağlayıcının Sorumluluğuna İlişkin Şartlar

Günümüzde dünya çapında en bilinen bulut hizmeti sağlayıcıları olan Amazon, Google, Microsoft, Dropbox'un sözleşme şartları incelendiğinde bulut hizmeti sağlayıcıyı oldukça koruyan şartlar içerdikleri görülecektir. Örneğin, bu standart sözleşmelerde genellikle, veri gizliliğinin ya da güvenliğinin garanti edilmediği, veri ihlali durumunda sorumluluğun bir şirketin riskini yeterli derecede karşılayamayacak olmakla birlikte sıklıkla bir aylık ya da bir yıllık hizmet değeri ile sınırlı olduğu görülmektedir¹⁴⁹.

Bulut hizmeti sağlayıcıları buluttaki verilerin üçüncü kişiler tarafından ele geçirilmesi ya da herhangi bir nedenle veri kaybı olmasında durumunda ya da hizmet kusuru durumunda sorumlu olmadıklarına ilişkin kayıtları sözleşmeye koyabilmektedirler¹⁵⁰. Bulut bilişim sözleşmelerinde hizmet sağlayıcının sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran sorumsuzluk anlaşmaları Türk Borçlar Kanunu'nun 115 ve 116. maddeleri karşısında geçersiz sayılabilir¹⁵¹. Ancak yine burada sözleşmeye uygulanacak hukuka göre yorum yapmak gerekebilecektir. Örneğin, Avrupa Birliği hukuk sistemi, Amerikan hukukuna nazaran taraflardan birinin özellikle daha güçlü olan tarafın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ya da kaldırılmasına ilişkin sözleşme şartları konusunda daha az toleranslıdır. Bu durum özellikle 93/13 sayılı Haksız Sözleşme Şartları Direktifi (*Unfair Contract Terms Directive*) ve 97/7 sayılı Mesafeli Satış Direktifi'nde (*Distance Selling Directive*) tüketici işlemleri hakkında yer almaktadır¹⁵².

¹⁴⁷ **BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru**, "Online International Arbitration", Ankara Law Review, Vol.14, No.1, Summer 2007, s.83-93, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1542/16895.pdf> (Erişim 25.11.2016); **BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru**, "Elektronik Ticarete Elektronik Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", Mevzuat Dergisi, Yıl 11, Sayı 123, Mart 2008, <http://www.mevzuatdergisi.com/2008/03a/02.htm> (Erişim 25.11.2016).

¹⁴⁸ Tahkim yargılaması sırasında açığa çıkan ticari sırlar ve gizli bilgilerin durumu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **BOZKURT YÜKSEL**, Patent Uyuşmazlıkları, s.256 vd.

¹⁴⁹ **THAYER/YANG**, s.2.

¹⁵⁰ **LAW SOCIETY**, <http://lawsociety.org.uk/advice/practice-notes/cloud-computing/> (Erişim 18.11.2014).

¹⁵¹ **BAŞGÜL/CHOUSEİNOGLOU**, s.212.

¹⁵² **BRADSHAW, Simon/MILLARD, Christopher/WALDEN, Ian**, "Standard Contracts for Cloud Services", Cloud Computing Law, Editör Christopher Millard, Oxford University Press, Croydon 2013, s.66.

Bulut hizmeti sağlayıcının ve onun alt hizmet sağlayıcılarının¹⁵³ sorumluluklarının kaldırılmasına ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarının her zaman geçerli olmayacağını ifade etmek gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesi uyarınca borçlunun kast veya ağır kusurundan doğan sorumluluktan kurtulmasını öngören anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Ancak hafif kusurundan dolayı borçlunun sorumsuzluğu kararlaştırılabilir. Bulut bilişim açısından maddenin uygulanmasında bulut hizmeti sağlayıcıların verilerin ve sistemin korunmasına ilişkin kast veya ağır kusurundan sorumsuzluğuna ilişkin anlaşmalar geçersiz olacaktır. Herhangi bir uyuşmazlık durumunda kusurun derecesinin belirlenmesinde teknik bilirkişi raporu verilerin (buluttaki ticari sırların) korunması için gerekli ve yeterli önlemlerin alınıp alınmadığının değerlendirilmesinde yardımcı olabilir¹⁵⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde *“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* hükmü yer almaktadır. Buradaki yardımcı kişi borcun ifasının veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının bırakıldığı bütün şahısları ifade etmektedir. Borçlunun emri altında çalışma ilişkisinin varlığı zorunlu değildir. Borcun ifasının kendisine bırakıldığı kişinin yardımcı kişi sayılması, bu kişi ile borçlu arasında sürekli bir ilişkinin varlığına da bağlı değildir. Borcun ifası geçici veya ücretsiz olarak kendisine bırakılan kimse de yardımcı şahıstır¹⁵⁵. Borçlunun yardımcı kişilerin fiilinden –kast veya ihmalinden- doğacak zarardan kısmen veya tamamen sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar geçerlidir¹⁵⁶. Bulut hizmeti sağlayıcının alt hizmet sağlayıcıların fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtlar bu madde kapsamında değerlendirildiğinde geçerlidir.

Türk hukukunda borçlu, ifa imkânsızlığının (TBK m.136), ifanın gereği gibi yapılmamasının, kendisine yüklenemeyecek hallerin yani sorumlu tutulamayacak sebeplerin sonucu olduğunu ispat edebilirse, borcun ifa

¹⁵³ Bulut hizmet sağlayıcılar alt hizmet sağlayıcılardan yardım alabilirler. Örneğin bulut hizmet sağlayıcısı başkasına ait sunucuları kullanarak bulut hizmeti verebilir. Alt hizmet sağlayıcılar hakkında geniş bilgi için bkz. **BOZKURT YÜKSEL**, Bulut Bilişim, s.138 vd.

¹⁵⁴ **BOZKURT YÜKSEL**, Bulut Bilişim, s.155-156.

¹⁵⁵ **REİSOĞLU, Safa**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 23-B., İstanbul 2012, s.361 vd.

¹⁵⁶ **REİSOĞLU**, s.364.

edilmemesinde kusursuzluğunu kanıtlamış olur ve sorumluluktan kurtulur. Borcun ifasını engelleyen ve borçluya yüklenemeyecek olaylar beklenmeyen hal veya mücbir sebep (önlenemez neden) sonucu olabilir. Mücbir sebep veya beklenmedik hal nedeniyle borç ifa edilemezse borçlu sorumlu değildir¹⁵⁷. Örneğin bulut bilişimde verilerin saklandığı sunucuların depremde zarar görmesi nedeniyle kullanıcının verilerine ulaşamaması durumunda bulut hizmeti sağlayıcı mücbir sebep söz konusu olduğundan sorumluluktan kurtulabilir. Ancak burada da bulut hizmeti sağlayıcının verileri yedeklemesi gerektiğine ilişkin sorunlar gündeme gelebilir. Bu itibarla bulut bilişim sözleşmesinde verilerin yedeklenmesine ilişkin düzenlemenin yer alması yerinde olur¹⁵⁸.

Bir kişinin sorumlu olduğu fiil ile bir başkasına yansıyan zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisi doğrudan varsa burada doğrudan zarar söz konusudur. Buna göre zarar veren fiille uygun nedensellik bağı içerisinde olan her zarar doğrudan zarardır. Dolaylı zarar ile bir fiil neticesinde kişinin dolaylı olarak uğradığı zarar ifade edilir¹⁵⁹.

Haksız fiilden ya da borca aykırılık nedeniyle oluşan doğrudan zarardan zarar veren sorumludur. Ancak dolaylı zarardan sorumluluk için uygun nedensellik bağının kurulması gerekir. Dolaylı zarardan sorumluluğun olup olmaması nedensellik bağıyla ilgili bir problemdir. Zarar veren fiil ile uygun sebep sonuç/nedensellik bağı varsa dolaylı zararın da giderilmesi gerekir¹⁶⁰.

Bulut bilişim açısından bakıldığında ise bulut hizmeti sağlayıcının sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda bulut kullanıcısının uğradığı zarar doğrudan zarardır ve bu zarardan bulut hizmeti sağlayıcı sorumludur. Dolaylı zarar da bulut bilişimde söz konusu olabilir. Bulut hizmeti sağlayıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, örneğin bulutta saklanan İnternet üzerinden satış yapan bir şirketin perakende sisteminin işleyişi ile ilgili bir veri silinirse şirketin uğrayacağı ekonomik zarar dolaylı zarardır¹⁶¹. Burada verinin silinmesi ile sistemin işleyişinin kötüleşmesi ve şirketin satışlarının düşmesi arasında nedensellik bağı olduğundan bu dolaylı zarardan da bulut hizmeti sağlayıcı sorumludur.

¹⁵⁷ Her mücbir sebep beklenmeyen haldir. Ancak her beklenmeyen hal mücbir sebep değildir. Mücbir sebepte ifayı engelleyen olay borçlunun işletme ve faaliyetleriyle ilgisi olmayan bir dış kuvvetin etkisiyle meydana gelir. Buna göre bir fabrikada kazanın patlaması ya da yangın çıkması olayda borçlunun kusuru yoksa beklenmeyen haldir. Ancak yıldırım düşmesi, deprem, kuraklık, fırtınada mücbir sebep söz konusudur. **REİSOĞLU**, s.357-358.

¹⁵⁸ **BOZKURT YÜKSEL**, Bulut Bilişim, s.155-157.

¹⁵⁹ **ÖZEL**, Çağlar, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", AÜHFD, C.50, S.4, Y.2001, s.83.

¹⁶⁰ **ÖZEL**, s.83.

¹⁶¹ Bulut hizmeti sağlayıcıların genellikle dolaylı zararlardan da sorumlu olmadıklarına ilişkin hükümleri sözleşmeye koyma eğiliminde oldukları uygulamada görülmektedir. **BRADSHAW/MILLARD/WALDEN**, s.60.

Bulut hizmeti sağlayıcı bulut bilişim sözleşmesinde veri kaybı veya veri ihlali durumunda belli bir miktar para ile sorumlu tutulabilir. Ancak hiçbir ücret ödenmeden yararlanılan bir bulut hizmeti neticesinde veri kaybı durumunda hizmet sağlayıcıyı yüksek meblağlar ile sorumlu tutmak pratik açıdan pek mümkün görünmemektedir.

- Gizliliğin Korunmasına İlişkin Şartlar

Ticari sırların bulutta saklanması için yapılacak sözleşmede dikkat edilmesi gereken hususlardan biri gizliliktir. Ticari sırların bulutta saklanması örneğin bir şirketin ticari sırrını içeren dosyayı buluta yüklemesi durumunda ticari sırrın gizliliğinin korunması için gerekli önlemlerin alınmasına tacir dikkat etmelidir. Ticari sırrın sahibi tacir, sırrı verdiği kişilere bilginin gizli olduğunu ve açıklanmaması gerektiğini bildirmelidir. Bir bulut bilişim sözleşmesi yapılacaksa hizmet sağlayıcının gizlilik yükümlülüğüne ilişkin düzenlemenin sözleşmede bulunmasına dikkat etmelidir. Bilginin gizliliğinin korunmaması bilginin ticari sır niteliğinin kaybedilmesine neden olabilecektir.

Ticari sırların bulut hizmeti sağlayıcıya açıklanmasının ticari sırların gizliliğinin korunması hususunda gerekli çabanın gösterilmemesi anlamına gelip gelmediği yargılama sırasında tartışma konusu olabilir. Bulut hizmeti sağlayıcıya bilgileri görme, kullanma veya açıklama yetkisi veren şartların bulunduğu sözleşmeler bakımından artık bir ticari sırrın varlığından söz etmek mümkün değildir. Bir başka husus ise üçüncü bir kişinin bulut hizmeti sağlayıcıdan kayıtları almak istemesi durumunda ne olacağı ile ilgilidir. Örneğin bulut hizmeti sağlayıcı ticari sırların açıklanmasını gerektiren bir mahkeme emri aldığı anda bulunduğu ülkenin kuralları uyarınca bunun gereğini yerine getirmek durumunda kalabilir¹⁶². Yurt dışında bulunan bir bulut hizmeti sağlayıcının hizmetinden yararlanılması durumunda yabancı devlet makamlarının o bulut hizmeti sağlayıcıdan verileri istemesi ve bu verileri elde etmesi söz konusu olabileceğinden yabancı hizmet sağlayıcı seçiminde bu hususu gözönüne tutmakta fayda vardır.

Ticari sır sahibinin ticari sır niteliğindeki verileri buluta yüklemeyen önce gizlilik anlaşması yapması önerilmektedir. Bulut kullanıcısının hizmet sağlayıcıyla gizlilik anlaşması yapması karşısında verilerin buluta yüklenmesi artık ticari sırların herkesçe bilindiği anlamına gelmeyecektir¹⁶³. Ayrıca ticari sır sahibinin gerek kendi çalışanları tarafından gerekse bulut hizmeti sağlayıcı tarafından gizliliğin korunması hususunda gerekli çabanın gösterildiğinden emin olması gerekir¹⁶⁴. Üçüncü kişilere açıklanan ticari sırlar eğer üçüncü

¹⁶² GELLMAN, s.16.

¹⁶³ DHULIA, s.29.

¹⁶⁴ SANDEEN, s.59.

kişinin gizliliği sağlama yükümlülüğü yoksa korumayı kaybeder. Ticari sırlar bulutta saklanacaksa bulut bilişim sözleşmesinde açıkça yazılı olarak bulut hizmeti sağlayıcının ticari sırları sakladığını bildiğinin ve bu bilgilerin gizliliğini koruyacağı hususunun yer alması gerekir. Bulut hizmeti sağlayıcının bunları kabul etmemesi durumunda tacirin riske etmek istemediği bilgileri belirlemesi ve onları bulutta saklamaması gerekir¹⁶⁵.

Ticari sırlarını bulutta saklamayı tercih eden ticari sır sahibinin bilgilerin gizliliği hususunda gerekeni yaptığı ancak gerekli güvenlik önlemleri alınmışsa söylenebilir¹⁶⁶. Ticari sır sahibinin gizliliğin sağlanması için yaptığı harcamalar bu konuda gösterdiği gayretin bir ölçüsüdür. Ticari sırların korunması için son teknolojinin kullanılması örneğin şifreleme yöntemlerinin kullanılması veya güvenlik duvarı (*firewall*) kurulması için yapılan harcamalar son kullanıcının bu konuda gayretinin bir göstergesidir¹⁶⁷. Bunların dışında bulut bilişim sözleşmesinde bulut hizmeti sağlayıcının tersine mühendislik yapmasını yasaklayan düzenlemeler olması da önerilmektedir¹⁶⁸. Sözleşmede veri ihlali veya sistemin çökmesi durumunda tacirin derhal durumdan haberdar edileceğine ilişkin düzenlemenin olmasına da dikkat edilmelidir¹⁶⁹.

- Sözleşmenin Sona Ermesi Halinde Ticari Sırlara Ne Olacağına İlişkin Şartlar

Bulut sözleşmelerinin sona ermesi durumunda bulutta saklanan verilere ne olacağı ile ilgili sorunlar olabilir. Bu durumda saklanan verinin geri verilmesi veya silinmesi gündeme gelecektir. Özellikle bir hizmet olarak yazılım (SaaS) hizmet modelinde sözleşmenin sona ermesi ile birlikte hizmet sağlayıcının kullanıcıya sağladığı yazılım desteği de sona ereceğinden hizmet kullanıcısı ticari sır niteliğindeki verilerini alsa da kullanamama, görüntüleyememe, işleyememe riski ile karşılaşabilir. Bu nedenle bulut bilişim sözleşmesi sona erdiğinde bu verilerin en azından görüntülenebilmesi, yeni dosyalar oluşturulmaması da en azından değiştirilebilmesi imkânının sağlanacağına sözleşmeye konulması önerilebilir. Yine verilerin bulut bilişim sözleşmesi sona erdikten sonra başka bir hizmet sağlayıcının bulutunda saklanabilecek ve işlenebilecek formatta teslim edilmesine ilişkin düzenlemelerin de sözleşmede bulunması önerilebilir¹⁷⁰. Sözleşme sona erdikten sonra da ticari sırların gizliliğinin korunmasına devam edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla sözleşmenin sona ermesi durumunda bulutta saklanan verilerin silinmesine ilişkin sözleşmede düzenleme

¹⁶⁵ THAYER/YANG, s.3.

¹⁶⁶ DHULIA, s.32.

¹⁶⁷ DHULIA, s.28.

¹⁶⁸ DHULIA, s.41; Tersine mühendisliğin sözleşmeyle kaldırılması hakkında bkz.BİLGE, s.214.

¹⁶⁹ GOWEN/SCHWARTZ/Cohn LLP, s.2.

¹⁷⁰ BAŞGÜL/CHOUSEİNOGLOU, s.213-214.

olmalıdır¹⁷¹. Böyle olamıyorsa bulut hizmeti sağlayıcı ile yapılan sözleşmede gizliliğin korunması ile ilgili yükümlülüğünün sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam edeceğine ilişkin düzenlemenin yer alması dikkat edilmesi gereken bir husustur. Nitekim lisans sözleşmelerinden bir örnek vermek gerekirse *Cadbury Schweppes v. FBI Foods Limited* davasındaki olayda lisans veren lisans sözleşmesi kapsamında ticari sır teşkil eden domates kokteylinin tarifini vermiştir. Lisans sözleşmesinin sona ermesinden sonra lisans alan bu tarifi rakip teşkil edecek bir ürünün geliştirilmesinde kullanmıştır. Mahkemece lisans sözleşmesi süresince ve sona ermesinden sonra da lisans alanın ticari sırrın korunması yükümlülüğünün olduğuna hükmedilmiştir¹⁷².

c. Bulut Kullanımında Gizliliğin Korunması Bakımından Dikkat Edilecek Hususlar

Bulut kullanırken ticari sır sahibi tacirin bir bulut kullanıcısı olarak dikkat etmesi gereken hususlar vardır. Parola seçimi ve parolanın korunması en başta gelen hususlardır. İşletmedeki yetkisiz çalışanlarca parolaların ele geçirilmesi veya başka şekilde ihlaller söz konusu olabilir. Bilgisayar korsanları da (*hacker*) özellikle zincirdeki en zayıf halkayı yakalamak suretiyle verileri ele geçirmeye çalışmaktadırlar. Bu itibarla işletme içinde güvenlik politikalarının oluşturulması gerekmektedir. Bu anlamda ticari sırların sadece bilmesi gereken personel tarafından erişimine izin verilmesi gerekmektedir. Bunun yanında işletmelerde akıllı telefonlar ve sosyal ağlarla ilgili politikalar oluşturulması ve bunların da çalışanlarla ilgili sözleşmelere yansıtılması gerekir. Böylelikle çalışanların işletmeyle veya şirketle ilgili bilgileri yetkisiz bir şekilde bulutta saklamasının ve paylaşımlarının önüne geçilmiş olur¹⁷³. Ticari sırlar bulutta saklanacaksa ticari sır sahibinin bunları buluta yükledikten sonra buluta erişim yetkisine sahip çalışanların kim olduğuna ve bunların denetimine, ayrıca bunların verileri buluta yüklerken şifrelemelerine dikkat etmesi gerekir. Buluta erişen personel belirli, deneyimli kişiler olmalıdır. Bunların günlük olarak buluta girişlerinin kaydının tutulması, raporlanması gerekir. Buluttaki verilerde herhangi bir değişiklik yapmaları durumunda bunların dijital imzalarla gerçekleşmesi tavsiye edilebilir¹⁷⁴.

Ticari sır sahibinin bulutta saklanan verilere sadece yetkili kişilerin ulaşabilmesi için gerekli tedbirleri alması gerekir. Eğer bulut hizmeti sağlayıcı paylaşılan bir sunucuda saklanan ticari sır niteliğindeki verilere üçüncü kişilerin de erişimini mümkün kılsa o veriler ticari sır niteliğini kaybedebilecektir.

¹⁷¹ THAYER/YANG, s.3.

¹⁷² Cadbury Schweppes v. FBI Foods Limited kararı için bkz. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1678/index.do> (Erişim 24.11.2016).

¹⁷³ THAYER/YANG, s.3

¹⁷⁴ THAYER/YANG, s.3.

Erişim kontrol güvenliği bulut hizmeti sağlayıcıya düşen bir yükümlülüktür. Ancak ticari sır sahibinin de yeterli derecede erişim kontrolü sağlayan bir bulut hizmeti sağlayıcı seçme hususunda özen göstermesi gerekir. Her ne kadar taraflar arasında gizlilik sözleşmesi yapılmış olsa da kullanıcı olarak ticari sır sahibi hiçbir zaman tam olarak emin olmadıkça ticari sırrın korunmasını bulut hizmeti sağlayıcıya bırakmamalıdır¹⁷⁵.

D. Ticari Sırların Bulutta Saklanması ve Haksız Rekabet

Ticari sırların bulutta saklanması ve gizliliğinin korunması konusu haksız rekabet ile de ilgilidir. Bulutta saklanan ticari sırların bulut hizmeti sağlayıcı tarafından yetkisiz olarak kullanılması fiili haksız rekabet teşkil edebilir. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan haksız rekabet hallerinden madde 55(1) (c)(1)'de yer alan "*kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürünüden yetkisiz yararlanmak*" şeklindeki hüküm böyle bir durumda gündeme gelebilir. Bir teklif, hesap ya da planın teknik olarak ticari sır olmasına engel bulunmadığından, eğer bunlar buluta yüklendikten sonra, bulut hizmeti sağlayıcının saklaması için kendisine emanet edilen bu bilgilerden yetkisiz olarak yararlanması söz konusu olursa bu davranış haksız rekabet teşkil edebilecektir. Örnek olarak bu bilgilerin bulut hizmeti sağlayıcı tarafından rakip tacirlere satılması ya da kendisi için kullanması gösterilebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 55(1)(c)(1) maddesindeki düzenlemenin uygulanması için iki koşul gerekmektedir. Bunlardan ilki iş ürünlerinin emanet olarak bırakılmasıdır. Buna göre iş ürünleri hukuka aykırı olarak elde edilmemiş olmalıdır¹⁷⁶. Kanundaki emanet edilmiş ifadesinden saklama sözleşmesinin kastedilmediği, iş ürünlerinin hak sahibinin kendi iradesiyle ancak yararlanılmaması koşuluyla verdiği tüm durumların bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmektedir¹⁷⁷. İkinci koşul ise iş ürünlerinin emanet edildiği kişinin bunlardan yetkisiz olarak yararlanması, kendisine olan güveni kötüye kullanmasıdır¹⁷⁸. Bu iki koşulun ticari sırların bulutta saklanması durumunda gerçekleşmesi mümkündür. Tacir teklif, hesap planı gibi ticari sırlarını bulutta depolamak isteyebilir. Bu itibarla bulut hizmeti sağlayıcıyla bir sözleşme yapmak suretiyle ticari sırlarını buluta gönderebilir. Bulut bilişim sözleşmesi saklama sözleşmesinin de unsurlarını içeren karma bir sözleşmedir. Bu itibarla ilk koşul gerçekleşmiştir. Bulut hizmeti sağlayıcı bu anlamda sakladığı ticari sırları hukuka uygun olarak elde etmiş bulunmaktadır. Yetkisiz kullanım

¹⁷⁵ DHULIA, s.25.

¹⁷⁶ ŞENER, Ticari İşletme, s.641; KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 21.B., Konya 2011, s.217.

¹⁷⁷ ŞENER, Ticari İşletme, s.641; ÇAPA, M.Sadık, "Haksız Rekabet Hukukunda Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma", Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s.365-366.

¹⁷⁸ ÇAPA, s.367.

koşulu da yine hizmet sağlayıcı ile tacir arasında yapılan sözleşmenin içeriğine göre belirlenebilir. Bulutta saklanan verileri kullanma yetkisi bulut hizmeti sağlayıcıya verilmemişse bu durumda bulut hizmet sağlayıcının yetkisiz olarak ticari sır niteliğindeki verileri kullanmasıyla haksız rekabet gerçekleşmiş olur.

Tacirin bulut bilişim sözleşmesinde hizmet sağlayıcıya verilere erişim yetkisi vermediği halde, hizmet sağlayıcının buluttaki verilerinin içeriğini ifşa etmesi ya da tacirin şifreleyerek buluta yüklediği üretim ve iş sırlarını izinsiz olarak deşifre etmek suretiyle değerlendiren veya başkalarına bildiren bulut hizmeti sağlayıcının fiili Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet hallerinden madde 55(1)(d)'yi düşündürebilir. Zira madde 55(1)(d) maddesindeki hüküm "üretim ve¹⁷⁹ iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranışmış olur." şeklindedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 55(1)(d) maddesi anlamında iş sırrı uzun ve masraflı bir çalışma sonucunda elde edilebilen bilgileri ifade eder. Sırrın mutlaka yeni olmasına gerek yoktur. Bu itibarla know-how niteliğindeki bilgiler, isim adres bilgileri yanında başka bazı bilgileri de içeren müşteri listeleri kanundaki iş sırrı kapsamına dâhil olacaktır¹⁸⁰. Yargıtay, bir kararında bir çalışanın bir şirkette çalışırken müşteri potansiyeli ve pazarlama ağını öğrenip, şirketten ayrıldıktan sonra başka bir şirket kurarak bu bilgileri orada kullanmasını 55(1)(d) anlamında haksız rekabet olarak değerlendirmiştir¹⁸¹. Bulutta saklanan üretim ve iş sırları bakımından bulut hizmeti sağlayıcının tacir ile yaptığı bulut kullanımına ilişkin sözleşme sona erdikten sonra¹⁸² bulutta saklanan üretim ve iş sırlarını kullanması bu madde kapsamında değerlendirilebilecektir. Yine bulut kullanımına ilişkin sözleşmede bulut hizmeti sağlayıcının bulutta

¹⁷⁹ Maddede ve bağlacı kullanılmakla birlikte veya olması gerektiği hakkında ŞENER, Ticari İşletme, s.644.

¹⁸⁰ **ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, 23.B., Ankara 2017, s.349 ve dn.4'te anılanlar; ŞENER, Ticari İşletme, s.644.

¹⁸¹ Y.11.HD, T.07.10.2004, E.13172, K.9423 (ŞENER, Ticari İşletme, s.644, dn.354).

¹⁸² Bulut hizmeti sağlayıcı verinin kaybı riskine karşılık verinin pek çok kopyasını almış olabilir. Kullanıcının verileri buluttan başka bir yere aktarmak istemesi durumunda hizmet sağlayıcıya ait farklı yerlerdeki sunucularda saklanan verinin kopyaları otomatik olarak silinmez. Bu itibarla bulut bilişim sözleşmelerinde tarafların haklarının ve yükümlülüklerinin sözleşmeden sonra da devam edeceğine ilişkin bir hüküm sözleşmede yer almalıdır. Hatta sözleşmenin sona ermesinden sonra buluttaki verilerin kopyalarının otomatik olarak silinmesine ilişkin bir hükmün de yer alması gerektiği doktrinde önerilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki bilgisayar ortamında silinen bir verinin tekrar geri getirilmesi mümkündür. Dolayısıyla bir verinin kopyalarıyla birlikte tamamen silinmesi başka bulut kullanıcılarının aynı sunucuda verilerinin saklanması nedeniyle her zaman mümkün olmayabilir. Burada bulut hizmeti sağlayıcının teknik olarak birtakım özel usulleri uygulaması gerekebilir. **DHULIA**, s.24.

saklanan üretim ve iş sırlarına erişiminin yasaklanması kararlaştırılmış ve hatta bu bilgilerin şifrelenmek suretiyle buluta gönderilmiş olması durumunda, üretim ve iş sırlarını gizlice ve izinsiz olarak ele geçirerek başkalarına bildirmesi veya kendisinin değerlendirmesi de haksız rekabet teşkil edebilecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 55(1)(e) maddesinde yer alan *“iş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur”* şeklindeki hüküm bulutta ticari sırların saklanması söz konusu olabilir. Şöyle ki, Türk Standartları Enstitüsü bulut bilişimde güvenlik ve standart taslağı üzerinde çalışmaktadır¹⁸³. Bulut bilişim için oluşturulacak standartların mecburi hale getirilmesi durumunda bu standartlara uyulmadan bulut hizmeti verilmesi haksız rekabet teşkil edebilecektir. Zira standartlara uygun olarak güvenli bulut hizmeti veren rakiplere karşı haksız rekabette bulunmuş olunacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 55(1)(f) maddesi *“dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak; özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur”* şeklindedir. Bu hüküm de ticari sırların bulutta saklanması durumunda gündeme gelebilir. Uygulamada bulut bilişim sözleşmeleri genellikle hizmet sağlayıcı tarafından önceden hazırlanmakta ve karşı tarafa sunulmaktadır. Hatta bu sözleşmeler çoğunlukta çevrimiçi olarak bir kutucuğunun tıklanması veya “kabul ediyorum” seçeneğinin tıklanması ile yapılmaktadır. Dolayısıyla kullanıcıların sözleşme şartlarını değiştirmeleri ya da müzakere etmeleri mümkün olamamaktadır. Bu itibarla bulut bilişim sözleşmesinde yer alan bulut hizmeti sağlayıcının bulutta saklanan ticari sırları dilediği gibi kullanabileceği, isterse satabileceği, isterse başkalarına açıklayabileceği ve karşı tarafın buna hiçbir şekilde itiraz edemeyeceği şeklindeki hükümler bu madde kapsamında haksız rekabet teşkil edecektir. Zira böyle hükümler ticari sırların bulutta saklanması durumunda bulut bilişim sözleşmesinin ekonomik amacına önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımı öngörmüş olacaktır. Burada Türk Borçlar Kanunu'nun 25.maddesi de gündeme gelebilecektir. Dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler Türk Borçlar Kanunu'nun 25.maddesine göre kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Aynı zamanda Türk Ticaret Kanunu'nun 55(1)(f) maddesindeki şartların oluşması durumunda haksız rekabet davaları da açılacaktır¹⁸⁴.

¹⁸³ Bulut bilişimde standartlar ve alınabilecek diğer güvenlik önlemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **BOZKURT YÜKSEL**, Bulut Bilişim, s.150 vd.

¹⁸⁴ **ŞENER**, Ticari İşletme, s.650.

SONUÇ ve ÖNERİLER

Ticari sırlar ister bulutta istenirse tacirin işletmesinde bulunan veri merkezinde saklansın teknolojinin kullanıldığı her durumda üçüncü kişilerce ticari sırların ele geçirilmesi riski vardır. Herhangi bir veri ihlali neticesinde ticari sırların üçüncü kişilerce öğrenilmesi durumunda tacirin gerek Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabete ilişkin hükümlerden gerekse Türk Ceza Kanunu'ndaki hükümlerden yararlanması mümkündür. Ancak burada önceden hem teknik hem de hukuki tedbirlerin alınması çok önemlidir.

Ticari sırların daha ekonomik ve pratik olması, İnternet üzerinden her yerden veriye erişimin kolay olması nedeniyle bulutta saklanması tercih edilirse, burada da dikkat edilmesi gereken hususlar vardır. Bulut hizmeti alınacak olan kişinin dikkatli ve özenli seçilmesi, bu alanda güvenilir, tanınır hizmet sağlayıcılarla çalışılması önemlidir. Buluttaki verilerin tamamen güvende olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak teknolojinin geldiği noktada bulut kullanımı giderek artacaktır. Burada önemli olan doğru hizmet sağlayıcıyı seçmek ve teknik ve hukuki tedbirleri elden bırakmamaktır¹⁸⁵. Bulut hizmeti sağlayıcılar arasında uluslararası standartlara uygun hizmet sunanlar, izinsiz erişime izin vermeyen bir sistem kuranlar, herhangi bir veri ihlali durumunda acil durum planı olanlar, ticari sırlarını bulutta saklamak isteyen tacirler için gelecekte ön plana çıkacaktır.

Ticari sırların özellikle kötüniyetli yazılımlarla, yetkisiz bir şekilde ağlara erişimle, mobil cihazlara yönelik saldırılarla ve bulut tabanlı saldırılarla ele geçirilmesi söz konusu olmaktadır. Bu itibarla tacirlerin siber güvenliğinin sağlanmasına önem vermeleri gerekmektedir¹⁸⁶. Siber güvenlik konusundaki yasal ve teknik gelişmeler tacirler tarafından yakından takip edilmeli, siber güvenlik ve bilgi güvenliği konusunda politikalar geliştirilmelidir. Ayrıca nesnelerin İnterneti gibi yeni teknolojiler daha fazla akıllı cihaz kullanımını getirerek ticari sırların kötüniyetli kişiler tarafından ele geçirilmesini kolaylaştırabileceğinden yeni teknolojilerin kullanımında farkındalığı elden bırakmamak gerekmektedir.

¹⁸⁵ YILDIZ, Özcan Rıza, "Bilişim Dünyasının Yeni Modeli: Bulut Bilişim (Cloud Computing) ve Denetim, Sayıştay Dergisi, Sayı 74-75, s.19.

¹⁸⁶ İnternet güvenliğine yönelik tehditlerle ilgili detaylı bilgi için bkz. SYMANTEC, Internet Security Trade Report, Volume 21, April 2016, <https://www.symantec.com/content/dam/symantec/docs/reports/istr-21-2016-en.pdf> (Erişim 21.10.2016).

KAYNAKLAR

AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

AKKURT, Sinan Sami, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, AÜHFD, 60(1), 2011, s.19-46.

ALMELING, David, “Seven Reasons Why Trade Secrets Are Increasingly Important”, Berkeley Technology Law Journal, Vol.27, Issue 2, Fall 2012, s.1091-1118.

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 23.B., Ankara 2017.

BAŞGÜL, Mürsel/CHOUSEİNOGLOU, Oumout, “Bulut Bilişim Kapsamında Ortaya Çıkabilecek Hukuki Sorunlar”, 6.Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı Bildiriler Kitabı, Ankara 2013, s.210-215.

BİLGE, Mehmet Emin, Ticari Sırların Korunması, Asil Yayın Dağıtım Ltd.Şti., 2.Bası, Ankara 2005.

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU, Bulut Bilişim, Ankara 2013.

BOND Jr., Vince, “U.S. Judge Sentences Couple to Jail for Stealing GM Trade Secrets”, Automotive News, Yayınlanma tarihi 01 Mayıs 2013, <http://www.autonews.com/article/20130501/OEM06/130509970/u.s.-judge-sentences-couple-to-jail-for-stealing-gm-trade-secrets> (Erişim 21.10.2016).

BOSTICK, Kenneth L., “Pie in the Sky: Cloud Computing Brings an End to the Professionalism Paradigm in the Practice of Law”, Buffalo Law Review, Vol.5, s.1373-1414.

BOZBEL, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.

BOZKURT YAŞAR, Sevgi, Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması (Personal Data Protection in Cloud Computing), Yetkin Yayınları, Ankara 2016 (Bulut Bilişim).

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Elektronik Ticarete Elektronik Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Mevzuat Dergisi, Yıl 11, Sayı 123, Mart 2008, <http://www.mevzuatdergisi.com/2008/03a/02.htm> (Erişim 25.11.2016).

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Nesnelerin İnternetinin Hukuki Yönden İncelenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 2, Y.2015, Basım Yılı Nisan 2016, s.113-139.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Online International Arbitration”, Ankara Law Review, Vol.14, No.1, Summer 2007, s.83-93, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1542/16895.pdf> (Erişim 25.11.2016).

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları – Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009 (Patent Uyuşmazlıkları).

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, “Üç Boyutlu Yazıcıların Fikri Mülkiyet Hukukuna Etkileri”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014, Editör Prof.Dr.Tekin Memiş, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s.101-147.

BRADFORD, Benjamin J./MALESON, Justin A./WERNER, Micheal T., “Protecting Trade Secrets Stored in the Cloud”, American Bar Association, Section of Litigation Intellectual Property, March 28, 2014.

BRADSHAW, Simon/MILLARD, Christopher/WALDEN, Ian, “Standard Contracts for Cloud Services”, Cloud Computing Law, Editör Christopher Millard, Oxford University Press, Croydon 2013, s.40-72.

BUGHIN, Jacques/CHUI, Michael/MANYIKA, James, “Clouds, big data, and smart assets: Ten tech-enabled business trends to watch”, McKinsey Quarterly, <http://www.mckinsey.com/industries/high-tech/our-insights/clouds-big-data-and-smart-assets-ten-tech-enabled-business-trends-to-watch> (Erişim 04.12.2016).

CISCO, “State Government Deploys Private Cloud to Provide Services to Agencies”, http://www.cisco.com/c/dam/en/us/solutions/collateral/data-center-virtualization/state_of_alaska_cs.pdf (Erişim 22.11.2014).

ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

ÇAPA, M.Sadık, “Haksız Rekabet Hukukunda Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s.359-373.

DEDEAĞAÇ, Ender/SAPAN, Oğuzhan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara 2013.

DHULIA, Khyati, Trade Secrets in Cloud Computing, University of Washington School of Law, Final Thesis Paper, Spring 2010.

DMTF, “Interoperable Clouds”, A White Paper from the Open Cloud Standards Incubator, http://www.dmtf.org/sites/default/files/standards/documents/DSP-IS0101_1.0.0.pdf (Erişim 23.01.2015).

DOYLE, Charles, “Stealing Trade Secrets and Economic Espionage: An Overview of the Economic Espionage Act”, Congressional Research Service, August 19, 2016, <https://www.fas.org/sgp/crs/secretary/R42681.pdf> (Erişim 27.09.2016).

DÜLGER, Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 6.B., Seçkin Yayınevi.

European Commission Information Society and Media, “The Future of Cloud Computing - Opportunities for European Cloud Computing Beyond 2010”, Expert Group Report, <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/cloud-report-final.pdf> (Erişim 22.01.2015).

FBI, “Economic Espionage”, Inside the FBI, <https://www.fbi.gov/audio-repository/news-podcasts-inside-economic-espionage.mp3/view>, Yayınlanma Tarihi 23.06.2015 (Erişim 21.10.2016).

FISCHL, Thomas/WEIMER, Katharina A., “Cloud Computing-A German Perspective”, Transcending the Cloud, A Legal Guide to the Risks and Rewards of Cloud Computing, ReedSmith, <http://www.reedsmith.com/files/Publication/cf6df614-498c-4c92-979c-454346c15369/Presentation/PublicationAttachment/131ec3c6-65ff-45e4-bca1-f5628e478465/Cloud%20Computing%20-%20Germany%20Chapter%20ONLY%20-%2008.12.10.pdf> (Erişim 04.01.2015).

GELLMAN, Robert, “Privacy in the Clouds: Risks to Privacy and Confidentiality from Cloud Computing”, World Privacy Forum, February 23, 2009, http://www.worldprivacyforum.org/www/wprivacyforum/pdf/WPF_Cloud_Privacy_Report.pdf (Erişim 17.03.2015).

GOTHING, Andrea A./NORTHROP, Seth A./ZHU, Li, “Keeping secrets in the cloud: Are storms ahead for trade secret protection?”, InsideCounsel.com, February 26, 2015.

GOWEN, Nicholas A./SCHWARTZ, Honigman Miller/Cohn LLP, “Protecting Trade Secrets in the Cloud”, The National Law Review, October 20, 2014.

GRUNFELD, Gay/FISCHER, Aaron, “How Businesses Protect Their Valuable Trade Secrets”, San Francisco Daily Journal, Monday, September 26, 2011, www.dailyjournal.com (Erişim 29.07.2016).

GÜNGÖR, Gülin, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2002, C.51, S.1, s.19-42.

GÜRBÜZ USLU, Aslı E., Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

HEIN, Matthias, “Ekonomi Casusluğu Yayılıyor”, Deutsche Welle Türkçe, <http://www.dw.com/tr/ekonomi-casuslu%C4%9Fuyay%C4%B1l%C4%B1yor/a-18452902>, Yayınlanma Tarihi 15.05.2015 (Erişim 21.10.2016).

HON, W. Kuan/MILLARD, Christopher, “Cloud Technologies and Services”, Cloud Computing Law, Editör Christopher Millard, Oxford University Press, Croydon 2013, s.4-17.

HON, W. Kuan/HÖRNLE, Julia/MILLARD, Christopher, Which Law(s) Apply to Personal Data in Clouds?, Cloud Computing Law, Editor Christopher Millard, Oxford University Press, Croydon 2013, s.221-253.

HON, W. Kuan/MILLARD, Christopher/WALDEN, Ian, “Who is Responsible for Personal Data in Clouds?”, Cloud Computing Law, Editör Christopher Millard, Oxford University Press, Croydon 2013, s.194-219.

HURWITZ, Judith/BLOOR, Robin/KAUFMAN, Marcia/HALPER, Fern, Cloud Computing for Dummies, Wiley Publishing, Inc., Indianapolis 2010.

INTERNATIONAL CHAMBER of COMMERCE, “Trade Secrets: Tools for Innovation and Collaboration”, Innovation and Intellectual Property Series”, By Jennifer Brant and Sebastian Lohse, 2014.

KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 21.Bası, Konya 2011.

KERTESZ, Attila/VARADİ, Szilvia, “Legal Aspects of Data Protection in Cloud Federations”, Security, Privacy and Trust in Cloud Systems, Editors Surya Nepal, Mukaddim Pathan, Springer, Verlag Berlin Heidelberg 2014.

KIRCA, Çiğdem, “Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Prof.Dr.Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s.243-268.

KÖSEALİOĞLU, Ebru, “Know-How Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Patentten Farkları”, Hukuk Gündemi, Yaz 2007, Sayı 8, s.135-138.

KÖSEKAYA, Fatih, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

KUMAR, Ranjeet/TRIPATHI, R.C./TIWARI, M.D., “Trade Secrets Protection in Digital Environment A Global Perspective”, International Journal of Economics and Management Sciences, Vol.2, No.4, 2012, s.1-9.

LAW SOCIETY, <http://lawsociety.org.uk/advice/practice-notes/cloud-computing/> (Erişim 18.11.2014).

LINEK, Ernie, “A Brief History of Trade Secret Law, Part 1”, BioProcess International, http://bannerwitcoff.com/_docs/library/articles/briefhistory1.pdf (Erişim 03.02.2016).

MARIN, Mauricio, “Economic Espionage Threat Rising in America”, <http://www.lasvegasnow.com/news/economic-espionage-threat-rising-in-america> (Erişim 21.10.2016).

MEMİŞ, Tekin, “Bulut Bilişimde Fikri Hak Sorunları”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.315-346.

MILLIGAN, Robert M./SALINAS, Joshua, “A Brave New World: Protecting Information (Including Trade Secrets) in the Cloud and in Social Media”, NYSBA Bright Ideas, Spring/Summer 2012, Vol.21, No.1.

NIST, The NIST Definition of Cloud Computing, Special Publication 800-145, <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf> (Erişim 24.11.2016).

ORGAN, Shawn J./CORCORAN, Matthew C., “Your Web Site’s ‘Terms of Use’: Are They Enforceable?”, Privacy & Data Security Law Journal, 2008, <http://www.jonesday.com/files/Publication/97a326a1-0077-4fc9-ac81-e82c265d0c82/Presentation/PublicationAttachment/a882327c-e026-49bf-91fb-ee3f9ca21ac0/Terms%20of%20Use.pdf> (Erişim 05.01.2016).

ÖZDEN, Serkan, “Bilgi Güvenliği Konusunda Firmalar Ne Kadar Bilinçli?”, http://wise.web.tv/video/bilgi-guvenligi-konusunda-firmalar-ne-kadar-bilincli__atblx3js2es (Erişim 14.11.2016).

ÖZEL, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, C.50, S.4, Y.2001, s.81-106.

POOLEY, James H., “The Uniform Trade Secrets Act: California Civil Code 3426”, Santa Clara High Technology Law Journal, Volume I, Issue 2, Article 3, s.193-216.

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 23.B., İstanbul 2012.

ROWE, Elizabeth A., “RATs, TRAPs, and Trade Secrets”, 57 B.C.L. Review, Y.2016, s.381-426 (RATs).

ROWE, Elizabeth A., “Saving Trade Secret Disclosures on the Internet Through Sequential Preservation”, Wake Forest Law Review, Volume 42, 2007, Number 1, s.1-47.

SADIÇ, A.Burak, “Siber Risk Sigortaları Nasıl Ele Alınmalı?”, Siber Bülten, Yayınlanma Tarihi 04.10.2015, <https://siberbulten.com/makale-analiz/siber-risk-sigortalari-nasil-ele-alinmali/> (Erişim 10.11.2016).

SAMUELSON, Pamela/SCOTCHMER, Suzanne, “The Law and Economics of Reverse Engineering”, Yale Law Journal, Vol.111, No.7, 2002, s.1575-1663.

SANDEEN, Sharon K., “Lost in the Cloud? The Trade Secret Implications of Cloud Computing”, 2011 MSBA Computer and Technology Law Institute, Minneapolis, October 20, 2011.

SULU, Muhammed, Ticari Sırların Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

SYMANTEC, Internet Security Trade Report, Volume 21, April 2016, <https://www.symantec.com/content/dam/symantec/docs/reports/istr-21-2016-en.pdf> (Erişim 21.10.2016).

ŞENER, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, 2.B., Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

ŞENER, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016 (Ticari İşletme).

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

TEKŞEN, Mustafa Gökhan, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

THAYER, Linda J./YANG, Ming-Tao, “Security and Privacy: Storing Trade Secrets in the Cloud-Bad Idea?”, Cloud Computing Journal, December 4, 2015, <http://finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=450db577-3e55-43db-ad74-192fde3fd3f9> (31.07.2016).

TURANBOY, Asuman, “Ticari Sır”, Prof.Dr.Tuğrul ANSAY’a Armağan, Turhan Yayınevi, Ankara 2006, s.349-369.

TÜBİTAK Ulusal Elektronik Ve Kriptoloji Araştırma Enstitüsü (UEKAE), Yakup Korkmaz, “Bulut Bilişim: Türkiye İçin Fırsatlar”, http://www.tubitak.gov.tr/tubitak_content_files/bilgiguvenligi/sunular/Korkmaz_Bulut_Bilisim.ppt (Erişim 22.11.2014).

U.S. DEPARTMENT of JUSTICE, “U.S. Charges Five Chinese Military Hackers with Cyber Espionage Against U.S. Corporations and a Labor Organization for Commercial Advantage”, Yayınlanma tarihi 19 Mayıs 2014, <https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/pittsburgh/news/press-releases/u.s.-charges-five-chinese-military-hackers-with-cyber-espionage-against-u.s.-corporations-and-a-labor-organization-for-commercial-advantage> (Erişim 09.11.2016).

UŞAN, Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003.

VENKATRAMAN, Archana, “Case Study: How eBay Uses Its Own OpenStack Private Cloud”, Computer Weekly, 18 June 2014, <http://www.computerweekly.com/news/2240222899/Case-study-How-eBay-uses-its-own-OpenStack-private-cloud> (Erişim 20.01.2015).

WARE, James, “IP, Trade Secrets and Employee Mobility”, Essential California Legal Content, Week of November 25, 2013, Vol. 137, No.46.

WEICHERT, Thilo, “Cloud Computing & Data Privacy”, The Sedona Conference Working Group Series, February 2011, <https://www.datenschutzzentrum.de/cloud-computing/20100617-cloud-computing-and-data-privacy.pdf> (Erişim 24.11.2016).

WIPO, “What is a Trade Secret?”, http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/trade_secrets/trade_secrets.htm (Erişim 23.10.2016).

YASAMAN Hamdi, “Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s.367-388.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

YEH, Brian T., “Protection of Trade Secrets: Overview of Current Law and Legislation”, Congressional Research Service, April 22, 2016, <https://www.fas.org/sgp/crs/secrecy/R43714.pdf> (Erişim 23.10.2016).

YILDIZ, Özcan Rıza, “Bilişim Dünyasının Yeni Modeli: Bulut Bilişim (Cloud Computing) ve Denetim, Sayıştay Dergisi, Sayı 74-75, s.5-23.

YURDAKUL, Çiğdem, “Türkiye’de Adli Bilişim Uzmanlığı/Gereksinimleri/Kriterler/Kimler Olmalı”, Adli Bilişim Dergisi, Sayı 3, Nisan 2016.

INTERNET SİTELERİ

<http://aws.amazon.com/> (Erişim 21.01.2015).

<http://courts.mrsc.org/appellate/077wnapp/077wnapp0020.htm> (Erişim 07.08.2016).

http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf (Erişim 02.02.2016).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=EN> (Erişim 15.05.2017).

<http://googleforwork.blogspot.com.tr/2010/03/disaster-recovery-by-google.html> (Erişim 23.11.2014).

<http://searchcloudcomputing.techtarget.com/definition/public-cloud> (Erişim 23.11.2014).

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56b0d6fd7f16b1.70263308 (Erişim 02.02.2016).

<http://teftis.kulturturizm.gov.tr/Eklenti/34660,ticaretle-baglantili-fikri-mulkiyet-anlasmasi-trips-199-.doc?0> (Erişim 15.05.2017).

<http://thecloudtutorial.com/cloudtypes.html> (Erişim 22.11.2014).

<http://www.business2community.com/strategy/difference-data-information-0967136> (Erişim 17.11.2016).

http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case403.cfm (Erişim 13.11.2016).

<http://www.merriam-webster.com/dictionary/hacker> (Erişim 17.02.2016);

<http://www.webopedia.com/TERM/H/hacker.html> (Erişim 17.02.2016).

<http://www.techopedia.com/definition/26965/lights-out-data-center> (Erişim 07.03.2015).

<http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-ikinci-kitap-ticaret-sirketlerimadde-124-644/> (Erişim 03.01.2015).

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trade%20secrets/utsa_final_85.pdf (Erişim 02.02.2016).

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0483.pdf> (Erişim 02.02.2016).

<https://cloud.google.com/appengine/docs/whatisgoogleappengine> (Erişim 21.01.2015).

<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1678/index.do> (Erişim 24.11.2016).

<https://sigortateklif.net/siber-risk-sigortasi.php> (Erişim 10.11.2016).

<https://www.facebook.com/legal/terms> (Erişim 25.11.2014).

<https://www.google.com/work/apps/business/> (Erişim 21.01.2015).

<https://www.quora.com/What-is-the-difference-between-servers-and-desktops-workstations> (Erişim 12.06.2017).

EGE KARASULARI SINIRLANDIRMASINDA ADALARIN ETKİSİNİN ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Effect of Islands on Delimitation of Aegean Territorial Sea with respect to
International Law*

Yrd. Doç. Dr. Berat Lale AKKUTAY*

Geliş Tarihi: 06.11.2017

Kabul Tarihi: 23.11.2017

ÖZET

Adaların deniz alanlarının sınırlandırılmasındaki etkisi, Ege gibi üzerinde yüzlerce adanın bulunduğu bir denizden kaynaklanan sorunlar dikkate alındığında, özellikle incelenmesi gereken bir meseledir. Bu çalışmada, öncelikle, uluslararası hukukta adaların karasularının sınırlandırılmasındaki etkisi genel olarak değerlendirilmiş, ardından Ege Denizi karasuları sorunu adalar çerçevesinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Karasularının Sınırlandırılması, Ada, Andlaşma, Özel Durumlar, Orta Hat, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi

ABSTRACT

The impact of islands on maritime delimitation requires a special analysis considering the delimitation problems arising from the islands situated in the Aegean Sea. This study evaluates the effects of islands on territorial sea delimitation and examines the Aegean territorial sea issue with respect to islands.

Keywords: Delimitation of the Territorial Sea, Island, Agreement, Special Circumstances, Median Line, United Nations Convention on the Law of the Sea

GİRİŞ

Uluslararası hukukta deniz alanlarının sınırlandırılması, özellikle dar deniz alanlarında, yan yana ya da karşılıklı kıyıdaş devletlerin, bu alanlardaki hak iddialarının çatışmasından ileri gelir. Karşılıklı kıyılarda, karasularının dış sınırına yakın bir mesafede başka bir devletin ülkesi varsa karasularının sınırlandırılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.¹

Sınırlandırma yalnızca tek bir deniz alanına ilişkin olabileceği gibi birden fazla alan bakımından da söz konusu olabilir. Kimi zaman sınırlandırmanın yapılabilmesi için öncelikle deniz alanlarında yer alan kara parçalarının aidiyetinin tespiti gerekir. Zira denizlerdeki egemenlik karadaki egemenliğe bağlıdır.

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, berat.lale@gazi.edu.tr

¹ Aydoğan ÖZMAN, *Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları*, Ankara, Turhan, 2006, s. 304.

Türkiye ve Yunanistan'ın yan yana ve karşılıklı kıyıdaş olduğu Ege Denizi, egemenliği devredilmemiş adalar, Doğu Ege Adaları'nın askerden arındırılmış statüsünün ihlali, karasuları ve kıta sahanlığı sınırlandırması, hava sahası ve arama-kurtarma sorumluluğuna ilişkin olarak her iki devlet arasında sorunlara kaynaklık eden bir bölgedir.

Bu çalışmada söz konusu sorunlardan yalnızca karasuları meselesi, özellikle adaların karasuları sınırlandırmasına etkisi incelenmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde, uluslararası hukukta karasularının sınırlandırılması genel olarak değerlendirilmiş, ikinci bölümde karasularının sınırlandırılmasında adaların etkisi, benzer konulardaki devlet uygulamaları ve yargı kararları çerçevesinde ele alınmış, üçüncü bölümde ise Ege Denizi'nin coğrafyasını benzersiz kılan unsurlardan biri olan adaların, karşılıklı kıyılarda karasuları sınırlandırmasındaki rolü değerlendirilmiştir.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA KARASULARININ SINIRLANDIRILMASI

Kıyı devleti, karasularında, su tabakası, deniz yatağı, toprak altı ve bunların üzerindeki hava sahasında münhasır egemen hak ve yetkileri haizdir. Karasuları, iç suların dış sınırını oluşturan esas hatlardan itibaren, belirli bir mesafeye kadar tespit edilebilir.

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde (BMDHS/Sözleşme) karasularının sınırlandırılması konusu, 15. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu madde, köklerini, 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 12. maddesinden alır. BMDHS'nin 15. maddesi uyarınca:

"İki devletin sahilleri bitişik ya da karşılıklı olduğunda aralarında aksine bir andlaşma olmadıkça, bu devletlerden ne birinin ne de diğerinin kendi karasularını, bütün noktaları, bu iki devletin her birinin karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatların en yakın noktalarından eşit uzaklıkta bulunan orta hattın ötesine uzatmaya hakkı yoktur. Bununla beraber bu hüküm, tarihi hakların veya diğer özel durumların varlığı nedeniyle her iki devletin karasularının başka bir şekilde sınırlandırılmasının gerekli olduğu durumlarda uygulanmaz."²

Bu noktada ortaya konması gereken en temel husus, sınırlandırmada, andlaşmanın diğer yöntemlere göre önceliğidir. Sözleşme'nin hazırlık aşaması ve uluslararası mahkeme ve hakemlik kararları, karasuları sınırlandırmasının andlaşma yoluyla yapılması gerektiği yönündedir. Uluslararası Adalet Divanı (UAD), İngiltere-Norveç balıkçılık davasında deniz alanlarının sınırlandırılmasının her zaman bir uluslararası yönü

² Çeviri için bkz. Aydoğan ÖZMAN, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul Deniz Ticaret Odası, 1984, s. 7.

olduğunu ve sınırlandırmanın üçüncü devletler bakımından geçerliliğinin, uluslararası hukuku ilgilendirdiğini belirtmiş; Maine Körfezi Davasında, deniz alanlarının sınırlandırılmasının tek taraflı olarak yapılamayacağını, böyle bir sınırlandırmanın andlaşma ile gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir.³ Aynı davada, Divan, deniz alanlarına ilişkin sınırlandırmanın, tarafların iyi niyetle ve sınırlandırmayı gerçekleştirmek için olumlu bir sonuca varmak üzere anlamlı müzakerelerde bulunması gerektiğini bildirmiş; bu müzakereler neticesinde sonuca ulaşılamazsa, sınırlandırma için üçüncü taraf çözümüne başvurulması gerektiğini ifade etmiştir.⁴ Görüldüğü üzere UAD içtihadı ve genel olarak uluslararası hukuk bakımından taraflar arasında bir uyuşmazlık olup olmaması önemli olmaksızın, sınırlandırma meselesinin müzakere edilmesi zorunluluğu vardır. Burada üçüncü taraf çözüm yolundan yalnızca yargısal yollar anlaşılmalıdır. Üçüncü taraf çözümü, müzakereleri devam ettirmek üzere bağımsız bir üçüncü tarafın dahil olduğu arabuluculuk ya da sınırlandırmaya ilişkin çözüm önerilerinin sunulduğu ya da maddi verilerin bir komisyon tarafından ortaya konduğu uzlaştırma veya araştırma gibi diplomatik yöntemler de olabilir.⁵ Üçüncü taraf diplomatik çözüm yollarında sınırlandırma için sunulan önerilerin bağlayıcı gücü yoktur ancak taraflar bu öneriler çerçevesinde bir andlaşmaya da varabilirler.⁶ Üçüncü taraf çözüm yollarından, kararları bağlayıcı olan hakemlik ya da mahkeme gibi yargısal yollara da sınırlandırma için başvurulabilir. Bununla birlikte, sınırlandırma meselesinin uluslararası hukuk anlamında bir uyuşmazlık olması durumunda bile, devletlerin BM Andlaşması'nın 33. maddesinden kaynaklanan yükümlülüğü, uyuşmazlığı barışçı yollarla çözmektir. Uyuşmazlığın yargısal yollara götürülme yükümlülüğü yoktur. Uluslararası Daimi Adalet Divanı, bir uyuşmazlığın uluslararası mahkeme önüne götürülmesinden önce konusunun müzakereler yoluyla açıkça tanımlanması gerektiğini ifade etmiş ve her davada, meselenin yeterli ölçüde müzakere edilip edilmediğinin, Divan tarafından belirlenmesini gerekli gördüğünü belirtmiştir.⁷ O halde Divanın içtihatları

³ *Fisheries Case*, (United Kingdom v. Norway) Judgment, ICJ Reports 1951, p.116, s. 132, (ICJ Rep. 1951 olarak kısaltılacaktır); *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, (Canada v. United States of America) Judgment, ICJ Reports 1984, p. 246, para. 22, 112. (ICJ Rep. 1984 olarak kısaltılacaktır.)

⁴ ICJ Rep. 1984, para. 112/1.

⁵ Bu konuda bkz. Michael BOTHE, "International Obligations, Means to Secure Performance", in Rudolph Bernhardt ed., *Encyclopedia of Public International Law, Settlement of Disputes*, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1981, s. 104.

⁶ Ancak uzlaştırma, araştırma ve soruşturma komisyonlarının tespit ve önerileri bağlayıcı olmasa da devletler bu öneriler çerçevesinde bir andlaşmaya varmadıkları gerekçesiyle uluslararası kamuoyunun baskısıyla karşılaşılabirler.

⁷ *Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ Series A No. 22, August 30th, 1924, s. 15. Bu konuda ayrıca bkz. Özgür MENGİLER, *Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü*, Ankara, Platin, 2005, s. 48.

çerçevesinde zorunluluk, yargısal yollara başvurmadan önce mutlaka konunun müzakere edilmesidir.⁸ Başka bir ifadeyle uluslararası hukukta, uyuşmazlıkların çözümünde öncelik tarafların iradesine bırakılmıştır ve yargısal yollara başvuru zorunluluğu, taraflar arasında aksine bir andlaşma yoksa bulunmamaktadır. Nitekim BMDHS'nin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin zorunlu yargısal yollar ihtiva eden XV. Kısım da bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.⁹ Sözleşme'nin 283. maddesi, zorunlu yargısal yollara başvurmadan önce taraflara müzakere şartı getirmiştir. Yine XV. Kısımda yer alan ve ihtiyari istisnalar başlığı taşıyan 298. maddeden, tarafların deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uyuşmazlıkları, 287. maddede sayılan yargısal yollara götürme zorunluluğunun bulunmadığı anlaşılmaktadır.¹⁰ Dolayısıyla deniz alanlarının sınırlandırılmasının andlaşma yoluyla yapılması esastır.¹¹ Sınırlandırma meselesinin yargısal yollara götürülmesi, taraflar arasında doğrudan ve barışçı çözüm için tarafların rızasına bağlı bir alternatiftir.¹² UAD'nin çeşitli kararlarında da deniz alanlarının sınırlandırılması bakımından, karasuları, MEB ya da kıta sahanlığı, fark etmeksizin hem örf ve adet hukuku hem de ahdi hukukun, önceliği andlaşmaya verdiği bildirilmiştir.¹³

Orta hat ya da eşit uzaklık çizgisi, karşılıklı ya da yan yana kıyıdaş devletlerin esas hatlarının en yakın noktalarının eşit mesafesinde bulunan çizgiyi ifade etmek üzere kullanılır. Ancak eşit uzaklık yöntemine göre bir sınırlandırma bazı coğrafi durumlarda adil bir sonuç sağlarken bazı durumlarda hakça bir çözüm getirmekten uzaktır.¹⁴

⁸ Aslan GÜNDÜZ, "A Tentative Proposal for Dealing with the Aegean Disputes" in B. Öztürk ed. *The Aegean Sea 2000 Proceedings of the International Law Symposium on the Aegean Sea*, 5-7 May 2000, Bodrum-Turkey, İstanbul, TÜDAV, s. 150; ICJ Rep. 1984, para. 112/1.

⁹ BMDHS'nde düzenlenen uyuşmazlık çözüm rejimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Berat Lale AKKUTAY, *1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Ankara, Adalet, 2012.

¹⁰ Berat Lale AKKUTAY, "1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Çekinceler ve İhtiyari İstisnalar", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 31, Sayı: 1, 2011, ss. 17-23. Bununla birlikte 298. madde uyarınca deniz alanlarının sınırlandırılması bakımından zorunlu yargısal yolları kabul etmeyen devletlerin, uyuşmazlığı, Sözleşme'nin V. Ek 2. Bölümü uyarınca zorunlu uzlaştırmaya götürme yükümlülüğü vardır. Ancak 298. madde buna da bir istisna getirmekte ve uyuşmazlığın, kıta ya da adaların egemenlik haklarıyla ilgili olması halinde zorunlu uzlaştırmaya sunulmayacağını ifade etmektedir. Bkz. AKKUTAY, 2012, ss. 82-84.

¹¹ ICJ Rep. 1984, para. 112/1; *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) Judgment, ICJ Reports 1969, p. 3, para. 85/a (ICJ Rep. 1969 olarak kısaltılacaktır)

¹² *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of August 19th, 1929, PCIJ Series A-No.22, s. 13; ICJ Rep. 1984, para. 22.

¹³ ICJ Rep. 1969, para. 87; ICJ Rep. 1984, para. 22. Ayrıca bkz. İbrahim GÖKALP, *Milletlerarası Adalet Divanı'nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler*, İstanbul, Beta, 2008, s. 102.

¹⁴ Uğur BAYILLIOĞLU, *Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması*, Ankara,

Özel durumların içeriğine ilişkin bir tanım olmamakla birlikte, Uluslararası Hukuk Komisyonu, kıyının olağanüstü nitelikteki biçimini, adaların ve ulaşım yollarının varlığını özel durum olarak değerlendirmektedir.¹⁵ Bu nedenle her somut olayda farklı özel durumlar söz konusu olabilir. Taraflar arasında bir anlaşma olmaması halinde eşit uzaklık yönteminin ilkeyi, özel durumların gerektirdiği yöntemlerin ise istisnayı oluşturduğu görüşü genellikle reddedilmektedir.¹⁶ Tüm deniz alanı sınırlandırılmalarının temelinde hakça bir çözüme ulaşma amacı vardır ve eşit uzaklık çizgisi ile de hakça bir çözüme ulaşılabilir. Ancak yalnızca eşit uzaklık yönteminin uygulanmasını zorunlu kılan bir kural mevcut değildir. Nitekim Nikaragua ve Honduras arasındaki deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin davada UAD, orta hat yönteminin uygulanmasının kolaylığı nedeniyle sınırlandırmada sıklıkla kullanıldığını ancak bu durumun, söz konusu yöntemi otomatik olarak diğer yöntemlere göre öncelikli hale getirmediğini ifade etmiştir. Divana göre bu yöntemin uygulanması, özel durumların varlığı halinde uygun değildir.¹⁷ Uluslararası mahkemeler, sınırlandırmada, özel durumlar kuralını, hakça bir çözüme ulaşmak için uygulamaktadır.¹⁸

Tarihsel haklar kavramı, bir kıyı devletinin uzun süreden beri diğer devletlerin itirazı olmadan olağan mesafelerin üzerinde gerçekleştirilen karasuları genişliği uygulamalarını ifade etmek üzere kullanılır. Söz konusu uygulamaların zaman içinde kıyı devletine ait haklara dönüştüğü kabul edilir.¹⁹

Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 12. ve BMDHS'nin 15. maddesindeki karasularının sınırlandırılmasına ilişkin bu kural günümüzde aynı zamanda bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı niteliği taşır.²⁰ Bu durum UAD'nin Katar/Bahreyn kararında da tespit edilmiştir.²¹ Ancak burada dikkat çekilmesi gereken husus anlaşma/orta hat/tarihi haklar/özel durumlar kuralının bir bütün olarak örf ve adet hukuku kuralı niteliğidir. Başka bir ifadeyle bu kuralın tek bir unsurunu oluşturan orta hattın, örf ve adet hukuku

Turhan, 2011, ss. 175-176.

¹⁵ Yearbook of the International Law Commission, 1956, Volume II, *Documents of the Eighth Session Including the Report of the Commission to the General Assembly*, United Nations, New York, 1957, s. 300. Bu konuda ayrıca bkz. ÖZMAN, 2006, s. 305; Faraj Abdullah AHNISH, *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean Sea*, Clarendon Press, Oxford, s. 43.

¹⁶ Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap*, Ankara, Turhan, 2014, s. 320.

¹⁷ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ Reports 2007, p. 659, para. 272. (ICJ Rep. 2007 olarak kısaltılacaktır.)

¹⁸ BAYILLIOĞLU, 2011, ss. 182-183.

¹⁹ PAZARCI, 2014, s. 320.

²⁰ PAZARCI, 2014, s. 320.

²¹ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Merits, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 40, para 176, (ICJ Rep. 2001 olarak kısaltılacaktır.)

kuralı oluşturması söz konusu değildir.²² Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davası'nda, Danimarka ve Hollanda'nın eşit uzaklık ilkesinin örf ve adet hukuku kuralı oluşturduğu yönündeki iddiası, UAD tarafından kabul edilmemiştir.²³

II. ADALARIN KARASULARININ SINIRLANDIRILMASINA ETKİSİ

Uluslararası hukukta adaların deniz alanlarına sahip olması meselesi BMDHS'nin 121. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte asıl sorun adaların sınırlandırmadaki etkisinde ortaya çıkmaktadır. Adaların karasularının sınırlandırılmasındaki etkisini değerlendirebilmek için BMDHS'nin 15. ve 121. maddelerinin incelenmesi ve her iki madde arasındaki ilişkinin ortaya konması gerekir.

Sözleşme'nin 121. maddesi uyarınca suların en çok yükseldiği zaman su üzerinde kalan, sularla çevrili, doğal olarak oluşmuş kara parçaları, ada olarak kabul edilir. 2. fıkraya göre ise bir adanın karasuları, bitişik bölgesi, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesi, Sözleşme'nin kara ülkelerine dair diğer hükümlerine göre belirlenir. Ancak III. Deniz Hukuku Konferansı'nda, madde taslağına ilişkin açıklamalardan anlaşıldığı üzere, adaların karasularının, kara ülkelerine dair diğer hükümlere göre değerlendirilmesi, sınırlandırma problemlerinin olmadığı alanlara yönelik olarak, bu konuda genel bir kural koyma amacını taşımaktadır.²⁴ Dolayısıyla karasuları sınırlandırması söz konusu olduğunda, Sözleşme'nin 15. maddesine göre bir değerlendirme yapmak suretiyle, özel durumlar söz konusu ise, adalara, ana karalara göre sınırlı etki tanınması ya da hiç etki tanınmaması mümkündür.

Devlet uygulamaları ve uluslararası yargı yerleri, deniz alanlarının sınırlandırılmasında adaların etkisini, adanın coğrafi konumu, nüfusu, yüz ölçümü, siyasi durumu ve denizin yarı kapalı olup olmaması gibi koşulları dikkate alarak belirlemektedir.²⁵ Bu özellikler arasında ön plana çıkan ise adanın, ana karaya göre coğrafi konumudur.²⁶ Bir deniz alanında adaların bulunması, daha da önemlisi ana karalara göre orta hattın ters tarafında

²² BAYILLIOĞLU, 2011, s. 184.

²³ ICJ Rep. 1969, para. 60-80.

²⁴ Myron H. NORDQUIST ed., *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary, Vol. III*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995, s. 331. Ayrıca bkz. Yücel ACER, *Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasında Adaların Rolü ve Devletlerarası Uygulama, Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 4, No: 16, 2008, s. 2.

²⁵ Malcolm D. EVANS, *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, Oxford, Clarendon Press, 1989, ss.143-145.

²⁶ ACER, 2008, s. 3. Adaların coğrafi konumlarına göre sınıflandırılması konusunda farklı görüşler için bkz. ACER, 2008, s.3; Derek W. Bowett, *The Legal Regime of Islands in International Law*, New York, Oceana Publications, 1978, ss. 37-44.

adaların yer alması tipik bir özel durum örneğini oluşturur.²⁷ Böyle bir durumda özel durumlar dikkate alınarak hakça bir çözüme ulaşmak üzere bir andlaşma yapılması gerekir.

Devletler arası uygulamada, karasuları sınırlandırmasında adalara hiç etki tanınmayan ya da sınırlı etki tanınan çok sayıda örnek mevcuttur. Örneğin Çin ve Hong Kong İngiliz İdaresi arasında 1899 yılında yapılan sınırlandırma anlaşmasında, İngiliz egemenliğinde bulunan ancak Çin kıyılarına çok yakın olan Lan Tao Adası'na; orta hattın doğru tarafında yer almasına rağmen Danimarka ile İsveç arasında 1930 yılında imzalanan andlaşmada Ven Adası'na; Arjantin ile Uruguay arasındaki 1973 tarihli andlaşmada orta hattın ters tarafındaki Martin Garcia Adası'na etki tanınmadığı, SSCB ile Finlandiya ve Avustralya ile Papua Yeni Gine arasındaki andlaşmalarda ise çeşitli adalara sınırlı etki tanındığı görülmektedir.²⁸

Uluslararası yargı kararlarında da karasuları sınırlandırmasında adaların etkisine ilişkin tespitler mevcuttur. UAD, Bahreyn ile Katar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin kararında, iki devlet arasında orta hattın yakınlarında yer alan ve Bahreyn'e ait olan Qit'at Jaradah Adası'nı, esas nokta olarak alınırsa, yüzölçümü bakımından küçük ve insanların yaşamasına elverişsiz bir yapıda olan "önemsiz bir deniz unsuru" na orantısız bir etki tanınacağını belirtmek suretiyle sınırlandırmada ihmal etmiştir.²⁹ Oysa Divan aynı kararın 195. paragrafında söz konusu "önemsiz deniz unsuru"nun, bir ada olduğunu belirtmiş³⁰, 185. paragrafta ise adaların da ana karaların sahip olduğu deniz alanlarına sahip olduğunu ifade etmiştir.³¹ Divan'ın söz konusu tespitlerinden de anlaşılmalıdır ki adaların da ana karalar gibi haklara sahip olması meselesi somut olaylara göre farklılık göstermektedir. Hakça bir sınırlandırma yapılabilmesi için Qit'at Jaradah Adası örneğinde olduğu gibi adalara hiçbir etki tanınmayabilir.³² Kamerun ve Nijerya arasındaki davada, UAD, Kamerun'a ait Akwabana Adası ile Nijerya ana karasından yaptığı karasuları sınırlandırmasında, eşit uzaklık ilkesini uygulamamış, söz konusu adaya Nijerya ana karasından daha az bir karasuları alanı bırakmıştır.³³ Nikaragua ve Honduras arasındaki davada ise, Nikaragua'ya ait Edinburgh Cay ve Honduras'a ait Bobel Cay ve South Cay Adaları arasında geçici bir orta hat

²⁷ Sevin TOLUNER, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi*, İstanbul, Beta, 1996, s. 257.

²⁸ BAYILLIOĞLU, 2011, ss. 210-217. Bu konuda ayrıca bkz. ACER, 2008, ss. 3-18.

²⁹ ICJ Rep. 2001, para 219.

³⁰ Gökhan GÜNEYSU, Katar ve Bahreyn Arasındaki Deniz Sınırlandırması ve Bölgesel Meselelere Dair Dava" içinde Tütüncü et al. ed. *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları, 1990-2007*, İstanbul, Beta, 2008, s. 191.

³¹ GÜNEYSU, 2008, s. 193.

³² GÜNEYSU, 2008, s. 194.

³³ BAYILLIOĞLU, 2011, s. 207.

çizmiş, bölgede herhangi bir özel durum olmadığı gerekçesiyle de bu hattı kesinleştirmiştir.³⁴ Arjantin ve Şili arasındaki Beagle Kanalı Hakemliğinde ise Mahkeme, karasuları sınırlandırmasında, taraflardan her birinin kendi karasularında seyredebilmesini sağlayabilmek amacıyla mutlak su yolunu takip ederek, sınırlandırmada Gable Adası'na tam etki tanımamış, Arjantin'in seyrüsefer haklarını dikkate alarak Picton Adası'nın doğusunu ve Lepper ile Reparo Adaları'nı esas nokta olarak değerlendirmemiştir.³⁵ Eritre ve Yemen uyuşmazlığında Hakem Mahkemesi, iki devlet arasındaki bazı bölgelerde karasuları sınırlandırması yaparken, burada bulunan adaların konumları, eşit uzaklık yönteminin uygulanmasına müsait olduğu için bu yöntemle göre bir sınırlandırma yapmış³⁶ ve orta hattın sapılmasını gerektiren herhangi bir özel durum ya da tarihi hakkın söz konusu olmadığını ifade etmiştir.³⁷ Bangladeş ve Myanmar arasındaki deniz alanlarının sınırlandırılması davasında, Myanmar, Bangladeş'e ait St. Martin's Adası'nın, orta hattın ters tarafında olması nedeniyle özel durum oluşturduğunu, dolayısıyla bu adaya sınırlandırmada tam etki verilmemesi gerektiğini iddia etmiştir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ise adanın, Myanmar ve Bangladeş ana karasına hemen hemen aynı mesafede bulunduğunu, bu nedenle Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca St. Martin's Adası'nın özel durum oluşturmadığını belirtmiştir.³⁸ Mahkemenin bu tespitinden, söz konusu adanın belirgin bir farkla Myanmar kıyılarına daha yakın olması durumunda, özel durum olarak değerlendirileceği sonucu çıkmaktadır.

III. EGE DENİZİ ÖZELİNDE BİR DEĞERLENDİRME

Yukarıdaki örnekler Ege Denizi karasuları uyuşmazlığı bakımından ışık tutsa da, ilgili andlaşma ve yargı kararlarındaki tespitlerin tamamının doğrudan bu deniz bakımından uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira Ege Denizi, 1800 civarında ada, adacık ve kayalık barındıran, boğazlardan geçen en önemli uluslararası su yollarından birini Akdeniz açık denizine ulaştıran ve bu özelliğiyle uluslararası seyrüsefer açısından son derece önemli olan yarı kapalı

³⁴ ICJ Rep. 2007, p. 659, para. 304. Ayrıca bkz. Stephen FIETTA; Robin CLEVERLY, *A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation*, Oxford, Oxford University Press, 2016, s. 464.

³⁵ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 February 1977, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXI, 53-264, para. 110, Annex IV, para. 9. Bu konuda ayrıca bkz. FIETTA; CLEVERLY, 2016, s. 183.

³⁶ BAYILLIOĞLU, 2011, S.205.

³⁷ *Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation)* Decision of 17 December 1999, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXII pp. 335-410, paras. 154-158.

³⁸ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports 2012, p. 4, paras. 132-137; 149; 152.

bir denizdir.³⁹ Ege Denizi üzerindeki adaların büyük bir kısmı, Yunanistan'ın egemenliği altında olup Türk ve Yunan ana karaları esas alınarak çizilecek orta hattın ters tarafında, Anadolu sahillerinin önüne kadar uzanmakta, Anadolu'yu kuzeyden güneye bir dizi halinde kapatmaktadır.⁴⁰ Tüm bu özellikleri dikkate alındığında Ege, benzersiz bir deniz alanıdır. Ege Denizi'nin bu benzersiz coğrafyası tipik bir özel durum örneğidir.⁴¹ Dolayısıyla Türkiye ve Yunanistan'ın karasularının sınırlandırılması konusunda Ege Denizi'nin bu özelliklerine uygun "benzersiz" bir çözüm üretmesi gerekir.⁴²

Öncelikle belirtmek gerekir ki Ege'de, Türkiye ile Yunanistan arasında karşılıklı kıyılardan karasularının sınırlandırılmasına ilişkin herhangi bir andlaşma bulunmamaktadır. Ancak Lozan Andlaşması'nın 6/son ve 12. maddesinde ada ve adacıkların aidiyetinin belirlenmesinde 3 millik bir ölçüt getirilmiştir. Andlaşma açıkça üç millik bir karasuları sınırı öngörmemekle birlikte Lozan Konferansı sırasındaki tutumlar ve her iki devletin o dönemdeki uygulamaları, karasuları genişliğinin 3 mil olduğuna işaret etmektedir.⁴³ Nitekim üç millik karasuları uygulaması Ege Denizi'nde geniş açık deniz alanları bırakmıştır. Bu anlayış aynı zamanda Lozan Andlaşması ile Türkiye ve Yunanistan arasında kurulan dengenin bir ögesidir.⁴⁴ Böylelikle iki taraf da bir müddet 3 mili uygulamıştır.

³⁹ Sertaç Hami BAŞEREN, "Eritre Yemen Kararı'nın Ege Kıta Sahaneliği Sınırlandırmasına Tesirleri", içinde *Ege Kıta Sahaneliği ve İlişkili Sorunlar Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Aslan Gündüz; Hüseyin Öztürk ed. İstanbul, TÜDAV, 2002; s. 83; Ali KURUMAHMUT, "Ege Denizi'nde Ülkesel Sorunların İzlediği Süreç" içinde *Ege Kıta Sahaneliği ve İlişkili Sorunlar Sempozyumu, Bildiriler Kitabı*, Aslan Gündüz; Hüseyin Öztürk ed. İstanbul, TÜDAV, 2002, s. 37; Sertaç Hami BAŞEREN, *Ege Sorunları*, Ankara, Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2006, s. 7.

⁴⁰ BAŞEREN, 2002, 83; KURUMAHMUT, 2002, s. 37. Yunanistan'a ait adaların Türk kıyılarına yakınlığı bakımından bir kaç örnek: Sisam 1 mil; İstanköy 2 mil; Sakız ve Midilli 5 mil. Bkz. Turgay ÇİN, *Türkiye ve Yunanistan Bakımından Ege'de karasuları Genişliği Sorunu*, Seçkin, Ankara, 2000, s. 55.

⁴¹ Augusto SINAGRA, "The Problem of Delimiting the Territorial Waters Between Greece and Turkey in the Aegean Sea" in B. Öztürk ed. *The Aegean Sea 2000 Proceedings of the International Law Symposium on the Aegean Sea*, 5-7 May 2000, Bodrum-Turkey, İstanbul, TÜDAV, p. 179.

⁴² John M. VAN DYKE, "Aegean Sea", *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2011 para. 4. www.mpepil.com

⁴³ Hüseyin PAZARCI, "Lozan Antlaşması'ndan 1974'e Kadar Ege'ye İlişkin Gelişmeler ve Yunanistan'ın Ege Politikası", Üçüncü Askeri Tarih Semineri: Türk-Yunan İlişkileri, Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, 1986, s. 20.

⁴⁴ Hüseyin PAZARCI, *Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1986, s. III.

Yunanistan 1930'lardan itibaren karasularını 6 mil olarak uygulamaya başlamış⁴⁵ Türkiye ise 1964'te kabul ettiği karasuları kanunu ile 6 millik bir karasuları genişliği tespit ederek, Ege'de, coğrafi açıdan mümkün olan yerlerde bunu uygulamıştır.⁴⁶ Yunanistan, BMDHS hazırlanırken, karasularının 12 mile kadar genişletilebilmesi konusunda genel bir yaklaşım benimsenince, karasuları sınırını 6 milden 12 mile çıkaracağı yönünde açıklamalarda bulunmaya başlamış, zamanı gelince bu hakkını kullanacağını ifade etmiştir.⁴⁷ Ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yunanistan'ın böyle bir karar alması halinde, "ülkemizin hayati menfaatlerini muhafaza ve müdafaa için, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ne askeri bakımdan gerekli görülecekler de dahil tüm yetkilerin verilmesine ve bu durumun Yunan ve dünya kamuoyuna dostane duygularla duyurulmasına" yönelik bir karar almıştır.⁴⁸ Zira karasuları genişliğinin 6 milin üzerine çıkarılması, Lozan dengesinin Ege'de yeniden revize edilmesi anlamına gelecektir.

BMDHS'nin 3. maddesi karasularının azami genişliğini 12 mil olarak belirlemiştir. 12 mil her durumda uygulanabilecek genel ve tekdüze bir kural değildir. Başka bir ifadeyle 3. madde karasularının 12 mil olduğunu değil, coğrafi ve hukuki açıdan mümkünse 12 mile kadar çıkarılabileceğini beyan etmektedir.⁴⁹ Türkiye BMDHS'ne taraf olmadığı için 3. maddeden kaynaklanan ahdi bir yükümlülüğü bulunmaz.⁵⁰ Bu hükmün bir örf ve adet hukuku kuralına dönüşmesi ihtimalinde ise ısrarlı muhalif olduğu için söz konusu kuralla bağlı olmaz.⁵¹

Bu noktada adaların önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Yunan görüşleri doğrultusunda adalara, ana karalara tanındığı gibi tam etki tanımak suretiyle, Yunanistan'a ait adalar ile Anadolu'nun ve Türkiye'ye ait adaların batı kıyıları arasında orta hat ilkesine göre bir sınırlandırma yapılmalıdır.⁵² Türkiye ise adaların sınırlandırmada özel durum olduğuna ve sınırlandırmanın andlaşma ile yapılması gerekliliğine işaret etmekte ve özellikle insanların yaşamasına elverişli olmayan ya da orta hattın ters tarafında bulunan ada, adacık ve

⁴⁵ John M. VAN DYKE, 2011, para. 2.

⁴⁶ BAŞEREN, 2006, s. 116. Türk karasuları uygulamasına ilişkin genel olarak bkz. Ferit Hakan BAYKAL, "Karasularının Genişliği Konusunda Türk Uygulaması", *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 8, Sayı:1-3, 1994, ss. 193-222.

⁴⁷ Hüseyin PAZARCI, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, Ankara, Turhan, 2015, s. 108.

⁴⁸ T.B.M.M. Genel Kurul Tutanağı, 19. Dönem, 4. Yasama Yılı, 121. Birleşim, 08/06/1995 Perşembe.

⁴⁹ PAZARCI, 2015, s. 110.

⁵⁰ Hüseyin PAZARCI, "Ege Denizindeki Türk-Yunan Sorunlarının Hukuki Yönü" içinde *Türk Yunan Uyuşmazlığı*, Semih Vaner ed., İstanbul, Metis, 1990, s. 114.

⁵¹ Aydoğan ÖZMAN, "Ege'de Karasuları Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 43, Sayı 3, 1988, ss. 175-176.

⁵² CİN, 2000, ss. 45-46.

kayalıkların karasularının ana karalara göre daha az ya da hiç olmaması gerektiği görüşündedir.⁵³ Nitekim BMDHS'nin 15. maddesi ve örf ve adet hukukunda, karasuları sınırlandırmasında özel durumların varlığı halinde, adalara diğer kara ülkelerinden daha az etki tanımının yanında hiç etki tanımamak görüşünün de benimsendiği görülmektedir.⁵⁴ Coğrafi bakımdan birtakım özellikleri olan denizlerde bir devletin karasuları genişliğini saptarken, komşu bir devletin karasularının açık deniz alanlarıyla bağlantısını engellememesi gerekir. Ege Denizi'nde adaların karasularının 12 mile çıkarılması durumunda Türkiye'nin Ege kıyılarındaki açık denize doğrudan çıkış olanakları ortadan kalkar.⁵⁵ Türkiye Ege'de, her iki devletin 6 millik *status quo* yu korumasından yararlanır.⁵⁶

Ege karasuları sınırlandırmasında üzerinde durulması gereken bir diğer husus da egemenliği devredilmemiş adalar meselesidir. Egemenliği devredilmemiş bir kara parçasının karasularına sahip olması, Ege'deki diğer sorunlarla da yakından alakalıdır. Dolayısıyla Ege Denizi'nde karasuları da dahil herhangi bir deniz alanı sınırlandırması yapılabilmesi için öncelikle söz konusu ada, adacık ve kayalıkların ülkesel statülerinin tespiti gerekir.⁵⁷ Zira kara, denize hükmeder (*Land dominates the sea/la terre domine la mer*) prensibinden⁵⁸ hareketle, deniz alanlarında egemenliğin belirlenebilmesi için öncelikle kara üzerindeki egemenliğin tespiti gerekir. Deniz ülkesi, kara ülkesinin ilavesidir ve bir devlete kıyılarındaki deniz alanlarında yetki veren esasında onun kara üzerindeki egemenliğidir.⁵⁹ Lozan Andlaşması'nın 6/son, 12, 15 ve 16/1. maddeleri bir arada değerlendirildiğinde Ege Denizi'ndeki bazı ada, adacık ve kayalıkların, Yunanistan ve İtalya'ya devredilmediği sonucu ortaya çıkar.⁶⁰

⁵³ BAŞEREN, 2006, s. 138; PAZARCI, 2014, s. 298; BAYKAL, 1994, ss. 215-216. Türkiye'nin bu konudaki görüşleri III. Deniz Hukuku Konferansı'nda, 121. maddeye ilişkin önerilerinden anlaşılmaktadır. Bkz. NORDQUIST, 1995, s. 336.

⁵⁴ PAZARCI, 2014, 298.

⁵⁵ Hüseyin PAZARCI, "Ege'deki Deniz Sorunlarında Türk ve Yunan Görüşleri: Hukuki Açından", *Ege'de Deniz Sorunları Semineri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1986, s. 92.

⁵⁶ BAŞEREN, 2006, s. 239.

⁵⁷ Ali KURUMAHMUT, "Ege'de Egemenliği Tartışmalı Adalar Sorununun Ortaya Çıkışı" içinde *Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar*, Ali Kurumahmut ed., Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1998, ss. 17-18.

⁵⁸ ICJ Rep. 1951, s. 133; ICJ Rep. 1969, para. 43; ICJ Rep. 1984, para. 157. Bu konuda ayrıca bkz. Barbara KWIATKOWSKA, *Decisions of the World Court Relevant to the UN Convention on the Law of the Sea: A Reference Guide*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, s. 2-3.

⁵⁹ ICJ Rep. 1951, s. 133.

⁶⁰ PAZARCI, 2015, ss. 128-131; BAŞEREN, 2006, ss. 46-74 ve s. 238. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Sertaç Hami BAŞEREN, "Ege'de Ada, Adacık ve Kayalıkların Uluslararası Andlaşmalarla Tayin Edilen Hukuki Statüsü" içinde *Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar*, Ali Kurumahmut ed., Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1998, ss. 82-130; Ali KURUMAHMUT; Sertaç Hami BAŞEREN, *Ege'de Gri Bölgeler*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2004.

Ancak, Yunanistan, Gökçeada, Bozcaada ve Tavşan Adaları ile Anadolu sahiline 3 milden daha yakın olanlar dışında, Ege'deki tüm ada, adacık ve kayalıklara sahip olduğu iddiasındadır.⁶¹ Ege Denizi'nde bu şekilde 150 civarında ada, adacık ve kayalık bulunduğu belirtilmektedir.⁶² Hiç şüphesiz söz konusu ada, adacık ve kayalıkların, Ege'de yapılacak bir karasuları sınırlandırmasına önemli ölçüde etkisi olacaktır. Şu anki uygulamada egemenliği devredilmemiş adaların karasuları alanı %5.37'dir ki bu oran, egemenliği devredilmemiş adalar meselesinin Türkiye lehine çözülmesi bakımından son derece önemlidir.

Ege Denizi'nin coğrafi özellikleri ve özellikle orta hattın ters tarafındaki Yunan Adaları nedeniyle, karasularının genişliği ve sınırlandırılması meseleleri, kıta sahanlığı sorunuyla da yakından ilişkilidir. Zira söz konusu ada, adacık ve kayalıkların karasuları Türk kıta sahanlığı ile örtüşmektedir.⁶³

Ege Denizi'nde Türkiye ve Yunanistan arasında karasuları sınırlandırması, özel durumların dikkate alındığı hakça ilkeler çerçevesinde bir andlaşma ile yapılmalıdır. Zira sınırlandırma alanı içerisinde bulunan adalar orta hattın ters tarafındaki adalardır ve özel şart oluşturur. Yine insanların yaşamasına elverişli olmayan adaların da özel şartlar içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Bu çerçevede Ege Denizi'nde bu özellikleri taşıyan ada, adacık ve kayalıkların karasularının, ana karalara göre daha az olacağı ya da hiç olmayacağı kabul edilmelidir.⁶⁴ Özellikle egemenliği devredilmemiş adalar meselesi ve kıta sahanlığı uyumsuzluğu dikkate alındığında en uygun çözüm, bu şekilde yapılan bir sınırlandırmadır. Katı bir orta hat uygulaması, Türkiye bakımından hiç de adil olmayan sonuçlar doğuracaktır. Nitekim uluslararası yargı kararları ve uygulama da karasularının sınırlandırılmasında her somut olaya göre farklı özel durumların söz konusu olabileceğini kabul ederek hakça çözümü amaçlamaktadır.

⁶¹ BAYILIOĞLU, 2011, ss. 106-107.

⁶² Celalettin YAVUZ, *Andlaşmalarla Yunanistan'a Devredilmemiş Ada, Adacık ve Kayalıkların Hukuki Statüleri de Dahil Menteşe Adaları (Onikiada)'nın Tarihi*, İstanbul, Deniz Harp Okulu Basım Evi, 2003, s. 67. Ege'de egemenliği devredilmemiş belli başlı ada, adacık ve kayalıklar şunlardır:; Zürafa Kayası, Paşa, Vatın, Gavati Adaları, Koyun Adası ve etrafındaki adacık ve kayalıklar, Antiipsara Adası ve etrafındaki çok sayıda adacık ve kayalıklar, Venedik Kayalıkları, Hurşit ve Forno Adaları ile etrafındaki çok sayıda küçük ada, adacık ve kayalıklar, Eşek Adası, Nergiscik, Bulamaç, Keçi, Koçbaba, Ardıçık, Kendiroz, Kandilli, Kızkardeşler, Sirina, Üç Adalar, Safran Adaları, İstakida Adaları. Bkz. KURUMAHMUT; BAŞEREN, 2004, s. 59 (dipnot 104) ve s. 60.

⁶³ BAŞEREN, 2002, s. 83.

⁶⁴ BAŞEREN, 2006, s. 138.

SONUÇ

Ege Denizi'nin coğrafi özelliklerine bağlı olarak, Yunanistan'ın kendisine ait adalarına da ana karaları gibi tam etki vererek karasularını genişletme isteği ve orta hat ilkesine dayanan görüşleri, Türkiye'nin açık deniz alanları ile bağlantısını büyük ölçüde kesecektir. Yunanistan zararsız geçiş hakkına dayanarak Türkiye'nin seyirüsefer serbestisine halel gelmeyeceğini ifade etmekle birlikte⁶⁵, açık deniz alanlarından yararlanma, yalnızca bu serbestiye ilişkin değildir. Açık deniz alanları üzerindeki uluslararası hava sahasından bütün devletlerin tabiiyetindeki hava araçları serbestçe uçabilirken karasuları üzerindeki hava sahası, kıyı devletinin münhasır egemenliği altındadır ve hava sahasından zararsız geçiş hakkı yoktur. Yine açık deniz alanlarında tüm devletlerin avlanma serbestisi varken, bu alanların bir devletin karasularına dönüşmesi halinde su tabakası üzerindeki tüm haklar da kıyı devletine geçecektir. Açık deniz alanlarında bütün devletlerin deniz altı kablo ve boru döşeme serbestisi mevcutken, karasularında kıyı devleti dışında diğer devletlerin böyle bir hakkı bulunmaz. Ayrıca yabancı bir devletin karasularından geçen denizaltılar, su üstünden seyretmek zorundadır ve kıyı devleti güvenliğini koruyabilmek için gerekli gördüğü hallerde zararsız geçiş hakkını askıya alabilir.⁶⁶

Yunanistan'ın istediği biçimde bir sınırlandırma, bu devlete ait adaların karasuları ile Türk kıta sahanlığının üst üste gelmesi anlamına da gelir ki bu durum da Türkiye'nin, *ab initio* ve *ipso facto* hak ve yetkilere sahip olduğu kıta sahanlığının ihlali demektir. Başka bir ifadeyle Türk kıta sahanlığı Yunan karasularına dönüşür. Bu durum hakkın kötüye kullanılmaması ilkesinin açık bir ihlalidir. Bu alanların Yunan karasularına dönüşmesi, buradaki su tabakası, deniz tabanı, toprak altı ve üzerindeki hava sahasının tamamen Yunanistan'ın hakimiyetine girmesi demektir. Buradan da anlaşılmaktadır ki Yunan görüşleri doğrultusunda bir karasuları sınırlandırmasının kabul edilmesi, Türkiye'nin ekonomisi ve güvenliğine ilişkin büyük tehlike ve kayıplara neden olur.

Ege sorunlarının bir bütün halinde müzakere edilmesi ve bu müzakereler neticesinde varılacak bir andlaşma ile çözümü gerekir. Zira Ege Denizi'ne ilişkin sorunlar birbiriyle bağlantılıdır. Her ne kadar devletler arası uygulamalar ve mevcut yargı kararları, adaların karasularının sınırlandırılmasına etkisi konusunda bir takım tespitler yapmış olsa da, Ege Denizi'nin benzersiz coğrafyası, benzersiz bir çözümün gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Bu çerçevede karasuları sorunu görüşülürken, orta hattın ters tarafında kalan Yunan Adaları'nın, coğrafi konumları, yüz ölçümleri ve nüfusları dikkate alınarak bir sınırlandırma yapılması gerekir. Hem Doğu Ege Adaları'nın hem

⁶⁵ SINAGRA, 2000, s. 175.

⁶⁶ BMDHS, m. 20; m. 25/3.

de tüm Ege Denizi'nin bir bütün olarak özel durum oluşturması nedeniyle, sınırlandırmada bazı Yunan Adaları'na sınırlı etki tanınması ya da hiç etki tanınması, hakça ilkelere en uygun çözüm olacaktır. Kıyı devletlerinin deniz ülkelerinin farklı kısımlarında farklı genişlikte karasuları uygulanabilir. Bu sebeple sınırlandırmada Doğu Ege Adaları'nın daha dar karasularına sahip olmaları önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır.⁶⁷

KAYNAKÇA

KİTAPLAR/MAKALELER

ACER, Yücel, “Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasında Adaların Rolü ve Devletlerarası Uygulama”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 4, No: 16, Yıl, 2008, 1-18.

AHNISH, Faraj Abdullah, *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediteranean Sea*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

AKKUTAY, Berat Lale, “1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Çekinceler ve İhtiyari İstisnalar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 31, Sayı 1, 2011, 1-27.

AKKUTAY, Berat Lale, *1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Ankara, Adalet, 2012.

BAŞEREN, Sertaç Hami, “Ege’de Ada, Adacık ve Kayalıkların Uluslararası Andlaşmalarla Tayin Edilen Hukuki Statüsü” içinde *Ege’de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar*, Ali Kurumahmut ed., Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1998, 82-130.

BAŞEREN, Sertaç Hami, “Eritre Yemen Kararı'nın Ege Kıta Sahaneliği Sınırlandırmasına Tesirleri”, içinde *Ege Kıta Sahaneliği ve İlişkili Sorunlar Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Aslan Gündüz; Hüseyin Öztürk ed., İstanbul, TÜDAV, 2002; 81-103.

BAŞEREN, Sertaç Hami, *Ege Sorunları*, Ankara, Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2006.

BAYILLIOĞLU, Uğur, *Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması*, Ankara, Turhan, 2011.

BAYKAL, Ferit Hakan, “Karasularının Genişliği Konusunda Türk Uygulaması”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 8, Sayı:1-3, 1994, 193-222.

⁶⁷ BAŞEREN, 2006, s. 246.

BOTHE, Michael, "International Obligations, Means to Secure Performance", in Rudolph Bernhardt ed., *Encyclopedia of Public International Law, Settlement of Disputes*, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1981, 101-106.

CİN, Turgay, *Türkiye ve Yunanistan Bakımından Ege'de Karasuları Genişliği Sorunu*, Seçkin, Ankara, 2000.

EVANS, Malcolm D., *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

FIETTA, Stephen; CLEVERLY, Robin, *Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

GÖKALP, İbrahim, *Milletlerarası Adalet Divanı'nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler*, İstanbul, Beta, 2008.

GÜNDÜZ, Aslan, "A Tentative Proposal for Dealing with the Aegean Disputes" in B. Öztürk ed., *The Aegean Sea 2000 Proceedings of the International Law Symposium on the Aegean Sea*, 5-7 May 2000, Bodrum-Turkey, İstanbul, TÜDAV, 141-154.

GÜNEYSU, Gökhan, Katar ve Bahreyn Arasındaki Deniz Sınırlandırması ve Bölgesel Meselelere Dair Dava" içinde Tütüncü et al. ed. *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları, 1990-2007*, İstanbul, Beta, 2008, 187-195.

KURUMAHMUT, Ali, "Ege'de Egemenliği Tartışmalı Adalar Sorununun Ortaya Çıkışı" içinde *Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar*, Ali Kurumahmut ed., Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1998, 1-32.

KURUMAHMUT, Ali, "Ege Denizi'nde Ülkesel Sorunların İzlediği Süreç" içinde *Ege Kıta Sahaneliği ve İlişkili Sorunlar Sempozyumu, Bildiriler Kitabı*, Aslan Gündüz; Hüseyin Öztürk ed., İstanbul, TÜDAV, 2002, 36-43.

KURUMAHMUT Ali; BAŞEREN, Sertaç Hami, *Ege'de Gri Bölgeler*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2004.

MENGİLER, Özgür, *Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü*, Ankara, Platin, 2005.

NORDQUIST, Myron H. ed., *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

ÖZMAN, Aydoğan, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul Deniz Ticaret Odası, 1984.

ÖZMAN, Aydoğan, "Ege'de Karasuları Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 43, Sayı: 3, 1988, 173-182.

ÖZMAN, Aydoğan, *Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları*, Ankara, Turhan, 2006.

PAZARCI, Hüseyin, “Lozan Antlaşması’ndan 1974’e Kadar Ege’ye İlişkin Gelişmeler ve Yunanistan’ın Ege Politikası”, Üçüncü Askeri Tarih Semineri: Türk-Yunan İlişkileri, Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, 1986, 19-34.

PAZARCI, Hüseyin, *Doğu Ege Adalarının Askerden Arındırılmış Statüsü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1986.

PAZARCI, Hüseyin, “Ege’deki Deniz Sorunlarında Türk ve Yunan Görüşleri: Hukuki Açından”, *Ege’de Deniz Sorunları Semineri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1986, 79-93.

PAZARCI, Hüseyin, “Ege Denizindeki Türk –Yunan Sorunlarının Hukuki Yönü” içinde *Türk Yunan Uyuşmazlığı*, Semih Vaner ed., İstanbul, Metis, 1990, 106-126.

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Kitap, Ankara, Turhan, 2014.

PAZARCI, Hüseyin, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, Ankara, Turhan, 2015.

SINAGRA, Augusto, “The Problem of Delimiting the Territorial Waters Between Greece and Turkey in the Aegean Sea” in B. Öztürk ed., *The Aegean Sea 2000 Proceedings of the International Law Symposium on the Aegean Sea, 5-7 May 2000, Bodrum-Turkey*, İstanbul, TÜDAV, 174-182.

TOLUNER, Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi*, İstanbul, Beta, 1996.

VAN DYKE, John M., “Aegean Sea”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2011. www.mpepil.com

YAVUZ, Celalettin, *Andlaşmalarla Yunanistan’a Devredilmemiş Ada, Adacık ve Kayalıkların Hukuki Statüleri de Dahil Menteşe Adaları (Onikiada)’nın Tarihi*, İstanbul, Deniz Harp Okulu Basım Evi, 2003.

ULUSLARARASI YARGI KARARLARI

Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ Series A No. 22, August 30th, 1924.

Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, PCIJ Series A-No.22.Order of August 19th, 1929.

Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) Judgment, ICJ Reports 1951, p. 116.

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) Judgment, ICJ Reports 1969, p. 3.

Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, 18 February 1977, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXI, 53-264.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, (Canada v. United States of America) Judgment, ICJ Reports 1984, p. 246.

Award of the Arbitral Tribunal in the second stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation) Decision of 17 December 1999, Reports of International Arbitral Awards, VOLUME XXII pp. 335-410.

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 40.

Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007.

Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/ Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012, p. 4.

ULUSAL/ULUSLARARASI BELGELER

Yearbook of the International Law Commission, 1956, Volume II, *Documents of the Eighth Session Including the Report of the Commission to the General Assembly*, United Nations, New York, 1957.

T.B.M.M. Genel Kurul Tutanağı, 19. Dönem, 4. Yasama Yılı, 121. Birleşim, 08/06/1995 Perşembe.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ÖN SORUN

Preliminary Question In Private International Law

Yrd. Doç. Dr. Doğa ELÇİN*

Geliş Tarihi: 14.09.2017

Kabul Tarihi: 18.12.2017

ÖZET

Milletlerarası unsurlu bir olayda, hâkimin kanunlar ihtilâfî kurallarına göre tespit edilen, maddî hukuka göre çözüm bekleyen sorun, “asıl/esas mesele”dir. Bununla birlikte bazı uyumsuzluklarda, kanunlar ihtilâfî kurallarının uygulama alanı bulunduğu bir olayda, esas sorun hakkında verilecek kararı doğrudan etkileyen, esas sorundan daha önce meydana gelmiş olan bazı sorunların çözüme kavuşması gerekebilir. İşte esas sorun hakkında verilecek kararı etkileyecek olan bu sorunlara, “ön sorun” denilmektedir.

Bu çalışmada, ön sorunun tanımından başlayarak, ön sorunun çözümüne uygulanacak hukuka dair tartışmalara yer verilmiştir. Ön sorunun çözümüne uygulanacak hukuka dair bazı mahkeme kararları incelenmiştir. Ardından ön soruna ilişkin olarak, özel hüküm içeren bazı milletlerarası/uluslararası sözleşmeler ve düzenlemeler değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ön sorun, ön mesele, asıl sorun, uluslararası özel hukuk, kanunlar ihtilâfî hukuku.

ABSTRACT

In a case with international element, principal question is a question that comes up with substantive law which determined by the conflict of laws of forum. However in some cases, there may be some questions directly affecting the decision and arising before the principal question are required to be solved. At this point the questions that affect decisions on principal question can be regarded as a preliminary question.

In this article, starting with the definition of preliminary question, referred the discussions on the law applicable to preliminary question. After this, some international/supranational conventions and regulations that has specific provisions on preliminary question are assessed.

Keywords: Preliminary question, incidental question, principal question, private international law, conflict of laws.

GİRİŞ

Kanunlar ihtilâfî hukukunun uygulama alanına giren bir olayda, hâkimin kanunlar ihtilâfî kurallarına göre tespit edilen ve maddî hukuka göre çözüm bekleyen sorun, “asıl/esas mesele”dir. Bununla birlikte, bazı uyumsuzluklarda, kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının uygulama alanı bulunduğu bir olayda, esas sorun hakkında verilecek kararı doğrudan etkileyen, esas sorundan daha önce meydana gelmiş olan bazı sorunların çözüme kavuşması gerekebilir¹. İşte

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk ABD. doga.aydogan@atilim.edu.tr

¹ SCHMIDT, T.S., “The Incidental Question in Private International Law”, Rec. Des. Cours, Vol. 233; 1993-1992, s.315, (The Incidental Question); FAWCETT, J./CARRUTHERS, J.M., Cheshire,

esas sorun hakkında verilecek kararı etkileyecek olan bu sorunlara, “ön sorun (*vorfrage*)” denilmektedir².

Ön sorunun, kanunlar ihtilâfi hukukunun genel kısımları içinde olduğu kabul edilmektedir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³’un, “Milletlerarası Özel Hukuk” başlıklı Birinci Kısım, “Genel Hükümler” başlıklı Birinci Bölümünde, yabancı hukukun uygulanması (m.2/1 ve m.2/2), atf (m.2/3 ve m.2/4), değişken ihtilâflar (m.3), vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk (m.4), kamu düzenine aykırılık (m.5), Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları (m.6), hukukî işlemlerde şekil (m.7) ve zamanasını (m.8) düzenlenmiştir. 5718 sayılı Kanun’da, ön soruna uygulanacak hukuka dair bir bağlama kuralı bulunmamaktadır⁴. Bununla birlikte, ön sorunun nasıl çözüme kavuşturulacağı hem doktrin hem de uygulamada tartışılmaktadır. Gerek yabancı doktrinde gerek Türk doktrininde konuya ilişkin çeşitli görüşler bulunmakta, ayrıca ön sorun zaman zaman mahkeme kararlarına da yansımaktadır.

Bu çalışmada, öncelikle, ön sorunun tanımı yapılmaya çalışılacaktır. Ardından, ön sorunun ortaya çıktığı durumlar değerlendirilecektir. Ön sorun ile farklı özellikler taşıyan bazı hukukî müesseseler tespit edilecektir. Bu tespitlerin ışığında, gerçek bir ön sorunun özellikleri ortaya konulacaktır. Ardından ön soruna uygulanacak hukuka dair çözüm önerileri değerlendirilecektir. Bu kapsamda, ön sorunun çözümü için pek çok öneri getirilmekle birlikte, uygulamada ve doktrinde, hâkimin kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının

North & Fawcett Private International Law, Oxford 2008, s.51; ANTON, A.E./BEAUMONT, P.R./Mc.ELEAVY, P.E., **Private International Law**, Edinburg 2011, s.110; NEELS, J.L., “**External Public Policy, the Incidental Question Properly So-called and the Recognition of Foreign Divorce Orders**”, *Journal of South African Law*, 2010, s.671; GOESSL, S.L., “**Preliminary Questions in EU Private International Law**”, *Journal of Private International Law*, Vol:8/1, s.64.

² SEViĞ, V.R., Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), İstanbul 1971, s.136; GÖĞER, E, **Devletler Hususî Hukuku**, Ankara 1977, s.76; ŞANLI, C./ESEN, E./ATMAN-FİGANMEŞE, İ., **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.5, İstanbul 2016, s.89; ÇELİKEL, A./ERDEM, B.B, **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.14, İstanbul 2016, s.129; TEKİNALP, G./UYANIK, A., **Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları**, B.12, İstanbul 2012, s.40; NOMER, E., **Devletler Hususî Hukuku**, B.21, İstanbul 2015, s.138; DOĞAN, V., **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.4, Ankara 2017, s.184; AKINCI, Z./DEMİR GÖKYAYLA, C., **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul 2010, s.4; NOMER, E., “**Devletler Hususî Hukukunda Ön Mesele**” İÜHFİM, C.XXVII, S.1-4, İstanbul 1962, s.343, (Ön Mesele); CHESHIRE, G.C., **Private International Law**, Oxford 1947, s.128; GOTLIEB, A.E., “**The Incidental Question Revisited Theory and Practice in the Conflict of Laws**”, *ICLQ*, Vol.26, 1977, s.736; SCHMIDT, T.S., “**The Preliminary Question and the Question of Substitution in Conflict of Laws**”, 12, *Scand. St. L.*, 1968, s.92, (The Preliminary Question).

³ RG. 12.11.2007-26728.

⁴ 2675 sayılı Kanun döneminde de ön soruna uygulanacak hukuka dair bir kural bulunmamaktaydı. RG. 22.5.1982-17701. 5718 sayılı Kanun’un 64. maddesinin 1. fıkrası hükmüyle 2675 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

uygulanması, *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanması, *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması yönündeki tartışmalar yoğunluktadır. Ön sorunun bir yabancı mahkeme kararının tanınması/tenfizine bağlı olması üzerinde durulacaktır. Son olarak, ön sorunun çözümü, irade muhtariyetinin kabul edildiği alanlar bakımından ayrıca ele alınacaktır.

Çalışmamızın devamında, ön soruna ilişkin olarak, özel hüküm içeren bazı milletlerarası sözleşmeler, uluslararası düzenlemeler incelenecektir. Çalışmanın sonuç bölümünde, ulusal hukukumuzda, ön soruna ilişkin bir bağlama kuralının bulunmasının gerekip gerekmediğine dair yürütülen tartışmalardan varılan sonuç ve benimsediğimiz yaklaşım ortaya konulacaktır.

I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ÖN SORUNUN TANIMI, ÖN SORUNUN ORTAYA ÇIKTIĞI DURUMLAR VE ÖN SORUNDAN FARKLI OLAN HUKUKÎ MÜESSELER

1. Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorunun Tanımı

Ön sorun, 1932 yılında MELCHIOR tarafından ve daha sonra, 1934 yılında WENGLER tarafından fark edildiği yıllardan bu yana, özellikle Kıta Avrupası hukukçuları tarafından tartışılmaktadır⁵. Ön sorun, pek çok hukukî ilişki ya da hukukî statü bakımından ortaya çıkabilir ancak daha çok evliliğin geçerliliği, boşanma, evlât edinme, çocuğun soy bağının kurulması gibi aile hukuku alanlarında ortaya çıkmaktadır⁶.

Ön sorunun tanımı yapılmadan önce, ön sorunu, şu örneklerle ortaya koyabiliriz: Ölmeden önceki son yerleşim yeri Yunanistan'da bulunan ve İngiltere'de taşınmaz malları olan bir Yunan vatandaşı, vasiyetname düzenlemeksizin ölmüştür. Miras bırakanın sağ kalan eşi, mirasın paylaşımında hak sahibi olduğu iddiasıyla İngiltere'de dava açmıştır. Yunan maddî hukukuna göre, sağ kalan eş, miras bırakanın taşınmazları üzerinde miras payına sahiptir. Bu örnekte ön sorun, sağ kalan eşin, miras bırakanın ölümünden önce geçerli bir evliliğinin bulunup bulunmadığıdır. İngiliz kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, evlenmenin şekli geçerliliği, yapıldığı ülke hukukuna (*lex loci celebrationis*) tâbidir ve taraflar, İngiltere'de medenî nikâh ile resmî memur önünde evlenmiştir. İngiliz hukukuna göre evlilik şekli geçerlidir. Bununla birlikte, Yunan kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, evliliğin şekli geçerliliğine, tarafların millî hukuku uygulanacaktır. O yıllarda yürürlükte olan Yunan hukukuna göre, evliliğin dinî olarak yapılması öngörülmüştür. Bu olayda, esas sorun, miras bırakanın terekesinin intikalidir ve İngiliz kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre miras bırakanın ölmeden önceki yerleşim yeri olan İngiliz hukukuna

⁵ SCHMIDT, The Incidental Question, s.322; SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 94; ÇELİKEL/ERDEM, s.129; NOMER, s.138.

⁶ SCHMIDT, The Incidental Question, s.321.

tâbidir. Ön sorun ise, evliliğin şekli geçerliliğidir. Eğer bu örnekte ön sorun için *for* hukukunun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanırsa, davacının millî hukuku dikkate alınmaksızın, evliliğin yapıldığı yer hukuku olan İngiliz hukukuna göre evlilik şeklen geçerli kabul edilecektir. Esas soruna uygulanacak olan yabancı kanunlar ihtilâfi kuralları, ön soruna da uygulanacak olursa, evlilik, şeklen geçersiz kabul edilecektir⁷.

Ön soruna aile hukuku alanı dışından bir diğer örnek vermek gerekirse; haksız fiil nedeniyle, malda meydana gelen zararın tazminini talep eden davacının, söz konu malın mülkiyetine sahip olup olmadığı ön sorun olarak ortaya çıkabilir⁸. Hâkimin bu durumda, ön soruna, kanunlar ihtilâfi hukuku kuralının gösterdiği, haksız fiile uygulanacak yabancı hukuku mu uygulayacağı yoksa aynı haklara ilişkin olarak kendi kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarını mı uygulaması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır⁹. Diğer bir örnek ise kefalet sözleşmesinde, kefilin, asıl borcun varlığını kabul etmemesi ve ifadan kaçınması durumunda, borcun mevcut olup olmadığı ön sorunu ile karşılaştırılması olasılığıdır¹⁰.

Kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulama alanı bulduğu bir olayda, esas sorun hakkında bir karar verilebilmesi için, esas sorundan daha önce meydana gelmiş olan bazı sorunların çözüme kavuşması söz konusu olabilir¹¹. Esas sorun hakkında verilecek kararı doğrudan etkileyen, esas sorundan önce meydana gelmiş olan ve esas sorundan önce çözülmesi gereken sorunlara, “ön sorun (*vorfrage*)” denilmektedir¹².

2. Ön Sorunun Ortaya Çıktığı Durumlar

Milletlerarası unsurlu bir uyuşmazlıkta, esas sorundan önce çözüme kavuşması gereken bir sorunun ne zaman ve hangi şartlar altında ön sorun olarak kabul edilebileceği konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde bir görüş, ön sorunun ortaya çıkması için aşağıdaki şartları taşıması gerektiğini ileri sürmüştür¹³:

⁷ GOTLIEB, s.736.

⁸ GOESSL, s.64; GÖĞER, s.77.

⁹ GOESSL, s.64.

¹⁰ GÖĞER, s.78.

¹¹ SCHMIDT, *The Incidental Question*, s.315; FAWCETT/CARRUTHERS, s.51; ANTON/BEAUMONT/Mc.ELEAVY, s.110; NEELS, s.671; GOESSL, s.64.

¹² Türk doktrininde çeşitli ön sorun tanımları için bkz. SEVİĞ, s.136; GÖĞER, s.76; ŞANLI/ESEN/ATMAN-FİGANMEŞE, s.89; ÇELİKEL/ERDEM, s.129; TEKİNALP/UYANIK, s.40; NOMER, s.138; DOĞAN, s.184; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s.4; NOMER, *Ön Mesele*, s.343. Yabancı doktrinde çeşitli ön sorun tanımları için bkz. CHESHIRE, s.128; GOTLIEB, s.736; SCHMIDT, *The Preliminary Question*, s.92.

¹³ HARTLEY, T.C., “**Bigamy in the Conflict of Laws**”, ICLQ, Vol.16, 1967, s. 682; MORRIS, J.H.C., **Dacey and Morris on Conflict of Laws**, London 1967, s.35; FAWCETT/CARRUTHERS, s.52; ÇELİKEL/ERDEM, s.130; DOĞAN, s.185.

1- *Forum*'un kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarına göre, esas soruna uygulanacak yabancı bir hukuk bulunmalıdır¹⁴. Ön sorunun ortaya çıktığı bir olayda, esas soruna, hâkimin maddî hukuk kuralları uygulanıyor ise ön soruna da aynı hukuk uygulanacağı için ön soruna uygulanacak hukukun tayini tartışması ortaya çıkmayacaktır¹⁵.

2- *Forum*'un kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları, ön sorun için, esas sorundan farklı bir ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanmasını öngörüyor olmalıdır¹⁶. Diğer bir deyişle, *forum*'un kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları, ön sorun için de esas sorun için de aynı ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanması sonucuna varıyor ise yine ön soruna uygulanacak hukukun tayini "sorun" olarak ortaya çıkmayacaktır¹⁷.

3- *Forum*'un kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları ile esas soruna uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları, aynı ön sorun için farklı maddî sonuçlar yaratacak olmalıdır. Bu şekilde meydana gelecek bir sorun, doğru bir ön sorun olarak nitelenmelidir¹⁸.

Doktrinde diğer bir görüşe göre, bazı durumlarda, ön sorun ortaya çıkmakta; ancak, ön sorunun çözümüne ilişkin metodolojik bir karmaşa, olayın özelliği nedeniyle gündeme gelmemektedir. Bu durumlardan birincisinde, esas sorun bakımından, *lex causae* bir yabancı hukuk düzenidir ancak yabancılık unsuru dikkate alınmaksızın bu esas sorunun çözümü *lex fori*'nin maddî hukuk kurallarına tâbi tutulmuştur. Bu nedenle, ön sorunun çözümü için ayrıca araştırma yapmaya gerek kalmayacaktır¹⁹. İkincisi, ön soruna *lex fori* ya da *lex causae* olsun hangi kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları uygulanırsa uygulansın, aynı ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanması sonucuna ulaşıyorsa, milletlerarası özel hukuk anlamında bir ön sorun ortaya çıkmayacaktır²⁰. Son olarak, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının gösterdiği ülkenin maddî hukuk kuralları ile *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının gösterdiği ülkenin maddî hukuk kuralları içerik olarak aynı ise²¹ yine ön sorunun hangi yöntemle çözüldüğünün bir önemi kalmayacaktır²².

¹⁴ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316.

¹⁵ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316.

¹⁶ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316; DOĞAN, s.185; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.90.

¹⁷ SCHMIDT, The Incidental Question, s.317.

¹⁸ FAWCETT/CARRUTHERS, s.52; ÇELİKEL/ERDEM, s.130. Gerçek bir ön sorun bu şekilde ortaya konulduğunda, çok sınırlı bir uygulama alanı olacağı yanılıgısına yol açabilmektedir, ancak, mahkeme kararlarında sanılandan daha fazla ön sorun ile karşılaşıldığı görülmektedir. SCHMIDT, The Incidental Question, s.317.

¹⁹ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 101.

²⁰ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 101.

²¹ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

²² SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 101. GOTLIEB'e göre, ön sorunun ortaya çıkabileceği

Son olarak, GOTLIEB'in önerisinde ön sorun kategorileri temelde dörde ayrılmıştır²³. Klasik ön sorun olarak nitelenen birinci kategoride, soybağı/tereki ilişkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda, sonraki evlilik ile soybağının kurulması, soybağının kurulmasının tanınması, evlât edinme ile soybağının kurulması ve biyolojik soybağı ön sorun olarak ortaya çıkabilmektedir²⁴. İkinci kategoride evlenme/boşanma ilişkisi bulunmaktadır. Bu kategoride boşanmanın ya da evliliğin geçerliliği ön sorun olarak ortaya çıkmaktadır²⁵. Üçüncü kategoride, aile hukuku/haksız fiil-sözleşme ilişkisi yer almaktadır. Bu kapsamda, eşin statüsü, çocuğun statüsü, tazminat talebinin ayakta tutulması ya da eşin yaptığı kefalet sözleşmesinin geçerliliği ön sorunlar olarak tartışılmaktadır²⁶. Son olarak mülkiyet-sözleşme/haksız fiil-sözleşme ilişkilerinde ön sorun görülebilmektedir²⁷.

3. Ön Sorundan Ayrı Değerlendirilmesi Gereken Hukukî Müesseseler

Ön sorun, bazı yazarlar tarafından "*incidental question*"²⁸ veya daha yaygın olarak, "*preliminary question*"²⁹, Fransızca, "*question préalable*", Almanca "*vorfrage*" terimleriyle ifade edilmektedir. Mahkemelerde, "*subsequent question*" (sonraki sorun), "*dependent question*" (bağımlı sorun), "*threshold*

yedi ihtimâl bulunmaktadır. 1- Ön sorunu idare eden uygulanacak hukukun tayinine ilişkin kanunlar ihtilâfî kuralları bulunmaktadır. 2- Ön soruna uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile esas soruna uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları aynıdır ancak *forum* atfı kabul ederken *lex causae* atfı reddetmektedir. 3- Ön soruna uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile esas soruna uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları aynıdır ancak bağlama noktaları farklı vasıflandırılmıştır. 4- *Forum*'un bağlama kuralları ile atfı kabul etmekte olan gönderilen devletin kanunlar ihtilâfî kuralları aynıdır fakat gönderilen devlet, kendi kanunlar ihtilâfî kuralları değil de seçilen ve *forum*'dakinden farklı olan iç hukuk sisteminin kanunlar ihtilâfî kurallarını uygulamaktadır. 5- *Forum*'un uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile seçilen millî hukuk sisteminin uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları aynıdır fakat gönderilen devlet, ön soruna kendi kanunlar ihtilâfî kurallarını uygulamaktadır. 6- *Forum*'un uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile asıl sorunu idare eden devletin kuralları aynıdır ancak ön sorunun vasıflandırılması farklıdır. 7- *Forum*'un uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile asıl sorunu idare eden devletin kuralları aynıdır ancak *lex causae*, ön soruna kendi iç hukukunu uygulamaktadır. GOTLIEB, s.738 (dn.10).

²³ GOTLIEB, s.761.

²⁴ GOTLIEB, s.761-762.

²⁵ GOTLIEB, s.762.

²⁶ GOTLIEB, s.763.

²⁷ GOTLIEB, s.763-764.

²⁸ FAWCETT/CARRUTHERS, s.51; CHESHIRE, s.129; BRIGGS, A., **The Conflict of Laws**, 2nd Ed., Oxford 2008, s. 18; SCHMIDT, *The Incidental Question*, s.315.

²⁹ EHRENSZWEIG, A.A., **Private International Law**, Leyden 1967, s.92; ROBERTSON, A.H., **Characterization in the Conflict of Laws**, Cambridge 1940, s.138; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110; GOESSL, s.64.

question” (başlangıç sorunu) olarak da yer aldığı görülmüştür³⁰. Çözümü, esas sorun hakkında verilecek kararı etkileyecek olan ve esas sorunun dayanağı olan bu soruna Türk hukukunda “*ön mesele*”³¹ veya “*ön sorun*”³² denilmektedir.

Terminolojik karmaşa, bu hususu, bazı yazarların bağımsız, bazı yazarların ise bağımlı veya talî olarak ele almasından kaynaklanmaktadır³³. Ancak bu tartışma basit bir terminoloji sorunu olmaktan öte bir derinlik taşımaktadır. Ön sorunun, esas sorunun çözüme kavuşmasını doğrudan etkileyen bir sorun olduğu konusunda görüş birliği bulunmasına karşın, nelerin ön sorun olarak kabul edilebileceği, hangi hukukî müesseselerin ön sorundan ayrı tutulması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Öncelikle, esas sorunun kısımları ile ön sorunun birbirinden ayrılması gereklidir³⁴. Esas sorunun kısımları, ona bağlı olan unsurlarıdır³⁵. Örneğin, eşlerin birbirlerinden, evlenmenin genel hükümleri veya aralarındaki mal rejimine bağlı talepleri konusunda, evliliğin geçerliliği, esas sorunun bir parçasıdır³⁶. Bir başka örnekle açıklayacak olursak, haksız fiilden kaynaklanan bir hakkın ihlâli nedeniyle, tazminat talebinin söz konusu olduğu bir durumda, ihlâl edilen hakkın, zarara uğradığını iddia eden kimseye ait bir hak olup olmadığı asıl sorunun bir parçasıdır³⁷. Esas sorunun parçalarına, esas soruna uygulanacak kanunlar ihtilâfî kurallarının bu parçalara ilişkin hükümleri uygulanacaktır³⁸. Örneğin vasiyetname yapma ehliyetine, mirasa uygulanacak

³⁰ GOTLIEB, s.741.

³¹ ÇELİKEL/ERDEM, s.129; NOMER, s.138; YASAN, C., **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsten Kişilerin Birliktelikleri**, İstanbul 2013, s.123.

³² TEKİNALP/UYANIK, s.33; SEVİÇ, V.R., “**Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı**”, MHB, C.2, S.1-2, 1982, s.16, (Ön Sorun); DOĞAN, s.184-188; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.89.

³³ CURRIE bu ayrımı bir örnekle açıklamaktadır. *Workmen Compensation Act* hükümlerini uygulayan ve yorumlayan mahkeme, ölen işçinin eşi olduğunu iddia eden ve tazminat talep eden kadın lehine, kendi kanunlar ihtilâfî kurallarını görmezden gelerek, ölen işçi ile kadının uzun yıllardır birlikte yaşadıklarını göz önüne almış ve aralarındaki ilişki bakımından kadını eş kabul etmiştir. Böyle bir durumda, esas sorun, ölen işçinin eşinin yardım ödeneği talebinde bulunmasıdır. Diğer bir deyişle, *forum* bu hukuk kuralını yorumlamıştır ve kanunun amacının özel bağları olan kişilere destek sağlanması olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla esas sorunun ön sorundan bağımlı olup olmadığı olaydan olaya değişebilmektedir. CURRIE, B., **Selected Essays on the Conflict of Laws**, Durham 1963, s.178.

³⁴ JUENGER, F.K., **General Course on Private International Law**, Rec. Des. Cours. Vol.193, 1985, s.195; SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 95; SCHMIDT, The Incidental Question, s.325.

³⁵ SCHMIDT, The Incidental Question, s.332.

³⁶ SCHMIDT, The Incidental Question, s.325.

³⁷ JUENGER, s.196.

³⁸ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 95; GOTLIEB, s.745; NOMER, Ön Mesele, s. 345. Örneğin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.05.2009 tarih ve 2008/3618 E. ve 2009/9413 K.

hukuku tayin eden kanunlar ihtilâfî kurallarının bu parçaya ilişkin hükmü uygulanacaktır³⁹. Oysa ön sorun, esas sorundan önce çözüme kavuşturulması gereken, bağımsız, bir başka deyişle, esas sorunun parçalarına oranla daha az sıkı irtibatı olan bir sorundur⁴⁰.

Bununla birlikte, bütün hukukî kavramların her zaman esas sorunun parçaları olduğu söylenemez, bazı hukukî sorunlar, esas sorunun “ön koşulları” olarak da ortaya çıkabilirler⁴¹. Sözleşmeden doğan borç ilişkisine dair bir uyuşmazlıkta, sözleşmenin ehliyet yönünden geçerli olup olmadığı ya da şeklen ayakta olup olmadığı, sözleşmeye uygulanacak yabancı hukuka değil, hâkimin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarında göre ehliyete ve şekle uygulanacak hukuka göre karara bağlanır⁴². O hâlde bir sorunun, esas sorunun önkoşulu mu, esas sorunun parçası mı yoksa ön sorun mu olduğuna sadece yabancı maddî hukuk kuralının yorumuyla karar verilemeyecek, aynı zamanda *forum'un* kanunlar ihtilâfî kuralının da yorumlanması gerekecektir⁴³.

Bu noktada, ön sorunun, ikinci derecede vasıflandırma sorunu olup olmadığı tartışmalıdır⁴⁴. Ön sorunun, uygulanacak hukukun tayininden sonra ortaya çıkan bir çeşit ikinci derecede vasıflandırma olduğu ileri sürülmüştür⁴⁵. Ancak ikinci derecede vasıflandırmada, uygulanacak hukuk bilinmekle birlikte bu hukukun uygulanmasından sonra ortaya çıkan, örneğin yerleşim yeri kavramının hangi hukuka göre anlaşılacağına ilişkin bir tartışma söz konusudur⁴⁶. Oysa ön sorunda, esas sorundan bağımsız olarak, öncelikle çözülmesi gereken ve çözümünde hangi hukukun uygulanacağını tespitini gerektiren bir sorun bulunmaktadır⁴⁷. Diğer bir deyişle, vasıflandırma sorunu,

sayılı kararında, Suriye vatandaşı olan evli kadının soyadının düzeltilmesine ilişkin talebin, evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfî hukuku kuralına tâbi olacağına karar vermiştir. Karar özeti için bk. EKŞİ, N., **Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı**, B.3, İstanbul 2016, s.24-25.

³⁹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.332.

⁴⁰ NOMER, Ön Mesele, s.346.

⁴¹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.332.

⁴² SCHMIDT, The Incidental Question, s.332. Örneğin Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair La Haye İlkelerinde, sözleşmenin geçerliliği konusunda ehliyetin ön sorun olarak ortaya çıkması durumunda, ehliyete uygulanacak hukukun tayininin, bu ilkelerin kapsamı dışında bırakıldığı belirtilmiştir. HCCH Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Irrelevant Factors, Par. 1.25. <https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf> (21.6.2017).

⁴³ SCHMIDT, The Incidental Question, s.332.

⁴⁴ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 96; SCHMIDT, The Incidental Question, s.333.

⁴⁵ ROBERTSON, s.138 ve s.153.

⁴⁶ NOMER, Ön Mesele, s.346; GÖĞER, E., “Devletler Hususî Hukuku Yönünden İkametgâh”, AÜHFD, Yıl: 1969, C.26, S.3-4, s.249-250.

⁴⁷ CORMACK, J., “Renvoi, Characterization, Localization and Preliminary Question in the Conflict of Laws”, Southern California Law Review, Vol:XIV, 1941, No.3, s.249; GÖĞER,

ön sorunun tespitinden daha önce ortaya çıkmaktadır⁴⁸. İkinci derecede vasıflandırma, çoğunlukla, *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarına göre yapılmaktadır⁴⁹.

Ön sorunun, atf müessesesi ile ilgili olduğu ve atfın kabulüyle çözüme kavuşturulup kavuşturulamayacağı, bir bağlama noktası yorumu sorunu olup olmadığı halen tartışılmaktadır. ROBERTSON, esas soruna atfın uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Ön soruna özel bir rejim uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁵⁰ ancak bu rejimini açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

Ön sorunun, atf sorununa benzetilmesinin nedeni, olaya uygulanacak yabancı hukuk kurallarının, kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı noktasındadır⁵¹. Ancak ön sorunda “sorun”, esas soruna yabancı kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının uygulanıp uygulanmaması sorunu değildir⁵². Bu nedenle atf sorunundan farklıdır. İlgili yabancı hukukun maddî hukuk kurallarının uygulandığı durumlarda, yani atfın esas sorunda reddedildiği durumlarda da, ön soruna ilgili olarak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı tartışması ortaya çıkabilir⁵³. Diğer bir deyişle, esas sorun için atf reddedilmiş iken ön soruna uygulanacak hukukun tayini bakımından atfın kabul edilip edilmeyeceği tartışması devam ediyor olabilir. Ayrıca ön sorunun ortaya çıktığı durumlarda, hangi hukuk düzeninin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarını uygulanacağı da tek tartışma konusu değildir⁵⁴.

Kimi yazarlara göre, bir kişinin vatandaşlığının tespitinde, hâkimin ön sorunun çözümüne ilişkin kuralları değil, vatandaşlığı söz konusu olan devletin hukuku uygulanmalıdır⁵⁵. Vatandaşlığın tespiti ve vatandaşlığa bağlı soybağı sorunları, ön soruna istisna oluşturmaktadır⁵⁶.

İkametgâh, s.250; GÖĞER, s.78.

⁴⁸ SCHMIDT, The Incidental Question, s.333.

⁴⁹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.334.

⁵⁰ ROBERTSON, s.135.

⁵¹ HARTLEY, s.682-684; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110; SCHMIDT, The Incidental Question, s.334; GÖĞER, s.78.

⁵² SCHMIDT, The Incidental Question, s.334-335; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

⁵³ HARTLEY, s.682-684; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

⁵⁴ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

⁵⁵ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 99; SCHMIDT, The Incidental Question, s.351; GÖĞER, s.81; TEKİNALP/UYANIK, s.41; DOĞAN, s.188. Bununla birlikte, bağlama noktasının yerleşim yeri olarak belirlendiği olaylarda, vatandaşlığın tespitine ilişkin olarak yapılan yorum söz konusu değildir. Yerleşim yeri bağlama noktasının yorumu, atfın kabul edilip edilmemesine bağlı olarak, *lex fori*'ye ya da *lex causae*'ye göre yapılacaktır. SCHMIDT, The Incidental Question, s.382.

⁵⁶ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 99-100; SCHMIDT, The Incidental Question, s.382; TEKİNALP/UYANIK, s.41. Bu görüş, mülkiyete ilişkin ön sorunlarda, malın bulunduğu yer

Doktrinde, yargının, yenilik doğurucu kararlarının veya tasarruflarının, bir başka deyişle statü kararlarının, yenilik doğurucu etkilerinin, diğer bir ülkede, kanunlar ihtilâfî kurallarının uygulanmasına gerek kalmaksızın, doğrudan doğruya usul hukuku kurallarına göre tanınıp tanınmamasına bağlı olduğu, ön sorun niteliği taşımadığı vurgulanmıştır⁵⁷. Diğer görüşe göre, boşanma, evlât edinme gibi yabancı mahkeme kararlarının ya da idarî kararların tanınması şeklinde ortaya çıkan sorun da bir “ön sorun”dur ancak hangi kanunlar ihtilâfî kurallarının uygulanacağına bağlı değildir⁵⁸. Bu durumda, yabancı mahkeme kararının ya da idarî kararın tanınmasına uygulanacak kurallar *lex fori* ile *lex causae* arasında farklılık içermektedir⁵⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki kamu düzeni müdahalesinin, uluslararası özel hukukun her alanında olduğu gibi ön sorun için de uygulandığı durumlarla karşılaşılacak mümkündür⁶⁰.

II. ÖN SORUNUNA UYGULANACAK HUKUKA DAİR ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Ön sorun, yabancılik unsuru taşımayan, tamamen iç hukuk karakterli olaylarda da ortaya çıkabilir⁶¹. Yabancılik unsuru taşımayan olaylarda, ön sorun, hâkimin, maddî hukuk kurallarına çözülmektedir. Dolayısıyla ön sorunun çözümü özel bir güçlük arz etmemektedir⁶². Oysa yabancılik unsuru içeren bir olayda, ön soruna uygulanacak hukukun tayini, doktrinde ve uygulamada tartışmaları beraberinde getirmektedir⁶³.

Ön soruna uygulanacak hukuka dair çözüm önerileri ve bu kapsamda ön soruna uygulanacak hukukun hangi yöntemle çözüleceği, iç karar uyumunun sağlanması ile dış karar uyumunun sağlanması arasında yapılacak tercih ile yakından ilgilidir⁶⁴. Her olayda, *lex fori* etkisi altında ve genellikle iç karar uyumunu sağlamak için her zaman *lex fori* yanlısı bir yaklaşımı benimsemek mümkün değildir. Dış karar uyumunu sağlamak için kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarını da içerecek ya da içermeyecek şekilde her zaman *lex causae* odaklı bir yaklaşımı benimsemek de yeterli değildir⁶⁵.

hukukunun veya vatandaşlığın tespitinde, millî hukukun dikkate alınmasını, mahkemenin, hakkaniyete göre karar vermesini engelleyeceği gerekçesiyle eleştirmektedir. CORMACK, s.246.

⁵⁷ NOMER, s. 143; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.92.

⁵⁸ SCHMIDT, The Incidental Question, s.320.

⁵⁹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.320.

⁶⁰ NOMER, Ön Mesele, s.354.

⁶¹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316.

⁶² SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 93; SCHMIDT, The Incidental Question, s.316; DOĞAN, s.184.

⁶³ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316.

⁶⁴ EHRENZWEIG, s. 92; JUENGER, s.195; SEVİĞ, s.137; ÇELİKEL,A./NOMER, E./GİRAY, F.K./ESEN, E., *Milletlerarası Özel Hukuk, Pratik Çalışma Kitabı*, B.13, İstanbul 2016, s.169, s.186.

⁶⁵ Yabancı hukukun kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının uygulanıp uygulanmaması, ön sorunun

Diğer bir görüşe göre, ön sorunun çözümünde benimsenecek metod, özellikle hukukî olay ve ilişkinin durumu ve ön sorun hakkında verilecek kararın ülkede doğuracağı etkiye göre değerlendirilmelidir⁶⁶. Mahkemenin vereceği karar, Türkiye’de değil de yabancı bir ülkede hüküm ve sonuçlarını doğuracak ise bağımsız bağlama tercih edilmelidir⁶⁷. Diğer bir görüşe göre ön sorunun *lex causae* bağlama ile çözülmesi olayla en sıkı irtibatlı hukukun ön soruna da uygulanmasını sağlayacaktır⁶⁸.

Ön sorunu ilk kez ortaya koyan MERCHIOR’a göre, “Alman uluslararası özel hukuk kurallarına göre esas sorunu idare eden hukuk, ön sorunun da hangi hukuka göre çözüleceğini tespit eder”⁶⁹. Bu bağlamda yazar, atf sorunu ile ön sorunu dikkatle birbirinden ayırmakla birlikte, atfın kabul edilmesiyle, ön sorunun yabancı *lex causae*’nın kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanmasıyla çözülmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁰.

MERCHIOR gibi ön soruna *lex causae* prensibiyle yaklaşan WENGLER ise atf teorisine onun kadar vurgu yapmamakla birlikte, bu metodun neden uygulanması gerektiğini ayrıntılarıyla gerekçelendirmiştir⁷¹. Buna göre, mademki esas sorun, yabancı *lex causae*’nin idaresine bırakılmıştır, ön sorunun çözümü de bu yabancı *lex causae*’ya tâbi olmalıdır. Milletlerarası unsurlu uyuşmazlıklarda, yabancı hukukun uygulanmasında yatan temel amaç, en iyi ya da en doğru hukukî çözüme ulaşmak değil mümkün olduğunca milletlerarası karar uyumuna yaklaşmaktır⁷². Ön sorunun *lex fori*’nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre çözümünün iç karar uyumunu sağlayacağını kabul eden WENGLER, yine de dış karar uyumunun çok daha önemli olduğunu vurgulamakta, ancak ön soruna *lex causae*’nin kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları uygulandığında anlamsız ya da istenmeyen bir sonuca varılması hâlinde⁷³, alternatif olarak *lex fori* yanlısı yaklaşımın benimsenebileceğini de kabul etmektedir⁷⁴.

Ön sorunu çözmekle karşı karşıya kalan *for* hâkiminin, ön soruna uygulayacağı hukuka dair pek çok çözüm önerisi getirilebilir⁷⁵. Ön soruna,

çözümünde atf doktrini ile yakından ilgilidir ancak atfın kabulü de, *forum* politikasıyla bağlantılıdır. EHRENZWEIG, s.93.

⁶⁶ GOESSL, s.72; DOĞAN, s.188.

⁶⁷ DOĞAN, s.188.

⁶⁸ NEELS, s.674.

⁶⁹ İngilizce çevirisi için bkz. SCHMIDT, The Incidental Question, s.342.

⁷⁰ SCHMIDT, The Incidental Question, s.342.

⁷¹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.344.

⁷² SCHMIDT, The Incidental Question, s.345.

⁷³ SCHMIDT, The Incidental Question, s.381.

⁷⁴ SCHMIDT, The Incidental Question, s.345-346.

⁷⁵ YASAN, s.124.

forum'un kanunlar ihtilâfî kuralları ya da *forum*'un maddî hukuk kuralları uygulanabilir⁷⁶. Diğer yandan *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî kuralları ya da *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması önerilebilir⁷⁷. Eğer atf kabul ediliyorsa, gönderilen ülkenin kanunlar ihtilâfî kuralları ya da gönderilen ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olabilir⁷⁸. Görüldüğü üzere, ön soruna uygulanacak hukuk konusunda, sadece *forum*'un kanunlar ihtilâfî kuralları veya *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî kuralları⁷⁹ değil pek çok farklı çözüm önerisi getirilebilir.

Örnek olaylar ve mahkeme kararları incelendiğinde, görülmektedir ki ön sorunun çözümüne ilişkin olarak, tek bir metod önermek mümkün değildir⁸⁰. Genel ve soyut bir bağlama kuralı önerilememesi nedeniyle her bir olayın özelliğine göre dikkate alınması gereken menfaatlerin dengelenmesi ve hakkaniyetin göz önünde bulundurulması zorunluluğu bulunmaktadır⁸¹. Bir metodoloji olarak değil ancak araştırma sonucu olarak sunulan bu uygulanması muhtemel hukuk düzenlerine değindikten sonra uygulama ve doktrinde en sık dile getirilen⁸² çözüm önerileri bu başlık altında incelenecektir.

1. Ön Sorunun Hâkimin Kanunlar İhtilâfî Hukuku Kurallarına Göre Çözümü

Bu çözüm önerisinde, ön sorunun, esas sorunun görüldüğü mahkemenin (*forum*'un) kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarına (ya da tanıma/tenfiz kurallarına⁸³) göre yetkili olan hukuka göre karara bağlanması öngörülmektedir⁸⁴. Hâkimin ön soruna uygulanacak hukuku belirlerken, esas sorundan bağımsız olarak, kendi kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarını uygulaması nedeniyle bu yönetime, "*lex fori* bağlama", "öz bağlama"⁸⁵, "bağımsız bağlama" denildiği de görülmektedir⁸⁶.

⁷⁶ NEELS, s.672.

⁷⁷ NEELS, s.672.

⁷⁸ GOTLIEB, s.769.

⁷⁹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316.

⁸⁰ Eş cinsel evlilik ile bağlantılı, soybağının tayini, miras gibi konularda, eş cinsel evliliklerin geçerli olup olmadığının ön sorun olarak ortaya çıkması bakımından aynı yönde, SİRMEN, K.S., "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfî Hukukunda Düzenlenişi", AÜHF, C.58, S.4, Yıl:2009, s.855.

⁸¹ REESE, W.L.M., "Choice of Law: Rules of Approach", Cornell Law Review, Vol:57, No.3, 1972, s.333.

⁸² Pek çok yazar ön sorunun çözümüne ilişkin metod tartışılırken, *lex fori*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması ve *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması önerilerini göz ardı etmektedir. NEELS, s.673.

⁸³ SCHMIDT, The Incidental Question, s.321.

⁸⁴ GOTLIEB, s.764; MORRIS, s. 37; GOESSL, s.64; ÇELİKEL/ERDEM, s.131; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s.5.

⁸⁵ NOMER, s.140.

⁸⁶ KEGEL, G., "The Crisis of Conflict of Laws", Rec. Des. Cours. Vol:112, 1964/2, s.217; SCHMIDT, The Incidental Question, s.321; TEKİNALP/UYANIK, s.41; NOMER, Ergin/ÇELİKEL,

Doktrinde bu çözüm önerisi, “dar gönderme yaklaşımı (*narrow reference approach*)” olarak da ifade edilmiştir⁸⁷.

Ön soruna, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulanmasını savunan görüşün temel gerekçesi şudur: Ön sorun için kanunlar ihtilâfi kuralı bulunması hâlinde, ön sorunun, bu kuralın gösterdiği yabancı maddî hukuk kuralına göre çözülmesinin hâkimin görevidir. Ön sorunun çözümü, yabancı bir mahkeme kararının tanınması ya da tenfizne bağlı ise yine hâkimin, tanıma/tenfiz kurallarının uygulanması bir zorunluluktur⁸⁸.

Ön sorunun, *forum*'un kanunlar ihtilâfi hukuku sistemine tâbi tutularak karara bağlanması, aynı ön sorundan doğan çeşitli sorunlara ilişkin davalarda, karar birliği sağlayacaktır⁸⁹. Diğer bir deyişle, iç karar uyumu sağlanmış olacaktır⁹⁰ ancak milletlerarası özel hukukta iç karar uyumu kadar milletlerarası karar uyumu da temel amaçlardan biridir⁹¹. *Lex fori* bağlamanın zaman zaman tercih edilmesinin bir diğer nedeni de *forum*'un kamu düzenine yapılan vurgudur⁹².

Lex fori yanlısı yaklaşımın benimsenmesinde bir diğer gerekçe, hâkimin, ön sorun hakkında verdiği kararın, açıklayıcı bir niteliğinin bulunduğu gerçeği karşısında, ön sorunun başka bir davada esas sorun olarak ortaya çıkması hâlinde, esas soruna da aynı hukuk kurallarının uygulanması sonucunun elde edilmesidir⁹³.

Avrupa Birliği hukuku bakımından ön sorunun ele alındığı bir diğer görüşe göre, maddî hukukun ya da milletlerarası özel hukukun yeknesaklaştırıldığı bir alanda, bir Üye Devlet hâkiminin ön sorunla karşılaşması durumunda, *lex fori* bağlamanın tercih edilmesi gerekmektedir⁹⁴. Örneğin haksız fiilden doğan bir uyumsuzlukta, geçerli bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı ön sorun olarak ortaya çıkarsa, ön soruna, 593/2008 sayılı Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü'nde⁹⁵ yer alan kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır⁹⁶.

Aysel, **Devletler Hususî Hukuku, Örnek Olaylar Mahkeme Kararları**, B.7, İstanbul 2001, s.141; DOĞAN, s.186.

⁸⁷ HARTLEY, s.682.

⁸⁸ SCHMIDT, *The Incidental Question*, s.368.

⁸⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s.132; DOĞAN, s.187; NEELS, s.674; GOESSL, s.65.

⁹⁰ GÖĞER, s.79.

⁹¹ ÇELİKEL/ERDEM, s.132; NOMER, s.141.

⁹² NEELS, s.674.

⁹³ GÖĞER, s.80; GOESSL, s.69.

⁹⁴ GOESSL, s.67.

⁹⁵ *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, O. J. L 177/6, 4. 7. 2008.

⁹⁶ GOESSL, s.67.

Teknik olarak, AB hukuku kuralı *lex fori*'nin bir parçası olduğu için *lex fori* uygulanmış olacaktır. Bununla birlikte, her ne kadar ön soruna *lex fori* bağlama uygulanmış olsa da AB hukuku bakımından, yeknesaklaştırılmış bir alan bulunduğu için hem iç karar uyumu hem de dış karar uyumu Birlik düzeyinde sağlanmış olacaktır⁹⁷. Bu görüşe göre, AB hukuku bakımından, yeknesaklaştırılmış alanlarda, ön soruna, *lex fori* bağlamanın uygulanması, açıklık ve öngörülebilirliği sağlayacağı için tercih edilmelidir⁹⁸.

Ön soruna, hâkimin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulandığı mahkeme kararları bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, 1954 tarihli *Caliaro* kararında⁹⁹, İtalyan vatandaşı olan *Caliaro*, İsviçre vatandaşı bir kadınla evlenmiştir ve sonra İsviçre'de ondan boşanmıştır. *Caliaro* daha sonra Londra'da, İsviçre vatandaşı başka bir kadınla evlenmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi önündeki asıl sorun, ikinci evliliğin geçerliliğidir. Asıl soruna, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukuku uygulanmaktadır. Ön sorun, İtalyan vatandaşının, birinci evliliğinin geçerli bir şekilde sona erip ermediğidir. İsviçre Federal Mahkemesi, ön soruna *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kuralını uygulamıştır. Bu da İtalyan vatandaşının millî hukukudur. Bu yıllarda, İtalyan hukukuna göre, *Caliaro*'nun ilk eşi ölmeden ikinci bir evlilik yapması mümkün değildir. İsviçre Federal Mahkemesi, bunu kamu düzenine açıkça aykırı bulmuştur ve İsviçre'de gerçekleşen boşanmayı geçerli kabul etmiştir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 13.4.2004 tarih ve 2003/11058 E. ve 2004/3676 K. sayılı kararında¹⁰⁰, uyuşmazlık, üçüncü kişilerin İcra ve İflas Kanunu m.96 ve devamı maddelerine dayalı olarak açtıkları istihkak davasına ilişkindir. Davacılarından biri olan banka, borçlu ile yaptıkları mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi gereğince, borç ödeninceye kadar dava konusu tekneyi kullanmak üzere borçluya teslim ettiklerini, borç ödenmediğinden, mülkiyetin henüz borçluya geçmediğini, bankaya ait olduğunu iddia etmişlerdir. Davacı üçüncü kişi şirket ise, tekneyi borçludan 3.12.1992 tarihli ve noter onaylı satış sözleşmesi ile satın aldıklarını, borçluya kiraya verdiklerini, bu nedenle mülkiyetin kendilerine ait olduğunu belirtmiş ve haczin kaldırılmasını istemişlerdir. Dava konusu olayların taraflarının hepsi Avusturya uyrukludur. Kararda, hacizli teknenin ilk mülkiyet ilişkisinin tesis edildiği taraf olan davacı banka yönünden sorunun çözümünün ve mülkiyetin tespitinin, hem bu davacı hem de diğer davacı şirketin satış ilişkisinin değerlendirilmesinin ön sorununu oluşturduğu tespit edilmiştir. Bu tespitten ardından, mülkiyetin

⁹⁷ GOESSL, s.68.

⁹⁸ GOESSL, s.74-76.

⁹⁹ BG 11.11.1954, BGE 80 I 427= *Revue crit.*, 1957. Karar özeti için bkz. SCHMIDT, The Incidental Question, s.401.

¹⁰⁰ Karar özeti için bkz. www.kazancı.com (21.6.2017).

tespiti bakımından karar tarihinde yürürlükte olan 2675 sayılı Kanun'un 23. maddesi uygulanmıştır. Bu kararda Yargıtay'ın, ön soruna *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarını uyguladığı görülmektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 8.2.2010 tarih ve 2009/19552 E. ve 2010/2037 K. sayılı kararında¹⁰¹, 2007 tarihinden beri, BMMYK tarafından verilen mülteci belgesine istinaden, Türkiye'de, "sığınmacı" olarak buldukları anlaşılan ve her ikisi de Afganistan vatandaşı karı kocanın boşanma davasında, tarafların geçerli bir evliliklerinin bulunup bulunmadığı, ön sorun olarak ortaya çıkmıştır. Olaydan, tarafların Afganistan'da evlendikleri anlaşılmaktadır. Yargıtay kararında, geçerli evliliğin bulunup bulunmadığının bu olayda "ön sorun" olarak tespiti yapılmamıştır. Bununla birlikte, tarafların yabancılar kütüğünde kayıtlı olup olmadıklarının, kayıtlı iseler aralarında eş bağı kurulup kurulmadığının Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nden sorularak tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Böyle bir kayıt yok ise tarafların evli olup olmadığının, Afganistan'ın Türkiye Büyükelçiliği'nden Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla sorulması ve evli olduklarına dair bu ülke makamlarından alınacak resmî belgenin dosyaya alınmasına hükmedilmiştir. Bu kararda Yargıtay, ön soruna ilişkin bir tespitte bulunmamıştır ve ön soruna uygulanacak hukukun tayinini metodolojik olarak araştırmamış görünmektedir ancak ön soruna evliliğin şekli geçerliliği bakımından, evlenmenin yapıldığı yer olan Afganistan maddî hukukunu; evlenmenin, ehliyet ve şartlar yönünden geçerliliği bakımından ise tarafların millî hukuku olan Afganistan hukukunu uyguladığı anlaşılmaktadır. Bu kararda, mahkeme, ön soruna ilişkin açıkça bir değerlendirme yapılmamıştır, ancak *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

2. Ön Sorunun Esas Sorunda Yetkili Olan Hukukun Kanunlar İhtilâfi Hukuku Kurallarına Göre Çözümü

Doktrinde çoğunlukla önerilen ikinci çözüm yoluna göre, ön sorun, esas sorun bakımından yetkili olan hukukun (*lex causae*'nin) kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarına (ya da tanıma/tenfiz kurallarına¹⁰²) göre çözülmelidir¹⁰³. Esas soruna bağlı kalarak, esas sorunun tâbi olduğu kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının gösterdiği hukuka göre ön sorun çözüldüğü için, bu yönetime, "*lex causae* bağlama", "yabancı bağlama"¹⁰⁴, "bağımlı bağlama" denilmektedir¹⁰⁵.

¹⁰¹ Karar özeti için bkz. EKŞİ, s.10-12.

¹⁰² SCHMIDT, The Incidental Question, s.321.

¹⁰³ WOLFF, M., **Private International Law**, Oxford 1950, s.207; ÇELİKEL/ERDEM, s.132-133; SEVİĞ, Ön Sorun, s.16; GOTLIEB, s.769; MORRIS, s.37; SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 100; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.111.

¹⁰⁴ NOMER, s.140.

¹⁰⁵ KEGEL, s.217; SCHMIDT, The Incidental Question, s.321; GOESSL, s.65; TEKİNALP/UYANIK,

Doktrinde bu çözüm önerisi, “geniş gönderme yaklaşımı (*wide reference approach*)” olarak da ifade edilmiştir¹⁰⁶.

Bu çözüm önerisinde, milletlerarası karar ahenginin sağlanması amaçlanmaktadır¹⁰⁷. Dolayısıyla ön sorunun hangi hukuka göre çözüleceği, iç karar uyumu ile milletlerarası karar uyumu arasında yapılacak tercih ile yakından ilgilidir¹⁰⁸. WENGLER’in yaklaşımı, ön sorunun, *lex causae*’nın kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarına göre çözümüdür. Bu yaklaşımı, dış karar uyumu bakımından değerlendiren görüşe göre, WENGLER de bazı olaylarda ön soruna *lex causae*’nın kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulanması durumunda, istenmeyen ya da beklenmeyen sonuçların ortaya çıkması ihtimâlini kabul etmektedir. Bu durumda, alternatif olarak *lex fori*’nin kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasıyla ön sorunun çözümüne gidilebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁹. Bununla birlikte, bu istisnâî durumların yeterince açık bir şekilde ortaya konulamaması bakımından WENGLER eleştirilmektedir¹¹⁰.

Ayrıca ön soruna, *lex causae*’nın kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulanmasıyla dış karar uyumunun sağlanacağını önceden kesin olarak öngörmek de mümkün değildir¹¹¹. Dış karar uyumu, kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulanacağı yetkili yabancı hukuk düzeninin mahkemeleri önünde ön sorun ortaya çıksa idi, bunun hangi metoda göre çözüleceğine göre olaydan olaya sağlanabilir ya da sağlanamayabilir¹¹².

Bir olayda birden fazla ön sorun ortaya çıkabilir¹¹³. Örneğin, mirasın intikaline ilişkin bir yargılamada, kişisel malların idare edildiği *forum A*, miras bırakanın ölmeden önceki son yerleşim yerinin bulunduğu yer hukuku olan B devletinin hukukunu uygulayacaktır. Hak talep eden kimsenin soybağının düzgün olup olmadığı birinci ön sorun olabilir ve bu birinci ön sorunun çözümü, hüküm ve sonuçlarını C devleti ülkesinde doğuran evliliğin geçerli olup olmadığı ile ilgili olabilir. Bu sorun ise evliliğe ilişkin boşanmanın gerçekleştiği D devleti hukukuna bağlı olabilir¹¹⁴. Bir olayda birden fazla ön sorun ortaya çıktığında, diğer ön sorunların çözümü, birincil ön sorunun çözümüne ilişkin tartışmalara

s.40; ÇELİKEL/ERDEM, s.133; NOMER, s.140; NOMER/ÇELİKEL, s. 141; DOĞAN, s.187.

¹⁰⁶ HARTLEY, s.682.

¹⁰⁷ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 105; SCHMIDT, The Incidental Question, s.368; NEELS, s.674; GOESSL, s.65; GÖĞER, s.79; ÇELİKEL/ERDEM, s.133; DOĞAN, s.187.

¹⁰⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s.133.

¹⁰⁹ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 106.

¹¹⁰ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 106.

¹¹¹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.369.

¹¹² SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 106; SCHMIDT, The Incidental Question, s.369.

¹¹³ CORMACK, s.244; ANTON/BEAUMONT/McELEVY, s.110; SCHMIDT, The Incidental Question, s.321.

¹¹⁴ CORMACK, s.244.

verilen yanıt ile aynıdır ve bu nedenle ayrıca tartışılmamaktadır¹¹⁵.

Bu örnek analiz edildiğinde, davacının mirasta payının bulunup bulunmadığının tespiti esas sorun, soybağının düzgün olup olmadığına ilişkin ön sorunun çözümüne bağlıdır. Evliliğin C devleti hukukuna göre geçerli olup olmadığı, soybağına ilişkin esas sorunda ön sorun teşkil etmektedir. D devleti hukukuna göre gerçekleşen boşanmaya etki tanımak, evliliğin geçerliliğine ilişkin esas sorunda ön sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu uyuşmazlıkta, en son ortaya çıkan sorun, kronolojik olarak en sondadır fakat çözülmesi gereken ilk sorundur. Ayrıca her bir ön sorun, kendi içinde vasıflandırma ve yerleştirme problemleri içermektedir. Bu durumda, her bir ön sorun için, dış karar uyumunun sağlanması açısından, esas soruna uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹¹⁶.

3. Ön Sorunun Esas Sorunda Yetkili Olan Hukukun Maddî Hukuk Kurallarına Göre Çözümü

Doktrinde bir diğer öneri, ön sorunun, kanunlar ihtilâfi kurallarının esas soruna uygulanmak üzere, gösterdiği yabancı hukukun, maddî hukuk kurallarına göre çözülmesidir¹¹⁷. *Lex fori*'nin kanunlar ihtilâfi hukuku kuralları, hâkimin, yabancı bir hukuk düzeninin kurallarına göre karar vermesini sağladığında, bu, kanun koyucunun, açıkça, uyuşmazlığın, ilgili yabancı hukukun mahkemelerinde görülüyormuşçasına karar bağlamasını istediği anlamına gelmektedir. Bu durumda, ilgili yabancı hukuk düzeninde, yabancı hâkimin ön soruna uygulayacağı kurallar ile aynı hukuk kurallarının ön soruna uygulanması sağlanacaktır¹¹⁸.

Örneğin, *lex causae*'de sağ kalan eşin mirasçı olarak kabul edildiği bir durumda, kimlerin, neden "eş" ve "sağ kalan eş" olarak mirasçı kabul edileceği konusunda *lex causae*'nin kanun koyucusunun benimsediği politikanın yerine, ona müdahale ederek ve onun yerine geçerek *lex fori*'nin sağ kalan eş belirlemesinin gerçekçi bir dayanağı bulunmamaktadır¹¹⁹. Ancak bu görüş de istisnâî durumlarda *lex fori* yanlısı yöntemle göre ön sorunun çözülebileceğini ifade etmektedir¹²⁰.

Ayrıca bu görüşe göre, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında, ilgili yabancı mahkemenin, kendi kanunlar ihtilâfi hukuku kuralları ışığında en uygun

¹¹⁵ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

¹¹⁶ CORMACK, s.244.

¹¹⁷ SCHMIDT, The Incidental Question, s.329; SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 108; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

¹¹⁸ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 108.

¹¹⁹ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 111; SCHMIDT, The Incidental Question, s.372.

¹²⁰ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 112.

hukuku uygulamış olup olmadığı araştırılmamaktadır; dolayısıyla ön sorunun çözümünde de *lex causae*'nin maddî hukuk kuralları uygulanmalıdır¹²¹. Diğer yandan bu görüşü açıklayan yazarlara göre, ön soruna, her zaman *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının gönderdiği hukuk düzeninin maddî hukuk kurallarının uygulanması, atıf teorisi bakımından güçlü bir argüman değildir¹²².

Ön sorunun, esas sorunda yetkili olan hukukun maddî hukuk kurallarına göre çözülmesine bir örnek, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 5.3.1962 tarih, 865/1962 E. ve 1431/1962 K. sayılı kararıdır¹²³. Bu olayda, müşterek millî hukukları olan İtalyan hukukuna göre, boşanma imkânı bulunmayan eşlerin, Türk mahkemesi kararına göre boşanmaları ve kocanın başka bir İtalyan ile Türkiye'de evlenmesi ardından ölmesi üzerine kimin sağ kalan eş sıfatıyla mirasçı olacağı esas sorun; birinci evliliğin sona erip ermediği ise ön sorun olarak ortaya çıkmıştır. Yargıtay, ön soruna, esas sorun hakkında yetkili olan, tarafların müşterek millî hukuku olarak İtalyan hukukunun uygulanmasının kural olduğuna ancak boşanmaya imkân tanımayan bir hukuk düzeninin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceğine ve Türk mahkemeleri tarafından verilen boşanma kararı uyarınca birinci evliliğin son bulduğuna karar vermiştir. Birinci evliliğin sona erip ermediğine ilişkin ön sorun, kamu düzeni müdahalesinin olumlu etkisi sonucu Türk maddî hukukuna göre çözülmüştür.

4. Ön Sorunun Çözümünün Bir Yabancı Mahkeme Kararının Tanınması/ Tenfizine Bağlı Olması

Ön sorunun çözümü, bir yabancı mahkeme kararının tanınmasına bağlı ise, doktrinde bir görüşe göre, ön sorunun çözümü artık sadece iki metodla mümkün olabilir. Bunlardan biri, *lex fori*'nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kurallarıdır¹²⁴. Diğer olasılık ise, *lex causae*'nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kurallarıdır¹²⁵.

Bu çözüm önerileri dikkate alınmakla birlikte, ön sorunun çözümünün yabancı bir mahkeme kararının tanınması/tenfizine bağlı olması durumunda, kanaatimizce doktrinde fazlaca tartışılmamış başka bir sorun bulunmaktadır. Yabancı mahkeme kararının tanınması/tenfizi söz konusu olduğunda, yabancı mahkeme kararında yer alan ön soruna ilişkin hükmün, tenfiz hâkiminin kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda, mahkemenin nasıl bir karar vereceği belirsizdir. Ön sorunda yer alan kamu düzenine aykırılık nedeniyle, esas

¹²¹ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

¹²² ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.111.

¹²³ Karar özeti için bkz. BERKİ, O.F./ERGÜNEY, H., **Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları**, Ankara 1963, s.9-11.

¹²⁴ NEELS, s.680.

¹²⁵ NEELS, s.680.

sorun hakkındaki kararın da tenfiz talebinin mutlaka her olayda reddedilmesi gerektiğini kabul etmek mümkün değildir. Bu noktada, tenfiz/tanıma bakımından, yabancı mahkeme kararının kesin hüküm etkisi kavramının ön sorun bakımından yeniden tanımlanması gerekecektir. Burada, tanıma/tenfiz kararının ön soruna ilişkin kısmının sadece bu karar bakımından hüküm ifade etmesi, ancak yabancı mahkeme kararında yer alan ön soruna ilişkin ihtilâfın asıl sorun olarak dava konusu olması durumunda, tenfiz kararına istinaden, kesin hüküm itirazında bulunulmaması önerilebilir.

Ön sorunun, bir yabancı mahkeme kararının tanınması/tenfizine bağlı olması, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 1.6.2015 tarih ve 2014/4653 E. ve 2015/12167 K. sayılı kararında¹²⁶ söz konusu olmuştur. Bu olayda, davacı, davalıya karşı tapu iptal/tescil davası açmıştır. Tapu iptal/tescili için öncelikle yabancı mahkeme kararının mal paylaşımına ilişkin bölümünün tenfizine karar verilmesi gerektiği ve bu amaçla, tenfiz kararı verilmesi talep edilmiştir. Evlilik mallarının tasfiyesi için, evliliğin sona erip ermemiş olduğunun tespiti ön sorunu oluşturmaktadır. Kararda evliliğin sona erip ermediğinin bu olayda ön sorun olarak tespiti yapılmıştır. Bunun için yabancı mahkeme ilâmının tanınmasının gerektiği belirtildikten sonra, davacıya, yabancı boşanma ilâmının Türk mahkemesince tanınması için dava açmak üzere süre verilmesi, sonucun bekletici mesele yapılması; tanıma ilâmı mahkemeye sunulduğunda, evlilik malının tasfiyesine dair yabancı mahkeme kararı bölümünün de tanınmasına karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bu olayda ön sorun, *lex fori*'nin yabancı mahkeme kararının tanınmasına ilişkin kuralları uygulanarak çözülmüştür.

5. İrade Muhtariyetinin Kabul Edildiği Alanlarda Ön Sorunun Çözümü

İrade muhtariyetinin kabul edildiği alanlarda, ön soruna uygulanacak hukukun tespiti, üzerinde tartışılması gerekli bir diğer husustur. Tarafların hukuk seçimi yapmış oldukları durumlarda, bilindiği gibi atıf kural olarak kabul edilmemekte, tarafların seçmiş oldukları hukukun, maddî hukuk hükümleri uygulanmaktadır. 5718 sayılı Kanun'un m.2/4 hükmünde, taraflara, uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

İrade muhtariyetinin kabul edildiği bir alanda, tarafların, ön sorunun çözümü için de hukuk seçimi yapmış olmaları mümkündür. Bu durumda, ön soruna uygulanacak hukuk, tarafların seçmiş oldukları hukuktur.

¹²⁶ Karar özeti için bkz. www.kazanci.com (21.6.2017).

Taraflar, esas sorun için hukuk seçimi yapmışlarsa ancak ön soruna ilişkin bir hukuk seçimi yapmamışlar ise, yine tarafların seçmiş oldukları yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarına bakılması gerektiği görüşü bulunmaktadır¹²⁷.

Doktrinde, esas sorun için hukuk seçiminin yapılmış olması hâlinde, ön soruna uygulanacak hukuk, evlilik malları hakkında eşlerin hukuk seçimi yapmış olması (5718 sayılı Kanun m.15) bakımından tartışılmıştır¹²⁸. Eşler arasında hukuk seçiminin yapılmış olduğu ancak hukuk seçimine ilişkin hukukî işlemin, ehliyet ve esas bakımından geçersizliğinin ileri sürülmesi durumunda, hâkimin öncelikle bu sorunu çözmesi gerekeceği belirtilmiştir¹²⁹. Bu durumda evlilik malları konusundaki ihtilâf olan esas meseleden önce ön sorunun çözümü söz konusu olacaktır. Doktrinde bu durumda, ön soruna, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfi kurallarının veya *lex causae*'nin mal rejiminin esasına uygulanacak kurallarının, uygulanabileceği savunulmuştur¹³⁰. Bu çözüm yollarından hangisi daha adil ve hakkaniyetli ise hâkimin ona göre tercih yapabileceği, bu noktada hâkime takdir yetkisi tanındığı vurgulanmıştır¹³¹.

6. Ön Soruna Uygulanacak Hukuka Dair Çözüm Önerilerinin Değerlendirilmesi

Ön sorunun çözümüne ilişkin olarak, kesin bir bağlama kuralı ve dolayısıyla tek bir metod önermek mümkün değildir. Genel ve soyut bir bağlama kuralı önerilememesi nedeniyle her bir olayın özelliğine göre dikkate alınması gereken menfaatlerin dengelenmesi ve hakkaniyetin göz önünde bulundurulması zorunluluğu bulunmaktadır; ancak hiçbir öneri getirilmemesi de ön sorunun çözümü konusundaki belirsizliği gidermemektedir.

Milletlerarası özel hukuka ilişkin ulusal mahkeme kararlarında, ön sorunun çözümünde, sistematik bir şekilde tek bir yaklaşımın benimsendiğini söylemek güçtür. Kararlarda *lex fori* bağlamanın mı ya da *lex causae* bağlamanın mı benimsendiği tam olarak açıklanmadığı gibi ön sorun tespit edilmeksizin ön sorunun çözüldüğü kararlara da rastlanmaktadır.

Kanaatimizce, ön sorunun çözümü için önerilen metodlar incelendiğinde, *lex causae* yanlısı yaklaşımın daha fazla dayanağı bulunduğu görülmektedir. Bununla birlikte, örnek olaylarda görülmektedir ki her olayda sadece *lex*

¹²⁷ KEGEL, s.216; NOMER, Ön Mesele, s.355.

¹²⁸ ŞENSÖZ, Ebru, “27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilâflarda Uygulanacak Hukuk”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:8, S.16, Güz 2009, s.186.

¹²⁹ ŞENSÖZ, s.186.

¹³⁰ ŞENSÖZ, s.186.

¹³¹ ŞENSÖZ, s.190.

causae'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının uygulanacağını benimsemek, milletlerarası karar uyumunu sağlamada yetersiz kalacaktır. Önerimiz, ön soruna, kural olarak *lex causae* odaklı yaklaşımdır. Ancak *lex causae*'da ön sorun, o hukuk düzeninin maddî hukuk kurallarına göre çözülmekte ise davayı görmekte olan hâkim de *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarını uygulayarak ön sorunu çözmelidir. Eğer ön sorunun çözümü için *lex causae*'da o yabancı hukuk düzeninin, kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının uygulanması benimsenmiş ise; uyuşmazlığın ön sorun olarak görüldüğü mahkemede de *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî kurallarına göre ön sorunun çözümüne gidilmelidir. Böylece milletlerarası karar uyumuna bir nebze daha yaklaşmak mümkün olabilir.

Ön soruna prensip olarak yaklaşımımız bu olmakla birlikte, her zaman sadece *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları ya da *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları uygulanmalıdır gibi *a priori* bir yaklaşımın benimsenmesi mümkün değildir. *Lex causae* odaklı çözüm önerileri, en sıkı irtibatlı hukuku işaret edebildiği için savunulmaktadır. Bununla birlikte, *lex fori* ile maddî bağlantısı olan bir ön sorun, *lex fori* odaklı bir yaklaşımla da çözülebilir¹³². Ön sorunu *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarına çözümlenmesinin önerilmesi bu noktada, hâkimin, kendi hukukuna bağlı olmasından değil; hâkimin, vicdanî kanaate aykırı olamamasından kaynaklanmaktadır¹³³. Katıldığımız görüşe göre, ancak adalet ve elverişlilik değerlendirmesi kapsamında, sonuç- seçiciliğin (*result-selectivity*) etkisiyle¹³⁴, her bir olayda farklı bir çözümün benimsenmesi söz konusu olabilir¹³⁵. O hâlde her bir ön sorunda, onun ağırlık merkezi, olayın özellikleri, tarafların menfaati ve esas sorunun niteliğine bakılmalı ve davayı görmekte olan mahkeme ile olan yakınlık daha fazla ise iç karar uyumu adına *lex fori* yaklaşım ya da davanın görüldüğü mahkeme ile olan yakınlık kuvvetli değilse *lex causeist* yaklaşım tercih edilmelidir¹³⁶.

Örneğin; miras payına ilişkin bir uyuşmazlıkta, sağ kalan eşin miras payının bulunup bulunmadığının tespiti, murisin ölümünden önce geçerli bir evliliğin bulunup bulunmamasına dair karar verilmesine bağlı ise ve muris ile sağ kalan eş olduğunu iddia eden kişi yıllarca geçerli bir evliliklerinin bulunduğu kanısıyla birlikte yaşamışlarsa, bu birlikteliklerinden çocukları olmuşsa¹³⁷, hâkim, ön sorunu çözmeye çalışırken, evliliği geçerli kılacak ise *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları yerine *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarının ya da *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının gösterdiği hukukun uygulanmasını

¹³² ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.112.

¹³³ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.112.

¹³⁴ JUENGER, s.197.

¹³⁵ SCHMIDT, The Incidental Question, s.328; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.112.

¹³⁶ SCHMIDT, The Incidental Question, s.351.

¹³⁷ NEELS, s.687.

tercih edebilir¹³⁸.

Tarafların makul ya da meşru beklentilerinin korunmasını sağlayacak ilkelerin dikkate alınması kadar hangi metodun seçileceğinde, uluslararası özel hukuk ilişkilerinde gerek duyulan tanınabilirlik de etkili olmalıdır¹³⁹. Diğer yandan, iç karar uyumunun bozulmasına karşın hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından farklı metodların benimsenmesi mümkündür¹⁴⁰. Ön sorunun çözümünde, *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması yerine *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulanabilmesi için, somut olayda, milletlerarası özel hukuk adaleti anlamında¹⁴¹, korunmaya değer bir menfaatin bulunması gerekir.

Son olarak, irade muhtariyetinin kabul edildiği alanlarda ön sorunun çözümünde, tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin olası bir ön soruna da uygulanması açıkça belirtilmiş ise; ön soruna, tarafların seçtikleri hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanacağı söylenebilir. Fakat bu noktada ön sorun bakımından hukuk seçiminin kabul edilip edilmediği sorunu ortaya çıkacaktır. Eğer ön sorun, esas sorun olsa idi tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri bir alan ise bu yaklaşım benimsenebilir. Ön sorun, esas sorun olsa idi irade muhtariyetinin kabul edilmediği bir alan ise bu çözüm teorik olarak ileri sürülebilse de pratik olarak uygulanabilir olmayacaktır.

Tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin ön sorunu da kapsayacağı şeklinde, açık bir düzenleme bulunmama ile birlikte, yapılan seçimden, tereddüde yer vermeyecek biçimde bu sonuç çıkarılabiliyor ise, o zaman yine ön sorun için tarafların seçmiş oldukları hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanabileceği düşünülebilir.

Ön sorun irade muhtariyeti dışında bırakılmış bir sorun ise ya da ön sorun irade muhtariyetinin kabul edildiği bir alan olmakla birlikte taraf iradelerinden yaptıkları seçimin ön sorunu da kapsayacağı sonucu tereddüde yer vermeyecek şekilde çıkarılamıyor ise ön sorunun çözümü için yukarıda yaptığımız metodolojik açıklamalar bağlamında çözüm önerilerine dönmek gerekecektir.

¹³⁸ NEELS, s.680.

¹³⁹ NEELS, s.687.

¹⁴⁰ SEVİĞ, s.140.

¹⁴¹ ROBERTSON, s.18-20.

III. ÖN SORUNUNA UYGULANACAK HUKUKU HÜKME BAĞLAYAN BAZI ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE ULUSLARÜSTÜ DÜZENLEMELER

Ön soruna uygulanacak hukuku tayin eden milletlerarası sözleşmelerde, milletlerarası karar uyumunun sağlanması amacıyla daha çok *lex causae* yanlısı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir¹⁴². Milletlerarası sözleşmelerde ön soruna yaklaşım *lex causae* yanlısı olmakla birlikte, uluslararası düzenlemelerde, ön sorunun çözümüne ilişkin özel hüküm koymaktan kaçınıldığı görülmektedir.

1. Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu Sözleşmesi

Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu Sözleşmesi'ne Türkiye 17 Nisan 1975 tarihinde taraf olmuştur¹⁴³. Sözleşme'nin 9. maddesinde, bu Sözleşme'nin uygulanması sonucunda, evliliğin ortadan kaldırılması, geçerliliği veya butlanına dair bir karar tanınmışsa, tarafların, bu devlette yeni bir evlenme sözleşmesi, başka bir devletin bu zeval veya feshe izin vermemesi veya bu kararı tanımaması nedeniyle reddedilemeyecektir¹⁴⁴. Bu hükme göre, yeni bir evlenme akdinde, boşanma kararı, başka bir hukukî ilişki için evlenme, ön sorun teşkil etmeyecek, boşanma kararının sözleşme hükümlerine göre tanınmış olması yeterli kabul edilecektir¹⁴⁵. Diğer bir deyişle, boşanma kararı, yeni bir evlenme akdinde, ön sorun ise ya da evlenme, başka bir hukukî ilişkide ön sorun ise, boşanma kararının, sözleşme hükümlerine göre tanınmış olması yeterli kabul edilecektir¹⁴⁶.

2. Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi

Türkiye'nin 26 Ocak 1982 tarihinde onayladığı Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi'nin¹⁴⁷ 4. maddesine göre, nafaka yükümlülüğüne nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanır. 4. maddeye göre, alacaklı borçludan nafaka alamazsa, nafaka yükümlülüğüne müşterek millî hukukları uygulanır (m.5). Alacaklı, 5 ve 4. maddelerde öngörülen hukuklar uyarınca nafaka alamazsa, *lex fori*'nin iç maddî hukuk kuralları uygulanır.

¹⁴² GOESSL, s.65.

¹⁴³ RG.14.9.1975-15356.

¹⁴⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s.135.

¹⁴⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s.136.

¹⁴⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s.136.

¹⁴⁷ RG.6.2.1983-17961.

10. maddesine göre, soybağı sorunu, bir nafaka davasında ön sorun olarak ortaya çıktığında, ön sorun hakkında öngörülen çözümlere başvurulmaksızın, nafakayı idare eden hukuka göre ön sorun çözülecektir¹⁴⁸. Sözleşme'nin 10. maddesinde, ön sorunun çözümünde, *lex causae* bağlamanın benimsendiği açıkça görülmektedir¹⁴⁹.

3. Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi

Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi'nin¹⁵⁰, 1/4. maddesinde, çocuk deyiminden, soybağı düzgün olan, soybağı düzgün olmayan veya evlât edinilmiş, evli olmayan ve 21 yaşını doldurmamış bütün çocukların anlaşılacağı belirtilmiştir.

Bu Sözleşme'de, asıl sorun, Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilâfi hukuku kuralının gösterdiği hukuka göre çözülmektedir. Çocuğa karşı nafaka yükümlülüğüne uygulanacak hukuk tayin edilmeden önce, nafaka talep edilecek olan kişinin, çocuğa nafaka ödemekle yükümlü bir kişi olup olmadığı ön sorun olarak ortaya çıkabilir. Sözleşme'ye göre, çocuğun kimden ve ne nispetle nafaka talep edeceğini, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku tespit eder (m.1/1). Buna göre, örneğin, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerin iç hukuk kurallarına göre, baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi bulunmakta ise, Sözleşme'ye taraf devletlerin mahkemeleri, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkenin maddî hukuk kurallarına göre nafakaya ilişkin asıl sorunu karara bağlayacaktır. Sözleşme'ye taraf devlet mahkemelerinden birinde, soybağı, asıl sorun olarak dava konusu olursa, mahkeme, kendi kanunlar ihtilâfi hukuku kuralının gösterdiği hukuka göre uyumsuzluğu karara bağlayacaktır¹⁵¹.

Sözleşme'nin 3. maddesinde, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun, çocuğa nafaka konusunda herhangi bir hak tanımaması hâlinde, müracaat edilen makamın millî mevzuatının gösterdiği hukukun uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

4. Boşanma Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü

Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü, 20 Aralık 2010 tarihinde

¹⁴⁸ SCHMIDT, The Incidental Question, s.390; ÇELİKEL/ERDEM, s.136.

¹⁴⁹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.390.

¹⁵⁰ RG.24.12.1971-14052.

¹⁵¹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.389.

kabul edilmiştir¹⁵². Roma III Tüzüğü adıyla da anılan Tüzük, milletlerarası unsurlu boşanma ve ayrılığa uygulanacak kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları getirmektedir¹⁵³.

Tüzüğün 1. maddesinin ikinci fıkrasında ve genel gerekçesinde ön sorunun Tüzüğün kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir¹⁵⁴. Tüzüğün 13. maddesinde, boşanma davalarında, evlenmenin geçerliliğinin ön sorun olarak ortaya çıkması durumunda, davayı gören üye devlet mahkemesinin, boşanma davasında, evliliği geçerli kabul etmemesi¹⁵⁵ ya da boşanmanın bu üye devlet mahkemesinde düzenlenmemiş olması durumunda, söz konusu mahkemenin, Tüzük hükümlerini uygulayarak, boşanmaya karar vermek zorunda olmadığı hükmü yer almaktadır¹⁵⁶.

Tüzüğün 13. maddesinde, boşanma davasında evlenmenin geçerliliğinin ön sorun olarak ortaya çıkması durumunda ön soruna uygulanacak hukuka dair kanunlar ihtilâfı kuralı getirilmemiştir. Burada, ön soruna *lex fori*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması ve bu hukuk kurallarına göre evlenmenin geçerli bulunmaması durumunda, boşanmaya karar verme zorunluluğunun bulunmadığı hükmü getirilmiştir. Buradan, ön soruna *lex fori*'nin maddî hukuk kurallarının da uygulanabileceği sonucuna varılabilir; ancak, Roma III Tüzüğünde ön soruna uygulanacak bir kanunlar ihtilâfı kuralı getirilmediği açıktır.

Son olarak, Tüzüğün dibacesinde, bağlama noktasının vatandaşlık olarak kabul edildiği hâllerde, vatandaşlığa ilişkin sorunların çözümünün, AB'nin genel ilkeleri gözetilerek, milletlerarası sözleşmeler de dahil olmak üzere, uluslararası hukuka tâbi olduğu belirtilmiştir (par.22).

¹⁵² Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, O.J. L 343/10 29.12.2010.

¹⁵³ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, G., "Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması", AÜHFD, 61(2), Yıl:2012, (Roma III Tüzüğü), s.505; TÛTÛNCÛBAŐI, U., "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma III Tüzüğü (AB 1259/2010)", Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ed.ÖZKAN, I/SÛRAL,C./TÛTÛNCÛBAŐI,U, Ankara 2016, s.428.

¹⁵⁴ TÛTÛNCÛBAŐI, s.436.

¹⁵⁵ Üye Devletlerden Malta'nın da boşanmayı kabul etmesiyle birlikte boşanmanın düzenlenmemiş olduğu üye devlet günümüzde bulunmamaktadır; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Roma III Tüzüğü, s.534.

¹⁵⁶ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Roma III Tüzüğü, s.519 (dn.46).

5. Mirasa İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmi Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Tüzük

Mirasa ilişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmi Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Tüzük, 4 Temmuz 2012 tarihinde kabul edilmiştir¹⁵⁷. Tüzük, mirasa dair ölüme bağlı tasarruflar, ölüm nedeniyle malvarlığının, hakların ve borçların devrinin bütün şekillerini kapsayarak mirasın özel hukuka ilişkin her türlü veçhesini kapsamaktadır.

Tüzüğün dibacesinde, bu Tüzüğün uygulama alanına giren hâllerde, ilgilinin vatandaşlığı ya da çok vatandaşlığının tayininin ön sorun olarak ortaya çıkması durumunda, ilgili kişinin vatandaşlığının tespitinin, Tüzüğün kapsamı dışında bırakıldığı, bu konunun AB'nin genel ilkeleri gözetilerek, milletlerarası sözleşmeler de dahil olmak üzere uluslararası hukuka tâbi olduğu belirtilmiştir (par.41)¹⁵⁸.

SONUÇ

Kanunlar ihtilâfı hukukunun uygulama alanına giren bir olayda, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilen maddî hukuka göre çözüm bekleyen sorun, “asıl/esas mesele”dir. Bununla birlikte, bazı uyumsuzluklarda, kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulama alanı bulduğu bir olayda, esas sorun hakkında verilecek kararı doğrudan etkileyen, esas sorundan daha önce meydana gelmiş olan ve asıl sorunun çözümü için öncelikli olarak karara varılması gereken, esas sorun hakkında verilecek kararı etkileyecek olan sorunlara “ön sorun” denilmektedir.

2675 sayılı Kanun'da olduğu gibi, 5718 sayılı Kanun'da da ön soruna uygulanacak hukuku tayin eden bir kural bulunmamaktadır. Ön sorun, pek çok hukukî ilişki ya da hukukî statü bakımından ortaya çıkabilir. Daha çok evliliğin geçerliliği, boşanma, evlât edinme, çocuğun soybağının kurulması gibi aile hukuku alanında ön sorunla karşılaşıldığı görülmektedir.

Bir sorunun gerçek bir ön sorun olarak kabul edilebilmesi için *forum'un* kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre esas soruna uygulanacak yabancı bir hukuk bulunmalı; *forum'un* kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları, ön sorun

¹⁵⁷ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, O.J. L 201/107, 27.7.2012.

¹⁵⁸ BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, “Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m.4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX, Yıl:2015, S. 1, s.122.

için esas sorundan farklı bir ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanmasını öngörüyor olmalı ve *forum*'un kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları ile esas soruna uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları aynı ön sorun için farklı maddî sonuçlar yaratacak olmalıdır.

Zaman zaman ön sorun ile karıştırılan hukukî müesseseler de bulunmaktadır. Ön sorun, esas sorunun kısımları olmadığı gibi, esas sorunun “ön koşulları” da değildir. Ayrıca ön sorun ikinci derecede vasıflandırmadan ve atıf teorisinden de farklı özelliklere sahiptir.

Ön sorunu çözmekle karşı karşıya kalan *for* hâkimine, ön soruna uygulayacağı hukuka dair pek çok çözüm önerisi getirilebilir. Ön soruna, *forum*'un kanunlar ihtilâfî kuralları ya da *forum*'un maddî hukuk kuralları uygulanabilir. Diğer yandan *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî kuralları ya da *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması önerilebilir. Eğer atıf kabul ediliyorsa, gönderilen ülkenin kanunlar ihtilâfî kuralları ya da gönderilen ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olabilir.

Kanaatimizce, ön sorunun çözümü için önerilen metodlar incelendiğinde, *lex causae* yanlısı yaklaşımın daha fazla dayanağı bulunmaktadır. Bununla birlikte, örnek olaylarda görülmektedir ki her olayda sadece *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının uygulanacağını benimsemek, milletlerarası karar uyumunu sağlamada yetersiz kalacaktır. Önerimiz, ön soruna, *lex causae* odaklı yaklaşmaktır. Ancak *lex causae*'de, ön sorun, o hukuk düzeninin maddî hukuk kurallarına göre çözülmekte ise davayı görmekte olan hâkim de *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarını uygulayarak ön sorunu çözmelidir. Eğer ön sorunun çözümü için *lex causae*'de o yabancı hukuk düzeninin, kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının uygulanması benimsenmiş ise; uyuşmazlığın ön sorun olarak görüldüğü mahkemede de *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî kurallarına göre ön sorunun çözümüne gidilmelidir. Böylece milletlerarası karar uyumuna bir nebze daha yaklaşmak mümkün olabilir.

Ön soruna prensip olarak yaklaşımımız bu olmakla birlikte, her zaman sadece *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları ya da *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları uygulanmalıdır gibi *a priori* bir yaklaşım söz konusu olmamalıdır. *Lex causae* odaklı çözüm önerileri, en sıkı irtibatlı hukuku işaret edebildiği için savunulmaktadır. Bununla birlikte, *lex fori* ile maddî bağlantısı olan bir ön sorun, *lex fori* odaklı bir yaklaşımla da çözülebilir¹⁵⁹. Ön sorunu *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarına çözümleninin önerilmesi bu noktada, hâkimin, kendi hukukuna bağlı olmasından değil; hâkimin, vicdanî kanaate aykırı olamamasından kaynaklanmaktadır¹⁶⁰. Katıldığımız görüşe göre,

¹⁵⁹ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.112.

¹⁶⁰ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.112.

ancak adalet ve elverişlilik değerlendirmesi kapsamında, sonuç- seçiciliğin (*result-selectivity*) etkisiyle¹⁶¹, her bir olayda farklı bir çözümün benimsenmesi söz konusu olabilir¹⁶². O hâlde her bir ön sorunda, onun ağırlık merkezi, olayın özellikleri, tarafların menfaati ve esas sorunun niteliğine bakılmalı, davayı görmekte olan mahkeme ile olan yakınlık daha fazla ise iç karar uyumu adına *lex forist* yaklaşım ya da davanın görüldüğü mahkeme ile olan yakınlık kuvvetli değilse *lex causeist* yaklaşım tercih edilmelidir¹⁶³.

Tarafların makul ya da meşru beklentilerinin korunmasını sağlayacak ilkelerin dikkate alınması kadar hangi metodun seçileceğinde, uluslararası özel hukuk ilişkilerinde gerek duyulan tanınabilirlik de etkili olmalıdır¹⁶⁴. Diğer yandan, iç karar uyumunun bozulmasına karşı hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından farklı metodların benimsenmesi mümkündür¹⁶⁵. Ön sorunun çözümünde, *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması yerine *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulanabilmesi için, somut olayda, milletlerarası özel hukuk adaleti anlamında¹⁶⁶, korunmaya değer bir menfaatin bulunması gerekir.

Son olarak, irade muhtariyetinin kabul edildiği alanlarda ön sorunun çözümünde, tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminde, bu seçilen hukukun, olası bir ön soruna da uygulanması açıkça belirtilmiş ise; ön soruna, tarafların seçtikleri hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanacağı söylenebilir. Eğer ön sorun, esas sorun olsa idi tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri bir alan ise bu yaklaşım benimsenebilir. Ön sorun, esas sorun olsa idi irade muhtariyetinin kabul edilmediği bir alan ise bu çözüm teorik olarak ileri sürülebilse de pratik olarak uygulanabilir olmayacaktır. Tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin ön sorunu da kapsayacağı şeklinde, açık bir düzenleme bulunmama ile birlikte, yapılan seçimden, tereddüde yer vermeyecek biçimde bu sonuç çıkarılabiliyor ise, o zaman yine ön sorun için tarafların seçmiş oldukları hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanabileceği düşünülebilir.

Ön sorun irade muhtariyeti dışında bırakılmış ise ya da ön sorun irade muhtariyetinin kabul edildiği bir alan olmakla birlikte taraf iradelerinden yapılan hukuk seçiminin, ön sorunu da kapsayacağı sonucu tereddüde yer vermeyecek şekilde çıkarılamıyor ise ön sorunun için yukarıda yaptığımız metodolojik açıklamalar bağlamında çözüm önerilerine dönmek gerekecektir.

¹⁶¹ JUENGER, s.197.

¹⁶² SCHMIDT, The Incidental Question, s.328; ANTON/BEAUMONT/McELEAVY, s.112.

¹⁶³ SCHMIDT, The Incidental Question, s.351.

¹⁶⁴ NEELS, s.687.

¹⁶⁵ SEVİĞ, s.140.

¹⁶⁶ ROBERTSON, s.18-20.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Z./DEMİR GÖKYAYLA, C., Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.
- ANTON, A.E./BEAUMONT, P.R./Mc.ELEAVY, P.E., Private International Law, Edinburg 2011.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, G., "Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması", AÜHFD, 61(2), Yıl:2012, s.505-539.
- BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, "Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m.4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX, Yıl:2015, S. 1, s.111-150.
- BERKİ, O.F./ERGÜNEY, H., Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Ankara 1963.
- BRIGGS, A., The Conflict of Laws, 2nd Ed., Oxford 2008.
- CHESHIRE, G.C., Private International Law, Oxford 1947.
- CORMACK, J., "Renvoi, Characterization, Localization and Preliminary Question in the Conflict of Laws", Southern California Law Review, Vol:XIV, 1941, No.3, s.221-275.
- CURRIE, B., Selected Essays on the Conflict of Laws, Durham 1963.
- ÇELİKEL, A./ERDEM, B.B, Milletlerarası Özel Hukuk, B.14, İstanbul 2016.
- ÇELİKEL, A./NOMER, E./GİRAY, F.K./ESEN, E., Milletlerarası Özel Hukuk, Pratik Çalışma Kitabı, B.13, İstanbul 2016.
- DOĞAN, V., Milletlerarası Özel Hukuk, B.4, Ankara 2017.
- EHRENZWEIG, A.A., Private International Law, Leyden 1967.
- EKŞİ, N., Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı, B.3, İstanbul 2016.
- FAWCETT, J./CARRUTHERS, J.M., Cheshire, North & Fawcett Private International Law, Oxford 2008.
- GOESSL, S.L., "Preliminary Questions in EU Private International Law", Journal of Private International Law, Vol:8/1, s.63-76.
- GOTLIEB, A.E., "The Incidental Question Revisited Theory and Practice in the Conflict of Laws", ICLQ, Vol.26, 1977, s.734-798.
- GÖĞER, E., "Devletler Hususî Hukuku Yönünden İkametgâh", AÜHFD, Yıl: 1969, C.26, S.3-4, s.237-252, (İkametgâh).

- GÖĞER, E, Devletler Hususî Hukuku, Ankara 1977.
- HARTLEY, T.C., "Bigamy in the Conflict of Laws", International and Comparative Law Quarterly, Vol.16, 1967, s.680-703.
- JUENGER, F.K., General Course on Private International Law, Rec. Des. Cours. Vol.193, 1985, s.131-320.
- KEGEL, G., "The Crisis of Conclict of Laws", Rec. Des. Cours. Vol:112, 1964/2, s.1-263.
- MORRIS, J.H.C., Dicey and Morris on Conflict of Laws, London 1967.
- NOMER, E., "Devletler Hususi Hukukunda Ön Mesele" İÜHFM, C.XXVII, S.1-4, İstanbul 1961, s.340-357, (Ön Mesele).
- NOMER, E., Devletler Hususî Hukuku, B.22, İstanbul 2017.
- NOMER, Ergin/ÇELİKEL, Aysel, Devletler Hususî Hukuku, Örnek Olaylar Mahkeme Kararları, B.7, İstanbul 2001.
- NEELS, J.L., "External Public Policy, the Incidental Question Properly So-called and the Recognition of Foreign Divorce Orders", Journal of South African Law, 2010, s.671-680.
- REESE, W.L.M., "Choice of Law: Rules of Approach", Cornell Law Review, Vol:57, No.3, 1972, s.315-334.
- ROBERTSON, A.H., Characterization in the Conflict of Laws, Cambridge 1940.
- SCHMIDT, T.S., "The Preliminary Question and the Question of Substitution in Conflict of Laws", 12, Scand. St. L., 1968, s.92-119, (The Preliminary Question).
- SCMIDT, T.S., "The Incidental Question in Private International Law, Rec. Des. Cours, Vol. 233; 1993-1992, s.305-416, (The Incidental Question).
- SEVİĞ, V.R., "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı", MHB, C.2, S.1-2, 1982, s., 14-16, (Ön Sorun).
- SEVİĞ, V.R., Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), İstanbul 1971.
- SİRMEN, K.S., "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi", AÜHFD, C.58, S.4, Yıl:2009, s.826-879.
- ŞANLI, C./ESEN, E./ATMAN-FİGANMEŞE, İ., Milletlerarası Özel Hukuk, B.5, İstanbul 2016.

ŞENSÖZ, Ebru, “27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:8, S.16, Güz 2009, s.173-211.

TEKİNALP, G./UYANIK, A., Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, B.12, İstanbul 2012.

TÜTÜNCÜBAŞI, U., “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma III Tüzüğü (AB 1259/2010), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ed.ÖZKAN, I/ SÜRAL,C./TÜTÜNCÜBAŞI,U., Ankara 2016, s.428-454.

YASAN, C., Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsten Kişilerin Birliktelikleri, İstanbul 2013.

WOLFF, M., Private International Law, Oxford 1950.

KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VERME SUÇUNUN İCRA CEZA MAHKEMESİNDE YAPILACAK OLAN YARGILAMASI HAKKINDA BİR İNCELEME

An Analysis Of The Criminal Court Of Enforcement Trials On The Issuance Of Dishonoured Cheques

Yrd. Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK¹ - Yrd. Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ²

Geliş Tarihi: 08.06.2017

Kabul Tarihi: 07.12.2017

ÖZET

6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5941 sayılı Çek Kanunu' nda bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet vermenin yeniden bir suç olarak tanımlanarak buna sebebiyet veren hakkında adli para cezasına hükmedilmesidir. Bu suçun yargılaması ise icra ceza mahkemelerinde gerçekleştirilecektir. Kanun koyucu, bu düzenlemeler ile çeki ticari hayatta daha etkin kılmayı ve yargılamayı da hızlandırmayı hedeflemiştir.

Bu makalede öncelikle karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu kısaca incelenecektir. Bu anlamda adli para cezasının niteliği, infazının nasıl yapılacağı ile bu cezanın anayasa hukuku açısından sıkıntılı noktalarının olup olmadığı ve bu suçun bir icra suçu olup olmadığına bakılmaya çalışılacaktır. Daha sonra ise icra ceza mahkemesinde yapılacak olan yargılamanın özellikleri incelenecektir. Bu çerçevede yetkili mahkeme, şikâyet hakkına kimin sahip olduğu, yargılama usulü, kanun yolları ve icra ceza mahkemesinin göreve başlama tarihi özel olarak incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: 5941 sayılı Çek Kanunu, Karşılıksız çek, İcra ve İflas Kanunu m. 349, İcra ceza mahkemesi, Adli para cezası

ABSTRACT

With the Law No. 6728, some amendments were made in the Check Law No. 5941. The most important of these changes is the reinstatement of the judicial monetary penalty as a sanction for no provision of a check. The prosecution of this crime will be carried out in Executive Criminal Court. With these regulations, the legislator aimed to make the check more effective in commercial life and accelerate the trial.

First of all, this article will briefly examine the crime of non-payment checks. In this sense, the nature of the judicial penalty will be examined to see how the execution will be conducted and whether this penalty is in line with the Constitution. Afterwards, the characteristics of the trial examined. In this framework, the competent court, the trial procedure, the remedies, and the start date of the referral court will be tried to be examined privately.

Keywords: Cheque Law No: 5941, Dishonoured cheques, Execution and Bankruptcy Law article no: 349, Executive criminal court, judicial monetary penalty.

¹ Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, hknalbayrak@hotmail.com.

² Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, bozdaghukuk@gmail.com.

GİRİŞ

Karşılıksız çek keşide etmenin başlı başına ayrı bir suç oluşturması ve cezalandırılması görüşü çeşitli tasarımlarda benimsenmiş ve nihayet 03.04.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3167 sayılı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun” ile “karşılıksız çek keşide etme” özel bir suç tipi olarak kanunlaşmıştır. Daha sonra 2003 yılında 4814 sayılı Kanun ile 3167 sayılı Kanun’ da önemli değişiklikler yapılmıştır³. 4814 sayılı Kanun’ da karşılıksız çekte hapis cezası kısmen kaldırılarak sadece karşılıksız çek suçunu tekrar edenlere hapis cezası verileceği öngörülmüştür. Ayrıca ilk defa güvenlik tedbiri olarak “çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı” yaptırımına da yer verilmiştir. Daha sonra 14.12.2009 tarihli 5941 sayılı Çek Kanunu ile 3167 sayılı Kanun tamamen yürürlükten kaldırılmıştır⁴. 5941 sayılı Kanun’ da ayrıca karşılıksız çek keşide etme suçu “karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme” suçu olarak düzenlenmiştir⁵. Ancak 31.1.2012 tarihinde 6273 sayılı Kanun ile Çek Kanunu’ nda değişiklik yapılarak “karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme fiili suç olmaktan çıkarılmıştır⁶. İşte 09.08.2016 tarihli 6728 Sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun⁷ ile 5941 sayılı Çek Kanunu’ nda yapılan değişiklikler neticesinde artık “karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu” için yeniden sadece adli para cezası içeren bir yaptırımla karşılaşılacaktır.

Karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçuna yönelik olarak verilecek olan bu adli para cezasında görevli mahkeme artık icra ceza mahkemeleri olacaktır. İşte inceleme konumuz, artık icra ceza mahkemelerinde görülecek olan bu “karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu” yargılamasının göstermiş olduğu özellikler olacaktır.

I. GENEL OLARAK “KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VERME SUÇU”

Karşılığı bulunmayan çeker karşı hukuki yaptırımlar, bu yaptırımlara başvurma usulü ve talep edilebilecekler TTK’ da genel olarak düzenlenmiştir. Karşılığı bulunmayan çeker karşı cezai yaptırımlar ise hukukumuzda zamana göre farklı düzenlemelere tabi olmuştur⁸. Çekin ekonomik hayattaki önemi dolayısı

³ RG. 8.3.2003, S. 25042.

⁴ RG. 20.12.2009, S. 27438.

⁵ Doktrinde Özgenç, özellikle “karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu” tabirini kullanmaktadır, Bkz., **ÖZGENÇ**, İzzet: Çek Kanunu, Ankara 2017, s. 6.

⁶ RG. 3.2.2012, S. 28193 (mükerrer).

⁷ RG. 9.8.2016, S. 29796.

⁸ **DÖNMEZER**, Sulhi: Karşılıksız Çek, İHFM 1977, C.XLIII (C. 43), S.1-4, s. 307, (İnternet Erişim Adresi; <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004424>); **HACIOĞLU**, Caner: “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir

ile hem alacaklıların haklarını korumak hem de ekonomik hayatın aksamasını önlemek amacıyla bu husus, özel yaptırımlara bağlanmak istenmiştir⁹. Karşılıksız çek keşide etme suçu konusunda iki temel yaklaşım mevcuttur¹⁰. İlk yaklaşım, karşılıksız çek keşide etmeyi dolandırıcılık suçunun kapsamı içerisinde ele almaktır¹¹. Nitekim hukukumuzda ilk olarak bu yaklaşım kabul edilmiştir. 1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun' a kadar karşılıksız çek keşide etme eylemi, ceza hukuku mevzuatımızda suç olarak düzenlenmemiş, bu konuda özel bir düzenleme de yapılmamıştır¹². Türk Hukukunda benimsenen bu birinci yaklaşım, dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşumundaki zorlukların karşılıksız çek keşide etmeyi yaptırımsız bıraktığı, bunun da karşılıksız çek keşide etmeyi arttırdığı, ticari hayatta çeke olan güveni azalttığı gerekçeleriyle, çeki ilişkin özel bir düzenleme yapılması ihtiyacı doğduğu savunularak bırakılmıştır¹³. İkinci yaklaşım ise, karşılıksız çek keşide etmeyi özel hükümlerle cezalandırmayı kabul eden yaklaşımdır¹⁴. 3167 sayılı Kanun' un kabulü ile birlikte artık Türk Hukukunda ikinci yaklaşım kabul edilerek, karşılıksız çek keşide etme, özel bir kanunla dolandırıcılık suçundan ayrı olarak, özel bir suç tipi şeklinde cezai ve idari yaptırımlara bağlanmıştır. Bu şekilde, çekin karşılığının bulunmaması sebebiyle keşidecinin hapis tehdidi altında olmasıyla

İnceleme", AÜEHFD, C. VII, S.1-2, Haziran 2003, s. 131, (İnternet Erişim Adresi; http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergisi/makale/2003_VII_7.pdf).

⁹ **YILDIRIM**, Zeki/ **ÇETİNTÜRK**, Ekrem: "İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksız İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu", TBB Dergisi, Yıl 2012, Sayı 103, s. 27- 84, s. 30, (İnternet Erişim Adresi; <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-103-1227>).

¹⁰ **DÖNMEZER**, s. 306; **HACIOĞLU**, s. 130; **KAYANÇİÇEK**, Murat: "5941 sayılı Çek Kanunu'na İlişkin Eleştiriler ve Değişiklik Önerileri (Uygulama ve Doktrin)", TAAAD, Cilt:1, Yıl:3, Sayı:8, s. 261-292, s. 264, (20 Ocak 2012) (İnternet Erişim Adresi; www.taa.gov.tr/.../5941-sayili-cek-kanununa-iliskin-elestiriler-ve-degisiklik-onerileri-).

¹¹ **DÖNMEZER**, s. 306; **KILÇIK**, Sevcan: 5941 Sayılı Çek Kanunu ve 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Çerçevesinde Çek Hamillerinin Korunması, Gaziantep Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 54.

¹² Karşılıksız çekle ilgili özel bir düzenlemenin bulunmaması, Türk Ticaret Kanunu' nun ilgili maddeyle ilgili Türkiye Büyük Millet Meclisi' ndeki görüşmeleri sırasında gündeme gelmiştir. Yapılan tartışmalar neticesinde "karşılıksız çek keşide etme" eyleminin yaptırıma bağlanmasına ilişkin özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı zira eylemin, o gün yürürlükte bulunan mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu' nda düzenlenen "Dolandırıcılık" suçunun unsurları kapsamında kalması halinde cezalandırılabilceği değerlendirilmiştir (**DÖNMEZER**, s. 306, 314; **HACIOĞLU**, s. 131 **YILDIRIM/ ÇETİNTÜRK**, s. 30), **HELVACI**, Mehmet: "Çek Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", BATIDER, C. XXV, S. 4, Y. 2009, s. 229-251, s. 232.

¹³ **YILDIRIM/ ÇETİNTÜRK**, s. 31, **CANBOLAT**, Selahattin, "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki 3167 Sayılı Kanun İle İlgili Bir İnceleme" ; Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1985, Sayı 2, s. 258.

¹⁴ **DÖNMEZER**, s. 307, **HACIOĞLU**, s. 131.

alacakların tahsili konusunda daha çok güven yaratması hedeflenmiştir¹⁵.

3167 sayılı Kanun' un uygulanması sonucunda yaptırımların ağır olmasından dolayı sorunlara yol açması nedeniyle ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin 4 nolu Ek Protokolü' nün m. 1 hükmü çerçevesinde Anayasa m. 38' e eklenen "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz." hükmü ile "ekonomik suça ekonomik ceza" ilkesinin hayata geçirilmesi amacıyla, 4814 Sayılı Kanun ile önemli değişiklikler yapılmıştır¹⁶. 4814 sayılı kanun ile karşılıksız çeke ilişkin yaptırımda önemli bir değişiklik yoluna gidilerek, ilk kez karşılıksız çek keşide eden kişiler bakımından hapis cezası yerine, çekin üzerindeki bedeli kadar adli para cezası (ağır para cezası) verilmesi, ancak ekonomik hayattaki çekin itibarını sarsmamak amacıyla, bu eylemi tekrar gerçekleştirenler açısından hapis cezası verilmesi düzenlenmiştir¹⁷. Ayrıca suçun soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin özel hükümler getirilmiştir¹⁸.

20.12.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5941 sayılı Çek Kanunu ile 3167 sayılı Kanun tamamen yürürlükten kaldırılarak yeni bir kanun düzenlenmiştir¹⁹. Bu Kanun' da 3167 sayılı Kanun' dan farklı olarak karşılıksız çek keşide etme suçu için "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu" tabiri kullanılmıştır²⁰. 5941 sayılı Kanun döneminde de adli para cezası yaptırımına devam edilmekle birlikte, karşılıksız çek keşide eden açısından çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı yaptırımı da getirilmiştir²¹.

6273 sayılı Çek Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5941 Sayılı Çek Kanunu' nda tekrar bir değişiklik yoluna gidilmiştir. Bu sefer de 5941

¹⁵ **SANCAR**, Türkân: "Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında 'Ekonomik Suça Ekonomik Ceza' Söylemi", Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 2002, s. 22.

¹⁶ **REİSOĞLU**, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, Ankara 2003, s. 411; **ÇETİNER**, Ufuk: "Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebepiyetle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2002/1, s.173-181, s.181, (İnternet Erişim Adresi; <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2002-1/6.pdf>) ; **HELVACI**, s. 231.

¹⁷ **HELVACI**, s. 232; **HACIOĞLU**, s. 132; **YILDIRIM/ ÇETİNTÜRK**, s. 36.

¹⁸ **HACIOĞLU**, s. 132.

¹⁹ **REİSOĞLU**, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011, s. 34.

²⁰ Çek Kanunu' nda "sebepiyet verme" ibaresi özellikle uygulayıcıların hafızalarına uzun yıllar boyunca kazınmış eski TCK' nın m. 455' teki "tedbirsizlik ve dikkatsizlikle yaralamaya sebepiyet verme" ibaresi ile olan benzerliği nedeniyle bu suçun da taksirle işlenebileceği şeklinde yanlış algılamalara neden olmaktadır. TCK' da "sebepiyet verme" ifadesini içeren suç tiplerine yer verilmiştir. Bu tip suçlar ancak kasten işlenebilecek suçlar oldukları hususunda tereddüt edilmemelidir. Karşılıksız çek suçunun da ancak bilerek ve istenerek yani "kast" ile işlenebileceğinden şüphe edilmemesi gerekir (**KAYANÇİÇEK**, s. 277).

²¹ **YILDIRIM/ ÇETİNTÜRK**, s. 37; **KILÇIK**, s. 63.

sayılı Kanun' daki karşılıksız çek keşide etme suçunun yaptırım bakımından uygulamada adli para cezasının hapis cezasına dönüşerek infaz edilmesi durumu kaldırılmak suretiyle tamamen idari yaptırım sistemi benimsenmiştir. Buna göre, bu kanun döneminde de cumhuriyet savcısı tarafından uygulanacak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklinde karşılıksız çek keşide etmenin yaptırımı belirlenmiştir²².

6273 sayılı Kanun ile hapis cezası uygulamasının tamamen son bulması nedeniyle, ekonomide karşılıksız çek oranının arttığı, çek kullanımının azaldığı ve çekin ekonomideki itibarının sarsıldığı iddiasıyla, 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu" yeniden düzenlenmiştir. Kanun koyucu, bu düzenlemeler ile karşılıksız çek suçunu yeniden düzenlemeyi, cezasını daha etkin kılmayı ve yargılamayı da hızlandırmayı hedeflemiştir²³.

II. 6728 SAYILI KANUN İLE 5941 SAYILI KANUN' DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER NETİCESİNDE KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VERME SUÇUNUN YAPTIRIMLARI

A. Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı

Çek Kanunu m. 5' e göre; mahkeme, adli para cezası ile birlikte, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına, bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, hükümlerle birlikte verilebileceği gibi, yargılama sırasında da resen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilebilir.

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, çek hesabı sahibinin gerçek kişi olması durumunda bu kişiye, tüzel kişi olması halinde bu tüzel kişi adına çek keşide edenlere ve son olarak karşılıksız çekin sermaye şirketi adına düzenlenmesi durumunda ise, yönetim organı ile ticaret siciline tescil edilen şirket yetkilileri hakkında uygulanır. Haklarında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilenler, yasaklılıkları süresince sermaye şirketlerinin yönetim organlarında görev alamazlar. Ancak, hakkında yasaklama kararı verilen kişilerin mevcut organ üyelikleri görev sürelerinin sonuna kadar devam eder.

²² YILDIRIM/ ÇETİNTÜRK, s. 38.

²³ ŞEN, Ersan: "Yeni Çek Kanunu ve Anayasaya Aykırılık Sorunu", (İnternet Erişim Adresi; <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2038785-yeni-cek-kanunu-ve-anayasaya-aykirlilik-sorunu>, E.T.: 23.02.2017).

Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilen kişiye Çek Kanunu m. 5/5' e göre, herhangi bir adres değişikliği bildiriminde bulunulmadığı sürece ilgilinin çek hesabı açtırırken bildirdiği adrese Tebligat Kanunu m. 35' e göre derhal tebligat çıkarılır. Adresin bankaya yanlış bildirilmesi veya fiilen terkedilmiş olması hâlinde de tebligat yapılmış sayılır. Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi, elindeki bütün çek yapraklarını ait olduğu bankalara, kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on gün içinde, düzenlemiş olduğu ve henüz karşılığı tahsil edilmemiş olan çekleri, düzenleme tarihlerini, miktarlarını ve varsa lehtarlarını da göstermek suretiyle, muhatap bankaya liste hâlinde iade etmekle yükümlüdür. Bu kişi adına yeni bir çek hesabı açılmaz (Çek Kanunu m. 5/6-7) . Hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı olan kişi Çek Kanunu m. 6/3' e göre, *“mahkûm olduğu cezanın tamamen infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde yasağın konulduğu tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, hükmü veren mahkemeden çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasını isteyebilir”*.

B. Adli Para Cezası

6273 sayılı Çek Kanunu' nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile hapis cezası yolunun tamamen kapatılması ve sadece idari yaptırım uygulanmasının ticari hayat üzerinde olumsuz etkileri olduğu düşüncesi üzerine, 6728 sayılı Kanun ile getirilen önemli değişiklikler neticesinde adli para cezası uygulaması yeniden getirilmiştir. Değişiklik neticesinde Çek Kanunu m. 5' e göre; *“Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak **“karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur”***.

Belirlenecek bir gün karşılığı adli para cezası miktarı TCK m. 52/2' ye göre kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olarak takdir edilir²⁴. Ancak, hükmedilecek

²⁴ **Türk Ceza Kanunu' nun “Adli Para Cezası” başlıklı m. 52 şu şekildedir;** (1) Adli para cezası, beş günden az ve Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. (2) En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir. (3) Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir. (4) Hâkim, ekonomik ve şahsî hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yıllık geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi

adli para cezası belirlenirken, Anayasa Mahkemesi' nin iptal kararından önce, Çek Kanunu m. 5' e göre çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanun' a göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından az olmaması gerekmektedir. Ancak ilerde bahsedeceğimiz üzere Anayasa Mahkemesi' nin vermiş olduğu iptal kararı ile birlikte Çek Kanunu' nun 5. maddesinin ikinci cümlesi "*Ancak, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, (...) az olamaz.*" şeklinde olmuştur²⁵.

TCK m. 52/4' e göre; hâkimin, hükümlü keşidecinin ekonomik ve şahsî hâllerini göz önünde bulundurarak, adlî para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler hâlinde ödenmesine de karar verebilme imkânı bulunmaktadır. Ancak taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Ayrıca adli para cezasına hükmedilmesine yönelik kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adlî para cezasının hapis cezasına çevrileceği belirtilir. TCK kapsamında diğer suçlar açısından verilen adli para cezalarında, bu cezanın ödenmemesi halinde kamuya yararlı işte çalışma imkânı tanınırken, karşılıksız çek keşide etme suçunda buna yer verilmemiştir.

Karşılıksız kalan çek bedelini, temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişinin yargılama aşamasında ödeme yapması halinde davanın düşmesine, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra ödemesi halinde hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilir (Çek Kanunu m. 6/1)²⁶. Şikâyetten vazgeçme durumunda da aynı şekilde yargılama esnasında davanın düşmesine, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilir (Çek Kanunu m. 6/2).

C. Hapis Cezası

1. Genel Olarak Hapis Cezası

6728 sayılı Kanun ile aslında doğrudan hapis cezası getirilmemiştir. Daha önce sadece idari yaptırım olarak uygulanan çek hesabı açma ve çek düzenleme

halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.

²⁵ Kararın ayrıntıları için bkz. Anayasa Mahkemesi, 26/07/2017, E. 2016/191, K. 2017/131. (T.C. Resmî Gazete, Sayı: 30206, Tarih; 10 Ekim 2017).

²⁶ Dikkat edilirse Çek Kanunu' nun 5. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin iptal edilmesine rağmen 6. maddesinin birinci fıkrası iptal edilmemiştir. Bu ise daha en baştan maddeler arasında bir uyumsuzluğa neden olmuş ve kanun koyucunun bu madde ile amaçladığı şeyin gerçekleşmesine engel olacak mahiyet almıştır.

yaşığı yaptırımına ek olarak adli para cezası yaptırımı öngörülmüştür. Bunun sonucu olarak da TCK m. 52/4' e göre ödenmeyen adli para cezası hapis cezasına çevrilmektedir. Dolayısıyla aslında kişi hakkında doğrudan hapis cezasına hükmedilmemektedir. Hükmedilen adli para cezasının öngörülen usulde ödenmemesi üzerine, bu adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesi söz konusudur.

Adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesi usulü ise 5275 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun” hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır. 5275 sayılı Kanun’ un Adli Para Cezasının İnfazı başlıklı 106/1. maddesinde adli para cezasının tanımı TCK m. 52 çerçevesinde yeniden yapılmaktadır. Buna göre adli para cezası; TCK’ nın m. 52/1’ de belirtilen usule göre tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, bunun tahsilinin nasıl gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Buna göre, adli para cezasını içeren ilam Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Cumhuriyet savcısı otuz gün içinde adli para cezasının ödenmesi için hükümlüye 5275 sayılı Kanun m. 20’ ye göre bir ödeme emri tebliğ eder. İşte aynı maddenin üçüncü fıkrası, adli para cezasının ödenmemesi üzerine hapis cezasına dönüşme usulünün nasıl yapılacağını içermektedir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’ un m. 106/3 hükmü şu şekildedir; “*Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir*”. İşte bu hükme göre yapılması gereken, “*adli para cezasının kamuya yararlı bir işte çalışılması suretiyle infaz edilebilmesi kısmı*”, Çek Kanunu’ na eklenen yeni bir hüküm ile kaldırılmıştır. 6728 sayılı Kanun ile değişen 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/11’ de , “*Birinci fıkra uyarınca verilen adli para cezalarının ödenmemesi durumunda, bu ceza, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’ un 106’ ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilir*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu adli para cezasının hapis cezasına dönüşmesinde hükümlünün cezasını kamuya yararlı bir işte çalışarak çekmesini istememiştir. Çekin itibari değerinin zayıflaması ve ekonomi piyasasının karşılıksız çek nedeniyle sıkıntı yaşamasından dolayı bu denli ağır yaptırımlar öngörülmektedir.

Adli para cezasının hapse çevrileceği mahkeme ilamında yazılı olmasa bile adli para cezasının hapis cezasına dönüşmesi Cumhuriyet Başsavcılığınca uygulanır (5275 s. Kanun m. 106/5). Adli para cezası yerine çektilen hapis cezası süresi üç yılı geçemez. Birden fazla hüküm halinde bu adli para cezalarına mahkûmiyet süresi beş yılı geçemez (5275 s. Kanun m. 106/7). Hükümlü, hapis yattığı (veya kamuya yararlı işte çalıştığı günlerin dışındaki) günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkartılır veya kamuya yararlı işte çalıştırılma sona erer (5275 s. Kanun m. 106/8). Adli para cezasından çevrilen hapis cezasının infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapis cezasına çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır²⁷ (5275 s. Kanun m. 106/9).

Çek Kanunu m. 5/10' a göre karşılıksız çek keşide etme suçu nedeniyle verilen hüküm, ön ödeme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlere tâbi olmaması sebebiyle, ödenmeyen adli para cezasına ilişkin olan kişinin hapis cezasının infazından başka şansı kalmamaktadır.

Çek Kanunu m. 5/10' a göre karşılıksız çek keşide etme suçu nedeniyle verilen adli para cezası ve bu adli para cezasının ödenmemesinden dolayı dönüştürülen hapis cezası, ceza hukuku anlamında suç için öngörülen bir yaptırımdır²⁸. Ancak hükmedilen bu cezanın infaz şekli incelendiğinde, infaz şekli ve sonuçları yönünden tazyik hapsinin bazı özelliklerini de gösterdiği görülmektedir. Çünkü Çek Kanunu m. 6' ya göre; "Karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanun' a göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında, a) Yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine, b) Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına, karar verilir." hükmü tazyik hapsinin özelliği olan borcun ödenmesi halinde cezanın ortadan kaldırılması ilkesine uygundur²⁹.

2. Bu Cezanın Bir İcra Suçu Olup Olmadığının İncelenmesi

6728 sayılı Kanun ile değiştirilen 5941 sayılı Çek Kanunu' nda düzenlenen "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu" için öngörülen adli para cezası bir icra suçu mudur? İcra suçları kural olarak İcra ve İflas Kanunu' nda düzenlenen suçlardır. İcra takibinden önce veya icra takibi işlemleri sırasında ya da icra takibinden sonra borçlunun, icra takibine ilişkin yükümlülüklerine

²⁷ ARTUK, Emin/ GÖKCEN, Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 856.

²⁸ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 609-610.

²⁹ ARTUK, Emin/ GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 879.

aykırı olan ve hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezası yaptırımına bağlanan birtakım kötü niyetli fiilleri icra suçu kavramını ifade etmektedir³⁰. Bir başka tanıma göre de, icra suçu, 'ilk' da öngörülen ve hapis, disiplin hapsi, tazyik hapsi veya adli para cezasını gerektiren icrai veya pasif nitelikteki kasıtlı hareketle işlenebilen suça denir³¹. Bir başka tanıma göre ise, icra suçu, icra takibinde alacaklının alacağını almasını engellemek amacıyla borçlu ya da ona yardım eden üçüncü şahısların kendilerine yüklenen yükümlülüklerle aykırı davranmak suretiyle işlediği suça denir³². **Bu tanımlamalar çerçevesinde 5941 sayılı Çek Kanunu' nda düzenlenen "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu" ile ilgili uygulanacak olan adli para cezası gerektiren suç, nitelik olarak aslında bir icra ve iflas suçu değildir.** İcra ve İflas Kanunu' nda düzenlenmeyişi ve bir takibe de dayanmaması nedeniyle icra ve iflas suçu olarak nitelendirilemez. Ayrıca alacaklının karşılıksız çıkan çek nedeniyle alacağını alıp alamadığı dahi henüz belli değildir. Çünkü henüz yapılmış olan bir icra takibi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle yapılmış bir icra takibinin olmayışı nedeniyle borçlunun malvarlığı değerlerine yönelik olarak henüz bir haciz uygulaması başlatılmamıştır. Bu nedenlerle "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu" bir icra ve iflas suçu değildir.

Kanun koyucu, buna rağmen yargılamanın hızlı yapılması gerekçesi ile "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu" yargılamasında icra mahkemelerini görevlendirmiş ve bu suçtan dolayı açılan davalara İcra ve İflas Kanunu' nun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353. üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağına hükmetmiştir. Zaten inceleme konumuz da bu yargılamanın göstermiş olduğu özellikler olacaktır.

III. ÇEK KANUNU MADDE 5'DE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİALARI AÇISINDAN KISA BİR DEĞERLENDİRİLMESİ

Çek Kanunu' nun 5. maddesinin çeşitli yönlerden anayasaya aykırı olduğu iddiaları ileri sürülebilir. Bu iddialar ile ilgili kısa bir inceleme yapılmaya çalışılacaktır. Ancak incelememiz makale konusu ile sınırlı bir şekilde yapılacaktır. Özellikle Anayasa Mahkemesi' nin 26/07/2017, E. 2016/191, K. 2017/131 tarihli kararı konumuzla alakalı bir şekilde incelenmeye çalışılacaktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi' ne Çek Kanunu' nun 5. maddesi ile ilişkin olarak yapılan bütün iptal talepleri ile ilgili bir inceleme yapılmayacak, sadece konumuzu ilgilendirdiğini düşündüğümüz hususlar ile ilgili talepler hakkında verilmiş olan kararlar incelenecektir.

³⁰ KORKUSUZ, M. Refik: İcra Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2004, s. 367.

³¹ ÇETİN, Emine Halman: İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2012, s. 1.

³² UYSAL, Mehmet: "Yeni Yasaların Işığında İcra ve İflas Suçları İle Yargılama Yöntemine Farklı Bir Bakış", İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S.3, Y.2006, s.1013-1048, s. 1023.

A. “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunun” Hapis Cezasına Dönüşmesinin Anayasa’ ya Aykırılık Teşkil Edip Etmediği Meselesi

Anayasa Mahkemesi’ ne, çekten kaynaklanan ilişkinin hukuki olarak sözleşme niteliğinde olması nedeniyle çekin karşılıksız çıkması halinde kişinin cezai yaptırıma tâbi tutulamayacağı, bunun Anayasa m. 38’ de yer alan “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.” hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle başvuruda bulunulmuştur.

Aslında bu nedene dayalı olarak, mülga 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun’ un cezaya ilişkin yaptırımı düzenleyen m. 16/1’ in, Anayasa’ nın m. 38/8’ e aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ ne başvuruda bulunulmuş ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 152 uyarınca yapılan bu başvuruyu oyçokluğu ile reddetmişti³³. Akla şu soru gelebilir, yeniden aynı sebebe dayalı olarak başvuruda bulunulması mümkün müdür? Çünkü Anayasa m. 152/4’ e göre, Anayasa Mahkemesi’ nin işin esasına girerek verdiği red kararına karşı, kararın Resmi Gazete’ de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa’ ya aykırılığı iddiasıyla başvurulamaz. Bu böyle olmakla birlikte daha önce iptali istenen kanun maddesi, mülga 3167 sayılı Kanun m. 16 ile ilgili olduğundan, “Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi” başlıklı ve Anayasa m. 152/4’ te öngörülen başvuru yasağı engeli ile de 5941 sayılı Kanun m. 5’ in Anayasa’ ya aykırılığı iddiası bakımından karşılaşılmayacaktır. Bunun sebebi başvuru Kanun maddelerinin farklı

³³ Bkz.; Anayasa Mahkemesi’ nin 11.12.2002 gün, 2002/165 E. ve 2002/195 K. sayılı kararı. Anayasa Mahkemesi’ nin ret gerekçesi şu şekildedir; “Türk Ticaret Kanunu’nda kambiyo senetleri arasında düzenlenen çek, temel ilişkide bir sözleşmenin bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, kambiyo hukukuna özgü borç doğrudan özel bir havaledir. Hatır senetlerinde olduğu gibi, taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı veya temelde yer alan sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda çek, başlı başına borç kaynağı biçiminde ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir borç için dahi çek keşide edilebilmektedir. Çeki elinde bulunduran hamil, keşideci ile lehtar arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan bir alacağı değil, doğrudan doğruya çekten doğan bir hakkı iktisap etmektedir. O halde çek ilişkisi bizzat sözleşme olmadığı gibi, çekin temelinde her zaman bir sözleşme bulunması da zorunlu değildir. Temelde bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda ise, çekte bu ilişkiden bağımsız ve sözleşme olarak nitelendirilemeyecek bir kambiyo taahhüdü söz konusudur. Borçlu, temel ilişki ne olursa olsun borcunu ödemek için çek kullandığında, asıl borç ilişkisi dışında kambiyo ilişkisi doğmaktadır. İtiraz konusu kuralın, Anayasanın 38. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için, ilişkinin yalnızca sözleşmeden doğması ve borcun yerine getirilememesi gerekmektedir. Oysa çek, temelde sözleşmeden bağımsız olarak kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir. Bu nedenle kural, Anayasanın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”

olmasıdır³⁴. Nitekim bu sorun, -çekin karşılıksız çıkması nedeniyle kişinin cezai yaptırıma tâbi tutulamaması gerektiği, bu durumun Anayasa' nın 38' inci maddesinin "hiç kimsenin yalnız bir sözleşmeden doğan yükümlülüğü yerine getirmediği için özgürlüğünden alıkonamayacağı" hükmüne aykırılık teşkil etmesi nedenine dayalı olarak- yeniden Anayasa Mahkemesi' nin önüne getirilmiş ve Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırılık iddiasını tekrar bu açıdan incelemeyi kabul etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi buna ilişkin olarak yapılan önceki başvurularda olduğu gibi yine benzer gerekçelerle anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir³⁵.

B. Çek Kanunu Madde 5/11' de Yer Alan "Adli para cezasının ödenmemesi halinde, bu ceza,... kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilir. " Hükmünün Anayasa' ya Aykırılığının İncelenmesi

6728 sayılı Kanun ile değişen 5941 sayılı Çek Kanunu' nun m. 5/11' de yer alan "*Birinci fıkra uyarınca verilen adli para cezalarının ödenmemesi durumunda, bu ceza, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun' un 106' ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilir*" hükmünün Anayasa' nın m. 10' da öngörülen eşitlik ilkesine ve m. 13' te düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılacak ölçütlere aykırı olduğunun ileri sürülebilmesi mümkün olmalıdır. **Çünkü normal bir adli para cezasına çarptırılan bir kişinin cezasının infazında kamuya yararlı bir işte çalıştırılması mümkün iken, Çek Kanunu çerçevesinde adli para cezasına çarptırılan bir kişinin cezasının infazında kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaması Anayasa m. 10' da öngörülen eşitlik ilkesine ve m. 13' te düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılacak ölçütlere aykırı olarak değerlendirilebilir.**

Aslında buna benzer bir olay Anayasa Mahkemesi' nin önüne gelmiştir. Karara konu olan olayda, disiplin hapsinin, seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme, taksiri indirim hükümleri, ön ödeme ve uzlaşma gibi ceza hukuku kurumlarının uygulanamamasının Anayasa' da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi' ne başvuruda bulunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasa' ya ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmamak şartıyla bu durumun kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olduğu, buna göre ceza hukukunun bu kurumlarının sanık veya hükümlü için bir hak olmadığı, disiplin hapsi gerektiren fiilleri işleyenler

³⁴ ŞEN, Anayasaya Aykırılık, (İnternet üzerinden olması nedeniyle sayfa bulunmamaktadır).

³⁵ Kararın ayrıntıları ve gerekçeler için bkz. Anayasa Mahkemesi, 26/07/2017, E. 2016/191, K. 2017/131. (T.C. Resmi Gazete, Sayı: 30206, Tarih; 10 Ekim 2017).

arasında herhangi bir ayırım yapılmadığı ve suç olduğu kabul edilen eylemleri işleyenlerin aynı durumda bulunmaları nedeniyle disiplin hapsi cezası için genel kurallardan ayrı olarak farklı özelliklerin öngörülmesinin Anayasa' nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir³⁶. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi 6728 sayılı Kanun ile değişen 5941 sayılı Çek Kanunu' nun m. 5/11' de yer alan "*Birinci fıkra uyarınca verilen adli para cezalarının ödenmemesi durumunda, bu ceza, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 106' ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilir*" hükmünü disiplin hapsindeki gerekçeye uygun olarak eşitlik ilkesine aykırı kabul etmeyebilir.

Kanaatimize göre, Anayasa Mahkemesi' nin disiplin hapsine ilişkin vermiş olduğu bu karara rağmen, kamuya yararlı bir işte çalıştırılmama hükmü bazı sorunları içermektedir. Olması gereken hukuk açısından, adli para cezasının infazı bakımından bu şekilde farklılık yaratmak, Ceza İnfaz Hukuku ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi Anayasal açıdan da sıkıntılıdır³⁷. Ayrıca hukuk politikamız açısından da tartışılması gereken bir hükümdür. Özellikle son yıllarda hapishanelerin doluluk oranı nedeniyle bazı suçların açık ceza evinde infaz edilmesinin yolunun açılması, yine doluluk oranı bahanesi ile çeke ilişkin suçun daha önceden kaldırılması ve ayrıca 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 106' nın genel mantığını bir arada düşündüğümüzde, İnfaz Kanunu' ndan bu şekilde bir farklılaşma yaratmanın hukuk politikası açısından doğru olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü hapishanelerdeki doluluk oranı yeniden bahane edilerek Kanun' da ileride bir değişikliğe gidilmesinin mümkün olacağı da düşünülebilir³⁸. Bu ise Kanun yapma tekniği açısından istikrarı bozan bir durum olacaktır. Ayrıca istisnai hükümlerin çoğalması hukukta birliği bozmakta, uygulamayı ve hukuk öğretisini olumsuz etkilemektedir. Bunun yanında, karşılıksız çeke ilişkin olarak genel eğilim; bunun idari bir yaptırım ile çözülmesi ancak yapılan fiilin dolandırıcılık ve sahtecilik suçunun unsurlarını taşıması halinde ancak cezalandırma yoluna gidilmesidir³⁹. Nitekim bizde de daha önce 6273 sayılı Çek Kanunu' nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5941 Sayılı Çek Kanunu' nda yapılan değişiklik ile bu suçla ilişkin sadece idari

³⁶ Kararın ayrıntıları için bkz. Anayasa Mahkemesi, 28/02/2008 Tarih, 2006/71 E., 2008/69 K, (T.C. Resmi Gazete, Sayı: 26849, Tarih; 16/04/2008) (**GÜNAY**, Mehmet: Hukukumuzda İcra Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2013, s. 30).

³⁷ **ŞEN**, Anayasaya Aykırılık, (İnternet üzerinden olması nedeniyle sayfa bulunmamaktadır).

³⁸ Özellikle ülkemizde çekim karşılığının bulunmaması halinde uygulanacak yaptırım konusunda birçok kez değişikliğe gidilmiştir. Bu bile konunun ne kadar tartışmalı olduğunu ve ileride yeniden değişikliğe gidilebileme ihtimalinin olduğunu göstermektedir. Konuya ilişkin olarak bkz.; **YILDIRIM/ ÇETİNTÜRK**, s. 27.

³⁹ **KAYANÇİÇEK**, s. 264.

yaptırımın getirilmesinin amacı da bu eğilimdi. Şimdi bunun mahsurlarının görülmesi üzerine karşılıksız çekte gerçekleşen artışı engellemek ve ticari hayatta çeke olan güveni yeniden sağlamak için 6728 sayılı Kanun ile yeniden özel bir suç tipi olarak düzenlenmesi anlayışla karşılansa bile bunun genel infaz sisteminden ayrılmayı gerektirmemesi gerekir. Bahsettiğimiz gibi olması gereken, İnfaz Kanunu m. 106 hükmünün doğrudan uygulanarak, ödenmeyen para cezasının doğrudan hapse çevrilmesi yerine, hükümlü hakkında önce kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararının verilmesi yolu izlenmelidir. Hükümlü; hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin uyarı ve önerilerine uymazsa, bu ihlalinin karşılığı olarak hapisle cezalandırılmalıdır. Bu ceza; esasında sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinin değil, uyulmayan program ve denetimli serbestlik görevlilerinin uyarı ve önerilerinin karşılığı olarak tatbik edilecektir⁴⁰. Bu şekilde hem istenen yeterli caydırıcılık sağlanabilecek hem de daha tutarlı bir infaz sistemimiz olacaktır.

Anayasa Mahkemesi son kararında meseleye söylediğimiz açıdan - *kişilerin kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaksızın doğrudan adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesinin Anayasaya aykırılığı açısından*- yaklaşmamıştır⁴¹. Anayasa Mahkemesi, bahsetmiş olduğumuz kararda çek nedeniyle adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesinin anayasa aykırılık teşkil edip etmediği noktasında konuya yaklaşmıştır. Bunun sebebi başvurunun buna dayalı olarak yapılması, başvurunun söylediğimiz noktalardan mahkeme önüne getirilmeyişi de olabilir.

C. “Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunun” Yargılamasının İcra Ceza Mahkemesinde Yapılmasının Anayasaya Aykırılık Teşkil Edip Etmediği Sorunu

14.12.2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5’ in, 15.7.2016 tarihli ve 6728 sayılı Kanun m. 63 ile değiştirilen (1) numaralı fıkrasının yedinci cümlesinin, Anayasa m. 36 ve 37’ ye aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi de talep edilmiştir. İptali talep edilen cümle **“Bu suçtan dolayı açılan davalar icra mahkemesinde görülür ve İcra ve İflas Kanunu’ nun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353’ üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır.”** cümlesidir. Dolayısıyla çek suçuna ilişkin yargılamanın icra mahkemesinde görülmesi ile ilgili anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmuştur⁴². Ayrıca bu yeni başvuru, belirtmiş olduğumuz

⁴⁰ ŞEN, Anayasaya Aykırılık, (İnternet üzerinden olması nedeniyle sayfa bulunmamaktadır).

⁴¹ Anayasa Mahkemesi’ nin son kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, 26/07/2017, E. 2016/191, K. 2017/131. (T.C. Resmi Gazete, Sayı: 30206, Tarih; 10 Ekim 2017).

⁴² Ancak başvuru nedeni ve dayandığı sebepler belirtmiş olduğumuz sebeplerden farklıdır. Başvuru nedeni Anayasa m. 38/8’ de düzenlenen *“Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonamaz”* değildir.

Ceza İnfaz Kanunu m. 106' da bulunan kamuya yararlı bir işte çalışmanın uygulanmamasının Anayasa' nın m. 10 ve 13' e aykırılık iddiası da değildir. **Bu başvuru Anayasa' nın 36. ve 37. maddelerine dayalı olarak yapılmıştır. Anayasa m. 36 hak arama hürriyetini, m. 37 ise kanuni hâkim güvencesini düzenlemektedir.** Ancak Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu, "6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun' un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığı" gerekçesiyle esas incelemeye geçilmeksizin reddetmiştir⁴³. Dolayısıyla işin esasına bu başvuruda girilmemiş, başvuru usulden reddedilmiştir. Bu nedenle çeke ilişkin yargılamanın icra mahkemesinde görülmesinin hak arama hürriyeti ve kanuni hâkim güvencesine aykırı olup olmadığı sorusu bu kararda cevap bulamamıştır.

Ancak bir başka mahkeme tarafından yine bu gerekçeyle Anayasa' ya aykırılık iddiasında bulunulmuş, Anayasa Mahkemesi bu konuyu bu sefer zikrettiğimiz kararda ayrıntılı olarak incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, icra mahkemesi hâkimlerinin de diğer tüm hâkimler gibi atandığına, Anayasa' ya ve kanunlara bağlı olarak görev yaptıklarına, tarafsızlık ve bağımsızlık anlamında diğer hâkimlerden farklı olmadıklarına, kanun koyucunun mahkemelerin görev ve yetkilerini belirlemede takdir yetkisine sahip olduğuna, bunun hukuk devleti ile çelişen bir yönü olmadığına, ayrıca icra mahkemesinde uygulanan kurallarda da savunma hakkına riayet edildiğine, silahların eşitliği prensibine göre davranıldığı gerekçelerine dayanarak bu talebi reddetmiştir. Ancak anayasa mahkemesi aynı kararda, suçu işleyenler hakkında yapılan yargılamanın genel yetkili ceza mahkemelerinde görülmesinin uygun olup olmadığının tartışılabilmesine ancak bunun yerindelik denetimi olması nedeniyle anayasallık denetimi kapsamında olmadığına da karar vermiştir⁴⁴.

D. Çek Kanunu' nun 5. Maddesinin Adli Para Cezasının Tespiti İle İlgili Kararı

Çek Kanunu' nun 5. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan, "çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanun' a göre ticari işlerde

Aslında bu nedene dayalı olarak belirtmiş olduğumuz gibi zaten daha önce Anayasa Mahkemesi' ne başvurulmuş ancak Anayasa Mahkemesi, bu başvuruyu kararında belirtmiş olduğu gerekçelerle reddetmiştir.

⁴³ Anayasa Mahkemesi' nin 02.11.2016 tarihli, E.2016/175, K. 2016/168 sayılı kararı. Aynı alt derece mahkemesinin aynı maddeye dayalı yeni talebi ile ilgili yine usulden red verilmiştir. Karar için bkz., 01.03.2017 tarihli, E. 2017/46, K. 2017/30 sayılı kararı.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi' nin zikrettiğimiz bu son kararı için bkz., Anayasa Mahkemesi, 26/07/2017, E. 2016/191, K. 2017/131. (T.C. Resmi Gazete, Sayı: 30206, Tarih; 10 Ekim 2017).

temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından” hükmünün Anayasa’ ya aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle başvuruda bulunulmuştur. Bu başvurunun nedeni, cezanın alt sınırının somut bir şekilde belirtilmediği, sanık hakkında hükmedilecek olan adli para cezasının zamana ve olaylara göre değişen belirsiz kriterlere bağlandığı, ceza miktarının hükmün tarihine göre değişkenlik göstereceği, vekâlet ücretinin ceza tespitinde esas miktara dâhil edilip edilemeyeceği, edilecekse hüküm ile birlikte ayrıca müşteki lehine, sanık aleyhine vekâlet ücreti takdir edilip edilmeyeceği konusunda belirsizlik bulunduğu, ceza miktarının tespiti için her dosyanın bilirkişiye gönderilmesinin zorunlu hale geldiği, zaten zor durumda bulunan çek sahibi aleyhine yargılama gideri yükletilmesinin davaların en az giderle sonuçlandırılması ilkesine aykırı olduğu, hesaplanacak faiz miktarını failin değil alacaklının davranışı ile takip ve yargılamanın seyrini belirleyeceği, cezanın bir unsuru olarak belirlenen faiz, takip ve yargılama giderlerinin kanunla değil düzenleyici işlemlerle ve yargısal makamlar tarafından verilen ara kararlar ile belirlenmesinin failin suç tarihine bilmediği veya bilebilecek durumda olmadığı bir cezai yaptırım ile karşı karşıya kalmasına sebepiyet verdiği belirtilerek kuralın Anayasa’ nın 38. ve 141. maddelerine aykırılık teşkil ettiğinin ileri sürülmesidir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa madde 38’ e göre, cezanın kanuniliği ilkesinin getirildiğini, buna göre, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi ve kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerektiği, temerrüt faizinin başlangıcının belli olmasına rağmen, faizin hangi tarihe kadar işletileceğinin belirtilmediği, bunun sanık açısından öngörülmez bir durum yarattığını, ayrıca takip masraflarının miktarının alacaklının seçtiği takip yoluna göre değişkenlik gösterebileceği, bunun sanık hakkında hükmedilecek adli para cezasının miktarının belirliliğine etki edeceğini, yargılama giderlerinin önceden tereddüte yer vermeyecek şekilde önceden belirlenmesinin mümkün olmadığı, sebeplerine dayalı olarak “...çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanun’ a göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından...” bölümünün cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğu, bu nedenle ilgili bölümün Anayasa’ nın 38. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle iptalinin gerektiği ancak kalan kısmının Anayasa’ ya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Kural, Anayasa’ nın 141. maddesiyle ilgili görülmemiştir.

Çek Kanunu’ nun 5. maddesiyle ilgili Anayasa Mahkemesi tarafından birçok talebin birleştirilerek görüldüğü incelemede iptali kabul edilen tek başvuru bu olmuştur. Böylece Çek Kanunu’ nun adli para cezasına ilişkin hükmü şu şekilde olmuştur; “Ancak, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan

miktari, (...) az olamaz.”. Böylece hükmedilecek para cezası, çek bedelinin karşılıksız kalan kısmı üzerinden verilebilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi Çek Kanunu’ nun 5. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesini iptal etmiş olmasına rağmen *“Etkin pişmanlık ve çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılması”* başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasını iptal etmemiştir. Bunun sebebi iptal taleplerinin buna ilişkin olarak yapılmamış olmasıdır. Bu maddeye göre, karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanun’ a göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında, yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına, karar verilir. Burada dikkat edilirse Çek Kanunu madde 5 ile uyumlu bir düzenleme mevcuttur. Ancak şimdi Anayasa Mahkemesi’ nin iptal kararından sonra, karşılıksız çekte, Çek Kanunu’ nun 5. maddesine göre, karşılıksız kalan miktar üzerinden adli para cezasına hükmedilebilecek ancak yargılamanın düşmesi veya mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra hükmün bütün sonuçları ile ortadan kaldırılabilmesi için Çek Kanunu madde 6’ ya göre, kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanun’ a göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödenmesi gerekecektir. Buna göre sanık bakımından adli para cezasını ödemesi onun için daha avantajlı olabilecektir. Bu durum ise aslında kanun koyucunun arzu ettiği bir durum değildir.

IV. İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılamanın Göstermiş Olduğu Özellikler

A. Genel Olarak

Belirtmiş olduğumuz gibi Çek Kanunu’ nda belirtilen suç, bir icra suçu olmamasına rağmen 6728 sayılı Kanun ile Çek Kanunu’ nda yapılan değişiklik sonucu adli para cezasına ve diğer yaptırımların uygulanmasına ilişkin yargılama icra mahkemesinde görülecektir. 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1’ in son iki cümlesine göre, *“...Bu suçtan dolayı açılan davalar icra mahkemesinde görülür ve İcra ve İflas Kanunu’ nun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353’ üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır. Bu davalar çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür”*. Bu düzenlemenin sebebi yargılamaların Asliye Ceza Mahkemeleri’ ne göre daha hızlı ve seri şekilde olacağı düşüncesidir. Ancak beklenen bu etkinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği zaman içinde anlaşılacaktır. Özellikle İcra Mahkemeleri’ nin mevcut hali ile oldukça ağır bir iş yükü altında olmaları nedeniyle beklenen sonucun gerçekleşmesi oldukça

şüphelidir. Ayrıca İcra Mahkemesi' nde görülen yargılamalar bir icra takibine dayanmaktadır. Çeke ilişkin cezanın icra takibine dayalı olmaması da bazı sıkıntılara neden olabilecek niteliktedir. Nitekim buna ilişkin olarak doktrinde Şen, çeke ilişkin suçların İcra Mahkemesi' nde görülmesinde ısrar edilecek ise bunun bir takibe dayalı olarak yapılması gerektiğini ayrıca hangi mantıkla ve hukuki gerekçeden hareketle CMK' dan ve Asliye Ceza Mahkemeleri' nin genel görev yetkisinden vazgeçilip, "yargılama birliği" ilkesine aykırı olarak klasik bir ceza davası türünün İcra Mahkemesi' nde görülmesinin ve bu sırada esasında "sanık" statüsünde olan kişinin haklarının kısıtlanmasının haklılığını anlatmanın mümkün olmayacağını belirtmiştir⁴⁵. Bunun yanında, belirlenen bu yeni usul ile birlikte 5271 sayılı CMK ile terk edilen şahsi ceza davasına dönüldüğü, bazı davaların açılmasında cumhuriyet savcısının devreden çıkarılması yolunu açan yeni bir usulün benimsendiği, bunun ise karşılıksız çek fiilini bir suç olarak tanımlayıp karşılığında adli para cezası öngörülse de, CMK' da yer alan şüpheli ve sanık haklarını göz ardı ettiği de ifade edilmiştir⁴⁶. Kanaatimize göre de çeke ilişkin olarak yapılacak yargılamanın Asliye Ceza Mahkemesi yerine İcra Mahkemeleri' ne verilmesi hem ceza hukuku ilkeleri bakımından hem de icra ceza yargılamasının göstermiş olduğu takibe bağlılık ilkesi bakımından doğru olmamıştır.

B. Yargılama Usulü

1. Yetkili Mahkeme

5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1' de yetkili mahkemeler gösterilmektedir. Buna göre, *"Bu davalar çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür"*. Çek Kanunu yetkili mahkemeleri oldukça geniş bir şekilde saymıştır. Dolayısıyla zarar gören konumunda olan, şikâyet eden kişi açısından oldukça avantajlı bir madde düzenlemesi yapılmıştır.

Acaba bir icra takibi yapılmış ise, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi de İİK m. 348' e göre yetkili olabilecek midir? Bilindiği üzere icra suçlarında İİK m. 348 gereği yetkili mahkeme icra takibinin yapıldığı yer mahkemesidir. Ancak Çek Kanunu m. 5' te bu maddeye bir atıf yapılmamıştır. Hatta bilinçli bir şekilde bu fıkra hükmü atlanmıştır. Çek Kanunu m. 5' e göre; *"...Bu suçtan dolayı açılan davalar icra mahkemesinde görülür ve İcra ve İflas Kanunu' nun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353' üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır"*. Bu şekilde bir düzenleme yapılmasının sebebi, bu suçun bir icra suçu olmaması sebebiyle icra takibinin yapılması

⁴⁵ ŞEN, Anayasaya Aykırılık, (İnternet üzerinden olması nedeniyle sayfa bulunmamaktadır).

⁴⁶ ŞEN, Anayasaya Aykırılık, (İnternet üzerinden olması nedeniyle sayfa bulunmamaktadır).

gerekliliğinin olmayışıdır. Dolayısıyla Çek Kanunu m. 5' e atf yapılmadığından, takipten sonra karşılıksız çeke ilişkin şikâyette bulunulsa dahi, icra takibi yapılma zorunluluğu bulunmaması sebebiyle, icra takibinin yapıldığı yer İcra Mahkemesi yetkili mahkeme olmayacaktır. Ancak icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi ile Çek Kanunu' nda sayılan yetkili mahkemelerin elbette tesadüfi bir şekilde örtüşmesi mümkündür.

2. Şikâyete Bağlı Olması

Şikâyet, şikâyete bağlı bir suçtan mağdur olan veya zarar gören kişinin yetkili mercilerden failin cezalandırılmasına yönelik talepte bulunmasıdır⁴⁷. Ceza yargılamasında bazı suçlar şikâyete tabi kılınmıştır. Suçtan zarar gören/ mağdur kişi veya kişiler şikâyet etmedikçe suçun bütün unsurları oluşmuş olsa bile yargılamayı başlatmak ve devam ettirmek mümkün değildir. Bu hallerde şikâyet bir yargılama şartıdır⁴⁸. Bu çerçevede icra suçlarının yapısı gereği, İİK' da düzenlenen çoğu suç tipi zarar görenin şikâyetine bağlı tutulmuştur⁴⁹. Şikâyete bağlı suçlarda resen soruşturma ve kovuşturma açılıp yargılama yapılamaz (5237 s. Kanun m. 73/ 1). Şikâyete bağlı suçların genel özelliği gereği şikâyet hakkı bulunan kişinin başta kullandığı şikâyet hakkından yargılama aşamasında vazgeçmesi halinde de yargılamaya devam edilemez⁵⁰.

Çek Kanunu m. 5' e göre ilgili hakkında işlem yapılabilmesi, hamilin şikâyetine bağlıdır⁵¹. Çek Kanunu m. 5 şu şekildedir; *“Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”* Dolayısıyla bu suç, şikâyete bağlı bir suçtur. Şikâyet hakkı bulunan kişinin başta kullandığı şikâyet hakkından yargılama aşamasında vazgeçmesi halinde de yargılamaya devam edilemez. Bunun yanında mirasçıların da şikâyetten vazgeçme haklarının olması gerekir⁵².

⁴⁷ Türk Ceza Kanunu' nun 73/7. maddesinde suçtan zarar görenin şikâyet hakkına sahip olduğu belirtilmesine rağmen, Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 158/7. maddesinde ise, mağdurun şikâyet hakkına sahip olduğu belirtildiğinden, şikâyet hakkı ve şikâyetten vazgeçme hakkının hem mağdura hem de suçtan zarar görene ait olduğunu düşünüyoruz.

⁴⁸ GÜNAY, s. 170.

⁴⁹ Buna göre İİK' nın 331/1, 332, 333/a, 337/a, 338/1, 339, 340, 341, 343, 344 ve 76 maddelerinde düzenlenen icra suçları nedeniyle dava açılıp yargılama yapılabilmesi şikâyete bağlanmıştır.

⁵⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 375; Bu konuda detaylı bilgi için bkz: CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015, s.87; GÜNAY, s. 171.

⁵¹ 3167 sayılı Çek Kanunu zamanında da karşılıksız çek keşide etme suçu, şikâyete tabi bir suç olarak öngörülmüştü (3167 sayılı Çek Kanunu m. 16b).

⁵² 3167 sayılı yasa döneminde buna ilişkin olarak verilmiş içtihat için bkz.; Y. 7. CD. 7.11.1989 T., 5140/106 (naklen; ERİŞ, Gönen: Uygulamalı Çek Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2003 s. 793).

a) Şikâyet Hakkı

Kural olarak ceza hukukunda şikâyete bağlı suçlarda şikâyet hakkı, suçtan zarar görene⁵³, mağdura⁵⁴ veya bunların kanuni temsilcisine tanınmıştır. İcra suçlarında şikâyet hakkının kimlere ait olduğu, suçların düzenlendiği maddelerde açıkça belirtilmiştir⁵⁵. Dolayısıyla şikâyet hakkına kimin sahip olduğuna ilişkin olarak ilgili Çek Kanunu' na bakılması gerekir. Çek Kanunu m. 5' te, "hamilin şikâyeti" üzerine denilmektedir. Bu çerçevede şikâyet hakkına sahip olan kişi hamildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki şikâyet hakkı, aslında esasa ilişkin bir meseledir. Bu nedenle kimin hamil olduğu meselesi Çek Kanunu ve Ticaret Kanunu çerçevesinde belirlenebilecektir.

Çekin banka tarafından ödenebilmesi için, Türk Ticaret Kanunu'nda belirlenen koşullar çerçevesinde, kanuni ibraz süresi içerisinde bankaya ibraz edilmesi gerekir. Bankaya ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması halinde banka görevlileri bu çekle ilgili olarak, şayet ibraz eden hamilin talepte bulunması halinde, "karşılıksızdır" işlemi yapmakla yükümlüdürler. "Karşılıksızdır" işlemi, bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır⁵⁶.

Çek Kanunu m. 3/8' e göre ileri tarihli çeklerde "karşılıksızdır" işleminin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, ileri tarihli çek, üzerinde yazılı keşide tarihinden önceki bir tarihte karşılığı tahsil edilmek amacıyla bankaya ibraz edildiğinde, şayet hesapta para bulunuyorsa ibraz eden hamile çekin karşılığı ödenecektir. Buna karşılık, hesapta para mevcut değilse, bu çekle ilgili olarak hukuki takip yapılamayacağı gibi "karşılıksızdır" işlemi de yapılamayacaktır. Bu nedenle cezai sorumluluk ve şikâyet hakkı da olmayacaktır.

Çek Kanunu m. 3/3' te, süresinde ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması halinde, ibraz eden düzenleyici dışındaki hamile bankaca ödenmesi gereken asgari miktara ilişkin hükümler yer almaktadır. Acaba banka ödemekle yükümlü olduğu bu miktar için şikâyet hakkına sahip midir? 3167 sayılı Çek Kanunu' nda şikâyet hakkı bakımından farklı bir düzenleme mevcuttu. 3167 sayılı Kanun' un 16b maddesine göre, şikâyet hakkını çek hamili veya çeki elinde bulundurmaları koşulu ile ödemede bulunan ciranta veya kanuni

⁵³ "Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça **suçtan zarar gören kişinin** vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz. ... Kamu davasının düşmesi, **suçtan zarar gören** kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş" (TCK m. 73/4-7).

⁵⁴ "Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; **mağdur** açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur." (CMK m. 158/7).

⁵⁵ **GÜNAY**, s. 171.

⁵⁶ **ÖZGENÇ**, s. 54.

veya akdi teminatı nedeniyle tam ödemede bulunan banka şikâyet hakkını kullanabilirdi. Ancak yeni düzenlemede sadece hamilin şikâyet hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle artık banka, kanunen ödemek zorunda olduğu miktar için şikâyet hakkına sahip değildir. Çek Kanunu m. 3/3' e göre, muhatap banka ile hesap sahibi arasında çek defterinin teslimi sırasında dönülemeyecek bir gayri nakdi kredi sözleşmesi yapılmış sayılmaktadır. Banka, bu gayri nakdi kredi sözleşmesi uyarınca ödemekle yükümlü olduğu miktarı ödemektedir. Bu yüzden bankaya şikâyet hakkı verilmemiştir.

Çek Kanunu' nda, 3167 sayılı Kanun' dan farklı olarak, cirantalar şikâyet hakkı sahibi olarak sayılmamışlardır. Ancak buna rağmen istinaf kanun yolu kapsamında Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Daireleri, vermiş olduğu muhtelif kararlarda, *"karşılıksız çekte şikâyet hakkının, çekin karşılığını tahsil amacıyla bankaya ibraz eden hamil ile karşılıksızdır işlemi yapıldıktan sonra kendisine çek iade edilen cirantalara ait olduğu, ancak bankaya ibrazdan önce ciro zincirinde yer almayan ya da ciro zincirinde yer almakla birlikte cirosu iptal edilmiş (çizilme, karalanma, silinme nedeniyle) eski cirantaların şikâyet hakkına sahip olmadığına karar vermiştir."*⁵⁷. Doktrinde Şen, bu konuya ilişkin yazmış olduğu makalede, Bölge Adliye Mahkemelerinin şikâyet hakkı ile ilgili vermiş olduğu bu kararları eleştirmiştir. Ona göre; *"Kanun metni bu kadar açık olduğu halde, uygulamada mahkemelerin hatalı bir şekilde şikâyet hakkını "karşılıksızdır" işlemi yaptıran hamilin, çek bedelini tahsil etmek üzere rücu ettiği cirantalara da tanıdığı, kanaatimizce amaca uygun genişletici yorum veya kıyas yapmak suretiyle çek bedelini ödeyip keşideciden tahsil etmesini mümkün kılmayı hedeflediği, bir başka ifade ile iktisadi açıdan cirantanın elinin güçlendirildiği görülmektedir. Çek bedelinin tahsili veya ödenmesi suretiyle iktisadi düzenin bozulmaması maksadıyla 5941 sayılı Kanununun 5. maddesinde öngörülen şikâyet hakkının bu şekilde geniş ve kanuna aykırı tatbiki, Anayasa m. 38/1' e ve özellikle Türk Ceza Kanunu m. 2' ye aykırıdır."*⁵⁸. Özellikle 3167 sayılı mülga Kanun' da detaylı bir şekilde şikâyet hakkını düzenleyen kanun koyucunun; 5941 sayılı Kanun' da sadece "hamil" ibaresini içeren bir düzenlemeyi tercih etmesi, eski Kanun' da yer alan diğer şikâyetçileri kapsama almadığına ve onların şikâyet hakkının bulunmadığına dair iradesini ortaya koymakta olduğu fikrine katılmaktayız⁵⁹. Gerçekten kanun koyucunun açık bir şekilde sadece hamile şikâyet hakkını tanıdığı mevcut kanuni düzenlemeden anlaşılmaktadır. Ancak Bölge Adliye Mahkemelerinin bu içtihatlarının mevcut ticari hayat açısından olumlu olduğu ve Çek Kanunu ile getirilmek istenen çeki yeniden güvenin sağlanması amaçlarına da daha uygun olduğu açıktır.

⁵⁷ Gaziantep BAM 11. CD, T. 07.07.2017, E. 2017/1193, K. 2017/1226; İstanbul BAM 15. CD, T. 03.03.2017, E. 2017/2320, K. 2017/1865.

⁵⁸ ŞEN, Şikâyet Hakkı, (İnternet üzerinden olması nedeniyle sayfa bulunmamaktadır).

⁵⁹ ŞEN, Şikâyet Hakkı, (İnternet üzerinden olması nedeniyle sayfa bulunmamaktadır).

Buna rağmen mevcut kanuni düzenleme çerçevesinde kanuni bir değişiklik olmadan içtihatların bu yönde olması eleştiriye gerçekten açıktır. Şikâyet hakkının cirantalara da tanınması aynı zamanda şikâyet süresinin başlangıcının tespitinde belirsizliklere yol açabilme tehlikesine de neden olmaktadır. Bu husus şikâyet süresi kısmında incelenecektir.

b) Şikâyet Süresi

Ceza hukukunda genel olarak şikâyete bağlı suçlarda şikâyet süresi, fiilin ve failin kim olduğunun öğrenildiği tarihten itibaren altı aydır (TCK m. 73/1-2). Şikâyet süresine ilişkin özel kanunlarda özel hüküm bulunmaması halinde TCK' daki genel şikâyet süresi uygulanır⁶⁰. Ancak şikâyet süresine ilişkin özel hüküm bulunması halinde ilgili kanundaki özel süre uygulanacaktır. Karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından şikâyet süresi konusunda, Çek Kanunu m. 5, İİK m. 347' ye atf yapılmıştır. Dolayısıyla bu atf gereğince İİK m. 347' de bulunan şikâyet süreleri uygulanacaktır. İİK m. 347' ye göre; *"Bu bapta yer alan fiillerden dolayı şikâyet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer."* Şikâyet hakkının kullanımı için öngörülen üç aylık ve bir yıllık süreler hak düşürücü süre niteliğindedir. Bu nedenle bu süreler kesilmez, durmaz ve hakkında eski hale getirme yoluna da gidilemez⁶¹. Şikâyetin bu süreler içinde yapılmamış olması halinde, süre dolmuşsa red kararı, süre dolmamış ise durma kararının verilmesi ve sürenin sonuna kadar şikâyet hakkının kullanılmamış olması halinde düşme kararı verilmesi gerekir.

Şikâyet süresi konusunda TCK m. 73' teki genel hükmün mü uygulanacağı yoksa İİK m. 347'deki hükmün mü uygulanacağı konusunda doktrinle farklı görüşler bulunmaktadır⁶². TCK' nın "Özel Kanunlarla İlişki" başlıklı

⁶⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.47.

⁶¹ GÜNAY, s. 173. ÖZMEN, İsmail: İcra Mahkemesinin Görevine Giren Suçlar, Ankara 2007, s. 540, ÇETİN, s. 42; SARI, Rifat: İcra Suçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Ankara 2011, s. 198.

⁶² TCK m. 73' te belirtilen şikâyet süresi ile ilgili hükmün, TCK m. 5' te belirtilen *"Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza Kanunları ve ceza içeren Kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır."* hükmü gereği İcra ve İflas Kanunu' nda şikâyete bağlı suçlarda da uygulanması gerektiğidir. Çünkü TCK m. 5' in amacının özel kanunlarla getirilen ve genel kurallara aykırılık oluşturan kuralların engellenmesi ve böylece uygulama birliği ile hukuk güvenliğinin sağlanması olduğu, madde gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla İİK' nin da TCK m. 5 anlamında ceza içeren özel bir Kanun olması nedeniyle şikâyet süresine ilişkin İİK m. 347' nin, TCK' nın 73. maddesi karşısında uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. AŞIK, İbrahim, *"5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5358 Sayılı Kanun İşliğinde İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan Cezai Hükümler (m.331-354)"*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010, s. 2513-2551, s. 2538; GÜNAY, s. 177; *"İcra ve İflas Kanunu'nun düzenlemesinin yürürlükte olması nedeniyle bu hükümlerin uygulanması gerekir"*. UYSAL, s. 1040.

5. maddesine göre, “TCK’ nın genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır”. Ayrıca TCK’ nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun geçici m. 1’ e göre, “Diğer kanunların TCK’ nın genel hükümlerine aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır” şeklindeki hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, TCK m. 5’ teki hükmün sadece 31.12.2008 tarihinden önce yürürlükte olan kanunlar bakımından uygulama alanı bulabildiği, 2008 yılından sonra yürürlüğe girmiş kanunlar bakımından genel kanun – özel kanun ile önceki – sonraki kanun ayrımı yapılarak uygulanacak kanunun belirlenmesi gerektiği açıktır⁶³. Karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun şikâyet süresi, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5’ te düzenlenmiş olup, bu madde 15.07.2016 tarihinde değiştirilmiştir. Ceza hukuku bakımından Çek Kanunu’ nun TCK’ ya göre özel kanun olması ve aynı zamanda şikâyet süresini düzenleyen m. 5’ in 2016 yılında düzenlenmiş olması nedenleri ile şikâyet süresi konusunda Çek Kanunu m. 5’ in öncelikle uygulanması gerekmektedir. Çek Kanunu m. 5’ in açıkça ve bilerek İİK m. 347’ ye atf yapılması nedeniyle, kanun koyucunun burada şikâyet süresi konusunda İİK’ nin hükümlerinin uygulanmasını kabul ettiği anlamı çıkarılması gerekir. Bu nedenle Çek Kanunu’ na dayalı olarak karşılıksız çek keşide etme suçunda şikâyet süresi İİK m. 347’ de belirtildiği gibi olmalıdır.

3167 sayılı Kanun’ dan farklı olarak Çek Kanunu m. 5’ te şikâyet hakkının başlama tarihi düzenlenmemiştir. Şikâyet hakkı, çekin üzerinde yazılı olan düzenleme tarihine göre ibraz süresi içerisinde ibraz edilmesine rağmen, çek karşılığının ilgili banka hesabında tam olarak bulundurulmaması üzerine doğar⁶⁴. Dolayısıyla İİK’ da öğrenme tarihi denilse de bu madde çerçevesinde çekin muhatap bankaya ibrazından sonra muhatap banka tarafından “karşılıksızdır” damgasının vurulması ile birlikte öğrenmenin gerçekleştiği kabul edilmeli ve üç ay içerisinde İcra Mahkemesi’ ne şikâyette bulunulması gerekir⁶⁵. İİK m. 347’ de geçen “*her halde filin işlendiği tarihten itibaren bir yıllık süre*” öğrenmenin en geç ne zamana kadar olabileceğini gösteren azami süredir. Dolayısıyla asıl süre, öğrenmeden itibaren üç aylık süredir. Çek suçlarında öğrenme ile suçun oluşumu çoğu kez birbiri ile örtüşecektir. Yetkili hamilin çeki bankaya ibraz etmesinden sonra ve muhatap banka tarafından “karşılıksızdır” şerhinin vurulması ile birlikte şikâyetçinin öğrenmiş sayılması gerekir⁶⁶. Örneğin hamilin “karşılıksızdır” şerhinden beş ay sonra şikâyette

⁶³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz: KOCA/ÜZÜLMEZ, s.49

⁶⁴ ÖZGENÇ, s. 83.

⁶⁵ ÖZGENÇ, s. 98.

⁶⁶ Nitekim Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesi’ nin bu yönde bir kararı mevcuttur. “*Karşılıksız işlemine tabi tutulan çekle ilgili olarak ciranta (hamil), şikâyet hakkını karşılıksızdır işleminin yapıldığı tarihten itibaren kanunda belirtilen süreler içinde kullanması*

bulunması durumunda İcra Mahkemesi' nin şikâyet süresinin geçmesi nedeniyle davayı reddetmesi gerekir. Bu durumda şikâyetçinin bir yıllık sürenin henüz dolmadığını ileri sürebilmesi için "karşılıksızdır" şerhinden sonra öğrenme tarihinin daha sonra olduğunu ispatlaması gerekir. Çünkü şikâyet süresi bir yıl değil, öğrenmeden itibaren üç aydır. Bir yıllık süre öğrenmenin azami olarak en geç ne zamana kadar olabileceğini gösteren bir süredir. Kanun' da bulunan bu süreyi bu şekilde anlamak gerekir.

Süreye ilişkin özellik arz eden bir başka durum ise, "karşılıksızdır" şerhinden sonra çekin özellikle en son cirantaya veya bir başkasına yeniden ciro edilmesi halinde şikâyet süresinin ne zaman başlayacağına ilişkin olabilir⁶⁷. Bu ihtimalde, "karşılıksızdır" işleminden sonra çek yeniden ciro edilmiştir. Uygulamada bu durum çekin hamilinden önceki en son cirantaya yeniden ciro edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. İşte bu ihtimalde, cirantanın "karşılıksızdır" işlemi, çekin kendisine iade tarihinden önce veya iade tarihinde öğrenmiş olabileceği ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁸. Bu durumda, -şayet karşılıksızdır işleminden sonra yeni hamilin de şikâyet hakkının varlığı kabul edilecekse-, şikâyet süresi "karşılıksızdır" işleminden sonra değil öğrenme tarihinden itibaren başlamalıdır. Buna ilişkin olarak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi' nin 15. Ceza Dairesi, bir kararında cirantanın fiili öğrenme tarihinin çekin kendisine döndüğü tarih olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶⁹. Karara göre

gerekir". (Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesi, E. 2017/413; K. 2017/398).

⁶⁷ Bu durum özellikle karşılıksızdır şerhinden sonra yapılan ciro nedeniyle yeni hamilin de bu suç nedeniyle şikâyet hakkının kabulü ihtimalinde söz konusu olur. Çünkü bu husus tartışmalıdır. Yüksek mahkemenin tavrı bu hakkın olup olmadığında belirleyici olacaktır. Bazı bölge adliye mahkemeleri geriye doğru yapılan ciroda cirantanın da şikâyet hakkı olduğuna hükmetmiştir.

⁶⁸ ÖZGENÇ, s. 99.

⁶⁹ "Söz konusu çek şikâyetçi şirket tarafından bankaya ibraz edilerek "karşılıksızdır" işlemine tutulması halinde, şikâyetçi şirket yönünden fiili öğrenme tarihi çekin ibraz edildiği 31/08/2016 tarihi olacaktır. Buna karşılık söz konusu çekin şikâyetçi şirketin ciro ettiği adı okunamayan ve üzerinde iptal kaşesi bulunan şirket tarafından bankaya ibraz edilmesi halinde ise şikâyetçi şirket yönünden fiili öğrenme tarihi çekin kendisine döndüğü tarih olacaktır. Bu iki ihtimale göre şikâyet süresinin başlangıcı değişiklik gösterecektir. Bu durumun tespiti için söz konusu çekin bankaya şikâyetçi şirket tarafından mı yoksa ciro ettiği adı okunamayan şirket tarafından mı ibraz edildiğinin ilgili bankadan sorulması ile buna göre şikâyet süresinin başlangıcının tespiti gerekirken ibraz tarihini fiili öğrenme tarihi olarak kabul edilmek suretiyle, CMK 230. maddesine aykırı olarak yetersiz gerekçe ile karar verilmesi Yasaya aykırı ve istinaf başvurusunda bulunan şikâyetçi vekilinin istinaf nedenleri yerinde görülmüş olduğundan hükmün CMK' nın 289/1- g ve 280/1- b maddeleri uyarınca BOZULMASINA, dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine GÖNDERİLMESİNE, kesin olmak üzere 15/06/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Ceza Dairesi, T. 22.03.2017, E. 2017/2276, K. 2017/1808, naklen; <http://www.hukukmedienyeti.org/haber/17937/karsiliksiz-cekte-geriye-ciro-yapilmasi-halinde>, E.T.: 21.11.2017). Burada konumuz

geriye doğru ciroda ibraz tarihinin fiili öğrenme tarihi olarak kabul edilmemesi gerekir. Bütün bu sorunların nedeni aslında cirantalara da bölge adliye mahkemesi kararları ile şikâyet hakkının tanınmasından kaynaklanmaktadır.

c) Şikâyet Usulü

İİK m. 349/1, şikâyetin usulünü düzenlemektedir. Buna göre şikâyet, dilekçeyle veya sözlü beyanla yapılabilir. Şikâyet hakkı sahibi şikâyete ilişkin dilekçesini İcra Ceza Mahkemesi' ne verebileceği gibi, sözlü beyanını tutanağa geçirmek suretiyle de şikâyetini gerçekleştirebilir⁷⁰. Ancak şikâyetin İcra Ceza Mahkemesi' ne yapılması zorunludur⁷¹.

Şikâyetçi, yetkili İcra Ceza Mahkemesi' nin olduğu yerde değil ise, bulunduğu yer İcra Ceza Mahkemesi kanalıyla şikâyet dilekçesini veya tutanağa geçirttiği sözlü şikâyet beyanını yetkili İcra Ceza Mahkemesi' ne gönderebilir⁷².

3. Yargılama Aşamaları

Soruşturma Aşaması

İİK m. 349 takibi şikâyete bağlı suçlarda yargılamanın nasıl başlayacağını göstermektedir⁷³. Takibi şikâyete bağlı suçlarda soruşturma aşaması

dışında olsa da istinaf mahkemesinin kararı bozarak yeniden alt derece mahkemesine göndermesinin de eleştirilmesi gereken bir başka husus olduğunu belirtmekle yetinelim.

⁷⁰ ÖZMEN, s. 543.

⁷¹ Disiplin ve tazyik hapsi cezası dışında kalan hapis ve adli para cezalarına ilişkin şikâyetin nereye yapılacağına ilişkin bir tartışma yaşanmıştır. Yargıtay da bu konuda farklı kararlar vermiştir. Yargıtay 16. Hukuk Dairesi 23.02.2006 gün ve 2005110009 E. 200611229 K. nolu kararlarında İİK' ya göre hapis cezasının uygulanmasının gerektiği durumlarda şikâyetin cumhuriyet savcılığına yapılması gerektiği kararını vermiştir. Ancak aynı daire, 14.6.2006 tarihli ve 2006/1905 E., 200614592 K. nolu kararlarında ise, İİK' nın 346. ve 349. maddelerinin yürürlükte olması nedeniyle şikâyetin doğrudan icra mahkemesine yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.02.2007 tarih ve 2007/17RD-16 E., 2007/28 K. sayılı kararı ile Yargıtay açısından bu tartışmaya son noktayı koymuştur. Genel Kurulun bu kararına göre İİK' da hapis veya adli para cezası öngören suçlar yönünden kanun koyucu ayrı bir düzenleme öngörmediği için diğer icra suçları gibi bu suçlarda da şikâyet doğrudan icra mahkemesine yapılmalıdır.

⁷² GÜNAY, s. 172.

⁷³ Takibi şikâyete bağlı olmayan icra suçlarında (İİK' nın 335, 338/2, 342 ve 345b maddelerinde düzenlenen suçlar) yargılamanın nasıl başlayacağına dair açık bir hüküm mevcut değildir. Bu nedenle İİK' da açıkça düzenlenmeyen veya eksik düzenlenen konularda CMK' nın ilgili hükümlerinin uygulanacağına dair istikrar kazanan Yargıtay kararları da dikkate alındığında İİK' nın 335, 338/2, 342 ve 345b maddelerinde düzenlenen ve şikâyete bağlı olmayan suçlar için CMK' nın hükümlerinin uygulanması gerekir. Dolayısıyla şikâyete bağlı olmayan icra suçlarında soruşturma aşaması, suçtan zarar görenin veya ilgisinin başvurusu veya ihbarı üzerine başlar. Bu başvuru veya ihbar doğrudan Cumhuriyet savcılığına yapılabileceği gibi kolluğa da yapılabilir. Cumhuriyet savcılığınca ihbar veya başvuruya ilişkin tüm deliller

bulunmamaktadır. Çünkü İİK m. 349/1 uyarınca şikâyete bağlı suçlarda şikâyetin dilekçe veya sözlü beyan ile doğrudan İcra Ceza Mahkemesi' ne yapılması zorunludur. Bu itibarla, şikâyet, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1' de tanımlanan suç bakımından bir dava şartı ve iddianame yerine geçen belge hükmündedir⁷⁴. Dolayısıyla karşılıksız çek keşide etmek suçundan ötürü yapılacak olan yargılamada da soruşturma aşaması olmayacak yargılama doğrudan kovuşturma aşamasından başlayacaktır. Bunun sebebi bu suçun yargılamasında soruşturma aşamasının bulunmadığı, doğrudan kovuşturma aşamasından yargılamanın başlayacağına ilişkin Çek Kanunu' nun atf yaptığı İİK m. 349 hükmüdür.

b. Kovuşturma Aşaması

Takibi şikâyete bağlı icra suçlarında, İİK m. 349' a göre, duruşmaya hazırlık bağlamında şikâyetçinin dilekçesini veya sözlü dava beyanını alan İcra Mahkemesi, duruşma için hemen bir gün tayin edip şikâyetçinin imzasını alır ve sanığa çağrı kâğıdı gönderir. Şahit gösterilmişse ona da çağrı yapılır. **İki taraf da** tayin olunan gün ve saatte İcra Mahkemesi' nin huzuruna **gelmeye veya vekil göndermeye mecburdurlar** (İİK m. 349/2). Gerekirse İcra Mahkemesi, tarafların bizzat hazır bulunmasını emredebilir (İİK m. 349/3). Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, şikâyetçinin belirlenen zamanda gelmediği veya vekil de göndermediği takdirde **şikâyet hakkının düşeceği hususudur** (İİK m. 349/6). Dolayısıyla takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyetçinin yapılan bu yargılamaya katılması büyük önem arz eder. Sanık için ise durum farklıdır. Sanık başka yerde ikamet ediyorsa istinabe yoluyla sorguya çekilir (İİK m. 349/4). Sanık, şikâyeti alan veya istinabe edilen icra mahkemesinin huzuruna gelmez veya müdafî göndermezse yahut bizzat bulunmasına gerek görülürse kolluk tarafından getirilir. Bu suretle de bulundurulamazsa yargılama yokluğunda görülür (İİK m. 349/5).

İcra Mahkemesi duruşmada iki tarafı ve delillerini dinler ve gerek tarafların gerek tanıkların ifadelerini duruşma tutanağına geçirir. İcra Mahkemesi' nde görülmekte olan davanın duruşmasında Cumhuriyet Savcısı hazır bulundurulmaz (İİK m. 350/1-2).

Tahkikat açısından çok önemli bir husus ise davanın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının biraz farklı bir şekilde de olsa mevcut olmasıdır. Şikâyetçi, dilekçe veya beyanında göstermiş olduğu deliller ile bağlıdır. Sanık ise savunmasını ancak bir kere genişletebilir (İİK m. 351/1). Bu

toplanır. Cumhuriyet savcısı soruşturma neticesinde icra suçunun işlendiğine dair yeterli şüphe oluşturacak delil elde ederse iddianame düzenleyerek icra mahkemesine dava açar (CMK m.170/ 2). (GÜNAY, s. 183, 184).

⁷⁴ ÖZGENÇ, s. 98.

husus hukuk yargılamasında yer alan davanın ve savunmanın genişletilmesi yasağından farklıdır. Öncelikle hukuk yargılamasında davacı davasına dayanak teşkil eden vakıaları değiştirip genişletemez, yeni delillerini ise HMK m. 145 çerçevesinde, davayı geciktirmek amacı taşııyorsa ve ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa hâkimin izni ile ileri sürebilmesi mümkündür. Ancak İİK m. 351/1 hükmü iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesinin yasak olduğundan değil yeni delillerin ileri sürülmesinin yasak olmasından bahsetmektedir. Bu açıdan bir farklılık vardır. Ayrıca hukuk yargılamasında davayı değiştirmenin ve genişletmenin istisnaları mevcuttur. Bunlardan en önemlisi ıslahtır. Ancak ıslah İİK' nın ceza yargılamasında uygulanmaz.

Bilindiği gibi hukuk mahkemelerinde yapılan yargılamalarda silahların eşitliği ilkesi gereği savunma da değiştirilip genişletilemez. Bunun da istisnası yine ıslahtır. ıslah suretiyle davalı iddiasını bir kereye mahsus olmak üzere değiştirip genişletebilir. Ancak İcra Ceza Mahkemesi' nde yapılan yargılamada, İİK m. 351/2 hükmü ıslaha gerek olmaksızın bunun bir kereye mahsus olmak üzere genişletilebilmesine izin vermiştir. Dolayısıyla bu açılardan İİK m. 351 hükmü hukuk yargılamasındaki iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağından farklılık arz etmektedir.

İİK m. 351 hükmü klasik ceza yargılamasında yer alan resen araştırma ilkesi ile de uyumlu değildir. Çünkü ceza yargılamasında taraflar için iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı söz konusu değildir. Ancak icra ceza yargılamasında takibi şikâyete bağlı suçlarda yargılamayı hızlandırmak için iddianın genişletilmesi (yeni delillerin sonradan mahkemeye sunulması) yasağı öngörülmüştür. Bu kanunun emredici hükmü olması nedeniyle HMK' da öngörülen ıslah kurumu, İcra Ceza Mahkemesi' nde yapılan yargılamalarda uygulanmaz. Sanık ise savunmasını kanunun vermiş olduğu yetki nedeniyle sadece bir defaya mahsus olmak üzere genişletebilir. Dolayısıyla yapılan bu yargılamada şikâyetçinin dilekçesinde veya ilk sözlü beyanında lehine olan maddi ve manevi unsurları ve bütün delilleri ileri sürmesi önemlidir. Aynı şekilde sanığın da dinlendiği ilk duruşmada veya beyan dilekçesinde lehine olan unsurları ve delilleri ileri sürmesi gereklidir.

c. Karar (Hüküm)

5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1' in sondan ikinci cümlesine göre, *"...Bu suçtan dolayı açılan davalar icra mahkemesinde görülür ve İcra ve İflas Kanunu' nun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353' üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır"*. Buna göre İİK' nın "Karar" başlıklı 352. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Madde başlığı, karar olmasına rağmen bunun hüküm olarak anlaşılması daha doğrudur.

İİK m. 352' ye göre, İcra Mahkemesi, iki tarafın ifadelerini, bütün delillerini ve iddia ve müdafaalarını dinledikten sonra en geç beş gün içinde kararını verir. Verilen bu kararda CMK m. 232' de belirtilen hususlara yer verilmelidir⁷⁵. Bu çerçevede, mahkemece verilen kararda sanığın kimlik bilgileri, kararın türü, uygulanan kanun maddeleri, ceza miktarı, kanun yolları ve süresi açık bir şekilde belirtilir. Ayrıca verilen kararın gerekçesinde de suça ilişkin bütün deliller tartışılıp değerlendirilerek kararın hangi delillere dayandığının bağlantı kurularak açıklanması gerekir⁷⁶.

Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür (CMK m. 223/1).

aa- Mahkûmiyet Kararı

İcra Mahkemesi yapmış olduğu yargılama neticesinde, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak "karşılıksızdır" işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmeder (Çek Kanunu m. 5). Ancak hükmedilecek adli para cezası; Anayasa mahkemesinin iptal kararından sonra, *çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamaz* şeklini almıştır. Ayrıca hükmedilecek olan bu para cezasından muhatap bankanın 5941 Sayılı Yasanın 3. maddesi gereğince ödemekle yükümlü olduğu miktarın ödenmesi halinde ödenen miktarın çek bedelinden düşülmesi gerektiği de Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 10. Ceza Dairesi kararında belirtilmiştir⁷⁷. Dolayısıyla kanunda belirtilen suçun unsurlarının oluşması halinde veya CMK m. 223/5' in ifadesiyle, "*Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde...*", sanık, Çek Kanunu m. 5' te belirtilen adli para cezasına mahkûm edilir.

Eski kanun döneminde çek bedelinin karşılıksız kalan kısmı kadar adli para cezası belirlenmekteydi. Fakat lehtara ödenmesi gereken miktar faiz dolayısıyla daha yüksek olmaktadır. Bu durumda daha az olan adli para cezası ödenerek tazyik hapsinden kurtulmak mümkündür. Yeni düzenleme sayesinde ödemenin lehtara yapılması bu şekilde sağlanarak kanunun amacı gerçekleştirilmeye çalışılmaktaydı⁷⁸. Dolayısıyla kişinin adli para cezasını ödeyerek mahkûmiyetten kurtulması kendisi açısından avantaj olmayacaktı.

⁷⁵ SARI, s. 212.

⁷⁶ KÜRTÜL, Mehmet: Açıklamalı, İçtihatlı, Örnekli İcra ve İflas Suçları, Ankara, 2012, s. 52; GÜNAY, s. 195.

⁷⁷ Antalya Bölge Adliyesi 10. Ceza Dairesi, T. 26.04.2017, E. 2017/2639, K. 2017/2569 (naklen; <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/17939/karsiliksiz-cekte-bankanin-odemekle-yukumlu-oldugu>, E.T.: 21.11.2017).

⁷⁸ ÖZGENÇ, s. 87.

Ancak Anayasa Mahkemesinin Çek Kanunu' nun 5. maddesinin ikinci cümlesini iptal etmesiyle birlikte kanun koyucunun bu amacı gerçekleştiremeyecektir.

Kural olarak, infaz yetkisini kısıtlayacak şekilde adli para cezasının ödenmemesi durumunda bunun hapse çevrileceğine ilişkin karar verilmesi doğru değildir⁷⁹. Ancak Yargıtay' ın bu kararının sebebi Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 106/3' teki düzenlemedir. Buna göre, *“Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir”*. Görüldüğü gibi bu hükme göre Cumhuriyet Savcısı, hükümlünün, adli para cezasının kamuya yararlı bir işte çalışması şeklinde uygulanmasına da karar verebilir. Ancak bu hüküm, Çek Kanunu m. 5/11' de yer alan, *“Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 106/3' ün uygulanamayacağı”* hükmü gereği uygulanamaz. Bu hükmün amacı da çekle düzenlenen adli para cezasının yaptırım gücünü artırmaktır. Bu düzenlemeler karşısında şu soru akla gelmektedir; İcra Ceza Mahkemeleri hükümlünün kamuya yararlı bir işte çalışması mümkün olmayacağından dolayı mahkûmiyet hükmünde adli para cezasının ödenmemesi halinde cezanın hapse çevrileceğine ilişkin karar verebilir mi? Bu soru zaman içinde üst mahkemelerin vereceği kararlar doğrultusunda şekil alacaktır. Ancak şu an için Yargıtay 3. Ceza Dairesi' nin içtihadına gerekçe olan Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun m. 106/3' ün, Çek Kanunu m. 5/11 gereği uygulanamayacak olması nedeniyle mahkûmiyet kararlarında adli para cezasının ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrileceği belirtilmesinin üst mahkeme tarafından yeniden yargılama veya bozma nedeni teşkil etmemesi gerekir.

Ayrıca mahkeme, Çek Kanunu m. 5 çerçevesinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına da hükmedebilir. Yargılama sırasında da resen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilebilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişi, bu tüzel kişi adına çek keşide edenler ve karşılıksız çekin bir sermaye şirketi adına düzenlenmesi durumunda

⁷⁹ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2016/2925, K. 2017/289, T. 19.1.2017 (<http://www.kazanci.com>, E.T.: 15.05.2017).

ayrıca yönetim organı ile ticaret siciline tescil edilen şirket yetkilileri hakkında uygulanır (Çek Kanunu m. 5).

Sanığın mahkûmiyetine dair verilen kararda, hesaplanan yargılama masraflarının sanıktan tahsiline, müşteki, kendisini vekille temsil ettirmişse vekâlet ücretinin sanıktan alınarak müştekiye ödenmesine hükmedilmesi de zorunludur⁸⁰.

bb- Beraat Kararı

İcra mahkemesi yapmış olduğu yargılama neticesinde, sanığın Çek Kanunu m. 5' te belirtilen suçu işlemediğine, suçun unsurlarının oluşmadığına veya sanığın şikâyet edilen kişiden başka bir kişi olduğuna kanaat getirirse sanık hakkında beraat kararı vermesi gerekir (CMK m.223/2).

cc- Düşme, Hükümün Bütün Sonuçları İle Kaldırılması, Şikâyetten Vazgeçme ve Feragat Nedeniyle Düşme, Zamaşaımı Nedeniyle Düşme, Ölüm Nedeniyle Düşme Kararları

İcra mahkemesi kararını verdikten sonra kararı Cumhuriyet Başsavcılığına bildirir. İİK m. 352/2' de, takibi şikâyete bağlı suçlarda dava ve cezanın m. 354' te yazılı sebeplerle düşeceğinin kararda belirtileceği de yazılıdır. Ancak 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1, İcra Mahkemesi' nce yapılan yargılamada hangi kanun maddelerinin uygulama alanı bulacağına ilişkin yapılan atıfta, İİK m. 354' e atıfta bulunmamaktadır. İİK m. 354 ise davanın ve cezanın düşmesi ile ceza verilemeyecek hallerin neler olduğunu düzenlemektedir. İşte bu madde, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5' te atıf yapılmaması nedeniyle, İİK m. 352/2 hükmü, karşılıksız çek suçuna ilişkin yapılan yargılamada uygulama alanı bulmaz. Dolayısıyla hâkim, vermiş olduğu mahkûmiyet kararında dava ve cezanın m. 354' te sayılan feragat veya borcun itfa edildiğinin sabit olması ile düşeceğini kararında belirtemez. Çek Kanunu m. 5' te İİK m. 354' e atıf yapılmamasının sebebi ise, Çek Kanunu' nun m. 5' te belirtilen suçun icra takibine dayalı bir suç olmamasıdır. İİK m. 354' ün amacı, icra takibine dayalı şikâyete bağlı suçlarda suçtan zarar görenin feragati veya borcun itfa edildiğinin sabit olması halinde dava veya cezanın bütün neticeleri ile düşmesidir. İcra suçlarının icra takibine dayalı olarak yapılması nedeniyle, sanığın icra takibine konu olan borcu tüm ferileri ile ödemesi ve bunu mahkemeye sunması halinde İcra Mahkemesi, cezanın ve davanın düşmesine karar verecektir. Dolayısıyla ortada ödeme suretiyle kapatılacak bir icra takibi bulunmaktadır. Ancak Çek Kanunu m. 5 çerçevesinde verilecek karşılıksız çek keşide etme suçunda ortada bir icra takibi bulunmayabilir. Bu durumda İİK m. 354' ün doğrudan uygulanma olanağı mevcut değildir. Çek Kanunu m. 5' te İİK m. 354' e doğrudan atıf yapılmamasının

⁸⁰ KAÇAK, Nazif: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C.2, Ankara 2006, s. 384; GÜNAY, s. 196.

bir başka nedeni ise, Çek Kanunu m. 6' da özel olarak bir düzenlemenin olması ve m. 6 hükmünün uygulama alanı bulmasının istenmesidir.

Çek Kanunu m. 6' da düzenlenen "Etkin pişmanlık ve çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılması" başlıklı maddesinde, davanın hangi durumda düşeceği, şikâyetten vazgeçme halinde ne olacağı ayrıca düzenlenmiştir. Çek Kanunu m. 6' ya göre; karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanun' a göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında, yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra ise mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilir.

Şikâyetten vazgeçme hâlinde de davanın düşmesine karar verilir. 5237 sayılı TCK m. 73/4 çerçevesinde soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda, kanunda aksi yazılı olmadıkça, ancak hüküm kesinleşinceye kadar şikâyetten vazgeçilebilir. Hüküm kesinleştikten sonra şikâyetten vazgeçilemez ve kesinleşmeden sonra vazgeçme, infazı etkilemez. Çek Kanunu m. 6 bu kurala bir istisna getirmektedir. Zira şikâyetten vazgeçme halinde de mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağından, söz konusu suçtan dolayı verilmiş olan hüküm kesinleştikten sonra da şikâyetten vazgeçme mümkündür⁸¹.

İİK m. 354/2' de İİK' nın 16. babında düzenlenen ve cezası tazyik veya disiplin hapsi olan icra suçları için kararın kesinleştiği tarihten itibaren iki yıllık bir ceza zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Ancak belirttiğimiz gibi Çek Kanunu' nda İİK m. 354' e atf yapılmamıştır. Bu nedenle İİK m. 354' te yazan ceza zamanaşımı süreleri uygulanmaz. Bu durumda TCK m. 5 gereğince TCK' nın dava zamanaşımını düzenleyen 66. maddesi ve ceza zamanaşımını düzenleyen 68. maddelerinin uygulama alanı bulması gerekir. Bu maddelerde belirtilen zamanaşımı sürelerinin geçmesi halinde de dava ve cezanın düşmesine karar verilir.

Yargılama sırasında mahkemece sanığın öldüğünün tespit edilmesi halinde davanın ölüm nedeniyle TCK m. 64/1 uyarınca düşürülmesine karar verilmesi gerekir. Mahkûmiyet kesinleşmiş, ancak ceza henüz infaz edilmemiş ise, bu halde de ölüm nedeniyle cezanın düşürülmesine karar verilmesi gerekir. Fakat infaz edilen ceza ile yargılama masrafları düşmez ve iade edilmez. Çünkü hükümlünün ölümü, sadece hapis cezasını ve henüz infaz edilmemiş adli para cezalarını ortadan kaldırır. Müsadereye ve ölümden önce kesinleşmiş yargılama giderlerine ilişkin hükümler ölümden sonra da olsa infaz edilir ve

⁸¹ ÖZGENÇ, s. 128.

infaz edilmiş adli para cezaları da iade edilmez (TCK m. 64).

Ayrıca Çek Kanunu m. 5/10' a göre, karşılıksız çek keşide etme suçu nedeniyle, ön ödeme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

dd- Davanın Reddi Kararı

CMK m. 223/7 gereği, aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa sanık hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi gerekir.

4- Kanun Yolu

Kanun yolu bakımından Çek Kanunu m. 5 atfı gereği İİK m. 353 uygulanacaktır. İİK m. 353' te, icra suçlarından dolayı verilen kararlara karşı başvurulabilecek hukuki çareler belirtilmiştir. Maddede kanun yolları, icra mahkemesince verilen icra suçlarına ilişkin kararların tâbi olduğu olağan hukuki başvuru yolları ikili bir ayrıma tabi tutularak ele alınmıştır. İİK m. 353/1, disiplin ve tazyik hapsine ilişkin kararlara karşı itiraz hukuki başvuru yoluna, İİK m. 353/2' te ise, hapis ve adli para cezalarına ilişkin kararlara karşı CMK' nın kanun yollarına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Bundan kasıt ise istinaf ve temyiz kanun yoludur. Bu açıdan İİK m. 353/1 kanun yolları sistematığı için doğru değildir. Ülkemizde istinafın yürürlüğe girmesinden sonra artık özellikle disiplin ve tazyik hapsine ilişkin kararlara karşı itiraz yolu değil istinaf yoluna başvurulması gerekir. Çünkü İİK m. 353' e göre şu anda itiraz üzerine verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmekte, istinaf ve temyiz yolu kapatılmaktadır.

Sonuç olarak, İcra Ceza Mahkemesi' nin karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçundan dolayı verdiği adli para cezalarına ilişkin hükümlerle ilgili olarak 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' nun kanun yollarına ilişkin genel hükümleri uygulanacaktır (İİK m. 353/2). Buna göre, karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçundan dolayı verilecek cezanın tazyik ve disiplin hapsi olmaması nedeniyle İİK m.353/1' de düzenlenen itiraz kanun yoluna gidilemeyeceği açıktır. Dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kuralları çerçevesinde istinafa başvurulabilecektir⁸².

⁸² CMK m. 272/3' te istinafa kapalı olan kararlar sayılmıştır. Bu istisnalar haricinde her hüküm için istinafa başvurulabilir; İstinafa kapalı olan kararlar şunlardır; a- Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üç bin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine, b- Üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümleri c- Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler (İTİŞGEN, Rezzan: "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf" , Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 16 (Ocak 2014), s. 381).

Çek Kanunu m. 5' e göre, mahkeme ayrıca, yargılama esnasında talep üzerine veya resen, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması halinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Ayrıca Çek Kanunu m. 5' e göre, koruma tedbiri olarak verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararlarına karşı yapılan itirazlar bakımından ise, İİK m. 353/1 hükmü uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla İcra Ceza Mahkemesi tarafından çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına itiraz yoluna başvurulabileceği kanunda açıkça belirtilmiştir. Burada şu soru akla gelmektedir; İİK m. 353/1' de, itiraz üzerine verilen kararlar kesin denildiğine göre, karşılıksız çek keşide etme suçu yargılaması esnasında mahkemece bu tedbire başvurulduğunda bir yandan yargılama devam ederken sanık bir başka İcra Ceza Mahkemesinde bu tedbire karşı itiraz yoluna başvurabilecek midir? Bu başvuru hakkında karar kesin mi olacaktır? Esas yargılamayı (karşılıksız çek keşide etme yargılamasını) yürüten icra ceza mahkemesi daha sonra bu tedbiri kaldırabilecek midir? Yahut mahkeme nihai hükmü verdiğinde ilgili kişi hem adli para cezasına karşı hem de bu tedbire karşı istinaf yoluna başvurabilecek midir?

Anılan madde, belirtilen açılardan oldukça sıkıntılıdır. Karşılıksız çek keşide etme suçu yargılaması esnasında verilen bu güvenlik ve koruma tedbiri hakkında yargılama devam ederken kişi kanunun açık hükmü gereği İİK m. 353/1 gereği bir başka icra ceza mahkemesine itiraz yoluna başvurabilecektir. Bunun sebebi esas yargılama diyebileceğimiz karşılıksız çek keşide etme suçu yargılamasının uzun sürme ihtimaline karşı verilen bu güvenlik ve koruma tedbirine karşı bir hukuki çarenin kanunda açıkça öngörülmesidir. Çünkü çek düzenleme ve çek hesabı açma güvenlik tedbiri ticari hayat açısından ağır sonuçlar doğurması nedeniyle bu şekilde bir itiraz yolu öngörülmüştür. Ancak bu itiraz üzerine verilen karar İİK m. 353/1 gereği kesin olacaktır. İşte bir başka sorun da burada yatmaktadır. Karşılıksız çek keşide etme nedeniyle hem adli para cezası, hem de çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına hükmedilirse ancak daha önceden bu güvenlik tedbirine itiraz edilmiş ve reddedilmiş ise (bu kararın da kesin olduğu düşünülduğünde), adli para cezası hakkında da İİK m. 353/2 uygulanacağından dolayı, sanık hem adli para cezası için hem de bu güvenlik ve koruma tedbiri için istinaf yoluna başvurabilecek midir? Kanaatimize göre bu durumda sanık hem adli para cezası hem de bu güvenlik tedbiri ve koruma tedbiri hakkında istinaf yoluna başvurabilmelidir. Çek Kanunu m. 5' te sözü edilen güvenlik ve koruma tedbiri hakkında İİK m. 353/1' in uygulanacağı hükmü, sanığın lehine ayrıca bir hukuki çare olarak getirilmek için verilmiştir. Yargılama esnasında İİK. m. 353/1' e göre yapılan bu itiraz nedeniyle istinafa gidilemeyecek ancak esas hüküm diyebileceğimiz karşılıksız çek keşide etme suçu ile birlikte verilen bu güvenlik ve koruma tedbiri hakkında (daha önceden itiraz edilmiş ve reddedilmiş olsa bile) istinaf kanun yoluna gidilebilecektir.

V. İcra Mahkemesinin Göreve Başlama Tarihi

6728 sayılı Kanun ile 5941 sayılı Çek Kanunu' nda yapılan değişiklik sonrası İcra Ceza Mahkemeleri' nin çökle ilgili "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçunu" nedeniyle yapılan şikâyet başvurularını almaya başlayıp başlamayacağı tereddüdü oluşmuştur. Bunun nedeni, 6728 sayılı Kanun' un yürürlük maddesini düzenleyen m. 76/1-f' nin söz konusu Kanun' un m. 62/1' de geçen şikâyetin İcra Mahkemesi' nde yapılması gerektiğine yönelik düzenlemenin 31.12.2017 tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlanmışken, karşılıksız çek düzenleme suçunun ve yargılamasının icra mahkemesinde yapılacağını düzenleyen yani Çek Kanunu m. 5' te değişiklik yapan 63. maddenin derhal yürürlüğe girecek olmasıdır. Dolayısıyla suç tipini ve yargılama yerini ve usulünü gösteren madde derhal yürürlüğe girecekken, şikâyetin yapılacağı mercii gösteren madde 31.12.2017' de yürürlüğe girecekmiş gibi bir anlam çıkabilmektedir.

6728 sayılı Kanun m. 62 ise aslında iki ayrı durumu düzenlemekte ve 31.12.2017 tarihinde yürürlüğe girmesi istenen fıkra birinci fıkra değil kare kodlu çek ile ilgili düzenleme yapan ikinci fıkradır. Ancak maalesef yanlış anlamaya müsait bir düzenleme yapılmıştır.

6728 sayılı Kanun m. 62/1, 5941 sayılı Çek Kanunu' nun m. 3/ 6' da yer alan Cumhuriyet Başsavcılığına talep ibaresi yerine "icra mahkemesine şikâyet" kurumunun düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemenin amacı, karşılıksız çek keşide etme suçunun yargılamasının İcra Mahkemeleri' nde görülecek olması nedeniyle şikâyetin de cumhuriyet savcılığına değil İcra Mahkemeleri' ne doğrudan yapılmasının istenmesidir. Bu suç, şikâyete bağlı bir suçtur ve şikâyet yeri de İcra Mahkemeleri olsun istenmiştir. 6728 sayılı Kanun m. 62/1 ile yapılan değişikliğin amacı, Çek Kanunu m. 5 ile uyumu sağlamaktır. Dolayısıyla şöyle bir sorun ortaya çıkmıştır. Karşılıksız çek keşide etme suçunu düzenleyen madde derhal yürürlüğe girerken şikâyetin yapılacağı mercii gösteren madde, daha sonra, yani 31.12.2017 tarihinde yürürlüğe girecek gibi bir tereddüt ortaya çıkmıştır.

Ancak 6728 sayılı Kanun m. 62/2 kare kodlu çeklerin kaydedileceği sistem ile ilgili bir düzenlemedir. İşte yürürlük tarihinin 31.12.2017 olması istenen fıkra aslında 6728 sayılı Kanun' un 62/2. maddesidir.

Sonuç olarak, icra mahkemelerinin görevinin 09.08.2016 tarihi itibariyle başladığı ve şikâyet yerinin de icra mahkemeleri olduğu kabul edilmelidir. Kanun koyucunun, 6728 sayılı Kanun' un 62. maddesinde öngördüğü "Çek Kanunu m. 3/6' da değişiklik yapılması" ve "aynı maddeye 10. fıkranın eklenmesi" hususlarını birbirinden ayırmaksızın, 62. maddenin yürürlüğünü 31.12.2017' ye bırakması hata olup, bu hatanın Çek Kanunu m. 5' e aykırı

şekilde yorumlanması ve icra mahkemelerinin görevinin 31.12.2017' de başlayacağını kabulü mümkün değildir⁸³. Nitekim Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 19120602-045-02-0722-2016-E.1411/65057 sayılı ve 24/10/2016 tarihli Karşılıksız Çek Şikâyeti Başvurularının Alınıp Alınmayacağı konusuna ilişkin Bakanlık görüşü de bu doğrultuda sorunu açıklığa kavuşturmuştur. Nitekim Yargıtay'ın da görüşü bu yönde olmuştur⁸⁴.

⁸³ **ŞEN**, Ersan: "Karşılıksız Çekte İcra Mahkemesinin Görev Tarihi", (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2225869-karsiliksiz-cekte-icra-mahkemesinin-gorev-tarihi>, E.T.: 19.05.2017).

⁸⁴ "...Dosya kapsamına göre; Mercii tarafından 6728 sayılı Kanun'un 62. maddesi ile 5941 sayılı Kanun'un 3. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "Cumhuriyet Başsavcılığına talepte" ibaresinin "icra mahkemesine şikâyette" şeklinde değiştirildiği, ancak bahse konu değişikliğin 6728 sayılı Kanun'un 76/f maddesi uyarınca 31/12/2017 tarihinde yürürlüğe gireceği gerekçesiyle itirazın kabulüne karar verilmiş ise de; 6728 sayılı Kanun'un 62.maddesiyle 5941 sayılı Kanun'un 3. maddesine yukarıda belirtilen değişikliğin yanı sıra 10. fıkra eklenerek "Lehine kare kodlu çek düzenlenen lehdar, teslim aldığı çeki Türk Ticaret Kanunu'nun 780 inci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen sisteme kaydeder. Kare kodlu çekin sisteme kaydedildiği tarihten sonra çek düzenleyen tüzel kişinin temsilcilerinde meydana gelen değişiklikler, çek hesabı sahibi tüzel kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz." şeklinde kare kodlu çekler yönünden yeni bir düzenleme getirildiği, kanun koyucunun 6728 sayılı Kanun'un 76/f maddesindeki düzenleme ile işbu kare kodlu çekler için öngörülen yeni düzenlemenin yürürlük tarihinin ertelenmesini amaçladığı zira 6728 sayılı Kanun'un 63. maddesi ile değiştirilen 5941 sayılı Kanun'un 5.maddesinde "(1) Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak "karşılıksızdır" işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur ... Koruma tedbiri olarak verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararlarına karşı yapılan itirazlar bakımından 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 353 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanır. Bu suçtan dolayı açılan davalar icra mahkemesinde görülür ve İcra ve İflas Kanunu'nun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353 üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır. Bu davalar çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür." şeklinde düzenleme yapılarak çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet vermek eyleminin, adli para cezasını gerektirir bir suç olarak öngörüldüğü, aynı maddede bu suçtan dolayı açılan davaların İcra mahkemelerinde görüleceği ve 2004 sayılı Kanun'un 347, 349, 350, 351, 352 ve 353 üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağını açıkça hükme bağlandığı, 2004 sayılı Kanun'un 349. maddesinde "Şikâyet dilekçe ile veya şifahi beyanla yapılır. Dilekçeyi veya dava beyanını alan icra mahkemesi duruşma için hemen bir gün tayin edip şikâyetçinin imzasını alır ve maznuna celpname gönderir. Şahit gösterilmişse o da celp olunur." şeklinde yer alan düzenlemeye nazaran, [b]5941 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet vermek suçundan dolayı şikâyetlerin doğrudan İcra mahkemelerine yapılması gerektiği cihetle,....", Y. 19. CD., T. 30.03.2017, E.; 2017/1189, K.; : 2017/2913 (naklen; <http://www.haberoran.com/> , E.T.: 19.05.2017).

SONUÇ

6728 Sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile 5941 sayılı Çek Kanunu' nda yapılan değişiklikle neticesinde "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu" adli para cezası içeren bir yaptırımla hukukumuzda yeniden girmiştir. Ayrıca mahkeme, adli para cezası ile birlikte, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına da hükmedebilir.

Hükmedilen adli para cezasının öngörülen usulde ödenmemesi üzerine, bu adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesi söz konusudur. 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5 gereği bu suçla ilgili görevli mahkeme icra mahkemesi olacaktır. Kanun koyucu bu düzenlemeler ile karşılıksız çek suçunu yeniden düzenlemeyi, cezasını daha etkin kılmayı ve yargılamayı da hızlandırmayı hedeflemiştir.

Bu adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesi usulü ise 5275 sayılı "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun" hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır. Ancak cezayı daha etkin kılmak için, Çek Kanunu m. 5/11' e göre, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 106/3' te yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin beklenen faydayı sağlayıp sağlamayacağı zaman içerisinde görülecektir. Kanaatimize göre, adli para cezasının infazı bakımından bu şekilde farklılık yaratmak Ceza İnfaz Hukuku ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi Anayasal açıdan da sıkıntılıdır. Yargılamanın genel yetkili ceza mahkemelerinde yapılmasının daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

5941 sayılı Çek Kanunu' nda düzenlenen "karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu" İcra ve İflas Kanunu' nda düzenlenmeyişi ve bir takibe de dayanmaması nedeniyle nitelik olarak aslında bir icra ve iflas suçu değildir. Kanun koyucu buna rağmen yargılamanın hızlı yapılması gerekçesi ile karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu yargılamasında icra mahkemesini görevlendirmiş ve bu suçtan dolayı açılan davaların icra ve iflas Kanunu' nun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353' üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağına hükmetmiştir.

5941 sayılı Çek Kanunu m. 5' e göre, bu suçun yargılamasında yetkili mahkemeler, çekin tahsili için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemeleridir. Ancak bir icra takibi yapılmış olsa bile, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi, Çek Kanunu m. 5' te İİK m. 348' e atf yapılmaması sebebiyle yetkili mahkeme değildir.

Çek Kanunu m. 5' e göre ilgili hakkında işlem yapılabilmesi hamilin şikâyetine bağlıdır. Bu şikâyet icra mahkemesine yapılacaktır. Şikâyet hakkına sahip olan kişi hamildir. İleri tarihli çeklerde, çek üzerinde yazılı keşide tarihinden önceki bir tarihte karşılığı tahsil edilmek amacıyla bankaya ibraz edildiğinde, karşılıksızdır işlemi yapılmayacak ve bu nedenle de herhangi bir cezai sorumluluk ve şikâyet hakkı da olmayacaktır. Ayrıca banka, karşılıksız çıkan çek için kanunen ödemek zorunda olduğu miktar bakımından şikâyet hakkına sahip değildir. İbrazdan sonra çekin karşılıksız çıkmasına rağmen çekin ciro edilmesi halinde bu hamilin şikâyet hakkı bulunmamaktadır.

Çek Kanunu m. 5' te, İcra ve İflas Kanunu' nda şikâyet süresini düzenleyen İİK m. 347' ye atf yapılmıştır. Şikâyet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer. Şikâyet hakkının kullanımı için öngörülen üç aylık ve bir yıllık süreler hak düşürücü süre niteliğindedir. Bu nedenle bu süreler kesilmez, durmaz ve hakkında eski hale getirme yoluna da gidilemez.

Şikâyet, dilekçeyle veya sözlü beyanla yapılabilir. Şikâyet hakkı sahibi şikâyete ilişkin dilekçesini icra mahkemesine verebileceği gibi, sözlü beyanını tutanağa geçirtmek suretiyle de şikâyetini gerçekleştirebilir. Şikâyet, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/1' de tanımlanan suç bakımından bir dava şartı ve iddianame yerine geçen belge hükmünde olması nedeniyle takibi şikâyete bağlı olan bütün suçlarda yargılama, kovuşturma aşamasından başlayacaktır.

Takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyetçinin yapılan bu yargılamaya katılmaması halinde şikâyet düşer. Şikâyetçi, dilekçe veya beyanında göstermiş olduğu deliller ile bağlıdır. Sanık ise savunmasını ancak bir kere genişletebilir. Bu husus hukuk yargılamasında yer alan davanın ve savunmanın genişletilmesi yasağından ve ceza yargılamasında yer alan resen araştırma ilkesinden de farklıdır.

İİK m. 352' ye göre, icra mahkemesi iki tarafın ifadelerini ve bütün delillerini ve iddia ve müdafaalarını dinledikten sonra en geç beş gün içinde kararını verir. Verilen bu kararda CMK m. 232' de belirtilen hususlara yer verilmelidir. Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür (CMK m. 223/1). Eski kanun döneminde çek bedelinin karşılıksız kalan kısmı kadar adli para cezası belirlenmekteydi. Fakat lehtara ödenmesi gereken miktar faiz dolayısıyla daha yüksek olmaktaydı. Bu durumda daha az olan adli para cezası ödenerek zorlama hapsinden kurtulmak mümkündü. Yeni düzenlemede ise, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanun' a göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi

ile takip ve yargılama gideri toplamından az olamaz hükmü getirilmiş ancak yeni düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Çek Kanunu m. 6' da düzenlenen "Etkin pişmanlık ve çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılması" başlıklı maddesinde, davanın hangi durumda düşeceği, şikâyetten vazgeçme halinde ne olacağı ayrıca düzenlenmiştir. Çek Kanunu' nda atfı yapılmaması nedeniyle İİK m. 354' te yazan ceza zamanaşımı süreleri uygulanmaz. Bu durumda TCK' nın dava zamanaşımını düzenleyen 66. maddesi ve ceza zamanaşımını düzenleyen 68. maddelerinin uygulama alanı bulması gerekir. Ayrıca Çek Kanunu m. 5/10 gereği, karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu nedeniyle, ön ödeme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Çek Kanunu m. 5' in atfı gereği kanun yolları açısından İİK m. 353 uygulanacaktır. Buna göre, icra mahkemesinin karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçundan dolayı verdiği hükümlerle ilgili olarak 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' nun kanun yollarına ilişkin genel hükümleri uygulanacaktır (İİK m. 353/2). İcra ceza mahkemesi tarafından çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karşı ise İİK m. 353/1 gereği, itiraz yoluna başvurulabilecektir. İcra mahkemelerinin 09.08.2016 tarihi itibarıyla göreve başladığı ve şikâyet yerinin de icra mahkemeleri olduğu kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

ARTUK, Emin/ **GÖKCEN**/ Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.

ARTUK, Emin/ **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.

AŞIK, İbrahim: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5358 Sayılı Kanun Işığında İcra ve İflas Kanunu' nda Yer Alan Cezai Hükümler (m.331-354)", Prof. Dr. Fırat Öztan' a Armağan, C.II, Ankara 2010, s. 2513-2551.

CANBOLAT, Selahattin: "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki 3167 Sayılı Kanun İle İlgili Bir İnceleme", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1985, Sayı 2, s. 257-262.

CENTEL, Nur/ **ZAFER**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015.

ÇETİN, Emine Halman: İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2012.

ÇETİNER, Ufuk: “*Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2002/1, s.173-181.

DÖNMEZER, Sulhi: “*Karşılıksız Çek*”, İHFM 1977, C.XLIII (C. 43), S.1-4, s. 303-324.

ERİŞ, Gönen: Uygulamalı Çek Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2003.

GÜNAY, Mehmet: Hukukumuzda İcra Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2013.

HACIOĞLU, Caner: “*Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme*”, AÜEHFD, C. VII, S.1-2, Haziran 2003, s.129-159.

HELVACI, Mehmet: “*Çek Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi*”, BATIDER, C. XXV, S. 4, Y. 2009, s. 229-251.

İTİŞGEN, Rezzan: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 16 (Ocak 2014), s. 373-404.

KAÇAK, Nazif: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara, 2006.

KAYANÇİÇEK, Murat: “*5941 sayılı Çek Kanunu'na İlişkin Eleştiriler ve Değişiklik Önerileri (Uygulama ve Doktrin)*”, TAAAD, Cilt:1, Yıl:3, Sayı:8, s. 261-292.(20 Ocak 2012).

KILÇIK, Sevcan: 5941 Sayılı Çek Kanunu ve 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Çerçevesinde Çek Hamillerinin Korunması, Gaziantep Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

KOCA, Mahmut/ **ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.

KORKUSUZ, M. Refik: İcra Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2004.

KÜRTÜL, Mehmet: Açıklamalı, İçtihatlı, Örnekli İcra ve İflas Suçları, Ankara, 2012.

ÖZGENÇ, İzzet: Çek Kanunu, Ankara 2017.

ÖZMEN, İsmail: İcra Mahkemesinin Görevine Giren Suçlar, Ankara 2007.

REİSOĞLU, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, Ankara 2003.

REİSOĞLU, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011.

SANCAR, Türkân: “*Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında ‘Ekonomik Suça Ekonomik Ceza’ Söylemi*”, Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 2002.

SARI, Rifat: *İcra Suçları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Ankara 2011.

ŞEN, Ersan: “*Son Kararlar Işığında Karşılıksız Çekte Şikâyet Hakkı*” , (hukukihaber.net E.T.: 16.11.2017). (ŞEN, Şikâyet Hakkı)

ŞEN, Ersan: “*Yeni Çek Kanunu ve Anayasaya Aykırılık Sorunu*”, (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2038785-yeni-cek-kanunu-ve-anayasaya-aykirlilik-sorunu>, E.T.: 23.02.2017). (ŞEN, Anayasaya Aykırılık)

ŞEN, Ersan: “*Karşılıksız Çekte İcra Mahkemesinin Görev Tarihi*”, (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2225869-karsiliksiz-cekte-icra-mahkemesinin-gorev-tarihi>, E.T.: 19.05.2017. (ŞEN, İcra Mahkemesinin Görev Tarihi)

UYSAL, Mehmet: “*Yeni Yasaların Işığında İcra ve İflas Suçları İle Yargılama Yöntemine Farklı Bir Bakış*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 3, Y. 2006, s. 1013-1048.

YILDIRIM, Zeki/ **ÇETİNTÜRK**, Ekrem: “*İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu*”, TBB Dergisi, Yıl 2012, Sayı 103, s. 27- 84.

OTONOM ARAÇLAR VE HUKUKİ SORUMLULUK

Autonomous Cars And Liability

Yrd. Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN*

Geliş Tarihi: 05.09.2016

Kabul Tarihi: 15.12.2017

ÖZET

Otomotiv sektörünün yeni trendi, otonom araçlardır. Her gün farklı üreticiler tarafından kendi kendine gidebilen ve birçok farklı teknolojiyi içinde barındıran farklı modeller geliştirilmekte ve piyasaya sürülmektedir. Peki bu araçların hatalı sensör ya da yazılımdan dolayı sebebiyet verdiği kazalarda sorumluluk kime ait olacaktır? Hukukumuzda öngörülen sisteme göre kusursuz sorumluluk olarak düzenlenen araç işletenin sorumluluğu, kusur sorumluluğuna tâbi olan sürücünün sorumluluğu ve hukukî dayanağı tartışmalı olan ürün/üreticinin sorumluluğunda bir değişiklik söz konusu olacak mı? Çalışmamızın amacı, otonom araç teknolojileriyle alakalı bu ve benzeri sorunlara işaret etmek ve mümkün olduğunda çözüm yolları aramaktır.

Anahtar Kelimeler: otonom araçlar, sorumluluk, sürücünün sorumluluğu, işleticinin sorumluluğu, tehlike sorumluluğu, kusur sorumluluğu, ürün sorumluluğu

ABSTRACT

Autonomous cars are the new trend in the automotive sector. Every day, the manufacturers announce or introduce new models based on new technologies. But what about the damages which are caused because of defect sensors or defect software of the car? Do we need changes in our legal system which is based upon the strict liability of the vehicle owner, the fault-based liability of the driver and the liability of the producer, the foundation of which has caused many disputes among the Turkish scholars? The aim of this paper is to address and find possible solutions to these and other questions in connection with autonomous driving.

Keywords: autonomous cars, liability, drivers liability, liability of the vehicle owner, strict liability, fault based liability, product liability.

I. GİRİŞ

Dünya ekonomisinin en önemli lokomotiflerinden birisi kuşkusuz otomotiv sektörüdür. Ancak yer altı kaynaklarının (özellikle petrol) sınırlılığı dikkate alındığında bu sektörün her türlü gelişime açık olduğu, hatta birçok alanda teknolojik gelişime öncülük yaptığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte otomotiv sektörü tarafından üretilen motorlu taşıtların dâhil olduğu trafik kazalarında her sene binlerce insan yaşamını yitirmektedir. Gerçekten de ülkemizde 2007 yılında trafik kaza sayısı 825.561 iken bu sayı 2016 yılına gelindiğinde 1.182.491'e yükselmiş, ölü ve yaralı sayısında da artışlar meydana gelmiştir¹.

* Türk Alman Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, cekin@tau.edu.tr.

¹ Bkz. <http://www.trafik.gov.tr/Sayfalar/Istatistikler/Genel-Kaza.aspx> [Erişim: 11.07.2017].

Meydana gelen trafik kazalarında başlıca unsur, sürücü hatasıdır. Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen trafik kazalarının % 94'ünün insan hatasından kaynaklandığı belirtilmektedir². Dolayısıyla otomotiv sektörünün amacı, insan unsurunu olabildiğince geri plâna itip aracın kontrolünü sensörlerle donatılmış ve kendi kendine hareket edebilen ve kararlar verebilen (otonom) araçlara devretmektir. Bu sayede trafik kazalarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Belirtelim ki hâlihazırda sürücünün hiçbir müdahalesi olmadan kendi kendine trafikte yol alabilen araçlar mevcuttur. Bunun en tanınmış örneği kuşkusuz, 100 yıl sonra otomotiv sektöründe kendine yer edinebilen tek firma niteliği taşıyan Tesla'dır. Ancak bu sıkı rekabet sadece otomotiv sektörüyle sınırlı kalmamış, bilişim sektöründen de katılımcılar bu yarışa dâhil olmuştur. Gerçekten de Google³, Apple⁴ ya da Samsung⁵ gibi bilişim sektörünün dünya devleri de bu alanda birçok proje geliştirmektedirler. Güncel bir örnek olarak Audi, en yeni A8 modelinde sürücünün sürekli trafiği denetlemesine gerek kalmaksızın yapay zekâya dayanan bir teknolojiyi kullanacağını duyurmuştur⁶.

Ne var ki bu gelişmeler, birçok hukukî sorunu da beraberinde getirmektedir. Nitekim alanın öncülerinden olan Tesla araçlarının otonom sürüş esnasında kaza yapması⁷ ya da Google Car'ın⁸ karıştığı trafik kazaları, otonom araçların sebebiyet verdiği trafik kazalarında kimin ya da kimlerin ve hangi hukukî sebebe dayalı olarak sorumlu tutulacağı sorusunu beraberinde getirmektedir.

Çalışmamızın amacı, öncelikle otonom sürüş kavramına açıklık getirerek meydana gelebilecek muhtemel sorunlara işaret etmek ve mümkün olduğu takdirde cevap aramaktır. Gerçekten de nasıl birinci, ikinci ve üçüncü sanayi devrimi öncesi meydana gelen teknolojik gelişmeler zamanın hukukçularını yeni çözümler üretmeye sevk etmiş ise, dördüncü sanayi devrimi olarak nitelendirilen bilişim ve yapay zekâya dayalı teknolojik gelişmeler de aynı

² <https://waymo.com/tech/> [Erişim: 11.07.2017].

³ İlgili proje artık Waymo adı altında yürütülmektedir.

⁴ Güncel gelişmeler hakkında bkz. <http://www.macworld.co.uk/news/apple/icar-apple-car-release-date-rumours-news-caros-evidence-patents-3425394/> [Erişim: 11.07.2017].

⁵ <https://www.donanimhaber.com/otomobil-teknolojileri/haberleri/Samsung-kendi-ulkesinde-otonom-otomobil-testlerine-basliyor.htm> [Erişim: 11.07.2017].

⁶ <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/autonomes-fahren-der-neue-audit-dem-kuenstliche-intelligenz-knopf-15101879.html> [Erişim: 11.07.2017].

⁷ Gerçi ABD'de meydana gelen ölümcül bir kazada aracın oto-pilotunda herhangi bir sorun olmadığı ve Tesla'nın bu sebeple herhangi bir geri çağırma yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı sonucuna varılmıştır; <https://www.nytimes.com/2017/01/19/business/tesla-model-s-autopilot-fatal-crash.html> [Erişim: 11.07.2017]; bununla birlikte Tesla'nın otopilotunun öngördüğü ve önlediği birçok kaza anına da rastlamak mümkündür.

⁸ <https://www.donanimhaber.com/otomobil-teknolojileri/haberleri/Googlein-surucusuz-araci-baska-bir-trafik-kazasi-olayina-karisti.htm> [Erişim: 11.07.2017].

şekilde hukukî açıdan farklı çözüm yolları arama zarureti doğurmaktadır⁹.

II. SÜRÜCÜSÜZ (OTONOM) ARAÇ KAVRAMI

Otonom sürüş hususunu hukukî açıdan incelemeden önce bu kavram ile tam olarak neyin kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Gerçekten de otonom sürüş denildiğinde bir taraftan sürücüyeye eşlik eden asistan sistemler akla gelmekte, öte yandan sürücünün hiçbir şekilde dâhil olmadığı ve aracın tamamıyla otonom hareket ettiği hâller de bu kavrama dâhil edilmektedir. Dolayısıyla otonom sürüş kavramının yeknesak bir şekilde kullanıldığını söylemek mümkün değildir. Bilakis farklı gelişim aşamaları söz konusudur.

Otomotiv sektöründe bugüne kadar birçok teknolojik yeniliğe imza atılmıştır. Kilitlenme karşıtı frenleme sistemi (ABS), hava yastıkları (Airbag), elektronik stabilite programı (ESP), bugün araçlarda standart niteliğinde bulunan örneklerdendir. Aslında bu sistemler de sürücünün müdahalesine gerek kalmaksızın, kendiliğinden devreye girmektedir. Bu teknolojilerin çoğu sensörler sayesinde çalışmaktadır. Örneğin aracın viraja çok hızlı girdiğini algılayan sensörler ESP sistemini devreye sokmakta ve aracın yol dışına savrulmasını engellemektedir. Ancak otonom sürüşü bu teknolojilerden farklı kılan ve hukukî açıdan da yeni bir bakış açısı gerektiren husus, bir taraftan sürücünün araç hâkimiyetini tamamıyla devretmesi, öte yandan yapay zekâyla donatılmış otonom araçların kendi kendilerine öğrenme yeteneğine sahip olmalarıdır. Gerçekten de bugüne kadar geliştirilen birçok teknoloji, belirli bir şartın gerçekleşmesi hâlinde belirli bir neticenin öngörüldüğü algoritmalar üzerine inşa edilmiştir. Bir diğer ifade ile sistemin ihtiyaç duyduğu denklem önceden belirlenmiştir. Oysa Apple, Google gibi teknoloji devlerinin üzerinde çalıştığı ve sadece otomotiv sektörünü değil, bütün bilişim ve makine sektörünü temellerinden değiştirecek olan husus, “*machine learning*”, yani makinelerin kendi kendilerine yeni şeyler öğrenebilmeleridir. Bu bağlamda geliştirilen algoritmalar, tecrübeye dayalı olarak kendi kendini geliştirebilen bir sistem oluşturmayı amaçlamaktadır. Ne var ki bu geliştirme ya da iyileştirme, programlacının önceden belirlediği kısıtlar çerçevesinde gerçekleşmektedir¹⁰. Otomobil açısından bu öğrenme süreci ise (1) çevrenin ve araçların ölçülerinin sensörler sayesinde belirlenmesi, (2) sensörlerin aktardığı bilgiler doğrultusunda çevrenin resminin tam ve isabetli bir şekilde oluşturulması, (3) bu resim çerçevesinde nasıl hareket edileceğine dair karar

⁹ Genel olarak robotlar ve beraberinde getirdikleri hukuki sorunlar için bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, Robot Hukuku, TAAD, Yıl:7, Sayı:29 (Ocak 2017), s. 85 vd.

¹⁰ Walther Wachenfeld / Hermann Winner, Lernen autonome Fahrzeuge?, in: Markus Maurer/J. Christian Gerdes/Barbara Lenz/Hermann Winner (Hrsg.), Autonomes Fahren, Heidelberg 2015, s. 465, 468.

alınması ve (4) alınan kararın uygulanması aşamalarından oluşmaktadır¹¹. Yapılan test sürüşleri bu amaca hizmet etmekte, toplanan veriler sayesinde araçların trafikte meydana gelebilecek her türlü anormalliğe kendi kendine tepki verebilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Az önce işaret edildiği üzere bu alandaki teknolojik gelişim baş döndürücü bir hızla ilerlemekte iken otonom sürüş kavramından tam olarak neyin kastedildiği hususunda bir netlik söz konusu değildir. Bu bağlamda Alman Federal Karayolları Müdürlüğü'nün "*Araç Otomasyonundaki Gelişmelerin Hukukî Sonuçları*" adı altında oluşturulan proje ekibinin raporunda¹² yer verilen ayrımı esas almak isabetli olacaktır¹³. Buna göre aracın yatay (yani direksiyon hâkimiyeti, aracın yönünü belirleme imkânı) ve dikey hâkimiyetinin (aracın hızlanması ya da frenlemesi) sürücüde olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaktadır.

(1) "*Driver Only*" olarak nitelendirilen ilk aşamada aracın hem dikey, hem de yatay hâkimiyeti tamamiyle sürücüdür. Bu çerçevede özellikle gerek dikey, gerek ise yatay hâkimiyete herhangi bir müdahale söz konusu değildir. Otomobil sürüşünün en basit ve yalın hâli budur.

(2) Asistanlı sürüş çerçevesinde ise sürücü yatay ya da dikey hâkimiyetin birisini sürekli olarak elinde bulundurmaktadır. Hız sabitleyici sistemleri ya da park asistanı sistemleri buna örnek olarak gösterilebilir. Nitekim hız sabitleyici sistemlerinde sürücü aracın dikey hâkimiyetini elinden bırakmakta, yani gaza ya da frene dokunmamakta, fakat bu esnada direksiyonun hâkimiyetini sürekli olarak elinde bulundurmaktadır. Günümüzde çoğu aracın sahip olduğu teknolojiler bu kategoriye dâhil edilebilir.

(3) Kısmen otomatize araçlarda ise sistem yatay ve dikey hâkimiyetin ikisini de belirli bir zaman dilimi ya da durumlarda devralmaktadır. Bu seviyede sürücü aracı daima gözetimi altında tutmalıdır ve her an aracı devralmaya hazır bir konumda olmalıdır. Bu sistemlere örnek olarak hâlihazırda bazı araçlarda mevcut olan otoban asistan sistemi gösterilebilir. Bu araçlarda belirli bir hıza kadar hem hız, hem de direksiyon hâkimiyeti tamamen otomatize sisteminde

¹¹ Wachenfeld/Winner, s. 468.

¹² Tom M. Gasser/Clemens Arzt/Mihiar Ayoubi u.A., Rechtsfolgen zunehmender Fahrzeugautomatisierung, Gemeinsamer Schlussbericht der Projektgruppe, Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen - Fahrzeugtechnik Heft F 83, Bergisch Gladbach 2012, <http://bast.opus.hbz-nrw.de/volltexte/2012/587/pdf/F83.pdf> [Erişim: 11.07.2017].

¹³ Her ne kadar hukukî açıdan bir bağlayıcılığı söz konusu olmasa da bu ayırım sadece Alman literatüründe değil, İsviçre literatüründe de kabul görmüştür, bkz. Benjamin von Bodungen / Martin Hoffmann, Autonomes Fahren – Haftungsverschiebung entlang der Supply Chain? (1. Teil), NZV 2016, s. 449, 450; Melinda F. Lohmann/Markus Müller-Chen, Selbstlernende Fahrzeuge – eine Haftungsanalyse, SZW 2017, s. 48, 49.

olmakla birlikte sürücünün direksiyondan tamamiyle el çekmesi söz konusu değildir.

(4) İleri derecede otomatize sistemlerde ise yine yatay ve dikey hâkimiyet belirli bir zaman dilimi için ya da belirli durumlarda devralınmakta, ancak kısmen otomatize sistemlere kıyasla sürücünün sürekli olarak denetimi gerekmemektedir. Gerekli gördüğü durumlarda sistem, makul bir süre belirleyerek sürücüye aracın hâkimiyetini devralması hususunda uyarı yapmaktadır. Sistem kendi sınırlarını kendisi belirlemekle birlikte, sürücüye devralması hususunda uyarıda bulunduktan sonra başlangıç noktasına geri dönme kabiliyetine sahip değildir. Bir diğer ifade ile bu durumda sürücünün muhakkak hâkimiyeti tekrar ele alması gerekmektedir. Araç kendi kendine frenleyip durma kabiliyetine sahip değildir. Burada yine gelişmiş otoban şoförü teknolojisi akla gelmektedir. Belirtildiği üzere bu teknolojiye sürücünün sistemi sürekli gözetlemesi zorunluluğu söz konusu değildir. Sadece makul bir süre verilerek yapılan uyarı halinde aracın kontrolünü devralması gündeme gelecektir.

(5) Tam otomatize teknolojilerde ise sistem yatay ve dikey hâkimiyeti belirli durumlarda tamamiyle devralmakta, öte yandan sürücünün sistemi gözetleme gibi bir zorunluluğu gündeme gelmemektedir. Her ne kadar kendi sınırlarını tespit eden sistem sürücüye devralması hususunda bir uyarıda bulunsa da, sürücünün bu uyarıya tepki vermemesi üzerine sistem, riski (yani kaza riskini) aşgari seviyeye indirecek şekilde aracı konumlandırma yetkisine sahip olacaktır. Örneğin otoban pilot sisteminde sürücünün tepki vermemesi üzerine araç kendi kendine durabilmektedir.

Dikkat edildiği üzere bu sınıflandırma çerçevesinde insanın sadece bir yolcu olarak ve aracın sevk ve idaresine hiçbir şekilde müdahale etmediği araç tipleri¹⁴ esas alınmamıştır. Bunun sebebi ise söz konusu araçların trafiğe uygunluğu konusunda gerekli hukukî altyapının oluşturulmadığıdır. Gerçekten de 8 Kasım 1968 tarihli Viyana Karayolu Trafiği Konvansiyonu md. 8 f. 6'ya göre sürücü, sürüş esnasında başka bir işle meşgul olamaz. Dolayısıyla her araçta muhakkak bir sürücü bulunmalıdır; insan unsurunun bir yolcu sıfatına indirgenmesi bu hukukî çerçevede mümkün değildir. Lakin yapılacak değerlendirmeler çerçevesinde bu tip araçların muhteva ettiği hukukî risklere de yeri geldiğinde değinilecektir.

¹⁴ Bu araç tiplerine örnek olarak bkz. Mercedes F 015 prototip modeli, <https://www.mercedes-benz.com/en/mercedes-benz/innovation/research-vehicle-f-015-luxury-in-motion/> [Erişim: 11.07.2017].

Son olarak işaret edelim ki söz konusu ayırım, hukukî açıdan hiçbir bağlayıcı nitelik taşımamakla birlikte, hemen gerçekleştirilecek olan hukukî inceleme çerçevesinde işaret edilen farklılıklar önem kazanacaktır.

III. MESULİYETE DAİR DEĞERLENDİRMELER

Otonom araç kavramı altında birçok farklı teknolojinin söz konusu olabileceği neticesine varılmıştır. Dolayısıyla bu farklı aşamalar dikkate alınarak işletici, sürücü ve üreticinin sorumluluğu ele alınacaktır. Bu bağlamda özellikle “*otonom araçlarda sürücünün mesuliyetinin azalacağı, buna karşılık işletici ile üreticinin sorumluluğunun önem kazanacağı*” tezinin doğru olup olmadığı hususuna değinilecektir.

1. 2918 Sayılı KTK md. 85 f. 1’e Göre Araç İşleticisinin Sorumluluğu

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu md. 85 f. 1’e göre “*Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, [...] motorlu aracın işleteni [...] doğan zarardan [...] sorumlu olurlar*”. Dolayısıyla ilgili hükme göre “işletenin sorumlu tutulabilmesi için, her şeyden önce “aracın işletilmesi” gerekir¹⁵. Bu çerçevede hâkim olan görüş, işletenin sorumluluğunun tehlike esasına dayandığını, bir diğer ifade ile KTK md. 85 f. 1’de tehlike sorumluluğunun özel bir düzenlemesinin söz konusu olduğunu belirtmektedir¹⁶. Bu sebeple araç işleticisinin sorumluluğunu belirlerken hangi tehlikenin esas alındığı sorusuna cevap aramak gerekecektir. Gerçekten de en basit anlatımla tehlike sorumluluğu çerçevesinde belirli bir tehlike kaynağını işleten kişi, kusursuz da olsa bu tehlike kaynağının sebebiyet verdiği zararlardan sorumlu tutulmaktadır¹⁷. Bu sebeple de esas alınan tehlike ile bu tehlikenin meydana getirdiği zarar arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Bu bağlamda Türk/İsviçre hukukunda hâkim olan görüş, makine tekniğini¹⁸ esas alan işletme kavramını tercih etmektedir. Tehlikenin kaynağı bu görüşe göre aracın mekanik aksamının çalışması ve kullanılması, yani aracın işletilmesine has tehlikedir. Buna göre kaza, aracı harekete geçiren mekanik aksamının, özellikle motor ve ışık donanımının çalışmasının ortaya çıkardığı tehlike sebebiyle

¹⁵ Fikret Eren, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, AÜHFD., C.XXXIX, 1982 – 1987, 1 – 4, s. 159, 192.

¹⁶ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 12. Bası, İstanbul 2016, s. 190; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 523.

¹⁷ Bu müessesenin dogmatik temellerine dair daha geniş bilgi için bkz. Mesut S. Çekin, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun md. 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016, s. 21 vd.

¹⁸ Teknikomekanik, mekanoteknik; kavram için Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 712 vd.

doğmuş olmalıdır¹⁹. Bir aracın mekanik aksamının harekete geçirilmesiyle ortaya çıkan kaza tehlikesi, tehlike sorumluluğunun özel görünümü niteliğindeki bu sorumluluk türünün ana unsurunu oluşturmaktadır²⁰.

Yukarıda değinilen farklı otonom sürüş kategorileri ışığında Türk/İsviçre hukukunda hâkim olan görüş dikkate alındığında mesuliyet hususunda herhangi bir ayırımın söz konusu olmayacağı neticesine varmak mümkündür. Şöyle ki sürücünün tamamiyle hâkimiyeti altında bulunan bir araç olsun, tamamiyle sensörler sayesinde kendi kendine gidebilen bir araç olsun, her iki durumda da meydana gelebilecek mekanik ve teknik bütün aksaklıklar ve bunların sebebiyet verdiği zararlar, aracın arz ettiği tipik tehlike olarak nitelendirilebilecektir. Gerçekten de otonom sürüş çerçevesinde kullanılan bir sensörün arızalanması ya da çevresindeki diğer araçları yanlış algılaması sonucunda meydana gelen bir trafik kazası, bu aracın arz ettiği tipik tehlikeyle doğrudan ilişkilendirilebilecektir²¹. Benzer şekilde sensörlerden alınan verileri işleyen araç hafızasının hatalı yazılıma dayalı olarak kazaya sebebiyet vermesi durumunda da, araç motorunun hız ve güce dayalı olarak sebebiyet tipik tehlike unsurunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir.

Ayrıca belirtelim ki işletenin oto pilotun hatasına dayanarak mesuliyetten kurtulması imkân dâhilinde gözükmemektedir. Nitekim KTK md. 86 f. 1'e göre işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için "*kendisinin [...] kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat*" etmesi gerekmektedir. Oysa aracın sensörlerinde ya da yazılımında meydana gelen bir aksaklık, tipik tehlike unsurunu ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Bilakis bu haller, araçtaki bir bozukluk olarak değerlendirilmelidirler. Bu sebeple otonom sürüş çerçevesinde aracın sensörlerinde ya da yazılımında yaşanan aksaklıkların mücbir sebep olarak nitelendirilmesi ve buna dayalı olarak işleticinin sorumluluktan kurtulması imkân dâhilinde gözükmemektedir²².

Bu sonuç, nimet-külfet ilkesi doğrultusunda da isabetli gözükmektedir. Gerçekten de teknolojinin nimetlerinden faydalanmak isteyen işletenin, bunların sebebiyet verebileceği zararlardan da sorumlu tutulması adil bir çözüm yolu olarak gözükmektedir. Dolayısıyla tehlike sorumluluğuna dayanan

¹⁹ Eren, Hukuki Nitelik, s. 192.

²⁰ BGE 63 II 267 269; diğer örnekler için bkz. Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftungsrecht, Band II/2, Besonderer Teil, Zweiter Halbband, Gefährdungshaftungen, 4. Aufl., Zürich 1989, § 25 kn. 352.

²¹ İşletme tehlikesinin bu durumlarda da söz konusu olduğuna dair bkz. Lohmann/Müller-Chen, SZW 2017, s. 53.

²² Aynı doğrultuda von Bodungen/Hoffmann, NZV 2016, s. 451.

işletenin sorumluluğu çerçevesinde araç tipleri açısından ciddi bir farklılığın olmadığı kanaatine varmak mümkündür.

2. BK md. 49 f. 1 Çerçevesinde Sürücünün Sorumluluğu

Türk hukukunda sürücünün sorumluluğu, genel hüküm niteliğindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (BK) md. 49 f. 1 çerçevesinde değerlendirilmektedir²³. İlgili düzenleme otonom araçlar açısından ayrıca bir önem kazanmaktadır. Nitekim kusur sorumluluğunun genel hükmü olan BK md. 49 f. 1'e göre sorumluluğun kurucu unsurlarından birisi zarar verenin kusurlu davranışdır.

Yukarıda otonom araçlara dair yapılan sınıflandırma dikkate alındığında sürücünün tamamıyla hâkimiyeti altında olan araçlar ve asistan sistemlere sahip araçlar açısından hâlihazırda hukuki durumda bir değişiklik gündeme gelmeyecektir. Nitekim bu araç tiplerinde sürücü aracın hâkimiyetini kısmen de olsa elinde bulundurmaya zorunda olduğu için kusurunun tespiti hususunda da bir farklılık meydana gelmeyecektir.

Araç hâkimiyetinin geçici bir süreliğine dahi olsa otomatik sisteme geçtiği durumlarda ise sürücünün kusurunun nasıl tespit edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Nitekim KTK md. 3'te yer verilen tanıma göre sürücü, "Karayolunda, motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişidir". Şoför ise "Karayolunda, ticari olarak tescil edilmiş bir motorlu taşıtı süren kişidir". Her iki tanım da dikkatlice incelendiğinde aracın yatay ve dikey hâkimiyetinin sistem tarafından devralındığı hâllerde aracın bir insan tarafından "sevk ve idare" edilmediği neticesine varmak mümkündür. Gerçekten de otomatik sürüş sisteminin devreye girdiği esnada aracın sürücü tarafından idare edilmesi söz konusu değildir. Benzer şekilde taşıt bu esnada şoför tarafından sürülmemektedir. Aracı süren ya da sevk ve idare eden, bizzat otomatik sistemdir.

Bu sebeple Alman hukukunda otomatik sistemin devreye girmesiyle birlikte sürücünün Alman Karayolları Trafik Kanunu § 18 f. 1 çerçevesinde sürücülük sıfatını kaybedip kaybetmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bu çerçevede bir görüş, aracın idaresi ve hâkimiyetinin bütünüyle otomatik sisteme geçmesi sebebiyle artık sürücülük sıfatının ortadan kalkacağını, dolayısıyla ilgili hükmün şartlarının oluşmayacağını belirtmektedir²⁴. Buna karşılık diğer bir

²³ Eren, Hukuki Nitelik, s. 189; Probst, in: Marcel Alexander Niggli/Thomas Probst/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014, Art. 58 kn. 283; buna karşılık Alman hukukunda sürücünün sorumluluğuna dair Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda özel bir düzenleme mevcuttur, bkz. § 18 Abs. 1 StVG.

²⁴ von Bodungen/Hoffmann, NZV 2016, s. 453. Ancak yazarlar sürücünün hâkimiyeti otomatik sisteme devrettiği süre zarfında § 18 f. 1 StVG çerçevesinde sorumlu tutulamayacağını, sürücünün hâkimiyeti ve idareyi devraldığı andan itibaren tekrar sorumlu tutulacağını belirtmektedirler.

görüş, sürücünün kendi iradesi doğrultusunda hâkimiyeti otomatik sisteme devrettiğini, her an sisteme müdahale edebilme imkânına sahip olduğunu ve hatta sistemi tamamiyle devre dışı bırakmasının da mümkün olduğunu, dolayısıyla sürücü niteliğinin ortadan kalkmadığını belirtmektedir²⁵.

Bu tartışma Türk/İsviçre hukuku açısından önem taşımamaktadır. Nitekim sürücü niteliğinin ortadan kalktığını savunan görüş bu hallerde genel hüküm niteliğindeki § 823 f. 1 BGB'nin uygulama alanı bulacağını belirtmekle²⁶, Türk/İsviçre hukukunda zaten uygulanacak olan BK md. 49 f. 1 hükmünün muadili bir düzenlemenin uygulanmasını savunmaktadır. Dolayısıyla Türk/İsviçre hukuku açısından önem teşkil eden husus, BK md. 49 f. 1 çerçevesinde otomatize sistemden istifade eden sürücünden beklenecek özenin nasıl tespit edileceğidir. Genel itibarıyla kusur, kasten ya da ihmal sebebiyle ortalama davranıştan sapma olarak nitelendirilmektedir²⁷. Araç sürücüsünden beklenen ortalama davranış seviyesi ise, kazaları önlemek için kendisinden beklenebilecek bütün özeni göstermesidir²⁸. Peki otomatize sistem kullanan araç sürücüsünden beklenecek özen seviyesi nasıl olmalıdır?

Bu çerçevede bir taraftan sürücünün hâkimiyeti sisteme devretmesi sebebiyle hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı ihtimali akla gelmekte, bunun tam tersi hâlde ise otomatize sistemi kullanan sürücünün bu sistemin hatalarını da göze almış sayılacağı savunulabilmektedir. Ancak ilk bakışta hemen akla gelen bu iki uç görüşün de isabetli olmadığı aşîkârdır. Şöyle ki sürücüyü mesuliyetten tamamiyle muaf tutmak, sürücülerden beklenen yüksek özen seviyesi dikkate alındığında gerçekçi değildir. Her ne kadar otomatize sistemlerin amacı sürücü hatalarını ortadan kaldırmak olsa da, en azından kısmî ve ileri seviyede otomatize sistemlerde sürücünden hiçbir şekilde özenli davranmasını beklememek isabetli gözükmemektedir. Örneğin otoban sistemini şehir içinde kullanan ve bu esnada filim izlemeye dalan sürücünün sorumlu kılınmaması isabetli bir çözüm yolu olarak gözükmemektedir. Diğer taraftan otomatize sistemi kullanmanın başlı başına özensiz davranış olarak değerlendirilmesi, hukuk düzenimizin kurduğu menfaat dengesine aykırı düşmektedir. Nitekim kanun koyucu, araç işletenin sorumluluğunu tehlike sorumluluğu olarak düzenlemiş, sürücü ise kusur sorumluluğu çerçevesinde mesul kılınmıştır. Fakat sürücüyü sırf otomatize sistem kullanması sebebiyle sorumlu kılmak, kusur sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu arasındaki sınırı ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Sürücü açısından daha uygun olan

²⁵ Paul T. Schrader, Haftungsrechtlicher Begriff des Fahrzeugführers bei zunehmender Automatisierung von Kraftfahrzeugen, NJW 2015, s. 3537, 3541.

²⁶ von Bodungen/Hoffmann, NZV 2016, s. 454.

²⁷ Roland Brehm, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, 4. Aufl., Bern 2013, Art. 41 kn. 169, 172.

²⁸ Oftinger/Stark, Band II/2, § 25 kn. 492.

kusur sorumluluğu bu sayede bir kusursuz sorumluluk hâline bürünecektir. Bu neticenin ise kanun sistematığına aykırı olduğu açıktır.

Dolayısıyla sürücünün göstermesi gereken özeni belirlerken özellikle sistem denetimi ve aracın muayene edilmemesi hususları ön plâna çıkmaktadır²⁹. Sürücü, otomatize sistemlerle donatılmış araç ile trafiğe çıkmadan önce bu sistemlere yeterince hâkim olup olmadığını tespit etmelidir. Bu bağlamda özellikle sisteme dair gerekli bilgiler aracın kullanma kılavuzundan ya da satış yetkilisinden temin edilmeli ve sürücü tarafından okunmalıdır. Örneğin sadece otoban için öngörülen bir sistemi bölünmüş yolda ya da şehir içinde kullanan sürücü, kendisinden beklenen özeni yerine getirmiş sayılamayacaktır. Bu çerçevede kısmı otomatize sistemlerde sürücünün gözetim ve denetim yükümlülüğü bütün sürüş esnasında devam etmektedir³⁰. İleri derecede otomatize sistemlerde ise sürücünün sistemin komutlarına derhal tepki verme yükümlülüğünden bahis açılabilecektir. Sistem sınırlarına ulaştığını fark ettiği esnada sürücüye hâkimiyeti tekrar devralması hususunda uyarıda bulunmasına rağmen sürücünün bu komuta uygun davranmaması, özensiz davranışa işaret etmektedir. Bunun yanında sürücü, aracın sistemlerinin çalışıp çalışmadığını denetlemek, aracın gerekli muayenelerinin yapıp yapılmadığını kontrol etmekle kendi üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaktadır. Öte yandan sürücü gerekli denetimleri yapmış, fakat otomatize sistemin hâkimiyeti devraldığı esnada sistemden kaynaklanan bir hata kazaya sebebiyet vermiş ise, sürücünün kusurundan bahsedilemeyeceği savunulmaktadır³¹. Aynı şekilde tam otomatize sistemlerde de sürücünün kusurundan kural olarak bahis açılmayacağı belirtilmektedir³².

Son olarak otomatize sistemler konusunda Karayolları Trafik Kanunu'nda yeni düzenlemeler içeren Alman Tasarısı'na değinmekte fayda vardır. Zira ilgili tasarıda ileri derecede ya da tam otomatize sistemleri kullanan sürücülerin yükümlülükleri açıkça düzenlenmektedir.

Her şeyden evvel tasarı, otomatize sistem kullanan sürücünün Alman Karayolları Trafik Kanunu bağlamında sürücülük sıfatını kaybedip kaybetmeyeceği hususuna açıklık getirmekte, doktrin ve uygulamadaki bazı görüşlerin³³ aksine otomatize sistemin teknolojik seviyesinden bağımsız olarak sürücünün sürücü sıfatını kaybetmeyeceğini, otomatize sistemlere rağmen

²⁹ Lohmann/Müller-Chen, SZW 2017, s. 52.

³⁰ von Bodungen/Hoffmann, NZV 2016, s. 454.

³¹ Lohmann/Müller-Chen, SZW 2017, s. 52.

³² von Bodungen/Hoffmann, NZV 2016, s. 449.

³³ 2015 senesinde Alman Trafik Mahkemeler Günü çerçevesinde toplanan hukukçular, sonuç bildirisinde otomatize sistemin kullanıldığı esnada sürücünün sürücü sıfatının ortadan kalktığının kabul edilmesini tavsiye etmişlerdir; bkz. www.deutscher-verkehrsgerichtstag.de/images/empfehlungen_pdf/empfehlungen_53_vgt.pdf [Erişim: 11.07.2017]; von Bodungen/Hoffmann, NZV 2016, s. 454.

halen aracı sevk ve idare eden kişi olarak değerlendirileceğini hüküm altına almaktadır. Bir diğer ifade ile sürücü elini direksiyondan çekse dahi sürücü kalacaktır. Ancak tasarı, insanların sadece bir yolcu olarak kullandıkları tamamiyle otonom araçları kapsamamaktadır. Nitekim bu tür araçların trafiğe uygunluğu hususunda dahi henüz kanunî bir düzenleme mevcut değildir. Zaten bu tür bir düzenlemenin, 8 Kasım 1968 tarihli Viyana Karayolu Trafik Konvansiyonu md. 8 f. 6 hükmüne aykırı düşeceği belirtilmektedir³⁴.

Sürücünün yükümlülüklerini düzenleyen StVG § 1b b. 1) hükmüne göre sürücü, sistem tarafından hâkimiyeti devralması hususunda uyarıldığında derhal hâkimiyeti eline almalıdır. Aynı yükümlülük, b. 2)'ye göre sürücünün, otomatize sistemin düzgün çalışması için gerekli ortamın mevcut olmadığını tespit ettiği ya da tespit etmesi gerektiği an itibarıyla de söz konusu olacaktır. Bu sebeple sürücünün otomatize sistemi kullanmadan önce bu sistem hakkında, özellikle sistemin sınırları hakkında yeterince bilgi edinmesi ve bu sayede sistemin sınırlarına vakıf olabilmesi gerekmektedir. Bu sayede sürücü, aracın hâkimiyetini otomatize sisteme devretme ya da devretmeme, devrettiği hâkimiyeti tekrar geri alıp almama hususlarında sağlıklı ve isabetli kararlar alabilecek konumda olmalıdır. Ayrıca araçta meydana gelen diğer arızalar da sürücüyü otomatize sistemi kapatıp hâkimiyeti devralmaya sevk etmelidir. Araçta aksaklıklar hisseden sürücünün sistem uyarılarına gerek olmaksızın kendiliğinden müdahale etmesi gerekmektedir³⁵.

Bu düzenleme birçok soru işaretini de beraberinde getirmektedir. Gerçekten de otomatize sistemi kullansa dahi trafiğin akışını gözden kaçırmamak ve sistemin sınırlarına ulaşıp ulaşmadığını daima kontrol etmekle yükümlü olan sürücünün bu yükümlülüğünü hangi sıklıkla yerine getirmesi gerektiği hususu belirsizliklere sebebiyet vermektedir. Bir telefon görüşmesi yapmak, maillerini okumak, mesaj yazmak gibi faaliyetler mümkün olacak mıdır? Yoksa sürücünün gözünü daima trafikten ayırmaması mı gerekmektedir? Şayet sürücü trafiği devamlı gözetlemekle yükümlü ise yeni teknolojilerin getirdiği imkânlardan istifade etmek ne derece mümkün olacaktır? Bu ve benzeri sorular, kanunun mahkemelerce dar mı yoksa geniş mi yorumlanacağı sorusuna sebebiyet vermekle birlikte, an itibarıyla tasarımın otomatize sistemler hususunda gerçekten de tam bir açıklık getirdiğini söylemek imkân dâhilinde gözükmemektedir.

Tamamiyle otonom çalışan ve kendi kendine öğrenebilme kabiliyetine sahip olan sistemlerde ise bir sürücünün söz konusu olup olmadığı dahi şüphelidir.

³⁴ Daha geniş bilgi için bkz. Merih Erdem Kütük-Markendorf / David Essers, Zivilrechtliche Haftung des Herstellers beim autonomen Fahren – Haftungsfragen bei einem durch ein autonomes System verursachten Verkehrsunfall, MMR 2016, s. 22, 23.

³⁵ Bkz. BT-Drucks. 18/11300, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes, s. 22, 23.

Bir kişinin sürücü olarak tayin edilmesi hâlinde dahi bu kişinin ancak sistem tarafından yapılan uyarıları dikkate alması ve genel itibariyle aracı gözden geçirmesi ile kendisinden beklenen özeni yerine getirdiğinin kabul edilmesi gerekecektir.

3. Araç Üreticisinin Sorumluluğu

a. Hukuki Dayanak

Türk hukukunda ürün/üretici sorumluluğunun hukuki dayanağı hususunda tartışma mevcuttur. Doktrinde genel itibariyle kabul gören bir görüşe göre Türk hukukunda ürün/üreticinin sorumluluğu hususunda örtülü bir boşluk mevcuttur. Bu boşluk pozitif bir kural ile doldurulmalıdır³⁶. Diğer bir görüş ürün/üreticinin sorumluluğunun dayanağını 4077 satılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da görmektedir³⁷. Öte yandan 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, taslak hâlinde üreticinin sorumluluğuna dair bir hüküm içermekte iken kanunun nihaî hâlinde bu düzenleme çıkartılmıştır³⁸. Dolayısıyla kanun koyucunun iradesinin üreticinin sorumluluğunu 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde düzenleme niyetinde olmadığı, bilakis kanun koyucu tarafından bu sorunun tespit edilip kanun çerçevesinde ele alınmamasının örtülü boşluğu da ortadan kaldıracığı söylenebilecektir.

Nihayet 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun çerçevesinde piyasaya sunulacak/sunulmuş ürünlere dair düzenlemeler mevcuttur. Ne var ki ilgili Kanun'un "ürünlerin piyasaya arzında üreticilerin ve dağıtıcıların yükümlülükleri"ni esas alan md. 5 hükmünde sorumluluğun, "*herhangi bir kişinin (özellikle satıcının) sorumluluğuna dayanmadan bağımsız olarak*" düzenlendiği savunulmaktadır³⁹. Nihayet "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı" md. 7 f. 1'de

³⁶ Ergun Özsunay, AB ve Türkiye'de Ürün Sorumluluğu, AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler, Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, 24-25 Kasım 2011, Metinler Kitabı, İKÜ Yayını, İstanbul 2011, s. 174 vd.; Oğuz Sadık Aydos, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009. De lege feranda öneriler için bkz. Tuba Akçura-Karaman, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 53 vd.; Ayşe Havutçu, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 111 vd.; Çiğdem Kırca, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 76 vd.

³⁷ Etraflı bilgi için bkz. Emrah Kulaklı, Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, İstanbul 2009, s. 9 vd.

³⁸ Murat Aydoğdu, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 2, 2013, s.1, 6.

³⁹ Aydoğdu, s. 6. Aksi görüş için bk. Havutçu, s. 115 vd.; Kırca, s. 85 vd.

üreticinin sorumluluğuna dair bir düzenlemeye yer verilmiştir⁴⁰. Buna göre “*Sıncı maddede belirtilen ürün güvenliği koşullarını veya uygulanabildiği durumlarda 6ncı maddede atf yapılan genel güvenlik gereklerini karşılayamadığı için bir ürünün, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması hâlinde, bu ürünün imalâtçısı veya ürün ithal ise ithalâtçısı doğan zarardan kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur ve bu Kanun uyarınca tazminat borcu doğar. Mala gelen zararlar tazminat borcunun doğması için, uygun olmayan ürün dışındaki bir malın zarar görmesi, bu malın normalde kişisel kullanıma mahsus olması ve zarar gören tarafından esasen kişisel amaçlarla kullanılmış olması gerekir.*” Nedensellik bağına düzenleyen 2. fıkraya göre ise “*İmalâtçı veya ithalâtçinin sorumlu tutulabilmesi için; zarar görenin üründeki uygunsuzluğu, uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağına ispat etmesi zorunludur. Somut olayın özelliklerine göre ürünün ortaya çıkan türden bir zararı doğurmaya elverişli olması hâlinde nedensellik bağına var olduğu kabul edilir.*” Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere mukayeseli hukukta yer verilen ürün sorumluluğu hükümleri, ilgili kanun taslağına yansıtılmıştır. Dolayısıyla taslağın yasalaşması hâlinde ürün sorumluluğu müessesesinin pozitif hukuk zeminine oturtulmuş olacağı savunulabilecektir.

b. Üreticinin Sorumluluğunun Esasları

Yukarıda ifade edildiği üzere, ürün sorumluluğunun kanunî dayanağı hususunda bir ihtilafın söz konusu olması, bu sorumluluğun pozitif hukuktaki şartlarını tespit etmek bağlamında da belirsizliğe sebebiyet vermektedir. Ancak örtülü boşluğu savunan görüş, 4703 sayılı Kanun’un uygulama alanı bulacağını savunan görüş ve nihayet Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı md. 7 f.2’de, netice itibarıyla ürün sorumluluğu için aynı şartları öngörmektedir. Buna göre mukayeseli hukuktaki düzenlemelere⁴¹ benzer şekilde üreticinin sorumluluğundan bahis açabilmek için zarar görenin (1) üründeki ayıbı, (2) uğradığı zararı ve (3) ayıp ile zarar arasındaki nedensellik bağına ispat etmesi zorunludur. Dolayısıyla sorumluluğun yegâne şartı, üründeki uygunsuzluktur. Bu sebeple otomatize araçlarda ayıp denetiminin nasıl ve neye göre yapılması gerektiği sorusunun öncelikle cevaplandırılması gerekmektedir.

Otomatize sistemlerle donatılmış araçların trafikte seyredecekleri dikkate alındığında bunların doğrudan can ve mal zararlarına sebebiyet verme ihtimalleri söz konusudur. Dolayısıyla nasıl bir sürücü trafikte kendisinden beklenen bütün özeni göstermekle yükümlü ise, otomatize sistem araç üreticilerinin de en azından dikkatli bir insanın göstereceği özen seviyesinde

⁴⁰ Tasarı metni için bkz. <http://www.orgtr.org/2014/yenitaslak-karsilastirma-tablosu.pdf-4703.pdf> [Erişim: 11.07.2017].

⁴¹ Bkz. § 1 f. 1 Produkthaftungsgesetz (Almanya) ve Art. 1 f. 1 PrHG (İsviçre).

araçlarını tasarlamaları gerekmektedir. Dolayısıyla özenli sürücü seviyesinin altındaki otomatize sistemler uygunsuz olarak nitelendirilecektir. Fakat özenli bir sürücünün göstereceği özen seviyesi, otomatize araç üreticisinden beklenen özenin asgarî sınırıdır. Bunun ötesinde araç üreticisinin tasarım aşamasında çok dikkatli olması, can ve mal kaybının söz konusu olmaması için tasarım aşamasında elinden gelen bütün özeni göstermesi gerekmektedir⁴². Bu çerçevede otomotiv sektörüne mahsus standartlar önem kazanacaktır⁴³. Nitekim 4703 sayılı Kanun md. 5 f. 3'te belirtildiği üzere *“Teknik düzenlemelere uygun ürünlerin güvenli olduğu kabul edilir. Teknik düzenlemenin bulunmadığı hâllerde, ürünün güvenli olup olmadığı; ulusal veya uluslararası standartlara; bunların olmaması halinde ise söz konusu sektördeki iyi uygulama kodu veya bilim ve teknoloji düzeyi veya tüketicinin güvenliğe ilişkin makul beklentisi dikkate alınarak değerlendirilir.”* Ancak hâlihazırda tam otomatize sistemlere uygulanacak standartların mevcut olmayışı, üreticilerin hangi standartlara uyması gerektiği sorununu da beraberinde getirecektir. Zira üretici, mesuliyetten kurtulmak için teknik standartları dikkate aldığı savunmasını öne sürmekten mahrum kalacaktır. Dolayısıyla en kısa zamanda tam otonom sürüş teknolojileri için gerekli normların ihdas edilmesi elzemdir.

Dikkat çekilen bir diğer husus, otomatize sistemlerin sensörler tarafından elde edilen verilerin araç içindeki bir yazılımla işlenmesi suretiyle gerçekleşmesidir. Dolayısıyla otomatize sistemde meydana gelecek hata, doğrudan bu yazılımla alakalı olacaktır. Hatalı yazılım ise tasarım hatası olarak nitelendirilmektedir. Buna göre araç üreticisi, yazılımı tasarlama aşamasında tam ve eksiksiz parametrelerle çalışmadığı için hatalı yazılım üretmiştir. Yazılımdaki bu hata ise, ürün sorumluluğunun önemli bir kategorisi olan tasarım hatası olarak nitelendirilmektedir⁴⁴. Dolayısıyla aracın otomatize seviyesi ne olursa olsun, tasarımın ileride hataya sebebiyet vermeyecek şekilde yapılması gerekmektedir.

Üreticinin sorumluluğu sadece tasarım aşamasıyla kısıtlı değildir. Bilakis üretici, ürünü kullanacak olan kişiyi yeterince bilgilendirmekle de yükümlüdür. Bu yükümlülük özellikle otomatize sistemler açısından önem kazanmaktadır. Buna göre üretici, kullanıcıyı doğru, eksiksiz ve anlaşılır bir şekilde otomatize sistemin özellikleri hususunda bilgilendirmelidir. Bu bilgilendirmenin içeriği olarak özellikle otomasyonun derecesi, otomasyon sistemlerinin kapsamı ve

⁴² Benjamin von Bodungen / Martin Hoffmann, *Autonomes Fahren – Haftungsverschiebung entlang der Supply Chain?* (2. Teil), NZV 2016, s. 503, 505.

⁴³ Lohmann/Müller-Chen, bu çerçevede Ulusal Karayolları Trafik Güvenliği Kurumunun otomatize araçlara dair Yönergesini (Vehicle Performance Guidance for Automated Vehicles) örnek göstermekte (SZW 2017, s. 54, dn. 67), von Bodungen/Hoffmann ise bu çerçevede ISO 26262 no.lu endüstri normlarına işaret etmektedirler (NZV 2016, s. 506).

⁴⁴ von Bodungen/Hoffmann, NZV 2016, s. 505.

sınırları öne çıkmaktadır⁴⁵. Ne var ki kullanıcının bilgilendirme şekli hususunda somut bir veri söz konusu değildir. Sürücünün tıpkı uçaklarda olduğu gibi araç içinde sürüş öncesi bilgilendirilmesi, sürücünün satış sonrasında test sürüşü kapsamında otomasyon sistemi hakkında eğitilmesi gibi farklı önerilere rastlamak mümkündür. Ancak kural olarak şu kadarını söyleyebiliriz ki otomasyon seviyesinin artmasıyla üreticinin kullanıcıyı bu sistemler hakkında bilgilendirme yükümlülüğü de artacaktır.

Araçların dijitalleşmesi aynı zamanda bu araçların dışarıdan gerçekleşen kasıtlı müdahalelerle siber saldırılara açık hâle gelmesini de beraberinde getirmektedir. Bu çerçevede araç üreticisinin dışarıdan gerçekleşecek saldırılara karşı gerekli koruma mekanizmalarına sahip araç üretmekle yükümlü olduğu belirtilmektedir⁴⁶. Buna göre üretici, otomasyon sisteminin dışarıdan gerçekleşecek muhtemel siber saldırılardan etkilenmemesi için gerekli bütün önlemleri almalıdır. Aksi hâlde dışarıdan gerçekleşecek saldırılara yeterince koruma imkânı sunmayan araçlar, hatalı olarak değerlendirilecektir. Gerçekten de aracın işlevsel ve güvenli bir hâlde olabilmesi için dışarıdan gerçekleşecek müdahalelere karşı gerekli koruma mekanizmasına sahip olması elzemdir. Dolayısıyla bu mekanizmaya sahip olmayan ürün yeterince güvenli olmamakla birlikte, kendisinden beklenen faydayı da sağlayamamaktadır⁴⁷.

Son olarak üreticinin pazara sunduğu ürünü düzenli olarak denetlemesi ve gözetlemesi gerektiğine dikkat çekilmektedir. Gerçekten de otomatize sürüş teknolojilerinin henüz yeni olduğu ve yazılımların hayatın olağan akışı doğrultusunda daima hata vermeye yatkın olduğu dikkate alındığında üreticinin otomatize sürüş sistemini içeren aracı piyasaya sürmekle hiçbir yükümlülüğünün kalmadığını söylemek imkan dâhilinde gözükmemektedir. Bilakis üretici ürünü piyasaya sunduktan sonra ürünü gözlemlenmek ve meydana gelen muhtemel eksiklikleri gidermekle yükümlü olmalıdır⁴⁸.

c. Üreticinin Sorumluluktan Kurtulma İmkânı

Tartışılan bir diğer husus ise üreticinin sorumluluktan kurtulma imkânının söz konusu olup olmadığına ilişkindir. Bu çerçevede illiyet bağı ve gelişim riski konuları özellikle tartışılmaktadır.

Buna göre meydana gelen kazada aracın otomasyon sistemi arızalanmış, fakat bunun yanında sürücü de kusurlu davranmış ise üreticinin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Zira illiyet bağının kesilmesi için sürücünün ya da

⁴⁵ von Bodungen/Hoffmann, NZV 2016, s. 505; benzer şekilde Lohmann/Müller-Chen, SZW 2017, s. 54.

⁴⁶ Lohmann/Rusch, HAVE 2015, s. 351.

⁴⁷ Lohmann/Rusch, HAVE 2015, s. 351.

⁴⁸ Aynı yönde von Bodungen/Hoffmann, NZV 2016, s. 506.

üçüncü kişinin ağır kusurlu bir şekilde kazaya sebebiyet vermesi gerekmektedir. Bu çerçevede önem taşıyan tek hususun, sistem hatasız çalışsaydı yine de kazanın meydana gelip gelmeme ihtimali olduğu belirtilmektedir⁴⁹. Sistemin kusursuz çalıştığı durumda dâhi kaza meydana gelecekse üreticinin sorumluluğu söz konusu olmayacak, ancak sistemin kusursuz çalıştığı durumda kaza önlenebilecek nitelikteyse üreticinin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Öte yandan yapay zekâyla donatılmış sistemin kendi kendine hatalı şeyler öğrenmesi ve bu sayede kazaya sebebiyet vermesi halinde tasarım hatası sebebiyle üreticinin sorumluluğunun gündeme gelebileceği hususu yukarıda belirtilmiştir.

Nihayet İsviçre hukukunda Ürün Sorumluluğu Kanunu Art. 5 f. 1 b. e)'ye göre üretici, gelişim riskini öne sürerek sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir. Bu düzenlemeye göre üretici, ürünü piyasaya sunduğu an itibariyle bilim ve teknolojiye kabul gören standartlar çerçevesinde somut olayda ortaya çıkan hatanın öngörülemeyen nitelikte olduğunu ispat ettiği takdirde mesuliyetten kurtulabilecektir. Bilim ve teknolojiye kabul gören standartların esas alındığı benzer bir düzenlemeye, 4703 sayılı Kanun md. 5 f. 3'te rastlamak mümkündür. Ancak üreticinin bu çerçevede bütün denetim ve kontrol imkânlarını kullanması gerektiğine, hatta ürünün muhteva ettiği riske üreticinin katlanması gerektiğine işaret edilmektedir⁵⁰. Gerçekten de yazılımların hataya meyilli olduğu ve riskin tamamen bertaraf edilmesinin imkânsız olduğu gerçeği dikkate alındığında üreticinin bu riski bilerek üstlenmesi, onun bu riskin sebebiyet verdiği zararlara da katlanmasını meşru kılacak niteliktedir.

4. Üretici ve İşleticinin Müteselsil Sorumluluğu

Yukarıda yapılan değerlendirmeler göstermektedir ki otonom aracın muhteva ettiği risk, araç işletenin kusursuz sorumluluğunun dayanağını teşkil eden tipik riskten farklı değildir. Dolayısıyla otonom araçların yazılım ve sensörlerindeki hatalardan dolayı sebebiyet verdiği kazalardan kural olarak aracın işleticisi sorumlu tutulabilecektir. Bunun yanında yazılımların hatalı olması araç üreticisinin de sorumluluğunu gündeme getirebilecektir. Dolayısıyla BK md. 61 çerçevesinde araç işletenin ve araç üreticisinin müteselsil sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Zarar gören, kazanın yazılım ya da diğer bir tasarım hatasından meydana geldiğini ispat ettiği takdirde zararını üreticiden ya da araç işletenden talep etme imkânına sahip olacaktır.

Ne var ki uygulamada zarara uğrayan, söz konusu zararını doğrudan

⁴⁹ Lohmann/Rutsch, HAVE 2015, s. 351.

⁵⁰ Fellmann, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. Aulf., Basel 2015, Art. 5 PrHG kn. 83.

araç işleticisinin sigorta şirketinden ve ilaveten araç işleticisinden talep etmektedir. Dolayısıyla zarar görenin zararını telafi eden sigorta şirketinin ya da araç işleticisinin araç üreticisine rücu etmesi söz konusu olacaktır. Bu çerçevede öncelikle araç yazılımından meydana gelen kazalarda davanın araç üreticisine de ihbar edilmesinde fayda olacaktır. Ancak maddi hukuk açısından cevaplanması gereken soru, BK md. 62 çerçevesinde araç işleten ile araç üreticisi arasındaki zarar paylaşımının nasıl olması gerektiğidir⁵¹. İlgili hükme göre “*bütün durum ve koşullar, özellikle*” müteselsil sorumluların “*her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu*” dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla bir taraftan araç işletenin bu faaliyetinin muhteva ettiği tipik risk ile araç üreticisinin hataya meyilli bir ürünü piyasaya sürmesindeki risk dikkate alınarak bir neticeye varılmalıdır. Bu sebeple de bu hususun uygulamada birçok tartışmaya sebebiyet vereceğini şimdiden söylemek mümkündür.

IV. SONUÇ

Otonom sürüş çerçevesinde doğacak sorumluluğa dair yapılan değerlendirmeler neticesinde öncelikle farklı araç tiplerinin farklı seviyede teknolojilere sahip olduğu ve bu sebeple somut olay şartlarının daima dikkate alınması gerektiğine dikkat çekmek gerekecektir. Gerçekten de farklı teknolojik seviyelere göre özellikle sürücünün sorumluluğunun azalması ya da üreticinin sorumluluğunun artması söz konusu olabilecektir.

Genel itibariyle aracın teknolojik seviyesi ne olursa olsun, arz ettiği tipik tehlikede herhangi bir değişiklik meydana gelmeyeceği için işleticinin tâbi olduğu ve tehlike sorumluluğunun özel bir görünümü şeklinde KTK md. 85 f. 1’de düzenlenmiş olan araç işletenin sorumluluğunda ciddi bir değişikliğin olmayacağı söylenebilecektir.

Oysa genel kusur sorumluluğu çerçevesinde ele alınan sürücünün sorumluluğunda ciddi farklılıklar gündeme gelebilecektir. Belirtelim ki otomatize sistem, sürücüyü her türlü sorumluluktan muaf kılmamakta, araç sistemlerinin çalışıp çalışmadığını kontrol etmek ve sistemlerin sınırları hakkında gerekli bilgileri edinmek, gerektiği yerde sisteme müdahale etmek gibi yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. Ancak bu yükümlülüklerini yerine getiren bir sürücüyü, tamamiyle otomatize sistemin hatasından kaynaklanan bir kazada kusurlu sayıp zararların tazminine zorlamak isabetli bir çözüm olarak gözükmemektedir. Dolayısıyla kendisinden beklenen özeni yerine getiren sürücünün sorumluluğunun otomatize sistemler bağlamında ciddi derecede azalacağını söylemek mümkündür.

⁵¹ Tehlike sorumluluğunun diğer sorumluluk halleriyle çakıştığı durumlarda paylaşımın nasıl yapılacağına dair bkz. Çekin, s. 319 vd.

Nihayet gelişen teknolojilerin karmaşıklığı, yazılımların çok düşük de olsa hata verme riskinin bulunması ve trafikte meydana gelebilecek kazaların doğrudan insan canını ve eşyayı etkilemesi, üreticilerin ürün sorumluluğu çerçevesindeki yükümlülüklerini ciddi derecede artırmaya elverişlidir. Dolayısıyla üreticilerin bu çerçevede yeni teknolojiler içeren ürünlerini tanıtırken bu teknolojilerin tehlikelerine de daima dikkat çekmeleri isabetli olacaktır.

Sigorta hukuku açısından belirtelim ki her ne kadar üreticinin mesuliyeti artsa da trafikte zarar gören, ya doğrudan araç işletene ya da bunun sigortasına başvuracaktır. Dolayısıyla zarar görenin doğrudan araç üreticisine başvurma ihtimali düşüktür. Ne var ki araç işleten ya da araç işletenin sigorta şirketi, zarar görene ödediği tazminatı üreticiden rücu etme yoluna gidebilecektir.

BİBLİYOGRAFYA

AKÇURA-KARAMAN, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.

AYDOĞDU, Murat: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 2, 2013, s.1 vd.

AYDOS, Oğuz Sadık: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: Robot Hukuku, TAAD, Yıl:7, Sayı:29 (Ocak 2017), s. 85 vd.

BREHM, Roland: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, 4. Aufl., Bern 2013.

ÇEKİN, Mesut S.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun md. 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017.

EREN, Fikret: Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, AÜHFĐ., C.XXXIX, 1982 – 1987, 1 – 4, s. 159 vd. (Eren, Hukuki Nitelik).

GASSER, Tom M. / ARZT, Clemens / AYOUBİ, Mihiar u.A.: Rechtsfolgen zunehmender Fahrzeugautomatisierung, Gemeinsamer Schlussbericht der Projektgruppe, Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen - Fahrzeugtechnik Heft F 83, Bergisch Gladbach 2012.

HAVUTÇU, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.

HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.): Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2015.

KIRCA, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.

KULAKLI, Emrah: Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, İstanbul 2009.

KÜTÜK-MARKENDORF, Merih Erdem / ESSERS, David: Zivilrechtliche Haftung des Herstellers beim autonomen Fahren – Haftungsfragen bei durch ein autonomes System verursachten Verkehrsunfall, MMR 2016, s. 22 vd.

LOHMANN, Melinda F. / MÜLLER-CHEN, Markus: Selbstlernende Fahrzeuge – eine Haftungsanalyse, SZW 2017, s. 48 vd.

MAURER, Markus / GERDES, J. Christian / LENZ, Barbara / WINNER, Hermann (Hrsg.): Autonomes Fahren, Heidelberg 2015

NIGGLI, Marcel Alexander / PROBST, Thomas / WALDMANN, Bernhard (Hrsg.): Basler Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014.

OFTINGER, Karl / STARK, Emil W.: Schweizerisches Haftungsrecht, Band II/2, Besonderer Teil, Zweiter Halbband, Gefährdungshaftungen, 4. Aufl., Zürich 1989.

ÖZSUNAY, Ergun: AB ve Türkiye’de Ürün Sorumluluğu, AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler, Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, 24-25 Kasım 2011, Metinler Kitabı, İKÜ Yayını, İstanbul 2011.

SCHRADER, Paul T.: Haftungsrechtlicher Begriff des Fahrzeugführers bei zunehmender Automatisierung von Kraftfahrzeugen, NJW 2015, s. 3537 vd.

von BODUNGEN, Benjamin / HOFFMANN, Martin: Autonomes Fahren – Haftungsverschiebung entlang der Supply Chain? (2. Teil), NZV 2016, s. 503 vd.

von BODUNGEN, Benjamin / HOFFMANN, Martin: Autonomes Fahren – Haftungsverschiebung entlang der Supply Chain? (1. Teil), NZV 2016, s. 449 vd.

DENİZ HAYDUTLUĞUNA KARŞI MÜCADELEDE ULUSLARARASI TOPLUMUN ÇABALARI

International Community's Efforts on Fighting with the Piracy

Yrd. Doç. Dr. Yasin POYRAZ¹ - Arş. Gör. Figen TABANLI²

Geliş Tarihi: 14.08.2017

Kabul Tarihi: 07.11.2017

ÖZET

Deniz haydutluğu, uluslararası nitelik taşıyan en eski suçlardan birisidir. Buna karşın, 20. yüzyıl ortalarına kadar uluslararası hukukta bir tanımı yapılmamıştır. Tarihi süreç içerisinde ortaya çıkan deniz haydutluğuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları, 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi ile yazılı hale getirilmiştir. Bu kuralların 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde tekrarlandığı görülmektedir.

1856 Paris Deklarasyonu ile yasaklanan ve daha önce yasal bir savaş yöntemi olarak kullanılan korsanlık ile deniz haydutluğunun çoğu zaman birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Oysa hukukî açıdan korsanlık ve deniz haydutluğu kavramları farklı durumları ifade etmektedir. Uygulandığı dönem açısından korsanlık, devletler tarafından verilen bir yetki belgesi ile resmiyet kazandırılan ve meşru görülen bir savaş yöntemi iken; deniz haydutluğu hiçbir zaman hukuka uygun ve meşru kabul edilmemiştir.

Uluslararası hukukta deniz haydutlarını yargılama konusu devletlerin iç hukukuna bırakılmıştır. Pozitif uluslararası hukuka göre, bütün devletler açık denizlerde deniz haydutlarını yakalama ve yargılama yetkisine sahiptir. Ancak birçok devletin, deniz haydutlarını yargılama konusunda isteksiz davrandığı görülmektedir.

ABSTRACT

Piracy has been one of the oldest crimes throughout history. Although it is an old crime, there had never been a definition in international law until the middle of the 20th century. Rules of international law relating to piracy was written in the 1958 Geneva Convention on the High Seas. The rules on piracy in the 1958 Convention on the High Seas were adopted exactly to the 1982 United Nations Law of the Sea Convention.

The concept of piracy is often confused with the concept of privateering which was a legal method of war until the 1856 Paris Declaration. However, the concept of piracy expresses different meaning from the concept of privateering. An authorization certificate is given to the privateer by states. There is not such a case in piracy.

Judgement of pirates has been left to domestic law of the states in international law. All states have the right of capturing and judging pirates on the high seas. However, states have been reluctant to judge the pirates.

¹ Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ypoyraz@ybu.edu.tr

² Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, figentabanli@anadolu.edu.tr

Bu durumu göz önünde tutan BM Güvenlik Konseyi, özellikle son dönemlerde artış gösteren deniz haydutluğunu önlemek amacıyla bir dizi karar almıştır. Bu kararlar, uluslararası toplumun sivil ve askerî önlemler almasını teşvik etmektedir. Çalışmamızda, deniz haydutluğuna karşı uluslararası toplumun gösterdiği çabalar, özellikle BM Güvenlik Konseyinin kararları çerçevesinde ele alınacaktır.

As a result, a series of decisions has been taken by the United Nations Security Council in order to prevent increasing piracy, especially in the recent times. Civil and military operations have been made by the international community in the light of the these decisions.

Anahtar Kelimeler: Deniz Haydutluğu, Korsanlık, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, Somali, Cibuti Kodu, Uluslararası Denizcilik Örgütü.

Keywords: Piracy, Privateering, The United Nations Convention on the Law of the Sea, Somalia, Djibouti Code of Conduct, International Maritime Organization

I. GİRİŞ

Denizler, insanoglunun ilkçağlardan günümüze kadar çeşitli amaçlar için yararlandığı alanlar olmuştur. Bugün dünya ticaretinin yaklaşık % 90'ı deniz taşımacılığı ile gerçekleştirilmektedir. Çok farklı sektörlerde uluslararası taşımacılık yapan 50 binin üzerinde ticaret gemisi bulunmaktadır. Dünya ticaret filosuna kayıtlı 150'den fazla devlete ait gemiler ve hemen hemen tüm devletlerin uyruğu altında bulunan bir milyonu aşkın denizci, bu alanda faaliyet göstermektedir³. Bu ticarî potansiyeli kullanma ve azami ölçüde yarar elde etme arzusu, tarih boyunca, devletler ve uluslar arasında rekabeti ve hatta savaşlara neden olan bir mücadeleyi beraberinde getirmiştir.

Türkçe “*haydut*” kelimesinin kökeni Arapçadır ve sözlük anlamı, “silahlı soygun yapan, yol kesen kimse” şeklinde verilmektedir⁴. Batı dillerinde deniz haydudunu ifade etmek için kullanılan kavram, Yunanca “*peirates*” ve Latince “*pirata*” kökeninden gelmekte olup⁵; bu sözcükler, “bir gemiye saldıran kişi”yi ifade eder⁶.

Türkçeye Arapça yoluyla geçen “*korsan*” kelimesinin karşılığı sözlükte “gemilere saldıran deniz haydudu, deniz hırsızı” şeklinde verilmiştir⁷. Bu örnek

³ International Chamber of Shipping, “Shipping and World Trade”, <http://www.ics-shipping.org/shipping-facts/shipping-and-world-trade>, ET: 29.07.2017.

⁴ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, “haydut” maddesi, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&, ET: 29.07.2017.

⁵ Öktem, A. Emre / Kurt darcan, Bleda R. (2011), Deniz Haydutluğu ve Korsanlık: Tarihi ve Hukukî Boyutlarıyla, Denizler Kitabevi, İstanbul, s. 18.

⁶ Batır, Kerem (2011), Yirmibirinci Yüzyılda Deniz Haydutluğu ve Uluslararası Hukuk, Ankara, USAK Yayınları, s. 1; Middelburg, Annemarie (2011), “Piracy in a Legal Context: Prosecution of Pirates Operating off the Somali Coast”, [https://pure.uvt.nl/portal/en/publications/piracy-in-a-legal-context\(e279e28e-c9ed4913ab035d08228_93a3d\).html](https://pure.uvt.nl/portal/en/publications/piracy-in-a-legal-context(e279e28e-c9ed4913ab035d08228_93a3d).html), ET: 15.06.2017.

⁷ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, “korsan” maddesi, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&, ET: 29.07.2017.

de gösteriyor ki, teknik anlamı dışında ve günlük dilde çoğu zaman bu iki kavram, hukukî anlamlarına bakılmaksızın, birbiri yerine kullanılmaktadır. Korsan ve korsanlık kelimelerinin kökeni de, Latince “*cursus*” ve “*cursarius*” olup⁸; Fransızca “*corsaire*”, İngilizce “*corsair*” ve İtalyanca “*corsaro*” kelimelerinin kaynağını oluşturmaktadır. Korsan ve korsanlık kavramları genel anlamıyla; denizlerde düşman gemilerine veya denizlerden gelerek sahillere yapılan saldırıları ya da bu saldırıda bulunanları ifade etmek için kullanılmaktadır. Korsanlığın, yaygın ve meşru kabul edildiği dönemlerde; denizlere hâkim olma, sahilleri ve deniz ticaretini koruma ve denizden gelebilecek muhtemel tehlikeyi önceden bertaraf etme gibi olumlu amaçlar için de yapıldığı kabul edilmektedir⁹.

Deniz haydutluğuna karşılık İngilizcede “*pirate*” ve “*piracy*” kelimeleri kullanılırken “*corsair*” şeklinde de kullanıma rastlanmaktadır. Yine İngilizcede sadece devlet izniyle savaşan korsan anlamına “*privateer*” ve devlet izniyle korsanlık yapma anlamına “*privateering*” kelimesinin kullanılmakta olduğu ve her iki kavram arasındaki farkın dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁰. Fransızca “*corsaire*” şeklindeki kullanım günümüzde yaygın olmasa da; korsan veya soyguncu anlamında “*pirate*”, korsanlık veya soygunculuk anlamında “*piraterie*” sözcükleri kullanılmaktadır¹¹.

Korsanlık ve deniz haydutluğunun tarihi iç içe geçmiştir ve insanlık tarihi kadar eskidir. Her ne kadar pratikte bu iki terim birbirine benzer eylemleri oluştursa da; hukukî açıdan, aralarında belirgin farklar bulunmaktadır. Korsanlık, karşılıklı çıkar ilişkisi çerçevesinde devletler tarafından verilen bir yetki belgesi (*letter of marque* veya *reprisal*)¹² ile savaşma hakkının kazanılmasını ifade eder. Deniz haydutluğunun ise kendine özgü bir dünyası vardır ve bu dünyada ne bir üst otorite ne de sınırlayıcı kurallar mevcuttur¹³.

Deniz haydutluğu kavramı, kişilere şiddet uygulanması suretiyle malların ve eşyaların zorla alınması (yağma) fiillerini içerir ve deniz haydutları her zaman “insanlığın ortak düşmanı” (*hostis humani generis*) olarak kabul edilmiştir¹⁴.

⁸ Flagel, Amélie-Anne (2013), Le renouveau de la piraterie international, Thèse de doctorat, L'Université de la Nouvelle-Calédonie, École Doctorale du Pacifique, s. 26.

⁹ Korsanlığa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt, Nebi (2012), İslam Ansiklopedisi, C. 26, “korsan” maddesi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, s. 210-212.

¹⁰ Batır, s. 4-5.

¹¹ Saraç, Tahsin (1992), Fransızca-Türkçe Büyük Sözlük, 4. Bası, “*pirate*” ve “*piraterie*” maddeleri, Adam Yayınları, İstanbul, s. 1055.

¹² Türkçede “müsaade belgesi” olarak da anılan yetki belgesinin karşılığı olarak Fransızcada *lettre de marque*, *lettre de course*, *lettre de commission*, *lettre de représailles*, *lettre de prise* ve *commission en course* terimleri kullanılmaktadır.

¹³ Batır, s. 4-5.

¹⁴ Öktem / Kurtarcan, s. 94; Hennessy-Picard, Micheal (2016), “La piraterie atlantique au fondement de la construction des souverainetés coloniales européennes”, Champ pénal -

Korsanlık fiili ise; bir devletin izni ve koruması altında daha çok özel kişiler tarafından silahla donatılmış gemiyle, düşman gemilerine saldırmak için yapılan eylemleri ifade eder. Burada sorumluluk, ilgili geminin dolaşımını sağlayan devlete aittir. Korsan gemisi, barış zamanında özel bir ticaret gemisi olarak denizlerde seyrederek; savaş zamanında ise, bağlı bulunduğu devlet tarafından verilen yetki ile düşman ticaret gemilerine saldırır ve ele geçirilen gemide çıkan mallar üzerinde pay hakkına sahip olur¹⁵. Devlet otoritesine yönelik bir tehdit olması itibarıyla deniz haydutluğu eski dönemlerden beri hukuka aykırı bir davranış kabul edilmiş; suç oluşturan bir eylem olarak görüldüğünden hem ulusal hukuklarda hem de uluslararası hukukta ceza yaptırımlarına tâbi tutulmuştur. Uzunca süre hukuka uygun bir eylem olarak kabul edilen ve devletler uygulamasında sıklıkla başvurulan korsanlık ise, 1856 Paris Deklarasyonu ile tamamen yasaklanmıştır¹⁶. Hukuk terminolojisi açısından farklı anlamlar ifade ediyor olsalar da, yürürlükteki uluslararası hukuka göre, deniz haydutluğu ve korsanlığın her ikisi de hukuka aykırı bir davranıştır.

Deniz haydutluğuna ve özellikle Somali bağlantılı haydutlara karşı mücadelede uluslararası toplum tarafından birçok önlem üzerinde düşünülmüş ve yakalanan deniz haydutlarının yargılanabilmesi için çeşitli yargılama mekanizmaları önerilmiştir. Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi tarafından deniz haydutlarının yargılanması ve deniz haydutluğunun önlenmesi amacıyla çok sayıda karar alınmış; uluslararası toplum tarafından bu kararlar ışığında operasyonlar düzenlenmiş, uluslararası güçler oluşturulmuştur. Ama alınan önlemler sadece askerî güce dayalı operasyonlarla sınırlı olmayıp; hukukî mücadele çerçevesinde normatif düzenlemeler oluşturma yönünde de çaba gösterilmiştir.

II. DENİZ HAYDUTLUĞU ve KORSANLIĞIN KISA TARİHÇESİ

Deniz haydutluğu ve korsanlığın, belirli bir tarih vererek başlangıcını göstermek kolay değildir. Bir çalışmada zikredilen ve “deniz haydutluğu hep vardı”¹⁷ şeklinde formüle edilen özlü söz, aslında deniz haydutluğu tarihinin

Pénel field [En ligne], Vol. XIII/2016, mis en ligne le 29 fevrier 2016, consulte le 10 août 2017, par. 10, URL: <http://champpenal.revues.org/9275>, ET: 29.07.2017; Lara, Valentin (2015), “Corsaires vs pirates ou la formation d’un partenariat public-privé pour l’établissement d’un dispositif permanent face à la menace pirate”, Revue général de droit, C. 45, S. 1, s. 154.

¹⁵ Aydın, Devrim (2002), “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S. 4, s. 145-146.

¹⁶ Öktem / Kurt darcan, s. 13-14.

¹⁷ Sterio, Milena (2009), “Fighting Piracy in Somalia (and Elsewhere): Why More is Needed”, Fordham International Law Journal, C. 33, S. 2, s. 375.

ne kadar eskiye dayandığını bize göstermektedir. Uzak geçmişine bir çok çalışmada işaret edilen¹⁸ deniz haydutluğu, denizlerin ticaret için kullanılmaya başlandığından beri var olan bir eylem türüdür.

Deniz haydutluğu, İlk Çağlarda medeniyetin beşiği olarak bilinen Akdeniz çanağında ortaya çıkmıştır. Deniz haydutluğunun bu bölgede ortaya çıkmasının altında yatan sebep, M.Ö. iki binli yıllarda Doğu Akdeniz ve Ege Denizi'nde düzenli bir deniz ticaretinin varlığıdır¹⁹. Güneyine Müslümanların ve kuzeyine Hristiyanların hükmettiği bir siyasî iklime sahip olan Akdeniz, Ortaçağ boyunca deniz haydutluğunu veya korsanlığı besleyen uygun bir coğrafyaya dönüşmüştü²⁰. Aslında korsan ve korsanlık kavramları ilk defa 12. yüzyılda Atlantik Okyanusu kıyılarında yaşayan uluslar tarafından kullanılmıştır. 16. yüzyıla kadar Akdeniz'de deniz haydutluğu ile korsanlık arasında bir ayırım yapmak zordur. Bu ayırım Atlantik bölgesinde, devletler tarafından izin verilen ve hatta teşvik edilen denizcilik faaliyetleri ile belirgin bir biçimde ortaya çıkmaya başlamıştır²¹.

Hukuk terminolojisine uygun kullanım açısından korsanlık, Orta Çağ'ın sonlarına doğru görülmeye başlanmıştır. Bu dönemde savaş, uluslararası ilişkilerin yürütülmesinde sıklıkla başvurulan bir araçtır. Özellikle, denizcilikte ileri düzeyde bulunan devletler, günümüz devletleri gibi kurumsallaşmadığı ve henüz resmî donanmalara sahip bulunmadığından²², düşman gemilerine saldırmanın en kolay yolu olarak, korsanlarla iş birliği yapmayı tercih etmişlerdir. Hatta, ele geçirilen ganimetlerden pay aldıkları için, şartlar uygunsa bu devletler, korsanlığı teşvik etmekten de çekinmemiştir. Zamanla bu durum yarı resmî bir nitelik kazanmış ve korsanlar, savaş durumunda düşman ticaret gemilerine saldırmak ve yüke el koymak için yine devletlerce

¹⁸ Örneğin bkz. Batır, s. 11; Öktem / Kurtdarcan, s. 18; Topal, Ahmet Hamdi (2010), 'Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu ve Mücadele Yöntemleri', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 1, s. 101.

¹⁹ Batır, s. 12.

²⁰ Kuzey Afrika'da 16. yüzyılda kurulan ocaklar ve bu ocaklarda örgütlenen Türk leventleri, Osmanlı Devletinin Akdeniz politikasının önemli bir unsurunu teşkil etmektedir. Levent olarak adlandırılan korsanların gerçekte kendi başlarına buyruk davranmadıkları; Osmanlı siyasî otoritesine bağlı bulunan denizciler olduğu bilinmektedir. Bu dönemde yükselen korsan savaşları, Garp Ocaklarının önemini artırmış; Osmanlı korsanları, Adriyatik'te İspanya, Venedik ve Uskoklar'a; Akdeniz'de Malta Şövalyeleri ve Santo Stefano Tarikatına karşı büyük bir mücadele vermiştir. Bkz. Acıpınar, Mikail (2016), Osmanlı İmparatorluğu ve Floransa: Akdeniz'de Diplomasi, Ticaret ve Korsanlık, 1453-1599, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, s. 210-211.

²¹ Villiers, Patrick (2000), Les corsaires du littoral: Dunkerque, Calais, Boulogne: de Philippe II à Louis XIV (1568-1713), Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, s. 14; Flagel, s. 26.

²² Öktem / Kurtdarcan, s. 157.

yetki sahibi kılınmıştır. Böylece barış zamanında bir ticaret gemisi olarak faaliyet gösteren ve özel kişilerin elinde bulunan gemiler, savaş zamanında bağlı olduğu devletten yetki belgesi (*letter of marque*) olarak savaşa katılma hakkı elde etmiştir²³.

Yeni Çağ'da görülen teknolojik gelişmeler, keşifler ve siyasî değişiklikler, yüzyıllar boyunca bölgesel düzeyde gerçekleşen deniz haydutluğunu, 16. yüzyıldan itibaren küresel bir boyuta taşımıştır. Dünya çevresini dolanan ilk gemi de, *Francis Drake*'nin komutasındaki bir İngiliz deniz haydutluğu gemisi olmuştur²⁴.

Devletlerin, deniz haydutlarını herhangi bir düşman devlete zarar vermek ve ticaret gemilerine saldırmak amacıyla yetkilendirdikleri görülmektedir²⁵. Bu uygulamaya göre; korsanlar, devletlerin bir silahı veya askeri olarak kabul edilmektedir. Bu durum özellikle 17. yüzyılda İngiltere-Fransa ve İngiltere-İspanya savaşları sırasında göze çarpmaktadır. Devletlerin deniz haydutluğunu aktif olarak desteklediği veya yasadışı ilan ettikleri 16. ve 19. yüzyıllar arasında inişli çıkışlı dönemler olmuştur. Genel bir yaklaşım olarak korsanlık, savaş sırasında düşmana karşı bir araç olarak kullanılmış; barış zamanında ise, yasaklanması gereken bir eylem olarak görülmüştür²⁶. Yetki belgesi verilmesi, gerçekte, deniz haydudu ile korsanı ayırmaya yarayacak tek ölçüt değildir. Devletler uygulamasının kavramlar arasındaki çiziyi belirsizleştirdiği söylenebilir. Bir devlet açısından yetki verdiği korsanlar meşru kabul edilirken; yetki belgesine sahip yabancı korsanlar ele geçirildiğinde deniz haydudu olarak ilan edilmiştir. Korsanlar, egemen gücün hukukî koruması altında olmakla birlikte; deniz haydutlarının veya benzer hukukî dokunulmazlıklara sahip olup yakalanan yabancı korsanların suç işlediği kabul edilmektedir. Açık denizlerde

²³ Batır, s. 44. Yetki belgesi, 15. yüzyıldan itibaren devletlerce daha sık verilmeye başlanmış ve giderek yaygınlaşmıştır. Bununla birlikte korsanlık uygulaması, ilk defa 1243 yılında İngiliz Kralı III. Henry'nin bazı denizcilere korsanlık yapma yetkisi vermesiyle ortaya çıkmıştır. Kralın düşmanlarına saldırmayı ve elde edilen ganimetleri paylaşmayı içeren bu yetkilendirme yöntemi, daha sonra tüm Avrupa'da egemen güçlerin sıkıca sarıldığı bir kurum haline dönüşmüştür. Korsanlığın diğer bir uygulama biçimi ise *ihkâk-ı hak* içermekteydi. Portekizliler tarafından gemisine el konulan bir İngiliz için 1295 yılında verilen yetki belgesi, kayıplarının tamamını karşılayıncaya kadar, kendisine saldırıda bulunan devletin veya vatandaşlarının gemilerine saldırı için izin ve zararlarını bu yolla tazmin hakkı veriyordu. Bkz. Öktem / Kurtdarcan, s. 150-151; Batır, s. 44.

²⁴ Batır, s. 21.

²⁵ Le Goff, Roland (2016), *La protection des navires soumis au risque de piraterie, Thèse de doctorat, L'Université de Nantes, École Doctorale*, s. 49. Örneğin, İngiltere Kraliçesi Elizabeth (1533-1603), İngiliz korsanlarını Kraliyet Donanmasının bir parçası gibi görmüş ve onlara düzenli olarak İspanyolların deniz ticaretine engel olabilmek için hükümetin izniyle korsanlık yapma yetkisine sahip kılan belge vermiştir. Bkz. Topal, s. 103.

²⁶ Azubuike, Lawrence (2009), "International Law Regime Against Piracy", *Annual Survey of International & Comparative Law*, S. 15, s. 45-46.

meşru şiddetin devlet tekeline alınmasıyla beraber; artık savaşların yapılmadığı dönemde, barışçıl biçimde korsanlığa son vermenin doğurduğu güçlük, korsanlığı ortadan kaldırmak amacıyla devletlerin ulusal yargı yetkilerini açık denizlere uzatması sonucunu doğurmuştur. Böylece devletlerin kalıcı biçimde egemenliklerini ülke dışına uzatmasını meşrulaştıran bir süreç yaşanmıştır²⁷.

19. yüzyılda, devletlerin güçlü donanmalar kurması ve artık yelkenli deniz haydutluğu gemilerinin buharlı savaş gemilerinden kaçamamaları sonucunda, deniz haydutluğunun hızla düşüş yaşadığı görülmektedir. En sonunda devletler, günümüzdeki tanıma uygun olarak deniz haydutluğunu bütün insanlığa yönelmiş ağır bir suç olarak kabul etmiş ve böylece deniz haydutları, bütün insanlığın ortak düşmanları olarak görülmüştür²⁸. ABD dışında devletlerin tamamına yakın bir bölümünün katılımıyla imzalanan 1856 Paris Deklarasyonu ise, korsanlığı tamamen yasaklamıştır²⁹.

III. GÜNÜMÜZDE DENİZ HAYDUTLUĞU

Modern teknoloji kullanımı ve büyük deniz güçleri sayesinde deniz haydutluğu önemli ölçüde ortadan kalkmış gözükse de; son çeyrek yüzyıl içinde ortaya çıkan olaylar, gerçekte bu hukuka aykırı davranışın devam ettiğini ve uluslararası toplumun mücadele için ciddi bir tutum sergilemesine ihtiyaç bulunduğunu açıkça göstermiştir.

Geçmişte olduğu gibi günümüzde de deniz haydutluğu olaylarının benzer sebeplere dayandığı ve kullanılan araçlar şeklen farklı olmakla birlikte; özü itibarıyla, benzer yöntemler tercih edilerek gerçekleştirildiği görülmektedir. Deniz ticaretinin yoğun olarak yapıldığı, otorite ve denetimin zayıf olduğu bölgelerde deniz haydutluğu olayları daha çok yaşanmaktadır.

21. yüzyılda ortaya çıkan *yeni* deniz haydutluğunun hukukî, siyasî, sosyal, ekonomik ve stratejik açıdan çok farklı sebeplere bağlı olduğu ileri sürülebilir. Her şeyden önce, bazı devletlerin deniz haydutluğunu ulusal yasalarında bir suç olarak kabul etmemesi önemli bir sebeptir. Öte yandan; deniz haydutlarını yakalama ve yargılama konusundaki isteksizlik, elverişsiz coğrafi unsurların varlığı, iç çatışma ve siyasî karışıklığın bulunması, güvenlik güçlerinin mücadele için finansman desteğinden yoksun kalması, siyasî iktidarın gizli teşviki ve hoşgörüsü, kültürel ve ideolojik kabullenme ve ödül vaadi diğer sebepler arasında sayılabilir³⁰. Sorunla karşı karşıya kalan ve mücadele etmesi gereken belirli devletlerin, egemen bir uluslararası hukuk kişisi olarak sahip

²⁷ Hennessy-Picard, par. 4, 10, 20, 26, 55.

²⁸ Sterio, s. 6.

²⁹ Paris Deklarasyonunun hazırlanması ve sonuçlarına ilişkin geniş bir değerlendirme için bkz. Öktem / Kurtdarcan, s. 181-183.

³⁰ Batır, s. 147-153.

olması gereken gücünü kaybetmesi ya da egemen yetkilerini kullanmada zayıflık göstermesi de deniz haydutluğunu tetikleyen önemli bir olgu olarak söylenebilir.

Deniz haydutluğu olaylarının denizcilik sektörü açısından önemli bir gündem maddesi oluşturmasının belki de en önemli sebebi, bu olayların denizcilik faaliyetlerini yüksek maliyetlere çıkarmış bulunmasıdır. Yüksek maliyet oluşturun unsurların başında ödenen fidyeler, sigorta primleri, rota değişikliğinin doğurduğu ek yükler, denizde alınması zorunlu koruma tedbirlerine harcanan giderler, soruşturma için limanda geçirilen sürelerle bağlı kayıplar, deniz haydutlarının yargılanmasında sarf edilen emek ve masraflar ve nihayet deniz haydutluğu için kurulan uluslararası örgütlerin finansmanı gelmektedir. Bu maliyetlerin yıllık 25 milyar dolar civarında olduğu tahmin edilmektedir. Ayrıca rapor edilmeyen deniz haydutluğu olayları, bu hesaplamalara dahil edilmemiřtir³¹.

20. yüzyılda tarihe karışmak üzere olduğu düşünölen deniz haydutluğu, 21. yüzyılda, şaşırtıcı ve görece yaygın bir biçimde yeniden ortaya çıkmıştır. Özellikle 2008 yılından itibaren deniz haydutluğunun beklenmeyecek ölçüde artış gösterdiği görölmektedir. Güneydoğu Asya, Aden Körfezi, Afrika kıyıları, Uzak Doğu, Hindistan Alt Kıtası ve Güney Amerika, deniz haydutluğunun en çok göröldüğu bölgelerdir. Coğrafi konum açısından daha sınırlı bir belirleme yapmak gerekirse; deniz haydutluğu için yüksek riskli bölgelerin Nijerya, Bangladeş, Malezya, Singapur Boğazı, Filipinler, Vietnam, Hindistan, Güney Çin Denizi ve Somali kıyıları olduğu söylenebilir³².

Son birkaç yıl içinde Somali bölgesinde gerçekteşen saldırı eylemlerindeki düşüşe karşın; Batı Afrika kıyıları ve Güneydoğu Asya'da olayların arttığı görölmektedir. Uluslararası Ticaret Odasının (*International Chamber of Commerce-ICC*) özel bir alt birimi olan Uluslararası Denizcilik Bürosu (*International Maritime Bureau-IMB*) tarafından belirli periyotlar içinde yayınlanan deniz haydutluğu raporlarının yakın tarihli olanlarından bir kısmına göz atmak, konuya ilişkin gelişimi görmek bakımından yararlı olacaktır. IMB 2015 Yılı İkinci Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporunda Ocak-Haziran 2015 aylarında gerçekteşen 134 deniz haydutluğu olayının % 75'lik bölümü Endonezya başta olmak üzere; Vietnam, Bangladeş, Nijerya ve Malezya bölgelerinde meydana gelmiştir. Coğrafi alanlar bakımından rapor edilen deniz haydutluğu saldırı

³¹ Canca, Hakan Selim (2012), *Denizde İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 123.

³² Somalili deniz haydutlarınca gerçekteştirilen (Somali kıyıları ve açıkları, Aden Körfezi vd.) saldırı eylemlerinin artışını, birkaç yıllık periyottaki rakamlara bakarak görmek mümkündür: 2003'de 21, 2004'de 10, 2005'de 45, 2006'da 20, 2007'de 44, 2008'de 111, 2009'da 218 ve 2010'da 199. Bkz. International Chamber of Commerce / International Maritime Bureau (IMB) (2011), *Piracy and Armed Robbery Against Ships, Annual Report 1 January-31 December 2010*, s. 5-6.

rakamları şu şekilde gerçekleşmiştir: Hindistan Yarımadası'nda 15, Uzakdoğu ve Güneydoğu Asya'da 92, Gine Körfezi'nde 21. Sözü edilen raporda; Somali ile ilgili deniz haydutluğu olaylarında düşüş yaşandığı; ancak Kızıl Denizin güneyi, Aden Körfezi, Yemen, Somali kıyılarının kuzeyi ve Arap Denizi'nde saldırı riskinin tam anlamıyla ortadan kalkmadığı işaret edilerek, gemilerin halen tedbirli olmaları tavsiye edilmektedir³³.

IMB 2016 Yılı İlk Yarı Küresel Deniz Haydutluğu Raporunda ise, 2016 Ocak-Haziran aylarında 72 gemiye çıkıldığı; 5'inin kaçırıldığı, 12'sine saldırı girişiminde bulunduğu, 9 gemiye ateş açıldığı ve geçen senenin aynı periyodunda 250 olarak gerçekleşen rehine alınan mürettebatın bu yılın ilk yarısında 64'e gerilediği, ancak gemilerin bilhassa Somali açıklarında ve Gine Körfezinde deniz haydutluğu olaylarına karşı temkinli olmaları, gerekli güvenlik önlemlerini almaları ve tüm saldırıları rapor etmeleri gerektiği; küresel iyileşmeye rağmen, 2015 yılının ilk yarısında 10 olarak kaydedilen fidye için mürettebatın kaçırılma sayısının, 2016 yılının ilk yarısında 24 mürettebata ulaştığı ve tamamının Nijerya'da gerçekleştiği; Endonezya'da yaşanan deniz haydutluğu olaylarında ise düşüş yaşandığı, geçen yılın ilk altı ayı ile karşılaştırıldığında 54 olan deniz haydutluğu eyleminin, bu yılın ilk altı ayında 24'e gerilediği bildirilmektedir³⁴.

IMB 2016 Yılı Üçüncü Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporu, deniz haydutluğu olaylarında % 26'lık payın Nijerya'ya ait olduğuna işaret etmekte ve 2016 yılının ilk dokuz ayı içerisinde 110 denizcinin rehin alındığını, 49 mürettebatın fidye talebiyle rehin tutulduğunu belirtmektedir. Bu periyotta 141 olay meydana gelmiş bulunmasına rağmen 2015 yılının aynı dönemine oranla % 25 düşüş yaşanmış ve 1996 yılından beri deniz haydutluğu olaylarının en düşük seviyesine ulaşılmıştır. IMB 2016 Yılı Deniz Haydutluğu Raporuna³⁵ göre, 2016 yılı içerisinde toplam 191 olay meydana gelmiş; bu olayların 150'si gemiye çıkma, 12'si gemiye ateş etme, 7'si gemiyi kaçırma ve 22'si saldırı girişiminde bulunma şeklinde gerçekleşmiştir. 2015'teki toplam olay sayısı 246 olarak rapor edildiğinden, bu sayıda bir düşüş olduğu görülmektedir³⁶.

³³ Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Denizcilik Bürosu 2015 Yılı Üçüncü Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporu, <http://www.denizticaretodasi.org.tr/Sayfalar/sirkulerdetay.aspx?duyuru=8506>, ET: 30.07.2017.

³⁴ Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Denizcilik Bürosu 2016 Yılı İlk Yarı Küresel Deniz Haydutluğu Raporu, <http://www.denizticaretodasi.org.tr/sayfalar/sirkulerdetay.aspx?DUYURU=9166&KATEGORI=;>, ET: 30.07.2017.

³⁵ International Chamber of Commerce / International Maritime Bureau (IMB) (2017), Report: Sea kidnappings rise in 2016 despite plummeting global piracy, London-Kuala Lumpur, 10.01.2017, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/imb-report-sea-kidnappings-rise-2016-despite-plummeting-global-piracy/>, ET: 30.07.2017.

³⁶ Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Denizcilik Bürosu 2016 Yılı Üçüncü Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporu, <http://www.denizticaretodasi.org.tr/Sayfalar/sirkulerdetay.aspx?DUYURU=9375&KATEGORI=;>, ET: 30.07.2017.

2017 yılının ilk altı ayı içerisinde genel düşüş eğiliminden ciddi bir sapma görülmemiştir. İlk çeyrekte bir önceki yıla göre olay sayısında 6 artış gerçekleşerek 43 deniz haydutluğu ve silahlı soygun eylemi rapor edilmiş; bunların üçte ikisi Filipinler, Nijerya, Endonezya ve Bangladeş'te meydana gelmiştir³⁷. IMB 2017 Yılı İkinci Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporunda ilk altı ay için 87 olay rapor edildiği ve bir önceki yılın aynı dönemine göre olay sayısında 10 düşüş meydana geldiği tespit edilmiştir. Bu eylemlerin 63'ü gemiye çıkma, 12'si gemiye ateş etme, 4'ü gemiyi kaçırma ve 8'i gemiye saldırı girişiminde bulunma şeklinde oluşmuştur. Bu dönemde 63 denizci rehin alınmış, 41'i gemilerinden kaçırılmış, mürettebattan üçü yaralanmış ve ikisi ölmüştür. Raporda, Somalili deniz haydutlarının hala bir tehdit oluşturduklarına da işaret edilmektedir³⁸.

Yukarıda ele alınan raporların ortaya koyduğu sayılara bakarak iki tespit yapmak mümkündür: İlk olarak deniz haydutluğu, uluslararası toplumun tüm çabalarına rağmen tamamen ortadan kaldırılabilmemiş değildir. Bu sebeple, deniz ticareti açısından ciddi bir tehdit oluşturmaya devam etmektedir. İkinci olarak, deniz haydutluğuna karşı alınan önlemlerin bazı bölgeler düzeyinde olumlu sonuçlar doğurmasına karşın; saldırı eylemlerinin yer değiştirmesine de sebep olmaktadır. Böylesi bir değişiklik, deniz haydutluğuna karşı etkili önlemler için küresel bir mücadele ve uluslararası düzeyde işbirliği yapılmasına duyulan ihtiyacı göstermektedir. Doğ u Afrika kıyılarında deniz haydutluğunun azalması, Güvenlik Konseyi kararlarının³⁹ gereklerini yerine getirmek amacıyla uluslararası toplumun başvurduğu askerî ve sivil önlemlere bağlanabilir. Hatta bölgedeki siyasî gelişmelerin olumlu seyri ve Somali Hükümetinin çabalarını da bu gelişmenin unsurları olarak saymak mümkündür. Ama şu açık olarak görülmektedir ki, uluslararası toplum üyelerinin işbirliği olmaksızın, deniz haydutluğuna karşı etkin bir mücadele yürütülmesini beklemek hayalden ibaret olacaktır.

IV. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DENİZ HUKUKU SÖZLEŞMESİNDE DENİZ HAYDUTLUĞU

Uluslararası hukuk açısından deniz haydutluğunun, yazılı bir kural olarak, kapsamlı biçimde düzenlendiği ilk metin 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesidir ve 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS)

³⁷ Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Denizcilik Bürosu 2017 Yılı İlk Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporu, <http://www.denizticaretodasi.org.tr/Sayfalar/Deniz-Haydutlugu.aspx>, ET: 30.07.2017.

³⁸ Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Denizcilik Bürosu 2017 Yılı İkinci Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporu, <http://www.denizticaretodasi.org.tr/sayfalar/sirkulerdetay.aspx?duyuru=9971>, ET: 30.07.2017.

³⁹ Kararlar için bkz. Aşağıda V., A., 3.

bu düzenlemeyi tekrar etmiştir. BMDHS'nin "Deniz Haydutluğunun Tanımı" başlıklı 101. maddesine⁴⁰ göre:

"Aşağıda sayılan fiillerden herhangi biri deniz haydutluğunu teşkil etmektedir:

a) Bir özel geminin veya bir özel uçağın mürettebatı veya yolcuları tarafından özel amaçlarla işlenen:

(i) Açık denizde, diğer bir gemi veya uçağa veya bunlardaki kişi veya mallara karşı;

(ii) Hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan bir yerde; bir gemiye, uçağa, kişilere veya mallara karşı,

her türlü yasa dışı şiddet ve alıkoyma veya yağma fiili.

b) Bir gemi veya uçağın; deniz haydudu gemi veya uçak niteliği kazanmasına yol açan olayları bilerek, böyle bir geminin veya uçağın kullanılmasına isteyerek katılma fiili,

c) a ve b fıkralarında tanımlanan fiillerin işlenmesini teşvik eden veya böyle bir fiili bilerek kolaylaştırmak üzere işlenen herhangi bir fiil."

Tanıma göre, deniz haydutluğu suçunun oluşabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir: a) belirli ve özel bir amaç, b) iki özel gemi, c) şiddet, alıkoyma veya yağma fiili, d) açık denizde veya herhangi bir devletin hakimiyeti altında olmayan bir alanda gerçekleşme.

Sözleşmede, özel amaç açıkça tanımlanmamıştır. Genel olarak, maddi kazanç, kişisel intikam ve diğer kişisel çıkarları kapsadığı kabul edilmektedir. Nitekim gerçekleşen olaylarda haydutların, nakit para ve taşınan yükü ele geçirmek veya fidye almak gibi çıkar sağlama amacıyla bu işi yaptıkları görülmektedir. Dinî, etnik ve siyasî amaçlarla işlenmiş fiiller, deniz haydutluğu kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak bu sınırlama, yoğun olarak eleştirilmekte ve tartışılmaktadır⁴¹. Deniz haydutluğu özel amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilen fiillerle sınırlandırılmış olduğundan siyasî amaçlarla gerçekleştirilen terörist saldırılar, doğal olarak kapsam dışında kalmaktadır.

⁴⁰ Sözleşmenin tüm çevirisi için bkz. Özman, Aydoğan (1984), Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul. Sözleşmenin 101. maddesi metnini krş. Özman, s. 47. Ayrıca aynı maddenin deniz korsanlığı terimi tercih edilerek yapılan bir çevirisi için bkz. Kaya, İbrahim (2016), Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 364.

⁴¹ Bayilloğlu, Uğur (2011), "Somali Sahilleri ve Açıklarında İşlenen Deniz Haydutluğu Fiillerine Karşı Yürütülen Mücadelenin Hukuki Dayanakları ve Türkiye'nin Durumu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 1, s. 130-132; Öktem / Kurtarcan, s. 62-63.

Deniz haydutluğu sayılabilecek eylemleri gerçekleştiren askerî gemiler veya hava taşıtları bakımından, doğrudan bayrak devletinin⁴² uluslararası sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴³. Ancak, eğer bir savaş gemisi ya da kamu gücünü kullanan bir devlet gemisi, isyan ederek özel amaçlarla açık denizde seyrüsefer yaparken şiddet eylemlerine başvurursa, BMDHS'ne göre, bu gemi kamu gemisi olma özelliğini yitirir ve gerçekleşen eylemler deniz haydutluğu sayılır (m. 102).

Açık denizlerin serbestliği ilkesi, denize kıyısı bulunsun veya bulunmasın bütün devletlerin ve iç hukuklarının öngördüğu biçimde vatandaşlarının açık denizlerden belirli yollarla faydalanma özgürlüğünü ifade eder. Açık denizin altından veya üstünden seyrüsefer yapılması, denizaltı kablolarının döşenmesi, açık deniz üzerindeki hava sahasında serbestçe uçuş faaliyeti gerçekleştirilmesi ve bilimsel araştırma yapılması, bu serbestinin unsurları olarak verilebilir. Ancak tüm bu serbestiler sınırsız değildir; BMDHS düzenlemelerine göre, açık denizler ancak barışçıl amaçlarla kullanılabilir (m. 88). Öte yandan açık denizde seyreden gemiler, bayrak devletinin yargı yetkisine tâbi bulunmaktadır (m. 92). Bayrak devletinin yükümlülükleri ise, ayrıntılı bir biçimde Sözleşme'nin 94. maddesinde düzenlenmiştir. Bayrak devletinin açık denizlerdeki münhasır yargı yetkisinin birtakım istisnaları mevcuttur. Bunlar; deniz haydutluğu, abluka ve kontrabant⁴⁴, köle taşıması yapılması (m. 99), uyuşturucu ve psikotrop

⁴² Yabancı devletlerin ülkesel yetki alanlarında veya uluslararası alanlarda bulunan ticaret ve devlet gemileri üzerinde bayrak devletinin kişisel yetkileri devam etmektedir. Bu yetki, gemi ile devlet arasındaki uyrukluğ ilişkisinden doğar. Böylece açık denizlerde bulunan bir gemide, bayrağını taşıdığı devletin medenî hukuku, ceza hukuku, idare hukuku ve hatta vatandaşlık hukuku gibi bütün bir hukuk düzeni uygulama alanı bulur. Öte yandan bayrak yasası, devletlerin kural olarak, uyruğu altında bulunmayan gemilere müdahale etmeme yükümlülüğünü de içerir. Devletler, cezaî yargı yetkisi bakımından esas olarak mülkîlik ilkesini benimsemekle birlikte; ülkeleri dışında işlenmiş suçlarda kendilerini yetkili görmelerini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır. Nitekim Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD), 1927 tarihli Bozkurt-Lotus Davası kararında, bir devletin ülkesi dışında meydana gelen eylemler bakımından yargı yetkisi kullanmasını yasaklayan bir uluslararası hukuk kuralının bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Cour Permanente de Justice Internationale, *Affaire du Lotus, Série A, No: 10, Le 7 septembre 1927*, s. 18-19. Ethem Menemencioglu tarafından Türkçeye çevirisi yapılan ve Latin harfleriyle yeniden yayınlanan karar metni için bkz. Menemenizade, Edhem (2011), *Lotus Meselesi*, Yayına Hazırlayan: Yasin Poyraz, Asil Yayınları, Ankara, s. 3-39. Açık denizde meydana gelen çatmalar bakımından yargı yetkisini belirleyen sözleşme düzenlemelerine ilişkin değerlendirme konusunda bkz. Sur, Melda (2017), *Uluslararası Hukukun Esasları*, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, s. 389.

⁴³ Öktem / Kurtdarcan, s. 65.

⁴⁴ Savaş zamanında, savaş hukuku kurallarına riayet edilerek düşman limanları veya kıyıları ablukaya alınabilir. Bu esnada tarafsız devlet bayrağı taşıyan ticaret gemileri ablukayı delmeye çalıştıklarında, bu gemiler kıyıya bitişik açık deniz bölgelerinde durdurulabilir ve bu gemilere el konulabilir. Bkz. Ünal, Şeref (2005), *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 152. Denizdeki Silahlı Çatışmalara Uygulanabilecek Uluslararası Hukuka İlişkin San Remo

maddelerin hukuka aykırı trafiği (m. 108), açık denizlerden izinsiz yayın yapma (m. 109), ziyaret hakkı (m. 110) ve kesintisiz izleme hakkıdır (m. 111).

V. DENİZ HAYDUTLUĞUNA KARŞI MÜCADELEDE BAŞVURULACAK ÖNLEMLER ve YAPTIRIM UYGULAMASI

Yaptırımlar, hukuk düzenleri tarafından öngörülen; bir toplum ya da topluluk adına hareket etmeye yetkili bir sosyal organın kararlarını uygulamak üzere alınan zorlayıcı önlemlerdir. Bu zorlayıcı önlemler; silahlı ya da silahsız, ekonomik ya da askerî, hukukî ya da cezaî yaptırımlar gibi maddî; kınama gibi ahlâkî ya da uluslararası örgüt üyeliğinden çıkarma gibi sahip olunan bir statünün kaybı şeklinde olabilir. Bu önlemler, hedef aldığı kişinin isteklerine aykırı olarak ve onun iradesi dışında, hukukun yeniden tesis edilmesi amacıyla alındığı için zorlayıcıdır. Böylece hukuk kişisi, daha önce sahip olduğu bir statüden ya da çeşitli haklardan mahrum bırakılmaktadır. Bu zorlayıcı önlemler yetkili bir sosyal organın kararı ya da tavsiyesi ile uygulama alanı bulmaktadır⁴⁵.

Devletler arasındaki şiddet ve çatışmayı ifade eden savaş kavramı yerine BM Andlaşması, kuvvet kullanımı kavramını tercih etmiş ve kuvvet kullanımının bir düzene ve hukukî zemine kavuşturulması BM Örgütü döneminde mümkün olmuştur. Örgütün en temel görevi, uluslararası barış ve güvenliği sağlamak ve sürdürmektir. BM Andlaşmasında sayılan; meşru müdafaa ve Güvenlik Konseyi kararıyla kuvvet kullanımı istisnaları dışında; yürürlükteki uluslararası hukuka göre, kuvvet kullanımı yasaklanmıştır. Devletlerin, aralarındaki uyuşmazlıkları, kuvvete başvurmadan barışçı yollarla⁴⁶ çözmeleri, bu yeni hukuk düzeninin öngördüğü bir yükümlülüktür.

BM Andlaşmasına göre; Güvenlik Konseyi, barışın tehdidi halinde bu tehdidi ortadan kaldırmak; barışın bozulması halinde bozulan barışı yeniden kurmak veya bir saldırı halinde bu saldırıyı defetmek için; VII. Bölümün 41. ve 42. maddelerinde yer verilen zorlama önlemlerine başvurabilir. Bu önlemler,

Rehberinde kontraband şu şekilde tanımlanmaktadır: “Düşmanın kontrolündeki bir yere ulaşmak için yönelmiş ve silahlı çatışmada kullanmaya elverişli olan mallar” (par. 148). Bkz. Canca, Hakan Selim (2015), Devletlerin Gemilere Müdahale Yetki ve Yükümlülükleri, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 245, dp. 570.

⁴⁵ Akkutay, Berat Lale (2014), “Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 111, s. 413.

⁴⁶ Diplomatik ve yargısal yollardan oluşan barışçı çözüm yolları, BM Andlaşmasında örnekleme yoluyla sayılmıştır (m. 33). Uluslararası uyuşmazlıkların barışçı çözüm yolları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt, Enver / Kütükçü, M. Akif / Poyraz, Yasin (2015), Devletler Hukuku, 8. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 243-277; Acer, Yücel / Kaya, İbrahim (2017), Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı (İngilizce Özetli), 8. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 427-438, Pazarıcı, Hüseyin (2012), Uluslararası Hukuk, 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 443-484.

ekonomik ilişkilerin kesilmesi ya da siyasî ilişkilerin sona erdirilmesi yanında, deniz, hava ve demiryolu ulaşım araçlarının işleyişinin kısmen veya tamamen durdurulması; posta, telgraf, radyo veya günümüzde kullanılan diğer tüm iletişim araçlarının engellenmesi biçiminde ortaya çıkabilir. Güvenlik Konseyi, öngörülen önlemlerin uygun olmayacağı veya uygun düşmediğinin görüldüğü sonucuna ulaşırsa; uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden kurulması için hava, deniz ve kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu çerçevede Konseyin, ekonomik, askeri ve diplomatik yaptırımlar uygulaması mümkün olabilecektir. BM Andlaşmasında öngörülen askerî güç oluşturulmadığından (m. 43-47); uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edildiği, bozulduğu ya da bir saldırı fiilinin gerçekleştiği durumlarda; uluslararası toplum adına uygulanacak en ağır yaptırım oluşturan kuvvet kullanımının, BM Örgütü adına veya onun izniyle üye devletler tarafından uygulanması doğal bir sonuçtur.

Uluslararası barış ve güvenliği sağlama amacı çerçevesinde BM uygulamasında karşılaşılan diğer bir yol, barış gücü operasyonlarıdır. Barış gücü operasyonları, BM Andlaşmasında düzenlenmediği gibi; VII. Bölümde belirtilen zorlama önlemlerinden birini de teşkil etmez. Ancak, saldırganlıkla mücadelenin aksayan yönlerini gidermek ve somut şartlara uygun pratik ve esnek çözümlere ulaşmak için BM barış güçleri, Örgütün faaliyete geçtiği ilk yıllardan itibaren dünyanın çok farklı coğrafyalarında kullanılmıştır. Barış güçlerinin asıl kullanım alanı uluslararası çatışmalar veya uluslararası nitelik taşıyan iç çatışmalar olup; geleneksel olarak misyonu, mevcut veya muhtemel bir çatışmayı önlemek, tarafları ayırmak ve tampon bölge oluşturarak teması engellemektir. Bununla birlikte, karşılaşılan farklı sorunlar bakımından barış güçlerinin; Güvenlik Konseyi kararlarını yerine getirmek, görev yapılan bölgede kamu düzenini sağlamak, demokratik seçimler yapılmasına zemin hazırlamak, insanî yardımın ihtiyaç sahiplerine ulaşmasını kolaylaştırmak gibi çok farklı amaçlara hizmet ettiği görülmektedir. Tüm bu özel hedeflere yönelmiş görevlerin nihaî amacı ise, uluslararası barış ve güvenliği sağlamaktır. Barış gücü uygulaması zorlama içermeyen bir yoldur; bu yola başvurulması, gönderen ve kabul eden devletlerin ortak rızasına bağlı bulunmaktadır⁴⁷.

Uluslararası çatışmaların önlenmesi amacıyla uluslararası hukukta bölgesel organizasyonlar da kurulmaktadır. Güvenlik Konseyi, gerekirse Kuzey Atlantik Andlaşması Örgütü (NATO) gibi bölgesel organizasyonlardan zorlayıcı önlemler almasını isteyebilir. Bununla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin izni olmaksızın bölgesel anlaşmalar uyarınca ya da bölgesel kuruluşlar tarafından hiçbir zorlama eylemine girişilemez (BM Andlaşması m. 53).

⁴⁷ Pazarcı, s. 339-441; Sur, s. 211-216; Bozkurt / Kütükçü / Poyraz, s. 338-339.

A. DENİZ HAYDUTLUĞUNA KARŞI MÜCADELENİN UNSURLARI

BM ve uluslararası toplum tarafından deniz haydutluğu ile mücadelede; uluslararası hukukta kullanılan birçok yaptırım türüne rastlamak mümkündür. Deniz haydutlarının yargılanmasını ve cezalandırılmasını sağlayabilmek için hukukî/cezaî yaptırım; BM Örgütünün farklı organlarınca alınan, uluslararası topluma çağrı niteliğindeki kararlar bakımından diplomatik yaptırım; Somali'ye silah ambargosu uygulanmasında ise ekonomik yaptırım örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca, BM adına ya da izniyle üye devletlerin kuvvet kullanması ve BM Barış Gücünün kurulması yolu ile de askerî yaptırımlar uygulanarak deniz haydutluğu ile mücadele edilmeye çalışılmıştır.

BM Andlaşmasının VII. Bölümüne dayanılarak Somali'de yapılan operasyonlar, kendine özgü bir nitelik taşımaktadır. BM, Somali'deki durumun başka bir devlete karşı yöneltilen tehdit veya saldırı durumundan dolayı değil; uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit oluşturduğundan hareket ederek karar vermiştir. Somali'de merkezi bir otorite bulunmaması sebebiyle kuvvetlerin statüsü ile ilgili bir anlaşma yapılamamış ve kuvvetlerin kullanımı, iyi niyet ve işbirliği ilkeleri çerçevesinde yürütülmüştür⁴⁸.

1. Deniz Haydutlarının Yargılanması

Maddi yaptırım, ulusal hukuk kurallarına uyulmadığında devlet tarafından uygulanan kamu gücünü belirtmektedir. Ceza uygulaması da, yasaları ihlal eden toplum üyesine karşı, yargı organlarınca usulüne uygun bir biçimde kararlaştırılan maddi bir yaptırımdır. Hukuk düzenlerinin temel işlevi, yürürlükte olduğu toplum açısından, kişi olarak kabul edilen varlıkların hukuka uygun davranmasını sağlamaktır. İç hukuklarda olduğu gibi uluslararası hukukta da; hukuka aykırı davranışın bir yaptırımla karşılaşması uluslararası hukuk düzeninin doğal bir sonucudur. Deniz haydutluğunun iç hukuk ceza normlarına göre suç olarak kabul edilmesi bir yana; uluslararası toplum düzenini de bozucu etkisi sebebiyle, uluslararası hukuk bakımından da engellenecek bir eylem olarak görülmektedir. Şüphesiz böyle bir engelleme, ortak kullanılan birçok araç yanında, tüm devletlere tanınmış yargı yetkisinin etkin biçimde kullanılmasıyla başarıya ulaşacaktır.

Devletlerin yargılama yetkisini kullanırken belirli esaslardan hareket ettiği görülür. Ceza kanunlarının uygulanmasında devletlerin yargılama yetkisini belirleyen en temel yaklaşım "mülkîlik ilkesi"dir. Buna göre, kendisine suç isnat edilen kişinin hangi vatandaşlıkta olduğuna bakılmaksızın, suçun işlendiği ülke devletinin ceza kanunlarının uygulanması esastır. Ancak, günümüz ulaşım imkânları da düşünüldüğünde, bir ülkede suç işleyen bir

⁴⁸ Bozkurt / Kütükçü / Poyraz, s. 333.

kişinin başka bir ülkeye geçiş yapması durumunda sadece mülkîlik ilkesi esas alındığında; bu eylemlerin cezasız kalması gibi bir durum ortaya çıkabilecektir. Böyle olumsuz bir sonucun önüne geçebilmek için, devletler uygulamasında, mülkîlik ilkesi yanında; daha çok tamamlayıcı nitelikte olmak üzere, “şahsîlik ilkesi”, “korunma ilkesi” ve “evrensellik ilkesi” de kullanılmaktadır. Şahsîlik ilkesinde, vatandaşlık bağı esas unsurdur. Mağdura veya faile göre şahsîlik belirlenebilmektedir. Korunma ilkesinde, devlet güvenliği aleyhine karşı işlenmiş bir suç varsa bu durumda devletler suçun işlendiği yere veya suçlunun vatandaşlığına bakmaksızın kovuşturma yapabilmektedir. Evrensellik ilkesine göre ise, insanlığa karşı işlenmiş bir suç varsa evrensel adaleti tesis etmek amacıyla suç kovuşturulabilecektir⁴⁹. Deniz haydutluğu *hostis humani generis* kabul edildiği ve suçun taşıdığı tehdit uluslararası düzeyde olduğu için devletler, evrensel yargı yetkisi çerçevesinde soruna bir çözüm bulmayı amaçlamışlardır⁵⁰. Bu amaca uygun olarak BMDHS'nin 105. maddesi, deniz haydutlarının yargılanmasını devletlere bırakmıştır.

Deniz haydutluğu fiilleri açısından devletlerin yargılama yetkisiyle donatılması; kovuşturma yaparak bu yetkiyi kullanmak bakımından tüm devletlerin istekli oldukları şeklinde yorumlanamaz. Devletler topluluğu içinde bir devletin yakalama ve yargılama yetkisine sahip olması; aynı zamanda yargılama yükümlülüğü altında bulunmasını ifade etmemektedir⁵¹. BMDHS'nin 100. maddesinde düzenleme konusu yapılan, “deniz haydutluğunu cezalandırmak üzere mümkün olan en kapsamlı biçimde işbirliği” yapılması yükümlünden söz edilebilirse de; böyle bir yükümlülüğün genel bir amaca yönelik olduğu ve somut olaylar bakımından doğrudan devletleri harekete geçirecek bir uygulamayı içermediği, normun düzenleme biçiminden çıkartılabilir.

Her devlet; uyruğu altındaki gerçek ve tüzel kişilere veya gemilere yönelik deniz haydutluğuna ilişkin kurallar koyabilir. Yine açık denizde her devletin deniz haydutlarını yakalama yetkisi olduğundan; yakaladıkları bu kişilere uygulayacakları cezaları da kendileri belirleyecektir⁵². Ancak evrensel yargılama ilkesi pratiğinde; yakalayan veya teslim edildiği üçüncü bir devlet

⁴⁹ Erdal, Selcen (2010), Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 57. Ceza yasalarının uygulanması ve yargı yetkisinin belirlenmesine ilişkin ilkeler için ayrıca bkz. Acer / Kaya, s. 163-169; Batır, s. 47-63; Canca, Denizde İşlenen Suçlar, s. 237-248.

⁵⁰ Çaşın, Mesut Hakkı (2013), Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, C. II, Legal Kitabevi, İstanbul, s. 1494.

⁵¹ Öktem / Kurtdarcan, s. 99.

⁵² Deniz haydutluğunu suç olarak düzenlemeyen ulusal yasaların varlığı bir yana; suç olarak kabul eden devlet yasalarının öngördüğü cezaların; iki yıl süreli hapis cezasından ömür boyu hapis cezasına kadar geniş bir yelpaze oluşturduğu bilinmektedir. Bkz. Topal, s. 123-124.

tarafından yargılama yapılması, yargılama sürecinin işletilmesinde ciddi insan hakları ihlallerini doğurma potansiyeline sahip bulunmaktadır⁵³.

Devletlerin ulusal düzenlemelerine bakıldığında farklı özellikler gösterdiği tespit edilecektir. Bazı devletler, ceza yasaları dışında doğrudan deniz haydutluğuna ilişkin düzenlemeler içermektedir. Örneğin Fransa'da kısa adıyla Haydutluğa Karşı Mücadele Kanunu yürürlüğe konulmuş ve özellikle uluslararası toplumdaki gelişmelere koşut olarak 2011 ve 2014 yıllarında önemli değişiklikler yapılmıştır⁵⁴. Bu yasa, yargılama yetkisinin kullanımı ve ceza yargılaması açısından temel kanunlara da gönderme yapmaktadır. Bazı devletler bakımından ise, ceza yasalarında bulunan eski düzenlemeler deniz haydutluğuna da uygulanmaktadır. Görüldüğü gibi bazı devletler bu suç için ayrıca düzenleme yaparken; bazı devletler de ceza kanunlarında bu suçta gönderme yapmakla yetinmektedir⁵⁵. Devletler uygulamasına bakarak deniz haydutluğuna ilişkin düzenlemeleri üç kategori içinde ele almak mümkündür: İlk olarak doğrudan özel yasaların yürürlüğe konulması; ikinci olarak, özel düzenlemeyle genel ceza normlarına ya da ceza yasalarıyla özel düzenlemelere gönderme yapılması ve nihayet genel düzenlemelerin doğrudan uygulanması.

Deniz haydutlarının yargılanmasında en kötü ihtimal; kural yokluğu veya başka bir sebeple ulusal hukuka göre suç kabul edilmemesine bağlı olarak, fiili gerçekleştirenlerin cezasız kalmasıdır. Bu olumsuz sonuca iyi bir örnek; kendi deniz kuvvetlerince yakalanan deniz haydutlarının Danimarka Hükûmetinin bu kişileri yargılama yetkisinin olmadığı sonucuna varması ile serbest bırakmasıdır⁵⁶.

Yakalanan deniz haydutlarının yargılanması konusunda birçok öneride bulunmaktadır. Bazı devletler, yakalanan Somalili haydutların Somali'ye gönderilmesinin otorite boşluğu nedeniyle haksız yargılamaya tabi tutulabileceklerini ileri sürerken; Fransa gibi bazı devletler de, yakaladığı haydutları Somali'ye teslim etmiştir. Haydutların yargılanmasının, uluslararası

⁵³ Öktem / Kurtardarcan, s. 110-111.

⁵⁴ Fransa'nın Haydutluğa Karşı Mücadele Kanunu için bkz. République Française, Loi n° 94-589, La lutte contre la piraterie et aux modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police en mer, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000713756>, ET: 30.07.2017.

⁵⁵ Batır, s. 69-75.

⁵⁶ Canca, *Denizde İşlenen Suçlar*, s. 139-140; Topal, s. 125. Danimarka donanmasına bağlı *Absalon* gemisi, Somali açıklarında 17 Eylül 2008 tarihinde yakaladığı on deniz haydudunu altı gün göz altında tuttukten sonra, Somali kıyılarında serbest bırakmıştır. Görünürde idam cezası ve işkence riskinin, suçluların iadesinde veya yargılamadan sonra tesliminde sorun doğuracağı endişesi bulunmaktadır. Yine İngiliz Hükûmetinin, sığınma taleplerine yol açma ihtimaliyle deniz haydutlarının gözaltına alınmaması yönünde uyarı yaptığı kaydedilmiştir. Bkz. Öktem / Kurtardarcan, s. 110-111.

mahkeme veya bölge devletlerinin yerel mahkemelerince yapılması da ileri sürülmüştür. Devletlerin bazıları ise, soruna özgü/geçici (*ad hoc*) uluslararası mahkeme kurulmasını bir çözüm yolu olarak görmektedir. Etkili bir mücadele için *ad hoc* mahkeme kurulması, yerinde bir çözüm olarak da görülebilir⁵⁷.

2. Birleşmiş Milletler Tarafından Oluşturulan Barış Güçleri

1991 yılında, Somali'de, yirmi yılı aşkın süren *Siad Barre* yönetiminin ortadan kaldırılması; ne yazık ki, ülkeye huzur ve barış getirmemiştir. Rejimin çöküşü ile beraber insancıl bir felaket yaşanmıştır. Devletin fiili otoritesini kaybetmesiyle yasal olmayan ve şiddet içeren olayların yaygınlaşması, bu dönemde birçok masum insanın hayatını kaybetmesine neden olmuştur⁵⁸. Bu olaylar üzerine Güvenlik Konseyi 751 (1992) sayılı kararı⁵⁹ ile Somali'ye ekonomik yaptırım olarak, silah ambargosu uygulamış ve UNOSOM-I Barış Operasyonu (*United Nations Operation in Somalia*) başlatılmıştır. Bu operasyonla, beş yüz kadar asker, elli gözlemci ve birçok insanî yardım ve gıda malzemesi Somali'ye gönderilmiştir. Ancak BM adına hareket eden sınırlı sayıdaki asker, bölgede güvenliği sağlayamamıştır.

Konsey, 794 (1992) sayılı kararı⁶⁰ ile insanî yardım operasyonlarının başarıya ulaşabilmesi için gerektiğinde üye devletlere, kuvvet kullanabilme yetkisi vermiştir. ABD, Birleşik Görev Gücü (*Unified Task Force-UNITAF*) isimli yeni bir operasyonu desteklemiş; ancak operasyonun maliyetinin bir milyar doları geçmesi ve bölgedeki askerlerinin görev sürelerinin dolmasından dolayı yeni bir gücün Somali'ye konuşlandırılmasını istemiştir. Bunun üzerine Amerika güçleri ülkeden kısmen çekilmiş ve 37 bin askerin görevlendirildiği UNOSOM-II operasyonu başlatılmıştır. Bazı gerilla liderleri tarafından iki Amerikan helikopterinin düşürülmesi ve bunun sonucunda on sekiz Amerikan askerinin ölmesi üzerine ABD askerleri ülkeden çekilmiş; BM barış gücü operasyonları da sona ermiştir. Somali'ye yardım etmeye çalışan operasyonların süreklilik gösterememesi, uluslararası toplum tarafından yapılmak istenen yardımlara da engel olmuştur⁶¹.

⁵⁷ Bayilloğlu, s. 155.

⁵⁸ Maden, Tuğba Evrim (2013), Somali'de Bitmeyen Siyasi Kriz, Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, Rapor No: 163 (Temmuz 2013), Ankara, s. 10.

⁵⁹ BM Güvenlik Konseyi, 24 Nisan 1992 Tarih ve 751 Sayılı Karar, S/RES/751 (1992), Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/751\(1992\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/751(1992)), ET: 30.07.2017.

⁶⁰ BM Güvenlik Konseyi, 3 Aralık 1992 Tarih ve 794 Sayılı Karar, S/RES/794 (1992), Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/794\(1992\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/794(1992)), ET: 30.07.2017.

⁶¹ Batır, s. 211.

3. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarının Belirlediği Rejim

Güvenlik Konseyi, Aden Körfezi'nde meydana gelen deniz haydutluğu olaylarını önlemek amacıyla; önceki ilke kararlarını da göz önünde tutarak, Somali Geçici Hükümetinin izin ve desteğiyle, 2008 yılında beş adet karar⁶² kabul etmiştir. Konsey sonraki kararlarında, Somali karasularına girme ve gerekli vasıtaları kullanma yetkisinin süresini, Somali Hükümetlerinin talebine uygun olarak, birçok kez uzatmıştır.

Konseyin aldığı bu kararlar, genel itibariyle, devletlerin deniz haydutluğu ile mücadelede işbirliği yapması, bu amaca yönelik olarak gerekli önlemleri alması, ihtiyaç duyulan yasal düzenlemeleri yürürlüğe koyması konusunda uyarılarda ve çağrılarda bulunmaktadır. Bu ve benzer nitelikteki; deniz haydutluğuna karşı mücadelede sürecin kontrolü ve geliştirilmesine, yasal düzenleme girişimlerinin teşvik edilmesi ve desteklenmesine veya suçluların yargılanmasına yönelik tavsiye ve çağrılarının birer diplomatik yaptırım olduğu söylenebilir. Konsey kararlarına uygun olarak gerçekleştirilen operasyonlar askeri yaptırımı; karara dahil edilen haydutluk ve silahlı soygun eylemlerinin kınanması ise, manevi yaptırımı oluşturmaktadır.

Konseyin oybirliğiyle kabul edilen 1816 (2008) sayılı kararında⁶³ öncelikle, Somali kıyıları ve karasularında meydana gelen haydutluk ve silahlı soygun eylemleri üzüntüyle kınanmıştır. Karar uyarınca, Somali Geçici Hükümetinin onayı ve altı aylık süre için Somali karasularına girme ve uluslararası hukukun ilgili düzenlemelerine uygun bir şekilde, deniz haydutluğu ve silahlı soygun eylemlerini bastırmak için üye devletlere gerekli tüm vasıtaları kullanma izni verilmiştir.

1838 (2008) sayılı Konsey kararı⁶⁴, 1816 sayılı kararla benzer içeriklere sahiptir. Kararda, Somali kıyılarında meydana gelen silahlı soygun ve deniz haydutluğu olayları kınanmakta; Somali açıklarında deniz haydutluğu ile aktif olarak mücadele etmek üzere devletlere, askeri kapasitelerini kullanmaları konusunda çağrı yapılmaktadır. Ayrıca, tüm devletlerin, Somali Geçici Hükümeti ile işbirliği yapmasının önemine işaret edilmiştir. Somali açıklarında deniz ve hava askerî unsurları ile faaliyet gösteren devletlerin, ihtiyaç duyulan araçları uluslararası hukuka uygun olarak kullanmaları gerektiği belirtilmektedir. Dünya Gıda Programı (*World Food Program-WFP*) kapsamında Somali'ye insanî yardım sağlayan gemilerin korunmasına devam edilmesi öngörülmektedir.

⁶² Konseyin 1816 (2008), 1838 (2008), 1844 (2008), 1846 (2008) ve 1851 (2008) Sayılı Kararları.

⁶³ BM Güvenlik Konseyi, 2 Haziran 2008 Tarih ve 1816 Sayılı Karar, S/RES/1816 (2008), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1816%20\(2008\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1816%20(2008)), ET: 30.07.2017.

⁶⁴ BM Güvenlik Konseyi, 7 Ekim 2008 Tarih ve 1838 Sayılı Karar, S/RES/1838 (2008), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1838%20\(2008\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1838%20(2008)), ET: 30.07.2017.

1846 (2008) sayılı kararında⁶⁵ Konsey, öncelikle Somali'nin durumuyla ilgili önceki kararlarını hatırlatmaktadır. Ayrıca kararda, Somali'deki Gözlem Grubu'nun 20 Kasım 2008 tarihli raporunda belirlediği yükselen fidye miktarının, Somali açıklarındaki haydutluk olaylarını artırmamasından duyulan endişe ifade edilmektedir. Gerekli imkân ve kabiliyete sahip devletlere ve bölgesel örgütlere, bölgeye askerî deniz ve hava vasıtalarını konuşlandırmaları ve haydutluk ve silahlı soygun faaliyetlerinde kullanılan veya kullanıldığından şüphelenen gemilere, teknelere, silahlara ve diğer ekipmanlara el koyarak, uluslararası hukuka uygun şekilde, Somali açıklarındaki deniz haydutluğu olaylarının sona erdirilmesi yönünde aktif tedbirler almaları çağrısında bulunmaktadır. Yine Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme (SUA Sözleşmesi)⁶⁶ taraflarının yükümlülüklerini yerine getirmeleri ve haydutluk veya silahlı soygun şüphelisi kişilerin soruşturulması için hukukî ortamın tesis edilmesi amacı ile BM Genel Sekreterliği ve Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) ile işbirliği yapmaları çağrısında bulunmaktadır⁶⁷.

Konseyin 1851 (2008) sayılı kararında⁶⁸ belirtilen en önemli nokta; haydutluk ve silahlı soygunla mücadele eden devletlere, Somali Federal Geçici Hükûmetinin talebi göz önünde tutularak, Somali'de haydutlara karşı karadan da operasyon yapma yetkisi verilmesidir. Kararda ayrıca, Somali açıklarındaki haydutluk ve silahlı soygun ile ilgili bilgilerin koordine edilmesi; kolluk güçlerinin etkin işbirliği sağlamaları amacıyla BMDHS hükümlerine uygun olarak anlaşmaların yapılması; haydutluk ile silahlı soygun eylemlerinin etkin şekilde soruşturulması ve kovuşturulması için SUA Sözleşmesi ile Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi⁶⁹ ve bölgedeki devletlerin taraf oldukları diğer anlaşmaların yürütülmesi ve bu amaçlara hizmet etmek üzere bölgede bir merkez oluşturulması teşvik edilmektedir.

⁶⁵ BM Güvenlik Konseyi, 2 Aralık 2008 Tarih ve 1846 Sayılı Karar, S/RES/1846 (2008), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1846%20\(2008\), ET: 30.07.2017](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1846%20(2008), ET: 30.07.2017).

⁶⁶ SUA Sözleşmesi için bkz. RG: 9 Ekim 1990, S. 20660.

⁶⁷ SUA Sözleşmesinin BM Deniz Hukuku Sözleşmesinde düzenlenen deniz haydutluğu eylemi dışında diğer bazı eylemleri de hukuka aykırı kabul etmesinden dolayı, daha etkin bir mücadele imkanı doğmuştur. Öte yandan hukuka aykırı eylemlere karşı yalnızca açık denizde değil; taraf diğer devletlerin karasularında da yetki kullanılmasına imkan tanındığı görülmektedir. Belirlenen eylemlerin zanlılarının yakalanabilmesi için Sözleşme taraf devletlere gemiye müdahale etme, çıkma ve suçluları yargılama yetkisi vermektedir. Sözleşme düzenlemelerinin geniş bir değerlendirmesi için bkz. Kızılsümer Özer, Deniz (2016), "Uluslararası Hukuk ve Denizde Yasadışı Faaliyetlerin Önlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2 (2015), s. 41-49.

⁶⁸ BM Güvenlik Konseyi, 16 Aralık 2008 Tarih ve 1851 Sayılı Karar, S/RES/1851 (2008), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1851%20\(2008\), ET: 30.07.2017](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1851%20(2008), ET: 30.07.2017).

⁶⁹ Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi için bkz. RG: 4 Şubat 2003, S. 25014.

1897 (2009) sayılı Konsey kararında⁷⁰ ise; deniz haydudu şüphelilerini ulusal mahkemelerinde kovuşturmak için gösterdiği çabalar dolayısıyla Kenya'nın övgü ve takdirle karşılandığı belirtilmektedir. Deniz Haydutluğu İletişim Grubu, BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi (UNODC) ve diğer uluslararası örgütler, Somali Açıklarında Deniz Haydutluğu İle İlgili İletişim Grubu (*Contact Group on Piracy of the Coast of Somalia-CGPCS*) ile koordineli olarak çalışmaya davet edilmektedir.

1918 (2010) sayılı Konsey kararına⁷¹ göre, Somali kıyılarında gerçekleşen deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiillerini işleyenlerin kovuşturulmasındaki eksiklikler, uluslararası toplumun deniz haydutluğu ile mücadelesini zayıflatmaktadır. Konsey, bölge devletleri de dahil olmak üzere tüm devletlere; Somali kıyılarında yakalanan deniz haydutlarını kovuşturmak ve cezalandırmak üzere, uluslararası insan hakları hukukuna uygun şekilde, ulusal hukuklarında deniz haydutluğu suçunu düzenleme çağrısı yapmıştır. Yine kararda, Genel Sekreterden Somali kıyılarında deniz haydutluğu ve silahlı soygun fiillerini işleyen kişilerin yargılanmasını ve cezalandırılmasını sağlayacak; uluslararası destekle oluşturulmuş ulusal özel mahkeme, bölgesel mahkeme veya evrensel mahkeme gibi seçenekleri içeren bir rapor hazırlaması istenmiştir.

1976 (2011) sayılı Konsey kararında⁷², deniz haydutlarının yargılanması ve suçu sabit olanların cezalarının infazına ilişkin Genel Sekreterin daha etkin çözümler üzerinde çalışması desteklenmiş; deniz haydutluğunun evrensel yargılama ilkesine tâbi bir suç olduğu ifade edilerek, üye devletlere haydutların yargılanmasında inisiyatif almaları çağrısı yapılmıştır. Ayrıca Somali'de, yakalanan haydutların yargılanması için planlanan özel yetkili yerel mahkemenin kurulması üzerinde durulmuştur⁷³.

2015 (2011) sayılı Konsey kararında⁷⁴, uluslararası katılımı özel yetkili mahkemelerin kurulması çalışmalarına başlamak üzere Genel Sekreterden, bölge devletleri nezdinde danışma faaliyetlerinde bulunması istenmektedir. Ayrıca kararda, ad hoc mahkeme kurulması görüşü de gündeme getirilmiştir.

⁷⁰ BM Güvenlik Konseyi, 30 Kasım 2009 Tarih ve 1897 Sayılı Karar, S/RES/1897 (2009), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1897%20\(2009\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1897%20(2009)), ET: 30.07.2017.

⁷¹ BM Güvenlik Konseyi, 27 Nisan 2010 Tarih ve 1918 Sayılı Karar, S/RES/1950 (2010), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1918%20\(2010\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1918%20(2010)), ET: 30.07.2017.

⁷² BM Güvenlik Konseyi, 11 Nisan 2011 Tarih ve 1976 Sayılı Karar, S/RES/1976 (2011), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1976\(2011\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1976(2011)), ET: 30.07.2017.

⁷³ Demirtaş, Cengiz (2012), "Somali Sahillerindeki Deniz Haydutluğu Eylemleri ve Haydutların Yargılanması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 1, s. 47.

⁷⁴ BM Güvenlik Konseyi, 24 Ekim 2011 Tarih ve 2015 Sayılı Karar, S/RES/2015 (2011), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2015\(2011\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2015(2011)), ET: 30.07.2017.

2020 (2011) sayılı Konsey kararı⁷⁵, deniz haydutluğu sorununun kaynağına işaret etmektedir. Kararda, Somali’de devam etmekte olan deniz haydutluğu eylemlerinin temelinde Somali’deki istikrarsız siyasî ortamın etkili olduğu ve diğer önlemler yanında, bu konuda da hassasiyet gösterilmesi gerektiği belirtilerek; istikrarı sağlayacak araçların desteklenmesi konusunda devletlere çağrıda bulunmaktadır.

Konseyin 2077 (2012) sayılı kararı⁷⁶, Somalili yetkililerin sorumlulukları üzerinde durmuş; Somali tarafından talep edilen uluslararası yardıma işaret edilerek, Güvenlik Konseyinin aldığı kararların olumlu karşılandığına ilişkin tespit dile getirilmiştir. Kenya ve Seyşellerin, deniz haydutlarını yargılama çabası memnuniyet verici bulunmuştur. Somali’de barış ve istikrarın sağlanması, ekonomik ve sosyal gelişim ile insan haklarına saygının ve yasalara uyulmasının önem taşıdığına vurgu yapılmıştır.

2125 (2013) sayılı Konsey kararında⁷⁷, bir önceki kararda olduğu gibi, deniz haydutluğu ve silahlı soygunlar bakımından asıl sorumluluğun Somalili yetkililerde olduğu ifade edilerek; bu eylemlere karşı kanunların derhal çıkartılması ve haydutların yerel mahkemelerde yargılanmasının sağlanması istenmiştir. Kararda Somali’nin, BMDHS hükümlerine uygun olarak münhasır ekonomik bölge oluşturması da talep edilmiştir.

2184 (2014) sayılı Konsey kararında⁷⁸, deniz haydutluğu ve silahlı soygun olaylarında kadın ve çocukların istismar edildiği ve baskı altında bırakıldığı tespiti yapılarak; bu durumun, endişe verici olduğu ifade edilmektedir. Yine kararda, etkin bir ceza sisteminin uygulanması üzerinde durulmuş; deniz haydutluğu ve silahlı soygun eylemleriyle ilişkili olarak yakalanan kişilerin adalet karşısına çıkmadan salıverilmelerine rastlandığı belirtilmiştir. Olaylarda mali çıkar sağlayan, yardım eden, planlama yapan ve organizasyonu yürüten kişilerin de ceza alması için ciddi bir süreç yürütülmelidir. Kararda ilgi çeken bir tespit de; deniz haydutluğu ile mücadele ile Somali halkının yeterli ekonomik düzeye ulaşması arasında bir bağ kurulmuş olmasıdır.

⁷⁵ BM Güvenlik Konseyi, 22 Kasım 2011 Tarih ve 2020 Sayılı Karar, S/RES/2020 (2011), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2020\(2011\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2020(2011)), ET: 30.07.2017.

⁷⁶ BM Güvenlik Konseyi, 21 Kasım 2012 Tarih ve 2077 Sayılı Karar, S/RES/2077 (2012), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2077\(2012\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2077(2012)), ET: 30.07.2017.

⁷⁷ BM Güvenlik Konseyi, 18 Kasım 2013 Tarih ve 2125 Sayılı Karar, S/RES/2125 (2013), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2125\(2013\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2125(2013)), ET: 30.07.2017.

⁷⁸ BM Güvenlik Konseyi, 12 Kasım 2014 Tarih ve 2184 Sayılı Karar, S/RES/2184 (2014), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2184\(2014\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2184(2014)), ET: 30.07.2017.

2246 (2015) sayılı Konsey kararı⁷⁹, Somalili yetkililerin deniz haydutlarının belirlenmesi, yargılanması ve iadelerinde gösterdiği çabalardan övgüyle söz etmektedir. Seyşellerde cezaları onanan suçluların, cezalarını Somali'de çekmeleri uygun görülmüştür. Bilgi paylaşımı konusunda önemli bir gelişme sağlayacak Deniz Güvenliği Koordinasyon Komitesinin (Maritime Security Coordination Committee-MSCC) oluşturulması, kayda değer bir gelişim olarak değerlendirilmektedir. Somali'nin münhasır ekonomik bölgesindeki yasadışı balıkçılık faaliyetlerine de işaret eden karar, deniz haydutluğu ile yasadışı balıkçılık arasında karmaşık bir ilişki bulunduğuna da vurgu yapmıştır.

2316 (2016) sayılı Konsey kararı⁸⁰, önceki kararlarda yer alan bir çok konuyu tekrarlamaktadır. Cibuti Kodunun uygulanmasında küresel ve bölgesel uluslararası örgütlerin eşgüdüm içinde işbirliği yapmalarının her türlü takdirin üzerinde olduğu ifade edilmiştir. Seyşellerin özel bir yargılama ile deniz haydutluğuna karşı kullandığı yargı yetkisi, memnuniyet vericidir. Deniz haydutluğu ve silahlı soygunlara yönelik olarak ilgili tüm devletlerin, uluslararası hukuka veya iç hukuklarına bağlı olarak yargılama yapmalarının önemine de işaret edilmiştir.

Somali'de deniz haydutluğu ve silahlı soygun olaylarıyla mücadelede, askerî müdahale yetkisinin temel dayanağı 1816 (2008) sayılı karardır. Güvenlik Konseyi, ilk defa, deniz haydutluğu ve silahlı soygun eylemlerinin BM Andlaşmasının VII. Bölümü çerçevesinde uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiğini (m. 39) kabul etmiş görünmektedir. Diğer taraftan Konsey kararlarında, deniz haydutluğuna karşı mücadelede askerî ve teknik gerekliliklere bağlı olarak; ülkesel yetki alanlarında uluslararası toplum adına hareket eden askerî güçlerin müdahalesinin Somali Hükûmetinin veya Somalili yetkililerin rıza ve taleplerine bağlı olarak gerçekleştiği ısrarla ve bilinçli olarak tekrarlanmaktadır. Kararlarda özellikle rızanın, "Somali karasularına girme" ve "deniz haydutluğu ile mücadelede gerekli tüm araçları kullanma yetkisine sahip olma" biçiminde formüle edildiği görülmektedir. İlk çırpıda, bu iki yaklaşımın birbiriyle çeliştiği söylenebilir. Uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden bir durum karşısında uluslararası toplum adına uluslararası hukuk ve BM Andlaşmasından doğan bir yetki kullanmak ile kıyı devletinin rıza ve talebine uygun bir girişim başlatmak arasında hukukî dayanak açısından ciddi bir farklılık bulunmaktadır. Aslında ikinci yöntemin tercih edilmesinde, çok açıktır ki, ne uluslararası toplumun müdahalesine ne de Güvenlik Konseyinin kararına ihtiyaç kalacaktır. İşte bu sebeple ve haklı olarak, Konsey kararlarında Somali devletinin iznine

⁷⁹ BM Güvenlik Konseyi, 10 Kasım 2015 Tarih ve 2246 Sayılı Karar, S/RES/2246 (2015), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2246\(2015\), ET: 30.07.2017](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2246(2015), ET: 30.07.2017).

⁸⁰ BM Güvenlik Konseyi, 9 Kasım 2016 Tarih ve 2316 Sayılı Karar, S/RES/2316 (2016), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2316\(2016\), ET: 30.07.2017](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2316(2016), ET: 30.07.2017).

gönderme yapan ifadelerin “kararların devrimci niteliğini ortadan kaldırdığı”, kullanılan diplomatik dilin yeni bir görev ve yükümlülük doğuracak biçimde yorumlanmasının doğru olmadığı; sadece teşvik edici bir özellik taşıdığı ileri sürülmüştür⁸¹. Hatta, kullanılan yetkilerin sadece Somali bağlantılı olaylarla sınırlı bulunduğu; bu kararlardan yola çıkarak, devletler açısından genel nitelikte hak, yükümlülük ve sorumluluk doğmayacağı; aynı zamanda teamül kuralı oluşumundan da söz edilemeyeceğine yönelik kararlarda yer alan ifadeler de, Konseyin yaklaşımını göstermesi bakımından ilginçtir.

Güvenlik Konseyi, bir yandan deniz haydutluğuna karşı uluslararası toplumun müşterek hareket etmesine özel bir önem atfederken; öte yandan, tüm uygulamaların ulusal yetki alanına müdahale olarak görülmemesi için, izin alınarak yapıldığına vurguyla devlet egemenliğini yüceltmektedir. Aslında BM Andlaşması, bu çelişkiyi ortadan kaldıracak ölçütü açıkça ortaya koymuştur: BM Andlaşmasının VII. Bölümünde düzenlenen zorlama önlemlerinin uygulanması dışında; BM Örgütü, devletlerin ulusal yetkisi içinde bulunan işlere ne karışabilir ne de bu gibi işlerini bir çözüme kavuşturması için üye devletleri zorlayabilir (m. 2/7).

4. Deniz Haydutluğuna Karşı Çok Uluslu Operasyonlar ve Uluslararası Örgütlerin Rolü

Somali açıklarında, dünyanın çeşitli yerlerinden devletlere ait donanmaların katkı sağladığı askerî operasyonlar yürütülmektedir. Her operasyon, farklı görev tanımlarına ve dayanaklar açısından ayırt edici özellikler gösteren hukukî süreçlere bağlı bulunmaktadır. NATO ve Avrupa Birliği gibi uluslararası örgütlerin üyesi olarak görev almak; Çin, Rusya, Hindistan ve Pakistan gibi tek başına hareket etmek ve nihayet ABD ve Danimarka gibi çok uluslu koalisyonlara önderlik etmek şeklinde operasyonlara katılan devletlerin, deniz haydutluğuna karşı mücadeleye destek olduğu görülmektedir. Bu devletlerin birçoğu deniz ticareti yollarında devriye görevi yürütmek ve insanî yardım konvoylarının güvenliğini sağlamak gibi belirlenmiş amaçlara yönelik faaliyetler yürütürken; Çin gibi bazı devletler ise faaliyetlerini, sadece kendi ticaret gemilerinin korunmasına hizmetle sınırlı tutmaktadır. Bazı devletlerin ise, deniz haydutluğunun önlenmesi ve mevcut saldırıların bertaraf edilmesine yönelik katkılar sağladığı görülmektedir⁸².

2008 yılının ilk ayları boyunca Aden Körfezi’ndeki güvenlik neredeyse sadece Birleşik Deniz Güçleri (*Combined Maritime Forces*) kapsamında görev yapan Birleşik Görev Gücü (*Combined Task Force / CTF-150*) tarafından sağlanmıştır. Birleşik Deniz Gücü, 11 Eylül 2001 tarihinde ABD’ye yönelik terörist saldırıların ardından başlayan Sonsuz Özgürlük Harekâtı (*Operation Enduring Freedom-*

⁸¹ Bayıllıoğlu, s. 137.

⁸² Batır, s. 226.

OEF) kapsamında Bahreyn'de kurulmuştur. Bu güç içerisinde ABD, İngiltere, Kanada, Fransa, Almanya, Avustralya, İtalya, Hollanda, Yeni Zelanda, İspanya, Portekiz, Danimarka, Pakistan, Türkiye ve diğer bazı devletlerin gemileri yer almaktadır. Bu operasyonun temel amacı, genel çerçevede deniz güvenliğini sağlamak ve terörizmle mücadele etmektir. Görev gücü daha sonra sadece Aden Körfezi bölgesi ile sınırlı kalmayıp, Kızıldeniz, Hint Okyanusu, Arap Denizi ve Umman Körfezi'nde toplamda 2.5 milyon mil kare suda deniz güvenliği operasyonlarını yürütmeye başlamıştır. Bu geniş alan yedek gemiler de dâhil olmak üzere sadece on dört gemi tarafından taranmaktadır⁸³.

2008 yılı Ağustos ayında IMO'nun ve diğer uluslararası örgütlerin baskısı ile Aden Körfezi'nden geçen ticaret gemilerinin güvenliğini sağlamak amacıyla CTF-150 tarafından Deniz Güvenliği Karakol Alanı (*Maritime Security Patrol Area*) kurulmuştur. Böyle bir oluşumun amacı, küçük bir alana odaklanarak daha etkili savunma önlemleri alınmasını sağlamaktır. Aynı yılın Ekim ayında Fransız Donanması bölgeden transit olarak geçen gemilere refakat etmeye başlamıştır ve kısa bir süre için, NATO Mukabele Kuvveti (Daimî NATO Deniz Grubu Donanma Gemileri) Somali yakınlarında faaliyette bulunmuştur. Daha sonra, Malezya, Hindistan, Rusya, Çin, Suudi Arabistan, İran ve Japonya dâhil olmak üzere diğer ülkelerin bağımsız donanma gemileri, Somali açıklarında haydutlukla mücadele görevine başlamıştır. Alınan bütün önlemler, bazı ticaret gemilerinin güvenli geçişini sağlamasına ve bazı bordalama eylemlerini engellemesine rağmen bütünüyle gemi kaçırımlarının veya gemilere yönelik saldırıların önüne geçememiştir. Özellikle savaş gemileri Aden Körfezi'ne odaklanmışken, Somali'nin doğusundaki Hint Okyanusu'nun geniş alanları oldukça korumasız kalmıştır⁸⁴.

CTF-151 ise, CTF-150'nin devamı niteliğinde, Aden Körfezi, Arap Denizi, Hint Okyanusu ve Kızıldeniz çevresinde haydutları caydırma ve haydutlarla mücadele için oluşturulmuş çok uluslu bir görev gücüdür. Bu görev gücü yasal bir deniz düzenini oluşturmak ve deniz ortamında güvenliği sağlamak için kurulmuştur. CTF-151 görev gücü kapsamında, bir helikopter filosu, filo cerrahi ekibi, bordalama ekipleri ve ABD Deniz Piyadeleri ve ABD Sahil Güvenliğinin kuvvetleri mevcuttur⁸⁵.

Sözü edilen Güvenlik Konseyi kararları uyarınca NATO da bölgede deniz haydutluğu fiillerine karşı çeşitli operasyonlar icra etmiştir. İlk olarak Tedarikçi Müttefik Operasyonu (*Operation Allied Provider*) adı altında bir operasyon

⁸³ Knott, John (2009), "UK: Somalia, The Gulf Of Aden, And Piracy: An Overview, And Recent Developments", <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=77982>, ET: 15.06.2017.

⁸⁴ Knott, John (2009), 'UK: Somalia, The Gulf Of Aden, And Piracy: An Overview, And Recent Developments', <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=77982>, ET: 15.06.2017.

⁸⁵ U.S. Naval Forces Central Command, <http://www.cusnc.navy.mil/articles/2009/004.html>, ET: 15.06.2017.

düzenlenmiştir. 24 Ekim 2008 tarihinde, Somali kıyılarında, haydutlukla mücadele görevlerini yürütmek üzere NATO Daimî Deniz Grubu-2 (SNMG-2)'den beş savaş gemisi konuşlandırılmıştır. Bu gemiler; İtalya, Yunanistan, Türkiye, Birleşik Krallık ve Almanya'ya ait gemilerdir. Bu operasyonun görevi, WFP gemilerine refakat etmek, ticaret gemilerine karşı suç teşkil eden eylemlere karşı en hassas devriye yolları oluşturmak, bölgede deniz haydutluğu faaliyetlerine karşı savunma yapmak, caydırmak ve önlemektir⁸⁶.

Tedarikçi Müttefik Operasyonu, BM Genel Sekreteri *Ban Ki-Moon* tarafından talep edilen geçici bir operasyondur ve bu operasyonun devamı niteliğinde 2008 yılı Aralık ayında Avrupa Birliği Donanma Gücü Atalanta Operasyonu (*European Union Naval Force Operation Atalanta-EUNAVFOR*) oluşturulmuştur. Atalanta Operasyonu'nda, Fransa, Almanya, Hollanda, İspanya ve Yunanistan'a ait altı savaş gemisi ve üç gözetim uçağı yer almaktadır⁸⁷.

Atalanta Operasyonu, WFP gemilerinin korunmasının yanı sıra tehlikeye açık gemiler başta olmak üzere bölgeden geçiş yapan tüm gemilere koruma sağlama imkânı vermektedir. Avrupa Birliği, operasyona katılan silahlı güçlerinin bölge ülkelerindeki statülerini belirlemek üzere; Somali, Cibuti ve Seyşeller ile karşılıklı anlaşmalar imzalamıştır. Ayrıca deniz haydutluğu ve silahlı soygun şüphesi ile yakalanan kişilerin yargılanmak üzere teslim edilmesi konusunda Seyşeller ile ikili anlaşmalar da imzalanarak 2009 yılı içinde yürürlüğe sokulmuştur⁸⁸.

Atalanta Operasyonu'nu tamamlayıcı nitelikte görülen, ticarî deniz yolları ve uluslararası seyir güvenliğine katkıda bulunma amacına yönelik; 2009 yılı Mart-Ağustos ayları arasında yürütülen bir diğer NATO operasyonu, Koruyucu Müttefik Operasyonu (*Operation Allied Protector*) adı altında gerçekleştirilmiştir. Bu yeni oluşum, daha önceki Tedarikçi Müttefik Operasyonu tarafından üstlenilen görevleri yerine getirmektedir⁸⁹.

Koruyucu Müttefik Operasyonu'nu takiben 2009 yılı Ağustos ayında Okyanus Kalkanı Harekâtı (*Ocean Shield Operation*) başlatılmıştır. Bu operasyon da bölgedeki deniz güvenliğini sağlamada katkıda bulunmak için ilgili Güvenlik Konseyi kararları ile uyumlu olarak, Birleşik Görev Güçleri, Atalanta Operasyonu gibi diğer girişimlerle koordinasyon içerisinde ve Çin, Hindistan ve Güney Kore gibi bireysel olarak hareket eden ülkelerin katılımı ile gerçekleştirilmiştir. Bu

⁸⁶ Ho, Joshua (2009), 'Piracy Around the Horn of Africa', <http://echogeo.revues.org/11370#ftn21>, par. 25, ET: 15.06.2017.

⁸⁷ Ho, par. 25-26.

⁸⁸ Beyoğlu, Melih (2013), "Somali'de Yaşanan Deniz Haydutluğu ve Deniz Haydutluğuna Karşı Geliştirilen İnisiyatifler", Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 4, S. 2, s. 40.

⁸⁹ Kuzey Atlantik Andlaşması Örgütü (NATO), "Counter - Piracy Operations", http://www.nato.int/cps/en/nato live/topics_48815.htm, ET: 15.06.2017.

uluslararası deniz güçlerinin varlığı, haydutların faaliyetlerini sürdürmesi ve eylemlerinde caydırıcılık oluşturması konusunda önem teşkil etmektedir⁹⁰.

Somali'de, 2010 yılında 139, 2011 yılında 160, 2012 yılında 49, 2013 yılında 7, 2014 yılında ise 3 saldırı meydana gelmiştir⁹¹. Somali için alınan önlemlerin bir sonucu olarak saldırıların çok düşük düzeylere indiği görülmekle birlikte; 2017 yılının ilk çeyreğinde 2; ikinci çeyreğinde 5 deniz haydutluğu olayının meydana gelmesi tamamen bitirilemediğinin bir göstergesidir. Doğu Afrika'da alınan bu kadar önlem ve yapılan operasyonlar sonucu rakamlardan da görüleceği gibi birkaç yıl içerisinde büyük bir başarı sağlanmıştır. Ancak bu demek değildir ki; gerek bu bölgede gerekse diğer bölgelerde deniz haydutluğu tamamen sona ermiştir. Doğu Afrika'da azalan deniz haydutluğu olaylarına karşı Batı Afrika'da meydana gelen deniz haydutluğu olaylarında yoğun bir şekilde artış yaşanması bunu göstermektedir. Bunun altında yatan sebeplerden en önemlileri; Doğu Afrika'da alınan yoğun güvenlik önlemleri ve değişen ticarî deniz rotaları olmaktadır. Bu durum bize göstermektedir ki deniz haydutluğu ile mücadelede alınan gerek sivil gerekse askerî önlemler sonucu, etkin mücadele edilen sınırlı alanlar bakımından başarılı sonuçlar ortaya çıksa da; bunun dışında kalan alanlar bakımından potansiyelin devam ettiği görülmektedir. Böylesi bir sonuç, deniz haydutluğunun hep var olduğu ve olmaya da devam edeceği şeklindeki yaklaşımı haklı çıkartacak niteliktedir.

Uluslararası toplum üyeleri arasındaki koordinasyonu sağlamak ve kolaylaştırmak için Güvenlik Konseyinin 2008 yılında verdiği 1851 sayılı kararın ele aldığı biçimiyle 2009 yılında Somali Açıklarındaki Deniz Haydutluğu İletişim Grubu (*Contact Group on Piracy of the Coast of Somalia*-CGPGS) kurulmuştur.

Deniz haydutluğuna karşı gemilerini korumak için bayrak devletinin gerekli önlemleri alması yanında; IMO'nun, saldırı tehlikesi karşısında zayıflık doğuran ve güvenlik açısından deniz taşımacılığının hız kesmesine yol açan standart dışı gemiler sorununa daha fazla eğilmesi gerekir⁹². 2009 yılında gerçekleştirilen IMO Cibuti toplantısında, Batı Hint Okyanusu ve Aden Körfezi'nde meydana gelen deniz haydutluğu ve gemileri hedef alan silahlı soygun eylemlerinin bastırılması için Cibuti Kodu (*The Djibouti Code of Conduct / Le code de conduite de Djibouti*); 2017 Cidde Toplantısında ise Cibuti Kodu Değişiklikleri (*Jeddah Amendment to the Djibouti Code of Conduct 2017 / Les amendements*

⁹⁰ Kuzey Atlantik Andlaşması Örgütü (NATO), "Counter - Piracy Operations", http://www.nato.int/cps/en/nato_live/topics_48815.htm, ET: 15.06.2017.

⁹¹ International Chamber of Commerce / International Maritime Bureau (IMB) (2014), Piracy and Armed Robbery Against Ships, Report for the Period 1 January-30 September 2014, s. 19.

⁹² Bateman, Sam (2010), "La piraterie maritime: des vérités qui dérangent", Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR), Forum du désarmement, S. 2, s. 26.

de Jeddah de 2017 au Code de conduite de Djibouti) kabul edilmiştir⁹³.

Güvenlik Konseyi tarafından alınan 1814, 1816 ve 1838 sayılı kararlar uyarınca, Etiyopya, Somali, Eritre ve Cibuti'yi içine alan ve Afrika'nın doğu bölümünün Arap Yarımadası'nı çevreleyen bölgesinde deniz güvenliğinin sağlanabilmesi amacıyla Afrika Boynuzu Deniz Güvenlik Merkezi (*Maritime Security Center Horn of Africa-MSCHOA*) kurulmuştur.

IMO, Cibuti Kodu dışında, gemilere yönelik deniz haydutluğu ve silahlı soygun olaylarının önlenmesi amacıyla çeşitli kararlar almakta ve sirküler çıkarmaktadır⁹⁴. IMO, gemilere karşı silahlı soygun eylemini, BMDHS'nde düzenlenen deniz haydutluğu eyleminden farklı görmektedir. Deniz Haydutluğu ve Gemilere Karşı Silahlı Soygun Suçlarının Soruşturulmasına İlişkin 2001 Uygulama Rehberinde⁹⁵ gemilere karşı silahlı soygun şu şekilde tanımlanmıştır: "Bir devletin bu tür suçlara ilişkin yetki alanında, bir gemiye veya gemideki kişilere ya da mallara karşı işlenen, deniz haydutluğu eylemleri dışında, herhangi bir kanunsuz şiddet ya da alıkoyma eylemi veya yağma eylemi ya da tehdidi"⁹⁶. 2010 Uygulama Rehberinde⁹⁷ ise daha ayrıntılı bir düzenleme mevcuttur: Gemilere karşı silahlı soygun, "a. Bir devletin iç sularında, takımada sularında ya da karasularında işlenen; özel amaçlarla bir gemiye, gemideki kişilere ya da mallara yönelik haydutluk eylemleri dışında

⁹³ Cibuti Kodu 2009 versiyonu için bkz. Uluslararası Denizcilik Örgütü, The Code of Conduct concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden, <http://www.imo.org/en/OurWork/Security/PIU/Documents/DCoC%20English.pdf>, ET: 30.07.2017. Bölge devletlerinin neredeyse tamamının imzaladığı Cibuti Kodunun ilk versiyonu, taraf devletlerin 10-12 Ocak 2017 tarihli Cidde Toplantısıyla değişikliğe uğramıştır. Değişiklikler en genel çerçevede deniz ticareti, deniz adamları, balıkçılık sektörü, gıda güvenliği ve deniz turizmine yönelmiş tehdit oluşturan deniz haydutluğu ve silahlı soygun eylemleriyle mücadelede; sürdürülebilir ekonomik gelişimi, istikrar ve refahı sağlamak için diğer devletlerle de işbirliği yapılmasını, ortak hareket edilmesini, suçluların soruşturulması ve kovuşturulmasının ısrarla takip edilmesini hedeflemiş görünmektedir. Değişiklikleri içeren yeni kodu, taraf 17 devletten, 12 Ocak 2017 tarihinde imzalayan 12'si şunlardır: Suudi Arabistan, Komor Adaları, Cibuti, Birleşik Arap Emirlikleri, Etiyopya, Ürdün, Madagaskar, Maldivler, Mozambik, Tanzanya, Seyşeller ve Yemen. Kenya, 13. devlet olarak daha sonradan imzalamıştır. Cibuti Kodu Cidde Değişiklikleri için bkz. Uluslararası Denizcilik Örgütü, The Amendment to the Djibouti Code of Conduct 2017, <http://www.imo.org/en/ourwork/security/piu/pages/dcoc.aspx>, ET: 30.07.2017.

⁹⁴ Uluslararası Denizcilik Örgütü Deniz Güvenlik Komitesi (*Maritime Safety Committee- MSC*) tarafından 1986 yılından Ağustos 2009'a kadar 18 sirküler çıkarılmıştır. Uluslararası Denizcilik Örgütü, MSC Archives, <http://www.imo.org/MediaCentre/MeetingSummaries/ MSC/Pages/Default.aspx>, ET: 15.06.2017.

⁹⁵ Uluslararası Denizcilik Örgütü, A.922 (22) Sayılı Karar, [http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=24575&filename=A922\(22\).pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=24575&filename=A922(22).pdf), ET: 15.06.2017.

⁹⁶ Canca, Gemilere Müdahale, s. 100.

⁹⁷ Uluslararası Denizcilik Örgütü, A.1026 (26) Sayılı Karar, [http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=29987&filename=A1026\(26\).pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=29987&filename=A1026(26).pdf), ET: 15.06.2017.

olmak üzere; herhangi bir kanunsuz şiddet kullanımı veya alıkoyma ya da yağma ya da bunlarla ilgili tehditte bulunmak, b. Bu fiillerden birinin işlenmesine azmettirmek ya da bilinçli olarak yardımda bulunmak” eylemlerinden herhangi biri anlamına gelir⁹⁸.

2010 Uygulama Rehberinde ayrıca, mücadelede önemli kabul edilen belirli konuların altı çizilmiştir: Suçluların cezalandırılmasında etkili yargı süreçleri yürütmek için eksikliklerin giderilmesi ve işbirliği yapılması; ek maliyetlere bağlı olarak olayların rapor edilmesinden kaçınmaya karşı önlemler alınarak raporlamanın teşvik edilmesi; mücadelede görev alacak personelin eğitimi; deniz haydutluğu durumunda bayrak devletinin, karasularında meydana gelen silahlı soygun eylemlerinde kıyı devletinin öncelikle sorumluluğa sahip olduğu göz önünde tutularak başarılı bir soruşturma ve kovuşturma için devletler arasındaki işbirliğinin çok önemli olduğu⁹⁹.

5. Deniz Haydutluğuna Karşı Yürütülen Mücadeleye Türkiye'nin Katkısı

Deniz haydutluğu eylemlerinin artış gösterdiği dönemde Türkiye, baştan itibaren kayıtsız kalmamış¹⁰⁰ ve mücadeleye deniz kuvvetleri aracılığıyla katkı sağlamıştır. 1982 Anayasasının Başlangıcında ifade edildiği gibi “dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olarak Türkiye, uluslararası toplum düzenini sağlamak ve bu amaçla gereken mücadeleyi yürütmek için aktif bir rol üstlenmiştir. 2008 yılında Somali’de ortaya çıkan eylemler ve Güvenlik Konseyinin aldığı kararlar sonrasında; TBMM ilk defa 2009 yılında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin deniz haydutluğu eylemlerinin gerçekleştiği bölgelerde görevlendirilmesine ilişkin Anayasanın 92. maddesi uyarınca Hükûmete bir yıl süreyle izin verilmesini öngören tezkereyi çıkarmıştır¹⁰¹. İzin süresi, bugüne kadar birer yıllık periyotlarla sekiz kez uzatılmıştır¹⁰².

⁹⁸ Canca, Gemilere Müdahale, s. 100-101.

⁹⁹ Uluslararası Denizcilik Örgütü, A.1026 (26) Sayılı Karar, [http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=29987&filename=A1026\(26\).pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=29987&filename=A1026(26).pdf), ET: 15.06.2017.

¹⁰⁰ Türkiye'nin 2009 yılı başından itibaren iki yıl süreyle BM Güvenlik Konseyi geçici üyeliğine seçilmiş olması durumunun, deniz haydutluğu ile mücadelede kendisine sorumluluk yüklediği bilinciyle hareket etmesine, uluslararası işbirliğinin geliştirilmesine özel bir önem vermesine ve Güvenlik Konseyinin çağrısına uyarak yürütülen operasyonlara aktif olarak katılmasına yol açtığı söylenebilir. Bkz. Demirel, Naim (2008), “Deniz Haydutluğuyla Mücadele ve Hukuki Sorunlar”, Kamu Hukuku Arşivi, Yıl: 11, S. 2, s. 107.

¹⁰¹ Türk Silahlı Kuvvetleri Deniz Unsurlarının Korsanlık/Deniz Haydutluğu ve Silahlı Soygun Eylemleriyle Mücadele Amacıyla Yürütülen Uluslararası Çabalara Destek Verme Üzerine Aden Körfezi, Somali Karasuları ve Açıkları, Arap Denizi ve Mücavir Bölgelerde Görevlendirilmesi Hususunda Anayasanın 92 nci maddesi Uyarınca Hükûmete Bir Yıl Süreyle İzin Verilmesine Dair TBMM Kararı, Karar No: 934, Karar Tarihi: 10.02.2009, RG: 13 Şubat 2009, S. 27140.

¹⁰² Adlandırmadaki farklılık açısından karşılaştırma yapabilmek için tüm başlığı verilen son uzatma kararı için bkz. Türk Silahlı Kuvvetleri Deniz Unsurlarının; Korsanlık/Deniz Haydutluğu ve Silahlı Soygun Eylemleriyle Mücadele Amacıyla Yürütülen Uluslararası Çabalara Destek

Türk Deniz Kuvvetleri unsurlarının kullanılmasına izin veren TBMM kararları incelendiğinde; her şeyden önce, deniz haydutluğuyla mücadelenin tek başına yürütülemeyeceği; işbirliği yapmaksızın hiçbir devletin sorunla baş edebilecek imkan ve yeteneğe sahip olmadığı vurgulanarak uluslararası toplumun ortak hareket etmesi gerektiği ve Türkiye'nin de bu ortak çabayı desteklediği ifade edilmiştir. Yine deniz haydutluğu eylemlerinin gerçekleştiği bölge güvenliğinin Türk denizciliği bakımından da önemi belirtilerek; Türk ticaret gemilerinin ve Türk vatandaşlarının bu eylemler dolayısıyla olumsuz etkilendiklerine işaret edilmiştir. Ayrıca kararlarda, mücadelenin uluslararası hukuk normlarına ve Güvenlik Konseyi kararlarına dayandığına ilişkin özel bir gönderme yapıldığı da dikkat çekmektedir. Son olarak, yürütülen mücadelenin kapsamı belirlenirken; deniz haydutluğu/korsanlık ve silahlı soygun eylemleri şeklinde bir sayıma yer verildiği¹⁰³ görülmektedir.

Türk Deniz Kuvvetleri unsurları, TBMM'nin ilk kararıyla 25 Şubat 2009 tarihinden itibaren Aden Körfezi, Somali karasuları ve açıkları, Arap Deniz ve mücavir bölgelerde, deniz haydutluğu ile mücadelede görev yapmaya başlamıştır. Gemiyeye çıkma (*boarding*) yanında refakat ve koruma görevlerini de yerine getiren Türk Deniz Kuvvetleri bir fırkateyn ile SNMG-2'nin bölgede bulunduğu zamanlarda Okyanus Kalkanı Harekâtı'na (CTF-508), bulunmadığında CTF-151'e katılmaktadır¹⁰⁴.

Vermek Üzere; Gereği, Kapsamı, Zamanı ve Süresi Hükümetçe Belirlenecek Şekilde Aden Körfezi, Somali Karasuları ve Açıkları, Arap Denizi ve Mücavir Bölgelerde Görevlendirilmesi ve Bununla İlgili Gerekli Düzenlemelerin Hükümet Tarafından Belirlenecek Esaslara Göre Yapılması İçin Türkiye Büyük Millet Meclisinin 10/2/2009 Tarihli ve 934 Sayılı Kararı ile Hükümete Verilen ve Son Olarak 9/2/2016 Tarihli ve 1107 Sayılı Karar ile Bir Yıl Uzatılan İzin Süresinin Anayasanın 92 nci Maddesi Uyarınca 10/2/2017 Tarihinden İtibaren Bir Yıl Daha Uzatılmasına Dair TBMM Kararı, Karar No: 1136, Karar Tarihi: 08.02.2017, RG: 11 Şubat 2017, S. 29976. Geçmişe doğru diğer süre uzatım kararları için bkz. TBMM Kararı, Karar No: 1107, Karar Tarihi: 09.02.2016, RG: 16 Şubat 2016, S. 29620; TBMM Kararı, Karar No: 1082, Karar Tarihi: 03.02.2015, RG: 6 Şubat 2015, S. 29259; TBMM Kararı, Karar No: 1054, Karar Tarihi: 16.01.2014, RG: 21 Ocak 2014, S. 28889; TBMM Kararı, Karar No: 1031, Karar Tarihi: 05.02.2013, RG: 8 Şubat 2013, S. 28553; TBMM Kararı, Karar No: 1008, Karar Tarihi: 25.01.2012, RG: 31 Ocak 2012, S. 28190; TBMM Kararı, Karar No: 984, Karar Tarihi: 07.02.2011, RG: 10 Şubat 2011, S. 27842; TBMM Kararı, Karar No: 956, Karar Tarihi: 02.02.2010, RG: 5 Şubat 2010, S. 27484.

¹⁰³ TBMM kararlarında yer alan "korsanlık/deniz haydutluğu" şeklindeki kullanım; kavramların hukukî anlam farklılıklarını ortadan kaldıracak şekilde karışıklığa neden olacağı, Güvenlik Konseyi kararlarında sadece deniz haydutluğu kavramına yer verildiği, korsanlık uygulamasının günümüzde mevcut bulunmadığı ve böyle bir olayın gerçekleşme ihtimali düşünülecek olsa bile bunun uluslararası hukuka aykırı farklı bir eylem niteliği taşıyacağı ileri sürülerek eleştirilmiştir. Bkz. Bayilloğlu, s. 148; Demirel, s. 99, dp. 1.

¹⁰⁴ Türk gemilerinin icra ettiği gemiyeye çıkma sayısı 37, refakat ve koruma sağlanan gemi sayısı 8'dir. Ayrıca CTF-151'in komutası; 3 Mayıs-13 Ağustos 2009, 1 Eylül-1 Aralık 2010, 19 Eylül-13 Aralık 2012, 27 Ağustos-21 Aralık 2015 ve 30 Haziran-27 Ekim 2017 tarihleri arasında Türk Deniz Kuvvetleri tarafından yürütülmüştür. Türk Deniz Kuvvetlerinin bölgedeki faaliyetleri

B. DENİZ HAYDUTLUĞU İLE MÜCADELEDE KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Deniz haydutluğu sadece düne ait bir sorun değildir ve içinde bulunduğumuz yüzyılda varlığını sürdürmektedir. Bu gerçeklik, uluslararası toplumun sorun üzerinde yoğun bir çaba göstermesini gerekli kılmış; deniz haydutluğuna karşı mücadelede mevcut sorunların tespit edilmesi ve çözüm önerileri sunulması amacıyla geniş bir görüş pratiği ortaya çıkmıştır.

Deniz haydutluğu ile mücadelede dile getirilen en önemli sorunlardan biri, devletlerin eylemi gerçekleştirenleri yargılamada isteksiz davranmalarıdır. Devletlerin bu konuda geri durmalarının başlıca sebepleri ise; yargılama giderleri, olay yerinin uzaklığı, delillere ulaşma zorluğu ve uygun hapisane koşullarını sağlama güçlüğü olarak sayılabilir. Bu çekingen davranışın sonuçlarını en aza indirmek için tüm devletlere Güvenlik Konseyi, ilgili kararların tamamında; iç hukuklarında deniz haydutluğunu bir suç olarak düzenlemelerini ve bu fiili işleyenleri yargılamalarını ısrarla teşvik etmektedir. Bazı örneklerde görüldüğü gibi, yakalanan deniz haydutlarının yargı organları karşısına çıkartılmadan serbest bırakılmaları, mücadele zincirinin en zayıf halkasını oluşturmaktadır.

Yargılama sürecinde karşılaşılan diğer bir sorun; gemi mürettebatının, yakalanan deniz haydutlarına ilişkin tanıklık yapmaktan çekinmesidir. Yine, mevcut delillerin yetersiz kalması ve yeni delillere ulaşmayı sağlayacak etraflı bir soruşturma yapılamaması sebebiyle; deniz haydutluğu şüphesiyle yakalanan kişilerin delil yetersizliğinden serbest bırakıldığı görülmektedir¹⁰⁵.

Deniz haydutluğuyla mücadelede karşılaşılan somut sorunlardan birisi de, şüphelilerin teslimi sürecinde ortaya çıkmaktadır. Yargılama yetkisini kullanacak bölge devletleri ile arasında şüphelilerin teslimi konusunda bir anlaşması bulunmayan devletlerin, ulusal yasalarına göre tutuklama ve adalete teslim etme yetkisine sahip olmayan ve sadece angajman kurallarına uymakla yükümlü bulunan savaş gemileri, Somalili deniz haydutlarını etkisiz hale getirdikten sonra serbest bırakmayı tercih etmektedir¹⁰⁶. Bu tutum aslında, deniz haydutluğuna karşı müşterek mücadele mekanizmasının tek taraflı değiştirilmesi anlamına gelir. Belki daha net ifadeyle, savaş gemisindeki görevlilerin ya da geminin uyuğu altında bulunduğu devlete ait siyasî otoritenin kendisini yargı organı yerine koyduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Oysa, bu işleyiş içinde savaş gemilerine düşen görev, deniz haydutlarını yakalamak ve gözaltına almaktan ibaret olup; tamamen bir yargısal sürece bağlı bulunan

İçin bkz. Türk Deniz Kuvvetleri (2016), Deniz Haydutluğu ile Mücadele, Ankara, s. 4-15.

¹⁰⁵ Beyoğlu, s. 41.

¹⁰⁶ Bateman, s. 23.

serbest bırakma tasarrufuna yetkili buldukları söylenemez¹⁰⁷.

Yukarıda özellikle normatif düzenleme eksiklikleri ve yargılama sürecinin işleyişinde karşılaşılan sorunlar dile getirilmiştir. Bu sorunlar da dahil, deniz haydutluğuna ilişkin çözüm önerilerini ana esaslarıyla ortaya koymak¹⁰⁸ mümkündür.

Her şeyden önce deniz haydutluğu eylemi, bir gemi üzerinde gerçekleşeceğinden; alınacak önlemlere de gemilerden başlamak doğru bir yaklaşım olacaktır. Gemide alınan önlemler deniz haydutları üzerinde hem caydırıcı bir etki doğurmakta; hem de, gerektiğinde yeterli savunma araçlarından yararlanma imkanı sağlamaktadır. Bu önlemler, bazı durumlarda deniz kuvvetleri unsurlarının veya kolluk güçlerinin olaya müdahalesi için gerekli zamanın kazanılmasına da hizmet etmektedir. Bu amaca yönelik olarak, IMO Kılavuzları ve Gemi Güvenlik Planının yanı sıra, çeşitli denizcilik örgütleri tarafından deniz haydutluğu ve silahlı soygun faaliyetleri ile mücadelede gemiler için tavsiye kurallarını içeren dokümanlar yayınlanmıştır. Bu tavsiyelerin, teknik bilgi ve tecrübeye dayalı olarak, deniz haydutluğuna karşı mücadelede yol gösterici nitelikte olduğu söylenebilir. Sözü edilen belgeler incelendiğinde genel olarak şu tavsiyelere yer verdiği görülmektedir:

Gemilerde, deniz haydutlarını kışkırtıcı silahlar ve özel güvenlik elemanları bulundurulmaması,

1. Tehlikeli sulardan geçilirken gemide ek gözcüler konuşlandırılması ve gece görüş dürbünlerinden yararlanılması,
2. Deniz haydutlarına ait küçük teknelerin yaklaşmasını engellemek için, dalga etkisi doğuracak şekilde, tehlikeli sulardan mümkün olduğu ölçüde hızlı geçilmesi,
3. Saldırı anında gemidekileri bilgilendirmek amacıyla köprü üstünde (kaptan köşkünde) alarm sistemi bulundurulması,
4. Mürettebatın uyanık ve gemiye yasa dışı çıkışlara karşı hazırlıklı olduğunu göstermek amacıyla gece boyunca geminin ışıklandırılması,
5. Güvertede yanıcı madde içeren eşyaların olası bir yangını engellemek amacıyla kurşun geçirmez battaniyelere sarılması,
6. Güvertesi alçak olan gemilerin dikenli teller ile donatılması,
7. Su hortumlarının yeterli basınçta tutulması,

¹⁰⁷ Koşaner, Berrin (2010), Birleşmiş Milletler ve Türkiye Ekseninde Deniz Haydutluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 99.

¹⁰⁸ Koşaner, s. 118-120.

8. Özellikle muhtemel bir saldırıyı erken tespit etmek ve önlem almak amacıyla geminin Aden Körfezi geçişinden üç-dört gün önce, Afrika Boynuzu Deniz Güvenlik Merkezine (MSCHOA) kaydının yaptırılması ve konum bilgilerinin güncellenmesi.

Bir diğer öneri, gemilerin daha güvenli rotaları takip etmeleridir. Bununla birlikte rota değişikliği, taşımacılık maliyetlerini artıracak ve uluslararası pazardaki birçok ürünün fiyat artışını tetikleyecek bir etki doğuracaktır. Öte yandan rota değişikliği zaman kaybına da neden olmaktadır. Maliyeti artıran diğer bir unsur, tehlikeli bölgelerde ticari taşımacılık yapan gemilerin sigorta giderleridir. Tüm bu maliyetlere muhtemel bir saldırının doğuracağı kayıpların da eklenmemesi için, tehlikeli bölgelerden geçişlerin konvoy halinde yapılması, makul bir çözüm olarak görülmektedir¹⁰⁹.

Deniz haydutlarının gemiye çıkmalarının kaçınılmaz hale geldiği durumlarda gemi personelinin kendilerini gemi içinde ulaşılamayacak bir bölmeye kilitlemeleri de önerilmektedir¹¹⁰. Bu olay, aynı zamanda, gemi personelinin saldırı sırasında nasıl davranılacağına ilişkin bilgi sahibi olmasının önemini de göstermektedir. Kullanılabilir bilgi ise, verilmesi gereken eğitim sürecinde elde edilebilecektir.

Deniz haydutlarının yakalanması ve yargılanmasına yönelik uluslararası işbirliği en üst düzeyde sağlanmalıdır. Böyle bir işbirliği açık denizlerdeki eylemlerle sınırlı tutulmamalı; etkili sonuçlar elde edebilmek için evrensel, bölgesel ve iki taraflı anlaşmaların sayı ve kapsamı artırılmalıdır. Uluslararası işbirliği yanında devletler, deniz haydutluğuna ilişkin iç hukuk düzenlemelerini, BMDHS hükümlerine uygun hale getirmeli; gerekirse yargılama sürecinin işleyişi açısından doğabilecek boşlukları giderici yeni düzenlemeleri bir an önce yürürlüğe koymalıdır.

Deniz haydutlarının yargılanmasında ulusal mahkemelerin yetki kullanmaktan belirli ölçüde kaçınmaları sebebiyle; tamamlayıcı nitelikte yargı yetkisinin belirli bir uluslararası mahkemeye verilmesi düşünülebilir. Deniz haydutluğu, köle taşımacılığı, insan ticareti, uyuşturucu madde kaçakçılığı ve denizin ağır biçimde kirletilmesi gibi denizde işlenen bazı suçlar bakımından yargılama yetkisine sahip özel bir mahkemenin kurulması seçeneklerden

¹⁰⁹ Öktem / Kurtdarcan, s. 189.

¹¹⁰ Bu uygulamaya örnek olarak, Kenya'nın Mombasa Limanı açıklarında Bergen Denizciliğe ait Türk bayraklı Yasin C gemisine 7 Nisan 2010 tarihinde gerçekleşen saldırı sırasında mürettebatın davranışları gösterilebilir. Olayda gemi personeli, kendilerini geminin dümen sisteminin bulunduğu bölüme (yeke dairesine) kilitleyerek gemiye çıkan deniz haydutları tarafından rehin alınmaktan kurtulmuşlardır. Bkz. CNN Türk Haber, "Kaçırılan Türk Gemisi Korsanların Elinden Kurtuldu", <http://www.cnnturk.com/2010/dunya/04/10/kacirilan.turk.gemisi.korsanlarin.elinden.kurtuldu/571567.0/>, ET: 15.06.2017.

birini oluşturmaktadır. Yine Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi, hiç olmazsa, deniz haydutluğu eylemi de eklenerek genişletilebilir.

Deniz haydutluğu tanımını içeren BMDHS hükmü kısmen değiştirilmelidir. Eylemin sadece kişisel çıkarla işlenmesi şartı, daraltıcı bir etki göstermekte; siyasî amaçlarla yapılan eylemlerin kapsam dışında kalması sonucu doğmaktadır. Terör örgütlerinin eylemleri de, tanımlamada yapılacak genişleme ile deniz haydutluğu kapsamına alınmalıdır.

Eylemin açık denizde işlenmiş olma şartı da, ulusal deniz yetki alanlarında gerekli önlemleri alamayan devletler bakımından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Somali örneğinde olduğu gibi, bazı devletler deniz haydutluğu ile mücadelede üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmekten aciz bulunmaktadır. Güvenlik Konseyi kararlarında pratik bir çözüm olarak kıyı devletinin izniyle diğer devletlerin müdahale yetkisini kullanmaları yolu tercih edilmiştir. Böylesi bir durumda, kıyı devletinin egemen hakları ile uluslararası toplumun çıkarlarının yarıştığı ifade edilebilir. Bulunacak çözüm, her iki çıkarı dengeleyecek ölçüde olmalıdır. Kıyı devletinin mutlak egemenliğe sahip olduğunu; her şeye rağmen, kıyı devletinin izni olmaksızın deniz haydutluğuna karşı uluslararası toplumun hiçbir önlem alamayacağını söylemek ne kadar yanlışsa; uluslararası toplum adına hareket eden Güvenlik Konseyinin, kıyı devletinin rızasına gerek olmaksızın karasularında ve belki iç sularında deniz haydutluğuyla mücadele için gerekli tüm önlemleri uygun araçlarla almasına hiçbir engel bulunmadığını söylemek de o kadar yanlış olacaktır. Dolayısıyla deniz haydutluğu ile mücadele imkân, istek ve kabiliyetine sahip devletler ile egemen yetkilerini kullanamayan ve karasularını fiilen kontrol edemeyen devletler arasında çözüm odaklı işbirliği modellerinin geliştirilmesi en uygun tutum olacaktır.

Deniz haydutluğu ile mücadelede askerî önlemlerin etkili bir araç olduğu görülmekle birlikte; uluslararası askerî güç kullanımının yılda iki milyar dolar maliyeti olduğu; bu sebeple, özel sektör aracılığıyla maliyetin düşürülebileceği, güç kullanımı yerine ticaret gemilerinde silahlı güvenlik personeli bulundurmanın yaygın hale getirilebileceği savunulmuştur. Nitekim, ABD uygulamasında, özel güvenlik şirketlerinin payı, ilk Körfez Savaşından Irak'ın işgaline uzanan süreçte yüzde birden onda bire yükselmiştir. Deniz güvenliğini sağlama görevinin özel sektöre bırakılıp bırakılmayacağı üzerinde teknik hukuk tartışmaları bir yana bırakılacak olursa; böyle bir uygulamanın aslında korsanlığın yeniden hayata geçirilmesi anlamına geldiği, yetkilendirmeyi mümkün kılan ulusal düzenlemeleri gerekli kıldığı ve en önemlisi ciddi sorunlara yol açma tehlikesi barındırdığı söylenebilir. Her şeye rağmen, uluslararası hukuk öğretisinde; modern çağda deniz güvenliğinin özel sektör

aracılığıyla sağlanmasını uygun ve yararlı gören bir eğilim bulunmaktadır¹¹¹.

Özellikle Somali örneğinde görüldüğü gibi; deniz haydutluğunu doğuran olgu, içinde bulunulan ekonomik ve siyasî istikrarsızlıktır. Ekonomik refahın artırılması, siyasî istikrarın sağlanması, demokratik değerlerin özümsemesi ve yaygınlaşması, insan haklarına saygı ilkesinin hayata geçirilmesi gibi temel değerler bakımından iyileşme, deniz haydutluğu ve silahlı saldırı eylemlerinin kaynağını kurutmak anlamına gelecektir.

VI. SONUÇ

Dünya ticaretinin büyük bir kısmı deniz yoluyla yapılmaktadır. Deniz haydutluğu eylemlerinin, küresel deniz ticaretini ve dolayısıyla dünya ekonomisini olumsuz etkilediği şüphe duyulmayan bir gerçekliğe dönüşmüştür. Deniz haydutluğunun, denizde yapılan ilk faaliyetlerin tarihine kadar eskiye götürülebileceğini söylemek ne kadar yanlış değilse; zaman içerisinde kullanılan araçlar ve yöntemler değişse de, hep var olacağını öngörmek de yanlış değildir. Bundan sadece deniz ticareti ile yoğun olarak uğraşan devletler değil; hiçbir şekilde bu yolu kullanmayan devletler de etkilenmektedir. Denilebilir ki, küresel ekonominin güvenliği, deniz alanlarının güvenliğine bağlıdır.

Genel düzeyde deniz haydutluğuna ve özellikle Somalili deniz haydutlarına karşı mücadele amacıyla, BM Örgütü ve uluslararası toplum tarafından çeşitli yaptırımlara başvurulması gerekmiştir. Bu çerçevede deniz haydutlarının yargılanmasına bağlı olarak hukukî yaptırımlar, BM tarafından alınan kararlar yoluyla diplomatik yaptırımlar ve nihayet Somali'yi hedef alan silah ambargosu ile ekonomik yaptırımlar, farklı yaptırım türlerine örnek teşkil etmektedir. Ayrıca, BM adına ya da izniyle üye devletlerin kuvvet kullanması ve BM barış güçlerinin görevlendirilmesi, deniz haydutluğuna karşı mücadelede etkisi tartışılmaz nitelikteki askerî yaptırımlara desteğin düzeyini ve uluslararası toplumun işbirliğini yansıtan en önemli gösterge olmuştur.

Uluslararası toplumun güncel sorunları arasında yer bulan deniz haydutluğu olaylarına karşı özellikle son yıllarda alınan önlemler, gerçekleşen olay sayısında belirgin bir düşüşe yol açmaktadır. Bu düşüşün temel sebebi olarak, uluslararası toplum tarafından alınan siyasî, hukukî ve askerî önlemleri gösterebiliriz. Bununla birlikte, bölgede sürekli askerî güç bulunmasını istemek doğru olmadığı gibi sürdürülebilir de değildir. Oysa askerî önlemlerde

¹¹¹ Deniz güvenliğini sağlama amacıyla özel sektörün kullanımına ilişkin bkz. Drapier, Sandrine (2016), "La lutte contre la piraterie en mer par les entreprises privées de protection des navires", içinde: Patrick Chaumette, Espace Marins: surveillance et prévention des trafics illicites en mer, Gomylex, s. 247-263, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01525273>, ET: 30.07.2017; Lara, s. 145-198; Le Goff, s. 379-402; Öktem / Kurtdarcan, s. 184-198.

bir azalma, bölgede yaşanacak olayların sayısında bir artış potansiyelini içermektedir. Öte yandan, askerî önlem alınarak belirli bir bölgede çözüme ulaşılsa dahi; benzer önlemlerin alınmadığı bölgelerde deniz haydutluğu olaylarında bir artış gözlemlenmektedir. Son bir kaç yıllık zaman diliminde rapor edilen sayılar bu tespiti doğrulamaktadır. Kalıcı çözüm için; bölge ülkelerinin hukuk sistemlerinin geliştirilmesi, refah düzeylerinin artırılması, istikrarlı bir merkezî otoritenin sağlanması ve kendilerine yönelmiş terör örgütleriyle mücadele edilmesine özel bir önem verilmelidir.

Dünyanın üçte ikisinin sularla kaplı olduğu ve toplam ticaret hacminin % 90 oranında deniz ticareti yoluyla gerçekleştiği göz önüne alındığında; deniz haydutluğunun bazı önlemlerle sona ereceğini düşünmek çok iyimser bir yaklaşım olarak görülebilir. Gerçeklik, deniz haydutluğunun varlığını kabul etmemizi ve etkin önlemler için çaba göstermemizi gerekli kılar. Deniz haydutluğunu doğuran sebeplerin çok çeşitlilik gösterdiğini bilerek; çözümün de sadece askerî önlemlerle sınırlı tutulmasının yanlış olacağı kabul edilmelidir. Öte yandan, sorun sadece belirli bir bölgeyle sınırlı da değildir; bir bölge için alınan olumlu sonuçlar diğer riskli bölgeler için bir garanti oluşturmaz. Dolayısıyla mücadelenin küresel ölçekte yapılması zorunludur. Dünyanın herhangi bir bölgesinde; Güneydoğu Asya'da olduğu gibi yaşanacak bir mali kriz veya Somali'de olduğu gibi doğacak bir otorite boşluğu, deniz haydutluğu olaylarında bir artış doğurabilecektir. Deniz haydutluğunu tamamen ve sonsuza kadar bitirmek mümkün olmayacağına göre; olayların sayısını en aza indirmek için uluslararası toplumun iradesine bağlı yaptırımlar uygulanması, deniz gücü operasyonlarının devam ettirilmesi ve son olarak sorun bağlamında uluslararası hukuk normlarının geliştirilmesinden daha etkin bir yol bulunamayacağı göz ardı edilmemelidir.

KAYNAKÇA

Kitap, Makale ve Diğer Yayınlar

Acer, Yücel / Kaya, İbrahim (2017), Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı (İngilizce Özetli), 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Acıpınar, Mikail (2016), Osmanlı İmparatorluğu ve Floransa: Akdeniz'de Diplomasi, Ticaret ve Korsanlık, 1453-1599, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara.

Akkutay, Berat Lale (2014), "Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 111, s. 411-446.

Aydın, Devrim (2002), "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S. 4, s. 131-167.

Azubuikwe, Lawrence (2009), "International Law Regime Against Piracy", Annual Survey of International & Comparative Law, S. 15, s. 43-59.

Bateman, Sam (2010), "La piraterie maritime: des vérités qui dérangent", Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR), Forum du désarmement, S. 2, s. 15-28.

Batır, Kerem (2011), Yirmibirinci Yüzyılda Deniz Haydutluğu ve Uluslararası Hukuk, Ankara, USAK Yayınları.

Bayıllıoğlu, Uğur (2011), "Somali Sahilleri ve Açıklarında İşlenen Deniz Haydutluğu Fiillerine Karşı Yürütölen Mücadelenin Hukuki Dayanakları ve Türkiye'nin Durumu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 1, s. 125-161.

Beyoğlu, Melih (2013), "Somali'de Yaşanan Deniz Haydutluğu ve Deniz Haydutluğuna Karşı Geliştirilen İnisiyatifler", Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 2, Cilt: 4, s. 29-42.

Bozkurt, Enver / Kütökcü, M. Akif / Poyraz, Yasin (2015), Devletler Hukuku, 8. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.

Bozkurt, Nebi (2012), İslam Ansiklopedisi, C. 26, "korsan" maddesi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, s. 210-212.

Canca, Hakan Selim (2012), Denizde İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara.

Canca, Hakan Selim (2015), Devletlerin Gemilere Müdahale Yetki ve Yükümlölükleri, Seçkin Yayınları, Ankara.

Çaşın, Mesut Hakkı (2013), Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları C. II, Legal Kitabevi, İstanbul.

CNN Türk Haber, "Kaçırılan Türk Gemisi Korsanların Elinden Kurtuldu", <http://www.cnnturk.com/2010/dunya/04/10/kacirilan.turk.gemisi.korsanlarin.elinden.kurtuldu/571567.0/>, ET: 15.06.2017.

Demirel, Naim (2008), "Deniz Haydutluğuyla Mücadele ve Hukuki Sorunlar", Kamu Hukuku Arşivi, Yıl: 11, S. 2, s. 99-114.

Demirtaş, Cengiz (2012), "Somali Sahillerindeki Deniz Haydutluğu Eylemleri ve Haydutların Yargılanması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 1, s. 39-68.

Drapier, Sandrine (2016), “La lutte contre la piraterie en mer par les entreprises privées de protection des navires”, içinde: Patrick Chaumette, Espace Marins: surveillance et prévention des trafics illicites en mer, Gomylex, s. 247-263, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01525273>, ET: 30.07.2017

Erdal, Selcen (2010), Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Yetkin Yayınları, Ankara.

Flagel, Amélie-Anne (2013), Le renouveau de la piraterie international, Thèse de doctorat, L’Université de la Nouvelle-Calédonie, Ecole Doctorale du Pacifique.

Hennessy-Picard, Micheal (2016), “La piraterie atlantique au fondement de la construction des souverainetés coloniales européennes”, Champ pénal - Pénal field [En ligne], Vol. XIII/2016, mis en ligne le 29 fevrier 2016, consulte le 10 août 2017. URL: <http://champpenal.revues.org/9275>, ET: 29.07.2017.

Ho, Joshua (2009), “Piracy Around the Horn of Africa”, <http://echogeo.revues.org/11370#ftn21>, ET: 15.06.2017.

International Chamber of Shipping, “Shipping and World Trade”, <http://www.ics-shipping.org/shipping-facts/shipping-and-world-trade>, ET: 29.07.2017.

Kaya, İbrahim (2016), Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara.

Kızılsümer Özer, Deniz (2016), “Uluslararası Hukuk ve Denizde Yasadışı Faaliyetlerin Önlenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2 (2015), s. 27-62.

Knott, John (2009), “UK: Somalia, The Gulf Of Aden, And Piracy: An Overview, And Recent Developments”, <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=77982>, ET: 15.06. 2017.

Koşaner, Berrin (2010), Birleşmiş Milletler ve Türkiye Ekseninde Deniz Haydutluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Kuzey Atlantik Andlaşması Örgütü (NATO), “Counter-Piracy Operations”, http://www.nato.int/cps/en/nat_olive/topics_48815.htm, ET: 15.06.2017.

Lara, Valentin (2015), “Corsaires vs pirates ou la formation d’un partenariat public-privé pour l’établissement d’un dispositif permanent face à la menace pirate”, Revue général de droit, C. 45, S. 1, s. 143-198.

Le Goff, Roland (2016), La protection des navires soumis au risque de piraterie, Thèse de doctorat, L’Université de Nantes, École Doctorale.

Maden, Tuğba Evrim (2013), *Somali'de Bitmeyen Siyasi Kriz, Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, Rapor No: 163 (Temmuz 2013), Ankara.*

Menemenlizade, Edhem (2011), *Lotus Meselesi, Yayına Hazırlayan: Yasin Poyraz, Asil Yayınları, Ankara.*

Middelburg, Annemarie (2011), "Piracy in a Legal Context: Prosecution of Pirates Operating off the Somali Coast", [https://pure.uvt.nl/portal/en/publications/piracy-in-a-legal-context\(e279e28e-c9ed4913ab035d0822893a3d\).html](https://pure.uvt.nl/portal/en/publications/piracy-in-a-legal-context(e279e28e-c9ed4913ab035d0822893a3d).html), ET: 15.06.2017.

Öktem, A. Emre / Kurtardacan, Bleda R. (2011), *Deniz Haydutluğu ve Korsanlık: Tarihi ve Hukukî Boyutlarıyla, Denizler Kitabevi, İstanbul.*

Özman, M. Aydoğan (1984), *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul.*

Pazarıcı, Hüseyin (2012), *Uluslararası Hukuk, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.*

Saraç, Tahsin (1992), *Fransızca-Türkçe Büyük Sözlük, 4. Bası, Adam Yayınları, İstanbul.*

Sterio, Milena (2009), "Fighting Piracy in Somalia (and Elsewhere): Why More is Needed", *Fordham International Law Journal, C. 33, S. 2, s. 1-25.*

Sur, Melda (2017), *Uluslararası Hukukun Esasları, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.*

Topal, Ahmet Hamdi (2010), "Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu ve Mücadele Yöntemleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 1, s. 99-130.*

Türk Deniz Kuvvetleri (2016), *Deniz Haydutluğu ile Mücadele, Ankara.*

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&, ET: 29.07.2017.

U.S. Naval Forces Central Command, <http://www.cusnc.navy.mil/articles/2009/004.html>, ET: 15.06.2017.

Ünal, Şeref (2005), *Uluslararası Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara.*

Villiers, Patrick (2000), *Les corsaires du littoral: Dunkerque, Calais, Boulogne: de Philippe II à Louis XIV (1568-1713), Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq.*

Karar, Rapor ve Diğer Belgeler

BM Güvenlik Konseyi, 24 Nisan 1992 Tarih ve 751 Sayılı Karar, S/RES/751 (1992), Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/751\(1992\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/751(1992)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 3 Aralık 1992 Tarih ve 794 Sayılı Karar, S/RES/794 (1992), Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/794\(1992\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/794(1992)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 2 Haziran 2008 Tarih ve 1816 Sayılı Karar, S/RES/1816 (2008), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1816%20\(2008\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1816%20(2008)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 7 Ekim 2008 Tarih ve 1838 Sayılı Karar, S/RES/1838 (2008), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1838%20\(2008\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1838%20(2008)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 2 Aralık 2008 Tarih ve 1846 Sayılı Karar, S/RES/1846 (2008), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1846%20\(2008\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1846%20(2008)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 16 Aralık 2008 Tarih ve 1851 Sayılı Karar, S/RES/1851 (2008), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1851%20\(2008\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1851%20(2008)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 30 Kasım 2009 Tarih ve 1897 Sayılı Karar, S/RES/1897 (2009), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1897%20\(2009\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1897%20(2009)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 27 Nisan 2010 Tarih ve 1918 Sayılı Karar, S/RES/1918 (2010), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1918%20\(2010\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1918%20(2010)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 11 Nisan 2011 Tarih ve 1976 Sayılı Karar, S/RES/1976 (2011), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1976\(2011\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1976(2011)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 24 Ekim 2011 Tarih ve 2015 Sayılı Karar, S/RES/2015 (2011), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2015\(2011\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2015(2011)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 22 Kasım 2011 Tarih ve 2020 Sayılı Karar, S/RES/2020 (2011), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2020\(2011\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2020(2011)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 21 Kasım 2012 Tarih ve 2077 Sayılı Karar, S/RES/2077 (2012), La situation en Somalie, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.

asp?symbol=S/RES/2077(2012), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 18 Kasım 2013 Tarih ve 2125 Sayılı Karar, S/RES/2125 (2013), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2125\(2013\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2125(2013)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 12 Kasım 2014 Tarih ve 2184 Sayılı Karar, S/RES/2184 (2014), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2184\(2014\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2184(2014)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 10 Kasım 2015 Tarih ve 2246 Sayılı Karar, S/RES/2246 (2015), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2246\(2015\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2246(2015)), ET: 30.07.2017.

BM Güvenlik Konseyi, 9 Kasım 2016 Tarih ve 2316 Sayılı Karar, S/RES/2316 (2016), La situation en Somalie, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2316\(2016\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2316(2016)), ET: 30.07.2017.

Cour Permanente de Justice Internationale, Affaire du Lotus, Série A, No: 10, Le 7 septembre 1927.

Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Denizcilik Bürosu 2015 Yılı İkinci Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporu, <http://www.denizticaretodasi.org.tr/Sayfalar/DenizHaydutlugu.aspx>, s.e.t, 30.07.2017.

Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Denizcilik Bürosu 2015 Yılı Üçüncü Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporu, <http://www.denizticaretodasi.org.tr/Sayfalar/sirkulerdetay.aspx?duyuru=8506>, ET: 30.07.2017.

Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Denizcilik Bürosu 2016 Yılı İlk Yarısı Küresel Deniz Haydutluğu Raporu, <http://www.denizticaretodasi.org.tr/sayfalar/sirkulerdetay.aspx?DUYURU=9166&KATEGORI=;>, ET: 30.07.2017.

Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Denizcilik Bürosu 2016 Yılı Üçüncü Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporu, <http://www.denizticaretodasi.org.tr/Sayfalar/sirkulerdetay.aspx?DUYURU=9375&KATEGORI=;>, ET: 30.07.2017.

Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Denizcilik Bürosu 2017 Yılı İlk Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporu, <http://www.denizticaretodasi.org.tr/Sayfalar/Deniz-Haydutlugu.aspx>, ET: 30.07.2017.

Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Denizcilik Bürosu 2017 Yılı İkinci Çeyrek Deniz Haydutluğu Raporu, <http://www.denizticaretodasi.org.tr/sayfalar/sirkulerdetay.aspx?duyuru=9971>, ET: 30.07.2017.

International Chamber of Commerce / International Maritime Bureau (IMB) (2011), Piracy and Armed Robbery Against Ships, Annual Report 1 January-31 December 2010, s. 5-6.

International Chamber of Commerce / International Maritime Bureau (IMB) (2014), Piracy and Armed Robbery Against Ships, Report for the Period 1 January-30 September 2014, London.

International Chamber of Commerce / International Maritime Bureau (IMB) (2017), Report: Sea kidnappings rise in 2016 despite plummeting global piracy, London-Kuala Lumpur, 10.01.2017, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/imb-report-sea-kidnappings-rise-2016-despite-plummeting-global-piracy/>, ET: 30.07.2017.

République Française, Loi n° 94-589, La lutte contre la piraterie et aux modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police en mer. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000713756>, ET: 30.07.2017.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi, RG: 4 Şubat 2003, S. 25014.

SUA Sözleşmesi, RG: 9 Ekim 1990, S. 20660.

TBMM Kararı, Karar No: 934, Karar Tarihi: 10.02.2009, RG: 13 Şubat 2009, S. 27140.

TBMM Kararı, Karar No: 956, Karar Tarihi: 02.02.2010, RG: 5 Şubat 2010, S. 27484.

TBMM Kararı, Karar No: 984, Karar Tarihi: 07.02.2011, RG: 10 Şubat 2011, S. 27842.

TBMM Kararı, Karar No: 1008, Karar Tarihi: 25.01.2012, RG: 31 Ocak 2012, S. 28190.

TBMM Kararı, Karar No: 1031, Karar Tarihi: 05.02.2013, RG: 8 Şubat 2013, S. 28553.

TBMM Kararı, Karar No: 1054, Karar Tarihi: 16.01.2014, RG: 21 Ocak 2014, S. 28889.

TBMM Kararı, Karar No: 1082, Karar Tarihi: 03.02.2015, RG: 6 Şubat 2015, S. 29259.

TBMM Kararı, Karar No: 1107, Karar Tarihi: 09.02.2016, RG: 16 Şubat 2016, S. 29620.

TBMM Kararı, Karar No: 1136, Karar Tarihi: 08.02.2017, RG: 11 Şubat 2017, S. 29976.

Uluslararası Denizcilik Örgütü, The Code of Conduct concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden, <http://www.imo.org/en/OurWork/Security/PIU/Documents/DCoC%20English.pdf>, ET: 30.07.2017.

Uluslararası Denizcilik Örgütü, The Amendment to the Djibouti Code of Conduct 2017, <http://www.imo.org/en/ourwork/security/piu/pages/dcoc.aspx>, ET: 30.07.2017.

Uluslararası Denizcilik Örgütü, MSC Archives, <http://www.imo.org/MediaCentre/MeetingSummaries/MSC/Pages/Default.aspx>, ET: 15.06.2017.

Uluslararası Denizcilik Örgütü, A.922 (22) Sayılı Karar, [http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=24575&filename=A922\(22\).pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=24575&filename=A922(22).pdf), ET: 15.06.2017.

Uluslararası Denizcilik Örgütü, A.1026 (26) Sayılı Karar, [http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=29987&filename=A1026\(26\).pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=29987&filename=A1026(26).pdf), ET: 15.06.2017.

6728 SAYILI KANUNLA ÇEK KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE KARŞILIKSIZ ÇEK SORUNSALI

The Changes In The Check Law on the Law No. 6728 and Problematic of the Kite Check

Yrd. Doç. Dr. Yılmaz YÖRDEM¹

Geliş Tarihi: 24.07.2017

Kabul Tarihi: 23.10.2017

ÖZET

Akademik çevrenin ve piyasanın yıllardır takip ettiği karşılıksız çeklere ilişkin düzenlemeler TBMM'de kabul edilerek yasallaşmıştır. Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 6728 Sayılı Kanun ile Çek Kanunu'nda köklü değişiklikler yapılmıştır. 5491 sayılı Çek Kanunu'nun 2. maddesi hükmünde değişikliğe gidilmiş ve çek hesabı açtırmak isteyen kişilerden adli sicil kaydı ve Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi kayıtlarının alınması zorunlu hale gelmiştir. Buna göre artık, kişinin adli sicil kaydında karşılıksız çek keşide etme suçundan dolayı bir mahkûmiyetinin bulunup bulunmadığı ve kişinin ekonomik durumunun çek hesabı açmaya müsait olup olmadığının araştırılması bankalar için bir yükümlülük haline getirilmiştir.

Aynı düzenlemede, hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı olan gerçek kişilere çek defterinin verilmemesi öngörülmüştür. Gene hakkında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı olan kişinin, şirket yönetim organında görev yapması veya ticaret siciline şirket yetkilisi olduğunun tescil edilmesi durumunda, tüzel kişilere de çek defterinin verilmemesi gerekecektir. Böylece, sermaye şirketlerinin yönetiminde görevli kişilerden herhangi birisinin çek hesabı açma ve çek tanzim etme yasağının bulunması durumunda şirket, çek defterini alamama durumu ile karşı karşıya kalabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Karşılıksız çek, çek hamili, çek düzenleme, muhatap banka, karşılıksız çek düzenleme.

ABSTRACT

The regulation of kite check that the market and academical circles has followed for many years are accepted and enacted in the Turkish Grand National Assembly. The fundamental changes have been made in the Check Law with Law No. 6728 on the Amendment of Certain Laws for the Improvement of the Investment Environment. 5491 amendment to Article 2 of the Check Law is modified, it is compulsory to register criminal records and to taken the register of Turkish Banks Association Risk Center. Accordingly, it has now become an obligation for banks to investigate whether a person has a conviction for the kite check in the criminal record and whether the person's economic situation is open to opening a check account.

In the same arrangement, it is foreseed not to give the check-register to real persons who are opened the check accounts and maked out check. Also, if the person who is prohibited from opening and regulating the check accounts is worked in the company management or is registered as a company official in the trade register, the check-register will not be given to the legal person. Thus, if any of the persons in charge of the management of the capital companies are prohibited from opening and regulating the check-register, the company may be unable to obtain the check-register.

Keywords: Kite check, check holder, check regulation, drawee bank, fly a kite.

¹ Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (yilmazyordem@hotmail.com).

I. GİRİŞ

Ticaret hukuku kapsamında, kıymetli evrak hukukunun en önemli yerini işgal eden çek, özel ve farklı bir yere sahiptir. Bir ödeme aracı olan çek, bankalar tarafından bastırılır ve mevduat sahibinin muhatap bankadaki hesabından dilediği kişi ya da kişilere ödeme yapmasını sağlar². 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 780 ve devamı maddelerinde çek ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte, bu düzenlemelerde karşılıksız çek keşide etme eylemine ilişkin herhangi bir cezaî müeyyide öngörülmüş değildir³. Ancak, ekonomik hayatın gerektirdiği güven ve sürat ve çekle yapılan ödemelerin yaygınlaşması üzerine karşılıksız çek tanzim etme vakalarında artışlar olmuştur. Bundan dolayı da, genel hükümlerden ayrı olarak özel hükümlerle çeki ilişkin düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur. Bu şekilde, ticarî hayatın önemli ödeme vasıtalarından birisini oluşturan çek kullanımını teşvik etmek ve halkın çeki karşı olan güvenini arttırmak amaçlanmıştır⁴.

5941 sayılı Çek Kanunu'nda "*karşılıksız çek*" keşide etme suçu için adli yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Ancak, ceza hukukunun son dönemde gelişen ilkelerinden biri olan "*ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi*" prensibi gerekçe gösterilerek, ekonomik nitelikteki suçların yaptırımının ekonomik yaptırımlar olması gerektiği düşünülmüştür. Nihayet, 03.02.2012 tarihli ve 28193 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, 6273 sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 03.02.2012 tarihinden geçerli olmak üzere, karşılıksız çeki ilişkin adli para cezası, idari para cezasına çevrilmiştir. O tarihte, bu düzenleme ile karşılıksız çek oranlarında artmalar olacağı, piyasada çeki olan güveni azaltacağı yönünde ciddi itirazlar yapılmışsa da bu itirazlar dikkate alınmamıştır⁵.

Bu şekilde, yapılan düzenleme ile karşılıksız çek keşidecisi üzerindeki hapis cezası kaldırılmış ve idari para cezasına çevrilmiştir. Ancak, çekle yapılan ödemelerin daha güvenli hale getirilmesi amacıyla, Kredi Kayıt Bürosu (KKB) tarafından Nisan 2012'de çek raporları, Eylül 2012'de de risk raporları

² POROY/TEKİNALP, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden geçirilmiş 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 134 vd; KINACIOĞLU, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 1999, s. 257; DOMANIÇ, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. IV, İstanbul 1990, s. 368; ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 20. Bası, Turhan Yayınevi Ankara 2016, s. 211 vd.

³ GÜNAY, Meryem/GÜNAY, Mehmet, 5941 Sayılı Çek Kanununa Göre Karşılıksız Çek Düzenleme Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Temmuz 2010, Yıl:1, Sayı:2, s. 326.

⁴ GÖNEN, Eriş, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 777; GÜNAY, Meryem – GÜNAY, Mehmet, s. 326 ; DOMANIÇ; s. 368; KENDİGELEN, Abuzer, Çek Hukuku, 4. Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 66 vd.

⁵ KARAYALÇIN Yaşar; 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III, s.38 vd.

üretilmeye başlanmış ve “karekodlu çek” projesinin hayata geçirilmesi gibi çeşitli risk azaltıcı önlemler alınmıştır. Ancak bu önlemler, “karşılıksız çek” keşide etme vakıalarındaki artış karşısında yeterli olmamıştır. Nihayet, 09.08.2016 tarihinde Çek Kanunu’nda yapılan bazı değişikliklerle özellikle “karşılıksız çek keşide etme” suçuna adli yaptırım uygulanması gibi konularda, 5941 sayılı Çek Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasındaki uygulamaya tekrar dönülmüştür⁶.

Daha sonra, karşılıksız çek keşidecisine hapis cezasının uygulanması gerektiğine yönelik hükümler içeren 5941 sayılı Kanun, Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle 6273 sayılı Yasa ile kaldırılmış; bunun yerine pek çok Avrupa Birliği ülkesinde olduğu gibi “çek düzenleme ve çek hesabı açma yasası” yaptırımı getirilmiştir.

Bu kez 15 Temmuz 2016’da kabul edilen ve yürürlüğe giren 6728 sayılı Yasa ile Çek Kanunu’nun bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 6728 sayılı söz konusu Kanun, 09.08.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun 61, 63, 64, 65 ve 66. maddeleri Kanunun yayımı tarihinde, 62. madde ise 31.12.2017 tarihinde yürürlüğe girecektir⁷.

09.08.2016 yürürlük tarihli 6728 sayılı Kanun ile 5941 sayılı Çek Kanunun’da önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemlisi, çekte idari para cezasının yerine adli para cezasının yeniden getirilmesi ve bu cezanın ödenmemesi halinde, hapis cezasının getirilmiş olmasıdır. Bu yasa değişikliği ile ayrıca, karekodlu çek uygulaması, karşılıksız çek suçunun işlenmesi durumunda icra mahkemelerine müracaat etme gibi yeni değişiklikler de yapılmıştır⁸.

Ticaret hayatının gerektirdiği sürat ve güvenlik ihtiyacı, çekle yapılan ödemelerin yaygınlaşması ve karşılıksız çekte artış olması nedeniyle çek hamillerinin korunmasının temini için özel olarak yeni hükümlerin düzenlenmesi ihtiyacının ortaya çıktığı şeklindeki 6728 sayılı Kanunun genel gerekçe kısmı dikkate alınarak, 6728 sayılı Kanunla, TTK. m. 780, m .781 ve ÇekK m. 2/7’de yapılan düzenlemelerin amacının, karşılıksız çeklerle mücadele olduğunu söylemek mümkündür⁹.

⁶ YILDIRIM, Zeki / ÇETİNTÜRK, Ekrem, “İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu”, TBB Dergisi, Sayı 103, Ankara 2012, s. 37.

⁷ Bkz. 6728 sayılı Kanun m. 76/d.

⁸ PULAŞLI, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 5. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul 2017, s. 1 vd.

⁹ NARBAY/GÜNEY, 6728 Sayılı Kanun’un Çeke İlişkin Hükümlerinin “Çekte Şekil Şartları” Bakımından Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 126, Şubat 2017 , s. 48.

II. KARŞILIKSIZ ÇEKE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Çekte Karşılıksızlık Kavramı

Karşılıksız çek kavramının neyi içerdiği yargısına varmak için, her şeyden önce “karşılık” kavramını anlamak gerekmektedir. Muhatabın elinde keşidecinin emrine ayrılmış, yani tasarrufa yetkili kılınmış bir paranın (provizyon) bulunması gerekmektedir³. Bu karşılık, bir şey veya mal değil, sadece paradır. Çek keşidecisi, muhatap banka nezdindeki hesaptan belli bir paranın hamile veya adı yazılı lehtara ödenmesini havale eder. Şu halde, bir çekin keşide edilmesinde, esas olan keşidecinin bankada çek bedelini karşılayacak parayı hazır bulundurmasıdır. Çekin, çekildiği banka hesabında yeterli karşılığı yoksa bu çek karşılıksız olarak kabul edilecektir¹⁰.

Karşılıksızlık kavramı için, çeşitli sistemlere göre önemli farklılıklar bulunmaktadır. TTK’nın 783. maddesine göre, karşılığın çekin keşide edildiği anda bulunması gerekir ve bu anda karşılık yoksa çek karşılıksız sayılır. Fakat bu hükmün uygulanabilmesi için TTK’nın 796. maddesinde düzenlenmiş süreler içerisinde¹¹, TTK’nın 808. maddesinde açıklanan üç usulden birisiyle karşılıksızlığın tespit edilmesi gerektiğinden, ödeme için çek bankaya ibraz edilmeden önce de karşılık yatırılabilirdi. Bu yüzden karşılıksızlık anı tartışmalara sebep olmuştur. Doktrinde hâkim olan görüşe göre, karşılığın muhatap bankaya ibraz anında mevcut olması yeterlidir. Diğer görüşe göre, çekin keşide edilip lehtara teslim edildiği anda karşılık mevcut olmalıdır¹².

Yargıtay, önceleri çekin ibrazında bankada karşılığın bulunmasını arıyor iken, daha sonra verdiği diğer bazı kararlarında, çekin düzenlenmesi ile karşılığının bulunmaması durumunda karşılıksızlık durumunun oluşacağını kabul etmiştir. Son zamanlarda verilen bir Genel Kurul kararıyla Yargıtay tekrar eski görüşüne dönmüş ve çekin bankaya ibrazında karşılığın bulunmasını yeterli bulmuştur¹³.

¹⁰ GÖNEN, Eriş, s. 777 vd.

¹¹ TTK. m. 796, “Bir çek, düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. (2) Ödeneceği ülkeden başka bir ülkede düzenlenen çek, düzenlenme yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay ve ayrı kıtalarda ise üç ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. Bu bakımdan, bir Avrupa ülkesinde düzenlenip de Akdenize sahili bulunan bir ülkede ödenecek olan ve aynı şekilde Akdenize sahili olan bir ülkede düzenlenip bir Avrupa ülkesinde ödenmesi gereken çekler aynı kıtada düzenlenmiş ve ödenmesi şart kılınmış sayılır”.

¹² SELÇUK, Sami, Çek Suçları, Hatipoğlu Yayınevi, Ankara, 1993, s.145 vd.

¹³ 11. HD, 27/04/2015, 2015/3937 – 5887 sayılı kararı, özet: “...Çekin süresinde ibrazında kısmen veya tamamen karşılığının bulunmaması, eş deyişle kısmen yahut tamamen çek bedelinin hamile ödenmemiş olması hususu çek üzerine yazılmasa bile, Bankanın hamile karşı borcunu oluşturur. O halde sadece «ödeme yasağı nedeniyle işlem yapılamamıştır» şerhinin konulması çekin muhataba ibraz edilmiş olmakla birlikte ödenmediğini gösterir nitelikte olup mahkemenin, gerekirse bilirkişi marifetiyle banka kayıtları üzerinde inceleme yaptırması ve ibraz tarihinde çekin kısmen veya tamamen karşılığının bulunmadığını tespit

B. Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Konusu

Karşılıksız çek keşide etme suçunun konusunu çek oluşturmaktadır. Bu nedenle karşılıksız çek keşide etme suçunun gerçekleşmesi öncelikle geçerli bir çekin varlığına bağlıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre öncelikle bir senedin çek niteliğini taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. TTK'nın 780. maddesine göre geçerli bir çek için, “ (1) Çek; a) Senet metninde “çek” kelimesini ve eğer senet Türkçe'den başka bir dille yazılmış ise o dilde “çek” karşılığı olarak kullanılan kelimeyi, b) Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi, c) Ödeyecek kişinin, “muhatabın” ticaret unvanını, d) Ödeme yerini, e) Düzenlenme tarihini ve yerini, f) Düzenleyenin imzasını g) Banka tarafından verilen seri numarasını h) Karekodu içerir” gibi unsurların varlığı öngörülmüştür.

Bu şekilde çekin geçerlilik şartları hüküm altına alınarak, diğer kambiyo senetlerinde olduğu gibi çekte de şekle sıkı sıkıya bağlılık ilkesi vurgulanmıştır. İlgililerin menfaatini korumak için, çekin zorunlu unsurlardan birinin dahi eksikliği senedi geçersiz kılmaktadır. Nitekim, Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarında da güçlü bir şekilde, şekle bağlılık esasına vurgu yapıldığı görülmektedir¹⁴.

Çeke ilişkin hükümleri düzenleyen iki esas kanunda, çekin şekil şartları farklı şekilde düzenlenmiştir. Geçerli bir senet için, senette bulunması gereken şekil şartları TTK m. 780'de sayılmış iken, çekin şekil şartlarından bazıları açısından alternatif olabilecek olanlar, TTK m. 781'de düzenlenmiştir. Bu kapsamda TTK m. 80'de öngörülen şartlardan birini içermeyen senet, TTK'nın 781. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan durumlar dışında geçersiz sayılacaktır. Diğer yandan, çek defterlerinin bankalar tarafından bastırılacağı ve çek defterlerinin her bir yaprağında yer alacak hususlar Çek Kanunu 2. maddesinde tek tek sayılmıştır. Ne var ki, Çek Kanununda düzenlenmiş olan hususlar, çekin zorunlu unsurlarını oluşturmamakta ve bu unsurların eksikliği çekin geçersizliği sonucunu doğurmamaktadır¹⁵.

Çek Kanunu m. 2/9'a göre “Türk Ticaret Kanunu'ndaki unsurları taşıması kaydıyla, düzenlenen çekin bu maddede yer alan koşullara aykırı olması çekin geçerliliğini etkilemez”. Çek Kanununda yapılan bu düzenleme ile TTK

etmesi halinde, muhatap Bankayı 3167 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirtilen sorumluluk miktarında ödeme yapmaya mahkum etmesi gerekir...”, (www.kazancı.com) (26.09.2017); Yargıtay HGK, 6.4.2005, 2005/11-224, - 229 sayılı karar; (www.kazancı.com) (26.09.2017); HGK, 21.09.2011, 2011/17-513 E., 2011/549 sayılı karar. (www.kazancı.com) (26.09.2017).

¹⁴ “Diğer kambiyo senetlerinde olduğu gibi çekte de sıkı sıkıya şekle bağlılık esası geçerlidir. Çekin zorunlu unsurlarından birinin dahi eksikliği çekin bu niteliğini ortadan kaldırmaz”. Y. İBKG, E. 1992/1, K. 1992/5, T. 14.12.1992 (www.kazancı.com), (26.09.2017).

¹⁵ Karahan, Sami / Arı, Zekeriyya / Bozgeyik, Hayri / Saraç, Tahir / Ünal, Mücahit: Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Basi, Konya, 2013 s. 334.

m. 780 ve 781'e atıfta bulunulmuş ve 3167 sayılı Mülga Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ve 4184 sayılı Kanun döneminde çekin unsurları konusunda meydana gelen tartışmalara da son noktayı koymuştur¹⁶.

C. Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu İle Korunan Hukuksal Değer

Toplumda korunmaya değer görülen faydaların ihlali durumunda devletin gösterdiği tepki, o ihlal için öngörülen cezadır. Bu nedenle, toplumsal yaşam bakımından önem arz eden hukuksal değerleri korumak, sürekli olarak ceza hukukunun bir amacı olarak öngörülmüştür¹⁷.

Üzerindeki düzenleme tarihi itibarıyla, kanuni ibraz süresi içinde çekin ödeme için ibrazında karşılığının ilgili banka hesabında bulundurulmaması eylemini Kanun suç saymıştır¹⁸. Burada bir ödeme aracı olarak kabul edilen çeke güvenin korunması amaçlanmıştır. Zira ekonomi dilinde "*kişilerin bastığı özel para*" olarak tavsif edilen çek, piyasada tedavül eden kişilerin bastığı özel paranın büyük bir kısmını oluşturduğu bir hakikattir. Bu nedenle, piyasada çeke olan güvenin ortadan kalkması, çekin piyasadan çekilmesine ve o oranda ekonominin küçülmesine sebep olacaktır¹⁹.

III. KARŞILIKSIZ ÇEKE İLİŞKİN 4814, 5941 VE 6273 SAYILI KANUNLAR İLE 3167 SAYILI ÇEK KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERE GENEL BAKIŞ

A.26.02.2003 Tarihli 4814 Sayılı Kanunla Çek Kanununda Yapılan Değişiklikler

Ülkemizde, Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde insan hakları alanında yapılması gereken değişiklikler kapsamında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ek 4 nolu protokolü 1. maddesinde yer alan "*borç için kimsenin özgürlüğünden*

¹⁶ NARBAY, Şafak, 5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y: 5, S: 43, Mart 2010, s. 95; GÜNAY, Erhan, Uygulamalı Çek Rehberi, Yargıtay Kararları ve Öğreti Görüşleri Eşliğinde - Kambyo Takip Hakkı ve Ceza Hukuku Yönüyle, 6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 126 vd.; KINACIOĞLU, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 262; GÜNAY, Meryem – GÜNAY, Mehmet, s. 328.

¹⁷ ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 3. Bası, Ankara 2003, s.37 vd; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2017, s. 2 vd.

¹⁸ Bkz. 6728 Sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 63/1 maddesi "Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak "karşılıksızdır" işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, *binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükümlenir...*"

¹⁹ GÜNAY, Meryem – GÜNAY, Mehmet, s. 327; ÖZGENÇ, İzzet, Çek Kanunu, 6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 65.

yoksun bırakılmayacağı” hükmü dikkate alınmış ve 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla Anayasamızın 38. maddesine, “*Hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı*” hükmü eklenmiştir. Karşılıksız çek keşide etme suçu için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın kaldırılması amacıyla yasal bir düzenlemenin yapılması gerektiği yönündeki tartışmalar, bu anayasal değişiklikten sonra daha da hızlanmıştır²⁰.

4814 sayılı Kanun ile, 3167 sayılı Kanun’un büyük bir kısmı değiştirilmiş ve bu alan yeniden düzenlenmiştir. Çağdaş ceza hukukunda bulunan, “*ekonomik suça ekonomik ceza*” ilkesi burada kabul edilmiş ve yapılan düzenlemelerle bu konuda temel bir felsefe değişikliğine gidilmiştir. Böylece karşılıksız çek keşide etme suçu için kanunda öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza, bu suçu ilk kez işleyenler açısından kaldırılmış ve çekin üzerindeki bedeli kadar adli para cezası öngörülmüştür. Ancak, haklı olarak çeke olan güvenin zaafa uğratılmaması ve cezada etkinliğin artırılması gerektiği düşünülerek, birden fazla karşılıksız çek keşide etme suçunu işleyenler hakkında hapis cezası gerekli görülmüştü²¹.

Şöyle ki; üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz suresi içinde geçerli bir şekilde muhatap bankaya ibraz edilen çekin yeterli derecede karşılığının bulunmamasından dolayı kısmen de olsa ödenmeyen çek için, çek hesap sahiplerinin veya yetkili temsilcilerini, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacakları, ancak verilecek para cezasının seksen milyar liradan fazla olamayacağı hüküm altına alınmıştı. 4814 sayılı Kanun ile 3167 sayılı Çek Kanunun’da yapılan değişiklikle hapis cezası kaldırılmış ve yerine adli para cezası getirilmişti. Ancak bu fiilin tekrür etmesi halinde bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüştü²².

²⁰ ÇETİNER, Ufuk, Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2002/1, s.181; DOMANIÇ, Hayri, “Karşılıksız Çeke Hapis Cezası Anayasaya Aykırıdır”, Legal Hukuk Dergisi, S. 11, Kasım 2003, s. 2737.

²¹ PULAŞLI, Hasan, s. 361 vd.; SEVEN, Vural, Çek Keşidecisinin TTK M.711/3’e Göre Verdiği Ödemeden Men Talimatının Hukuki Niteliği ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi, TBB Dergisi, Ankara 2007, S.70, s. 284 vd.; DOMANIÇ, Karşılıksız Çek, s. 2737 vd.

²² Madde gerekçesinde söz konusu durum şu şekilde anlatılmıştır: “.....*maddede yeniden yapılan düzenlemeyle, keşide edilen çekin karşılığının bulunmaması halinde, bu suçu ilk defa işleyenler için çek bedeli tutarı kadar olmak üzere nispi para cezası verilmesi, ancak çeke olan güvenin zaafa uğratılmaması ve cezada etkinliğin artırılması bakımından bu suçtan mükerrirler hakkında hapis cezası verilmesi hükme bağlanmaktadır*”.

B.14.12.2009 Tarihli 4814 Sayılı Kanunla Çek Kanununda Yapılan Değişiklikler

5941 sayılı Çek Kanunun'unun 5. maddesinin birinci fıkrası gereğince, üzerinde yazılı bulunan çek tanzim tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde çekin muhatap bankaya ibrazında, çeke ilişkin olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına neden olan kişi hakkında, çek hamilinin şikâyeti üzerine, her bir çek yaprağı için, bin beş yüz güne kadar adlî para cezasına hükümlenileceği, ancak, hükmedilecek adlî para cezasının çek bedelinin karşılıksız kalan tutarından az olamayacağı, ayrıca mahkemenin, çek tanzim etmeme ve çek hesabı açmama yasağına; bu yasağın bulunması durumunda, çek tanzim etme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmedileceği şeklinde düzenlenmiştir²³.

Dolayısıyla, 5941 sayılı Çek Kanunu düzenlemesiyle, 3167 sayılı Çek Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve başta karşılıksız çek keşide etme suçu ile ilgili olmak üzere, tüzel kişilerin sorumlu yönetici veya yöneticileri ve çeki keşide eden imza yetkilileri hakkında adli para cezası yanında çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağı gibi bütünüyle yeni yaklaşımlar içeren hükümler getirilmiştir²⁴.

C. 31.01.2012 Tarihli 6273 Sayılı Kanun İle Çek Kanununda Yapılan Değişiklikler

Karşılıksız çek keşide etme suçu için, 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5. maddesinde adlî para cezası öngörülmüş olmasına rağmen, söz konusu adlî para cezasının ödenmemesi halinde para cezasının hapis cezasına dönüştürmek suretiyle infaz yerine getirildiğinden, adlî nitelikteki bu yaptırım, gerek doktrinde gerekse uygulamada uzun zamandır ciddi bir şekilde eleştirilmiştir²⁵.

Eleştirilerde, infaz aşamasında hapis cezasının uygulanması, kişinin ticarî hayatını ciddi şekilde sarsılmasına hatta sona ermesine sebep olduğu, borçların ödenmesi ihtimalinin ise neredeyse ortadan kaldırıldığı, ayrıca ceza hukukunun temel bazı ilkeleri açısından bu uygulamanın uygun olmadığı, karşılıksız çek keşide etme eyleminin tamamen yaptırımsız bırakılmasının da uygun olmayacağı, dolayısıyla, karşılıksız çek keşide etme eylemi için çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklinde idarî nitelikte bir yaptırım uygulanmasının daha uygun bir çözüm olacağı iddia edilmiştir²⁶.

²³ YILDIRIM, Zeki / ÇETİNTÜRK, Ekrem, s. 37.

²⁴ YILDIRIM, Zeki / ÇETİNTÜRK, Ekrem, s. 37.

²⁵ YILDIRIM, Zeki / ÇETİNTÜRK, Ekrem, s. 38.

²⁶ ÇAĞLAR Hayrettin; "5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1-2, C.XIII, Y.2009, s. 2.; YILDIRIM, Zeki / ÇETİNTÜRK, Ekrem, s. 38.

IV. KARŞILIKSIZ ÇEKE İLİŞKİN 6728 SAYILI KANUN İLE ÇEK KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. Genel Olarak

6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun gerekçesinde de vurgulandığı üzere, bu değişikliklerin yapılmasındaki temel amaç, piyasada çeke ilişkin olarak gittikçe azalmakta olan güveni artırmak ve karşılıksız çek oranını mümkün oldukça asgari seviyelere çekmektir²⁷. Söz konusu düzenleme ile karşılıksız çek keşide etme işlemi yeniden suç olarak tanımlanmıştır²⁸.

Önceki Kanun dönemlerinde karşılıksız çek keşide etme eylemi savcılıklarca bir suç soruşturmasına konu edilip, iddianame düzenlenmek suretiyle mahkemelerin önüne gitmekteydi²⁹. Bu Kanun ile yapılan düzenlemeler sonucunda artık karşılıksız çek keşide etme eyleminin öğrenilmesi üzerine alacaklının icra mahkemesine şikâyetiyle suçla ilgili kovuşturma başlayacaktır³⁰.

6728 sayılı Kanununun 61. maddesi ile 5491 sayılı Çek Kanunu'nun 2. maddesinde de değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, çek hesabı açtırmak isteyen kişilerden adli sicil kaydı ve Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi kayıtlarının istenmesi ve alınması bankalara bir sorumluluk olarak yüklenmiştir. Çek hesabı açtırmak isteyen kişinin, adli sicil kaydında karşılıksız çek keşide etme suçundan dolayı bir mahkûmiyet durumunun olup olmadığı ve ekonomik durumunun çek hesabı açmaya uygun olup olmadığı değerlendirilmiş olacaktır. Aynı şekilde, hakkında çek hesabı açma ve çek tanzim etme yasağı olan gerçek veya tüzel kişinin yönetim organında görev yaptığı veya ticaret siciline tescil edilen yetkilisi olup olmadığı, tüzel kişilere de çek defterinin verilmemesi aynı madde düzenlemesi ile hüküm altına alınmıştır³¹.

B. Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçuna Adli Müeyyide Uygulanması

Çekle ilgili karşılıksızdır işlemi yapılmasına neden olan kişi ya da kişiler hakkındaki idari nitelikteki müeyyide, Çek Kanunu'nun 5. maddesinde yapılan değişiklikle adli yaptırıma dönüştürülmüştür. Yapılan değişiklikle, çek üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde çekin muhatap bankaya ibrazında, karşılıksızdır işlemi yapılmasına neden olan kişi ya

²⁷ Bkz. 6728 sayılı Kanun m. 76/d.

²⁸ Bkz. 6728 sayılı Kanun Genel Gerekçe.

²⁹ Reisoğlu, Seza, TBB/Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Değerlendirmesi Toplantısında Yapılan Sunum/ Prof. Dr. Seza Reisoğlu/29.12.2009, s. 1-19.

³⁰ Bkz.6728 sayılı Kanun gerekçe m. 62.

³¹ Bkz.6728 sayılı Kanun gerekçe m. 61.

da kişiler hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adli para cezası verilmesi ve adli para cezasının çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamayacağı hüküm altına alınmıştır³².

Yatırım ortamının iyileştirilmesi maksadıyla³³ 6728 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 61, 65 ve 70 ila 72. maddeleri ile Çek Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili bazı kanun hükümlerinde değişiklik yapıldığı görülmektedir. Hemen belirtmek isteriz ki, bu konuda genel olarak yapılan değişiklik, çekle ilgili "*karşılıksızdır*" işlemi yapılmasına neden olan kişi hakkında, 31.01.2012 tarih ve 6273 sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun öncesinde olduğu gibi, şikâyet üzerine adli yaptırım uygulanmasını ve karekodlu çek kullanımının zorunlu hale getirilmesinden ibaret olduğu söylenebilir³⁴.

Bilindiği üzere, 5941 sayılı Çek Kanunu ile "*karşılıksız çek*" keşide etme suçu için adli yaptırım uygulaması öngörülmüş iken 6273 sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 03.02.2012 tarihinden geçerli olmak üzere adli yaptırım idari para cezasına çevrilmişti. O tarihlerde de bu değişiklik, karşılıksız çek oranını artıracak, piyasada çeke olan güveni azaltacak yönünde ciddi tartışmalara neden olmuşsa da bu itirazlar dikkate alınmamıştır. Ceza hukukunun son dönemde gelişen ilkelerinden biri olan "*ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi*" ilkesi yapılan değişikliğin gerekçesi olarak gösterilmiştir. Bu çerçevede, ekonomik mahiyetteki suçların müeyyidesinin hapis cezasından ziyade ekonomik müeyyideler olması gerektiği şeklindeki görüş kabul görmüştür³⁵.

Çekle yapılan ödemelerin daha güvenli hale getirilmesi amacıyla, 2012 yılında, çek keşidecisi üzerindeki hapis cezasının kaldırılmasından hemen sonra, Kredi Kayıt Bürosu (KKB) tarafından Nisan 2012'de çek raporlarının, Eylül 2012'de de risk raporlarının üretilmeye başlanması ve "*karekodlu çek*" projesinin hayata geçirilmesi gibi çeşitli risk azaltıcı önlemler devreye alınmıştır. Ancak, karşılıksız çek oranlarındaki artış karşısında bu önlemler yeterli olmamıştır. Özellikle karşılıksız çek keşide etme suçuna adli yaptırım uygulanması gibi konularda, 09.08.2016 tarihinde Çek Kanunu'nda yapılan bazı değişikliklerle 2012 yılı başındaki uygulamalara geri dönmüştür³⁶.

³² 6728 sayılı Kanun m. 63/1.

³³ Bkz. 6728 sayılı Kanun Genel Gereke

³⁴ 6728 sayılı Kanun madde 61, 65, 70, 72.

³⁵ ÖZKORKUT, Korkut; 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III, s.39. ; YILDIRIM, Zeki / ÇETİNTÜRK, Ekrem, s. 38.

³⁶ Bkz. 6728 sayılı kanun Genel Gereke.

C. Ön Ödeme, Uzlaşma ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

6728 sayılı Kanun'un 62. maddesi hükmü ile 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5. maddesinin 10. fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Burada uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmadığından, karşılıksız çek keşide etme suçu nedeniyle ön ödeme işleminin yapılması mümkün olmayacaktır. Zira icra mahkemesi tarafından verilecek karar adli para cezası olacağından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre adli para cezalarının ertelenmesine ilişkin hükümlerin uygulanması imkânı bulunmamaktadır³⁷.

Adli para cezalarının ödenmemesi durumunda bu ceza, 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 106. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilebilecektir. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına da hükmedebilecektir. Mahkeme tarafından yargılama sırasında da resen koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verme imkânı bulunmaktadır³⁸.

Buna ilaveten, adli para cezalarının infazı ancak nakden mümkün olabilecektir. Adli para cezalarının ödenmemesi durumunda ise kamuya yararlı işte çalışma kararı verilemeyecek ve adli para cezası doğrudan hapis cezasına çevrilebilecektir. Ayrıca, mahkemeler tarafından verilen çek hesabı açma ve çek düzenleme yasaklarına ilişkin kararlar, UYAP sistemi aracılığıyla Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi sistemine iletilebilecek ve böylece anlık bilgi akışı sağlanmış olacaktır³⁹.

Kanunda öngörülen miktarlar ödendiğinde ya da şikâyetçinin şikâyetinden vazgeçmesi durumunda çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kendiliğinden ortadan kalkmış olacaktır. Mahkûmiyet halinde cezanın infaz edilmesinden 3 yıl sonra ve her halde 10 yıl içinde yasağın kaldırılması talep edilebilecektir. Bu kanun döneminden önce verilen yasaklama kararları da varlıklarını korumaya devam edecektir⁴⁰.

³⁷ Bkz.6728 sayılı Kanun Gereğesi m. 62.

³⁸ 6728 sayılı Kanun m. 63.

³⁹ 6728 sayılı Kanun m. 62.

⁴⁰ Bkz. 6728 sayılı Kanun Gereğesi m. 64.

D. Bankaların Çek Hesabı Sahiplerinden Alınan Beyanları Kontrol Yükümlülüğü

1. 20. 12. 2009 Tarihli 5941 Sayılı Kanuna Göre

6728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle, karşılıksız çek keşide etmek eylemi adli para cezası verilmesini gerektiren bir suç olarak da düzenlenmiştir. Böylece, bankalar tarafından çek hesabı açmak isteyenlerden alınacak belgeler arasında adli sicil kaydı da eklenmiştir⁴¹.

20.12.2009 tarihli 5941 sayılı Çek Kanunu gereğince, çek hesabı açılmasını veya mevcut çek hesabından çek defteri verilmesini isteyen kişi, her defasında kendisi hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmadığı hususunda bankaya yazılı beyanda bulunmak durumundadır. Tüzel kişiler adına verilecek beyannamede ayrıca, tüzel kişinin yönetim organında görev yapan, temsilcisi olan veya imza yetkilisi olan kişilerin çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmadığı talep edilmekteydi. Bankalar için bu beyan yeterli görülmekteydi. Bankaların ayrıca beyanda bulunulan gerçek kişilerin yasaklı olup olmadığını araştırma yükümlülüğü de bulunmamaktaydı⁴².

2. 15.7.2016 Tarihli 6728 Sayılı Kanuna Göre

15.7.2016 tarihli 6728 sayılı Kanun ile Çek Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucunda bankalara, gerçek veya tüzel kişi adına açılması talep edilen çek hesaplarında çek sahibi gerçek veya tüzel kişinin, sermaye şirketlerinde ise ayrıca yönetim organında görev yapanlar ile ticaret siciline tescil edilen şirket yetkililerinin çek hesabı açma yasağı bulunup bulunmadığını kontrol ve sorgulama sonucunu muhafaza etme yükümlülüğü getirilmiştir⁴³.

Çek Kanunu'nun 2/4 maddesinde yer alan "*Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı bulunan gerçek kişinin, yönetim organında görev yaptığı, temsilcisi veya imza yetkilisi olduğu tüzel kişiye çek defteri verilmez.*" hükmündeki yaptığı "*temsilcisi*" veya "*imza yetkilisi*" ibaresi "*yaptığı veya ticaret siciline tescil edilen*" şeklinde değiştirilmiştir. Düzenlemenin önceki haliyle, tüzel kişinin temsilcisi veya imza yetkilisi ticaret siciline tescil edilmediği takdirde tüzel kişi yetkililerinin kim olduğunun bankalarca tespit edilmesi mümkün olmamaktaydı. Bundan dolayı Çek Kanunu'nun 2/4. maddesi hükmü ile değişiklik yapılmak suretiyle bankaların çek defteri vermeyecekleri tüzel kişilere ilişkin sorumluluğu daraltılmıştır. Ticaret siciline tescil edilen şirket yetkilileri hakkında verilmiş bir çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı

⁴¹ 6728 sayılı Kanun m. 61.

⁴² REİSOĞLU Seza, TBB/Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Değerlendirmesi Toplantısında Yapılan Sunum, Ankara 29.12.2009, s. 4.

⁴³ 6728 sayılı Kanun m. 61.

bulunması durumunda, bunların yetkilisi olduğu tüzel kişilere çek defterinin verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır⁴⁴.

3. Çek Hesabı Açma Yasağı Kararlarının Risk Merkezi Tarafından Tutulması

6728 sayılı Kanun ile bankalara, kendilerinde çek hesabı açtırmak isteyenlerin, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasaklık durumlarına dair adli sicil kayıtları yanında ayrıca Risk Merkezi kayıtlarına da bakma yükümlülüğü getirilmiştir⁴⁵.

5941 sayılı Çek Kanunu'nun 2/1. maddesi hükmüne göre, çek hesabı açtırmak isteyen gerçek veya tüzel kişinin çek yasaklı olup olmadığını araştırma sorumluluğu bankalara verilmiştir. Çek hesabı açılmasını veya mevcut çek hesabından çek verilmesini isteyen kişi her defasında hakkında çek yasağı bulunmadığı hususunda bankaya yazılı beyanda bulunmak durumundadır. Tüzel kişi adına verilecek beyannamede ise, tüzel kişinin yönetim organında görev yapan, temsilcisi veya tüzel kişi adına imzaya yetkili kişinin çek yasaklı olup olmadığının bildirilmesi gerekmektedir. Bu kişilerin çek yasaklı olması durumunda tüzel kişiye çek defteri verilmezdi⁴⁶.

Bu anlatılanlar ışığında, önceki Çek Kanunu düzenlemesinde yasaklılık durumu ile ilgili TCMB kayıtları esas alınmaktaydı. TCMB'deki yasaklılık kayıtlarının Risk Merkezi'ne transfer edilecek olması sebebiyle madde metninde bu yönde bir değişikliğe gidildiği anlaşılmaktadır. Çek Kanunu'nun değiştirilen 5/8 maddesi uyarınca hakkında çek hesabı açma yasağı kararı verilen kişilerin, Risk Merkezi tarafından bankalara bildirileceği düzenlenmiştir⁴⁷. Bu bildirimler ile bankalara yapılacak duyurulara ilişkin esas ve usuller, Adalet Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak Risk Merkezi tarafından belirlenecektir. Diğer yandan, Çek Kanunu'na eklenen Geçici 4 üncü madde ile bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce (09.08.2016), verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına ilişkin kayıtların, silinmesini gerektiren koşullar oluşuncaya kadar TCMB'de tutulmaya devam olunacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁸.

E. Karşılıksız Kalan Çekin Ödenmesi Durumunda Uygulanacak Hükümler

Karşılıksız kalan çekin ödenmesi halinde uygulanacak hükümler 6728 sayılı Kanun 64. maddesi ile 5941 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiştir. 6728 sayılı Kanun 64. maddesi hükmüne göre, 5941 sayılı Kanun'un 6. maddesi başlığı ile birlikte aşağıda gösterilen şekilde değiştirilmiştir.

⁴⁴ 6728 sayılı Kanun m. 61.

⁴⁵ 6728 sayılı Kanun m. 61.

⁴⁶ REİSOĞLU, Seza, s.12.; 5941sayılı Çek Kanunu 2/1-3.

⁴⁷ 6728 sayılı Kanun m. 63.

⁴⁸ 6728 sayılı Kanun md. 65.

Etkin pişmanlık ve çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılması, 5941 sayılı Kanun'un 6. maddesi hükmüne göre, karşılıksız kalan çek bedelinin, üzerinde yazılı olan çek düzenleme tarihine göre, kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'a göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında, yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra, mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırıldığı, MERSİS ile Risk Merkezi'ne 5. maddenin sekizinci fıkrasındaki usullere göre bildirilir ve ilan olunur. Çek hamilinin şikâyetinden vazgeçmesi halinde de bu hükümler uygulanacaktır⁴⁹.

F. 6728 Sayılı Kanun'da Karşılıksız Çek Keşide Etme Eylemine İlişkin Yargılama Usulü

1. Şikâyet Hakkı ve Süresi

6728 sayılı Kanun'unun 63. maddesi gereğince, karşılıksız çek keşide etmek eylemine ilişkin olarak, İcra İflas Kanunu'nun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353 üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulü uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uygulamasında mevcut sistemden farklı bir sistem benimsendiği anlaşılmaktadır.

5941 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca "karşılıksızdır" işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu; soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardandır. Karşılıksız çek keşide etme eylemine ilişkin, şikâyet süresine ve şikâyet süresinin başlangıcına dair eski Çek Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu nedenle şikâyet süresi ve şikâyet süresinin başlangıcı TCK'nın 73. maddesine göre hesaplanmaktaydı⁵⁰. Çekin üzerindeki düzenleme tarihi itibarıyla kanuni ibraz süresi içinde çek bankaya ibraz edildiğinde, karşılığının ilgili hesapta bulundurulmaması ile bu suç tamamlanmış olarak kabul edilmekteydi⁵¹.

6728 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre, çek hakkında karşılıksız işlemi yapıldıktan sonra icra mahkemesine, üç ay ve herhalde 1 yıl içerisinde şikâyetin yapılması gerekecektir. Aynı şekilde Ceza Muhakemesi Kanunu uygulamasına göre, duruşmayı takip etmeyen şikâyete tabi bir suç müştekisi davanın

⁴⁹ 6728 sayılı Kanun m. 64, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 6.

⁵⁰ GÜNAY, Meryem/GÜNAY, Mehmet, s. 342.

⁵¹ SOYDAL, Osman, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yeni Çek Kanunu Işığında Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, Ankara, 2010, s. 89; ÖZGENÇ, s. 112.

düşmesine neden olmamaktayken⁵², karşılıksız çek keşide etme eyleminden dolayı yapılacak duruşmayı alacaklının ya da vekilinin davayı takip etmemesi halinde alacaklı şikâyet hakkını kaybedecektir⁵³.

2. Davaya Bakmaya Görevli ve Yetkili Mahkeme

Karşılıksız çek keşide etme eylemine idarî yaptırım tatbik edilmesi halinde, idarî yaptırımın hangi mercii tarafından uygulanacağı burada en önemli sorun olarak görülmüştür. Bu konuda yetki, 6273 sayılı Kanun ile idari makamlara değil cumhuriyet savcılarına verilmiştir⁵⁴.

Çek Kanunu'nun 5'inci maddesinin sekizinci fıkrasına göre, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına ilişkin bilgiler, güvenli elektronik imza ile imzalandıktan sonra, Adalet Bakanlığı Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na elektronik ortamda bildirilmektedir. Bu yasağın adli makamlar dışına bir merci tarafından verilmesi durumunda yeni bir sistemin kurulmasına ihtiyaç duyulacaktır⁵⁵.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 12'ye göre, davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir⁵⁶. 6728 sayılı Kanun' un 63/2. maddesi hükmünde yapılan değişiklikle, karşılıksız çek keşide etme suçundan dolayı açılacak davalarda icra mahkemelerinin görevli olacağı öngörülmüştür. Yetkili mahkeme olarak, karşılıksız çek keşide etme eyleminden dolayı çekin tahsil için verildiği bankanın bulunduğu yer, çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer, şikâyetçinin yerleşim yeri ya da hesap sahibinin yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Böylece karşılıksız çek suçunun şikâyetçisine yetki konusunda seçim hakkı tanındığı söylenebilir⁵⁷.

3. Kanun Yoluna Başvurma Durumu

a. İstinaf Kanun Yoluna Başvurma

İstinaf yoluna başvurulamayacak kararlar İİK'nın 363. maddesi hükmünde sınırlı olarak sayılmıştır. Bu sayılanlar haricindeki tüm kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. İcra mahkemesinin itiraz üzerine vereceği kararlar arasında sınırlı olarak sayılan bu kararlar bulunmadığından, itiraz üzerine icra mahkemesinin verdiği itirazın kabulü veya reddi kararlarına karşı kanunda öngörülen kesinlik sınırını aşması şartıyla tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurulabilecektir. Bu

⁵² SOYDAL, s. 89 vd.

⁵³ 6728 sayılı Kanun m. 63.

⁵⁴ YILDIRIM / ÇETİNTÜRK, s. 71 vd.

⁵⁵ YILDIRIM / ÇETİNTÜRK, s. 71.

⁵⁶ CMK. m. 12.

⁵⁷ 6728 sayılı Kanun m. 63.

anlatılanlara ilaveten bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerince verilen ve miktar ve değeri 40.000 lirayı aşan nihai kararlara karşı ise temyiz yoluna gidilebilecektir⁵⁸.

Borçlu tarafın itirazının reddedilmesi durumunda, istinaf kanun yoluna başvurulması, kararın icrasını durdurmaz. Ancak borçlu İİK'nın 33/3. fıkrası gereği göstereceği teminatla takibin durmasını sağlayabilecektir. Borçlu taraf, teminat yatırmadığı için takibe devam edilip gerekli işlemler yapılırken karar bozulursa, herhangi bir teminata gerek olmadan icra takibi olduğu yerde duracaktır (İİK m. 40/1). Bozma kararının kesinleşmesiyle icra kısmen veya tamamen iade edilecektir (İİK m. 40/2).

b. İtiraz Kanun Yoluna Başvurma

Mahkemece verilecek mahkûmiyet kararına karşı ilgililer istinaf kanun yoluna başvurabileceklerdir. Zira 6728 sayılı Kanun'un 63. maddesi hükmüne göre, koruma tedbiri olarak verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararlarına karşı yapılan itirazlar bakımından 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre itiraz yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür. İcra mahkemesi tarafından verilecek mahkûmiyet kararlarına ilişkin 6728 sayılı Kanun'da bir düzenleme öngörülmüş değildir. Böyle bir düzenlemenin bulunmaması ve ceza muhakemesi kurallarında (özgürlüğü kısıtlayıcı kurallar ve istisnalar saklı kalmak kaydıyla) kıyas yasağının uygulama alanı bulmadığı dikkate alındığında ve atf yapılan İcra ve İflas Kanunu'nun 353. maddesi hüküm metninde "*icra mahkemesinin verdiği tazyik ve disiplin hapsine ilişkin kararlara... itiraz edilebilir*" kanuni düzenlemesi bulunduğundan, icra mahkemesinin verdiği mahkûmiyet hükmünün disiplin hapsi ve tazyik hapsi niteliğini taşıması nedeniyle bu maddenin uygulama alanı bulamayacağı söylenebilir⁵⁹.

F. 6728 Sayılı Kanunda Findeks Karekodlu Çek ve Seri Numarası Uygulaması

Çekin halen dolaşımda olup olmadığına ilişkin bilgilerin ortaya konulması, çek yaprağının doğru olup olmadığını, düzenleyicinin geçmiş ödeme performansını belirleme maksadıyla bankalar tarafından karekod basılmış olan çeklere findeks karekodlu çek denilmektedir. Standart banka çeklerinin yeni bir versiyonu olan fideks karekodlu çeklerin üzerinde, keşidecinin çek ödeme geçmişi ve çek yaprağının geçerliliğine ilişkin bilgilerin görüntülenmesine olanak sağlayan bir karekod bulunmaktadır. Bu karekod

⁵⁸ KÖLE, Mehmet / GÖRGÜLÜ, Fatma, Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 35, Yıl: 2016, Diyarbakır 2017, s. 136.*

⁵⁹ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 353; 6728 Sayılı Kanun m. 63.

sayesinde insanlar, karşılıksız, sahte ve artık dolaşımda olmayan çeklere karşı tedbirli davranabileceklerdir. Yine findeks karekodlu çek sayesinde, karekodun sorgulanmasıyla elde edilecek bilgiler doğrultusunda insanlar, çek yaprağının doğruluğunu, keşidecinin geçmiş çek ödeme performansını tahmin edilebileceklerdir⁶⁰.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin (TOBB) ile Türkiye Bankalar Birliği Kredi Kayıt Bürosu (KKB) işbirliği ile uygulamaya konulan findeks karekodlu çek sistemi, 15 Haziran 2015'ten itibaren temel olarak çek hamillerinin, ellerindeki çeklerin keşidecileri hakkında bilgi edinmelerini sağlamaktadır. İlk olarak kullanımı zorunlu olmayan bu sistem, 15 Haziran 2015 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlanmış, 6728 sayılı “*Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” un 70. Maddesi hükmüyle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 780/1. fıkrasına eklenen bentler ile çekin şekil şartları arasına, çeklere basılması gereken karekod ve muhatap banka tarafından verilen seri numarası da eklenmiştir⁶¹.

Bu şekilde, Kredi Kayıt Bürosu A.Ş. nezdinde isteğe bağlı bir uygulama olarak başlayan karekodlu çek kullanımı zorunlu hale gelmiş bulunmaktadır. Bankalar artık 31.12.2016 tarihinden sonra çek hesabı sahiplerine karekod ve seri numarası unsurlarını içermeyen çek yaprağı veremeyeceklerdir. Bu düzenleme ile keşidecinin geçmiş çek ödeme performansı, karekodun sorgulanmasıyla elde edilecek bilgiler doğrultusunda çek yaprağının doğruluğu tahmin edilebilecektir⁶².

Findeks karekodlu çek sayesinde elde edilebilecek bilgiler ile, çek alacaklıları ellerinde bulunan çek ile çek hesabı sahibine ve bu çeki düzenleyenlere ilişkin verilere karekod aracılığıyla artık erişim sağlanabilecektir. Bu erişimin sağlanacağı karekod okutma ve bilgi paylaşım sistemi TBB Risk Merkezi'nde veya Risk Merkezi tarafından bilgi paylaşılan şirketler nezdinde kurulacaktır. Çek hesabı sahibi, karekod aracılığı ile çek kendisine ait bankalara ibraz edilmemiş çek adedi ve tutarı, son beş yılda “*karşılıksızdır*” işlemi gören ve halen ödenmemiş çeklerinin adedi ve tutarları, hesabı bulunan toplam banka sayısı, çek hesabı sahibi hakkında çek hesabı açma yasağı bulunup bulunmadığı, varsa yasaklama kararının tarihi gibi bilgilere erişilebilecektir⁶³.

⁶⁰ Karekod Nedir ve Uygulama Alanları, <http://www.ankaratb.org.tr/libupload/Karekod%20Uygulamas%C4%B1.pdf>, Ocak 2016, (01.10.2017); KÖLE, Mehmet / GÖRGÜLÜ, s. 97.

⁶¹ Bkz. RG: 9.08.2016/ 29796.

⁶² Karekod Nedir ve Uygulama Alanları, <http://www.ankaratb.org.tr/libupload/Karekod%20Uygulamas%C4%B1.>, (15.06.2017); KÖLE Mehmet /GÖRGÜLÜ Fatma, s. 97; 6728 sayılı Kanun m. 70 ve m. 72.

⁶³ PULAŞLI, Hasan, s. 303 vd.; 6728 sayılı Kanun md.70.

Uygulaması ülkeden ülkeye farklılık gösteren karekod ve seri numarası uygulamasına yabancı bankalar tarafından basılan çekler bakımından bir istisna getirilmiştir. Şöyle ki; yabancı bankalar tarafından bastırılan çeklerde, çekin zorunlu unsurları arasına alınan banka tarafından verilen seri numarası ve/veya karekodun bulunmaması halinde de çekler geçerli olarak kabul edilebilecektir (6728 sayılı Kanun m. 71.)⁶⁴.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

1. Kaynak yetersizliği dolayısıyla ekonomik sıkıntı yaşayan borçlu kesiminin çek keşidecileri olmadığı düşünülürken; ekonomik sorun yaşayan taraflar tam olarak tespit edilmeksizin, mevzuatın öngördüğü başkaca çareler (İİK m. 317 vd.; 330) dikkate alınmaksızın, özel bir hukuk ilişkisinin tarafları arasındaki menfaatler dengesine, yargı denetiminden uzak biçimde doğrudan taraflardan biri lehine müdahale edilmesi, karşılıksız çek konusunda şu ana kadar bir çok defa yapılan yasal değişiklik sürecine getirilebilecek en önemli eleştirilerdendir⁶⁵.

2. Karşılıksız çek keşide etme suçunun ceza yargılamasında temyiz kanun yolunun, cezalarda ertelemenin ve şartlı tahliyenin kaldırılmış olması ve adli para cezasının ödenmemesi durumunda kararda belirtilen cezanın aynen yatılacak olması olumlu olmuştur. Zira bu durumda, eski uygulamada olduğu gibi davaların yıllarca sürüncemede kalması bertaraf edilmiş olacak ve davalar daha erken kesinleşebilecektir.

3. “*Karşılıksız çek keşide etme*” suçlarında, görevli olan asliye ceza mahkemelerinden bu görevin alınıp, görev yükü daha az olan icra mahkemelerine verilmiş olması da isabetli olmuştur. Zira bu tür suçların sayısı hem çok fazla hem de bu suçlara ilişkin davalar, çok geç sonuçlandığından adalet çok geç yerini bulmaktaydı.

4. Karşılıksız çek keşide etme suçunun işlenmemesi için, alınan önlemler ve verilen cezalar, caydırıcı olmadığı müddetçe bu suçu işleme oranı giderek artacak ve piyasada çeke olan güven azalacaktır. Dolayısıyla, söz konusu suç için yasanın öngördüğü hapis cezası isabetli olmuştur ve devam etmelidir. Bu konuda ileri sürülen, “*ekonomik suça ekonomik ceza*” fikrine katılmamaktayım. Zira hapis cezası kaldırılacak diye, eski Çek Yasası gündeme geldikten sonra, önemli ölçüde çek borçları ödenmemeye başlanmıştır. Bu suç için öngörülen cezanın bir caydırıcılığı kalmayınca, toplumda çeke karşı bir güvensizlik duygusu oluşmuş ve çekle alış verişler hızla azalmıştır.

⁶⁴ PULAŞLI, Hasan, s. 303 vd.

⁶⁵ YEŞİLOVA Ecehan Aras/YEŞİLOVA, Bilgehan, Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme, 5838 sayılı Kanunun 18 ve 32/XIX. Maddelerinin Getirdikleri, TBB. Dergisi, Mayıs-Haziran 2009, S.82, s. 54.

5. Düzenlemede karşılıksız çek keşide etmenin cezası, bin beş yüz iş gününe kadar adli para cezası olarak öngörülmüştür. Ancak verilecek adli para cezası çek miktarından az olmayacaktır. Buna göre, öngörülebilecek adli para cezası tavanı bin beş yüz iş günü veya çek tutarı kadar, tabanı ise 5 iş günü olacaktır. Demek ki hâkim 5 iş gününden bin beş yüz iş gününe kadar adli para cezasına hükmedebilecektir. Uygulamada adalet ve hakkaniyet noktalarında sakıncaların olabileceği düşünüldüğünde, hâkime bu denli geniş bir takdir yetkisinin verilmiş olmasının isabetli olmadığı kanaatindeyim.

6. Adli para cezası hesaplanırken hâkim önce sanığa verilecek cezanın gün sayısını tespit eder. Tespit edilen gün sayısı sanığın sosyal ve ekonomik durumu göz önüne alınarak en az 20 TL, en fazla 100 TL'den adli para cezasına çevrilir. Adli para cezasında bir iş günü karşılığı 20 lira ile 100 lira arasındadır (TCK md. 52/1). Bu duruma göre hâkim, 5 bin liralık bir karşılıksız çek için bin beş yüz iş günü karşılığı adli para cezasına ve bir gün karşılığı adli para cezasını da 100 lira olarak takdir edebilecektir. Bu durumda 5 bin liralık çeki karşılıksız çıkan kişi teorik olarak 150 bin lira adli para cezasına mahkûm olabilir ve adli para cezası ödenmediği takdirde kişi 1500 gün yani 4 yıldan fazla hapse mahkûm olabilecektir. Evrensel ceza ilkeleri, uluslararası sözleşmeler ve ceza hukukunun temel ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda, hâkime burada da bu denli geniş bir takdir yetkisinin verilmiş olması isabetli olmadığı kanaatindeyim.

7. Ticari hayatta çek kullanımının en önemli sorunu ise *"karşılıksız çek keşidesidir"* denilebilir. Bono ve poliçeden farklı olarak bir ödeme aracı olan çekin, sürekli el değiştirmesi sorunun toplumsal boyutunu geliştirmektedir. Zira çekin sık sık el değiştirmesi ile beraber çekten zarar görenlerin sayısı da artmaktadır. Çek yasasının çıkarılmasındaki amaç, toplumsal ve bireysel çıkarı korumaktır. Ticari hayatın gelişimi ve güveni için, toplumun, çeki karşı olan güvenini sağlamak ve korumak, toplumsal çıkarı, karşılıksız çek suçunun şikâyete tabi olması ve çek bedelinin eklentileri ile birlikte ödenmesi halinde davanın ya da cezanın düşmesi, bireysel çıkarı korumayı amaçladığını göstermektedir.

8. Çek hesabı açma ve çek karnesi verilmesi konusunda, bankalara getirilen yükümlülükler açısından düzenleme isabetli olmuştur. Hatta çek defteri verilirken, çek defterini almak isteyen kişinin, çek defteri alma şartlarına haiz olup olmadığı ya da çek defterini alma yasağının bulunup bulunmadığı araştırılmadan gerekli inceleme ve titizliği göstermeyip hamilin zarar görmesine neden olan bankaya ve banka yetkililerine hamilin bu zararının ödettilmesi yoluna gidilebilmelidir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ARKAN, Sabih: 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Yapılan Değişiklikler, Batider, 2003, C.XXII, S. 1, s. Sayı 1, s. 3-22.

ÇAĞLAR Hayrettin : “5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, Y.2009, Sayı 1-2, s. 1-20.

ÇETİNER, Ufuk : Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2002/1, s. 173-181.

DOMANİÇ, Hayri : “Karşılıksız Çeke Hapis Cezası Anayasaya Aykırıdır”, Legal Hukuk Dergisi, S. 11, Kasım 2003, S. 11, s. 2737-2743.

DOMANİÇ, Hayri : Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. IV, İstanbul 1990.

GÖNEN, Eriş : Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Günay, Meryem/Günay, Mehmet: “5941 Sayılı Çek Kanununa Göre Karşılıksız Çek Düzenleme Suçu” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2010, S. 2, s. 323-346.

GÜNAY, Erhan : Uygulamalı Çek Rehberi, Yargıtay Kararları ve Öğreti Görüşleri Eşliğinde - Kambiyo Takip Hakkı ve Ceza Hukuku Yönüyle, 6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

HAKERİ, Hakan : Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2017.

KARAHAN, Sami / ARI, Zekerriyya / BOZGEYİK, Hayri / SARAÇ, Tahir / ÜNAL, Mücahit: Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Bası, Konya, 2013.

KARAYALÇIN Yaşar : 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III.

KENDİGELEN, Abuzer : Çek Hukuku, 4. Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007.

KINACIOĞLU, Naci : Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 1999.

KÖLE, Mehmet / GÖRGÜLÜ, Fatma, Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 35, Yıl: 2016, Diyarbakır 2017, s. 79-157.

NARBAY, Şafak, 5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi Terazi Hukuk Dergisi, Şubat 2017, Y: 5, S: 43, Mart 2010, s. 65-97.

NARBAY/GÜNEY, 6728 Sayılı Kanun'un Çeke İlişkin Hükümlerinin "Çekte Şekil Şartları" Bakımından Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 126, Şubat 2017 , s. 40-60.

ÖZGENÇ, İzzet : Çek Kanunu, 6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

ÖZKORKUT, Korkut : 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans- Tartışmalar, 22 Ocak 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 456, 2010/III

ÖZTAN, Fırat : Kıymetli Evrak Hukuku, 20. Bası, Turhan Yayınevi Ankara 2016.

POROY/TEKİNALP : Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

PULAŞLI, Hasan : Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 5. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul 2017.

REİSOĞLU, Seza : TBB/Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Değerlendirmesi Toplantısında Yapılan Sunum/ Prof. Dr. Seza Reisoğlu/29.12.2009.

SELÇUK, Sami : Çek Suçları, ISBN: 9757527475, Hatipoğlu Yayınevi, Ankara, 1993.

SEVEN, Vural : Çek Keşidecisinin TTK M.711/3'e Göre Verdiği Ödemedem Men Talimatının Hukuki Niteliği ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi, TBB Dergisi, Ankara 2007, S.70, s. 284-301.

SOYDAL, Osman : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yeni Çek Kanunu Işığında Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, Ankara, 2010.

ÜNVER, Yener : Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 3.Bası, Ankara 2003.

YEŞİLOVA Ecehan Aras/YEŞİLOVA, Bilgehan : Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme, 5838 Sayılı Kanunun 18 ve 32/XIX. Maddelerinin Getirdikleri, TBB. Dergisi, Mayıs-Haziran 2009, S.82, s.1-61.

YILDIRIM, Zeki / ÇETİNTÜRK, Ekrem : "İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu", TBB Dergisi, Yıl 2012, Sayı 103, s. 27-84.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR:

www.kazancı.com (26.09.2017).

<http://www.ankaratb.org.tr/libupload/Karekod%20Uygulamas%C4%B1.pdf>,
Ocak 2016, (15.03.2017).

<http://www.hukukihaber.net>(10.03.2017)

<http://www.halkbankkobi.com.tr> (04.03.2017)

<http://www.gulbenkmusavirlik.com/tr> (25.02.2017)

<http://www.atchukuk.com> (20.02.2017).

<http://www.erdem-erdem.av.tr> (03.03.2017).

SINIRAŞAN GÖRSEL İŞİTSEL MEDYA HİZMETLERİNDE TÜRK YARGI YETKİSİ VE 690 SAYILI OHAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMESİ DÜZENLEMELERİ

Turkish Jurisdiction on Trans-Boundary Invisible Visual Audio Media Services and State of Emergency Law Decree Regulations Number 690

Dr. A. Vahap DARENDELİ¹

Geliş Tarihi: 18.09.2017

Kabul Tarihi: 28.12.2017

ÖZET

Ülkemiz düzenlemelerine de kaynaklık eden Avrupa Medya Hukuku; Sınır aşan Görsel-İşitsel Medya Hizmetlerinde sadece bir üye devlet yargı yetkisinin olmasını isteyen, aynı zamanda hedef alınan ülkenin bağlayıcı önlemler almasına izin veren hükümler içermektedir. Yargı yetkisine ilişkin hükümlerin Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi organlarıca düzenleme boşluğu bırakılmamaya gayret edilen ve zahmetli süreçlerden geçerek hazırlanmasına rağmen uygulamada ulusal düzenlemelere ve yargısal içtihatlarla ihtiyaç duyduğu anlaşılmaktadır. Özellikle kamu düzeninin bozulduğu ve yeniden tesisi için önlemlerin alınmasının zorunlu olduğu Olağanüstü Hal Hukuki Rejimlerinde bu ihtiyacın daha da çok hissedildiği görülmektedir. Ancak Olağanüstü Hal döneminde de alınacak önlemlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle ters düşmemesi gerekmektedir. Bu amaçlar doğrultusunda düzenlemeler getirmesi beklenen 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)'nin 58. Maddesi ile değiştirilen 6112 Sayılı Kanunun Türkiye Cumhuriyeti yargı yetkisine ilişkin 2. Maddesinin getirdiği değişiklikler, sınırlama ve yenilikler bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Konu incelenirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile Ulusal Yargı içtihatları (Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Yargıtay kararları) göz önünde bulundurulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Avrupa medya hukuku, sınır aşan görsel işitsel medya hizmeti, yargı yetkisi, olağanüstü hal dönemi, kamu düzeni, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları.

ABSTRACT

European Media Law, which also originated in our national regulations; In Trans-border Audio-Visual Media Services, only one member state has provisions that require jurisdiction and at the same time allow the target country to take binding measures. It is understood that despite the fact that the provisions on jurisdiction have been tried to be left untreated by the bodies of the European Union and Council of Europe and have been prepared through laborious processes, national regulations and judicial precedents are needed in practice. This requirement seems to be felt even more in the Emergency State Legal Regime, in which the public order has deteriorated and measures have to be taken for re-establishment. However, the measures to be taken during the period of Emergency shall not contradict with other obligations arising from the European Convention on Human Rights and international law. The amendments, limitations and innovations brought by Article 2 of the Law No. 6112 on the jurisdiction of the Republic of Turkey, amended by Article 58 of the Decree-Law No. 690, which are expected to bring about these purposes, constitute the subject of this work. In the course of examining the case, the case law of the European Court of Human Rights and the case law of the National Judiciary precedents (Constitutional Court, Council of State, Supreme Court decisions) were taken into consideration.

Key Words: European media law, trans-boundary audiovisual media service, jurisdiction, state of emergency, public order, Precedents of the European Court of Human Rights.

¹ Adalet Bakanlığı Yüksek Müşaviri - Hakim (E. RTÜK Başkan Vekili), vahapdarendeli2013@gmail.com

GİRİŞ

Uydu aracılığıyla yapılan televizyon yayınlarının kapsamı, tüm ülke veya bir kıta hatta kıtalar olabilmektedir. Bu nedenle teknik olarak uydu alışı antenlerinden başlamak üzere altyapı, platform işletmecisi ve yayını sunan medya hizmet sağlayıcıları olmak üzere, münhasıran bu alana ilişkin çağdaş, uluslararası ve ulusal düzenlemeler yapılması zorunluluğu bulunmaktadır.

Ülkemizin de içinde bulunduğu çağdaş Avrupa medya hukukunu oluşturan, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi düzenlemelerinde yapılacak olan herhangi bir düzenlemenin, hedefe daha iyi ulaşacağı durumlarda Konsey Organları tarafından yapılması öngörülmektedir. Diğer hallerde ise, düzenlemenin Üye Devletlere bırakılması hedeflenmektedir.

Bu doğrultuda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Yargı Yetkisi, yasal çerçevesini oluşturan 6112 sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun" ile Avrupa Konseyi Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi ve Ek Protokol Hükümlerinin incelendiği birinci bölümde ayrıca Sınırşan Yayınlarda İdarenin (RTÜK'ün) yargı yetkisi alanındaki işlevi ve yargısal denetimi ayrı başlıklar altında incelenmiş bulunmaktadır. Çalışmamızın güncel ve önemli bir kısmını oluşturan ikinci bölümünde Olağanüstü Hal İlanı ve Yargı Yetkisi alanına ilişkin düzenlemeler ile hukuki rejimi, Anayasa'nın 15 ve 121.maddeleri doğrultusunda incelenmeye çalışılmıştır. Ayrıca bu bölümde düzenlemeler gereği alınan idari tedbirler **öncelikle idare hukuku ve kamu düzeni açısından ele alınmıştır**. Bu bağlamda 690 Sayılı OHAL KHK'sinin 58 ve 59. Maddeleri düzenlemeleri sonucu oluşan 6112 Sayılı Kanunun 2. Maddesinde yer alan Türk Yargı Yetkisi kapsamı ve amacı Avrupa Konseyi'nin Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda ortaya konulmuştur.

I. GÖRSEL İŞİTSEL MEDYA HUKUKU, GENEL ÇERÇEVESİ VE DÜZENLEMELERİ

En genel anlamda "medya hukuku" terimi, yazılı basın, radyo, televizyon, sinema, video, internet gibi çok sayıda iletişim alanını içine almaktadır. Medya Hukukunun içine basın özgürlüğü ve basın iş hukuku da dahil edildiğinde oldukça geniş bir disiplin ve bir hukuk dalı, bir uzmanlık dalı ortaya çıkmaktadır. Medya hukukunun her ülkede farklı düzenleniş, algılanış ve uygulama biçimleri bulunmaktadır. Ancak ülkeler aynı zamanda üyesi ve adayı oldukları uluslararası organizasyonların bu alandaki düzenlemelerine uyum sağlamaktadırlar. Örneğin Avrupa Birliği'ne üye olma sürecinde olan Türkiye hukuk düzenlemelerini AB müktesebatına "medya faslı" altında uyumlaştırma çabası içindedir.²

² Avrupa Birliği, Avrupa Komisyonu Türkiye İlerleme Raporu, 2016, Fasıl: 10 "Bilgi Toplumu ve Medya", Brüksel, 9.11.2016, s.48

Doktrinde “kitle iletişimi” olarak anılan yapı aslında ifade özgürlüğü, medya (kurumsal basın) dediğimiz örgütlü bir yapının ifade şeklidir ve bunun da doğası, kendine özgü bir hukuku vardır. Bu nedenle kitle iletişim hukuku denildiğinde yazılı basın yanında, görsel işitsel medyayı ve internet araçlarını zikretmek gerekir. İnternet hukuku denetleme araçları bakımından özellik gösterse de içerik bakımından hem yazılı hem görsel işitsel medyanın özelliklerini göstermektedir. **Görsel işitsel medya hizmetlerinin** yazılı basından ve internet medyasından farklı bir mahiyeti bulunması genellikle **idarî bir otorite tarafından** düzenlenme ve denetleme yapılan ve dolayısıyla müdahalenin haklılaştırıldığı bir alan olması yönüyle ayrı bir hukuk disiplini olduğunu göstermektedir.³

A. GÖRSEL - İŞİTSEL MEDYA HUKUKU GENEL ÇERÇEVESİ

Medyanın kendine özgürlüğü ve çok yönlü karakteri tek bir hukukî çerçeve bünyesinde düzenlenmesini zorlaştırmaktadır. Kablo ve sayısal uydu gibi yeni iletişim teknolojilerinin gelişimi sonucunda ulusal düzenlemelerle karşılanamayacak yayın faaliyetleri AB ve Avrupa Komisyonu gibi uluslararası düzenlemelere konu olmaktadır. Bugün ülkemizin de üyesi bulunduğu Avrupa Konseyi ve aday ülkesi konumunda bulunduğu AB gibi uluslararası kuruluşlar ortak bir politika içerisinde önemli antlaşmalar ve düzenlemeler gerçekleştirmiş bulunmaktadırlar. Özellikle 1990’lı yıllardan itibaren ortak düzenleme inisiyatiflerinin nitelik ve nicelik yönünden geliştirildiği görülmektedir.

Nitekim bu gelişmeler sonucu olarak uluslararası kurumlar ve kuruluşlar tarafından verilen idarî kararlar, yahut uluslararası antlaşma kuralları itibarıyla iç hukukta kimi idare hukuku kurallarının etkinliğini yitirmesi veya gerekli kuralların konulması, uygulanması gerekebilmektedir. Buna göre, iç hukuktaki her türlü işlem, uluslararası hukukun sorgulanmasına bağlı kılınabilmektedir⁴.

Bütün bunlarla birlikte söz konusu kuruluşlara üye devletlerin inhisarında gelişme alanı bulan medya düzenlemeleri de varlığını sürdürmektedir. **Başka bir anlatımla uluslararası düzeyde belirleyici temel politikaların uygulanması yanında medya sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesi ulus devletlerin iç politikalarını ilgilendirmeye devam etmektedir.**⁵

Bu nedenle yukarıda belirtildiği gibi, görsel işitsel medya hukuku hem **uluslararası hem de ulusal düzenlemeleri bünyesinde taşıyan** kendine özgü ve çok yönlü karakteri olan bir hukuk disiplini olma özelliğini sürdürmektedir.

³ Şahin Kemal, “Kitle İletişim Hukuku Editöryal ve Denetim Sorumluluğu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 17, 2013, S.3 s.268

⁴ ÇAL, Sedat, “Ekonomik Düzenleme (Regülasyon), Özelleştirme, İdare Hukuku ve Uluslararası Tahkim Matrisinde Değerlendireler, Sosyo Ekonomi Dergisi, Sy. 2, 2010, s. 66-85.

⁵ Kutay, Pars; Özçeri, Aslı; “Avrupa Birliği Medya Hukuku ve Uygulamaları” TVYD Yayınları No:2, İstanbul, 2006, s.15

B. GÖRSEL - İŞİTSEL MEDYA HUKUKU İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

1. Uluslararası Düzenlemeler

Çağımızda yakın ilişki ve etkileşim içerisinde bulunan ülkeler, uluslararası ilişkilerin, etkileşimin ya da iletişimin yoğunlaşmasına bağlı olarak uluslararası hukuk kurallarının oluşmasına yönelik girişimlerde bulunmaktadır. Ülkelerin büyük çoğunluğunun kabul ettiği anlaşmalarla şekillenen uluslararası hukuk kuralları, ülkelerin diğer ülkeleri etkileyen faaliyetlerinin yanında kişilerin ülke sınırlarını aşarak diğer ülkeleri etkileyen faaliyetlerinin de düzenlenmesine yönelik olarak uygulanmaktadır. Bu düzenlemeler;

- İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 19. Maddesi
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesi Metni
- Avrupa Birliği Temel Şartı 11. Maddesi⁶ ile
- Avrupa Konseyi Sınır ötesi Televizyon Sözleşmesi⁷ ve Avrupa Birliği Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesinden⁸

oluşturmaktadır.

2. Türkiye Cumhuriyeti Devleti Ulusal Düzenlemeleri

a) 1982 Anayasası Düzenlemeleri 26. Madde Hükmü

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet **resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.**

b)133.Madde Hükmü

“Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir.”

c) 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuatı

15.02.2012 tarihinde kabul edilen 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun 03.03.2011 tarih ve 27863 sayılı

⁶ Metninde medya özgürlüğüne yer veren yegane düzenleme olan Avrupa Birliği Temel Şartı 11.maddesi “**Medyanın özgürlüğü ve çoğulculuğu gözetilir.**” şeklindedir.

⁷ **Avrupa Sınır ötesi Televizyon Sözleşmesi, görsel işitsel medya hukukunun uluslararası kaynakları arasında, bu alanı doğrudan düzenleme konusu yapan en önemli iki metinden ilkidir.**

⁸ **Medya hukukunun uluslararası kaynakları arasında, bu alanı doğrudan düzenleme konusu yapan en önemli iki metinden ikincisidir.**

Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.⁹ Ayrıca, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un yürürlüğe girdiği 2011 yılından itibaren çıkarılan yönetmelikler Radyo Televizyon Medya Hizmetleri Ulusal mevzuatını oluşturmaktadır.¹⁰

C. GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA HUKUKU TEMEL KAVRAMLARI

Türk pozitif hukukunun temel görsel - işitsel medya düzenlemesi olan 6112 sayılı Kanun’un dayanağını oluşturan Avrupa Birliği Görsel - İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi ile Avrupa Komisyonu’nun “Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi” bu konudaki temel **kavramların tanımlarını açık şekilde düzenlemektedir**.¹¹ Bu kavramlar uluslararası hukuktan kaynaklanan kavramlar olması ötesinde, yerel düzenlemelere de konu olabilmektedir. Görsel - işitsel medya alanında üye devletler ulusal düzenlemelerinin de benzer tanımlara yer verdiği temel kavramlar **görsel işitsel “görsel - işitsel medya hizmeti”, “program hizmeti”, “yayın hizmeti”, “yayıncı”, “medya hizmet sağlayıcı”** kavramlarıdır. Söz konusu kavramlar, yukarıda belirtildiği gibi uluslararası alanda genel kabul görmüş ve üye devletlerce de benimsenmiş tanımlardır. Bu nedenle, bu çalışmada tanımların özgün şekillerine yer verilmiştir.

1. Görsel - İşitsel Medya Hizmeti Kavramı

“Bir medya hizmet sağlayıcısının editoryal sorumluluğu altında olan ve temel amacı bilgilendirmek, eğlendirmek ve eğitmek üzere elektronik iletişim ağları yoluyla kamuya program sağlayan bir hizmet anlamına gelmektedir” [GİMHY madde-1 (a)].

2. Program Hizmeti Kavramı

“Belirli alanlarda belirli bir yayıncı tarafından sağlanan ve tek bir hizmet içindeki tüm unsurları ifade eder” [ASTTVS madde-2 (d)]. Bu program hizmeti nosyonu belli bir hizmet içindeki tüm unsurlarla (yani müstakil program unsurları, reklâmlar, tele-alışveriş, program fragmanları vb.) ilgilidir (Değiştirilmiş ASTTVS Açıklayıcı Raporu - alt paragraf d-92)

⁹ Ulusal görsel-işitsel medya hizmeti düzenlemelerini oluşturan 6112 sayılı kanun daha sonra 2012 tarihinde 6353 sayılı 2013’te 6462 sayılı 2014’te 6552 sayılı 2016 tarihinde 6745 sayılı kanunlarla önemli değişikliklere uğramıştır. Ancak 06.01.2017 tarihinden sonra çıkarılan 680,687 ve 690 sayılı olağanüstü hal kararnamele özellikle medya hizmet sağlayıcılar başlığı altında çok daha önemli değişiklik ve yenilikler getirmiş bulunmaktadır.

¹⁰ RTÜK 2016 Faaliyet Raporu, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı, sayfa 35.

¹¹ Ancak, 6112 sayılı Kanunun genel gerekçesinde belirtildiği üzere, uluslararası kavramlardan farklılık arz edecek şekilde "görsel-işitsel medya hizmeti" kavramı yerine Anayasal zorunluluk nedeniyle "yayın hizmetleri kavramı kullanılmıştır.

3. Yayın Hizmeti Kavramı ve İlgili Kavramlar

a) Yayın Hizmeti Kavramı

“Medya hizmet sağlayıcının editoryal sorumluluğu altında ve temel amacı kamuoyunu bilgilendirmek, eğlendirmek veya eğitmek üzere elektronik iletişim şebekeleri yoluyla program sunmak olan, bireysel iletişim hariç olmak üzere, televizyon yayın hizmeti, isteğe bağlı yayın hizmeti ve ticarî iletişim ile radyo yayın hizmetini ifade eder” [6112 sayılı Kanun madde-3 (1) ff].

b) İlgili Kavramlar

aa) Radyo Yayın Hizmeti Kavramı

“Karasal, kablo, uydu ve diğer yayın ortamları üzerinden yapılan ve bireysel iletişim hizmetlerini kapsamayan ses ve veri yayını ifade eder.” [6112 sayılı Kanun madde-3 (1) t].

bb) Televizyon Yayın Hizmeti Kavramı

“Programların bir yayın akışı çizelgesine dayalı olarak eş zamanlı izlenebilmesi amacıyla bir medya hizmet sağlayıcısı tarafından sunulan şifreli veya şifresiz görsel-işitsel yayın hizmetini ifade eder.” [6112 sayılı Kanun madde-3 (1) v].

4. Yayıncı Kavramı ve İlgili Kavramlar

a) Yayıncı Kavramı

Yayıncı kavramı, “Kamu tarafından izlenmesi için televizyon programı hizmetleri tertip eden ve ileten veya değişiklik yapılmadan ve tam olarak bir üçüncü tarafa iletilmesini sağlayan özel veya tüzel kişiyi ifade eder” [ASTTVS madde-2 (c)].

Yayıncı kavramı, “Televizyon yayınları medya hizmet sağlayıcısı anlamına gelir” [GİMHY madde-1 (f)].

Yayıncı kavramı, “Televizyon ve/veya radyo yayın hizmeti veren medya hizmet sağlayıcıyı ifade eder” [6112 sayılı Kanun madde-3 (1) ee].

b) İlgili Kavramlar

aa) Medya Hizmet Sağlayıcı Kavramı

“**Medya hizmet sağlayıcısı**” görsel-işitsel medya hizmetinin görsel-işitsel içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğa sahip ve hizmetin düzenleniş şekline karar veren gerçek veya tüzel kişi anlamına gelir. [6112 sayılı Kanun madde-3 (1) l].

bb) Editoryal Sorumluluk Kavramı

“Programların içeriği ve seçimi ile radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde bir yayın akış çizelgesi, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ise bir katalog içinde sunulmasına ilişkin ve düzenleme kontrol yetkisine sahip olmayı” ifade eder. [6112 sayılı Kanun madde-3 (1) f].¹²

5. Yayın Ortamı Ve İlgili Kavramlar

Yayın ortamı “karasal, uydu, kablo ve benzeri iletim ortamlarını” ifade eder. [6112 sayılı Kanun madde-3 (1) ıı].

Uydu ortamı “yayın hizmetlerinin uydu kapasitesi vasıtasıyla alıcılara iletiildiği ortamı,” ifade eder. [6112 sayılı Kanun madde-3 (1) bb].

Uydu yayını “yayın hizmetinin uydu ortamında şifreli veya şifresiz olarak alıcılara iletilmesiyle yapılan yayındır.” [Radyo Ve Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Yönetmeliği madde-4 (1) ö].¹³

6. Yayın Lisansı ve Yayın İletim Yetkisi Kavramları

Yayın lisansı: Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, bu Kanun ve bu Kanun’a dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer düzenlemelerde belirtilen şartları haiz oldukları takdirde kablo, uydu, karasal ve benzeri ortamlardan her türlü teknoloji ile yayın yapabilmeleri için her bir yayın türü, tekniği ve ortamına ilişkin olarak ayrı ayrı olmak üzere **Üst Kurulca verilen izin belgesini** ifade eder.

Yayın iletim yetkisi: Mültipleks, platform ve altyapı işletmecisi kuruluşlar ile verici tesis ve işletim şirketine radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini iletebilmeleri için **Üst Kurulca verilen yetkilendirme belgesini** ifade eder.

II. GÖRSEL-İŞİTSEL YAYIN HİZMETLERİNDE SINIR ÖTESİ YAYIN İLETİM ÖZGÜRLÜĞÜ, KAVRAMLARI VE DÜZENLEMELERİ

A. GÖRSEL İŞİTSEL MEDYA HİZMETLERİNİN SINIR ÖTESİ ÖZELLİĞİ VE UYDU YAYINCILIĞINDAKİ GELİŞMELER VE DÜZENLEMELERİ

Dünya’da 1960’lı yıllarda başlayan teknolojik ilerlemeler, **uydu iletişimideki** gelişmeler, haberleşme ve yayıncılıkta önemli değişimlere neden olmuştur. Çünkü iletişimin hızı artmakta, bilgi paylaşımı artmakta ve bunun sonunda ise

¹² GİMHY giriş - madde 25’te, “Editoryal sorumluluk kavramı medya hizmeti sağlayıcısı rolünün tanımlanması ve buna bağlı olarak görsel-ışitsel medya hizmetleri tanımı için zaruridir. Üye Devletler, editoryal sorumluluk tanımının, özellikle bu Yönergeyi uygulamak üzere önlemler alınırken “etkin denetim” teriminin boyutlarını belirleyebilirler.” hükmü yer almaktadır.

¹³ Resmi Gazete Tarihi: 15.06.2011 Resmi Gazete Sayısı: 27965

yeni teknolojiler ortaya çıkmaktadır. Artan iletişim trafiği gün geçtikçe daha fazla televizyon kanal kapasitesi kurulmasına, daha çok kanal ise rekabete neden olmaktadır. Bu rekabet sayesinde izleyici ve dinleyiciler için küçük çaplı çanak antenler aracılığıyla tüm uydu yayınlarını alma fırsatı ortaya çıkmaktadır.

Uydu yayınlarının yaygınlaşması, televizyon yayınlarının çeşitlenmesine de etkili olmuştur. Uydu anteni olan bir izleyici, yalnız kendi ülkesinde yapılan yayınları değil, yabancı ülkelerdeki yayınları da rahatlıkla izleyebilmektedir.

Uydu aracılığıyla yapılan TV yayınları görüntüsünün yayın alanının her yerinde güçlü ve temiz kullanılabilir olması en önemli üstünlüğü olarak ortaya çıkmaktadır. **Daha önemlisi yayın alanı kapsamı tüm ülke veya bir kıta hatta kıtalar olabilmektedir.** Uydu teknolojileri sayesinde yeryüzünde bir veya bir kaç noktadan gönderilen yayınlar istenilen yayın alanına yöneltilenmektedir.¹⁴

Bu nedenle teknik olarak uydu alışı antenlerinden başlamak üzere, altyapı, platform işletmecisi ve yayını sunan medya hizmet sağlayıcılar olmak üzere münhasıran bu alana ilişkin, uluslararası düzenlemelere ve işbirliğine ihtiyaç duyulmaktadır.¹⁵

Söz konusu uluslararası düzenlemeler, sınır ötesi yayınların iletimi ve serbest dolaşımı özgürlüğünü teminat altına alan hükümlerden oluşmaktadır. Bunlar;

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10. Maddesinde yer alan “Her birey ifade ve açıklama hakkına sahiptir. Bu hak yorum yapabilme özgürlüğünü **resmî makamların müdahalesi ve memleket sınırları söz konusu olmaksızın**, haber veya fikir almak veya vermek hürriyetini içerir. Hüküm,

Avrupa Konseyi Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesinin 1. maddesinde yer alan Amaç, taraflar arasında, televizyon program hizmetlerinin **sınır ötesi iletimi ve yeniden iletimini kolaylaştırmaktır**” hükmünü, 4. maddesi ise, “Taraflar, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi’nin; maddesine uygun olarak **ifade ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak**, yayın izleme özgürlüğünü garanti altına alacak ve bu Sözleşme hükümlerine uygun bulunan program hizmetlerinin kendi toprakları üzerinde **yeniden iletimini kısıtlamayacaktır.**” hüküm,

Değiştirilmiş Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi açıklayıcı raporu madde 3 uygulama alanı 113’te yer alan “Sözleşme, televizyon program

¹⁴ Kaynak: <https://www.msxlab.org/forum/iletisim-bilimleri/192025-uydu-yayinciligi.html>, erişim tarihi: 17.07.2017.

¹⁵ Örneğin; ülkemizde görsel işitsel medya hizmetlerini düzenlemek üzere çıkarılan 6112 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatı ile 5809 sayılı Haberleşme Kanunu ve ilgili mevzuatı ulusal düzenleme olarak görülmektedir.

hizmetlerinin engelsiz **sınırötesi dolaşımından yararlanmalarını sağlayacak** temel standartları ortaya koymayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla sözleşme kurallarının hakkında uygulanabildiği program hizmetleri **sınırötesi özelliği sahip olanlardır.**” hüküm ile,

Diğer taraftan Avrupa Birliği'nin GİMHY Giriş (36)'da yer alan “Kaynak Üye Devletin, bu Yönergeyle eşgüdümlü olarak yayınların ulusal mevzuatıyla uyum sağlayıp sağlayamadığını denetlemesi yükümlülüğü, Birlik hukuku çerçevesinde yayın alan Üye Devletlerde aynı temellere dayalı olarak ikincil bir denetleme yapılmaksızın **yayınların serbest dolaşımının sağlanması açısından yeterlidir.**” hükmü,

Giriş (43)'te yer alan “Bu Yönerge kapsamında, kaynak ülke ilkesinin uygulamasına rağmen, Üye Devletler yine de **televizyon yayınlarının serbest dolaşımını kısıtlayan önlemleri**, sadece bu Yönergede yer alan koşullar altında ve ortay konan usulü takip ederek alabilir.” hükmü ve

Avrupa Birliği Görsel - İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi madde-3(1)'de yer alan “Üye Devletler, yayın alım özgürlüğünü güvence altına alacaklar ve diğer üye devletlerden yapılan görsel-işitsel medya hizmetlerinin **kendi topraklarında yeniden iletimini** bu Yönerge ile düzenlenen alanlar içerisine giren sebeplerden ötürü **kısıtlamayacaktır.**” hükmü olarak sıralanabilir.¹⁶

Ancak, girişte de ifade edildiği üzere uygulamada, ulusal düzenlemelere ve yargısal içtihatlarla olan gereksinim bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, ülkemizin içinde bulunduğu bu alanda da olağanüstü hal döneminde kamu düzeninin yeniden tesisinde alınacak önlemlerde bu ihtiyaç daha çok hissedilmektedir.

B. SINIR ÖTESİ İLETİM VE YENİDEN İLETİM KAVRAMLARI VE FARKLI YÖNLERİ

İletim kavramı, televizyon program hizmetlerinin kamu tarafından alınması için, şifreli veya şifresiz olarak, yer verilecek vericileri, kablo veya hangi nitelikte olursa olsun uydu tarafından yapılan ilk yayını ifade eder. Bu tanım, kişisel isteğe bağlı olarak yapılan haberleşme hizmetlerini kapsamaz [ASTTVS madde-2 (a)].

¹⁶ Söz konusu Yeniden İletim Özgürlüğü Düzenlemelerinin bugünkü noktaya gelmesinin kolay olmadığı bilinmektedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde yeniden iletimin tüm ülke çapında düzenlemek ve sağlamak kolay olmamıştır. Özellikle 60 Milyon kablolu televizyon abonelinin olduğu ülkede yayıncıların yeniden iletime yanaşmamaları nedeniyle Kongre “Zorunlu Taşıma” (Must Carry) yükümlülüklerinin mecbur hale getirmek zorunda kalmıştır. IRIS Plus sayı 2011-4 RTÜK tercümesi, Uluslararası Dairesi Başkanlığı.

Yeniden iletim kavramı, “Kullanılan teknik araç ne olursa olsun yayıncılar tarafından kamunun izlemesi amacıyla iletilen televizyon program hizmetlerinin değışiklik yapılmamış şekliyle bütünü veya hizmetlerin önemli kısımlarının alınmasını ve aynı anda iletilmesi hususunu belirler” [ASTTVS madde-2 (b)].

Avrupa Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu yeniden iletim ile iletimin farkını şu şekilde açıklamaktadır: Bir yeniden iletimin üç temel ölçütü iletimle eşzamanlı olması, tam olması ve değışmemiş olmasıdır, yani müstakil program unsurlarını çıkartmamalı veya sesler ya da görüntüler ya da her ikisi asıl iletim üzerine eklenmemelidir. Üç ölçütün tümü yerine getirilmelidir; aksi takdirde yeni bir iletim söz konusudur¹⁷.

Yukarıda yer alan düzenlemelerdeki tanımlarda görüldüğü üzere, "iletim" ve "yeniden iletim" kavramları temel farklılıklar arz etmekte, bu nedenle farklı hukuki rejimlere tabi olmaktadır. Örneğin, ülkemizde 6112 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde yeniden iletim "(1) Yayın hizmetlerinin alımı ve yeniden iletimi serbesttir. Yeniden iletim, ancak Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin ilgili hükümleri çerçevesinde sınırlandırılabilir. (2) Bir medya hizmet sağlayıcı kuruluşun aynı yayın hizmetini uydu, kablo ve karasal gibi farklı ortamlardan değışiklik yapmaksızın eş zamanlı olarak iletmesi yeniden iletim olarak kabul edilmez." şeklinde düzenlenmiştir.

III. SINIR ÖTESİ YAYIN HİZMETLERİNDE ÜYE DEVLETLERİN YARGI YETKİSİ (EGEMENLİK YETKİSİ) VE BU ALANI BELİRLEYEN DÜZENLEMELER

Yargı yetkisi alanı kavramı resmi metin olarak ilk defa yukarıda bahsi geçen Avrupa Birliği Görsel İşıtsel Medya Hizmetleri Yönergesi'nde (GİMHY) kullanılmış ve aynı kavram Avrupa Konseyi'nin Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi'nde (ASTS) “Hukuki Yetki Alanı” şeklinde belirlenmiş bulunmaktadır. Adı geçen her iki düzenlemede de buna ilişkin önemli hükümler getirilmiş olmaktadır. Buradaki “**yargı yetkisi**” kavramı kimi uluslararası düzenlemelerde, “**hukuki yetki**”, “**kaza yetkisi**” olarak yer almış olsa da, asıl olarak üye devletin bağımsız devlet egemenliği(hükümranlığı) yetkisi anlamında kullanılmaktadır. Diğer bir anlatımla klasik devlet yetkisi olan yasama, yürütme yetkileri yanında yer alan ve bağımsız mahkemeler tarafından kullanılan yargı yetkisi (kaza yetkisi) değildir. Diğer taraftan, Avrupa Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi Fransızca metninde kullanılan “**jurisdiction**” ibaresinin “**competence**” ibaresi olarak değıştirildiği görülmektedir.¹⁸

¹⁷ Daha fazla bilgi için bkz. Değıştirilmiş Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu 86 - alt paragraf b.

¹⁸ Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi'ni Değıştiren Protokol, S.2.

Buna göre ASTS madde 3'te uygulama alanı başlıklı düzenlemede;

“Bu sözleşme hükümleri, kablo, yer vericisi veya uyduyla taraflardan birinin hukuki yetki alanındaki teknik araçlarla iletilen veya yeniden iletilen ve bir veya birden fazla taraf ülkede doğrudan ya da dolaylı olarak alınabilen herhangi bir program hizmetlerine uygulanacaktır.” hükmü yer alırken,

GİMHY madde 2'de genel hükümler başlıklı düzenlemede ise;

“1- Her üye devlet kendi yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcıları tarafından iletilen bütün görsel-işitsel medya hizmetlerinin, o üye devlette kamu için amaçlanan görsel-işitsel medya hizmetlerine uygulanabilir hukuk sisteminin esaslarına uymalarını sağlayacaktır.” hükmüne yer verilmektedir.

A. YARGI YETKİSİ (DEVLET HUKUKİ YETKİSİ) KAVRAMI

1. Devlet Kavramı

Uluslararası hukuk, ‘devlet kavramını’ açıkça tanımlayan resmî bir metinden yoksundur. Bununla birlikte, bazı belgeler, her ne kadar resmî niteliğe haiz olmasalar da, devlet tanımını içermekte ve uluslararası hukuk açısından bir referans kaynağı oluşturmaktadırlar. Bunlardan en önemlisi kısaca **Montevideo Sözleşmesi** olarak adlandırılan ve bu zamana kadar sadece iki devlet onayladığı için yürürlüğe girmeyen 1936 tarihli “Devletlerin Hakları ve Ödevlerine Dair Montevideo Sözleşmesi” madde 1’de yer alan, ortaya konulmuş dört kriterdir ki, bunlar şu şekilde sıralanabilir: “Sürekli bir nüfus”, “belirli bir ülke”, “hükümet (egemenlik)” ve “diğer devletlerle ilişkiye girebilme kapasitesi”dir.

Devlet terim olarak oldukça geçmiş bir alana tekabül etmektedir. Başta anayasa hukuku olmak üzere kamu hukuku, idare hukuku dallarının ilgi alanına girmektedir. Bu çerçevede, Devleti her bir hukuk alanı kendisine göre ve kendi kıstasları açısından ele alarak tanımlamaktadır. Hiç şüphe yok ki, “devlet” terimi uluslararası hukuk için de önemlidir. Bunun önemli bir sebebi vardır. Devlet uluslararası hukukun asli kişisidir. Dolayısı ile bir hukuk dalının temel subjesini / kişisini teşkil eden en azından o hukuk dalı tarafından bu çerçevede tanımlanması gerektiği düşünülmelidir.¹⁹

Bu anlamda doktrinde ise Georg Jellinek’in üç unsur teorisi diye bilinen teoriye göre yapılmış bir tanım öne çıkmaktadır. Bu teoriye göre devlet, insan, toprak ve egemenlik unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş bir varlık olarak tanımlanmaktadır.²⁰

¹⁹ Serkan Çınarlı ve Anıl Çamyamaç. “Minyatür Devletler ve İdarî Yapıları”. Terazi Hukuk Dergisi. Sayı: 121. Eylül 2016, s. 15.

²⁰ Jellinek, op. cit., c.I, s. 296, c.II, s.17-34 (ülke), 34-60 (millet), 61-70 (egemenlik) Aktaran;

Duguit'e göre ise, devlet ulusa ait iradenin kullanıcısı ve hükümet tarafından temsil edilen egemenliğe sahip ulusun somutlaşmış şeklidir.²¹

Ancak çağımızda devlet örgütlenmesi ve işlevlerinde çok önemli değişiklikler olduğu gözlenmektedir. Örneğin, devlet ekonomide işletmeci olmak yerine düzenleyici rolü üstlenmiş bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak devlet örgütlenmesinin klasik yapısında yer alan kurumlardan farklı yapılar (Bağımsız İdari Otoriteler) oluşturulması yoluna gidilmektedir.

2. Egemenlik Kavramı

Adı geçen unsurlardan '**egemenlik kavramı**' konumuzla ilgili olduğu kadarıyla üzerinde durma çalışmamızın kapsamı açısından yeterli olacaktır. Egemenlik kavramının modern çağ dikkate alınarak 16. yüzyıldan itibaren tanımlanmaya başlandığı görülmektedir. Bunlardan Bodin'in tanımına göre, "Egemenlik vatandaşlar ve şahıslar üzerinde hukuk tarafından sınırlanamayan en üstün emretme gücüdür."²²

Egemenlik iç ve dış egemenlik olarak iki alt başlıkta incelenmektedir. Dış egemenlik, devletin diğer devletlerle ilişkisinde sahip olduğu statüdür. Beklenen ve istenen ise, devletlerin birbirine eşit olmalarıdır. İç egemenlik ise, farklı anlamlarda karşımıza çıkmaktadır. Birinci olarak, üstünlük, sınırsızlık, mutlaklık, bölünemez ve devredilemezlik olarak sıralanan devlet iktidarının belirtme yoluyla yapılan tanımlamadır. İkinci tanımda ise, nitelik değil içerik vurgulanmakta; devlet iktidarının kendini gösterdiği "kanun yapmak", "savaş ve barış ilan etmek", "para basmak" ve "vergi toplamak" öne çıkmaktadır.²³

Türkiye Cumhuriyeti için egemenlik yetkisi Anayasa'ya göre münhasıran Millet'e aittir. Yasama yetkisini Millet adına TBMM, yürütme yetkisini Millet adına Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu ve yargı yetkisini Millet adına bağımsız mahkemeler kullanmaktadır.²⁴

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 216, S.133.

²¹ Hakyemez, Y. Ş. (2004). Mutlak Monarşilerde ve Günümüzde Egemenlik Kavramı. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 63.

²² Akgül, M. Emin, "Egemenlik, İdarenin Bütünlüğü ve Yargı Kararları Zemininde İdarî Vesayet Yetkisinin İçeriği". Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Temmuz 2016, s. 2.

²³ Heywood, Andrew. Siyasetin Temel Kavramları. Çeviren Hayrettin Özler, Ankara, 2007, s. 4-5.

²⁴ Klasik egemenlik anlayışının yanında, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin anayasalarında farklı egemenlik anlayışlarının olduğu görülmektedir. Buna göre, Avrupa Birliği'ne üye devletleri Birliğe entegre eden alanlarda ulusal yetkileri ortadan kalkmakta, özellikle ortak politika alanlarında devletlerin artık münhasır egemenlik yetkileri bulunmamaktadır. Daha fazla bilgi için bkz: Arsava, Füsün. "Egemenlik Haklarına Getirilen Sınırlamalar". G.Ü. İİBF Dergisi, 2/2001, 193-200.

Konumuzla ilgisi olması yönüyle devletin (idarenin) ruhsat (Lisans) vermeye yönelik işlemlerinin bir egemenlik tasarrufu olarak kalması gerektiği görüşü, son yıllardaki tahkim uygulamalarında sorgulanmasına rağmen doktrinde hakim olmaya devam etmektedir.²⁵

B. SINIR ÖTESİ YAYIN HİZMETLERİNDE ULUSLARARASI YARGI YETKİSİ DÜZENLEMELERİ

1. Avrupa Konseyi Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesinin Yargı Yetkisine İlişkin Hükümleri

a) Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesinin 5.Maddesi hükmü²⁶;

Madde – 5: İleten Akit Tarafların Görevleri

- 1. İleten her bir Akit Taraf kendi yargı yetkisi dahilindeki bir yayıncı tarafından iletilen tüm program hizmetlerinin bu Sözleşme şartlarına uygun olmasını temin edecektir.**
- 2. Bu Sözleşme bakımından, akit taraflardan birisinin yargı yetkisi dâhilindeki bir yayıncı:**

-Söz konusu Akit Taraf içinde 3.fıkraya göre kurulduğu kabul edilen yayıncıdır;

-Hakkında 4.fıkranın uygulanacağı yayıncıdır,

- 3. Bu Sözleşmenin amaçları için bir Akit Taraf'ta kurulduğu kabul edilen yayıncı, bundan böyle, aşağıdaki durumlarda, ileten Taraf olarak anılacaktır:**

Söz konusu durumlar 5. maddenin **3-a, b, c ve d** fıkralarında şu şekilde yer almaktadır.

- Yayıncının merkez bürosunun söz konusu Akit Taraf içinde bulunduğu ve program planları ile ilgili kararların söz konusu Akit Taraf içinde alındığı durumlarda;
- Eğer bir yayıncının merkezi bir Akit Taraf içinde fakat program planları ile ilgili kararlar başka bir taraf içinde alınıyorsa, televizyon yayıncılığı faaliyeti ile ilgili işgücünün önemli bir bölümünün çalıştığı Akit Tarafta kurulu olarak kabul edilecektir; eğer televizyon yayıncılığı faaliyeti ile ilgili işgücünün önemli bir bölümü söz konusu Akit Tarafta kurulu olarak kabul edilecektir; eğer televizyon yayıncılığı faaliyeti ile ilgili

²⁵ Çal, Sedat, Türk İdare Hukukunda Ruhsat, 2012, Ankara: Seçkin Yayınları, s.281-282.

²⁶ Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nin değiştiren protokolün 7. Maddesiyle; Sözleşmenin 5. Maddesinin yerini alacak yeni bir 5. Madde düzenlenmiş bulunmaktadır.

işgücünün önemli bir bölümü söz konusu Akit Tarafların hiçbirisinde çalışmıyor ise, yayıncı söz konusu Akit Tarafın ekonomisi ile sabit ve etkin bir bağlantıyı muhafaza etmek kaydıyla, yayıncılığa söz konusu Akit Tarafın hukuk sistemine uygun olarak ilk başladığı Akit Taraf içinde kurulu olarak kabul edilecektir.

- c) Eğer bir yayıncının merkezi bir tarafta ise fakat program planları ile ilgili kararlar bu Sözleşmeye Taraf olmayan bir Devlette alınıyor ise, veya tam tersi durum söz konusu ise, televizyon yayıncılığı faaliyeti ile ilgili işgücünün önemli bir bölümünün söz konusu Akit Tarafta çalışması kaydıyla, ilgili akit tarafta kurulu olarak kabul edilecektir;

4- Sözleşmenin 4. fıkrasında ise 3. fıkra kapsamı dışında kalan durumlar;

Akit Tarafça verilen frekans kullanıldığında, uydu kapasitesi kullanıldığında, Akit Tarafda yerleşik bulunan uydu bağlantısı kullanıldığında, ileten Akit Taraf olarak anılan bir Akit Tarafının yargı yetkisinde olduğu kabul edileceği, bu fıkraya göre de Akit Taraf belirlenemiyorsa Daimi Komitenin değerlendireceği” şeklinde hüküm altına alınmaktadır.²⁷

b. Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesinin Bilgi Sağlanması başlıklı 6’ncı maddesi hükmü;

1. Yayıncının sorumlulukları Taraflardan her birinin yetkili makamınca verilen yetki belgesinde veya bu makamla yapılan sözleşmede ya da herhangi bir diğer yasal yolla açıkça ve yeterli şekilde belirtilecektir.
2. Yayıncı ile ilgili bilgiler talep üzerine, ileten Tarafın yetkili makamınca sağlanacaktır. Bu bilgiler en az yayıncının adını ve unvanını, merkezini ve statüsünü, yasal temsilcisinin adını, sermaye yapısını ve yayıncının sağlamakta olduğu veya sağlamak istediği program hizmetinin özelliğini, amacını ve finansman biçimini içerecektir.²⁸

²⁷ Protokolün 7.Maddesi ile değişik Sözleşmenin 5.Maddesinin de içinde yer aldığı, 4936 Sayılı Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesini Değiştiren Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 22/07/2003 Tarih ve 25176 Sayılı R.G.’de yayınlanmıştır. Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesinin ilk halini ise Türkiye Cumhuriyeti 07.09.1992 tarihinde imzalanmış ve antlaşma 07.01.1993 tarihli ve 21571 sayılı R.G.’de yayınlanmış bulunmaktadır.

²⁸ “Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi” dışında Avrupa Konseyinin “Televizyon Yayınlarının Korunması Hakkında Avrupa Antlaşması Protokolüne Ek 3. Protokol”de Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa Konseyi Sözleşmelerinden birisidir. Ülkemizin taraf olduğu diğer sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız. Akıllıoğlu, Tekin. “İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku (Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü” <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm>. erişim tarihi: 08.08.2017.

2. Avrupa Birliği Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesinin Yargı Yetkisine İlişkin Hükümleri

Avrupa Birliği GİMHY'nin yargı yetkisine ilişkin hükümleri "Genel Hükümler" başlığı altında Madde 2'de aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

"Madde 2:

2. Bu Yönergenin amaçları kapsamında, bir Üye Devletin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcıları;

(a) Üye Devlette 3'ncü paragrafa uygun olarak yerleşik olanlar veya

(b) 4ncü paragrafın uygulanacağı sağlayıcılarıdır.

3. Bu Yönergenin amaçları kapsamında, bir medya hizmet sağlayıcısı aşağıdaki durumlarda bir Üye Devlette yerleşik kabul edilecektir" **denildikten sonra,**

Medya Hizmet Sağlayıcının merkez bürosu, editoryal kararların alındığı yer, iş gücünün önemli bir kısmının olduğu yer, Üye Devletin hukuk sistemine uygun olarak faaliyete başlanılan ülkede yerleşik kabul edilecektir. Hükümü,

4. paragrafta ise 3. deki hükümlerin uygulanamayacağı medya hizmet sağlayıcıları

"O, üye devlet içinde **konumlandırılmış uydu bağlantısını** kullanmalar halinde;

O, Üye Devlet içinde konumlandırılmış uydu bağlantısını kullanmamalarına rağmen, o Üye Devlete ait **uydu kapasitesini** kullanmaları halinde **Bir üye devletin yargı yetkisi altında kabul edilecektir."** hükümü yer almaktadır.²⁹

C. YARGI YETKİSİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN MEDYA HUKUKU İLKELERİ

Ülkemizin de içinde bulunduğu çağdaş Avrupa Medya Hukukunu oluşturan Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği düzenlemelerinde, **yapılacak olan herhangi bir düzenlemenin ancak Birlik / Topluluk bazında yapılması durumunda hedefe daha iyi ulaşacağı durumlarda Topluluk organları tarafından yapılması öngörülmektedir.** Aynı düzenlemelerde diğer durumlarda ise düzenlemenin üye devletlere bırakılması, eğer tasarruf üye devlet tarafından yapılacak ise bu durumda da mümkün olduğu ölçüde yönetimin alt kademeleri tarafından

²⁹ Adı geçen Yönerge ve Sözleşmenin yukarıda metni verdiğimiz yargı yetkisine ilişkin düzenlemeleri görüldüğu üzere benzer hükümleri taşımakta sadece her iki metinde 4. Fıkra da yer alan "Uydu bağlantısı, uydu kapasitesi kullanımı" ile ilgili öncelik ve sonralık düzenlemeleri yer almaktadır.

yapılacak icraat ile bu hedefe ulaşılması öngörülmektedir. Bu nedenle diğer konularda olduğu gibi, yargı yetkisinin belirlenmesinde de Birlik / Topluluk / Konsey organları tarafından yapılan düzenlemelerin önceliği (superiority ilkesi), diğer durumlarda ise üye devletlere bırakılması ilkesi (subsidiarity ilkesi) gözetilecektir. Söz konusu subsidiarity (yerellik ilkesi) ceza kanunundaki mülkîlik sistemini hatırlatmaktadır. Zira mülkîlik sistemi failin veya mağdurun vatandaşlığı dikkate alınmaksızın, ülkesinde suç işlenen devletin ceza kanununun uygulanmasına olanak sağlamaktadır³⁰.

Yukarıda yer alan yargı yetkisinin belirlenmesine ilişkin temel medya hukuku ilkeleri yanında tamamlayıcı olarak tek bir üye devletin yargı yetkisi ilkesi ile kaynak ülke (iletken taraf) ilkesinin³¹ de uluslararası düzenlemelerde yer aldığı görülmektedir. Bunlardan tek bir üye devlet ilkesi Avrupa Birliği Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi Giriş 35'de Yönergenin "Bir medya hizmet sağlayıcısı üzerinde sadece tek bir üye devletin yargı yetkisinin bulunduğuun belirlenmesi amacıyla" hazırlandığı vurgulanmaktadır.

IV. SINIRAŞAN RADYO TELEVİZYON YAYIN HİZMETLERİNDE TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİ YARGI YETKİSİ DÜZENLEMELERİ VE HUKUKİ REJİMİ

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Avrupa Konseyi üyeliği ve Avrupa Birliği aday ülkesi gereği uyumlaştırma çabaları sonucu yasalaşan ve 03.03.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6112 sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun" ile bir önceki bölümde metnini verdiğimiz "Avrupa Konseyi Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi" ve ek protokolü hükümleri; Türkiye Cumhuriyeti Devleti yargı yetkisi ulusal yasal çerçevesini oluşturmakta aynı zamanda yönetmelik veya idarî işleme esas teşkil edecek hükümler içermektedirler.

³⁰ Örneğin, Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurucu Statüsü, uygulamada Roma Statüsü olarak bilinen uluslararası düzenlemede; ceza normlarının yer yönünden uygulanması noktasında evrensellik, şahsîlik, ülkellik gibi soyut ilkeler mevcut bulunmaktadır. Toroslu, Nevzat. Ceza Hukuku Genel Kısımlar. Ankara 2008. s.70

³¹ Menşe (Kaynak Ülke) İlkesini ilişkin kurallar ilk defa ATAD (Avrupa Birliği Adalet Divanı)'nın kararlarında yer almıştır. ATAD bu kararlarında, yayın kuruluşlarının, kuruluşun merkezinin bulunduğu ülkenin kurallarına tabi olacağına, ancak kararların alındığı yer ile merkez ofisinin bulunduğu yer farklı ise, faaliyetlerinin büyük kısmını gerçekleştirdiği Üye Devlette kurulmuş sayılacağını hükme bağlamıştır. Commission-United Kingdom davası, C-222/94 (1996) ECR I-4025, Commission-Belgium davası, C-11/95 (1996) ECR I-4115. KUTAY, Pars; ÖZÇERİ, Aslı, a.g.e.s.32-33'den naklen

A. TÜRKİYE CUMHURİYETİNİN YARGI YETKİSİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. 6112 Sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun

6112 sayılı Kanun getirdiği görsel-işitsel medya hizmeti Hukuki Rejim ile Yargı Yetkisi altında ki Medya Hizmet Sağlayıcıları yayında Altyapı İşletmecileri ve Platform İşletmecilerinin kuruluş ve faaliyetlerini yeniden düzenlemiş bulunmaktadır. 6112 Sayılı Kanunun kapsamını belirleyen 2. Maddesi (1) fıkrasında Medya Hizmet Sağlayıcıların kimler (tüzel kişiler) olduğunu aşağıda ki şekilde düzenlemiş ve diğerlerini (Altyapı-Platform İşletmecileri) ise aynı Kanunun 29. Maddesinde açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

Buna göre;

a- Türkiye Cumhuriyeti Yargı Yetkisi altında ki Medya Hizmet Sağlayıcıları ile ilgili Hükümler

“MADDE 2- (1) Bu Kanun, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında, her türlü teknik, usul ve araçlarla ve her ne isim altında olursa olsun elektromanyetik dalgalar veya diğer yollarla yapılan radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleriyle ilgili hususları kapsar. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılar, ikinci fıkra gereğince **Türkiye’de yerleşik kabul edilenler ile** üçüncü fıkra **hükümlerine tabi olanlardır**³².

(2) **Bu Kanunun uygulanmasında;** “a) Medya hizmet sağlayıcı, şirket merkezinin Türkiye’de bulunması ve yayın hizmetlerine ilişkin editoryal kararların Türkiye sınırları içinde alınıyor olması durumunda Türkiye’de yerleşik kabul edilir. b) Medya hizmet sağlayıcının şirket merkezinin Türkiye’de bulunmasına rağmen, yayın hizmetlerine ilişkin editoryal kararların Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesine taraf başka bir ülkede alınması ya da yayın hizmetlerine ilişkin editoryal kararlar Türkiye’de alınmakla birlikte şirket merkezinin anılan Sözleşmeye taraf başka bir ülkede bulunması durumunda medya hizmet sağlayıcı, yayın hizmeti faaliyetini yürüten işgücünün önemli bir kısmının bulunduğu ülkede yerleşik kabul edilir.” Ancak,

³² 690 sayılı KHK’nın 58. Maddesi ile söz konusu 2. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine “üçüncü” ibaresinden sonra “ve dördüncü” ibaresi ile maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir. Buna göre Madde 2-(1) ikinci cümlesi “**Bu Kanunun, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılar, ikinci fıkra gereğince Türkiye’de yerleşik kabul edilenler ile üçüncü (Ek ibare: 17.04.2017 - 690 S.KHK/Madde 58) ve dördüncü fıkra hükümlerine tabi olanlardır.**” şeklinde yeniden düzenlenmiş olup bu değişiklik çalışmamızın ikinci kısmında ayrıca ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

1) Yayın hizmeti faaliyetini yürüten işgücü her iki ülkede de bulunmakla birlikte, hangi ülkede daha yoğun olarak çalışıldığının tespit edilemediği durumlarda medya hizmet sağlayıcı, şirket merkezinin bulunduğu ülkede yerleşik kabul edilir.

2) Yayın hizmetleri faaliyetini yürüten işgücünün önemli bir kısmının, her iki ülkede de yoğun olarak faaliyet göstermediği durumlarda medya hizmet sağlayıcı, faaliyetine Türkiye’de daha önce başlamış olması ve Türkiye ekonomisi ile istikrarlı ve etkili bir bağlantısının bulunması halinde Türkiye’de yerleşik kabul edilir. Bir medya hizmet sağlayıcının şirket merkezi Türkiye’de bulunmakla birlikte, yayın hizmeti faaliyetine ilişkin editoryal kararların Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesine taraf olamayan bir ülkede alınması ya da yayın hizmetlerine ilişkin editoryal kararlar Türkiye’de alınmakla birlikte şirket merkezinin anılan Sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir ülkede bulunması durumunda medya hizmet sağlayıcı, yayın hizmeti faaliyetini yürüten işgücünün önemli bir kısmının Türkiye’de bulunması halinde Türkiye’de yerleşik kabul edilir.

3) İkinci fıkra hükümlerinin uygulanamadığı durumlarda;

a) Türkiye sınırları içinde konuşlandırılmış uydu bağlantısını kullanan medya hizmet sağlayıcılar,

b) Türkiye sınırları içinde konuşlandırılmış uydu bağlantısını kullanmamalarına rağmen, Türkiye’ye ait uydular üzerinde kapasite kullanan medya hizmet sağlayıcılar, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında kabul edilir.” şeklindedir.

MADDE-6 (5): “Medya hizmet sağlayıcılar, yönetmelikle belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde künye, iletişim ve adres bilgileri ile kayıtlı elektronik posta adresini izleyici temsilcisinin adını ve iletişim bilgilerini Üst Kurula bildirmek ve internet sitelerinde yayınlamak zorundadır.” şeklindedir.

b- Türkiye Cumhuriyeti Yargı Yetkisi altında ki Alt Yapı İşletmecileri ve Platform İşletmecilerine ilişkin Hükümler

“MADDE-29: (1) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından elektronik haberleşme hizmetlerini sunmak üzere yetkilendirilen platform işletmecileri ve yayın hizmeti iletimi yapan altyapı işletmecileri; yayın hizmetleri yönünden bu Kanun hükümlerine tabidir.³³

(2) Platform ve yayın hizmeti iletimi yapan altyapı işletmecileri, iletimini yapacakları yayın hizmetlerini Üst Kurula bildirmek zorundadır.

³³ Maddede adı geçen Kanun 6112 sayılı Kanun olup, buna göre platform işletmecileri ve yayın hizmeti iletimi yapan altyapı işletmecileri 6112 sayılı Kanunun 2.maddesi kapsamında kuruluşlardır.

(3) Platform ve altyapı işletmecileri, Üst kuruldan yayın lisansı almayan veya yayın lisansı iptal edilen medya hizmet sağlayıcılar ile Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası andlaşmalar ve bu Kanun hükümlerine aykırı yayın yaptığı **Üst Kurul’ca tespit edilen bir başka ülkenin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerinin iletimi**, Üst Kurul kararının tebliğini müteakiben durdurur. Tebliğe rağmen yayın hizmetlerinin iletimini durdurmeyen işletmecinin yayın iletim yetkisi iptal edilir ve bu durum Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna bildirilir.” şeklindedir.

2. 6112 Sayılı Kanuna Göre Çıkarılmış İkincil Düzenlemeler

Diğer taraftan, medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ile platform ve alt yapı işletmecileri hakkında ikincil düzenleme olarak Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nca çıkartılan “Medya Hizmet Sağlayıcı Kuruluşlar ile Platform ve Alt Yapı İşletmecilerinin Uymaları Gereken İdari ve Mali Şartlar Hakkındaki Yönetmelik” düzenlemesi bu konudaki ana düzenlemeyi teşkil etmektedir.³⁴ Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılar tarafından sunulan yayın hizmetleri ile ilgili usul ve esasları kapsayan “**Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik**” ile uydu ortamından doğrudan kamuya yönelik yayın hizmeti vermek isteyen medya hizmet sağlayıcı kuruluşlarla, bu yayınların uydu ortamından iletimini sağlayan uydu platform ve uydu alt yapı işletmecilerini kapsayan “**Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Yönetmeliği**” bulunmaktadır. **Adı geçen Yönetmelik 12. ve 13. maddelerine göre, uydu platform işletmecileri ve altyapı işletmecileri**, yayın iletim yetkisi almakla, Yayın lisansı olmayan yayınlarını iletmemekle, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan aldığı belgeyi Üst Kurula ibraz etmekle, iletmekle, bir başka yerin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerinin iletimini, Üst Kurul kararının tebliğini müteakiben durdurmakla, yükümlüdür hükmü yer almakta, adı geçen Yönetmeliğin 13. maddesi ise “Uydu Altyapı İşletmecilerinin Yükümlülükleri” benzer şekilde düzenlemiş bulunmaktadır.³⁵

Diğer taraftan, bu konuda özel bir düzenleme olan “Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Yurt Dışı Kaynaklı Radyo ve Televizyon Yayınları Yönergesi”nde³⁶;

“Yurt dışı kaynaklı radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayınların Türkiye’ye yönelik olarak yayınlanmasına veya bu yayınların alınarak ve içeriğinde

³⁴ Radyo Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Yönetmeliği. RG 15/06/2011 tarih ve 27985 sayı.

³⁵ Radyo Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Yönetmeliği. RG 15/06/2011 tarih ve 27985 sayı.

³⁶ Adı geçen Yönerge, 6112 Sayılı Kanununun 2, 29 ve 37 nci maddeleri Uydu Yayın Yönetmeliği 12 ve 13 üncü maddesi ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulununun 1/11/2011 tarih ve 2011/62 sayılı toplantısında alınan karara dayanılarak hazırlanmıştır. (<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/45583>)

değişiklikler yapılmak suretiyle Türkiye’den izlenebilecek şekilde yeniden yayınlanmasına ilişkin uygulama usul ve esaslarını belirlemektir.” amaç olarak yer almaktadır. Yönergenin kapsamında ise, “6112 sayılı Kanunun 2’nci maddesi 2’nci ve 3’üncü fıkralarının kademeli uygulanması sonucunda; Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisine tabu kabul edilecek medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ” kalmaktadır.

B) SINIRAŞAN YAYIN HİZMETLERİNDE TÜRKİYE CUMHURİYETİ YARGI YETKİSİ HUKUKİ REJİMİ

1-Türkiye Cumhuriyeti Yargı Yetkisi Hukuki Rejimi

Türkiye Cumhuriyeti Yargı yetkisinin Hukuki Rejiminde 6112 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatı yanında bu Kanunun dayanağı olan AB ve Avrupa Konseyi’nin yargı yetkisine ilişkin hükümleri önemli rol oynamaktadır.

6112 sayılı Kanunun yargı yetkisini düzenleyen 2. maddesi (ilk hali) ile ilgili mevzuatının hükümleri göz önünde bulundurulduğunda Ulusal Kanun hükümleri ile diğer uluslararası metinler arasında tam bir benzerlik görülmektedir. Başka bir anlatımla Anayasa 90’nda geçen “ Aynı konuda farklı hükümler” içermediği söylenebilir³⁷.

6112 sayılı Kanunun; “Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılar, **kademeli olarak** anılan maddenin ikinci fıkrası gereğince **Türkiye’de yerleşik kabul edilenler ile üçüncü fıkra ve dördüncü fıkra hükümlerine tabi olanlardır**” şeklindeki 690 sayılı KHK’nın 58’inci maddesi ile **değişik 2’nci maddesi yargı yetkisinin çerçevesini oluşturmaktadır.**

Ayrıca 6112 sayılı Kanunun açıkça düzenlemediği ve uluslararası düzenleme hükümlerine bıraktığı **Avrupa Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesinin madde 19 ve 24** hükümleri de üye devlet olarak ülkemizin için de kanun hükmünde olduğu ve bu nedenle **Türkiye Cumhuriyeti Yargı Yetkisi Hukuki**

³⁷ 1982 Anayasası’nın 90. maddesine göre, “... usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” hükmü yer almaktadır. Nitekim 2’nci madde gerekçesinde bu husus açıkça “Madde ile Kanunun kapsamı belirlenmekte ve medya hizmet sağlayıcılar üzerinde Türkiye Cumhuriyeti yargı yetkisinin tespit edilmesine ilişkin hükümler düzenlenmektedir. Yapılan düzenlemede, Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ve AB Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesinde yer alan kaynak ülke kıstası esas alınmıştır.” şeklinde yer almaktadır.

Rejiminin bir parçasını oluşturduğu bir gerçektir.³⁸ Türk Hukuk Sistemi, uluslararası andlaşmaların iç hukukta uygulanması bakımından tekçi bir hukuk düzeni olduğundan AİHS devletin bütün organları açısından olduğu gibi mahkemeler önünde de doğrudan uygulanabilirlik özelliğine sahiptir.³⁹

Ancak sınır aşan radyo-televizyon hizmetleri hukuki rejimi yukarıdaki düzenlemeler yanında hiç şüphesiz doktrin ve yargı kararların da içinde olduğu daha geniş bir kavramı işaret etmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkememizin 6112 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali istemiyle açılan dava nedeniyle verilen red kararında belirtildiği üzere; “Yasada yer alan “olağanüstü durumlar”, “Milli Güvenliğin açıkça gerekli kıldığı haller”, “Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulmasının Kuvvetle Muhtemel Olduğu Durumlar” ibarelerinin içerik ve kapsamının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Söz konusu ibarelere doktrin, uygulama ve yargı kararları ile zaman içerisinde anlam kazandırılarak ibarelerin genel çerçevesi belirlenmiş ve içeriği somutlaştırılmıştır.” denilmektedir.⁴⁰

Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer alan gerekçesi gözetildiğinde, genelde 6112 sayılı Kanunun Hukuki Rejimi ve özelde bu Kanun içerisinde düzenlenen Türkiye Cumhuriyeti Yargı Yetkisi Hukuki Rejiminin oluşturulmasında ve anlaşılmasında ilgili mevzuat ve dayanak olan hükümler dışında İdarenin (RTÜK) uygulamaları ve buna ilişkin yargı kararları ile doktrininde önemli rol oynadığında kuşku bulunmamaktadır.

Bu itibarla sınıraşan televizyon yayınlarında Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisinde İdarenin işlevi ve yargısal denetimine burada yer vermek zorunlu görülmüştür.

³⁸ Sözleşmenin iletimin ihlali ve geçici durdurulmasına ilişkin yukarıda yer alan 19, 24 ve mükerrer 24’üncü maddelerinin de iç hukuk düzenlemeleri gibi Türkiye Cumhuriyeti idare ve yargı yerleri tarafından doğrudan uygulanması ve bu doğrultuda adı geçen maddelerde yer alan uzlaşma ve tahkim prosedürünün işletilmesi yükümlülüğü ve sonuçları öncelikle uluslararası hukukun konusu olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Çalışmamız idare hukuku açısından yargı yetkisini ve olağanüstü hal düzenlemelerinde oluşan hukukî rejimini ortaya koymak amacıyla olduğundan, şimdilik bu tespitlerle yetinmenin daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

³⁹ BATUM, Süheyl “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri”, İÜHF Yayını, İstanbul 1993, s.43.

⁴⁰ AYM. 21.06.2012 tarih 2011/44 Esas, 2012/99 Karar. 13.03.2013 tarih ve 28586 sayılı R.G.

2- Sınır Aşan Televizyon Yayınlarında Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Yargı Yetkisi Belirlenmesinde İdarenin İşlevi

Türk pozitif hukukunda, idarenin görsel işitsel medya hizmetleri ile ilgili olarak Kamu hizmetini yürütmek (Kamusal Yayıncılık), sektörü **düzenlemek ve denetlemek şeklinde iki temel görevinin bulunduğu kabul edilmektedir.**⁴¹

Kamu yayıncılığı çalışmamızın kapsamı dışında olduğundan tüm değerlendirme ve tespitlerimizi özel (ticari) yayıncılık alanında idarenin düzenleme ve denetleme görevine özgüleyeceğiz. Görsel-İşitsel Medya Hizmetlerinde görevli, bağımsız idarî otorite işlevini yerine getiren **Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK)'nun, Türkiye Cumhuriyeti Yargı Yetkisi'ne ilişkin görev ve yetkilerini bu başlık altında inceleyeceğiz.**

a. Radyo Televizyon Üst Kurulunun Düzenleme Yetkisi

RTÜK'ün düzenleme yetkisinin kaynağı öncelikle Anayasanın 124. maddesidir. Anayasanın 124.maddesine göre, *“Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.”* Buna göre, RTÜK de bir kamu tüzel kişisi olarak kendi görev alanıyla ilgili yönetmelikler çıkarabilecektir. Nitekim **6112 sayılı Kanunun 34.maddesinde, “Radyo Televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri sektörünü düzenlemek ve denetlemek amacıyla ... Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kurulmuştur.”** hükmü RTÜK'ün 6112 sayılı Kanun çerçevesinde genel bir düzenleme ve denetleme yetkisinin bulunduğunu doğrulamaktadır.

6112 sayılı Kanunun 37. Maddesi m)'de bu konu açıkça düzenlenmekte ve anılan maddede *“Görev alanına giren konularla ilgili ikincil düzenlemeleri yapmak.”* hükmü yer almaktadır.⁴²

RTÜK bu hükümler doğrultusunda Radyo Televizyon Üst Kurulunca yargı yetkisi ile ilgili olarak **Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Yönetmeliği** çıkarılmış bulunmaktadır.

⁴¹ YILMAZ, Halit. “İdarenin Görsel-İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi” Ankara 2005, Sayfa 181.

⁴² Anayasanın 124. Maddesinde; “Başbakanlık, Bakanlıklar ve **Kamu tüzel kişileri** kendi görev alanlarını ilgilendiren Kanun ve Tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla Yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi Yönetmeliklerin resmi gazetede yayımlanacağı Kanunda belirtilir.” hükmü yer almaktadır. DİPNOT:Üst Kurul üyelerinin TBMM’ce seçilmesi usulü, RTÜK ve diğer Üst Kurulları bu anlamda ayrı mütalaa etmeyi kılmaktadır.Zira RTÜK dışında diğer üst kurulların hiçbirinin seçiminde TBMM bulunmamaktadır. Bu yönde daha fazla bilgi için bkz. ULUSOY, Ali: Düzenleyici Kurulların Kamu Yönetimi İçindeki Yeri Konferansı Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Aylık Toplantıları, 07.08.2017

Radyo Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Yönetmeliği'nde ve 26.06.2015 Tarihli 29398 sayılı resmi gazetede yayınlanan yönetmelik değişikliği ile uydu altyapı işletmecileri ve platform işletmecilerinin yükümlülüklerini yeniden düzenlemiştir. Ayrıca 6112 sayılı Kanun Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun düzenleyici işlemlerini "Yönetmelik olarak nitelendirse de uygulamada RTÜK "duyuru", "genel duyuru", "tebliğ", "genel tebliğ", "yönerge" adları altında da düzenleyici işlemler yapmaktadır.⁴³

Nitekim, Üst Kurul 12.08.2015 Tarihinde 2015/35 Sayılı toplantıda aldığı 19 nolu karar gereğince 24.08.2015 Tarihinde RTÜK internet sayfasında da yargı yetkisi altında bulunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara ilişkin bilgi ve belgelerin sunumu ile ilgili "tebliğ" yayınlamıştır.⁴⁴

Buna ilaveten; Radyo ve Televizyon Üst Kurulunca 1.11.2011 tarih ve 2011/62 sayılı kararlarla Yurt Dışı Kaynaklı Radyo ve Televizyon Yayınları Yönergesi bulunmaktadır.⁴⁵

b. Radyo Televizyon Üst Kurulunun Denetleme Yetkisi

6112 sayılı Kanunun 34.maddesinde, "Radyo Televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri sektörünü düzenlemek ve denetlemek amacıyla ... Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kurulmuştur." hükmü RTÜK'ün 6112 sayılı Kanun çerçevesinde denetleme yetkisinin bulunduğunu doğrulamaktadır.

Ayrıca 6112 sayılı Kanunun 37.maddesinde RTÜK'ün denetleme yetkisi;

"e) Türkiye Cumhuriyeti topraklarında yerleşik medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerini, bu Kanun hükümlerine ve Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası andlaşmalara uygunluğu açısından izlemek ve denetlemek.

f) Türkiye Cumhuriyeti topraklarında yerleşik olmayan, ancak Türkiye Cumhuriyeti yargı yetkisi altında bulunan medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerinin bu Kanun hükümlerine ve Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu

⁴³ 24.08.2013 tarihli "Uydu Altyapı ve Platform İşletmecilerine Yönelik Duyuru" (www.rtuk.gov.tr) ile www.rtuk.gov.tr, www.rtuk.gov.tr, www.rtuk.gov.tr, www.rtuk.gov.tr, "Yurt Dışı Kaynaklı Radyo ve Televizyon Yayınları Yönergesi" örnek olarak gösterilebilir.

⁴⁴ 24.08.2013 tarihli "Uydu Altyapı ve Platform İşletmecilerine Yönelik Duyuru" (www.rtuk.gov.tr)

⁴⁵ **Bu yönergede MADDE 1-** "Yurt dışı kaynaklı radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayınların Türkiye'ye yönelik olarak yayınlanmasına veya bu yayınların alınarak ve içeriğinde değişiklikler yapılmak suretiyle Türkiye'den izlenebilecek şekilde yeniden yayınlanmasına ilişkin uygulama usul ve esaslarını belirlemektir."

MADDE 2- "Bu Yönerge, 6112 sayılı Kanunun 2'nci maddesi 2'nci ve 3'üncü fıkralarının kademeli uygulanması sonucunda; Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisine tabi kabul edilecek medya hizmet sağlayıcı kuruluşları kapsar." hükümleri yer almaktadır (www.rtuk.gov.tr)

uluslararası anlaşmalara uygunluğunu gözetmek, gerekli hâllerde diğer devletlerin yetkili kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği yapmak” şeklinde ifade edilmektedir.

Nitekim, yukarıdaki denetim yetkisi doğrultusunda Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun 12.08.2015 tarih ve 19 sayılı toplantısında; “Platform ve/veya altyapı işletmecisi kuruluşların yayın iletim faaliyetlerini denetlemesi kapsamında bu kuruluşlarca iletilen ve Ülkemiz dışında başka bir ülkeden lisanslı olduğu bildirilen kuruluşlarla ilgili olarak gerektiğinde bu yayınlara ilişkin sunulan bilgi ve belgelerin ilgili ülke nezdinde doğrulanması ve medya hizmet sağlayıcı(yayıncı) kuruluşlara Türkiye dışında yabancı bir ülke tarafından verilen lisansın ve lisans sahibi kuruluşların **Ülkemizin taraf olduğu Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesinde ve 6112 sayılı kanunda yer alan temel şartları taşıyıp taşımadığı ve bu yayıncıların hangi ülkenin yargı yetkisinde olduğunun tespiti ile ilgili işlemlerin İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığı ile Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığınca koordineli olarak yürütülmesine” karar verildiği** anlaşılmaktadır.

c. Radyo Televizyon Üst Kurulu’nun İdarî Yaptırım Yetkisi

6112 sayılı Kanunun idarî yaptırımlar düzenlemesinin yer aldığı 32. Maddesinin 8. Fıkrasında yer alan, “Bu Kanun hükümlerine göre idarî para cezasına veya idarî tedbire karar vermeye Üst Kurul yetkilidir” hükmü gereğince görsel-işitsel medya (yayın hizmeti) alanında idarî yaptırım uygulama yetkisi münhasıran RTÜK’e aittir denilmekte,

Yine 6112 sayılı Kanunun Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görev ve yetkilerinin düzenlendiği 37. Maddesinde ise;

“h) Medya hizmet sağlayıcılarının sunduğu yayın hizmetlerinde ve platform, multipleks, altyapı işletmecileri ile verici tesis ve işletim şirketinin sunduğu hizmetlerde bu Kanuna ve ilgili diğer mevzuata aykırılık tespit edilmesi veya yayın lisansı şartlarına uyulmaması halinde gerekli müeyyideleri uygulamak” Üst Kurul’un görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır.

Bu doğrultuda 6112 sayılı Kanun’un 32. maddesi idarî yaptırımları detaylı bir şekilde düzenlemekte, madde gerekçesinden anlaşılacağı gibi, yayın ilkelerine ve Kanunda belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara uygulanacak idarî yaptırımlar; program durdurma, yayın durdurma, idarî para cezası, arttırımlı idarî para cezası ve yayın lisansının iptali olarak belirlenmektedir.⁴⁶

⁴⁶ 32. madde gerekçesi için bakınız: <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0883.pdf>. Erişim tarihi: 08.08.2017

Diğer taraftan, 6112 sayılı Kanun'un getirdiği medya hizmetleri rejiminde, medya hizmet sağlayıcıları yanında, platform işletmecileri ve altyapı işletmecileri de düzenlenmekte ve adı geçen işletmeciler hakkında yaptırım uygulama imkânı getirilmektedir. Söz konusu yaptırımlar, **yayın iletiminin durdurulması, yayın iletim yetkisinin iptali** olarak düzenlenmiştir. Nitekim, 6112 sayılı Kanun'un 29/3. maddesinde; "Platform ve altyapı işletmecileri, Üst Kuruldan yayın lisansı almayan veya yayın lisansı iptal edilen medya hizmet sağlayıcılar ile Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar ve **bu Kanun hükümlerine aykırı yayın yaptığı Üst Kurulca tespit edilen bir başka ülkenin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerinin iletimini**, Üst Kurul kararının tebliğini müteakiben **durdurur**. Tebliğe rağmen yayın hizmetlerinin iletimini durdurmamayan işletmecinin **yayın iletim yetkisi iptal edilir** ve bu durum Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna bildirilir." hükmü yer almaktadır.

3. Yargı Yetkisine İlişkin Karar Ve Yaptırımların Yargısal Denetimi

İdarî yaptırımların yargısal denetiminde 6112 sayılı Kanun'un 32/9 maddesine göre, idarî yaptırım kararlarına karşı 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre yargı yoluna başvurulur. Ancak, idare mahkemesinde dava işlemin tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması kararın yerine getirilmesini durdurmaz.

Uygulamada Türkiye Cumhuriyeti yargı yetkisine ilişkin olarak RTÜK kararlarıyla oluşturulan idarî yaptırımlar ve buna ilişkin yargısal denetimi örneklerine sıkça rastlamaktayız. Bunlardan 6112 sayılı Kanunun 29/3 maddesiyle ilgili olarak İdari Yargı yerlerince verilen kararlardan seçilen örnekler aşağıya alınmıştır.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesinin 2017/12 - Esas, 2017/84 - Karar Sayılı ilamında;

"Davacı şirkete ait x logolu kanalın yayınının iletiminin durdurulmasına ilişkin Radyo Televizyon Üst Kurulunun 21/01/2016 tarihli ve 2016/5 sayılı toplantısında alınan 18 no'lu kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 4. İdare Mahkemesince, 6112 sayılı Kanun'un 2.maddesinde yer alan kademeli sistem gereğince, davacı şirketin merkezine İngiltere'de bulunduğu, editoryal kararların İngiltere'de kurulu şirket merkezinden alındığı, işgücünün İngiltere'de kurulu şirkette olduğu dikkate alınarak, Türk yargı yetkisi dahilinde bulunmayan davacı şirketin yayın ilkelerini ihlali halinde Avrupa Sınır ötesi Televizyon Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi kapsamında işlem yapılması gereken, 6112 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş ise de;

X TV platformu aracılığıyla Türksat uydusu üzerinden medya hizmet sağlayıcısı olan (televizyon yayını yapan) davacı şirket tarafından, Türkiye'ye ait uydular üzerinde kapasite kullanmaları nedeniyle 6112 sayılı Yasanın 2. Maddesinin 2. Fıkrasının 3 nolu bendi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisinin kapsamında bulunan medya hizmet sağlayıcıların yayınlarının iletiminin yapıldığı ve davacı şirketin bu faaliyette bulunabilmesi için anılan Yasanın 29.maddesiyle Medya Hizmet Sağlayıcı Kuruluşlar ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uydu yayın Yönetmeliğinin 12. Ve 13. Maddeleri uyarınca, iletiminin sağlanması istenen medya hizmet sağlayıcı kuruluş ile ilgili olarak davalı idare sunulmaksızın, bu Yasa kapsamında bulunan yayınların iletiminin durdurulmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davalı tarafından yapılan istinaf başvurusunun KABULÜ ile Ankara 4. İdare Mahkemesi'nce verilen 14/12/2016 tarih ve E:2016/1549, K:2016/4889 sayılı kararın kaldırılmasına 01/03/2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi." denilmektedir.

Aynı konuda ekte bir örneği sunulan Ankara 15.İdare Mahkemesinin 02/10/2013 tarihli ve 2013/542 E., 2013/1286 K. sayılı kararında;"Buna göre davacı yayın kuruluşunun merkezinin Almanya'da bulunmakta şirket ile ilgili kararlarda anılan ülkelerde alınmakta ise de davacı yayın kuruluşunun Türkiye'ye yönelik yayınlarını gerek Türkiye sınırları içinde konuşlandırılmış uydu bağlantısı kullanarak gerekse de Türkiye'ye ait uydular üzerinde kapasite kullanarak yayın yapan medya hizmet sağlayıcının yayın hizmetlerinde 6112 Sayılı Yasanın 2/3-b maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında olduğu, bu kapsamda davacıya 6112 Sayılı Yasanın 9/6-c maddesini ihlal eden yayını nedeniyle 29/3 maddesinin değil, 32/2 maddesinin uygulanmasının gerekliliği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle uyarıcıya iletimin durdurulması ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır." denilmektedir.Söz konusu yerel mahkeme kararının iptali istemiyle açılan davada ise Danıştay 13.Dairesi 05/06/2014 tarih ve 2013/3501 E., 2014/2324 K. Sayılı kararıyla " Mevzuat gereği uydu lisansı alarak yayın yapması gerekirken uydu lisansı bulunmadan TÜRKSAT 3/A uydusu üzerinden Türkiye'ye yönelik yayın yaptığı anlaşılan yayıncı kuruluşa 6112 sayılı Kanun'nun 29/3 maddesi gereğince uyarı işlemi yapılmasına ilişkin dava konusu RTÜK kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır." gerekçesiyle yerel mahkemenin kararının bozulmasına karar vermiştir.

V. OLAĞANÜSTÜ HAL İLANI VE YARGI YETKİSİ ALANINA İLİŞKİN OHAL DÜZENLEMELERİ

A. OLAĞANÜSTÜ HAL İLANI

Türkiye Cumhuriyeti, iç savaşlar içerisindeki son derece zor bir coğrafyada farklı ve tehlikeli terör tehditleriyle karşı karşıyayken bir askeri darbe girişimiyle karşılaşmış, milletin ve devletin büyük fedakârlığıyla tehdidi atlatmayı başarmıştır. Ancak bu saldırı sürecinin burada bitmeyeceği ve uzun vadeli mücadeleyi gerektirdiği görülmektedir. **Bu süreci atlatmak için başvurulacak hukuksal yöntemlerden birisi olan olağanüstü hal uygulaması ile en az hasarla yeniden kamu düzeninin sağlanması gerekmektedir.** Bu nedenle, 15 Temmuz 2016 günü iç ve dış güçler tarafından planlanan **askeri darbe teşebbüsünün**⁴⁷ başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından, 20 Temmuz 2016 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından 21 Temmuz 2016 günü saat 01.00'dan itibaren geçerli olmak üzere 90 gün süreyle **ülke genelinde olağanüstü hal (OHAL) ilan edilmiştir.**⁴⁸ Bu kararın ardından Bakanlar Kurulu tarafından OHAL'in 3 ay süre ile uzatılmasına karar verildiği ve bu karar **TBMM tarafından 11 Ekim 2016 tarihinde onaylandığı anlaşılmaktadır.** OHAL ilanı, 3 Ağustos 2017 tarihi itibarıyla, birbiri ardına yayımlanmış olan 667, 668, 669., 670., 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679 ile 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692 sayılı kanun hükmünde kararnameler izlemiştir.

Söz konusu OHAL kararnamelerin de düzenlenen konulardan önemli bir bölümünü radyo televizyon yayıncılığına ve medya hizmet sağlayıcılarına ilişkin hükümler ve önlemler oluşturmaktadır. Bilindiği gibi televizyon, kitle iletişim araçları içinde en fazla tartışmaya konu olan araçlardan biri olmuştur.

⁴⁷ Sürekli darbelere ve darbe teşebbüslerine maruz kalan ülkemizde güvenlik-özgürlük dengesinde, güvenlikten yana duruşlar göstermek zorunda kalmış ve bu konu hem resmi makamlarca ve hem de akademik çevrelerce çeşitli vesilelerle dile getirilmiş bulunmaktadır. Örneğin; 2001 yılında Anadolu'da yapılan Siyasi ve İdeolojik Açından Türkiye'nin Güvenliği isimli sempozyumda sunulan bildirimlerden birinde ki tespitler günümüz OHAL koşullarıyla örtüşmesi bakımından ilginç görülebilir. Nitekim söz konusu bildirimde "Türkiye, tarihi geçmiş ve jeopolitik konumu nedeniyle dünya güç odaklarının siyasal, kültürel ve sosyoekonomik çıkar çatışmalarının merkezinde bulunan en önemli ülkelerden biridir. Bütün bu sebeplerden dolayı, Türkiye sürekli iç ve dış tehditlere maruz kalmıştır. Böyle önemli bir noktada bulunan Türkiye'nin siyasi ve ekonomik olarak güçlü olması, dünyadaki mevcut dengelerin değişmesine sebep olacak bir özelliğe de sahip olduğu bilinen bir gerçektir. **Sürekli olarak iç ve dış tehditlerle uğraşan bir Türkiye,** Türkiye'den başka herkesin lehine olmuştur." ifadeleri bunu teyit etmektedir. Kocadaş Bekir "Kültür ve Medya", Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi ISSN:1303-5134, s.1.

⁴⁸ Aynı tarihlerde Fransa'da Kasım 2015'de ilan edilen olağanüstü halin 6 ay süreyle uzatılmasına karar verildiği bilinmektedir.

Bu tartışmaların çoğu, televizyonun olumsuz etkileri üzerine yapılan görüşler üzerine yoğunlaşmaktadır.⁴⁹

Çalışmamız ana konusunu teşkil eden radyo televizyon hizmetlerinde Türkiye Cumhuriyeti yargı yetkisine ilişkin OHAL düzenlemelerine girmeden önce, zorunlu olarak OHAL kavramı ve hukuki rejimi üzerinde durmakta yarar görmekteyiz.

B. OLAĞANÜSTÜ HÂL KAVRAMI VE HUKUKÎ REJİMİ

Olağan Üstü Hâl (durum) savaş ya da barış zamanlarında, Yürütme'nin ve Yasama'nın kararları ile yürürlüğe giren bir **olağanüstü dönem rejimidir**.⁵⁰

Olağanüstü hâl; belli sebeplerle ilan olunan geçici olarak temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulmasına veya vatandaşlar için para, mal çalışma yükümlülükleri getirilmesine imkân veren olağanüstü **yönetim usulleridir**.⁵¹

1982 Anayasası'nın aralarında bulunduğu birçok demokratik ülke anayasalarında "**Olağanüstü Yönetim Usulleri**", fevkalade hâl rejimleri veya "**Olağanüstü hâl Rejimleri**" adı altında normal hukuk düzeninden ayrı olarak birtakım yönetim usulleri kabul edilmiştir. Ancak bu gelişmenin Olağanüstü Yönetim Usullerinin hukuk dışı ve hukuk üstü bir yönetim şekli olduğu sonucuna götürmeyecek bir kabul tarzı olduğu unutulmamalıdır.

Buna rağmen hukuk düzeni tarafından kabul edilen **böyle bir rejimin mahiyetinin** ne olduğu konusunda doktrinde fikir birliği sağlanmış değildir⁵². Ancak temel hakların sınırlandırılması özelliği göz önünde bulundurularak "**olağanüstü yönetim usullerini, bazı hürriyetleri kısıcı veya kısıtlayıcı ve ortadan kaldırıcı tedbirlerin alındığı ve uygulandığı olağanüstü zamanlarda, bu zamanın devamı süresine bağlı olmak üzere, anayasa ile kabul edilen ve özel kanunlarla düzenlenen rejim**" olarak tanımlamak mümkündür⁵³.

⁴⁹ Fransa'da ilan edilen OHAL kapsamında alınan önlemlerin arasında ilk sıralarda yer alan "basın, radyo televizyonların kontrolünü sağlama amaçlı düzenlemeler" televizyonların kamu düzeni açısından ne denli önemli olduğunun bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Uzun Cem Duran " 15 Temmuz Darbe Girişimi Sonrası Olağanüstü Hal İlanı ve Sonuçları" SETA Perspektif Sayı: 118 Temmuz/2016 s. 3.

⁵⁰ GİRİTLİ-BİLGEN- AKGÜNER; a.g.e. s.764

⁵¹ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuk Dersleri, Bursa 2000, s. 810-828.

⁵² DARENDELİ, A. Vahap, "1982 Anayasası'na Göre OHÂL Kararnamelerinin Hukukî Rejimi", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1992, s. 1.

⁵³ KUBALI, H. N., Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasî Rejimler, İ.Ü.H.F. Yayını, No: 35, İstanbul, 1971, s. 188.

Hukuk düzenlerince öngörülen ve uluslararası hukukça da hukuki ve meşru bir yönetim türü kabul edilen OHAL rejiminde temel hak ve hürriyetleri alanında bir daralma olur. İdarenin yetkilerinde ve özellikle de takdir yetkisinde olağan dönemlere oranla önemli ölçüde bir genişleme görülür. Bir başka ifade ile söz konusu bu rejim, **hukuki bir rejim olarak anayasalarda ve uluslararası düzenlemelerde hüküm altına alınmıştır**. Adıgeçen uluslararası düzenlemelere konu belgeler arasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 15. Maddesi ön sırada bulunmaktadır. Söz konusu 15. madde'ye göre "Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

Bu hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3 ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez."(Madde 2 Yaşam Hakkını, Madde 3 İşkence Yasağını, Madde 4 Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağını, Madde 7 Kanunsuz Ceza Olmayacağını düzenlemektedir.yani tehlikenin ağıllığı ne olursa olsun ve bununla birlikte devletin askıya almanın kesin biçimde gerekli olduğuna dair gerekçesi ne kadar ikna edici olursa olsun bir devlet hiçbir koşulda Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 2,3,4 ve 7/1 maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini askıya alamaz⁵⁴.

1982 Anayasamızın 15'nci maddesi 1. fıkrası "**Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.**" hükmünü içermektedir. Ayrıca, 1982 Anayasasının 120.maddesi ise "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Millî Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir." şeklindedir.

Böyle bir rejimin uygulanmasında normal dönemde uygulanmayan ve temel hak ve hürriyetler için öngörülmüş anayasal düzenleme ve güvencelerin dışında önlemler, kısıtlamalar, ve hukukî düzenlemeler yürürlüğe girer

⁵⁴ Harris, D.J,-M.O'Boyle-E.P. bates, C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku,Oxford University Press,2009, Avrupa Konseyi, 2013 (Türçe 1.Baskı) s.660.

veya bu tür düzenlemelerde bulunmasına hukuk düzenlemeleri müsaade ederler.⁵⁵ Örneğin ülkemizde 2935 sayılı OHAL Kanunu'nda, OHAL süresince alınacak tedbirlere ilişkin kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca Kanun'daki bu önlemler yanında OHAL döneminde çıkarılacak Kanun Hükmünde Kararnameler ile de çeşitli tedbirler alınabilmektedir.

C. OLAĞANÜSTÜ HÂL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ VE KAPSAMI

1982 Anayasası 121. maddesinde, olağan dönemlerde çıkarılacak KHK'lerin dışında ikinci bir tür KHK daha öngörmüştür.⁵⁶ Bu tür kararnameler de birer KHK olmakla birlikte hukukî rejimleri olağan dönem KHK'lerinden oldukça farklıdır.

Olağan dönem KHK'lerinde, **KHK çıkarma yetkisi** Bakanlar Kuruluna aittir (m.91/1). Olağanüstü hâl KHK'lerinde ise, bu yetki, normal Bakanlar Kuruluna değil, "**Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na aittir** (m.121/3).

Olağan dönem KHK'leri için TBMM tarafında çıkarılacak bir yetki kanununa ihtiyaç vardır (m.91/1-2). Oysa olağanüstü hâl KHK'leri için böyle bir yetki kanununa gerek yoktur. Zira olağan KHK'lerin yetki kanununa dayanması zorunluluğunu getiren 91'nci madde, 5'nci fıkrasında açıkça bu zorunluluğu olağanüstü hâl KHK'leri için kaldırmaktadır.

Anayasamız, olağan dönemlerde KHK çıkarma yetkisini konu unsuru bakımından sınırlandırmıştır. Buna karşılık, **olağanüstü KHK'lerinde Anayasamızın öngördüğü bir konu sınırlaması yoktur.**

Dolayısıyla olağanüstü hâl KHK'leriyle temel haklar, kişi hakları, siyasî haklar ve ödevler de düzenlenebilir. Kaldı ki Anayasamızın 15'inci maddesi de, aynı doğrultu da, olağanüstü hâllerde "temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen durdurulabileceği" öngörülmektedir.

Bu nedenle, **olağanüstü hâl KHK'lerinde insan haklarını sınırlayan düzenlemeler ve bazı temel kanunlarda değişiklik yapan düzenlemeleri görmek mümkün gözükmemektedir.**

Ancak 1982 Anayasası'na göre olağanüstü yönetim usullerinden birisi olan sıkıyönetimde temel haklara ilişkin daha geniş sınırlamalar öngörülmektedir.

⁵⁵ ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2012, s.656.

⁵⁶ 1982 Anayasası 121. maddesi 3. fıkrası ; " Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmi Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, içtüzükte belirlenir."

Sıkıyönetim ilanı halinde alınacak tedbirlerde kolluk yetkilerini askeri makamlar, yargı yetkisini ise sıkıyönetim mahkemeleri görmektedir.

Bu durum göz önünde bulundurulduğunda kolluk yetkilerinin sivil otorite tarafından kullanılacağı, yargı yetkisinin tabi hakim ülkesine uygun olarak yargı yerlerince kullanılacağı OHAL döneminin kararnamelemleri ile yapılacak düzenlemelerin sıkıyönetim yöntemine göre daha demokratik olacağı söylenebilir⁵⁷.

D. OHAL KHK'LARININ YARGISAL DENETİMİ

1982 Anayasasının 148 inci maddesinde; olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine dava açılmayacağı belirtilmiştir. Bu madde uyarınca OHAL kapsamında çıkarılan KHKlar yargısal denetime kapatılmıştır. Nitekim Ana Muhalefet Partisi tarafından 668 ve 669 sayılı OHAL KHK'larına karşı açılan iptal davasında, Anayasa Mahkemesi 668 Sayılı KHK için Yetkisiz olduğuna **2016/166-167 E, 2016/159-160 K. Sayılı kararları ile başvuruyu reddetmiş ve bu kararlar 12.10.2016 tarih ve R.G.'nin 4.11.2016 – 29878 sayısında yayınlanmıştır.**

Ancak anayasanın 121 inci maddesi uyarınca yayınladıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisi onayına sunulmak zorunda olan KHK'ların yasalastıktan sonra Anayasa Mahkemesince yargısal denetiminin yapılması imkânı bulunmaktadır.

Doktrinde ve uygulamada OHAL tedbirleri üzerinde yargı organlarının denetimi rahat bir şekilde kabul edilememektedir. Çünkü bu dönemde alınan tedbirlerin içeriği genellikle siyasi karakterlidir. Bu nedenle bu işlemler üzerindeki yargısal yerindelik denetimi yapılması anlamına gelmektedir.⁵⁸

Ayrıca KHK düzenlemeleriyle alınan tedbirlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince yargısal denetimi gerçekleştirilmektedir. Avrupa İnsan hakları mahkemesine

⁵⁷ İnsan hakları komiserinin 7 Ekim 2016 tarihli memorandumuna ilişkin Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığının görüşünde. "Nitekim 21 Temmuz 2016 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere ilan edilen OHAL kapsamında çıkarılan KHK ile alınan tedbirler durumun kesin olarak gerektirdiği ölçüde (Anayasa 15/1) ve idarî makamların karşı karşıya kaldığı mevcut krizle orantılı olarak alınmaktadır. Bu amaçla çıkarılan KHK'ların kapsamı kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale edilmemesi amacıyla sadece terör örgütleriyle sınırlandırılmaktadır". tespiti yapılmaktadır.Bknz. www.inhak.adalet.gov.tr/duyurular/faaliyet/duyurular/2016/Kasim/duyuru2/memorandumTR%2031.10.20163%2019%2000 (ihk) erişim tarihi 22/08/2017.

⁵⁸ KUZU, Burhan, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1993, s.371-376.

göre alınacak tedbirlerin olağanüstü halin kesin olarak gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Mahkeme, bu noktada bir denetim hakkının olduğunu ve devletlerin eylemlerini özenli bir şekilde gerekçelendirmek gereğini ortaya koymakta; ancak bu alanda da devletlerin takdir hakkı olduğunu kabul etmektedir.⁵⁹

Ayrıca OHAL KHK'ları tarafından getirilen idarî usule istinaden kamu kurumlar tarafından tesis edilen işlemlere karşı ise yargı yolu açık bulunmaktadır. Olağanüstü hal makamlarının kararlarına karşı iptal davası açılabileceği gibi bu kararlardan doğan zararların tazmini için " tam yargı davası" açmak da mümkündür.⁶⁰ Ancak OHAL tedbirlerinin esasa dair unsurlarının yargısal denetiminde Danıştay'ın zaman zaman sınırlı bir denetimi tercih ettiği görülmektedir.⁶¹

VI. YARGI YETKİSİ ALANINA İLİŞKİN 690 SAYILI OHAL KHK DÜZENLEMESİ VE HUKUKİ REJİMİ

A. 690 SAYILI OHAL KHK'nın 58. ve 59. MADDELERİ

Madde 58 – 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanununun 2'nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine "üçüncü" ibaresinden sonra "ve dördüncü" ibaresi ile maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Madde 2 – (1) Bu Kanun, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yargı yetkisi altında, her türlü teknik, usul ve araçlarla ve her ne isim altında olursa olsun elektromanyetik dalgalar veya diğer yollarla yapılan radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleriyle ilgili hususları kapsar. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılar, ikinci fıkra gereğince Türkiye'de yerleşik kabul edilenler ile üçüncü (Ek ibare: 17.04.2017 – 690 S.KHK/Madde 58) ve dördüncü fıkra hükümlerine tabi olanlardır.⁶²

⁵⁹ Branning ve McBride V Birleşik Krallık davası A 258-B (1993) 17 EHRR Para 43 PC.

⁶⁰ Ayrıca olağanüstü hallerde yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğine dair kanun hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından 1991 yılında iptal edilmiştir. Bu nedenle olağanüstü halde idarenin işlem, eylem ve kararları üzerindeki yargısal denetimin tam olduğunun ve hukuk devleti açısından bir sakınca taşımadığı iddia edilmektedir. UZUN, Cem Duran, Adı geçen makale sf:4

⁶¹ TEKİNSOY, Özge Okay "İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı", XII Levha Yayınları, 2011, s. 259.

⁶² **MADDE 58 (Gerekçe)** : Madde ile, yurtdışından Türkiye'ye ait uydular üzerinden Türkçe olarak yayın yapan veya yayın dili Türkçe olmamakla birlikte Türkiye'ye yönelik ticari iletişim yayınlarına yer veren ve bu suretle Üst Kurulun düzenleme ve denetimlerinden kaçınan, idarî ve mali yükümlülüklerini yerine getirmeyen söz konusu kuruluşların da Türkiye Cumhuriyeti yargı yetkisinde bulunduğu ve Üst Kuruldan lisans almaları gerektiği hususu açıkça düzenlenmektedir.

Bitkisel gıda takviyeleri ve benzeri destekleyici ürünler, cinsel içerikli ürün satışı, sohbet, arkadaşlık ve eş bulma hatları ve hizmetleri, telefon numaraları verilmek suretiyle izleyici

(4) (Ek fıkra: 17.04.2017 – 690 S.KHK/Madde 58) Türkiye’ye ait uydular üzerinden Türkçe olarak Türkiye’ye yönelik yayın yapan veya yayın dili Türkçe olmamakla birlikte Türkiye’ye yönelik ticari iletişim yayınlarına yer veren yayın kuruluşları, bu maddenin diğer fıkralarına bakılmaksızın Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında kabul edilir. Bu kuruluşların da Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altındaki kuruluşlar gibi Üst Kuruldan yayın lisansı alması zorunludur.

MADDE 59 : 6112 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “ künye bilgilerini, iletişim adresini” ibaresi “künye, iletişim ve adres bilgileri ile kayıtlı elektronik posta adresini” şeklinde değiştirilmiştir.⁶³

B. 690 SAYILI KHK’NIN 58.MADDESİNİN AMAÇ VE KAPSAMI

690 Sayılı OHAL KHK’sının 58. maddesinin çıkarılış amacı KHK’nın gerekçesinde “Düzenleme ile yurtdışından Türkiye’ye ait uydular üzerinden Türkiye’ye yönelik olarak Türkçe olarak yayın yapan veya yayın dili Türkçe olmamakla birlikte Türkiye’ye yönelik ticari iletişim yayınlarına yer veren ve bu suretle Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun düzenleme ve yayın denetimlerinden kaçınan, idarî ve mali yükümlülüklerini yerine getirmeyen kuruluşların da Türkiye Cumhuriyeti yargı yetkisinde bulunduğu ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’ndan lisans almaları gerektiği hususu açıkça düzenlenmiştir.” şeklinde açıklanmaktadır.

Ayrıca aynı gerekçede KHK’nın kapsamı “Türkiye’ye yönelik bitkisel gıda takviyeleri ve benzeri destekleyici ürünler, cinsel içerikli ürün satışı, sohbet, arkadaşlık ve eş bulma hatları ve hizmetleri, telefon numaraları verilmek suretiyle izleyici ve dinleyicileri yanıltıcı, ara kazan, bul kazan ve benzeri türden yarışma, çekiliş, lotarya ve benzeri adlar altında ödül ve ikramiye taahhüdünü içeren yayınların büyük bir kısmı Radyo ve Televizyon Üst Kurulundan yayın lisansı alınmaksızın yurtdışından ve Türkiye’ye ait uydular üzerinden yapılmaktadır.” şeklinde ifade edilmektedir.

Böylece 690 sayılı OHAL KHK’sının 58.maddesi düzenlemesi ile yurtdışından

ve dinleyicileri yanıltıcı, ara kazan, bul kazan ve benzeri türden yarışma, çekiliş, lotarya ve benzeri adlar altında ödül ve ikramiye taahhüdünü içeren yayınların büyük bir kısmı Üst Kurul’dan lisans alınmaksızın yurtdışından ve Türkiye’ye ait uydular üzerinden yapılmaktadır. Bu yayınların çoğunluğunun yayın dili Türkçe olup, ticari iletişim yayınlarının hedef kitlesi de Türkiye’de bulunmaktadır. Düzenlemeyle bu bağlamda yaşanan sorunların çözülmesi amaçlanmaktadır.

⁶³ **MADDE 59 (Gerekeç):** Madde ile, 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun 7/a maddesi ile anonim şirketlere elektronik yolla tebligatın zorunlu hale getirilmesinden hareketle, anonim şirket olarak kurulan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara uygulanan idarî yaptırım kararlarının daha etkin ve hızlı bir şekilde tebliğ edilebilmesi ve Tebligat Kanunu ve ilgili mevzuata uygunluğunun sağlanabilmesi için medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara kayıtlı elektronik posta adresini bildirim zorunluluğu getirilmektedir.

Türkiye'ye yönelik olarak yaygın şekilde ve içerik ihlali oluşturacak şekilde yapılan yayınların önlenmesi ve buna ilişkin sorunların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Söz konusu sorunlar 6112 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yaşanmaya başlamakla birlikte özellikle Türk uydularının kapasitesinin artmasından sonra yoğun şekilde yaşanmaya başlamış ve haklarında yaptırım uygulanamaması nedeniyle yoğunlaşarak OHAL düzenlemesinin yayınlandığı 29.04.2017 tarihine kadar gelmiş bulunmaktadır. Bu itibarla söz konusu sorunların neler olduğunun kısaca tespitinde yarar görmekteyiz.

C. KHK ÖNCESİ YAŞANAN SORUNLAR VE DÜZENLEME ZORLUKLARI

1. Sorunlar

Uydu ortamından yayıncılık uydu üzerinden geniş bir coğrafyayı kapsayarak kaliteli bir şekilde pek çok yayının aynı anda izleyicilere iletebilmesi, uyduyu diğer yayın iletim ortamları arasında daha avantajlı kılmaktadır. Örneğin ülkemizde izleyicilerin yüzde yetmişinden fazlasının yayınlarını uydu ortamından izlediği bilinmektedir. Söz konusu yayınların öncelikle TÜRKSAT uyduları vasıtasıyla uydu ortamından yapılan yayınlar ile Türkiye dışında yabancı bir ülkeden alınmış lisansa dayalı olarak yeniden iletim yoluyla yapılan yayınlardır.⁶⁴ Ayrıca bu yayınlara ilaveten herhangi bir ülkeden Türkiye'ye yönelik olarak RTÜK'ten veya muadil Üst Kurullardan **lisans almadan, izinsiz** olarak yapılan ve sorun teşkil eden yayınlar olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁵ Söz konusu yayınlarla ilgili sorunların medya hizmet sağlayıcılar, altyapı ve platform işletmecilerinden kaynaklandığı gibi idareden ve mevzuattan da kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

a) Medya Hizmet Sağlayıcılarına İlişkin Sorunlar⁶⁶

Uydu medya hizmet sağlayıcıları Türkiye'de kurulmuş anonim şirket yapısı altında Türk uyduları kullanarak yayın yapmaktadırlar. Bu yayıncılar yanında

⁶⁴ Söz konusu yeniden iletim yoluyla yapılan ve bir ihlal teşkil etmeyen yayınlara örnek olarak RTÜK'ün 18.03.2014 tarihli Toplantı Tutanağında yer verilen, BBC ENTERTAINMENT, BBC WORLD NEWS, BLOOMBERG, CNBC, CNN INTERNATIONAL, DEUTSCHE WELLE, EUROSPORT, AL JAZEERA INTERNATIONAL VE AL SUNNAH kanalları listelenmiştir.

⁶⁵ Radyo Televizyon Üst Kurulu'nun 2015/35 Sayılı Toplantısına sunulan İzin ve Tahsisler Daire Başkanlığı'nın 10.08.2015 tarihli 10574 Sayılı raporu.

⁶⁶ 2016 yılı tarihi itibarıyla ülkemizde uydu-TV (UTV) lisanslı 376 adet **medya hizmet sağlayıcı**, uydu-radyo (URD) lisanslı 97 adet **medya hizmet sağlayıcı** bulunmaktadır. Yine 2016 yılı itibarıyla karasal ortamdan lisans başvurusu olan 16 adet ulusal televizyon hizmet sağlayıcısı, 10 adet bölgesel televizyon hizmet sağlayıcısı, 152 adet **medya hizmet sağlayıcısı**, 30 adet ulusal, 79 adet bölgesel ve 793 adet yerel radyo hizmet sağlayıcısı sahibi kuruluş bulunmaktadır. Yine 2016 yılı itibarıyla kablolu TV lisanslı 154 adet kablolu **medya hizmet sağlayıcı**, kablolu radyo lisanslı 7 adet **medya hizmet sağlayıcı** bulunmaktadır (RTÜK Faaliyet Raporu, Stratejik Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2017, s. 28.)

Türkiye sınırları dışında başka bir ülkede kurulmuş Türkiye dışında başka bir ülkeden lisanslı medya hizmet sağlayıcıları Türk uydu kapasitesi kullanarak Türkiye'ye yönelik yayınlar yaptığı RTÜK kayıtlarından anlaşılmaktadır. Bu yayınlardan sorumlu medya hizmet sağlayıcılarından bir kısmının yurt dışından aldıkları bir yayın lisansı ile Türkiye'de bir yayın yaptıkları gibi aynı yayın lisansı ile birden fazla yayın yaptıkları, aynı yayın teknolojisi ile aynı anda birden fazla iletim yaptıkları, aynı parametrede yayın yapan medya hizmet sağlayıcının sürekli logo değişikliği yaparak Türk yargı yetkisi altında kayıt altına alınmaktan kurtulmayı amaçladıkları anlaşılmaktadır.⁶⁷

b) Uydu Altyapı İşletmecileri ve Uydu Platform İşletmecilerine İlişkin Sorunlar⁶⁸

aa. Altyapı ve/veya Platform İşletmecisi Kuruluşlarının Bilgi ve Belgeleri Üst Kurula Sunamamaları

Üst Kurulun 12/08/2015 tarihinde 2015/35 sayılı toplantısında aldığı 19 nolu karar gereğince 24.08.2015 tarihinde RTÜK internet sayfasında da (www.rtuk.gov.tr) yayımlanan platform ve/veya altyapı işletmecisi kuruluşlara Uydu Yayın Yönetmeliği değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihte gerekli bilgilerin Üst Kurula bildirilme zorunluluğu bulunmasına rağmen uydu ve altyapı işletmecilerinden bir kısmı Üst Kurula herhangi bir bildirimde bulunmadığı veya istenilen bilgi ve belgeleri temin edebilmeleri için altı aydan az olmamak üzere süre talebinde buldukları anlaşılmaktadır. Ancak bu süre sonunda dahi istenilen bilgileri aşağıdaki itirazları gerekçe göstererek üst kurula verememişlerdir. İlgili işletmeciler istenilen bilgi ve belgelerin verilmesinin ticari faaliyetlerine zarar verebileceği gibi bir takım itirazlarla bulunmaktadır.

bb. Üst Kuruldan Lisans Almayan Yayıncı Kuruluşların İletiminin Durdurulmamasına İlişkin Sorunlar

Türk yargı yetkisinde olup uydu yayın lisansı almadan yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ve bu yayınları ileten platform ve altyapı işletmecileri hakkında, 6112 Sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü doğrultusunda idarece (RTÜK) işlem yapılmasına rağmen, altyapı işletmecileri veya platform işletmecilerinin ilgili yayınları durdurmadıkları ve iletmeye

⁶⁷ Radyo ve Televizyon Üst Kurulu 2016 Faaliyet Raporu 2016(1 Ocak 31 Aralık) 2017, s. 55

⁶⁸ 2016 yılı itibari ile uydu ortamından iletim yetkisi verilen alt yapı ve platform işletmecileri şunlardır: TÜRKSAT Uydu Hab. ve Kablo TV İşl. A.Ş., TTNET A.Ş., Dijital Platform Teknoloji Hizmetleri A.Ş., Doğan TV Dijital Platform İşl. A.Ş., Doğan Uydu Hab. İz. ve Tel. Tic. A.Ş., Platform Türk Dijital Platform Hizm. A.Ş. ve Planet TV ve Uydu Platform İşl. A.Ş., RTÜK Faaliyet Raporu, 2016, s. 31.

devam ettikleri RTÜK kararlarından anlaşılmaktadır.⁶⁹

Söz konusu RTÜK kararını müteakip değişik tarihlerde birçok Üst Kurul kararı, yönetmelik değişikliği ve Üst Kurul'un yukarıda yer alan düzenleyici işlemlerine rağmen ilgili altyapı ve platform işletmecilerinin büyük bir çoğunluğunun, **“RTÜK uydu yayın lisansı olmadan iletilen TV yayınlarını”** herhangi bir yaptırıma konu olmadan, fiilen Olağanüstü Hal Kararnameleri düzenlenmelerinin yapıldığı tarihe kadar devam ettirdikleri bilinmektedir.

c) İdareden kaynaklanan sorunlar

Yukarıda belirtildiği gibi, platform ve/veya alt yapı işletmecisi kuruluşların Türksat uyduları vasıtasıyla yayınlarını ilettikleri yabancı ülkeden lisanslı medya hizmet sağlayıcı/yayıncı kuruluşlar ile bu kuruluşların yaptığı yayınlar ve izinsiz olarak yapılan yayınlarla ilgili yapılan işlemlere ilişkin bilgi ve belgeleri Üst Kurula sunamamalarıdır. Bunun sonucu olarak İdare (RTÜK) söz konusu yayınlara neden olan işletmeciler ve medya sahipleri ile ilgili veri tabanını oluşturmamışlardır.

Diğer taraftan, 6112 Sayılı Kanunda açıkça düzenlenmeyen ancak Avrupa Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesinin Yargı Yetkisinin ihlali veya suistimali hallerinde uygulanacak olan ve ulusal mevzuatın bir parçası gereğince iç hukukta doğrudan uygulanması gereken 19 ve 24.Maddelerinin İdarece (RTÜK'çe) işletilemediği anlaşılmaktadır. RTÜK'ün Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına yönelik aldığı kararlar doğrultusunda görevlendirilen Uluslararası İlişkiler Daire Başkanlığı'nca yapılan yazışmalardan somut bir sonuç alınamadığı anlaşılmaktadır.⁷⁰ Zira yazışmalardan anlaşıldığı kadarıyla Türkiye tarafından listeye alınmış bazı hizmet sağlayıcıların ofcom tarafından bilinmediği, lisans hukuki rejimlerinin farklılık arz ettiği (Bir şirketin sahip olacağı lisans sayısına ilişkin sınır bulunmaması ve ilave lisans imkanı getirilmesi gibi) iki üye devlet arasında işbirliği ile çözümlenmesinin her bir ihlal için uzun bir zaman gerektirdiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca söz konusu yazışmalardan; ihlallerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda “sistemik ihlal” eşliğinin aşıldığı, ihlallerin ağırlığı ve ihlal sayısının çokluğu göz önünde bulundurulduğunda ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin diğer üye devletler arasında paralel eşit bir ilişki yoluyla Yargı

⁶⁹ Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 09.12.2014 tarih, 3 no'lu kararı (2014/62 Toplantı No.)

⁷⁰ RTÜK'ün 28.10.2015 Tarih ve 2015/14 Sayılı toplantısında aldığı 164, 165, 166 Sayılı Kararları Birleşik Krallık muadil (ofcom) Kurulu ile yazışma yapılmasına ilişkin olup bu doğrultuda Uluslararası İlişkiler Daire Başkanlığı'nca 24 Ağustos 2015 Tarihinde Ofcom başkanına hitaben yazılan mektuba 2 Ekim 2015 Tarihli cevabi mektup gönderildiği ilgili daire başkanlığının 13 Ekim 2015 Tarihli ve 15976 Sayılı iç yazışmalarından anlaşılmaktadır.

Yetkisine ilişkin haklarının yerine getirilmesinin işbirliği ile sağlanamayacağı da sonucuna varılabilir. Bu durumda AHİM kararlarında belirtildiği gibi “açıkça hakkın yerine getirilmemesi durumlarında devletler arasında işbirliği yapılmamasının haklı gerekçe olarak kabul edildiği” bilinmektedir.⁷¹ Ancak yukarıda çeşitli vesilelerle vurguladığımız gibi bu hususun değerlendirilmesi ayrı bir çalışmayı gerektirmekte ve Uluslararası Hukuku ilgilendiren bir konu olması nedeniyle burada kısaca değinilmekle yetinilmiştir.

2. Düzenleme Zorlukları

Çalışmamızın hemen başında vurgulandığı üzere, medyanın kendine özgülüğü ve çok yönlü karakteri tek bir hukukî çerçeveye bünyesinde düzenlenmesini zorlaştırmaktadır. Söz konusu düzenleme zorluklarının başında sınır aşan yayın hizmetlerindeki yargı yetkisine ilişkin kuralları belirlemek geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim, GİMHY giriş madde 35 yargı yetkisine ilişkin kıstasları belirlemenin “zahmetli” bir süreci gerektirdiği açıkça vurgulanmaktadır. Avrupa Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi’ni değiştiren ek protokolün çıkarılmasının amacının da yargı yetkisine ilişkin 5’inci maddeyi yeniden düzenlemek ve 24’üncü maddeye mükerrer madde eklemek zorunluluğu olarak gösterilmektedir.

Uluslararası metinlerde zahmetli ve uzun süreçlerden geçerek hazırlanan ve düzenleme boşluğu bırakılmamaya çalışılmasına rağmen oluşturulan metinlerin içtihatlarla ihtiyacı olduğu ve üye ülkelerin kendi daha katı kuralları getirebileceği kabul edilmektedir. Bu cümleden olmak üzere 6112 sayılı Kanun’un Sözleşme ve Yönerge ile uyumlu 2’nci maddesinin özellikle kademeli sisteme ilişkin hükümlerinin yeterli olmadığı uygulamadan anlaşılmaktadır.

Bu nedenle RTÜK’çe yönetmelik ve yönerge değişikliği ile söz konusu maddenin işletilmeye çalışıldığı, bütün bunlara rağmen “yargı yetkisinin belirlenmesi” zorluklarının aşılamadığı RTÜK kararları ve buna ilişkin Hukuk Müşavirliği’nin on iki sayfalık mütalaalarından anlaşılmaktadır.

D) YAŞANAN SORUNLAR SONUCU BOZULAN KAMU DÜZENİ

Türk pozitif hukukunda sık kullanılan ve kendisine önemli sonuçlar atfedilen **kamu düzeni** içeriği tam olarak belirlenmemiş bir kavram olarak karsımıza çıkmaktadır. Farklı yazarların bu konudaki tanımları göz önünde bulundurularak kamu düzeninin; kamu güvenliği, kamu esenliği (huzuru) ve kamu sağlığı olmak üzere 3 temel bileşenden oluştuğu ileri sürülmüştür. Ancak küreselleşmeyle birlikte kamu düzeni kavramında da önemli değişiklikler olmuş, bu alanda

⁷¹ AHİM’nin 6.12.2007 tarihli Maumousseau and Washington v. France, davası için bkz.: cmiskp.echr.coe.int

ekonomik kamu düzeni ortaya çıkmış bulunmaktadır. Ekonomi alanında meydana gelen gelişmelerin çok hızlı olması ve bunun sonucunda piyasalara yapılacak devlet müdahalesinin de ivedilik getirmesi karşısında, ekonomik kolluk faaliyetlerinde bulunan kurumlara yeterli yetkilerin sağlanması önem kazanmıştır. **Bağımsız idarî otoritelerin** yetkileri, kuruluş kanunlarında gösterilen çok sayıda ve farklı nitelikte olmasına rağmen, düzenleme, inceleme ve denetleme (araştırma ve gözetleme), görüş bildirme, yaptırım uygulama ve uyuşmazlık çözme olarak sınıflandırılabilir. Anayasa ile devlete verilen ekonomik kamu düzenini sağlamak ve korumak üzere piyasalara müdahale etme görevini yerine getirirken söz konusu yetkileri kullanan bağımsız idarî otoriteler, ekonomik kolluk faaliyeti gerçekleştirmektedirler.⁷²

İfade özgürlüğü Türk İdare Hukukunda kamu düzeni tedbirlerinin konusunu oluşturan alanlardan birisi olarak kabul edilmektedir.⁷³ RTÜK İfade özgürlüğünün bir disiplini olan Görsel işitsel medya alanında kolluk faaliyeti gerçekleştirmekle görevli bağımsız idarî otoritedir. Bu anlamda ifade özgürlüğü alanının korunması ve sürdürülmesi ve ihlallerin önlenmesi RTÜK'ün önemli bir görevidir. Zira, lisans almadan yayın yapan medya hizmet sağlayıcıların haksız rekabet oluşturmak suretiyle ekonomik kamu düzenini bozdukları bu nedenle gerekli önlemlerin alınması ve Üst Kurula rapor edilmesi gerektiği Radyo Televizyon Üst Kurulunun 23 Ekim 2014 – 11 Kasım 2014 tarihli Toplantı Tutanaklarından anlaşılmaktadır. Buna göre Medya Hizmet Sağlayıcılarının, Reklam gelirlerinden RTÜK payı vermeyerek ülkemiz açısından önemli bir gelir kaybına sebep olmakta, Tele-Alışveriş lisansı olmamasına rağmen tam gün tele-alışveriş yayını yaparak tematik bir kanal gibi hizmet vermekte, Ulusal ve Uluslararası gerek yayıncılık gerekse vergi mevzuatına uygun yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar açısından haksız rekabet ortamı yaratmaktadırlar. Ayrıca söz konusu yayınların içerikleri itibariyle de ihlal teşkil etmeleri (sohbet, arkadaşlık ve eş bulma ile reçetesiz sağlık ürünleri pazarlaması gibi) ve bu ihlallere yaptırım uygulanamaması, ihlallerin yoğunluğu, yaygınlığı ve güncelliği göz önüne alındığında, idare hukuku anlamında kamu düzenini bozucu nitelikteki faaliyetler sınırına ulaştığı anlaşılmaktadır.

Buna rağmen yayın iletim yetkisinin ihlali ve suistimali niteliğindeki bu faaliyetleri ortadan kaldıracak ve kamu düzenini yeniden tesis edecek olağan dönem tedbirlerini içeriri yasal düzenlemelerin OHAL ilan sürecine kadar yapılamadığı bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır.

⁷² Ekonomik Kamu Düzeni için bkz. Özkan Ahmet Fatih. “ Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”. Ankara Barosu Dergisi. Yıl 67. Sayı: 4. Güz 2009, s. 77.

⁷³ TEKİNSOY, Özge Okay, age., s. 306.

VII. OHAL KHK'SI DÜZENLEMESİ SONUCU OLUŞAN TÜRK YARGI YETKİSİ HUKUKİ REJİMİ

690 Sayılı KHK'nın 58'inci maddesi ile yapılan değişiklik sonucu oluşan Türk yargı yetkisi hukukî rejimine göre:

Türkiye'ye ait uydular üzerinden Türkçe olarak Türkiye'ye yönelik yayın yapan,

Veya yayın dili Türkçe olmamakla birlikte, Türkiye'ye yönelik ticarî iletişim yayınlarına yer veren medya hizmet sağlayıcıları,

6112 Sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin 2 ve 3.fıkralarında yer alan **kademeli sisteme bakılmaksızın** Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yargı yetkisi altında kabul edilecektir.

Yine bu hukukî rejime göre adı geçen medya hizmet sağlayıcıları Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yargı yetkisi altındaki kuruluşlar gibi yayın tekniği ve ortamına göre 6112 sayılı Kanun'un 27'nci maddesi gereğince lisans almak zorundadırlar.

İdareye lisans verme yetkisi verilmesinin temelindeki düşünce, İdare Hukuku'nda; özel (ticarî) faaliyetin kurallara uygunluğunu sağlamak ve işleyişinin doğurabileceği, çoğu zaman telafisi imkânsız zararların önüne geçmek olarak görülmektedir. Dolayısıyla genel olarak lisans rejiminin kamu düzeni açısından önleyici olmak gibi bir işlevi ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede yayın lisansının temel dengeleri kurma işlevinin bulunduğu ve yayın özgürlüğü ile kamu otoritesince sağlanması gereken kamu düzeni arasındaki dengeyi kuracağı doktrinde kabul edilmektedir.⁷⁴

Ancak, yayın lisansı rejiminin temel amacı yayıncılık alanındaki kamu düzenini korumak ve tesis etmek olmakla birlikte, özellikle olağanüstü hal dönemine ilişkin olarak alınacak tedbirlerde daha sıkı kurallara başvurulmasını gerektirdiği düşünülebilir. Buna rağmen, uluslararası hukukun ve Anayasa 15'in gereği olarak OHAL kararnamelemleri ile alınan tedbirlerde mutlak gereklilik ve orantılılık ilkelerine uyum zorunluluğu, doğal olarak 690 sayılı KHK 58. madde için de geçerlidir. Ayrıca, söz konusu tedbirlerin Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar ile milletler arası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla alınabileceğinde kuşku bulunmamaktadır.⁷⁵

⁷⁴ Yılmaz Halit, a.g.e., s. 262-263.

⁷⁵ Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi hükümleri ile Ulusal Kanun olan 6112 sayılı Kanun'un çatışması veya birlikte uygulanması hallerinde uygulanacak olan kuralın belirlenmesinin gündeme gelmesi doğal görülmelidir. Ancak bu husus iç hukukun bir disiplini olan idare hukukunun değil, uluslararası hukukun alanını teşkil ettiğinde kuşku bulunmamaktadır. Avrupa Sınır Tanımayan TV

Diğer taraftan, yargı yetkisi alanı belirlenirken, alınacak tedbirlerin sınır aşan medya hizmet sağlayıcıların faaliyetlerini ilgilendirmesi nedeniyle Ülkemiz medya sektörünün de rekabet edebilir, sürdürülebilir ve dinamik yapısının korunmasına ve geliştirilmesine engel olmayacak nitelikte hükümler içermesi hukuki rejim açısından son derece önemlidir.

Zira RTÜK'ün de içinde bulunduğu bağımsız idari otoritelerin düzenledikleri alanların dinamiği karşısında, yaşanan gelişmeler sürecini talep etmek durumundadırlar. Bu sayede Kamu düzeninin bozulmasını önleyebilecek müdahalelerde bulunabilecekleri gibi Kamu düzeninin bozulduğu dönemlerde de eski hale getirmek için önlemler alabileceklerdir.

Söz konusu tedbirlere ilişkin 690 Sayılı KHK'nın 58.madde hükümleri bu amaçla yayıncılık alanının düzenini yeniden tesis etmek ve korumak amaçlı önlem niteliğinde düzenlemeler olarak görülebilir. Bu önlemlerin alındığı KHK hükümlerinin Anayasa Yargısı Denetimi'nin kapalı olmasına rağmen yetkili ve görevli İdare Organı RTÜK'ce tesis edilen işlemlere (Lisans İşlemleri ve Buna İlişkin Yaptırımlara) karşı Yargısal Denetim (İptal ve Tam Yargı) yolunun açık olduğu bir yayıncılık hukuki rejiminin oluşturulduğunda kuşku bulunmamaktadır.

SONUÇ

Ülkemizde 20 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen OHAL döneminde alınacak tedbirlere ilişkin çok sayıda KHK çıkarılmış bulunmaktadır. Bu KHK'lerden Radyo Televizyon Hizmet Sağlayıcılarla ilgili hükümler taşıyan 680, 687 ve 690 Sayılı KHK'larda yayıncılık faaliyet alanına ilişkin idari yaptırımlar ile bazı medya hizmet sağlayıcılarının kapatılmasında olduğu gibi temel hakları sınırlayan veya durduran düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır.

680 ve 687 sayılı OHAL Kararnamelerinde, Kararname hükümleri açıkça ifade edilmese de medya hizmetlerinde karasal yayıncılığı konu alan idari yaptırımlar (yayın durdurma ve lisans iptali) gibi düzenlemeleri ile medya hizmet sağlayıcıları hakkındaki idari yaptırımların caydırıcılığını sağlayacak ve daha ağırlaştırılmış tedbirleri oluşturmaktadır.

690 sayılı KHK ise Sınıraşan özelliğe sahip Uydu Yayıncılığı yapan medya hizmet sağlayıcıları ile bu yayınları ileten altyapı ve platform işletmecileri

Sözleşmesi hükümleri ve 6112 sayılı Kanun ilişkisinin, normlar sıralamasında göz önünde bulundurulması zorunlu 23 Mayıs 1969 tarihinde Viyana'da imzalanan Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53'üncü maddede yer alan genel milletler arası hukukun buyruk kuralları açısından incelenmesi, ayrıca iç hukukta yer alan düzenlemelerin Sözleşme ile bağdaşmayacak kurallar olarak kabul edilip edilmeyeceği hususlar gibi uluslararası hukukun önemli konuları ayrı ve özgün bir çalışmanın konusunu teşkil etmektedir.

hakkında idari yaptırımlara işlevlik kazanmasının temelini oluşturacak yasal düzenlemeleri konu edinmektedir. Böylece söz konusu düzenlemeler yasa hükmündeki idari düzenlemeler (KHK'lar) ile gerçekleştirilerek, idare hukuku açısından Kanunilik (Belirlilik) ilkesinin işletilmesi sağlanmış olmaktadır.

Bu doğrultuda söz konusu KHK'nın 58.maddesi ile lisanssız yayıncılığa son verilerek Türkiye'ye yönelik yurtdışından yayın yapan kuruluşların KHK'da belirtilen şartlar dahilinde yayın lisansı alma zorunluluğu getirilmekte, böylece yayın hizmetlerinin bir düzen içerisinde yürütülmesi, Kamu Düzeni'nin yeniden tesisi amaçlanmaktadır.

Ancak söz konusu tedbirlerin alınmasını amaçlayan KHK'ların düzenlediği alanın iç hukuku ve dolayısıyla idare hukukunu ilgilendirmesi kadar sınıraşan yayınları düzenleme altına alması nedeniyle de uluslararası hukuku da yakından ilgilendirmektedir. Çalışmamızın çeşitli yerlerinde vurgulandığı üzere üyesi olduğumuz Avrupa Konseyi'nin Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi Hükümleri'nin 6112 sayılı Kanun karşısındaki durumu ve uygulanmasına ilişkin hususların ayrı ve özgün bir çalışmanın konusunu teşkil etmesi karşısında, çalışmamız idare hukuku prensipleri doğrultusunda sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Buna rağmen çalışmamızda İnsan Hakları Sözleşmesinin Olağanüstü Hal Rejimlerine ilişkin 15 ile Anayasamızın 15.maddesinde belirtilen ilkelere uyum zorunluluğunun 690 sayılı KHK'nın 58.maddesi için de geçerli olduğunu, söz konusu madde ile alınmak istenen tedbirlerin Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu antlaşmalar ile Milletlerarası Hukuk'tan doğan yükümlülükleri ihlal etmemek kaydıyla alınabileceğini vurgulamış bulunmaktayız.

Söz konusu sınırlamaların kişiler, medya hizmet sağlayıcıları ve sektör için güvence teşkil edip bu güvencenin kapsamı belirlenirken yalnızca normlar değil, bu normların yorumlandığı insan hakları koruma mekanizmalarının çeşitli şekillerde ortaya koyduğu değerlendirmelerinin de dikkate alınmasının bir zorunluluk olarak görmekteyiz. Zira olağanüstü durumlarda alınan tedbirlerin dahi normlar yoluyla (KHK'lar yoluyla) alınması yanında Fransız Hukukunda olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulduğu da bilinmektedir.

Bu nedenle Ulusal ve Uluslararası düzenlemelere konu olan Yargı Yetkisi konusunda getirilecek düzenlemelerin kalitesi yanında söz konusu düzenlemeleri uygulama durumunda olan idarenin işlemlerinin ve bu işlemlere karşı yargısal denetimde bulunacak yargı yerlerinin içtihatlarının ve doğal olarak doktrinin katkısının önemini unutmamak gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akgül, M. Emin, “Egemenlik, İdarenin Bütünlüğü ve Yargı Kararları Zemininde İdarî Vesayet Yetkisinin İçeriği”. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Temmuz 2016, s. 2.

Akgüner, Tayfun / İlal, Ersan / Öngören, Gürsel, Kitle İletişim Mevzuatı, Der Yayınları, İstanbul, 1995, s. 797-891.

Akıllıoğlu, Tekin. “İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku (Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü” <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm>. erişim tarihi: 08.08.2017.

Arsava, Füsün. “Egemenlik Haklarına Getirilen Sınırlamalar”. G.Ü. İİBF Dergisi, 2/2001, 193-200.

Atay, ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2012, s.656.

Avrupa Birliği, Avrupa Komisyonu Türkiye İlerleme Raporu, 2016, Fasıl: 10 “Bilgi Toplumu ve Medya”, Brüksel, 9.11.2016, s.48

Avrupa Birliğinin Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi 15.4.2010 TR L 95/1, Madde 2 ve 3 metni için Bkz. <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/74780,14/07/2017> tarihinde erişilmiştir.

Avrupa Konseyi Değiştirilmiş Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi ve Açıklayıcı Raporu, Strazbourg, 11 Eylül 1998, S. 107,108. Bilgi için Bkz. www.cocukvakfi.org.tr

Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi’ni Değiştiren Protokol, S.2.

Batum, Süheyl “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri”, İÜHF Yayını, İstanbul 1993, s.43.

Commission-United Kingdom davası, C-222/94 (1996) ECR I-4025, Commission-Belgium davası, C-11/95 (1996) ECR I-4115. KUTAY, Pars; ÖZÇERİ, Aslı, a.g.e.s.32-33’den naklen

Çal, Sedat, “Ekonomik Düzenleme (Regülasyon), Özelleştirme, İdare Hukuku ve Uluslararası tahkim Matrisinde Değerlendireler, Sosyo Ekonomi Dergisi, Sy. 2, 2010, s. 66-85.

Çal, Sedat, Türk İdare Hukukunda Ruhsat, 2012, Ankara: Seçkin Yayınları, s.281-282.

Darendeli, A. Vahap, “1982 Anayasası’na Göre OHÂL Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1992, s. 1.

Değiştirilmiş Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu 86 - alt paragraf b.

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuk Dersleri, Bursa 2000, s. 810-828.

Hakyemez, Y. Ş. (2004). Mutlak Monarşilerde ve Günümüzde Egemenlik Kavramı. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 63.

Harris, D,J,-M.O'Boyle-E.P. bates, C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, OxfordUniversity Press,2009, Avrupa Konseyi, 2013 (Türçe 1.Baskı) s.660.

Heywood, Andrew. Siyasetin Temel Kavramları. Çeviren Hayrettin Özler, Ankara, 2007, s. 4-5.

IRIS Plus 2011-5 Sayısı Gayriresmi Tercümesi, ABD'de Kablolulu Televizyonda Yayın Programlarının Yeniden İletimi: Çıkarlar Çatıştığında, JONATHAND.Perl, Medai Center, New York Hukuk Okulu, NY

IRIS Plus sayı 2011-4 RTÜK tercümesi, Uluslararası Dairesi Başkanlığı.

Jellinek, op. cit., c.I, s. 296, c.II, s.17-34 (ülke), 34-60 (millet), 61-70 (egemenlik) Aktaran; Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 216, S.133.

Kocadaş Bekir "Kültür ve Medya", Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi ISSN:1303-5134, s.1.

Kubalı, H. N., Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasî Rejimler, İ.Ü.H.F. Yayını, No: 35, İstanbul, 1971, s. 188.

Kutay, Pars; Özçeri, Aslı; "Avrupa Birliği Medya Hukuku ve Uygulamaları" TVYD Yayınları No:2, İstanbul, 2006, s.15

Kuzu, Burhan, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1993, s.371-376.

Özkan Ahmet Fatih. " Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti". Ankara Barosu Dergisi. Yıl 67. Sayı: 4. Güz 2009, s. 77.

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu 2016 Faaliyet Raporu 2016(1 Ocak 31 Aralık) 2017, s. 55

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 09.12.2014 tarih, 3 no'lu kararı (2014/62 Toplantı No.)

RTÜK 2016 Faaliyet Raporu, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı, sayfa 35.

RTÜK Faaliyet Raporu, Stratejik Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2017, s. 28.)

Serkan Çınarlı ve Anıl Çamyamaç. "Minyatür Devletler ve İdarî Yapıları". Terazi Hukuk Dergisi. Sayı: 121. Eylül 2016, s. 15.

Şahin Kemal, "Kitle İletişim Hukuku Editöriyal ve Denetim Sorumluluğu" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 17, 2013, S.3 s.268

Tekinsoy, Özge Okay "İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı", XII Levha Yayınları, 2011, s. 259.

Tiryaki, R., "Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK" A.Ü.H.F.D., C.51, S.4, 2002, s.196-203.

Toroslu, Nevzat. Ceza Hukuku Genel Kısımlar. Ankara 2008. s.70

Ulusoy, Ali: Düzenleyici Kurulların Kamu Yönetimi İçindeki Yeri Konferansı Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Aylık Toplantıları, 07.08.2017

Uzun, Cem Duran " 15 Temmuz Darbe Girişimi Sonrası Olağanüstü Hal İlanı ve Sonuçları" SETA Perspektif Sayı: 118 Temmuz/2016 s. 3.

Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 02.11.2011 Tarih Ve 28103 Sayılı RG

Yılmaz ,Halit "İdarenin Görsel-İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi" Ankara, 2005, S.181, 262-263.

İnternet Kaynakları

www.inhak.adalet.gov.tr/duyurular/faaliyet/duyurular/2016/Kasim/duyuru2/memorandumTR%2031.10.20163%2019%200

www.rtuk.gov.tr, Mevzuat,Yönergeler

<http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/news/none-olaganustu-hal-ve-ilgili-belgeler/> Erişim Tarihi : 19.08.2017

<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0883.pdf>. Erişim tarihi: 08.08.2017

<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/45583>

<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/74780>, 14/07/2017 tarihinde erişilmiştir.

<https://www.msxlab.org/forum/iletisim-bilimleri/192025-uydu-yayinciligi.html>, erişim tarihi: 17.07.2017.

Yargı Kararları

AHİM'nin 6.12.2007 tarihli Maumousseau and Washington v. France, cmiskp. echr.coe.int, 13/09/2017 tarihinde erişilmiştir.

Ankara 9.İdare Mahkemesi'nin 2000/1747 E, 2001/379 K. sayılı kararı.

AYM. 21.06.2012 tarih 2011/44 Esas, 2012/99 Karar. 13.03.2013 tarih ve 28586 sayılı R.G.

Danıştay 13. Dairesi, 15.05.2001 tarih, 1999/5025 E., 2001/1804 K.

RTÜK'ün 28.10.2015 Tarih ve 2015/14 Sayılı toplantısında aldığı 164, 165, 166 Sayılı Kararları

ANONİM ŞİRKETLERİN SÖZLEŞMELİ AVUKAT BULUNDURMA ZORUNLULUĞU

The Legal Requirement of Joint Stock Companies to Hire an Attorney

Dr. Ahmet Fatih ÖZKAN¹

Geliş Tarihi: 24.07.2017

Kabul Tarihi: 01.11.2017

ÖZET

1136 sayılı Avukatlık Kanunu, esas sermayesi 250.000 TL veya üzeri olan anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu öngörmektedir. Bu yasal yükümlülüğü yerine getirmek üzere anonim şirketlerin, baroya kayıtlı bir avukat veya avukatlık bürosu ile yazılı ve kapsamı kanunen belirlenmiş sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi yapması gerekmektedir. Sözleşmeli avukat bulundurmayan anonim şirketlere, yükümlülüklerini yerine getirmedikleri her ay için Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürürlükteki brüt asgari ücretin iki katı oranında idari para cezası verilecektir. Her ne kadar barolar bu düzenlemenin, yargıdaki dava sayısı ve iş yükünü azaltma amacını taşıdığını savunsa da düzenleme; sözleşme özgürlüğünü ihlal ettiği, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, şirket bünyesinde bir avukat istihdam edilse bile serbest avukatlarla sözleşme yapılmasını zorunlu tuttuğu, yalnızca avukatların lehine olduğu, şirketlere gereksiz yere bir mali yük getirdiği ve ülke çapında eşit bir biçimde uygulanmadığı gerekçeleriyle eleştiriye açıktır. Bu makalede sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün kapsamı, nasıl yerine getirileceği, yerine getirilmemesi halinde doğacak yasal sonuçlar, kabul edilmesi ardındaki nedenler, yükümlülüğe yapılan itirazlar ve Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararı incelenmektedir. İlgili yasal mevzuatın gözden geçirilmesinin bir zorunluluk haline geldiği öne sürülen makalede, bu bağlamda birtakım önerilere de yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, Sermaye, Serbest avukat, Şirket avukatı, Sözleşme özgürlüğü, Zorunlu istihdam

ABSTRACT

Attorneyship Act no: 1136 requires joint stock companies with a capital of 250.000 Turkish Liras or above to hire an attorney. In order to fulfil this legal requirement, joint stock companies must sign a written attorney agreement with an attorney registered with a bar or a law office, the content of which is predefined by the law. Public prosecution office is authorised to issue a monetary fine of twice the amount of the current gross minimum wage to companies for each month of non-compliance. Although bar associations claim that this legal rule aims to decrease the number of cases and thus the caseload of the judiciary, it can be criticised for breaching freedom of contract, violating the principle of equality, requiring companies to hire a freelance attorney even though they already employ a full-time in-house counsel, rendering benefits only to attorneys, unnecessarily increasing the costs of companies and not being uniformly implemented across the country. This article analyses the content of this legal requirement, how to comply with it, the legal consequences in case of non-compliance, the reasons behind the adoption of this legal rule, the criticisms levelled against the requirement and the decision of the Constitutional Court on the matter. Arguing that this legal rule is in need of revision, the article makes certain policy recommendations in this respect.

Keywords: Joint-stock company, Capital, Freelance Attorney, In-house Counsel, Freedom of contract, Mandatory employment

¹ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi. PhD (University of Sussex/İngiltere), LL.M. (Ekonomi Hukuku, Bilkent Üniversitesi). Yazar, gönderdikleri kaynaklar ile bu makaleye katkıda bulunan Ar. Gör. Sinem Kızılkaya'ya ve Dr. Ekrem Solak'a teşekkür eder.

Giriş

Ticari hayatın merkezinde olan şirket türleri arasında kendisine en sık rastlananlardan biri şüphesiz anonim şirketlerdir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlendiği üzere anonim şirketler; kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve faaliyetleri gerçekleştirebilmeye uygun bir şirket türü olma (m.331), tek ortakla kurulabilme kolaylığı (m.338), ortaklar açısından ticari hayatın riskleri karşısında tüm malvarlığıyla sorumlu olmaksızın yalnızca sermaye payıyla ve şirkete karşı sınırlı sorumlu olabileme imkanı (m.329(2)), pay senedi çıkarma imkanı ve bu sayede şahıs şirketleriyle kıyaslandığında şirkete girişin de şirketten çıkışın da görece kolay oluşu (m.484 vd.), ortakların şahsi durumlarında meydana gelen değişikliklerden şirketin büyük ölçüde etkilenmeyip tüzel kişiliğini sürdürmesi (m.529 vd.) gibi pek çok avantajı bünyesinde barındırmaktadır.

Buna karşın, anonim şirket bünyesinde ticaret yapmak isteyen kişiler açısından pek çok yükümlülüğün olduğu da bir gerçektir. Yine TTK uyarınca anonim şirket esas sermayesinin en az 50.000 TL oluşu (m.332(1)), şirket kuruluş sürecindeki bürokrasi (m.335 vd.), bazı faaliyet alanları için Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alma gereği (m.333),² her faaliyet dönemi sonunda genel kurul yapılması (m.409), kuruluş sürecinde bakanlıktan izni alınan anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisi (hükümet komiseri) çağırma zorunluluğu (m.407(3)),³ şirket hesaplarının profesyonel olarak bağımsız (dış) denetime konu olması (m.397 vd.),⁴ esas sözleşme değişikliği, sermaye arttırımı ve azaltımı gibi birtakım işlemlerin tamamlanabilmesi açısından takip edilmesi gereken ayrıntılı kuralların varlığı (m.456 vd.), internet sitesi oluşturma yükümlülüğü (m.1524) gibi pek çok yükümlülük bulunmaktadır.

² Bkz. Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Miktarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ, Resmi Gazete (RG) tarih: 15.11.2012, no: 28468.

³ Bkz. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, RG tarih: 28.11.2012, no: 28481.

⁴ 6102 sayılı TTK ile getirilen yeniliklerden biri olmasına rağmen TTK daha yürürlüğe girmeden 6335 sayılı Kanun ve daha sonraki 6455 sayılı Kanun ile önemli değişikliklere maruz kalan ve bazı açılardan hala belli bir hukuki rejime kavuşamamış olan bağımsız (dış) denetim ile ilgili mevzuat için bkz. 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG tarih: 02.11.2011, no: 28103), Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı (RG tarih: 23.01.2013, no: 28537), Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine Dair Kararda Değişiklik Yapılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı (RG tarih: 01.02.2015 ve no: 29254).

Anonim şirketler için mevzuatta öngörülen yükümlülükler yalnızca TTK ile sınırlı değildir. Bir örnek vermek gerekirse, vergi mevzuatı açısından anonim şirketler, kurumlar vergisi mükellefi olup, ortaklara dağıtılabilecek kâr paylarından önce şirketin gelirlerinden kurumlar vergisi ödenecektir (5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m.1). Bu bağlamda anonim şirketler açısından TTK dışı mevzuatta öngörülen önemli bir yükümlülük de “sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu”dur. Buna göre sermayesi belli bir büyüklükte olan anonim şirketler, ister ihtiyaç duysun ister duymasın, hukuki iş ve davalarında kendilerine yardımcı olmak üzere bir sözleşmeli avukat ile çalışmak zorundadır. Ancak diğer yükümlülüklerin aksine, anonim şirketlere sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu getirilmesinin pek çok noktada tartışmaları da beraberinde getirdiği görülmektedir.

TTK dışı mevzuatta düzenlenen bir yükümlülük olması sonucu, anonim şirketlerde sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yasal dayanağını TTK değil, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (Avukatlık Kanunu) oluşturmaktadır. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, 1969 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe giren Avukatlık Kanunu’na ilk kez 2001 yılında 4667 sayılı Kanun⁵ ile yapılan bir yasa değişikliği sonrası eklenmiştir.⁶ Söz konusu yasa değişikliği sonrası Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesinin 3. fıkrasına göre:

“Kişiler kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara mahallin en büyük mülkî idare amiri tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin bir aylık brüt tutarı kadar para cezası verilir. Verilen para cezalarına dair kararlar ilgililere

⁵ 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG tarih: 10.05.2001, no: 24398.

⁶ Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesinin ilk hali şu şekildeydi: “Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda özel ve tüzel kişilere ait hakları dâva etmek ve savunmak, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, adli işlemleri ve resmî dairelerde çekişmeli ve çekişmesiz işleri takibetmek, yalnız baroda yazıu avukatlara, aittir. Dâva açmaya yeteneği olan herkes kendi dâvasını bizzat açabilir ve işini takibedebilir. Usul ve fûru ile nesep ve sebepten ikinci dereceye kadar (bu derece dâhil) civar baroları ve eşler birbirlerinin yargı mercileri ve adalet daireleri dışında kalan resmî dairelerdeki işlerini vekâleten takibedebilirler. Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulleri kanunları ile diğer kanun hükümleri saâdîdir.” Görüldüğü üzere söz konusu maddenin ilk halinde sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Tebliğat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. Bu cezalar 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre tahsil edilir ve Hazineye gelir kaydedilir.”

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi yaklaşık 7 yılı aşkın bir süre yürürlükte kalmış, ancak daha sonra kısmen değişikliğe uğramıştır. Söz konusu madde 2008 yılında bir kez daha, 5728 sayılı Kanun⁷ ile değiştirilmiş ve bugün yürürlükteki son halini almıştır. Buna göre:

“Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet Savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir.”⁸

2008 yılında yasalaşarak yürürlüğe giren sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu uzun bir süre uygulama alanı bulmamış, bu yükümlülüğe tabi pek çok anonim şirket sözleşmeli avukatla çalışma yoluna gitmemiştir. Bu durum, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun “ölü doğmuş” bir hükümden öteye gitmediğine ilişkin yorumlara yol açmıştır. Özellikle yasa hükmünün yürürlüğe girdiği 2008 yılında dünya çapında görülen ve Türkiye’de de etkileri hissedilen ekonomik kriz de bu yükümlülüğün derhal uygulanmasını geciktirmiştir. Ancak yaklaşık 8 yılın ardından, 2016 yılı sonu ve 2017 yılı başından itibaren, özellikle Ankara ve Antalya Barosu Başkanlığı başta olmak üzere bazı barolar söz konusu yükümlülüğün şirketlerce yerine getirilip getirilmediğinin takipçisi olmaya başlamıştır.

⁷ 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG tarih: 08.02.2008, no: 26781.

⁸ Madde metninden açıkça görüleceği üzere sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü yalnızca anonim şirketler açısından geçerli olmayıp, bazı kooperatif şirketlerin de adı geçen madde uyarınca sözleşmeli avukat bulundurmaları zorunludur. Esas olarak yükümlülüğün niteliği itibarıyla anonim şirketler ile kooperatif şirketler arasında fark bulunmamakla birlikte, bu makalede sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu anonim şirketler açısından incelenmektedir. Yine de söz konusu yükümlülüğün kooperatif şirketler açısından farklı olan boyutlarına da değinilmiştir. Konuyla ilgili olarak bkz. ALTAŞ, S. (2012) “Kooperatiflerde Avukat Bulundurma Zorunluluğu ve Bunun Cezası”, *Leges Hukuk Dergisi*, Yıl: 3 Sayı: 25, s.57-61.

Bu doğrultuda anonim şirketlerin merkezlerinin kayıtlı olduğu yer barosu tarafından şirketlere bir tebligat yapılmaya başlanmış ve sözleşmeli avukat ile yaptıkları sözleşmelerin bir örneğini belli bir süre içinde baroya bildirmeleri istenmiş, aksi takdirde sözleşmeli avukat bulundurmadıkları her ay için haklarında brüt asgari ücretin iki katına kadar idari para cezası uygulanması açısından Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacağına yönelik uyarı yazıları gönderilmiştir. Böylece anonim şirketler, bir anda yıllık 42.000 TL gibi (kuruluşunda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın iznini gerektirmeyen) anonim şirketler için TTK'da kabul edilen minimum esas sermaye tutarına varacak derecede yüksek idari para cezalarına maruz kalma riskiyle karşı karşıya kalmıştır. Anonim şirketlerin bu durumu, ticari hayatta geniş yankı uyandırmış, yazılı basında da kendisine sıkça yer verilir hale gelmiştir. Ancak bu önemli konu öğretilerde neredeyse hiç ele alınmamıştır.

TTK dışı mevzuatta düzenlenen ve niteliği itibarıyla bir zorunlu istihdam yükümlülüğü olan anonim şirketlerin sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun incelendiği bu makale altı bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde söz konusu yükümlülüğün kapsamı üzerinde durulmaktadır. İkinci bölümde bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceğine, üçüncü bölümde ise yerine getirilmemesi halinde doğacak yasal sonuçlarına değinilmektedir. Dördüncü bölümde ilgili yükümlülüğün kabul edilmesi ardındaki nedenler açıklanmaktadır. Beşinci bölümde adı geçen yükümlülüğe yapılan itirazlar ele alınmaktadır. Altıncı ve son bölümde ise söz konusu yükümlülüğe karşı Anayasaya aykırılık iddiası ve Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararı değerlendirilmektedir. Makalenin sonuç kısmında ise sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne ilişkin birtakım önerilere yer verilmektedir.

I. GENEL OLARAK

TTK dışı mevzuatta düzenlenen bir yükümlülük olması sonucu, anonim şirketlerde sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün yasal dayanağını Avukatlık Kanunu oluşturmaktadır. Konu Avukatlık Kanunu'nun "*Avukatın hak ve ödevleri*" başlıklı beşinci kısmının, "*Yalnız avukatların yapabileceği işler*" başlıklı 35. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında ilk olarak hukuki işlerde mütalaa vermenin, mahkeme, hakem veya yargı yetkisine sahip bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmanın, adli işlemleri takip etmenin, bu işlere ait belgeleri düzenlemenin, yalnız baroya kayıtlı avukatlara ait olduğu belirtilmiştir. Bu işleri kendinden başka bir kişi adına yalnız avukatlar yapabilecek olduğundan, maddedeki düzenlemenin bir "avukatlık tekeli" veya "avukat tekeli" oluşturduğu görülmektedir.⁹

⁹ GÜNER, S. (2015) *Avukatlık Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s.156-157; ASLAN, A.Ç.

35. maddenin üçüncü fıkrasında ise, birinci madde hükmüne rağmen, dava açmaya yeteneği olan herkesin, kendi davasına ait belgeleri düzenleyebileceği, davasını bizzat açabileceği ve işini takip edebileceği vurgulanmıştır. Başka bir deyişle, herkesin herhangi bir avukat tarafından temsil edilmeksizin maddede sayılan işleri yapabileceği kabul edilmiştir. Ancak üçüncü fıkranın devamında buna önemli bir istisna getirilmiş ve anonim şirketler ile kooperatif şirketler açısından farklı bir düzenleme yapılmıştır. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yasal dayanağını oluşturan bu düzenleme uyarınca, TTK’da öngörülen *“esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmamak zorundadır.”*

Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesinin üçüncü fıkrası, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün kapsamının belirlenebilmesi açısından esas sermaye miktarı kriterini esas almış ve bu miktarın tespiti açısından TTK’ya gönderme yapmayı tercih etmiştir. Avukatlık Kanunu, her ne kadar TTK’nın 272. maddesine atıf yapmış olsa da bu madde, 6102 sayılı (yeni) TTK ile birlikte yürürlükten kaldırılan ve dolayısıyla bugün yürürlükte olmayan 6762 sayılı (eski) Türk Ticaret Kanunu’nun 272. maddesidir. Avukatlık Kanunu’nun 35(3). maddesinin atıf yaptığı, eski TTK’nın 272. maddesinde yer alan hüküm şöyledir: *“Özel kanunlarda aksine hüküm olmadıkça esas sermaye miktarı ellimilyar Türk lirasından aşağı olamaz. Bu miktar, Bakanlar Kurulunca on katına kadar artırılabilir.”*

6762 sayılı TTK’nın 272. maddesi, 6102 sayılı TTK’nın 332. maddesini karşılamaktadır.¹⁰ 6102 sayılı TTK’nın *“En az sermaye tutarı”* başlıklı 332. maddesinin birinci fıkrasında, 6762 sayılı TTK’nın aksine, ikili bir sistem benimsenmiştir. Buna göre sermaye sistemi açısından anonim şirketler, *“esas*

(2015) “Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16 (Özel Sayı), s.1672.

¹⁰ 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 7. maddesinde hüküm altına alındığı üzere *“[b]u Kanunun ve Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesiyle, 6762 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen maddelerine diğer mevzuat tarafından yapılmış bulunan yollamalar, Türk Ticaret Kanununda o maddeleri karşılayan hükümler varsa onlara yapılmış sayılır.”* Dolayısıyla 6762 sayılı TTK’nın 272. maddesini karşılayan hüküm 6102 sayılı TTK’nın 32. maddesidir.

sermaye"¹¹ veya "kayıtlı sermaye"¹² sahip olup olmamasına göre iki farklı şekilde olabilir. TTK 332(1). madde uyarınca "[t]amamı esas sözleşmede taahhüt edilmiş bulunan sermayeyi ifade eden esas sermaye ellibin Türk Lirasından ve sermayenin artırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketlerde başlangıç sermayesi yüzbin Türk Lirasından aşağı olamaz..." Sermaye miktarının belirlenmesinde ticaret sicili kayıtları esas alınacaktır.

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi ile TTK'nın 332. maddesi beraber yorumlandığında sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, esas sermaye sistemine sahip anonim şirketler açısından geçerli olacaktır. Buna göre, esas sermayesi 250.000 TL ve daha fazla olan anonim şirketler açısından sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu bulunmaktadır. Anonim şirketler eğer kuruluş anında 250.000 TL ve üzeri bir miktarda esas sermayeye sahipse, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu şirketin ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte doğacaktır (TTK m.355(1)). Kuruluşta daha az olmakla birlikte daha sonra esas sermayenin 250.000 TL ve üzerine artırılması durumunda ise bu zorunluluk şirket genel kurulunun ilgili sermaye arttırımı kararının ticaret siciline tescili ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilanının ardından doğacaktır (TTK m.455 ve m.456(5)).

¹¹ Esas sermaye (*Grundkapital*), anonim şirket esas sözleşmesinde gösterilen ve şirketin kurucu ortakları tarafından tamamının şirkete getirilmesi taahhüt edilen sermaye paylarının toplamından oluşan sermayedir. Esas sermaye sisteminin nitelikleri arasında önceden belirlenmiş ve sabit olma, asgari miktarın altında olmama, şirket malvarlığının esasını oluşturma, nakitle ifade edilebilme, itibari değerli paylara bölünebilme ve tamamen taahhüt edilme bulunmaktadır. AKKALE, R.G. (2013) "Kayıtlı Sermaye Yapısı Hakkında Genel Bilgi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Kayıtlı Sermayenin Arttırım Usulü", *GÜHFD*, Cilt: 17, Sayı: 1-2, s.25.

¹² Esas sermaye sisteminin aksine, kayıtlı sermaye (*genehmigtes Kapital*) sisteminde sermayenin arttırılması veya azaltılması için genel kurul kararı gerekmez; yönetim kurulunun, genel kurul tarafından üst sınırı daha önceden belirlenen sermaye miktarına ulaşacak şekilde şirketin başlangıç sermayesini arttırma yetkisi bulunmaktadır. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (Sermaye Piyasası Kanunu) 18(2). maddesinde ifade edildiği üzere "[k]ayıtlı sermaye sisteminde, yönetim kurulu, 6102 sayılı Kanunun esas sermayenin arttırılmasına ilişkin hükümlerine bağlı kalmaksızın esas sözleşmelerinde tespit edilen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayelerini arttırmaya yetkilidir." Bilgi için bkz. KIRCA, İ., ŞEHİRALİ ÇELİK, F. ve MANAVGAT, Ç. (2013) *Anonim Şirketler Hukuku: Cilt I*, BTHAE Yayınları, Ankara, s.232-234; İPEKEL, F. (2013) "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Kayıtlı Sermaye Düzenlemesi ve Bu Düzenlemenin Sermaye Piyasası Hukuku Işığında Değerlendirilmesi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt: 8 (Özel Sayı), s.1413-1456.

Uygulamada kendilerine fazla rastlanmasa da kayıtlı sermayeye sahip halka açık olmayan anonim şirketler¹³ açısından ise, Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin yalnızca esas sermayeye gönderme yapması nedeniyle, durum net değildir. Buradan hareketle iki farklı görüş ileri sürülebilir. Bir görüşe göre burada amaca göre yorum yapılmalı ve kayıtlı sermaye sistemine sahip anonim şirketlerin, başlangıç sermayesinin, yasal minimum başlangıç sermayesi tutarının beş katı ve üzeri (yani 500.000 TL ve daha fazla) olması halinde yine sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna tabi olacakları kabul edilmelidir.¹⁴ Diğer bir görüşe göre ise 35(3). madde kayıtlı sermayeye ilişkin herhangi bir ibare içermediğinden, lafzi (sözel) yorum yöntemi uyarınca kayıtlı sermayeye sahip halka açık olmayan anonim şirketler açısından sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu da hukuken doğmayacaktır.¹⁵

Düşüncemize göre sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kayıtlı sermaye sistemine sahip halka kapalı olan anonim şirketler için uygulanması hukuken mümkün değildir. Her ne kadar TTK'da anonim şirket tanımlanırken yalnızca "sermaye" kavramı dile getirilmiş olsa da,¹⁶ esas sermaye ile kayıtlı sermaye birbirinden farklı iki ayrı sermaye sistemini oluşturmaktadır ve Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi de yalnızca esas sermayeye gönderme yapmaktadır. Ayrıca sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yerine getirilmemesi halinde, aşağıda inceleneceği üzere, idari para cezası bulunmakta olup, bu yaptırıma esas teşkil eden fiilin (kabahatin) yasada açıkça düzenlenmediği anlaşıldığından, "*suçların kanuniliği ilkesi*" uyarınca

¹³ Belirtmek gerekir ki kayıtlı sermaye sistemi, mevcut düzenlemede gerek halka açık, gerekse halka açık olmayan anonim şirketler tarafından benimsenebilir. Kayıtlı sermaye sistemi, 2499 sayılı (eski) Sermaye Piyasası Kanunu (m.12) ile Türk hukukuna girmiş olup, ilk başta yalnızca halka açık anonim şirketler için uygulanabilir nitelikteydi. 6102 sayılı TTK ile beraber ise kayıtlı sermaye sistemi, esas sermaye sistemine alternatif olarak, halka açık olmayan anonim şirketler için de uygulanabilir hale gelmiştir. Dolayısıyla TTK'nın 332. maddesinde yalnızca kayıtlı sermayeye sahip halka açık olmayan anonim şirketler açısından 100.000 TL asgari sermaye tutarının getirildiği gözden kaçırılmamalıdır. 100.000 TL olan asgari başlangıç sermayesine ilişkin tutar, her ne kadar kayıtlı sermayeye sahip halka açık olan anonim şirketler açısından da mevzuatta aynen benimsenmişse de bu tutar, Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) Kayıtlı Sermaye Sistemi Tebliği'nin (Seri II-18.1) 15. maddesi uyarınca her yıl yeniden değerlendirme oranı göz önünde bulundurularak SPK tarafından yeniden belirlenecektir.

¹⁴ YAVUZ, M. (2014) "Sermayesi En Az İkiyüzelli Bin Türk Lirası Olan Anonim Şirketlerin Avukat Bulundurma Zorunluluğu", *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı: 124, s.239.

¹⁵ ALTAŞ, S. (2015) "Kayıtlı Sermaye Sistemine Tabi Anonim Şirketler Sözleşmeli Avukat Bulundurmaya Zorundadır?", *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı: 132, s.56.

¹⁶ TTK m.329'da anonim şirket, "*sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirket*" olarak tanımlanmıştır. Anonim şirket tanımında şirketin sermaye yapısı ayrıntılı bir biçimde tarif edilmemişse de, tanım maddesinin ardından 332. maddede konuyla ilgili daha detaylı bir hüküm yer almaktadır.

hukuki sorunların doğma ihtimali bulunmaktadır.¹⁷ Burada amaca göre yorum yapılması kıyasa yol açar ve bir eylem için öngörülen cezanın kıyasen başka bir eyleme de uygulanmasına neden olur.¹⁸ Bu nedenle yasada açıkça değişiklik yapılmadığı sürece, bu zorunluluk yalnızca esas sermayeli anonim şirketlere uygulanmalıdır.

Son olarak sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü, kooperatif şirketler açısından da öngörülmüştür. Anonim şirketlerin aksine kooperatif şirketlerin bu yükümlülüğe tabi olabilmesi için sermayeleri değil ortak sayıları belirleyici olmaktadır. Kooperatif şirketler açısından sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün doğabilmesi için şirketin 100 veya daha fazla ortağa sahip olması¹⁹ ve işletme konusunun (iştiğal alanı) yapı işleri, yani yapı kooperatifi olması gerekmektedir. Yapı işleri dışında başka bir işletme konusunun bulunması halinde, örneğin tarım veya ecza kooperatifi, bu bağlamda herhangi bir zorunluluk da söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (m.28 vd.) uyarınca sınırlı veya sınırsız sorumlu şekilde kurulabilecek kooperatif şirketlerin bu özelliği sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu açısından herhangi bir önem arz etmemekte olup, asıl belirleyici olan yukarıda ifade edildiği üzere ortak sayısıdır.

¹⁷ Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün yaptırımı yalnızca idari para cezası olduğundan burada adli değil, "idari suç" bulunmaktadır ve kanunilik ilkesi, idari suçlar bakımından da geçerlidir. AYGÜN EŞİTLİ, E. (2013) "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 104, s.235. Avukatlık Kanunu'nda kayıtlı sermaye sistemine sahip anonim şirketlerin sözleşmeli avukat bulundurmaması açıkça yaptırma tabi bir fiil olarak öngörülmediğinden, yasada belirtilen idari para cezasının da bu fiile uygulanması düşüncemize göre mümkün değildir. Ulusoy ise suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin idari cezalara da "prensipte olarak" uygulanmasının zorunlu olduğunu belirttiğinden sonra, idari suç olarak öngörülen fiillerin somut olarak idari düzenlemelerle belirlenebilmesinin mümkün olduğunu, bu nedenle idari suçlara ilişkin olarak söz konusu ilkenin "daha esnek" uygulanmasının "doğal karşılanması" gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre eğer idari para cezası verilecek her idari suçun bizzat yasada belirlenmesi zorunlu tutulursa, çok fazla ayrıntıya giren yasalara ihtiyaç duyulacaktır ve bu da "pratik açıdan" mümkün olmayacaktır. ULUSOY, A. (2013) *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.26 ve 91.

¹⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasında açıkça belirtildiği üzere "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*"

¹⁹ Yapı kooperatiflerinde yönetim kurulunun genel kurul tarafından kararlaştırılan sayının üzerinde şirkete ortak kaydememesi sonucu şirketin ortak sayısının 100 veya üzerine arttırılabileceğine ilişkin bir genel kurul kararı bulunmalıdır (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m.8(3)).

II. SÖZLEŞMELİ AVUKAT BULUNDURMA ZORUNLULUĞUNUN YERİNE GETİRİLMESİ

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi uyarınca esas sermayesi 250.000 TL ve daha fazla olan anonim şirketler ile 100 veya daha fazla ortağa sahip yapı kooperatiflerinin sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Doğrudan kuruluş aşamasında yukarıda belirtilen miktarda esas sermayeye sahip olan ya da daha sonra sermaye arttırımı ile belirtilen sermaye miktarına ulaşan anonim şirketlerin bu yükümlülüğü yerine getirmek üzere sözleşmeli bir avukata sahip olmaları gerekecektir. Bu noktada sözleşmeli avukat ile neyin kastedildiği konusunda duraksama yaşanabilir. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunu yerine getirebilmek adına burada "sözleşme" ile kastedilenin Avukatlık Kanunu (m.163 vd.) bağlamında "avukatlık sözleşmesi" (vekalet sözleşmesi) mi, yoksa 4857 sayılı İş Kanunu (İş Kanunu) (m.8 vd.) uyarınca "iş sözleşmesi" (hizmet sözleşmesi) mi olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Şüphesiz bu iki tür sözleşme, birbirinden farklı hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (Borçlar Kanunu) düzenlenen (m.502 vd.) vekalet sözleşmesinin, taraflardan birinin avukat olması durumunda özel bir türünü oluşturan avukatlık sözleşmesi,²⁰ Avukatlık Kanunu ile Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde²¹ (Avukatlık Kanunu Yönetmeliği) düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu, avukatlık sözleşmesinin kapsamını ve bu sözleşmeye bağlanan birtakım sonuçları düzenlemekte olup, iş bu sözleşmenin nasıl kurulacağı konusunda ayrıntı vermemiştir. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde ise avukatlık sözleşmesinde bulunması gereken unsurlar (sözleşmenin içeriği) düzenlenmiştir. Avukatlık sözleşmesinin nasıl kurulacağı Borçlar Kanunu'nun 503. maddesinde hükme bağlanmıştır:

²⁰ Literatürde avukatlık sözleşmesi; baro levhasına kayıtlı olup da mesleğini serbest olarak yapan avukat ile iş sahibi arasında yapılan, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, hukuki sorun ve uyuşmazlıkların çözülmesini konu edinen ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Güner (2015), s.297. Yazara göre avukatlık sözleşmesi; vekalet sözleşmesine çok benzeyen, onunla pek çok ortak yönü bulunan, Avukatlık Kanunu'nda boşluk olması durumunda vekalet sözleşmesine ilişkin kuralların uygulandığı, ancak yine de vekalet sözleşmesinden temel farklılıkları olan bir sözleşmedir. Bu bağlamda yazar avukatlık sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasında şekil, ücret, kişi, tarafların yükümlülükleri, işi kabul, işe son verme ve işten çekilme, zamanaşımı, yorum ilkeleri gibi pek çok bakımdan farklılıklar bulunduğunu ileri sürmektedir. *ibid*, s.300-314.

²¹ RG tarih 19.06.2002, no: 24790. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 15. maddesindeki "29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorundadır" hükmü ile Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesindeki düzenleme tekrar edilmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 73/A, 73/B, 73/C ve 73/D maddeleri ise sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün uygulanmasına yönelik ayrıntılı hükümler içermektedir.

“Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sifata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.”

Avukatlık sözleşmesinin nasıl kurulacağına oranla şekil şartına tabi olup olmadığı daha fazla önem arz eden bir konu olarak öne çıkmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinin 1. fıkrasında avukatlık sözleşmesinin “serbestçe” düzenlenebileceği ve sözleşmenin yazılı olarak yapılmaması durumunda “genel hükümlere göre” ispatlanacağı kaydedilmiştir.²² Böylece söz konusu kanunda avukatlık sözleşmesi için şekil serbestisi kabul edilmişken, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde ise farklı içerikte bir hükme rastlanmaktadır. Adı geçen yönetmeliğin 73/A maddesine göre “[s]ürekli avukatlık hizmeti içeren çalışma şekillerinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanununa ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine uygun, yazılı sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi düzenlenmesi zorunludur. Bu sözleşme taraf sayısından bir fazla nüsha olarak hazırlanır. Birer nüshası taraflara, bir nüshası da sözleşmenin tarafı olan avukat tarafından kayıtlı olduğu baroya verilir..”

Avukatlık Kanunu'nun 163(1). maddesi ile Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A maddesi birlikte değerlendirildiğinde, avukatlık sözleşmesinin serbestçe mi düzenleneceği, yoksa yazılı olarak mı yapılacağı konusunda ilk bakışta bir çelişkinin olduğu düşünülebilse de 73/A maddesinin konuyla ilgili önemli bir ayrıntıyı içerdiği gözden kaçırılmamalıdır. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A maddesi “sürekli avukatlık hizmeti içeren çalışma şekli”ne gönderme yapmaktadır. Yani avukat ile müvekkili arasındaki avukatlık hizmeti ilişkisinin “sürekli” olması aranmakta ve yalnızca bu durumda avukatlık sözleşmesinin yazılı olması gerekmektedir. Adı geçen yönetmelik bu durumda yapılan sözleşmeyi “yazılı sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi” olarak nitelendirmektedir. Anonim şirketlerde esas sermayenin 250.000 TL'nin,²³ yapı

²² Avukatlık sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması durumunda ispat 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki (HMK) genel hükümlere göre yapılacaktır. Avukatlık sözleşmesi, bir hukuki işlem olması sonucu ancak HMK'da öngörülen belli delillerden yararlanılarak ispat edilebilir. Bu doğrultuda kesin delille ispat (senetle ispat) kuralı geçerli olacaktır. ARSLAN, R., YILMAZ, E. ve TAŞPINAR AYVAZ, S. (2016) *Medeni Usul Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s.407; KALE, S. ve KESER, S. (2015) “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, s.711. Kesin delilin bulunmaması durumunda ise (yazılı) delil başlangıcına başvurulabilir, örneğin avukatın vekaletname bilgilerini vermesi veya avukatın yapacağı işi ya da istediği ücreti bir kağıt parçasına (elle) yazarak anonim şirket yetkilisine vermiş olması vb. Delil başlangıcından yararlanabilmek için ilgili belgenin avukat tarafından verilmesi veya gönderilmesi ve avukatlık sözleşmesini tam olarak ispata yeterli olmamakla birlikte varlığını muhtemel kılması gerekmektedir. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz (2016), s.414-415.

²³ Elbette anonim şirketin sona ermesi, feshi, iflası veya başka bir nedenle tüzel kişiliğini

kooperatiflerinde ise ortak sayısının 100'ün altına düşmediği sürece şirket ile avukat arasındaki ilişkinin bu bağlamda "sürekli" olacağı açıktır. Dolayısıyla sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunu yerine getirmek üzere yapılan avukatlık sözleşmeleri açısından serbestçe düzenleme ilkesi geçerli değildir.

Belirtmek gerekir ki Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A, 73/B, 73/C ve 73/D maddelerini içeren "Sürekli Avukatlık Hizmetlerinde Uygulanacak Esaslar" başlıklı onüçüncü bölüm, Eylül 2008 tarihinde yapılan bir değişiklikle söz konusu yönetmeliğe eklenmiştir.²⁴ Bu değişiklik, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yasal dayanağını oluşturan Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin Şubat 2008 tarihinde yukarıda da değinildiği üzere 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmesini takiben yapılmıştır. Buradan hareketle Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin adı geçen maddeleri, Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesindeki sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun hayata geçirilmesini sağlamak, yasanın uygulanmasını göstermek üzere hazırlanmıştır. Kaldı ki Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/C maddesi, açıkça Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesine gönderme yaparak, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu bağlamında avukatlık sözleşmesine işaret etmekte, böylece İş Kanunu'nu devre dışı bırakmaktadır.

Dolayısıyla Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin, Avukatlık Kanunu'na atıf yapması sonucu, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüyle kastedilenin avukatlık sözleşmesi olduğu, yoksa iş sözleşmesi olmadığı anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, anonim ve kooperatif şirketlerin bulundurmaları zorunda olduğu avukat, "serbest avukat" (bağımsız avukat) olup,²⁵ yoksa şirket bünyesinde "iş sözleşmesiyle çalışan avukat" (şirket avukatı) değildir.²⁶ Bu doğrultuda sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmek

kaybetmesi durumlarında da sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kanun gereği (*ipso jure*) sona ereceği açıktır.

²⁴ RG tarih: 06.09.2008, no: 26989.

²⁵ Serbest (bağımsız) avukat (*freelance attorney, Rechtsanwalt als Freiberufler*), herhangi bir kişiye bağlı olmaksızın bir avukatlık bürosu bünyesinde çalışan, avukatlık hizmetini serbest meslek faaliyeti şeklinde sunan ve sunduğu bu hizmet karşılığında müvekkillerine serbest meslek makbuzu kesen avukat olarak tanımlanabilir. Serbest meslek faaliyetini tercih etmiş olan avukatın, büro edinme zorunluluğu olup, bürosunun bulunduğu yer vergi dairesine işe başladığını bildirmesi ve serbest meslek kazanç defteri tutarak, serbest meslek makbuzu düzenlemesi gerekmektedir. ÇİNE, Ö. (2014) *Avukatlık Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.53-55.

²⁶ İş sözleşmesiyle çalışan avukat (şirket avukatı) (*in-house counsel/lawyer, In-house Jurist*) ise bir ticaret şirketi bünyesinde iş sözleşmesiyle maaşlı olarak istihdam edilen, çalıştığı şirketin hukuk işlerini yerine getiren ve davalarını takip eden, dolayısıyla avukatlık mesleğini şirketine bağlı olarak yapan avukatıdır. İş Kanunu'nda iş sözleşmesi tanımlanırken kullanılan "bir tarafın (işçi) *bağımlı olarak* iş görmeyi..." ibaresindeki gibi burada avukat, şirkete "bağımlı" olarak çalışmakta olduğundan "işçi" durumundadır. Aksi görüş için bkz. Çine (2014), s.58.

üzere anonim şirketlerin, Türkiye'nin herhangi bir yerindeki bir baroya kayıtlı bir avukat (veya birden fazla avukattan oluşan bir avukatlık bürosu) ile avukatlık sözleşmesi yapması gerekmektedir. Şirket bünyesinde bir şirket avukatı bulursa bile bu yükümlülük yerine getirilmiş olmayacaktır. Zira bu takdirde şirket ile avukat arasında bir avukatlık sözleşmesi değil, iş sözleşmesi söz konusu olacaktır.²⁷

Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü kapsamındaki avukatlık sözleşmesinin yazılı olarak yapılması, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği uyarınca, yasal bir zorunluluktur. Bu nedenle anonim şirketlerin, sözlü olarak bağımsız bir avukat ile avukatlık sözleşmesi yapması durumunda bu yasal zorunluluk yerine getirilmiş olmayacaktır. Buna ek olarak, bu sözleşmenin kapsamında yer alması gereken hususlar, yine aynı yönetmelik tarafından önceden belirlenmiştir. Sözleşme en az üç nüsha olarak düzenlenmeli, taraflarda kalacak birer nüshası dışında bir nüshası da avukat tarafından bağlı bulunduğu baroya iletilmelidir (m.73/A). Baroların da bu sözleşmeler için ayrı bir kayıt defteri tutacağı, sözleşmeleri sıra numarasına göre bu deftere kaydedeceği, sözleşmelerin bir fotokopisini de ilgili avukatın sicil dosyasında saklayacağı hükme bağlanmıştır (m.73/A). Sözleşme karşılığında anonim şirketler, sözleşme süresi boyunca her ay avukata Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ndeki ücreti ödemeyi taahhüt etmekte olup, avukat da tahsil ettiği aylık ödemeler karşılığında kestiği serbest meslek makbuzlarının birer fotokopisini yıl sonunda yine bağlı bulunduğu baroya iletmelidir (m.73/B).

III. SÖZLEŞMELİ AVUKAT BULUNDURMA ZORUNLULUĞUNUN YERİNE GETİRİLMEMESİ

A. Anonim Şirketlerin Cezai Sorumluluğu

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi uyarınca esas sermayesi 250.000 TL ve daha fazla olan anonim şirketler ile 100 veya daha fazla ortağa sahip yapı

²⁷ Kaldı ki 73/A ve 73/B maddelerinde kullanılan sözcük seçimleri, sözleşmeli avukat ile ifade edilmek istenenin avukatlık sözleşmesi kapsamında serbest avukatlar olduğunu göstermektedir. Örneğin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne yapılan atf serbest avukatları çağrıştırmaktadır. Zira söz konusu tarife serbest avukatlara ödenecek ücreti belirlemektedir ve buna karşın, şirket avukatlarının ücreti şirket tarafından serbest piyasa koşullarına uygun olarak serbestçe kararlaştırılabilir. Yine 73/A maddesinde avukatlık sözleşmesinde "Avukatın / avukatlık bürosunun /avukatlık ortaklığının adı, soyadı, unvanı, vergi/TC kimlik numarası"nın bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki şirketin kendi bünyesinde iş sözleşmesiyle çalışan bir avukat olabilse de, bir avukatlık bürosu veya avukatlık ortaklığının bulunması mümkün değildir. Şirket bünyesinde bir avukatlık bürosu veya ortaklığı oluşturmanın hukuken mümkün olmadığı açık olduğundan, kanun koyucunun avukatlık bürosu veya ortaklığına yaptığı atfın nedeninin, sözleşmenin tarafının serbest avukatlar esas alınarak maddenin hazırlanmış olması olduğu söylenebilir.

kooperatiflerinin sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü bulunmakta olup, bu yükümlülüğü yerine getirmek üzere adı geçen şirketlerin Türkiye'nin herhangi bir yerindeki bir baroya kayıtlı bir avukat (veya bir avukatlık bürosu) ile Avukatlık Kanunu bağlamında avukatlık sözleşmesi yapması gerekmektedir. Bu noktada sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne tabi anonim veya kooperatif şirketlerin kendi bünyelerinde iş sözleşmesiyle çalışan avukatları bulunsada dahi bu yükümlülük yerine getirilmemiş olacaktır. Bunun dışında, şirket ile avukat arasındaki "sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi"nin (her ne kadar uygulamada bu ismi taşımak zorunda olmasada) yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Adi yazılı şekil şartının bulunması sonucu, sözlü olarak yapılan sözleşmeler geçerli olmayacaktır.²⁸ Sözleşmenin üç nüsha yerine tek nüsha olarak düzenlenmesi ise sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne tabi olup da bu yükümlülüğü yerine getirmeyen anonim ve kooperatif şirketler için uygulanacak yaptırım yine Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmeli avukat bulundurmayan anonim ve kooperatif şirketlere, "*Cumhuriyet Savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir.*" Dolayısıyla sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda idari para cezası bulunmakta olup, bu ceza kanunda maktu olarak değil, nispi olarak belirlenmiş ve yürürlükteki brüt asgarî ücret tutarına²⁹ endekslenmiştir. Bu tutar 2017 yılı için **3,555 TL**'dir (1,777.50 TL x 2).³⁰ Söz konusu idari para cezası tek sefere mahsus değil, yükümlülüğün yerine

²⁸ Şüphesiz anonim şirket adına sözleşmeyi, şirketi temsile yetkili yönetim kurulu üye veya üyeleri imzalamalıdır. Bu bağlamda anonim şirket esas sözleşmesinde aksi öngörülmemişse veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa, avukatlık sözleşmesini imzalama yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna ait olacaktır (TTK m.370(1)). Ancak yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya birden fazla murahhas üyeye veya murahhas müdüre devretmişse, bu kişi veya kişilerin sözleşmeyi imzalaması şarttır (TTK m.370(2)). Herhalükarda şirketi temsile yetkili olmayan ortakların veya üyelerin şirketin ticaret unvanı altında imzalayacağı sözleşmeler şirketi bağlamayacağından, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü de yerine getirilmiş olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki şirketin tabi olduğu bu yükümlülüğü yerine getirmek üzere yönetim kurulu üyesi veya üyelerinin şirket adına avukatlık sözleşmesi imzalamaları için, bunun kanuni bir yükümlülük olması ve şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olması sonucu, genel kurul kararına ihtiyaç bulunmamaktadır (TTK m.374).

²⁹ Her ne kadar 2008 yılında Avukatlık Kanunu'na eklenen 35(3). maddede "*on altı yaşından büyük işçiler*" için asgarî ücrete gönderme yapılmış olsa da, 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren asgarî ücrette 16 yaş altı ve 16 yaş üstü ayrımı ortadan kaldırıldığından, maddedeki gönderme de Asgarî Ücret Tespit Komisyonu tarafından her yıl Aralık ayı sonunda belirlenen 16 yaş altı ve üstü için geçerli asgarî ücret oranına yapılmış sayılacaktır.

³⁰ Asgarî ücrete bağlı olarak her yıl değişen bu tutar 2016 yılında 3,395 TL'ydi (1,697.50 TL x 2). 2015 yılı ve öncesinde ise yıllık tek bir tutar yerine, 6 aylık dönemlerde geçerli iki farklı asgarî

getirilmediği her ay için uygulanacaktır. Bu doğrultuda 2017 yılı içerisinde sözleşmeli avukat bulundurmayan ilgili anonim şirketlere yıl sonunda uygulanacak ceza tutarı toplam **42,660 TL**'yi (3,555 TL x 12) bulabilecektir. Bu ceza mahkeme veya baro tarafından değil, Cumhuriyet Başsavcılığı (Kabahatler Bürosu) tarafından verilecektir.³¹

Avukatlık Kanunu Yönetmeliği, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne aykırı davranan anonim şirketler hakkında bahsi geçen yaptırımın uygulanabilmesi açısından, ilgili şirket merkezinin bulunduğu yerdeki baro tarafından, o yerdeki Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacağını hükme bağlamıştır (m.73/C). Böylece Cumhuriyet Başsavcılığının re'sen harekete geçmesine ek olarak, barolara da yükümlülüklerine aykırı davrandığını tespit ettiği şirketler hakkında yetkili makamlara başvurma yetkisi tanınmıştır. Bu yetki barolar için aynı zamanda bir görevdir. Suç duyurusunda bulunan baro başkanlıkları, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği uyarınca konuyla ilgili çalışmalarının sonuçlarını rapor haline getirerek, her yıl sonunda Türkiye Barolar Birliği'ne (TBB) bildirme yükümlülüğü altındadır (m.73/C). Suç duyurusunun ardından veya re'sen harekete geçen Cumhuriyet savcısı, başlatacağı soruşturma kapsamında öncelikle ilgili şirketin sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne tabi olup olmadığını belirleyecek, yükümlülüğün bulunduğu karar verdikten sonra da avukatlık sözleşmesinin olup olmadığını araştıracaktır.

Her ne kadar sözleşmeli avukat bulundurmayan anonim şirketlere uygulanacak yaptırım olarak idari para cezası öngörülmüşse de, burada idari işlem den çok yargısal nitelikte bir yetki söz konusudur. Bu nedenle Cumhuriyet Başsavcılığının yaptırım kararlarına karşı yargı yolu adli yargı olacaktır.³²

ücret oranı bulunmaktaydı. Sözleşmeli avukat bulundurmama nedeniyle şirketlere (2015 ve öncesine yönelik olarak idari para cezası kesilmesi durumunda, ilgili yıl ikiye ayrılarak ilk altı aydaki tutar ayrı, ikinci altı aydaki tutar ayrı hesaplanacaktır. Örneğin 2015 yılında bu tutar 01.01.2015-30.06.2015 arası için yükümlülüğün yerine getirilmediği her ay için 2,403 TL (1,201.50 TL x 2) ve 01.07.2015-31.12.2015 arası için ise yine her ay için 2,546 TL'dir (1,273 TL x 2).

³¹ Hatırlanacağı üzere Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde yaptırımı uygulayacak makam "*mahallin en büyük mülkî idari amiri*" idi. Yani illerde valilik, ilçelerde ise kaymakamlık tarafından yaptırım uygulanmaktaydı. 5728 sayılı Kanun sonrası ise bu makam artık Cumhuriyet Başsavcılığıdır.

³² Buna benzer bir olayda 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 20(j). maddesine aykırılık nedeniyle Bakanlık yetkililerince tutanak tutulup daha sonra ilgili maddeyi ihlal eden şirkete idari para cezası verilmesi için Cumhuriyet Başsavcılığına başvurulmuştur. Cumhuriyet savcısı idari yaptırımı hükmetmiş, söz konusu şirket de bu karara karşı sulh ceza mahkemesine başvurmuştur. Sulh ceza mahkemesi görevsizlik kararı vermiş, bunun üzerine davacı davasını yetkili idare mahkemesinde açmıştır. İdare mahkemesinin de görevsizlik kararı vermesi üzerine dosya Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen idari para cezalarına karşı başvurulacak yargı

Avukatlık Kanunu'nda Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilecek idari para cezalarına karşı başvuru mercii belirtilmediğinden,³³ konuya ilişkin olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmeyen anonim şirketler, Cumhuriyet savcılarının yaptırım kararına karşı, kararın kendilerine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliklerine başvurabilir (Kabahatler Kanunu m.27(1)). Sulh ceza hakimliğinin "başvurunun reddi" kararı vermesi halinde ise şirketler, durumu öğrenmelerinden itibaren 7 gün içerisinde bir sonraki numaralı sulh ceza hakimliğine itiraz edebilecektir (CMK m.268(3)(a)). İtiraz üzerine verilecek kararlar kesin olup (CMK m.271(4)), istinaf veya temyiz kanun yoluna başvuru imkanı bulunmamaktadır.

B. Sözleşmeli Avukatların Disiplin Sorumluluğu

Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü elbette anonim ve kooperatif şirketler için geçerli olmakla birlikte, bu yükümlülüğe aykırı hareket nedeniyle yaptırım uygulanacak tek (tüzel) kişi anonim ve kooperatif şirketler değildir. Başka bir deyişle, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü kapsamında hazırlanan avukatlık sözleşmelerinin, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'ne uygun olarak yapılmaması durumunda avukatın da sorumluluğu bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin "*Disiplin Sorumluluğu*" başlıklı 73/D maddesinde avukatın disiplin sorumluluğuna işaret edilmiştir. Buna göre söz konusu yönetmeliğin "*73/A ve 73/B maddelerine aykırı davranışlar ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılması Meslek Kurallarına aykırılık oluşturur.*" Adı geçen maddede avukatlar hakkında, sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne tabi şirketlerde olduğu gibi bir idari para cezası öngörülmemiş, bunun yerine (Avukatlık) Meslek Kuralları'na³⁴ atıfta

yolunun adli yargı (karar tarihi itibarıyla sulh ceza mahkemeleri) olduğuna karar vererek, somut olayda adli-idari yargı mahkemeleri arasındaki olumsuz görev uyumsuzluğunu çözmüştür. Uyuşmazlık Mahkemesi, 09.04.2012 tarih ve E.2011/65 ve K.2012/65 sayılı karar. Bu karardan anlaşılacağı üzere sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün ihlali gerekçesiyle baronun suç duyurusu üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından anonim şirketler hakkında verilebilecek idari para cezalarına karşı da başvuru yolu adli yargı olacaktır.

³³ Hatırlanacağı üzere Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde Cumhuriyet savcılarının verdiği idari para cezalarına karşı "*tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir*" hükmü bulunmaktaydı. 5728 sayılı Kanun ile birlikte itiraz yolu ve süresi Avukatlık Kanunu'ndan çıkarılmış ve genel hükümlere tabi kılınmıştır.

³⁴ Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca bütün avukatların uymakla yükümlü olduğu Meslek Kuralları, doğrudan Avukatlık Kanunu'nda veya Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde düzenlenmemiş olup, TBB'nin 1971 tarihli bir genel kurulunda kabul edilerek aynı yıl TBB Bülteni'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

bulunularak mesleki açıdan disiplin cezası³⁵ verilebileceğine işaret edilmiştir.

Öncelikle sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü bulunmasına rağmen avukatlık sözleşmesinin hiç yapılmaması durumunda yalnızca ilgili şirketin sorumluluğu doğacak ve hakkında idari para cezası uygulanabilecek, bir avukatlık sözleşmesi kurulmadığından dolayı avukatın ise haliyle herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A maddesine aykırı olarak avukatlık sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması durumunda, ortada geçerli bir sözleşme olmayacağından hem şirkete idari para cezası uygulanabilecek, hem de sözleşmeyi yazılı yapmayan avukatın disiplin sorumluluğu doğabilecektir. Başka bir ihtimal olarak, sözleşmenin yazılı yapılmasıyla birlikte içeriğinin 73/A maddede belirtilen hususlardan bir veya birkaçını içermemesi durumunda, ortada maddi hukuk açısından yine de geçerli bir sözleşme olacağından şirketin sorumluluğu doğmayacak, ancak avukatın disiplin sorumluluğu doğabilecektir. Son olarak, avukatlık sözleşmesinin üç nüsha düzenlenmemesi durumunda da, en azından bir nüshası şirkette bulunduğu sürece³⁶ şirketin sorumluluğu doğmayacak, ancak bir nüshayı baroya iletmediğinden dolayı avukatın disiplin sorumluluğu doğabilecektir.

Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A maddesinde avukatın avukatlık sözleşmesini baroya iletme yükümlülüğü düzenlenmişken, 73/B maddesinde ise şirketten ay bazında tahsil ettiği ücretlere ilişkin olarak kestiği serbest meslek makbuzu örneklerini, her yılsonunda kayıtlı olduğu baroya bildirme yükümlülüğüne yer verilmektedir. Bu doğrultuda avukat her takvim yılı sonunda³⁷ şirkete kestiği serbest meslek makbuzlarının bir örneğini

³⁵ Avukatlık Kanunu'nun 134. maddesinde avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunan avukatlar hakkında disiplin cezalarının uygulanabileceği kabul edilmiş, 135. maddede ise bu kapsamda uygulanabilecek disiplin cezalarının neler olduğu sayılmıştır. Bunlar arasında uyarma, kınama, disiplin para cezası, işten çıkarma ve meslekten çıkarma bulunmaktadır. Baro yönetim kurulu tarafından verilecek karar ile hakkında disiplin kovuşturması başlatılan avukata (m.141(1)), ilk defasında en az kınama, tekrarında ise davranışın ağırlığına göre para veya işten çıkarma cezası uygulanabilir (m136(1)).

³⁶ Aslında ne Avukatlık Kanunu, ne de Avukatlık Kanunu Yönetmeliği sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne tabi anonim şirketlere sözleşmelerini baroya bildirme yükümlülüğü getirmektedir. Ancak uygulamada şirket merkezinin kayıtlı olduğu yer barosu tarafından şirketlere uyarı yazısı gönderilmekte ve avukatlık sözleşmesinin bir nüshasını, ücret ödemelerini gösteren serbest meslek makbuzlarının fotokopileriyle birlikte, 10 gün içinde baroya bildirmeleri, aksi takdirde haklarında idari para cezası uygulanması açısından Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacağı ihtar edilmektedir. Böyle bir ihtar muhatap olma ihtimali göz önüne alındığında, şirketlerin sözleşmenin bir nüshasını kendi kayıtları için saklamaları ispat açısından faydalı olacaktır.

³⁷ Burada "yıl" ile hangi zaman diliminin kastedildiği açıklanmamakla birlikte, şirketlere idari para cezasının sözleşmeli avukat bulundurmadıkları her ay için aylık bazda uygulanacağı

bağlı bulunduğu baroya iletilecek ve bu örnekler avukatın sicil dosyasında saklanacaktır. Dolayısıyla avukatlık sözleşmesi kapsamında avukatın, serbest meslek makbuzlarını baroya ilememesi veya hiç serbest meslek makbuzu kesmemesi durumunda disiplin sorumluluğu doğacak, ancak bu durumda ilgili şirketin bir sorumluluğu olmayacaktır. Burada bir ihtimal de ilgili şirketin avukata her ay yapması gereken ücret ödemelerini yerine getirmemesidir. Şüphesiz bu durum avukatlık sözleşmesine aykırılık oluşturacak ve şirketin özel hukuk sorumluluğuna yol açacak olsa da, avukat tarafından feshedilmediği sürece³⁸ ortada hala geçerli bir sözleşme olduğundan sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü yerine getirilmiş olacaktır.

73/D maddesinde avukatın disiplin sorumluluğu açısından hükme bağlanan son durum ise sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu kapsamında düzenlenen avukatlık sözleşmelerinde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi altında bir vekalet ücretinin kararlaştırılmış olmasıdır. Avukatlık Kanunu'nun 164(4). maddesinde kabul edilen, avukatlar ile müvekkileri arasında asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılmayacağına ilişkin genel kural burada da tekrarlanmıştır. Anonim şirketler tarafından sözleşmeli avukatlara ödenecek aylık asgari ücret 2017 yılı için **1,650 TL**'dir.³⁹ Şayet sözleşmeli avukata bu miktarın altında ödeme yapılırsa avukatın disiplin sorumluluğu doğacak, ancak şirketin bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ayrıca Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre sözleşmeli avukatın takip ettiği davaların veya yaptığı işlerin söz konusu tarifedeki karşılığının, yıllık toplam ücret olan **19,800 TL**'den (1,650 TL x 12) fazla olması durumunda, aradaki eksik miktar avukata ayrıca ödenecektir. Dolayısıyla 1.650 TL asgari bir tutar olup, iş yüküne göre sözleşmeli avukata daha fazla ücretin ödenmesi mümkün olacaktır.

düşünüldüğünde, bu ibareyi takvim yılı olarak anlamak uygun olacaktır. Bu doğrultuda avukat, her takvim yılı sonunda sözleşmenin bir örneği ve o yıla ilişkin kestiği serbest meslek makbuzlarını baroya iletilecektir. Sözleşmenin bir sonraki takvim yılında yenilenmesi durumunda ise eski sözleşmenin aynı koşullarla yenilendiğini içerir bir beyan ile yeni dönemdeki serbest meslek makbuzlarının baroya iletilmesi gerekecektir.

³⁸ Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/A maddesi uyarınca sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu kapsamında hazırlanacak yazılı avukatlık sözleşmelerinin, sözleşmenin "sona erme koşulları"nı içermesi gerekmektedir. Uygulamada sona erme hali olarak tarafların karşılıklı olarak anlaşması durumunun veya ücretin ödenmemesi durumunda avukat tarafından tek taraflı olarak feshetme imkanının düzenlendiği gözlemlenmektedir.

³⁹ Kooperatif şirketler için ise bu tutar 2017 yılı için **1,100 TL**'dir.

IV. SÖZLEŞMELİ AVUKAT BULUNDURMA ZORUNLULUĞUNUN KABUL EDİLMESİ ARDINDAKİ NEDENLER

A. Yasama Süreci ve Komisyon Raporları

Yukarıda Avukatlık Kanunu'nun esas sermayesi 250.000 ve üzeri olan anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu içerdiği ifade edilmiş, bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği ve yerine getirilmemesi halinde yaptırımlarının neler olduğu açıklanmıştı. Ancak yanıtlanması gereken önemli bir soru ise söz konusu yükümlülüğün neden kabul edilmiş olduğu, başka bir deyişle bu yükümlülüğün arkasında hangi hukuki veya ekonomik ya da rasyonel gerekçelerin bulunduğudır. Yükümlülüğün yerine getirilmesinin anonim şirketlere maliyetinin yıllık yaklaşık 20.000 TL, buna karşın yerine getirilmemesinin maliyetinin ise yaklaşık 42.000 TL -ki bu miktar neredeyse kuruluşunda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın iznini gerektirmeyen anonim şirketler için TTK'da kabul edilen minimum esas sermaye tutarı kadardır- olmasından hareketle, her ne kadar rasyonel şirketlerin bu yükümlülüğü yerine getirme yoluna gidecekleri düşünülse de,⁴⁰ söz konusu yükümlülüğün hiç olmaması durumunda şirketler açısından hiçbir maliyetin olmayacağı da hesaba katılırsa, bu yükümlülüğü haklı kılacak yasal gerekçelerin bulunması gerekmektedir.

Hatırlanacağı üzere sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yasal dayanağını oluşturan Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi, 2008 yılında 5728 sayılı Kanun ile değiştirilerek mevcut halini almıştır. 5728 sayılı Kanun'un,

⁴⁰ Burada hukuk ve ekonomi (*law and economics*) öğretisindeki kavramlarla durum daha net biçimde anlaşılabilir. Hukuk kurallarının ekonomik analizinde yer tutan davranış teorilerinden olan rasyonel seçim teorisi (*theory of rational choice*) ve özellikle beklenen fayda teorisi (*expected utility theory*) ışığında anonim şirketlerin sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, tipik bir fayda-maliyet analiziyle açıklanabilir (bu kavramların açıklaması için bkz. SANLI, K.C. (2007) *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, s.25-35). Şirketlerin avukat bulundurmasının maliyeti yıllık yaklaşık 20.000 TL, buna karşın bulundurmamasının maliyeti ise yıllık yaklaşık 40.000 TL'dir. Buna ek olarak, avukat bulundurmanın şirkete faydası ilk olarak yaptırımdan kurtulmaktır ve bunun dışında, aşağıda değinileceği üzere, başkaca faydaları da olabilir. Rasyonel şirketler avukat bulundurmanın faydasının, maliyetinden fazla olduğuna karar verdiği an, avukat bulunduracak, buna karşın maliyetin, faydadan fazla olduğunu düşündükleri an ise avukat bulundurmayacaktır. Belirsizlik altında bir seçim yaparken şirketler denetimlerin sıklığı, denetim yapmanın maliyetinin düşük olup olmadığı ve böylece yaptırıma muhatap olma olasılığını göz önünde bulunduracaktır. Bu doğrultuda özellikle kurumsal anonim şirketlerin, yükümlülüğün faydalarının, maliyetinden yüksek olduğunu hesap edip, 2016-2017 sonrası denetimlerin de arttığını göz önünde bulundurarak risk almak istemeyip, sözleşmeli avukat bulundurma yoluna gidecekleri söylenebilir. Buna karşın, daha küçük ölçekli anonim şirket sahiplerinin, yükümlülüğün faydalarından çok maliyetine yoğunlaşmış, denetimlerin de tam anlamıyla yaygınlaşmamasını fırsat bilerek risk alıp, sözleşmeli avukat bulundurmaya tahmin edilebilir.

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesini değiştiren 329. maddesinin madde gerekçesi ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (Meclis) Adalet Komisyonu Raporu incelendiğinde sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğüne ilişkin olarak herhangi bir açıklamada bulunulmadığı, sadece maddede öngörülen ceza hükmündeki değişikliğin nedenine ilişkin bilgi verildiği görülmektedir.⁴¹ 5728 sayılı Kanun'un, adından da anlaşılacağı üzere, temel ceza kanunlarına uyum amacıyla çeşitli kanunlarda değişiklik yapılması için hazırlandığı düşünüldüğünde bu durum normal karşılanmalıdır. Şu durumda Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesini değiştirerek iş bu kanuna ilk kez sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunu ekleyen 4667 sayılı Kanun'un 22. maddesinin madde gerekçesi ve adı geçen kanunun genel gerekçesi incelenmelidir.

1999-2000 yılları arasında Meclis'te Avukatlık Kanunu'nda birtakım değişiklikler öngören ve önceki hükümet döneminden kalan (kadük olan) çeşitli kanun teklifi ve tasarılarının görüşülmesi sırasında, bunların daha sonra 4667 sayılı Kanun'u oluşturacak tek bir metinde birleştirilmesine karar verilmiştir.⁴² Yasama çalışmaları sürecinde başta tüm tüzel kişilerin yargı makamları önünde avukatlar tarafından temsil edilmesi teklif edilmiş ve anonim şirketler için "hukuk müşaviri avukat" bulundurma zorunluluğunun getirilmesi önerilmiştir. Görüşmeler sonucunda hazırlanan taslak metinde ise tüzel kişilerin yargı makamları önünde avukatlar tarafından temsil edilmesi zorunluluğu çıkarılmış, ancak anonim şirketler için olan avukat bulundurma zorunluluğu yapılan bazı değişikliklerin ardından kabul edilmiştir. Buna göre anonim şirketlerin bulundurması gereken avukatın, "hukuk müşaviri avukat" yerine "sözleşmeli avukat" olmasına karar verilmiş, ayrıca tüm anonim şirketler yerine bugün yürürlükteki kriter olan yalnız esas sermayesi TTK'daki aşgari esas sermaye tutarının beş katı veya daha fazlası olma kriteri eklenmiştir.⁴³

⁴¹ İlgili madde gerekçesine göre: "[m]addeyle, fıkrada yer alan para cezasının idarî para cezası olduğu belirtilmiş ve bu para cezasının mahallî mülkî amir tarafından verileceği hükme bağlanmıştır. Diğer yandan, idarî yaptırım kararlarının verilmesi, kanun yolu, kesinleşmesi, takip ve tahsil usulü Kabahatler Kanununun genel hükümler kısmında ayrıntılı olarak düzenlendiğinden bu hükümlere madde metninde yer verilmemiştir." 5728 sayılı Kanun'a ilişkin Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf> (Erişim tarihi: 02.07.2017).

⁴² Bunlar "Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" (1/422), "Avukatlık Kanununa Bazı Maddelerin Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı" (1/411) ve bir milletvekilinin hazırladığı "1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Teklifi"dir (2/317).

⁴³ Adalet Komisyonu Raporu'nda konuyla ilgili şu tespitlere yer verilmiştir: "Teklifin çerçeve 29 uncu maddesiyle Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının değiştirilmesi öngörülmektedir. Maddenin birinci fıkrası ile ilgili değişiklik, yürürlükteki düzenleme daha uygun görülerek metinden çıkarılmış, üçüncü fıkranın başında yer alan 'Gerçek' kelimesi tüzel kişileri de madde kapsamına almak amacıyla metinden çıkarılmış, fıkra yapılan ilave ile Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde öngörülen esas

4667 sayılı Kanun'un yasalaşma sürecinde Adalet Komisyonu Raporu incelendiğinde sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun gerekçelerine rastlanılamamakta, anonim şirketlere neden sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü getirildiği sorusunun yanıtı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, adı geçen rapora muhalefet şerhi koyan komisyon üyesi bir milletvekilinin tespitleri incelenmeye değerdir. Gerek tasarının genel amaçlarına, gerekse sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna itiraz eden milletvekilinin muhalefet şerhinden, yasama faaliyetleri sırasında birtakım tartışmaların yaşandığı anlaşılmaktadır. Öncelikle söz konusu milletvekili, komisyon başkanı ve üyelerinin “%85-90’ına yakını[nın] avukat olan kişiler”den oluştuğunu belirtmiş ve tasarıyla birlikte komisyonun, vatandaşların haklarının korunmasını temel ilke edinmek yerine, bu hususu tamamen göz ardı ederek “tek amaç olarak avukatları korumaya yönelik düzenleme” yapma yoluna gittiğini, böylece halk ve ülke yararının rafa kaldırıldığını, hatta tasarının “avukata avantadan kazanç sağlamaktan başka bir amaç taşı[madığını]” ileri sürmüştür.

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin olarak ise söz konusu milletvekili, bu yükümlülüğün aslında “tüm kurumlar vergisi mükellefleri ile vakıf ve kooperatiflere teşmil edilmek isten[diğini]” kaydetmiştir. Buradan hareketle sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun aslında sadece anonim şirketlerle sınırlandırılmak istenmediği ve doğrudan anonim şirketlerin hedef alınmadığı anlaşılmaktadır. Buna ek olarak, söz konusu milletvekili bu düzenlemenin yasalaşması durumunda avukatlık mesleğinin ekonomik yönden çok cazip hale geleceğini, “başta milletvekili olan avukatlar olmak üzere çevresi olan avukatlar[ın] [pek çok] anonim veya kooperatif şirketin avukatlığını alaca[ğını]” ve bu suretle çok yüksek kazanç elde edeceklerini, vatandaşların normal avukatlık ücret tarifesi ile avukat bulamayacağını, çünkü “her biri 25-50 anonim veya kooperatif şirket avukatlığını çok yüksek ücretle alma avantajına sahip olacak avukatın gidip mahkeme salonlarında normal avukatlık ücret tarifesiyle iş yapma ihtiyacı da kalmayaca[ğını]” vurgulamıştır. Yapı kooperatifleri için aynı yükümlülüğün getirilmesi de söz konusu milletvekilinin eleştirilerden nasibini almıştır.⁴⁴

sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatiflerine sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu getirilmiş, bu hususa uymayanlar hakkında müeyyide konulmuş ve çerçeve madde yapılan bu düzenlemeye uygun olarak değiştirilmek suretiyle 22 nci madde olarak kabul edilmiştir.” 4667 sayılı Kanun’a ilişkin Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c062/tbmm21062094ss0413.pdf> (Erişim tarihi: 04.07.2017).

⁴⁴ Söz konusu milletvekili yapı kooperatiflerine getirilen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuyla ilgili olarak ise şu tespitlerde bulunmuştur: “...amacı ortaklarına bir konut sağlamak olan yapı kooperatiflerinin avukat tutma zorunluluğu bu kooperatifleri kuramaz

B. Kurumsal Yönetim

Her ne kadar Adalet Komisyonu'nda tartışılmasa da (veya Komisyon'da tartışılmış ama Adalet Komisyonu Raporu'na yansımış olmasa da) anonim şirketlere sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü getirilmesini "kurumsal yönetim" (*corporate governance*) ilkeleri ile açıklamak mümkündür. Kurumsal yönetim kavramı, anonim şirketler için sözleşmeli avukat ile çalışma zorunluluğunun teorik temelini ve haklı gerekçesini oluşturabilir. Diğer bir ifadeyle, anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kabul edilmesi kurumsal yönetim ilkelerinin gereği olarak değerlendirilebilir. Genel bir tanım yapmak gerekirse, kurumsal yönetim; bir şirketin düzgün, etkin ve şeffaf bir şekilde yönetilmesini sağlamak suretiyle gerek ticari amaçlarını gerçekleştirmede şirketin kendisine, gerekse şirketin malvarlığının ve bu vesileyle pay sahipleri ile alacaklılarının menfaatlerinin korunmasına yardımcı olan bir yönetim biçimidir.⁴⁵ Kurumsal yönetim özellikle pay senetleri borsada işlem gören, yani halka açık anonim şirketler açısından gündeme gelmektedir.⁴⁶

hale getirecek ve ayrıca tasfiyeleri yılları alan bu kooperatiflerde avukat hiçbir iş yapmadan ayda milyarlarca varan ücret alacaktır." Bu ifade kooperatif şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu öngörülmesini eleştirmekte, ancak söz konusu zorunluluğunun hangi gerekçeyle getirildiğini açıklamamaktadır. 4667 sayılı Kanun'un Meclis Genel Kurulu'nda görüşüldüğü sırada tutanaklara geçen beyanları inceleyen bir yazar, "yapı kooperatiflerindeki usulsüzlükler ve yolsuzluklar ve aynı zamanda işi bilememe, sözleşmeleri düzgün yapamama yüzünden üyeleri[ni] zarar uğrattıkları" gerekçesiyle yapı kooperatifi için de sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun getirildiğini ortaya koymuştur. Güner (2015), s.165.

⁴⁵ Kurumsal yönetimin amaçları ve özellikleri arasında şirketlerin yöneticileri ile pay sahipleri (ortakları), alacaklıları ve diğer paydaşlar (çıkarcı grupları) arasındaki ilişkileri düzenlemek, pay sahiplerinin her daim menfaatlerini gözetecek şekilde şirketlerin yönetilmesine yardımcı olmak, şirket çatısı altında yeterli ve uygun bir kontrol mekanizmasının işlemlerini temin ederek şirketin malvarlığının korunmasını sağlamak, şirkette tüm güçleri elinde toplayacak tek adamların oluşmasını önlemek ve yatırımcıların şirkete yatırım konusunda göz önünde bulundurduğu şeffaflık ve hesap verilebilirliği arttırmak bulunmaktadır. MALLIN, C.A. (2015) *Corporate Governance*, 5. Bası, Oxford University Press, Birleşik Krallık, s.8-9.

⁴⁶ TTK'da bazen "halka açık anonim şirket", bazen de "pay senetleri borsada işlem gören şirket" kavramları kullanılmaktadır. TTK'da tanımlanmayan "pay senetleri borsada işlem gören şirket" (veya bazı yerlerde geçtiği üzere "sermaye piyasası araçları borsada veya teşkilatlanmış diğer bir piyasada işlem gören şirket") kavramı, halka açık anonim şirketlerden başka bir şirket değildir. Ancak her halka açık şirketin payları borsada işlem görmeyebilir. Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca 250 ve daha fazla ortağa sahip olmaları sonucu halka açık sayılan anonim şirketlerin pay senetleri derhal borsada işlem görmeyebilecektir. Belirtmek gerekir ki halka açık anonim şirket olup da payları borsada henüz işlem görmeye başlamayan şirketler için bu statü, söz konusu kanunun 16(2). maddesi uyarınca en fazla iki yıl sürebilir. İki yılın bitiminin ardından SPK, bu şirketleri halka açık anonim şirket statüsünden çıkarabilir. MEMİŞ, T. ve TURAN, G. (2017) *Sermaye Piyasası Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, s.97-99.

Kurumsal yönetim, daha çok şirketin iç işleyişi, organizasyonu, şirket ile yöneticiler ve pay sahipleri arasındaki ilişkiler vs. ile ilgili olsa da bu süreçte avukatlara da rol düşebilir. Örneğin şirket işlerindeki hukuka aykırılıkların daha doğmadan önlenmesi veya doğduktan sonra ortaya çıkarılması ve bu bağlamda pay sahipleri ile yatırımcıların bilgilendirilmesi, şirket açısından uyulması zorunlu yasal mevzuatın tespiti ve gerekli uyumun sağlanması, şirketin ve yöneticilerin mevzuata uyum sağlanamamasından doğabilecek yaptırımlarla muhatap olmasının önüne geçilmesi, şirketin işçilerine veya alacaklılarına olan borçlarının veya tazminatların zamanında ödenmesi suretiyle ileride doğabilecek faiz ve diğer giderler nedeniyle sermayenin eksilmesinin engellenmesi, kaybetme riski yüksek olan davaların daha başından açılmamasının sağlanması suretiyle şirketin varlıklarının ve ticari itibarının korunması, bağımsız denetime tabi olsa da şirket hesaplarının bir de hukukçu gözüyle mercek altına alınması, bu sayede şirketin içinin boşaltılmasının önlenmesi gibi pek çok konuda avukatların da şirketin düzgün, etkin ve şeffaf bir şekilde yönetilmesine katkı yapabileceği yadsınamaz.

Sonuç olarak, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin yasama süreci incelendiğinde düzenlemenin kabul edilmesi ardındaki nedenlere ulaşılamamaktadır. Adalet Komisyonu'nun raporlarından söz konusu zorunluluğun, daha çok avukatların lehine olması durumunun tartışıldığı, bunun dışında anonim şirketlere fayda ve maliyetlerinin etraflıca değerlendirilmediği gözlemlenmektedir.⁴⁷ Ayrıca yükümlülüğün ayrıntılı olarak da düzenlenmediği, ilk halinde tüm anonim şirketleri kapsadığı, sonrasında ise esas sermayenin beş katı kriterinin benimsendiği görülmektedir. Her ne kadar dikkate alınmamış olsa da, kurumsal yönetim ilkelerinin gereği olarak şirket avukatı bulunmayan halka açık anonim şirketler için böyle bir yükümlülük öngörülebilir. Ancak kanundaki düzenleme, şirketin halka açık olup olmamasını değil, esas sermayesini dikkate almaktadır. Kurumsal yönetimin son 20 yılda, özellikle 2000'li yılların başından itibaren telaffuz edilmeye ve global çapta

⁴⁷ Hukuk ve ekonomi öğretisi jargonuyla durum açıklanmak istenirse, sözleşmeli avukat bulundurmaya ilişkin olarak piyasa aksaklığının (*market failure*) bulunmadığı, bu nedenle giderilmesinde toplumun geneline fayda sağlayabilecek bir yararın (kamu yararının) söz konusu olmadığı, daha ziyade burada bir lobi faaliyetinin olduğu ve düzenleme tuzağına (*regulatory capture*) benzer bir durumun yaşandığı anlaşılmaktadır. Düşüncemize göre hukuk ve ekonomi öğretisi; şirketlerin hukuk işlerinin akıbetine ilişkin olarak sözleşmeli avukatların fayda-maliyet analizi yapabileceklerini, bu sayede şirketlere belli katkılarının olabileceğini, sözleşmeli avukat bulundurmaya zorunlu hale getiren bir yasal düzenlemenin de bu bağlamda şirketlerde avukatlara daha yaygın görev verilmesine imkan vereceğini kabul etmekle birlikte, son tahlilde sözleşmeli avukatla çalışmaya ilişkin yasal bir zorunluluğun getirilmemesini ve bu kararı şirket sahiplerinin kendilerinin vermesini, zira burada sosyal maliyetlerin aşgariye indirilmesi açısından çözüme kavuşturulması zorunlu bir piyasa aksaklığının olmadığını öne sürecektir.

bir ivme kazanmaya başladığı,⁴⁸ buna karşın söz konusu yükümlülüğün 2001 yılında getirilmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kanundaki kriterin esas sermaye yerine halka açıklık olarak güncellenmesi düşünülebilir.

V. SÖZLEŞMELİ AVUKAT BULUNDURMA ZORUNLULUĞUNA YAPILABİLECEK İTİRAZLAR

İlk kez 2001 yılında mevzuata eklenen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, 2008 yılında Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinde yapılan değişiklikle son halini almıştır. Bunca yıldır mevzuatta bulunan bu hüküm, uzun bir süre uygulama alanı bulmamış, bu yükümlülüğe tabi pek çok anonim şirket sözleşmeli avukatla çalışma yoluna gitmemiştir. Durum böyle olunca, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun "ölü doğmuş" bir hükümden öteye gitmediğine ilişkin yorumlar yapılmıştır. Ancak 2016 yılı sonu ve 2017 yılı başından itibaren Türkiye çapında çeşitli barolar tarafından söz konusu zorunluluğun yerine getirilip getirilmediği denetlenmeye başlanmıştır. Denetimlerin artmaya başlamasıyla birlikte konu kamuoyunun dikkatini çekmiş, yazılı basında da kendisine sıkça yer bulur hale gelmiştir. Gerçekten kanunda ve yönetmelikte sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun mevcut düzenleniş biçimi değerlendirildiğinde, bu yükümlülüğün pek çok açıdan tartışmalı noktalarının bulunduğu görülmektedir.

Öncelikle anonim ve kooperatif şirketlere zorunlu olarak bir avukat bulundurma yükümlülüğünün getirilmesi, Anayasa'da güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün ihlaline yol açabilir. Bunun dışında, uygulamanın yalnızca esas sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan anonim şirketler ile ortak sayısı 100 ve üzeri olan yapı kooperatifleri için olması ve hukuki iş ve davalarının sıklığı ile iş yükleri dikkate alınmadan tüm bu şirketlerin, tek tip bir ücreti sözleşmeli avukatlara ödemek zorunda kalmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilecektir. Ayrıca şirket avukatı bulunsa bile sırf ilgili yükümlülüğü yerine getirmek üzere serbest avukatlarla sözleşme yapılmak zorunda kalınması da eleştiri konusu olabilir. Buna ek olarak, ilgili düzenlemenin yalnızca avukatların lehine olduğu, şirketler açısından gereksiz yere bir mali yük getirdiği de sıkça dile getirilmektedir. Son olarak, denetimlerin keyfi yapılması, yalnızca bazı illerde veya bazı şirketler hakkında baroların konunun takipçisi olmasına da itiraz edilmektedir. Bu bölümde bu eleştiriler değerlendirilmektedir.

A. Sözleşme Özgürlüğünün İhlali

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinde anonim ve kooperatif şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün öngörülmesi sonucu söz konusu şirketler, ister hiç ihtiyaç duymasın ister duysun, hukuki iş ve

⁴⁸ Mallin (2015), s.15

davalarında kendilerine yardımcı olmak üzere bir sözleşmeli avukat ile çalışmak zorundadır.⁴⁹ Başka bir deyişle, Avukatlık Kanunu'nun ilgili hükmü, esas sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan anonim şirketler ile ortak sayısı 100 ve üzeri olan yapı kooperatiflerine, yükümlülüklerini yerine getirmek adına bir avukatla (veya avukatlık bürosuyla) sözleşme yapmaya zorlamaktadır. Buradan hareketle sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün, 1982 Anayasası'nın 48. maddesinde⁵⁰ düzenlenen sözleşme özgürlüğü karşısında sorunlara yol açabileceği ileri sürülebilir. Aşağıda incelendiği üzere, Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi aleyhine Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, ancak Yüce Mahkeme söz konusu hükmü Anayasa'nın 48. maddesine aykırı bulmamıştır.⁵¹

Ancak sözleşme özgürlüğünün ihlali iddiası, avukat bulundurma zorunluluğu getirilmesinin bizzat kendisiyle sınırlı değildir. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği ve yürürlükteki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca sözleşmeli avukata ödenecek ücretin asgari tutarı da kanunen belirlenmiştir. Başka bir deyişle, anonim ve kooperatif şirketlerde bulundurulması zorunlu olan sözleşmeli avukata şirketin ödeyeceği ücret için de uyulması zorunlu bir tarife bulunmaktadır. Burada aslında taraflar arasında yapılmış bir sözleşme olsa da sözleşme konusu edimin bedeli sözleşme ilişkisi çerçevesinde değil, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri uyarınca belirlenmiştir. Yani hem sözleşmeli avukat bulundurma zorunlu tutulmakta, hem de bu avukata ödenecek asgari ücret TBB tarafından belirlenmektedir. Bu ücretin altında bir ücret kararlaştırılması durumunda ise yukarıda incelendiği üzere avukatın disiplin sorumluluğu doğacak, ancak sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü yine de yerine getirilmiş olacaktır.

⁴⁹ Belirtmek gerekir ki sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, ilgili anonim şirketin tüm hukuki iş ve davalarının o avukat tarafından yapılması veya takip edilmesi anlamına gelmemektedir. Sözleşmeli avukat bulundurmak yasal bir zorunluluk iken, davalarda ilgili avukatın şirketi temsil etmesi yasal bir zorunluluk değildir. Başka bir deyişle, şirketi temsile yetkili olan yönetim kurulu üyesi veya üyeleri ya da murahhas üyenin, şirketin bir sözleşmeli avukatı olmasına rağmen şirket adına dava açma ve bu davalarda taraf sıfatına sahip olma imkanı her zaman bulunmaktadır. Bu nedenle sözleşmeli avukat için anonim şirketin hukuki iş ve davalarında şirkete "yardımcı olmak" ibaresinin kullanımı, şirketi "temsil etmek" ibaresine göre daha isabetli olacaktır.

⁵⁰ 1982 Anayasası'nın 48. maddesi uyarınca "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir...*" ilgili maddede hem çalışma özgürlüğü, hem de sözleşme özgürlüğü düzenlenmiştir. Çalışma özgürlüğü, gerçek ve tüzel kişilerin dilediği alanda çalışma veya çalışmama serbestisidir. Sözleşme özgürlüğü ise kişilerin dilediği kişilerle, dilediği konularda ve dilediği şartlarda sözleşme yapma serbestisidir. Çalışma ve sözleşme özgürlüğü, negatif statü hakları olup, devletin çalışmak veya sözleşme yapmak isteyen ya da istemeyen kişilere engel olmaması halinde gerçekleşecektir. GÖZLER, K. (2016) *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 20. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa, s.154. Ayrıca bkz. TIRYAKI, R. (2008) *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.121 vd.

⁵¹ Bkz. aşağıda "VI. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu".

Diğer tarifelerde⁵² olduğu gibi Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde de ücretin (fiyatın), alınan hizmete göre belirlendiği, bu doğrultuda avukatlara ödenecek ücretin, yapılan işe veya açılan davaya göre değiştiği görülmektedir. Başka bir deyişle, ödenen ücrete göre avukattan bir hizmet alınmaktadır. Serbest piyasa ekonomilerinde mal ve hizmetlerin fiyatlarının piyasa koşullarında arz ve talebe göre serbestçe belirlenmesi gerekirken devletin hala belli mal ve hizmetler için resmi fiyat tarifeleri düzenlemesinin ne derece isabetli olduğu tartışması bir yana,⁵³ burada ödenen ücrete göre hizmet alma durumu dahi söz konusu değildir. Sözleşmeli avukat için TBB tarafından tespit edilen asgari ücret, bu avukat şirkete herhangi bir hizmet vermese, yani şirket lehine herhangi bir iş takip etmese veya dava açmasa bile yasa gereği ödenmek zorundadır. Yani ortada sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ek olarak bir de sözleşmeli avukata zorunlu olarak ödenecek bir asgari ücret bulunmaktadır.⁵⁴ Bu durum ise aşağıda incelenen Anayasa Mahkemesi

⁵² Ülkemizde fiyat (ücret) tarifeleri, yalnızca avukatlık hizmetleri için söz konusu değildir; serbest meslek faaliyeti kapsamında sunulan hizmetlerin fiyatlandırılmasında asgari fiyat tarifelerinden sıkça yararlanılmaktadır. Buna ek olarak, esnaf ve sanatkârlar ile ticaret odaları gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından ekmekten ulaşıma, saç kesiminden kuru temizlemeye kadar pek çok mal ve hizmet için de azami fiyat tarifeleri bulunmaktadır.

⁵³ Eski zamanlardaki ahilik geleneğini andıran ve lonca örgütlenmesinin günümüzdeki karşılığına denk gelen odalar ile odaların hazırladıkları fiyat tarifelerinin, her ne kadar ülkemizde serbest piyasa ekonomisinin gerekleriyle birlikte aynı anda varlığını koruduğu söylenebilir. Fiyat tarifelerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle Rekabet Kurulu'nun (RK) önüne taşındığı görülmektedir. RK'nın TBB, Türkiye Esnaf ve Sanatkârları Konfederasyonu, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Türk Eczacılar Birliği, Türk Tabipler Birliği, Türk Dişhekimleri Birliği, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği gibi çeşitli kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının hazırladıkları fiyat tarifelerinin 4054 sayılı Kanun'a aykırılık oluşturduğu iddiasını incelediği pek çok kararı bulunmaktadır. Bu kararlar incelendiğinde RK'nın, özellikle faaliyete başladığı ilk yıllarda fiyat tarifeleriyle mücadele etmeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Genel olarak bu kararlarda RK'nın, ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kuruluş kanunlarında kendilerine fiyat tarifesi hazırlama yetkisi ve görevi veren bir düzenleme olup olmadığına baktığı, böyle bir düzenlemenin bulunması halinde de 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem yap(a)madığı ve rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabileceğini düşündüğü bu tarz düzenlemelerin ilgili mevzuattan kaldırılması için Meclis, Başbakanlık ve ilgili Bakanlığa 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (g) bendi çerçevesinde görüş yazısı gönderilmesine karar verdiği görülmektedir. ÖZKAN, A.F. (2009) "Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları", *Rekabet Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 3, s.172-180. Her ne kadar fiyat tarifeleriyle mücadele RK'nın yetkilerini aşıyorsa da bu durum, literatürde de ifade edildiği üzere, uyulması zorunlu resmi ücret tarifelerinin, "ülkemizde en fazla rastlanan" ve "rekabete en çok zarar veren rekabet kısıtlamaları" olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. ÖZDEN, M. (2004) *Profesyonel Meslek Birlikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 60, Ankara, s.57 ve 68.

⁵⁴ Anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yasal dayanağı

kararında ele alınmamıştır. Bu açıdan sözleşme özgürlüğünün ihlali iddiasının halen geçerliliğini koruduğu ileri sürülebilir.

B. Eşitlik İlkesine Aykırılık

Yukarıda incelendiği üzere Avukatlık Kanunu, anonim şirketlere ve yapı kooperatiflerine sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu getirmektedir. Her ne kadar sözleşmeli avukat bulundurmakla yükümlü olan tek iki şirket türü anonim ile kooperatif şirketler olsa da, TTK'da "kollektif şirket", "komandit şirket", "sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket" ve "limited şirket" de yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki burada eşitlik ilkesine aykırılıkla ifade edilmek istenen, söz konusu yükümlülüğün adı geçen diğer şirket türleri için benimsenmiş olmaması değildir. Yani diğer şirket türlerinde, örneğin limited şirketlerde, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu olmadığından bahisle bunun TTK'da düzenlenen ticaret şirketleri arasında eşitliğe aykırı sonuçlar doğurduğundan söz etmek mümkün değildir. Zira ortak sayısı, asgari sermaye oranı, sorumluluğun sınırı, yönetim ve temsil, halka açıklık, kurumsal yönetim ilkeleri, vergi mükellefiyeti gibi pek çok açıdan anonim şirketler ile diğer şirket türleri arasında farklılıklar olduğu açıktır.

Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesi olup, bu husus konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Sözleşmeli avukatlar için ödenecek ücretin TBB tarafından belirlenmesinin yasal dayanağı ise eskiden tartışmalı idi. TBB'nin avukatlar için Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hazırladığı ve söz konusu tarifede her yıl sözleşmeli avukatlara ödenecek asgari ücreti de kendisinin belirlediği, bu uygulamanın rekabeti sınırlayıcı etki doğurduğu ve 4054 sayılı Kanun'a aykırılık oluşturduğu gerekçeleriyle RK'ya başvurulmuştur. Başvuruyu inceleyen RK, Avukatlık Kanunu ile TBB'ye açıkça asgari ücret belirleme yetkisi verildiğinden, kendisine yapılan şikayete ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında "*yapılacak herhangi bir işlem bulunma[dığını]*" belirtmiştir. Sözleşmeli avukatlar için de asgari ücretin belirlenmesine ilişkin olarak ise RK, Avukatlık Kanunu'nun TBB'ye asgari ücret düzenleme yetkisi verdiğini kabul etmekle birlikte, sözleşmeli avukatlara ödenecek ücretlerin TBB tarafından belirlenmesini, "*kanunla kendisine tanınan yetkinin aşıl[ması]*" olarak nitelendirmiştir. RK, sözleşmeli avukatlara ödenecek ücreti belirlemek noktasında TBB'in yetki aşımı yaptığını, ama en başta fiyat belirleme yetkisinin bizatihi kendisininin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak RK, "*1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. ve 168. maddeleri ile verilen yetki kapsamında Türkiye Barolar Birliğinin asgari ücret tarifeleri belirlemesinin rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin bulunması ve ilgili Kanun hükümleri ile 4054 sayılı Kanun'un arasında ihtilaf olması nedeniyle, aynı Kanun'un 27 (g) ve 30 (f) maddeleri çerçevesinde yasal düzenlemede değişiklik talebi ile TBMM, Başbakanlık ve ilgili Bakanlık nezdinde girişimlerde bulunulmasına*" karar vermekle yetinmiştir (13.11.2003 tarih ve 03-73/876(a)-374 sayılı Türkiye Barolar Birliği kararı). Belirtmek gerekir ki RK'nın söz konusu kararı 2003 tarihli olup, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'ne 2008 yılında eklenen 73/A maddesinde, "*[s]ürekli avukatlık hizmeti içeren çalışma şekillerinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanununa ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine uygun, yazılı sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi düzenlenmesi zorunludur*" denilmek suretiyle sözleşmeli avukatlara da asgari ücret ödenmesi yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

Eşitlik ilkesine aykırılık, anonim şirketlerin bizzat kendileri arasındaki farklılıklar açısından tartışılabilir. Başka bir deyişle, farklı sermaye miktarları ve yapılarına sahip anonim şirketler açısından oluşan farklı durumlar eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilecektir. Yukarıda ifade edildiği üzere sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, tüm anonim şirketler için değil, yalnızca esas sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan anonim şirketler için geçerlidir. Bu açıdan sermaye miktarı esas alınarak anonim şirketler arasında farklılık yaratıldığından, esas sermayesi 250.000 TL'den az ve fazla olan anonim şirketler açısından farklı hukuki sonuçlar doğmaktadır. Üstelik pratikteki sonuçları bu kadar önemliyken, bu rakamın hangi ekonomik veya rasyonel gerekçeyle 250.000 TL (asgari esas sermaye tutarının beş katı veya daha fazla) olarak belirlendiği, örneğin neden 100.000 TL (asgari esas sermaye tutarının iki katı) veya 1.000.000 TL ve üzeri (asgari esas sermaye tutarının on katı) olmadığı bilinmemektedir. Buradan hareketle söz konusu miktarın “kabaca” belirlenen bir asgari tutar olduğu anlaşılmaktadır.

Sermaye miktarı kadar, sermaye sistemi de sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun tayininde belirleyici olmaktadır. Bu doğrultuda sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan her anonim şirket değil, yalnızca esas sermaye sistemine sahip anonim şirketler düzenlemenin kapsamındadır. Başka bir deyişle, asgari sermaye tutarı başlı başına bir hüküm ifade etmemekte olup, yalnızca esas sermaye sistemine sahip anonim şirketler sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle esas sermaye sistemine sahip anonim şirketler ile kayıtlı sermaye sistemine sahip anonim şirketler arasında eşit olmayan bir durum yaratılmıştır. Belirtmek gerekir ki sırf sermaye sisteminin farklı olması, anonim şirketlerin tabi olduğu TTK'daki diğer hükümler dikkate alındığında pratikte fazla bir farklılık yaratmamaktadır. TTK uyarınca kayıtlı sermaye sisteminin şirketin sermayesini arttırmada sağladığı esnekliğin, avukat bulundurma zorunluluğu açısından nasıl farklı bir hukuki düzenlemeye yol açtığı objektif gerekçelerle açıklanamamaktadır.⁵⁵

Ayrıca kayıtlı sermaye sistemine ek olarak, TTK dışında diğer mevzuatta düzenlenen farklı sermaye türleri de bulunmaktadır. Örneğin Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili ikincil mevzuat uyarınca anonim şirket şeklinde kurulacak yatırım ortaklıkları, “değişken sermaye”⁵⁶ sistemine sahip

⁵⁵ Burada tek ihtimalin yukarıda açıklandığı üzere Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin 2008 yılında kanuna eklenmesine karşın, esas sermaye sistemine ek olarak kayıtlı sermaye sistemini halka açık olmayan anonim şirketler için de uygulanabilir hale getiren 6102 sayılı yeni TTK'nın 2012 yılında yürürlüğe girmesidir.

⁵⁶ Sermaye Piyasası Kanunu'nun 50(1). maddesinde değişken sermayeye (*veränderliches Kapital*) ilişkin olarak “[d]eğişken sermayeli yatırım ortaklıkları, sermayesi her zaman net aktif değerine eşit olan yatırım ortaklıklarıdır” hükmü yer almaktadır. Konuyla ilgili daha detaylı bir hüküm ise Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği'nin (Seri

olabilecektir. Sermayenin her zaman şirketin net aktif değerine eşit olduğu sermaye türünü ifade eden değişken sermaye, tıpkı “sabit sermaye”⁵⁷ gibi, Avukatlık Kanunu’ndaki düzenlemede yer almamaktadır. Üstelik değişken sermayeli yatırım ortaklıklarının en az 2.000.000 TL ile kurulmaları yasal bir zorunluluktur.⁵⁸ Buradan çıkan tuhaf sonuç ise esas sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurmaları zorunluymak, başlangıç sermayesi 2.000.000 TL olan ve belli bir süre sonra bu tutarı en az 4.000.000 TL’ye arttırmaları zorunlu olan,⁵⁹ üstelik anonim şirket şeklinde kurulan yatırım ortaklıklarının bu yükümlülüğe tabi olmamasıdır. Bu örnek, salt sermaye kriteri esas alınarak yapılan bu düzenlemenin uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceğini göstermektedir.

Eşitlik ilkesiyle yakından ilgili başka bir itiraz ise Avukatlık Kanunu’ndaki düzenlemenin anonim şirketlerin hukuki iş ve davalar açısından iş yükünü dikkate almadan, tek tip bir düzenleme olma özelliği taşımasıdır. Bu bağlamda sözleşmeli avukattan sadece bir kez danışmanlık hizmeti alan veya açılmış bir davada temsil edilen bir şirket ile sözleşmeli avukata pek çok iş yaptırılan, ondan çok daha fazla yararlanan şirketler aynı yükümlülüğe tabi tutulmaktadır. Yine yukarıda değinildiği üzere sözleşmeli avukata ödenecek ücret özel hukuk sözleşmesi aracılığıyla değil de TBB tarafından asgari olarak belirlendiği için,

III-48.5) 41(1). maddesinde bulunmaktadır. Buna göre “[d]eğişken sermayeli ortaklık, sermayesi her zaman net aktif değerine eşit olan, Kanun hükümleri uyarınca aşağıda belirtilen varlıklar ve araçlardan oluşan portföyü işletmek amacıyla anonim ortaklık şeklinde kurulan ve bu Tebliğde izin verilen diğer faaliyetlerde bulunabilen sermaye piyasası kurumudur.” Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere her ne kadar ilgili mevzuatta değişken sermaye tanımlanmamışsa da, “değişken sermayeli yatırım ortaklıkları”nın tanımından değişken sermaye hakkında bilgi sahibi olunabilmektedir. Buna göre değişken sermaye, sermayenin her zaman şirketin net aktif değerine eşit olduğu sermaye türüdür. Bilgi için bkz. NOMER ERTAN, F. (2013) “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı”, İÜHFM, Cilt: 71, Sayı: 2, s.131-144.

⁵⁷ Sabit sermaye (*konstantes Kapital*), yatırım ortaklıkları açısından değişken sermaye sisteminin alternatifidir. Buna göre değişken sermayeli olmayan yatırım ortaklıkları, sabit sermaye sistemine göre kurulacaktır. Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği’nin 4. maddesi uyarınca sabit sermayeli yatırım ortaklığı, “...belirtilen varlıklar ve araçlardan oluşan portföyü işletmek amacıyla anonim ortaklık şeklinde ve kayıtlı sermaye esasına göre kurulan ve Kanununun 48 inci maddesinde sınırı çizilen faaliyetler çerçevesinde olmak kaydı ile bu Tebliğde izin verilen diğer faaliyetlerde bulunabilen sermaye piyasası kurumudur.” Bu düzenlemeden görüldüğü üzere sabit sermaye sistemi, kayıtlı sermaye sisteminden farklı bir sistem değildir.

⁵⁸ Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği m.45(1)(c).

⁵⁹ Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği’nin 45(1)(b) maddesi uyarınca değişken sermayeli yatırım ortaklığı kurabilmek için, diğerleri meyanında, kurucuların ortaklığın net aktif değerini, tebliğde belirtilen süre ve esaslar dahilinde yatırımcı payları ihracıyla asgari olarak 4 milyon TL’ye artıracaklarını SPK’ya taahhüt etmiş olması gerekmektedir.

sözleşmeli avukatlarından tek bir kez hizmet alan şirketler de, pek çok kez hizmet alan şirketler de aynı, tek tip ücreti ödemek durumunda kalmaktadır. Parça başına ücret gibi bir durum da mümkün olmadığından, düzenlemenin bu açıdan da hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabildiği anlaşılmaktadır. Tüm bu nedenlerle, Avukatlık Kanunu'ndaki düzenlemenin, pek çok açıdan aynı hükümlere tabi olan ancak farklı sermaye yapılarına sahip anonim şirket örnekleri açısından farklı hukuki sonuçlara yol açması nedeniyle "nispi eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturduğu söylenebilir.⁶⁰

C- Şirket Avukatı Bulunan Şirketlerin Yükümlülüğü Yerine Getirmemiş Sayılması

Yukarıda sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu bağlamında "sözleşme" ile kastedilenin Avukatlık Kanunu anlamında avukatlık sözleşmesi mi, yoksa İş Kanunu uyarınca iş sözleşmesi mi olduğu konusunda duraksama yaşanabileceği, ancak Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin açıkça Avukatlık Kanunu'na gönderme yaparak bu bağlamda avukatlık sözleşmesine işaret ettiği, ayrıca söz konusu yönetmelikteki maddelerde kullanılan sözcük seçimi de dikkate alındığında serbest avukatların kastedilmiş olduğu, bu nedenle anonim ve kooperatif şirketlerin bulundurmamak zorunda olduğu avukatın serbest avukat olduğu, yoksa şirket bünyesinde iş sözleşmesiyle çalışan şirket avukatı olmadığı, dolayısıyla sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere anonim şirketlerin, Türkiye'nin herhangi bir yerindeki bir baroya kayıtlı bir avukat veya avukatlık bürosu ile sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi yapması gerektiği, şirket bünyesinde bir avukat bulunsa bile bu yükümlülüğün yerine getirilmiş olmayacağı açıklanmıştır.

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna getirilebilecek en önemli eleştirilerden biri de şirketlerin halihazırda bir şirket avukatı istihdam

⁶⁰ Hukukta tanımlaması en zor olan kavramlardan biri olan eşitlik, genellikle farklı türleri üzerinden açıklanmaya çalışılmaktadır: "mutlak eşitlik" ve "nispi eşitlik". Mutlak eşitlik ile kastedilen, kişisel ve özel durumlarına bakılmaksızın, hukuk kurallarının herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Burada kişiler arasında dil, din, mezhep, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce vs. dikkate alınmaksızın eşit davranılması ve ayrımcılık yapılmaması söz konusudur. Nispi eşitlik ise aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme, farklı durumda olanların ise farklı işlemlere tabi tutulması anlamına gelmektedir. Nispi eşitlik anlayışına göre eşit olmayanların farklı kurallara tabi olması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında nispi eşitlik ilkesine vurgu yaptığı bilinmektedir. Bkz. Gözler (2016), s.99. Buradan hareketle tüm ticaret şirketleri açısından bir düzenleme yapmak, bu düzenleme mutlak eşitlik anlamına geleceğinden, hukuken zorunlu değildir. Uygulamanın yalnızca anonim şirketlerle (ve yapı kooperatifleriyle) sınırlı olması ilk bakışta nispi eşitlik ilkesine uygun gibi görünse de, anonim şirketlerin farklı sermaye sistemlerine sahip olabilmeleri ve bu durumun yaratacağı farklılıklar dikkate alındığında, yalnızca anonim şirketler için bile böyle bir zorunluluk getirmek hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

etmelerine rağmen, serbest avukatla sözleşme yapmadıkları sürece Avukatlık Kanunu'nda öngörülen yükümlülüğü yerine getirmemiş sayılmalarıdır. Yasada hangi gerekçeyle şirket avukatlarının kabul edilmediği, illa serbest avukatlarla, üstelik kapsamı ve ücreti önceden belirlenmiş şekilde avukatlık sözleşmesi yapılmasının zorunlu tutulduğu bilinmemektedir. Belirtmek gerekir ki serbest avukatlara oranla şirket avukatlarının şirketin iç işleyişi ve karşılaştığı hukuki sorunlar hakkında çok daha fazla bilgi sahibi olduğu, bu doğrultuda şirketin hukuki iş ve davalarında daha hızlı ve etkin müdahalelerde bulunabileceği açıktır. Durum böyle olmakla birlikte, şirketin işleyişinden çoğu zaman bihaber olan ve ancak şirketin kendisine verdiği bilgi ve belgelerle sınırlı olarak şirkete hukuki iş ve davalarında yardımcı olabilecek serbest avukatlarla şirketlerin sözleşme yapılmak zorunda bırakılması, pek çok kişi tarafından kabul edilemeyecek bir çelişkidir.

Burada değinilebilecek bir husus da Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 73/B maddesinde yer alan "serbest meslek makbuzu" ibaresine "veya" bağlacı ile bağlanan "*bordro örnekleri*" ibaresinin nasıl yorumlanması gereğidir. Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğü bağlamında serbest meslek makbuzu, şirketlere sürekli avukatlık hizmeti veren serbest avukatların bu hizmet karşılığı her ay düzenleyip ilgili şirkete gönderdiği vesikadır.⁶¹ Yukarıda da ifade edildiği üzere yalnızca serbest avukatlar, serbest meslek makbuzu edinebilir ve düzenleyebilir. Haliyle bir bürosu ve vergi kaydı bulunmadığından şirket avukatlarının serbest meslek makbuzu düzenlemesi söz konusu değildir. Buna rağmen, ilgili maddede "*bordro örnekleri*" ibaresinin kullanılması düşündürücüdür. Zira şirket avukatları, anonim şirketin bordrolu çalışanları olduğundan şirket tarafından maaşlarını gösterir bordro düzenlenmektedir.⁶² Serbest avukatların bordrosunun olması mümkün değildir.

İlgili maddede geçen bu ibare, şayet şirket avukatlarının da serbest avukatlar gibi sözleşmeli avukat olabilmesine örtülü olarak (zımnen) izin verildiği şeklinde yorumlanmak istenirse, bu kadar önemli bir hususun neden yasada veya yönetmelikte hiçbir tereddüte yer vermeyecek biçimde ifade edilmediği ve akıbetinin neden yorum yöntemlerine bırakıldığı sorularına da tatmin edici bir yanıt verilmesi gerekecektir. Kaldı ki Avukatlık

⁶¹ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 236. maddesi gereği serbest meslek mensupları, "*mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha serbest meslek makbuzu tanzim etmek ve bir nüshasını müşteriye vermek, müşteri de bu makbuzu istemek ve almak mecburiyetindedir.*"

⁶² VUK'un "Ücret bordrosu" başlıklı 238. maddesi işverenlerin, işçilerine her ay ödedikleri ücretler için ücret bordrosu tutmak zorunda olduklarını hükme bağlamıştır. Buradan hareketle bir anonim şirket bünyesinde iş sözleşmesiyle çalışan avukatlar için şirketin ücret bordrosu hazırlaması yasal bir zorunluluktur. Ücret bordrosunun onaylı bir örneğinin avukata verilmesi durumunda da "bordro örneği"nden söz edilecektir.

Kanunu Yönetmeliği'nin 73/B maddesinin gerekçesinde bu yönde herhangi bir açıklamaya yer verilmediği ve söz konusu yönetmeliğin 73/A, 73/C ve 73/D maddelerinin de şirket avukatlarını içerir biçimde kaleme alınmadığı ortadadır. Her ne kadar “*bordro örneği*” ibaresi şirket avukatlarını çağırıştırır bir ibare olsa da, düşüncemize göre mevcut düzenleme uyarınca şirket avukatı bulundurma söz konusu yükümlülüğü yerine getirmek üzere yeterli olmayacaktır. Uygulamadan görüşlerin de ağırlıklı olarak bu yönde olduğu görülmektedir.⁶³ Güncel bir gelişme olarak İstanbul Barosu, şirketlere yolladığı uyarı yazılarında şirketin “sigortalı çalışan” avukatını da yeterli gördüğünü ima etmiştir.⁶⁴

D. Düzenlemenin Sadece Avukatların Lehine Olması

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna yapılan diğer bir itiraz da söz konusu düzenlemenin yalnızca avukatların lehine olduğu, anonim şirketler açısından gereksiz yere şirkete bir mali yük getirdiğidir. Öncelikle anonim şirketler için gerek TTK'da, gerekse TTK dışındaki mevzuatta pek çok yükümlülük bulunmaktadır. Bu yükümlülükler arasında bazılarının yerine getirilmesinin şirkete herhangi bir menfaati bulunmamaktadır. Örneğin vergi mükellefi olmak anonim şirketler açısından Anayasal bir yükümlülüktür

⁶³ EFENDİOĞLU ÇİÇEK, E. (2017) “Anonim Şirketlerde Avukat Bulundurma Zorunluluğu”, Milas'ın Gazetesi Önder 5 Nisan 2017, <http://www.milasonder.com/kose-yazisi/739/anonim-sirketlerde-avukat-bulundurma-zorunlulugu.html> (Erişim tarihi: 24.06.2017) (“Anonim şirket bünyesinde İş Kanunu hükümleri uyarınca çalışan avukatlar sözleşmeli avukat sayılmadığından, bu düzenlemenin dışında kalmaktadırlar. Anonim şirketin daimi çalışan bir avukatının bulunması da bu bağlamda anonim şirketi idari para cezası ödemekten kurtarmayacaktır.”); Kaynak: <http://www.avukatlar.info/sirketlere-ve-kooperatiflere-avukat-bulundurma-zorunlulugu> (Erişim tarihi: 24.06.2017) (“Avukat bulundurma zorunluluğundan maksat sigortalı ve kadrolu çalıştırmak değil, bir avukat ile avukatlık sözleşmesi yapmak ve ücretini ödüyor olmaktır... anonim şirketlerin... bir avukat ile sözleşme imzalamış olmaları ve bunu kesilen avukatlık serbest meslek makbuzu ile belgelendirmeleri gerekmektedir.”); Kaynak: <http://cetinhukukburosuna.net/index.php?route=product/category&path=85> (Erişim tarihi: 24.06.2017) (“Söz konusu hükümdede özellikle ‘sözleşmeli bir avukat’tan bahsedilmiştir. Dolayısıyla anonim şirket bünyesinde İş Kanununa göre sigortalı olarak çalışan avukatlar bu kapsama girmeyecektir.” Aksi bir görüş için ise bkz. ERASLAN, H. (2017) “Anonim şirketler için avukat bulundurma zorunluluğu”, SuperHaber 6 Eylül 2017, <http://www.superhaber.tv/asler-icin-avukat-bulundurma-zorunlulugu-77302-makale> (Erişim tarihi: 31.10.2017) (“[K]anunun bütününe, bazı anonim şirketler için getirilen zorunluluğun kapsamına ve amacına bakıldığında, pek tabii ki şirket bünyesinde İş Kanununa göre sigortalı olarak çalışan avukat bulundurma zorunluluk yerine getirilmiş olacaktır... ister bağımlı ister bağımsız çalışan avukat olsun, kanaatimizce yükümlülük yerine getirilmiş olacaktır.”).

⁶⁴ Kaynak: “Avukat Bulundurma Yükümlülüğüne Uymayan Şirketler İçin Savcılıklara Başvurulacak” <http://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=12695> (Erişim tarihi: 31.10.2017).

(m.73) ve bu yükümlülüğün şirketin lehine olup olmadığı tartışması anlamsızdır. Bununla birlikte, bazı yükümlülüklerin ise anonim şirketlerin de lehine olabileceği ileri sürülebilir. Örneğin TTK'daki internet sitesi oluşturma yükümlülüğü düşünüldüğünde, şirket açısından yine zorunlu bir hizmet alımı söz konusudur,⁶⁵ ancak bunun sonucunda şirket kendisine ait bir internet sitesine sahip olmaktadır. Buradaki yükümlülüğün yerine getirilmesi için şirketin katlandığı maliyetin, şirkete geri dönme potansiyeli bulunmaktadır: internet sitesiyle birlikte şirket belki de daha çok tanınırlık elde edecek, daha fazla mal veya hizmet satacak, büyüyecek ve yeni pazarlara yönelebilecektir.

İnternet sitesi oluşturma yükümlülüğünün, anonim şirketin kendisi dışında kamuya da yararı bulunmaktadır. İnternet sitelerinde açıklayacakları bilgiler sonucu şirketlerin mesela ortaklık yapıları, organizasyon şemaları, faaliyet alanları, üretim sattıkları mal veya hizmetleri, kampanyaları, iletişim bilgileri vs. kamuoyu tarafından kolayca öğrenilebilecektir. Buna ek olarak, örneğin bir anonim şirkete karşı dava açmak isteyen bir kişi, söz konusu şirketin internet sitesinden ticaret unvanına ve yerleşim yeri bilgilerine ulaşabileceğinden, dava dilekçesinde taraf sıfatını (husumet) doğru olarak belirtebilir, böylece davası husumet yönünden reddedilmez ve bundan doğabilecek yargılama giderleri ile vekalet ücreti üzerinde kalmaz. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunda ise böyle bir durum söz konusu değildir. Sözleşmeli avukatın ne şirkete, ne de kamuya doğrudan bir yararı bulunmaktadır. Hukuki yardıma ihtiyacı olduğunda şirket, her zaman bir avukata vekalet verebilir. Bunun için avukatın sürekli olarak şirketle sözleşmesi olması gerekmez. Ayrıca şirket, istediği ücret üzerinden avukat ile anlaşabilmelidir; hizmetlerinden hiç yararlanmasa bile sırf yükümlülüğü yerine getirmek için avukata her ay ücret ödemek zorunda olmamalıdır.

Bu doğrultuda sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun, anonim şirketlerden çok avukatların lehine olduğu ortaya çıkmaktadır. Denetimlerin artmasıyla birlikte; şirket sahipleri, sanayi ve ticaret odaları temsilcileri

⁶⁵ İnternet sitesi oluşturma yükümlülüğünün düzenlendiği TTK'nın 1524. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "[TTK] 397 nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca denetime tabi olan sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır". Aynı maddenin 6. fıkrasına göre ise "[i]nternet sitesiyle ilgili olarak bu Kanunun ilgili maddelerinde ve bu maddede öngörülen düzenlemeler denetime tabi olmayan sermaye şirketleri hakkında uygulanmaz." Bu fıkralar birlikte yorumlandığı takdirde, internet sitesi oluşturma yükümlülüğünün yalnızca bağımsız (dış) denetime tabi anonim şirketler (örneğin bankalar, sigorta şirketleri, finansal kiralama şirketleri, factoring şirketleri vb.) için olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu yükümlülük tüm anonim şirketler için değil, yalnızca bağımsız denetime tabi olanlar için öngörülmüştür. Başka bir deyişle, burada Avukatlık Kanunu'nun aksine esas sermayenin beş katı olma kuralı bulunmamaktadır.

başta olmak üzere toplumun pek çok kesiminden eleştiri ve tepkilerin gelmeye başladığı görülmektedir. Ankara Ticaret Odası Başkanı hukuki uyuşmazlıkların daha doğmadan kaynağında çözülmesi amacıyla getirildiğini belirttiği bu zorunluluğun uygulamada sadece şekil şartı haline gelerek amacından uzaklaştığını vurgulamış ve uygulamaya tepkisini “*Bankamatik avukat istemiyoruz!*” şeklinde göstermiştir.⁶⁶ Yine Antalya Organize Sanayi Bölgesi Başkanı sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin olarak “*Herkesin eli sanayicinin cebinde!*” demiş,⁶⁷ Antalya Ticaret Odası Başkanı zorunluluğu “*Sorma ver parası*” olarak nitelendirmiş⁶⁸ ve Kayseri Ticaret Odası Başkanı ise “*Böyle bir mantığın kabul edilmesi mümkün değildir!*” yorumunda bulunmuştur.⁶⁹ Bazı mali müşavirlerce zorunluluğun, “*art niyetli*

⁶⁶ Ankara Ticaret Odası Başkanı konuyla ilgili şunları söylemiştir: “*Bu düzenleme bankamatik avukatlar dönemini başlattı... Bankamatik avukatlar şirketlerimize sadece ek yük getiriyor... Hiçbir davası, ihtilaflı olmayanlara avukat zorunluluğu anlamsız yük oluşturuyor... Üyelerimiz zaten hukuki konularda ihtiyaçları varsa avukatlarla çalışıyor... Bu uygulama sözleşmeli avukatlar dışında kimseye fayda getirmiyor... Bizler sanal istihdam değil gerçek istihdam yaratma derdindeyken bize bu tür yükleri getirmenin bankamatik avukatlar dışında kimseye bir faydası yok... Devletimizin mevzuatta değişikliğe giderek, on binlerce anonim şirketi ve kooperatifi yakından ilgilendiren bu sorunu çözmesini bekliyoruz.*” Kaynak: “*İş dünyası bankamatik avukat istemiyor!*” <https://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=4032&l=1>; “*ATO bankamatik avukat istemiyor*” <https://www.dunya.com/ekonomi/ato-bankamatik-avukati-istemiyor-haberi-352875> (Erişim tarihi: 07.07.2017).

⁶⁷ Antalya Organize Sanayi Bölgesi Başkanı şunları kaydetmiştir: “*Sanayici 300 bin lira gibi bir rakamla karşı karşıya... 40-50 sanayicimize geriye dönük yüklü miktarda ceza geldi... Birileri gidiyor Ankara’da lobi yapıyor. Lobinin cezasını iş adamı cebinden çekiyor. Biz buna itiraz ediyoruz. Herkesin eli bizim cebimizde... Avukatlarımız zaten var, öyle ya da böyle bir yardım alma ilişkileri var. Ama bu adrese teslim iş oluşturma metodu. Bunların olmaması gerekiyor. Bu doğru bir hukuk sistemi değil... Yılda 2 kere gördüğümüz kişiye her ay para mı vereceğiz? Ücrette ayda bin 500 lira para ödeyeceksiniz, hiç gelmeyecek belki hiç iş yapamayacak ama parasını alacak. Bu olabilecek bir şey midir?... Bu dayatmayla istihdam yaratma konusudur.*” Kaynak: “*9 yıl geriye dönük avukat cezaları Antalyalı sanayicileri çileden çıkardı*” <http://www.malatyagercek.com/genel/9-yil-geriye-donuk-avukat-cezaları-antalyalı-sanayicileri-çileden-çıkardı-h1375029.html> (Erişim tarihi: 07.07.2017).

⁶⁸ Antalya Ticaret Odası Başkanı konuyla ilgili şu görüşlere yer vermiştir: “*Normal koşullarda baktığımızda bugün ihtiyaç olup olmadığına bakılması gerekiyor. Kaldı ki zaten pek çok şirketin birlikte çalıştığı avukatlar bulunmakta. Sözleşmeli avukat sistemi ile birlikte tüm işlemler tek avukatın elinden çıkarken alacağı ücret de belli olacak. Bunun adı sorma ver parasıdır... Her avukat her konudan anlayacak diye bir durum söz konusu değil. Avukatların uzmanlaştığı konular var. Bir konu geldiğinde sözleşmeli avukat anlamıyor ise ne olacak. Bazı zamanlar geliyor Antalya dışındaki avukatlara da danışılabilir. Sözleşmeli avukat sistemi ile tıkanılan bir noktada ne olacak? Bunun cevabını verebiliyorlar mı?*” Kaynak: “*Sorma ver parası mı?*” <http://www.antalyahilal.com/sorma-ver-parasi-mi.html> (Erişim tarihi: 07.07.2017).

⁶⁹ Kayseri Ticaret Odası Başkanı konuyla ilgili şunları ifade etmiştir: “*Avukatlık Yasası’nın getirdiği mükellefiyetten dolayı, firmalar yıllarca hiçbir fayda sağlamayan sözleşmeli avukata maaş ödemek zorunda kalıyor. Kanun gerekçesinde (işletmeler avukat bulundurmazsa yanlış işler yapıyorlar) deniliyor. Eğer bu mantıkla gidersek, bizim veya her bir avukatın*

ve kamu yararı bulunmayan” bir düzenleme olduğu ima edilmiştir.⁷⁰ Akademik camiada konu henüz yeterince ele alınmamış olsa da iktisatçı bir akademisyen yükümlülüğün, “Türk şirketlerini uluslararası rekabette başarısızlaştıran bir mikro engel” olduğunu kaydetmiştir.⁷¹

Eleştiri ve tepkilere karşın uygulamayı savunanlar da bulunmaktadır. Örneğin Kayseri Barosu düzenlemenin amacının “*şirket ve kooperatifleri zora sokmak veya avukatlara haksız, hak etmedikleri, havadan ve bedavadan, hiçbir iş yapmadan, hukuki hizmet ve danışmanlık vermeden para kazandırmak*” olmadığını hatırlatarak, asıl amacın şirketlerin işlem faaliyetlerinin hukuka uygun olmasını sağlamak, davaları kaybetmeleri nedeniyle zarara uğramalarını engellemek, profesyonel anlamda danışmanlık ve hukuki hizmet olarak her türlü hukuki konuda bilgilenmelerini sağlamak, yargıdaki dava sayısını ve iş yükünü azaltmak, uyuşmazlıkların daha oluşmadan önlenmesini sağlamak vb. olduğunu öne sürmüştür.⁷² Ankara Barosu uygulamayı savunmuş, uygulamanın yargıdaki iş yükünü azaltmayı amaçladığını belirtmiş ve “bankamatik avukat” nitelendirmesine karşı çıkmıştır.⁷³ Sakarya Barosu Başkanı ise sözleşmeli avukatlara ödenen ücretin “cüzi” olduğunu iddia etmiştir.⁷⁴ Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun lehine olan görüşler incelendiğinde

ilerde alacağı evin depreme dayanıklı olup olmadığını kontrol etmesi için şimdiden bir inşaat mühendisiyle sözleşme yapması lazım. Böyle bir mantığın kabul edilmesi mümkün değildir... Üretimin ve istihdamın üzerindeki yüklerin azaltılmasının büyük önem taşıdığı bu günlerde firmaların böylesine yüklerle karşılaşmaması gerekmektedir. SSK primi, vergi oranlarının düşürülmesi gibi konulardaki düzenlemelerin yapıldığı bir ortamda, avukat çalıştırma zorunluluğuna ilişkin de mutlaka yeni düzenleme yapılmalıdır.” Kaynak: “Başkandan ilginç çıkış: O ücret ödenmemeli” <http://www.hukukihaber.net/mesleki-hukuk/baskandan-ilginc-cikis-o-ucret-odenmemeli-h86522.html> (Erişim tarihi: 07.07.2017). Benzer biçimde Kayseri Ticaret Odası'nın eski Başkanı da uygulamayı eleştirerek şirketlere getirilmiş bir “istihdam yükümlülüğü” olarak nitelendirmiştir. Kaynak: “KTO Başkanı Kilci'den sözleşmeli avukat zorunluluğuna tepki” http://www.kayserikent.com/site/page.asp?dsy_id=36792 (Erişim tarihi: 07.07.2017).

⁷⁰ KUTSAL, A. ve BASAT, Ö. (2008) “Sözleşmeli Avukat Bulundurma”, MuhasebeTR 28 Ağustos 2008, <http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/ahmetkutsalozkanbasat/001/> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁷¹ YÜLEK, M. (2015) “Şirketlere neden avukat bulundurma zorunluluğu getirdik?”, Dünya 21 Eylül 2015, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sirketlere-neden-avukat-bulundurma-zorunlulugu-getirdik/25447> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁷² Kaynak: “Baro Başkanlığımızın, KTO oda başkanının açıklamasına ilişkin, konu hakkındaki hukuki basın açıklaması” <http://www.kayseribarosu.org.tr/Detay.aspx?ID=74831> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁷³ Kaynak: “ATO ile Ankara Barosu Arasında ‘Bankamatik Avukat’ Tartışması” <http://www.haberankara.com/ato-ile-ankara-barosu-arasinda-bankamatik-avukat-tartismasi/57733/> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁷⁴ Kaynak: “Anonim şirket ve yapı kooperatifleri dikkat” <http://www.sakaryabarosu.org.tr/Detay.aspx?ID=74583> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

düzenlemenin tek savunucularının barolar ve avukatlar olduğu ortaya çıkmaktadır. Hatta avukatların sorunlarının tartışıldığı bazı platformlarda çözüm önerileri arasında söz konusu zorunluluğun kapsamının genişletilmesi dahi savunulmaktan çekinilmemiştir.⁷⁵ Tüm bu gelişmeler kanun yapmanın objektif, adil ve makul gerekçelere dayanmasını dahi sorgulatacak niteliktedir.⁷⁶

E. Denetimlerin Keyfi Yapılması

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna yönetilen usule ilişkin bir eleştiri de yükümlülüğünü yerine getirmediği tespit edilen anonim şirketler hakkında barolar tarafından yapılan suç duyurularının yalnızca bazı illerde olduğu, diğer illerdeki baroların bu konuda aktif bir tutum sergilemediği, ilgili düzenlemenin tüm Türkiye çapında eşit bir biçimde uygulanmadığı, dolayısıyla belli başlı illerle sınırlı kalan keyfi denetimlerin de adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, Avukatlık Kanunu'na ilk kez 2001 yılında yapılan bir yasa değişikliğiyle eklenmiş, ilgili madde Şubat 2008 tarihinde güncellenmiş, buna rağmen 2008 yılından bu yana uzun bir süre uygulama alanı bulmamış, hatta “ölü doğmuş” bir hükümden öteye gitmediğine ilişkin yorumlara yol açmıştır. Yine de yürürlükten kaldırılmayan bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak üzere, 2016 yılı sonu ve 2017 yılı başından itibaren denetimler yapılmaya başlanmıştır. Ankara Barosu⁷⁷ ve Antalya

⁷⁵ Örneğin 10-11 Ekim 2015 tarihlerinde Antalya’da düzenlenen “Türkiye 8. Stajyer Avukatlar Kurultayı”nın sonuç bildirgesinde yer alan maddelerden biri de şöyledir: “Avukatlık Kanunu kapsamında A.Ş.’ler ve Kooperatiflerde bulunan Avukat Bulundurma Zorunluluğu olan şirketlerin kapsamı genişletilmeli ve Baroların bu husustaki denetleme görevini aktif olarak yerine getirmesi sağlanmalıdır.” Kaynak: <http://www.baroturk.com/tbb-8-stajyer-avukatlar-kurultayi-sonuc-bildirgesi-13190h.htm> (Erişim tarihi: 13.07.2017). Yalnızca bu örnek bile sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün, özellikle mesleğe yeni başlamış veya başlayacak olan avukatlar tarafından bir “gelir kapısı” olarak görüldüğünü ve çeşitli mecralarda düzenlemeye gerekçe olarak gösterilen uyuşmazlıkların önlenmesi, yargıda iş yükünün azalmasını vs. aslında “göstermelik” birer gerekçe olmaktan öteye gitmediğini ortaya koymaktadır.

⁷⁶ Hatırlanacağı üzere 4667 sayılı Kanun’un yasalaşma sürecinde Adalet Komisyonu Raporu’na muhalefet şerhi koyan komisyon üyesi bir milletvekili, düzenlemenin tek amacının avukatları korumak ve avukatlara kazanç sağlamak olduğunu ileri sürmüştü.

⁷⁷ Kaynak: “Anonim şirketler ve kooperatiflerin avukat bulundurma zorunluluğu hakkında Baromuzca yapılan işlemler” <http://www.ankarabarusu.org.tr/HaberDuyuru.aspx?DUYURU&=490> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

Barosu⁷⁸ başta olmak üzere İstanbul Barosu,⁷⁹ İzmir Barosu,⁸⁰ Hatay Barosu,⁸¹ Erzincan Barosu,⁸² Batman Barosu⁸³ ve Mardin Barosu⁸⁴ şirketlere uyarı yazıları gönderdiğini açıklamıştır.

4667 sayılı Kanun, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunu düzenleyen 22. maddenin uygulanması için bir geçiş hükmü öngörmüştür (m.97): buna göre ilgili yükümlülük söz konusu kanunun RG’de yayımlanma tarihinden itibaren 6 ay içerisinde yürürlüğe girecektir. Dolayısıyla ilgili düzenleme 10.11.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İşlendiği zamandaki mevzuata göre suç olarak kabul edilmeyen fiillere mevzuatta sonradan yapılan değişiklikler uyarınca ceza verilmeme ilkesi (suç ve cezaların geriye yürümemesi ilkesi), sadece suçlar için değil, aynı zamanda idari suç ve idari para cezaları için de geçerli olduğundan,⁸⁵ bu tarihten önceye ilişkin olarak şirketlere bir ceza kesilmesi hukuken mümkün değildir. Ayrıca geçmişe etkili olarak ceza verilemeyeceği, bir cezanın sonraki mevzuat değişikliğiyle ağırlaştırılması durumunda da geçerli olduğundan, ilgili cezayı ağırlaştırın normun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş fiiller için sonraki norm değil, fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan norm uygulanır.⁸⁶ Yani şirketlere Şubat 2008 tarihi öncesine ilişkin olarak, Şubat 2008’den itibaren geçerli olan yaptırım uygulanamaz.⁸⁷ Burada Şubat

⁷⁸ Kaynak: “Anonim şirketlere avukat cezası şoku” <http://www.sabah.com.tr/akdeniz/2017/01/02/anonim-sirketlere-avukat-cezasi-soku> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁷⁹ Kaynak: “Avukat Bulundurma Yükümlülüğüne Uymayan Şirketler İçin Savcılıklara Başvurulacak” <http://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=12695> (Erişim tarihi: 31.10.2017).

⁸⁰ Kaynak: “Avukatlık Kanunu 35/3. madde gereği sözleşmeli avukat bulundurmayan şirketler hakkında suç duyurusunda bulunulmuştur” <http://www.izmirbarosu.org.tr/HaberDetay/864/suc-duyurusu.aspx> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁸¹ Kaynak: “Baro suç duyurusu yaptı” <http://www.antakyagazetesi.com/baro-suc-duyurusu-yapti/> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁸² Kaynak: “Anonim şirketler ve kooperatiflerin avukat bulundurma zorunluluğu hakkında Baromuzca yapılan işlemler hk.” http://www.erzincanbarosu.org.tr/Haberler/duyuru/549/anonim_sirketler_ve_kooperatiflerin_avukat_bulundurma_zorunlulugu_hakkinda_baromuzca_yapilan_islemler_hk_.html (Erişim tarihi: 08.07.2017).

⁸³ Kaynak: “Anonim şirket ve kooperatiflerin sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu” <http://www.batmanbarosu.org.tr/Detay.aspx?ID=74738&Tip=Haber> (Erişim tarihi: 09.07.2017).

⁸⁴ Kaynak: “Baro’dan şirketlere uyarı” <http://www.mardinlife.com/Barodan-sirketlere-uyari-haberi-29573> (Erişim tarihi: 09.07.2017).

⁸⁵ Ulusoy (2013), s.66.

⁸⁶ *ibid*, s.67.

⁸⁷ Hatırlanacağı üzere Avukatlık Kanunu’nun 35(3). maddesinin 5728 sayılı Kanun ile Şubat 2008 tarihinde değiştirilmeden önceki halinde uygulanacak idari para cezası, asgari ücretin “bir aylık brüt tutarı” iken, Şubat 2008 sonrası bu oran asgari ücretin “iki aylık brüt tutarı” olarak değiştirilmiştir. Böylece 5728 sayılı Kanun ile Şubat 2008 sonrası sözleşmeli avukat bulundurmamanın yaptırımı ağırlaştırılmıştır. Bu durumda “lehe kanun” ilkesi gündeme gelecek ve şirketin aleyhine olan Şubat 2008 sonrasındaki yaptırım, Şubat 2008 öncesinde

2008 öncesi ve sonrası ayrımı yapılmalıdır.

Hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin ilkeler dikkate alındığında, ilgili düzenlemenin, ilk kez yürürlüğe girdiği 2001 yılından itibaren uygulanması gerekirdi. Buna rağmen o tarihlerde denetim yapılmamıştır. İlgili hükmün değişikliğe uğradığı 2008 yılından 2016-2017 yıllarına kadar da, basına yansıyan birkaç istisna dışında, denetimler yaşanmamıştır. Bu nedenle ülke genelinde uygulamanın yeknesak bir başlangıç tarihi (miladi) bulunmamaktadır. Buna ek olarak, şirketlere gönderilen uyarı yazılarında yalnızca gönderildiği yıla ilişkin değil, sözleşmeli avukat bulundurmadıkları geçmiş yıllara ilişkin olarak da işlem yapılmaktadır. İlgili düzenlemenin Şubat 2008 tarihinde yürürlüğe girdiği düşünüldüğünde, her ne kadar geçmişe yönelik denetim yapmak zamanaşımı süresi içerisinde⁸⁸ mümkün olsa da, böyle bir uygulamanın, denetimlerin Türkiye geneline yayılmadığı da hesaba katıldığında, pratikte hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu söylenebilir. Belli başlı illerle sınırlı kalan ve geçmişe yönelik denetimlerin şirketler açısından olumsuz sonuçlarının giderilmesi açısından, belli bir yıl milat olarak belirlenmeli ve bu tarihten itibaren sözleşmeli avukat bulundurulup bulundurulmadığı barolarca araştırılmalıdır.

VI. ANAYASA'YA AYKIRILIK SORUNU

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunu düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiş ve konu 2010 yılında Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Trabzon Cumhuriyet

avukat bulundurmayan anonim şirketlere uygulanmayacaktır. Evrensel bazda kabul gören hukukun genel ilkelerden biri olan bu ilke adli cezalar kadar, idari para cezalarına da uygulanmaktadır. *ibid*, s.71.

⁸⁸ İdari para cezalarında zamanaşımı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasında soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişiler hakkında idari para cezasına karar verilemeyeceği hükme bağlandıktan sonra, 2. fıkrasının (c) bendinde 50.000 TL'den düşük idari para cezaları için zamanaşımı süresinin 3 yıl olduğu belirtilmiştir. İlgili maddenin 4. fıkrasında ise zamanaşımı süresinin, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacağı kaydedilmiştir. Bu hükümler uyarınca sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun yerine getirilmemesine ilişkin olarak uygulanacak zamanaşımı süresi 3 yıl olup, bu süre sözleşmeli avukat bulundurulmadığı andan (ilgili ayın başından) itibaren işleyecektir. Örneğin Ocak 2017 tarihinde denetim yapılması ve Cumhuriyet savcısının karar vermesi durumunda, sözleşmeli avukat bulundurmayan şirkete en fazla Ocak 2014 sonrası için idari para cezası verilebilecektir. Diğer bir deyişle, sözleşmeli avukat bulundurulmamış olsa bile Ocak 2014 öncesi için işleyebilecek cezalar zamanaşımına uğramış olacaktır. Böylece yalnızca geriye yönelik son 3 yıl için şirketlere ceza uygulanabilecektir. Son olarak, Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinin 5. fıkrasında kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş olsa da, sözleşmeli avukat bulundurmamanın suç teşkil etmemesi nedeniyle bu hükmün uygulama alanı bulunmamaktadır.

Başsavcılığı tarafından sözleşmeli avukat bulundurmamayan bir anonim şirkete verilen idari para cezasına itiraz üzerine konunun önüne geldiği Trabzon 2. Sulh Ceza Mahkemesi, yargılama sırasında davacı anonim şirketin Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmuş ve ilgili düzenlemenin anonim şirketler yönünden 1982 Anayasası'nın; hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesi, eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi, özel hayatın gizliliği ilkesini düzenleyen 20. maddesi, suç ve cezalara ilişkin bazı esasların düzenlendiği 38(3). maddesi ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesini düzenleyen 48. maddesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. 2011 yılında verdiği kararında ise Anayasa Mahkemesi, Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinin 1982 Anayasası'na aykırı olmadığını oybirliğiyle hükme bağlamıştır.⁸⁹

İlk derece mahkemesi sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kapsamının açık ve net olmadığını, ilgili maddede anonim şirketlerin taraf olduğu davalarda sözleşmeli avukatla temsil zorunluluğu öngörüldüğü izlenimi verildiğini, uygulamada ise yapılan denetimlerde avukatlık sözleşmesinin olup olmadığına bakıldığını, dolayısıyla yapılan bu farklı yorumların hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığını; sermayesi belli bir miktarı geçen anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu getirilmesinin, buna karşın diğer şirketler için benzer bir zorunluluğunun getirilmemiş olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu; anonim şirketler için avukatlarla sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesinin sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığını, avukat ile müvekkili arasındaki sözleşmenin hiç gerekmediği halde baroya ibraz edilme zorunluluğunun özel hayatın gizliliği ilkesini ihlal ettiğini, son olarak yükümlülüğü yerine getirmemenin yaptırımının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesindeki Asgari Ücret Tespit Komisyonu'nun belirlediği asgari ücrete endekslenmiş olmasının Anayasa'nın 38(3). maddesinde öngörülen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin yasayla düzenlenmesi ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, anonim şirketlerin günümüzde en önemli ekonomik ve sosyal kurumlar arasında yer aldığını, bünyelerinde pay sahiplerine, şirket çalışanlarına, şirket alacaklılarına ve topluma ait birbiriyle çatışan farklı çıkarları (çıkar gruplarını) barındırdığını, sağladıkları büyük sermayelerle, sınırlı sorumluluğun ve tüzel kişi olmanın verdiği olanaklardan da yararlanarak ülkelerinin kalkınmalarında yararlı olduğunu, özellikle esas sermayesi büyük olan anonim şirketlerin, bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında denge kurulabilmesi ve halkın bu şirketlere olan güveninin sarsılmaması için kârlılık ve çağdaş işletmecilik esaslarına uygun olarak verimli biçimde faaliyet göstermelerinin önemli olduğunu ifade ettikten sonra itiraz konusu

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi 30.06.2011 tarih ve E.2010/10, K.2011/110 sayılı karar.

düzenlemenin amacını incelemiştir. Yüce Mahkeme Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesindeki düzenlemenin amacının, *"esas sermayesi belli büyüklüğe ulaşmış anonim şirketlerin, kurumsal varlıklarını bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında adil bir denge kurarak devam ettirebilmeleri için başlangıçtan itibaren yaptıkları her türlü işlemin daha sonra hukuki uyumazlığa yol açmayacak şekilde sağlam bir hukuk temelinde yapılması[nı]"* sağlamak olduğunu belirtmiştir.

Düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılığına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, ilk olarak eşitlik ilkesinin amacının, *"hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek"* olduğunu ortaya koyduktan sonra,⁹⁰ her ne kadar yasal unsurları açısından aynı yapısal özelliklere sahip olmakla birlikte, *"esas sermayeleri büyük miktarlara ulaşan anonim şirketlerin"*, sosyal ve ekonomik hayattaki işlevleri bakımından esas sermayeleri büyük miktarlara ulaşmayanlara göre farklı olduğunu öne sürmüştür. Yüce Mahkeme'ye göre *"esas sermayesi [250.000 TL] ya da üzerinde olan anonim şirketler ile esas sermayesi bu miktardan az olan anonim şirketler, toplumun sosyal ve ekonomik düzenini etkileyecek işlevsel özelliklere sahip olmaları bakımından aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından, bunlara farklı kurallar uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz."* Bunun dışında düzenlemenin yaptırımının yürürlükteki asgari ücrete endekslenmiş olması ve bu ücretin Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 38(3). maddesine aykırı bulunmamıştır.⁹¹ Sözleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılık iddialarına ilişkin olarak ise hiçbir inceleme yapılmamıştır.⁹²

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesiyle ilgili olarak şunları kaydetmiştir: *"...Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemler değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi zedelenmiş olmaz."*

⁹¹ Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi ise şöyledir: *"İptali istenen Yasa kuralı uyarınca, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna uymayan anonim şirketlere verilecek idari para cezasının hesabında, sanayi sektöründe onaltı yaşından büyük işçiler için belirlenen yürürlükteki asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı esas alınacağından, kişiye suç işlediği zaman o suç için öngörülen ceza, suç gününden önce belirlenmiştir. Bu nedenle kuralın cezaların yasallığı ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır."*

⁹² Kararda sadece şu bölüm yer almaktadır: *"Başvuru kararında Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde itiraz konusu fıkraya dayanılarak yapılan değişiklik ile avukatlık sözleşmenin ne şekilde yapılacağına, hangi şartları ihtiva edeceğine, sözleşmeden doğan anlaşmazlıkların nasıl çözümleneceğine ve yazılı sözleşme ile serbest meslek makbuzunun baroya verilmesi gerektiğine dair hükümlere yer verilerek avukat ile müvekkili arasında"*

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu yasal düzenlemeyi hiçbir açıdan Anayasaya aykırı bulmamıştır. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı son derece tartışmalı olup, pek çok açıdan eleştiriye açıktır. Yüce Mahkemenin argümanları doyurucu gerekçelerden uzaktır. Örneğin en temel Anayasaya aykırılık iddiası olan sözleşme özgürlüğünün ihlaline ilişkin olarak şaşırtıcı bir biçimde hiçbir bir değerlendirme yapılmamış, buna rağmen kararın sonuç kısmında düzenlemenin, sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddeye aykırı olmadığına hükmedilmiştir. Diğer bir tartışma olan eşitlik ilkesine aykırılık iddiası ise esas sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan anonim şirketler ile esas sermayesi bu miktarın altında olan anonim şirketlerin "aynı hukuksal konumda bulunmadıkları" şeklinde basit bir açıklamayla geçiştirilmiştir. Tüm bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi, sorunu yalnızca bir yönüyle incelemiş, bu bağlamda yasadaki 250.000 TL'nin hangi gerekçeyle şirketleri ayrı hukuksal konuma getirdiğini açıklayamamış, esas sermaye dışındaki sermaye türlerinin farklılıklarını tartışmamış, anonim şirketlerde halka açıklık konusunu değerlendirmemiş, şirket avukatlarının rolüne girmemiş ve sözleşmeli avukata verilecek ücretin kanunen asgari miktarının düzenlenmesine değinmemiştir.

Sonuç ve Öneriler

TTK dışı bir mevzuat olan Avukatlık Kanunu'nun 35(3). maddesinde, TTK'da anonim şirketlerin kuruluşu için öngörülen asgari esas sermaye miktarının beş katı ve üzeri (yani 250.000 TL ve üzeri) olan anonim şirketler ile ortak sayısı 100 ve üzeri olan yapı kooperatifleri için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu öngörülmüştür. İş bu yükümlülüğe tabi olmak için anonim şirketlerin, (i) TTK'ya tabi olması (anonim şirket şeklinde kurulsada dahi Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi kuruluşlar kapsam dışıdır), (ii) esas sermaye sistemine sahip olması (kayıtlı sermaye, değişken sermaye gibi farklı sermaye sistemlerine sahip anonim şirketler yine kapsam dışıdır) ve (iii) esas sermayelerinin 250.000 TL veya üzeri olması gerekmektedir.

Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu bağlamında "sözleşme" ile kastedilenin Avukatlık Kanunu anlamında "avukatlık sözleşmesi" mi, yoksa İş Kanunu kapsamında "iş sözleşmesi" mi olduğu konusunda duraksama yaşanabileceği düşünülse de, anonim şirketlerin bulundurmaları zorunda olduğu avukatın serbest (bağımsız) avukat olduğu, yoksa şirket bünyesinde iş sözleşmesiyle çalışan avukat (şirket avukatı) olmadığı anlaşılmaktadır.

ticari sır niteliğinde bulunan sözleşmenin sır olmaktan çıkarılmasının, hem sözleşme özgürlüğüne hem de Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de, Anayasa Mahkemesinin yönetmeliklerin Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görevi bulunmadığından, ileri sürülen aykırılık nedenleri inceleme konusu yapılmamıştır."

Bu nedenle yükümlülüklerini yerine getirmek üzere anonim şirketlerin, Türkiye'nin herhangi bir yerindeki bir baroya kayıtlı bir avukat veya avukatlık bürosu ile "sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi" yapması gerekmektedir. Şirket bünyesinde bir şirket avukatı bulunsa bile bu yükümlülük yerine getirilmiş olmayacaktır.

Avukatlık Kanunu Yönetmeliği hükümleri uyarınca söz konusu sözleşme adi yazılı şekle tabi olup, yönetmelikte belirtilen hususların tümünü içerecek şekilde ve bir nüshası daha sonra avukat tarafından bağlı bulunduğu baroya iletilmek üzere, üç nüsha olarak düzenlenmelidir. Sözleşme süresi boyunca anonim şirketler, TBB tarafından yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde tespit edilen ücreti her ay avukata ödemek durumunda olup, avukat da tahsil ettiği aylık ödemeler karşılığında kestiği serbest meslek makbuzlarının fotokopilerini yıl sonunda bağlı bulunduğu baroya iletmek yükümlülüğü altındadır. Sözleşmenin iletildiği barolar da bu sözleşmeler için ayrı bir kayıt defteri tutacak ve sözleşmelerin bir fotokopisini ilgili avukatın sicil dosyasında saklayacaktır.

Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suç oluşturmayıp, yalnızca ilgili anonim şirket hakkında idari para cezası verilmesini gerektirmektedir. Bu ceza yasa da maktu olarak değil, nispi olarak belirlenmiş ve yürürlükteki brüt asgari ücret tutarına endekslenmiştir. Söz konusu yaptırım tek sefere mahsus değil, yükümlülüğün yerine getirilmediği her ay için brüt asgari ücretin iki katı olarak uygulanacak olup, mahkeme veya baro tarafından değil, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilecektir. Yaptırımın uygulanabilmesi açısından ilgili şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki baroya, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunma yetki ve görevi tanınmıştır.

Sözleşmeli avukat bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere yapılan sözleşmelerin Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'ne uygun olarak yapılmaması durumunda avukatın da sorumluluğu bulunmaktadır. Bu bağlamda sözleşmenin yazılı olarak yapılmaması veya içeriğinin söz konusu yönetmelikte belirtilen hususları tamamen veya kısmen içermemesi ya da üç nüsha olarak düzenlenmemesi, sözleşmeli avukata ödenmek üzere sözleşmede yürürlükteki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi altında bir vekalet ücretinin kararlaştırılmış olması, avukat tarafından düzenlenen serbest meslek makbuzlarının baroya iletilmemesi veya hiç serbest meslek makbuzu düzenlenmemesi durumunda sözleşmeli avukatın disiplin sorumluluğu doğabilecektir.

Anonim şirketler için böyle bir yükümlülüğün kabul edilmesinin arka planında hangi hukuki veya ekonomik gerekçelerin bulunduğu sorusunu yanıtlamak üzere 4667 sayılı Kanun'a ilişkin Meclis Adalet Komisyonu Raporu incelendiğinde sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun

gerekçelerine rastlanılmamaktadır. Rapordan, söz konusu zorunluluğun daha çok avukatların lehine olup olmadığı tartışmasının yaşandığı, bunun dışında anonim şirketlere ne gibi fayda ve maliyetlerinin olacağına etraflıca değerlendirilmediği gözlemlenmektedir. Düzenlemenin tek savunucusu olan barolar ve avukatlar, amacın şirketlerin faaliyetlerinin hukuka uygun olmasının ve hukuki konularda bilgilendirilmelerinin sağlanması, bu doğrultuda yargıdaki dava sayısı ve iş yükünün azaltılması olduğunu savunmaktadır.

Ancak düzenlemenin sözleşme özgürlüğünü ihlal etmesinin ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmasının, şirket bünyesinde bir avukat istihdam edilse bile serbest avukatlarla sözleşme yapılmasının zorunlu tutmasının, yalnızca avukatların lehine olmasının ve şirketlere gereksiz yere bir mali yük getirmesinin ve tüm Türkiye çapında eşit bir biçimde uygulanmamasının eleştirilerin merkezinde yer aldığı gözlemlenmektedir. Yine de Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin Anayasa'da güvence altına alınan eşitlik ilkesine, sözleşme özgürlüğüne, özel hayatın gizliliği ilkesine ve suç ve cezalara ilişkin esaslara aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan başvuruyu reddederek, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun Anayasaya aykırı olmadığına oybirliğiyle karar vermiştir.

İlk kez 2001 yılında mevzuata eklenen ve 2008 yılında güncellenerek yürürlüğe giren sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, ülkemizde uzun bir süre uygulama alanı bulmamış, bu durum yasadaki ilgili maddenin "ölü doğmuş" bir hükümden öteye gitmediğine ilişkin yorumlara yol açmıştır. İlgili yasal düzenleme 2008 yılından beri yürürlükte olmasına karşın, birkaç istisnai durum dışında, özellikle 2016 yılı sonu ve 2017 yılı başından itibaren bazı barolar söz konusu zorunluluğun şirketlerce yerine getirilip getirilmediğinin takipçisi olmaya başlamıştır. Denetimlerin artmasıyla birlikte de şirket sahipleri ile sanayi ve ticaret odaları temsilcileri başta olmak üzere toplumun farklı kesimlerinden düzenlemeye karşı yoğun eleştiri ve tepkiler gelmeye başlamıştır.

Tüm bu nedenlerle anonim şirketler için bir zorunlu istihdam yükümlülüğü niteliğinde olan sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, düşüncemize göre mevcut haliyle sürdürülebilir olmaktan uzaktır. Söz konusu yükümlülüğün aleyhine ifade edilen görüşler, kanun yapmanın objektif, adil ve makul gerekçelere dayanmasını dahi sorgulatacak niteliktedir. Konuya ilişkin mevzuatın yeniden gözden geçirilmesi artık bir zorunluluk haline gelmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda aşağıda birbirlerine alternatif veya bir arada uygulanabilecek birtakım önerilere yer verilmektedir:

1. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu yürürlükten kaldırılmalıdır: Anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, Türk hukukuna ilk kez 2001 yılında girmişse de, 2016-2017 yıllarına kadar aradan geçen bunca yıl boyunca uygulanmayan, “ölü doğmuş” bir hüküm olmaktan öteye gidememiştir. Uygulanmaya başlamasıyla birlikte de yoğun olarak itirazların odağı haline gelmiştir. Yıllardır zaten uygulanmaması, kendisine neredeyse hiç ihtiyaç duyulmaması, kabul edilmesinin ardındaki gerekçenin inandırıcı olmaması, toplumun farklı kesimlerince eleştirilmesi ve yalnızca barolar ve avukatlar tarafından savunulması göz önüne alındığında, en nihai çözüm önerisi ilgili düzenlemenin yürürlükten kaldırılarak, tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıdır. Bu sayede Cumhuriyet Başsavcılıklarınca açılmış soruşturmalar sona erecek, kesilen cezalar ise infaz edilemeyecektir.
2. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kapsamı daraltılmalıdır: Yükümlülüğün şirketler üzerinde ciddi bir mali yük getirmesi karşısında olumsuz etkilerinin azaltılabilmesi açısından kapsamının daraltılması gerekmektedir. Bu bağlamda zorunluluk, ya esas sermayesi 1.000.000 TL ve üzeri olan anonim şirketlerle sınırlandırılmalı ya da sermaye miktarına bakılmaksızın yalnızca halka açık anonim şirketler için uygulanmalıdır. Bağımsız denetim gibi önemli bir konuda dahi denetime tabi anonim şirketlerin kapsamının TTK’da 6335 ve 6455 sayılı Kanunlarla yapılan değişikliklerle daraltılması ve anonim şirketler için TTK’daki internet sitesi oluşturma yükümlülüğü gibi neredeyse kimsenin itiraz etmeyeceği bir yükümlülüğün bile kapsamının bu denli geniş olmaması dikkate alındığında, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna tabi anonim şirketlerin kapsamı daraltılmalıdır.
3. Sözleşmeli avukat bulundurmamanın yaptırımı kaldırılmalı veya hafifletilmelidir: Düzenlemenin ilk halinde yaptırım, asgari ücretin bir aylık tutarı kadar idari para cezasıyken, daha sonra iki aylık brüt tutara çıkarılmıştır. Buna ek olarak, nispi idari para cezası olması sonucu yaptırımın miktarı, asgari ücret oranıyla birlikte her geçen yıl artmakta, böylece şirketler açısından daha da ağırlaşmaktadır. Öyle ki bir yıl boyunca avukat bulundurmayan bir anonim şirkete verilecek ceza, birkaç yıl sonra 50.000 TL’ye kadar artacak ve böylece neredeyse yeni bir anonim şirket veya beş farklı limited şirket kuracak rakamlara ulaşacaktır. Sözleşmeli avukatla çalışma kararı şirketlere bırakılmalı, avukat bulundurmamak istemeyen şirketlere yaptırım uygulanmamalıdır. Son yıllarda asgari ücret miktarındaki ciddi artışlar karşısında daha da ağırlaşan mevcut yaptırım en azından hafifletilmeli ve bir aylık brüt asgari ücretin yarısına indirilmelidir.

4. Sözleşmeli avukata ödenecek ücrete şirket ile avukat karar vermelidir: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belirtilen ücretler, bir işin veya açılan bir davanın karşılığı olarak düzenlenmiştir. Bunun tek istisnası ise sürekli danışmanlık hizmeti veren sözleşmeli avukatlar için belirlenen asgari ücrettir. Herhangi bir somut karşılığı bulunmayan bu ücret, avukattan hiçbir hizmet almayan şirketler açısından gereksiz bir mali yüküdür. Oysa şirketler sözleşmeli avukata iş bazında bir ücret ödeyebilecek olsa, hem avukatlar çalıştığı kadar kazanacak, hem de şirketler harcamalarında tasarruf yapabilecektir. Yükümlülüğün kendisine itiraz edilmeyecek olsa bile, bu iş için asgari bir ücretin öngörülmesi kabul edilemez. Dolayısıyla tarifedeki asgari ücret kaldırılarak şirketlerin, sözleşmeli avukatlarına ödemek isteyeceği ücretin taraflar arasında özel hukuka tabi bir sözleşmeyle serbestçe belirlenmesi sağlanmalıdır.
5. Bünyelerinde şirket avukatı bulunan şirketler için muafiyet getirilmelidir: Özellikle belli bir büyüklüğe ulaşmış, halka açılmış, kurumsal yönetim ilkeleriyle yönetilen anonim şirketler çoğu zaman zaten kendi bünyelerinde bir avukat çalıştırmakta, hatta bir hukuk departmanına sahip olmaktadır. Bu şirketler için bir de serbest avukatla sözleşme yapılmasını zorunlu tutan bir hukuk kuralı "abesle iştigal" etmektedir. Farklı sermaye sistemlerine ve miktarlarına sahip, halka açık olan veya olmayan türlerinin bulunduğu anonim şirketlerin hepsini aynı kefeye koyan mevcut düzenleme bu nedenle özensizce kaleme alınmıştır ve günün koşullarına uymamaktadır. Düzenleme revize edilerek en azından kendi bünyesinde bir şirket avukatı çalıştıran anonim şirketler, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğundan muaf tutulmalıdır.
6. Düzenlemenin yürürlük tarihi ileri bir tarihe ertelenmelidir: Her ne kadar sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin düzenleme halen yürürlükte olsa da, denetimlerin belli bir başlangıç tarihi bulunmamaktadır. Bunun yarattığı hakkaniyete aykırı sonuçların giderilebilmesi adına mevcut düzenleme için en azından yeni bir yürürlük tarihi kabul edilmeli, anonim şirketler de kendilerini bu tarihe göre ayarlamalıdır. Bağımsız denetim, iş sağlığı ve güvenliği, işyeri gibi kimi hukuk kurallarının yürürlüğe girmesinin çeşitli nedenlerle ileri bir tarihe ertelenmesi ülkemizde alışılmışın dışında bir uygulama değildir. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin olarak da bir defaya mahsus erteleme yapılabilir. Bu süre içerisinde konu paydaşların da katılımıyla etraflıca tartışılır, uygulamada yaşanan sorunlar ışığında eksiklikler giderilebilir, uygulama için bir milad belirlenir ve böylece sorun çözülmüş olur.

KAYNAKÇA

- AKKALE, R.G. (2013) “Kayıtlı Sermaye Yapısı Hakkında Genel Bilgi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Kayıtlı Sermayenin Artırım Usulü”, *GÜHFD*, Cilt: 17, Sayı: 1-2, s.21-44.
- ALTAŞ, S. (2012) “Kooperatiflerde Avukat Bulundurma Zorunluluğu ve Bunun Cezası”, *Leges Hukuk Dergisi*, Yıl: 3 Sayı: 25, s.57-61.
- ALTAŞ, S. (2015) “Kayıtlı Sermaye Sistemine Tabi Anonim Şirketler Sözleşmeli Avukat Bulundurmak Zorundadır?”, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı: 132, s.51-62.
- ARSLAN, R., YILMAZ, E. ve TAŞPINAR AYVAZ, S. (2016) *Medeni Usul Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ASLAN, A.Ç. (2015) “Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16 (Özel Sayı), s.1669-1711.
- AYGÜN EŞİTLİ, E. (2013) “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 104, s.225-246.
- ÇİNE, Ö. (2014) *Avukatlık Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- EFENDİOĞLU ÇİÇEK, E. (2017) “Anonim Şirketlerde Avukat Bulundurma Zorunluluğu”, *Milas’ın Gazetesi Önder* 5 Nisan 2017, <http://www.milasonder.com/kose-yazisi/739/anonim-sirketlerde-avukat-bulundurma-zorunlulugu.html> (Erişim tarihi: 24.06.2017).
- ERASLAN, H. (2017) “Anonim şirketler için avukat bulundurma zorunluluğu”, *SuperHaber* 6 Eylül 2017, <http://www.superhaber.tv/asler-icin-avukat-bulundurma-zorunlulugu-77302-makale> (Erişim tarihi: 31.10.2017)
- GÖZLER, K. (2016) *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 20. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa.
- GÜNER, S. (2015) *Avukatlık Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.
- İPEKEL, F. (2013) “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Kayıtlı Sermaye Düzenlemesi ve Bu Düzenlemenin Sermaye Piyasası Hukuku Işığında Değerlendirilmesi”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt: 8 (Özel Sayı), s.1413-1456.
- KALE, S. ve KESER, S. (2015) “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, s.701-725.
- KIRCA, İ., ŞEHİRALİ ÇELİK, F. ve MANAVGAT, Ç. (2013) *Anonim Şirketler Hukuku: Cilt 1*, BTHAE Yayınları, Ankara.

KUTSAL, A. ve BASAT, Ö. (2008) “Sözleşmeli Avukat Bulundurma”, MuhasebeTR 28 Ağustos 2008, <http://www.muhasebettr.com/yazarlarimiz/ahmetkutsalozkanbasat/001/> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

MALLIN, C.A. (2015) *Corporate Governance*, 5. Bası, Oxford University Press, Birleşik Krallık.

MEMİŞ, T. ve TURAN, G. (2017) *Sermaye Piyasası Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara.

NOMER ERTAN, F. (2013) “6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı”, İÜHFM, Cilt: 71, Sayı: 2, s.131-144.

ÖZDEN, M. (2004) *Profesyonel Meslek Birlikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 60, Ankara.

ÖZKAN, A.F. (2009) “Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları”, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 3, s.115-209.

SANLI, K.C. (2007) *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan Basın Yayın Dağıtım, İstanbul.

TİRYAKİ, R. (2008) *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Yetkin Yayınları, Ankara.

ULUSOY, A. (2013) *İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.*

YAVUZ, M. (2014) “Sermayesi En Az İkiyüzelli Bin Türk Lirası Olan Anonim Şirketlerin Avukat Bulundurma Zorunluluğu”, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı: 124, s.235-243.

YÜLEK, M. (2015) “Şirketlere neden avukat bulundurma zorunluluğu getirdik?”, Dünya 21 Eylül 2015, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sirketlere-neden-avukat-bulundurma-zorunluluğu-getirdik/25447> (Erişim tarihi: 08.07.2017).

Anayasa Mahkemesi kararları

Anayasa Mahkemesi, 30.06.2011 tarih ve E.2010/10, K.2011/110 sayılı karar

Uyuşmazlık Mahkemesi kararları

Uyuşmazlık Mahkemesi, 09.04.2012 tarih ve E.2011/65 ve K.2012/65 sayılı karar

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

The Application of Legality Principle on Administrative Crime and Punishments in USA

Dr. Hasan DURSUN¹

Geliş Tarihi: 14.08.2017

Kabul Tarihi: 17.12.2017

ÖZET

Anglosakson "teamüli" hukuk sistemine sahip olmasına karşın Amerika Birleşik Devletlerinde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından alınacak önemli dersler bulunmaktadır. Zira Birleşik Devletler Anayasası ve mevzuatı yürütmeye idari suç ve ceza alanında özerk düzenleme yetkisi tanımamış, aksine, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği anlayışını varsaymıştır. İdari suç ve cezanın diğer türünü oluşturan halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulamasını, bazı sapmalar gösterse de Federal Temyiz Mahkemesi oldukça geliştirerek bu suç ve cezaların uygulanmasında yalnızca maddi ceza normları bakımından kanunilik ilkesine uyulmasının yeterli olmadığını, usuli kanunilik ilkesine de uyulması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Federal Mahkemenin bu tutumunun altında yatan güdü, İdare tarafsız ve bağımsız olmadığından idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin benimsenmesinin, ceza hukuku suç ve cezalarında benimsenmesinden daha fazla önem taşıdığı inancıdır. Yine, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerini koruma işlevini ancak genel nitelikli bir idari usul kanunuyla birlikte yerine getirebilmesi olanaklı olduğundan bazı hataları olsa da Birleşik Devletlerde böyle bir usul kanununun bulunması, kanunilik ilkesini tamamlayıcı nitelikte olmuş ve kişi hak ve özgürlükleri, halka yönelik idari suç ve cezalarda daha iyi korunmuştur.

ABSTRACT

Although United States is belong to the common-law system, there are valuable lessons for Turkey in terms of the application the legality principle on the administrative crimes and punishments. This is because the United States Constitution and legislation did not acknowledge independent power of arrangement within the field of administrative crimes and punishments for the execution, on the contrary, supposed the perception that the legality principle must be applied on the administrative crimes and punishments. Federal Supreme Court, nevertheless makes some deviation, developed the legality principle on publicly targeted administrative crimes and punishments that crimes and punishments are belong to the other types of administrative crimes and punishments. Within that context, Federal Supreme Court ruled that when the applying legality principle on publicly targeted administrative crimes and punishments not only is sufficient compliance for the substantial due process rule but also necessary the compliance for the procedural due process rule. Deep motive of that attitude of Supreme Court is the belief that due to the administration is neither impartial nor independent, the application of the legality principle on administrative crimes and punishments is more important than the application of the legality principle on the criminal law crimes and punishments. Again, the legality principle on administrative crimes and punishments can fulfill its mission to protect basic human rights and freedoms with the general administrative procedure act, nevertheless that act has some deficiency, existing general administrative procedure act in the USA is being part and parcel of legality principle. In this way, human's rights and freedoms is better protected on the publicly targeted crimes and crimes in the USA.

¹ Kalkınma Bakanlığı, Planlama Uzmanı, hasan.dursun@kalkinma.gov.tr (Bu makalede ileri sürülen görüşler, Kalkınma Bakanlığının görüşlerini yansıtmamakta, yazarın kişisel görüşlerini yansıtmaktadır).

Öte yandan yargının aksine idare ne bağımsız ne de tarafsız olduğundan idari cezaya ihtiyatla yaklaşmaktadır. İdari cezaya karşı yapılan bu itirazın büyük kısmı ancak idari usul kurallarına uyularak giderilebilir. Birleşik Devletlerde idari cezaya pek fazla itiraz edilmemesinin temel nedenini, ülkede idari usule yönelik genel bir kanunun bulunması oluşturur. Birleşik Devletlerde halka yönelik idari cezalara karşı etkin bir yargı düzeneği kurulmuş ve halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının hukuk devletinin kalbini oluşturduğu anlayışı benimsenmiştir. Türk Anayasasının 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında her türlü suç ve cezalarda ve bu arada idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanacağı örtülü olarak belirtilmesine karşın Anayasa Mahkemesi ve Danıştay aksine bir tutum takınmışlar ve idari suç ve cezayı birbirinden ayırarak idari suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekli olmadığı anlayışını benimsemişlerdir. İdari suç ve idari ceza arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunduğu ve idari suçta kanunilik ilkesinin kabul edilmemesi, idari cezada da kanunilik ilkesinin kabul edilmemesi anlamını taşıyacağından Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın söz konusu tutumu sonucu kişilerin hak ve özgürlükleri büyük bir tehlike altında bırakılmıştır. Türkiye'de idari cezanın verilmesi usullerini gösteren genel bir idari usul kanununun bulunmaması; kişi hak ve özgürlüklerine yönelik tehlikeyi daha da artırmıştır. İdari cezaya karşı etkili bir yargı düzeneği kurabilmek için tüm idari ceza işlemlerine karşı idari yargıya başvuru yolu öngörülmesi ve suç ve cezada kanunilik ilkesinin hukuk devletinin temelini oluşturduğu bilinciyle idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasına son derece titiz bir şekilde yaklaşılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: İdari Suç ve Ceza, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, Halka Yönelik İdari Suç ve Ceza, Disiplin Suç ve Cezası, Maddi Kanuna Uygunluk, Usuli Kanuna Uygunluk.

On the other hand, contrary to the justice, administration is neither impartial nor independent one approaches to the administrative crime and punishments reservedly. That complaint against administrative punishments can be removed in a significant part by complying administrative procedure rules. The basic reason is that there is not so much complaint against administrative punishments is the availability of the general administrative procedure law in the country. In the USA, there is an established efficient judicial mechanism against the publicly targeted administrative punishments and it is adopted the idea that the applying the legality principle on publicly targeted administrative punishments is the heart of due process. Although Article 38 paragraph 1 and 3 of the Turkish Constitution covertly denote that in every types of crimes and punishments meanwhile in administrative crimes and punishments is necessary to apply legality principle, the Turkish Constitutional Court and Council of State assume counter-attitude and they divided administrative crime and administrative punishment from each other and adopt that there is no need applying legality principle on administrative crimes. The aforementioned courts behavior is resulted to put enormous danger of human's rights and freedoms. Inasmuch there is an integral part relation between administrative crime and administrative punishment and not accepting the legality principle on administrative crime means not adopting that principle on administrative punishment. The absence of general administrative procedure act that shows the procedure how to apply the administrative punishment in Turkey significantly increases the danger towards human rights and freedoms. To establish an efficient judicial mechanism against administrative punishment, it is necessary the application to the administrative justice for the administrative punishment. In addition, with the consciousness that "nullum crimen nulla poena sine lege" principle is the root of rule of law, it is necessary to approach the application of legality principle on administrative crimes and punishments.

Keywords: Administrative Crime and Punishment, the Principle of Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege , Publicly Targeted Crimes and Punishments, Discipline Crimes and Punishments, Substantial Due Process, Procedural Due Process.

GİRİŞ

İdari ceza; kanunların yetki verdiği durumlarda araya bir yargı kararı girmeden İdarenin idare hukukuna, özellikle idari usul hükümlerine göre kamu yararını korumak amacıyla norm ihlali yüzünden cezalandırıcı nitelikteki idari işlemi olarak tanımlamak olanaklıdır.² Bu bağlamda, İdarenin ceza vermesini gerektiren ihlalin ise “idari suç” olarak adlandırılacağı ortadadır.

İki türlü idari suç ve ceza bulunmaktadır. Bunlardan ilkinin, İdare ile kişi arasında izin, ruhsat veya İdarenin bünyesinde çalışma gibi İdareyle arasında herhangi bir bağ olan kişilere verilen cezalar, ikincisini ise İdare ile arasında herhangi bir bulunmayan kişilere uygulanan cezalar oluşturur. Biz bunlardan, İdare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunmadan yapılan ihlallere “halka yönelik idari suç”, söz konusu ihlaller için verilen cezalara “halka yönelik idari ceza”, buna karşın, İdare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunduğu durumlarda yapılan ihlalleri “disiplin suçu”, söz konusu ihlaller için verilen cezaları ise “disiplin cezası” olarak adlandırmayı daha uygun bulmaktayız.³

Bu çalışmada Anglosakson hukukuna tabi ülkelerden Amerika Birleşik Devletlerinde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması üzerinde durulacaktır. Az önce belirttiği üzere idari suç ve cezalar; “halka yönelik idari suç ve cezalar” ile “disiplin suç ve cezaları” şeklinde bir ayrıma tabi tutulsa da çalışmanın hacmini artırmamak için idari suç ve ceza⁴ türlerinden yalnızca halka yönelik idari suç ve cezalarda⁵ kanunilik ilkesi uygulaması üzerinde

² Krş. Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985, s. 233.

³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 198 vd.

⁴ İdari suç ve ceza bakımından nirengi noktasını “İdare” kavramı oluşturduğundan Birleşik Devletlerde bu kavramdan ne anlaşıldığı üzerinde durmak faydalı olacaktır. Amerika Birleşik Devletlerinde İdarenin tanımı, “İdari Usul Kanunu”nda (APA) gösterilmiştir. Bu kanun, “İdare” kavramı için “administration” değil, “agency” kavramını kullanmaktadır. Buna göre, Kongre, Federal Mahkemeler, “özel yönetimi olan alanlar” (territories or possessions of the United States), başkent Washington D.C. Yönetimi, savaş zamanında veya işgal edilmiş topraklarda askeri yetkiler kullanan makamlar hariç, bir başka ajansın içerisinde veya denetimi altında olsun geriye kalanların tümü “agency” kavramına girer. Bu çerçevede, “icrai idari işlem” yapan ve ayrıksı olarak sayılanlar dışında kan her oluşum, “İdare” olarak Kanunun kapsamına girmektedir. Bu bağlamda, “Tarım Bakanlığı” (Department of Agriculture), APA’daki tanım gereği “agency” kavramına girdiği gibi bu bakanlığın bünyesinde bulunan “Orman Dairesi” de (Forest Service) “agency” kavramının içerisine girer. Bakanlıklar ve bunların “birim”lerinin (Service, Office, Directorate) yanında; “Bağımsız İdareler” (Independent Agencies) olarak adlandırılan “Bağımsız Komisyonlar”ın da (Independent Commissions) yer aldığı kamu kurum ve kuruluşlarının tümü “agency” olarak adlandırılır. Bkz. Kemal Berkarda, Amerika’da İdare Hukuku Var mı?, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Pertev Bilgen’e Armağan, Sayı: 1-3, Cilt:13, 2003, s. 93-94.

⁵ Halka yönelik idari suç ve cezalar, idari suç ve cezanın bir türünü oluştursa da bu çalışmada kullanılan “idari suç ve ceza” tabirinden “halka yönelik idari suç ve ceza”nın anlaşılması

durulacaktır.

İrdeleme yapılırken anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını oluşturduğundan⁶ Birleşik Devletler Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin düzenlenme tarzına bakılacaktır. Türkiye Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dâhil olmasına rağmen Anglosakson hukuk sistemine sahip olan ülkelerden Amerika Birleşik Devletleri bakımından yapılacak bu incelemeden alınacak kıymetli dersler bulunmaktadır.⁷ Alınacak bu derslere, çalışmanın sonuç kısmında temas edilmiştir.

I. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ANAYASASINDA KANUNİLİK

1. Genel Olarak

Amerika Birleşik Devletlerinde idari suç ve cezalar bağlamında kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından Amerika Anayasasının konuyla ilgili hükümleri yeterli bilgi vermektedir. Gerçi 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının hiçbir maddesinde açıkça “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine değinilmese de söz konusu anayasa, kanuniliği öngörmekten ziyade varsaymaktadır. Bu bağlamda Birleşik Devletlerde, Anayasanın ve buna uygun olarak çıkartılmış bulunan yasaların üstün hukuk kurallarını oluşturduğu esas kabul edilmekte, İdarenin, Kongre’nin veya Başkanın ne zaman kanuniliğin sınırları dışında hareket ettiğini belirlemeye mahkemelerin yetkili olduğu belirtilmektedir.⁸

Birleşik Devletler Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine açıkça yer verilmesini büyük bir olasılıkla anayasa koyucu gereksiz bulmuştur. Çünkü Anayasada Federal Devlete yalnızca sınırlı bir yasama yetkisi tanınmış olsa bile Amerikan İç Savaşıyla ulusun, kendi devriminin meşrulaşmasından yaklaşık 20

gerekir. Üstelik Birleşik Devletlerde halka yönelik idari suç ve cezanın da temel olarak regülatif idari suç ve ceza olarak anlaşıldığını unutmamak gerekir.

⁶ Çok sayıda düşünürün benimsediği üzere anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını, bir başka deyişle, idare hukuku, anayasa hukukunun somut görünümünü oluşturmakta, hatta Turan Güneş’in isabetli olarak belirttiği üzere idare hukukunun ana prensipleri, Anayasada bulunmaktadır. Bu bağlamda, Güneş, anayasanın, anayasa hukukunun ne derece kaynağı ise idare hukukunun da o derece kaynağı olduğunu, daha açıkçası kamu hukukunun bir bütün olduğunu belirtmektedir. Bkz. Turan Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965, s. 2.

⁷ Aslında Anglosakson hukukunun etkisi yalnızca bu hukuk dizgesine tabi olan ülkelerde görülmemektedir. Özellikle, dünyanın en güçlü ülkesini oluşturan Amerika Birleşik Devletleri yoluyla dünyada 1980’li yıllardan itibaren artan hızda görülen “serbest piyasa” (liberalization), 1990’lı yıllardaki “küreselleşme” (globalization) akımlarıyla birlikte Kıta Avrupası hukuk sistemlerini de etkilemiştir.

⁸ Peter L. Strauss, Amerikan (İdari) Devletinde Hukukun Üstünlüğü, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi- İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara 1993, s. 86-87.

yıl sonra iç güvenliğini sağlamak üzere önlem almasından dolayı önemli sorunlar doğmuştur. Örneğin, 1806 yılında Connecticut'ta yayımlanan bir gazete, Başkan ve Kongreyi skandal niteliğinde davranışlarda bulunmakla suçlaması üzerine, İngiliz "common law" (teamüli hukuk) hukukunda uygulaması bulunmasa bile gazete hakkında cezai takibata girilmiştir. Federe mahkemeler gibi Federal mahkemeler de kararlarında teamüli hukuka alışmış olduklarından, daha açık bir deyişle, yasalarda yazılı olana değil de örf ve adet, önceki yargısal kararlar ve siyasalarla belirlenmiş kuralları uygulamaya alışmışlardı. Federal Temyiz Mahkemesi, Hudson ve Goodwin v. United States (1812) kararında; sorunun, kamuoyunda uzun zamandır çözüme ulaştığını, Birleşik Devletlerin yasama organının önce bir davranışı suç haline getirmesi, buna bir ceza öngörmesi ve bu suça ilişkin olarak mahkemenin yetkisi bulunduğunu ilan etmesi gerektiğini belirtmiştir. Eyalet mahkemeleri de bu esastan hareket ederek kendi federe devletlerini sınırlandırmışlardır. Görüldüğü üzere suç ve cezalarda kanunilik ilkesi Anayasada açıkça öngörülmemiş olmasına karşın, yargı organları söz konusu ilkeyi Anayasadan türetmişler ve anayasal ilkelerin özünü inceleyerek böyle bir sonuca ulaşmışlardır.⁹

Birleşik Devletler Anayasasında suç ve cezaların kanuniliği ilkesinden açıkça bahsedilmese de söz konusu ilkenin bir alt ilkesinden daha somut bir deyişle, Anayasanın 1. maddesinin 9. kısmının 3. paragrafında "kanunların geçmişe uygulanmazlığı" ilkesinden açıkça bahsedilmiştir. Bu paragrafta, "geçmişe yürürlü" "ex post facto" kanunların çıkarılamayacağı belirtilmiştir. Kanunilik ilkesinin kanunların geçmişe uygulanmazlığı alt ilkesi,¹⁰ ceza normlarının yalnızca sanığın aleyhine geçmişe yürürlü olmasını mutlak bir şekilde yasaklığı, buna karşın onun lehine yürütülmesini yasaklamamasına rağmen Anayasada öngörülen bu hükmün mutlak bir nitelik taşıdığı gözlenmektedir. Bu hüküm mutlak bir nitelik taşıdığı için yapılacak tüm düzenlemelerde bu arada idari suç ve ceza hakkında konulacak gerek yasal gerek idari düzenlemelerde ister lehe ister aleyhe olsun mutlak geriye yürürlük yasayıyla karşılaşılabacaktır.

⁹ Strauss, s. 87-88 ve dn. 12-13.

¹⁰ Suç ve cezada kanunilik ilkesinin diğer alt ilkelerini; "kanunun tekelliliği" ve "kanunun açıklığı" alt ilkeleri oluşturur. Suç ve ceza normunun yalnızca kanunla konulmasını gerektiren kanunun tekelliliği, kanunun azami açıklıkla düzenlenmesini isteyen kanunun açıklığı ve kanunun geçmişte serbest olan davranışları cezalandırmayacağı veya cezayı arttırmayacağını ifade eden kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkeleri, suç ve cezada kanunilik ilkesinin ayrılmaz unsurlarını oluşturmakta ve bunlardan birisinin bile ihlal edilmesi durumunda suç ve cezada kanunilik ilkesinin kabul edilmediği sonucuna varılmaktadır. Suç ve cezada kanunilik ilkesi ile onun alt ilkeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 20-143.

2. Kanuni İdare İlkesi

İdare hukukunda geçerli olan kanunilik esasının temelini “kanuni idare ilkesi” oluşturur. Kanuni idare ilkesi de ikiye ayrılmakta olup “kanuni dayanak” ve “kanuni yetki” unsurlarından meydana gelir.¹¹ Bu unsurlardan kanuni dayanak unsuru, idarenin belirli bir kısım konularda bir davranışta bulunabilmek için kanuni bir yetkiye gereksinim duyduğunu anlatır.¹² İdare hukukundaki kanunilik ilkesini gerçekleştirebilmek açısından önem taşıyan kanuni dayanak unsuru, Birleşik Devletler Anayasasının 1. maddesinin 9. kısmının 14. paragrafında düzenlenmiştir. Daha açık bir deyişle bu paragrafta, Kongre’nin İdare ve askeri kuvvetler hakkında kural koymaya yetkili olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümden, Birleşik Devletler İdaresinin oluşturulması ve teşkilatlandırılmasında asıl yetkinin Kongrede olduğu, Kongre’nin çıkaracağı bir kanun olmadan, hiçbir idari kuruluşun olmayacağı, bir başka deyişle, kanuni dayanağın olmadığı yerde idarenin olmayacağı anlaşılmaktadır. Kanun olmadan organik anlamda idare bulunmadığına göre Kongre’nin idarenin görevlerini düzenlemesine de bir engel bulunmamaktadır. Hatta bu hükümle Anayasanın, Kongre’nin, İdarenin görevlerini düzenlemesini de teşvik ettiği söylenebilir.

Öte yandan, Anayasasının 1. maddesinin 8. kısmının ilk paragrafında Kongre’ye tekeli bir yetki tanınarak, vergi, vergiye eş değer yükümlülükler ve gümrük gelirleri koyma ve toplama bakımından yetkili organın yalnızca Kongre olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümden “vergi” kavramından ayrılması olanaksız olan idari vergi suç ve cezalarının ancak Kongre tarafından çıkartılacak bir yasayla konulacağı kanımızca örtülü bir şekilde anlaşılmaktadır.

3. İdari Cezanın Özünün Sınırlanması

Birleşik Devletler Anayasasında, bütün cezaların ve bu arada idari cezaların özünü sınırlayan bir hüküm de bulunmaktadır. Gerçekten de, Anayasasının VIII. Eki’nde, aşırı kefaletin öngörülemediği, aşırı para cezası, “zalimane” (cruel) veya olağan dışı cezaların verilemediği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, idari cezalar da özü itibarıyla zalimane veya anormal nitelikte olamayacak, idari para cezaları aşırı miktarda, örneğin, kişinin ödeme gücünü oldukça aşan bir miktarda verilemeyecek, idari cezaların tahsili aşamasında aşırı ölçüde yüksek miktarda kefalet istenemeyecektir.

¹¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tahsin Bekir Balta, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, Ankara 1968-1970, s. 79 vd.

¹² Fazla bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 193 vd.

4. Due Process İlkesi

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Birleşik Devletler Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi açık bir şekilde düzenlenmemiş, ancak Anayasada yer alan hükümlerin özü böyle bir ilkeyi ortaya çıkarmıştır. Aslında bu durumu doğal karşılamak gerekir. Zira Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, en iyi devletin en az yöneten devlet olduğu anlayışıyla ayrıntılı hükümlere yer vermemiştir.¹³ Nitekim bu bağlamda kişilerin hak ve özgürlükleri ile özel mülkiyete devlet müdahalesinin ayrık bir durum olduğu anlayışı benimsenmiş, üstelik bu müdahale yapılırken devletin yetkisini kötüye kullanmasını önleyebilmek için müdahalenin tabi olduğu ilke ve kurallara yer verilmiştir. Bu ilke ve kurallara Anayasanın kimi hükümlerinde yer verildiği gibi Anayasanın Eki olan “Haklar Bildirgesi”nde de (the Bill of Rights) yer verilmiştir. Bu hükümlerin toplu olarak değerlendirilmesi sonucu devletin en az müdahale etmesi esası dışında temel olarak yurttaşlara iki garantinin tanındığı görülmektedir. Bunlardan ilki, devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesinin “makul” (reasonable) olması, ikincisi ise “adil” (equitable) olması gereğidir. Müdahalenin makul olabilmesi için ilgili olguları dikkate almak, araç ve amaç arasındaki orantıyı bozmayarak keyfi davranıştan kaçınmak ve dikkatli bir şekilde hareket etmek gerekir. Devlet müdahalesinin adil olabilmesi için ise herkese kanun önünde eşit davranılması gerekir. Bununla birlikte herkese kanun önünde eşit davranılması olgusu ilk bakışta anlaşıldığından daha karmaşık bir olgudur. Kanun önünde eşitlik ilkesini uygulayabilmek zor olsa da Birleşik Devletlerde bu ilke her zaman anayasal bir standart olarak kalmıştır. Sonuç olarak, anayasal değerler, örtülü bir şekilde, “hukuka uygunluk” (due process) ve herkese kanun önünde eşit davranılması standartlarına bağlı olarak asgari devlet müdahalesi esaslarını benimsenmiştir.¹⁴

¹³ Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının en iyi devletin en az yöneten devlet olduğu anlayışını benimsemesinin altında yatan gerekçe şöyledir: Amerikan Anayasasının kurucularından James Madison, Anayasanın “özgürlük yoluyla bahşedilen bir erk belgesi” (a charter of power granted by liberty) olduğunu, “erk yoluyla bahşedilen bir özgürlük belgesi” (a charter of liberty granted by power) olmadığını belirtmiştir. Stephen Breyer, Madison’un bu ifadesiyle, doğal olarak, gerçek kişilerin federal devlete sınırlı bir erk vermeyi istediklerini kastettiğini belirtmektedir. Breyer, buna karşın, Avrupa’da neredeyse sınırsız bir güce sahip olan kralın, özgürlüğü, insanlara bahşettiğini ifade etmektedir. Breyer, söz konusu olgunun Amerika ile Avrupa arasında temel bir fark oluşturduğunu, bu bağlamda Amerikalıların yönetilmemeyi, özgürlüğün temel bir koşulu olarak gördüklerini, onların yargısal erkin yalnızca Anayasadan doğmadığını, bizzat insanların kendisinden de doğduğu anlayışını benimsediklerini, yargıçları doğrudan seçmeseler bile, seçtikleri temsilciler yoluyla yargıçların atandığını belirtmektedir. Bkz. Stephen Breyer, *The Court and The World*, Vintage Books, New York 2016, s. 244.

¹⁴ Bkz. Stuart G. Scheingold, *The Politics of Rights*, Yale University Press, USA 1974, s. 98-99.

Birleşik Devletler Anayasasında kanunilik prensibini ortaya çıkaran temel hüküm “hukuka uygunluk” (due process) ilkesidir.¹⁵ Günümüzde, Federal Temyiz Mahkemesi tarafından uygulanan şekliyle hukuka uygunluk, Alman öğretisindeki “Rechtsstaat” (Hukuk Devleti), İngiliz hukukundaki “Rule of Law” (Hukuk Devleti) kavramlarıyla benzer hususları kapsamaktadır. Gerçi, Amerikan hukukunda da hukuk devleti anlamında “rule of law” kavramı kullanılmaktaysa da bu kavram hem “due process” kavramı gibi anayasal bir kavram değildir hem de Federal Temyiz Mahkemesi kararlarında kullanılmamaktadır. Federal Temyiz Mahkemesi kararlarında daima “due process” kavramı kullanılmaktadır.¹⁶

Az önce belirtildiği üzere “due process” kavramının “hukuk devleti” ilkesi ile benzer birçok ortak noktaları bulunmaktadır. Hatta kanımızca Birleşik Devletler bakımından “due process” kavramının “hukuk devleti” ilkesini ifade

¹⁵ Birleşik Devletlerde hukuk devleti ilkesinin karşılığını oluşturan “hukuka uygunluk” (due process) esasının bir kolunu oluşturan usuli hukuka uygunluk isterse en dar anlamında ceza muhakemesini idare eden teknik bir kavram olarak anlaşılabilir bile onun özünü “kanunilik” ilkesi oluşturmaktadır. Gerçekten de due process ilkesi haksız yere cezalandırılmayı önlemek için tasarlandığından onun kalbini kanunilik ilkesinin oluşturacağı açıktır. Amerika Birleşik Devletlerinde, due process ilkesinin tartışmasız, açık gereklerini; “suçlamanın bildirilmesi” (notice of the charge) ve büyük ve küçük jüri yoluyla haksız mahkûmiyetin önlenmesi süreçleri oluşturmaktadır. Çağdaş öğretisi, bu gerekleri; avukat tutma, yüzleşme, “ihzar müzakeresi” (compulsory process), delil toplamadaki bazı sınırlamalar ve “bir suçtan dolayı iki kere cezalandırma yasağını” da (immunity double jeopardy, non bis in idem) due process ilkesinin gerekleri olarak eklemektedir. Bununla birlikte, ne kadar ekleme yapılırsa yapılsın due process ilkesinin söz konusu muhakeme boyutları, kanunilik ilkesi benimsenmediği müddetçe anlamsız olacaktır. Gerçekten de kanunilik ilkesi benimsenmediği müddetçe suçlamanın bildirilmesi, jüri tarafından yargılanma, avukat tutma veya yüzleşme gibi muhakeme ilkelerinin bir anlamı kalmaz. Bu bağlamda, bir devletin pozitivist bir tutum takınarak suçlu olmayı belirli süreçlerin takip edilerek mahkûm olmakla özdeşleştirilmesi anlaşılabilir bir husus olmasına karşın, bir anayasanın yalnızca kanunu ihlal etmeyenlerin mahkûm olmasını önleyici süreç öngörmesi yeterli değildir. Anayasanın makul olabilmesi için, bunun yanında, masum kişilerin cezalandırılmasının da yasaklanması gerekir. Bu çerçevede, Birleşik Devletler Anayasasının çerçevesini oluşturan kişiler ceza sorumluluğu salt usuli süreçlere indirgememişler, usuli süreçler ne kadar adil olursa olsun hukuku ihlal etmeyen hiç kimsenin yargılanmamasını da öngörmüşlerdir. Bu yüzden belirli bir eylemden dolayı cezai sorumluluğun doğabilmesi için muhakeme normlarından bağımsız olarak eylemin ceza normunun unsurlarını gösterdiği tipe uygun olması, kısacası tipiklik ilkesine uygun olması gerekmektedir. Bu bağlamda, hukuk devletinin koruma düzenekleri adil bir muhakeme normları oluşturmaktan ziyade hukuksal olarak cezalandırmayı düzenlemeyi kendisine erek edinmiştir. Bkz. Donald A. Dripps, *The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule*, *California Law Review*, Vol. 75, 1987, s. 1681-1683 ve dn. 87.

¹⁶ Krş. Kerem Altıparmak, “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, *AÜHF*, Cilt 45, sayı 1-4, Yıl 1996, s. 220 ve dn. 2-3. Altıparmak, burada hukukun üstünlüğü anlamında “rule of law” kavramının kullanıldığını belirtse de kanımızca bu doğru değildir. Çünkü Amerikan hukukunda “hukukun üstünlüğü” anlamında (supremacy of law) kavramı kullanılmaktadır.

ettiği söylenebilir. Birleşik Devletler Anayasasında hukuk devleti kavramı yerine kullanılan “due process” kavramı, bazı maddi unsurlar içermekle birlikte esas itibarıyla usuli bir nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda “hukuk devleti” (due process) ilkesi yalnızca demokratik yasa yapım sürecinde ortaya çıkan kuralların uygulanmasına hizmet etmemekte, bununla eşzamanlı olarak, bireyleri keyfi devlet uygulamalarına karşı da korumaktadır. Gerçekten de 1787 Anayasasına hukuk devletinin çeşitli unsurlarının yerleştirilmesinde temel güdü, birey haklarının korunması olmuştur. Hatta Federalistler bir Haklar Senedi (Bill of Rights) eklemeye söz vermiş olmasalar, Anayasasının onay süreci de tamamlanmış olmayacaktı. Bu yüzden birey hak ve özgürlüklerinin korunması, Amerikan anayasacılığının temelini oluşturmaktadır.¹⁷

Sözcük anlamıyla “due process” (hukuka uygunluk) kavramı; kişinin keyfi bir şekilde yaşamından, özgürlüğünden ve malvarlığından mahrum edilmemesi anlamını taşır.¹⁸ Due process kavramı, Amerikan anayasacılığının temelini oluşturan birey hak ve özgürlükleri bakımından yaşamsal bir önem taşımasına karşın pozitif hukukta herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Daha açık bir deyişle, söz konusu kavramın etkili olduğu hukuksal alan çok geniş olmasına karşın, bunun hukuki konumunu soyut bir şekilde belirlemek oldukça zor olup içtihatlar ışığında konunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de Federal Temyiz Mahkemesi adına önceki yargıçlardan Cardozo, “due process” kavramını tanımlarken “onun, halkımızın geleneklerinde ve vicdanında temel olarak kökleşmiş” bir anayasal garanti olduğunu belirtmiş ve “düzenlenmiş özgürlük (ordered liberty) kavramında saklı” olduğunu vurgulayarak, kesin bir tanımının olmadığını, olaydan olaya değişebilecek bir kavram olduğunu ima etmiştir. Bir başka yargıç Frankfurter ise Rochin v. California (1952) davasında; “Mahkeme, usulün her aşamasında “usulü”, İngilizce konuşan halkın geçmişten kalan doğruluk ve adalet anlayışına aykırı olup olmadığını inceler. Bu adalet ölçütleri hiçbir yerde yazılı olmamasına rağmen bellidir” diyerek “due process” kavramının esnek niteliğine vurgu yapmıştır.¹⁹

Birleşik Devletlerde “due process” kavramının açık bir tanımının yapılamamasının en önemli nedenlerinden birisini, kavramın, günün gelişen koşullarına göre sürgit bir gelişim içerisinde bulunması oluşturmaktadır. Bu

¹⁷ Gerald L. Neuman, Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi (“The US Constitutional Conception of the Rule of Law and Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz” Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No: 5, 1999’dan Çeviren Ali Rıza Çoban) in Hukuk Devleti, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 560.

¹⁸ Jack C. Plano ve Milton Greenberg, The American Political Dictionary, Eighth Edition, Holt, Rinehart and Winston, Inc., Florida 1989, s. 271.

¹⁹ Altparmak, s. 222 ve dn., 14-15.

bağlamda söz konusu kavram hakkında yapılacak değerlendirmede kavramın devingenliğinin dikkate alınması gerekmektedir. Federal Temyiz Mahkemesi de bu kavramın anlamını tüm yönleriyle açıklayarak kendisini bağlamak istememektedir.²⁰Az önce “hukuka uygunluk” (due process) kavramının çok geniş hukuksal alanda geçerli olduğu belirtilmişti. Gerçekten de Birleşik Krallıkta yalnızca ceza yargılamasında uygulanan bir teminattan ibaret olan “hukuka uygunluk” kavramı, Amerika Birleşik Devletlerinde özel hukuk yargılaması ve ceza yargısı açısından geçerli olduğu gibi özel hukuk ve kamu hukuku uyuşmazlıklarında da geçerli olan bir esas niteliğini taşımaktadır.²¹

Due process kavramıyla ilgili anayasal ilkelerden anlaşılacağı üzere söz konusu kavram, Amerikan Anayasasının ilan edildiği 1787 yılında usuli, bir başka deyişle, asgari muhakeme güvencelerini sağlamak üzere tasarılanmıştır. Bununla birlikte, günümüzdeki anlamıyla “hukuka uygunluk” (due process), usuli bir güvenceyi aşarak usuli (procedural) güvenceler yanında, “maddi hukuka uygunluk” (substantive due process) niteliğini de taşımıştır.²² Birleşik Devletler Anayasasının V. ve XIV. “Eklerinde” (Amendments) due process kavramıyla doğrudan ilgili hükümlere yer verilmektedir. Daha açık bir deyişle bu maddelerde, hiç kimsenin, yaşam, özgürlük veya malvarlığından “hukuka uygun” (due process of law) olmadıkça yoksun bırakılamayacağı ifade edilmektedir. Amerikan Anayasasının iki ayrı maddesinde yer alan bu düzenlemenin ifadeleri büyük çaplı olarak özdeş²³ olsa da her biri ayrı amaçlara hizmet etmekte ve içerikleri de uygulamaya bağlı olarak birbirlerinden oldukça farklılaşmış bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, “EK” (Amendment) 5. maddedeki kullanılan “due process” kavramının amacı, Federal Devletin hukuka uygun davranmasını sağlamaktır. Ancak, federal devlet olmanın

²⁰ Altıparmak, s. 223.

²¹ Altıparmak, s. 224.

²² Krş. Freund’un Konuşması in Charles P. Curtis in The Role of the Constitutional Text in Supreme Court and Supreme Law, Editör, Edmond Cahn, A Clarion Book, New York 1954, s. 74..

²³ Magna Carta; due process veya “hukuk devleti” (rule of law) ilkesinin kökenini oluşturmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Breyer, s. 271 vd. Ancak Magna Carta’nın hiçbir şekilde “kanunilik” ilkesinin kökenini oluşturmadığını belirtmek gerekir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Dursun, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yazılı Dünya Tarihçesi, Adalet Dergisi, Sayı: 59, Eylül 2017, s. 210 vd. Bu gerçeğe rağmen Dripps, Magna Carta’nın öneminin bilincine varan Amerikan kolonilerinin, onu kutsayarak 1688 yılındaki İngiliz ihtilali sırasında kendilerine de uygulanacağını garantisini aldıklarını, Coke ve Blackstone’un yorumları esas alındığında Magna Carta’nın 39. maddesinin çağdaş anlamının “kanunilik” ilkesi olduğunu, zira bu maddeye göre hukuk tarafından saptanmadığı müddetçe hiçbir kişinin cezalandırılmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Dripps, s. 1680-1681. Hâlbuki Magna Carta’da suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenmediğinden Dripps’in görüşünün bu kısmına katılabilmek zordur.

doğal sonucu olarak yalnızca federal devlet organlarının hukuka bağlı kalması yetmemekte, bunun yanında, her bir federe devletin de hukuka bağlı olmasını sağlamak gerekmektedir. Çünkü bireylerin günlük yaşamda daha çok karşılaştıkları, temel hak ve özgürlüklerini daha açık tehdit edebilecek olan federe devlettir. Bu anlamda federe devletlerin hukuka bağlılığının sağlanması daha da büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, 1868 yılında, Amerikan Anayasasında bir değişiklik yapılarak, federe devletlerin de “hukuka uygunluk” (due process) olmaksızın kişileri; özgürlük,²⁴ mülkiyet ve yaşamlarından mahrum edemeyeceği kuralı getirilmiştir.²⁵ İdari suç ve cezalarla kişinin temel hak ve özgürlüğü ihlal edileceği veya sınırlandırılacağı veya ceza, özellikle para cezasıyla kişi mülkiyet hakkından mahrum edileceği için demek ki Anayasada yapılan bu değişiklik sonucu, hukuka uygun olmadıkça hiç kimseye idari ceza uygulanamayacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, “due process” kavramının özgün hali salt usuli güvence sağlamak ereğine yönelmiş iken Federal Temyiz Mahkemesinin birçok kararında maddi hukuka ilişkin konularda da kullanılmıştır. Gerçekten de Federal Temyiz Mahkemesi temel hak ve özgürlükler bakımından “maddi due process” kavramının²⁶ uygulanmasını federe devletlere karşı istikrarlı bir şekilde kabul etmektedir. Mahkeme, anayasada sayılmış olan bir hakkı, Ek 14. madde yoluyla federe devletlere karşı uygulanır bir hale getirmektedir ki, Federal Temyiz Mahkemesi “içerme” yoluyla Anayasanın Ek ilk 10. maddesini, “kendiliğinden” (ipso facto) Ek 14. maddenin kapsamına sokarak federe devletlere karşı da uygulanır hale getirmiştir.²⁷

²⁴ Amerika Birleşik Devletlerinde özgürlük; yalnızca devlet sınırlamalarından bağımsızlık şeklinde anlaşılmasında, bunun yanında özgürlüğün deposu olarak kabul edilen özel yaşamın gizliliğine saygıyı da gerektirmektedir. Bu ülkede öz yaşamın gizliliğine saygı hakkı, gerçekte bütün özgürlüklerin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Charles P. Curtis, Review and Majority Rule in The Role of the Constitutional Text in Supreme Court and Supreme Law, Editör, Edmond Cahn, A Clarion Book, New York 1954, s. 184.

²⁵ Altıparmak, s. 220 ve dn., 4.

²⁶ Aslında, maddi due process kavramının gelişip uygulanmasında, yasama organı ve İdarenin hukuka uygun hareket etmesi zorunluluğu ve bu zorunluluğun yargı organları tarafından denetlenebilmesinin etkisi büyüktür. Bu bağlamda mahkemeler, özgürlüğü sınırlandıran bir düzenlemeyi söz konusu sınırlandırma “keyfi” olduğu, makul olmadığı (unreasonable) veya devletin karışamayacağı bir alana ait olması durumunda iptal etmektedir. Bkz. Plano ve Greenberg, s. 272.

²⁷ Bischoff’un konuşması in Williard Hurst, The Role of History in The Role of the Constitutional Text in Supreme Court and Supreme Law, Editör, Edmond Cahn, A Clarion Book, New York 1954, s. 59. Daha doğru bir deyişle, Amerikan Anayasası çerçevesinde yurttaşlara diğer ülke yurttaşlarından “farklı bir derecede” (a peculiar degree) önem verilmektedir. Daha açık bir deyişle, yurttaşlara verilen önem, Federal Temyiz Mahkemesi tarafından ortaya konulan Amerikan Anayasasının Ek 14. maddesi ile orijinal Haklar Bildirgesi arasındaki ilişkilere dayanmaktadır. Mahkemeye göre bir eyaletin ceza muhakemesine, söz

Anayasanın Ek 5. ve 14. maddelerinde ifade edilen “due process” ilkesi, daha açık bir deyişle, hukuka uygun olmaksızın kimsenin yaşamından, özgürlüğünden ve malından mahrum edilemeyeceği ilkesi yalnızca yargı organlarını değil, yasama, yürütme ve idare organlarını da bağlamaktadır. Buradaki ölçüt, kişinin mülkiyet veya özgürlüklerini doğrudan veya dolaylı olarak ihlal eden bir yasal veya idari işlemin söz konusu olup olmamasıdır. Söz konusu maddelerdeki özgürlük ve mülkiyet kavramları çok geniş bir şekilde yorumlanarak birçok idari işlemin bu kapsamda değerlendirilmesine olanak tanınmıştır.²⁸ Due process kavramının İdareyi bağlaması konumuzla yakından ilgili olduğundan üzerinde durulması faydalı olacaktır.

Çeşitli defalar belirtildiği üzere hukuk devleti ilkesi, Birleşik Devletlerde “due process” veya “due process of law” olarak adlandırılmaktadır. Bu ilkenin yürütme-idare bakımından anlamı, yürütme-idarenin adaletin gereklerini yerine getirebilmek için, kişiye karşı bir işlem yaparken uygun süreçleri takip etmek zorunda olmasıdır.²⁹

Yine müteaddit defa belirtildiği üzere, Birleşik Devletler Anayasasının V. ve XIV. Ekleri, bir kimsenin yaşamı, özgürlüğü ve malından mahrum bırakılmadan önce “hukuka uygunluk” (due process of law) ilkesinin gereklerine uyulması gerekliliği açık bir şekilde belirtilmiştir. Amerika’da due process ilkesinden daha çok ceza davalarında adil yargılanma hakkı bakımından söz edilmesine rağmen söz konusu ilke, ceza davaları dışında da geçerli bulunmaktadır. Bu bağlamda, kişiye karşı bazı idari işlemler yapılmadan önce, örneğin ruhsat verilmesi, izin iptali veya idari para cezası işlemlerinin uygulanmasından önce söz konusu ilkenin gereksinimlerine uyulmak zorundadır. Daha açık bir deyişle, kişiye karşı söz konusu idari işlemler yapılmadan önce ona due process ilkesinin gereği olarak eksikliklerini gidermesi için uygun bir zaman verilmeli ve uyuşmazlık karara bağlanmadan önce onun dinlenilme hakkına saygı gösterilmelidir.³⁰

Bununla birlikte, İdarenin yaptığı işlemlerden kişilerin yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarına müdahale eden eylemlerinin hangilerinin “hukuka uygun”

konusu muhakeme geleneklerde ve bütün insanların bilincinde köklü bir şekilde yerleşmiş olan temel adalet ilkelerini incitmediği müddetçe müdahale edilemez. Bu çerçevede halkın adaletsizlik duygusu anayasal bir ölçüt olmaktadır. Halkın duyarlılığı ve niteliği anayasa hukukunu belirlemekte; her bir insanın tüm temel hakları, halkın benimsediği standartlara bağlı olmaktadır. Edmond Chan, *The Sense of Injustice*, 1949, s. 112-113’den naklen in Charles P. Curtis, *Review and Majority Rule in The Role of the Constitutional Text in Supreme Court and Supreme Law*, Editör, Edmond Cahn, A Clarion Book, New York 1954, s. 174.

²⁸ Altıparmak, s. 241.

²⁹ William C. Johnson, *Public Administration Partnerships in Public Service*, Third Edition, Waveland Press Inc., USA 2004, s. 285.

³⁰ Johnson, s. 285-286.

(due process) olduğunu kesin olarak tanımlamak olanaklı değildir. Bunun gibi yeni bir olayda yeni güvencelerin “hukuka uygunluk” kapsamına alınabilmesi konusunda genel ilkelerin konulması da oldukça güçtür.³¹ Ancak due process kavramının kapsamına alınan yeni güvenceler bakımından bu zamana kadar konulan genel ilkeleri dörde ayırmak olanaklıdır. Bu ilkelerden birisi “kanunilik” kavramıyla yakın ilgilidir. Buna göre, bir işlemin yapılmasını gerekli kılan veya yasaklayan ve sıradan bir yurttaş tarafından bilinmesi zorunlu olan bir kanunun muğlak ifadeler içermesi veya uygulamada keyfiliğe yol açması “hukuka uygunluk” ölçütüne aykırı düşer. Nitekim Federal Temyiz Mahkemesi, 1972 yılında vermiş olduğu Palmer-City of Euclid Ohio’ya karşı davası ile 1983 yılında vermiş olduğu Kalender-Lawson’a karşı davasındaki kararlarında, gece geç ve alışılmadık saatte sokakta bulunan ve bulunma gerekçesini açıklamayan kişi hakkında hapis ve para cezasını öngören bir kanunu belirsiz olduğundan “due process” ilkesine aykırı görmüştür.³² Yukarıda belirtildiği üzere, due process ilkesi, idareyi de bağlayan bir ilke olduğundan eğer bu nitelikte bir kanun idari ceza da öngörmüş olsaydı bu kanunun da “hukuka uygunluk” (due process) ilkesine aykırı düşeceği açıktı.

Bütün bu anlatılanlardan açıkça anlaşılacağı üzere “due process” kavramı, bütünüyle olaylara bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak söz konusu kavram her ne kadar olaylara bağlı olarak ortaya çıksa da bireylerin İdare önündeki konumu hakkında oldukça önemli güvenceler sağlamaktadır. Bu bağlamda Amerikan hukuku bakımından idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlama yolunda en temel güvencelerden birisinin olaylar temelinde due process kavramının geniş yorumu olduğu kuşkusuzdur.³³

Due process kavramıyla ilgili açıklamaları bitirmeden önce önemli bir hususa vurgu yapmak uygun olacaktır. Amerika Birleşik Devletlerinde “due process” kavramı yargısal denetim bakımından büyük bir önem taşımakta olup sistem farklılıklarına karşın kıta Avrupa’sının hukuk düzenleriyle birçok ortak değeri taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, Amerikan Anayasasında yukarıda belirtilen due process hükümleri diğer hukuk düzenlerinde ifade edilen hukuksal güvenceleri bireylere sunmuştur. Bir başka deyişle, due process kavramı genişletici bir yorumla İdarenin denetimi bakımından oldukça önemli ilkeler getirmiştir. Bu durumdan Türkiye açısından önemli bir dersin çıkartılabilmesi olanaklıdır. Daha açık bir deyişle Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen “hukuk devleti” kavramı da en az “due process of law” kavramı kadar yoruma açık, genişletici yorumla kişilere güvence sağlayıcı, günün

³¹ Altıparmak, s. 245.

³² Altıparmak, s. 245-246 ve dn. 112.

³³ Krş. Altıparmak, s. 247.

koşullarından etkilenebilecek ve etkin bir denetim aracı olarak kullanılabilir bir anayasa hükmüdür.³⁴

Bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için o devletin erkler ayrılığı ilkesini benimsemesi gerekmektedir.³⁵ Birleşik Devletlerde “hukuk devleti” (due process) ilkesinin benimsendiği sonucuna bu ülkede erkler ayrılığı kuramının benimsenmesi nedeniyle de ulaşmak olanaklıdır. Nitekim erkler ayrımının hukuk devleti ilkesinin temel bir unsuru olarak kabulünün Birleşik Devletler anayasacılığı bakımından kökeni çok eskilere dayanmaktadır. Daha somut bir deyişle büyük bir Amerikan devrimcisi olan John Adams tarafından hazırlanan 1780 tarihli Massachusetts Anayasasında; insanların yönetimi değil de hukukun yönetimi olabilmesi için bu toplumun yönetiminde, yasama organının yürütme ve yargı yetkilerini asla kullanmayacağı, yürütmenin asla yasama ve yargı yetkilerini ya da bunlardan birisini kullanmayacağı, yargının ise yasama ve yürütme yetkilerini ya da bunlardan birisini kullanmayacağı açıkça ifade edilmiştir.³⁶

Birleşik Devletlerde erkleri ayrılmış bir devletle etkin olarak hukuka bağlı devlet arasında kurulmuş bir bağ bulunmaktadır. Nitekim Anayasada da özenli bir şekilde bu bağa yer verilmiştir. Gerçekten de Anayasanın I. maddesinde Kongrenin yasama yetkilerine yer verilmiş, II. maddede yürütme organı olan Başkandan söz edilmiş, III. maddesinde ise mahkemelerin yargı yetkilerine temas edilmiştir. Bununla birlikte, bu yetkilerin yasaların yönetimi altında kullanılacağına dair açık bir hükme yer verilmemiştir.³⁷

5. İdareye Yetki Devri ve İdarenin Takdir Yetkisi

Bu kısımda son olarak kanunilik ilkesiyle yakın ilişki içerisinde bulunan yasama organının idareye yetki devri ile idarenin takdir yetkisi üzerinde durulacaktır. Başlangıçtan bu yana uygulamada zaten mükemmel olmayan erkler ayrılığı, çağcıl idari devletin doğuşuyla tüm ülkelerde ve bu arada Birleşik Devletlerde tam olarak işleyemez bir konuma düşmüştür. Gerçekten de Kongre tüm siyasi sorunlarını yasama işlemleriyle çözümleyemeyecek bir aşamada bulunmakta, bu yüzden “temel esasları” (parametreleri) belirleyerek özgül kurallar geliştirmeyi yürütmenin içerisinde yer alan idarelere bırakmaktadır. Kongre, örneğin, otomobillerin daha güvenli olması veya hava kirliliğinin

³⁴ Krş. Altıparmak, s. 249.

³⁵ Carl Schmitt, *Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı* (“Der rechtsstaatliche Bestandteil der modernen Verfassung” verfassungslehre, 8. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1993’den çeviren Bilal Canatan) in *Hukuk Devleti*, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 125.

³⁶ Neuman, s. 562.

³⁷ Strauss, s. 88.

denetim altında tutulması konularında kendisi karar vermekte, ancak arabaların koltuklarına güvenlik kamerası konulup konulmaması yönündeki kararı Ulaştırma Sekreterliğine³⁸ bağlı Ulusal Otoyol Trafik Güvenliği İdaresine, karbon monoksit salgılamalarının denetim altına alınmasının gerekli olup olmadığına ve bunun derecesine ilişkin kararı Çevre Koruma İdaresine bırakmaktadır. Bu bağlamda, Birleşik Devletlerde yürütme organının büyük ölçüde yasama organının yetkisine benzer bir yetki kullandığı açıktır.³⁹

Bunun gibi Birleşik Devletlerde yürütme organı, ilk derece yargı organlarının yetkisinde olduğu söylenebilecek pek çok kişisel uyuşmazlık konusunda da karar vermektedir. Daha açık bir deyişle, yürütme organı içerisinde federal yargıdan daha çok sayıda idare hukuku yargıcı olarak adlandırılan yargıç benzeri kişiler bulunmakta, bu kişiler, düzenleyici işlemlerin ihlali durumunda verilecek para cezaları vermekte, ulusal iş yasaları çerçevesinde işverenler ve işçiler arasındaki haklar, mülteci sorunları ve devlet yardımına ilişkin istemler gibi konularda karar vermektedirler.⁴⁰

İdarenin kişisel uyuşmazlıklar hakkında vermiş olduğu kararlara karşı ilgililer yargısal denetim yoluna başvurabilme hakkına sahip bulunmaktadır. Yargı benzeri idari işlemler olarak adlandırılabilir idari kararlar, yargısal denetime tabi tutulurken üç ayrı unsurun her birisine ayrı ayrı bakılmaktadır. Bunlar; idarenin hareket ettiği nesnel düzlem olan maddi olaylara ilişkin değerlendirmesi, işleminin hukuksal dayanağının belirlenmesi, bir başka deyişle, işleme uygulanan hukuk, üçüncü olarak ise fiili veya hukuki olarak bırakılmış olan bir boşlukta İdarenin takdir yetkisi kullanmasının ya da hükmü uygulamasının niteliği, kısacası uygulama sorunlarıdır.⁴¹

Konu, İdarenin takdir yetkisinden açılmışken idari suç ve cezalar bakımından da oldukça önemli olan bu konu üzerinde biraz daha durmak uygun olacaktır. Hukuk devleti ilkesi, kanunilik ilkesinin şekli olarak yerine getirilmesini yeterli görmüş olsaydı, İdareye veya mahkemeye sınırsız bir takdir yetkisi verilerek her şeyin hukuk sınırları içerisinde kaldığı söylenebilirdi. Konuyu daha da açmak gerekirse “quod principi placuit legis habet vigorem” (prensin hoşuna giden kanun gücündedir) ilkesi de tek mil bir yasal ilkedir, ancak bu ilke,

³⁸ Bazıları hatalı bir şekilde Amerika Birleşik Devletleri bağlamında “bakan” ve “bakanlık” kavramından bahsetmektedir. Hâlbuki bu ülkede “başkanlık sistemi” geçerli olduğu için parlamenter sistemin geçerli olduğu ülkelerdeki gibi bakan ve bakanlık kavramı bulunmamaktadır. Bu yüzden Birleşik Devletler bakımından “bakan” kavramının yerine “sekreter”, “bakanlık” kavramının yerine “sekreterlik” kavramının kullanılması uygun olacaktır.

³⁹ Strauss, s. 88-85.

⁴⁰ Strauss, s. 89.

⁴¹ Strauss, s. 93.

hukuk kuralının açık ve kesin olarak değil, keyfi olarak belirleneceğini anlatır. İşte bu yüzden due process bağlamında kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirilmiş olmasından bahsedilebilmesi için yasayla İdareye veya mahkemeye sınırsız bir takdir yetkisi verilmemeli, söz konusu yetkinin tanınmış ilkeler ve prensipler çerçevesinde hareket edilerek nesnel bir biçimde kullanılmasını sağlayıcı düzeneklerin oluşturulması gerekir.⁴² Hatta Coke'un renkli ifadesiyle, hukuk; "belirsiz ve çarpık takdir yetkisiyle" değil, "altın ve doğru bir çubuk" ile saptanabilir.⁴³

İdarenin takdir yetkisinin keyfi kullanılmayıp nesnel bir şekilde kullanılması ve sınırlandırılması, kanımızca, due process ilkesinin başlıca ereğini oluşturmaktadır. Gerçekten de birçok idare hukuku kuralı ve normu, yasama organının yasayla bakanlıklara ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına verdiği geniş yetkiyi sınırlandırmaya çalışmaktadır. Bu bağlamda due process ilkesinin benimsediği kanuniliğin bir başka esaslı unsuru, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi oluşturur. Günümüzde kimi ülkelerde hukuk devleti ilkesi göz ardı edilerek, geniş takdir hakkına sahip olunmadan etkin bir İdarenin oluşturulamayacağı esastan hareket edilmekte ve kanunların da çoğunlukla hükümet/idare tarafından hazırlanması yüzünden kanunlarda İdarenin takdir hakkını genişletici nitelikte oldukça geniş ve muğlak tabirlere yer verilmektedir. Due process ilkesi, mahkemelere, idarenin yetkisini kötüye kullanmasını önlemek ve çoğu durumlarda zeki bir şekilde kanunun satırlarını okumak ve şekil ve esas bakımından icra-yürütme gücünü uygun bir çerçevede tutmak görevini vermiştir.⁴⁴

Due process ilkesi, devletin üç erki içerisinde yurttaşların özgürlüklerine karşı en doğrudan tehlikeyi oluşturan tutum ve davranışlar, yürütme organından kaynaklandığının ve yargısal denetimden kaçabilme olasılığı en yüksek olan işlemlerin de yürütme organının yargı benzeri veya yasama benzeri işlemlerinden çok takdir yetkisi çerçevesinde yapmış olduğu işlemler oluşturduğunun bilincine varmıştır. İdarenin takdir yetkisini kötüye kullanılabileceği bilincinde olan mahkemeler, söz konusu kötüye kullanımı engelleyerek hukukiliğin korunması ve geliştirilmesinde merkezi bir rol oynamışlardır. Bu yüzden Birleşik Devletlerde, İdare, takdir yetkisini hiçbir şekilde keyfi kullanamamaktadır. Mevzuatla idareye takdir yetkisi nesnel hukuk sınırları içerisinde verilmekte, daha açık bir deyişle, kamu görevlisine bazı unsurları göz önüne alması, bazılarını ise göz ardı etmesi istenmekte, kimi durumlarda ise kararını gerekçeli olarak vermesi beklenmektedir. İşte bu

⁴² Krş. H.W.R. Wade, Administrative Law, Sixth edition, Oxford University Press, Great Britain 1988, s. 23.

⁴³ Nak. Wade, 1988, s. 23.

⁴⁴ Krş. Wade, 1988, s. 23-24.

durumlarda, takdir yetkisinin kötüye kullanılıp kullanılmadığını mahkemeler saptadıkları standartlar çerçevesinde denetlemektedirler.⁴⁵

II. Amerika Birleşik Devletlerinde İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi

1. İdari Suç ve Cezanın Tarihi ve İdari Usul

Birleşik Devletlerde idari suç ve cezaların bir türünü oluşturan halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunu irdelemeye geçmeden önce bu ülkede idari ceza hukukunda kanuniliğin uygulanmasının tarihçesini ve söz konusu cezanın verilmesinde büyük önemi bulunan “idari usul” üzerinde durulması faydalı olacaktır.

a) İdari Suç ve Cezanın Tarihi

Amerika Birleşik Devletlerinde idari cezanın, hatta idarenin suç koyma yetkisinin devletin kuruluşundan bu yana kabul edilmediğini belirtmek gerekir. Gerçekten de önceleri Birleşik Devletlerde erkler ayrımı ilkesine bağlılık nedeniyle idarenin suç koyma yetkisi kabul edilmemekteydi.⁴⁶ Nitekim Federal Temyiz Mahkemesi idari ceza konusuyla ilk defa 1891 yılında vermiş olduğu United States-Eaton’a karşı davasındaki kararla karşılaşmıştır. Bu karara konu olan olayda Eaton adlı bir margarin toptancısı, “Margarin Kanunu’nun” (Oleomargarine Act) 18. Bölümünde ifade edilen “kanuna göre tutulması gerekli olan kayıtları” tutmadığı için mahkûm edilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu kanun, tutulması gerekli olan kayıtların usul ve esaslarının Hazine Teşkilatı tarafından belirleneceği ve yayımlanacağını öngörmekteydi. Federal Temyiz Mahkemesinin bu davada çözümlemesi gereken sorun, kanun tarafından açıkça öngörülmemeyen, ancak kanunun yollamasıyla Hazine Teşkilatının yayımlayacağı kurallara uyulmaması durumunda mahkemenin bir mahkûmiyet hükmü verip veremeyeceği idi.⁴⁷

Federal Temyiz Mahkemesi bu kararında, Hazine Teşkilatının yayımladığı kuralların ihlal edilmesi durumunda mahkûmiyet hükmünün verilemeyeceği esasını benimsemiştir. Mahkeme buna gerekçe olarak, bir federal mahkemede “teamüli hukuk” (common-law) suçundan dolayı mahkûmiyet kararı verilebilmesi için bunun mutlaka yasada açıkça düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna ilave olarak Mahkeme, idari düzenlemelerin salt kanunu uygulamaya dönük olabileceğini, ancak onu hiçbir şekilde değiştiremeyeceğini

⁴⁵ Krş. Strauss, s. 95-98.

⁴⁶ Franck Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993, s. 24.

⁴⁷ Mark D. Alexander, Increased Judicial Scrunity for the Administrative Crime, Cornell Law Review, 77, 612, March 1992, s. 616-617.

belirtmiştir. Mahkeme, bu kanunla ceza hukukuna ait bir suçun tanımının idari bir organa⁴⁸ bırakıldığını, icrai veya ihmali bir davranış yoluyla işlenebilen bir suçun konulabilmesi için bunun kanunda yeterli bir şekilde tanımlanması gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁹

Birleşik Devletlerde, idari bir düzenlemenin ihlal edilmesiyle mahkemenin mahkûmiyet kararı verebileceği esas ilk defa Federal Temyiz Mahkemesinin 1896 yılında verdiği Kollock⁵⁰ kararında belirtilmiştir.⁵¹ Mahkemenin bu kararına konu olan olayda, Kollock adlı bir şahıs yukarıda belirtilen Eaton davasında olduğu Margarin Kanununu ihlalden dolayı ilk derece mahkemesi tarafından mahkûm edilmiştir. Daha somut bir deyişle, ilk derece mahkemesi, söz konusu kanunun “Margarinin yalnızca İç Gelir Komiserinin belirlediği esaslar çerçevesinde marka işareti ve damgayla satılabileceği” hükmünü ihlal etmekten dolayı Kollock’u cezaya çarptırmıştır. Kollock, margarini damgasız sattığını, ancak Kanunun komisere suçu tanımlama yetkisi vermesinin kabul edilemeyeceğini belirterek Federal Temyiz Mahkemesine başvurmuştur. Federal Temyiz Mahkemesi ise vermiş olduğu bu kararında, suçun kanun tarafından tam ve bütünüyle tanımlandığını, komisere verilen yetkinin “ayrıntı” niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.⁵²

Suç tanımlamada İdarenin rolü bakımından önemli bir kilometre taşı oluşturan karar, Federal Temyiz Mahkemesinin 1911 yılında vermiş olduğu United States-Grimaud’a karşı davasındaki karardır. Bu davaya konu olan uyuşmazlıkta Grimaud adlı bir kişi, Federal Devletin arazilerinde yasadışı hayvan otlatmaktan mahkûm olmuştur. Grimaud, Kanunun belirli faaliyeti tanımladığı ve buna uygun ceza öngördüğünü buna karşın onun Tarım Sekreterliğine hangi arazilerde hayvan otlatma yasağı koyma yetkisinin tanımlanmasının hukuka aykırı olduğunu ifade etmiş ve Temyiz Mahkemesine başvurmuştur.⁵³

Bunun üzerine Federal Temyiz Mahkemesi Kollock davasında benimsediği şemayı esas alarak, Tarım Sekreterliğinin hayvan otlatma yasağı olan bölgeleri saptamasının detay nitelikte idari bir konu olduğunu, Kongre’nin

⁴⁸ Hazine Teşkilatına.

⁴⁹ Alexander, s. 617.

⁵⁰ 165 U.S. 526 (1896).

⁵¹ Aksi görüş için bkz. Moderne, s. 25, Cenk Şahin, Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları), XII Levha Yayıncılık A.Ş. İstanbul 2010, s. 65 dn. 155. Moderne ve Şahin, idari düzenlemeyle suç konulmasının ilk defa 1911 tarihli United States-Grimaud’a karşı davasında benimsendiğini belirtmektedirler. Ancak az sonra anlatılacağı üzere Grimaud davası idari ceza hukuku bakımından büyük önem taşımasına rağmen öncü bir dava niteliğini taşımamaktadır.

⁵² Alexander, s. 617-618.

⁵³ Alexander, s. 618.

cezayı belirlediği gibi söz konusu sekreterliğe verdiği düzenleme yetkisiyle ilgili faaliyeti de saptadığını, idari organın sadece konuyu oluşturan faaliyeti ayrıntılandırıldığını ifade etmiştir. Bundan başka Federal Temyiz Mahkemesi, Kongre tarafından Tarım Sekreterliğine devredilen yetkinin yasama veya idari nitelikte olup olmadığı üzerine de odaklanmıştır. Mahkeme, sonuçta söz konusu idari organa yapılan yetki devrinin yasama yetkisinin devri olmadığını, idari nitelikte olduğunu belirterek Sekreterliğin yaptığı düzenlemenin hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir. Daha açık bir deyişle Mahkeme, idari nitelikte düzenleme yapma yetkisinin devredilmesinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olmadığını gibi söz konusu sekreterlik tarafından yapılan düzenlemenin de yasama niteliğinde olmadığını, çünkü bu düzenlemeye aykırı davranışın cezasının zaten kanunda gösterildiğini, kısacası İdare tarafından verilen cezanın Kongrenin denetimi altında olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴

Bir başka deyişle, Grimaud kararında Federal Temyiz Mahkemesi, Kongrenin bir idari organa düzenleme yetkisi verdiği zaman bu durum yasama yetkisinin devri olmadığı gibi yapılan düzenlemenin İdarenin düzenlemesi sayılmayıp Kongre'nin düzenlemesi olduğunu, daha açıkçası Kongre tarafından bir kamu suçunun konulmuş sayılacağını vurgulamıştır. Bununla birlikte Mahkeme, İdarenin düzenleme yapabilmesi için Kongre'nin cezaı göstermesinin, amacı saptamasının, amaca ulaşacak yolları belirtmesinin ve konu hakkında İdare tarafından yapılacak idari işlemler için gerekli standartları göstermesinin şart olduğunu belirtmiştir.⁵⁵

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Birleşik Devletlerde Federal Temyiz Mahkemesi, Kollock kararından bu yana idari suçlar bakımından esnek nitelikte kanunilik ilkesini uygulamıştır. Daha açık bir deyişle, Federal Temyiz Mahkemesi, Kollock karardan bu yana Kongre tarafından yetki verilmesi kaydıyla İdarenin düzenleme yapma ve yapılan düzenlemelere aykırı hareket edilmesi halinde kanunda gösterilen cezalardan birisini verme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir.⁵⁶ Tersine bir deyişle, Federal Temyiz Mahkemesi, Kollock kararından itibaren suç ve cezaı bütünüyle İdarenin

⁵⁴ Alexander, s. 618, Moderne, s. 25, Şahin, s. 65 dn. 155. Şahin burada haklı olarak, Grimaud kararının özünde de ifade edildiği üzere, Federal Temyiz Mahkemesinin, kanunla, İdareye, yapacağı düzenlemelerin ihlal edilmesinden doğan cezaları belirleme yetkisi vermesini hukuka uygun bulmadığını, bu açıdan düzenlemelerin ihlalinin karşılığı olarak verilecek cezaların İdarece belirlenmesinin yasama yetkisinin devri olarak kabul edildiğini ve olanaklı olmadığını, cezaların mutlaka kanun koyucu tarafından saptanmasının şart olduğunu ifade etmiştir.

⁵⁵ Krş. Moderne, s. 206.

⁵⁶ Krş. Moderne, s. 205. Moderne, burada idari suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanmasını ilk defa Grimaud kararından başlatmakta ve Birleşik Devletlerde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulamasının esnek olduğundan bahsetmemektedir.

yaratması esasını kabul etmemiştir.⁵⁷ Ancak Federal Temyiz Mahkemesi daha sonraki kararlarında aramış olduğu bu koşulları gittikçe yumuşatmış ve Kongre tarafından İdareye belirsiz kavramlarla yetki tanındığı durumlarda bile idari organın o konuda uzmanlık ve teknik bilgisi bulunduğu gerekçesiyle söz konusu yetki devrini hukuka uygun bulmuştur. Bununla birlikte Mahkeme, sürgit bir şekilde, İdare tarafından yapılan işlemlerin hukuka uygun olmasını şart koşmuştur.⁵⁸

Kısacası Kollock kararından bu yana Birleşik Devletlerde her türlü cezalarda ve bu arada idari cezalarda katı bir şekilde kanunilik ilkesi geçerli olmasına⁵⁹ karşın idari suçlar bakımından aynı yargıya ulaşmak olanaksızdır. Daha açık bir deyişle, idari suçların kurucu unsurlarını yasa ve idari düzenleme birlikte oluşturmaktadır. Bu durum Birleşik Devletlerde idari suçlar bakımından esnek bir kanunilik ilkesinin benimsendiğini göstermektedir.⁶⁰ Bu bağlamda Birleşik Devletlerde Kongre, idari bir organı kurduğu zaman gerekirse o organ tarafından cezalandırılacak suçların doğasını göstermekte, idari organ da yetkili olduğu o alanda cezalandıracağı suçları düzenleme yaparak saptayabilmektedir.⁶¹

Federal Temyiz Mahkemesinin cezalarda ve bu bağlamda idari cezalarda katı, idari suçlarda esnek kanunilik ilkesini benimsemesine, Kongre yapmış olduğu düzenlemelerde büyük özen göstermiştir. Örneğin Kongre, “Eyaletler arası Ticaret Komisyonu’na” (I.T.C.) belirli malların güvenli bir şekilde taşınmasını sağlayabilmek için düzenleme yapma ve bu düzenlemelerin ihlal edilmesi halinde belirlediği hapis veya para cezası vermesini öngören bir yasa yapmış⁶² ve Federal Mahkeme de 1967 yılında vermiş olduğu United States-International Minerals and Chemical Corporation’a karşı kararda söz konusu kanunu Anayasaya uygun bulmuştur.⁶³

b) İdari Usul

Yukarıda belirtildiği üzere idari suç ve ceza konusu irdelenirken idari usul konusunun göz ardı edilmesi olanaksızdır.⁶⁴ Bu açıdan öncelikle idari usul

⁵⁷ Krş. Moderne, s. 227.

⁵⁸ Moderne, s. 227.

⁵⁹ Bunun gibi az sonra ayrıntılarıyla anlatılacağı üzere Birleşik Devletlerde Bağımsız İdari Organların (BiO) bile özerk düzenleme yoluyla ceza koyabilecekleri esası asla kabul edilmemiştir. Yine bu ülkede, idari suç ve ceza nitelikli usul kurallarını belirlemeye İdarenin kural olarak yetkili olmadığı anlayışı da benimsenmiştir. Bkz. Moderne, s. 240-241.

⁶⁰ Krş. Moderne, s. 228, 239.

⁶¹ Moderne, s. 226.

⁶² Bu şekildeki yetkiler eyaletler tarafından kurulan yerel idari organlara o eyalet meclisi tarafından da verilebilmektedir. Bkz. Moderne, s. 206.

⁶³ Moderne, s. 205 ve dn. 35.

⁶⁴ Nitekim Federal Temyiz Mahkemesi de idari ceza işleminin yalnızca maddi kanuna uygun

konusunda genel bir bilgi vermek uygun olacaktır. Birleşik Devletler büyük ölçüde örf-âdete dayalı olan “teamüli hukuk” (common-law) sistemine sahip olmasına karşın idari usul konusunda temel olarak yazılı hukuk sistemine sahip olan Kıta Avrupa’sı hukuk sistemine sahip olan ülkelere bir ölçüde öncülük ederek (zira bu yasa, İspanya ve İsviçre İdari Usul Kanunlarına öncülük etmiştir) II. Dünya Savaşından hemen sonra 1946 yılında “İdari Usul Kanunu’nu”⁶⁵ (Administrative Procedure Act, APA) çıkartmıştır. Birleşik Devletlerde İdari Usul Kanununun çıkması üzerine öğretide Shapiro gibi seçkin hukukçular bunu “Şimdi bizim de Avrupa tipi bir İdare Hukukumuz oldu” şeklinde değerlendirmişlerdir. Özay, yapılan bu değerlendirmeyi isabetli bulmakta ve Federal İdari Usul Kanununun İdarenin karar alma sürecini, tıpkı yargı alanında olduğu gibi taraflar ve her aşamaya katılım şeklinde bir usule bağladığını ifade etmektedir. Yazar, bu katılımın ancak taraflardan birisi olan İdarenin elindeki bilgi ve belgelere sahip olunmakla gerçek bir biçimde sağlanabileceğini, nitekim Amerikan kanun koyucusunun 1946 tarihli İdari Usul Kanununu, 1966 tarihinde çıkarmış olduğu “Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu” (Freedom of Information Act) ile tamamladığını ifade etmektedir.⁶⁶

Birleşik Devletlerde halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasını tam olarak kavrayabilmek için 1946 tarihli İdari Usul Kanunu’nun (Administrative Procedure Act, APA) dikkate alınması yaşamsal bir önem taşımaktadır. Zira bu Kanunun 558. maddesinde idari cezanın verilmesi usulü saptanmış, 551. maddesinde ise idari organlar tarafından verilecek cezanın türleri gösterilmiştir.⁶⁷

Birleşik Devletlerde İdarenin düzenleyici işlemleri bakımından da İdari Usul Kanununun büyük önemi bulunmaktadır. Bu bağlamda Kongre’nin idareye düzenleyici işlem yapma yetkisi verdiği durumlarda İdare kendi başına düzenleyici işlem koyamamakta, söz konusu kanunda öngörülen birtakım usuli süreçlere uygun olarak düzenleme yapması gerekmektedir. Daha somut bir deyişle, Federal İdari Usul Kanunu, idarenin bir düzenleyici işlem yaparken önce genel bir ihbarname çıkartmasını, yapılacak düzenlemenin konusunu yazılı bir şekilde kamuoyuna sunmasını ve daha sonra ise yapılan işin “özlü ve genel” bir açıklama yapmasını şart koşmuştur. Bu yöntemle hareket ederek İdare, ilgililerin katılımına açık bir süreç yoluyla etkileri bakımından yasalara çok benzeyen kurallar koymaktadır. Bu bağlamda örneğin, iş güvenliği ya da

olmasının yeterli olmadığını, bunun yanında, usul normlarına uygun olması gerektiği görüşünü savunmaktadır. Bkz. Moderne, s. 226.

⁶⁵ “İdari Usul Kanunu” için “Yönetmelik Yasası” ibaresinin kullanılması olanaklı olsa da biz daha oturmuş olduğu için ilk halinin kullanılmasının daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

⁶⁶ İl Han Özay, *Günlükte Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 3 ve özellikle dn. 3.

⁶⁷ Moderne, s. 178.

işçi sağlığına ilişkin standart koymak gibi önemli konulardaki düzenlemeler için diğer kamu kurumlarından olduğu kadar sendikalardan, üreticilerden, bunlara ait meslek kurumları veya derneklerden yüzlerce kişinin katılımı sağlanarak düzenleyici kurallar konulmaktadır. Bu kuralların konulmasıyla, katılımcılardan birisinin ya da menfaatlerinin ihlal edildiğini fark eden diğer kişilerin başvurusu üzerine, idari düzenleme, yargısal denetime tabi hale gelmektedir.⁶⁸

Federal İdari Usul Kanununun, İdarenin regülasyon işlevi bakımından da büyük bir önemi bulunmaktadır. Gerçekten de İdarenin regülasyon sürecinde kamu yararını sağlamaya yönelik seçimler yapmak yoluyla “siyasa” (policy) oluşturması, bu süreçte yer alan işlemlerin “özüne” (substance) yönelik bir olgu niteliğini taşımakta, söz konusu politikanın “nesnel” olarak kabul edilebilmesi için idari usul düzenekleriyle hukuksal bir kılıfa büründürülmesi ve uygulamaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda regülasyon sürecinin usule yönelik unsurunu oluşturan bu düzenekler, regülatör organların, yasanın genel çerçevesini çizdiği sınırın dışına çıkıp çıkmadığının anlaşılmasını sağlamaktadır. Bu arada yargı organları da kamu organlarının saptadığı politikaların yasanın amaçlarıyla uyumlu olup olmadığı, İdarenin yaptığı seçimin nesnel ve kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olup olmadığını denetlerken büyük ölçüde APA’da belirtilen usuli standart ve ilkelerden yararlanmaktadır.⁶⁹

Yine Federal İdari Usul Kanunu idari nitelikte “yargısal benzeri karar alma” (adjudication) kavramını İdarenin belirli bir konudaki “karar” (order) almasına yönelik süreç olarak tanımlamış, kararı ise “teşkilatlar”ın (agencies) düzenleyici işlemleri dışında, ruhsatlandırmayı içine alacak şekilde diğer faaliyetlerine ilişkin “nihai karar” (final disposition) olarak belirlemiştir.⁷⁰

Regülasyonun temel uygulama araçlarından birisini oluşturan lisanslama (ruhsatlandırma), genel olarak kişi veya kurumların belirli bir faaliyette bulunmak için yetkilendirilmesi anlamını taşımaktadır. Bu yetkinin varlığını gösteren belge niteliğini taşıyan “lisans” (ruhsat) ise aslında “izin” (permit), “sertifika” (certificate), “onaylama” (approval), kayıt (registration), “patent veya berat” (charter) ve “muafiyet” (statutory exception) gibi farklı isim ve kapsamı olan işlemlerin genel ve ortak adını oluşturmaktadır.⁷¹

APA’ya göre, ruhsatlandırma süreci; lisansın verilmesi, talebin reddedilmesi ve sürdürülmesine ilişkin durumları da içerisine almaktadır. Teşkilata görev ve yetki veren kanunlar, kimi zaman lisanslama yetkisi de vermekte, teşkilat ise bu yetki kapsamında lisans alımının koşullarını, ruhsat sabinin hak ve

⁶⁸ Strauss, s. 92-93 ve dn. 21.

⁶⁹ Şahin, s. 70-71.

⁷⁰ Şahin, s. 138.

⁷¹ Şahin, s. 56.

yükümlülüklerini, lisansın yenilenmesini ve sona ermesi veya erdirilmesi gibi durumları saptayan kurallar koyabilmektedir.⁷²

APA'da "yargısal benzeri karar alma" ve "karar" kavramlarının tanımlarının geniş olması, İdarenin birbirinden farklı ad ve nitelikteki işlemlerinin aynı kapsamda ele alınması sonucunu doğurmuş bulunmaktadır. Bu işlemlerin aynı kapsamda değerlendirilebilmesi için "belirli kişi veya kişilere, içerisinde buldukları durum veya koşullara bağlı olarak belirlenmiş kuralların uygulanması" sonucunda meydana gelmeleri gerekmektedir. Bu bağlamda kamusal idari cezaların türleri olan örneğin "ruhsat iptali", "sosyal yardım ödeneğinin kesilmesi" veya "diğer idari cezalar"ın uygulanması gibi bütün işlemler, yargılama benzeri bir süreç sonucunda ortaya çıkarak, belirli ayrık durumlar dışında muhataplarına, hatta o işlemten etkilenenlere temel birtakım usuli güvenceleri vermektedir. Bu süreç, "uymazlık çözme" (dispute resolution) işlevini de içerisine almaktadır.⁷³

Birleşik Devletlerde yargısal denetim düzenekleriyle bütünleştirilmiş idari usul düzenlemelerine yer verilmesinin temel nedenini; regülasyonun sağlam temellere dayalı bir idari usul düzeneği kurulmadan eksik kalacağı, hukuksal istikrarı sağlamayacağı, hatta giderek faydadan çok zarar getireceği anlayışının benimsenmesi oluşturur. Gerçekten de bu eksiklik, hem bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, hem etkin bir regülasyon faaliyetinin yerine getirilmesi, hem de sağlıklı bir yargısal denetimin yapılabilmesine engel oluşturmaktadır. Nitekim Amerikan İdari Usul Kanununun yürürlüğe konulmasının altında "Yeniden Yapılaşma" (New Deal) zamanında yapılan regülasyon reformunun yatması da genel bir idari usul kanunu ile regülasyon arasındaki ayrılmaz bağı somut bir şekilde ortaya koymaktadır.⁷⁴

Az önce Amerika Birleşik Devletlerinde maddi hukuk normlarının idari suçlar bakımından gevşek veya esnek bir kanunilik aradığı belirtilmişti. Birleşik Devletlerde idari usul normları, durumu daha da ağırlaştırarak, kanunilik ilkesi bakımından oldukça önemli ayrık durumlar öngörmüş bulunmaktadır. Bir başka deyişle, İdari Usul Kanunu "kanunilik" ilkesinin gereklerine tam olarak uyulmasını öngörmemiştir. Gerçekten de kanun bir seri "kara delikler" (black holes) ve "gri delikler" (grey holes) içermektedir. Kara delik; yasal veya idari düzenlemelerle açık bir şekilde yürütmenin işlemlerinin hukuk devletinin gereklerine uygun olmasından ayrık tutulduğu veya idari tasarruflar hakkında yargı yoluna gidilmeyeceğinin belirtilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan "örtülü kara delik" olarak adlandırılan gri delik ise yasal veya idari

⁷² Şahin, s. 56.

⁷³ Şahin, s. 139.

⁷⁴ Şahin, s. 179-180.

düzenlemelerle yürütmenin tasarrufları üzerinde birtakım yasal sınırlamalar olmasına karşın söz konusu sınırlamaların önemsiz olması yüzünden İdarenin istediği her şeyi yapabileceği bir durumu ifade etmektedir. Bu bağlamda gri delik, kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından esaslı bir koruma sağlamaktan ziyade görünüşte veya biçimde hukuk devletine uyumu ifade etmektedir.⁷⁵

Amerikan İdari Usul Kanunu, dolayısıyla Birleşik Devletler idare hukuku bu tür deliklere sahip olduğu için bizzat kendisi Schmittvari, bir başka deyişle, Schmitt tipidir. Gerçekten de Alman Hukukçusu Carl Schmitt'in⁷⁶ en meşhur savı; liberal kanunculüğün prensipte bile gelecekte beklenen bütün halleri öngöremeyeceğidir. Schmitt, ayrık durumların, bir başka deyişle, kestiremeyen koşulların her zaman için hukukta olağanüstü bir durum oluşturacağını, bunun ise liberal kanunculuk sistemini tehdit edeceğini ve potansiyel olarak ortadan kaldıracağını ifade etmiştir. Schmitt, liberal kanunculüğün geçerli olduğu ülkelerde, en fazla olağanüstü durumlarda yetki kullanıcılarının yetkilerinin somutlaştırılabileceğini, ancak bunun da işe yaramayacağını belirtmiştir. Bu bağlamda, Schmitt'in ifade ettiği gibi Amerikan idare hukukunun da ayrıntılı kurallardan meydana geldiğini savlamak, kendi içerisinde "çelişkili bir ifade" (oxymoronic) oluşturacaktır.⁷⁷

Nitekim Vermeule, Amerika'daki hukuk şemasını "Schmitt'in hukuku", mevzuat koyucusunu da "Schmitt'in norm koyucusu" olarak adlandırmaktadır. Yazar, daha açık bir deyişle, Amerikan idare hukukunu, Schmitt'in hukukuna

⁷⁵ Adrian Vermeule, Our Schmittian Administrative Law, Harvard Law Review, Vol. 122, 2009, s. 1096.

⁷⁶ Alman hukukçusu, Katolik filozof, siyaset kuramcısı ve hukuk profesörü olan Carl Schmitt 1888 yılında doğmuş, 1985 yılında ölmüştür. Schmitt'in ilginç bir yaşam hikâyesi bulunmaktadır. Alman Roma Katolik bir ailenin oğlu olan Schmitt, Berlin, Münih ve Strazburg'da hukuk okumuş ve 1915 yılında mezun olduktan sonra devlet sınavlarına girmiştir. 1916 yılında orduya girmek için gönüllü olmuş ve aynı yıl Strazburg'da girdiği "doçentlik sınavı" nı (habilitation) kazanmıştır. Münih, Greifswald, Bonn, Berlin ve Köln gibi çeşitli okullarda ve üniversitelerde ders vermiştir. 1933 yılında II. Dünya Savaşının sonuna kadar Berlin Üniversitesinde profesörlük yapmıştır. Schmitt, 1 Mayıs 1933 tarihinde Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi'ne (NSDAP) katılmıştır. Bu katılım üzerine Hermann Göring tarafından Prusya Devlet Danışmanı ve Nasyonal Sosyalist Hukukçular Birliğinin başkanı olmuştur. Haziran 1934 tarihinde Schmitt kendi çıkardığı Alman Hukukçular Gazetesinde baş editörlük yapmış ve bu gazetede Nazilerin ırkçı görüşlerini eleştirmiştir. Daha sonra Schmitt Naziler tarafından atandığı Reich Profesyonel Grup Lideri görevinden istifa etmiştir. II. Dünya Savaşının son ermesi üzerine Schmitt 1945 yılında Amerikan kuvvetleri tarafından ele geçirilerek bir toplama kampında bir yıldan fazla tutulmuş, 1946 yılında serbest bırakılması üzerine Plettenberg'deki evine dönmüştür. Yazar hukukta otoriter görüşlere sahip bulunmaktadır. Schmitt'in görüşleri hakkında bilgi için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Carl_Schmitt, Erişim Tarihi, 3.3.2016.

⁷⁷ Bkz. Vermeule, s. 1103.

benzetmekte, Amerikan idare hukukunu ortak bir şekilde yaratan; yasa koyucu, başkan, yargıç ve diğer aktörleri ise “Schmitt’in norm koyucuları” olarak adlandırmaktadır. Bundan da öte yazar, bu aktörlerin yaptıkları işin Schmittvari olduğu konusunda bir bilince sahip olmadıklarını, hatta bunlardan çok azının Schmitt’in ismini duyduğunu belirtmektedir.⁷⁸

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Amerikan İdari Usul Kanunu, birçok kara ve gri delik içermektedir. Çalışmanın kapsamını genişletmemek için Amerikan İdari Usul Kanununun içerdiği kara ve gri deliklerin ayrıntısına girmekten kaçınılacaktır.⁷⁹ Bu kara ve gri deliklerin kanunilik ilkesine zarar verdiği açıktır.

2- İdari Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Uygulanması

İdari cezaların bir türünü oluşturan halka yönelik idari cezalar, daha önce konulan genel normlara aykırı davranışları cezalandırmayı hedefleyen işlemlerdir. Daha önce belirtildiği üzere bu cezalar, idare ile kişi arasında fiilin işlendiği sırada önceden bir ilişkinin olmadığı durumlarda verilen cezalardır. Örneğin, rekabet ihlali veya alkollü araba kullanma suçlarında idare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunmadığından bu tür ihlaller halka yönelik idari suçlar, bu suçlar için öngörülen cezalar ise halka yönelik idari cezalar olarak adlandırılır.⁸⁰

Halka yönelik idari suç ve cezaların da çok değişik türleri bulunmaktadır. Bunlar idari polis, trafik, spor veya belediye suç ve cezalarında olduğu gibi daha çok toplumsal veya sosyal düzeni ihlal eden suç ve cezalar olabildiği gibi ekonomik, kültürel, imar, çevre, orman ve ihale gibi çok geniş yelpazede çeşitli suç ve cezalar olabilmekte, ayrıca, geleneksel nitelikteki idari vergi suç ve cezaları da halka yönelik idari suç ve cezaların kapsamına girmektedir. Bunlara ek olarak son yıllarda regülatif nitelikteki idari suç ve cezalar da⁸¹ halka yönelik idari suç ve cezalar içerisinde incelenmektedir.⁸²

⁷⁸ Vermeule, s. 1104.

⁷⁹ Bu kara ve gri delikler hakkında Vermeule’nin makalesine bkz.

⁸⁰ Bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 206.

⁸¹ BİO ile yurttaş arasında önceden bir bağ bulunduğu, örneğin, bir lisans ilişkisi bulunduğu durumda işlenen suç ve uygulanan cezalar “halka yönelik idari suç ve cezalar” değil “disiplin suç ve cezaları” olarak adlandırılmasına rağmen, regülatif idari suç ve cezaların birçoğunda cezanın muhatabı ile BİO arasında önceden bir bağ bulunmadığı için regülatif idari suç ve cezaları, halka yönelik idari suç ve cezaların içerisinde sınıflandırmanın daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

⁸² Çok geniş bir yelpazede yer alan halka yönelik idari suç ve cezaların örnekleme yoluyla türleri bakımından Türkiye’deki kanunilik ilkesinin uygulanma(ma)sı açısından bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 208-309.

Çalışmanın kapsamını çok fazla genişletmemek için halka yönelik idari suç ve cezalardan regülatif nitelikteki suç ve cezalarda⁸³ kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulması yeterli olacaktır.⁸⁴ Bundan önce regülatif idari suç ve cezaların organizasyon yapısı üzerinde durmak faydalı olacaktır.

a) Regülatif Suç ve Cezaların Organizasyon Yapısı

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere Birleşik Devletlerde ayrıksı durumlar dışındaki tüm kamusal organlar 1946 tarihli APA'ya tabidir. Bu bağlamda Bağımsız İdari Organlar da (BİO) APA'ya tabi bulunmakta ve Kongre tarafından, duyarlı alanlarda görev yapmak üzere kurulmuş bulunmaktadır. Bundan başka BİO'lar, kuruldukları alanlarda norm koyma ve en azından önemli gördükleri normun ihlali durumunda cezalandırma yetkisine sahip bulunmaktadır. BİO'ların tam bir listesini yapmak oldukça zordur. Bunun temel nedenlerinden birisini BİO için hepsi eşdeğer olarak kabul edilen "teşkilat" (agency), "komisyon", "kurul", "servis", "idare" gibi kavramların kullanılmasıdır.⁸⁵ Bununla birlikte Birleşik Devletlerde bağımsız idari teşkilatlar ile bağımsız regülatif komisyonlar aynı şeyi ifade etmemektedir.⁸⁶

⁸³ Aslında regülatif kurumlar bakımından dünyaya örnek oluşturan Birleşik Devletlerde regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin irdelenmesi, kanımızca tüm halka yönelik idari suç ve cezalarda söz konusu ilkenin uygulanmasının irdelenmesi anlamını taşıyacaktır. Nitekim Amerikalı ünlü idare hukukçusu Stephen G. Breyer'in belirttiği gibi Amerika Birleşik Devletleri idare hukukunun, öğretide oldukça fazla sorunlara temas eden regülasyon politikasından ayrı olarak incelenmesi olanaksızdır. Nak. Şahin, s. 69. Şahin burada, Federal Temyiz Mahkemesi yargıcı ve idare hukuku profesörü Breyer'in Amerikan idare hukuku yazınında büyük saygı gören kitabının "İdare Hukuku ve Regülasyon Politikası" (Administrative Law and Regulatory Process) adını taşıdığını, bu ismin, kavramın önemini vurguladığını ifade etmektedir. Ancak, yazarın kaynakça kısmında (s. 312) daha doğru ifade edildiği üzere, Breyer'in arkadaşlarıyla yazdığı söz konusu kitabının ismi "Administrative Law and Regulatory Policy" adını taşımaktadır. Bu kitabın doğru künyesi şu şekildedir: Stephen G. Breyer ve diğerleri, Administrative Law and Regulatory Policy, 4th Edition, Aspen Law & Business, New York, 1998.

⁸⁴ ABD'de halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından Türkiye'de olduğu gibi genel nitelikli bir kanun (5326 sayılı Kabahatler Kanunu) bulunmadığından, bu suç ve cezalarda genel nitelikli "kanunilik ilkesi" uygulaması doğal olarak incelenemeyecektir.

⁸⁵ Moderne, s. 142.

⁸⁶ Zira her bir regülatif komisyon belirli bir ekonomik faaliyeti yürütmektedir. Örneğin Federal İletişim Komisyonu, radyo ve televizyon yayıncılığı endüstrisini gözlemlemektedir. Kongre, regülatif komisyonlara, idari yetkiler verdiği gibi yargı veya yasama benzeri yetkiler de vermektedir. Regülatif bir komisyon, düzenlediği endüstri için kurallar koymakta, kuralları yönetmekte ve onları ihlal eden kişiler hakkında yargı görevinde bulunmaktadır. Regülatif komisyonların oldukça fazla ekonomik gücünün bulunmasından dolayı onların başkanlık ve yasama etkisinden bağımsız olması gerektiği düşünülmür. Gerçi Birleşik Devletlerde başkanlar, regülatörleri etkileyecek çeşitli yollar bulsalar da onların etkisi daha çok komisyonların üye yapısını oluşturmaktan ileriye gitmemektedir. Bu komisyonların yönetim kurulları,

Bu ülkede, çeşitli idari hizmetleri yürüten yaklaşık 200 bağımsız idari teşkilat bulunmaktadır. Kongre, bu teşkilatları kurarken farklı nedenlerden dolayı bunları mevcut bakanlıklara bağlamak istememiştir. Örneğin, “Ulusal Havacılık ve Uzay Merkezi” (NASA), Kongre tarafından çıkartılan bir yasayla, askeri denetim altındaki Savunma Sekreterliğindeki uzay programları dışında, ulusun temel uzay çalışmalarının, sivillerin denetimi altında olduğunu göstermek için kurulmuştur.⁸⁷

Birleşik Devletlerde BİO’lar için kimi zaman “yargı benzeri” (parajudiciaires) organ kavramı kullanılmakta ve BİO’ların özgürlüğü bağlayıcı ceza verme yetkisi dışında özellikle idari para cezası verme yetkisinin bulunduğu esas benimsenmektedir. Nitekim Federal Temyiz Mahkemesi de yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere 1911 tarihli United States-Grimaud’a karşı kararında teşkilatların idari ceza verme yetkisinin olduğu esasını benimsemiştir. APA’nın 9. Bölümünün 558. maddesinde ise teşkilatların *düzenleme yapma* yetkilerinin olduğu esas benimsenmiştir. Birleşik Devletlerde BİO’ların ceza verme yetkisi eskiden tartışmalı olmasına karşın günümüzde özellikle idarenin para cezası verme yetkisi hiçbir şekilde tartışılmamaktadır.⁸⁸

b) İlginç İki Regülatör Organ: Çevre Koruma Teşkilatı ve Mesleki Güvenlik ve Sağlık Merkezi

Konu, suç ve cezalarda kanunilik ilkesiyle yakından ilişkili olan bağımsız idari organların regülasyon yetkilerinden açılmışken bu organlardan ilgi çekici olan “Çevre Koruma Teşkilatı” (EPA) ile “Mesleki Güvenlik ve Sağlık Merkezi’nin” (OSHA) düzenleme yetkileri konusunda genel bir açıklama yapılması uygun olacaktır.

1970’li yılların başında, “sosyal karışıklık” (turmoil), çevrecilik gibi siyasal akımlar ve Kongre’de Liberal Demokratların gittikçe artan etkisi sonucu, Birleşik Devletlerin regülatif sisteminde önemli değişiklikler görülmüştür.

Cumhuriyetçi ve Demokratlardan oluşan beş ila dokuz üye arasında değişmektedir. Bu üyelerin görev süresi başkanın görev süresinden daha uzun bir şekilde belirlenmekte ve onların Başkan tarafından görevinden alınmasına izin verilmemektedir. Yapılan bu açıklamalardan, düzenleme yetkisinin salt komisyonlara özgü olduğu, teşkilatların düzenleme yetkisinin olmadığı sonucu çıkartılmamalıdır. Çünkü kimi teşkilatlar, aynen komisyonların sahip olduğu gibi, düzenleme yetkilerine de sahip bulunmaktadır. Örneğin, “Gıda ve İlaç Merkezi” (FDA), yeni ilaç ve tıbbi kimyasallar için izin verme ve onların piyasada satılması konusunda yetkilidir. Bkz. John J. Harrigan, Politics and the American Future, Third Edition, McGraw-Hill 1992, s. 319. Böyle bir yetkiye sahip olan FDA’nın tıbbi kimyasallar ve ilaç için düzenleme yapmaya ve bu düzenlemeleri ihlal eden kişiler hakkında idari ceza vermeye yetkili olduğu da açıktır.

⁸⁷ Harrigan, s. 319.

⁸⁸ Moderne, s. 143.

Buna ilave olarak, daha önceki regülatif komisyonların çoğu endüstri-özgün bir şekilde kurulmuş⁸⁹ iken, 1970'li yıllarda kurulan regülatif teşkilatlar, çoğunlukla, geniş sosyal hedeflere ulaşmayı sağlayabilmek için bütün ekonomiyi genel olarak regüle etmek üzere oluşturulmuştur. Bu bağlamda EPA çevre kurallarını uygulayabilmek, OSHA ise işyerlerinde iş güvenliğini oluşturmak üzere kurulmuşlardır. Bir başka deyişle, daha önce kurulan regülatif organlar belirli bir endüstriyi koruyabilmek için oluşturulmalarına karşın, 1970'li yıllarda kurulan bu kurumlar kamunun çıkarlarını koruyabilmek için kurulmuşlardır. Ayrıca bu yıllarda kurulan düzenleyici otoriteler, daha önceki yıllarda oluşturulan düzenleyici komisyonlardan daha az bağımsız olarak örgütlenmişlerdir. Örneğin EPA'nın, Başkan tarafından atanan ve görevden alınabilen bir yönetici tarafından yönetilmesi esası benimsenmiştir. Bu durum 1970'li yıllarda oluşturulan bağımsız idari otoriteler üzerinde Başkanın daha fazla etkili olmasını sağlamıştır.⁹⁰

1970'li yıllardaki regülasyon anlayışının, endüstri-özgün nitelik göstermekten uzak olması ve EPA ve OSHA gibi yeni regülatif teşkilatların sorumluluklarının gereğini hakkıyla yerine getirmeleri, iş çevrelerinin sert eleştirilerine yol açmıştır. Özellikle, EPA'nın halkı koruyucu uygulamaları, iş dünyasının yoğun bir şekilde sızlanmasına yol açmıştır. Çevre kanunlarını uygulamak için 1970 yılında kurulan EPA, şirketlerin çevreyi kirletmesini önleyebilmek için binlerce düzenleme yayımlamıştır. EPA'nın bu somut yaklaşımı, çevre kanunlarını kimi zaman oldukça soyut bir şekilde çıkaran Kongre ile söz konusu soyut hükümleri somut sorunlara uyarlama tarzına direnen iş çevrelerinde rahatsızlık oluşturmuştur. 1970'li yılların sonundan itibaren çevreci akımın azalması, EPA standartlarına uyum sağlamak istemeyen iş çevrelerinin tutumu ve EPA'nın düzenlemelerinin yüksek maliyet gerektirmesi nedeniyle ekonomik büyümenin önünde onu bir ayak bağı olarak gören muhafazakârların saldırıları, EPA'yı savunmasız bir konumda bırakmıştır. Başkan Reagan'ın yönetimi döneminde, EPA, iş çevrelerine daha fazla yardımcı olmaya başlamış, ancak bu sefer de Kongre üyeleri çevre kanunlarının uygulanmamasının yasal olmadığı gerekçesiyle EPA'yı yoğun bir şekilde eleştirmişlerdir. EPA'ya yöneltilen temel eleştirileri ise söz konusu teşkilatın kimi şirketlerin veri karartmalarına izin vermesi ile toksik ve tehlikeli atık boşaltanlara ayrıcalık sağlaması oluşturmuştur. Bu eleştiri sonucu Reagan, atamış olduğu ilk EPA yöneticisi Anne Gorsuch Burford'u görevden almış, yerine daha çevreci olan William Ruckleshaus'u atamıştır. Ruckleshaus, her ne kadar selefinden daha fazla çevreci olsa da bütçe kesintileri nedeniyle

⁸⁹ Birleşik Devletlerde regülatif komisyonların tarihçesi hakkında bilgi için bkz. Harrigan, s. 320-326.

⁹⁰ Harrigan, s. 322.

kurumun gördüğü zararı, çok sayıda personelin işten ayrılmasını ve çevre konusunda daha fazla “serbestleştirme”yi (deregulation) önleyememiştir. 1980’li yılların sonunda EPA, 1970 yılında kurulan EPA’nın “renksiz” (pale) bir taklidine dönüşmüştür.⁹¹

c) Regülatör Organların Uyguladıkları Yatırım Çeşitleri

EPA ve OSHA’nın düzenleme yetkisi konusundaki bu açıklamalardan sonra Amerika’da regülatör idari organların uyguladıkları yaptırım çeşitlerine kısaca bir göz atmak uygun olacaktır. Birleşik Devletlerde yasal düzenlemelerle öngörülen normlara aykırı tutum ve davranışlar için yalnızca ceza hukuku sonuçları öngörülmemekte, bunun yanında, cezai idare hukuku yaptırımları da öngörülmektedir. İdari bir düzenlemenin cezai idare hukuku yaptırımlarıyla desteklenmesinin altında yatan neden, bunlara uygulanabilirlik gücü vermek, hatta ünlü Amerikalı hukukçu Schwartz’ın⁹² deyimiyle “dış gösterme” ereğidir.⁹³

Günümüzde Birleşik Devletlerde, İdareye, özellikle para cezası niteliğinde olmak üzere çeşitli cezai yaptırımları uygulama yetkisi tanınmıştır. Gerçi Federal Temyiz Mahkemesi başlangıçta bu konuya pek olumlu yaklaşırsa da 1977 yılında vermiş olduğu Atlas Roofing Co.-Occupational Safety & Health Review Comm.’a karşı davasında vermiş olduğu karar ile birlikte, yasal düzenlemelerin ihlal edilmesi dolayısıyla bir suç ortaya çıkması durumunda buna ilişkin para cezasının İdare tarafından verilmesini hukuka uygun bulmuştur. Federal Temyiz Mahkemesine göre söz konusu hukuka uyarlılığın altında yatan iki temel gerekçe bulunmaktadır. Bunlardan ilki, İdarenin diğer devlet organlarına tanınan birtakım yetkileri kullanmaya başlamasından sonra bu tür cezaların uygulanmasının da idari bir niteliğe bürünmesi, ikincisi, regülasyon faaliyetlerine yönelik kuralların ihlal edilip edilmediğinin saptanmasını, en iyi olarak, o kuralları yürütmekle yükümlü olan ve hatta bazılarını kendisi düzenleyen İdarenin yapması gerekli olmasıdır.⁹⁴

Birleşik Devletlerde İdarenin yetkisi, yasal düzenlemelere aykırı faaliyette bulunanlara salt para cezası vermekle sınırlı kalmamakta, bunun yanında, başka yaptırım yetkileriyle de donatılmış bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, İdarenin faaliyet konusunu düzenleyen yasalar, İdareye, söz konusu faaliyetin konusuna göre, yabancı uyrukluların sınır dışı edilmesi, belirli bir alanda faaliyet gösterebilmek veya mesleği yürütebilmek için verilen izni gösteren

⁹¹ Harrigan, s. 322-323.

⁹² Schwartz, idare hukukunun her bir konusunu özel kişi ile idare arasında doğan uyuşmazlığın oluşturduğunu ifade etmektedir. Moderne, s. 142.

⁹³ Krş. Şahin, s. 65 ve dn. 154.

⁹⁴ Şahin, s. 66 ve dn. 157.

“ruhsatın” (lisansın) iptal edilmesi, idari sözleşmenin feshedilmesi, sosyal yardım kapsamında verilen ödeneğin kesilmesi veya yapılan ihlalin basın yoluyla ilan edilmesi gibi farklı türde yaptırım uygulama yetkileri vermektedir. Bu yaptırımların tümünün kökenini idare hukuku rejimi oluşturmaktadır.⁹⁵

Amerika Birleşik Devletlerinde gerek ekonomik gerekse sosyal regülasyon bakımından idari para cezasıyla birlikte sık bir şekilde uygulanan diğer bir idari ceza türünü, özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine verilen ruhsatın askıya alınması veya iptali oluşturur. Lisansın askıya alınması veya iptali idari cezasının iki temel “işlevi” (function) bulunmaktadır. Bunlardan ilki, söz konusu askıya alınma veya iptal edilmeye hukuka aykırı faaliyetin cezalandırılması, ikinci olarak ise müdahale edilen alana getirilen düzenin, tasarlandığı şekilde işlemlerini sağlama, denetimden çıkmasına engel olma ve regülasyondan beklenen faydanın zedelenmesini önlemektir. Bu ikinci işlev, koruyucu bir ereğe hizmet ettiğinden koruyucu-önleyici bir niteliğe sahip olduğu açıktır.⁹⁶

Birleşik Devletlerde, İdare, 11 Eylül saldırılarından sonra, özgürlüğü bağlayıcı ceza verme yetkisiyle de donatılmıştır. Gerçi Birleşik Devletlerde söz konusu saldırılardan sonra İdareye tutuklama yetkisi verildiği, tutuklamanın ise bir tedbir olduğu dolayısıyla idareye özgürlüğü bağlayıcı bir ceza verme yetkisinin tanınmadığı ileri sürülebilir. Ancak ileri sürülebilecek böyle bir sav isabetsiz olacaktır. Zira tutuklamanın bir tedbir olduğu savı doğru olmasına karşın uygulamada söz konusu tedbir adeta bir cezaya, hem de İdare tarafından verilen idari bir cezaya dönüşmüştür. Gerçekten de 11 Eylül saldırıları, başkanlık yetkilerinin güçlendirilmesi sürecini ciddi bir şekilde hızlandırmış, Kongre, “Vatanseverlik Kanunu’nu” (Patriot Act) çıkartarak Yürütme ve İdareye, mevzuatı ihlal etmekte olan yabancıların gizli ve süresiz tutukluluğunu içeren olağanüstü yetkiler vermiştir. Yine bu Kanun, hiç bir sorumluluk olmaksızın tutuklama yapmaya izin vermiş ve herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın terörist olarak belirlenen bir örgütün herhangi bir faaliyetine katılmasından kuşkulanan herhangi bir yabancıyı tutuklanmasını olanaklı kılmıştır.⁹⁷

⁹⁵ Şahin, s. 66.

⁹⁶ Şahin, s. 67.

⁹⁷ Paye, s. 28, 160-161. Birleşik Devletlerde, 11 Eylül saldırılarından sonra “idari tedbir” bakımından kanunilik ilkesi ise adeta ortadan kalkmıştır. Gerçekten de az önce belirtilen Vatanseverlik Kanunu ile ABD makamlarının, havayolu şirketlerinin “çevrimiçi” (on-line), “yer ayırma” (reservation) ve “denetim” (check-in) sistemlerine ulaşım hakkı tanınmış, iletilen bilginin ise 11 Eylül saldırılarından sonra kurulan İç Güvenlik Bakanlığının Giriş/Çıkış adı verilen bir “veri tabanında” (database) saklanması esas kabul edilmiştir. Bundan da öte bu Kanunla, her havayolu şirketinin ABD’ye giden ya da ABD’den gelen yolcular hakkındaki tüm bilgiyi vermeleri zorunlu kılınmış, bunu ihlal eden şirketler için önemli yaptırımlar öngörülmüştür. Söz konusu yasayla daha da vahim bir durumu ise ABD’li gümrük yetkililerinin, havayolu şirketleri üzerine baskı kurabilmesinin yolunun açılması olmuştur.

Öyle ki, ABD gümrük yetkilileri, bu yasayı ihlal etmese bile inatçı şirketleri, uygulamada, piyasadan men etme yetkisine kavuşmuştur. Nitekim bu önlemler protesto ettiğini bildiren Alman şirketi Lufthansa'nın uçaklarının birisi aşırı kontrole tabi tutulmuş, bunun üzerine Avrupa Komisyonunun bir görevlisi "British Airways yolcuları gümrükten yirmi dakika bekleyerek geçerken, Lufthansa yolcuları üç saat beklemek zorunda kalırsa müşterinin eninde sonunda British Airways'i seçeceği açıktır" demiştir. Bkz. Jean Claude Paye, Hukuk Devletinin Sonu Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele (Çev. G. Demet Lüküslü), İmge Kitabevi, Ankara 2009, s. 28, 161-162. Konu, yolcular hakkında alınan tedbirlerden açılmışken hemen şu hususu belirtmek gerekir ki Birleşik Devletler, özellikle Avrupa Birliği nezdinde girişimlerde bulunarak yolcular hakkında kısıtlama öngören çok sayıda düzenlemeyi yaşama geçirmiştir. Bu bağlamda ABD, Avrupa Komisyonu ile altı ay müzakere yaparak bütün taleplerini kabul ettirmiştir. Daha somut olarak, kimi ABD teşkilatları, Avrupa Birliği ülkelerinden gelen uçak yolcularının Yolcu İsim Kaydı dosyasındaki verilerine başvurma ve depolama hakkını kazanmış, böylelikle, tehlikeli olarak nitelendirilen bir kişinin, ABD toprağına girişini men etmiştir. Üstelik bu bilgiler, yanlış olsa bile, yabancılara söz konusu veriyi düzeltme olanağı verilmemiştir. Yüksek risk sınıfına giren kişiler için ABD toprağına girme yasağı 50 yıl olarak saptanmış, yabancılara elektronik bilgilerinin üç buçuk yıl, el ile aranan yabancılara yönelik bilgilerin ise yedi yıl saklanması uygulamasına geçilmiştir. Bkz. Paye, s. 162-163. ABD'nin hukuk devleti ilkesine aykırı çok sayıda tutumlarına (Bu tutumlar için bkz. Paye, s. 165-166), diğer ülkeler tarafından koşulsuz destek verilmesi ya da tepkisiz kalınması, ABD makamlarının eylemlerinin tek taraflı davranış üsluplarının daha da artmasına neden olmuş, üstelik bu eylemlerin, kanıtlara dayandırılması yerine, yalnızca istihbarata dayandırılarak temellendirilmesine yol açmıştır. Paye, s. 166. Bundan daha da vahimi, hukuk devletine aykırı olan bu düzenlemelere Amerikan Federal Temyiz Mahkemesi tarafından aykırı durumlar olduğu gerekçesiyle onay verilmesidir. Böyle bir duruma mahkeme tarafından onay verilmesi, Carl Schmitt'in hukuk hakkındaki öngörüsüne uymaktadır. Çünkü mahkemenin aykırı durum olduğu için yürütmeye ve idareye olağanüstü yetki veren bu düzenlemeleri kararıyla tanıması, aykırı durumu, hukuk düzeninin temeli haline getirmiştir. Daha açık bir deyişle, yürütme ve idare, mahkeme kararı aracılığıyla kendilerine yasama ve yargı ayrıcalıklarına vermiş ve bu durum erklerin formel ayrılığını sorgulatır hale getirmiştir. Bir başka deyişle, Federal Mahkemenin bu bağlamdaki kararları, önceki Başkan Bush'un kendi kendisine verdiği yargıç rolünü onaylamakta, böylelikle bu yetkiler, hukuk kuramının aslında diktatörlük olarak tanımladığı siyasi rejimin bir parçasını oluşturmaktadır. Paye, s. 49-50 ve dn. 46. Birleşik Devletlerde hukuk devleti ilkesine aykırı düzenlemeler, yalnızca Vatandaşlık Kanunuyla sınırlı kalmamış, Vatandaşlık Kanunu II olarak bilinen, 2003 tarihli İç Güvenliği Güçlendirme Kanunuyla doruk noktasına ulaşmıştır. Çünkü ilk çıkartılan ABD Vatandaşlık Kanunu, yabancılara yurttaşlara uygulanacak süreçleri net bir şekilde birbirinden ayırma yoluna giderken, Vatandaşlık Kanunu II ile birlikte hukukun askıya alınması, yalnızca yurttaş olmayanları değil, bununla eşzamanlı olarak tüm ABD'lileri ilgilendiren bir konu haline gelmiştir. Bkz. Paye, s. 58. Bu kanunun 503. Bölümü, ABD yurttaş olmayan ancak kalıcı bir şekilde ABD'de ikamet eden kişilerin de bir suç işlemeksizin ya da işleme eğilimi olmaksızın, Adalet Sekreterliğinin, onları, ulusal güvenlik için bir tehlike olarak gösterdiği durumlarda sınır dışı etmesine izin vermiştir. Bkz. Paye, s. 55. Vatandaşlık Kanunu II ile yürütme ve idare, hukuku yorumlayan ve her istediğinde "kanuniliği" gerçekleştirmek için koşulları değiştiren, kimin toplumun bir parçası, kimin toplumdaki dışlandığını belirleyen polis mahkemesi yargıçları konumunu elde etmiştir. Paye, s. 244. Birleşik Devletlerde Vatandaşlık Kanunları ikili bir hukuk sistemi üzerine kurulmuştur. Daha açık bir deyişle, söz konusu yasalar ile her ne kadar giderek daha

d) Regülatif İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi Uygulanması

Birleşik Devletlerde regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin nasıl uygulandığına gelince burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki Federal Temyiz Mahkemesi, söz konusu suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesinin uygulaması bakımından bu zamana kadar açık bir karar vermemiştir. Bununla birlikte kimi Federal “istinaf mahkemeleri” (circuit courts), regülatif idari suç ve cezalarda söz konusu alt ilkenin, daha açık bir deyişle, aleyhe geriye yürümezlik esasının geçerli olduğu görüşünü savunmuşlardır.⁹⁸

Birleşik Devletler Federal Temyiz Mahkemesinin regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” ile “kanunun açıklığı” alt ilkeleri bakımından kararları bulunmaktadır. Bununla birlikte bu kararlardan hangi sonuçların çıkartılabileceği konusunda öğretide bir uyuşmazlık yaşanmaktadır. Örneğin Şahin; Funk ve Seamon adlı yazarların görüşlerini dayanak alarak, Birleşik Devletlerde regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin söz konusu alt ilkelerin uygulandığı sonucuna varmaktadır. Yazar, Birleşik Devletlerde kamu kurum ve kuruluşlarının doğrudan ilgili yasada belirtilmese bile “doğal” (inherent) birtakım yetkilerinin olup olmadığı yönünde tartışmalar bulunsa bile İdarenin kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisinin bu nitelikte olmadığını, bu tür bir yetkinin sadece kanunla tanınabileceği ve kanunun çerçevesinde kullanılabileceği konusunda bir kuşkunun bulunmadığını, bu bağlamda, regülasyon kuruluşlarına verilen yetkilerin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıdığına

sınırlanmış olsa da bir taraftan kanunların yurttaşları koruması, diğer yandan ise yabancılar için hukukun askıya alınması süreci öngörülmüştür. Böylelikle sadece Birleşik Devletler yurttaşları için kısıtlı ve sınırlı bir hukuk devleti, yurttaş olmayanlar için ise salt (arı) şiddeti içeren bir örgüt yapısı birlikte yer almıştır. Paye, s. 61. Bir diğer deyişle, terörle savaşım gerekçesine sığınarak 11 Eylül saldırılarından sonra ikili bir hukuk düzeni kurulmuştur. Somut olarak, yurttaşlar için sınırlı ve kısıtlı bir hukuk devleti, yabancılar için ise hukuksuzluk yönetimi kurulmuştur. Paye, s. 241. İdari tedbirler bakımından kanunilik ilkesine aykırı olan bu düzenlemeler, genel olarak terör karşıtı normların içerisine yerleştirilmiş, daha sonra ise Avrupa kıtasına geçmiştir. Bu geçişte Birleşik Krallık aracı bir rol oynamıştır. Paye, s. 62. Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere 11 Eylül saldırılarından sonra Birleşik Devletlerde idari tedbirler bakımından kanunilik ilkesine aykırı olan bu düzenlemelerle hukuk devleti ilkesi adeta yok edilmiştir. Nitekim Paye’de Batı ülkelerinde ve bu arada Amerika’daki durumu göz önüne alarak kitabının ismini “La fin de L’Etat de droit” (Hukuk Devletinin Sonu) şeklinde ifade etmiştir. Birleşik Devletlerde hukuk devletinin sonunu, kanımızca, yalnızca kanunilik ilkesine aykırı olarak alınan bu tedbirler getirmemiş, bunun yanında “doğal yargıç” ilkesine aykırı düzenlemeler de getirmiştir. Gerçekten de 13 Kasım 2001 tarihli Başkanlık Kanun Hükmünde Kararnamesiyle terör ile suçlanan yabancı uyrukluları yargılamak için olağanüstü mahkemeler kurulmuş, (Bkz. Paye, s. 28) böylelikle hukuk devleti ilkesi neredeyse bütünüyle ortadan kaldırılmıştır.

⁹⁸ Bkz. Moderne, s. 261 ve dn. 241.

göre, bu organların tasarruflarına yönelik asli düzenleme yetkisinin her zaman yasama organında, daha somut bir deyişle, Kongre’de olduğunu belirtmek gerektiğini ifade etmektedir.⁹⁹

Şahin, Birleşik Devletlerde regülasyon faaliyetini düzenleyen kanunların, etkin bir uygulamanın sağlanabilmesi için bu düzenlemeye ilişkin kuralların muhatapları tarafından ihlal edilmesi durumunda karşılaşacakları yaptırımları da saptadığını, bunun yanında, yasa koyucunun, bazen sadece kendisinin çerçeveselendirdiği kurallara aykırılıkları cezalandırdığını, bununla eşzamanlı olarak, İdarenin kendisinden aldığı yetkiye dayalı olarak koyduğu kurallara uyulmamasını da belirli yaptırımlara tabi tuttuğunu belirtmektedir.¹⁰⁰

Buna karşın, Moderne, farklı bir görüş savunarak, Birleşik Devletlerde Federal Temyiz Mahkemesinin, Kongre’nin denetimi altında ekonomi, mali, çevre, iletişim gibi alanlarda BİO veya idari organlara idari ceza verme yetkisini tanıdığını belirterek konuyu ikiye ayırmaktadır. Yazar, Mahkemenin, Kongre’nin saptadığı suç ve cezayı uygulayabilmek için idari organları görevlendirebileceğini, ancak suç ve cezayı, yasanın kendisinin somut olarak belirlemesi gerektiğini, ancak BİO’da durumun farklı olduğunu, bu organların suç ve cezayı kendilerinin belirleyebileceği esasının benimsendiğini belirtmektedir.¹⁰¹

Moderne, Federal Temyiz Mahkemesinin BİO’lar hakkındaki bu tutumunun, Amerikan öğretisinde tepkiyle karşılandığını, öğretinin, suç ve cezanın yasal çerçevesinin mutlaka Kongre tarafından çizilmesi, İdareye bu alanda salt uygulamaya yönelik yetkilerin verilebileceğini, İdareye suç ve cezayı belirleme yetkisinin verilemeyeceğini, aksine bir tutumun “yasama yetkisinin devri” niteliğini taşıyacağını savunduğunu nakletmektedir. Moderne, Federal Temyiz Mahkemesi, başlangıçta öğretinin bu tutumunu dikkate alarak Kongre’nin suç ve ceza konusunda İdareye çok geniş yetki tanımmasının keyfiliğe yol açacağını ve yasal çerçevenin çizilmediği ve böylelikle yasama yetkisinin devri niteliğini taşıdığı sonucuna vardığını, ancak sonraki kararlarında daha az titizlik gösterdiğini, hatta Kongre’nin idari suç ve cezayı belirleme konusunda İdareye yetki verdiği kanunları bile geçerli kıldığını ifade etmektedir.¹⁰² Bu bağlamda yazar, yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatılan 1984 tarihli ünlü Chevron kararı ile birlikte idari suç ve cezayı saptama konusunda İdareye verilen yetkinin anayasaya uygunluğunun tartışılmadığını, söz konusu yetkinin olağan olarak kabul edildiğini vurgulamaktadır.¹⁰³

⁹⁹ Bkz. Şahin, s. 42 dn. 84.

¹⁰⁰ Şahin, s. 65.

¹⁰¹ Moderne, s. 176-177 ve dn. 21’de bahsedilen Federal Temyiz Mahkemesi Kararları.

¹⁰² Moderne, s. 177.

¹⁰³ Bkz. Moderne, s. 178.

Bu farklı görüşlerden kanımızca Moderne'nin görüşü bize daha isabetli gelmektedir. Zira yazarın regülatif idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini irdelerken BiO ile diğer idari organlar arasında Federal Temyiz Mahkemesinin yaptığı gibi bir ayırım yaparak farklı sonuçlara ulaşması daha isabetlidir. Öte yandan, suç ve ceza arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunmaktadır. Bunlardan birisi bakımından kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, diğeri bakımından da kanunilik ilkesinin benimsenmediği anlamını taşıyacaktır. Bu bağlamda Chevron kararında her ne kadar idari suç bakımından İdarenin yapacağı yorum esas alınarak idari suçlarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı örtük olarak savunulsa da gerçekte hem idari suç hem de idari cezada kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı ima edilmiştir. Zira suç ve ceza arasında "bütünleyici parça" ilişkisi bulunduğundan bunların birbirinden ayrılması olanaksızdır.

SONUÇ

Amerika Birleşik Devletlerinde idari suç ve ceza türlerinde kanunilik ilkesinin uygulamasını irdeleyen bu çalışmadan çıkan ilk sonuç, bu ülkenin Anglosakson hukukuna, dolayısıyla içtihat hukukuna dayanması nedeniyle idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmadığı veya gerekli ölçüde uygulanmadığı şeklindeki algının yanlış olduğunun ortaya çıkmasıdır.¹⁰⁴ Hatta

¹⁰⁴ Bunun gibi kimi yazarlar, Anglosakson hukukuna tabi ülkelerin temyiz mahkemelerinin "hukuk yaratma" (declaratory power) yetkilerinin bulunması nedeniyle bu hukuk sistemine sahip ülkelerde ceza hukukunda kanunilik ilkesinin tehlikede olduğunu düşünmektedirler. Bu düşünce tarzının ne kadar hatalı olduğunu Cadoppi somut bir şekilde göstermektedir. Gerçi yazar her ne kadar konuyu karşılaştırmalı olarak İtalya ve İskoçya ceza hukukunda kanunilik ilkesi bakımından incelese de onun açıklamalarından söz konusu düşünce tarzının ne kadar isabetsiz olduğu konusunda bir genellemede bulunabilmek olanaklıdır. Yazar İtalya'da ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kabul edilmiş olmasına rağmen söz konusu ilkeye aykırı olarak özellikle kıyas yoluyla suç yaratılması bağlamında uygulamadan çeşitli örnekler vermektedir (Bu örnekler için bkz. Alberto Cadoppi, Nulla Poena Sine Lege And Scots Criminal Law: A Continental Perspective, The Juridical Review, Part 2, 1998, s. 81 vd.). Hatta Cadoppi, söz konusu örnekler karşısında hayrete düşen kimi kişilerin İtalyan ceza hukukunun İskoç ceza hukukundan ve "evleviyetle" (afortiori) İngiliz ceza hukukundan daha az belirli olduğunu ve kanunilik ilkesine daha az saygı gösterdiğini savladığını belirtmektedir. Yazar, böyle bir savda kısmi bir abartı olsa da kanunilik ilkesinin her iki (Anglosakson ve Kıta Avrupa'sı) hukuk sistemlerinde belirli bir noktaya kadar etkili olduğunu vurgulamaktadır. Cadoppi, kanunilik ilkesi bakımından iki hukuk sistemi arasında temel farkın, İskoç hukukçularının kanunilik ilkesinin kendi hukuk sisteminde bütünüyle uygulanmayacağına bilincinde olmasına karşın, İtalyan hukukçularının kuramsal olarak geçerli bu ilkenin uygulamada gerçekleştiği yönünde bir yanılığa sahip olmaları olduğunu belirtmektedir. Yazar İtalyan uygulamasının söz konusu kuramsal ilkenin tam olarak gerçekleştirilebilmesinin "hayal" (utopia) olduğunu ortaya koyduğunu belirtmektedir. Cadoppi, s. 84-85. Ancak Cadoppi bu düşüncesinden, hukuk kurallarını daha açık hale getirmek için bir çabaya girişilmesinden kaçınılması gerektiği sonucunun çıkartılmaması gerektiğini, özellikle ceza hukuku olmak üzere bütün hukuk dallarında açıklığın çok

kanımızca common law hukukuna tabi olan ülkelerde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin Kıta Avrupa'sı hukuk dizgesine sahip olan Fransa'dan daha fazla uygulandığını¹⁰⁵ savunmak olanaklıdır. Gerçekten de Anglosakson hukukuna tabi ülkelerde ve bu arada Birleşik Devletlerde idare hukuku, İdarenin dışında oluşturulmuş bulunan organlar tarafından “denetim ve denge” (checks and balances) sisteminin bir parçası yoluyla evrim geçirerek gelişmiştir. Daha açık bir deyişle, bu ülkelerde yasa koyucu çerçeveyi kurarak, bu çerçevenin özünün mahkemeler tarafından yaratılacak ilke ve prensipler yoluyla doldurulmasını istemiştir. Bu bağlamda Anglosakson modeli Fransız modelinden oldukça farklıdır, çünkü bunlardan ikincisinde idari yargıç, idarenin içerisinde çalışarak normları geliştirmekte ve düzenleyici çerçevenin çoğu da yürütme organı tarafından çizilmektedir. Nitekim Fransız Anayasasının 34. ve 37. maddeleri, düzenleme işlevini, yasama ile yürütme arasında paylaşmıştır. Hâlbuki yukarıda görüldüğü üzere Amerikan hukukunda yürütme organına özerk bir düzenleme alanı bırakılmamış, söz konusu organın ancak kendisine yetki devredildiği zaman düzenleme yapabileceği esası kabul edilmiştir. Fransız idare hukukunun bu modeli, alternatif ve daha idari merkezli bir idare hukuku tanımı da doğurarak idareye uygulanan norm ve kuralların idare hukukunu oluşturacağı esası benimsenmiştir.¹⁰⁶ Fransız modelinin bu bakış açısı idare hukukunu, mahkeme merkezli bir “emir ve denetim” (command and control) sistemiyle konulmuş olmasından daha geniş anlamda ele alınmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda idare hukuku, yasal ve idari düzenlemelere dayalı olarak yapılan idari tasarrufları merkezine alan ve ilkeleri, idari tasarrufların denetimi sırasında yargısal denetim tarafından geliştirilmiş bir sisteme dönüşmüştür.¹⁰⁷ Görüldüğü üzere Fransız idare hukuku, sanıldığı gibi aksine, Amerikan idare hukukundan daha fazla ölçüde içtihat merkezli konumda bulunmaktadır.

Aslında Anglosakson hukukuna tabi olan ülkeler ve bu meyanda Birleşik Devletler, idari usule daha fazla önem vermesinden dolayı bu ülkede Kıta Avrupa'sı hukukuna tabi olan ülkelere örneğin Fransa'ya nazaran daha fazla

önemli olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, hukuk normları en üst açıklık ve ayrıntıyla düzenlene bile yargıçların her zaman kanunu yorumlamak için bir “boşluk” (room) bulacaklarını belirtmektedir. Cadoppi, s. 86.

¹⁰⁵ Fransa'da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Dursun, Fransa'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması, TAAD, Yıl. 8, Sayı: 31 (Temmuz 2017), s. 469 vd.

¹⁰⁶ Hatta bu tanım, Amerikan idare hukuku tanımını da etkilemiştir. Nitekim Amerikan idare hukukçusu Davis, idare hukukunu; idari tasarrufların yargısal denetim ilkeleri dâhil idari birimlerin yetkilerini ve idari süreçleri gösteren hukuk olarak tanımlamıştır. Bkz. Kenneth C. Davis, Administrative Law Text, Third Edition, 1972, s. 1'den nak. Harlow, s. 192 dn. 17.

¹⁰⁷ Harlow, s. 192 ve dn. 16.

bir şekilde geçerli olduğunu savunmak olanaklıdır.¹⁰⁸ Gerçekten de Amerika Birleşik Devletlerinde yalnızca idari suç ve cezaların özü, bir başka deyişle, maddi suç ve ceza normları bakımından değil, bu cezaların uygulanmasındaki usul, bir başka deyişle, yöntem bakımından da “kanunilik” ilkesine uyulması gerekmektedir. Nitekim yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere Birleşik Devletler Anayasasının Ek V., ve XIV. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu, kanunilik ilkesinden yalnızca maddi ceza normlarının anlaşılması gerektiği, bunun yanında “usul” (process) hükümlerinin de¹⁰⁹ anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.¹¹⁰

Bu çerçevede çalışmamızdan çıkan ikinci sonuç; Türkiye’de de idari usule önem verilmesi gerekliliğidir. İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin tam olarak gerçekleşebilmesi açısından usul ilkelerine uyulması yaşamsal bir önem taşıdığından ve özellikle halka yönelik idari suç ve cezalarda Birleşik Devletlerde “biçimsel hukuka uygunluk” (procedural due process) ilkesine büyük önem verildiğinden konu üzerinde biraz daha durulması faydalı olacaktır.

Yukarıda yapılan incelemelerden anlaşılacağı üzere Birleşik Devletlerde özellikle halka yönelik idari suç ve cezalarda “maddi kanunilik” (substantial due process) esasının kabul edilmesinin yeterli olmadığı, bunun yanında, “usuli kanunilik” (procedural due process), diğer deyişle, idari usul ilkelerine uyulması gerektiği anlayışı egemendir. Birleşik Devletler kanımızca bu tutumuyla son derece isabetli davranmıştır. Gerçekten de nasıl ki ceza usulünün hatalı veya eksik olarak düzenlendiği bir ülkede ceza hukukunun iyi bir şekilde düzenlenmesinin bir anlamı bulunmamaktaysa, kanımızca, idari usule ilişkin ilkeleri düzenleyen bir kanunun olmadığı durumda da cezai idare hukukunda, bir başka deyişle, idari suç ve cezalarda, kanunilik ilkesinin düzenlenmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesi yurttaşta güvence vermesi işlevini yalnızca idari usul kurallarının doğru ve tam bir şekilde düzenlendiği durumda yerine getirebilir.

Ceza usulü kadar, yeryüzünde insanları ilgilendiren başka bir şey yoktur. Nitekim ceza usulünün kusurlu olduğu bir ülkede huzur bulunamaz. Zira Garraud’un belirttiği gibi, ceza kanununu ihlal etmemek elimizdedir ancak kimse, haksız yere takibata uğramayacağından emin olamaz.¹¹¹ Cezai idare

¹⁰⁸ Zira idari usul olmadan suç ve cezada kanunilik ilkesinin benimsenmesinin fazla bir önemi bulunmamaktadır.

¹⁰⁹ Özellikle “due process” kavramıyla.

¹¹⁰ Krş. Sait Güran, İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri, İÜHFY No.: 289, İstanbul 1967, s. 417 vd.

¹¹¹ René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, C.I, troisième édition, Paris 1913, n.1’den nak. Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, Üçüncü Bası, AÜHFY No.: 274, Ankara 1970, s. 52 ve dn. 69.

hukuku bakımından da özdeş esaslar geçerlidir. Gerçekten de idari bir suç işlemek elimizdedir, ancak doğru ve tam bir nitelikte idari usul kurallarının olmadığı bir durumda kimse soruşturmaya uğramayacağı konusunda bir güvenlik içerisinde bulunamaz. Bu yüzden Türkiye açısından genel bir idari usul kanununa olan gereksinim oldukça büyüktür.¹¹²

Aslında genel nitelikli bir idari usul kanununa duyulan gereksinim için başka gerekçeler de ileri sürmek olanaklıdır. Bunlardan ilki, idari cezaya meşruiyet kazandırabilmektir. Bu bağlamda idari işlemlerin ve bu arada idari ceza işlemlerinin usul ve şekil kurallarına tabi tutulmasının, idari cezaya karşı ileri sürülen çok önemli bir itirazı ortadan kaldırdığını belirtmek gerekir. Gerçekten de idari cezaya yöneltilen itirazlardan birisini İdarenin tarafsızlık ve bağımsızlık teminatına sahip olamaması ve onun bir üst merci veya başkalarınınca özellikle siyasiler tarafından etki altına alınabileceği savıdır. Bu itiraz önemli ölçüde doğru olsa da söz konusu itirazı gidermede idari ceza işlemleri konusunda öngörülen usul ve şekil kurallarının büyük bir rol oynayacağını belirtmek gerekir. Gerçekten de bir idari ceza konulunca, bunun uygulama şekli ve usulleri idari usul yoluyla açıkça saptanmaktadır. Bu çerçevede, idari suç olarak kabul edilen fiillerin tanımı ve sayılması, eylemin tespiti, cezanın asgari ve azami sınırının tayini, el koyma, tebliğ, idari cezaya karşı itiraz şekil ve yollarının belirtilmesi gibi ilkeler, idari suç ve cezaya daha fazla açıklık getirmekte ve cezanın muhataplarını, İdarenin keyfiliğinden önemli ölçüde kurtarmaktadır. Bu bağlamda usul kurallarının ceza hukuku suç ve cezalarına da daha fazla açıklık getirdiği ve cezanın muhataplarını adli organların keyfiliğinden büyük ölçüde kurtardığını söyleyebilmek olanaklıdır. Gerçekten de usul kuralları öyle önemlidir ki eğer ceza usul kuralları olmasaydı yargı mercilerinin bile ceza tayini yoluna tam bir tarafsız ve nesnellikle gidebilmelerinin kuşkulu olduğu söylenebilirdi.¹¹³

İkinci olarak, gerek ceza hukukunun kapsamına giren cezanın, gerekse cezai idare hukukunun kapsamına giren idari cezanın uygulanması, devlet için bir külfet olduğu kadar yurttaş açısından da bir külfet oluşturmakta ve bunu kullanırken oldukça dikkat gösterilmesi gerekmektedir. Ancak yargı organlarına göre teminatsız, siyasi ve idari baskılara açık idari organlar tarafından ceza verilmesi, bu cezaların doğruluk, adillik ve yerindeliliğine gölge düşürebilmektedir. İşte bu gölgeyi ancak idari usul-şekil kurallarıyla genel nitelikli bir idari usul kanunu önemli ölçüde ortadan kaldıracaktır. Bu bağlamda

¹¹² Türkiye’de idari usul konusunda genel nitelikli bir kanuna gereksinim büyük olmasına rağmen bu konuda hazırlanan kanun tasarısı taslağı yıllardır Başbakanlığın raflarında bekletilmektedir. 15.12.2017 tarihi itibarıyla bu taslak hala TBMM’ne gönderilememiştir.

¹¹³ Krş. Sadrettin Sürbehan, İdari Müeyyide ve İdari Ceza Hukuku, Türk İdare Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 328, Ocak-Şubat 1971, s. 144.

idari ceza verilirken söz konusu kurallara aykırılık, şekil bozukluğu olarak kabul edilmeli ve böylelikle bahsedilen gölgeden kaynaklanan sakıncaların önemli ölçüde giderilmesi gerekir.¹¹⁴

Üçüncü olarak, maddi nitelikte kurallara sahip olan cezai idare hukuku, idari usul hukukuyla bir bütünlük taşır. Daha açık bir deyişle, cezai idare hukuku, idari suç ve cezanın oluşmasına vücut veren tüm cezai normları, buna karşın, idari usul hukuku, idari cezanın doğumu ve icrası sürecinde izlenecek kuralları belirleyen usul normlarını içerir.¹¹⁵ Bu bağlamda idari ceza sürgit bir şekilde idare hukuku özellikle usul kurallarına uyularak idari işlemle verilir. Nitekim Zanobini'nin belirttiği üzere idari usul öyle önemlidir ki idari cezayı bir yargılama organı verse bile o organın idari usul kurallarını uygulaması bir zorunluluktur.¹¹⁶ Zira idari ceza ile idari usul arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunması nedeniyle idari cezanın idari usulden kopartılması, idari cezada kanunilik ilkesini bütünüyle anlamsız kılmaktadır.

Dördüncü olarak, idare hukukunun gelişim gösterebilmesi ve kanuni idare ilkesinin gerçekleştirilebilmesi de idari usule önem vermeyi gerektirir. Gerçekten de yukarıda yapılan incelemelerden anlaşılacağı üzere Birleşik Devletlerde idare hukuku daha çok idari süreçleri düzenleyerek gelişimini sağlamıştır. Daha açık bir deyişle, Birleşik Devletlerin idare hukuku prensipleri daha çok "usuli" (procedural) bir nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda Birleşik Devletlerde idare hukuku çerçevesinde Devlet ve İdarenin "kanunilik" sınırları içerisinde kalması gerekmekte ve yürütme ve İdarenin kendilerine devredilen düzenleme yetkisinin sınırlarını aşmaması gerekmektedir. Bu olgudan kanuni idare ilkesinin, daha açık bir deyişle, idarenin yetki ve görevi çerçevesinde¹¹⁷ hareket etmesinin Birleşik Devletlerin idare hukukunun sistemi gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Kısacası, idarenin "hukuka uygun" (due process) bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Bundan başka, Birleşik Devletlerin idare hukuku, idari birimlerin işlem ve eylemlerini nasıl yapacakları konusunda hükümler içermekte, bir başka deyişle, idare hukuku, bir dizi usuli işlemler bakımından anahtar bir konumda bulunmaktadır.¹¹⁸

¹¹⁴ Krş. Doğan Soyaslan, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No: 77, Ankara 1990, s. 143-144.

¹¹⁵ Krş. Mualla Öncel ve diğerleri, Uygulamalı Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 5.

¹¹⁶ Guidio Zanobini, İdari Müeyyideler (Çeviren, Yılmaz Günal), Ankara 1964, s. 122.

¹¹⁷ İdarenin yetki ve görevi dışında hareket etmesi, yukarıda belirtildiği üzere common-law hukukuna tabi ülkelerde ve bu arada Birleşik Devletlerde "ultra vires" olarak nitelendirilmektedir.

¹¹⁸ Carol Harlow, Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, EJIL, Vol. 17, No.1, 2006, s. 192 ve dn. 19.

Bu incelemeden doğan üçüncü sonuç, idari ceza işlemlerine karşı yargısal denetimin etkin bir şekilde sağlanmasının gerekli olduğunun ortaya çıkmasıdır. Gerçekten de yapılan bu incelemeden anlaşılacağı üzere Birleşik Devletlerin idare hukukunun temel işlevi, kamu gücünün denetimi veya Shapiro'nun ifadesiyle "sınırlanmış devleti" (bounded government) sağlamaktır. Bir başka ifadeyle, Birleşik Devletlerin idare hukukunun ana işlevi; kamu görevlilerini, idari organizasyonların işlem ve eylemlerini tanımlamak olan hukuk devleti ilkesine bağlamaktır. Gerçekten de XIX. yüzyılda Batıda ana gövdesi oluşturulan idare hukuku, erklerin biçimsel veya işlevsel olarak ayırımına dayanan anayasal bir bağlamda ortaya çıkmıştır. Bu şekilde ortaya çıkan idare hukuku "sınırlı devlet" in ortaya çıkması için yoğun ve önemli bir savaşım vermiştir. Nitekim bakanlıkların işlem ve eylemlerinin yargısal denetimini öngören Birleşik Devletlerdeki 1803 yılındaki Marbury-Madison'a karşı davasında verilen karar, bu konuda verilebilecek en güzel örneği oluşturmaktadır. Birleşik Devletlerde günümüz idare hukuku sistemi de sınırlanmış bir devlet için önemli bir mücadeleye girişmiş ve idare hukukunun "yargısal denetim" unsuruna¹¹⁹ vurgu

¹¹⁹ Türkiye açısından da İdarenin tasarruflarının ve bu bağlamda idari ceza işlemlerinin etkin bir şekilde denetlenmesi Türk idare hukukunun temel hedefini oluşturmalıdır. Bu hedefi gerçekleştirebilmek için adli-idari yargı ayrılığının benimsendiği ülkede bütün idari ceza işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı organı olarak saptanması gerekmektedir. Zira ancak bu şekilde idare üzerinde etkin bir denetim sağlanabilmesi olanaklıdır. Bu gerçeğe rağmen idari suç ve cezalarda genel bir kanun niteliğini taşıyan 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı belirtilmiş, Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrasında idari ceza işlemlerine karşı genel görevli mahkeme, sulh ceza mahkemesi olarak saptanmıştır. Amerika Birleşik Devletlerinde adli-idari yargı ayrımı bulunmadığı için o ülkede idari ceza işlemlerine karşı yargı yolunun doğal olarak adli yargı olarak öngörülmesi, idari ceza işlemlerinin etkin bir şekilde yargı tarafından denetlenmesi esasına zarar vermez. Zira Birleşik Devletlerde adli yargı organları, idari ceza işleminin dayanağı olan düzenlemeyi "hükümsüz kılma" (null, void) yetkisine sahiptir. Buna karşın Türkiye'de sulh ceza mahkemeleri, idari ceza işleminin dayanağı olan idari düzenlemeyi iptal etme yetkisine sahip değildir. Bu yetkiye yalnızca idari yargı organları sahip olduğundan idari ceza işlemleri etkin bir şekilde yalnızca idari yargı tarafından denetlenebilir. Öte yandan Türkiye'de anayasal olarak adli-idari yargı rejimi öngörüldüğü için kamu gücünün kullanılmasıyla yapılan tüm idari işlemlere karşı idari yargı organının görevli kılınmaması Anayasaya aykırıdır. Nitekim Günday'ın isabetli olarak belirttiği üzere, idari yargının varlık nedeni, İdarenin denetlenmesinde uzman yargı kolu olması ve bu denetimi adli yargıya oranla daha etkili bir biçimde yapabilesidir. Yazar, ayrıca, idari yargının temel işlevinin, bireyleri ve toplulukları İdarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden koruması olduğunu, yargı birliği sistemini benimsemiş ülkelerde idari işlem ve eylemlerin yargısal denetiminin "genel mahkemelerde" (adli mahkemelerde) yapılmasının hukuk devleti ilkesi açısından bir sakınca doğurmadığını, zira bu ülkelerde adli mahkemeler tarafından yapılan denetimin etkili bir yargı denetimi olduğunu, adli mahkemelere hukuka aykırı buldukları idari işlemleri hükümsüz kılma yetkisinin verildiğini de belirtmektedir. Buna karşın, yazar, Türkiye gibi

yapılmıştır.¹²⁰

Çalışmamızdan çıkan dördüncü sonuç, Amerikan idare hukuku hakkında fikir edinilmesi ve bu fikrin büyük önem taşımasıdır. Zira idari suç ve cezalar, idare hukukunun bir kolunu oluşturan “cezai idare hukuku” tarafından incelenmektedir.¹²¹ ABD’nin cezai idare hukukunun incelemesinden, ülkenin idare hukuku hakkında kabaca bir fikir edinebilmek olanaklı olmuştur.¹²² Bu bağlamda ABD’nin idare hukukunun merkezini “kanunilik” ilkesinin oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır. Aslında söz konusu ilkenin idare hukukunun

idari rejimi benimsemiş olan ülkelerde adli mahkemelerin idari işlem ve eylemler üzerinde etkili denetim yetkisinden soyutlandığını ve bu yetkilerin idari yargı yerlerine verildiğini, dolayısıyla, idari rejimi benimsemiş ülkelerde idari işlem ve eylemlerin yargısal denetiminin adli mahkemelere bırakılmasının, bu işlem ve eylemler üzerinde yapılacak olan yargısal denetimi de etkisiz hale getireceğini ve bu durumun en başta Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceğini ifade etmektedir. Bkz. Metin Günday, İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları in Anayasa Yargısı, 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. : 36, Ankara 1997, s. 347 vd. Öte yandan, idari rejimi benimsemiş ülkelerde adli-idari yargı ayrımı belirlenirken İdarenin kamu gücünü kullandığı işlemlere karşı idari yargı mercilerinin görevli kılınması gerekir. İdari ceza verilirken kamu gücü kullanıldığına göre idari ceza işlemlerine karşı yargısal başvuru mercii olarak sadece idari yargının saptanması gerekir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Dursun, Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 70, Ekim 2008, s. 3418-3423, 3425-3428.

¹²⁰ Harlow, s. 191 ve dn. 11-13.

¹²¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 6 vd.

¹²² Amerikan idare hukuku hakkında fikir edinebilmenin Türkiye açısından çeşitli faydaları bulunmaktadır. Her şeyden önce, Türkiye’de genellikle bir işin temelindeki arka plana bakmak yerine yüzeysel yaklaşım ön plana geçmekte ve Amerika Birleşik Devletlerinde idare hukukunun sınırlı bir gelişim gösterdiği sanılmaktadır. Bu sanı son derece yanlıştır. Zira Amerikan Federal İdare Hukukunun, XX. Yüzyıldaki gelişim seyrii incelemek, Türk idare hukukçuları için muhteşem bir deneyim sayılacaktır. Gerçekten de Birleşik Devletlerde “kamu hukuku kuramı” oldukça derin köklere sahip bulunmaktadır. Amerikan idare hukukunu anlamak, 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çoktan başka bir mecraya girmiş olan milli cezai idare hukukumuzun günümüzde yaşamakta olduğu ve “kurgu” kısmen değiştirilmedikçe içerisinden çıkamayacağı “kimlik bunalımı”nı (5326 sayılı Kabahatler Kanununun doğurduğu bunalım hakkında fazla bilgi için bkz. Dursun, Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış, s. 3428 vd.) aşmakta yararlı, hatta “yol gösterici” olacaktır. Öte yandan, Amerikan idare hukukunun, kısmi olarak, regülatör idari kurumları hakkında sergilenen özellikleri ve gelişim çizgisi, Türkiye’nin güncel idare hukuku sorunları için çağrışımlarla dolu bulunmaktadır. Her ne kadar bu konularda kural olarak Avrupa’ya bakmak diye özetlenebilecek bir entelektüel yükümlülük altında bulunuyormuşuz şeklinde görünsek de öncelikle regülasyon ve bunun yönetimini insanlığa kazandıran A.B.D.’ye bakarsak oradan esinlenen Avrupa’nın “uyarlama çabaları” sonucunda özgün sistemde yarattığı deformasyon daha iyi kavranabilir. Böyle bir yaklaşım, dönüşüm ve başkalaşım içerisinde bulunan Türk idare hukuku ve bu meyanda Türk Bağımsız İdari Otoriteleri açısından daha uygun olacaktır. Fazla bilgi ve krş. için bkz. Berkarda, s. 87 vd, 107.

merkezini oluşturduğu sonucunun, idare hukuku prensiplerine bakılarak da ulaşılabilmesi olanaklıdır. Gerçi hukukçuların idare hukukundan beklentileri farklı olduğu için onlar arasında idare hukuku prensiplerinin tam olarak neleri kapsadığı konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte idare hukuku, asgari olarak hukuka göre “iyi yönetim” (good government) ideallerini sağlamayı amaç edinen bir hukuk sistemi olduğu ve iyi yönetim idealini gerçekleştirebilmek için açıklık, adillik, katılım, hesap verilebilirlik, tutarlılık, makuliyet, yargısal ve yargı-dışı başvuru süreçlerine ulaşılabilirlik, *kanunilik* ve tarafsızlık “ideallerine” bağlı kalınarak elde edilebileceği duraksamasız bir şekilde kabul edilmektedir.¹²³

Birleşik Devletlerde idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulamasının irdelemesinden son¹²⁴ sonuç ise, ülkenin idare hukukunun, “due process” (hukuk devleti) ilkesine dayanması¹²⁵ ve due process ilkesinin de “kanunilik” esasına dayalı olmasıdır. Bu bağlamda Birleşik Devletlerde suç ve cezada kanunilik ilkesinin benimsenmediği bir ortamda due process ilkesinin anlamsız kalacağı anlayışının benimsendiğini belirtmek gerekir.¹²⁶ Aslında hukuk devleti ilkesi “kanunilik” kavramına gerçek anlamını vermektedir. Gerçekten de hukuk devleti, sınırsız takdir yetkisi veya keyfiliğin amansız bir düşmanını oluşturmakta ve ancak bu şekilde kanunilik ilkesinin hedefi olan kişi hak ve özgürlüklerini koruma işlevi gerçekleştirilebilmektedir. Bu bağlamda suç ve cezada kanunilik ilkesinin hukuk devletinin kökenini oluşturduğu bilinciyle her türlü suç ve cezada ve bu arada idari suç ve cezada söz konusu ilkenin titizlikle uygulanması gerekir.¹²⁷

¹²³ Aronson, M. B. Dyer ve M. Groves, *Judicial Review of Administrative Action*, Third Edition, 2004, s. 1’den nak., Harlow, s. 193 ve dn. 23.

¹²⁴ Önem açısından son değil! (Last but not least). Hatta bu sonuç, en önemli sonucu oluşturmaktadır.

¹²⁵ Krş. Harlow, s. 192.

¹²⁶ Nitekim Schmid, hukuk devletinin temel niteliğinden birisini, kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının kabul edilerek kanunların “geçmişe” (retroactive) değil “geleceğe” (prospective) etkili olacağı anlayışının benimsenmesi olduğunu haklı olarak ifade etmektedir. Bkz. Alex P. Schmid, *United Nations Measures against Terrorism and the Work of the Terrorism Branch. The Rule of Law, Human Rights and Terrorism in Anti-Terrorist Measures and Human Rights*, s. 56, Editörler; Wolfgang Benedek and Alice Marangopoulos, Martinus Nijhoff Publishers, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands 2004.

¹²⁷ Ancak Türkiye’de idari suç ve cezaların türlerini oluşturan gerek halka yönelik idari suç ve cezalar, gerekse disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmadığını belirtmek gerekir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, s. 197-380.

KAYNAKÇA

- Alexander D. Mark, Increased Judicial Scrunity for the Administrative Crime, Cornell Law Review, 77, 612, March 1992.
- Altıparmak Kerem, “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, AÜHFD, Cilt 45, sayı 1-4, Yıl 1996.
- Balta Bekir Tahsin, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, Ankara 1968-1970.
- Berkarda Kemal, Amerika’da İdare Hukuku Var mı?, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Pertev Bilgen’e Armağan, Sayı: 1-3, Cilt:13, 2003.
- Breyer Stephen, The Court and The World, Vintage Books, New York 2016.
- Cadoppi Alberto, Nulla Poena Sine Lege And Scots Criminal Law: A Continental Perspective, The Juridical Review, Part 2, 1998.
- Curtis P. Charles, Review and Majority Rule in The Role of the Constitutional Text in Supreme Court and Supreme Law, Editör, Edmond Cahn, A Clarion Book, New York 1954.
- Dripps A. Donald, The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule, California Law Review, Vol. 75, 1987.
- Dursun Hasan, Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 70, Ekim 2008.
- Dursun Hasan, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Dursun Hasan, Fransa’da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması, TAAD, Yıl. 8, Sayı: 31 (Temmuz 2017).
- Dursun Hasan, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yazılı Dünya Tarihçesi, Adalet Dergisi, Sayı: 59, Eylül 2017.
- Erem Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Üçüncü Bası, AÜHFY No.: 274, Ankara 1970.
- Gibson Calvin ve Lindquist A. Stefanie, Substantive Due Process and Public Personnel Decisions a Cautionary Tale from the Eighth Circuit, Review of Public Personnel Administration, Vol. 21, No.4, Winter 2001.
- Günday Metin, İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları in Anayasa Yargısı, 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. : 36, Ankara 1997.
- Güneş Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965.
- Güran Sait, İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri, İÜHFY No.: 289, İstanbul 1967.

Harlow Carol, Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, EJIL, Vol. 17, No.1, 2006.

Harrigan, J. John, Politics and the American Future, Third Edition, McGraw-Hill 1992.

Johnson, C. William, Public Administration Partnerships in Public Service, Third Edition, Waveland Press Inc., USA 2004.

Moderne Franck, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993.

Neuman L. Gerald, Amerika'da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi ("The US Constitutional Conception of the Rule of Law and Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz" Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No: 5, 1999'dan Çeviren Ali Rıza Çoban) in Hukuk Devleti, Adres Yayınları, Ankara 2008.

Öncel Mualla, Ahmet Kumrulu ve Mustafa Akkaya, Uygulamalı Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

Paye Jean Claude, Hukuk Devletinin Sonu Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele (Çev. G. Demet Lüküslü), İmge Kitabevi, Ankara 2009.

Plano C. Jack ve Greenberg Milton, The American Political Dictionary, Eighth Edition, Holt, Rinehart and Winston, Inc., Florida 1989.

Schmid P. Alex, United Nations Measures against Terrorism and the Work of the Terrorism Branch. The Rule of Law, Human Rights and Terrorism in Anti-Terrorist Measures and Human Rights, Editörler; Wolfgang Benedek and Alice Marangopoulos, Martinus Nijhoff Publishers, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2004.

Scheingold G. Stuart, The Politics of Rights, Yale University Press, USA 1974.

Schmitt Carl, Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı ("Der rechtsstaatliche Bestandteil der modernen Verfassung" verfassungslehre, 8. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1993'den çeviren Bilal Canatan) in Hukuk Devleti, Adres Yayınları, Ankara 2008.

Strauss, L. Peter, Amerikan (İdari) Devletinde Hukukun Üstünlüğü, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi- İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara 1993.

Soyaslan Doğan, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No: 77, Ankara 1990.

Sürbehan Sadrettin, İdari Müeyyide ve İdari Ceza Hukuku, Türk İdare Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 328, Ocak-Şubat 1971.

Süzek Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985.

Şahin Cenk, Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları), XII Levha Yayıncılık A.Ş. İstanbul 2010.

Vermeule Adrian, Our Schmittian Administrative Law, Harvard Law Review, Vol. 122,, 2009.

Zanobini Guidio, İdari Müeyyideler (Çeviren, Yılmaz Günel), Ankara 1964.

Wade H.W.R., Administrative Law, Sixth edition, Oxford University Press, Great Britain 1988.

Wilson, Q. James, American Government, Fifth Edition, D.C. Heath and Company, USA 1992.

HAKLARI DENGелеMEK: UNUTULMA HAKKI İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE KARŞI

Balancing Rights: The Right To Be Forgotten v. Freedom of Expression

Arş. Gör. Ayşenur OCAK*

Geliş Tarihi: 27.12.2016

Kabul Tarihi: 27.09.2017

ÖZET

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) kararıyla gündemimize, Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla da hukukumuza dâhil olan unutulma hakkı, bireye, kendi hakkındaki bilgilerin Google gibi arama motorlarından kaldırılmasını talep etme imkanı verdiği için doğası itibarıyla ifade özgürlüğünü sınırlamaktadır. Bu sınırlama ile itibarın korunması hedeflendiğinden, sınırlama meşru olarak kabul edilmektedir. Bu meşruiyeti kabul etmeyen bazı yazarlar unutulma hakkının sansürü masumlaştırdığını iddia etmektedirler. Karşı çıkanlar ise unutulma hakkının bireyleri "sanal hafıza"nın esaretinden kurtardığını ileri sürmektedirler. Google, ABAD'ın kararından bu yana, yalnızca iki buçuk yılda ve yalnızca Avrupa'da, 2 milyona yakın "unutulma" talebi almış ve bu taleplerin yaklaşık %45'ini kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesinin unutulma hakkı kararından sonra ülkemizde de bu yönde birçok talep olacağını tahmin etmek zor değildir. Talepler arttıkça ifade özgürlüğü ile unutulma hakkı arasındaki gerilim de artacağından; bu iki hak arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Bu çalışma, bu dengenin nasıl kurulacağına ilişkindir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel veri, unutulma hakkı, ifade özgürlüğü, şeref ve itibarın korunması, özel hayata saygı hakkı

ABSTRACT

The right to be forgotten which is included into our agenda by European Court of Justice and also law by Turkish Constitutional Court restrict naturally the right to freedom of expression by allowing an individual the right to demand removal of personal data from search engines like Google. This restriction is accepted legitimate because it aims protect one's reputation. Some writers who do not accept this legitimacy claim that the right to be forgotten make the censor innocent. The opponents, however say that this right rescue individuals from the "digital memory". After the decision of ECJ, in just to and half and in just Europe, Google had received approximately 2 million removal requests, and granted around %45 of them. It is not difficult to predict that, after decision of Turkish Constitutional Court, there will be many demands in our country. As the demands increase, the tension between freedom of expression and the right to be forgotten will also increases, thus it is necessary to balance between this two rights. This study is about how this rights will be balanced.

Keywords: Personal Data, the right to be forgotten, freedom of expression, the right to protection of reputation, the right to respect for private life.

GİRİŞ

İnsanın birlikte yaşamaya yönelik eğilimi ve sosyal ilişkilerdeki etkinliği onu toplumsal alana doğru yönlendirir. Ancak insan, bu toplumsallığın içerisinde kendine has özel bir alana ihtiyaç duymaktadır.¹ Bu özel alanın sınırları ve

* Galatasaray Üniversitesi, ayşenur.narin@gmail.com

¹ ARASLI, Oya; **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979, s.8.

kapsamı kişiden kişiye farklılık gösterse de herkesin kendince tanımladığı bir özel hayatı vardır ve hukuk düzenince de korunmaktadır. Hukuki bir kavram olarak ilk kez 1819 yılında Fransa’da bir kanunun müzakeresi sırasında kullanılan özel hayat, daha sonra hukukçular tarafından yoğun bir şekilde ele alınmış, uluslararası ve ulusal metinlerde bir hak olarak düzenlenmiştir.²

Günümüzde, özel hayatın korunmasına yönelik çalışmalar farklı bir boyut kazanmıştır.³ Teknolojideki hayret ettirici gelişmeler özel hayatı hedef almışçasına sürmekteyken, hukuk, bu gelişmelerin yol açtığı sorunlarla karşı karşıya kalmıştır. Bu sorunlardan en göze çarpanı, internetin “sonsuz hafıza”nın bireyleri ebedi bir mağduriyete mahkûm etmesidir.⁴ Çevrimdışı dünyada, güncelliğini kaybeden bilgiler zamanla toplumun hafızasından silinip giderken, günümüzün çevrimiçi dünyasında internet, insanlara adeta unutmayı yasaklamaktadır. Artık tek bir ‘tık’la kişilerin hatırlamak istemediği birçok bilgiye rahatlıkla ulaşılmaktadır. Öyle ki, “google ne diyorsa onun sen” sloganıyla hareket eden itibar yönetim şirketleri, kişileri, arama motorunda çıkan ilk 10 sonuçla tanımlamaktadırlar.⁵ Böylece, internette yer alan bilgilerin öznesi konumundaki bireyler, sürekli olarak geçmişlerinin boyunduruğunda yaşamak zorunda kalmaktadırlar.

Avrupa Birliği, bu gelişmelerin olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak ya da azaltmak amacıyla 1995 yılında, Veri Koruma Direktifi’ni(VKD) yürürlüğe koymuştur.⁶ Bu direktif, hazırlandığı zaman ve koşullardan da anlaşılacağı üzere, çağımızdaki teknolojik gelişmelerin yol açtığı sorunları karşılamada yetersiz kalmaktadır. Buna rağmen, internet ve özel hayat ilişkisi bakımından, yeni bir devrin başlangıcı olarak kabul edilebilecek ve çalışmanın devamında değerlendirilecek “Google Kararı”, bu direktifin yorumlanması sonucunda verilmiştir. Kararda, ABAD, bireylerin kendileri hakkındaki bilgilerin yer aldığı arama sonuçlarından bazılarının kaldırılmasını talep edebileceği sonucuna ulaşarak “unutulma hakkı”nı yaratmıştır.⁸ Bu karar ile dikkatlerin üzerinde yoğunlaştığı unutulma hakkı, hukukçular tarafından tartışılmaya başlamış,

² İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (md. 12) Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (md. 17), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 8)

³ DANIŞMAN, Ahmet; **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Selçuk Üniversitesi, Y. No:99, Hukuk Fakültesi Y.No:10, Konya 1991, s.8.

⁴ WECHSLER, Simon, The Right to Remember: The European Convention on Human Rights and the Right to Be Forgotten, Columbia Journal of LawandSocialProblems, 49:1, 2015, s. 136.

⁵ <https://www.wired.com/2009/02/you-are-what-go> (15.12.2016)

⁶ WECHSLER, a.g.e., s. 136.

⁷ Orijinal adı “Google Spain SL and Google Inc. v. AgenciaEspañola de Protección de DatoandMarioCostejaGonzález”,(C-131/12, 13.05.2014) olan başvuru, bu çalışmada “Google Kararı” olarak anılacaktır.

⁸ A.g.e., s. 136.

tüm eleştirilere rağmen⁹, Veri Koruma Direktifi'nin yetersiz kaldığı hususları düzenlemek ve Direktif'in zayıf yanlarını güçlendirmek amacıyla hazırlanan¹⁰ ve 27 Nisan 2016 tarihinde kabul edilen Genel Veri Koruma Regülasyonu'nda açıkça kabul edilmiştir.¹¹

ABAD'ın kararına, daha açık bir ifadeyle unutulma hakkına yönelik eleştirilerin temelinde, özel hayata saygı hakkının özelleştirilmiş bir hali olan bu hakkın, ifade özgürlüğü sınırlama ve internet sansürünü meşrulaştırma potansiyeline sahip olduğu iddiaları yer almaktadır.¹² Buna göre, unutulma hakkı her ne kadar elde ediliş amacıyla “bağlantılı, sınırlı ve ölçülü” olmayan bilgileri¹³ kapsıyor olsa da ifade özgürlüğünü anlamsızlaştırmaktadır ki bu yüzden Avrupa'da kabul edilen bu hakkın Amerika'da uygulanması mümkün değildir.¹⁴

İfade özgürlüğü ve özel hayata saygı hakkı bakımından ortaya çıkan bu çatışma hali yeni değildir. Aralarında hiyerarşi kurulamayacak bu haklardan her ikisinin de doğasında diğerini sınırlayıcı bir risk bulunmaktadır. Bu yüzden ki, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel hayata saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasında sistematik bir değerlendirme yapılarak bu haklar arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır. Ne var ki, söz konusu internet olduğunda, ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı arasında, bir seçim yapma sonucu doğurmaksızın adil bir dengenin kurulması zannedildiğinden de zordur. Zira ifade özgürlüğünün etkili bir biçimde yerine getirilmesini sağlayan internet ile bireylerin hayatta “yeni bir sayfa açma”sına engel olan internet aynı internettir.

⁹ FLORIDI, Luciano, “The Right to Be Forgotten: A PhilosophicalView, H:/HEINR/JRE 2015/3d/00-Floridi.3d, 25.09.2015, s. 2; ZITTRAIN, Jonathan, “Dont Force Google To “Forget””, **N.Y. TIMES**, May 2014 (12.12.2016) ; E Frantziou, ‘Further Developments in the Right to be Forgotten: The EuropeanCourt of Justice’s Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Espanola deProteccion de Datos’ (2014-14)**Human Rights Law Review** 2014-14, Oxford UniversityPress, s. 761, 769. PESTON, Robert, “Why has Google Cast Me Into Oblivion?”,**BBC**, 2. July 2014 (22.12.2016)

¹⁰ Factsheet on “The Right To Be Forgotten” Ruling, EuropeanCommission, s. 2.

¹¹ General Data ProtectionRegulation, 2016/679, <http://eur-lex.europa.eu/> (15.12.2016)

¹² LEE, Edward, “The Right to Be Forgotten v. Free Speech”,**A Journal of Law and Policy for the Information Society** (Forthcoming); Chicago-Kent College of Law Research Paper, August 26, 2015. s. 15; PATRY, Melody, “Are search engines the ultimate arbiters of information?”**INDEX**, 14 May 2014, www.indexonensorship.org (15.12.2016); WECHSLER, a.g.e., s. 143-145.

¹³ Google Spain, a.g.e., para. 94. 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi'nde “adequate, relevant and not excessive” olarak ifade edilen bu ilkeler, Direktif'e uygun olarak hazırlanan 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda “sınırlı, bağlantılı ve ölçülü” olarak karşılık bulduğundan, çalışmada bu kavramlar tercih edilmiştir.

¹⁴ LEE, a.g.e, s. 2; LUCKERSON, Victor, “Americans Will Never Have The Right to Be Forgotten”, **TIME**, 14 May 2014, <http://time.com/> (15.12.2016)

Bu amaçla, bu çalışmada öncelikle unutulma hakkının kapsamı ele alınacak, ardından bu hak hukuki düzenlemeler ve yargı kararları ışığında temellendirilecektir. Daha sonra da AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından yola çıkarak ifade özgürlüğü ile unutulma hakkı arasında nasıl denge kurulacağı hususu açıklığa kavuşturulacaktır.

I. UNUTULMA HAKKININ KAPSAMI

A. Unutulma Hakkının Tanımı

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararından sonra yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanan unutulma hakkının net bir tanımını yapmak kolay değildir. Doğurduğu sonuçlar itibariyle, bu hak bireylerin internetin sınırsız hafızasına karşı korunması, yeni bir sayfa açabilmelerine imkân tanınması ya da ölçsüz önyargılara karşı korunması olarak ifade edilebilir. Ancak bu hiç bir zaman, tanınmış insanların sıradanlaştırılması ya da suçluların masumlaştırması olarak algılanmamalıdır.¹⁵ Zira unutulma hakkının kabul edilmesiyle geçmişte olduğu gibi, bireyin hataları, işlediği suçlar ya da başkalarından saklamak isteyeceği tüm bilgiler internet üzerinden geçmişe gömülecekse de, ilgililerce basılı yayınlar üzerinden bu bilgilere ulaşılabilecektir.

Ne Google Kararı'nda ne de Genel Veri Koruma Direktifi'nde unutulma hakkı tanımlanmış, her ikisinde de hakkın içeriği ve hangi şartlarda uygulanabileceğine yönelik açıklamalarla genel bir çerçeve çizilmiştir. Hal böyle olunca da unutulma hakkını tanımlama işi hukukçulara düşmüş ve bugüne dek çeşitli tanımlar ortaya çıkmıştır. Bu tanımlara göre unutulma hakkı genel olarak, meşru amacını kaybeden kişisel verilere ilişkin içeriğin veri öznesinin talebi üzerine kaldırılması anlamına gelmektedir.¹⁶

B. Unutulma Hakkının Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Diğer Haklardan Farkı

Unutulma hakkı yukarıda ifade edildiği gibi genel bir biçimde tanımlanabiliyor olsa da, içeriğin kaldırılması ile tam olarak neyin kastedildiği netleştirilmiş değildir. Bazı yazarlar, unutulma hakkını; *righttoerasure* (*silinme*

¹⁵ Factsheet on "The Right To be Forgotten" Ruling, s.4.

¹⁶ FAZLIOĞLU, Müge, "Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet", **International Data PrivacyLaw**, 27 May 2013, s. 2. ; Factsheet: Why do we need an EU data protection reform?, European Commission, AKGÜL, Aydın, "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı" ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı", **TBB Dergisi**, 2016 (116), s.17.

*hakkı) verighttooblivion*¹⁷ile eş anlamlı olarak kullanırken¹⁸ bu görüşe karşı çıkan diğer yazarlar ilkinin kişinin rızasının olmaksızın işlenen verilerin silinmesini talep etme; ikincisinin ise özellikle geçmişteki mahkûmiyete ilişkin verilerin yayınlanmasına engel olma hakkı olduğunu ileri sürerek bu haklar arasındaki ayrımlara dikkat çekmektedir.¹⁹

Hakkın kavramsallaştırılmasında karşılaşılan bu güçlük, salt teorik bir tartışma olarak görülmemelidir; çünkü kavramsallaştırmadaki farklılık uygulamaya da yansımaktadır. Bunun en dikkat çeken örneklerinden biri unutulma hakkının, içeriğin silinmesi ya da tamamen internetten kaldırılması olarak anlaşılmasıdır. Gerçekten de unutulma hakkının genel çehresinin ortaya koyulduğu tanımların çoğunda, ifade özgürlüğü bakımından ehemmiyet taşıyan bu husus genellikle gözden kaçırılmakta ya da önemsenmemektedir. Oysa bireylerin unutulma hakkı talebinin kabul edilmesi durumunda kişisel veriler değil kişinin isminin yazılmasıyla arama sonuçlarında çıkan linkler silinmektedir.²⁰ Hukuka aykırı olarak ya da kişinin rızası alınmadan işlenen veriler zaten özel hayata saygı hakkı kapsamında korunduğundan bu verilerin silinmesinden bahsedilebilirse de bunu unutulma hakkını kapsayacak şekilde genellemek doğru değildir.²¹

Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı, unutulma hakkının kabul ettiği Google Kararı'nda kişilerin belli şartlar içerisinde arama motorlarından “kişisel verilere ilişkin linklerin kaldırılmasını talep edebilme” hakkına sahip oldukları belirtilmiştir.²² Komisyon'un karara ilişkin bilgi notunda da içeriğin kaldırılması ile linkin kaldırılmasının aynı şey olmadığı konusu özellikle vurgulanarak bu ayırım ortaya koyulmuştur.²³

¹⁷ Fransa'da kabul edilen, İtalya ve İspanya'da uygulanan bu hak bakımından unutulma hakkından farkını ortaya koyacak türkçe bir hukuk terimi bulunamadığından bu şekilde kullanılmıştır.

¹⁸ AKGÜL, a.g.e., s. 16 ; XANTHOULIS, Napoleon, “Conceptualizing a Right to Oblivion in the Digital World”, Research Essay at University College London, May 2012, s. 16 ve devamı.

¹⁹ TAMO, Aurelia ; GEORGE, Damian, “Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age, Journal of Intellectual Property”, **Information Technology and E-Commerce Law**, 5 (2) 2014, www.jipitec.eu (17.12.16)

²⁰ CARBONE, Chelsea E., “To Be Or Not To Be Forgotten: Balancing The Right To Know With The Right To Privacy In The Digital Age”, **Virginia Journal of Social Policy & the Law**, Vol.22:3, s. 538, 544 ; WECHSLER, a.g.e., s. 156 ; GALEA, a.g.e., s. 30.

²¹ Google da bu ayrıma dikkat çekerek kullanıcılarına şu uyarıyı yapmaktadır: “Google arama sonuçları, web üzerinde herkese açık olarak bulunan içeriğin yansımasıdır. Arama motorları, doğrudan web sitelerinden içerik kaldıramazlar. Bu nedenle, arama sonuçlarının Google'dan kaldırılması içeriğin web'den kaldırılmasını sağlamaz. Bir içeriği web'den kaldırmak istiyorsanız, söz konusu içeriğin yayınlandığı sitenin web yöneticisi ile bağlantı kurmanız ve kendisinden değişiklik yapmasını istemeniz gerekir.” <https://www.google.com.tr/intl/tr/policies/faq/>

²² Google Spain Kararı, para.93.

²³ Factsheet on “The Right To be Forgotten” Ruling, s. 4.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararından yola çıkarak da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Daha sonra ayrıca ele alınacak bu kararda, Mahkeme, Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen²⁴ unutulma hakkının devletin kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesindeki pozitif yükümlülüğünün(m.5), şeref ve itibarın korunması hakkının(m.17) ve kişisel verilerin korunması hakkının(m.20) doğal bir sonucu olduğunu ortaya koymuş, bu hakkın internet vasıtasıyla ulaşılması kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere "erişimin engellenmesi" için gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır.²⁵

II. UNUTULMA HAKKININ HUKUKİ TEMELLENDİRİLMESİ

A. Unutulma Hakkının Hukuki Kökeni ve Gelişimi

ABAD'ın Google Kararı ile bir insan hakkı olarak kabul edilen unutulma hakkı, Avrupa Komisyonu'nun 2012 yılındaki önerisiyle insan hakları literatürüne girmiştir. Esasında, her ne kadar "unutulma hakkı" (*therightto be forgotten*) olarak kavramsallaştırılmış olmasa da, bireylerin dijital hafızadan silinme taleplerini karşılamaya yönelik yargı kararları ve yasal düzenlemeler daha eskilere dayanmaktadır. Bu konuda, Arjantin'de 2006 yılında Virginia Da Cunha tarafından, arama motorlarında listelenen cinsel içerikli sayfalarda isminin ve resimlerinin yer aldığı iddiasıyla Google ve Yahoo'ya karşı açılan davanın bir milat olduğu söylenebilir.²⁶ Davaya bakan hâkim, Anayasa'da bu konuda açık bir düzenleme olmamasına rağmen, kişinin itibarının korunması ve özel hayata saygı haklarını referans alarak ihlal kararı vermiş, söz konusu internet sayfalarının kaldırılmasına hükmetmiştir.²⁷ Unutulma hakkının yasal kökeni olarak ise Fransa'da 2010 yılında yasal olarak kabul edilen ve le droit à l'oubli—ya da "right of oblivion" şeklinde ifade edilen, bireylerin geçmişteki mahkûmiyetlerinin yeniden yayınlanmasını önleyen hak gösterilmektedir.²⁸ Bu

²⁴ Mahkeme'nin unutulma hakkının Anayasa'da düzenlenmediğini belirtmesinden, bu hakkın Anayasa'nın 20. maddesinde açıkça düzenlenen "kişisel verilerin korunması hakkı"ndan, dolayısıyla "verilerinden silinmesi"nden farklı olduğu çıkarımı yapılabilir. Zira Anayasa'nın bu maddesinde, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsayan bu hak kapsamında kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.

²⁵ N.B.B. Başvurusu, 2013/5653, 3.3.2016, para. 47.

²⁶ BOSSLER, Ana, "MetadataAnalytics, Law, andtheFuture of Internet", (ed.WINTER, Jenifer; ONO, Ryota) **TheFuture Internet: AlternativeVisions**, Springer, 2015, s.146. ; "Google Fighting New Right To Be Forgotten Proposal", **InformationWeek**, 08.06.2015.

²⁷ Temyiz aşamasında karar bozulmuş, karşı oy kullanan Yargıç Sanchez diğerlerinden farklı olarak, arama sonuçlarında bireyin kişisel bilgilerinin ortaya çıkmasında arama motorlarının da sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiştir. CARTER, Edward L., "Argentina's Right to Be Forgotten", **Emory International LawReview**, Volume 21, Issue 1, 2013, s. 25-31.

²⁸ ROSEN, Jeffrey, "The Right To Be Forgotten", 2012, **Stanford LawReview** ,www.stanfordlawreview.org ; GALEA, Manuel, The Right to be Forgotten: a balance between

gelişmeler gösteriyor ki, daha internetin gelişmeye başlamasıyla özel hayata saygı hakkı için tehlike çanları çalmaya başlamıştır. Bu sese kulak veren Avrupa Komisyonu, 2012 yılında hazırladığı taslağın 17. maddesinde unutulma hakkına yer vererek tutulmasında meşru amaç bulunmayan kişisel verilerin, veri öznesi kişilerin talebi halinde kaldırılması gerektiğini belirtmiştir.²⁹ Öneri henüz kabul edilmeden, 2014 yılında ABAD'ın verdiği Google Kararı ile Avrupa Birliği vatandaşlarının unutulma hakkı kabul edilmiş³⁰ ve karardan 2 yıl sonra yürürlüğe giren Genel Veri Koruma Regülasyonu'yla da unutulma hakkı yasal bir zemine oturtulmuştur. ABAD'ın kararından sonra unutulma hakkı Japonya³¹, Endonezya³², İtalya³³, Belçika³⁴ gibi birçok ülkede, yargı organları tarafından kabul edilmiştir.

Türk hukukuna bakılacak olursa, unutulma hakkına ilişkin anayasal ya da yasal bir düzenlenmenin olmadığı görülmektedir. Ancak anayasal ve yasal düzenlemelerdeki bu eksikliği, Türk hukukunda unutulma hakkının kabul edilmediği şeklinde yorumlamak doğru değildir. Zira 17.06.2015 tarihli Yargıtay kararında unutulma hakkına atıfta bulunulmuş ve 3.3.2016 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı unutulma hakkı ışığında verilmiştir.

B. Unutulma Hakkına İlişkin Başlıca Düzenlemeler

1. Avrupa Veri Koruma Direktifi (95/46)

Unutulma hakkı, yeni bir insan hakkı kavramı gibi görünüyorsa da Avrupa Birliği Adalet Divanı, verdiği karardan neredeyse yirmi yıl önce yürürlüğe giren Veri Koruma Direktifi'nin maddelerini yorumlayarak Avrupa Hukukunda unutulma hakkının zaten var olduğunu ortaya koymuştur. Sözü

privacy and public rights? , Doktora Tezi, s. 34.

²⁹ ROSEN, a.g.e.

³⁰ “Kural olarak, bir AB Direktifi ile bireylere doğrudan bir hak ihdas ediliyorsa, Direktifin bir üye ülkede iç hukuka uygulanması beklenmeksizin, o ülkedeki AB vatandaşları direktife dayanarak mahkemeden bu hakkın korunmasını talep edebilmektedirler. Veri Koruma Direktifi, bireye sağladığı “mahremiyet hakkı” nedeniyle hak ihdas edici niteliktedir. Bu sebeple, AB üyesi olan ancak henüz Direktifi uyumlaştırmamış olan bir ülkenin vatandaşları da, kendi ülkelerinde mahkemeden bu haklarına saygı gösterilmesini ve haklarının uygun araçlarla korunmasını isteyebilmektedirler.” CİVELEK, Dilek, **Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi**, Uzmanlık Tezi, Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, s. 73.

³¹ “Japanese court recognizes ‘right to be forgotten’ in suit against Google”, The Japan Times, 27.02.2016 <http://www.japantimes.co.jp/>, (25.12.2016)

³² “Indonesia’s ‘Right to Be Forgotten’ Raises Press Freedom Issues”, The Wall Street Journal, 31.10.2016, <http://www.wsj.com/> (25.12.2016)

³³ “The ‘right to be forgotten’: The first Italian decision”, 02.06.2016, <http://warwicklegal.com/> (25.12.2016)

³⁴ “The right to be forgotten officially recognized by the Supreme Court”, 27.10.2016, <http://www.cairnlegal.be/> (25.12.2016)

edilen Direktif'in unutulma hakkının kaynağı olarak kabul edilen³⁵ 12(b) maddesinde, veri öznelerinin veri sorumlusundan³⁶, Direktif'in hükümlerine özellikle verinin eksik ya da hatalı olması bakımından uygun olmayan verilerin düzeltilmesini, silinmesini ya da erişimin engellenmesini talep edebilme hakkı düzenlemektedir.³⁷

Verilerin niteliğine ilişkin 6. maddede ise kişisel verilerin toplandığı ve/veya daha sonra işlendiği amaçlar ile *bağlantılı, sınırlı ve ölçülü* olması gerektiği belirtilmiştir.³⁸ Buradan anlaşılacağı üzere, Veri Koruma Direktifi, veri öznelerine, toplandığı sırada veya sonrasında işlendiği amaçlar için bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmayan verilerin düzeltilmesini, silinmesini ve bu verilere erişimin engellenmesini talep edebilme imkânı sağlamaktadır.³⁹ Dolayısıyla, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Google Kararı ile yeni bir hak ihdas edilmemiş, var olan bir hak gün yüzüne çıkarılmıştır. Komisyonun hazırladığı bilgi notunda da Adalet Divanı'nın "zaten var olan bir hakkı kabul ederek genel bir prensip ortaya koyduğu" vurgulanmıştır.⁴⁰

2. Genel Veri Koruma Regülasyonu⁴¹

Veri Koruma Direktifi'nden farklı olarak Genel Veri Koruma Regülasyonu'nda, unutulma hakkı açık bir biçimde düzenlenmiştir. Regülasyon'un unutulma hakkına ilişkin 17. maddesi üç fıkradan oluşmaktadır; birinci fıkrada bireylerin hangi durumda kişisel verilerinin kaldırılmasını talep edebileceği ve ikinci fıkrada bireylerin talebinden sonra ne yapılması gerektiği konusu yer almaktadır. Nihayet üçüncü fıkrada ise birinci ve ikinci fıkranın uygulanamayacağı haller sıralanarak unutulma hakkının sınırları çizilmiştir.⁴²

³⁵ Factsheet on "The Right To be Forgotten" Ruling, s. 2.

³⁶ Direktifte, "datacontroller" olarak ifade eden kavram, Direktif'e uygun olarak hazırlanan 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda "veri sorumlusu" olarak karşılık bulduğundan bu terim tercih edilmiştir. Veri sorumlusu, kişisel veri işleminin amaçlarını ve yöntemini birlikte veya tek başına belirleyen kişi, organ, ajans veya kamu kurumuna denmektedir." CİVELEK, a.g.e., s.75.

³⁷ 95/46/EC, Article 12 : *Right of access: Member States shall guarantee every data subject the right to obtain from the controller : (...) (b) as appropriate the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of this Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data; (c) notification to third parties to whom the data have been disclosed of any rectification, erasure or blocking carried out in compliance with (b), unless this proves impossible or involves a disproportionate effort.*

³⁸ 95/46/EC, Madde 6(c).

³⁹ WECHSLER, a.g.e., s.139-140.

⁴⁰ Factsheet on "The Right To be Forgotten" Ruling, s. 2.

⁴¹ Regülasyon 24 Mayıs 2016'da yürürlüğe girmiştir. Böylece üye ülkelerin mevcut iç hukuklarını bu düzenlemeye uydurmaları için gerekli 2 yıllık süre başlamıştır.

⁴² 2016/679, (27 April 2016), Official Journal of the European Union, 4 May 2016,

Buna göre, bireyler, verinin toplanma veya işlenme amacının ortadan kalkmış olması; verinin işlenmesi konusundaki veri öznesinin rızasının geri çekilmiş olması; üzerinde uzlaşılan veri muhafaza zamanının dolması; verinin daha fazla işlenmesini gerektirecek yasal bir dayanağın olmaması, verinin işlenmesinin diğer nedenlerle Avrupa Birliği ya da üye devletin iç hukuku kuralları ile uyumsuz olması hallerinde, veri özneleri verinin silinmesini talep edebilecektir.⁴³ Bu talebin kabul edilmesiyle de veri sorumlusu veriyi silme veya erişilemeyecek hale getirme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu yükümlülük, üçüncü kişilerin veriye link verebilmesini, kopyalamasını ya da yeniden yayınlamasını engelleyecek şekilde yerine getirilmeli ve bunun için gerekli teknik önlemler alınmalıdır.⁴⁴

Bireylerin mahremiyeti bakımından son derece önemli olan bu hak da diğer haklar gibi sınırsız değildir. 17. maddenin 3. fıkrasında belirtilen hallerde, söz konusu olan kişisel veriler olsa da kamu hakları bir adım öne çıktığından arka planda kalan unutulma hakkının uygulanması mümkün olmayacaktır. Buna göre, veri sorumlusu, verinin işlenmesi ifade hürriyetinin kullanılması için gerekli ise (17/3(a)); kamu sağlığını ilgilendiriyorsa (17/3(c)); bilimsel ve tarihsel çalışmalar için bir arşiv niteliği taşıyorsa (17/3(d)) ve yasaların gerekli kıldığı konularda ise (17/4(b)) bireylerin unutulma taleplerini reddedecektir.⁴⁵

C. Unutulma Hakkına İlişkin Örnek Kararlar

1. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Google Kararı"

Daha önce de ifade edildiği üzere, unutulma hakkına ilişkin kararlar internetin gelişmesiyle paralel olarak ilerlemiş olsa da, ABAD, bireylerin açıkça unutulma hakkına sahip olduğunu ortaya koyan ilk mahkemedir. Google ve La Vanguardia isimli gazeteyle karşı açılan davada, davacı Costeja González, bir internet kullanıcısının arama motoru Google'da kendisinin adını yazarak arama yaptığında, daha ilk sayfada "La Vanguardia" isimli günlük bir gazetenin söz konusu kişinin sosyal güvenlik borçlarının iyileştirilmesi için mülkünü satmak zorunda kalmasına ilişkin bilgilerin yer aldığı 1998 yılına ait iki farklı tarihli haber linkinin çıktığını ileri sürmüştür.⁴⁶ González, ayrıca Google'ın arama sonuçlarının bir tür 'veri işleme' olduğunu, bu yüzden veri sorumlusu olarak kabul edilmesi gerektiğini ve böylece Veri Koruma Direktifi kapsamında verilerin işlenmesinden sorumlu tutulabileceğini iddia etmiştir.⁴⁷ Şikâyeti inceleyen İspanyol makamları, başvurunun gazeteyle ilişkin kısmını

⁴³ GVKR, 2016/679, 17(1)

⁴⁴ GVKR, 2016/679, 17(2) ; VIJFVINKEL M.M., *Technology and The Right To Be Forgotten*, Master's Thesis, Radboud University, s. 12.

⁴⁵ XANTHOULIS, a.g.e., s. 15

⁴⁶ Google Spain Kararı, a.g.e.

⁴⁷ WECHSLER, a.g.e., 141.

reddederken Google'a yönelik şikâyetleri kabul etmiş ve Google'ın ilgili linkleri kaldırmasına karar vermiştir. Google'ın temyiz başvurusu üzerine, İspanya Yüksek Ulusal Mahkemesi davayı ABAD'a taşımıştır.⁴⁸

Kişisel verilerin yer aldığı internet sayfası ile arama motorunda çıkan linkler bir bütün kabul edilebilirse de, Mahkeme bu ikisini birbirinden ayırdığından gazeteye ilişkin bir değerlendirme yapmamış; Google'a ilişkin değerlendirmesinde ise öncelikle arama motorlarının, internet üzerinde kullanıcıların normalde bulamayacağı verilerin, veri öznesinin adının yazılması suretiyle kolayca bulunur hale gelmesinde belirleyici bir rolü olduğunu ortaya koymuştur. Bu bakımdan, arama motorları ifade özgürlüğünü kullanarak bireylerin özel hayata saygı ve veri korunması haklarına yönelik müdahaleleri arttırmaktadır.⁴⁹

Veri Koruma Direktifi'nde yer alan düzenlemeler ışığında yapılan inceleme sonucunda, Mahkeme, Google'ın, başvuranın adının yazılmasıyla çıkan haber sonuçlarına ilişkin linkleri kaldırması gerektiğine karar vermiştir. Direktif'in kişisel verilerin toplandığı ve/veya daha sonra işlendiği amaçlar ile *bağlantılı, sınırlı ve ölçülü* olması gerektiği⁵⁰ hükmünün yer aldığı 6. maddesi ile veri öznelerinin veri sorumlularından, Direktif'in hükümlerine özellikle verinin eksik ya da hatalı olması bakımından uygun olmayan verilerin düzeltilmesini, silinmesini ya da erişimin engellenmesini talep edebilme hakkı olduğuna ilişkin 12. maddesinin birlikte değerlendirilmesiyle verilen kararda arama motorlarının verileri indeksleme, depolama ve son kullanıcılara ulaşmasını sağlama açısından düzenleyici rol üstlendiği, bu yüzden veri sorumlusu olarak kabul edilebileceği belirtilerek kişisel verilerin işlenmesinde arama motorlarının sorumluluğu ortaya konulmuştur.⁵¹ Bu ilkelerin olaya uygulanmasıyla, haberin üzerinden on yıl geçtiği için verinin işlendiği amacın ortadan kalktığına, veri öznesi González'in unutulma hakkı talebinin kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. İroniktirki, Google'a isminin yazılması ile sosyal güvenlik borçlarının iyileştirilmesi için mülkünü satmak zorunda kalmasına ilişkin bilgilerin yer aldığı linklerin kaldırılması talep eden ve talebi kabul edilen González'i artık tüm dünya tanıyor ve unutulmasını istediği geçmişi herkesçe biliniyor.

2. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Kararı

Türk hukukunda, unutulma hakkı ilk kez Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Cinsel saldırı mağduru davacının adının rumuzlanmadan altı ciltlik bir hukuk kitabına aynen basılmasına ilişkin

⁴⁸ GALEA, a.g.e., s. 73.

⁴⁹ A.g.e., s. 75.

⁵⁰ Data Protection Directive, Art. 6/1-c.

⁵¹ Google Spain, C-131/12, para. 23,62.

davada, davalılar söz konusu kitapların bilimsel eser niteliğinde olduğunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da davaların davacıların ismiyle adlandırıldığını, kitabın zaten geniş kitlelere hitap etmediğini ileri sürmüş, aleniyet kazanan kararlarda özel hayattan ve kişilik hakkının ihlalden bahsedilemeyeceğini savunarak davanın reddini talep etmişlerdir.⁵²

Davaya bakan İzmir 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin davacının kişilik haklarının zedelendiğini kabul ederek manevi tazminat talebini kısmen kabul etmesiyle karar temyiz edilmiştir. Kararı inceleyen Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, davacının isminin rumuzlanmadan yayımlandığı kitabın bilimsel bir eser olduğuna dikkat çekmiş; aleniyet kazanmış ve kamu malı haline gelmiş Yargıtay ilamının bilimsel çalışma ürünü olan kitapta olduğu gibi yer almasını bilimsel araştırma özgürlüğü kapsamında değerlendirmiş ve davacının kişilik haklarının zedelenmediğine karar vermiştir. Oy çokluğu ile verilen kararda, karara katılmayan hakim "unutulma hakkını" vurgulayarak mağdurun ömür boyu psikolojik bir sarsıntı içerisinde kalacağını belirtmiştir.⁵³

Yerel mahkemenin direnmesiyle karar Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Kararı inceleyen HGK, sorunun temelinde kişilik hakları ile bilim ve sanat hürriyetinin dengelenmesini gerektiren unutulma hakkının olduğunu ifade ederek konuyu bu hak kapsamında ele almıştır. Karar'da unutulma hakkı "*üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkı*" olarak tanımlandıktan sonra unutulma hakkının dijital veriler için düzenlendiği yinelenirse de, hakkın niteliği ve insan hakları ile ilişkisi dikkate alınarak bu hakkın kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁴

Bu karar, unutulma hakkının hukukumuzda dahil edilmesi bakımından sevindirici olsa da hakkın ele alınış biçimi bakımından endişe vericidir.⁵⁵ Karardan da anlaşılacağı üzere, bu, gözden kaçırma değil Mahkemenin bilinçli bir tercihidir. Bu tercihin temelinde, bireye, geçmişindeki talihsiz olayın unutulmasıyla geleceğini serbestçe şekillendirme, diğer bir deyişle hayatında yeni bir sayfa açma olanağı tanıma amacı olsa da bu amacın, ortaya çıkış sebebi internet olan unutulma hakkı üzerinden sağlanmaya çalışılması hatalıdır.⁵⁶ Amacı "internetin yaygınlaşması ve sağladığı imkanlar nedeniyle bozulan ifade ve basın özgürlükleri ile kişilerin manevi varlığının geliştirilmesi

⁵² Yargıtay HGK, E. 2014/4-56, K. 2015/ 1679, K.T., 17.06.2015, <http://www.kazanci.com>

⁵³ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 03.7.2013 E:2013/6256, K:2013/12821, AKGÜL, a.g.e., s. 34.

⁵⁴ Yargıtay HGK Kararı , E. 2014/4-56, K. 2015/ 1679, (...)

⁵⁵ TAŞKIN, Cankat, İzmir 4. Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı Bildiriler Kitabı, s.157-167, s. 163-165.

⁵⁶ TAŞKIN, a.g.e., s. 9.

hakkı arasındaki hassas dengenin korunması sağlamak”⁵⁷ olan unutulma hakkı meşruluğunu “internetin arşivde kalmış ve sadece araştırmacıların ya da ilgililerin özel çabası ile öğrenilebilecek bilgileri kolaylıkla ulaşılabilir hale getirmesinden”⁵⁸ almaktadır. AİHM’in de ifade ettiği gibi, internet, niteliği gereği basılı eserlere göre çok daha geniş bir kitleye hitap ettiğinden özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturma ihtimali daha yüksektir; bu yüzden de farklı düzenlemelere tabi tutulmalıdır⁵⁹ ki unutulma hakkı bu ayrımın bir sonucudur. HGK unutulma hakkını basılı eserler için de uygulayarak bu ayrımı adeta anlamsızlaştırmıştır.

Öte yandan, daha önce de ifade edildiği üzere, unutulma hakkının uygulanmasıyla kişisel verilere ilişkin tüm içerik değil yalnızca bireyin ismi ile arama yapıldığında çıkan linkler kaldırılmaktadır.⁶⁰ Dolayısıyla, bu hak söz konusu verilere basılı eserlerden ya da internetteki başka kaynaklardan farklı kelimeler kullanarak ulaşılabilmesine engel olmamaktadır⁶¹ ki unutulma hakkının ifade özgürlüğünü ortadan kaldırdığına yönelik eleştirilerde sıklıkla hakkın bu özelliği ileri sürülmekte, iki hak arasındaki dengenin korunduğu ifade edilmektedir. Oysa HGK kararı, üzerinden zaman geçen ve hatırlanması istenmeyen kişisel verilerin veri öznesinin talebi üzerine basılı ya da dijital tüm kaynaklardan çıkarılması gerektiği sonucu doğurmaktadır. Bu yönüyle karar, şeref ve itibarın korunması hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi ilkinin lehine bozmuştur.⁶² HGK’nın kararının unutulma hakkı bakımından hatalı olduğuna yönelik eleştirilerden, anılan olayda kişilik haklarının zarar görmediği sonucu çıkarılmamalıdır; bu husus özel hayata saygı hakkı bakımından tartışılabilir. Burada kastedilen, dava konusu olayın unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmemesi gerektirir.

⁵⁷ N.B.B. Başvurusu, , E. 2014/4-56, K. 2015/ 1679, K.T., para. 70.

⁵⁸ N.B.B. Başvurusu, , E. 2014/4-56, K. 2015/ 1679, K.T., para. 45.

⁵⁹ Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v Ukrayna, 33014/05, 05.08.2011, para.54: *“Şüphesiz, internet, yazılı basından, özellikle, bilgiyi depolama ve yayma kapasitesi bakımından ayrılan bir bilgi ve iletişim aracıdır. Bu elektronik kaynak, tüm dünyada milyonlarca kullanıcıya hizmet vermektedir ve belki hiç bir zaman, aynı kural ve denetime tabi olmayacaktır. İnternet bağlantıları ve içeriklerinin, basından daha fazla, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına, özellikle de, özel hayata saygı gösterilmesi hakkına, müdahale oluşturma ihtimali bulunmaktadır.”*

⁶⁰ Google Spain, (C-131/12), para. 62. Eklemek gerekir ki, burada kısıtlama yalnızca Google’ın Avrupa’daki arama motorlarından kaldırılmaktadır. Örneğin, www.google.co.uk de bulunamayan bir veriye www.google.com ya da www.google.com.tr den ulaşılabilir. WECHSLER, a.g.e. s. 138, 17. dipnot.

⁶¹ “The “Right to be Forgotten”: Remembering Freedom of Expression”, ARTICLE 19, Policy Brief, 2016, s.12, www.article19.org ; WECHSLER, a.g.e., s.142 ; TAŞKIN, a.g.e., s. 4.

⁶² WECHSLER, a.g.e. s.164 : Yazar, linkin değil de içeriğin tamamen kaldırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal edeceğini ileri sürmektedir.

3. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin unutulma hakkına yöndeki ilk ve şimdilik tek kararı 3.3.2016 tarihli N.B.B. Kararı'dır. Başvuru, ulusal ölçekte yayınlanan bir gazetenin internet arşivinde yer alan, başvuruçunun uyuşturucu kullandığı iddiası ile yürütülen bir ceza kovuşturması neticesinde adli para cezasına hükmedilen olayla ilgili 1998 ve 1999 yıllarına ait üç haberin başvuranın talebine rağmen kaldırılmamasına ilişkindir. Başvuran, talebini reddeden basın kuruluşu aleyhine İstanbul 36. Sulh Ceza Mahkemesine başvurmuş ve Mahkeme söz konusu yazıların, güncelliğini yitirdiği ve haber niteliği taşımadığı için kamu yararı kapsamında değerlendirilemeyeceğine kanaat getirmiş, yayında kaldıkça her isteyen kolaylıkla erişebileceğinden kişilik haklarının ihlaline neden olan yazı içeriğinin yayından kaldırılmasına karar vermiştir.⁶³ Karara karşı yapılan itiraz sonucunda, itirazı değerlendiren Mahkeme ise, anılan yazılarda başvuranın şeref ve haysiyetini ihlal edici bir içerik bulunmadığından bahisle itirazı kabul etmiştir.⁶⁴

Bunun üzerine Anayasa Mahkemesinin önüne gelen başvuruda, Mahkeme, kişisel verilerin korunması hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü arasında denge kurmaya çalışarak başvuruyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sistematığına uygun olarak Anayasa'nın "*Kişinin Dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*" başlıklı 17. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Zira kişisel itibarın korunması hakkı, saldırının belli bir ağırlık düzeyine ulaşmış olması ve kişinin kendi eylemleri sonucunda ortaya çıkmamış olmaması şartıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkının bir parçasıdır.⁶⁵

Anayasa Mahkemesi, belirli bir ağırlık düzeyine ulaşmayan ya da kişinin kendi eylemleri sonucunda ortaya çıkan şeref ve itibara yönelik saldırıların, AİHS'in 8. ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında korunamayacağını kabul etmekle beraber, saldırının internet üzerinde gerçekleştiği durumların farklı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği kanaatindedir. Buna göre, internet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında anılan şartları karşılamayan saldırıların da korunması bir zorunluluk haline gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi, klasik anlayıştan farklı olarak ele aldığı bu kararında,

⁶³ N.B.B. Başvurusu, , E. 2014/4-56, K. 2015/ 1679, K.T., para. 12.

⁶⁴ N.B.B. Başvurusu, , E. 2014/4-56, K. 2015/ 1679, K.T., para. 13.

⁶⁵ ROAGNA, Ivana, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması", (çev. Ayşe Gül Alkış Schaling), **Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları**, 2012, s.18; Bu yöndeki kararlar için bkz. Pfeifer / Avusturya, No. 12556/03, para. 35 ; PolancoTorres ve MovillaPolanco / İspanya, No. 34147/06, para. 40; Delfi As / Estonya, No. 64569/09, para. 79.

internetin, kişilerin geçmişte yaptıkları ve hatırlamak ve/veya hatırlanılmasını istemedikleri hatalarını kolayca ortaya koyan, unutulmaya fırsat vermeyen sanal bir ortama; internet üzerinden yayınlanan haberler de kişinin şeref ve itibarını zedeleyen bir hale dönüştüğünü ortaya koymuştur. Dolayısıyla, bireyin aleyhine gerçekleşen bu dönüşümün bireyin aleyhine sonuçlar doğurduğu durumlarda unutulma hakkı kabul edilmelidir.⁶⁶

III. UNUTULMA HAKKI İLE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ARASINDA DENGELİ KURULMASI

A. Unutulma Hakkı ile İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki

İfade hürriyeti ile unutulma hakkı arasındaki ilişki en basit şekliyle kamunun hakları ile bireyin hakkının karşı karşıya gelmesidir. Bu ilişkinin bir ucunda demokratik bir toplumun zaruri dinamiklerinden olan, haber ve fikirlerin açıklanması yanında alınmasını da kapsayan ifade özgürlüğü; diğer ucunda ise kişisel bağımsızlığın güvencesi olarak mahremiyet hakkı bulunduğundan ikisi arasındaki dengenin sağlanması oldukça önemli ve fakat zordur. Bu çatışma hali yeni olmadığından bugüne dek hem AİHM'in hem de Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında bu dengenin nasıl sağlanacağına ilişkin genel bir yol haritası çizilmiştir; ancak internet söz konusu olduğunda aynı haritayla hedefe ulaşmak pek mümkün gözükmemektedir. Zira AİHM'in ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından emsalsiz bir platform olarak nitelendiği internet, büyük *"miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde, toplumun gündemdeki olaylara erişimini sağlamaya ve genel biçimde bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağlamaktadır."*⁶⁷ Madalyonun diğer yüzünden bakıldığında ise asimetrik bir tehdit olarak ortaya çıkan internet *"nefret söylemi ve şiddeteteşvik eden söylemler de dahil olmak üzere, karalayıcı ve açıkça hukuka aykırı olan diğer türdeki konuşmaları, daha önce hiç olmadığı gibi birkaç saniye içerisinde dünya çapında yayabilmektedir."*⁶⁸ Görünen o ki internet, hem ifade özgürlüğü hem de mahremiyet hakkı bakımından hak sahiplerinin beklentilerini artırmıştır.

Avrupa Adalet Divanı'nın Google Kararı'nda da ifade özgürlüğü ve özel hayata saygı hakkı birlikte ele alınmış, aralarındaki denge sağlanmaya çalışılmıştır. Mahkeme'nin bu dengenin sağlanmasına yönelik değerlendirmelerine göre, unutulma hakkının bir sonucu olarak hak süjesinin istediği linklerin kaldırılması ifade hürriyeti bakımından etki doğurabilecektir; ancak bu haklar arasında denge kurulurken, verinin niteliğine ya da kamunun ilgisine bağlı olarak farklı değerlendirmeler söz konusu olabilir de, genellikle veri öznesinin hakları

⁶⁶ N.B.B. Başvurusu, (...) para. 70.

⁶⁷ Times Newspaper v. United Kingdom, 23676/03, 10/6/2009, para. 27.

⁶⁸ Delfi AS v. Estonya, 64569/09, 16.08.2015, para. 110.

üstün gelmektedir.⁶⁹ Avrupa Adalet Divanı'nın bu yaklaşımı haklar arasındaki dengenin sağlanmasına ilişkin tartışmaların tansiyonunu artırmıştır. Bazı yazarlar kararı "mahremiyetin zaferi" kabul ederek yüceltirken; diğerleri kararın bir sansür uygulaması olduğunu⁷⁰, bir "superhumanright" ortaya çıkardığını⁷¹, Mahkeme'nin yaptığı en büyük hata olarak tarihe geçeceğini iddia etmektedir.⁷²

Google, ABAD kararı sonrasında yaklaşık 2 milyon unutulma talebi almış ve bu taleplerin neredeyse %45'ini kabul etmiştir.⁷³ Bu talepler çok çeşitlidir. Google, bir protesto sırasında bıçaklanan siyasi bir eylemcinin yaşadığı olayı; 10 yıl önce ufak bir suçtan mahkûm olmuş bir öğretmenin mahkûmiyetini; bir kadının kendi adının da geçtiği, kocasının cinayetini; bir tecavüz mağdurunun yaşadıklarını; kişinin kendi yayınladığı bir resmin alınıp yeniden yayınlanmasını konu alan arama sonuçlarının kaldırılmasına karar vermiştir.⁷⁴ Öte yandan, üst düzey bir devlet memurunun onlarca yıl önceki bir mahkûmiyetini; tanınmış bir iş adamının bir gazeteye karşı olan davasını; çocuk pornografisi bulundurmaktan mahkûm olmuş bir rahibin aldığı cezayı ve kiliseden atılmasını ya da bir doktorun başarısız bir müdahalesini konu alan makalelerin kaldırılması talepleri, Google tarafından reddedilmiştir.⁷⁵ Bu örneklerde de görüldüğü gibi, Google benzerlik arz eden konularda bile bazı talepleri kabul edip bazılarını reddetmektedir; bu yüzden bu kararların neye göre verildiği ya da bu kararlar verirken ifade özgürlüğü ile unutulma hakkı arasında nasıl bir denge kurulduğu gibi hususların en azından öngörülebilir olması gerekmektedir.

Hiç şüphesiz, unutulma hakkına ilişkin kararlar verildikçe süregelen tartışmalar farklı bir boyut kazanacaktır. Zira Mahkeme, unutulma hakkının sınırlarını ortaya koyan açık bir değerlendirmeden kaçınmış, haklar arasında adil bir dengenin kurulabilmesi için her talebin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁶ Bu tutum, farklılık arz eden olayların gereğince değerlendirilebilmesine imkân vermesi bakımından yerindedir; ancak yeni sorunların ortaya çıkacağına da habercisidir.

⁶⁹ Google Spain, C-132/12, (...) para. 81.

⁷⁰ LEE, a.g.e., s. 5 ;

⁷¹ GALEA, s. 85.

⁷² POLONTESKY, Jules'ten aktaran TOOBIN, "Jeffrey, TheSolace of Oblivion", *The New Yorker*, www.newyorker.com (21.12.16)

⁷³ Google Şeffaflık Raporu, <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=tr>

⁷⁴ A.g.e.

⁷⁵ A.g.e.

⁷⁶ Factsheet on "The Right To be Forgotten" Ruling, s. 5.

Bu olası sorunların adil bir biçimde çözülebilmesi ve haklar arasındaki dengenin sağlanabilmesi için unutulma hakkı taleplerinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu konuda kesin kriterler belirlemek mümkün olmasa da yargı kararları ışığında bazı çıkarımlarda bulunmak mümkündür.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde unutulma hakkına ilişkin açık bir düzenleme olmadığı gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu hakka yönelik henüz bir karar vermemiştir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin alt birimlerinden Araştırma Komisyonu'nun yayınladığı bir raporda Mahkeme'nin yeni bir kavram olarak unutulma hakkı ile karşı karşıya olduğu ve Mahkeme'nin önünde buna ilişkin derdest bir başvuru olduğu ifade edilmektedir.⁷⁷ Bu başvurunun sonuçlanmasıyla, ifade özgürlüğü ile unutulma hakkının dengelenmesi bakımından belli başlı kriterler ortaya çıkabilir, ancak o zaman dek Mahkeme'nin özel hayata saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışmayı ele alış biçiminden yola çıkarak bazı saptamalarda bulunabilir. Bu, hem veri sahibinin talebinin hem de veri sorumlusunun yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi açısından oldukça önemlidir.

Daha önce de ifade edildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, itibarın ve kişisel verilerin korunmasını özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir.⁷⁸ Bu bakımdan unutulma hakkının kapsamı ve sınırları belirlenirken özel hayata saygı hakkından yola çıkılmalıdır. Bu hak Sözleşme'nin 8. maddesinde şu şekilde düzenlenmektedir:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda (...) başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırları ise şu şekildedir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde,

⁷⁷ *M.L. v. Germany and W.W. v. Germany*, No. 60798/10 and No. 65599/10 "Internet: case-law of the European Court of Human Rights", ECtHR, Research Division, June 2015 (update) s. 14.

⁷⁸ ROAGNA, a.g.e., s. 18-19.

Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda (...) başkalarının şöhret ve haklarının korunması, (...) için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

Görüleceği üzere ne özel hayata saygı hakkı ne de ifade özgürlüğü mutlak haklardır; her ikisi de bazı sebeplere bağlı olarak sınırlanabilmektedir. Bu düzenlemelerde şu husus dikkat çekmektedir: ifade özgürlüğü “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sebebine bağlı olarak özel hayata saygı hakkının, özel hayata saygı hakkı da “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” sebebine bağlı olarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına imkân vermektedir. Dolayısıyla somut olayın özelliklerine göre kişisel değerler kamusal değerlere üstün geldiğinde, unutulma hakkının varlığı kabul edilebilecek, tersi durumda ise unutulma hakkının uygulanması mümkün olmayacaktır. Öyleyse, asıl mesele, Mahkeme’nin hakların sınırlandırılmasına ilişkin “*hukuken öngörülme, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik*” kriterlerinin unutulma hakkı bakımından nasıl bir sonuç ortaya çıkaracağıdır.

Amacı kamu organlarının hak ve hürriyetlere keyfi olarak müdahale etmesinin önlenmesi olan hukuken öngörülme kriteri, müdahalenin hukuki bir dayanağının olmasını ifade etmektedir. Buradaki hukukilik kavramı şekli değil maddi bir kriter olarak ele alınmakta, yasalıktan daha geniş yorumlanmaktadır.⁷⁹ Buna göre temel hak ve özgürlükler yalnızca yasalarla değil kararname, rektörlük genelgesi⁸⁰ ya da teamüller⁸¹ yoluyla da sınırlanabilecektir. Müdahalenin meşru bir amacı olması kriteriyle ise temel hak ve hürriyetlerin ancak ilgili maddede sınırlı olarak belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği kastedilmektedir. Son olarak demokratik toplumda gereklilik kriterini, Mahkeme şu şekilde ortaya koymaktadır: “(...) Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme’nin 10(2). fıkrasındaki ‘gerekli’ sıfatının, ‘zorunlu’ sözcüğü ile anlamdaş olmadığı gibi ‘mutlaka gerekli’, ‘kesinlikle gerekli’ ifadeleri ve ‘durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde’, öte yandan ‘kabul edilebilir’, ‘olağan’, ‘yararlı’, ‘makul’ veya ‘arzu edilen’ deyimlerinin esnekliğine de sahip olmadığını dikkate almaktadır. Bununla beraber, bu

⁷⁹ Sunday Times v. United Kingdom, 6538/74, 26.04.1979, para. 47.

⁸⁰ Leyla Şahin v. Turkey, 44774/98, 29 June 2004, para 74-81, Hukuki düzenlemenin Türk hukukundaki karşılığı net olmasa da genelge kavramı kullanılmaktadır. ALTIPARMAK, Kerem; KARAHANOĞULLARI Onur; “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Yıl 1, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2004, s.249-276, s. 2.

⁸¹ ALPASLAN, Şükrü M., “AİHS Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü”, **Sahir Erman’a Armağan**, İÜHF, 2000, s.30.

*bağlamda 'gereklilik' kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının (pressing social need) varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal makamlardır.(...)*⁸²Demokratik toplumda gereklik kriteri, içeriğinden de anlaşılacağı üzere temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaların meşru amacı ile devletin bu amacı gerçekleştirmek için aldığı önlemlere yönelik bir denge testidir. Devletin bu testi geçebilmesi ise müdahalenin “acil bir toplumsal ihtiyacı karşılamaya yönelik” ve “orantılı” olup olmamasına bağlıdır.⁸³ Değerler arasında denge kurulması gereken başvurularda bu aşama ayrı bir öneme sahiptir; Mahkeme'nin nihai kararı genellikle müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı aşamasında çözümlenmektedir.⁸⁴

İfade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı arasında denge kurulmasını gerektiren unutulma hakkına ilişkin durumlarda da düğüm “demokratik toplumda gereklik” değerlendirmesiyle çözülecektir. Unutulma hakkına ilişkin taleplerin kabul edilmesi ya da reddedilmesi halinde gerek hukukilik kriteri gerekse meşru amaç kriteri bakımından ihlal kararı verilmesi düşük bir ihtimaldir; zira özel hayata saygı hakkı da ifade özgürlüğü de mutlak haklar olmadığından iç hukukta buna ilişkin hukuki düzenlemelerin olması olasıdır. Örneğin unutulma hakkına ilişkin taleplerin dayanağı Genel Veri Koruma Regülasyonu'dur. Öte yandan Sözleşme ifade özgürlüğünün “başkalarının şöhret ve haklarının korunması”; özel hayata saygı hakkının ise “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sebebine bağlı olarak sınırlanabileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, unutulma hakkına ilişkin taleplerde, her iki hak bakımından da hak sahipleri “hukuken öngörülen müdahalenin meşru bir amacı olduğu” engeline takılabilecektir. Bu bakımdan, Mahkeme'nin ihlal kararı verebilmesi, demokratik toplumda gereklik kriteri bakımından ne derece tatmin edildiğine bağlı olmaktadır. Mahkeme'nin bu konudaki yaklaşımı, özellikle internete ilişkin konularda özel hayata saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasında nasıl denge kurduğuna bakılarak öngörülebilir.

Times Newspapers Ltd. v. United Kingdom kararı⁸⁵, Mahkeme'nin internet yayıncılığına ilişkin bakış açısının ortaya koyması bakımından üzerinde durmaya değerdir. Birleşik Krallık kanununda, internetteki hakaret içerikli bir belgeye her erişim sağlandığında, hakaret davası kapsamında yeni bir dava nedeninin doğmasına imkân veren hükmün (“internet yayıncılık kuralı”), ifade özgürlüğü hakkına yönelik haksız ve orantısız bir kısıtlama teşkil ettiğinin ileri sürüldüğü

⁸² Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976, para. 48. (çev. Osman Doğru)<http://aihm.anadolu.edu.tr/>

⁸³ Olsson v. Sweden, 10465/83, 24.03.1998, para.67. ; Mahkeme, orantılılığın tespitinde sınırlamanın dar yorumlanması eğilimindedir. Sunday Times, para. 65.

⁸⁴ JACOBS, F.; WHITE, R.; OVEY, C., **The European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2014, s.314.

⁸⁵ Times Newspaper v. United Kingdom, 23676/03, 10/6/2009.

başvuruda, Mahkeme başvurucunun, internet üzerinde arşiv oluşturmanın, aktüalitenin ve haberlerin saklanmasına ve erişilebilirliğine büyük ölçüde hizmet ettiği şeklindeki tezine katıldığını ifade etmiş bu arşivlerin doğrudan halkın erişimine açık ve genelde ücretsiz olmaları nedeniyle, tarih eğitimi ve araştırmaları için değerli bir kaynak sunduğunu belirtmiştir. Bununla beraber, iş çatışan haklar arasında denge kurmaya geldiğinde Mahkeme, ulusal makamların takdir alanının güncel olaylara ilişkin haberlere nazaran tanınan takdir alanından daha geniş olduğunu kabul etmiştir: *“Bu bağlamda, basının yayınlanmış haberlerin gerçekliğini teyid etmek suretiyle sorumlu gazetecilik ilkelerine uygun hareket etme görevi, güncel haberlere nazaran, doğası itibariyle eskiyen ve yayınlanması ivedilik arz etmeyen geçmişe ilişkin haberler bakımından daha katı görünmektedir.”*⁸⁶

*Ahmet Yıldırım v. Türkiye*⁸⁷ kararı ise özellikle internet erişimi bakımından unutulma hakkına ilişkin önemli ipuçları vermektedir. Atatürk’ün anısına hakaret suçlamasıyla ceza soruşturması yapılan başka bir internet sitesine ilişkin erişimin engellenmesi kararı nedeniyle başvurucunun da sahibi olduğu internet sitesine yer sağlayan (host) Google Sites’a erişimin toptan engellenmesine ilişkin başvuruda, başvurucu erişimin engellenmesinin dolaylı bir sansür teşkil ettiğini ve orantılı bir tedbir olmadığını iddia etmektedir. Mahkeme erişimin engellenmesine ilişkin şu değerlendirmede bulunmuştur: *“Mevcut olayda, Google Sites’a tümünden getirilen erişim kısıtlaması kararı aynı zamanda bu internet alanında yer alan bir başka sitenin sahibi olan başvuruları da olumsuz yönde etkilemiştir. Şüphesiz, açıkça tam bir yasaklamadan bahsedilmemekte; ancak başvuranın web sitesine erişiminin kısıtlanması sonucunu doğuran internete erişimin sınırlandırılmasından söz edilmektedir. Bununla birlikte, internetin, kişilerin ifade ve bilgi edinme özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik olarak günümüzdeki başlıca araçlardan biri olması nedeniyle, ihtilaf konusu sınırlamanın olabilecek sınırlı etkisi internetin önemini azaltmamaktadır: Bu konuda, siyasi sorunlar veya kamu yararına ilişkin tartışma ve etkinliklere katılmaya imkân veren başlıca araçlar bulunmaktadır.”*⁸⁸

Mahkeme ayrıca, değerlerin çatıştığı bu gibi durumlarda verilecek tedbir kararlarına ilişkin hukuki güvence ile çatışan çıkarlar arasında denge ve uzlaşma sağlanması gerektiğini belirtmekte ve bu güvencenin, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların uygulanması konusunda özel ve kesin kuralları olan bir çerçeve bulunmaksızın sunulmaması gerektiğini eklemektedir. Somut olayda, verilen

⁸⁶ Times Newspaper v. United Kingdom, 23676/03, 10/6/2009, para. 45.

⁸⁷ Ahmet Yıldırım v. Turkey, 3111/10, 18.12.2012; Kararın çevirisi Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmıştır. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/>

⁸⁸ Ahmet Yıldırım v. Turkey, 3111/10, 18.12.2012, para. 54.

tedbir kararı Google Sites kapsamında açılan tüm sitelere erişimin genel olarak engellenmesi sonucu doğurduğundan ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.⁸⁹

İfade özgürlüğünün üstün tutulduğu diğer bir kararda⁹⁰ ise Mahkeme, adli makamlarının rolünün geçmişte, kesinleşmiş yargı kararları ile bireylerin itibarına haksız saldırılar teşkil ettiği tespit edilmiş yayınlara ait tüm izlerin genel kullanıma açık bir alandan kaldırılmasının emredilmesi suretiyle geçmişin yeniden yazılmasını temin etmek olmadığı belirtilmiştir. Başvuru, ulusal bir gazetenin avukat olan başvuranlar hakkında politikacılara karanlık iş anlaşmalarında yardımcı olmak suretiyle servet edindiklerini ileri süren bir makaleye ilişkindir. Başvuranlar gazete aleyhine hakaret davası açmışlar ve davayı kazanmışlardır; ancak söz konusu makaleye internet üzerinden erişilebilir olduğunu fark etmeleri üzerine makalenin kaldırılmasını talep etmişler ve talepleri reddedilmiştir. Bu başvuruda AİHM’in çatışan değerleri ifade özgürlüğü lehine dengelemesindeki en etkili faktör, ulusal mahkemenin internet makalesine okuyucuları hakaret davasına ait yargılamalarda alınan kararlar hakkında bilgilendiren bir dipnot veya bağlantının eklenmesi yönündeki talebi kabul etmiş olmasıdır.⁹¹

Dengenin özel hayata saygı hakkı lehine sağlandığı *Delfi AS v. Estonya* kararında ise, Mahkeme internet konusunda temkinli olunması gerektiğine dikkat çekmektedir. Kullanıcılarca oluşturulan saldırgan yorumlar nedeniyle bireylerin itibarının zedelenmesinden bir internet portalının sorumlu tutulmasına ilişkin kararda, Mahkeme “başkalarının şöhretini veya haklarını koruma” menfaatleri için, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne müdahale edilmesine yönelik bir ihtiyaç olup olmadığını incelenirken bu iki hak arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁹² Mahkeme, daha önce *Axel Springer AG. v. Almanya*⁹³ kararında belirttiği gibi, adil bir dengeyi sağlamada kullanılan ilgili ölçütlerin şu unsurları içermekte olduğuna kanaat getirmiştir: “genel menfaati ilgilendiren bir tartışmaya katkısı olması, ilgili kişinin ne kadar tanındığı, bilginin konusu, ilgili kişinin önceki tutumu, bilgileri elde etme yöntemi ve bilgilerin doğruluğu, yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ve uygulanan müeyyidenin ağırlığı.” Bu ölçütleri somut olaya uygulayan Mahkeme, internetin yaygınlaşması ve bilgilerin bir kez yayımlandıktan sonra halka mal olma ve sonsuza dek dolaşımında kalma olasılığının altını çizerek⁹⁴ ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

⁸⁹ Ahmet Yıldırım v. Turkey, 3111/10, 18.12.2012, para. 64, 68.

⁹⁰ Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland, 33846/07, 16.7.2013, para. 65.

⁹¹ Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland, 33846/07, 16.7.2013, para. 66.

⁹² Delfi AS v. Estonya, a.g.e., para. 80.

⁹³ Axel Springer AG / Almanya, 39954/08, 7.2.2012

⁹⁴ Delfi AS v. Estonya, (...), para. 91

Bu kararlar ışığında, öncelikle, Mahkeme'nin ifade özgürlüğüne büyük önem verdiği ve interneti ifade özgürlüğünün kullanılmasında en etkili araçlardan biri olarak kabul ettiği söylenebilir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin ifade özgürlüğüne yönelik yaklaşımı unutulma hakkının kabul edilmesine engel teşkil edecek nitelikte değildir. Gerçekten de Mahkeme'nin anılan kararlarında ifade özgürlüğünü öne çıkarma eğilimi dikkat çekmektedir; ancak bu kararlarda unutulma hakkının daha önce üzerinde durulan unsurlarının gerçekleşmemiş olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Örneğin, *Ahmet Yıldırım v. Türkiye* kararında ulusalmakamlar münferit bir linke değil birçok websayfası ile bağlantılı bir sistemin bütününe erişimi engellemiştir. *Węgrzynowski and Smolczewski v. Polonya* kararında ise, başvuru konusu unutulma hakkı talebine benzer olsa bile yerel mahkemenin internet makalesine okuyucuları hakaret davasına ait yargılamalarda alınan kararlar hakkında bilgilendiren bir dipnot veya bağlantının eklenmesi yönünde talebi kabul etmesiyle başvuruların itibarını zedeleyen durum ortadan kaldırılmış olmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme'nin bu kararlardaki değerlendirmeleri unutulma hakkı bakımından olumsuz bir bakış açısı ortaya koymamaktadır. Hatta, *Times Newspaper v. Birleşik Krallık ve Delfi AS v. Estonya* kararlarına bakarak Mahkeme'nin unutulma hakkını kabul ettiği söylenebilir.⁹⁵ *Times Newspaper v. Birleşik Krallık* kararında çatışan değerler arasında denge kurulurken güncel ve eskiyen yayınlar arasındaki ayrıma dikkat çekilmesi, *Delfi AS v. Estonya* kararında bu denge kurulurken belli ölçütlerin dikkate alınması gerektiğinin belirtilmesi unutulma hakkı bakımından kayda değer gelişmelerdir. Özellikle, *Delfi AS v. Estonya* kararında konulan adil dengenin sağlanmasına yönelik "bilginin konusu, ilgili kişinin ne kadar tanındığı, yayının sonuçları ve genel menfaati ilgilendiren bir tartışmaya katkısı" ölçütlerinin, daha önce Avrupa Adalet Divanı'nın ve Anayasa Mahkemesi'nin unutulma hakkına ilişkin kararlarında ele aldığı ölçütlerle benzerlik arz ettiği görülmektedir. Bu değerlendirmeler doğrultusunda, unutulma hakkına ilişkin olası bir başvuruda, olayın koşullarına bağlı olmakla birlikte, Mahkeme'nin unutulma hakkına yakın bir çizgide olacağı çıkarımında bulunulabilir.

C. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin talepleri almaya başlamasından bu yana- henüz dört yıl geçmiş olmasına rağmen- kişilik hakları ile ifade özgürlüğü arasında bir denge kurulmasına ilişkin birçok karar vermiştir. Bu kararlar arasında, internetin ifade özgürlüğünün kullanılmasında ne denli önemli bir araç olduğunun ortaya koyulduğu kararlar da mevcuttur. Dahası, Mahkeme, AİHM'in henüz değerlendirme fırsatı bulamadığı⁹⁶ bir konuyu,

⁹⁵ GALEA a.g.e., s. 67-72.

⁹⁶ "Internet: case-law of the European Court of Human Rights", ECtHR, **Research Division**, June 2015 (update) s. 14.

unutulma hakkını, değerlendirme imkânı bulmuş ve bu hakkın niteliğini ortaya koymuştur. Bu kararda Mahkeme ifade özgürlüğü ile şeref ve itibarın korunması arasında bir denge kurarak unutulma hakkını kabul etmiştir, bu yüzden bu dengenin kurulmasına ilişkin değerlendirmeler ilerleyen zamanlarda ortaya çıkacak unutulma hakkı talepleri bakımından yol gösterici olacaktır. İnternetle ilgili olmamakla birlikte genel olarak şeref ve itibarın korunması hakkı ile ifade özgürlüğü arasında bir dengenin kurulduğu ve internetin günlük yaşamımızdaki konumunun ele alındığı diğer bireysel başvuru kararları da çatışan değerlerin adil bir şekilde dengelenmesi konusuna katkı sağlamaktadır.

Mahkeme, twitter.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine ilişkin Twitter Kararı'nda⁹⁷, internetin modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip olduğunu ifade etmiştir. İfade özgürlüğüne yönelik değerlendirmelerin ardından ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olması, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermesi gerektiği hususlarına dikkat çekilen kararda⁹⁸, internet söz konusu olduğunda daha da hassas olunması gerektiği şu ifadelerle ortaya konulmuştur: *“İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşüncüyü açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.”*⁹⁹

Twitter kararından yaklaşık iki ay sonra verilen Youtube Kararı'nda¹⁰⁰ ise Mahkeme, internet ve ifade özgürlüğüne yönelik yaklaşımını yineleyerek youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme bu kararda ayrıca şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *“İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma, yayma ve haberleşmeleri için vazgeçilmez nitelikte olup, bu tür sitelere yapılan müdahalelerin milyonlarca bireysel kullanıcıyı etkilediği açıktır. Tedbir niteliğinde dahi olsa, bir kullanıcı tarafından paylaşılan içerik nedeniyle sitenin tamamının erişime kapatılması halinde bütün bireysel kullanıcıların siteden yararlanması imkansız hale gelmektedir.”*¹⁰¹

⁹⁷ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, 2014/3986, 2.4.2014 ; Karar medyaya “Twitter Kararı” olarak yansıdığından bu çalışmada da bu şekilde kullanılmıştır.

⁹⁸ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, 2014/3986, 2.4.2014, para. 41.

⁹⁹ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, 2014/3986, 2.4.2014, para. 39.

¹⁰⁰ Youtube Llc Corporation Service Company Ve Diğerleri Başvurusu, 2014/4705, 29.5.2014

¹⁰¹ Youtube Llc Corporation Service Company Ve Diğerleri Başvurusu, 2014/4705, 29.5.2014, para. 97.

Mahkeme'nin internet ve ifade özgürlüğüne ilişkin bu iki kararından sonra şeref ve itibarın korunması hakkı ile ifade özgürlüğünün dengelenmesine ilişkin genel yaklaşımını ortaya koymak faydalı olacaktır. Daha önce de ifade edildiği üzere mahkeme bu kararlarda, internete ilişkin ayrı bir bakış açısı ortaya koymamıştır.

Bir üniversitede profesör ve rektör yardımcısı olarak görev yapan başvuranın elektronik iletide kullandığı sözlerden dolayı tazminat ödemeye mahkûm edilmesine ilişkin *Nilgün Halloran* kararında¹⁰² Mahkeme, şeref ve itibarın korunması hakkı ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰³ AİHM'in daha önce belirtilen *AxelSpringer AG v. Almanyave Delfi AS v. Estonyakararlarında* ortaya koyduğu ölçütlerden yola çıkarak adil bir denge sağlamaya çalışan Mahkeme, "yazının hedef aldığı kişinin kimliği ve yazının amacı"nın özel bir önemi olduğuna işaret etmekte başkalarının şöhret ve haklarının korunması kapsamında düşünceyi açıklama özgürlüğüne müdahalenin demokratik toplumlarda gerekliliği konusunda sade vatandaşlarla, kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileriyle siyasetçileri birbirlerinden ayırmak gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁰⁴

İfade özgürlüğünün kullanılmasıyla başkalarının şeref ve itibarına zarar verilmesine ilişkin diğer bir kararda¹⁰⁵ ise, Mahkeme, bir haber veya yazının kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu haber veya makalenin yayımlanmasına o kadar çok katlanması gerektiğini¹⁰⁶ yinelemiştir; kamu görevlilerini eleştiriye açık olma bakımından siyasetçiler ile sade vatandaşlar arasında bir yere yerleştirmiştir.¹⁰⁷

Ankara'nın içme suyuna ilişkin bir raporda belediye başkanı hakkında kullanılan ifadelerle ilişkin diğer bir kararda¹⁰⁸ ise Mahkeme, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığına karar verilirken ifade ile hedef alınan kişinin kimliği yanında ifadenin niteliğinin de dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre siyasetçiler diğer kişilerden farklı olarak her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açtıklarından eleştirilere daha geniş hoşgörü göstermek zorundadırlar.¹⁰⁹ Öte yandan toplumu yakından ilgilendiren meselelere ilişkin bilgilerin¹¹⁰ kamuoyu

¹⁰² Nilgün Halloran Başvurusu, 2012/1184, 16/7/2014

¹⁰³ Nilgün Halloran Başvurusu, 2012/1184, 16/7/2014, para. 43.

¹⁰⁴ Nilgün Halloran Başvurusu, 2012/1184, 16/7/2014, para. 45

¹⁰⁵ Tuğrul Culfa Başvurusu, 2013/2593,11/3/2015

¹⁰⁶ Tuğrul Culfa Başvurusu, 2013/2593,11/3/2015 para. 56.

¹⁰⁷ Tuğrul Culfa Başvurusu, 2013/2593,11/3/2015, para. 41

¹⁰⁸ Ali Rıza Üçer Başvurusu, 2013/8598, 2/7/2015

¹⁰⁹ Ali Rıza Üçer Başvurusu, 2013/8598, 2/7/2015, para. 56.

¹¹⁰ Mahkeme kamu yararını ilgilendiren bir meselelerde kamusal tartışmaya katılmak için bilimsel bir kesinliğin bir ölçüt olarak aranmasını kabul etmemekte bu gerekenin müdahale

ile paylaşılmasında kamu yararı olduğu tartışılmazdır.¹¹¹ Dolayısıyla bu gibi durumlarda “başkalarının şöhret ve haklarının” korunması ifade özgürlüğüne müdahale için yeterli olmayacaktır.¹¹²

Mahkeme, *Kadir Sağdıç*¹¹³ ve *İlhan Cihaner*¹¹⁴ kararlarında, daha önce AİHM’e atf yaparak uyguladığı denge ölçütlerini daha geniş bir biçimde ele almıştır. Mahkeme’nin ele aldığı ölçütler AİHM’in ölçütleri ile benzerdir; ancak Anayasa Mahkemesi bu kararlarında ölçütlerin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmuştur. Buna göre, eşit saygıyı hak eden ifade özgürlüğü ile şeref ve itibarın korunması hakları arasında denge kurulurken ifadenin kamu yararına yönelik bir katkısının olup olmadığı; hedef alınan kişinin sıradan bir insan mı yoksa kamusal şahıs ya da siyasi kişilik olarak kamusal alanda hareket eden bir birey mi olduğu; ilgili kişinin daha önceki davranışları ya da ihtilafli bilgilerin daha önce yayımlanmış olup olmaması; yayımın şekli, içeriği ve sonuçları ile yayım genişliği; son olarak haber ya da makalenin yayınlanma şartları (ülkenin içinde bulunduğu şartlar) ve haberin yayımlanmasının etkilerinin niteliği ya da ağırlığı kriterleri¹¹⁵ göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkeme, her iki kararda da biri savcı diğeri koramiral olan başvuru sahiplerinin tanınmışlık düzeyine dikkat çekmiş; basın özgürlüğünün kapsamının, demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak, bir dereceye kadar abartıya ve provoke etmeye izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiğinin altını çizmiştir.¹¹⁶ Böylece, maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere Mahkeme internetin ifade özgürlüğünün kullanılmasının en etkili araçlarından biri olduğunu ve internet sitesine erişimin engellenmesinin istisnai bir tedbir olarak uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Buna rağmen, ifade özgürlüğü kullanılırken özellikle de başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıyla ilgili olarak, bazı sınırların aşılması gerekmektedir.¹¹⁷ Mahkeme’nin bu sınırları belirlerken göz önünde bulundurduğu kriterler unutulma hakkında dikkate alınan kriterlerle büyük ölçüde benzerdir. Dolayısıyla bu değerlendirmeler Mahkeme’nin unutulma hakkına bakış açısına yönelik önemli izler taşımaktadır. Unutulma

için ilgili ve yeterli bir gerekçe olmadığını belirtmektedir. Ali Rıza Üçer Başvurusu, 2013/8598, 2/7/2015, para. 59.

¹¹¹ Ali Rıza Üçer Başvurusu, 2013/8598, 2/7/2015, para. 59.

¹¹² Ali Rıza Üçer Başvurusu, 2013/8598, 2/7/2015, para. 61.

¹¹³ Kadir Sağdıç Başvurusu, 2013/6617, 8/4/2015

¹¹⁴ İlhan Cihaner Başvurusu, 2013/5574, 30/6/2014

¹¹⁵ İlhan Cihaner Başvurusu, 2013/5574, 30/6/2014, para. 67-73.

¹¹⁶ İlhan Cihaner Başvurusu, 2013/5574, 30/6/2014, para. 86; Kadir Sağdıç Başvurusu, 2013/6617, 8/4/2015, para. 76

¹¹⁷ Kadir Sağdıç Başvurusu,(...) para. 51.

hakkı bakımından özellikle ele alınması gereken husus, internet aracılığıyla ifade edilen bilgilerin, ifade edildiği tarih ile ifadeye erişimin engellenmesi talebine kadarki süreçte güncelliğini ve kamu yararına olma niteliğini yitirip yitirmediğidir.

Anayasa Mahkemesi, daha önce üzerinde durulan unutulma hakkı kararında, şeref ve itibara internet aracılığıyla yapılan müdahalelerde kişiliğin sürekli olarak ve çok kolay bir şekilde zedelendiğini kabul etmektedir. Buna dayanarak ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengenin bozulduğuna dikkat çeken Mahkeme, bozulan bu dengenin tekrar kurulması gerektiğini, bunun yolunun da unutulma hakkından geçtiğini belirtmektedir.¹¹⁸Görüldüğü gibi unutulma hakkı, internet haberciliği ile safını güçlendiren ifade özgürlüğüne karşı şeref ve itibarın korunması hakkını savunmasız bırakmamak için alınmış bir önlemdir. Ne var ki karar da belirttiği üzere unutulma hakkı da sınırsız değildir ve uygulanabilmesi için “*yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı, habere konu kişinin niteliği, haberin konusu, haberin olgusal gerçekler ya da değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların her somut olay açısından incelenmesi gerekmektedir.*”¹¹⁹

Unutulma hakkının kabul edilmesiyle kurulacak dengenin ifade özgürlüğü aleyhine bozulmaması için Mahkeme başvuru konusu olayı *süre, konu, kişi ve araç* olmak üzere dört kriter bakımından değerlendirmiştir. Buna göre, başvuru tarihi itibarıyla olayın üzerinden on dört yıl geçmiştir; bu bakımdan haber güncelliğini yitirmiştir. Öte yandan, kaldırılması talep edilen haber uyuşturucu kullanımına ilişkindir; bu yüzden tarihi, istatistiksel ya da bilimsel amaçlar için ulaşımı zorunlu değildir. Başvuran siyasi ve ya medyatik bir kişiliğe de sahip değildir; dolayısıyla habere erişim kamu yararı kapsamına girmemektedir. Son olarak, unutulma hakkı talebine konu verilere haberin tamamı silinmeden de erişim engellenebilir; böylelikle ölçülülük ilkesi korunmaktadır. Mahkeme bu kriterlerden yola çıkarak somut olayın unutulma hakkı kapsamında olduğunu kabul etmiş, başvuruya konu haberlerin kaldırılmamasıyla başvuranın şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁰

¹¹⁸ N.B.B. Başvurusu, (...) para. 46.

¹¹⁹ NBB Başvurusu , (...) , para. 50.

¹²⁰ NBB Başvurusu, (...), para.71-75.

SONUÇ

Günümüzde internet ucu bucağı olmayan bir bilgi okyanusu haline dönüşmüştür. Bu sınırsızlığın boyutu, 1 rakamı ve ardından gelen 100 tane sıfır ile temsil edilen sayıyı ifade eden matematiksel bir terim olan “googol” kelimesiyle oynanarak oluşturulan “Google” isminin altında yatan “sonsuz bilgiyi organize etme hedefi”nden rahatlıkla kavranabilir. Bireyler için sınırsızlığın bu boyutu, ‘öğrenen’ olduklarında, faydalı, keyif verici müthiş birşey olabilir; ancak ‘öğrenilen’ konumuna geçişle birlikte internet zararlı, ürkütücü dehşet verici bir hal almaktadır.

Örneğin, internet sayesinde/yüzünden, bir iş ya da eğitim amacıyla yapılan başvurular sırasında, karşıdaki kişi, başvuran hakkında olumsuz değerlendirmeye açık birçok bilgiyi daha mülakat sürerken edinmektedir. Bunun dışında, günümüzde pek çok kişi tanıştığı ya da tanışacağı kişiyi ‘google’layarak o kişi hakkında olumsuz önyargılara sahip olabilmektedir. Tüm bunlar, bireyi geçmişinin esiri yaptığı gibi dilediği geleceği kurmasına da engel olmaktadır. Bu yüzden, söz konusu internet olduğunda, kişinin itibarına ve mahremiyetine yönelik saldırılar, saldırının kolaylığı ve yol açtığı tahribat göz önünde bulundurularak klasik anlayıştan farklı olarak değerlendirilmelidir. Klasik anlayışı terk edilmesi gerekliliği; şeref ve itibarın korunması hakkının ifade özgürlüğünü ortadan kaldıracak ya da gereğinden fazla sınırlandıracak şekilde yorumlanması olarak algılanmamalıdır. Burada amaçlanan, asimetrik bir tehdit haline dönüşen internet karşısında kişilik haklarını güçlendirmek, avantajlı değil fakat dengeli bir hale gelmektir. Unutulma hakkını, bu dengenin sağlanabilmesi için kişilik haklarına yapılmış bir takviye olarak görmek mümkündür.

İlk defa ABAD’ın Google Kararı’yla kabul edilen unutulma hakkını Anayasa Mahkemesi de açıkça kabul etmiştir. Buna dayanarak unutulma hakkının, artık hem uluslararası hukukun hem de ulusal hukukumuzun bir parçası olduğu söylenebilir. Özel hayatın ve kişilik haklarının bir parçası olarak hukuk sistemlerine dâhil edilen bu hakka yabancı olmadığımız söylenebilirse de unutulma hakkının kapsamı ve sınırları özellikle bu hak ile çatışma içerisinde olan ifade özgürlüğü bakımından büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla bu hakkın kapsamı da sınırları da ayrıca ortaya konulmalıdır. Bu konuda net bir çerçeve çizilebilmesi için henüz çok erkendir; ancak AİHM’in ve Anayasa Mahkemesinin kararlarında ortaya konulan ölçütler yol gösterici olmaktadır. Hukuki düzenlemelerde unutulma hakkına yer verildikçe ve yargı organları tarafından bu hak uygulandıkça, bu hakkın kapsamı ve sınırları hakkında daha net değerlendirmeler yapmak mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKGÜL, Aydın, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” Ve AB Adalet Divanı’nın “Google Kararı”, TBB Dergisi 2016 (116)
- ALPASLAN, Şükrü M., “AİHS Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü”, Sahir Erman’a Armağan, İÜHF, 2000
- ALTIPARMAK, Kerem; KARAHANOĞULLARI Onur; “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/ Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Yıl 1, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2004, (249-276)
- ARASLI, Oya; **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979
- BOSSLER, Ana, “Metadata Analytics, Law, and the Future of Internet”, (ed. WINTER, Jenifer; ONO, Ryota) **The Future Internet: Alternative Visions**, Springer, 2015, s.146. ; Google Fighting New Right To Be Forgotten Proposal, InformationWeek, (08.06.2015)
- CARBONE, Chelsea E., “To Be Or Not To Be Forgotten: Balancing The Right To Know With The Right To Privacy In The Digital Age”, Virginia Journal of Social Policy & the Law, Vol.22:3
- CARTER, Edward L., “Argentina’s Right to Be Forgotten”, **Emory International Law Review**, Volume 21, Issue 1, 2013
- CİVELEK, Dilek, **Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi**, Uzmanlık Tezi, Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı
- DANIŞMAN, Ahmet; **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Selçuk Üniversitesi, Y. No:99, Hukuk Fakültesi Y. No:10, Konya 1991
- Factsheet: Why do we need an EU data protection reform?, European Commission, Factsheet on “The Right To be Forgotten” Ruling, European Commission, (C-131/12)
- FAZLIOĞLU, Müge, “Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet”, International Data Privacy Law, 27 May 2013
- FLORIDI, Luciano, “The Right to Be Forgotten: A Philosophical View, H:/HEINR/ JRE 2015/3d/00-Floridi.3d, 25.09.2015
- FRANTZIAU, E., ‘Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice’s Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Espanola de Proteccion de Datos’ (2014) 14 Human Rights Law Review 2014-14, Oxford University Press

GALEA, “Manuel, The Right to be Forgotten: a balance between privacy and public rights?” (Doktora Tezi).

Internet: case-law of the European Court of Human Rights”, ECtHR, Research Division, June 2015 (updated) s. 14.

JACOBS, F.; WHITE, R.; OVEY, C., The European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2014.

LEE, Edward, The Right to Be Forgotten v. Free Speech, A Journal of Law and Policy for the Information Society (Forthcoming); Chicago-Kent College of Law Research Paper (26.8.2015) .

LUCKERSON, Victor, AmericansWillNeverHaveThe Right to Be Forgotten, TIME, 14 May 2014, <http://time.com/> (15.12.2016).

PATRY, Melody, Are search engines the ultimate arbiters of information? INDEX, 14 May 2014, www.indexoncensorship.org (15.12.2016).

PESTON, Robert, Why has Google Cast Me Into Oblivion?, BBC, 2. July 2014.

ROAGNA, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, (çev. Ayşe Gül Alkış Schäling), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, 2012, s.18.

TAMO, Aurelia ; GEORGE, Damian, Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, 5 (2) 2014, www.jipitec.eu (17.12.16).

TAŞKIN, Cankat, İzmir 4. Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı Bildiriler Kitabı, (s.157-167).

The “Right to be Forgotten”: Remembering Freedom of Expression, ARTICLE 19, Policy Brief, 2016.

TOOBIN, Jeffrey, The Solace of Oblivion, The New Yorker, www.newyorker.com (21.12.16).

ROSEN, Jeffrey, “The Right To Be Forgotten”, 2012, Stanford Law Review, www.stanfordlawreview.org.

VIJFVINKEL M.M., **Technology and The Right To Be Forgotten**, Master’s Thesis, Radboud University.

WECHSLER, Simon, The Right to Remember: The European Convention on Human Rights and the Right to Be Forgotten, Columbia Journal of Law and Social Problems, 49:1, 2015.

XANTHOULIS, Napoleon, “Conceptualizing a Right to Oblivion in the Digital World”, Research Essay at University College London, May 2012.

ZITTRAIN, Jonathan, Dont Force Google To “Forget”, N.Y. TIMES, May 2014 (12.12.2016).

<https://www.wired.com/2009/02/you-are-what-go>

<http://eur-lex.europa.eu/>

<https://www.google.com/about/company/history/>

<https://www.google.com.tr/intl/tr/policies/faq/>

<http://www.kazanci.com>

<http://www.japantimes.co.jp/>

<http://www.wsj.com/>

<http://warwicklegal.com/>

<http://www.cairnlegal.be/>

ADALET SORUNUNA BİR BAKIŞ: WALTER BENJAMİN VE JACQUES DERRİDA BAĞLAMINDA YASANIN ŞİDDETİ ÜZERİNE

A Look on the Issue of Justice: On the Violence of Law in the Context of Walter Benjamin and Jacques Derrida

Arş. Gör. Eda ÇAKMAKKAYA*

Geliş Tarihi: 14.0.8.2017

Kabul Tarihi: 01.11.2017

*'Dekonstrüksiyon adalettir.'*¹

ÖZET

Bu yazının amacı adaletin sağlanabilmesi –eğer adaletin sağlanması mümkünse- sürecinde bir araç olarak konumlandırılmış olan yasanın şiddetinin meşruiyeti ve ahlakiliği sorununu Benjamin ve Derrida'nın kuramları bağlamında ele almaktır. Çalışma ilk olarak, Benjamin'in 'Şiddet Eleştirisi'ni; ikinci olarak ise Derrida'nın Benjamin'in 'Şiddet Eleştirisi' üzerine yazmış olduğu 'Yasanın Gücü, Otoritenin Mistik Temeli' çalışmalarını şiddetin adaleti sağlayabilmesi, meşruiyeti ve ahlakiliği hususlarında kısaca serimlemeye çalışacaktır. Bu kısa serimlemenin ardından üçüncü olarak, iki kuram kısaca adaleti sağlamanın olanağı bakımından karşılaştırılacaktır. Sonuç olarak, Benjamin için de Derrida için de şiddetten tam bir kaçışın söz konusu olmadığı tespit edilecek ve özellikle Derrida'nın yasaya uyguladığı yapısöküm mümkün olabilir en yüksek adaletin tecellisi olarak konumlandırılacaktır. Yöntem olarak, fenomenolojik ve analitik yöntemler kullanılmak suretiyle kavramsal bir tartışmaya yer verilecek, pratikte ise yasanın her defasında yeniden yapımının gerekliliği örneklerle gösterilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Benjamin, Derrida, yasanın gücü/şiddeti, yapısöküm, adalet (onarıcı), meşruiyet

ABSTRACT

The purpose of this paper is to deal with the legitimacy and morality of the violence of the law, which is positioned as an instrument in the process of achieving the objective justice -if possible- in the context of the theories of Benjamin and Derrida. The first chapter of this study will try to examine 'Critics of Violence' written by Benjamin. The second section of this work will try to elucidate 'Force of Law: The Mystical Foundation of Authority' that subjects Benjamin's 'Critics of Violence' written by Derrida in regard to the legitimacy and morality of justice. In the third part, the two theories will be shortly compared in terms of the possibility of providing justice. As a result, it will be determined that there is no such thing as a complete escape from violence for both philosopher's theories. And in particular the deconstruction that Derrida imposes on the law may be possible to be positioned as the precedent of higher and the highest justice. As a method, phenomenological and analytical methods will be utilised theoretically, and in practice, the necessity of reconstruction every time of forcing law will be tried to be shown with examples.

Keywords: Benjamin, Derrida, force of law, deconstruction, justice (restorative one), legitimacy

* Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi, Felsefe Bölümü, eda.cakmakkaya@ankara.edu.tr

¹ Jacques Derrida, Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli, Çev. Zeynep Direk, Şiddetin Eleştirisi Üzerine içinde, İstanbul: Metis Yayınları, 2010, s. 59

1.Giriş

Adalet geçmişten günümüze herkes tarafından istenmiş/aranmış, istenmekte/aranmakta olan bir unsur olmasına karşın, ona nasıl ulaşılabileceği hususunda bir uzlaşma sağlanabilmiş değildir. Çünkü açıktır ki, adalet kavramı kendisini hukuksal süreçte ve hukukun gücü ile göstermektedir. Bu noktada hukukun gücü, gücü elinde bulunduranların/yasa yapıcıların bir aracı olarak da okunmaya açıktır. Bir başka yönden, adaletin sağlanması sorununa ilişkin olarak araçsal bağlamda yasanın şiddetinin meşruluğu, ahlakiliği de hala tartışma konusudur. Esasında doğal hukuk da pozitif hukuk da haklılık halinde şiddetin zorunlu olarak bir araç konumuna geldiği konusunda hemfikirdir. Ancak, pozitif hukuk teorisi haklılık halinde başvurulabilecek şiddeti suç-ceza orantısını tesis etmek, düzeni sağlamak vb. adına kendi tekeline almıştır. Ancak, eğer şiddetin araçsallığı haklı amaçlar için dahi olsa ahlaki olmaktan dışlanacaksa, şiddete başvurmaksızın adaleti sağlamanın alternatifleri de bulunmak zorundadır. Günümüze kadar içinde şiddet barındırmayan bir adalet sistemi ne inşa edilebilmiştir ne de yakın vadede inşa edilebileceği benzetilmektedir. Açıkçası kişisel düşünceme göre; kaynağı, yöntemi ya da sonuçları bakımından hiç şiddet içermeyen bir adalet sistemi kurulamaz.

Ancak bu noktada, şiddetin mahiyetini ortaya koymaya çalışırken hangi adalet anlayışını temele aldığımız da önemli gibi görünmektedir. Bu çalışmada, aşağıda gerekçeleri kısaca sunulmak üzere, adalet sözcüğü kullanılırken cezalandırıcı adalet sisteminden ziyade onarıcı adalete gönderme yapılacaktır. Çünkü çalışmanın devamında anlaşılacağı üzere, Benjamin'in adalete içkin olarak gördüğü çelişki esasında cezalandırıcı adaletin ilkelerine uygundur. Benjamin'in çelişki olarak işaret ettiği sorunun çözümü de -ki bu Derrida'nın dekonstrüksiyon ve adalete ilişkin olarak ortaya koyduğu ilkelerde kendisini göstermektedir- onarıcı adalet ilkelerine uygundur. Dolayısıyla giriş kısmında bu iki farklı adalet anlayışlarına kısaca değinilecek olmakla beraber, çalışmanın devamında kullanılacak olan adalet sözcüğü doğrudan onarıcı adalet kavramına göndermede bulunacaktır.

İlerde göstermeye çalışacağım gibi her ne kadar şiddet Benjamin ve Derrida tarafından eleştiriye tabi tutulmuşsa da, iki tasarım da tamamen şiddetten arınmanın sonuç itibarıyla imkânsızlığını göstermektedir. Her ne kadar Benjamin şiddete alternatif göstermiş olsa da, ne yazık ki bunun yolunu tam olarak göstermemiştir, Derrida ise şiddetten arınma çabasının olanaksızlığını ilan etmiş ancak adalete değil yalnızca ve yalnızca hukuk olarak adalete ulaşılabileceğini bildirmiştir. Dolayısıyla, adaletin tesisi sorununda, şiddet bir araç olarak kaçınılmaz görünmektedir. Öncelikle kısaca cezalandırıcı adalet ve onarıcı adalet kavramlarının anlamlarını açıklığa kavuşturmaya çalışacağım.

Cezalandırıcı adalet anlayışı toplumsal düzeni sağlamayı, suçu önlemeyi, suçluyu topluma yeniden kazandırmayı hedefler. Bunu sağlayabilmek adına genellikle cezaların caydırıcılığı artırabileceği düşüncesiyle olabildiğince ağır olması gerektiği düşünülmüş, kapatılma ortamları yaratılmış, hapisane kültürü oluşturulmuştur.² Bu sistem, bütün suçların, öncesinde ölüme mahkûm edildiği yapıya göre bir tür gelişme olarak kabul edilebilir. Çünkü aynı zamanda ıslah etme, eğitim verme, topluma kazandırma gibi özellikleri de içinde barındırması nedeniyle çok daha hümanist bir yaklaşım sergilemektedir. Ancak zamanla hapisanelerin suçu önleme, suçluyu topluma yeniden kazandırma işlevlerini yerine getirmek şöyle dursun, birer suç okulu haline dönüştüğü, topluma kazandırılmamış suçlunun cezai sürecinin ardından yeniden suç işlemek konusunda oldukça eğilimli olduğu araştırmalar sonucunda gösterilmiştir³. Cezalandırıcı adalet anlayışının suça engel olamadığı bir başka yön de suç olgusuna ilişkin olarak, yalnızca suçlunun cezalandırılması, gözetilmesine karşın, toplumda yer alan mağdurun mağduriyetinin giderilmemiş olması nedeniyle intikam duygusunu da destekliyor olmasıydı. Yasalar genellikle suç biçimlerini ve ona uygun ceza biçimlerini tanımlamaktaydı ki, bu da şablon suç şablon ceza gerektirmekteydi. Ancak her ne kadar biçimsel olarak suç aynı görünüme sahip olabilse de, her suç birbirinden ayrı ve her suçlu birbirinden ayrı birer suçlu olarak ayrı birer vaka olmaları nedeniyle ayrı değerlendirmeyi gerektirir. Dahası ağırlaşan cezalar hapisane nüfuslarını oldukça artırmıştı. Maddi manevi ciddi bir yük konumuna gelen hapisaneler (binaların inşası, organizasyonu, yönetici kadro, gardiyan, doktor, giyim ve gıda gereksinimi vb.) tamamen pratik kaygılarla, suça getirilen cezai işlemlerin kapatılmaları dışında yapılıp yapılamayacağı sorununu gündeme getirdi.⁴ Böylece kapatılma dışında, denetimli serbestlik⁵ adı altında cezai işlemin ya toplum içinde gerçekleştirilmesi ya da uzlaşma sağlanmasına dönük çalışmalar yapılmaya başlanmış oldu.

² Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 109. Demirbaş modern hapishanenin doğuşunu Hollanda'da bir mahkemenin 1588 yılında, hırsızlıkla suçlanan on altı yaşından küçük bir sanık hakkında, ölüm cezasına değil ama sanığın eğitilmesi ve iyileştirilmesine yönelik bir hüküm vermesine dayandırır. Bu hükmün akabinde yaşanan gelişmeler ışığında Klarissen Manastırı'nın bir bölümü 1595 yılında iyileştirme kurumu olarak tahsis edilmisti ve bu modern hapishanenin ilk biçimiydi.

³ Michael Foucault, Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 2015, ss. 435-443

⁴ Hakan Yavuz, Türkiye'de Denetimli Serbestlik Mümkün müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı içinde, Ankara: Atalay Matbaacılık, s. 16

⁵ Necati Nursal, Selcen Ataç, Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi, Ankara: Yetkin, 2006, s. 33. Denetimli serbestlik belirli suçlara ilişkin suçlunun infazının –eğer mümkünse– toplumsal hayattan koparılmasızın gerçekleştirilmesini hedefleyen bir ceza hukukudur.

İlk olarak Anglosakson dünyada uygulanmaya başlanmış olan onarıcı adalet ise –suç ve suçlu ayağına dayanan cezalandırıcı adalet anlayışına bir alternatif olarak- suçlu, mağdur ve toplum ekseninde zararın giderilmesini/ onarımını temele alır. Zararın tazmini adına, fail ve mağdur arasında gönüllülük esasına dayalı olarak tarafların bir uzman gözetimi altında -eğer mümkünse- uzlaşması sağlanmaya çalışılır. Eğer uzlaşma mümkün değilse, mağdurun mağduriyeti devlet tarafından giderilmeye çalışılır, kendisine psiko-sosyolojik destek verilir. Failin cezai gizlilik esasına göre gözetim altında tutularak, toplum içinde yaşlı bakım evleri vb. kurumlarda ücretsiz çalıştırılması yöntemi ile infazı gerçekleştirilir. Bu yapı hem mağdurun mağduriyetini gidermesi hem de onu adalet sistemine dahil etmesi bakımından intikam duygusunu bastırarak düzeni sağlamayı hedefler. Faille mağdur arasında kurulan iletişim ile failin mağduru, mağdurun faili anlaması, faile sorumluluk kazandırmak amaçlanır. Kapatılmaya maruz kalmaksızın, toplumdaki uzaklaşmadan, toplum içinde çeşitli yollarla cezalandırılmaya çalışılan fail ne toplum nezdinde suçlu etiketi taşıyacak ne de suç okulları olarak niteleyebileceğimiz hapisanelerde yeni suçlar öğrenebilecektir. Bu yargılama sisteminde aynı zamanda yasaların inşası ve uygulanış biçimi de farklıdır. Aynılık/özdeşlik ilkesine dayanmayan, farklılıkları gözetken bu yapı her suç ayrı bir suç olarak değerlendirir, onu bireyselleştirir.⁶ Söz konusu bu adalet anlayışının teorik temelleri ile Derrida'nın fark ilkesi koşutluk içindedir.

Araştırmalar en azından cezalandırıcı adalet anlayışının başarısız olduğunu göstermiştir. Bu nedenle onarıcı adalet anlayışı hem teoride hem de pratikte daha yetkin bir alternatif gibi görünmektedir. Ancak her iki adalet anlayışının da temelinde şiddete/yasanın şiddetine dayandığı açıktır. Benjamin yasanın şiddetini, meşru olmadığı gerekçesiyle eleştirmiş olsa da, sonuçta ortaya koyduğu iddia şiddetin kendisinin ve onun araçsallığının tam reddiyesini sunmuş gibi de görünmemektedir. Çünkü şiddet hukuk ile olan ilişkisi bağlamında problemleri sınırlara sahip olsa da adalete gidebilecek başka yol da yoktur. Benjamin kendi metninde adaletin çelişkisi olarak nitelediği evrensel ile tikelin buluşması hususu, kendisini daha uygun ve çözüme yönelik bağlamda Derrida'nın açıklamasında gösterir. Söz konusu çelişki adalete değil hukuka aittir, adalet zaten ulaşılabılır bir şey değildir. Dolayısıyla ki şiddet ile ilişkilendirilmesi gereken şey adalet değil, hukuk olarak adalettir.

Kanımcı adaleti sağlamak mümkün değildir, ancak ve ancak ona yaklaşılabilir ki bunun aracı da hukuktur. Hukuk ise gücünü zorunlu olarak yaptırım gücünden almaktadır. Bu bağlamda şiddetten tamamen arınmış

⁶ Ekrem Çetintürk, Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara: Adalet yayınları, 2017, ss. 22-25. Mark Umbreit, The Handbook of victim offender mediation. 1st ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2000, ss. 4-12.

bir adalet anlayışının var olamayacağı kanısında olmakla beraber, adalete ulaşma çalışmalarında yapılmış/yapılmakta olan belki en önemli hatalardan birisi evrensellik ve eşitlik adı altında özdeşlik ilkesine uygun hareket ederek yargılama yapılmasına ilişkin kanaat, Benjamin’de kısaca değinilerek eleştirilmiş; Derrida’da ise tam açılımını bulmuştur. İlkeler değiştirildiği takdirde ise, şiddet kavramının olumsuz içeriği boşaltılabilecek ve bağlamına bağlı olarak olumlu içerikle doldurulabilecektir.

Bu çalışmada ilk olarak, Benjamin için, şiddetin hukuk ve adalet ile olan ilişkisi değerlendirilmeye çalışılacak, şiddetten tam arınmanın olanağı ve adaleti sağlamanın önündeki nedenler araştırılmaya çalışılacaktır. İkinci olarak, Derrida’nın Benjamin’in şiddet eleştirisine yaklaşımı üzerinden, şiddetin hukuk ve adalet ile olan ilişkisine dair kendi görüşleri sunulmaya çalışılacaktır. Üçüncü olarak, iki filozofun görüşleri kısaca bir karşılaştırmaya tabi tutulacaktır. Bu karşılaştırmaların akabinde, dördüncü olarak, çalışma Benjamin’in adalete ulaşmanın önündeki sorunu tespit ettiği ancak bu soruna ilişkin uygun çözüm önerisinin Derrida tarafından geliştirildiği kanaatiyle son bulacaktır.

2. Benjamin’in ‘Şiddet Eleştirisi’ Üzerine

Benjamin’in şiddet eleştirisi, onun hukuk ve adaletle olan ilişkisinin açığa çıkartılmasını gerektirir. Şiddetin hukuk ve adaletle olan ilişkisi aynı zamanda onun ahlaksal çerçevesini de çizecektir. Bu bağlamda şiddet başlangıçta araç düzleminde incelenmiş olacaktır. O halde şiddet, haklı/adil amaçlar için ya da adil olmayan/haksız amaçlar için bir araç olarak konumlandırılabilir. Asıl sorun ise şiddetin, adil amaçlara hizmet eden bir araç olarak da olsa ahlaki olup olmadığı sorunudur. Benjamin’in cevabını aradığı soru budur. Bunun yolunu da amaçlarına bakılmaksızın araçlar alanında yapar. Çünkü doğal hukuka dayanan teorileri eleştirmektedir.

Benjamin’e göre, hukuk felsefesinin en temel hareketi; adil amaçlar için de olsa şiddetin ahlaki olup olmadığı hususunu sorgulamamıştır. Adil amaçlar söz konusu olduğunda bir araç olarak şiddete başvurulmasında bir sakınca görmeyen büyük akım doğal hukuk olarak adlandırılır. Doğal hukuk şiddeti ancak ve ancak adil amaçlara hizmet etmediği sürece olumsuzlar. Aynı şekilde doğal hukuk devlet teorilerinde, genel olarak bireylerin adil amaçlar yolunda şiddete başvurma haklarını, düzenin sağlanması adına bir otoriteye, devlete devretmeleri ve buna uygun yapılmış sözleşmelerle açıklarlar. Açık ki, doğal hukukta devlet otoritesinin anlamı, suç ve ceza ilişkisinde bir orantı gözetmenin, intikam duygusundan uzak olmasını sağlayacak bir biçimde bir üçüncü göz arayışının gereğidir.⁷

⁷ John Locke, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara: Eski Kitaplar, 2016, s. 31. Jean-Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Çev. İsmail Yerguz, İstanbul: Say Yayınları,

Benjamin şiddeti olağan kabul eden doğal hukuk düşüncesinin karşısına, şiddetin tarihsel bir oluşum olduğunu iddia ettiğini düşündüğü pozitif hukuku çıkarır. Böylece amaçlar/araçlar alanında doğal hukuk, şiddetin meşruluğu sorununda amaçlar alanına yönelirken, pozitif hukuk araçlar alanına yönelmektedir. Adalet bir amaç olarak konumlandırılmışken, bu amaca giden araç hukuka uygunluk olarak tanımlanmıştır. Doğal hukuk ve pozitif hukuk olmak üzere, söz konusu her iki hukuk görüşünün de ortak temeli ise, hukuksal olarak uygun araçlarla adil amaçlara ulaşılması ve onların doğrudan adil amaçlara hizmet ettikleri kabulüdür. Doğal hukuk amaçlar ölçütünde araçlarını meşrulaştırmaya çalışırken, pozitif hukuk araçlarının hukuksal uygunluğuna dayanarak amaçlarının adilliyini garantilemek yolundadır. Bu durumu şöyle ifade etmektedir: “Çünkü eğer pozitif hukuk amaçların vazgeçilmezliğine karşı körse, doğal hukuk da araçların tarihsel belirlenmişliğine karşı kördür”⁸

Benjamin şiddeti belirleyen araçların ne kadar hukuki olduğunu incelemek yoluna gider. Hipotetik olarak pozitif hukuku temele alan Benjamin pozitif hukukun şiddet türleri arasında tarihsel olarak olumlanmış olan (hukuksal olan) ve olumlanmamış (hukuksal olmayan) olan şiddet ayrımına dikkati çeker. Bu ayrım sonucu artık şiddet araştırması kendisini, hem pozitif hukukun hem de doğal hukukun dışına taşımak durumunda kalır. Çünkü Benjamin açıkça, şiddet ayrımının mahiyetini adil amaçlar söz konusu olup olmadığını değerlendirerek yapan doğal hukuk yaklaşımının terk edilmesi gerektiğini; pozitif hukukta ise şiddetin eleştirisinin onun araçsallığı bağlamında bir problem görülmemekle beraber onun değerlendirilmesi sürecinde açığa çıktığı iddiasındadır. Hukuk da, şiddet de yeterince anlamlandırılabilmesi/anlaşılabilmesi adına tarihsel felsefi bir bakışa ihtiyaç duyarlar.

Bu olumlanmış (hukuka uygun) ve olumlanmamış (hukuka uygun olmayan) şiddet ayrımı aslında çok da açık değildir, bu nedenle de Benjamin temel ayrımı adil amaçlara hizmet edip etmemesi bakımından kuran doğal hukukun reddedilmesi gerektiğini iddia eder. Pozitif hukuk ise şiddetin hukuka uygunluğunun tarihsel kökenini de göstermekle yükümlüdür. Tarihsel kökene ihtiyaç duymayan amaçları, doğal amaçlar, diğerlerini ise, hukuksal amaçlar olarak adlandırır.

Bir örnek olarak, kendi zamanının Avrupası'nın hukuki ilişkilerini irdeleyen Benjamin bir hukuk süjesi olarak bireyin şiddete başvurarak elde edebileceği amaçlar olması halinde dahi, hukukun bunu engellediğini ve yalnızca hukukun kendi gücünü ortaya koyduğunu dillendirir. Hukuk, kendi çalışma prensibi

2015, s. 67. Thomas Hobbes, Leviathan, Çev. Semih Lim, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları 6. Baskı, 2007, s. 106.

⁸ Walter Benjamin, Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Çev. Ece G. Çelebi, Şiddetin Eleştirisi Üzerine içinde, İstanbul: Metis Yayınları, 2010, s. 21.

gereği, doğal amaçlar aşırı şiddet aracılığıyla elde edilmeye çalışıldığında müdahale eder. Çünkü o dönemin yasama anlayışının genel varsayımına göre, bireylerin aşırı şiddete başvurmak yoluyla elde edecekleri doğal amaçlar zorunlu bir biçimde hukukun ortaya koyduğu amaçlar ile uyumsuz olacaktır. Dolayısıyla hukukun, bireyin şiddet aracılığıyla ulaşabileceği amaçlar söz konusu olduğunda müdahaleci olmasının asıl sebebi "... bireylerin elindeki şiddeti, hukuku yok edecek bir tehlike olarak görmesidir."⁹ Bir başka deyişle, böylece şiddet tekeli eline geçiren/bulunduran hukukun bu amacı salt hukuksal amaçları korumak değil, ama aynı zamanda kendisini korumaktır. Hukuk dışı şiddet, amaçları bağlamında değil, hukuk dışılığı bağlamında değerlendirilir ve salt hukuk dışı olması nedeniyle hukuku tehdit eden bir mahiyet taşımasından ötürü yasaklanmıştır. Benjamin bu durumu bir yasak üzerinden şöyle ifade eder: "Yani sahtekârlığa ahlaki nedenlerle değil, sahtekârlığın kurbanlarının başvurabileceği şiddetten korktuğu için karşı koyar."¹⁰

Büyük suçluya duyulan hayranlık da bunu kanıtlayıcı niteliktedir. Hayranlık suçlunun eyleminden ötürü değil ama eyleminin taşıdığı şiddetten ötürüdür.¹¹ Hukuk yoluyla ele geçirilmiş olan şiddet tekeli, beraberinde kitlelerin hukuk dışılığı sempatisini de getirir.¹² Foucault da benzer bir biçimde, söz konusu hayranlığın kaynağının, yasanın ihlal edilebilir olduğunu göstermesinden ileri geldiği iddiasındadır. Büyük suçluya ilişkin haberler ise yalnızca yasanın siyasi ahlakını açıklamakla kalmaz; yapılması gereken ile yapılmaması gerekeni de ortaya koyduğu gibi paradoksal bir biçimde diğer yüzü ile de aykırı olanın olumlanmasını getirir. Çünkü sıradan olan, yasanın ihlal edilebilir olduğunu göstermek yoluyla kendi kendine de tarih yazmış olacaktır.¹³ Yani büyük suçluya duyulan hayranlığın altında, onun yeni bir hukuk kurabilmesinin imkanı yatar.

Şiddetin hukuk karşısındaki ürkütücü gücünü genel grev örneğiyle açıklamaya çalışan Benjamin, şiddetin ilişki ağlarını değiştirmesi ve onun kalıcılığını sağlayabilmesi bakımından ne düzeyde muktedir olduğunu gösterir. Mevcut hukukun kaynağı da buna dayanır. Kendi verdiği örnekte olduğu gibi 'barış'¹⁴ sözcüğü bile yapılmış sözleşmeye bağlı kalınmak zorunluluğunu ve

⁹ Benjamin, *Age*, s. 23.

¹⁰ Benjamin, *Age*, s. 31.

¹¹ Bilinen yirmi beş tahmin edilen elliye yakın cinayetiyle bir seri katil olan Ted Bundy davasına ülkesinin dört bir yanından yalnızca kendisini görmek için yüzlerce insan mahkemeye gitmişti. Birçok insanın hayranlığını kazanmış olması yetmemiş, davası sürmekteyken kendisini görmek üzere gelenlerden bir kadınla evlenmiş ve bir çocuk sahibi olmuştu. Günümüzde en büyük suçlulardan bir tanesi olarak üzerindeki ilgi korunmaktadır. Arkin Gelişin, *Ted Bundy: Bir Seri Katilin Anatomisi*. Ankara: Herdem Kitap, 2014.

¹² Walter Benjamin, *age*, s. 23

¹³ Michael Foucault, *Cinayet Söylenceleri*, Çev. Erdoğan Yıldırım & Alev Özgüner, Michael Foucault (Ed.), *Bir Aile Cinayeti* içinde, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, s. 250.

¹⁴ Walter Benjamin, *age*, s. 25.

bağlı kalınmaması halinde yapılabilecekler alanı çizmesi bakımından şiddete dayalı bir kavramdır. Bu, hukuk kuran bir şiddettir.

Benjamin birincisi, yasa koyucu; ikincisi, yasa koruyucu olmak üzere iki tür şiddet biçimi tanımlar. Yasa koyucunun şiddeti yeni bir hukuk/yasa uygulamak ya da yerleştirmek için oluşturulur. Yasa koruyucu ise yasanın sürdürülebilirliğini sağlamak adına devletin uyguladığı şiddettir. Yasa koruyucunun şiddeti yasa içinde kurulurken, yasa koyucunun şiddeti yasanın zamansal olarak önünde gerçekleşir. Bu bağlamda, yasa koyucunun şiddetinin yasanın zamansal olarak önünde olması nedeniyledir ki onun meşruiyetinden söz etmek mümkün değildir. Benjamin'e göre adı geçen iki şiddet biçimi de modern devletlerde kolluk kuvvetlerinde hukuksal amaçlara dönük olmak kaydıyla mevcuttur. Kolluk gücü hem hukuk yaratır - çünkü yasa ilan etmemekle beraber, yasaya bağlı olarak düzenleyicilik işlevi gördüğü gibi yasanın olmadığı hallere ilişkin olarak da müdahale hakkını kendisinde görür- hem de hukuku korur- çünkü bu, onun varoluş sebebidir.

Anayasa hukukunda yapılan sınırlandırmayı mitik çağlardaki barışa benzetir. Sınırlar belirlendiği takdirde düşman tamamen yok edilmemekte, ona bazı haklar tanınmaktadır. Aynı yasak çizgi sözleşme taraflarının tamamı için geçerli olmasından ötürü sözde "eşit"tir. Bu sözde eşit olma halini şöyle ifade eder: "Böylelikle o korkunç ilkeliliği içinde, "ihlal edilmesi" yasak olan kanunların mitik ikianlamlılığı ortaya çıkar; Anatole France'ın hicivle ifade ettiği üzere: Köprü altında sabahlamak, yoksullara ve zenginlere aynı oranda yasaklanmıştır"¹⁵ Benjamin dolaysız şiddetin mitik tezahürünü hukuksal şiddetle özdeş tutar. Dolayısıyla mitin karşısına Tanrı'nın koyulması gibi mitik şiddetin karşısına da ilahi şiddetin konması gerektiğini iddia eder¹⁶. İlahi şiddet her bağlamda mitik şiddetin karşıtıdır.

Hukuk genellikle şiddetin karşısında düzeni ve barışı sağlayan bir sistem olarak algılanırken Benjamin onu, şiddetin kaynağı olarak görür. Hukuk kendisi başlı başına hem şiddet içermekte hem de ona dayanmaktadır. Yasa kendisini bir zorunluluk olarak sunar. Karmaşa yerine düzeni getirmek iddiası üzerinden, hem kaynağında şiddete dayanması hem de şiddet aracılığıyla korunmasına karşın, kendisini bir zorunluluk olarak sunması Benjamin için mitik şiddet anlamına gelmektedir. Çünkü insan ürünü olmasına karşın kendisini doğruluk, adalet ve kimi zaman da Tanrı'dan gelen bir kaynakla tanımlar. Benjamin'in kozmolojik anlayışına göre, her ne kadar doğruluk, adalet ve Tanrı gerçek ve transandantal olsalar da, Adem'in cennetten kovulması yüzünden, gerçek dünyadan ve Tanrı'dan yabancılaşmış olan insanın bu kavramlara doğrudan

¹⁵ Benjamin, Age, s. 37.

¹⁶ Benjamin, Age, s. 38.

ulaşma imkanı söz konusu değildir. Bir başka deyişle, kozmolojik olarak insan kendisini artık bu şekilde konumlandıramaz. Teoloji teorisinde ifade ettiği gibi insanın durumu insanın düşüşü tarafından karakterize edilir ve şekillenir. Ademin cennetteki görevi karşılaştığı nesnelere ad vermektir. Ancak bu ad nesnelere Tanrının verdiği ile uyumluydu. Yani Adem gerçeklikle dolaysız olarak ilişki içindeydi. Ademin adlandırması bir tür temsil değil, nesnenin takdim edilmesiydi. Yaratılmış dünyanın yaratılmamış taklidi, insan dünyasını oluşturmaktadır. Gerçekte olduğu gibi olan dünya ile dolaysız ilişki kurmaktan engellenince, insanın tek seçeneği fikirlerin yanlış tasarımını sunmak olur. Bu yanlış temsil fantazmagori olarak adlandırılır. Bu tür bir fantasmaanın anahtar özelliği mitik şiddettir¹⁷

Dolayısıyla hukuk, yetkenin yanlış tasarımıdır, keyfidir ve kendi kendini destekleyen doğru ve aşkınsal ilkeler olarak kendini tanıtan mitik şiddetin bir parçasıdır. Benjamin mitik şiddete karşı şiddetsiz bir alternatifin mümkün olduğundan söz eder. Ancak bunu çok açmaz. Herhangi bir şiddet biçimine başvurmaksızın yasal ve siyasal olarak hangi yollara başvurabileceğimiz hususunda rehber sunmakla beraber, bunların yine bir çeşit şiddete dayalı eylemler olduğunu da kabul edecektir sonunda. Şiddetsiz müdahale mümkünse de bu, onun her zaman kabul ettiği bir şey de değildir artık. Her hareketimizde yalnızca kendimize karşı sorumluyuzdur ve asla edimlerimizi adalet, doğruluk vb. kavramlara başvurarak haklılaştıramayız. Çünkü hukukun sınırları problemlidir ve şiddetli ya da şiddetsiz bütün eylemlerde sorumluluğumuz aynı/benzerdir.

Peki insanlar arası çıkar çatışmalarını şiddete başvurmadan çözmek mümkün mü? Hukuksal bir sözleşme yoluyla şiddetsiz bir biçimde çatışmaları çözmek mümkün değildir. Çünkü sözleşme kuralın ihlali halinde meşru bir şiddeti öngörür mantıksal olarak. Sonuç olarak şiddeti kabul eden sözleşme, eş zamanlı olarak kaynağında da şiddeti barındırır. Çünkü sözleşmeyi güven altına alan iktidar da şiddetten doğmuştur. Şiddetin gizil varlığına olan inanç bittiğinde sistem de çöker. Uzlaşma da kendi içinde bir şiddet barındırır. Ancak Benjamin yine de çatışmaların şiddet dışı bir yolla çözülebileceğini iddia etmektedir. Bunun yolu olarak gerçek kişiler arasında görülen şiddet dışı araçların sübjektif önkoşulunu olduğunu iddia ettiği "nezaket, sempati, barış sevgisi, güven ve benzeri şeyler"¹⁸ koyar. Ancak bu söz konusu saf araçlar dolaysız olarak hareket etmediği/edemediği içindir ki dolayımamaya girdiği takdirde yine bir şiddet ögesine dayanmak zorunda kalır. Barış,

¹⁷ Peter Osborne & Matthew Charles, "Walter Benjamin", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/benjamin/>>. (E.T: 24/05/2017)

¹⁸ Walter Benjamin, age, s. 31.

diplomasi, müzakere vb. örneklerde de olduğu gibi uzlaşma alanı, kendi alanını çizmek suretiyle kabul edilemezler alanını da çizmiş olur. Bir başka deyişle, son tahlilde, Benjamin'in şiddet eleştirisi gözetildiğinde şiddetten tamamen arınmış bir alan görmek mümkün değildir. Onun şiddet eleştirisi bir olumsuzlama yapmaktan çok bir analiz gibi görünmektedir. Yahudilikte açık bir biçimde yer alan "Öldürmeyeceksin" emri dahi, bir rehber mahiyeti taşımakla beraber, koşullu bir emirdir. Koşullu olmasının sonucu olarak, kendini koruma durumu söz konusu olduğunda öldürme eylemi söz konusu dinin gereği olarak cezaî işlemin dışında kalır. Dolayısıyla ki, Benjamin her ne kadar amaçlar bağlamında araçların meşruluğu düşüncesini reddetmiş olsa da, bunun sebeplerini tam olarak açıklayabilmiş görünmemektedir. Dahası, şiddetten tam bir arınma da söz konusu edilememiştir¹⁹

Benjamin "haklı/adil amaçlara ancak meşru araçlarla ulaşılabilir, meşru araçlar da ancak haklı amaçlar için kullanılabilir"²⁰ düşüncesinin bir dogma olduğu kanısındadır. Dogmadır, çünkü belli bir durumda geçerli olan amaçlar, başka bir durumda geçerli olamayabilecektir. Mevcut hukukun ortaya koyduğu amaçlar, adil amaçlar olarak kabul edilmektedir. Ancak, bunlar genel geçer olmaktan ziyade genellenebilir olmasından ötürü genellenmiş şeylerdir. Genel olan ile özel olan ayırımında hukukun doğası gereği genel ilkler koymasına bağlı olarak, iki veya daha fazla durum benzer olsalar dahi, birinde geçerli olabilecek bir amaç bir diğerinde geçerli olmayabilir. Dolayısıyla, amaçların adilliği ve araçların meşruluğu sorunu yine koşullu olarak gündeme gelebilmektedir. Genellenebilme, evrensel olma, soyut olma, tikele tam anlamıyla nüfuz edebilme sorununa bağlı olarak adaletin bir çelişkisi olarak ortada durmaktadır.

Benjamin'in üzerine söz söylediği ancak ve ancak çok kısa değindiği söz konusu adaletin çelişkisine ilişkin süreç kanımca, Derrida'nın, Benjamin'in bu metni üzerine kalem aldığı çalışmasında çok daha net bir biçimde açıklanmakta ve çelişki mümkün olabilir en yüksek düzeyde ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle bir sonraki bölümde, Derrida'nın metni bütün ayrıntılarıyla ele alınmayacak olmakla beraber, konumuza ilişkin olarak Benjamin'in metni üzerinden adaletin imkanı bağlamında değerlendirilecektir.

¹⁹ James R. Martel, A More Exact Criterion: Law's Violence and The Possibility of Nonviolence in The Work of Walter Benjamin. Fall 2014. Wake Forest Law Review. Ss. 768-770.

²⁰ Walter Benjamin, age, s. 35.

3. Derrida'nın Benjamin Yorumu : 'Yasanın Gücü, Otoritenin Mistik Temeli' Üzerine

Derrida, Benjamin'in 'Şiddet Eleştirisi Üzerine' metninden hareketle ilki; 'Dekonstrüksiyon ve Adalet İmkânı', ikincisi; 'Nazizm ve "Nihai Çözüm": Temsil Sınırlarının Araştırılması' ve üçüncüsü; 'Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli' olmak üzere üç metin kaleme almıştır. Yukarıda daha detaylı bir biçimde açıklandığı üzere, Benjamin'in çalışmasının iki ana tezi²¹ vardır: Birincisi, amaç/araç sarmalı içinde şekillenmiş olan hukukun adaletle ilgisiz bir biçimde meşrulaştırma görevi görmek ve hukuku kurucu ve onu koruyucu şiddetin kaynağı da söz konusu amaç/araç sarmalına dayanmaktadır. İkincisi ise, adaletin imkanına ilişkin olarak şiddetten arınmanın olanağı sorununu araştırmaktır ki, kanaatimce bu mümkün görünmemektedir.

Bu metnin Derridacı bir gözle okunması sonucu o, söz konusu metinde Benjamin'in hukukun, ilk olarak da, doğal hukukun geleneği çerçevesinde yok edilmesi gerektiğini savunduğunu iddia eder. Çünkü bu hukuk anlayışı yıkan şiddeti (ki bu adil/ ilahi/ Yahudi şiddet olmakta), hukuku tesis eden mitik şiddetle karşı karşıya getirmektedir. Benjamin'in bu çalışmasının asıl mantığı dilin bir yorumudur. Çünkü dilin kaynağı ve deneyiminin yorumu, dolaylayan, yeniden mevcut kılan, bilgilendirici bir mahiyete dönüşmüştür. Dil başlangıçta (Tanrı'nın dili) adlandırma ve çağırma demektir. Dilin temsile dönüşümü ise Tanrı'nın dilini bozmak yoluyla kendinin de bozulmasıdır. Derrida bu metnin hem dilin yozlaşması bağlamında temsilin kritiği hem de parlamenter demokrasinin siyasal sisteminin eleştirisi olarak Marksist ve mesiyantik (kabalist) anlamlarda devrimci bulur. Temsilin çok yüzölçümünün getirdiği kurucu ve koruyucu olmak üzere şiddeti iki bağlamda değerlendirmeye tutan Benjamin, kurucunun koruyucu tarafından tekrarı ve temsili nedeniyle söz konusu ayırım arasındaki kesiti kırmak zorunda kalmıştır.²²

Derrida son çalışmasında yer alan 'Hukuktan Adalet'e' başlıklı yazısında²³ dekonstrüksiyonun adaletin imkânını oluşturmaya hizmet edemeyeceği sorusunu sorar. Dekonstrüksiyon metnin çokanlamlılığını, çelişik anlamlar içerebileceğini, bir ve tek olan metnin aslında birden fazla ve çoğul olduğunu, her metinde bulunabilecek belirsizliklerin sonsuz okumaya tabi tutulabileceğini evrensel, mutlak, değişmez, tarihten ve bağlamdan yoksun bakışı eleştirmek yoluyla ortaya koyar. Böylece her bir metin okuma aynı zamanda yeni bir yaratma anlamına gelir. Dekonstrüksiyon ile adalet arasındaki ilişkiyi

²¹ Aykut Çelebi, Sunuş: Bir Parıltı... Sonra Gece. Aykut Çelebi (Ed.), Şiddetin Eleştirisi Üzerine içinde, İstanbul: Metis Yayınları, 2010, s. 14.

²² Jacques Derrida, Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli, Çev. Zeynep Direk, Şiddetin Eleştirisi Üzerine içinde, İstanbul: Metis Yayınları, 2010 ss. 80-83.

²³ Derrida, Age, s. 44.

açıklamaya çalışan Derrida, ‘adalet’ ile ‘hukuk olarak adalet’e gönderme yaptığını ayrıca bildirir.

Kanımcı, adalete en yüksek derecede yaklaşmanın tek imkanı dekonstrüksiyondur. Çünkü “Yargılamayı mümkün kılan, yargının yetkisini kendisinden aldığı şeyi yargılamak söz konusudur”²⁴ Derrida İngilizcedeki yasanın zorla uygulanması, kendini meşru kılan bir güç anlamında ‘to enforce the law’²⁵ kullanımına dikkat çeker ki bu kullanımın Fransızcada olmadığını bildirir. Söz konusu kullanım Türkçede de yoktur. Adalet hukuk olarak kendinde bir güçtür. Hukuku aşan ve/veya onunla çelişebilecek bir adalet de vardır.

“To enforce” a priori biçimde güç kullanımının bir ifadesidir. Peki her zaman haklı olduğu kabul gören yasanın gücü ile her zaman haksız olduğu kabul gören şiddet arasında nasıl bir ilişki vardır? Adil olan güç ile şiddetli olmayan güç ne demektir? Benjamin’in Almanca orijinalinde “Zur Kritik der Gewalt” adlı metni İngilizceye ‘Critics of Violence’, Türkçeye ise ‘Şiddet Eleştirisi Üzerine’ biçiminde çevrilmiştir. Derrida için bu çeviriler tamamıyla hatalıdır. Çünkü ‘Gewalt’ şiddet anlamına geldiği gibi, meşru iktidar, kamusal güç, otorite anlamlarına da gelmektedir.²⁶

Meşru iktidarın hukukunun gücünü yerleştiren, otoriteyi açığa çıkaran ilksel şiddet, ilk olması bakımından kendinden önce bir otoriteye yetkilendirilmiş olamaz. Ancak Derrida yine de önemli bir noktaya dikkat çeker: “Öyleyse bu şiddet, başlangıç anında ne yasal ne de yasa dışıdır –başkaları çok hızlı bir biçimde ne adil ne de adaletsizdir- diyeceklerdir”.²⁷ Benjamin bu hususa ilişkin olarak ilksel yasanın meşru olmadığı iddiasında iken Derrida daha detaylı bir açılım vermek üzere onun ne meşru ne de meşru olmayan olduğunu iddia etmektedir. İlksel otoritenin yokluğu temelin mistik olması anlamına gelmektedir. Ancak gücü olmayan bir yasadan söz edilemez. Benjamin’in yaptığı mitik olan ile ilahi şiddet arasındaki ayrımın ise oldukça belirsiz olduğu iddiasındadır. Çünkü açıktır ki, bazı önermeler saptayıcılık niteliği taşırlarken, bazıları ise performatif nitelik taşırlar. Bir başka deyişle, bazıları betimleme yaparken bazıları gerçekleştiricidir. Dolayısıyla mitik şiddet meşruiyetini geriye dönük elde eder. Bu da aslında mitik şiddetle ilahi şiddetin, hukuk kuran ile hukuk koruyan arasındaki ilişkinin geçişkenliği nedeniyle bulanık olduğu anlamına gelecektir. Dahası, Derrida şiddetten arınmanın düşünülemeyeceği iddiasındadır.²⁸

²⁴ Derrida, Age, s. 45.

²⁵ Derrida, Age, s. 47.

²⁶ Derrida, Age, s. 48.

²⁷ Derrida, Age, s. 49.

²⁸ Nick Mansfield, Derrida, Democracy and Violence, Studies in Social Science. 2011. Vol. 5. Issue 2. Ss. 233-235.

Derrida'ya göre "...karar verilemez, ölçülemez veya hesap edilemez olan üstüne söylemler, tekillik, fark ve heterojenlik üstüne söylemler de baştan sona, en azından çapraz bir biçimde adalet üstüne söylemlerdir".²⁹ Bir başka deyişle, yasanın gereği ile doğa arasındaki karşıtlığı da görmeye çalışan, doğal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki Benjaminci anlamda sabitlenmiş ilişkiyi kırarak geçişkenliğe izin veren dekonstrüktif sorgulama, yargı söz konusu olduğunda failini ve onun eylemini bütün yönleriyle ele alabilme gücüne de muktedir olabilecektir. Ki bu anlayış tam da onarıcı adaletin ilkelerinin yerine getirilmesinde uygulanan/uygulanmış/uygulanabilecek bir yöntem gibi görünmektedir. Derrida uyulması gereken ilk yaşamsal değere sahip buyruğun şeyleri birbirine karıştırmaktan ötürü ileri gelen homojenleştirmeye karşı tedbirli olmak gerektiği iddiasındadır.³⁰ İşte tam olarak bu iddia dolaysız bir biçimde adaletin imkanının ölçütünü verir.

Eğer varsa, kendinde adalet, dekonstrüksiyona tabi tutulabilecek bir şey değildir, çünkü kendinde adalet zaten ulaşılabilir bir şey değildir. Adaletin tam tanımı da mümkün değildir. Adalet kendisini adaletsizlik üzerinden konumlandırır. Yalnızca ve yalnızca hukuk olarak adalet dekonstrüksiyona tabi tutulabilir ki bu hukuk sistemlerinde adaleti sağlayabilecek şeydir. Derrida bunu şöyle ifade eder: "Hukukun dekonstrüksiyona tabi tutulabilir olması bir felaket değildir. Hatta her tarihsel ilerlemenin siyasal şansı bunda yatıyor olabilir... Dekonstrüksiyon adalettir. Bunun sebebi belki hukukun (ki onu kurallı bir biçimde adaletten ayırt etmeye çalışacağım) uzlaşma ile doğa zıtlığını aşan bir anlamda inşa edilir."³¹ Diğer bir deyişle, adalet hukukla aynı şey demek değildir ancak hukuk yoluyla adalete ulaşılabilmesi için kuralın tikel duruma iyi bir biçimde uygulanması gerekir.

Yine İngilizcede varolan "address" fiilini gündeme getiren Derrida bu fiilin tam karşılığının Fransızcada olmadığını bildirmektedir. (Nitekim Türkçede de tam karşılığı yoktur.). Bir şeye "address" etmek, dolayimli olarak söylenenin belirtilen adrese ulaşip ulaşmadığını kontrol etmeye çalışmak anlamına gelir. Tıpkı bunun gibi hukukta da bir soruna "address" etmek spesifik olarak o tikele göndermede bulunmak mahiyetindedir. Adil olmanın gereği de adresin tam doğruluğudur ki adres tekil olarak mevcuttur. Ancak adres her zaman için tekil mevcudiyeti ile bulunurken, adalet (hukuk olarak adalet) genel geçer bir çerçeve çizen evrensel bir buyruk gibi alınagelmiştir. Adil olma/olmama sorununun asıl problemlili kaynağı evrensel olan buyruğun her zaman tekil ve dolayısıyla bir diğeriyle asla özdeş olmayan vakaya uygulanmasına ilişkindir. Bu durum hukukun kendisine ulaşmak zorunda olduğu bir hedef olarak

²⁹ Jacques Derrida, s. 50

³⁰ Derrida, Age, s. 53.

³¹ Derrida, Age, s. 59.

adalete gitmesinin önünde bir engel olarak da okunabilir. Çünkü hukuk genel, soyut ve evrensel ilkelere bağlı kalmak adına özel durumları görmezden gelir. Derrida'nın adalet sorununa ilişkin en önemli katkılarından biri ise dekonstrüktif okuma sürecinin temelinde eşitlik adı altında özdeşlik ilkesini çalıştıran yanıltıcı yaklaşımın yerine farklılık ve heterojenliğin adaletle olan ilişkisini kurmasıdır. Dworkin'de de benzer bir biçimde bu farklılık ilkesi 'equal treatment' anlayışının yerine 'treatment as equals' biçiminde gündeme gelmiştir.³²

Dolayısıyla evrensel ile tikeli uzlaştırmanın olanağı sorununda³³ dekonstrüksiyon aksiyomun güvenilirliğini askıya alarak tekile müdahale edebilir. Bu da pratikte hakime oldukça yüksek düzeyde inisiyatif gücü, bir başka ifade ile dekonstrüksiyon uygulama yetkisi, vermeyi gerektirir. Derrida bunu şu sözlerle çok açık bir biçimde ifade eder:

"Eğer bugün dekonstrüksiyon adını verdiğimiz şeyden daha adil (daha adil diyorum, daha yasal ve daha meşru değil) hiçbir şey tanımıyorum deseydim, yalnızca dekonstrüksiyon denen şeyin belirli hasımlarını (ki onlar bu ad altında tahayyül ettikleri şeye karşıdılar) değil, onun taraftarları veya uygulayıcıları sayılan veya kendilerini öyle kabul edenleri de şaşırtmaktan veya şoka sokmaktan geri kalmamış olacaktım bunu biliyorum. O halde bunu demeyeceğim, en azından doğrudan veya dolambaçlı birkaç önlem almadan yapmayacağım bunu."³⁴

Buna bağlı olarak Derrida, ortak bir aksiyomun adil ve/veya adaletsiz olabilmek için bir kimsenin özgür kararından sorumlu olması beklenemeyeceğini ilk açmaz olarak ortaya koyar. Özgür olmayan bir kimsenin kararının adaletinden söz edilemez. Ancak karar veren merci tamı tamına bir yasayı izlemekten başka bir şey yapmıyorsa, bu basitçe bir işlemi uygulamak anlamına gelecektir. Bu işlemin yasallığından söz edilebilir, ancak, kararın adilliğinden söz edilemez, çünkü aslında ortada bir karar yoktur. Örneğin bir yargıcın kararının adil olarak kabul edilebilmesi için, onun salt bir yasayı takip ediyor olması yeterli değildir, ilgili vakayı uygun bir biçimde ihtiyaç halinde yasayı her defasında yeniden yorumlamalı, kimi zaman yasayı askıya almalı ve ilgili bireysel duruma göre adeta yasayı yeniden icat edercesine karar vermelidir.³⁵ Çünkü açıktır ki her vaka, her birey birbirinden farklıdır. Bu da her bir kararın birbirinden farklı olması gereğini açığa çıkartır.

³² Ronald Dworkin, What is Equality? Part 1: Equality of Welfare. *Philosophy & Public Affairs*, 1981. Vol. 10, No. 3 (Summer), s. 185

³³ Jacques Derrida, s. 62.

³⁴ Derrida, *Age*, ss. 67-68.

³⁵ Derrida, *Age*, ss. 70-71.

Birinci açmazın bir başka biçimi olarak ikinci açmaz 'karar verilemez olan'a³⁶ ilişkindir. Adaletin hukuk olarak uygulanımı kesen bir kararı gerektirir. Bir başka deyişle, adalet imkânsızın deneyimi olarak mümkündür. Karar verilemez olan hesaplanabilir olanın, homojen olmadığı halde hukukun da hesaba katılmasıyla imkânsızın deneyimidir. Karar verilmezi deneyimlemeyen, yasal olmasına karşın özgür olmamasından ötürü adil olmayacaktır. Adaletin imkânsızlığı ise üçüncü açmaz olarak adlandırdığı 'aciliyet'³⁷ gereğinde açığa çıkar. Çünkü adalet hem şimdi ve burada olamayan olarak, şimdi ve burada, derhal talebiyle hareket eder hem de beklemek zorunda olana tekabül eder. Dolayısıyla ki adaletin tesisi imkânsız olmakla beraber, hukuk olarak adalet mümkündür. Hukuk olarak adaletin olanağı ise dekonstrüksiyondur.

4. Değerlendirme ve Sonuç

Benjamin bir şiddet eleştirisinin olanağının onun hukuk ve adaletle olan ilişki ağının açığa çıkartılmasıyla mümkün olabileceğini iddia etmişti. Ona göre amaçlar ve araçlar alanında kendisini gösteren şiddet hukuk kuran ve hukuk koruyan olarak hem yasanın kaynağında hem de yönteminde mevcuttu. Şiddetin adil amaçlar söz konusu olduğunda uygun/hukuka uygun bir araç olarak öncelikle doğal hukukta ve sonrasında ise pozitif hukukta kabul ediliyor olmasını ise eleştirmekteydi. Çünkü adil amaçlar söz konusu olduğunda dahi şiddetin kullanımı doğal ya da ahlaki değildi.

Pozitif hukuk ise daha da detaylı bir biçimde yaklaşıldığında görüleceği üzere -yukarıda detaylı olarak açıklandığı gibi- şiddeti hukuksal olması ya da hukuk dışı olması bakımından değerlendirmekteydi ki bunun esas sebebi hukukun, hukuksal olmayan şiddetin yeni bir hukuk kurma gücünden hareketle kendisini tehdit ediyor olmasıydı. Benjamin için bir diğer önemli husus ise şiddetten tamamen arınmış bir adaletin veya yasanın olanağı sorunuymdu ki her ne kadar o bu duruma yönelik nezaket vb. gibi bir rehber göstermişse de sonuç itibarıyla dolayımaya girecek olan bu yöntemler de kendilerini söz konusu dolayım içinde şiddetle ilişkilendireceklerdi. Şiddetten tamamen arınma söz konusu edilemezdi.

Benjamin için hukuk tarafından sağlanılmaya çalışılan adaletin asli çelişkisi ise hukukun kendi öz yapısından kaynaklı olarak bazı durumlarda geçerli olabilecek yargıların genellenmesinin, geçerli kabul edilemeyeceği durumlarda da uygulanımına yol açmasıydı. Öyle düşünüyorum ki, adalete ulaşmanın -ona ulaşmanın mümkün olmadığını ancak ve ancak ona yaklaşılabilceğini düşünüyorum- önündeki en büyük engel hukukun söz konusu ettiğimiz özsel yapısıdır. Çünkü aslında evrensel, mutlak, değişmez olan yoktur. Aksine,

³⁶ Derrida, Age, s. 71.

³⁷ Derrida, Age, s. 75.

hukuk başlangıcı itibariyle somut, tekil olanlardan soyutlama yoluyla bir kural oluşturabilmek adına genel olana ulaşmış olmakla birlikte, öyle görünüyor ki, kendi başlangıç noktasını adeta unutarak, evrensel olduğunu iddia ettiği ilkeye bağlı kalmak adına tekil mevcudiyeti olan vakanın ötekilerden farkına karşı gözlerini kör kılmıştır.

Bu probleme Benjamin tarafından dikkat çekilmiş ve problem tam olarak tanımlanmış olsa da çözüm önerisi çok açık bir biçimde geliştirilmemiştir. Benjamin'e ilişkin bu çalışmada özellikle Derrida'nın onun üzerine yazdığı çalışmadan ve dekonstrüksiyondan faydalanılmasının asli sebebi, Benjamin'in bir problem olarak tanımladı sorunun Derrida tarafından günümüze kadar olabilir en yüksek düzeyde çözülmüş olduğuna inanılmasıdır. Öncelikli olarak Derrida'nın Benjamin'in metni üzerine kaleme aldığı bu çalışmada, çalışmanın orijinal adına göndermede bulunmak suretiyle metnin asıl amacının şiddeti eleştirmek değil ama yasanın şiddetini eleştirmek olduğunu göstermesi bakımından ayrıca önemlidir. Derrida bu tür bir çevirinin hatalı olduğu kanısındadır. Çünkü şiddet ile yasanın şiddeti kavramları birbirlerinden çok farklı şeyleri ifade etmektedirler. Benjamin'in metni 'gewalt' sözcüğünün anlamı akılda tutularak okunduğunda çok daha anlamlı hale gelmektedir. Şiddetin hukuk ve adaletle olan ilişkisinden ziyade, yasanın şiddetinin, zorlayıcı gücünün hukuk ve adaletle olan ilişkisini düşünmek hem ayakları yere basan bir okumaya izin vermekte hem de salt şiddeti düşünmek yerine yasanın şiddeti üzerine düşünmeye imkan tanımaktadır. Bu bağlamda, Benjamin'in bu metindeki asli problemi adaletin imkânına ilişkindir.

Derrida da Benjamin gibi şiddetten tam arınmanın imkânsızlığını kabul eder. Ancak fark ilkesi ile evrensel olanın tikele hitap etmesi esnasında heterojenliğin homojenleştirilmesi de bir zorlamadır ve dahası bu homojenleştirme ile yargının yapıyor olması kendi başına yasanın adalet adı altına bireye şiddet uygulaması anlamına gelecektir. Fark ilkesi yargı alanına dahil edilmeksizin hukuk olarak adalet imkansızdır. Bir hukukçu ve hukuk felsefecisi olarak Dworkin de aynı probleme dikkati çekmiştir. Fark ilkesi aynı zamanda her bir bireyin bir diğerinden, her bir vakanın bir diğerinden dolayısıyla da her bir suçun bir diğerinden benzer olmasına karşın farklı olduğunu dolayısıyla da farklı ve bireysel bir muameleye tabi olması gereğini açığa çıkarır. Adalet için tararsızlık ve eşit mesafede durmak adı altında farklılıklara karşı gözleri kör etmek, özünde benzer olanı özdeş kabul etmek anlamında hem teorik düzlemde hem de normatif bağlamda hatalıdır.

Söz konusu edilen evrensellik, mutlaklık, eşit muamele gibi kavramlar ise cezalandırıcı adalet anlayışının ilkelerine uygun kavramlardır. Çünkü cezalandırıcı adalet anlayışı yalnızca suç ve ona ilişkin cezayı tanımlar. Suçun ve cezanın tanımlanması ve yargıcın bu tanım gereği karar alması ise

hem özdeşleştirme anlamına gelir hem de Derrida'nın iddia ettiği gibi bu yargının ne adil ne adil olmadığı söylenebilir. Çünkü yargıç basitçe bir işlemin zorunlulukla uygulamasından başka bir şey yapmıyor/yapamıyor demektir. Bu takip aşamasında kendi özgür iradesini bağlama uygun olarak açığa çıkartmaktan yoksun olan yargı süreci mekanikleştirilmiştir. Onarıcı adalet anlayışında ise değişen ilkeler gereği her bir vaka bir diğerinden farklı olarak kabul edildiği içindir ki heterojenlik ilkesi gözetilir. Dahası yargılama sürecinde mağdur adalet sistemine dahil edilmeye çalışılır ki bu da Benjamin sözleşme teorilerini, her suçun aslında yasaya karşı işlenmiş olduğunu savlamaları bakımından eleştirir. Böylece bu iddiayı sekteye uğratarak suçun aslında mağdura karşı işlenmiş olduğunu ileri sürer. Her bir suç faili ve mağduru bakımından da ayrıdır. Derrida'nın dekonstrüksiyonu fark ilkesiyle her bir vakayı bireyselleştirmek bakımından onarıcı adalet anlayışının uygulamaları ile ilkesel olarak örtüşmektedir.

Tüm bu bağlamlarda şiddetten tam arınmanın, adalete ulaşmanın tam imkanının mümkün olmadığı her iki filozof bakımından kabul edilmiştir. Adalete içkin asli çelişki de her iki filozof bağlamında benzer görünmektedir. Ancak adalete ilişkin çelişkinin çözümü kendisini Derrida'da dekonstrüksiyonun adalete olmasında serilmemektedir.

Demir, adalet Tanrıçası Themis'in göz bandı, terazisi ve kılıcı ile cezalandırıcı olma özelliği ile aslında adalet metaforu olarak kullanılmaktan uzak olduğu iddiasındadır. Çünkü Derridacı bir anlamda, kesinlik ve tarafsızlığa dair olan bu simgeler adaletten ziyade hukuka aittir. Themis'in fark ilkesine karşı gözleri kördür, gözleri kör olmasından ötürü de sübjektif bakıştan uzaktır. Ancak bu metafor tam olarak evrensel olan ilke ile tikele adres edemeyen anlayıştır. Liliputların adalet Tanrıçası ise altı açık göz ile heterojenliği gören, fark ilkesine sahip olması sonucu adalet metaforu için çok daha uygundur.³⁸

Adalet sorunu geçmişten günümüze birçok düşünür tarafından tartışma konusu edilmiş olsa da güncelliğini hala korumaktadır. Adalet istemi konusunda kuşkusuz ki hemen herkes hemfikirdir. Ancak asıl problem adaletin hangi yolla yerine getirilebileceği/getirilmesi gerektiği sorunsalı üzerinde şekillenmektedir. Öncesinde genel anlamda cezalandırıcı adalet anlayışı olarak tanımlayabileceğimiz adalet anlayışı sorunları çözemediği gerekçesiyledir ki yerini yavaş yavaş onarıcı adalet anlayışına bırakmaktadır. Cezalandırıcı adalet anlayışı düzlemi kendisini daha çok suça orantılı bir biçimde ceza vermek ya da cezaların ölçütünü artırmak suretiyle caydırıcılık taşıyarak suça engel olmak biçimindeydi. Ancak en güzel betimlemesini Foucault'nun Hapishanenin

³⁸ Gökhan Yavuz Demir, (2012), Ertelenmiş Adalet: Hukuk ve Dekonstrüksiyon. "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-5" Sempozyum, 23. Kitap içinde, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 117-118.

Doğuşu'nda gösterdiği gibi bu tür bir adalet anlayışı düzen sağlamaktan, suç oranını azaltmaktan daha ziyade suç oranlarının artışına sebebiyet vermiştir. Bu bağlamda, Benjamin yasanın şiddetine ilişkin yaptığı açıklamasında adaletin asli çelişkisini evrensel olanın tikel olana işletilememesinde görmüş olması bakımından haklı görünmektedir. Ancak problemi tanımlamış olmasına karşın bir çözüm önerisinde bulunmadığı içindir ki onun problemi çözüp çözmediğine ilişkin bir tartışma yürütme imkânına sahip değiliz. Ancak Benjamin'in yasanın şiddeti ve adaletin önüne koyduğu ve asli çelişki olarak tanımladığı engel üzerinden bir tartışma yürüten Derrida kendi dekonstrüksiyon kavramı ile bu soruna çözüm getirmiş gibi görünmektedir. Çünkü onun fark ilkesi ile evrensel olan algıyı tikele uygulama sürecinde her bir vakanın birbirinden ayrı bireysel vakalar olması nedeniyle ayrı değerlendirilmeleri ve yargıcın yasayı askıya alarak adeta her defasında hem yasaya bağlılık göstererek hem de yasayı yeniden yaparcasına karar vermesine dair önerisi oldukça yerinde görünmektedir. Günümüzde yükseliş kazanmakta olan onarıcı adalet sisteminin felsefi zeminini de açıklamakta, ayrıca özdeşlik ilkesi yerine fark ilkesini yerleştirmesi nedeniyle adalete yaklaşmanın en yüksek olanağını da sağlıyor gibi görünmektedir.

Kaynakça

- Benjamin, Walter. (2010). Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Çev. Ece G. Çelebi, Şiddetin Eleştirisi Üzerine içinde. (ss. 19-43) İstanbul: Metis Yayınları
- Çelebi, Aykut. (2010). Sunuş: Bir Parıltı... Sonra Gece. Aykut Çelebi (Ed.), Şiddetin Eleştirisi Üzerine içinde (9-19). İstanbul : Metis Yayınları
- Çetintürk, Ekrem. (2017). Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Demir, Gökhan Yavuz. (2012). Ertelenmiş Adalet: Hukuk ve Dekonstrüksiyon. "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-5" Sempozyum, 23. Kitap içinde. (ss.113-119) İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.
- Demirbaş, Timur. (2013). İnfaz Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi
- Derrida, Jacques. (2010). Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli, Çev. Zeynep Direk, Şiddetin Eleştirisi Üzerine içinde (ss. 43-134). İstanbul: Metis yayınları
- Dworkin, Ronald. (1981). What is Equality? Part 1: Equality of Welfare. Philosophy & Public Affairs, Vol. 10, No. 3 (Summer, 1981), ss. 185-246 URL: <http://www.jstor.org/stable/2264894> .
- Foucault, Michael. (2015). Hapishanenin Doğuşu. Çev. Mehmet Ali Kılıçbay. 6. Baskı. Ankara: İmge Kitabevi.

Foucault, Michael. (2007). Cinayet Söylenceleri. Çev, Erdoğan Yıldırım & Alev Özgüner. Michael Foucault (Ed.), Bir Aile Cinayeti içinde (ss. 245-256). İstanbul: Ayrıntı Yayınları.

Gelişin, Arkin. (2014) Ted Bundy: Bir Seri Katilin Anatomisi. Ankara: Herdem Kitap.

Hobbes, Thomas. (2007). Leviathan. Çev. Semih Lim. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları 6. Baskı.

Locke, John. (2016). Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara: Eski Kitaplar.

Mansfield, Nick. (2011). Derrida, Democracy and Violence. Studies in Social Justice. Vol. 5. Issue 2. Ss. (231-240).

Martel, James. (2014). "A More Exact Criterion": Law's Violence And The Possibility of Nonviolence in The Work of Walter Benjamin. Fall 2014. Wake Forest Law Review. Ss. 757-770.

Necati, Nursal, Ataç, Selcen, (2006), Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi, Ankara, Yetkin, s.33.

Osborne, Peter and Charles, Matthew, "Walter Benjamin", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/benjamin/>>.

Rousseau, Jean-Jacques. (2015). Toplum Sözleşmesi, Çev. İsmail Yerguz, İstanbul: Say Yayınları.

Yavuz, Hakan.(2015). Türkiye'de Denetimli Serbestlik Mümkün Müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik. D. Özyörük (Ed.), Türkiye'de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bilidir Kitabı içinde (ss. 15-23). Ankara: Atalay Matbaacılık.

Umbreit, Mark. (2000). The handbook of victim offender mediation. 1st ed. San Francisco: Jossey-Bass.

MİRAS HAKKININ VE PAYININ DEVRİ

Conveyance of Decedent's Estates and Purpart

Arş. Gör. Elif ŞEN¹

Geliş Tarihi: 10.07.2017

Kabul Tarihi: 20.11.2017

ÖZET

Miras ortaklığında tereke mallarını en iyi şekilde korumak için kanun koyucu, elbirliği mülkiyetini kabul etmiştir. Elbirliği mülkiyeti, mirasçıların terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf etmelerini gerektirir. Ancak istisnai bazı durumlarda miras ortaklığında, elbirliği mülkiyetini sıkı bir şekilde uygulamak, mirasçıyı zor duruma sokabilir. Bu durum, özellikle mirasçının maddi açıdan sıkıntıda olması halinde kendini gösterir. Mirasın açılması ile paylaşılması arasındaki süre, uygulamada oldukça uzun sürmektedir. Bu süre zarfında, tereke mallarından yararlanamamak, mirasçıyı daha da zor duruma sokar. Bu sebeple TMK. m. 677, mirasın açılmasından sonra ancak paylaşmadan önce, miras payının devredilmesi imkanını tanımıştır. Mirasın açılmasından önce ise, muhtemel mirasçının, beklenen miras hakkı üzerinde tasarrufta bulunabilme imkanı TMK. m. 678' de düzenlenmiştir.

Öncelikle miras payının devri konusunda genel bilgiler verildikten sonra, kanun sistematüğinde de olduğu gibi önce mirasın açılmasından sonra, paylaşmadan önceki miras payının devri incelenecektir. Burada öncelikle genel bir bilgi verildikten sonra, devir sözleşmesinin şartlarına değinilecek ve son olarak da hüküm ve sonuçları anlatılacaktır. Daha sonra mirasın açılmasından önceki miras hakkının devri genel olarak anlatıldıktan sonra, şartları ve hükümlerine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Miras payı, Miras hakkı, Miras ortaklığı, Devir sözleşmesi, Elbirliği mülkiyeti.

ABSTRACT

To preserve the best of estate goods/ goods of estate in community of heirs, the legislator has accepted co-ownership. Co-ownership requires that heirs make savings on all the rights of the estate. However, in some exceptional cases, strictly applying co-ownership in a community of heirs can put the heirs in a difficult position. This situation especially manifests itself when the heir is financially in bad situation. The duration between opening and sharing the inheritance takes quite long in practice. In this duration, not being able to take advantage of the inheritance goods makes the heirs are even more difficult situation. Therefore, Article 677 of Turkish Code of Obligations enables to convey purpart after the opening of the heritage, but before sharing. Before the opening of the inheritance, the possibility of the potential heir to have the right to the expected inheritance is enacted by Article 678 of Turkish Code of Obligations.

Firstly, as it has been enacted in the system of the law, convey of purpart after the opening of the heritage, but before sharing them will be examined aftermath of giving general information about conveyance of purpart. After that, the terms of the transfer contract will be referred and finally the terms and conclusions will be explained. The work will then be concluded with reference to its terms and provisions, after the transfer of heritage prior to the opening of the heritage has been generally described.

Keywords: Purpart, Right of succession, Community of heirs, Conveyancing Contract, Co-ownership.

¹ 19 Mayıs Üniversitesi Ali Fuat Başgil Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, elif.sen@omu.edu.tr

I. GİRİŞ

Miras payının devrini, kanun koyucu mirasın açılmasından sonra ve önce ayrımını yaparak incelemiştir. Miras payının devri sözleşmesinin, yapıldığı zamana göre ayrıma tutulmasının nedeni; devir sözleşmesinin, kuruluşu, hüküm ve sonuçları açısından farklılık göstermesidir. Miras bırakan sağ iken, onun muhtemel mirasçısı tarafından yapılan miras hakkının devri sözleşmesi, mirasın açılmasından önce yapılan miras hakkı devri sözleşmesidir. TMK. m. 678'de düzenlenmiştir. Miras bırakanın ölümünden sonra, mirasçılar arasında elbirliği halinde hak sahipliği devam ederken, mirasçılardan birinin miras payını devretmesi, mirasın açılmasından sonra fakat paylaşmadan önce yapılan miras payı devri sözleşmesidir. Bu ise TMK. m. 677'de düzenlenmiştir.

Mirasın açılmasından sonra, ancak paylaşmaya kadar olan sürede, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir. Miras ortaklığı² denen bu durum, kanun hükmü gereği kendiliğinden oluşur. Ortaklık, elbirliğiyle mülkiyete yol açar. Mirasçıların belirli bir payları bulunmaz. Sözleşme ve kanundan doğan istisnalar hariç, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler (TMK. m. 640/f. I-II). Ancak miras ortaklığında, diğer elbirliği mülkiyetlerinde olduğu gibi kişisel ilişki önemli değildir. Kişisel ilişki yerine terekedeki hak ve borçlar yani malvarlığı birliği, ortaklığın oluşmasında temel alınmıştır³. Bu sebeple miras ortaklığında kişi değişiminde bir sakınca görülmez. TMK. m. 677 de miras payının devrini mümkün kılarak, elbirliği ilkesini yumuşatmıştır⁴. Miras payının devri sözleşmesi, elbirliği ile mülkiyeti ortadan kaldırmadan, hukuki işlem yapılmasını sağlar⁵.

Mirasın açılmasından önce ise, devredilen beklenen bir miras hakkıdır⁶.

² Miras ortaklığı konusunda detaylı bilgi için bkz. AYİTER Nüşin/KILIÇOĞLU Ahmet M.: **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 1993, s. 260-274; AYAN, Mehmet: **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Konya, 2014, s. 277 vd.; SAPANOĞLU, Süleyman: **Miras Paylaşma ve Miras Payının Devri Sözleşmeleri**, Ankara, 2011, s. 60-113. BOLATOĞLU, Bolat: **Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devri Sözleşmesi**, Ankara, 1984, s. 1-8.

³ GENÇ ARIDEMİR, Arzu: **Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi**, İstanbul, 2012, s. 11; SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay: **Miras Hukuku**, 4. Bası, Ankara, 2014, s. 616.

⁴ AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 264; ÖZMEN, İsmail: **Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Tereke Hukuku Davaları**, 3. Baskı Uyarlamalı Genişletilmiş, Ankara, 2010, s. 1013; ÖZTAN, Bilge: **Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)**, 3. Bası, Ankara, 2008, s. 402; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, 2013, s. 545

⁵ OĞUZMAN, M. Kemal: **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul, 1995, s. 323; **Y.8.HD.**, 1.5.2008, 1718 E./ 2413 K. www.kazanci.com (e.t. 06.07.2017)

⁶ YILDIRIM, M. Fadil: Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme, **AÜHF.D.** C. 53, S. 1, Ankara, 2004, s. 117. Detaylı bilgi için bkz. ÖZAKMAN, s. 106-112; DURAL, Mustafa: **Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak)**, İstanbul, 1980, s. 25-27.

Beklenen miras hakkı, kazanılmış bir hak değil, ileride kazanılması muhtemel olan bir haktır. Burada mirasçı ileride doğması muhtemel mirasçılık hakkını devretmektedir. Hakkı devralan, paylaşırma sonucu hakkını devreden mirasçıya düşen miras payını talep eder⁷. Kural olarak, muhtemel mirasçının beklenen miras hakkı üzerinde tasarrufta bulunması mümkün değildir. Zira bir kişi sağ iken, terekesi üzerinde sadece kendisi tasarrufta bulunabilir. Ancak TMK. m. 678 ile miras bırakan sağ iken miras hakkının devri belirli şartlarda mümkün kılınmıştır. Böylece miras bırakanın terekesi üzerinde tasarruf özgürlüğü kısıtlandığı gibi, ahlaki açıdan da kınanan bir durum ortaya çıkabilir. Ancak hayatın olağan akışı miras hakkının devrini gerekli kılmakla beraber, miras bırakanın devir sözleşmesine katılmasının veya izninin öngörülmesi ile de ahlaka aykırılık ortadan kalkmaktadır⁸.

İster mirasın açılmasından sonra olsun ister önce olsun, miras payının devrinin bir diğer mirasçıya ya da üçüncü bir kişiye yapılması mümkündür. Terekedeki bütün miras payının devri de şart değildir. Mirasçı dilerse terekenin bir kısmı üzerindeki miras payını devredebilir (TMK. m. 677/f. 1). Ayrıca belli bir maldaki miras payının bir kısmı da devir sözleşmesine konu olabilir⁹. Devir sözleşmeleri, ivazlı ya da ivazsız yapılabilir¹⁰.

II. MİRASIN AÇILMASINDAN SONRA VE FAKAT PAYLAŞMADAN ÖNCE MİRAS PAYININ DEVRİ

A. GENEL OLARAK

Miras, miras bırakanın ölümü ile açılır. Mirasın açılması ile mirasçılar tereke üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar ve bunun sonucu olarak mirasçılar tereke üzerinde hep birlikte hareket etmek zorundadırlar. Bu birlikte hareket etme zorunluluğu, mirasın paylaşmasına ya da elbirliğiyle mülkiyetin paylı mülkiyete çevrilmesine kadar devam eder. Zira miras paylaşıldıktan ya da paylı mülkiyete çevrildikten sonra, her bir mirasçının tereke üzerindeki payları belli olacağı için tek başlarına hareket edebilirler¹¹. Özellikle yüksek değerli bir tereke olması ve tereke malları üzerinde uyumsuzluk olması durumlarında, mirasın

⁷ DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: **Türk Özel Hukuku Cilt 4 Miras Hukuku**, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2015, s. 383; BOLATOĞLU, s. 23.

⁸ SEROZAN/ENGİN, s. 630; ÖZAKMAN, Cumhuriyet: **Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler**, İstanbul, 1984, s.104-105; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Miras Hukuku**, Yenilenmiş Geliştirilmiş ve Tamamlanmış 2. Bası, İstanbul, 1978, s. 543.

⁹ SEROZAN/ENGİN, s. 627; İMRE/ERMAN, s. 545, dn. 3; ANTALYA, Gökhan/SAĞLAM, İpek: **Miras Hukuku**, İstanbul, 2015, s. 419.

¹⁰ ÖZUĞUR, Ali İhsan: **Miras Hukuku**, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2016, s. 496; ANTALYA/SAĞLAM, s. 426.

¹¹ İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: **Miras Hukuku**, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. Bası, Ankara, 2015, s. 529-530; SAPANOĞLU, s. 231.

açılmasından paylaşılmasına kadar geçen süre oldukça uzun olmaktadır. Bu uzun süre zarfında, mirasçının miras payına kavuşmak istemesi durumu göz önüne alınarak, TMK. bu konuda bir düzenleme yapmıştır. TMK. m. 677 hükmü, mirasçıya miras payı üzerinde tasarrufta bulunma imkanı vermiştir. Böylece kanun, elbirliği ile hak sahipliği aşamasında istisnai olarak mirasçılara, payları üzerinde tek başlarına hareket etme imkânı tanımıştır¹².

TMK. m. 677 düzenlemesine baktığımızda, devrin bir mirasçıya ya da mirasçı olmayan üçüncü bir kişiye yapılmış olmasına göre, ayrı düzenlendiğini görmekteyiz. Hükme göre, mirasçılar terekenin tamamı veya bir kısmı üzerindeki miras paylarını diğer bir mirasçıya devredebilirler. Aynı şekilde miras payının devri üçüncü bir kişiye de yapılabilir. Ancak miras payının devri sözleşmeleri, her iki durum içinde farklı şartlara, hüküm ve sonuçlara bağlanmıştır. Bu sebeple TMK. m. 677, iki durumu ayrı fıkralarda hüküm altına alarak düzenlemiştir.

Devir terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde yapılabilir. Yargıtay, 24/05/1985, 1984-2 E./1985- 5 K.¹³ sayılı YİBK. ile bu konuda hüküm kurmuştur. Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile, *“Medeni Kanunun 612. maddesi uyarınca mirasın taksiminden önce terekeye dahil belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının diğer bir mirasçıya temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli bulunması için temlik edenin terekedeki tüm miras haklarını kapsaması gerekmediğine, bu nitelikteki sözleşmenin geçerli bulunduğu ve böyle bir sözleşmenin iştirak hali bozulmadan tapuda işlem yapılmasını sağlayacağına”* karar verilmiştir. Eski Medeni Kanununun madde metni (eTMK. m. 612), YİBK. kararı doğrultusunda değiştirilerek bugünkü halini almıştır¹⁴. Madde gerekçesi de incelendiğinde bu durumun kabulünün nedeni, çoğun içinde azın da bulunduğu kuralıdır. Tüm miras payının devredilmesi mümkün iken, belli bir taşınmazdaki miras payının devredilmesinin kabul edilmemesi, bu kurala aykırı olacağı gibi mirasçılarının da yararına değildir¹⁵. Ancak bu karar, Türk/İsviçre doktrininde, terekedeki bir mal üzerinde mirasçının devredebileceği ayrı bir hakkı olmadığı düşüncesiyle eleştirilmiştir. Alman hukukunda doktrinindeki görüş ise, bu karar doğrultusundadır. Buna göre, mirasçılar terekedeki mallardan herhangi birinde hak sahibi olmalıdır ki; terekenin tümünde de hak sahibi olsun. Bu düşünce doğrultusunda, mirasçılarının tereke konusu mal ve değerler üzerinde ayrı ayrı miras payları olduğu ve bunları devredebilecekleri söylenebilir¹⁶.

¹² DURAL/ÖZ, s. 382; İMRE/ERMAN, s. 545.

¹³ <http://kararara.com/yargitay/ibk/k4844.htm> (e.t. 08.07.2017)

¹⁴ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 578.

¹⁵ ÖZMEN, s. 1013; DURAL/ÖZ, s. 383.

¹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Miras Hukuku 2. ve 3. Basılara Ek Kitap**, İstanbul, 1992, s. 55-56. Ancak BGB § 2033 Abs. 2, mirasçılarının tereke üzerindeki paylarda tek başlarına tasarruf edemeyecekleri hüküm altına almıştır. Bu nedenle terekedeki paylar üzerindeki

Devrin terekenin tamamında ya da bir kısmında yapılabilmesinin bir istisnası vardır. Bu da, mirasbırakanın belirli mal bırakma vasiyeti (TMK. m. 517) için miras payını devreden mirasçıya vasiyeti lehdarı ataması durumudur. Bu durumda devreden, vasiyet konusu belirli mal dışındaki miras payını devredebilir. Ancak bunun sözleşmede aksi kararlaştırılabilir¹⁷.

Miras payının diğer bir mirasçıya devrinden kasıt, aynı zümre içindeki mirasçılardır. Eğer farklı zümrede yer alan bir mirasçıya devir yapılıyorsa üçüncü bir kişiye yapılmış gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır¹⁸.

B. MİRAS PAYININ DEVREDİLMESİ İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

a. Miras Payını Devredenin Mirasçı Olması

Miras payının devredilmesi söz konusu olduğundan, payın devri doğal olarak ancak pay sahibi olan bir mirasçı tarafından yapılabilir. Burada incelenmesi gereken durum, mirasçılardan yasal ya da atanmış mirasçı yahut vasiyet alacaklısı olması halinin, devir sözleşmesi açısından bir farklılık oluşturup oluşturmayacağıdır.

Devreden mirasçının atanmış ya da yasal mirasçı olması açısından bir fark yoktur. Zira her iki mirasçı da mirası, külli halef sıfatı ile elde eder ve miras ortaklığının bir parçası olur. Ancak vasiyet alacaklısı, miras bırakanın cüzi halefidir ve mirasçı sıfatına sahip değildir. Vasiyet alacaklısı lehine yapılan ölüme bağlı bir tasarruf ile alacak hakkı elde eder. Vasiyet alacaklısı bu alacak hakkını ancak TBK. m. 183 vd. da düzenlenen alacağın devri hükümlerince devredebilir¹⁹. Zira TMK. m. 677'e göre, yalnızca miras payları devredilebilir.

Miras payını devreden mirasçının, geçerli bir devir sözleşmesi yapabilmesi için sözleşme yapma ehliyetine sahip olması gerektiği kuşkusuzdur.

b. Miras Bırakanın Birden Fazla Mirasçısının Bulunması

Miras bırakanın bir tane mirasçısının bulunması durumunda, terekenin tümü bu mirasçıya kalır. Dolayısıyla miras ortaklığı oluşmaz ve mirasın paylaşılması da söz konusu olmaz. Bu durumda mirasçı, tereke malları üzerinde tek başına tasarrufta bulunabileceğinden, miras payı devri sözleşmesi yapmasına gerek olmaz²⁰. Dilerse TBK. m. 202 hükmünde düzenlenen malvarlığının devrine göre işlem yapabilir²¹.

tasarruflar, paylaşırma sonucu özgülenecek payın devrine yönelik borç doğurucu işlem olarak yorumlanabilir, GENÇ ARIDEMİR, s. 48.

¹⁷ ÖZUĞUR, s. 503.

¹⁸ AYAN, s. 280; ÖZTAN, s. 403.

¹⁹ İMRE/ERMAN, s. 546; GENÇ ARIDEMİR, s. 122-123.

²⁰ İMRE/ERMAN, s. 546; ÖZAKMAN, s. 67; SAPANOĞLU, s. 224.

²¹ GÖNENSOY, Samim/BİRSEN Kemaleddin: **Miras Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, 1963, s. 366;

c. Miras Payının Devri Sözleşmesinin Şekil Şartı

Miras payının devri sözleşmesinin hangi şekil şartına bağlandığının tespiti için, devrin diğer bir mirasçıya ya da üçüncü kişiye yapılmasına göre ayırım yapmak gerekir. Buna göre, miras payı diğer bir mirasçıya devrediliyorsa, devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır (TMK. m. 677/f. I). Yazılı şekil şartı, adi yazılı şekil olup, geçerlilik şartıdır²². Sözleşmeyi tarafların imzalaması yeterlidir. Devir ivazsız ise sadece payını devredeninin imzalaması²³ da yeterli olacaktır²⁴. Şunu da belirtmek gerekir ki, devredilenler arasında bir taşınmaz bulunsa dahi, devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir²⁵. TMK. m. 677/f. I, özel bir şekil şartı getirmiş olduğundan, bu durumda TMK. m. 706 ve Tapu Kanunu m. 26-28 uygulanmaz, TMK. m. 677/f. I uygulanır²⁶. Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki, yapılan devir sözleşmesi, taşınmazın ya da taşınmazdaki payın devralana geçerli bir şekilde geçmesi için var olması gereken hukuki sebebi oluşturmaktadır. Yani taşınmazın tescili için gereken hukuki sebep burada devir sözleşmesidir²⁷.

İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 577.

²² GENÇCAN, Ömer Uğur: Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 1445; ÖZÜĞÜR, s. 502. Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. **Y.8.HD.**, 19.04.2007, 2074 E./2473 K. (SAPANOĞLU, s. 234), **Y.2.HD.**, 16.02.2009, 17371 E./2158 K. (GENÇCAN, s. 1445).

²³ Miras payının devri sözleşmesinde imza inkârı varsa araştırılmalıdır. Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz. **Y.8.HD.**, 15.04.2015, 2014/2871 E./ 2015/8455 K. <http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=215&t=160882> (e.t. 24.10.2017).

²⁴ DURAL/ÖZ, s. 382; ÖZAKMAN, s. 94. Ancak Yargıtay kararları incelendiğinde farklı kararlar verdiği görülmektedir. Yargıtay bir kararında, devir ivazlı dahi olsa, sadece devredeninin imzasının bulunması yeterli görmektedir. İlgili Yargıtay kararları için bkz. **Y.2.HD.**, 26.05.2005, 2181 E./6811 K. (KAÇAK, Nazif: **Yeni İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, C. 2, Ankara, 2007, s. 1544), **Y.2.HD.**, 22.09.2005, 10381 E./12645 K. (GENÇCAN, s. 1447). Yargıtay bir başka kararında ise devir ivazsız devredeninin imzasını yeterli bulmuştur. İlgili karar için bkz. **YHGK.**, 25/3/1998, 14 – 232 E./ 245 K. www.kazanci.com (e.t. 06.07.2017)

²⁵ DURAL/ÖZ, s. 382. İlgili Yargıtay Kararları için bkz.: **Y.2.HD.**, 22.09.2005, 10381 E./12645 K. (ÖZÜĞÜR, s. 534-535) ; **Y.2.HD.**, 12.04.2005, 3247 E./5875 K. (KAÇAK, s. 1545); **Y.2.HD.**, 03.06.2003, 4867 E./8178 K. (UYAR, s. 2008).

²⁶ SEROZAN/ENGİN, s. 627; DURAL/ÖZ, s. 382; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 557. Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz. **Y.8.HD.**, 24.06.2008, 2877 E./3513 K. (SAPANOĞLU, s. 225). Ancak bu konuda farklı bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre, taşınmazdaki bir pay devredilse dahi, resmi şekil şartı aranmalıdır, SUNGURBEY, İsmet: Miras Payının ya da Belli Konulardaki Miras Payının Üçüncü Bir Kişiye Geçirilmesi sözleşmesine ve Bu Payların Hacine İlişkin Pratik Sorular, **Yasa Hukuk Dergisi**, C. 7, S. 11, 1984, s. 1525. Yargıtay'ın daha yeni tarihli bir kararlarına ise devrin konusu bir taşınmazsa devrin resmi şekilde yapılması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu kararlar için bkz. **Y.8.HD.**, 30.11.2016, 2014/24423 E./2016/16291 K. www.kazanci.com (e.t. 06.07.2017); **Y.8.HD.**, 25.2.2016, 1076 E./ 3257 K. www.kazanci.com (e.t. 06.07.2017).

²⁷ ÖZTAN, s. 402.

Miras payının devri üçüncü bir kişiye yapılmışsa, devir sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmalıdır (TMK. m. 677/f. II). eTMK. m. 612 hükmü, miras payının üçüncü kişiye devri sözleşmesinin geçerlilik şeklini belirtmemiştir. Bir görüşe göre, mirasçı bu sözleşme ile sadece kendini yükümlülük altına sokacağından sözleşmeyi muteber şekilde yapabiliirdi. Bu durumda alacağın temlik hükümleri uygulama alanı bulacak ve yazılı şekil şartı aranacaktı²⁸. Doktrindeki hâkim görüş ise, diğer bir mirasçıya devirde aranan yazılı şekil şartının burada da uygulanması yönündeydi²⁹. TMK. m. 677/f. II hükmü ile, bu boşluk doldurularak, diğer bir mirasçıya devre göre daha nitelikli bir şekil şartına bağlanmıştır³⁰. Buna göre, miras payının devri sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmalıdır³¹.

Bir sözleşmenin miras payının devri sözleşmesi olup olmadığı; tarafların gerçek amaçları araştırılarak, yorum yoluyla tespit edilmelidir³².

C. MİRAS PAYININ DEVREDİLMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

a. Genel Olarak

Miras payı devri sözleşmesi, miras açıldıktan sonra ancak paylaşma tamamlanana kadar yapılabilir. Zira paylaşma yapıldıktan sonra tereke üzerinde elbirliği ile mülkiyet kalmaz, her bir mirasçı payı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Bunun dışında miras payı devri sözleşmeleri ivazlı ya da ivazsız yapılabilir. İvazlı ise bir taraf kendi edimini yerine getirmeden diğer taraftan sözleşmenin ifasını isteyemez.

Şekil şartına uyulmadan miras payının devri sözleşmesi yapılmışsa, sözleşme geçersiz olur. Ancak geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturuyorsa geçersizlik ileri sürülemez³³.

Miras payı devri sözleşmesi ivazlı yapılmışsa, sözleşme konusuna ilişkin ayıp ve zapttan sorumluluk söz konusu olacaktır. Bunun için TBK'nın satış sözleşmesinde düzenlediği ayıptan ve zapttan sorumluluk hükümlerine bakmak gerekir. Bu hükümler, uygun düştüğü ölçüde miras payı devri sözleşmesine de uygulanmalıdır³⁴.

²⁸ AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 266; BOLATOĞLU, s. 42.

²⁹ GÖNENSOY/BİRSEN, s. 364-365; OĞUZMAN, s. 324. Yargıtay da 3. kişilere yapılan taşınmazı içeren bir devir sözleşmesinin resmi şekil şartına uyularak yapılması gerektiği konusunda içtihadı birleştirme kararı yayınlamıştır. Karar için bkz. **YHGK.**, 6.11.1996, 14-569 E./734 K. www.kazanci.com (e.t. 06.07.2017).

³⁰ DURAL/ÖZ, s. 385.

³¹ Miras payı devri sözleşmeleri usul hukuku gereği yazılı belge ile ispatlanmalıdır. Yemin ile ispatlanamaz, **Y.2.HD.**, 14.11.2005, 13476 E./15665 K. (GENÇCAN, s. 1447).

³² BOLATOĞLU, s. 14.

³³ **YHGK.**, 16.12.1964, 2-336 E./725 K. (BOLATOĞLU, s. 45, dn. 110).

³⁴ ÖZÜĞÜR, s. 503; GENÇ ARIDEMİR, s. 214.

TMK. m. 677 hükmünün düzenlenmesinden de anlaşıldığı üzere, miras payının diğer bir mirasçıya devri ile üçüncü bir kişiye devri ayrı olarak düzenlenmiştir. Devrin hüküm ve sonuçları bakımından da iki durum farklı hükümler doğurur.

b. Miras Payının Diğer Bir Mirasçıya Devredilmesi Durumunda

Mirasçı miras payının tamamını veya bir kısmını diğer bir mirasçıya devredebilir. Açılmış bir miras payının diğer bir mirasçıya devrinin hukuki niteliği TMK. m. 677/f. I' de açıkça belirtilmediğinden, devredilen hakkın aynı mi yoksa şahsi hak mı olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır³⁵. Hâkim görüşe göre, devir aynı bir etki yaratır. Böylece miras payının devreden mirasçı, miras ortaklığından çıkar ve artık mirasın paylaşılmasına katılmaz. Onun yerini devralan mirasçı alır³⁶. Böylece miras payını devralanın payı, diğer mirasçının devrettiği oranda artar. Bu sonuca, miras payının üçüncü kişiye devrini düzenleyen TMK. m. 677/f. II hükmünün ters yorumundan varılır. Bu görüş, uygulama açısından da en uygun olanıdır³⁷. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Diğer bir görüş ise, devrin şahsi bir hak doğurduğu yönündedir. Buna göre, devrin aynı bir hak doğurması için açıkça kanunda belirtilmesi gerekir. Kanunda böyle bir hüküm bulunmadığına göre, üçüncü kişiye devirde olduğu gibi burada da devir şahsi bir etki yaratmalıdır. Yani devralan, devredene karşı sadece şahsi bir talep hakkına sahiptir³⁸. Doktrinde bazı yazarlar tarafından ise, bu iki görüşün bu kadar sert uygulanmaması gerektiği ileri sürülerek, sözleşmenin yorumuna gitmek gerektiği belirtilir. Buna göre, devir sözleşmesinde, devredilen pay ile diğer mirasçının payının artırılması amaçlanıyorsa, devir aynı etkili, aksi takdirde şahsi etkili olmalıdır. Tereddüt halinde devrin şahsi bir hak oluşturduğu kabul edilmelidir³⁹. Zira paylaşmadan önce mirasçıların miras payları somut olmadığından, devreden miras ortaklığından çıkmaması gerekir. Böylece, miras paylaşıldıktan sonra miras payları somut hale gelir ve aynı nitelik göstererek devredilebilir⁴⁰.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. GENÇ ARIDEMİR, s. 26-40.

³⁶ İMRE/ERMAN, s. 552; SEROZAN/ENGİN, s. 627; AYAN, s. 280.

³⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 553; İMRE/ERMAN, s. 553; DURAL/ÖZ, s. 384.

³⁸ DURAL/ÖZ, s. 384; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 555.

³⁹ İMRE/ERMAN, s. 555. Ancak tereddüt halinde devrin aynı bir hak oluşturduğu görüşü de ileri sürülmektedir. Buna dayanak olarak da Yargıtay'ın bir kararı gösterilmektedir. Karar şu şekildedir: "... temlike ilişkin yazılı sözleşme geçerli olmakla birlikte, alıcı kendi edimini ifa etmiş olmadıkça, tapu iptali ve tescili isteyemez" (Y.2.HD., 17.04.2000, 3668 E./4855 K.) (ANTALYA/SAĞLAM, s. 427, dn. 1679).

⁴⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 555; ÖZAKMAN, s. 52-64; İMRE/ERMAN, s. 529-530.

Miras payının tamamının devri söz konusu olduğunda, devir sözleşmesinin içeriğine göre, devralan mirasçının miras payı artar ve devraldığı miras payı için de miras ortaklığına dâhil olur. Miras payını devralan mirasçı, devraldığı paya ilişkin koruma önlemleri isteyebileceği gibi, tenkis, istihkak, denkleştirme ve paylaşırma davalarını da açabilir⁴¹. Payının tamamını devreden mirasçı ise, miras payını kaybeder ve miras ortaklığından çıkar⁴². Sonuç olarak, miras payını devralan mirasçının hakkının aynı nitelikte olduğu görülmektedir⁴³. Ancak bunun aksi kararlaştırılabilir. Taraflar, hakkın şahsi bir hak olduğunu, devreden miras ortaklığından çıkmayacağını kararlaştırabilirler⁴⁴.

Miras payının bir kısmının devri söz konusu ise, bu durumda devralan mirasçının payı, yalnızca devredilen pay oranında artacaktır. Payının bir kısmını devreden mirasçının ise, devretmediği kısım dolayısıyla mirasçılık sıfatı devam etmekle birlikte, mirasçı elindeki pay oranında miras ortaklığına da dâhil kalır.

Kadastro Kanun m. 13 vd. hükümlerine göre, lehine kadastro tespiti yapılacak kişi, zilyetliğini kanıtlaması gerekir. Eğer taşınmaz miras yoluyla geçmişse bu durumda miras payının devri sözleşmesi önem kazanacaktır. Zilyet olan mirasçı, diğer mirasçıların paylarını devraldığını devir sözleşmesi ile kanıtlar⁴⁵.

Şunu belirtmek gerekir ki, eski Medeni Kanunda miras bırakanın sağ kalan eşine, ortak çocuklarının miras payını devretmesi imkânı tanınmıştı (eTMK. m. 612/c. I). Bu devir, diğer bir mirasçıya yapılan devir gibi sonuç doğuruyordu. Bu devrin ayrıca belirtilmesinin nedeni, sağ kalan eşin ortak çocukları ile mirasçı olması durumunda, eşin mirasçılık ve intifa hakkı konusunda seçimlik hakka sahip olmasıydı. Eğer eş intifa hakkını seçerse, mirasçı olamıyordu. Bu durumda eşe yapılan devir üçüncü kişiye yapılan devre ilişkin hükümlere tabi olacaktı. Kanun bunu engellemek için bu miras payının devrinin de, diğer bir mirasçıya yapılan devir gibi hüküm doğurmasını istemişti. Ancak yeni Kanunumuzda eşin intifa hakkı seçme imkânı yer almadığı için, bu hükmünde bir anlamı kalmamıştır. Bu nedenle TMK. m. 677 hükmünde sağ kalan eşe yapılacak devirden ayrıca bahsedilmemiştir⁴⁶.

⁴¹ OĞUZMAN, s. 325; GENÇCAN, s. 1449.

⁴² İMRE/ERMAN, s. 551; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 579; ÖZAKMAN, s. 148. Şunu belirtmek gerekir ki; payının tamamını devreden mirasçının, devirden sonra, miras ortaklığına dahil bir kişinin ölümü neticesinde yeni bir miras payı elde etmesi mümkündür. Ancak bu miras payı, yeni bir miras ortaklığından doğan pay olduğu için önceki miras payını devralana geçmez, ÖZUĞUR, s. 504.

⁴³ Miras payının devrine ilişkin sözleşmeler aynı hakkı içerdiğinden zamanaşımına tabi değildir, **Y.8.HD.**, 20.06.2014, 2013/11880 E./2014/13059 K. (ÖZUĞUR, s. 520- 521)

⁴⁴ ÖZTAN, s. 402; İMRE/ERMAN, s. 552; ÖZUĞUR, s. 503.

⁴⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, 2015, s. 317. Ayrıntılı bilgi için bkz. SAPANOĞLU, s. 254-262.

⁴⁶ DURAL/ÖZ, s. 385; ÖZMEN, s. 1013.

c. Miras Payının Üçüncü Bir Kişiyeye Devredilmesi Durumunda

Miras payının mirasçı sıfatına sahip olmayan üçüncü bir kişiyeye devri TMK. m. 677/f. II hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre, sözleşme üçüncü kişiyeye paylaşmaya katılma yetkisi vermez. Üçüncü kişi sözleşme ile ancak paylaşma sonunda ya da miras ortaklığının paylı mülkiyete çevrilmesi durumunda⁴⁷, mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkı elde eder⁴⁸. Yani, devredilen hak aynı etki yaratmayacaktır. Sadece miras payını devralan kişi, şahsi bir alacak hakkına sahip olur⁴⁹. Sözleşme ile bunun aksinin de kararlaştırılması mümkün değildir. Zira taraflar yaptıkları sözleşme ile üçüncü kişilere etkili haklar kazanamazlar⁵⁰. Payı devralan, bu şahsi hakkını sadece miras payını devreden mirasçıya karşı kullanabilir⁵¹. Bu talep hakkı, mirasın paylaşılması sonucu mirasçıya düşen tereke mallarının kendisine devrinden ibarettir. Paylaşma sonucu payını devreden mirasçıya düşen mal taşınır ise, taşınırın mülkiyetinin devri, taşınmaz ise, taşınmazın tescili istenecektir. Mirasçı bu talebi yerine getirmese, devralan mülkiyetin adına tescilini hâkimden talep edebilir⁵² (TMK. m. 716). Bunun dışında devralan, devredilen mallardaki maddi ve hukuki ayıplar karşısında satış sözleşmesindeki alacaklının sahip olduğu ayıba karşı tekeffülden doğan haklara sahiptir (TBK. m. 227). Aynı şekilde malın zapt edilmesi halinde de alıcının sahip olduğu haklara da sahip olur⁵³(TBK. m. 217-218).

Miras payını devralanın, mirasın paylaşılmasından önce, gerek devreden mirasçıya gerek diğer mirasçılara gerek vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı herhangi bir hakkı yoktur. Mirasçı sıfatını kazanamadığından paylaşmaya katılamayacağı gibi, paylaşmayı talep de edemez. Ancak bazı hallerde devralanın hakkını korumak için paylaşmayı talep edebileceği veya paylaşmaya katılabileceği öngörülmektedir⁵⁴. Bu durumlardan ilki, devreden mirasçının

⁴⁷ Paylaştırmadan önce ise herhangi bir hakkı yoktur, KILIÇOĞLU, s. 316; DALAMANLI, Lütfü: **Feraiz Ahkâmı Miras Hukuku ve Tatbikatı**, İstanbul, 1983, s. 749; AYAN, s. 281.

⁴⁸ **YHGK.**, 14.10.1992, 8-350 E./565 K. www.kazanci.com (e.t. 08.07.2017).

⁴⁹ ÖZUĞUR, s. 495; GENÇ ARIDEMİR, s. 41. Üçüncü kişiyeye miras payının devri bir alacak hakkı doğurduğu için TBK. 146'daki 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir, ANTALYA/SAĞLAM, s. 421; ÖZUĞUR, s. 507. Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz. **Y.2.HD.**, 12.04.2004, 3280 E./4656 K. (GENÇCAN, s. 1449-1450).

⁵⁰ DURAL/ÖZ, s. 386; ANTALYA/SAĞLAM, s. 420.

⁵¹ DURAL/ÖZ, s. 385; ÖZMEN, s. 1014; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 580; BOLATOĞLU, s. 656.

⁵² ÖZUĞUR, s. 506; ANTALYA/SAĞLAM, s. 420.

⁵³ ÖZAKMAN, s. 211; SUNGURBEY, s. 1525.

⁵⁴ Payını devreden saklı paylı mirasçı ise, bazı durumlarda payı devralana, payını devreden mirasçıyı tenkis davası açmaya zorlama imkânı verilmiştir. Buna göre, devralan üçüncü kişi, payını devreden saklı paylı mirasçının gerektiği zaman tenkis davası açacağına dair devir sözleşmesine hüküm koyarak mirasçıyı bağlayabilir. Ayrıca sözleşmede böyle bir hüküm bulunmasa bile dürüstlük kuralı gereği devreden paylaştırmaya kadar kendi menfaatini

devir sözleşmesinde belli bir süre içinde paylaşma talebinde bulunmayı taahhüt etmesi halidir. Devreden, böyle bir taahhütte bulunmuşsa, devralan devredenden paylaşma talebinde bulunmasını isteyebilir⁵⁵. Miras payını devralan üçüncü şahsın korunduğu ikinci durum, devralana temsil yetkisinin verilmiş olması halidir. Devreden mirasçı, devralana, mirasın paylaşılmasını talep etme ve paylaşmaya katılma konusunda temsil yetkisi vermişse devralan temsilci sıfatıyla hareket edebilir⁵⁶. Son imkân ise devralanın hâkime başvurarak paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteme hakkıdır(TMK. m. 648). TMK. m. 648 hükmüne göre, açılmış mirasta, bir mirasçının payını devralmış kişi, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir. Böylece miras payını devralan üçüncü kişinin paylaşmadaki menfaati korunmuş olur ve hak kaybına uğrama olasılığı azalır. Bu talep mirasın paylaşılmasına karar verilmiş, paylaşma henüz tamamlanmadığı durumlarda yapılabilir. Talep varsa hâkim, kayyım atamak zorundadır⁵⁷.

Miras payının üçüncü bir kişiye devri, sadece şahsi bir talep hakkı doğurduğu göz önüne alınırsa, miras payını devreden mirasçı açısından mirasçılık sıfatına bağlı hak ve borçlarında bir değişikliğe sebep olmaz. Payını devreden mirasçı, mirasçılık sıfatını kaybetmeyeceği gibi, miras ortaklığının ortağı olarak paylaşmaya da kendisi katılır. Payını devreden borcu, sadece paylaşma sonucu kendisine geçen tereke mallarını üçüncü kişiye devretme borcudur. Devreden, devralana tereke mallarının mülkiyetini teker teker geçirir⁵⁸.

d. Miras Payının Devreden Mirasçının Tereke Borçlarından Sorumluluğu

Tereke borçlarından sorumluluk, miras payının diğer bir mirasçıya ya da üçüncü bir kişiye devri arasından bir ayırım yapılmaksızın aynı sonuca bağlanmıştır. Zira devir aynı nitelikli de olsa şahsi nitelikli de olsa, payını devreden mirasçı kural olarak, tereke borçlarından diğer mirasçılarla birlikte sorumludur⁵⁹. Payı devralan üçüncü bir kişi ise, sadece devraldığı kısım için, bir malvarlığının devrinden doğan sorumluluk (TBK. m. 202) gereği sorumlu olacaktır. Bu durumda iki yıl süre ile devreden mirasçı ile birlikte sorumlu olacaktır⁶⁰

koruyormuşçasına hareket etmelidir. Bu nedenle gerektiğinde tenkis davası açmalıdır. Ayrıca TBK. m. 113 gereği, tenkis davası açma hakkının devralan tarafından kullanılması için izin vermesi de söz konusu olabilir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 550-551).

⁵⁵ DURAL/ÖZ, s. 386.

⁵⁶ ÖZUĞUR, s. 506; ÖZAKMAN, s. 217-221.

⁵⁷ DURAL/ÖZ, s. 386; ÖZTAN, s. 403.

⁵⁸ ÖZTAN, s. 403; ÖZAKMAN, s. 198-208.

⁵⁹ SEROZAN/ENGİN, s. 629; GENÇ ARIDEMİR, s. 185.

⁶⁰ BOLATOĞLU, s. 99; ÖZUĞUR, s. 507.

Ancak devir sözleşme ile tereke borçlarından payı devreden mirasçının değil, payı devralan üçüncü kişi sorumlu tutulabilir. Üçüncü kişinin tereke borçlarından sorumluluğu, ayrı bir sözleşme ile açık ya da örtülü⁶¹ olarak da kararlaştırılabilir. Sözleşmede böyle bir hüküm yoksa tereke borçlarından payını devreden mirasçı, diğer mirasçılarla birlikte sorumlu olacaktır⁶². Payını devreden mirasçı, miras bırakanın alacaklılarına karşı tereke borçlarından beş yıl boyunca müteselsilen sorumlu olmaya devam eder. Bu hükme, paylaşma sonucu oluşan müteselsil sorumluluğu düzenleyen TMK. m. 681/f. II kıyasen uygulama sonucu varmaktayız⁶³. Bu beş yıllık süre paylaşmadan itibaren, daha sonra muaccel olacak alacaklar için muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. Ancak devir diğer bir mirasçıya yapılmışsa, devreden mirasçı miras ortaklığından çıkacağı için beş yıllık sürenin başlangıcını, devir sözleşmesinin yapıldığı tarih olur⁶⁴.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, tereke alacaklıları, alacaklarının, devreden mirasçı dışında kalan mirasçılar tarafından ödenmesini yani alacakların diğer mirasçılara naklini kabul ederlerse, miras payını devreden mirasçı, tereke borçlarından sorumluluktan kurtulur⁶⁵ (TMK. m. 681/f. I).

Miras payını devreden mirasçı, kendi miras payından fazla ödeme yaparak tereke borçlarını ifa etmişse, rücu hakkı olacaktır (TMK. 682/f. I). Ancak devreden mirasçı bu rücu hakkını diğer mirasçılara değil, devralan kişiye karşı ileri sürmesi gerekir⁶⁶.

e. Miras Payının Rehin Edilmesi

Miras paylaşılmadan önce miras payları üzerinde elbirliği ile mülkiyet söz konusu olduğundan mirasçılar, tasarruf işlemleri için oybirliğiyle karar almak zorundadırlar. Ayrıca paylar somut olarak belli de değildir. Bu sebeple miras

⁶¹ Sözleşmede açıklık yok ise, bütün hal ve şartlar dikkate alınarak sözleşmenin yorumu yapılarak sonuca ulaşılmalıdır.

⁶² ÖZUĞUR, s. 504; ANTALYA/SAĞLAM, s. 427; ÖZMEN, s. 1016-1017. Ancak bu konuda farklı bir görüş de ileri sürülmektedir. Buna göre, tereke borcunu ödeyen miras payını devreden mirasçı, iç ilişkide devralana rücu edebilmelidir. Fakat devir sözleşmesi ivazlı yapılmış ise devreden iç ilişkide devralana rücu edemeyecektir. Zira devralan miras payının değerini ödemiştir. Ancak ivaz oldukça düşükse, yani miras payından borçlar çıktıktan sonraki değerini karşılamıyorsa, iç ilişkide devralana rücu edilebilmelidir, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 559.

⁶³ Ancak ÖZUĞUR' a göre; payını tamamen devreden mirasçının, miras ortaklığında çıkması neticesinde borçlardan da sorumlu olmayacağı ileri sürülmüştür. Payını devreden mirasçı, sadece Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'ndan doğan borçlardan dolayı sorumlu olmaya devam eder, ÖZUĞUR, s. 498-498.

⁶⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 558; ANTALYA/SAĞLAM, s. 427.

⁶⁵ DALAMANLI, s. 750; BOLATOĞLU, s. 98.

⁶⁶ GENÇ ARIDEMİR, s. 198.

payı üzerinde rehin hakkının kurulması da mümkün değildir. Terekedeki mallar üzerindeki paylar belli olmadığından, terekedeki taşınırlarda teslim, taşınmazlarda tescil ve alacaklarda da temlik yapılamaz. Bu sebeple rehin de kurulamaz⁶⁷.

Ancak payın belirli olmamasına ya da elbirliği mülkiyetine rağmen miras payının devredilmesi mümkün olduğuna göre, miras payı üzerinde rehin kurmak da bir şekilde mümkün olabilir. Bu da mirasın paylaşılmasından sonra rehin kurma vaadi sayılabilecek bir Borçlar Hukuku işlemi ile mümkündür⁶⁸. Rehin kurma vaadi sözleşmesinin, TMK. m. 677 hükmündeki şekil şartlarına uyularak yapılması gerekir. Rehin kurma vadinin tapuya şerh verilmesi de mümkündür. Ancak TMK. m. 677/f. I hükmü gereği adi yazılı şekilde yapılmış bir rehin vaadi sözleşmesiyle özellikle ipotek kurma vaadi yapılması, kanunu zorlama olarak da görülebilir. Bu sebeple rehin vaadi sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiği ileri sürülür⁶⁹.

f. Miras Payının Haczi

Alman hukukunda terekedeki belirli bir maldaki miras payının haczedilemeyeceği kabul edilir. İsviçre Hukukunda da miras payın hacze konu olamayacağını belirtmiştir⁷⁰. Türk Hukukunda ise, TMK. m. 677 hükmü gereği, miras payının devri mümkün olduğuna göre, miras payını devreden alacaklıları tarafından payın haczedilmesi de mümkün olmalıdır. Bu sonuca TMK. m. 648 hükmünden de varmaktayız. Maddede açılmış mirasta bir mirasçının payını haczettirmiş alacaklının, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca İİK. 82-84. maddelerinde haczi tamamen ya da kısmen mümkün olmayan hak ve mallar içinde miras payı sayılmadığından da bu sonuca varabiliriz⁷¹.

Haciz, mirasçının paylaşma sonucunda payına düşecek tereke mallarına ilişkin olarak, mirasçının miras ortaklığındaki payına koyulur⁷². Haciz, İİK. m. 94 gereği, tapu kütüğüne şerh verdirilebilir. Miras payına haciz konulmuşsa artık mirasçının tasarruf özgürlüğü kısıtlanmış demektir. Bu durumda ortaklık mallarına ilişkin bir karar alınması gerektiğinde söz sahibi icra mercii olur. Bunun dışında haciz koyduran alacaklı, miras ortaklığı devam ettiği sürece

⁶⁷ DURAL/ÖZ, s. 386. Ancak bu konuda farklı bir görüş de vardır. Buna göre, miras paylaşıldıktan sonra yerine getirilmek üzere, yazılı bir sözleşme ile rehin kurulması mümkündür, DALAMANLI, s. 752.

⁶⁸ İMRE/ERMAN, s. 555; DURAL/ÖZ, s. 387.

⁶⁹ DURAL/ÖZ, s. 387; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 581.

⁷⁰ İMRE/ERMAN, s. 556; SUNGURBEY, s. 1528-1529.

⁷¹ ÖZMEN, s. 1017; BOLATOĞLU, s. 103.

⁷² SUNGURBEY, s. 1531.

satış isteyemez. Paylaştırma sonucu haczedilen payın sahibine düşen tereke mallarının satışı istenebilir⁷³.

III. MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE MİRAS HAKKININ DEVRİ

A. GENEL OLARAK

Bir kimse, kendisine miras yoluyla kalan mallar üzerinde dilediğinde tasarruf edebilir. Ancak bunun için miras bırakanın ölümü sonucu mirasın açılması ve daha sonra da mirasın paylaşılması gerekir ki, mirasçıların kendilerine düşen mallar ve haklar üzerinde tek başlarına tasarruf edebilsinler. Mirasçılardan birinin, muhtemel miras hakkını miras bırakanın sağlığında devretmesi ise sosyal hayata bakıldığında ahlaka aykırı görülebilir. Miras bırakanın ölümünün beklendiği düşünülebilir. Ancak mirasçı ekonomik anlamda sıkıntı yaşıyor olabilir. Bu nedenle ihtiyaç duyduğu finansmanı, ilerde elde edeceği muhtemel miras payından elde edebilmelidir. Bu sebeple TMK. m. 678 hükmü, mirasın açılmasından önce de miras hakkının devrini mümkün kılmıştır.

Mirasın açılmasından önce hakkın devredilmesinin ahlaka aykırı görülmesinin yanı sıra bazı sakıncaları da mevcuttur. Öncelikle mirasçılarla miras bırakanın aralarındaki ilişki bozulabilir. Ayrıca miras bırakan sağ olduğu için mirasçının somut bir miras hakkı yoktur, sadece beklenen bir hakkı vardır. Burada beklenen bir hakkın devri söz konusudur⁷⁴. Bu sebeple miras hakkını devralanın hakkı ve bunun kapsamı belirsizdir. Miras bırakanın tasarrufları sonucu terekedeki mallar azalır, devralan beklediğinden çok daha düşük bir hakka sahip olabileceği gibi miras hakkını devreden miras bırakanın önce ölmesi ya da mirastan çıkarılması durumunda mirasçı olamayacağından hakkına hiç kavuşamayabilir⁷⁵.

Yukarıda sayılan sakıncalardan dolayı Roma Hukukunda ve Fransız Hukukunda miras açılmadan önce miras hakkının devredilmesini yasaklanmıştır. Alman Hukukunda (BGB. § 312) ise, sadece kanuni mirasçıların, miras bırakanın iznine dahi gerek olmaksızın mahkeme veya noterde yaptıkları devir sözleşmeleri geçerli sayılmıştır⁷⁶.

⁷³ DURAL/ÖZ, s. 387. Ancak İİK. m. 121 hükmüne göre, “Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi yukarıki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların satılması lâzım gelirse icra müdürü satışın nasıl yapılacağını tetkik merciinden sorar”. Bu hükmün yorumu sonucu icra merciinden izin alınarak satışın mümkün olduğu sonucuna varmak da mümkündür (DALAMANLI, s. 752; BOLATOĞLU, s.106).

⁷⁴ YILDIRIM, M. Fadil: Açılmamış Bir Terekedeki Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I), YD., Yıl 1995, S. 1,2, (II) S. 3, s. 111.

⁷⁵ DURAL/ÖZ, s. 379; İMRE/ERMAN, s. 558.

⁷⁶ YILDIRIM, **Açılmamış Tereke**, s. 113-115; İMRE/ERMAN, s. 558; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 544.

Türk/İsviçre Hukukunda ise, belli şartlar altında miras açılmadan önce miras hakkının devredilmesi kabul edilmiştir. TMK. m. 678 hükmüne göre, miras bırakan sağ iken, muhtemel mirasçı, beklenen miras hakkını bir diğer mirasçıya yada üçüncü bir kişiye, devir sözleşmesine miras bırakanın katılması veya izni olması şartı ile devredebilir. Yapılan sözleşme sağlararası bir işlemdir. Sözleşmeden açıkça anlaşılmasa da aslında bu geciktirici şarta bağlı bir sözleşmedir. Şart, muhtemel mirasçının, kesin mirasçı olmasıdır⁷⁷. Eğer şart gerçekleşmezse miras hakkını devreden mirasçı, karşı edim almışsa onu iade ile yükümlü olur⁷⁸. Ancak bunun için mirasçının kusuru olmaksızın devir imkânsızlaşmış olmalıdır. Örnek olarak, miras bırakanın öncelikli bir mirasçısının çıkması verilebilir. Zira muhtemel mirasçının kusuru ile kesin mirasçı olamaması durumlarında; (mirastan yoksunluk, mirastan çıkarılma gibi) karşı edimin iadesinin yanı sıra sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklı tazminat ödemesi gerekir. Burada TBK. m. 112 vd. hükümleri uygulama alanı bulur.

Devir sözleşmesi genelde ivazlı yapılmaktadır⁷⁹. Zaten mirasçının beklenen hakkını devretmesindeki amacı payının maddi karşılığını almaktır. İvazlı bir devir sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

B. MİRAS HAKKININ DEVREDİLMESİ İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

a. Miras Hakkını Devredenın Muhtemel Mirasçı Olması

Miras hakkının devredilmesi ancak muhtemel hak sahibi olan bir mirasçı tarafından mümkündür. Ancak burada miras açılmadan önce devir yapılacağı için, hakkını devredecek kişi daha mirasçı sıfatını kazanmamış, ilerde mirasçı olması muhtemel kişidir. Bu kişinin yasal ya da atanmış mirasçı olması önemli değildir. Ancak vasiyet alacaklısının ilerde muhtemel mirasçı olması söz konusu olmadığı için sözleşmede devreden taraf olamaz⁸⁰.

b. Miras Hakkını Devralanın Mirasçı Ya Da Üçüncü Kişi Olması

TMK. m. 678 hükmünden açıkça anlaşılmaktadır ki, miras hakkı bir diğer mirasçıya ya da üçüncü bir kişiye devredilebilir. Bu iki durum, mirasın açılmasından sonraki devirdeki gibi farklı hüküm ve sonuçlara bağlanmamıştır.

⁷⁷ YILDIRIM, **Açılmamış Tereke**, s. 117, 127.

⁷⁸ ÖZMEN, s. 1012.

⁷⁹ **Y.2.HD.**, 23.06.2003, 7944 E./9322 K. (UYAR, Talih: Türk Medeni Kanunu(Gerekçeli-İçtihatlı) (MK. m. 518-1030), C. II, Ankara, 2006, s. 2011).

⁸⁰ İMRE/ERMAN, s. 560.

c. Miras Hakkının Devri Sözleşmesinin Şekil Şartı

Mirasın açılmasından önceki miras hakkının devrini düzenleyen TMK. m. 678 hükmü, devir sözleşmesinin şekil şartını belirtmemiştir. Bu durumda paylaşma sözleşmesini düzenleyen TMK. m. 676 ve mirasın açılmasından sonraki payın devredilmesini düzenleyen TMK. m. 677 hükmü kıyasen uygulanmalıdır⁸¹. Buna göre, miras hakkı diğer bir mirasçıya devrediliyorsa, devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Ancak devir üçüncü bir kişiye yapılıyorsa, sözleşme noterde düzenleme şeklinde yapılmalıdır.

Ancak şunu belirtmek gerekir, miras açılmadan önceki devir sözleşmesinin miras sözleşmesi şeklinde yapılması da mümkün görülebilmektedir. Miras bırakan, hakkını devretmek isteyen muhtemel mirasçıyla mirastan feragat sözleşmesi, devralmak isteyenle de mirasçı atama şeklinde bir sözleşme yapabilir. Bu durumda miras sözleşmesinin geçerliliği, resmi şekilde yapılmasına bağlı olur⁸². Ancak bu sözleşmesinin miras payı devri sözleşmesi olduğundan hareketle, resmi şekilde değil de TMK. m. 678 de belirtilen şekil şartlarına göre yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir⁸³.

d. Devir Sözleşmesine Miras Bırakanın Katılması Veya İzni

Miras bırakan, muhtemel mirasçının yaptığı devir sözleşmesine katılır veya izin verir ise miras hakkı devir sözleşmesi geçerli olur (TMK. m. 678). Bu maddenin eski kanun zamanındaki düzenlemesine göreyse, miras bırakanın devir sözleşmesine katılması ve izin vermesi⁸⁴ gerekmektedir⁸⁵ (eTMK. m. 613). Miras bırakanın katılması ve izninden neyin anlaşılması gerektiği ise doktrinde tartışmaya neden olmaktadır. Bir görüşe göre, katılma ve izin bilinçli olarak bir arada kullanılmıştır. Bu ikisi tek bir kavram olarak düşünülmelidir. Böylece miras bırakanın iradesi kuvvetlendirilmek istenmiştir. Yani miras bırakan hem sözleşmeye katılacak hem de işleme onay verdiğini beyan ederek devir sözleşmesinin geçerli olmasını sağlar. İsviçre Hukukunda da hâkim olan

⁸¹ YILDIRIM, **Açılmamış Tereke**, s. 128; DURAL/ÖZ, s. 380; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 582; İMRE/ERMAN, s. 562.

⁸² ÖZUĞUR, s. 510; DURAL/ÖZ, s. 380; ANTALYA/SAĞLAM, s. 425. Ancak İsviçre Hukukundaki hakim olan görüş, miras bırakanın hiçbir şekilde sözleşmenin tarafı olamayacağı yönündedir. Sözleşme payını devreden ile devralan arasındadır. Miras bırakan sadece sözleşmenin hüküm doğurmasını sağlamaktadır. Tabi ki miras bırakan, mirastan feragat ve mirasçı atama sözleşmelerini bir arada yapabilir. Ancak bu TMK. m. 678 anlamında miras payının devri sözleşmesi değil, bir miras sözleşmesidir (KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 545).

⁸³ SEROZAN/ENGİN, s. 632.

⁸⁴ ZBG. Art. 636, "Mitwirkung und Zustimmung des Erblassers" ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadeyi "miras bırakanın katılması ve izni" olarak Türkçeye çevirmek mümkündür. Bu sebeple eski Medeni Kanun düzenlemesinin, İsviçre Medeni Kanun'dan direk alındığını söyleyebiliriz.

⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, **Açılmamış Tereke**, s. 128-135.

görüş budur⁸⁶. Diğer bir görüşe göreyse, hem katılma hem de izin bir arada düşünülemez. Katılma sözleşme yapılırken bizzat dahil olma, izin ise sözleşme yapılmadan önce sözleşmeye onay vermektir. Bu nedenle katılma ve izin kelimeleri arasındaki “ve” kelimesinin “veya” olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmekteydi. TMK. m. 678 de bu doğrultuda hüküm koyarak düzenleme yapmıştır⁸⁷. Kanımızca yerinde bir düzenleme olmuştur.

Miras bırakan sözleşmeye katılsa bile, sözleşmenin tarafı olmaz ve hiçbir borç altına girmez⁸⁸. Bu durumda sözleşme yalnızca tarafları bağlar. Miras bırakanın sözleşmeye katılması, sadece sözleşmenin geçerli olmasını sağlar.⁸⁹ Katılma beyanı herhangi bir şekle bağlı değildir⁹⁰. Ayrıca miras bırakan kural olarak bu beyanını geri alamaz⁹¹.

Doktrinde bazı yazarlar miras bırakanın sözleşmeye katılmasıyla sözleşmenin tarafı haline geldiği görüşündedirler. Buna göre, miras bırakan mirastan feragat sözleşmesi ve miras sözleşmesini bir arada yapmaktadır. Miras bırakan muhtemel mirasçı ile mirastan feragat sözleşmesi, devralan kişi ile de miras sözleşmesi yapar. Böylece miras bırakan sözleşme ile her iki tarafa da bağlanacaktır. Böylelikle devir sözleşmesinin sakıncaları da giderilmiş olacaktır⁹².

Miras bırakanın sözleşmeye izin vermesini, onay olarak anlamak gerekir. Devir sözleşmesi yapılmadan önce izin vermek geçerli olmayacaktır⁹³. Zira sözleşme kurulmadan önce, miras bırakan sözleşmenin geçerli olmasını istiyorsa sözleşmeye katılır. Onay devir sözleşmesi yapıldıktan sonra verilir⁹⁴.

⁸⁶ YILDIRIM, **Beklenen Miras Hakkı**, s. 120-121; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 545.

⁸⁷ DURAL/ÖZ, s. 379; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 543.

⁸⁸ ÖZÜĞÜR, s. 512; YILDIRIM, **Beklenen Miras Hakkı**, s. 121.

⁸⁹ ÖZAKMAN, s. 239; GENÇCAN, s. 1455.

⁹⁰ Federal mahkeme önceleri bu beyan için yazılı şekil şartını arıyordu. Ancak daha sonra görüşünü değiştirerek, herhangi bir şekil şartı aramamaya başlamıştır. Bunun nedeni olarak, sözleşmeye katılması kendisini herhangi bir yükümlülük altına sokmayacağından acele kararlardan miras bırakanı korumaya gerek olmadığı ifade edilmiştir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 547). Ancak yazılı şekle bağlı olduğu görüşü de vardır. Zira asıl işlem için gerekli olan şeklin, onun geçerliliğini sağlayacak işlem için de var olması gerekmektedir (YILDIRIM, **Açılmamış Tereke**, s. 135).

⁹¹ İMRE/ERMAN, s. 562. Miras bırakan beyanını ancak hata hile tehdit gibi nedenlerle geri alabilir. Bu durumda sözleşme geçersiz hale gelecektir (ÖZMEN, s. 1012).

⁹² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 544; İMRE/ERMAN, s. 561; ANTALYA/SAĞLAM, s. 426.

⁹³ ANTALYA/SAĞLAM, s. 426.

⁹⁴ Ancak bir başka görüşe göreyse, izin onay olarak algılanmamalıdır. İzin sadece sözleşme yapılmadan önce verilir. Zira miras bırakanın katılımı olmadığından geçersiz bir şekilde kurulan sözleşmeyi sonradan onay vererek geçerli hale getirmek mümkün değildir. Ayrıca izni onay olarak anlarsak miras bırakanın onay vermeye zorlanması yani iradesinin sakatlanması olasılığı oldukça yüksek olacaktır (YILDIRIM, **Beklenen Miras Hakkı**, s. 123).

Kanun metnindeki “izin” ifadesini onay olarak anlamamızın sebebi; devir sözleşmesine, sözleşme kurulduktan sonra da geçerli olması için bir imkan vermek gerektiğidir. Onay da, katılma beyanı gibi herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Ancak ispat kolaylığı sağlaması açısından en azından yazılı şekilde yapılması gereklidir. Devir sözleşmesine onay verilmedikçe geçerli hale gelmeyecektir⁹⁵.

C. MİRAS HAKKININ DEVREDİLMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

a. Genel Olarak

Açılmamış miras payının devrinde, bu devrin geçerli olması için miras bırakanın devir sözleşmesine katılması veya izni gerekir. Bir görüşe göre, miras bırakan sözleşmeye katılırsa, miras bırakan işlemlerin tarafı olur. Yani, miras bırakan bir taraftan payını devreden mirasçıyla mirastan feragat sözleşmesi yaparken, devralanı da mirasçı olarak atamaktadır. Böylece devralan mirasçı sıfatını kazanacağı için burada devir aynı nitelikli olacaktır⁹⁶. Ancak genel görüş, miras bırakanın sözleşmeye katılması ile sözleşmenin tarafı haline geldiğini kabul etmemektedir. Bu nedenle hem sözleşmeye katılma da hem de sonradan izin verme durumunda, taraflar arasında borç doğurucu bir işlem yapılmış, miras bırakan ise bu işlemin geçerli olması için beyanda bulunmaktadır. Bu durumda devralanın sadece şahsi bir talep hakkı olur⁹⁷.

Mirasın açılmasından önce devredilen, muhtemel mirasçının beklenen bir hakkıdır. Devir sözleşmesi bir borçlandırıcı işlemdir. Sözleşme, miras sebebiyle ileride kazanılması muhtemel hakkın önceden devredilmesini içerir. Sözleşme aynı değil şahsi nitelikli bir hak meydana getirir. Devralanın hakkı, devreden mirasçıdan şahsi bir talep hakkıdır⁹⁸. Bu talep hakkının istenmesi için mirasın açılmış olması gerekir⁹⁹. Devralan, miras bırakanın ölümünden sonra mirasçılık sıfatını elde etmiş devreden mirasçıya, paylaşırma sonucu hissesine düşen tereke mallarını talep eder¹⁰⁰.

Mirasın açılmasından sonra devralan üçüncü kişinin, şahsi bir hakkı olduğu için mirasın paylaşılmasını talep ve paylaşmaya katılma hakkı yoktur. Mirasçılık sıfatı devredende kalacağından tenkis ve denkleştirme davası da

⁹⁵ GENÇCAN, s. 1455; DURAL/ÖZ, s. 379; ÖZMEN, s. 1011.

⁹⁶ İMRE/ERMAN, s. 561; ANTALYA/SAĞLAM, s. 422; ÖZMEN, s. 1011.

⁹⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 544; ÖZMEN, s. 1011; ANTALYA/SAĞLAM, s. 426; DURAL/ÖZ, s. 380.

⁹⁸ Yargıtay’ın bu konudaki bir kararı için bkz. **Y.2.HD.**, 3.4.2003, 4868 E./ 4868 K. www.kazanci.com (e.t. 06.07.2017)

⁹⁹ **Y.8.HD.**, 23.6.2008, 3067 E./ 3437 K. www.kazanci.com (e.t. 06.07.2017)

¹⁰⁰ GENÇCAN, s. 1455; İMRE/ERMAN, s. 563; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 547.

açamayacaktır¹⁰¹. Ancak devralan diğer bir mirasçıysa, zaten mirasçılık sıfatına sahip olduğundan paylaşırma talebinde bulunabileceği gibi paylaştırmaya katılma, tenkis ve denkleştirme davası açma hakkı da olacaktır¹⁰².

Miras bırakan miras sözleşmesi düzenleyerek sözleşmenin tarafı olursa, miras hakkını devralanı mirasçı atayacağı için, devralan miras bırakanın ölümü ile mirasçılık sıfatını kazanır. Devraldığı hak oranında aynı hak sahibi olur. Bu durumda mirasın paylaşılmasını talep ve paylaşmaya katılma hakkı olur¹⁰³.

Mirasın açılmasından sonraki dönemde miras payını devralanın, bazı hallerde hakkını korumak için paylaşmayı talep edebileceği ve paylaşmaya katılabileceğinden yukarıda söz edilmişti. Miras hakkını devralan da, bu haklardan yararlanabilir. Bunlara kısaca tekrar değinirsek; devreden mirasçının devir sözleşmesinde belli bir süre içinde paylaşma talebinde bulunmayı taahhüt etmesi hali, devralana temsil yetkisinin verilmiş olması hali ve devralanın hâkime başvurarak paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteme halidir¹⁰⁴ (TMK. m. 648). Ancak bazı yazarlar, miras hakkını devralanın bu haklardan yararlanamayacağını, sadece sözleşmeye aykırılık dolayısıyla talepte bulunabileceğini öngörür¹⁰⁵.

Miras hakkının devredilmesi ivaz karşılığında yapılmışsa, devralanın borcu sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşme kurulduğu anda doğar. Hakkını devreden muhtemel mirasçı, ivazın yerine getirilmemesi durumunda borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilecektir¹⁰⁶(TBK. m. 117 vd.).

Miras hakkını devreden borcu ise, paylaşırma sonucu kendisine düşen tereke mallarını devir sözleşmesi uyarınca devralana geçirmektir. Bu borcunu yerine getirmese, devralan borca aykırılık hükümlerine dayanarak devreden sorumluluğuna gidebilir.

b. Miras Bırakanın Sözleşmeye Katılmaması Veya İzninin Bulunmamasının Sonuçları

TMK. m. 678 hükmüne göre, mirasın açılmasından önceki miras hakkının devrine miras bırakanın katılımı veya izni bulunmadığı takdirde sözleşme geçerli olmaz¹⁰⁷. Buradaki geçersizliğin, kesin hükümsüzlük ya da iptal edilebilirlik

¹⁰¹ ÖZAKMAN, s. 237; DURAL/ÖZ, s. 380; İMRE/ERMAN, s. 563.

¹⁰² DURAL/ÖZ, s. 380.

¹⁰³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Miras Hukuku*, s. 544; DURAL/ÖZ, s. 381. Ancak bu konuda farklı bir görüş de vardır. Devir sözleşmesi sadece borçlandırıcı bir işlem olduğundan, devir burada da aynı değil şahsi bir etki yaratır, SEROZAN/ENGİN, s. 630.

¹⁰⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Miras Hukuku*, s. 548.

¹⁰⁵ DURAL/ÖZ, s. 381.

¹⁰⁶ ÖZAKMAN, s. 235.

¹⁰⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Miras Hukuku*, s. 543.

yaptırımına tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, geçersizlik ifadesi kesin hükümsüzlüğü ifade eder¹⁰⁸. Başka bir görüşe göreyse geçersizliği, ölüme bağlı tasarruflarda olduğu gibi iptal edilebilirlik olarak anlamak gerekir. Bu görüşün dayanağı eski kanun metnindeki “*batıl ve hükümsüzdür*” ibaresinin yeni kanun metninde sadece “*geçersizlik*” olarak ifade edilmesidir¹⁰⁹. Yargıtay ise miras bırakanın katılımı veya izni bulunmadığı takdirde sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı görüşündedir¹¹⁰.

Miras payının devri sözleşmesi, miras bırakanın sözleşmeye katılmaması veya izin vermemiş olması nedeniyle geçersiz olmuşsa, sözleşme gereği verilen şeyler geri istenebilir (TMK. m. 678/f. II). Geri vermenin hangi hükme tabi olacağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, burada sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulmalıdır¹¹¹. Bir diğer görüş ise, burada sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmayacağı yönündedir. Zira bu durumda zenginleşme oranında iade yapılacaktır. Oysaki madde metninde, edimlerin geri verilmesinden bahsedilmektedir. Yani tam bir tazminat söz konusudur¹¹².

Ancak terekede devredilecek bir şey kalmadığı takdirde, geri verme borcu da doğmayacaktır. Devralan bu sözleşmenin sakıncalarını bilerek, rizikoyu üzerine alarak yapmıştır. Bu nedenle buna katlanması gerekir.

Verilenlerin geri istenmesi TBK. m. 146 hükmüne göre, on yıllık süre içinde talep edilmelidir¹¹³.

c. Miras Hakkının Rehnedilmesi

TMK. m. 954 hükmü gereği, başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir. Ancak açılmamış bir terekede miras hakkı söz konusu olduğunda, bu hak hiç bir şekilde rehnedilemez. Çünkü ortada rehnedilebilecek somut bir hak yoktur¹¹⁴.

¹⁰⁸ İMRE/ERMAN, s. 564; DURAL/ÖZ, s. 381; ANTALYA/SAĞLAM, s. 424.

¹⁰⁹ YILDIRIM, **Beklenen Miras Hakkı**, s. 123.

¹¹⁰ İlgili bazı Yargıtay kararları için bkz.: **Y.HGK.**, 08.06.2011, 14-408 E./402 K. <http://www.kazanci.com> (e.t. 24.10.2017)., **Y.8.HD.**, 23.06.2008, 3067 E./3437 K. <http://kararara.com/yargitay/8hd/k3095.htm> (e.t. 24.10.2017).

¹¹¹ DURAL/ÖZ, s. 381; ANTALYA/SAĞLAM, s. 424.

¹¹² İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 582; ÖZAKMAN, s. 240; İMRE/ERMAN, s. 564.

¹¹³ YILDIRIM, **Açılmamış Tereke**, s. 288; GÖNENSOY/BİRSEN, s. 368. Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz. **Y.2.HD.**, 13.09.2004, 8656 E./9714 K. (GENÇCAN, s. 1457)

¹¹⁴ DURAL/ÖZ, s. 381; GENÇCAN, s. 1456; İMRE/ERMAN, s. 565. Ancak bu konuda farklı bir görüş de mevcuttur. Buna göre miras payının TMK. m. 954 gereği rehne konu olabileceği kabul edilmelidir. Bu maddeye göre, başkasına devredilebilen haklar, rehnedilebilir, ÖZMEN, s. 1013; YILDIRIM, **Açılmamış Tereke**, s. 141.

d. Miras Hakkının Haczi

Miras hakkının devrinde somut bir hak olmadığından, devreden muhtemel mirasçının alacaklıları bu beklenen hak üzerinde haciz kuramayacakları gibi, devralan kişinin alacaklıları da bu talep hakkı üzerine haciz koyduramaz¹¹⁵.

SONUÇ

Miras bırakan ölünce, kanun gereği mirasçılar arasında oluşan miras ortaklığı, tereke üzerinde elbirliği mülkiyetine neden olur. Bu da mirasçıların tereke üzerinde tek başlarına hareket etmelerini engeller. Ancak kanun bazı hallerde, mirasçılara hakları üzerinde tek başlarına hareket etme imkânı tanımıştır. Bunlardan biri TMK. m. 677' de düzenlenen mirasın açılmasından sonraki miras payının devridir. Hatta kanun, TMK. m. 678 ile, miras bırakanın sağlığında dahi, beklenen miras hakkının devrini belli şartlarda mümkün görmüştür.

Miras bırakanın ölümünden sonra, mirasçılar arasında elbirliği halinde hak sahipliği devam ederken, mirasçılardan birinin miras payını bir diğer mirasçıya ya da üçüncü bir kişiye devretmesi, mirasın açılmasından sonra ancak paylaşmadan önce yapılan miras payının devri sözleşmesi ile mümkündür. Devir mirasçılar arasında yapılıyorsa devrin konusu terekenin tamamı veya bir kısmı olabilir. Üçüncü kişilere yapılan devirlerde ise, miras payının tamamının devri gerekmektedir.

Miras payı devri sözleşmesinin yapılabilmesi için öncelikle devri yapanın mirasçı olması ve birden fazla mirasçının bulunması gerekmektedir. Bunun dışında miras payı devri sözleşmelerinin şekli, devrin diğer bir mirasçıya ya da üçüncü kişiye yapılması durumlarına göre farklılık göstermektedir. Buna göre, miras payı diğer bir mirasçıya devrediliyorsa, devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır (TMK. m. 677/f. I). Devredilenler arasında bir taşınmaz bulursa dahi, devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir. Miras payının devri üçüncü bir kişiye yapılmışsa, devir sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmalıdır (TMK. m. 677/f. II).

Mirasın açılmasından sonra ancak paylaşmadan önce yapılan miras payının devrinin hüküm ve sonuçları bakımından da miras payının diğer bir mirasçıya devri ile üçüncü bir kişiye devri farklı sonuçlara bağlanmıştır. Miras payının diğer bir mirasçıya devrinde, devir payın tamamına ilişkinse, devir sözleşmesinin içeriğine göre, devralan mirasçının miras payı artar ve devraldığı miras payı için de miras ortaklığına dâhil olur. Payını devreden mirasçı ise, miras ortaklığından çıkar. Bir başka ifadeyle miras payının devralan mirasçının hakkı aynı niteliktedir fakat bunun aksi kararlaştırılabilir. Miras payının bir

¹¹⁵ YILDIRIM, **Açılmamış Tereke**, s. 143.

kısımının devri söz konusu ise, bu durumda devralan mirasçının payı, yalnızca devredilen pay oranında artacaktır. Payını devreden mirasçı ise, devretmediği kısım oranında miras ortaklığına dâhil olmaya devam eder.

Miras payının üçüncü bir kişiye devri, üçüncü kişiye paylaşmayı talep veya paylaşmaya katılma yetkisi vermez. Üçüncü kişi ancak paylaşma sonunda ya da miras ortaklığının paylı mülkiyete çevrilmesi durumunda, mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini isteyebilir (TMK. m. 677/f. II). Yani üçüncü kişinin hakkı yalnızca şahsi bir talep hakkından ibarettir. Bu hakkını da ancak miras ortaklığı sona erince kullanabilir. Bazı hallerde üçüncü kişinin hakkını korumak için paylaşmayı talep edebileceği ve paylaşmaya katılabileceği kabul etmek gerekir. Bu üç durumda mümkün olacaktır. Bunlardan ilki, devreden mirasçının devir sözleşmesinde belli bir süre içinde paylaşma talebinde bulunmayı taahhüt etmesi halinde devralan, devredenden paylaşma talebinde bulunmasını isteyebilecektir. İkinci durum ise, devralana temsil yetkisinin verilmiş olması halidir. Devreden mirasçı, devralan üçüncü kişiye mirasın paylaşılmasını talep etme ve paylaşmaya katılma konusunda temsil yetkisi vermiştir. Son durum ise, devralanın hâkime başvurarak paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteme hakkıdır (TMK. m. 648).

Payını devreden mirasçının tereke borçlarından dolayı diğer mirasçılarla birlikte sorumluluğu devam edecektir. Ancak bir sözleşme ile payı devralan üçüncü kişinin, tereke borçlarından sorumlu olacağı kararlaştırılabileceği gibi tereke alacaklıları, alacaklarının devreden mirasçı dışında kalan mirasçılar tarafından ödenmesini kabul ederek de payını devreden mirasçının borçlardan sorumlu olmayacağını kararlaştırılabilir.

Miras paylaşılmadan önce miras payı üzerinde rehin hakkının kurulması mümkün değildir. Ancak mirasın paylaşılmasından sonra hüküm ifade etmek üzere rehin kurma vaadi sayılabilecek bir Borçlar Hukuku işlemi yapılması mümkündür. Miras payını devreden alacaklıları tarafından payın haczedilmesi ise kabul edilmektedir. Haciz mirasçının paylaşma sonucunda payına düşecek tereke mallarına ilişkin olarak, mirasçının miras ortaklığındaki payına koyulur. Ancak haciz koyduran alacaklı, miras ortaklığı devam ettiği sürece satış isteyemez.

Miras bırakan sağ iken, onun muhtemel mirasçısı tarafından yapılan miras devri sözleşmesi, mirasın açılmasından önce yapılan miras hakkı devri sözleşmesidir. Muhtemel mirasçı, beklenen miras hakkını bir diğer mirasçıya ya da üçüncü bir kişiye devredilebilir. Açılmamış bir terekede miras hakkının devrinin konusu, beklenen bir miras hakkıdır. Burada mirasçı ileride doğması muhtemel mirasçılık hakkından doğan payı devretmektedir. Bu nedenle miras hakkını devralanın hakkının kapsamı belirsizdir. Miras bırakanın tasarrufları sonucu terekedeki mallar azalır, devralan beklediğinden çok daha düşük

bir hakka sahip olabileceği gibi miras payını devreden miras bırakanın önce ölmesi ya da mirastan çıkarılması durumunda mirasçı olamayacağından hakkına hiç kavuşamayabilir. Bu sakıncalara rağmen Türk Hukukunda belli şartlar altında miras açılmadan önce miras hakkının devredilmesi kabul edilmiştir. Devir sözleşmesinin geçerli olması için miras bırakanın bu sözleşmeye katılması veya onayı gerekir. Sözleşmenin şekil şartından kanunda açıkça söz edilmemektedir. Ancak mirasın açılmasından sonraki devri düzenleyen TMK. m. 677 hükmü ve paylaşma sözleşmesini düzenleyen TMK. m. 676 hükmü kıyasen uygulanır. Böylece devir diğer bir mirasçıya yapılıyorsa adi yazılı şekil, üçüncü bir kişiye yapılıyorsa noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekir.

Sözleşme, miras sebebiyle ileride kazanılması muhtemel hakkın önceden devredilmesini içerdiğinden aynı değil şahsi nitelikli bir hak meydana getirir. Bu durum devrin diğer bir mirasçıya ya da üçüncü bir kişiye yapılmasında farklılık göstermez. Hakkı devralanın hakkı, payını devreden mirasçıdan şahsi bir talep hakkıdır. Hakkı devralan, paylaşırma sonucu hissesine düşen tereke mallarını talep eder.

Açılmamış bir terekedeki miras hakkının rehnedilmesi ve haczedilmesi hiçbir şekilde kabul edilmez. Bunun nedeni, rehnedilebilecek veya haczedilebilecek somut bir hakkın var olmamasıdır.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan/SAĞLAM, İpek: **Miras Hukuku**, İstanbul, 2015.
- AYAN, Mehmet: **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Konya, 2014.
- AYİTER Nüşin/KILIÇOĞLU Ahmet M: **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 1993
- BOLATOĞLU, Bolat: **Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devri Sözleşmesi**, Ankara, 1984.
- DALAMANLI, Lütfü: **Feraiz Ahkâmı Miras Hukuku ve Tatbikatı**, İstanbul, 1983.
- DURAL, Mustafa: **Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak)**, İstanbul, 1980
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: **Türk Özel Hukuku Cilt 4 Miras Hukuku**, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2015.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu: **Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi**, İstanbul, 2012.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, 2016.

GÖNENSOY, Samim/ BİRSEN Kemaleddin: **Miras Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, 1963.

İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, 2013.

İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: **Miras Hukuku**, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. Bası, Ankara, 2015.

ALBAŞ, Hakan/KAÇAK, Nazif: **Yeni İctihatlarla Türk Medeni Kanunu**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, C. 2, Ankara, 2007.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, 2015.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Miras Hukuku**, Yenilenmiş Geliştirilmiş ve Tamamlanmış 2. Bası, İstanbul, 1978. (Miras Hukuku)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Miras Hukuku 2. ve 3. Basılara Ek Kitap**, İstanbul, 1992. (Ek Kitap)

OĞUZMAN, M. Kemal: **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul, 1995.

ÖZAKMAN, Cumhur: **Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler**, İstanbul, 1984.

ÖZMEN, İsmail: **Açıklamalı-İctihatlı-Uygulamalı Tereke Hukuku Davaları**, 3. Baskı Uyarlamalı Genişletilmiş, Ankara, 2010.

ÖZTAN, Bilge: **Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)**, 3. Bası, Ankara, 2008.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: **Miras Hukuku**, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2016.

SAPANOĞLU, Süleyman: **Miras Paylaşma ve Miras Payının Devri Sözleşmeleri**, Ankara, 2011.

SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkey: **Miras Hukuku**, 4. Bası, Ankara, 2014.

SUNGURBEY, İsmet: Miras Payının ya da Belli Konulardaki Miras Payının Üçüncü bir Kişiye Geçirilmesi sözleşmesine ve Bu Payların Haczine İlişkin Pratik Sorular, **Yasa Hukuk Dergisi**, C. 7, S. 11, 1984, s. 1517-1533.

UYAR, Talih: **Türk Medeni Kanunu(Gerekçeli-İctihatlı) (MK. m. 518-1030)**, C. II, Ankara, 2006.

YILDIRIM, M. Fadil: Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme, **AÜHF**. C. 53, S. 1, Ankara, 2004, s.117-130. (Beklenen Miras Hakkı)

YILDIRIM, M. Fadıl: Açılmamış Bir Terekedeki Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I), **YD.**, Yıl 1995, S. 1,2, s. 109-144; (II) S. 3, s. 278-293. (Açılmamış Tereke)

İnternet Kaynakları:

www.kazanci.com

<http://kararara.com/>

TÜRK BORÇLAR KANUNU MD. 473/II KAPSAMINDA İŞ SAHİBİNİN İŞİN DEVAMINI ÜÇÜNCÜ KİŞİYE VERME HAKKI

Right to grant the continuation of the work within the Turkish Code of Obligations Art. 473/II

Arş. Gör. Fatma HIZIR¹

Geliş Tarihi: 22.12.2016

Kabul Tarihi: 18.09.2017

ÖZET

Türk Borçlar Kanunu'nun 470-486. maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmesi uygulama alanı oldukça geniş olan ve iş görme borcu doğuran rızai bir sözleşmedir. Bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu md. 473/II'de düzenlenen, eserin yüklenicinin kusuruyla ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceğinin işin devamında açıkça görülmesi durumunda, iş sahibinin eserin onarımını isteme ya da işin devamını üçüncü kişiye bırakılabilme hakları üzerinde durulmuştur.) Bu bağlamda TBK. md. 473/II hükmünün niteliği incelenmiş ve bu hükmün uygulanabilme şartları ile hukuki sonuçları ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Yüklenicinin Eseri Teslimden Önceki Sorumluluğu, Sözleşmeye Aykırılık, Yüklenicinin Kusuru.

ABSTRACT

The Construction (Work) Contract stipulated in Articles 470 through 486 of the Turkish Law of Obligations is a broad voluntary contract which gives way to obligations due to execution of any work. In this study in case it is clearly determined that the works are proven to be deficient due to the default of the contractor or executed contrary to the provisions of the contract during construction stage as stipulated in Article 473/II of the Law of Obligations, the cases for the repair of such works or execution of such works by third parties at the expense of the contractor as far as the conditions may allow, are defined. In this context the legal nature of Article 473/II in general terms is reviewed and the legal applicability and consequences are defined.

Keywords: Construction (Work) Contract, Contractor's liabilities prior to delivery of the work, Breach of Contract, Liability of the Contractor.

1. Türk Borçlar Kanunu md. 473/II Hükmünün Niteliği

I. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanun'u md. 473/II'ye göre "*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*" Bu hüküm gereğince, eserin meydana getirilmesi aşamasında, yüklenicinin kusuruyla işin ayıplı olacağı ya da sözleşmede belirtilen menfaate

¹ Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. fhmhzr@hotmail.com

aykırı olarak yapılacağı açıkça belirli olursa, iş sahibi uygun bir süre vererek bu süre içerisinde gereği yapılmadığı takdirde hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere tamirat veya imalatın devamının üçüncü bir şahsa tevdi edileceğini ihtar edebilir. TBK. md. 473/II hükmünün amacı, yüklenicinin işi ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak yapacağına anlaşılması durumunda, iş sahibinin hakkı bizzat yerine getirmesinin engellenmesidir (Pour parer a eventualites) .²

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre³, burada sözleşmesel menfaatin diğer zararların bulunması riskine karşı korunmasına ilişkin bir dönme hakkı bulunmaktadır. Dönme hakkının iş sahibinin muhtemel yarar ve rizikolar karşısında sözleşmeyi belirli süreden önce sona erdirmesinin kanun koyucu tarafından çözüm olarak getirilmiş olduğu ifade edilmiş olmaktadır. İleri sürülen bu görüş kanaatimizce isabetli gözükmemektedir. Belirtmek gerekir ki, TBK. md. 473'ün yorumu yapıldığında, işin sözleşmedeki esasa göre yapılması değil bilakis, ayıplı ya da sözleşmede belirli esasa uygun olmamasının tahmin edilmesi birbiri içine geçmiş olarak bulunmalıdır. Bu sebeple kanundaki 'pour parer a eventualites' ifadesi esas alınmalıdır.⁴

Türk Borçlar Kanunu md. 473/I şu şekildedir. *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”* Bu hükmün şartları oluştuğunda iş sahibi teslim süresini beklemeksizin dönme hakkını kullanabilir. Hükümden de anlaşılacağı üzere TBK. md. 473/I'deki dönme hakkı, TBK. md. 484'deki iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkından farklıdır. TBK. md. 484'e göre, eserin tesliminden önceki safhada, iş sahibinin herhangi bir şart gerçekleşmeksizin her zaman dönme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Ancak bu hükme göre yüklenicinin zararını karşılamak gerekir. TBK. md. 473'de sözleşmenin ihlali gereklidir. İş sahibi bu nedenle TBK. md. 473'e (I mi II mi) başvurmadan evvel, vaktinden önce dönme imkânının olup olmadığını araştırmalıdır. Her iki durumda da dönme hakkının münferit hali düzenlediği için, dönmenin TBK. md.473' deki şartlara göre mi yoksa TBK. md. 484'daki duruma göre mi kullanıldığı tespit edilmelidir (BGE 98 II 115).⁵

² GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, 4. Aufl., N.868, Zürich, 1996; GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, s. 163, İstanbul, 2009.

³ KOLLER, Alfred, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teil b.I. Unterteilbd., Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, 3. Aufl., N. 145, Bern 1998.

⁴ GAUCH, N. 869.

⁵ GAUTSCHİ, Georg, Berner Kommentar, Bd. IV, Das Obligationenrecht, Der Wervertrag,

Türk Borçlar Kanunu md. 473'in I. ve II. fıkralarında farklı durumlar düzenlenmektedir. Bu iki fıkra arasındaki fark, ikinci fıkrada yüklenicinin kusuru ve iş sahibinin mehil vermesi gerekliliği yanında, 1. fıkrada buna gerek olmamasıdır.⁶ Birinci fıkranın sonucu dönme; ikinci fıkranın sonucu ise işin üçüncü bir kişiye yaptırılabilmesidir (Ersatzvornahme). Ancak bu iki fıkra birbirlerinin alternatifi olarak düzenlenmemiştir. Birinci fıkranın dar düzenlemesi, ikinci fıkranın düzenlemesini tamamlayan nitelikte değildir. Her iki fıkra da özel konuları özel şartlar altında düzenlemektedir.⁷

Eser teslim edildikten sonra, eserde bir ayıbın mevcut olması halinde yüklenici TBK. md. 474-478'de düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumludur.⁸ Buna karşılık yüklenicinin eseri ayıplı ya da sözleşmeye aykırı şekilde yapacağı eserin meydana getirilmesi aşamasında açıkça anlaşılıyorsa iş sahibi, TBK. md. 473/II'deki imkanlardan yararlanabilir.⁹ Zira Türk Borçlar Kanunu md. 473/II, iş sahibine eseri imal için bizzat kendi yapma imkânı sağlayarak, sözleşmeye aykırı imali engelleme imkânı veren özel bir hükümdür.¹⁰ Ayrıca TBK md. 473/II, yüklenicinin özen borcunun eser sözleşmesinde somut olarak görünümüdür. Zira özen borcu, eserin meydana getirilmesinin her aşamasında yüklenicinin yerine getirmek zorunda olduğu borçlarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Yüklenicinin iş sahibi ile arasındaki güven ilişkisi gereği tek sorumluluğu eser sözleşmesinden doğan borçlarını özenle yerine getirmek olmayıp aynı zamanda iş sahibinin menfaatlerini de korumaktır¹¹.

II. Türk Borçlar Kanunu md. 473/II Uygulama Alanı

İş sahibi, işin devamı esnasında yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini her zaman denetleyebilir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, iş sahibinin iş devam ederken gözetim hakkı sınırsız olarak bulunmaktadır. Eserin kusurlu yapıldığının ya da yapılacağı kesinlikle öngörülebilir olması

Art. 363- 379 OR. N.1c, Bern, 1967; Dönme hakkının TBK. md. 484'e göre kullanıldığı karinesi kabul edilemez, ZINDEL, G./PULVER,U. Kommentar zum Art. 363-379, Basler Kurzkomentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, N. 5, OR, 2. Aufl., Basel 1996.

⁶ ZINDEL/PULVER, N. 3.

⁷ ZINDEL/PULVER, N. 4.

⁸ UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s. 89 vd. Ankara,2003; Ayrıntılı bilgi için bkz. CANBOLAT, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, s. 43 vd, Ankara, 2009.

⁹ KOCAAĞA, Köksal, Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Biçimde Yapacağı Anlaşılması Halinde İş Sahibinin TBK. md. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2004, s. 180.

¹⁰ ZINDEL/PULVER, N. 31.

¹¹ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 51, C. II, İstanbul, 2010; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 788, Ankara, 2015.

durumunda TBK. md. 473/II uygulama alanı bulur.¹² Örneğin; yüklenicinin, yetkisiz alt yüklenici ataması halinde özellikle alt yüklenicinin eserin önemli bir kısmı için yetkilendirildiği bütün hallerde bu hükme başvurulabilir.¹³ Bu sayede iş sahibi, işin sonunda ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanırım düşüncesiyle eserin tamamlanmasını beklemek zorunda kalmaksızın, TBK. md. 473/II gereğince bazı önlemler alma imkanına sahip olur.

Türk Borçlar Kanunu md. 473/II anlamında ayıplı imalat ile sözleşmeye aykırı imalat ayrı durumlardır. Sözleşmeye aykırı imalata örnek olarak, yetkisiz alt yükleniciye başvurma ya da sözleşmeye aykırı imal yöntemleri kullanma gösterilebilir. Eserin imaliyle ilgili olmayan sözleşmeye aykırılıklar TBK. md. 473/II'nin uygulama alanı dışındadır.¹⁴

Teslim edilmiş eserde ayıp olması halinde öngörülmüş olan tamir hakkı ile TBK. md. 473/II' de düzenlenen hakkın (Ersatzvornahme) birbirine benzer olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar hâkimden izin almaya gerek olup olmadığı hususundan kaynaklanmaktadır. TBK. md. 473/II' de hâkimden izin alınmanın öngörülmemiş olması sebebiyle işi başkasına yaptırabilme hakkının (Ersatzvornahme), TBK. md. 113/1'deki düzenlemenin buraya taşınması niteliğinde olmadığı yönündedir.¹⁵

Diğer bir görüşe göre ise TBK. md. 473/II'deki Ersatzvornahme hakkı, bir şeyin icrasına ilişkin genel nitelikli TBK. md. 113'ün özel bir uygulaması olarak değerlendirilmelidir.¹⁶ İş sahibi masraf ve hasar yükleniciye ait olmak üzere işin iyileştirmesini ya da devamını üçüncü kişiye bırakabilir. Bu hakkın kullanılması ile iş sahibi yükleniciye karşı bir ücret alacağı elde eder. Yüklenici, iş sahibine karşı ücret alacağının ödemesi konusunda yükümlüdür. Burada iş sahibinin yardımcı kişisine ve iş sahibine yüklenemeyen bir sebeple üçüncü kişinin kötü ifasından da yüklenici sorumlu olur.¹⁷

Yüklenicinin ortadan kaldırması gerekli olmayan bir ayıp söz konusu olduğunda, iş sahibi işi başkasına yaptırabilme hakkına sahip değildir. Zira bu durumda ayıbı giderme ücreti ya çok fazladır ya da ayıp iş sahibinin bizzat kusurundan meydana gelmiştir.¹⁸ Ayıbı giderme ücretinin çok fazla olduğu

¹² NICLAUS, Jurg, Das Recht auf Ersatzvornahme gemass Art. 366 Abs. 2- OR, N.8, Diss. St. Gallen, 1999; KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 356, İstanbul, 2008; "Hatta önemli inşaat işlerinde kontrol için yetkili birisini tayin etmeyen iş sahibinin ortak (müterafık) kusuru bulunduğu söylenebilir.", TANDOĞAN, s. 61.

¹³ ZINDEL/PULVER, N. 29.

¹⁴ TANDOĞAN, s. 64.

¹⁵ ZINDEL/PULVER, N. 28.

¹⁶ GAUCH, N. 870.

¹⁷ GAUCH, N. 870.

¹⁸ ZINDEL/PULVER, N. 31.

durumlarda, TBK. md. 475 gereğince, söz konusu madde de düzenlenen seçimlik hakların yanı sıra, iş sahibi genel hükümlere göre tazminat isteme hakkına da sahiptir.

2. Türk Borçlar Kanunu. md. 473/II'nin Uygulanabilme Şartları

I. İşin Devamı Esnasında Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağı Açıkça Tahmin Edilebilmesi

A. Eserin “Ayıplı” veya “Sözleşmeye Aykırı” Şekilde Yapılacağı Görülmesi

Eserin ayıplı şekilde yapılması ile sözleşmeye aykırı şekilde yapılması TBK. md. 473/II'de farklı durumlar olarak öngörülmüştür.¹⁹ Bununla birlikte kanunda eserin ayıplı imalinin yanı sıra sözleşmeye aykırı yapılmasından da bahsedilmesine gerek olmadığı, burada sadece eserin ayıplı imalinin düzenlendiği ileri sürülmüştür.²⁰ Doktrinde ayıp ve sözleşme şartlarına aykırılık ayırımının hukuken bir önemi olmadığı, bunun ayıp kavramının bütünlüğünü zedelediği ve aynı kavramı ifade ettiği belirtilmiştir.²¹

Ayıp, eserin sözleşmede kararlaştırılan ya da sözleşmede kararlaştırılmasa bile dürüstlük kuralı gereğince eserde bulunması beklenen nitelikleri taşımamasıdır.²² Ayıplı imal ise, eserin tamamlandığında açıkça ayıplı olacağı henüz işin yürütülmesi safhasında, tahmin edilebilir olmasını ifade eder. Ayıpla ilgili kesin sonucun oluşması ya da ara denemelerde açıkça bunun ortaya çıkması ayıplı imal kavramını oluşturur.²³ Örneğin; dayanaksız araziye inşaat yapılıyorsa, çatının su geçireceği, makinenin istenen kapasitede çalışmayacağı anlaşılabilirse, TBK. md. 473/II anlamında eserin ayıplı şekilde yapılacağı tahmin edilmesi şartı gerçekleşmiş olur.²⁴

Eserin ayıplı olacağı tahmin edilmesi ile kastedilen, yürütülen işte beklenen niteliklerin bulunmaması sebebiyle eser teslim edildiğinde ayıplı olacağı bilinmesidir. Yani eser tamamlanırsa ayıplı bir eser olacaktır.²⁵

¹⁹ TANDOĞAN, s. 64; SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Sorumluluğu, s. 111, İstanbul, 1978, s. 111; ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 358, Ankara, 2014; GAUCH, N. 877.

²⁰ ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, s. 190, Ankara 2002.

²¹ TANDOĞAN, s. 162; ARAL, s. 374; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 522, İstanbul, 2010; UÇAR, s. 355.

²² CANBOLAT, s. 65; UÇAR, s. 124; ARAL, s. 374; TANDOĞAN, s. 161; YAVUZ, s. 522.

²³ ZINDEL/PULVER, N. 31.

²⁴ UÇAR, s. 125; TANDOĞAN, s. 162; SELİÇİ, s. 119.

²⁵ GAUCH, N. 875; ZINDEL/PULVER, N. 32.

Ayıplı ifanın henüz iş yapılırken ya da iş yürütülürken tahmin edilmesi gerekir. Yüklenici, eseri sözleşmeye uygun olarak ve belirli bir kalitede imal edeceğini, buna ilişkin gerekli önlemleri alacağını taahhüt etmemiş olabilir. Örneğin; yüklenici inşaat yapıyorsa, uygun olmayan malzemeyi depolayamaz. Aksi durumda iş sahibi uygun olmayan malzemenin inşaat alanından uzaklaştırmasını yükleniciden isteyebilir. Yüklenicinin kendisine verilen sürede söz konusu malzemeyi uzaklaştırmaması halinde iş sahibi, gideri yükleniciye ait olmak üzere kendisi uzaklaştırabilir ya da mahkemeden ayıplı malzemenin inşaat alanından çıkarılmasını talep edebilir.²⁶

Eser, ayıplı olmasının dışında diğer sebeplerle sözleşmeye aykırı olduğunda da TBK. md. 473/II uygulanır. Sözleşme şartlarına aykırılıkta ayıplı haller olarak, TBK. md. 473/1'e göre işe zamanında başlamama, özellikle özen ve sadakat yükümlülüğünün ve dürüstlük kurallarının ihlali ile kanunda düzenlenen diğer ihlal halleri sayılabilir. Sözleşme şartlarına aykırı davranıştan bir zararın meydana gelmesi ya da meydana gelme ihtimalinin olması şart değildir. Ancak sözleşmeye aykırılık, işin üçüncü kişiye bırakılabilmesini haklı gösterecek derecede önemli olmalıdır.²⁷

Eserin kararlaştırılan tarihte bitmeyeceğinin açıkça anlaşılması üzerine, iş sahibinin teslim için belirlenen süreyi beklemeksizin sözleşmeden dönebileceği TBK. m. 473/1'de düzenlenmiştir ve TBK. md. 473/II kapsamına dâhil edilemez. Ayrıca eserin devamını ve tamamlanmasını engelleyen objektif nitelikte engeller çıkması durumunda da yüklenici sözleşme şartlarına aykırı davranmış sayılmaz²⁸. Bunun gibi eserin imaline ilişkin olmayan sözleşmeye aykırı davranışlar da TBK. md. 473/II kapsamında değildir.²⁹

²⁶ GAUCH, N. 876.

²⁷ ZINDEL/PULVER, N. 32; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, s. İstanbul, 2012. s. 25.

²⁸ "...Bilindiği üzere, T.B.K.nın 473. maddesi uyarınca, yüklenicinin işe zamanında başlamaması sebebiyle arsa sahibinin erken fesih isteminde bulunabilmesi için, oluşan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir. Somut olayda ise sözü edilen bu şart gerçekleşmediği gibi, sözleşmede ruhsat alınması ve işe başlanması için belirli bir vade kararlaştırılmamış, arsa sahiplerince, bu konuda yükleniciye gönderilen ihtarname tebliğ edilememiş, daha sonrasında da yüklenicinin işe başlaması yönünde uyarı amaçlı herhangi bir bildirimde bulunulmamıştır. Tüm bunlara ilaveten yukarıda açıklandığı gibi mahkemece, işin kararlaştırılan vadede tamamlanabileceği tespit edilmiştir..." Yargıtay 23. HD. E. 2013/1452, K. 2013/4106, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016)

²⁹ KOCAAĞA, s. 182; TANDOĞAN, s. 64; " TBK. md. 358 diğer yasa hükümlerinin hiç birisiyle ilgili olmayan özel ve kendine özgü bir düzenleme getirdiğinden, TBK. md. 360 hükümlerine kıyasen, ayıplı ifa halinde iş sahibine tanınan seçimlik olanaklara burada başvurulamaz. Bu yüzden ayıplı olmakla birlikte eser bütünüyle tamamlanmadıkça, iş sahibi sözleşmedeki bedeli ayıp oranında indirilmesini isteyemeyecektir." ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 64, İstanbul, 1989.

Sözleşmedeki esaslara aykırılık da, TBK. md. 473/II anlamında ayıplı imalat olarak değerlendirilmelidir. Örneğin; yüklenicinin yetkisiz alt yüklenici çalıştırması ya da yer üstü işletmesi yerine yer altı işletmesi yapmak gibi sözleşmeye aykırı bir metodun denemesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir.³⁰

B. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağıın “Açıkça” Görülmesi

Yüklenicinin tutumunda eserin ayıplı ya da sözleşme şartlarına aykırı olacağıın muhtemel olması yetmez, açıkça tahmin edilebilir olmalıdır. Zira TBK. md. 473/II, eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağıın açıkça tahmin edilebilmesi durumunda iş sahibine, teslimi beklemeden, müdahalede bulunma hakkı tanımaktadır³¹. Eserin imali esnasında, eserde belirli niteliklerin bulunmaması, eser tamamlandığında onun ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olmasına sebep olacaksa açıkça öngörülebilme şartı sağlanmış demektir. İş görmenin genel gidişatına bakılarak eserin ayıplı olacağı ya da sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde olmayacağı öngörülebilir.³² Örneğin; yüklenici kararlaştırılan eserin imali için uygun olmayan malzeme depolarsa ya da yüklenicinin işi projeye aykırı olarak yürütmesi durumlarında işin ayıplı yapılacağı açıkça tahmin edilebilir durumdadır. Tekrarlanan haller dışında bu durumda üçüncü kişiye tevdi sınırlı uygulanmalıdır.³³

Gauch’a göre, ayıplı ifa ya da sözleşmeye aykırılığın her zaman önceden ve açıkça tahmin edilebilir nitelikte olması gerekir. Ancak açıkça tahmin olunmadan, iş sahibinin sübjektif endişesi anlaşılmalıdır. Bu konuda ortaya çıkabilecek durumlar dikkate alınarak objektif bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna karşın kesinlik ise gerekli değildir. Çünkü gelecekte olacakların kesinliği

³⁰ TANDOĞAN, s. 64; GAUCH, N. 877; GÜMÜŞ, s. 25; KOCAĞA, s. 182.

³¹ “...Davacı tarafça sözleşmeye uygun olmayacak şekilde daire teslim edileceğinden bahisle işbu davanın açılmış, mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 2/b maddesindeki “yüklenici tarafça ifraz ve tevhitlen sonra elde edilecek imar parselinden eski 31 numaralı parselin üzerine tam denk gelecek şekilde yapılacak zemin kat dükkan, bu dükkan için 20 m²’lik bodrum, dükkan üzerine 62- 59 parsellere cephe olan bir stüdyo daire ve ikinci katta iki bitişik stüdyo dairenin arsa sahibine verileceği, 28.02.2013 tarihine kadar dükkan ruhsatı alınamaz ve zemin kata dükkan yapılmaz ise arsa sahibine belirtilen dükkan ve dairelere karşılık birinci kattan 4 ve ikinci kattan 1 stüdyo daire verileceğine” dair hususların incelenmediği anlaşılmalıdır. Bu husus aynı zamanda TBK’nın 473/2. maddesi şartlarının oluşup oluşmadığının tespiti yönünden de önemlidir. Bu nedenle, gerekirse mahallinde keşif yapıp bilirkişilerden rapor alınarak oluşacak uygun sonuç dairesinde karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır...” Yargıtay 23. HD. E. 2014/9009, K. 2016/66, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016)

³² ÖZ, s. 62; GÜMÜŞ, s. 25; KOCAĞA, s. 182; TANDOĞAN, s. 64.

³³ GAUCH, N. 890; TANDOĞAN, s. 63; ÖZ, s. 63.

olmaz.³⁴

Eserdeki ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın eserin imali sırasında söz konusu olması gerekmeyip, böyle bir tehlikenin ileri aşamalarda vuku bulacak olmasının öngörülmesi yeterlidir. İş görme faaliyetleri başlamamış olsa da yapılacak eserin ayıplı olacağı açıkça öngörülyorsa TBK. md. 473/II'ye başvurulabilir.³⁵

C. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağıın “Meydana Getirilmesi Sırasında” Görülmesi

‘Eserin meydana getirilmesi sırasında’ ifadesinin lâfzî yorumundan, yüklenici sözleşmede kararlaştırıldığı gibi eseri imale başlamış olmakla birlikte eserin henüz tamamlanmamış olduğu anlaşılır. Eserin ayıplı olması ya da sözleşmeye uygun olmamasının, eserin meydana getirilmesi sırasında olması, TBK. md. 473/II için asli şarttır. Bu yüzden iş tamamlandıktan ya da tamamlanmış eserin tesliminden sonra ayıp ortaya çıkarsa TBK. md. 473/II uygulanmaz. Zira teslim edilmiş işin iyileştirmesi kavramı farklıdır.³⁶

Gauch’a göre TBK. md. 473/II’nin amacı, iş sahibinin hâkimin iznine gerek olmadan, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesi durumuna hızlıca müdahale edebilmesini mümkün kılmaktır. Bu sebeple eser tamamlandığında bu amaç ortadan kalkar ve acilen müdahale edilmesi gereken bir durumun varlığından söz edilemez.³⁷ Niklaus ise eserin tesliminden sonra da yüklenicinin ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı gidermede gecikmesi durumunda TBK. md. 473/II’ye başvurulabileceği görüşündedir. Zira yüklenicinin teslim öncesi de teslim sonrası da eserin ayıplı olmasını önleme yükümlülüğü aynı niteliktedir. Her iki durumda da eserin ayıpsız olarak meydana getirilip teslimi amaçlanmaktadır. Bu yüzden teslimden sonraki ayıpların giderilmesinde de TBK. md. 473/II kıyasen uygulanmalıdır.³⁸

Kanaatimizce, Türk Borçlar Kanunu md. 473/II’de “meydana getirilmesi sırasında” ibaresi kullanıldığı için eserin yapımına başlanmış ancak henüz

³⁴ GAUCH, N. 878.

³⁵ GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi, s. 799, Ocak, 2002, S. 1; GÜMÜŞ, s. 25.

³⁶ GAUCH, N. 873-874; TANDOĞAN, s. 63; “Eser sözleşmesi taraflara haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme akdidir. Bu akitte, yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle mükelleftir. Yüklenicinin eseri teslim aşamasına kadar, eksik ve kusurlu işlerden sorumluluğu söz konusudur. Teslimden sonraki dönemde ise, tekeffül sorumluluğu gündeme gelmektedir.” Yargıtay 15. HD. E. 2005/7623, K. 2006/166, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

³⁷ KOCAĞA, s.183.

³⁸ NIKLAUS, s. 158 vd.

tamamlanmamış olması gerekir. Ancak eserin imaline henüz başlanmamış olmakla birlikte yapılacak eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağı açıkça öngörülebiliyorsa, TBK. m. 473/II hükmü lafzına rağmen, uygulanabilir.³⁹ Örneğin; eser için elverişli olmayan malzemenin işyerine depo edilmesi halinde, iş sahibi, söz konusu elverişsiz malzemenin oradan kaldırılmasını talep edebilir.⁴⁰

II. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılmasında Yüklenicinin Kusuru

A. Eserin Ayıplı ya da Sözleşmeye Aykırı Olmasının Yüklenicinin Kusurundan Kaynaklanması

Ayıplı ifa ya da sözleşme şartlarına aykırı imal sebebiyle işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi için yüklenici kusurlu olmalıdır. Hükmün düzenlemesinden iş sahibinin, işi başkasına yaptırabilmesi için yükleniciye yükletilebilen bir kusurun olmasının şart olduğu anlaşılmaktadır. Hükümde açıkça yer alan yüklenicinin kusurlu olması gerektiği ifadesine rağmen yüklenicinin kusurunun olup olmaması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre ayıp ya da sözleşmeye aykırılık yüklenicinin kusurundan kaynaklanmakla birlikte, bunun için iş sahibinin kusurunun bulunmaması yeterlidir. Çünkü eserin ayıplı olması halinde, yüklenicinin sorumluluğu kusura dayanmaz ve bu durumda iş sahibinin kendi kusuruyla ayıba yol açmaması yeterlidir. İş sahibi eserin tesliminden sonra işin ayıplı olarak yürütülmesine ilişkin taleplerini (TBK. md. 475) ileri sürebilir.⁴¹

Yüklenicinin kusuru lâfzî anlamda yorumlanmamalıdır. Buradaki ölçü iş sahibinin sorumluluğu ile ilgili TBK. md. 476'da olduğu gibi değerlendirilmelidir. Yüklenicinin buradaki sorumluluğu sebep sorumluluğu olup TBK. md. 476'da iş sahibinin bizzat kusuru ile ilgili olan duruma benzer ve buradaki kusur kavramını açıklamak için yeterlidir. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğu göz önünde tutularak iş sahibine eserin ayıplı olması konusunda bir kusurun yüklenememesi gerekir.⁴²

Diğer bir görüşe göre, masraflar yükleniciye ait olmak üzere eserin üçüncü kişiye yaptırılması için ayıp ya da sözleşmeye aykırılık yüklenicinin kusurundan ileri gelmelidir. Kusur, yardımcı kişinin davranışından da kaynaklanabilir. Bu durumda alt yüklenicinin ya da yardımcı kişilerin kusuru da yüklenicinin

³⁹ ARAL, s. 340; GAUCH, N. 874.

⁴⁰ TANDOĞAN, s. 63; ARAL, s. 358.

⁴¹ ALTAŞ, Hüseyin, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Dönme Hakkı (TBK. md.358), Prof. Dr.Fikret EREN'e Armağan, s.123, Ankara, 2006; GAUCH, N. 879-880;

⁴² GAUCH, N. 897; ZINDEL/PULVER, N. 34-35; GÜMÜŞ, s. 25.

kusuru sayılır. Zira, alt yüklenicinin davranışlarından, yüklenici TBK. md 116 gereği sorumludur. Böyle bir durumda alt yüklenicinin kusurlu davranışlarının yükleniciye isnat edilebilmesi gerekir.⁴³

Bu konuda ileri sürülen son bir görüşe göre ise, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması durumlarını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Buna göre eserin ayıplı olduğu durumlarda yüklenicinin kusuru aranmamalıdır. Sözleşmeye aykırılık durumlarında ise yüklenicinin kusurlu olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁴

Eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesinin yüklenicinin kusurundan ileri gelmesi gerektiği TBK. md. 473/II'de açıkça öngörülmüştür. Bu sebeple eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olması durumlarında, yüklenicinin kusurunun olup olmaması gerektiğine ilişkin tartışmaların pratik açıdan bir öneme sahip olmadığı kanaatindeyiz.

B. Eserin Ayıplı ya da Sözleşmeye Aykırı Olmasında İş Sahibinin de Kusurunun Bulunması

Eserin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi ve masraflarının yükleniciden istenebilmesi, iş sahibinin kusurunun olmamasına bağlıdır. Burada iş sahibinin kusurunun bulunmaması yeterli olduğu için, yüklenici kusurlu olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olmasında, hem iş sahibinin hem de yüklenicinin kusuru bulunduğu durumlarda iş sahibi, TBK. m. 473/II gereğince işi üçüncü kişiye yaptırabilir. Ancak bu durumda işin üçüncü kişiye yaptırılması masraflarına katılmak zorundadır.⁴⁵

İş sahibi, eserin gereği gibi ifası için yapılan fazla giderler ile birlikte ayıplı imal yüzünden uğranılan zararları ve üçüncü kişiden alınamayan ya da kaza

⁴³ TANDOĞAN, s. 64; NIKLAUS, s.101 vd; GÖKYAYLA, s. 800; ŞENOCAK, s. 200; YAVUZ, s. 612.

⁴⁴ KOCAAĞA, s. 186.

⁴⁵ ZINDEL/PULVER, N. 35; NIKLAUS, s.104-105; GÖKYAYLA, s. 800; "Yüklenici, davacıya ait binanın zeminden ısıtma işini üstlenmiştir. İşin teslim tarihi 24.2.1993'tür. Davacı 24.2.1993- 14.12.1993 dönemi için gecikme tazminatı istemiş ve davanın kabulüne ilişkin bu karar kesinleşmiştir. İkinci dava 24.2.1993- 15.4.1993 dönemi için açılmış ve davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Her ne kadar yüklenicinin direniminden itibaren gecikilen sürede tazminat ödenmesi gerekli ise de, kendisine gönderilen 9.12.1993 ihtarnamede işin 14.12.1993 tarihinde iş sahibi tarafından teslim alınacağı; eksik ve ayıplı işlerin başkasına yaptırılacağı bildirilmiştir. Bu durumda davacı iş sahibi işi bizzat yapmayı üstlendiğinden, mahkemece yapılacak iş; başka bir yüklenici bulunması ve eksik/kusurlu işlerin tamamlanması için ne kadar bir süre gerektiğinin tespiti ile o süreye göre gecikme tazminatının hesaplanıp ortak kusur nedeniyle bundan bir indirim yapmaktan ibaret olacaktır." Yargıtay 15. HD. T. 24.01.2005 04/2922, 05/153 YKD. S. 5, Y. s. 732, 2005, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

sonucunda meydana gelen zararları yükleniciden talep edebilir. Ancak iş sahibi de işi tevdi edeceği kişiyi seçerken ve ona talimat verirken özenli davranmak zorundadır. Aksi halde zarara kendisi katlanır.⁴⁶

III. Yükleniciye Uygun Bir Mehil Verilmesi ve İşin Üçüncü Kişiyeye Yaptırılacağı İhtarında Bulunulması

İş sahibi, yükleniciye TBK. md. 123'e göre uygun bir süre vermeli ve hasar ve masrafı ona ait olmak üzere ayıpların giderilmesini talep etmeli ya da işin devamının üçüncü kişiyeye yaptırılacağı ihtarda bulunmalıdır. İş sahibi vereceği mehili kendisi belirleyebileceği gibi hâkime de tayin ettirebilir. Sürenin yeterli olup olmadığı konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklarda, ispat kolaylığı açısından sürenin hâkime tayin ettirilmesi daha uygundur. Yüklenici, kendisine verilen bu sürede iş görme faaliyetlerini yeniden yapılandırıp yanlışlığı düzeltecek, hatalı kısımları tamir edecektir. Zira iş sahibine verilen bu hak eserin gereği gibi ifa edilmesi içindir.⁴⁷ İşin üçüncü kişiyeye tevdi edilebilmesi için verilen mehil sonuçsuz kalmalı, süre yüklenicinin ihtarına uymaması ile geçirilmiş olmalıdır.

Süre vermedeki amaç yüklenicinin kusurlu eylemine son vererek eserin sözleşmeye uygun şekilde, zamanında ve gereği gibi teslim edilmesini sağlamaktır. Bu süre geçmeden iş sahibinin işi üçüncü kişiyeye yaptırma yetkisi yoktur. İş sahibi, yükleniciye uygun bir mehil verip ihtarında bulunmadan işi üçüncü kişiyeye yaptırması durumunda masrafları yükleniciden talep edemez.⁴⁸ Zira iş sahibinin ücrete ilişkin alacak hakkı, üçüncü kişinin yükleniciye verilen sürenin dolmasından sonra çalışmaya başlamasıyla doğar. Ancak yükleniciye verilen süre dolmadan üçüncü kişi işe başlamak için hazırlık yapabilir. Üçüncü kişinin hazırlık faaliyetlerine başlaması için yükleniciye verilen sürenin geçmiş olması gerekli değildir. Ücret ile ilgili alacağın kapsamına, bu hazırlık işleri için yapılan harcamalar da dâhil edilir. Burada iş sahibi tarafından sözleşmenin feshine benzer bir durum oluşur.⁴⁹ Burada, yüklenici kendisine verilen süre içerisinde eserdeki ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı giderirse, üçüncü kişinin işe başlamak için giriştiği hazırlık faaliyetleri sebebiyle, yaptığı masrafları kimden isteyeceği sorusu gündeme gelebilir. Kanaatimizce bu gibi bir durum söz konusu olduğunda, iş sahibinin üçüncü kişiyeye (ikame yüklenici) karşı sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışından doğan sorumluluğu (culpa in contrahendo) sebebiyle tazminat yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Bu sebeple iş sahibi, üçüncü kişinin uğramış olduğu menfi zararları tazmin etmelidir.

⁴⁶ TANDOĞAN, s. 65-66; KARAHASAN, s. 252.

⁴⁷ SELİÇİ, s. 113; TANDOĞAN, s. 62; ALTAŞ, s. 124; ÖZ, s. 63; KOCAAĞA, s. 187.

⁴⁸ TANDOĞAN, s. 65; GÖKYAYLA, s. 800.

⁴⁹ GAUCH, s. 882.

Verilen mehil, eserin tamamlanması için uygun ve deneyimli bir yüklenicinin gerekli tedbirleri alarak eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesi için yeterli olmalıdır. Zira süre vermenin amacı eserin gereği gibi ifası için yükleniciye son bir şans tanımaktır. Örneğin; kalitesiz malzeme kullanılmışsa, bu malzemenin değiştirilmesi ya da malzemelerin saklanması için bir baraka yapılması gerekiyorsa bu barakanın yapılması için yeterli bir süre verilmelidir.⁵⁰ Ortaya çıkan ayıbın giderilmesi imkânı varsa, mehili belirleyen iş sahibi, yüklenicinin ortaya çıkan ayıbı ne kadar süre içerisinde giderebileceğini dikkate almalıdır. Mehil verme yüklenicinin karar verme özgürlüğünü sınırlar. Bu sınırlama iş sahibinin menfaatinin korunması ile ilgilidir. Özellikle eserin sorunsuz olarak devamı için zarardan korumasına ve vaktinde eserin ayıpsız teslimine ilişkin iş sahibinin menfaati dikkate alınmalıdır.⁵¹

Yüklenici, kendisine verilen süreyi yeterli bulmazsa derhal itiraz etmelidir; daha sonradan sürenin yetersiz olduğunu ileri süremez ve mehili içeren ihtar geçerli hukuki sonucunu doğurur.⁵² Verilen mehil kısa olsa bile yüklenici için de uygun ise yüklenici sürenin kısa olmasına itiraz edemez. Mehil verilmesini gerektirmeyen durumlar söz konusu ise, yükleniciye süre verilmesine de gerek yoktur. Örneğin; yüklenicinin ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırma imkânı olmadığı ya da yüklenicinin ayıbı ve sözleşmeye aykırılığı gidermeyi kesin ve ciddi olarak reddetmiş olduğu durumlarda süre verme gereksiz bir uygulama niteliği taşır.⁵³ Ayıp ve sözleşmeye aykırılık eserde önemli bir zarara sebep olmuşsa da TBK. md. 124 gereğince süre vermeye gerek yoktur. Zira süre vermenin amacı, ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın zarar meydana gelmeden giderilmesini sağlamaktır. Zarar meydana gelmişse ihtar yapılarak zararın tazmini istenebilir.⁵⁴

Yüklenici verilen sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı giderse dahi iş sahibi gecikme sebebiyle yükleniciden tazminat talep edebilir. Zira verilen süre yükleniciye işleri uzatma yetkisi vermez. Ancak bunun için eseri teslim alırken bir itiraz kaydı ileri sürmesi gerekir. İhtiraz kaydı ileri sürmeksizin eseri kabul eder ya da yüklenicinin ücretini öderse, iş sahibi tazminat talebinde bulunamaz.⁵⁵

⁵⁰ SELİÇİ, s. 112.

⁵¹ GAUCH, s. 884.

⁵² SELİÇİ, s. 112; TANDOĞAN, s. 65; KOSTAKOĞLU, s. 357; KARAHASAN, s. 252; GÖKYAYLA, s. 800; GÜMÜŞ, s. 26; YAVUZ, s. 612.

⁵³ GAUTSCHİ, N. 7; GAUCH, s. 885; ÖZ, s. 63; SELİÇİ, s. 119; KARAHASAN, s. 252.

⁵⁴ SELİÇİ, s. 112; GÖKYAYLA, s. 800; ERGEZEN, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 66, Ankara, 2007.

⁵⁵ TANDOĞAN, s. 65; KOSTAKOĞLU, s. 357; “ Müteahhit verilen süre zarfında eserin ayıplı olacağı tehlikesini bertaraf etmesine rağmen, bu düzeltme faaliyetleri yüzünden artk eser vadeye yetişmez hale gelirse, iş sahibi bu kez de doğrudan TBK. md. 358/1’de düzenlenen bu nedenle, ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmelidir.” ÖZ, s. 63.

İş sahibi, verilen süre içerisinde ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmemesi durumunda masraflar yükleniciye ait olmak üzere işin üçüncü kişiye yaptırılacağını en geç süre tayininde ihtar etmelidir. Mehilin dolmasından sonra yapılan ihtar geçerli değildir. İhtar içermeyen uygun süre tayini, işin üçüncü kişiye yaptırılmasını sağlamaz. Bunun gibi verilen süre dolmadan iş üçüncü kişiye ikame edilemez. Eğer iş sahibi yükleniciye böyle bir ihtarda bulunmadan işi üçüncü kişiye yaptırırsa masraflara kendisi katlanır.⁵⁶

3. Türk Borçlar Kanunu. md. 473/II'nin Sonuçları

I. İş Sahibinin İş Üçüncü Kişiye Yaptırma ve Eseri Tamir Hakkı

A. Genel olarak

Türk Borçlar Kanunu md. 473/II'deki şartların gerçekleşmesiyle iş sahibinin, işin devamında söz konusu olabilecek hasar ve masraflar yükleniciye ait olmak üzere işi, üçüncü kişiye yaptırması veya tamiri mümkündür. Zira yüklenici, eserin zamanında ve eksiksiz teslimini borçlanmıştır. Ayrıca TBK. md. 113'de öngörülmüş olan hâkimden izin almak zorunluluğu burada söz konusu değildir.⁵⁷

Türk Borçlar Kanunu md. 473/II'nin lafzından üçüncü kişiye eserin tamiratının ya da imalatının devamının bırakılacağı sonucu çıkarılabilir. Üçüncü kişi, eserdeki ayıbı giderme, iyileştirme ya da eserin meydana getirilmesine devam edebilecektir.

B. İşin Üçüncü Bir Kişiye Yaptırılması veya Tamiri

Şartların oluşmasıyla işin üçüncü kişiye verilmesi durumunda iş sahibi ile üçüncü kişi (ikame yüklenici) arasında, ilk yükleniciyle iş sahibi arasındaki eser sözleşmesinden bağımsız ve yeni bir eser sözleşmesi kurulurken, ilk yüklenici ile iş sahibi arasındaki eser sözleşmesinin tasfiyesi söz konusu olur. Böyle bir durumda iş sahibi yeni yükleniciye karşı aralarındaki eser sözleşmesi gereğince bütün haklara sahip olduğu gibi, ayrıca ücret ödeme borcu altına da girmiş olur. İlk yüklenici ise işin üçüncü kişi tarafından yapılması sebebiyle söz konusu olan masrafları ödeme borcu altındadır.⁵⁸

İlk yüklenici ile ikame yüklenici arasında ise herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Ancak ikame yüklenicinin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı ifade bulunması durumunda iş sahibi bunlardan dilediğine başvurabilir. Burada ilk yüklenici ile ikame yüklenici arasında TBK. md. 61 gereğince teselsül söz konusudur ve bir rücu ilişkisi meydana gelir.⁵⁹

⁵⁶ SELİÇİ, s. 112; TANDOĞAN, s. 65; KARAHASAN, s. 252; ŞENOCAK, s. 201-202; NIKLAUS, s.106-107.

⁵⁷ ZINDEL/PULVER, N. 35; BGE 124 II 55.

⁵⁸ ŞENOCAK, s. 204; KOCAAĞA, s. 190.

⁵⁹ GÜMÜŞ, s. 26; ŞENOCAK, s. 205; NIKLAUS, s.112.

Bir görüşe göre⁶⁰ bedel götürü olarak belirlenmişse, bu bedelin aşılması durumunda dahi, iş sahibi işi üçüncü kişiyeye yaptırabilir. Ancak belirtmek gerekir ki bedelle ilgili sınırları dürüstlük kuralına göre tayin etmek gerekir (TMK. md. 2).

İşin TBK. md. 473/II gereğince üçüncü kişiyeye bırakılabilmesi için edimin yüklenicinin şahsına bağlı olmasının bir önemi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre işin yüklenicinin şahsına bağlı olup olmamasının bir önemi yoktur. Zira edimin yüklenicinin şahsına bağlı olması alacaklının menfaatindedir ve alacaklı dilerse bundan feragat ederek işi üçüncü bir kişiyeye verebilir.⁶¹ Diğer bir görüşe göre ise⁶², işin üçüncü kişiyeye yaptırılabilmesi için edimin yüklenicinin şahsına bağlı olmaması gerekir. Yüklenicinin, eserin meydana getirilmesinde kişisel özelliklerinin önemli olduğu hallerde, üçüncü kişinin eserin yapımına katılması eserin değerinde azalmaya yol açabileceği için kalan kısmın tamamlanması üçüncü kişiyeye bırakılamaz. Böyle bir değer kaybı iş sahibinin menfaatlerini zedelediği gibi dolaylı olarak yükleniciye de zarar verebilir. Bu yüzden iş sahibi, yüklenicinin onayını almaksızın ayıbın ve sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için üçüncü kişiyeye başvuramaz.

İş sahibi tamir ve işin devamını istemekte serbest seçim hakkına sahip değildir. Kural olarak ayıp ya da sözleşmeye aykırılık hallerinde üçüncü kişiyeye sadece işin tamiri yaptırılabilir. İşin tamamının yapılması üçüncü kişi için söz konusu olmaz. İşin kalan kısmının üçüncü kişiyeye yaptırılabilmesi eserin zamanında ve gereği gibi ifasının tehlikeye düştüğü durumlarda söz konusu olabilir. Buna karşılık iş sahibi TBK. md. 113'deki durumda olduğu gibi tamir veya işin devamını üçüncü kişiyeye gitmeden bizzat kendisi yapabilir.⁶³ Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre⁶⁴, böyle bir sınırlama yapmak gereksizdir. İş sahibi, TBK. md. 473/II gereğince ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın üçüncü kişi tarafından giderilmesinden sonra işin devamını üçüncü kişiyeye bırakabileceği gibi yüklenicinin de devam etmesini tercih edebilir. Yüklenicinin kendisine tanınan sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı gidermesi, işe devam etme niyetinde olduğunu gösterir. Aksi halde yüklenici verilen sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırmazsa, iş sahibi ayıbın ve sözleşmeye aykırılığın giderilmesiyle birlikte işin kalan kısmını da üçüncü kişiyeye yaptırabilir.

İşin devamının üçüncü bir kişiyeye tevdi edilebilmesi yüklenicinin ayıpsız ve eksiksiz olarak imal etmeyi borçlanmış olduğu iş görmedir ki buna malzeme temini borcunu da dâhil etmek gerekir. TBK. md. 473'ün amaçsal yorumuna

⁶⁰ GAUCH, N. 871.

⁶¹ KOCAAĞA, s. 191.

⁶² ALTAŞ, s. 124; GAUCH, N. 893; ŞENOCAK, s. 199-200; GÜMÜŞ, s. 25.

⁶³ GAUCH, N. 889; TANDOĞAN, s. 64; ARAL, s. 360.

⁶⁴ GÜMÜŞ, s. 26; KOCAAĞA, s. 192.

göre bir değerlendirme yapıldığında, sözleşmeye aykırılığı engellemekte yeterli olursa henüz yerine getirilmemiş çalışmanın ayrılabilen kısmının üçüncü kişiye tevdi edilmesi mümkündür.⁶⁵

Yüklenici, ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı giderme konusunda ciddi ve samimi olmalıdır. Verilen sürede işi yapıyormuş izlenimi vererek göstermelik faaliyetlerde bulunuyorsa, yani ihtarın hükmünden kurtulmak amacındaysa iş sahibi TBK. md. 473/II'den faydalanabilmelidir.⁶⁶

İşin üçüncü kişi tarafından yapılması sebebiyle doğacak masraflarla birlikte hasar rizikosu da yükleniciye ait olup yüklenici kazaen meydana gelen zararları da karşılamakla yükümlüdür. İşin devamının üçüncü kişi (ikame yüklenici) tarafından yapılması sırasında bir hasar meydana gelirse TBK. md. 473/II uyarınca bundan ilk yüklenici sorumlu olacaktır. Ancak zarar ve hasar, ikame yüklenicinin seçilmesi ya da ona talimat verilmesi gibi iş sahibine isnat edilebilecek bir sebepten ileri gelirse bu durumda ilk yüklenici sorumlu tutulamaz.⁶⁷

C. İşin Üçüncü Kişiye Yaptırılmasının Masrafları

İşin üçüncü kişiye yaptırılmasından doğan ücret, muhtemel tehlikelerden meydana gelecek zarardan ve kötü işin tevdi edilen kişi tarafından giderilemeyen sonuçlarından doğan sorumluluk yükleniciye aittir. Yüklenicinin eser meydana getirme edimi, ikame ifanın masrafları ve gerektiğinde tazminat ödeme borcuna dönüşür. İş sahibinin ikame yükleniciyle sözleşme yaptığı anda ilk yüklenicinin sorumluluğu doğar ve iş sahibi yaptığı masrafları istemek hakkını kazanır. Bunun dışında iş sahibi, üçüncü kişiye ödemiş olduğu tutarı da talep edebilir. Bu bir tazminat talebi niteliğinde değildir. Bilakis eserin tamamlanmasında, üçüncü kişinin kullanılmasından doğan bir alacak hakkı vardır.⁶⁸

İş sahibi ücret ödeme borcunu henüz yerine getirmemişse, TBK. md. 97 gereğince ödemelik def'inden yararlanarak ücret ödeme borcunu ifadan kaçınabilir. Böylelikle iş sahibi sonradan talep edeceği tazminatla ücret ödeme

⁶⁵ GAUCH, N. 888.

⁶⁶ GÖKYAYLA, s. 801.

⁶⁷ SELİÇİ, s. 113; TANDOĞAN, s. 62-63.

⁶⁸ ZINDEL/PULVER, N. 37; ARAL, s. 361; "Eser sözleşmelerinde kural olarak, yüklenicinin iş bedelinin tamamına hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve iş sahibinin ondan beklediği amacına uygun ve ayıpsız olarak yapıp teslim etmesi gerekir. Eserin eksik ve kusurlu yapılması nedeniyle iş sahibi eksik ve kusurlu işlerin başkasına yaptırılmasından dolayı alacak talebinde bulunabileceği gibi eserin tamamen reddini gerektirmiyorsa iş bedelinin eksik ve kusurlu işlere ilişkin kısmını ödemekten kaçınabilir." Yargıtay 15. HD. E. 2005/7466, K. 2005/6769 <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

borcunu takas edebilir. Eğer iş sahibi ücret ödeme borcunu ifa etmişse, böyle bir durumda ödemezlik def'i söz konusu olamayacağından tazminat talep edebilecektir.⁶⁹

İlk yüklenicinin sorumlu olduğu masraf miktarı, işin ikame yükleniciye yaptırıldığı miktarla sınırlıdır. İş sahibi en az maliyetli yükleniciyi seçmek zorunda olmadığı gibi işi en yüksek maliyetle yapan yükleniciyi tercih etme yetkisi de yoktur. İş sahibi, ikame yükleniciyle daha masraflı ve lüks bir metot kararlaştırmışsa bu masrafları ilk yükleniciden isteyemez. Önemli olan masrafların dürüstlük kuralına uygun yapılmış olmasıdır.⁷⁰

Verilen mehilin dolmasını beklemeden iş kendisi yapan iş sahibi sadece zorunlu giderlerini talep edebilir. Bu durumda yüklenici, eser gereği gibi ifa edilseydi zaten karşılamak zorunda olduğu masrafları ödemek zorundadır. Ancak ikame yüklenicinin işi tamamlaması sebebiyle eser değer kazanmışsa, bu değer ilk yüklenicinin karşılamak zorunda olduğu masraflardan indirilmelidir.⁷¹

İşin üçüncü kişiye yaptırılması sebebiyle söz konusu olacak masraflar için genel kabule göre iş sahibinin, ilk yükleniciden avans istemesi mümkündür. Bunun için iş sahibinin ikame yükleniciyle sözleşme yapması zorunlu olmayıp görüşmelere başlamış olması yeterlidir. Avansın miktarı işin üçüncü kişiye yaptırılması sebebiyle doğacak muhtemel masraflara göre belirlenir. Bu masraflar eserin tamamlanabilmesi için mahkemeye başvurulduğu sırada piyasa rayicine göre ortalama bir tutarı kapsamalıdır.⁷²

İlk yükleniciden alınan bu avans daha sonra onun ödemek zorunda olduğu masraflardan indirilir. Avansın, ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermeye yetmemesi durumunda iş sahibi tekrar avans isteyebileceği gibi, yüklenici de artan avans miktarını iş sahibinden geri talep edebilir.⁷³

D. İş Sahibinin İş Bizzat Kendi Yapması Durumu

İş sahibi işi mutlaka üçüncü kişiye yaptırmak zorunda olmayıp bizzat kendisi de yapabilir.⁷⁴ Eserdeki ayıp ya da sözleşmeye aykırılık durumunda iş sahibi, TBK. md. 473/II gereğince işi bir başkasına tevdi edebileceği gibi, TBK. md. 113/l'e göre kalan işin masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisi

⁶⁹ DİRİCAN, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, s. 52-53, İstanbul, 2007.

⁷⁰ GAUCH, N. 871; NICLAUS, s. 119.

⁷¹ KOSTAKOĞLU, s. 357; ŞENOCAK, s. 206.

⁷² AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, s.182, Ankara, 2008; ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 90, İstanbul, 2007; GÜMÜŞ, s. 44; KOCAĞA, s. 194.

⁷³ KOCAĞA, s. 194-195; UÇAR, s. 206; ŞENOCAK, s. 207.

⁷⁴ ZINDEL/PULVER, N. 38; GAUCH, N. 891; ŞENOCAK, s. 191.

tarafından ifasına izin verilmesini hâkimden isteyebilir.⁷⁵

Türk Borçlar Kanunu md. 473/II'de işin üçüncü kişiye verileceği (Beizug Dritten) ifadesi yer almaktadır. İş sahibi bu hüküm sayesinde işin tamamlanması ya da tamirine ilişkin menfaati elde eder. Bu açıdan TBK. md. 473/II hükmü, TBK. md. 113/I'e benzemektedir. TBK md. 473/II'de işin tamamlanması ya da tamiri yetenek gerektirdiği için üçüncü kişiye yaptırmak kavramı getirilmiştir. Bu yüzden, eserin iş sahibi tarafından yapılması halinde beklenen menfaat sağlanamaz. Çünkü iş sahibinin kararlaştırılan eserin imaline ilişkin uzmanlığı ve altyapısı yoktur.⁷⁶

Yüklenicinin işi şahsen yürütme borcunun olduğu hallerde, işin tamamlanması ve tamiri için işin üçüncü kişiye verilmesi söz konusu olmaz. Çünkü bu temsili mümkün bir durum arz etmez. Bu durum TBK. md. 473'de düzenlenmemiştir. Burada boşluk olduğu için iş sahibinin bu gibi durumlarda korunması söz konusu değildir.⁷⁷ İş sahibini korunmasız bırakmamak için TBK. md. 473/1'in amaçsal yorumundan hareket ederek iş sahibine sözleşmeden dönme hakkını tanımak gerektiği doktrinde belirtilmiştir.⁷⁸ Ancak Gauch'a göre TBK. md.473/II'de düzenlenmemiş olan bu durumu TBK. md. 473/I' deki hükümle doldurmak mümkün değildir. Zira her iki hüküm farklı durumları düzenlemektedir.⁷⁹

Kanaatimizce de, TBK. md. 473/I ve TBK. md. 473/II birbirine alternatif hükümler değildir ve ilgili fıkralarda iki farklı durum düzenlenmektedir. Bu sebeple yüklenicinin işi şahsen yürütme borcu olduğu durumlarda, işin tamamlanması ya da tamiri üçüncü kişiye bırakılmayacağından, iş sahibini korumak amacıyla TBK. md. 473/I gereğince iş sahibine dönme hakkı tanımak da zorlama bir yorum olacaktır. Bu gibi durumlarda genel hükümler çerçevesinde iş sahibinin zararlarının tazmini yoluna gidilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

II. İş Sahibinin Türk Borçlar Kanunu. md. 125'de Öngörülen Diğer Seçimlik Haklardan Yararlanması

A. Genel Olarak

Yüklenici, verilen sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı gideremezse, iş sahibinin işi üçüncü bir kişiye yaptıрма hakkının yanı sıra TBK. md. 125'de düzenlenen seçimlik haklardan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda TBK.

⁷⁵ DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, s. 64 (sayfa no kontrol ediniz, Ankara, 2008; SELİÇİ, s. 97; ALTAŞ, s. 108; TANDOĞAN, s. 20.

⁷⁶ GAUCH, N. 891.

⁷⁷ GAUCH, N. 893.

⁷⁸ ZINDEL/PULVER, N. 41.

⁷⁹ GAUCH, N. 893.

md. 473/II'de açıklık yoktur. Yüklenicinin kendisine verilen süreyi faydasız geçirmesi durumunda, iş sahibinin tekrar süre vermek mecburiyetinde kalmadan, işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine, TBK. md. 125'de yer alan aynen ifa ile gecikme tazminatını isteme, müspet zararın tazminini isteme, sözleşmeden dönme ve menfi tazminat isteme seçimlik haklarını kullanmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁸⁰ Zira iş sahibinin işi üçüncü kişiye yaptırması seçimlik haklardan feragat ettiği anlamına gelmez.⁸¹

B. İş Sahibinin Tazminat Hakkı

İş sahibinin, işin üçüncü kişiye yaptırılacağı ihtarında bulunmasının TBK. md. 125'deki seçimlik haklardan vazgeçtiği anlamına gelmediğinin, doktrinde genel olarak kabul gördüğünü daha önce belirtmiştik. Bu çerçevede işin üçüncü kişiye yaptırılması, müspet zararın somut yöntemle hesaplanması niteliğindedir.⁸² İş sahibi ayıp veya sözleşmeye aykırılık giderilmezse işi üçüncü kişiye yaptırabileceği gibi, aynen ifayı ya da derhal bildirmek kaydıyla müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini talep edebilir.

Yüklenicinin işin üçüncü kişiye verilmesi sebebiyle oluşan masrafları ödemekten kaçınması halinde cebri icra, bir para alacağı üzerinden yapılacaktır. Dolayısıyla eserin tamamlanması ikame yükleniciye verilmişse müspet zarar fiilen yapılmış olan masraflara göre belirlenecektir. Bu sebeple iş sahibi işi başka birine tevdi etmek yerine zararın doğrudan doğruya nakden tazminini de isteyebilir.⁸³ Bununla birlikte daha önce de belirtildiği gibi, yüklenici ayıbu veya sözleşmeye aykırılığı kendisi gidermiş de olsa gecikmeden dolayı iş sahibi tazminat talep edebilir.

İş sahibinin ücrete ilişkin alacak hakkı, TBK. md. 113/I'deki hakka benzer ve bir tazminat alacağı olarak nitelendirilemez.⁸⁴ Ücrete ilişkin olan tazminatın sınırları, iş sahibinin taahhüdü ölçüsünde takdir edilmelidir. Buna karşılık iş sahibinin üçüncü kişiye yaptırarak tasarruf ettiği kısım ise yüklenicinin borçlandığı teslim borcundan mahsup edilir.⁸⁵

Tandoğan⁸⁶, yapılacak işin sadece düzeltme ya da işin tamamının olmasına göre bir ayırım yapmaktadır. Düzeltme halinde işin tamamı değil, sadece düzeltilecek kısmı üçüncü kişiye yaptırılır. Burada iş sahibi işi üçüncü kişiye

⁸⁰ SELİÇİ, s. 113; TANDOĞAN; s. 65; YAVUZ, s. 615.

⁸¹ TANDOĞAN, s. 66; KARAHASAN, M. Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 253, İstanbul, 1997.

⁸² TANDOĞAN, s. 66; SELİÇİ, s. 113–114; YAVUZ, s. 615.

⁸³ SELİÇİ, s. 114; TANDOĞAN, s. 66.

⁸⁴ ZINDEL/PULVER, N. 39; GAUCH, N. 871.

⁸⁵ GAUCH, N. 871.

⁸⁶ TANDOĞAN, s. 66; Ayrıca bkz. YAVUZ, s. 619.

yaptırmak yerine tazminat da talep edebilir. Zira masrafların yükleniciden alınması somut metotla müspet zararın hesaplanması niteliğindedir.

Yükleniciye süre verilmesi, zarar tehlikesinin olduğu dönemde önem arz ettiğinden, önemli bir zarar söz konusuysa işin üçüncü bir kişiye yaptırılması yerine doğrudan tazminat talebinde bulunulabilir.⁸⁷

Eserdeki eksiklikler ayıp olarak nitelendirilemeyen çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. İş sahibi özen borcuna aykırılıktan kaynaklanan yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde de tazminat talebinde bulunabilir.⁸⁸

C. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

İşin üçüncü kişiye verilebilmesi hakkının şartları oluştuğunda TBK. md. 473/I veya md. 475'de olduğu gibi iş sahibinin dönme hakkı var mıdır? Yoksa bu hak eserin tesliminden sonra mı söz konusu olacaktır? Ayıp giderilmez ya da iş sözleşmeye uygun hale getirilmezse iş sahibi sözleşmeden dönebilir mi? Bu soruların cevapları TBK. md. 473/II'de açıkça düzenlenmemiştir.

Ayıp ve sözleşmeye aykırılık durumunda yüklenicinin verilen süreyi verimsiz geçirmesi üzerine iş sahibinin TBK. md. 125'deki seçimlik haklara başvurabileceği kabul edilmektedir.⁸⁹ O halde borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK. md. 125'de öngörülmüş olan dönme hakkı TBK. md. 473/II'de öngörülen durumlar için de geçerlidir denebilir. Zira TBK. md. 473/I'de iş sahibine dönme hakkı tanınmıştır ve TBK. md. 473/II'nin amacı da iş sahibini daha elverişsiz bir duruma sokmak olmayıp TBK. md. 125'deki seçimlik haklara ek olarak işin üçüncü kişiye yaptırılarak iş sahibinin daha iyi bir duruma gelmesini sağlamaktır. Dolayısıyla ayıplı ya da sözleşmeye aykırı eseri vaktinden önce düzeltme imkânının yanı sıra sözleşmeden erken dönme imkânının da tanındığı kabul edilmelidir.

TBK. md. 473/I'e kıyasen sözleşmeden dönmek, ancak işin üçüncü kişiye yaptırılmasının uygunsuz sonuçlar meydana getireceği ve bir yarar sağlamayacağı, eserin zamanında bitirilmesinin mümkün olamayacağı ya da üçüncü kişinin eseri zamanında bitiremeyeceğinin açık olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Ek olarak yüklenici işi şahsen ifa borcu altındaysa, yani kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edimi borçlanmışsa ve yürütülecek işin özelliklerine göre tercih edilmişse de iş sahibi sözleşmeden doğrudan dönebilecektir.

⁸⁷ SELİÇİ, s. 112.

⁸⁸ ZINDEL/PULVER, N. 32; TANDOĞAN, s.60-61; SELİÇİ, s. 110-111.

⁸⁹ EREN, Fikret, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer s. 78, Ankara 18-29 Mart, 1996; ERGEZEN, s. 66; TANDOĞAN, s. 69; ÖZ, s. 62; DAYINLARLI, s. 126-127; ŞENOCAK, s. 192.

Bu durumlar haricinde iş üçüncü kişiye yaptırılabilir, iş sahibinin sözleşmeden dönemeyeceği belirtilmiştir.⁹⁰ Ancak eser ayıplıysa, sözleşmenin kurulması aşamasında objektif imkansızlık ya da sonraki imkansızlık hallerinde istisnaen dönme hakkı söz konusu olabilir.⁹¹

İş sahibinin sözleşmeden dönmek için tekrar süre tayin etmesine gerek yoktur. Sözleşmeden dönmeye birlikte iş sahibi menfi zararlarını da isteyebilecektir.⁹²

Dikkat edilmesi gereken bir husus da, iş sahibinin, eserdeki ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın, yüklenici adına kendisinin ya da bir başkasının gidermesini talep hakkının sözleşmeden dönme anlamına gelmemesidir. TBK. md. 473/II sözleşmenin feshini öngören bir hüküm değildir. Dolayısıyla kusurlu kısmın yüklenici tarafından düzeltilmemesi sebebiyle buradaki bozukluğun iş sahibi ya da üçüncü bir kişi tarafından giderilmesi, sözleşmeden dönme sonucunu doğurmaz. Yüklenicinin yarım kalan esere devam etmesi gerekir. Zira sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri ve eserin gecikmesinden doğan zarardan sorumluluğu devam etmektedir. Ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için gereken ve eserin tamamlanmasını geciktiren bu süre ek süre olarak sözleşme süresine eklenemez.⁹³

İş sahibinin sözleşmeden dönebilme imkanı bulunduğu takdirde taraflar için sözleşmenin tasfiyesi söz konusu olacaktır. Buradaki dönme, ister TBK. md. 125'e ister TBK. md. 473/II'e dayandırılabilir kural olarak geriye etkili bir dönme niteliği taşır. Şartları varsa taraflar karşılıklı borçlarını takasla sona

⁹⁰ ALTAŞ, s. 124, GAUCH, N. 893; ZINDEL/PULVER, N. 40; TANDOĞAN, s. 119-120; ARAL, s. 362; ÖZ, s. 63.

⁹¹ ZINDEL/PULVER, N. 38-39; GÜMÜŞ, s. 25.

⁹² SELİÇİ, s. 114; DAYINLARLI, s. 127; KARAHAN, s. 253; GÖKYAYLA, s. 801; "Taraflar arasındaki 26.4.1989 tarihli sözleşmeye göre, imalat ve montaj işinin 15.4.1990 tarihinde bitirilip teslim edilmesi gerekmektedir. Bu tarihte sözleşmeye uygun olarak iş yapıp teslim edilmediği halde davacı, 25.10.1990 tarihine kadar gereksiz yere bekleyerek bu tarihte davalıya ihtar çekmiş ve ondan sonra gene gereksiz yere bekleyerek 11.12.1990 tarihinde sözleşmeyi feshetmiştir. Bundan sonra, kalan işi başkasına yaptırmıştır. Sözleşme feshedildiğine göre, davacı sadece bu yüzden uğradığı menfi zararlarını isteyebilir. Bu durumda, iki ihale arasındaki fark, yani feshedilen sözleşmedeki fiyat ile sonradan yaptırılan iş dolayısı ile ödenen fiyat arasındaki fark talep edilemez, ancak feshedilen sözleşme tarihinde, yani 26.4.1989 tarihinde serbest piyasa fiyatına göre bu imalat ve montaj işinin kaçta yapılabileceği saptanıp, teslim tarihi olan 15.4.1990 tarihinden itibaren makul bir bekleme süresi eklenerek bulunacak tarihte aynı işin serbest piyasa fiyatlarına göre kaçta yaptırılacağı tespit edilip, bu iki fiyat arasındaki farka menfi zarar olarak hükmedilmesi gerekirken, mahkemece sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile tespit tarihindeki fiyat arasındaki farka hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 15. HD. E. 1993/854, K.1993/4589 <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

⁹³ KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 357, İstanbul, 2008; ERDOĞAN, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görmeye Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD, C.3, S.1, s.147, Ocak- Haziran Konya, 1990.

erdirebilirler⁹⁴. Sözleşmeden dönme halinde, iş sahibinin menfi zararını ödeyen yüklenici, dönme tarihine kadar yapmış olduğu işin bedelini de iş sahibinden talep edebilecektir. Dönme nedeniyle söz konusu olacak iade yükümlülükleri aynı anda ifa edilir.⁹⁵

4. Türk Borçlar Kanunu. md. 473/II ile Türk Borçlar Kanunu. md. 113/I Arasındaki Hukuki İlişki

Yapma borcu, kural olarak iş görme edimlerine ilişkindir. Bu sebeple yapma borcuna aykırılığın ve bu durumun müeyyidesinin düzenlendiği TBK. md. 113'ün de incelenmesi gerekmektedir.⁹⁶

Türk Borçlar Kanunu md. 113/I'de "*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*" denilerek bir şeyin yapılmasına ilişkin borcun yerine getirilmemesi durumunda alacaklıya, borçlu yerine geçerek ifada bulunma yetkisi verilmesi ya da işin üçüncü kişiye yaptırılmasına izin verilmesi için mahkemeye başvurma imkanı tanınmıştır.

Türk Borçlar Kanunu md. 113/I, yapma borçlarında masrafları borçluya ait olmak üzere, alacaklının ikame işlem yapmak suretiyle, borcun konusunun kendisi ya da üçüncü bir kişi tarafından yapılmasını sağlayan genel bir hükümdür. Burada yapma borcunun aynen ifasının cebri icra yoluyla yerine getirilmesi sağlanmaktadır.⁹⁷ TBK. md. 473/II ile TBK. md. 113/I karşılaştırıldığında TBK. md. 473/II'nin daha özel bir hüküm (lex specialis) olduğu kabul edilmektedir.⁹⁸ TBK. md. 113/I sayesinde iş sahibi eseri tamamlatarak eser sözleşmesiyle amaçladığı menfaati elde etmektedir.⁹⁹

İş sahibinin TBK. md. 473/II'ye göre işi üçüncü kişiye yaptırması için hâkimden izin almasına gerek yoktur. Burada TBK. md. 113/I'deki kuraldan ayrılmaktadır. TBK. md. 473'ün amacı işin sözleşmeye aykırı olarak yapılacağıının anlaşılması üzerine bunun acilen önlenmesinin sağlanmasıdır. Bunun için hâkimden izin alınmasına gerek görülmemiştir. Buna karşılık iş sahibi dilerse süreyi hâkime tayin ettirebilir.¹⁰⁰ Bunun haricinde işin üçüncü kişiye tevdi edilmesi ve bunun masraflarının yükleniciden istenebilmesi

⁹⁴ TANDOĞAN, s. 70; SELİÇİ, s. 114; ARAL, s. 361.

⁹⁵ TANDOĞAN, s. 70; SELİÇİ, s. 114; ARAL, s. 361.

⁹⁶ DİRİCAN, s. 50.

⁹⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 633 vd, Ankara, 2012; EREN, s. 1027 vd, (Borçlar Genel).

⁹⁸ GÜMÜŞ, s. 21; ALTAŞ, s. 108; ŞENOCAK, s. 196.

⁹⁹ AYAN, s. 175.

¹⁰⁰ GAUCH, N. 887; TANDOĞAN, s. 65; SELİÇİ, s. 114; ARAL, s. 361-362.

açısından TBK. md. 113/I ve TBK. md. 473/II paralellik göstermektedir.¹⁰¹

Türk Borçlar Kanunu md. 113/I, aynen ifanın sağlanması niteliğindedir. Bu sebeple eser sözleşmesinden kaynaklanan borç herhangi bir sebeple sona ererse bu hüküm uygulanamaz. Eserin tamamlanması objektif olarak imkânsızlaşmışsa¹⁰² ya da iş sahibi TBK. md. 123/II'ye dayanarak aynen ifadan vazgeçmişse yine TBK md. 113/I'in uygulanması söz konusu olmaz.¹⁰³

Türk Borçlar Kanunu md. 473/II'nin amacı ivedi bir şekilde henüz eserin meydana getirilmesi aşamasında söz konusu olabilecek ayıp veya sözleşmeye aykırılığın önüne geçilmesidir. Eser tamamlandığı anda artık TBK. md. 473'ün uygulama amacı ortadan kalkar ve TBK. md. 113/I uygulama alanı bulur.¹⁰⁴

Türk Borçlar Kanunu md. 113/I'in son fıkrasında yer alan "*Her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*" cümlesinden, yüklenicinin kusursuzluğunu ispatlayamaması durumunda, iş sahibinin eserin sözleşmeye uygun olarak teslim edileceği zamana kadar geçen dönem için gecikme tazminatı¹⁰⁵ ya da cezai şart talep edebileceği sonucuna varılabilir.¹⁰⁶

SONUÇ

Eser sözleşmenin kurulmasından eserin teslimine kadar sözleşme tarafları arasında birçok teknik ve hukuki sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bu sorunlardan biri de yüklenicinin asli edim yükümlülüklerinden olan işe zamanında başlama ve işi yürütme borcuna aykırı davranmasıdır. TBK md.473/ I'de yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme şartlarına aykırı olarak eserin icra faaliyetlerini yavaş yürütmesi ve ertelemesinden doğan sorumluluğu düzenlenirken, TBK md. 473/II'de ise eserin meydana getirilmesi

¹⁰¹ ALTAŞ, s. 108.

¹⁰² "...Mahkemeye, sözleşmenin 9. maddesinde yer alan "sözleşmeden müşterinin vazgeçmesi halinde sözleşme tutarının %30'u gelir kaydedilip kalan tutar iade edilir" hükmü cezai şart olarak yorumlanmak suretiyle dava reddedilmiş ise de davacının tek taraflı olarak sözleşmeden cayması söz konusu olmayıp ortaya çıkan objektif imkânsızlık nedeniyle (ruhsat alınmadığından) iş yapılmadığından açılan davanın kabulü ile iş bedeline mahsuben ödenen 5.000,00 TL'nin tahsiline karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı gerekçe ile davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir..." Yargıtay 15. HD. E.2014/6696 K.2015/3002, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

¹⁰³ AYAN, s. 177.

¹⁰⁴ GÜMÜŞ, s. 25.

¹⁰⁵ "...Gecikme tazminatı kural olarak, sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden, eserin eksiksiz ve ayıpsız olarak sözleşmeye uygun biçimde teslim edildiği tarihe kadar ya da iş sahibinin teslimden önce bağımsız bölümü fiilen kullanmaya başladığı veya üçüncü kişiye kiraya verdiği ya da sattığı tarihe kadar istenebilir..." Yargıtay 23. HD. E. 2014/1551, K. 2014/6299, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

¹⁰⁶ ERMAN, s. 90; AYAN, s. 182; DIRİCAN, s. 53.

aşamasında yüklenicinin kusuru sebebiyle eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir şekilde yapılacağına açıkça öngörülmesi durumunda yüklenicinin sorumluluğu düzenlenmiştir.

İşin devamı esnasında eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağına açıkça görülmesi durumunda, TBK. md. 473/II gereğince işin devamı ya da tamiri, masraflar yükleniciye ait olmak üzere üçüncü kişiye bırakılabilir. Bunun için iş sahibi, yükleniciye uygun bir süre vererek, hasar ve masrafı ona ait olmak üzere ayıpların giderilmesini ya da işin devamının üçüncü kişiye yaptırılacağına ihtar etmelidir. TBK. md. 113'de öngörülmüş olan hâkimden izin almak zorunluluğu burada yoktur.

Eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olmasında yüklenicinin kusurlu olması gerekir. Bu hususta iş sahibinin de kusuru varsa, iş sahibi isin üçüncü kişiye yaptırılması masraflarına katılmak zorunda kalır. (sarı kısımlarda Ş harfi düzeltiniz)

İs sahibi, isi mutlaka üçüncü kişiye yaptırmak zorunda değildir. TBK. md. 473/II gereğince işin devamını ya da tamirini bir başkasına tevdi edebileceği gibi, TBK. md. 113/I'e göre kalan isin masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisi tarafından ifasına izin verilmesini de hâkimden talep edebilir.

Ayıp ve sözleşmeye aykırılık durumlarında, yüklenicinin verilen süreyi verimsiz geçirmesi üzerine, iş sahibinin TBK. md. 125'deki seçimlik haklara başvurabileceğini de kabul etmek gerekir. Zira BK. md. 473/I'de iş sahibine dönme hakkı tanınmıştır ve kanaatimizce TBK.md. 473/II'nin amacı iş sahibini daha elverişsiz bir duruma sokmak değildir. TBK md. 473/II'de öngörülen işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi hakkına ek olarak, iş sahibinin TBK. md. 125'deki seçimlik haklardan da yararlanabileceği kabulü, sözleşmenin tecrübesiz tarafı olan iş sahibinin daha iyi bir konuma gelmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- ALTAŞ, Hüseyin: İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Dönme Hakkı (BK. md.358), Prof. Dr.Fikret EREN'e Armağan Ankara, 2006.
- ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014.
- AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008.
- CANBOLAT, Ferhat: İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, 2009.
- DAYINLARLI, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2008.
- DİRİCAN, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007.
- ERDOĞAN, İhsan: İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD, C.3, S.1, Ocak- Haziran Konya, 1990.
- EREN, Fikret: Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletme- ci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer Ankara 18-29 Mart, 1996.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015.
- ERGEZEN, Muaz: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, 2007.
- ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2007.
- GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich, 1996.
- GAUTSCHİ, Georg: Berner Kommentar, Bd. IV, Das Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR., Bern, 1967.
- GÖKYAYLA, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009.
- GÖKYAYLA, Emre: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi, Ocak, 2002, S. 1.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper :Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, 2012.
- KARAHASAN, M. Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul, 1997.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012
- KOCAAĞA, Köksal: Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Biçimde Yapacağıının Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. md. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2004.

KOLLER, Alfred: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teil bd., I. Unterteilbd., Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, 3. Aufl., Bern 1998.

KOSTAKOĞLU, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2008.

NIKLAUS, Jürg: Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2- OR, Diss. St. Gallen, 1999.

ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989.

SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.

ŞENOCAK, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul, 2010 (Tıpkı Bası).

UÇAR, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2010.

ZINDEL, G./PULVER,U.: Kommentar zum Art. 363-379, Basler

Kurzkommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Basel 1996.

Yararlanılan internet kaynakları

<http://www.kazancihukuk.com/>

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA MADDİ ANLAMDA KANUN KRİTERİ

Law on the Constitutional Applicants of the Constitutional Court

Arş. Gör. Haşim ÖZPOLAT¹

Geliş Tarihi: 18.08.2017

Kabul Tarihi: 05.10.2017

ÖZET

1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemelerinde, ulusal hukuktaki klasik kanun algısının dışına çıkarak İHAM'ın kanun anlayışını da içtihatlarına dâhil etmiş ve kendine özgü bir kanunilik denetimi yaratmıştır. Buna göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dayanak teşkil eden kanun maddesinin, şekli anlamda var olması yeterli olmayıp, kanun denilen bu normun aynı zamanda kanun kalitesini haiz olması yani belirlilik ve öngörülebilirlik vasıflarını da taşıması gerekir. Belirlilik ilkesi, kanunların hukuk güvenliğini sağlamaya yetecek bir açıklıkta olması ve muhtemel keyfi yorumlara imkân vermemesi demektir. Öngörülebilirlik ilkesi ise kanunlardan doğacak sonuçların önceden kestirilebilir olması demektir. Bu sistematikte Anayasa Mahkemesi, kanunilik yönünden, İHAM korumasının ötesine geçmiştir. İHAM'ın kanun algısından farklı olarak, müdahalenin Anayasa Mahkemesi'nin kanunilik denetiminden geçebilmesi için, müdahaleye dayanak teşkil eden norm kanun adını taşımaları (şekli kriter); buna ek olarak da hukuk güvenliğini sağlamaya yetecek bir kanun kalitesine sahip olmalıdır (maddi kriter). Bu makalede de Mahkeme'nin bireysel başvuru kararları üzerinden maddi kanun kriteri incelemeye tabi tutulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Maddi Kanun Kriteri, Kanun Kalitesi, Belirlilik İlkesi, Öngörülebilirlik İlkesi, Hukuk Güvenliği

ABSTRACT

Article 13 of the 1982 Constitution says that fundamental rights and freedoms can only be restricted by law. Turkish Constitutional Court has created a peculiar jurisprudence examination in its individual application examinations, which have some differences from law perception in national law and incorporates the ECHR's law concept into its jurisprudence. In addition to that norms which are source of the restriction should be formally law, the Court has also examined the law whether it has quality of law. According to this perception, it is necessary that the law, which is the basis for restricting the fundamental rights and freedoms, is not sufficient being formally law, but it has to carry foreseeability and certainty. The certainty is that it shouldn't give possibility for arbitrary interpretation of the law to provide legal security. The foreseeability is that people can know what are consequences and effects of the law. With this systematic, the Constitutional Court goes beyond the protection of the ECHR in supervision of lawfulness. Unlike ECHR's perception of the law, it have to carry law as a name and also it should have a law quality that will ensure the safety of the law. This article will examine quality of law criterion through the Court's individual application decisions.

Keywords: Individual Application, Prescribed by Law, Quality of Law, Principle of Predictability, Principle of Certainty,

¹ Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Araştırma Görevlisi, ozpolathasim@gmail.com

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru değerlendirmelerinde, temel hak ve hürriyetlere dönük bir müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra bu müdahaleyi Anayasa'nın 13. maddesine göre bir incelemeye tabi tutmaktadır². Bu incelemede, temel hak ve hürriyetlere dönük müdahalenin öncelikle *kanunilik* ilkesine uygun olup olmadığı denetlenir. Eğer bu müdahale *kanunilik* unsurunu taşıyorsa, diğer güvence ölçütleri yönünden değerlendirme yapılmaksızın ihlal kararı verilir³.

Kanunilik ilkesi, temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden eylem ve işlemlerin kanunla öngörülmüş olmasını ifade eder. Hem Strazbourg uygulamasında hem de Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru denetiminde, hak ve hürriyetler bakımından önemli bir güvence olan "*kanun ile sınırlama*" ölçütü veya "*kanunilik*" ilkesi, bu iki mahkemenin yaklaşımında bir takım farklılıklar arz etmektedir.

"Sözleşme'de yer alan "prescribed by law/prêvue par la loi" kavramı ile Anayasa'da yer alan "kanunilik ilkesi" tam olarak aynı değildir. AİHM, "kanun ile öngörülmüş olma" kavramına Türk hukukunda kanunilik ilkesine verilen anlamdan daha geniş bir anlam vermektedir."

Anayasa Mahkemesi, İHAM içtihatlarındaki kanunla öngörülmeye kriterinin üç temel prensibi içerdiğini ifade etmektedir. İlk olarak, müdahale mevzuatta ya da yargı içtihatlarında yer alan bir hükme dayanmalıdır. Bu hükmün şekli anlamda bir kanun olarak var olması gerekmez. Müdahaleye izin veren bir hükmün varlığı yeterli görülmüştür. İkinci olarak ise, bu hüküm ilgili kişiler açısından yeterli derecede ulaşılabilir olmalıdır. Son olarak ise, bu hüküm ilgili kişilerin, davranışlarını bu hükme göre yönlendirebilme ve eylemlerinin sonuçlarını belli koşullar altında öngörebilmeye olanak sağlayacak kadar açık

² "Bu sebeple, bir temel hak ve özgürlüğe yönelik müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülmeye, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir" Bkz. Esra Nur Özbey kararı, AYM, 2013/7443, 20/5/2015, §. 66.

³ "Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır...Zira kanuna dayanmayan bir müdahalenin, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma ve ölçülülük gibi diğer güvencelere uygun olup olmadığı incelenmeden bir Anayasal hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilecektir" Bkz. Tuğba Arslan kararı, AYM, 2014/256, 25/6/2014, §. 67. Ayrıca benzer değerlendirmeler için bkz. Hayriye Özdemir kararı, AYM, 2013/3434, 25/6/2015, § 68. ve Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri kararı, AYM, 2014/4705, 29/5/2014, §. 55.

⁴ Tuğba Arslan kararı, §. 84.

olmalıdır⁵. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, müdahale teşkil eden eylemin mutlaka yasama organı tarafından, ‘kanun’ adı altında çıkarılan bir düzenlemeye dayanması gerektiğini, şekli anlamda bir kanuna dayanmayan müdahalelerin hukuka aykırı olacağını belirtiyor⁶. Bu haliyle Anayasa Mahkemesi temel hak ve hürriyetlerin korunmasında, en azından teorik olarak, İHAM’ın sağladığı korumadan daha kapsamlı bir güvence sağlamıştır denilebilir.

Anayasa Mahkemesi, kanunilik değerlendirmesinde yaratmış olduğu bu farklılığa rağmen, düzenlemelerin maddi niteliğine ilişkin değerlendirmelerinde, İHAM içtihatlarına paralel bir yaklaşım sergilemiştir. Kanunilik değerlendirmesinde, kanunun şekli varlığı ile yetinmemiş, kanunların maddi niteliğine ilişkin incelemelerde de bulunmuştur. Bu değerlendirmelerde, İHAM’ın değerlendirme kriterlerine başvurmuş (belirlilik, öngörülebilirlik, kanun kalitesi) ve bu kriterlere uygun bir kanuna dayanmayan müdahaleleri, kanun şekli olarak var olsa bile, anayasaya aykırı bulmuş ve ihlal kararı vermiştir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, kanunilik değerlendirmesinde, hem şekli yönden bir incelemede bulunmakta hem de bu şekli kanunu maddi nitelikleri yönünden bir denetime tabi tutmaktadır. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi, kanunilik incelemesinde kendine has bir sistematik oluşturmuştur denilebilir. Biz de bu makalede, bireysel başvuru kararları üzerinden, Anayasa Mahkemesi’nin kanunilik denetimi sistematikte maddi anlamda kanun kriterinin ne anlama geldiğini incelemeye çalışacağız.

I. MADDİ ANLAMDA KANUN KRİTERİ

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinde kanunilik denetimi yaparken, temel bir hakka müdahale teşkil eden eylemin öncelikle şekli anlamda bir kanuni dayanağının bulunması gerektiğini belirtmiş fakat denetimini bununla sınırlı tutmamıştır. Şekli kanun incelemesi ile İHAM uygulamasının sağladığı korumanın ötesine geçen Anayasa Mahkemesi, Strazbourg pratiği ile paralellik kurmak amacıyla, İHAM kararlarına da atıf yaparak, kanunilik testini yalnızca şekli bakımdan yapmayacağını; kanunların niteliğine ilişkin denetim yetkisini de elinde tuttuğunu ve kanunlara ilişkin maddi bir denetim yapacağını da ifade ediyor.⁷ AYM bu husustaki ilkesel değerlendirmeleri Youtube LLC

⁵ Mustafa Aydın kararı, AYM, 2013/275, 6/10/2015, §. 38. ve Bülent Polat kararı, AYM, 2013/7666, 10/12/2015, §. 74.

⁶ AYM, bir kararında, Sözleşme’de yer alan “prescribed by law/prêvue par la loi” ibaresini, Türkçe’ye ,bızce daha doğru bir tabirle, ‘hukukilik’ olarak çevirmiştir. Bkz. Fikriye Aytin ve diğerleri kararı, AYM, 2013/6154, 11/12/2014, §. 36.

⁷ “Kanunilik şartı, hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların yalnızca şekli olarak kanunla düzenlenmesi ile sınırlı olmayıp, bunların içerik olarak da belirli bir amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalarına ilişkin gerekliliği de ifade etmektedir.” Ali Karatay kararı, AYM, 2012/990, 10/12/2014, § 48.

Corporation Service Company ve diğerleri başvurusunda yaptı. Söz konusu kararda şikâyet konusu eylem TİB (Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) Başkanının youtube.com isimli internet sitesine 27/ 3 /2014 tarihli, erişimin engellenmesi işlemidir. İlgili işlemin kanuni dayanağı ise 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesidir ki bu madde ile TİB Başkanına, sayılı hallerde, "suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişim engellenmesi kararı resen " verebilme yetkisi tanınmaktadır. Şekli yönden kanuni bir dayanağı bulunan ilgili müdahaleye ilişkin Anayasa Mahkemesi şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*"Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşılabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır."*⁸

Anayasa Mahkemesi, bu doğrultuda yaptığı incelemede, TİB Başkanı tarafından idari bir işlemle yapılacak engellemenin, URL bazlı değil de tüm siteye erişimin engellenmesi suretiyle yapılabileceğine ilişkin düzenlemeye ilgili Kanun'un herhangi bir hükmünde yer verilmediği; erişimin engellenmenin hangi sınırlama araçları kullanılarak yapılacağına yeterince açık ortaya konmadığı; bu nedenle de verilmiş olan yetkinin kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğu; Kanun'un 9. maddesinin 4 numaraları fıkrasında, hâkime kademeli olarak erişim engellenmesi konusunda verilen yetkiye benzer bir yetkinin kamu idaresi açısından da geçerli olup olmadığına belirgin olmadığı değerlendirilmelerini yapmış ve "TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir."⁹ diyerek ilgili müdahalenin kanunilik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir.

A. Kanun Kalitesi

Anayasa Mahkemesi, İHAM'ın "kanun kalitesi" (quality of law) kavramını ilk olarak Türkiye Emekliler Derneği kararında kullandı. "Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde

⁸ Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri kararı, AYM, 2014/4705, 29/5/2014 §. 56.

⁹ Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri kararı, §. 63-64.

*önem arz etmektedir.*¹⁰. Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetlere müdahalelerin yasama organı tarafından kanun adı altında çıkarılmasının yeterli olmadığını, bu kanunların aynı zamanda “kanun kalitesi”ni haiz olması, yani kanunun hem metninin hem de uygulamasının öngörülebilirliği ve belirliliği sağlaması gerektiğini belirtmiştir. Kanun kalitesinin değerlendirilmesinde belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ön plana çıkmaktadır. Mahkeme, bu ilkeler çerçevesinde düzenleyici işlemleri, mahkeme içtihatlarını ve hatta kısmen normların uygulanmasını, kanun kalitesinin doğal uzantıları olarak değerlendirip, bunları da kanunilik değerlendirmesi altında incelemektedir. Bu yüzden sonraki bölümde bu kavramların ne anlama geldiğini incelemeye çalışacağız.

B. Kanun Kalitesi Değerlendirme Kriterleri

Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin ön koşulları olarak gördüğü belirlilik ve hukuki güvenlik (öngörülebilirlik) ilkelerini, kanun kalitesinin değerlendirilmesinde kullanmakta ve bunlara dönük bir aykırılığın varlığı halinde kanunilik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır. Bu yüzden bunların Anayasa Mahkemesi tarafından hangi anlamda kullanıldığını bilmek oldukça önemli. Ama başlamadan önce şu hususun altını çizmekte fayda var: Mahkeme pek çok kararında belirlilik ve öngörülebilirlik kavramlarını farklı iki ilke olarak kullanıyor olsa da bunların sınırlarını kesin olarak çizmek pek mümkün değildir. Birbirine ilişkili olan bu kavramların içeriklerinin bu belirsizliğe neden olması kadar Anayasa Mahkemesi’nin bu hususta sergilediği özenli olmayan tavır da söz konusu belirsizliği beslemektedir. Hatta Mahkeme’nin, bazı kararlarında, bunları aynı kavramlar gibi kullanmaktan çekinmemesini göz önünde bulundurursak, Mahkeme’nin de bunların birbirlerinden mutlak anlamda tefrik edilmesini istemediği sonucuna ulaşabiliriz.¹¹ Ama yine de bunları bu bölümde ayrı ayrı değerlendirmek, meselelerin vuzuha kavuşmasına yardımcı olacaktır.

1. Belirlilik İlkesi

Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesinin kaynağını Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinde bulmaktadır¹². Belirlilik ilkesinin varlığı, kanunların anlamlandırılmasına objektiflik kazandıracak ve bireyleri kanunların keyfi değerlendirilmesinden koruyacaktır¹³. Örneğin, Metin Bayyar

¹⁰ Türkiye Emekliler Derneği kararı, 2012/1035, 17/7/2014 , §.44

¹¹ “...hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi” diyerek Mahkeme, sözcükleri birbirleri yerine ikame edilebilen kavramlarmış gibi kullanmıştır. Servet Saraçoğlu ve diğerleri kararı, AYM, 2012/1281, 24/6/2015, §. 117

¹² Genco Acar kararı, AYM, 2013/7938, 16/12/2015, §. 58

¹³ Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve turizm Ltd. Şti. kararı, AYM, 2013/865, 1/6/2016, § 127.

ve Halkın Kurtuluşu Partisi kararında, kuruluş tarihinden itibaren üç yıl içinde il kongresini yapmayan başvurucuya, vali tarafından idari para cezası verilmesi bireysel başvuru konusu yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararda belirlilikle ilgili şu değerlendirmeleri yapmıştır:

“Kanunilik koşulunun yerine gelmesi için şeklen bir kanun maddesine dayanılması yeterli değildir. İlgili kanun maddesinin belirli olması ve bireyler tarafından öngörülebilir olması da gerekir ... Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti”nin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir.”¹⁴

Sonrasında ise müdahaleye dayanak teşkil eden kanunun mülki amirlere siyasi parti sorumlularına yaptırım uygulama yetkisi vermediğini ifade ederek ihlal kararı vermiştir¹⁵.

Bu kararın ışığında bir kanunun belirlilik ilkesine uygun olması için sahip olması gereken nitelikler şu şekilde sayılabilir: Hem birey tarafından hem de idare tarafından bakıldığında kanun, içeriği hakkında şüpheye yol açmayacak kadar açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmalı; kişi bu kanun maddesine bakarak, belli bir kesinlik içinde hangi eylem ve olguya nasıl bir yaptırım ya da sonucun bağlandığını; gerçekleştireceği bir eylemin hangi sonuçları doğuracağını kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır¹⁶.

Anayasa Mahkemesi, belirlilik ilkesi çerçevesinde yaptığı incelemelerde, İHAM'ın “*prescribed by law/prévue par la loi*” kavramı altında yaptığı incelemelerle paralellik sağlamıştır. Zira Anayasa Mahkemesi belirlilik incelemesini salt kanunlarla sınırlı tutmamış, İHAM gibi bütüncül bir hukukilik denetim gerçekleştirmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme Bayram Yusuf Arslan kararında belirlilik ilkesi ile ilgili şunları ifade etmiştir:

“Belirlilik” ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslanan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır”¹⁷

¹⁴ Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluşu Partisi kararı, AYM, 2014/ 15220, 4/6/2015, §. 56

¹⁵ Ibid. §. 65

¹⁶ Kommersan Kombassan Mermer Maden İşletmeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri başvurusu, AYM, 2013/7114, 20/1/2016 § 31.

¹⁷ Bayram Yusuf Arslan kararı, AYM 2013/4395, 10/6/2015, §. 109

Kararda, kanunilik denetiminde kullanılan belirlilik ilkesi ile kastedilen şeyin salt yasaların belirlilik ilkesine uygunluğu değil, bütüncül bir hukuki belirlilik olduğu ifade edilmiştir. Gerekli nitelikleri haiz yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceğinin altı çizilmiştir. Bu ifadelerden iki sonuç çıkmaktadır: İlk olarak belirliliğin mutlak anlamda kanunun lafzı ile sağlanması zorunlu değildir. Kanundaki müphemlikler mahkeme içtihatları ve diğer düzenleyici işlemler ile de giderilebilir. Örneğin Türkiye Emekliler Derneği kararında, Anayasa Mahkemesi, kanunun lafzında geçmese bile içtihatlarda derneklerin de iş yeri olarak kabul edilmesinden dolayı, yeterli hukuki belirliliğin sağlandığı sonucuna ulaşmıştır. Çıkarılacak diğer sonuç ise, belirlilik incelemesinin şekli kanun ile sınırlı olmadığı, aranacak belirliliğin bütüncül bir hukuki belirlilik olduğu ve bu yüzden diğer düzenleyici işlemlerin ve mahkeme içtihatlarının da belirlilik incelemesine konu olacağıdır. Zira bunlar kanunun uzantısı olarak, onun varlığını anlamlı hale getirirler. Bu yüzden, sadece kanunun metninin değil, hukukun de belirliliği kanunilik denetimine konu olacaktır.

2. Öngörülebilirlik

Anayasa Mahkemesi'nin hukuk devletinin ön koşulu olarak gördüğü ikinci ilke öngörülebilirlik (hukuki güvenlik) ilkesidir.

“Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”¹⁸

Anayasa Mahkemesi,

“hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin etmekte ve kişilerin mahkemelere güvenine katkıda bulunmaktadır. Birbiriyle uyuşmayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi, yargı sistemine itimad azaltarak, yargısal bir belirsizliğe yol açabilir”¹⁹

diyerek, hukuki güvenlik ilkesinin belirlilik ilkesi ile birlikte yargıya duyulan itimadın temini için olmazsa olmaz ilkelere biri olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi Arman Azman kararında, hukuk güvenliği ilkesinin “öngörülebilirliği” sağlayan işleviyle, bireylere devlet ve toplumun diğer üyeleri karşısında üç güvenceyi birlikte sağladığına işaret ediyor. Bu güvenceler “ilkesel güvence”, “kurumsal güvence” ve “işlevsel güvence”dir.²⁰

¹⁸ Türkiye Emekliler Derneği kararı, §. 45

¹⁹ Servet Saraçoğlu ve Diğerleri kararı, §. 117

²⁰ Arman Mazman kararı, AYM, 2013/1752, 26/6/2014, §. 63

İlkesel Güvence: Bu güvence, devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olmasının normlarla kural altına alınmasını ifade eder. Korumanın sağlanabilmesi için her şeyden önce hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini birlikte sağlayan, kamu otoritelerinin hareket sahasının sınırını teşkil eden ilkeler bulunmalıdır. Bu yüzden ilkesel güvenceye aykırılık teşkil eden normların (kanun, yönetmelik, tüzük vb) varlığı halinde öngörülebilirlik ilkesinin dolayısıyla kanunilik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılacaktır.

Kurumsal Güvence: İlke olarak konulan normların ilke düzeyinde kalmayıp, mahkemeler tarafından hukuki uyumsuzlukların çözümünde kullanılmasını ifade eder. Bu yüzden mahkeme içtihatlarında yaşanan farklılıklar, bu kurumsal güvenceye aykırılık teşkil edebilir.

İşlevsel Güvence: İlke olarak konan normların mahkemelerce uygulanıp karara bağlandıktan sonra, bunların kâğıt üstünde kalmayıp hayatiyet bulması yani kararların kamu otoritelerince uygulanmasını ifade eder. Anayasa Mahkemesi işlevsel güvence hakkında şunları belirtmiştir:

“Yargı kararlarının geç uygulanması sebebiyle bireyler lehine zamanında kullanılmayan “işlevsel” güvencenin söz konusu olduğu bir durumda, “ilkesel” ve “kurumsal” güvencelerin bireyler adına etkin kılınabilmesi, kendilerinden beklenen hukuksal korumayı sağlamaları mümkün olmaz. Dolayısıyla yargı kararlarının bireyler hakkında uygulanmasını içeren işlevsel güvence; ilkesel ve kurumsal güvenceleri tamamlayan, bu güvencelerin istenilen sonuçları vermesini mümkün hale getirerek bireysel hak ve özgürlüklere yargısal koruma sağlanabilmesini olanaklı kılan vazgeçilmez bir hukuki teminattır.”²¹

Kanaatimizce, sadece yargı kararlarının değil, normların uygulanmamasının belirsizliğe neden olduğu hallerde de işlevsel güvenceye aykırılık söz konusu olacaktır.

3. Belirlilik ve Öngörülebilirliğin Ölçüsü

Önceki bölümlerde izah ettiğimiz üzere, kanunilik denetiminde tartıya vurulacak ölçütlerden en önemlileri hukuki güvenlik(öngörülebilirlik) ve belirlilik ilkeleridir. Peki kanunların bu ilkelere uygun olabilmesi için ne kadar açık, kesin, anlaşılır ve öngörülebilir olması gerekir? Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararında bu hususa dair izahatta bulunmuştur.

Mahkeme'nin pek çok kararında belirtildiği gibi;

“belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya

²¹ Ibid., §. 64

*sonucun bağlandığını, bunların kamu otoritesine hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenilme imkânına sahip olmalıdır”.*²²

Mahkeme, temel hakların sınırlanması alanında ilgili yasal düzenlemelerin *içerik, amaç ve kapsam* bakımından belirli olması, kişilerin kendi hukuki durumlarını anlayabilecek kadar açık olması gerektiğinin altını çiziyor ve belirlilik ilkesine uygun olmayan bir kanunun, temel hak ve hürriyetlere Anayasa'nın meşru saymadığı bir müdahale anlamına geleceğini belirtiyor. Ama mutlak bir belirliliğin sağlanmasının imkânsızlığını da göz önünde bulundurarak şu belirlemelerde bulunuyor:

*“her ihtimale çözüm getiremeyecek olan yasal mevzuatın gereken koruma seviyesi, büyük ölçüde, ilgili metnin düzenlediği alan ve içeriğiyle birlikte, muhataplarının niteliği ve sayısı ile yakından bağlantılıdır. Bu nedenle kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi ve bu nedenle hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi veya kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Bunun yanı sıra Anayasa'nın sistematik yorumundan da destek alınmak suretiyle farklı ağırlıklar atfedilebilecek olan hakların niteliği, belirtilen alanlara ilişkin kanuni düzenlemelerde aranacak belirlilik oranını da farklılaştırabilecektir. Bu bağlamda ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir”*²³

Görüldüğü üzere, kanun metinlerinin belirliliği mutlak olmak zorunda değildir zira her türlü ihtimalin kanunlarla düzenlenmesi imkânsızdır. Bu nedenle farklılık arz eden benzer durumlarda uygulanacak kanunların, olayların özelliğine göre yorumlanabilecek bir esnekliğe sahip olması da gerekir. Mahkeme, hak veya özgürlüklere müdahaleye olanak veren kanunların uygulayıcılara takdir alanı bırakmasını doğal buluyor. Fakat bu takdir alanının sınırlarının yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın asgari bir kesinlik içermesi gerektiğini de ifade ediyor²⁴. Temel hakların korunmasının etkin bir şekilde sağlanması için müdahaleye temel alınan kanunun asgari bir kesinliği ihtiva etmesini zorunlu görmektedir.²⁵ Kanun tekniği açısından daha somut kavram ve düzenlemelere yer verilmesinin mümkün olmadığı aşamalarda belirlilik, yargılama ve hukuksal yorum yöntemleriyle sağlanabilir²⁶. Fakat bu ihtimalde

²² Ali Karatay kararı, §. 47.

²³ Hayriye Özdemir kararı, §. 58.

²⁴ Hilmi Yıldız kararı, §61

²⁵ Ibid, §. 59

²⁶ “Mahkemelerin görevi, kuralın günlük yaşamdaki uygulamaları dikkate alarak yoruma dair şüpheleri kesin olarak ortadan kaldırmaktır” bkz. Murat Çevik kararı, AYM, 2013/3246,

dahi söz konusu hukuksal yorumunun sınırı kanunun lafzı olmak zorundadır. Yargılama ve hukuki yorumun belirliliğin sağlanmasında üstlendikleri misyon nedeniyle, Mahkeme yasanın uygulanmasında yeknesaklığın sağlanamamış olmasının da belirsizliğin bir göstergesi olduğunu belirtmektedir.²⁷

Anayasa Mahkemesi, mutlak bir belirlilik aranmamasını, bunun sadece imkânsız olmasına değil, aynı zamanda sağlayacağı faydalara da değinerek haklılaştırıyor. Mahkemeye göre kanuni düzenlemede bireylerin davranışlarını ona göre tayin edebilecekleri kadar kesinlik aranırken, aşırı bir katılık oluşturma ihtimalinden de kaçınılması gerekir çünkü,

“Kanunun açıklığı, arzu edilir bir durum olmakla birlikte; bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüller içermektedir”²⁸

Kararda kanunların öngörülebilirliği sağlanmaya çalışılırken, bu çabanın hukukun dinamizmini boğmaması gerektiği ifade edilmektedir. Yasayı uygulayıcılara, bu hususta hareket payı bırakılması hem gerekli hem de zorunludur. Fakat daha önce de belirtildiği gibi, takdir alanının sınırları da açıkça belirtilmeli ve kural asgari bir kesinlik içermelidir.

Anayasa Mahkemesi, yasal mevzuatta bulunması gereken korumaseviyesinin ilgili metnin içeriği ve düzenlediği alana ek olarak, muhatapların sayısı ve niteliği ile de bağlantılı olduğunu belirttikten sonra şu değerlendirmelerde bulunuyor:

“Anayasa'nın sistematik yorumundan da destek alınmak suretiyle farklı ağırlıklar atfedilebilecek olan hakların niteliği, belirtilen alanlara ilişkin kanuni düzenlemelerde aranacak belirlilik oranını da farklılaştırabilecektir. Bu bağlamda ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir.”²⁹

Örneğin Anayasa Mahkemesi, taşıdığı ehemmiyet gereği, keyfi ve hukuk dışı kullanımların önüne geçebilmek için suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerde kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

16/12/2015, § 39.

²⁷ Ibid, §. 60

²⁸ Ali Karatay kararı, §. 49.

²⁹ Hayriye Özdemir kararı, . 58

“suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlarının, yasama organı tarafından belirgin bir şekilde çizilmesi, yürütme organının sınırları kanunla belirlenmiş bir yetkiye dayanmaksızın, düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmemesi, ceza hukukunu uygulamakla görevli yargı organının da kanunlarda belirlenen suç ve cezaların kapsamını yorum yoluyla genişletmemesi gerekir”³⁰

Suç ve ceza kanunlarında kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması gerektiğini belirten Mahkeme, yine de ne kadar açık ve net düzenlense dahi yorumsal şüpheler var olacağına işaret ettikten sonra şu hususların altını çizmektedir:

“Yargılama görevini yerine getiren mahkemelerin, bu tür yorumsal şüpheleri gidermeleri gerekmektedir. Bu çerçevede suç ve cezada kanunilik ilkesi, temel olarak suçun özünü tutarlı olması ve makul olarak öngörülebilir olması koşuluyla ceza hukukuna ilişkin kuralların davadan davaya yargısal yorumla netleştirmeye imkân tanımaktadır. Erişilebilir ve makul olarak öngörülebilir bir yargısal yorumun suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiği söylenemez.”³¹

Yukarıda ifade edildiği gibi, daha üst düzey bir korumanın arandığı suç ve ceza kanunlarında da öngörülebilirliğin mutlak anlamda sağlanmasının gerekmediği; kanunların uygulanmasına ilişkin erişilebilir ve öngörülebilir mahkeme içtihatlarının varlığı halinde de kanunilik ilkesinin yerine getirilmiş sayılacağı belirtilmiştir.

SONUÇ

Temel hak ve hürriyetlere müdahalenin kanuna dayanması (kanunilik) kriteri 1982 Anayasası ve İHAS’ın hak ve hürriyetlerin korunması sistematığının en temel ilkelerinden biridir. Buna karşılık, ulusal hukuktaki kanunilik kriteri İHAS’ın kabul ettiği kanunilik kriterinden oldukça farklıdır. Sözleşme’nin, Common Law başta olmak üzere pek çok hukuk geleneğine aynı anda hitap etmesi gerektiği için İHAM, içtihatlarında şekli kanun kriterini uygulamamıştır. İHAM kararlarında, bir norma yasama organı tarafından kanun adı verilmesinin onu kanun kılmaya yetmeyeceği; norm, yasama organı tarafından kanun adı altında çıkarılmış olmasa bile, içtihatlarda sayılı olan kriterler karşılanıyor ise bu normun kanun olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Bu sayede, büyük oranda mahkeme içtihatları ile şekillenen Common Law’ı da denetim sistematığına dahil eden İHAM, bu kriter yönünden Türk ulusal hukukundaki kanun algısından epey farklı bir yerde duruyordu. Fakat bireysel başvuru

³⁰ Karlis A.Ş. kararı, §. 33

³¹ Efendi Yıldız kararı, AYM, 2013/1202, 25/3/2015, §. 34

yolunun açılması ile beraber aradaki bu derin uçurumun, mutlak anlamda olmasa da büyük oranda kapandığını söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinde koruma kapsamındaki temel hak ve hürriyetlerden birine müdahale olduğunu tespit ettikten sonra yaptığı ilk inceleme kanunilik incelemesidir. Eğer müdahale kanuni dayanaktan yoksun ise diğer kriterler yönünden incelemeye gerek duymaksızın ihlal kararı vermektedir. Mahkeme, kanunilik değerlendirilmesinde, ulusal hukuktaki şekli kanun kriteri ile İHAM içtihatlarında yer alan maddi kanun kriterini meczederek yeni bir kanunilik konsepti yaratmıştır. İHAM'dan farklı olarak Anayasa Mahkemesi, eğer müdahale teşkil eden işlem ya da eylem yasama organı tarafından kanun adı altında çıkarılan bir norm değilse, müdahalenin kanuni olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verecektir. Bu şekli kanun kriteri ile Anayasa Mahkemesi, İHAM'ın kanunilik kriterinin koruma sistematığının ötesine geçerek, onunkinden daha güçlü bir koruma sağlamıştır. Çünkü, İHAS sistematığında, müdahale teşkil eden işlem ya da eylemin kaynağı bir yönetmelik bile olsa, eğer gerekli şartları sağlıyorsa ihlal olarak görülmecektir. Fakat Anayasa Mahkemesi, niteliği ne olursa olsun, kanun adı taşımayan bir norma dayanılarak yapılacak her müdahalenin ihlale neden olacağını ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru incelemelerinde ulusal hukuka getirdiği orijinallik ise kanunilik incelemesini şekli kanun kriteri ile sınırlı tutmayıp, bu incelemeye İHAM'ın kanunilik kriterlerini de dâhil etmesidir. Yani temel hak ve hürriyete dönük müdahalenin dayanağı olacak olan normun şekli anlamda kanun olması yeterli olmayıp, bu normun aynı zamanda bir kanunda aranan gerekli nitelikleri de taşıyıp taşımadığı incelenecektir. Eğer müdahaleye dayanak teşkil eden norm, İHAM içtihatlarında "kanun kalitesi" adı altında sayılan vasıflardan yoksunsa, yasama organı tarafından kanun adı verilmiş olması kanunilik denetimi için yeterli olmayacaktır. Bu vasıfları taşımayan ve sadece şekli anlamda kanun olan bu norma dayalı müdahaleler koruma kapsamındaki temel hak ve hürriyetlerin ihlali olarak değerlendirilecektir.

Özetle denilebilir ki, bir müdahalenin kanunilik kriterinden geçebilmesi için, dayandığı normun kanun kalitesine sahip, yasama organı tarafından kanun adı altında çıkarılmış bir norm olması gerekir. Anayasa Mahkemesi, İHAM kararlarına atıfla, kanun kalitesinin şu iki özelliği kapsadığını ifade eder: belirlilik ve öngörülebilirlik. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, bu iki özelliği keskin sınırlar içine hapsedmemiş ise de, belirlilik için şunlar söylenebilir: müdahaleye dayanak teşkil eden kanun hem kişiler hem de idare yönünden farklı algılamalara yol açmaksızın, açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmalıdır. Mahkemenin kimi zaman hukuki güvenlik olarak da ifade ettiği öngörülebilirlik ilkesi ise bireylerin belirli bir kesinlik içinde, gerçekleştirdikleri

işlem ve eylemlere hangi hukuki yaptırım ya da sonucun bağlandığını önceden bilebilmeleri, bir kanunun idareye ne tip bir müdahale yetkisi verdiğini ve eylem veya işlemlerinin sonuçlarını kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalarıdır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinden kanunilik kriteri yönünden yeni bir değerlendirme sistematığı yaratmış ve şekli kanun kriterine ek olarak İHAM'ın maddi kanun kriterini de içtihatlarına dahil etmiştir. Müdahale teşkil eden eylem ya da işlemin şekli anlamda kanuni bir dayanağının bulunup bulunmadığı incelendikten sonra, var olan şekli kanunun gerekli kanun kalitesine sahip olup olmadığı incelenecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Şirin, Tolga. **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Gözler, K. **Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı**. Bursa: Ekin Kitabevi, 2015.

Sürelî Yayınlar

Can, O. "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış". *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, 9(1-2), 89-125. http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_5.pdf (01/6/2016).

Evren, Ç. C. Kabahatlerde Kanunilik İlkesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, 69(1-2), 967-1002. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/viewFile/1023010583/1023009819> (01/6/2016)

Diğer Yayınlar

Gözler, Kemal. "1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme". <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-uzun.pdf>. (14.05.2016).

Ardıçoğlu, Artuk. "Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Midir?". <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#.VzcDQFWLTIU>, (14.05.2016).

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

- Ali Karatay kararı, AYM, 2012/990, 10/12/2014.
Arman Mazman kararı, AYM, 2013/1752, 26/6/2014
Bayram Yusuf Arslan kararı, AYM 2013/4395, 10/6/2015
Bülent Polat kararı, AYM, 2013/7666, 10/12/2015.
Efendi Yıldız kararı, AYM, 2013/1202, 25/3/2015.
Esra Nur Özbey kararı, AYM, 2013/7443, 20/5/2015.
Fikriye Aytin ve diğerleri kararı, AYM, 2013/6154, 11/12/2014.
Genco Acar kararı, AYM, 2013/7938, 16/12/2015.
Hayriye Özdemir kararı, AYM, 2013/3434, 25/6/2015.
Hilmi Yıldız kararı, AYM, 2013/299, 4/2/2016
Karlis A.Ş. kararı, AYM, 2013/849, 15/4/2014.
Kommersan Kombassan Mermer Maden İşletmeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri başvurusu, AYM, 2013/7114, 20/1/2016
Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluşu Partisi kararı, AYM, 2014/ 15220, 4/6/2015.
Murat Çevik kararı, AYM, 2013/3246, 16/12/2015
Mustafa Aydın kararı, AYM, 2013/275, 6/10/2015.
Servet Saraçoğlu ve diğerleri kararı, AYM, 2012/1281, 24/6/2015.
Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve turizm Ltd. Şti. kararı, AYM, 2013/865, 1/6/2016.
Tuğba Arslan kararı, AYM, 2014/256, 25/6/2014.
Türkiye Emekliler Derneği kararı, 2012/1035, 17/7/2014.
Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri kararı, AYM, 2014/4705, 29/5/2014

EVLİLİK DIŞI BİRLİKTE YAŞAM MODELLERİNE UYGULANACAK HUKUK

The Law Applicable to Non-Marital Cohabitation Forms

Arş. Gör. IŐil S. TEKDOĞAN BAHÇIVANCI¹

Geliş Tarih: 11.07.2017

Kabul Tarih: 30.11.2017

ÖZET

1960'lı yıllardan itibaren özellikle batılı toplumlarda ortaya çıkan yeni birlikte yaşam şekillerine hukuk sistemleri kayıtsız kalmamış, evlilik dışı birlikte yaşam süren çiftler için, bu kişilerin ilişkilerini düzenleyen hukuk kuralları oluşturulmuştur. Henüz böyle bir sosyal olgunun toplum ve hukuk tarafından kabul görmediği Türkiye gibi ölkelerde ise yabancı hukuk sistemlerinde sonuç bağlanan bu ilişkilerin, iç hukuktaki muhtemel etkileri bir hayli önem kazanmıştır. Makalede, aynı cinsiyetten ve farklı cinsiyetten kişilerin oluşturduğu evlilik dışı birlikte yaşam modellerinin millî hukuk sistemlerinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları doğrultusunda incelenmesi; evlilik dışı birlikte yaşam modellerine uygulanacak hukukla ilgili doktrin görüşleri ile yabancı hukuk sistemlerinin benimsediği çözümlerin değerlendirilmesi ve bu birlikteliklere Türk hukuku bağlamında uygulanacak hukukun belirlenmesi konularının ele alınması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Evlilik dışı birlikte yaşam, kayıtlı birliktelik, *de facto* birliktelik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, milletlerarası özel hukuk, uygulanacak hukuk.

ABSTRACT

Western legal systems haven't been indifferent to the new forms of living together which arised in the 1960s and they have established rules that regulate the relations of non-marital cohabitants. In countries such as Turkey, where such a social phenomenon yet to be accepted by the society and the law, the possible effects of these relations in the domestic law have gained a great importance. The purpose of this article is firstly to examine the forms of non-marital cohabitation composed by the same-sex and different-sex couples in accordance with the foreign national laws and European Court of Human Rights (ECHR) judgments; secondly to evaluate the doctrine's recommendations and the solutions that foreign legal systems adopt concerning the law applicable to non-marital cohabitation; and thirdly to determine the law applicable to these relation forms within Turkish law.

Keywords: Non-marital cohabitation, registered partnership, *de facto* union, European Court of Human Rights, private international law, applicable law.

¹ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (istekdogan@ankara.edu.tr) Bu makale, yazarın "Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk" başlıklı yüksek lisans tezinden ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 04.11.2015 tarihinde düzenlenen "Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Uluslararası Hukuk Kurultayı" kapsamında sunulan "Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk" konulu tebliğden türetilmiŐ; güncel gelişmeler doğrultusunda değiştirilip kapsamı genişletilmiştir. *Makale metninin hazırlanması aşamasında değerli görüşlerini ve eleŐtirilerini esirgemeyen kıymetli Hocam Prof. Dr. Fügen Sargın'a, desteği ve yardımları için teşekkür ederim.*

GİRİŞ

Toplumun temel taşıını oluşturan aile, geleneksel olarak evlilikle kurulmakta iken, hem eşler hem de çocuk ve ebeveyn arası ilişkilerin zaman içerisinde değişmesiyle geleneksel olmayan aile yapıları ortaya çıkmıştır. “Evlilik dışı birlikte yaşam modelleri”² olarak adlandırılabilir bu aile yapıları, sosyolojik ve demografik sorunların yanı sıra karmaşık hukukî soruları da gündeme getirmektedir. Nitekim kişilerin, evlenmeden birlikte yaşamalarını tabii kabul eden ve bu birlikte yaşam modellerine hukukî sonuç bağlayan hukuk sistemlerinden ayrılıp, evlilik dışında bir aile yaşam şeklini hukukî olarak desteklemeyen veya kişilerin önceki statülerini tanımayan bir yabancı hukuk sistemi ile ilişki içerisine girmesi halinde, istenmeyen sonuçlar ortaya çıkabilmektedir³.

Kişilerin tek başına veya ailesi ile birlikte milletlerarası dolaşımının gün geçtikçe arttığı günümüz dünyasında, evlilik dışı birlikte yaşam bağlamında çözülmesi gereken yabancı unsurlu bir uyumsuzluğun Türk hâkiminin önüne gelme ihtimali oldukça fazladır. Bu tür yaşam biçimlerinin yaratabileceği milletlerarası özel hukuk alanına ilişkin sorunlarsa, Türk hukukunda pek bilinmemekte ve mevcut düzenlemeler, bu tür sorunlarla karşılaşan uygulamacılara uygun çözümler sunan bir içerik taşımamaktadır. Bu noktada çalışmanın hazırlanış amacı ortaya çıkmaktadır; çünkü Türk hukukunda söz konusu ilişkilere uygulanacak hukuk bakımından herhangi bir kural

² Gerek yabancı hukuk gerekse Türk hukuk doktrininde evlilik haricindeki birlikte yaşam şekilleri birçok farklı isimle anılmaktadır. Bu çalışmada “evlilik dışı birlikte yaşam” teriminin tercih edilme nedenlerinden biri, aynı cinsiyetten veya farklı cinsiyetten kişilerin oluşturduğu evlilik kurumu dışında yer alan yaşam modellerini, evlilik kurumundan ayırmaktır. Bu nedenlerden diğeri, söz konusu kurumlar için “evlilik benzeri” gibi bir tanımlama yapmaktan çekinilmesidir. Zira bu kurumları “evlilik benzeri” olarak nitelendirmek, kurumu evliliğe yaklaştırarak farklı vasıflandırmalar yapılmasını ister istemez engelleyecek, henüz vasıflandırma aşamasına geçmeden kurumun evliliğe benzediğine dair sınırlama söz konusu olacaktır.

³ Hukuk sistemleri arasındaki bu fark, söz konusu ülkenin laiklik derecesiyle, demokratik yaşama katılımı ve insan haklarına saygıyla ilgilidir. Gerçekten de, sanayileşmiş ve gelişmiş ülkelerde evlilik dışı birlikte yaşam oranının daha yüksek olduğu görülmekte ve bu nedenle hukukî düzenlemeler yapıldığı anlaşılmaktadır. Evlilik dışı birlikte yaşam oranının yükselişinde ise, 1960’lı yıllardan itibaren yaşanan gelişmelerle birlikte insan haklarının artan önemi, kadınların ekonomiye katılması, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde ve sözleşmelerde cinsiyetler arası eşitlik kavramının gelişmesi, kadın hareketleriyle birlikte kadının statüsünün ve cinsiyet rollerinin değişmesi gibi etkenlerin rol oynadığı söylenebilir. Bkz. **Abadan-Unat, N.:** Legal Problems Concerning Unmarried Couples, the Non-Married Couple and Society: Socio-Judicial Aspects of Cohabitation, *Seha L. Meray’a Armağan*, C. II, Ankara 1982, s. 829. AİHM kararlarının yıllar içindeki gelişimine bakıldığında da aile kavramının geniş yorumuna destek verildiği görülmektedir. Buradan yapılacak çıkarım, evlilik dışı birlikte yaşamın ve bekâr ebeveynlerin batılı ülkelerde hayatın bir gerçeği haline geldiği ve geleneksel yaklaşımın gerçekliğini yitirdiğidir.

öngörülmemiş olması, sorunun ne şekilde çözülmesi gerektiğini incelemeye değer kılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu çalışmada, daha önce Türk hukukunda başka çalışmaların⁴ da konusu olan aynı cinsiyetten çiftlerin oluşturduğu birliktelikler özelinde bir inceleme yapılmamış, geleneksel anlamda evlilik sayılmayan birlikte yaşam modelleri, hem aynı cinsiyetten hem de farklı cinsiyetten kişilerin oluşturduğu birliktelikler esas alınarak araştırılmış, sonuç itibarıyla her iki türden birliktelikleri kapsayacak bir sonuca ulaşılmıştır⁵. Bu bağlamda önce, vasıflandırmaya yardımcı olması amacıyla Türk hukukunda bilinmeyen bu birlikteliklerin çeşitli hukuk sistemlerinde ne şekilde düzenlendiği incelenecek, daha sonra konu hakkındaki AİHM kararları ışığında Türk kanunlar ihtilafı hukuk uygulaması açısından bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

I. EVLİLİK DIŞI BİRLİKTE YAŞAM MODELLERİ

A. Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerinin Millî Hukuklarda Ele Alınışı

Evlilik dışı ilişkilere sonuç bağlanması, ilk başta her ne kadar aynı cinsiyete sahip kişilerin birlikteliklerini tanıma amaçlı ortaya çıksa da, evlilik dışı birlikte

⁴ Türk hukukunda, aynı cinsiyetten çiftlerin oluşturduğu birliktelikleri konu alan milletlerarası özel hukuk çalışmaları için bkz. **Sirmen, S.:** Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı Hukukunda Düzenlenişi, *AÜHFD*, C. 58 S. 4 (2009), s. 825-879; **Püselim-Doğan, H.S.:** Almanya'da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya'da Bulunan Terekenin Paylaşılması, *MHB*, Y. 31 S. 1 (2011), s. 243-266; **Yasan, C.:** Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, 1. Baskı, İstanbul 2013. Türk hukukunda, farklı cinsiyetten çiftlerin oluşturduğu birliktelikleri konu alan milletlerarası özel hukuk çalışmaları için bkz. **Tekdoğan, I. S.:** Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Fügen SARGIN), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014 Ankara; **Öztürk, N.:** Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, 1. Baskı, Ankara 2016.

⁵ Çalışma konusu belirlenirken, evlilik dışı ilişkiler temel alınmış ve aralarında duygusal ve cinsel ilişki bulunan çiftler için düzenlenen birliktelikler incelenmiştir. Dolayısıyla kardeşler, akrabalar ve arkadaşlar arasında kayda imkân tanıyan birliktelikler konu kapsamında değerlendirilmemiştir. Bu anlamda Hawaii (ABD), Vermont (ABD), New York (ABD) ve Belçika hukukundaki gibi kardeşler ve akrabalar arası birlikteliklere imkân tanıyan düzenlemelerle; Washington (ABD), California (ABD), New Jersey (ABD) hukukundaki birliktelik statüsüne girmek için 62 yaş sınırının yer aldığı modellerin konu kapsamı dışında kaldığını belirtmekte fayda vardır. Söz konusu statüler için bkz. **Waldjick, K.:** More or Less Together: Levels of Legal Consequences of Marriage, Cohabitation and Registered Partnership for Different-sex and Same-sex Partners, A Comparative Study of Nine European Countries, *Documents de Travail de l'INED no. 125*, Paris 2004, s. 62, bkz. <<https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/12585>> (erişim tarihi: 15.12.2016); **La Violette, N.:** Waiting in a New Line at City Hall: Registered Partnerships as an Option for Relationship Recognition Reform in Canada, *Canadian Journal of Family Law.*, S. 19 (2002), s. 130; **Aloni, E.:** Registering Relationships, *Tulane Law Review*, S. 87 (2013), s. 592.

yaşam modellerinin kapsamına giren tek konu bu değildir, farklı cinsiyetten çiftlerin durumu da bir hayli önemlidir. Zira hem birlikte yaşayan farklı cinsiyetten çiftlerin oranı aynı cinsiyetten çiftlere göre daha yüksektir hem de farklı cinsiyetten çiftler için evlilikten başka sistemler kabul eden ülkeler de bulunmaktadır⁶. Çoğunlukla, farklı cinsiyetteki kişiler evlilik kurumunun geleneksel yapısı altına girmek istemedikleri ve bu statüyü reddettikleri için evlilik dışı birlikte yaşamayı seçerken; aynı cinsiyetten kişiler birlikteliklerinin tanınmasını ve evli çiftlerle aynı haklara sahip olmayı arzu etmektedir⁷. Yani her iki eğilim birbirinden farklılık göstermektedir; çünkü ilkinde farklı cinsiyetten çiftler evlilik kurumuna karşı çıkarken, ikincisinde aynı cinsiyetten çiftler, evlilik statüsüne eşit bir statü talep etmektedir. Bu paralelde “evlilik dışı birlikte yaşam”, tek bir yaşam şekline dönüşmemekte, farklı bağlılık derecelerinde farklı koşullardaki kişiler için farklı anlamlar ifade etmekte; bu durum, hem kavramı tam anlamıyla anlatan bir tanım yapılmasını, hem de hukuk sistemleri arasındaki tanımların özdeş olmasını zorlaştırmaktadır. Yine de, ulusal hukuklardaki düzenleme biçimleri incelendiğinde, evlilik dışı birlikte yaşamı, birlikteliği oluşturan çiftlerin cinsiyetinden bağımsız olarak, temelde, kayıtlı birliktelik ve *de facto* birliktelik olmak üzere iki alt başlığa ayırmak mümkündür. *De facto* birliktelik daha çok manevi bir anlaşma olarak karakterize edilmekte ve bu nedenle iki birliktelik çeşidi ayrı kategorilerde değerlendirilmektedir⁸.

1. Kayıtlı Birliktelikler

Kayıtlı birliktelik, en genel anlamda, evlenmeden birlikte yaşayan kişilerin, resmî ve sosyal ortamda tanınmalarını sağlamak üzere ilişkilerini kaydettirmeleri, olarak tanımlanabilir⁹. Kişiler, ilişkilerini kayıt altına aldıkları

⁶ **Harnois, C./Hirsch, J.:** Note sur les Développements en Droit Interne et Droit International Privé sur la Cohabitation Hors Mariage, y Compris les Partenariats Enregistrés, *Document Préliminaire No 11*, La Haye Mart 2008, s. 5, bkz. <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd11e2008.pdf> (erişim tarihi: 14.12.2016). Farklı cinsiyetten çiftlerin birlikte yaşamı tercih etme nedenlerine ilişkin bu kişilerle yapılmış mülâkatlar ve görüşler için bkz.: **Syltevik, L. J. :** Sense and Sensibility: Cohabitation in ‘Cohabitation Land’, *The Sociological Review*, S. 58/3 (2010), s. 444-462.

⁷ **Goldstein, G.:** “La Condition des Couples Cohabitant Hors Mariage.” *La Cohabitation Hors Mariage en Droit International Privé. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 320*, Leiden/Boston 2007, s. 37.

⁸ **Kessler, G.:** *Les Partenariats Enregistrés en Droit International Privé*, 1. Baskı, Paris 2004, s. 68.

⁹ Kayıtlı birliktelik, çeşitli hukuk sistemlerinde değişik isimler alabilmektedir. *Registered domestic partnerships, registered partnerships, domestic partnerships, declared partnerships, life partnerships, stable relationships, civil unions, legal cohabitation, reciprocal beneficiaries, unmarried couples registration, partenariat enregistré, union civil ve civil partnership* bunlardan birkaçıdır. Bkz. **La Violette**, s. 119.

durumunda dahil oldukları, önceden belirlenmiş yasal düzenlemeye tâbi olmakta; aralarındaki ilişkinin varlığını ve birlikte yaşadıklarını yetkili makamlara kanıtlamak zorunda kalmadan, kayıt yaptırmak suretiyle hukukun öngördüğü korumalardan faydalanabilmektedir¹⁰. Bu kurumlar, son 20 yılı aşkın süredir yaşanan sosyal değişimlere bir cevap olarak, aynı cinsiyetten birlikteliklerin tanınmasını sağlamak üzere ortaya çıkmış ve bu çiftler için mümkün olduğunca evliliğe yakın bir statü yaratma amacı hedeflenmiştir. Danimarka, 1989 yılında kayıtlı birlikteliğe geçiş yaparak bu alanda öncü olmuş; onu 1993’de Norveç, 1995’de İsveç, 1996’da İzlanda ve 1998’de Hollanda takip etmiştir¹¹. Günümüzde Avrupa Birliği’ne üye devletlerin çoğunda kayıtlı birliktelik yoluyla, evlenmeden birlikteliğini resmî hale getirme imkânı bulunmakta, AB üyesi ülkelerde, bu birliktelik modeli, ülkeye giriş ve ikamet etme hakkı açısından sonuç doğurmaktadır¹². Avrupa Komisyonu’nun konu hakkında yayınladığı raporda da kayıtlı birliktelik, “bir çift olarak birlikte yaşayan ve üye devlet hukukunun resmî bir makamınca birliktelikleri kayıt altına alınan iki kişinin ortaklığı” biçiminde tanımlanmış ve bu bağlamda Fransa, Belçika ve Lüksemburg’daki düzenlemeler de kayıtlı birliktelik içerisinde değerlendirilmiştir¹³. Belirtildiği

¹⁰ **Sutherland, E. E.:** From ‘Bidie-in’ to ‘Cohabitant’ in Scotland: The Perils of Legislative Compromise, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 27 (2013), s. 144; **Woods, U.:** Rights For Cohabitees - Who Should Qualify?, *Northern Ireland Legal Quarterly*, S. 55/1 (2004), s. 10.

¹¹ Finlandiya, Birleşik Krallık, Almanya, ABD’de ve Kanada’da bazı eyaletler ve İspanya’da bazı bölgelerde de kayıtlı birliktelik modeli görülmektedir. Bkz. **Boele-Woelki, K.:** Private International Law Aspects of Registered Partnerships and Other Forms of Non-Marital Cohabitation in Europe, *Louisiana Law Review*, S. 60 (2000), s. 1053. İsveç’de aynı cinsiyetten evliliğin kabul edildiği 2009’dan beri yeni kayıt alınmamaktadır, kayıtlı çiftler ise tercih etmeleri halinde bu statülerini korumakta veya evlenebilmektedir. Bkz. Commission of the European Communities, COM(2006) 400 final Green Paper on Conflict of Laws in Matters Concerning Matrimonial Property Regimes, Including The Question Of Jurisdiction and Mutual Recognition, Brussels 17.07.2006. (**Green Paper**), s. 3, 11; bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0400:FIN:EN:PDF>> (erişim tarihi: 20.12.2016). Benzer şekilde, kayıtlı birlikteliğin, aynı cinsiyetten çiftlere özgülendiği (Birleşik Krallık hukuku dışında) diğer hukuk sistemlerinde de aynı cinsiyetten kişiler arasında evliliğin kabul edilmesiyle birlikte, kayıtlı birliktelik kurumu, yeni kayıt alınması bağlamında işlerliğini yitirmiştir. Buna karşılık kayıtlı birlikteliğin farklı cinsiyetten çiftler için de açık olduğu hukuk sistemlerinde, bu kurum evliliğe alternatif olarak varlığını korumaktadır. Bkz. **Scherpe, J. M.:** Quo Vadis, Civil Partnership?, *Victoria U. Wellington L. Rev.*, S. 46 (2015), s. 761.

¹² Nitekim kayıtlı birlikteliğin kabul edildiği üye ülkeler açısından bu kişiler bir aile gibi görülmekte, bu anlamda çiftten AB vatandaşı olan tarafa ekonomik anlamda bağlı olan, üye devlette ikamet etme hakkı talep edebilmektedir. Çiftten herhangi birinin AB vatandaşı olmaması durumunda ise, kayıtlı birliktelik, kişiyi AB’de oturma izni elde etmek açısından avantajlı konuma getirmektedir. Bkz. Directive 2004/38/Ec of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:158:0077:0123:en:PDF>> (erişim tarihi: 20.12.2016).

¹³ **Green Paper**, s. 3- 11.

üzere, bu yöndeki düzenlemeler, ağırlıklı biçimde aynı cinsiyetten birliktelik yaşayan çiftlere yönelik ortaya çıkmış olsa da özellikle evli olma statüsünün getirdiği yükümlülüklerden çekinen veya ideolojik nedenlerle evlenmeyen farklı cinsiyetten kişiler için de kayıtlı birliktelik statüsünü düzenleyen hukuk sistemleri mevcuttur¹⁴.

Kayıtlı birliktelik modellerinin ülkeden ülkeye büyük oranda değişiklik göstermesi, bu birlikteliklerin de esasında iki ayrı birliktelik türüne ayrılmasına zemin hazırlamıştır: evliliğe çok yaklaşan statü temelli kayıtlı birliktelik (*partenariats-status*) ve sözleşmesel karakter barındıran kayıtlı birliktelik (*partenariats-cadres*)¹⁵. Bu birlikteliklerden sonuncusu, statü temelli kayıtlı birliktelikler ile *de facto* birlikte yaşam arasında yer almakta ve bu birlikteliklere Fransa, Belçika ve Lüksemburg hukuk sistemlerinde rastlanmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, *de facto* birlikte yaşama hukukî sonuç bağlanması, kayıtlı birlikteliği benimseyen ülkelerde de görülebilmektedir. Bu nedenle bir hukuk sisteminde evlilik dışı birlikte yaşama ilişkin her iki çözüm birlikte benimsenebilmektedir. Bahsi geçen sözleşmesel statü, bu çalışmada daha önce *Fulchiron*'un benimsediği, kayıtlı birliktelikler üst başlığı altında incelenmiştir¹⁶. Zira çalışmanın, farklı cinsiyetten kişiler arasındaki evlilik dışı birlikte yaşam modellerini de kapsaması, genel bir kayıtlı birliktelik sınıflandırması yapmayı mümkün kılmaktadır. Bu anlamda ilerleyen bölümlerde, hem aynı hem de farklı cinsiyetler arasındaki kayıtlı birlikteliği mümkün kılan Hollanda ve Fransa hukuklarındaki düzenlemelere yer verilmiştir.

a. Statü Temelli Kayıtlı Birliktelikler

Almanya, Avusturya, Birleşik Krallık, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Hollanda, Macaristan, Slovenya, Finlandiya ve Portekiz gibi ülkelerde görülen statü temelli kayıtlı birlikteliklerinin hukukî yapısı, her yargı çevresinin kendi anayasal, hukukî, sosyal ve dinî özelliklerine göre değişmesine rağmen sistemler arasında bazı ortak özellikler bulunmaktadır¹⁷. Bu özelliklerden ilki, çocuğun hukukî durumuna ilişkin haklar hariç olmak üzere, evliliğin hemen hemen bütün hukukî sonuçlarının kayıtlı çiftler açısından da geçerli olmasıdır¹⁸. Diğer

¹⁴ Woods, s. 11-12.

¹⁵ Fulchiron, H.: Réflexion sur les Unions Hors Mariage en Droit International Privé, *Journal du Droit International*, S. 2000/4, s. 894 vd.

¹⁶ Fulchiron, s. 895 vd. Farklı bir sınıflandırma için bkz. Goldstein, s. 39.

¹⁷ Hukuk sistemlerinde kayıtlı birliktelik kurumu yer almayan AB ülkeleri, Bulgaristan, Estonya, Güney Kıbrıs, İtalya, Letonya, Litvanya, Polonya, Romanya ve Slovakya olarak sayılmaktadır. Bkz. HCCH the Permanent Bureau: Update On the Developments in Internal Law And Private International Law Concerning Cohabitation Outside Marriage, Including Registered Partnerships (HCCH Update), *Preliminary Document No 5 of March 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference*, s. 6 dn. 39. <<https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd05en.pdf>> (erişim tarihi: 15.12.2016).

¹⁸ La Violette, s. 120.

ortak özellik de altsoy, üstsoy, kardeş gibi yakın akrabalar arasındaki hukukî ilişki için statü temelli kayıtlı birliktelik düzenlemelerine başvurulamamasıdır¹⁹. Öte yandan, mevzuatında kayıtlı birliktelik düzenlemesi bulunan hukuk sistemlerinin çoğu, bu kurumu sadece aynı cinsiyetten çiftlerin yararına sunmakta, farklı cinsiyetten çiftler bu kurumun çatısı altına girememektedir. Bu halin istisnasını, kayıtlı birliktelik kurumunun hem aynı hem de farklı cinsiyetler arası birliktelikler için açık olduğu Hollanda hukuku oluşturmaktadır. Bu anlamda Hollanda'da aynı veya farklı cinsiyetten birliktelik yaşayan çiftler, taleplerine göre, evlenebilmekte veya kayıtlı birliktelik için başvurabilmektedir. Hollanda hukukunda söz konusu düzenlemeler ile hedeflenen amaç, değişen aile yapısını temel alarak, hukukî olarak düzenlenmiş bir alternatif yaratmak ve kayıtlı birlikteliğin ikinci sınıf bir evlenme olarak görülmesinin önüne geçmektir²⁰. Mevcut kayıtlı birlikteliklerin üçte birinin farklı cinsiyetten çiftler tarafından oluşturulduğu Hollanda'da, evlilik kurumunun sembolik olarak reddedilmesi ve kayıtlı birliktelikte nesebe ilişkin ciddi sonuçların yer almaması, söz konusu çiftlerin evlilik yerine bu kurumu tercih etmesinin en önemli nedenlerindendir²¹.

aa. Şeklî ve Aslî Şartlar

Hollanda hukukuna göre, belediye binasında, tanıkların önünde, kayıt memuru tarafından tamamlanan ve evlilik merasimine mümkün olduğunca benzetilen kayıt prosedüründen en az iki hafta önce, kişiler, kayıt olmak istediklerini idareye bildirmelidir²². Söz konusu prosedürün evlilik merasiminden farklı kısımları, iradelerin evlilikteki gibi belli bir formda açıklanmak zorunluluğunun bulunmaması ve evlilikten önce yasaklanmasına rağmen bu prosedürden önce, tarafların dinî tören yapmakta serbest olmalarıdır²³. Kayıtlı birliktelik oluşturacak kişilerde aranacak özelliklerin

¹⁹ **La Violette**, s. 126.

²⁰ **Barlow, A.**: Regulation of Cohabitation, Changing Family Policies and Social Attitudes: A Discussion of Britain within Europe, *Law & Policy*, S. 26 (2004), s. 59; **Schrama, W. M.**: Registered Partnership in the Netherlands, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 13 (1999), s. 323.

²¹ **Schrama**, s. 322; **Boele-Woelki, K.**: Le Partenariat Enregistré: Legislation des Pays-Bas, Questions d'actualité en droit des personnes dans les Etats membres de la CIEC, *Colloque organisé à Strasbourg pour marquer les 50 ans d'existence de la CIEC*, s. 49. (Le Partenariat Enregistré). <<http://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/42622/1999KBoele-Woelki-partenariat.pdf?sequence=1>> (erişim tarihi: 15.12.2016).

²² **Schrama**, s. 319.

²³ **Curry-Sumner, I.**: All's Well That Ends Registered?: The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships in Europe, 1. Baskı, Anwerp/Oxford 2005, s. 126. Bununla birlikte, evliliğin kilisede gerçekleştirilebildiği İskandinav ülkeleri de dahil olmak üzere hiçbir Avrupa ülkesinde, kayıtlı birlikteliğin kilise gibi dini ibadet yerlerinde kurulmasına imkân tanınmamıştır. Bkz. **Waldjick**, s. 39.

birçoğu evlenme ile paralellik gösterirken,²⁴ evlenmeden farklı olarak kayıtlı birliktelik oluşturacak kişilerin, Hollanda vatandaşı veya Hollanda'da yerleşim yeri sahibi olması veyahut Hollanda'da sürekli ve geçerli oturma iznine sahip bulunması gerekmektedir²⁵.

bb. Hüküm ve Sonuçlar/

aaa. Çift Bakımından

Evliliğin hüküm ve sonuçlarının çoğu, Hollanda Medeni Kanununda düzenlenen kayıtlı birliktelik için de geçerlidir²⁶. Bu anlamda çiftler birbirlerine karşı sadakat, yardım, destekleme, birlikte yaşama, nafaka, evin masraflarını paylaşma, evle ilgili borçlara katılma yükümlülüğü içerisindedir; evli çiftlerle eşit biçimde emeklilik ve diğerinin soyadını alabilme imkânı gibi hakları bulunmaktadır²⁷. Ayrıca, evlenmede olduğu gibi, 3 yıldan beri birlikte yaşıyor olmak şartıyla, genel yollardan daha kolay vatandaşlık kazanımı sağlanmaktadır²⁸. Kamu hukuku bağlamında da evli çiftler gibi muamele gören kayıtlı çiftler için vergi ve sosyal güvenliğe ilişkin sonuçlar aynen uygulanmaktadır²⁹.

Evlilik için öngörülen mal varlığına ilişkin sonuçlar, kayıtlı birliktelik için *mutatis mutandis* uygulanmaktadır³⁰. Çiftlerin kayıtlı birliktelik öncesinde veya birliktelik devam ederken noter önünde aksi yönde bir sözleşme imzalamamış olmaları halinde, mal birliği rejimi geçerlidir³¹. Kayıtlı çiftler, vasiyetname ile mirastan mahrum edilmemiş olması şartıyla, yasal mirasçılar arasında yer alır ve bu yönde bir vasiyetname yapılmış olsa bile sağ kalan tarafın, hayat arkadaşının ölümünden sonra 6 ay boyunca ortak evde oturma hakkı söz konusudur³².

²⁴ Kayıtlı birliktelik için evlenme ile benzer anlamda, daha önce başka bir kayıtlı birliktelik veya evlilik ilişkisi içinde bulunmamak; tarafların akıl hastalığına sahip olmaması, en az 18 yaşında olması veya daha küçükler için hâkim kararı ve veli rızasının bulunması; kayıtlı birlikteliğin alt soy, üst soy ve kardeşler arasında gerçekleşmemesi ve kısıtlılara ilişkin bazı özel şartlar aranmaktadır. Bkz. Hollanda Medeni Kanunu 1:5A maddesi vd. *Dutch Civil Code*, <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>> (erişim tarihi: 15.12.2016).

²⁵ **Curry-Sumner**, s. 122 vd.; **Schrama**, s. 319.

²⁶ Bkz. Hollanda Medeni Kanunu m. 1:80b.

²⁷ **Schrama**, s. 319-320; **Curry-Sumner**, s. 131 vd.

²⁸ **Curry-Sumner**, s. 129.

²⁹ **Waldjick**, s. 42.

³⁰ Bkz. Hollanda Medeni Kanunu m. 1:80b.

³¹ **Curry-Sumner**, s. 135 vd.

³² **Curry-Sumner**, s. 137.

bbb. Çocuk Bakımından

Kayıtlı birlikteliğin çocuk bakımından yasal sonuçları, evliliğe çok yakındır; ancak en önemli fark, babalık karinesinin kayıtlı çiftler bakımından uygulanmamasıdır³³. Bu nedenle, kayıtlı birliktelik farklı cinsiyetten çiftler arasında kurulmuş olsa dahi, erkek ve çocuk arasındaki hukukî bağın kurulması için, babanın çocuğu tanınması, evlât edinmesi veya babalık hükmü kurulması gerekmektedir³⁴. Söz konusu işlemlerden birini tamamlayarak çocuğun babası kabul edilen taraf, ortak velâyet hakkını da elde etmektedir³⁵. İlgili kanunda açıkça yer almamasına rağmen, konuyla ilgili Hollanda Yüksek Mahkemesi kararı doğrultusunda, kayıtlı birlikteliğin sona ermesinden sonra da velâyet hakkının devam edeceği kabul edilmektedir³⁶. Dolayısıyla, kayıtlı birlikteliğin sona ermesiyle birlikte, çocuk lehine nafaka hakkı doğabilmektedir³⁷. Öte yandan, evli veya kayıtlı veyahut kayıt olmadan üç yıldan beri birlikte yaşayan çiftler, Hollanda vatandaşı çocuğu birlikte evlât edinebilmektedir; ancak ülkelerarası evlât edinme, farklı cinsiyetten evli çiftlere özgülenmiştir³⁸.

cc. Sona Erme Nedenleri

Hollanda hukukuna göre kayıtlı birlikteliğin sona ermesi, boşanmadan farklı düzenlenmiştir. Sona erme nedenleri; taraflardan birinin ölümü veya ölüm şüphesi ile kaybolması veyahut evlenmesi; kayıtlı birlikteliğin iptali; tarafların anlaşması sonucu idareye yapılan ortak beyan ve taraflardan birinin talebiyle hâkimin birlikteliği sona erdirmesi olarak sayılmaktadır³⁹.

b. Sözleşmesel Kayıtlı Birliktelikler

Fransa, Belçika ve Lüksemburg hukuklarında karşılaşılan sözleşmesel kayıtlı birliktelik modelinde, statü temelli kayıtlı birliktelikten farklı olarak çiftlere, evlilik hukukuyla paralellik yaratmak amaçlanmaksızın hak ve yükümlülük sağlanmakta ve birlikteliğe ilişkin bazı koşullar, sözleşmeye eklenmek suretiyle taraflarca kolaylıkla değiştirilebilmektedir⁴⁰. Diğer yandan *de facto* birliktelik yaşayan kişilerden farklı olarak sözleşmesel kayıtlı birliktelik, gerçek anlamda düzenlenmiş bir statü öngörmekte ve çiftlerin, bu statüye girebilmek için

³³ Waaldjick, s. 39, 43.

³⁴ Schrama, s. 320; Curry-Sumner, s. 141.

³⁵ Perelli-Harris, B./ Gassen, N. S. : How Similar are Cohabitation and Marriage? Legal Approaches to Cohabitation Across Western Europe, *Population and Development Review*, S. 38/3 (2012), s. 456.

³⁶ Curry-Sumner, s. 156-157.

³⁷ Curry-Sumner, s. 157.

³⁸ Waaldjick, s. 141, dn. A5.

³⁹ Schrama, s. 321; Curry-Sumner, s. 148 vd.

⁴⁰ La Violette, s. 122.

bildirimde bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla bu birlikteliklerle hedeflenen amaç, aynı veya farklı cinsiyetten çiftlere açık olan, *de facto* ilişki ve kayıtlı birliktelik arasında kalan ikinci derecede medeni statü yaratmaktır⁴¹.

Bu statüye örnek olarak incelenecek olan Fransız hukuku kurumu PaCS (*Pacte Civil de Solidarité*), 1999'da yürürlüğe girmiştir⁴². Bu kurum, ilk aşamada aynı cinsiyetten çiftler için öngörülse de, çeşitli politik mülâhazalar nedeniyle, aynı veya farklı cinsiyetten kişilerin, birlikteliklerini düzenlemek amacıyla kaydolabilecekleri, “medeni birliktelik paktı” kavramı olarak ortaya çıkmıştır⁴³. Bu nedenle PaCS, hem evliliği bir kurum olarak reddeden veya evliliğin koşullarından memnun olmayan farklı cinsiyetten çiftler için evliliğe gerçek bir alternatif; hem de birbirlerine olan bağlılıklarının hukukî anlamda tanınmasını isteyen aynı cinsiyetten çiftler için aile hukuku kaynaklı haklar ve yükümlülükler bahşedilmesini sağlayan bir mekanizma olarak görülmektedir⁴⁴.

aa. Şekli ve Aslı Şartlar

Statü temelli kayıtlı birliktelik, sadece resmî bir otorite önünde başlayabilirken; PaCS için yazılı bir sözleşme yapılması ve ortak beyanın ilk derece mahkemesi veya noter huzurunda açıklanması yeterlidir⁴⁵. Bu anlamda kayıt yapılmasının, kesin tarihin belirlenmesi ve tarafların iradesiyle ortaya çıkmış olan sözleşmenin, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine etki tanıma işlevleri bulunduğu söylenebilir⁴⁶. Statü temelli kayıtlı birliktelik çeşitlerinden en önemli farkı, PaCS'ın açık bir anlaşma olması ve tarafların, konunun kapsamı ve amacı içerisinde istedikleri alanda düzenleme yaparak, diledikleri sonuçları yaratabilmeleri ve bu sözleşmeyi ortak beyanla herhangi bir zamanda değiştirebilmeleridir⁴⁷. Diğer yandan, PaCS statüsüne girebilmek için taraflar, Fransa'nın aynı bölgesindeki güncel veya gelecekteki ortak yerleşim yerlerini yeminli beyanla bildirmelidir ve bu kuralın hiçbir istisnası bulunmamaktadır⁴⁸.

⁴¹ **La Violette**, s. 132.

⁴² Bkz. Fransa Medeni Kanunu (*Code Civil*) m. 515-1 vd. <<http://www.legifrance.gouv.fr>> (erişim tarihi: 15.12.2016). PaCS bir yandan, sözleşme içeriğinin belirli konular dışında, kanun tarafından değiştirilemediği, iki tarafın iradesine dayanan bir sözleşme hükmünde iken; diğer yandan, iki gerçek kişi tarafından ortak yaşamlarının organize edilmesi amacıyla düzenlenen ve bu kişilere uygulanacak bir kurallar bütünü yaratan statü görünümündedir. Bkz. **Lamarche, M.** : *Pacte Civil de Solidarité (PACS)*, *Rép. civ. Dalloz*, Eylül 2012, s. 11.

⁴³ **Steiner, E.**: Spirit of the New French Registered Partnership Law - Promoting Autonomy and Pluralism or Weakening Marriage, *Child and Family Law Quarterly*, S. 12 (2000), s. 1.

⁴⁴ **Barlow**, s. 65.

⁴⁵ *Code Civil*, m. 515-3.

⁴⁶ **Fulchiron**, s. 909.

⁴⁷ **Curry-Sumner**, s. 89.

⁴⁸ **Curry-Sumner**, s. 84.

bb. Hüküm ve Sonuçları

aaa. Çift Bakımından

PaCS statüsünün çiftler açısından sonuçları, birkaç istisna dışında Hollanda kayıtlı birliktelik statüsü ile aynıdır⁴⁹. Örneğin çiftler, taraflardan birinin “günlük ihtiyaçlar” için yaptığı borçlardan birlikte ve müteselsil olarak sorumlu bulunmaktadır⁵⁰. Taraflar, birliktelik sırasında edinilmiş malların mülkiyetinin ortaklaşa kazanıldığı koşulunu PaCS sözleşmesine koyabilmektedir⁵¹. Sözleşmede bu yönde bir belirleme yapılmaması halinde mal ayrılığı rejimi uygulanmakta; kimin olduğu belli olmayan bir mal, birlikte alınmış kabul edilmektedir⁵².

Hollanda kayıtlı birliktelik statüsünden farklı olarak PaCS statüsüne sahip kişiler, birbirlerinin kanunî mirasçısı sayılmamaktadır. Buna rağmen, merhum adına hazırlanan kira sözleşmesi kendiliğinden sağ kalan tarafın üzerine geçmekte ve PaCS sözleşmesinde aksi yönde bir hüküm bulunmadıkça sağ kalan, ortak evden ve ortak mülkiyetine sahip oldukları mallardan payını alma hakkına sahip olmaktadır⁵³. Hollanda kayıtlı birliktelik statüsünden bir diğer farkı da PacS statüsünün vatandaşlık kazanımında kolaylık sağlamamasıdır⁵⁴.

bbb. Çocuk bakımından

PaCS modelinde, diğer kayıtlı birliktelik modellerinde olduğu gibi, velâyet hakkı veya ana-babalık karinesi yaratılmamaktadır. Benzer biçimde, PaCS statüsü içerisinde bulunmanın birlikte evlât edinme hakkı tanımadığı da anlaşılmaktadır. Ancak bu statü altında birlikte yaşayan kişiler için sunî dölleme imkânının öngörüldüğü tespit edilebilmektedir⁵⁵.

cc. Sona Erme Nedenleri

PacS statüsünün sona erme nedenleri bakımından Fransız hukukunda, evlilik kurumunun sona ermesinden farklı nedenler tespit edilmiştir⁵⁶. Buna göre taraflar; ortak sözleşme, tek taraflı beyan, tarafların birbiriyle veya başka biriyle evlenmesi nedenleriyle ilişkiyi sona erdirebilmektedir⁵⁷.

⁴⁹ Aleyhte tanıklık etme yasağı ve tıbbi konularda birinci dereceden akrabalık durumu PacS statüsünde bulunmayan istisnalar arasında sayılabilir. Bkz. **Waldjick**, s. 39, **Curry-Sumner**, s. 48.

⁵⁰ *Code Civil*, m. 515-4.

⁵¹ *Code Civil*, m. 515-5-1.

⁵² *Code Civil*, m. 515-5.

⁵³ **Perelli-Harris/Gassen**, s. 452-453.

⁵⁴ **Curry-Sumner**, s. 48, 92; **Waldjick**, s. 39.

⁵⁵ **Waldjick**, s. 94 vd.

⁵⁶ *Code Civil*, m. 515-7.

⁵⁷ **Curry-Sumner**, s. 110 vd.

2. De facto Birliktelikler

De facto birliktelikler, en geniş anlamda “herhangi bir makama kayıt olmaksızın, devamlı ve istikrarlı bir temelde, birlikte yaşayan iki kişinin sabit ilişkisi” olarak tanımlanmaktadır⁵⁸. Bu birliktelikler, evlenmek veya evlilik benzeri bir statüye girmek istemeyen ya da giremeyen kişiler için bazı hakların tanınması amacıyla hizmet etmesi nedeniyle, hem farklı cinsiyetten hem de aynı cinsiyetten kişilerin oluşturduğu beraberlikler için önem taşımaktadır⁵⁹. Bu doğrultuda, iç hukuklarında *de facto* birlikteliklere ilişkin düzenleme bulunan ülkeler olduğu gibi; bu konuda düzenleme yapmayı tercih etmeyip, somut olay karşısında, hakkın varlığı konusundaki mahkeme kararına göre işlem yapma yönünde eğilim gösteren hukuk sistemleri de bulunmaktadır⁶⁰. Bu anlamda, birlikte yaşama ilişkin yasal kurallara olan gereklilik, ilk olarak 1974 yılında eski Yugoslavya hukukunda öngörülmüş ve otonom bölgelere bu konuda düzenleme yapma yetkisi verilmiştir⁶¹. Birlikte yaşayanların hukukî durumunun yasal olarak düzenlenmesi konusu daha sonraki tarihlerde, Avrupa’da özellikle Norveç, İsveç, Danimarka gibi kuzey ülkelerinde ele alınmaya başlamıştır⁶².

⁵⁸ **Green Paper**, s. 3. *De facto* birliktelikler, çeşitli hukuk sistemlerinde *concubinage*, *l’union libre*, *l’union de fait*, *personne à chargé*, *ceux qui vivent maritalement*, *marriage de fait*, *ménage de fait*, *unmarried cohabitation*, *non-marital life companionship*, *informal marriage*, *common law marriage*, *ambiguous marriage* veya *domestic partnership*, gibi isimler almaktadır.

⁵⁹ **Goldstein**, s. 40. Bu birliktelikler, genel olarak hem aynı hem de farklı cinsiyetten çiftler için kabul edilmiştir; ancak Peru, Venezuela, Bolivya, Brezilya ve El Salvador gibi bazı Latin Amerika ülkelerinde sadece farklı cinsiyetten çiftlere özgülenmiştir. Katalonya (İspanya)’da ise aynı ve farklı cinsiyetten kişilerin oluşturduğu birliktelikler açısından fark yaratıldığı görülmektedir. Nitekim farklı cinsiyetten birlikteliklerde sağ kalan taraf, ortak evdeki taşınabilir eşyaları edinme, ölen tarafın maliki olduğu evde ölümü takip eden bir yıl boyunca oturma ve mirastan ihtiyacı olduğu oranda nafaka talep etme hakkına sahip olurken, aynı cinsiyetten çiftler için sonuncu hak tanınmamaktadır. Bkz. **Harnois/Hirsch**, s. 11-19; **Perelli-Harris/Gassen**, s. 453.

⁶⁰ **Harnois/Hirsch**, s. 14.

⁶¹ **Beinaroviča, O.**: The Historical Development of Regulation of Non-Marital Cohabitation of Heterosexual Couples and Its Effect on the Creation of Modern Family Law in Europe, *Vilnius University Faculty of Law International Conference of PhD Students and Young Researchers, The Interaction of National Legal Systems: Convergence or Divergence?* Conference Papers 25–26 April 2013, s. 33. Bu otonom bölgelerden Slovenya, Hırvatistan, Bosna-Hersek, Sırbistan ve Kosova özerk bölgesi, konuya ilişkin gerekli düzenlemeleri yapmıştır. Bu düzenlemelerin bazılarında, birlikteliğin farklı cinsiyetten kişiler arasında gerçekleştirilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Eski Yugoslavya hukukunda kabul edilen model için bkz. **Özsunay, E.**: Nordik Hukukta, Sosyalist Hukukta ve Anglo/Amerikan Hukukunda Evlilik Olmaksızın “Birlikte Yaşama”nın Güncel Sorunları, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 13 S. 16 (1979-80-81), s. 63 vd.

⁶² Bu anlamda AB genelinde sabit ve devamlı bir ilişki içinde yaşayan çiftler için ülkeye giriş ve ikamet etme imkânı bağlamında bazı haklar tanınmaktadır. Uzun süredir birlikte yaşadığını kanıtlayan çift, birlikte başka bir AB ülkesine taşınırsa, taşınılan ülke, AB vatandaşı olmayan

Ancak bugüne geldiğinde, hâlâ, konu hakkında genel ve toplu düzenleme yapan herhangi bir hukuk sisteminin bulunmadığı görülmektedir. Söz konusu durumun ve *de facto* birliktelik yaşayan kişilere tanınan hakların ülkeden ülkeye büyük oranda değişiklik göstermesinin konunun araştırılmasını zorlaştırması nedeniyle, devam eden bölümlerde bu birlikteliklerin öne çıkan yönleri incelenmiştir.

a. Şekli ve Aslı Şartlar

Bu birlikteliklerin varlığı, çoğu ülkede fiilî duruma göre belirlenmekte; belli bazı koşullar sağlandığında, beraber yaşayan iki kişinin birlikteliğine bir takım yasal sonuçlar bağlanmakta ve bu birliktelikler özel bir prosedür gerekmeksizin yasal olarak tanınmaktadır. Buna rağmen bazı hukuk sistemlerinde, birlikteliğe hukukî etki tanınabilmesi için, mahkeme veya resmî bir otoriteye bildirim veyahut ilişkinin kaydedilmesi gibi bazı formalitelerin gerçekleştirilmesi gerekli olabilmektedir. Örneğin çoğu Latin Amerika ülkesinde evlilik dışı birlikte yaşam sürdüren çiftler, ancak mahkeme tarafından ilişkilerinin tanınmasından sonra hukukun öngördüğü haklardan faydalanabilmektedir⁶³. Buradaki kıstas, kaydın ilişkinin varlığını etkilememesi, yalnızca kanıtta etkili olmasıdır; çünkü kaydın kurucu işlem olduğu ilişkiler “kayıtlı birliktelik” olarak adlandırılmaktadır⁶⁴. Dolayısıyla, resmî makamlara yönelik yapılacak kurucu nitelikli bir bildirim veya kayıt bir ilişkiyi *de facto* olmaktan çıkarmaktadır⁶⁵.

Çeşitli hukuk sistemlerine bakıldığında *de facto* ilişkiyi belirlemek için kullanılan ortak koşulun, ilişki süresinin “uzunluğu” ve “devamlılığı” olduğu görülmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde bu süre önceden belirlenirken, diğerlerinde ilişkinin sürekli, sabit, kesintisiz ve uzun süreli olması gerektiği öngörülmektedir⁶⁶. Örneğin İsveç’de aynı veya farklı cinsiyetten, evli olmayan, belli süreden beri kesintisiz olarak birlikte yaşayan, aynı evi ve evin günlük masraflarını paylaşan çiftler, hukukî korumadan faydalanmaktadır⁶⁷. Aynı

tarafın ülkeye girişini ve ikametini kolaylaştırmak zorundadır. Birlikte yaşayan kişilerden birinin AB vatandaşı olması yeterli sayılırken İsveç, Norveç, Fransa ve Hollanda hukukunda bu konuya ilişkin düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bkz. **Perelli-Harris/Gassen**, s. 449; **Waldijk**, s. 40; Avrupa Birliği resmî internet sitesi, *de facto* birliktelik için bkz. <http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/de-facto-unions/index_en.htm> (erişim tarihi: 15.12.2016)

⁶³ **Harnois/Hirsch**, s. 13.

⁶⁴ **Harnois/Hirsch**, s. 13.

⁶⁵ Örneğin İzlanda’da *de facto* birlikteliklerin tanınması için “Ulusal Sicil”e kayıt olunmak gerekmektedir; ancak bu kayıt kurucu olmadığı için “kayıtlı birliktelik” kapsamında nitelendirilmemektedir. **Waldijk**, s. 40.

⁶⁶ **Harnois/Hirsch**, s. 10.

⁶⁷ Hukuk sistemlerinde *de facto* birlikteliklere yönelik kurallar bulunan ülkelerden İsveç’te, *The Cohabitees (Joint Homes) Act 1987* (the *Homosexual Cohabitees Act 1987* ile genişlemiştir),

yönde düzenlemesi bulunan Fransız hukukuna göre bir ilişkinin *concubinage*⁶⁸ olarak değerlendirilebilmesinde evli çiftlerinkine benzer duygusal, cinsel ve maddi bir ortaklıkla birlikte sabit, devamlı ve herkes tarafından bilinen bir ilişkinin varlığı aranmaktadır⁶⁹. İngiliz hukukuna ait bir karar olan *Crake v. Supplementary Benefits Commission* kararında da *de facto* birlikte yaşamın unsurları, farklı cinsiyetten iki kişi, aynı evin üyesi olma, ilişkinin sabit ve belli süreden beri devam ediyor olması, maddi destek, cinsel ilişki, ilişkidenden olma çocuk, ilişkinin kamu tarafından bilinmesi biçiminde sayılmıştır⁷⁰. Yine Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1992 yılına ait bir kararında evlilik dışı ilişkiler, "kadın ve erkeğin karşılıklı olarak kendi aralarında özel ve sonsuza kadar sürmesi niyetiyle oluşturdukları birlik" biçiminde tanımlanmıştır⁷¹. Buna karşılık Norveç hukukunda, aynı evde yaşayan ortak çocuk sahibi ve daha önceden birbiriyle evli olan çiftler doğrudan *de facto* ilişki kapsamında değerlendirilirken; ortak çocuğu olmayan çiftler için -ilişkinin durumuna göre- 2 yıl veya 5 yıl birlikte yaşamak, evli çiftler gibi işlem görmek için yeterlidir⁷². Benzer yönde Finlandiya hukukuna göre 5 yıldan uzun sürmüş bir *de facto* birlikte yaşam varsa veya çift, ortak çocuk sahibi ise bu çiftlere 1 Nisan 2011'den beri yürürlükte olan "Act on the Dissolution of the Household Of Cohabiting Partners" hükümleri

"evliliğe benzer ilişki" içinde yaşayan çiftlerin hukukî durumunu düzenlemek amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Bkz. **Björnberg, U.**: Cohabitation and Marriage in Sweden - Does Family Form Matter?, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 15 (2001), s. 351.

⁶⁸ *Code Civil* 515-8 hükmünde birlikte yaşam (*concubinage*), evliliğe herhangi bir atıf yapılmadan, "aynı veya farklı cinsiyetten, bir çift şeklinde birlikte yaşayan kişiler arasındaki istikrar ve devamlılığı gösteren fiilî müşterek yaşamdır" biçiminde tanımlanmıştır.

⁶⁹ **Favier, Y.**: Une Situation de Fait (Chapitre 140), *Dalloz Action, Droit de la Famille, 2010-2011*, (ed. Pierre Murat), 5. Baskı, Paris 2010, s. 443. Bununla birlikte, iki kişinin yalnız birbirleri ile ilişki içerisinde bulunması anlamında kullanılan münhasırlık şartı, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak Fransız hukukunda dikkate alınmamaktadır. Bu nedenle, evli veya kayıtlı birliktelik içerisindeki kişinin, bir üçüncü kişiyle olan *concubinage* ilişkisine diğer şartların gerçekleşmesi halinde hukukî sonuç bağlanabilmektedir. **Harnois/Hirsch**, s. 11; **Favier**, s. 445.

⁷⁰ **Attah, M.**: Extending Family Law to Non-Marital Cohabitation in Nigeria, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 26/2 (2012), s. 169-170.

⁷¹ **Ostner, I.**: Cohabitation in Germany - Rules, Reality and Public Discourse, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 15 (2001), s. 98.

⁷² **Noack, T.**: Cohabitation in Norway: An Accepted and Gradually More Regulated Way of Living, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 15 (2001), s. 109. Norveç hukukunun evlenmeden birlikte yaşayan kişilere bakışı her zaman bu yönde değildi. 1902 tarihli Norveç Ceza Kanunu'nun 379. paragrafı, kamu açısından infial yaratması koşuluyla, evlilik dışı birlikte yaşamı yasaklamış ve bu süre içerisinde ceza gerektirecek hiçbir olayla karşılaşılmasına rağmen, söz konusu hüküm Norveç hukukunda 70 yıl boyunca yürürlükte kalmıştır. Yıllar içerisinde aile kurumunda görülen değişimler, Norveç hukukunda birlikte yaşayanların statüsünün birçok farklı hukukî düzenleme içerisinde ele alınmasını sağlamıştır. bkz. **Noack**, s. 107; **Syltevik**, s. 447.

uygulanmaktadır⁷³.

b. Hüküm ve Sonuçları

aa. Çift Bakımından

De facto ilişki yaşayan çiftler için öngörülen haklar, her hukuk sisteminde farklı belgelerde düzenlenmekte ve söz konusu hakların içeriği değişiklik göstermektedir. Genel anlamda bakıldığında Avrupa devletleri arasında kayıtsız birlikte yaşayan çiftlere verilen haklar ve yasal bir çerçeve çizilmesi bakımından en geniş imkânlar tanıyan devlet olarak anılan İsveç hukukunda bu çiftlere, birlikte yaşadıkları süre, ortak çocuklarının olup olmaması ve evin günlük masraflarını paylaşıp paylaşmamalarına göre evlilikte tanınanlara benzer haklar verilmektedir⁷⁴. Aynı yönde İrlanda hukukuna göre, birlikte yaşadığı kabul edilen kişiler, maddi destek ve mülkiyet konularında önemli derecede hak ve hukukî koruma elde etmektedir⁷⁵. Diğer yandan Fransız hukukunda hem bakım yükümlülüğü hem de aile içi şiddet koruması öngörülmektedir⁷⁶. Alman hukukuna göre de, *de facto* birlikte yaşayan kişilere çeşitli düzenlemelerde bir takım dolaylı haklar tanınmıştır; örneğin *de facto* birlikte yaşayan çiftler tıbbi konularda birinci dereceden akraba sayılmaktadır⁷⁷. Buna karşın Hollanda'da *de facto* birlikte yaşayan çiftlerin çoğu, Hollanda hukukunun sessiz kaldığı konularda hukukî kesinliği sağlamak amacıyla evlilik dışı birlikteliklerinin mülkiyete ilişkin etkilerinin düzenlendiği "*Samenlevingscontract*" adı verilen ve noter önünde imzalanan bir sözleşme hazırlamaktadır⁷⁸.

Çiftlerin ilişkisinin sona ermesi halinde birlikte edinilen malların paylaşılması, boşanmada olduğu gibi çözülmesi gereken bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bazı hukuk sistemleri, *de facto* birlikteliğin

⁷³ Bu düzenleme için bkz. <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110026.pdf>> (erişim tarihi: 20.12.2016). Bazı hukuk sistemlerinde *de facto* birlikte yaşam için gerekli olan asgari süreler örnek vermek gerekirse, Asturien (İspanya) 1 yıl; Peru, Portekiz, Aragon (İspanya) ve Katalonya (İspanya) 2 yıl; Hırvatistan, Guatemala ve El Salvador 3 yıl, Panama ve State of Jalisco (Meksika) 5 yıl birlikte yaşama koşulu aramaktadır. Bazı ülkelerde, çiftin ortak çocuğunun bulunması halinde, bu süreler kısalabilmektedir. Bkz: **Harnois/Hirsch**, s. 10.

⁷⁴ **Barlow**, s. 63.

⁷⁵ İrlanda hukukunda, *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010 (2010 Act)*, *Cohabitants' Redress Scheme* 15. kısmında, aynı ve farklı cinsiyetten *de facto* birlikte yaşayan çiftlerin hukukî durumu düzenlenmiştir. Bu düzenleme, aile evi üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan tarafın, birliktelikten doğan haklarının korunmasına ilişkin hükümler de içermektedir. Bu düzenleme için bkz. <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/24/enacted/en/html>> (erişim tarihi: 15.12.2016)

⁷⁶ **Noack**, s. 110; **Waldjick**, s. 40.

⁷⁷ **Waldjick**, s. 40.

⁷⁸ **Schrama**, s. 324; **Harnois/Hirsch**, s. 14.

sona ermesi konusuna mevzuatlarında yer ayırmıştır. Bunlardan biri olan İsviçre hukukuna göre, birliktelik sona erdiğinde, taraflardan her biri bir yıl içerisinde arabuluculuk kurumu vasıtasıyla malvarlığının bölünmesini talep edebilmektedir⁷⁹. Bu anlamda paylaşırma, sadece birlikte yaşayanların ortak evleri ve ortak kullanım için edinilen ev eşyaları açısından söz konusudur. Birlikte yaşayan çift, ilgili düzenlemenin kendilerine uygulanmaması yönünde anlaşabilmekte ve aralarında malvarlığının bölünmesine yönelik anlaşma yapabilmektedir. Benzer biçimde Fransız hukukundaki *concubinage* kurumunda da kanıtlanmak kaydıyla, çift taşınır veya taşınmaz malı birlikte edinmiş gibi değerlendirilmekte ve bu durumda söz konusu mal aralarında mahkeme kararıyla paylaşılmaktadır⁸⁰. Finlandiya mevzuatındaki düzenlemeye göre, taraflardan birinin ortak evin edinilmesine yardım etmiş olması halinde, bu kişi ortak evin sahibinden tazminat almaya hak kazanmaktadır. İskoçya’da *The Family Law Act 2006*, birlikte yaşayan çift ayrılırsa, “maddi destek” talep edilmesine izin vermektedir⁸¹. İrlanda’da ise *Civil Partnership and Certain Rights And Obligations of Cohabitants Act 2010* ilişkinin sona ermesi veya taraflardan birinin ölümü halinde diğer tarafın nafaka, mülkiyete ve aylık bağlanmasına ilişkin düzenleme yapılması talebinde bulunmasına olanak sağlamaktadır.

Konuyla ilgili hiçbir düzenleme yapmayan ve somut olay dâhilinde farklı çözümler geliştiren ülkelerde, mala ilişkin uyuşmazlıklar çoğunlukla iç hukuk sistemlerindeki genel hükümlere göre çözülmektedir. Bu ülkelerden biri olan Almanya’da Alman mahkemeleri, sorunu çözmek için, iç hukuktaki zımî ortaklık, aile temelli sözleşmeler ve sebepsiz zenginleşme gibi kurumlardan yararlanmaktadır⁸². Birlikte yaşamdan doğan ortak evin edinimi de dâhil olmak üzere malın kazanılmasına ilişkin uyuşmazlıkların çoğunda çiftin, açık olarak iradelerini belirtmeksizin “adî şirket” kurduğu kabul edilmektedir⁸³. İngiliz hukukunda da *de facto* birlikte yaşamdan doğan mala ilişkin uyuşmazlıklara yönelik emredici kural bulunmamakta ve bu uyuşmazlıklar genellikle eşya hukukunun genel hükümlerine göre çözülmektedir⁸⁴. Bu hukuk sisteminde

⁷⁹ Perelli-Harris/Gassen, s. 450.

⁸⁰ Favier, s. 452; Perelli-Harris/Gassen, s. 450-451.

⁸¹ Bu düzenleme için bkz. Family Law (Scotland) Act 2006, <<http://www.legislation.gov.uk/asp/2006/2/section/25>> (erişim tarihi: 20.12.2016).

⁸² Sanders, A.: Cohabitants in Private Law: Trust, Frustration and Unjust Enrichment in England, Germany and Canada, *International and Comparative Law Quarterly*, S. 62 (2013), s. 630-632.

⁸³ Sanders, s. 641.

⁸⁴ Perelli-Harris/Gassen, s. 450.

kabul edilen *trust*⁸⁵ veya mülkiyete ilişkin *estoppel*⁸⁶ doktrini aracılığıyla aslında malın yasal maliki olmayan eş, bu mala ilişkin bir takım haklardan yararlanabilmektedir. Özellikle, kişinin herhangi bir menkul mal veya hak ile ilgili güvene dayanan bir hukukî işlem yapmasından doğan zımnî *trust* hükümleri, *de facto* birliktelikler açısından uygulama alanı bulmaktadır. Aile evinin sahibi, birlikte yaşayan çiftlerden biriye, diğer tarafın bir *trust* kapsamında yararlanıcı olup olmaması; her ikisi de evin ortak sahibiyse, aile evine ilişkin *trust*'da nasıl ve ne kadar pay aldıkları gibi konular gündeme gelmektedir⁸⁷. Böyle bir uyumsuzlıkla karşılaşıldığında İngiliz mahkemeleri, *de facto* ilişki içinde birlikte yaşamış olan tarafı acz haline düşmekten koruyacak, yer üzerinde intifa hakkı sağlayan özel haklar sağlamaktadır⁸⁸. Benzer yönde ABD federal hukuk uygulaması çerçevesinde, California Yüksek Mahkemesinin 27 Aralık 1976 tarihli *Marvin v. Marvin*⁸⁹ kararından sonra birçok mahkeme *de facto* birlikte yaşayanlar arasındaki iddiaları sebepsiz zenginleşme, *trust*, *quantum meruit*⁹⁰ veya zımnî sözleşme hükümleri çerçevesinde ve hakkaniyet doğrultusunda çözmektedir⁹¹.

De facto birlikte yaşayan kişilerin birbirine yasal mirasçı olabilmesi tam olarak kabul edilmezken, bu kişilerin, farklı imkânlarla güvence altına alındığı görülmektedir. Bu güvenceyi sağlayan ülkelerden biri olan İsveç hukukuna göre, birlikte yaşayan kişilerden sağ kalan taraf, yasal mirasçıların miras taleplerine karşı korunmakta ve murisin malvarlığına yönelik sınırlı hak iddiası mümkün kılınmaktadır⁹². Norveç hukukuna göre de en az 5 yıldan beri birlikte

⁸⁵ *Common law* hukuk sisteminde *trust*, özel bir amaç veya kişinin yararı için, mal varlığının kişi tarafından yaşarken veya ölümden sonra *trustee* kontrolüne geçirildiği hukukî ilişkidir. Bkz: Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, m. 2. <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=59> (erişim tarihi: 15.12.2016)

⁸⁶ *Estoppel* doktrini özellikle İngiliz hukukuyla ilişkilendirilen, bir malın kullanım hakkıyla ilgili olarak ortaya çıkan ve mülkiyetin ihtilâflı bir şekilde el değiştirmesi sonucunu doğurabilecek yasal hak talebidir. Kişiye mülkiyet hakkı kazanacağına dair açık bir teminat verilmişse ve kişi de bu teminata güvenmişse mülkiyete dayalı *estoppel* doktrini sayesinde mal üzerinde hak kazanılır. Bkz. **Megarry, R./Wade, W./Harpum C.**: The Law of Real Property, 8. Baskı, Londra 2012, s. 710 vd.

⁸⁷ **Sanders**, s. 638.

⁸⁸ **Sanders**, s. 649.

⁸⁹ Söz konusu karardan önce birçok ABD eyaletinde, birlikte yaşayan çiftlerin, ilişkilerinin sona ermesine bağlı olarak birbirlerinden herhangi bir hak talep edemeyecekleri kabul edilmekteydi. **Oldham, J. T.**: Unmarried Partners and the Legacy of Marvin v. Marvin, *Notre Dame Law Review*, S. 76 (2000), s. 1261.

⁹⁰ *Quantum meruit*, *common law* hukuk sisteminde sözlü anlaşmaya dayanan bir ilişkide, gerçekleştirilen edimin karşılığının ödenmesi için başvuru hukukî bir yoldur. Bkz. Black's Law Dictionary, Baş Edt. Garner, B. A. 2007, s. 1276.

⁹¹ **Aloni**, s. 589.

⁹² **Harnois/Hirsch**, s. 18; **Perelli-Harris/Gassen**, s. 453.

yaşayan veya ortak çocuğu bulunan çiftlerden sağ kalan taraf, yasal mirasçılara malın piyasa bedelini ödemek koşulu ile ortak evi veya ev eşyalarını tamamen veya kısmen muhafaza etme hakkına sahip olabilmektedir⁹³. Yine Fransız hukukundaki *concubinage* kurumunda bir yıldan fazla süredir aynı evde yaşayan çiftler için, kira sözleşmesini imzalayan tarafın ölümünden sonra sağ kalan tarafın, bu sözleşmenin devam etmesini isteme hakkı mevcuttur⁹⁴. Hollanda hukukunda da sağ kalan tarafı, yasal mirasçılardan koruyan ve malvarlığına yönelik sınırlı hak iddiasını mümkün kılan düzenlemeler yer almaktadır⁹⁵. Benzer yönde İngiliz hukukuna göre muris ile ölüm tarihinden önce en az 2 yıl boyunca aynı evde evli eşler gibi birlikte yaşamış olmakla, ölen kişinin malvarlığına yönelik sınırlı hak iddiasında bulunmak mümkün hale gelmektedir⁹⁶. Sağ kalan taraf bu düzenleme dışında, zımnî *trust* ve *common law* temelli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre de korunabilmektedir⁹⁷.

Birlikte yaşayan çiftler, kamu hukuku bağlamında bazı haklara sahip olabilmektedir. Norveç hukukuna göre, önceden birbiriyle evli olan veya ortak çocuğu bulunan birlikte yaşayan çiftler, sosyal haklar ve yükümlülükler bakımından evli çiftler gibi işlem görmektedir⁹⁸. Böyle bir özel durum içerisinde bulunmayan çiftler de, belli bazı şartların gerçekleşmesi durumunda, vergi konusunda evli çiftlerle eşit statüye sahip olabilmektedir. Fransa'da da uygulamada, belediye tarafından verilen *concubinage* sertifikası veya *concubinage* varlığına veya yokluğuna yönelik tanıklık, sosyal güvenliği düzenleyen hukuk kurallarında (çiftlerden birinin diğerinin sağlık sigortasından faydalanması gibi) öngörülen avantajlardan yararlanmak için yeterli olmaktadır⁹⁹.

bb. Çocuk Bakımından

Avrupa'da çoğu ülke hukukunda, evlilik dışı doğan çocuk sayısının artması yönündeki sosyal gerçeklik kabul edilmekte ve çiftin *de facto* birlikte yaşam içerisinde olup olmadığına bakılmaksızın, evlilik dışı doğan çocuklar için öngörülen ebeveynliğe ilişkin hukukî sonuçlar özellikle anne bakımından oldukça geniş tutulmaktadır¹⁰⁰. Diğer yandan, çoğu ülkede babayla soy

⁹³ Noack, s. 110; Harnois/Hirsch, s. 18.

⁹⁴ Perelli-Harris/Gassen, s. 452; Favier, s. 452.

⁹⁵ Harnois/Hirsch, s. 18; Perelli-Harris/Gassen, s. 453.

⁹⁶ Attah, s. 170; Harnois/Hirsch, s. 18; Perelli-Harris/Gassen, s. 453.

⁹⁷ Sanders, s. 632.

⁹⁸ Harnois/Hirsch, s. 17; Noack, s. 111.

⁹⁹ Favier, s. 446; Waaldjick, s. 40.

¹⁰⁰ Waaldjick, s. 40. Ancak örneğin, İsviçre'de ebeveynler, çocuğun bakımının ve maddi sorumluluğunun paylaşıldığı resmî bir sözleşme imzalamak zorundadır. Çocuğun ortak velâyetinin kazanılması için bu sözleşmenin, vesayet makamının onayından geçmesi gerekmektedir. Bkz. Perelli-Harris/Gassen, s. 456.

bağı, evlilikte olduğunun aksine doğrudan kurulmamaktadır. Örneğin İsveç, Hollanda ve Almanya hukukuna göre, annenin, çocuğun babasına yönelik rızasının alınması gerekmektedir; İsveç hukukuna göre bunun yanı sıra babalık, “Sosyal Refah Kurulu” tarafından da onaylanmalıdır¹⁰¹. Benzer yönde Norveç hukukuna göre, evli olmayan baba, çocuğun tanınması bağlamında resmî prosedürü gerçekleştirmek zorunda olduğu için, çocuğun ortak velâyetini kendiliğinden kazanmamakta, resmî makamlara bildirimde bulunulması gerekmektedir¹⁰². Anne ve babanın ebeveynlik haklarının doğması için ise, bu kişilerin birbirleriyle evli olması gerekmemekte; söz konusu hak ve yükümlülükler kendiliğinden doğmaktadır¹⁰³.

Hollanda hukukunda evli veya kayıtlı veyahut kayıtsız şekilde üç yıldan beri birlikte yaşayan çiftler, Hollanda vatandaşı çocuğu birlikte evlât edinebilmektedir¹⁰⁴. Aynı yönde İngiliz hukukunda da aynı veya farklı cinsiyetten evlenmeden birlikte yaşayan çiftlerin birlikte evlât edinebilmesi mümkün kılınmaktadır¹⁰⁵. Diğer yandan Norveç hukukuna göre *de facto* birlikte yaşayan çiftler, sabit bir ilişkileri olduğunu kanıtladıkları sürece sunî dölleme yolunu kullanma hakkına sahiptir¹⁰⁶. Almanya’da da mevzuatte açıkça öngörülme de, uygulamada kadının sunî dölleme olanaklarından faydalanabilmesi için evli veya sabit evlilik dışı ilişki içinde bulunması yeterli görülmektedir¹⁰⁷.

c. Sona Erme Nedenleri

Evlilik dışı birlikte yaşam, çiftlerin tek taraflı veya ortak kararıyla veyahut taraflardan birinin ölümüyle sona ermektedir; ancak bazı ülkeler, kişilerin birbiriyle veya üçüncü bir kişiyle evlenmesi veya kayıtlı birlikteliğe başlanması durumunda da *de facto* birlikteliğin sona ereceğini öngörmektedir¹⁰⁸.

B. Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerinin AİHM Kararlarında Ele Alınışı

AİHM kararlarının yıllar içindeki gelişimine bakıldığında aile kavramının geniş yorumuna destek verildiği görülmektedir. Nitekim AİHM ilk olarak,

¹⁰¹ Perelli-Harris/Gassen, s. 456.

¹⁰² Noack, s. 110; Perelli-Harris/Gassen, s. 456.

¹⁰³ Noack, s. 111.

¹⁰⁴ Perelli-Harris/Gassen, s. 449.

¹⁰⁵ Bkz. Adoption and Children Act 2002, <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/part/1>> (erişim tarihi: 15.12.2016)

¹⁰⁶ Noack, s. 111.

¹⁰⁷ Perelli-Harris/ Gassen, s. 449.

¹⁰⁸ Harnois/Hirsch, s. 20.

1979 tarihli *Marckx v Belgium*¹⁰⁹ kararıyla AİHS 8. madde¹¹⁰ çerçevesinde korunan “aile hayatı” kavramını genişletici yönde adım atmıştır. Karara konu olan uyumsuzlukta, evlilik dışı ilişkiden doğan *Alexandra Marckx*’ın doğumu, resmî makamlara usulüne uygun olarak bildirilmiş, çocuk, annesi tarafından tanınmış ve velâyet hakkı anneye verilmiştir. Zira Belçika hukukuna göre, evlilik dışı birliktelikten doğan çocuğun anneye soy bağının kurulabilmesi için, doğum sertifikasında annenin isminin yer alması ile birlikte, annenin çocuğu tanıması veya mahkeme tarafından anneliğe hükmedilmesi gerekmektedir. Ancak söz konusu çocuk ile annenin akrabaları arasında soy bağının kurulması ve çocuğun bu kişilerden mirasa ilişkin haklarının doğması için ayrı bir prosedüre ihtiyaç duyulmaktadır. Bahsi geçen düzenlemenin, evlilik dışı doğan çocuklara yönelik ayırım yaptığı ve AİHS 8. maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle başvurulması üzerine AİHM, AİHS’nin “yasal” veya “yasal olmayan” farkı gözetmeksizin bütün aileleri koruyan 8. madde hükmünün geniş yorumlanacağına hükmetmiştir. Mahkeme, geleneksel ailenin desteklenmesi ve özendirilmesi amacıyla, geleneksel olmayan aileye zarar verebilecek önlemler alınmaması ve “yasal olmayan” ailenin üyelerinin de geleneksel aile üyeleriyle eşit biçimde 8. maddenin öngördüğü olanaklardan faydalanabilmesi gerektiği yönünde karara varmıştır. Aile hayatına saygı duymayı garanti altına almak için 8. maddenin bir ailenin varlığını gerektirdiği ve bu aile kavramı içine evli olmayan anne ve çocuk arasındaki bağ ve hatta büyük anne-baba ve torun arasındaki bağın da dâhil edileceğinin altı çizilmiştir.

AİHM, daha sonraki tarihlerde de aile kavramını tanımlayan, onun içeriğini belirleyen kararlar vermeye devam etmiştir. Bu anlamda 1994 tarihli *Kroon and Others v. The Netherlands*¹¹¹ kararında, birlikte yaşamın, aile yaşamının kurulması için aslî unsur olmadığı; ancak aile yaşamının kanıtlanması için başlangıç noktası sayıldığına hükmolunmuştur. Babalık hükmü kurulmasının,

¹⁰⁹ European Court of Human Rights, Plenary Case of *Marckx v. Belgium* (Application no. 6833/74) Strasbourg, 13 June 1979, bkz. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534>> (erişim tarihi: 15.12.2016). AİHM’in benzer yöndeki kararları için bkz. European Court of Human Rights, Plenary Case of *Johnston and Others v. Ireland* (Application no. 9697/82) Strasbourg, 18 December 1986, <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57508>> (erişim tarihi: 15.12.2016); European Court of Human Rights, Case of *Elsholz v. Germany*, (Application no. 25735/94), Strasbourg, 13 July 2000, <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58763>> (erişim tarihi: 15.12.2016).

¹¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” AİHS’nin resmî metni için bkz. <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> (erişim tarihi: 30.12.2016)

¹¹¹ Bkz: European Court of Human Rights, Chamber Case of *Kroon and Others v. The Netherlands* (Application no. 18535/91) Strasbourg, 27 Ekim 1994, <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57904>> (erişim tarihi: 15.12.2016).

AİHS 8. maddesi kapsamındaki etkilerine ilişkin söz konusu kararda aile hayatı için, “..böyle bir ilişki için birlikte yaşam kuralı olarak gerekli olsa da, istisna olarak başka unsurlar da *de facto* aile ilişkisi kurulduğuna dair yeterli kanıt oluşturmaktadır...” biçiminde belirleme yapılmıştır. Karara konu olan çiftin dört çocuğunun bulunması, istisnaî unsurlardan biri olarak kabul edilmiş ve bu ailenin AİHS kapsamında korunmasında etkili olmuştur. Öte yandan başka hangi unsurların *de facto* aile ilişkisinin kurulması için yeterli kanıt oluşturacağına bu kararda değinilmemiştir.

De facto birliktelik içinde yaşayan çiftlerin “aile hayatı” oluşturması için gerekli olan şartlar, AİHM’in 1997 tarihli *X, Y and Z v United Kingdom*¹¹² kararı ile hükme bağlanmıştır. Bu karara konu olan dâvada, dâvacılardan (X), cinsiyetini erkek olarak değiştiren bir transseksüeldir ve 1979’dan beri kadın (Y) ile sürekli ve sabit bir ilişki içinde birlikte yaşamaktadır. Üçüncü başvuran ise, bir donör tarafından verilen spermle sunî döllenme yoluyla (Y)’den doğan (Z)’dir. Dâvacıların iddiası, (X)’in (Z)’ye karşı olan babalık hakkının tanınmaması nedeniyle, aile ve özel yaşamlarına saygı duyulmadığı, bu ayrımcılığın, AİHS’nin 8. ve 14. maddelerinin¹¹³ ihlâli anlamına geldiği yönündedir. Bu kapsamda değerlendirme yapan AİHM, daha önceki yıllarda verdiği kararlara atıf yaparak “aile yaşamı” kavramının sadece evlilikle kurulan aileleri kapsamadığını, diğer *de facto* ilişkileri de içinde barındırabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre “bir ilişkinin ‘aile yaşamı’ anlamına geldiğine karar verilirken, birlikte yaşam, ilişkinin süresi, çiftlerin birlikte çocuk sahibi olarak veya başka bir şekilde birbirlerine olan bağlılıklarını göstermeleri gibi bir takım unsurlar etkili olmalıdır.” AİHM’in kararda belirlediği koşullardan, ilişkinin süresinin önem taşıdığı, kısa süreli ve geçici olanların değil, uzun veya potansiyel olarak uzun ömürlü ilişkilerin koruma kapsamına alındığı anlaşılmaktadır¹¹⁴. Kararda her ne kadar 8. maddenin ihlâl edilmediği hükme bağlansa da, “aile yaşamı” için gerekli unsurların sayılması ve “ailenin korunması” kavramının, evlilik dışındaki

¹¹² European Court of Human Rights, Grand Chamber Case of X, Y and Z v. The United Kingdom (Application no. 21830/93), Strasbourg, 22 April 1997, <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58032>> (erişim tarihi: 15.12.2016). AİHM’in benzer yöndeki kararları için bkz. European Court of Human Rights Case of Al-Nashif v. Bulgaria (Application No. 50963/99), Strasbourg, 20 June 2002, <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60522>> (erişim tarihi: 15.12.2016); European Court of Human Rights, First Section Case of Merger and Cros v. France (Application no. 68864/01) Strasbourg, 22 December 2004, <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67906>> (erişim tarihi: 15.12.2016).

¹¹³ AİHS’nin “Ayrımcılık Yasağı” başlıklı 14. maddesine göre, “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

¹¹⁴ Goldstein, s. 36.

diğer birlikte yaşam şekillerinin de korunması anlamına geldiğini göstermesi açısından önem arz etmektedir¹¹⁵.

AİHM'in daha yakın tarihli *Schalk and Kopf v Austria*¹¹⁶ kararında "aile yaşamı" kavramının daha net belirlendiği ve çocuk sahibi olmayan çiftlerin de bu kavrama dâhil edilebileceği görülmektedir. Söz konusu kararda kullanılan "sabit bir ilişki içinde birlikte yaşayan aynı cinsiyetten çiftler, kendileriyle aynı durumdaki farklı cinsiyetten çiftlerde olduğu gibi 'aile yaşamı' kavramı içinde değerlendirilir" ifadesi ile *de facto* birlikte yaşamın sabit ve istikrarlı olma özelliği vurgulanmıştır. Bu karar, doktrinde, hem 8. maddede öngörülen korumanın aynı cinsiyetten çiftler yönünde genişlemesi hem de sabit bir ilişki içinde birlikte yaşayan ancak çocuk sahibi olmayan farklı cinsiyetten çiftlerin "aile yaşamı" kavramına dâhil edilmesi anlamında bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir¹¹⁷. Karara konu olan dâvada çiftin çocuk sahibi olmaması, AİHM'in bu çiftlerin de aile yaşamı oluşturabilmesi yönünde benimsediği yaklaşımı ortaya koymaktadır.

Görüldüğü üzere AİHS 8. maddesine ilişkin yargılamalarında evlilik dışı birlikte yaşamın, "aile yaşamı" ve "aile bağları" kavramı içinde değerlendirmesi, AİHM'in kökleşmiş uygulamalarından biridir. Devam eden bölümlerde, yukarıda incelenen millî hukuk düzenlemeleri ve AİHM'in söz konusu uygulaması göz önünde bulundurularak evlilik dışı birlikte yaşam modellerine uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılmıştır.

II. MİLLETLERARASI UNSURLU EVLİLİK DIŞI BİRLİKTE YAŞAM MODELLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

A. Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerinin Vasıflandırılması

1. Genel Olarak Vasıflandırma

Milletlerarası özel hukuk bakımından ayrı bir öneme sahip olan vasıflandırma, somut hukukî olgunun, hangi hukukî kategori içerisinde yer aldığı tespit edilmesi anlamına gelmektedir¹¹⁸. Vasıflandırma işlemi sonucu kanunlar ihtilâfı kuralı belirlenir ve böylece uygulanacak hukuk bulunur¹¹⁹.

¹¹⁵ Barlow, s. 64. Ayrıca karar, üvey ebeveynle çocuk arasındaki bağın aile hayatı kapsamında değerlendirilmesi bağlamında da önem taşımaktadır.

¹¹⁶ European Court of Human Rights, Case of Schalk And Kopf v. Austria (Application no. 30141/04) Strasbourg, 24 Haziran 2010, <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>> (erişim tarihi: 15.12.2016).

¹¹⁷ O'Mahony, C.: Irreconcilable Differences? Article 8 ECHR and Irish Law on Non-Traditional Families, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 26 (2012), s. 38.

¹¹⁸ Nomer, E.: Devletler Hususi Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2015, s. 96.

¹¹⁹ Şanlı, C./ Esen, E./ Ataman-Figaneşe, İ.: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, İstanbul 2016, s. 47.

Farklı vasıflandırmalar, farklı hukukların uygulanmasına yol açabileceği için uygulanacak hukuk, vasıflandırma işleminin nasıl yapıldığına bağlı olarak değişiklik gösterebilir. Evlilik dışı birlikte yaşam modellerinin vasıflandırılmasında da söz konusu model, hukukî bir olgu olarak kabul edildiğinde, bu modelin ait olduğu kategori bulunarak, olaya hukukî kimlik kazandırılmalıdır. Ancak meydana geldikleri hukuk sistemlerinde dahi tam olarak sınıflandırılmayan kurumlardan doğan hukukî ilişkilerin, milletlerarası özel hukuk bağlamında vasıflandırmasının yapılması bir hayli zordur. Bu nedenle evlilik dışı birlikte yaşam modelleri için yapılan farklı vasıflandırmaların somutlaştırılması ve bu birlikteliklere açık ve kesin bir hukukî kimlik kazandırılması büyük önem taşımaktadır.

Bu noktada karşılaşılan ilk sorun, uyumsuzluğun bağlantı içinde bulunduğu hukuk sistemlerinin konuyu farklı biçimlerde vasıflandırmasıdır¹²⁰. Örneğin; de facto birlikte yaşam, bazı Alman mahkeme kararlarında adî şirket olarak kabul edilirken, İngiliz hukukunda eşya hukukunun genel hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir¹²¹. Diğer sorun ise, hukuk sisteminin söz konusu uyumsuzluk kapsamındaki hukukî olguyu tanımamasından, böyle bir kategorinin hukuk sistemi içerisinde yer almamasından kaynaklanmaktadır¹²². Örneğin; kıta Avrupası hukuk sistemlerinin çoğunda olduğunun aksine, Türk hukukunda, çiftin birlikte yaşamının düzenlendiği evlilik dışında, başka bir hukukî kurum bulunmamaktadır.

Söz konusu vasıflandırma sorunlarının çözümü için çeşitli vasıflandırma yöntemleri benimsenmiştir¹²³. Başta gelen yöntemlerden bahsetmek gerekirse, bunlardan ilki, *lex fori* vasıflandırma, hâkimin, konuyla bağlantılı olabileceğini düşündüğü kuralların hangi hak, talep veya kurumla ilgili olduğunu tespit ederken, kendi hukuk sisteminde yer alan kavramları kullanmasıdır¹²⁴. İkincisi, somut olayın özelliğine bağlı irtibatlara göre tespit edilen, olaya uygulanabilecek potansiyel yabancı hukuk tarafından yapılan vasıflandırmanın araştırılmasını ifade eden *lex causae* vasıflandırmasıdır¹²⁵. Bir diğer vasıflandırma

¹²⁰ Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 47 vd.

¹²¹ Bkz. yukarıda I. A. 2. b. aa.

¹²² Bu sorun, hukukî kurumun *for* hukukunda bilinmemesinden kaynaklanabileceği gibi *lex causae*'de bilinmiyor olmasından da kaynaklanabilir. İkinci halde, sorun "intibak" yöntemiyle çözülebilir. Bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 49, dn. 96.

¹²³ Morris, J. H. C./ McClean, D./ Beevers, K.: The Conflict of Laws by Morris, 7. Baskı, Londra 2009, s. 524 vd.

¹²⁴ Aybay, R./Dardağan, E.: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 150; Nomer, s. 99.

¹²⁵ Di Noto, R.: Les Conflits de Qualifications en Matière de Mariage Entre Personnes de Même Sexe et de Partenariat Enregistré Dans le Cadre Européen, *Mémoire de Master 2, Spécialité Contentieux International et Européen sous la Direction de M.-L. Niboyet*, 2011; s. 90-92, bkz. <<http://www.droit-fr-all-paris-ouest.fr/wp-content/uploads/2012/12/Les-conflits-de>

yöntemi ise, kavramların bağımsız, evrensel ve milletlerarası kabul gören bir sistem dâhilinde incelenmesini öngören karşılaştırmalı hukuk yaklaşımıdır¹²⁶.

Lex fori vasıflandırmanın, özellikle *for* hukukunun tanımadığı *trust* veya evlilik dışı birlikte yaşam gibi kurumlarla karşılaşıldığında, işlevsel olmadığı, söz konusu kurumu kendi sisteminden çıkararak doğal yapısını bozduğu dile getirilmektedir¹²⁷. Bu nedenle vasıflandırma sorununun geleneksel çözümü olan *lex fori* vasıflandırmanın, aile hukuku alanında önemini yitirdiği ifade edilmektedir¹²⁸. Buna karşılık *lex causae* vasıflandırmanın, yabancı hukuk kurumunun doğal yapısının bozulmasını engellediği ve yetkili yabancı hukukun tam olarak uygulanmasını sağladığı kabul edilmektedir¹²⁹. Ancak *lex causae* vasıflandırma da, *for* devletinin egemenliğinden vazgeçildiği, yabancı hukuk sisteminin etkisi altına girildiği ve bağlama kuralı tespit edilmeden uygulanacak hukukun bulunamayacağı gerekçeleriyle eleştirilmektedir¹³⁰. Nihayet çeşitli hukuk sistemlerinden elde edilen verilerle bağımsız bir vasıflandırma yapılmasını amaçlayan karşılaştırmalı hukuk yaklaşımı ise hâkime, karşılaştırmalı hukuku inceleme yükü getirmesi nedeniyle uygulamada tercih edilmemektedir¹³¹. Ancak bu vasıflandırma yönteminin, *lex fori* vasıflandırmayla birlikte, hukuk sistemi tarafından tanınmayan kurumların vasıflandırılmasında kullanılması, böylece hâkimin vasıflandırma yaparken kendini *for* hukukundaki kavramlarla kısıtlı tutmaması, *öneriler arasında yer almaktadır*¹³².

Söz konusu yöntemler kullanılarak elde edilen hukukî kategoriler ve bu vasıflandırma faaliyetlerine yönelik yabancı hukuk doktrininde yapılan eleştiriler devam eden bölümlerde incelenmiştir. Bu anlamda *de facto* birliktelik ve kayıtlı birliktelik ayrımı, birçok yazar tarafından kabul edildiği üzere vasıflandırma açısından da korunmuştur¹³³.

qualification-en-mati%C3%A8re-de-mariage-entre-personnes-de-m%C3%A0me-sexe-et-de-partenariats-enregistr%C3%A9s-dans-le-cadre-europ%C3%A9en-1.pdf> (erişim tarihi: 15.12.2016); **Curry-Sumner**, s. 23.

¹²⁶ **Curry-Sumner**, s. 24.

¹²⁷ **Çelikel, A./Erdem, B.**: Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Baskı, Ankara 2016, s. 80.

¹²⁸ **Rigaux, F.**: The Law Applicable to Non Traditional Families, *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification: Liber Amicorum Kurt Siehr*, ed. J. Basedow, La Haye 2000, s. 649. **Curry-Sumner**, s. 27.

¹²⁹ **Di Noto**, s. 90.

¹³⁰ **Doğan, V.**: Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 179.

¹³¹ **Aybay/Dardağan**, s. 152; **Çelikel/Erdem**, s. 82-83.

¹³² **North, P./Fawcett, J.J.**: Cheshire and North's Private International Law, 13. Baskı, New York 2004, s. 38; **Morris/McClean/Beevers**, s. 527.

¹³³ **Devers, A.**: Le Concubinage en Droit International Privé, 1. Baskı, Paris 2004, s. 126; **Goldstein**, s. 94; **Kessler**, s. 68.

2. Kayıtlı Birlikteliklerin Vasıflandırılması

a. Evlilik Kategorisine Dâhil Edilmesi ve Eleştirisi

Doktrinde, bazı kayıtlı birliktelik çeşitlerinin evlilik örnek alınarak hazırlanmış olması gerekçesiyle, evlilik kategorisini genişleterek kayıtlı birliktelikleri bu kategori içine dâhil etmeyi ve evliliğe ait bağlama kurallarını bu birlikteliklere de uygulamayı öneren görüşler mevcuttur¹³⁴. Nitekim evlilik kategorisinin milletlerarası özel hukuk ihtiyaçlarına yönelik genişletilmesine, çok eşli evlilikler örneğinde olduğu gibi, daha önce de rastlanmıştır¹³⁵. Benzer yönde bir diğer görüş ise, farklı bir gerekçeyle, cinsel yönelimin, birlikteliğin vasıflandırılmasında ana kıstas olarak kabul edilmesi önerisiyle, farklı cinsiyetten çiftlerin oluşturduğu bütün birliklerin evlilik kategorisi içerisinde kabul edilmesini ileri sürmektedir¹³⁶.

Ancak bu görüşler, birçok açıdan eleştirilmektedir. Zira mevcut hukuk sistemlerine bakıldığında kayıtlı birliktelikler, neredeyse bütün hukuk sistemlerince tanınan evlilik kurumuna göre çok az sayıda hukuk sistemince bilinmekte; bu az sayıda hukuk sistemi arasında da asgarî ortak bir temel bulunmamaktadır¹³⁷. Bu yönde *Fulchiron* ve *Henneron*, kayıtlı birliktelik çeşitleri arasında hukukî yaklaşım farklılıklarının bulunduğunu; bu nedenle evlilik kategorisinin genişletilmesinin, yalnızca evliliğe yakın birlikte yaşam çeşitlerini içine alacağını, sözleşmesel kayıtlı birliktelikler içinse vasıflandırma sorununun devam edeceğini öne sürmüştür¹³⁸.

Bununla birlikte evlilik ve kayıtlı birliktelik rejimlerinin, benzer özellikler taşımalarına rağmen aynı ihtiyaçlara cevap veren kurumlar olmadığı; bu birlikteliklerin evliliğe tam anlamıyla uyarlanamayacağı ve evliliğe ilişkin bütün bağlama kurallarının kayıtlı birlikteliğe aktarılamayacağı, doktrinde çeşitli yazarlar tarafından ifade edilmiştir¹³⁹.

¹³⁴ **Fulchiron**, s. 900; **Di Noto**, s. 28.

¹³⁵ **Khairallah, G.**: Les « Partenariats Organisés » en Droit International Privé, *Revue Critique de Droit International Privé*, S. 2000/3, s. 318; **Fulchiron**, s. 900.

¹³⁶ **Weiss-Gout, B./Niboyet, M.L.** : La Reconnaissance Mutuelle des Mariages Entre Personnes de Meme Sexe et des Partenariats Entre Personnes de Même Sexe ou de Sexe Opposé. La Situation Dans les Différents Etats Membres. Besoin d'Une Action de l'UE ?, *Rapport Présenté Devant le Parlement Européen en Novembre 2010*, s. 8, bkz. <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/432731/IPOL-JURI_NT\(2010\)432731_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/432731/IPOL-JURI_NT(2010)432731_FR.pdf)> (erişim tarihi: 20.12.2016)

¹³⁷ **Devers**, s. 186; **Fulchiron**, s. 908.

¹³⁸ **Fulchiron**, s. 901; **Henneron, S.** : New Forms of Cohabitation: Private International Law Aspects of Registered Partnerships, *Perspectives For the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. Boele-Woelki, K., Antwerp/Oxford/New York 2003, s. 466.

¹³⁹ **Khairallah**, s. 320; **Devers**, s. 182; **Kessler**, s. 87; **Fulchiron**, s. 904.

Son olarak *Di Noto* ise çiftlerin, en başta özellikle tercih etmediği evlilik kurumuna, bağlama kuralları vasıtasıyla tâbi olması anlamına geldiği için, bu yönde vasıflandırma yapılmasını eleştirmektedir¹⁴⁰.

b. Sözleşme Kategorisine Dâhil Edilmesi ve Eleştirisi

Kayıtlı birlikteliklerin sözleşme olarak vasıflandırılması ve bu birlikteliklere sözleşmeler için geçerli olan bağlama kurallarının uygulanması, PaCS'ın *Code Civil*'de "sözleşme" olarak tanımlanmış olması nedeniyle, özellikle PaCS gibi sözleşmesel karakterli kayıtlı birliktelikler düşünülerek ortaya atılmıştır¹⁴¹. Diğer yandan Fransız Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda PaCS'ın alelade bir sözleşme olmadığına altı çizilmiş; "bir çiftin yaşamını" konu alan, "özel bir sözleşme" olduğu ortaya konmuştur¹⁴². Bu karar doğrultusunda, kayıtlı birlikteliklerin sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olduğu sıradan sözleşmelerden farklı özellikler taşıdığı ve bu nedenle sözleşme olarak vasıflandırılmayacağı ifade edilmekte, bu birlikteliklerin ancak resmî olarak onaylanması halinde hukukî geçerlilik kazanması ve kişisel statüde değişiklik yaratması gibi özellikleri de bu görüşü desteklemektedir¹⁴³. Nitekim AB hukukunda da paralel bir yorum benimsendiği görülmektedir¹⁴⁴.

¹⁴⁰ *Di Noto*, s. 29.

¹⁴¹ Bkz. *Code Civil*, m. 515-1. **Henneron**, s. 467. Bu görüşün, statü temelli kayıtlı birliktelikler için uygulanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. bkz. **Campbell, J.**: *New Zealand Civil Union Act: New Challenges for Private International Law*, *Victoria University of Wellington Law Review*, S. 37 (2006), s. 87.

¹⁴² Bkz. *Conseil Constitutionnel* karar numarası: 99-419 DC, karar tarihi: 9.11.1999, <http://www.conseil-constitutionnel.fr> (erişim tarihi: 20.12.2016).

¹⁴³ **Curry-Sumner**, s. 318; **Murphy, J.**: *International Dimensions in Family Law*, 1. Baskı, 2006 New York, s. 82.

¹⁴⁴ Kayıtlı birlikteliklerin basit bir sözleşme niteliğinde olduğunun kabul edilmesi, bu birliktelikler için Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nün uygulanmasını gündeme getirirse de; aile, ebeveynlik, evlilik veya nişan ilişkilerinden doğan hak ve borçlarla ilgili sözleşmesel sorumluluklar, söz konusu Tüzükün 1. maddesinde, Tüzük kapsamından çıkarılmıştır. Dolayısıyla, aile ilişkisinden doğan bir hak ve borç sayılan evlilik dışı birliktelikler, Tüzük kapsamında "sözleşmeden doğan borç ilişkisi" olarak kabul edilmemekte; bu durum kayıtlı birlikteliklerin sözleşme olarak vasıflandırılmamasını desteklemektedir. Bkz. **Murphy**, 82; **Henneron**, s. 467; **Kessler**, s. 82; **Khairallah**, s. 319. Adı geçen yazarların, söz konusu eserlerinde "1980 tarihli Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi" biçiminde yer alan Sözleşme 2008 yılında tüzük haline getirilmiş ve ilgili 1. madde hükmü Tüzükte aynen korunmuştur. Bu nedenle yazarların konu hakkındaki görüşleri Tüzük kapsamında geçerliliğini korumaktadır. Söz konusu Tüzük için bkz. Regulation (Ec) No 593/2008 of The European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), OJ. No. L 177, 17 Haziran 2008.

c. Bağımsız Kategori Oluşturulması

Doktrindeki diğer görüş, kayıtlı birlikteliklerin önceden var olan hiçbir kategoriye dâhil edilememesinin, bu birlikteliklerin özgün karakterini oluşturduğu; kurumun fonksiyonu doğrultusunda, kendine özgü ölçütler getirilerek, yeni bir kavram yaratılması gerektiği yönündedir¹⁴⁵. Bu yönde görüş bildiren yazarlara göre, bu birlikteliklerin geri plânında, iki yetişkinin kişisel ilişkisi ve partnerlerin kişisel statüsü yer almaktadır¹⁴⁶. Önceki evlilik veya kayıtlı birlikteliğin, bu birlikteliklerin kuruluşuna engel olması ve birlikteliğin kuruluşu için aranan şartların, kişisel statü kuruluşuna benzemesi de bu savı desteklemektedir¹⁴⁷. Bu nedenle kayıtlı birliktelikler için, “kişisel statü” içerisinde yeni bir kategori oluşturulması görüşü, doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir¹⁴⁸.

Bağımsız bir kayıtlı birliktelik kategorisi oluşturulurken, bu kategori, belli asgarî özellikleri haiz bütün kurumları içine alacak şekilde düzenlenmelidir; yani hem statü temelli hem de sözleşmesel karakter barındıran kayıtlı birliktelikleri kapsamalıdır¹⁴⁹. Böyle bir kategori oluşturabilmek içinse bütün kayıtlı birliktelik kurumlarını tek bir çatı altında toplayacak olan özelliklerin belirlenmesi gerekmektedir. *Curry-Sumner*'e göre bu özellikler; “resmî olarak düzenlenmiş bir kurum”, “iki kişinin münhasıran birbiriyle birliktelik oluşturabilmesi”, “kaydın yalnızca yetkili makam tarafından yapılabilmesi”, “tarafklar arasında hak ve yükümlülük yaratması” ve “kişisel statü üzerinde etki doğurması”dır¹⁵⁰. *Fulchiron* ise bir ilişkinin kayıtlı birliktelik kategorisi altında vasıflandırılmasında, evliliğe ilişkin kurallara benzeme veya bu kuralları reddetme amacı gütmeyen, “gerçek bir statü” yaratma kistasını önemli görmektedir¹⁵¹.

3. De Facto Birlikteliklerin Vasıflandırılması

a. Fiilî Olgu Olarak Görülmesi ve Eleştirisi

De facto birlikte yaşam modellerinin vasıflandırılmasında ilk görüş, bu birlikteliklerin sadece fiilî bir olgu olduğu, bağımsız bir kategori oluşturmayacağı fikrinden hareket etmekte ve somut olaya göre değerlendirme yapılmasını savunmaktadır. Bu yönde görüş bildiren yazarlardan *Goldstein*'a göre, mutad mesken hukuku, hem ağırlık merkezi hem de *de facto* birlikteliklerin, çiftin birlikte yaşadığı yere, bir başka deyişle ortak mutad mesken hukukuna

¹⁴⁵ *Khairallah*, s. 319; *Henneron*, s. 468.

¹⁴⁶ *Henneron*, s. 468.

¹⁴⁷ *Devers*, s. 39; *Khairallah*, s. 319.

¹⁴⁸ *Murphy*, s. 83; *Henneron*, s. 464; *Curry-Sumner*, s. 334; *Devers*, s. 35.

¹⁴⁹ *Kessler*, s. 94; *Devers*, s. 132; *Fulchiron*, s. 895-896.

¹⁵⁰ *Curry-Sumner*, s. 346-347.

¹⁵¹ *Fulchiron*, s. 896.

bağlanması açısından tercih edilmesi gereken bir bağlama noktasıdır¹⁵². Yazara göre bu bağlama noktasına ise, ancak hukukî fiil vasıflandırması ile ulaşılabilir¹⁵³. Zira *de facto* birliktelikler, kişisel statü içerisinde sayılmaz ve basit bir fiilî olgu olarak vasıflandırılırsa, hukukî fiil kategorisindeki mevcut kanunlar ihtilâfî kuralları uygulama alanı bulacaktır. Bu anlamda bağlama kuralı da, ortak yaşam fiilinin meydana geldiği yer hukuku -ortak yerleşim yeri veya ortak mutad mesken hukuku- olarak belirlenecektir¹⁵⁴.

1983 tarihli bir Fransız Yargıtay kararının Lagarde tarafından yapılan eleştirisinde de benzer yönde görüş bildirilmiştir¹⁵⁵. Dönemde yürürlükte olan Yugoslav Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu örneğine değinen yazara göre, iç hukuk sisteminde evlenmeden birlikte yaşayan çift statüsünün bulunması, milletlerarası özel hukukta da buna ait bir kategorinin var olduğunu göstermektedir. O günkü koşullar altında iç hukukunda böyle bir statü yer almayan Fransız hukukuna göre ise, *de facto* birlikteliğin milletlerarası özel hukuk açısından bağımsız bir kategori içinde değerlendirilmesi henüz mümkün değildir ve bu nedenle söz konusu birliktelikler, fiilî bir olgu olarak vasıflandırılmalıdır¹⁵⁶.

Ancak bu görüş, günümüzde millî hukuklarında *de facto* birlikte yaşayan kişilere yönelik düzenleme yapan hukuk sistemleri açısından rasyonalitesini kaybetmiş görünmektedir. Bu anlamda *de facto* birlikteliklerin artık, ancak iç hukuk sisteminde evlilik dışı birlikte yaşam statüsü bulunmaması halinde hukukî fiil olarak vasıflandırılabilmesi kabul edilmektedir¹⁵⁷.

¹⁵² Goldstein, s. 172.

¹⁵³ Goldstein, s. 173-175.

¹⁵⁴ Fulchiron, s. 897- 903, Goldstein, s. 288. Bu çerçevede, ortak yaşamlarının sonucu olarak tarafların müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması gerektiğini belirten görüş için bkz. Goldstein, s. 288.

¹⁵⁵ Lagarde, P.: Note sous Tribunal de Grande Instance Paris, Premier chambre, 21 Novembre 1983 "Ferreira", *Revue Critique de Droit International Privé*, S. 1984/4 , s. 628. Söz konusu karara konu olan uyumsuzlukta, 1977'den beri Fransa'da *de facto* birliktelik içinde yaşayan çift, bir Portekiz bankasında ortak hesap sahibidir ve ortak yaşamları için çeşitli mobilya ve eşyalar edinmişlerdir. 1982'de *Mme Cristovao* 5000 franc değerinde mobilya ve eşyayı beraberinde götürmek ve ortak hesaptaki bütün parayı çekmek suretiyle evi terk etmiştir. Bunun üzerine *M Ferreira*, *Code Civil* m. 815 hükmüne dayanarak malların bölünmesini talep etmiştir. Mahkeme, söz konusu olayda, tarafların *de facto* birliktelik içinde Fransa'da yaşıyor olması ve uyumsuzluk konusu malların Fransa'da bulunması nedeniyle Fransız hukukunu uygulamıştır. Davalı ise, her iki tarafın da Portekiz vatandaşı olması ve banka hesabının Portekiz'de bulunduğu gerekçesiyle Fransız hukukunun uygulanmasına itiraz etmiş, Portekiz hukukunun uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak mahkemeye göre birlikteliğin temeline katkı sağlayan yasal sonuçlar, onun kurulduğu yerde, yani Fransız hukukunun etkisi altında değer kazanmalıdır.

¹⁵⁶ Lagarde, s. 630-631.

¹⁵⁷ Devers, s. 42; Lagarde, s. 630-631.

b. Evlilik Kategorisine Dâhil Edilmesi ve Eleştirisi

Kişilerin birlikte yaşamını konu alması, *de facto* birlikte yaşamın evlilik kategorisine dahil edilmesini akla getirmektedir. Böylece mevcut kanunlar ihtilâfi kurallarının kullanılacak olması, her ne kadar kolay bir çözüm öngörse de, doktrine göre iki kurum temelde birbirinden ayrılmaktadır; evlilik kamusal bir anlaşmayken, *de facto* birliktelik, toplumu ilgilendirmeyen özel bir yapı içermektedir¹⁵⁸. Bununla birlikte, evlilikteki anlaşma *a priori*dir, sonuçlar, birlikte yaşama gerek olmaksızın, anında gerçekleşir; buna karşılık *de facto* birlikteliklerin tanınması *a posteriori* niteliktedir, manevi anlamda birbirine bağlı olmayan çiftlerin birliktelik oluşturması mümkün değildir¹⁵⁹. Dolayısıyla iki kurum arasındaki söz konusu farkların, *de facto* birlikteliklerin evlilik kategorisi kapsamında değerlendirilmesini imkânsız kıldığı ileri sürülmektedir.

c. Sözleşme Kategorisine Dahil Edilmesi ve Eleştirisi

De facto birlikteliklerin, çiftin ilişkisini düzenleyen bir tür sözleşme olarak vasıflandırılması ve bu birliktelikler için sözleşmelere uygulanan kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurulması *mümkündür*¹⁶⁰. Ancak kayıtlı birlikteliklerde olduğu gibi *de facto* birlikte de, taraflar arasında salt sözleşmesel ilişki kurulmamakta, bunun yanında aile hukuku kaynaklı birçok hukukî ilişki doğmaktadır. Bu anlamda nafaka, velâyet, miras gibi konuların, sözleşme vasıflandırması ile bağdaşmadığı ve farklı kanunlar ihtilâfi kurallarına tâbi olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶¹. Görüş doğrultusunda bakıldığında, *de facto* ilişkinin sözleşme olarak vasıflandırılmasının, *de facto* birlikte yaşamın bütün sonuçlarını kapsamayacağı ve sonuç olarak işlevsel bir bağlanma elde edilemeyeceği anlaşılmaktadır¹⁶². Öte yandan, taraflar arasında, Hollanda hukukunda yer alan “*Samenlevingscontract*”a benzer, birlikteliğin eşya hukukuna ilişkin etkilerinin düzenlendiği somut bir sözleşme varsa, ilgili konularda bu sözleşmenin uygulama alanı bulacağı, doktrinde dile getirilmektedir¹⁶³.

¹⁵⁸ Kessler, s. 57.

¹⁵⁹ Goldstein, s. 99-101; Kessler, s. 60.

¹⁶⁰ Harnois/Hirch, s. 41.

¹⁶¹ Harnois/Hirch, s. 41.

¹⁶² Harnois/Hirch, s. 41. *De facto* birlikteliklerin sözleşme kategorine dâhil edilmesi halinde, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nün uygulanması gündeme gelebilir. Bu konuda kayıtlı birliktelikler hakkında yapılan açıklama, *de facto* birliktelikler için de geçerlidir. Bkz. yukarıda dn. 144.

¹⁶³ Carruthers, J. M.: *De Facto Cohabitation: the International Private Law Dimension*, *Edinburgh Law Review*, S. 12 (2008), s. 66; Fulchiron, s. 903.

d. Bağımsız Kategori Oluşturulması

De facto birlikteliklerin ailevi karakterine öncelik tanınarak yeni ve bağımsız bir kategori yaratılması, doktrinde öne çıkan görüşlerden bir diğeridir¹⁶⁴. Eski Yugoslavya hukuk sisteminde benimsenen bu yöntem, ilgili bağlama unsurunun seçilmesinde geniş bir özgürlük yaratması açısından avantajlı görülmektedir¹⁶⁵. Bu yeni kategorinin ise kişisel statü üst başlığının altında yer alması gerektiği ileri sürülmekte; belli özelliklerdeki evlilik dışı birlikteliklerin, AİHM içtihadında aile olarak kabul edilmesi de bu savı desteklemektedir¹⁶⁶.

Esasen *de facto* birlikteliğin *a posteriori* nitelikte, önceden belirlenmiş hukukî çerçevenin dışında olması nedeniyle, bağımsız kategori yaratılması bir hayli zordur. Bu nedenle bağımsız *de facto* birliktelik kategorisinin sınırlarını belirlemek için çok çeşitli kıstaslar önerilmiştir. Örneğin, doktrinde bir görüş, göreceli olarak sabit, belli süre boyunca duygusal bir ilişki içinde birlikte yaşayan çiftlerin oluşturduğu birliklerin bu kategoriye dahil edilmesini ileri sürmüştür¹⁶⁷. Bununla birlikte çiftin evlenmesi için herhangi bir engel bulunmamasına rağmen, isteğe bağlı olarak evlilik dışında bir yaşam biçimini kabul etmelerinin de, *de facto* birlikteliğin karakteristik özelliğini oluşturduğunu ileri süren yazarlar da mevcuttur¹⁶⁸.

B. Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modelleri İçin Önerilen Bağlama Kuralları

1. Sübjektif Bağlama

Sübjektif bağlama, yani hukuk seçimi, Avrupa Birliği hukuku kaynaklı sözleşmelerde öne çıkan bir ilkedir ve tarafların iradesine uygun bir hukuk sistemi sağlayarak, öngörülebilirlik ve kesinliğe katkıda bulunmakta, kişilerin özel menfaatlerine yakın bir bağlamayı garanti etmektedir¹⁶⁹. Sübjektif bağlama yönteminde, uygulanacak hukukun seçiminde tam bir serbestlik tanınabilir veya önceden belirlenen hukuklar arasından birinin seçilmesi öngörülebilir¹⁷⁰. Aile hukukunda geleneksel olarak, tarafların anlaşma yoluyla kendilerine ehliyet bahşetmeleri veya etmemeleri uygun görülmemesine rağmen doktrinde, söz konusu iki yöntemin de evlilik dışı birlikte yaşam modellerine uygulanabilirliği tartışılmıştır¹⁷¹.

¹⁶⁴ Kessler, s. 58; Fulchiron, s. 898.

¹⁶⁵ Devers, s. 129; Kessler, s. 59.

¹⁶⁶ Fulchiron, s. 898; Devers, s. 44. Birinci bölümde incelendiği üzere evlilik dışı birlikteliklerin özel yapısı AİHM kararlarıyla belirlenmiştir.

¹⁶⁷ Goldstein, s. 95; Devers, s. 127.

¹⁶⁸ Kessler, s. 60; Goldstein, s. 96, 112.

¹⁶⁹ Goldstein, s. 205; Devers, s. 152; Carruthers, J. M.: Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place For Party Choice in Private International Law?, *International and Comparative Law Quarterly*, S. 61 (2012), (Party Autonomy), s. 901.

¹⁷⁰ Devers, s. 152.

¹⁷¹ Carruthers, Party Autonomy, s. 883.

Doktrinde bir görüş, kayıtlı birlikteliklere uygulanacak hukuk alanında, taraflara sınırlı irade serbestisi tanınması ve bu bağlamda kişisel statü hukukları arasından seçilen hukukun; iradenin açıkça ifade edilmediği hallerde ise birlikteliğin kurulduğu yer hukukunun uygulanmasını kabul etmek gerektiğini savunmaktadır¹⁷². Ancak, evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisinin bütün yönleri itibarıyla taraflara hukuk seçimi imkânı tanınması, çoğunluk görüşünce uygun görülmemiştir. Zira hukuk seçiminde taraflar, her zaman seçimlerinin sonuçlarını hesaplayamamakta; evlilik dışı birliktelik kurumunu tanımayan, tarafların ihtiyaçlarını karşılayamayan, kanuna karşı hileye veya registration shopping'e yol açan bir hukuka bağlanılabilmektedir¹⁷³. Öte yandan taraflara böyle bir olanak tanınması halinde karmaşık hukukî sorunlar doğma ihtimali mevcuttur; örneğin Hollanda hukukuna göre kurulan bir kayıtlı birlikteliğe uygulanmak üzere Fransız hukuku seçilmişse, sona ermenin şeklinin PaCS'a ilişkin kurallar tarafından belirlenmesi uygulamada zorluklar yaratabilir. Doktrinde bir başka görüş, de facto birliktelik yaşayan taraflar arasında, bu birlikteliğin malvarlığına yönelik etkilerini düzenlemek amacıyla hazırlanan bir sözleşme bulunması halinde, bu sözleşmede yer alan hukuk seçimi şartının dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁷⁴. Bu görüş doğrultusunda, tarafların, sözleşmeyle belli sonuçların kendi birlikteliklerine uygulanmayacağını kararlaştırmaları (opt-out) da mümkün görünmektedir¹⁷⁵.

Bu açıklamalar dâhilinde, evlilik dışı birlikteliklerin “malvarlığına ilişkin sonuçları” bakımından, sübjektif bağlamanın kullanılmasına sıcak bakıldığı anlaşılmaktadır¹⁷⁶. Bu anlamda taraflara herhangi bir hukuk seçiminden ziyade, 1978 tarihli Evlilikte Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi ile paralel olarak; millî hukuk, mutad mesken hukuku veya kayıttan sonra çiftin yerleştiği ilk devletin hukuku arasında seçim yapılması, böylece durumla bağlantılı bir hukukun seçilmesinin garanti edilmesi önerilmektedir¹⁷⁷.

Uygulamada, Hollanda hukukuna göre kayıtlı birlikte yaşayan kişilerin malvarlığı haklarına, bu hukukun kayıtlı birliktelik ile bağlantısı olması şartıyla, seçtikleri hukuk; hukuk seçiminin bulunmaması durumunda, Hollanda hukuku

¹⁷² **Fulchiron**, s. 907. Bu yöntem sayesinde, taraflara yeterli esneklik sağlanacağı ileri sürülmektedir. Bkz. **Melcher, M.**: Private International Law and Registered Relationships: An EU Perspective, *European Review of Private Law*, S. 4 (2012), s. 1093.

¹⁷³ **Devers**, s. 160; **Kessler**, s. 117-118; **Goldstein**, s. 207.

¹⁷⁴ **Carruthers**, s. 70.

¹⁷⁵ **Carruthers**, s. 70.

¹⁷⁶ **Kessler**, s. 164; **Siehr, K.**: Family Unions in Private International Law, *Netherlands International Law Review*, S. 50 (2003), s. 431.

¹⁷⁷ **Siehr**, s. 431- 432; **Kessler**, s. 165. Adı geçen sözleşme için bkz. HCCH Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=87> (erişim tarihi: 20.12.2016).

uygulanmaktadır¹⁷⁸. Yine Hollanda hukukuna göre taraflar, bazı koşullar altında, kayıtlı birlikteliğin sona ermesinin maddî şartlarını idare etmesi için “kayıtlı birlikteliğin kurulduğu yer hukuku”nu seçebilmektedir; ancak sona ermenin şekli, Hollanda hukukuna göre belirlenmektedir¹⁷⁹. Avrupa Birliği tarafından kayıtlı birlikteliklerin malvarlığına ilişkin sonuçlarına yönelik Tüzükte de çiftlere, sınırlı hukuk seçimi imkânı verilmiştir¹⁸⁰.

2. Objektif Bağlama

Vatandaşlık, yerleşim yeri, mutad mesken gibi kriterlere göre belirlenen objektif bağlamanın, *lex fori* ve yabancı hukuklar arasında eşit mesafede bulunması nedeniyle tarafsız ve yakınlık ilkesinin gerçekleştirildiği bir bağlanma yarattığı ifade edilmektedir¹⁸¹. Kayıtlı birliktelik-*de facto* birliktelik ayrımı, objektif bağlama konusunda da korunmalıdır. Zira *de facto* birliktelikte taraf beklentilerinin muğlak olmasına rağmen; kayıtlı birliktelikte beklentilerin gerçek bir statüye yönelik ve daha belirgin olmasının, bu iki birliktelik için farklı bağlama kuralı tercih edilmesini zorunlu kıldığı kabul edilmektedir¹⁸².

a. Kayıtlı Birliktelikler

Kayıtlı birlikteliğe yönelik kanunlar ihtilâfı kuralına sahip çoğu hukuk sisteminde, söz konusu kurallar iç hukuktaki kayıtlı birliktelik kavramına göre hazırlanmıştır. Örneğin kayıtlı birlikteliğin aynı cinsiyetten birlikteliklere özgü olduğu Alman hukukunda, kanunlar ihtilâfı kuralları sadece aynı cinsiyetten birlikteliklere uygulanabilmekte, farklı cinsiyetten kayıtlı birliktelikler, bu kanunlar ihtilâfı kuralları kapsamına girmemektedir. Buna karşılık Belçika hukuku kanunlar ihtilâfı kurallarına göre kayıtlı birliktelik kurumu, evliliğe benzer bir ilişki yaratmaksızın kayıt olanağı sunan kurumlarla sınırlanmıştır. Dolayısıyla, Belçika hukuku uyarınca, evlilik benzeri bir ilişki yaratan İskandinav tarzı kayıtlı birlikteliklere, kayıtlı birlikteliğe ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları değil, evliliğe ilişkin olanlar uygulanmaktadır¹⁸³.

Görüldüğü gibi vasıf ihtilâfının çözülmesi, kayıtlı birlikteliğin milletlerarası alanda geçerli bir kurum olarak kabul edilmesini temin etmemekte, farklı hukuk sistemlerinde yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarının içeriği, bu kurumların farklı kategorilerde vasıflandırılması nedeniyle bir sistemden diğerine değişiklik göstermekte ve bu nedenle adı “kayıtlı birliktelik” olan tüm yabancı kurumlara,

¹⁷⁸ Fulchiron, s. 910.

¹⁷⁹ Harnois/Hirsch, s. 52.

¹⁸⁰ Söz konusu Tüzük için aşağıda bkz. II. B. 2. a. cc.

¹⁸¹ Devers, s. 161; Goldstein, s. 183.

¹⁸² Fulchiron, s. 912; Goldstein, s. 186.

¹⁸³ Harnois/Hirsch, s. 43.

aynı kanunlar ihtilâfî kuralları uygulanamamaktadır. Bu doğrultuda aşağıda kayıtlı birliktelikler için önerilen bağlama kuralları incelenmiştir.

aa. Var Olan Bağlama Kurallarının Kıyasen Kullanılması

Kayıtlı birlikteliklerin *for* hukukunda bulunan hukukî kategorilere dâhil edilerek, evlilik veya sözleşme biçiminde vasıflandırılmasının doğal sonucu, söz konusu kategoriler için düzenlenen bağlama kurallarının, kayıtlı birliktelikler için de kullanılmasıdır. Özellikle kayıtlı birlikteliğin sona ermesinin, boşanmaya ilişkin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarına göre çözülmesi önerilmektedir¹⁸⁴. Ayrıca statü temelli kayıtlı birlikteliklerde, tarafların mal varlığı haklarına uygulanacak hukuk bakımından, evlilik mallarının tâbi olduğu kuralların uygulanması gerektiği öne sürülmektedir¹⁸⁵. Ancak kayıtlı birlikteliklerin mevcut kategorilere dâhil edilmesine yönelik yukarıda değinilen eleştiriler nedeniyle, var olan bağlama kurallarının kullanılması çoğunlukla kabul görmemektedir¹⁸⁶.

Bazı millî hukukların uygulamasına bakıldığında, örneğin, Finlandiya hukukunda, kayıtlı birlikteliğin kuruluşunun *lex fori* tarafından idare edileceği düzenlenmiştir¹⁸⁷. Birleşik Krallık hukukunda ise, kanunda öngörülen koşulları sağlayan milletlerarası unsurlu kayıtlı birliktelik, iç hukuktaki “*Civil Partnership*” olarak kabul edilmekte, yabancı kayıtlı birlikteliğe bu kurum için öngörülen hukukî sonuçlar bağlanmaktadır¹⁸⁸. Öte yandan Hollanda hukukuna göre kayıtlı birlikteliğin sona ermesi *lex fori* tarafından idare edilmektedir ve bu kuralın tek istisnasını yurtdışında gerçekleştirilen kayıtlı birliktelikler oluşturmaktadır¹⁸⁹. Yani kayıt Hollanda’da gerçekleştirilmişse, sona ermeye Hollanda hukuku uygulanmaktadır. Doktrinde de kayıtlı birlikteliklerin sona erme usulünün *for* hukukuna göre gerçekleştirilmesinin bir gereklilik olduğu; örneğin kayıtlı birlikteliğin hukukî olmayan yollarla sona ermesine izin veren Fransa gibi hukuk sistemlerinde, Hollanda hukukunda öngörülen usûle ilişkin formalitelerin aranmasının düşünülemezine yönelik görüşler mevcuttur¹⁹⁰.

¹⁸⁴ **Khairallah**, s. 320.

¹⁸⁵ **Khairallah**, s. 321.

¹⁸⁶ Bkz. II. A. 2.

¹⁸⁷ Bkz. Finnish Partnership Act, m. 11, <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2001/en20010950.pdf>> (erişim tarihi: 20.12.2016).

¹⁸⁸ **HCCH Update**, s. 10.

¹⁸⁹ **Harnois/Hirsch**, s. 52. Bazı koşullar altında taraflar, Hollanda dışında gerçekleşen kayıtlı birlikteliğin kurulduğu yer hukukunu, birlikteliğin sona ermesini idare edecek hukuk olarak seçebilmektedir; ancak seçilen hukuk sadece sona ermenin maddî şartlarını idare etmekte, sona ermenin şekli, Hollanda hukukuna göre belirlenmektedir. Bkz. **Harnois/Hirsch**, s. 52.

¹⁹⁰ **Kessler**, s. 183-185.

bb. Kişisel Statü Hukukunun Uygulanması

Tarafların kişisel statü hukukunun uygulanması, hem kayıtlı birlikteliğin kuruluşu hem de birlikteliğin genel sonuçları bakımından öne çıkan bir görüştür¹⁹¹. Kişisel hukuka işaret eden bağlama noktaları, millî hukuk, doğum yeri hukuku, yerleşim yeri hukuku ve mutad mesken yeri hukuku gibi noktalardır¹⁹². Vatandaşlık kriterine bakıldığında; bu bağlama noktasının, bağlamayı sabit hale getirmesi, kişiyle yakından ilgili olması ve *registration shopping* riskini engellemesi açısından önemli avantajlara sahip olduğu görülmektedir¹⁹³. Ancak millî hukuk, milletlerarası dolaşım halindeki bireyin sosyal çevresiyle uyumsuzama ve yabancılar açısından ayrımcı sonuçlar doğurma riski taşımaktadır¹⁹⁴. Öte yandan, birçok hukuk sisteminde evlilik kurumu için de aynı (millî hukuk) bağlama noktasının kullanılıyor olması, kişilere beklenti içerisinde olduğundan farklı bir aile yaşam modelinin dayatılması bağlamında eleştirilmektedir¹⁹⁵. Bu nedenle doktrinde, vatandaşlık unsurunun sadece tamamlayıcı veya yardımcı bir rol oynaması gerektiği savunulmaktadır¹⁹⁶.

Yerleşim yeri veya mutad mesken hukukunun uygulanmasına bakıldığında ise, bu bağlamanın, hem aynı yerdeki kişilere aynı hukukun uygulanmasını sağladığı için, farklı vatandaşlığa sahip kişiler açısından ayrımcı sonuçları engellediği hem de kişilerin milletlerarası dolaşımına daha uygun olması nedeniyle, yakınlık ilkesiyle bağdaştığı ileri sürülmektedir¹⁹⁷. Mutad mesken hukuku özelinde bir diğer önemli avantaj da, bunun modern hukuk sistemlerinde, diğer bağlama konuları için çokça kullanılan bir bağlama noktası olmasıdır¹⁹⁸. Ancak hem yerleşim yeri hem de mutad mesken kriterleri, tarafların beklenti ve menfaatine, kişisel statünün devamlılığı amacına uymadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁹⁹. Öte yandan yerleşim yeri ve mutad meskenin kişilerin isteğine göre kolayca değişebilmesi, birliktelik modelinin kuruluşuna ve sona ermesine farklı hukukların uygulanması ihtimalini, yani

¹⁹¹ **Fulchiron**, s. 907; **Khairallah**, s. 321. *Fulchiron*, birlikteliğin genel sonuçları bakımından tarafların ortak millî hukuku, bulunmaması durumunda ortak yerleşim yeri hukuku, bu hukukun tespit edilememesi halinde ise *for* hukukunun uygulanmasını önermiştir. Bkz. **Fulchiron**, s. 907.

¹⁹² **Nomer**, s. 104.

¹⁹³ **Goldstein**, s. 212-213.

¹⁹⁴ **Harnois/Hirsch**, s. 49; **Goldstein**, s. 212-216.

¹⁹⁵ **Kessler**, s. 114; **Henneron**, s. 469.

¹⁹⁶ **Melcher**, s. 1090; **Goldstein**, s. 212.

¹⁹⁷ **Kessler**, s. 112; **Goldstein**, s. 218-220; **Melcher**, s. 1090. İsviçre hukukunda kayıtlı birlikteliğin hukukî sonuçlarına partnerlerin ortak yerleşim yeri hukuku uygulanmaktadır. Bkz. Suisse Loi Fédérale sur le Droit International Privé, m. 65a, <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>> (erişim tarihi: 20.12.2016).

¹⁹⁸ **Melcher**, s. 1090.

¹⁹⁹ **Kessler**, s. 116; **Goldstein**, s. 222-223.

dépeçage riskini gündeme getirmektedir²⁰⁰. Mutad mesken bağlama noktası özelinde bir diğer eleştiri de, mutad meskenin değişme zamanının her zaman açıkça tespit edilememesinin, uygulama açısından sorun yaratabileceği yönündedir²⁰¹. Söz konusu eleştiriler nedeniyle, kayıtlı birliktelikler için kişisel statü hukukunun uygulanması tercih edilmemekte, farklı bağlama noktaları aranmaktadır.

cc. Kayıt Yeri Hukukunun Uygulanması

Kayıtlı birlikteliklere kayıt yeri hukukunun uygulanması, doktrinde bir hayli tartışılmış, görüşü destekleyen ve desteklemeyen birçok argüman sunulmuştur. Bu argümanlar arasında, kayıt yeri hukukunun tercih edilmesinin nedenlerinden en önemlisi, halen dünya genelinde çok az sayıda hukuk sisteminin kayıtlı birliktelik kurumunu tanıyor olmasının, bu kurumları düzenleyen hukuka bağlanma ihtiyacını doğurmasıdır; aksi halde, bu birlikteliklerin yok sayılma ihtimali söz konusudur²⁰². Kişisel statüye ilişkin bağlama konularında geleneksel olarak kullanılan vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken gibi bağlama kurallarının ihtiyaçlara tam olarak cevap verememesi de, kurumun geçerliliğini garanti altına alan ve onu tanıyan hukukun uygulanmasını gerekli kılmaktadır²⁰³. Ancak kayıt yeri hukukuna bağlanma, her zaman için kurumu tanıyan tek bir hukuka bağlanma anlamına gelmemektedir; çiftler ilişkilerini birden fazla ülkede kayıt altına aldırması olabilmektedir²⁰⁴. Böyle bir durumla karşılaşıldığında, sorun, ilk kaydın veya sonraki kaydın geçersiz kabul edilmesiyle çözülebilir. Bu anlamda örneğin Belçika hukukunda, ilk kayıt esas alınırken, Almanya'da son kaydedilen ülke hukuku, birlikteliğin sonuçlarına uygulanacak hukuk olarak belirlenmiştir²⁰⁵.

Diğer yandan kayıt yeri hukukuna bağlanmanın, kurumların sınırlararası dolaşımını, kişi statülerinin sürekliliğini ve sistemlerarası mümkün olan en iyi koordinasyonu sağladığı ileri sürülmektedir²⁰⁶. Bu bağlamda kayıt yeri hukukunun sabit olma özelliğinin, uzun süreli ilişkilerle tam anlamıyla

²⁰⁰ Goldstein, s. 224-225; Melcher, s. 1090;

²⁰¹ Goldstein, s. 226.

²⁰² Devers, s. 187; Kessler, s. 127; Goldstein, s. 240.

²⁰³ Siehr, s. 432; Kessler, s. 120-121, 143; Devers, s. 199.

²⁰⁴ Harnois/Hirsch, s. 48; Goldstein, s. 244. Birden fazla kayıt hali, bazı devletlerin, yabancı ülkelerdeki diplomatik misyonlarına, kayıtlı birliktelikleri kaydetmeleri için yetki vermesi nedeniyle de ortaya çıkabilir. Bu durumda kayıt yeri hukuku bağlama noktasının kabulü, şekli ve maddi anlamda birden fazla hukukun uygulanmasına yol açabilmektedir. Örneğin Hollanda vatandaşlığına sahip olmayan kişilerin hem Hollanda'da Hollanda hukukuna göre hem de başka bir devletin Hollanda'daki temsilciliğinde, temsilciliğin tabi olduğu devlet hukukuna göre ilişkilerini kayıt altına alabilme ihtimali bulunmaktadır. Harnois/Hirsch, s. 47.

²⁰⁵ Melcher, s. 1089; Henneron, s. 470; Harnois/Hirsch, s. 51.

²⁰⁶ Fulchiron, s. 910; Goldstein, s. 233 vd.; Kessler, s. 125.

örtüştüğü; ülkelerarası dolaşım esnasında, birlikteliğe uygulanacak hukukun öngörülebilirliğini ve kesinliğini sağladığı ifade edilmektedir²⁰⁷. Kayıt yeri hukukunun bu özelliğinin, kişilerin sosyal ortamıyla uyumsuz, yakınlık ilkesinin ve taraf menfaatinin göz ardı edildiği bir bağlamaya yol açabileceğine yönelik endişeler olsa da; uygulamada, kayıt yeri ile arasında yerleşim yeri veya mutad mesken gibi bir bağı bulunmayanların kaydının gerçekleştirilmemesi, bu endişeleri haksız çıkarmaktadır²⁰⁸. Konu hakkında hukukî düzenlemeye sahip hukuk sistemlerinde, kayıt için yerleşim yeri veya mutad mesken gibi bir bağlantının aranması, *forum shopping*²⁰⁹ veya *registration shopping* gibi istenmeyen durumların önüne geçilebilmesi açısından da önemlidir²¹⁰. Öte yandan en sıkı ilişkili hukukun, kaydın yapıldığı yer hukukundan farklı bir hukuk olarak tespit edilmesi mümkündür; ancak çiftin, bir kuruma dâhil olmak adına pozitif isteklerini göstermelerinin, kayıt yerinin tesadüfi niteliğini bertaraf ederek, yakınlık ilkesini gerçekleştireceği; yasal olarak yararlanacaklarını öngördükleri hukukun uygulanmasının da taraf menfaatini tatmin ettiği ifade edilmektedir²¹¹.

Kayıtlı birlikteliğe kayıt yeri hukukunun uygulanmasını öne çıkaran bir diğer unsur, *dépeçage*'in önlenmesi amacıdır²¹². Kayıtlı birlikteliklerin kuruluşu, hukukî sonuçları ve sona ermesini farklı bağlama kurallarına tâbi kılınması çelişkilere yol açabileceği için; kişiler arasında aile bağı yaratan evlilik dışı birliktelikler için, evlilikte olduğu gibi tek ve kolay bulunan bir bağlamanın tercih edilmesi, daha yüksek bir hukukî güvenlik sağlayarak, kayıtlı birlikteliğin etkisiz kalmasını önleyecektir²¹³. Aynı hukukun uygulanması, hem değişken statü ihtilâfını önleme hem kurumu tanımayan bir ülkede yerleşmenin olumsuz sonuçlarını giderme hem de tarafların istenilen zamanda birlikteliklerini sona erdirme kapasitesine sahip olması açısından önemlidir²¹⁴. Son olarak, kayıt yeri hukuku bağlamanın yabancılar açısından ayrımcı sonuçlara yol açmaması da, bu bağlamanın avantajlarından biri olarak sayılmaktadır²¹⁵.

²⁰⁷ Henneron, s. 469-470. Doktrinde, taraflara sınırlı hukuk seçimi hakkı verilmesi ve seçim yapılmayan hallerde kayıt yeri hukukunun uygulanmasını öneren görüşler mevcuttur. Bu yöntem sayesinde, yeterli esneklik sağlanarak, ilişkinin yasal sonuçlarının mutad mesken veya vatandaşlık değişimi nedeniyle beklenmeyen veya istenmeyen şekilde değişmesinin engelleneceği ileri sürülmektedir. Bkz. Siehr, s. 432; Kessler, s. 170; Melcher, s. 1093.

²⁰⁸ Harnois/Hirsch, s. 49; Goldstein, s. 262-265.

²⁰⁹ Goldstein'a göre kayıt yeri hukukunun uygulanması, kayıt yeri mahkemesinin bakış açısından *for* hukukunun uygulanması anlamına geldiği için, *forum shopping*'i gündeme getirecektir. Bkz. Goldstein, s. 272.

²¹⁰ Goldtesin, s. 272-282; Kessler, s. 125.

²¹¹ Kessler, s. 125-136, 144; Goldstein, s. 253; Melcher, s. 1093.

²¹² Melcher, s. 1089; Kessler, s. 175-177.

²¹³ Devers, s. 149; Melcher, s. 1093.

²¹⁴ Kessler, s. 152-179.

²¹⁵ Fulchiron, s. 910; Goldstein, s. 233 vd.; Kessler, s. 125.

Kayıtlı birliktelikler için bağlama kuralı öngören hukuk sistemlerine bakıldığında, kayıt yeri hukuku bağlama noktasının öne çıktığı görülmektedir. Nitekim Almanya, Belçika, Finlandiya, Fransa, Hollanda ve Birleşik Krallık hukukunda kaydın yapıldığı yer hukuku, bağlama noktası olarak tercih edilmiştir²¹⁶. Quebec hukukuna göre de, kayıtlı birlikteliğin şekli geçerliliği, kayıtlı birliktelik merasiminin yapıldığı yer hukukuna göre belirlenmektedir²¹⁷. Diğer yandan “Kayıtlı Birlikteliklerin Eşya Hukukuna İlişkin Sonuçları Hususunda Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin AB Konsey Tüzüğü” (Kayıtlı Birliktelik Tüzüğü) uyarınca kayıtlı birlikteliklerin mal varlığı ilişkilerinin kural olarak kayıt yeri hukuku tarafından idare edilmesi öngörülmüştür²¹⁸. Bu kuralın, üye devletlerde yer alan bütün kayıtlı birliktelik çeşitleri için uygulanması öngörülmekte, çiftin sahibi olduğu malvarlığı ayrı ülkelere dağılsa da, aynı hukukun uygulanması garanti altına alınmaktadır²¹⁹. Ancak istisnâ olarak, taraflardan birinin talep etmesi halinde, belli bazı şartlar gerçekleşmişse, kayıt yeri hukuku yerine ortak mutad mesken hukuku uygulanabilmektedir²²⁰. Ayrıca taraflara, kayıtlı birlikteliğin eşya hukukuna ilişkin sonuçlarını düzenleyen bir hukuk olmak şartıyla, mutad mesken, vatandaşlık veya kayıt yeri hukuklarından birini diledikleri zaman seçme ve değiştirme hakkı verilmekte; bu seçim taraflar aksi yönde belirleme yapmadığı müddetçe ileriye etkili olmaktadır²²¹.

b. De Facto Birliktelikler

De facto birliktelikte yaşayan kişilerin ilişkilerinden doğan hukukî sorunlar için düzenleme yapan ülke sayısının bir hayli az olması nedeniyle hem konu doktrinde kayıtlı birliktelikler kadar tartışılmamış hem de çoğu hukuk sisteminde, bu birlikteliklere özgü kanunlar ihtilâfi kuralı düzenlenmemiştir. Konuya özel kanunlar ihtilâfi kuralı bulunan nadir ülkelerden biri olan eski Yugoslavya'nın Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na göre, evlilik dışı birlikte yaşayan kişilerin malvarlığı ilişkilerine, tarafların vatandaşı olduğu ülke hukuku, tarafların farklı vatandaşlığa sahip olmaları durumunda, ortak yerleşim yeri hukuku

²¹⁶ HCCH Update, s. 9,10; Harnois/Hirsch, s. 48-51; Goldstein, s. 203-204; Fulchiron, s. 910.

²¹⁷ Campbell, s. 91.

²¹⁸ Söz konusu Tüzük için bkz. Council Regulation (Eu) 2016/1104 of 24 June 2016 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of the Property Consequences of Registered Partnerships, (Kayıtlı Birliktelik Tüzüğü) OJ: 8.7.2016, L183/30, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>> (erişim tarihi: 27.2.2016).

²¹⁹ Kayıtlı Birliktelik Tüzüğü, m. 26/1.

²²⁰ Kayıtlı Birliktelik Tüzüğü, m. 26/2.

²²¹ Kayıtlı Birliktelik Tüzüğü, m. 22.

uygulanmaktadır²²². Daha yakın tarihli İskoçya hukukuna ait düzenlemeye baktığımızda ise, konunun, genel kanunlar ihtilâfi kuralları rehber alınarak ve kamu düzeni etkileri göz önünde bulundurularak çözüldüğü görülmektedir²²³. Öte yandan doktrinde, *de facto* birlikte yaşam modellerine yönelik bağlama kuralının, tarafların ortak hukukunu esas alması ve *lex fori* ve yabancı hukuklara eşit mesafede, tarafsız bir kural olması gerektiği belirtilmiştir²²⁴. Bu açıklamalar doğrultusunda, *de facto* birlikte yaşam modellerine uygulanacak bağlama kuralı konusunda, iki yaklaşımın benimsendiği söylenebilir.

aa. Var Olan Bağlama Kurallarının Kıyasen Kullanılması

De facto birlikte yaşam modelleri ile ilgili bir uyuşmazlıkla karşılaşıldığında, diğer hukuk kategorileri için öngörülen bağlama kurallarının kullanılması, mahkeme kararlarında karşılaşılan yöntemlerdendir. Bağlama kuralları arasında en yaygın olanı, evliliğe ilişkin kuralların uygulanması iken; sözleşmeye, sözleşme dışı sorumluluğa, sebepsiz zenginleşmeye, şirketlere veya mülkiyete ilişkin mevcut kanunlar ihtilâfi kurallarının kıyasen uygulanmasına da rastlanmaktadır²²⁵. Ancak var olan bağlama kuralları, *de facto* birlikteliklerin yapısı ile çoğu zaman uyuşmamaktadır. Örneğin, evliliğe ilişkin bağlama kurallarına bakıldığında, evliliğin şekline yapıldığı ülke hukukunun *-lex loci celebrationis-* uygulanmasının genel kabul görmüş bir kural olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık *de facto* birlikte yaşamın kuruluşuna ilişkin belirli şekil şartlarının bulunmaması, birlikteliğin kurulduğu yerin tespit edilmesini bir hayli zorlaştırmaktadır²²⁶. Bu nedenle doktrinde büyük oranda kabul edilen görüş, evliliğe ilişkin bağlama kurallarının *de facto* birlikte yaşam için uygulanmaması; özellikle farklı cinsiyetten birliktelikler açısından, tarafların evlilik statüsüne dâhil olmama beklentisine ve evliliği seçmeme iradesine saygı duyularak, özel bağlama kuralları oluşturulması yönündedir²²⁷.

bb. Kişisel Statü Hukukunun Uygulanması

De facto birlikte yaşamın kişisel statü genel kategorisine dâhil edilmesinin doğal sonucu, bağlamanın da bu kategori için öngörülen bağlama noktaları ile yapılmasıdır. Bu bağlama noktalarından ortak vatandaşlık, uygulanacak hukuku

²²² Harnois/Hirsch, s. 41. Söz konusu kural Hırvatistan hukukunda, *de facto* birliktelikler açısından uygulanmaya devam etmektedir. Bkz. Croatian Private International Law Act (OG of ex SFRY nos. 43/82, 72/82, OG no. 53/91), m. 39; <https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/ZRS_eng%5B1%5D.doc> (erişim tarihi 20.12.2016).

²²³ Carruthers, s. 57. Bkz. Family Law (Scotland) Act 2006.

²²⁴ Devers, s. 162-168.

²²⁵ Harnois/Hirsch, s. 41.

²²⁶ Harnois/Hirsch, s. 40.

²²⁷ Fulchiron, s. 906; Goldstein, s. 186.

ve bu hukukun sonuçlarını sabit hale getirmesi ve kişisel statünün devamlılığını sağlaması bakımından avantajlı bulunurken; ortak yerleşim yeri hukuku, kişinin bulunduğu sosyal ortama uyumuna yardımcı olduğu ve yabancıların topluma entegre edilmesini sağladığı için tercih edilebilir görünmektedir²²⁸. Tarafların ortak vatandaşlığı ve ortak yerleşim yerinin bulunmaması halinde, ortak mutad mesken hukuku ön plâna çıkmaktadır. Zira fiilî anlamda birlikte yaşam, *de facto* birliktelik için kurucu unsur olduğu için, çiftin ortak mutad meskenin bulunmaması mümkün değildir; çiftin belli bir yerde düzenli olarak yerleşme niyetinin olmaması halinde bile, birlikteliğin görece ağırlıklı devam ettiği devlet, çiftin ortak mutad meskeni olarak belirlenebilmektedir²²⁹. Ancak ortak mutad meskene göre belirlenen bu hukuk, *for* hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukuka işaret etmesine rağmen, statünün sabit olmasına dair hiçbir garanti sağlamamaktadır²³⁰. Diğer yandan, ortak vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken hukuku bağlama noktaları ile bulunan hukuk sistemlerinden birinin, bu birlikteliği hukuken tanımayan olması da mümkündür. Bu durumda, kurumun geçerliliğine ilişkin sorunların ortaya çıkması ve çoğu *de facto* birlikteliğin geçersiz hale gelmesi ihtimali doğmaktadır²³¹.

Carruthers, de facto birlikte yaşayanların mal varlığı haklarına uygulanacak hukuk özelinde farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Bu yaklaşıma göre uygulanacak hukuk belirlenirken, birlikte yaşamın niteliği; tarafların birlikte yaşama başladıkları ve uyuşmazlıktan önce birlikte yaşadıkları son yer; birlikte yaşayanların vatandaşlığı ve yerleşim yeri; tarafların bu konuda sözleşme yapıp yapmadıkları ve bu sözleşmenin geçerliliği; son olarak uyuşmazlığın birlikte yaşayan kişiler veya birlikte yaşayan kişi ile üçüncü kişi arasında gerçekleşmesi gibi hususlar dikkate alınmalıdır²³². Taşınmaz mallar açısından ise, malın bulunduğu yer hukuku *-lex situs-* kuralının uygulanması, bu kural, evrensel olarak kabul edildiği ve kamu düzeni sorunlarını azalttığı düşünüldüğü için tercih edilmektedir²³³.

²²⁸ Devers, s. 170-171.

²²⁹ Goldstein, s. 220.

²³⁰ Devers, s. 174-178.

²³¹ Harnois/Hirsch, s. 40.

²³² Carruthers, s. 66. Doktrinde, tarafların mülkiyet haklarına uygulanacak hukuk belirlenirken, uygulanacak hukukun değişmesinin, eski hukuka dayanılarak kazanılmış statüye zarar getirmemesi gerektiğinin altı çizilmekte; bu anlamda eski hukukun bağlama unsurunun değiştiği güne kadar, yeni hukukun ise değişme tarihinden itibaren yetkili olması önerilmektedir. Bkz. Carruthers, s. 69; Devers, s. 178.

²³³ Carruthers, s. 75.

III. TÜRK HUKUKUNDA EVLİLİK DIŞI BİRLİKTE YAŞAM MODELLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. Konunun Türk Hukuk Sisteminde Ele Alınışı

Türk hukukunda iki kişinin birlikte yaşaması, bir aile oluşturması için kabul edilen tek hukukî kurum, evlenmedir²³⁴. Hâkim görüş uyarınca, aile, eşler ve evlenmemiş çocuklardan oluşur ve evlilik dışı birlikte yaşayan kişiler, Anayasanın aileyi koruyan hükümlerinden yararlanamaz²³⁵. Bu nedenle, kanunda öngörülen şekil şartlarını gerçekleştirilmeden, dinî nikâh ile veya dinî nikâh olmaksızın birlikte yaşayanların, hukukî anlamda evlilik birliği içerisinde değerlendirilmesi mümkün değildir²³⁶.

Nitekim Yargıtay kararlarına bakıldığında, tarafların evlenme niyeti olmaksızın birlikte yaşamalarının, nişanlanma olarak dahi kabul edilmediği; bu nedenle “evli gibi”²³⁷ veya “uzun süreli”²³⁸ birlikte yaşamın, hediyelerin iadesi için yeterli olmadığı görülmektedir²³⁹. Bir kısım Yargıtay kararında, nişanlı olsun veya olmasın, evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlerin, yasal olarak korunması gereken bir birliktelik oluşturmadığı gerekçe gösterilerek, taraflar arasındaki uyuşmazlık için “haksız fiil” nitelendirmesi yapılmış ve bu nedenle davanın aile mahkemesinde değil genel mahkemede görülmesine karar verilmiştir²⁴⁰. Yargıtay’ın 25.01.2016 tarihli kararında ise, ziynet eşyalarının ve takıların iadesi talebi, tarafların resmi anlamda evli olmaması nedeniyle aile hukukundan doğan dava ve işlerden sayılmamış; uyuşmazlığın, Borçlar Kanunu kapsamında bir “sözleşmeden” kaynaklandığına hükmedilmiştir²⁴¹. Söz konusu Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere, evlilik dışı birlikte yaşayan taraflar arasındaki ilişki, aile hukuku içerisinde değerlendirilmemekte; taleplerin, “haksız fiil” veya “sözleşmeler hukuku” hükümlerine göre ileri sürülmesi beklenmektedir. Şüphesiz sözü edilen bu kararlar, milletlerarası unsur barındırmayan, tamamen ulusal özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından emsal teşkil etmektedir. Öte yandan MÖHUK’da²⁴² da, evlilik dışı birlikte yaşam modellerine yönelik kural yer almamaktadır.

²³⁴ Bkz. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, RG: 8.12.2001- 24607.

²³⁵ **Dural, M./Öğüz, T./Gümü, M. A.:** Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2015, s. 2.

²³⁶ **Oğuzman, K.- Dural, M.:** Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1998.

²³⁷ Y3HD, 13.11.1986, 9944-10387. Bkz. **İnal, N.:** Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Aile Mahkemeleri Davaları, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 10.

²³⁸ Y3HD, 29.6.2010, E. 2010/4392, K. 2010/11584.

²³⁹ Y13HD, 24.04.2006, 2006/355 E. 2006/6349 K. Bkz. **Şahin E.:** Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı-Gerekçeli Aile Hukuku Davaları, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 19-20.

²⁴⁰ Y3HD, 16.6.2014, E. 2014/2317, K. 2014/9661; Y3HD, 29.6.2010, E. 2010/4392, K. 2010/11584; YHGK, 20.9.2006, E. 2006/2-558; K. 2006/568.

²⁴¹ Y4HD, 25.01.2016, E. 2015/15586, K. 2016/886.

²⁴² 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, RG: 12.12.2007 – 26728.

Konuyla ilgili bir Türk mahkeme kararı henüz bulunmadığı gibi, konuya özgü, taraf olunan herhangi bir milletlerarası sözleşme bulunmamaktadır²⁴³.

Ne var ki, Türk maddi ve milletlerarası özel hukukunda evlilik dışı birlikte yaşam modellerinin tam anlamıyla düzenlenmemiş olması, bu konunun Türk hukukunda tamamen reddedildiği veya sınırlandırıldığı veyahut yansımalarının olmayacağı anlamına gelmemektedir. Birinci Bölümde ortaya konulmaya çalışılan evlilik dışı birlikte yaşam kavramı doğrultusunda, milletlerarası unsur barındıran birçok hukukî uyuşmazlık örneği aklı gelmektedir. Hollanda’da kayıtlı birliktelik statüsüne girmiş çiftlerin ayrılmaları sonucu Türk mahkemelerinde nafaka davası açılması; yine aynı hukuka göre Hollanda vatandaşı ile kayıtlı birliktelik gerçekleştiren Türk vatandaşının ölümü üzerine, partnerin mirasçılık belgesi talep etmesi; Fransa’da geçerli olarak PaCS statüsüne girmiş kişinin, Türkiye’de evlenmek için ilgili makamlara başvurması halinde, bu evliliğin yapılabileceği yapılamayacağı; İngiltere’de hukuka uygun olarak *de facto* birlikte yaşayan çiftin, birlikte evlât edinmesinin Türk hukukuna göre tanınıp tanınmayacağı; İsveç hukukuna göre birlikte yaşayan çiftten birinin ölümü üzerine, bu birlikteliğin geçerliliğinin Türk mahkemelerinde bir ön sorun olarak ileri sürülmesi; Hollanda’da *de facto* birlikte yaşayan çiftin, Türkiye’de ayrılması sonucu, ilişkilerinin mülkiyete yönelik etkilerini düzenledikleri sözleşmenin, Türk hukukuna göre kabul edilip edilemeyeceği gibi örnekler, milletlerarası

²⁴³ Evlilik dışı birlikte yaşam modellerine ilişkin bütün konuları kapsayan milletlerarası sözleşme bulunmasa da, evlilik dışı birlikte yaşama ilişkin bazı konulara özel olarak uygulanabilecek Türkiye’nin taraf olduğu La Haye Konferansı sözleşmeleri bulunmaktadır. Bunlardan belki de en önemlisi, “2 Ekim 1973 Tarihli Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi”dir. Bu Sözleşme, “aile ilişkilerinden”, kanun gereği -*ex lege*- doğan bütün nafaka yükümlülüklerini ve kanunî bir yükümlülük olarak kabul edilen sözleşmesel nafaka yükümlülüklerini kapsamaktadır. Bu nedenle, “aile ilişkileri” kavramının değiştiği günümüz dünyasında sözleşmenin, milletlerarası standartlara göre yorumlanması ve uygulanması gerektiği; kayıtlı birlikteliklerin de “aile ilişkisi” yaratması sebebiyle, bu ilişkilerden doğan nafakaların sözleşme kapsamında değerlendirilebileceği öne sürülmektedir. Bkz. **Kessler**, s. 157; **Siehr**, s. 423-424. Bu yorum doğrultusunda, “25 Kasım 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme”, “19 Ekim 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme” ve “23 Kasım 2007 tarihli Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin Sözleşme” hükümlerinin de uygun düştüğü ölçüde evlilik dışı birlikte yaşayan kişiler ve bu kişilerin çocukları açısından uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Bu sözleşmeler için bkz. <<https://www.hcch.net/>> (erişim tarihi: 20.12.2016). Burada değinilmesi gereken bir diğer milletlerarası sözleşme, Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu tarafından hazırlanan 5 Eylül 2007 tarihli ve 32 numaralı “Kayıtlı Birlikteliklerin Tanınmasına Dair Sözleşme”dir. Henüz yürürlükte olmayan Sözleşme, m. 19/1 hükmüne göre, en az iki devletin onay veya kabul işlemini gerçekleştirdikten sonra yürürlüğe girecektir. Türkiye’nin Sözleşmeye taraf olması halinde, diğer âkit devletlerde aynı cinsiyetten veya farklı cinsiyetten geçerli olarak kurulan kayıtlı birliktelikler, ret nedenleri dışında olması halinde Türk hukukunda tanınacaktır. Sözleşme metni için bkz. Convention (No. 32) on the Recognition of Registered Partnerships, <<http://www.ciec1.org>> (erişim tarihi: 27.2.2017)

unsur barındıran hukukî sorunlardır. Bu gibi hallerde, çözmeye çalışılan hukukî uyuşmazlık birden fazla hukuk sistemine bağlı bulunmaktadır; bu nedenle konu, milletlerarası özel hukukun kapsamına girmektedir²⁴⁴.

B. Bağlama Kuralının Oluşturulması

1. Hukukî İlişkinin Vasıflandırılması

Türk hukuk doktrininde ve uygulamada, vasıflandırma sorunlarının²⁴⁵ çözümü için çoğunlukla kabul edilen görüş, bu işlemin öncelikle *lex fori*'ye göre yapılmasıdır; özellikle aynı hukukî ilişki tipinin *for* hukukunda da bulunması halinde *lex fori* vasıflandırma yapılmasının makûl olacağı ifade edilmektedir²⁴⁶. Esasa uygulanacak hukukta, söz konusu kurumla birebir örtüşmeyen ancak somut olaydakine benzer bir kurumun bulunması halinde, *lex fori* vasıflandırma doğrultusunda, bu benzer kuruma "intibak" ettirmek suretiyle vasıflandırma yapılabilmektedir²⁴⁷. Türk hukukuna tamamen yabancı bir hukukî kurumun vasıflandırılması söz konusu olduğunda ise, *lex fori* vasıflandırmanın terk edilmesi ve *lex causae* vasıflandırma yapılması önerilmektedir²⁴⁸. Bu vasıflandırma yöntemi, özellikle taraf menfaatlerinin hukukî kurumun geçerliliğini koruyarak tatmin edileceği ve böylece milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleştirileceği konular için önem taşımaktadır²⁴⁹. Öte yandan, diğer vasıflandırma yöntemlerinden biri olan, karşılaştırmalı hukuk vasıflandırması, karşılaştırmalı hukuk verileri kullanılarak, *lex fori* ve *lex causae*'den bağımsız bir vasıflandırma yapılması nedeniyle ideal bir yöntem olarak görünse de, hâkime fazladan yük getirmesi nedeniyle Türk hukuk doktrininde işlevsel görünmemektedir²⁵⁰.

²⁴⁴ **Nomer**, s. 5. Bu noktada, evlilik dışı birlikte yaşam modellerinin, emekli aylığı, emekli ikramiyesi, ölüm aylığı, sağlık sigortası ve diğer sağlık hizmetleri gibi sosyal güvenlik ve kamu hukukuna ait sonuçlarının da bulunduğunu belirtmekte fayda vardır. Bkz. **Schrama**, W. M.: Registered Partnership in the Netherlands, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 13 (1999), (Netherlands), s. 319-320; **Curry-Sumner**, s. 131 vd.; **Favier**, s. 446; **Waaljick**, s. 40.

²⁴⁵ Söz konusu vasıflandırma sorunları için bkz. yukarıda II. A. 1.

²⁴⁶ **Çelikel/Erdem**, s. 84 vd.; **Nomer**, s. 99; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 50.

²⁴⁷ **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 49. dn. 96; **Nomer**, s. 132 vd. Bu görüş çerçevesinde bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, *lex causae*'nin Fransız hukuku olarak belirlendiği bir uyuşmazlıkta, Fransız hukukunda PaCS gibi bir kurum yer aldığı için, Hollanda kayıtlı birliktelik kurumu, PaCS kurumuna intibak ettirebilecektir. Ancak Fransız hukukunda tanınmayan *trust* kurumu ile karşılaşılan hâkim, bu kurumu Fransız hukukunda yer alan başka bir kuruma intibak ettiremeyecek, farklı biçimde vasıflandırma yapması gerekecektir. Bkz. **Kessler**, s. 92 vd.

²⁴⁸ **Aybay/Dardağan**, s. 153; **Çelikel/Erdem**, s. 86,88.

²⁴⁹ **Çelikel/Erdem**, s. 86,87.

²⁵⁰ **Nomer**, s. 101 vd.; **Çelikel/Erdem**, s. 82 vd.

Söz konusu vasıflandırma yöntemlerinden birinin tercih edilmesi yönünde herhangi emredici bir kural bulunmamakla birlikte, milletlerarası özel hukuk adaletinin ve hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tercih yapılarak vasıflandırmanın gerçekleştirilmesi gerekmektedir²⁵¹. Bu genel açıklamalardan sonra, Türk hukuk doktrininde kayıtlı birliktelikler ve *de facto* birlikteliklerin vasıflandırılması ayrı ayrı incelenmiştir.

a. Kayıtlı Birlikteliklerin Vasıflandırılması

Kayıtlı birlikteliklerin vasıflandırılması hususunda ilk görüş, bu kurumu “evlilik olmayan yaşam ortaklığı” biçiminde adlandırmakta, bu tür birlikteliklerin aile hukukuna ilişkin bir kurum biçiminde değil; borç, haksız fiil veya ortaklık ilişkisi olarak görülmesini ileri sürmektedir²⁵². Buna karşılık, aynı cinsiyetten çiftler tarafından oluşturulan kayıtlı birliktelikler kapsamında görüş bildiren yazarlarca, bu birlikteliklerin Türk hukukunda yer almıyor olması, *lex fori* vasıflandırmayı engelleyen bir unsur olarak görülmektedir²⁵³. Söz konusu görüşün sahibi yazarlardan *Yasan*, bu konuda *lex causae* ve karşılaştırmalı hukuk vasıflandırmalarının da yeterli olmadığını beyan ederken, “uluslararasılaştırılmış *lex fori* vasıflandırma” yapılması ve bu birlikteliklerin şahsi statü içerisinde yeni bir hukukî ilişki olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²⁵⁴. Yine aynı cinsiyetten çiftlerin meydana getirdiği kayıtlı birliktelikler özelinde görüş bildiren *Sirmen* ise bu birlikteliklerin *lex fori* vasıflandırma ile evlilik kategorisine dâhil edilmesinin mümkün olmadığını savunurken, bu konuda bir hukuk boşluğunun bulunduğu kanaat getirmektedir²⁵⁵.

b. De Facto Birlikteliklerin Vasıflandırılması

Türk hukuk doktrininde, evlilik dışı birlikte yaşam gibi “bir fiilî durumun” Türk milletlerarası özel hukuk uygulaması bakımından kabul edilemeyeceğini savunan istisnâî bir görüş²⁵⁶ mevcut olsa da bu görüş çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir.

²⁵¹ Şanlı/ Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 50; Nomer, s. 102.

²⁵² Nomer, s. 252.

²⁵³ Sirmen, s. 857; Yasan, s. 111. Ancak *Yasan*'a göre, aynı cinsiyetten çiftlerin oluşturduğu kayıtlı birlikteliklerden kaynaklanan soy bağı, velâyet, nafaka, evlât edinme ve mirasa ilişkin uyumsuzlukların vasıflandırılması, *lex fori*'ye göre yapılabilmektedir. Görüş doğrultusunda, sayılan konular hakkında MÖHUK'daki ilgili kurallar uygulanabilecektir. Bkz. *Yasan*, s. 116.

²⁵⁴ *Yasan*, s. 113-114. Uluslararasılaştırılmış *lex fori* vasıflandırma hakkında bkz. *Sirmen*, s. 838, dn. 33.

²⁵⁵ *Sirmen*, s. 857-858, 866.

²⁵⁶ Söz konusu görüş için bkz. *Doğan*, s. 280.

De facto birliktelikler için “serbest evlilik” kavramını kullanan *Nomer’e* göre, bu birlikteliklerde tarafların evlenme niyetinin bulunmaması ve ilişkinin evliliğe oranla gevşek bir yapıda olması, bu ilişkinin nişanlanma ve evlenme bağlama konuları dâhilinde vasıflandırmalarını engellemektedir²⁵⁷. Bu ilişkilerin şahsî statü içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden yazar, aynı zamanda haksız fiil ve borçlar hukuku konularının da gündeme gelebileceğini belirtmektedir²⁵⁸.

Aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri kapsamında görüş bildiren Yasan da bu ilişkilerin şahsî statü içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁵⁹. Söz konusu aynı cinsiyetten birliktelikleri, “medenî birliktelik” olarak adlandıran Sirmen ise, *lex fori* vasıflandırma sonucu mevcut kanunlar ihtilâfî kurallarının yorumlanarak var olan kanunlar ihtilâfî kurallarından birinin uygulanmasının vasıflandırma problemine neden olacağı ve bu nedenle bir kural boşluğu bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündedir²⁶⁰.

c. Görüşümüz

Kanımızca, Türk mahkemelerinde konuyla ilgili vasıflandırma yapılırken kayıtlı birliktelik ve *de facto* birlikteliklerin, evlilik ve sözleşmeden ayrılması gerekmektedir; çünkü bazıları evliliğe bazıları sözleşmeye benzese de, bu birlikteliklerin niteliği itibariyle gerçek bir evlilik veya sözleşme olmadığı anlaşılmaktadır. Evlilik veya sözleşme gibi var olan kategorilerin genişletilmesi, yabancı hukuk doktrininde çoğunlukla kabul edildiği üzere, evliliğe yönelik kuralların adaptasyonunun tam olarak sağlanamayacağı ve böyle bir yaklaşım, kurumu yok sayan bağlamalara yol açabileceği için kabul edilmemelidir²⁶¹.

Türk hukukunda tanınmayan bir kurumun vasıflandırılması zorunluluğu doğduğunda, *lex fori* vasıflandırmanın terk edilmesi genel olarak kabul görmektedir. Bu çerçevede, *lex causae* veya karşılaştırmalı hukuk yöntemi kullanılarak kişisel statü üst kategorisi içinde, aynı cinsiyet ve farklı cinsiyetten evlilik dışı birliktelik çeşitlerinin tamamını kapsayan genel bir evlilik dışı birliktelik kategorisi oluşturulması, tarafsız ve adil bir sonuç elde edilmesi için gerekli görülmektedir. Zira AİHM kararlarında da açıkça belirtildiği üzere

²⁵⁷ **Nomer**, s. 234. Yazar, *de facto* birliktelikleri nişanlama olarak kabul etmese de devam eden cümlelerinde bu birlikteliklerin nişanlanmada olduğu gibi evliliğin ön basamağını teşkil ettiğini ifade etmekte, uygulanacak hukuk anlamında, MÖHUK’da nişanlanma için düzenlenen kurullarla paralel bir çözüm önermektedir. Bu görüş doğrultusunda *de facto* birlikteliklere tarafların müşterek millî hukuku, bu hukukun bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanmalıdır. Bkz. **Nomer**, s. 234.

²⁵⁸ **Nomer**, s. 234.

²⁵⁹ **Yasan**, s. 115.

²⁶⁰ **Sirmen**, s. 839.

²⁶¹ **Khairallah**, s. 320; **Devers**, s. 182; **Kessler**, s. 87; **Fulchiron**, s. 904.

aynı cinsiyetten çiftler de farklı cinsiyetten çiftler gibi evlilik dışı birlikte yaşam sonucu “aile ilişkisi” oluşturabilmekte; bu kişilere farklı işlem uygulanması AİHS kapsamında düzenlenen ayrımcılık yasağını gündeme getirebilmektedir²⁶². AİHM, devletlere farklı cinsiyetten birliktelikleri tanıma konusunda özel bir yükümlülük öngörmemekte; cinsel yönelim üzerinden ayrımcılık yapmadan sabit bir ilişki içerisindeki çiftlerin “ilişisini tanıma” gerekliliğinin altını çizmektedir. Bu anlamda kanımızca, farklı cinsiyetten ve aynı cinsiyetten birliktelik ayırımından ziyade; evlilik ve evlilik dışı birliktelik ayırımı yapılması gerekmektedir²⁶³. Kayıtlı birliktelik ve *de facto* birliktelik modellerinden oluşan evlilik dışı birliktelik kategorisi, AİHM içtihadında altı çizildiği üzere “aile yaşamı” içerisinde kabul edilmesi nedeniyle şahsi statüyü ilgilendiren bir kurum olarak görülerek vasıflandırma bu yönde gerçekleştirilmelidir.

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer konu, evlilik dışı birlikteliklerden doğan çocukların, MÖHUK m. 16 ve m. 17 hükümlerine tâbi olmasıdır. Zira Türk hukukunda, evlilik içi ve evlilik dışı birliktelikten doğan çocuklar arasında, vasıflandırma ve soy bağı düzenleyen hükümler açısından herhangi bir ayırım yapılmaması, MÖHUK’un soy bağına uygulanacak hukuku düzenleyen hükümlerinin, evlilik dışı birliktelikler açısından da uygulama alanı bulmasını sağlamaktadır²⁶⁴. Benzer şekilde iradî mirasçılık konusunda da, milletlerarası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere MÖHUK’daki ilgili kuralların uygulanması mümkün görünmektedir. Zira ölüme bağlı tasarruflar, kişinin ölümünden sonra geçerli olmak üzere, malvarlığı üzerinde gerçekleştirdiği hukukî işlemlerdir ve kişinin, evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisinde bulunduğu tarafı mirasçı olarak ataması, bu anlamda ayırt edici bir unsur değildir. Bu açıklamalar doğrultusunda, kanımızca soy bağı ve ölüme bağlı tasarruf konularının vasıflandırması *lex fori*’ye göre yapılabilecek ve bu alanlarda vasıflandırma sorunu doğmayacaktır.

²⁶² Wong, S.: Cohabitation Reform in England and Wales: Equality or Equity, *Can. J. Women & L.*, S. 27 (2015), s. 127 vd.

²⁶³ Bu suretle, aynı cinsiyetten evliliklerin, evlilik dışı birlikte yaşam kategorisi içerisinde yer almaması gerektiği düşünülmekte, kamu düzeni etkisi saklı kalmak kaydıyla bu evliliklere MÖHUK’un evlenme, boşanma ve mal rejimleri ile ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği değerlendirilmektedir.

²⁶⁴ Aynı yönde bkz. Dardağan-Kibar, E.: Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Atâ Sakmar’a Armağan 2011/1, s. 545. MÖHUK m. 16 hükmünde soybağının kurulması için kabul edilen basamaklı bağlama noktalarının tümünün, evlilik dışı çocuk ve ana/babası arasında soybağının kabul etmeyen bir hukuk sistemini göstermesi ve soybağının kurulamaması neticesinde çocuğun nesepsiz kalması mümkündür. Bu gibi hallerde 16. maddenin amacı ve madde gerekçesinde de belirtilen “çocuğun üstün menfaati” göz önünde bulundurularak, çocuğun nesepsiz kalmasının engellenerek evlilik dışı birlikte yaşam modeli için yaratılan bağlama kuralının (örneğin kayıt yeri hukukunun uygulanması) soybağının kurulması için de uygulanması düşünülebilir.

2. Önerilen Bağlama Kuralları

a. Esas Sorun Teşkil Etmesi Halinde

aa. Kayıtlı Birliktelikler

Türk hukuk doktrininde, farklı gerekçelerle de olsa çoğunluk tarafından kabul edilen görüş, kayıtlı birlikteliklere evlilikle ilgili kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasıdır²⁶⁵. Aynı cinsiyetten kişilerin oluşturduğu kayıtlı birliktelikler bağlamında görüş bildiren *Yasan*, MÖHUK m. 12 ve m. 13'deki kuralların farklı cinsiyetten kişilerin nişanlanma ve evlenmesine uygulanacak hukuku düzenlemesi nedeniyle, aynı cinsiyetten çiftler için bir kural boşluğu bulunduğunu kabul etmekte ve kıyas yoluyla evliliğe ilişkin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir²⁶⁶. Ancak yazar, soy bağı, velâyet, nafaka, evlât edinme ve mirasa ilişkin konulara, milletlerarası özel hukuk mevzuatında yer alan ilgili bağlama kurallarının kıyasa gerek olmaksızın uygulanabileceğini savunmaktadır²⁶⁷.

Bu konuda ilk bakışta farklı bir çözüm öneren bir diğer görüş, kayıtlı birlikteliklerin, yapıldığı yer hukukuna uygun biçimde kurulmuş olması şartıyla öncelikle sicil yeri hukukunun uygulanmasını önermekte, bu hukuk uygulanmıyorsa TMK m.1'den yardım alınarak duruma göre evlilik ve soy bağına ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini dile getirmektedir²⁶⁸.

Öte yandan aynı cinsiyetten birlikteliklere uygulanacak hukuk kapsamında görüş bildiren *Sirmen'e* göre, ne vasıflandırma aşamasında evlilik kategorisine dâhil edilerek ne de kıyas yoluna başvurmak suretiyle, bu birlikteliklere evliliğe ilişkin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması mümkündür²⁶⁹. Yazar, söz konusu boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerektiğine ifade ettikten sonra, birlikteliğin kurulduğu yer yani kayıt yeri hukukunun, vatandaşlık veya yerleşim yeri devleti hukukları ile birlikte kullanıldığı bir kriter formüle edilmesini önermektedir²⁷⁰.

Konuya farklı bir açıdan yaklaşan son görüş ise, bu birlikteliklerin borçlar hukuku veya ortaklık hukukuna iletilerek, ilgili kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasını öne sürmektedir²⁷¹.

²⁶⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 121; Tekinalp, G./Uyanık-Çavuşoğlu, A. Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 140; *Yasan*, s. 120.

²⁶⁶ *Yasan*, s. 117-120.

²⁶⁷ *Yasan*, s. 116.

²⁶⁸ Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 140.

²⁶⁹ *Sirmen*, s. 866, 874.

²⁷⁰ *Sirmen*, s. 866, 869.

²⁷¹ *Nomer*, s. 253.

bb. *De Facto* Birliktelikler

De facto birlikteliklere uygulanacak hukuk bakımından ilk görüş, bu birlikteliklerin şahsi statü içerisinde yer almasından hareketle, söz konusu birlikteliklere nişanlanma örneğinde olduğu gibi tarafların müşterek millî hukukunun, tarafların vatandaşlıklarının farklı olması halinde Türk hukukunun uygulanmasını önermektedir²⁷². Bununla birlikte söz konusu görüşün sahibi yazar, bu birlikteliklerin konu olduğu uyuşmazlıklarda haksız fiil ve borçlar hukukunun da gündeme gelebileceğini belirtmektedir²⁷³.

Türk hukuk doktrininde, aynı cinsiyetten birliktelikler kapsamında ileri sürülen bir diğer görüş, *de facto* birliktelikler konusunda kural boşluğu bulunduğundan hareketle, hâkimin hukuk yaratması ve birlikte yaşayan çiftin müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması yönündedir²⁷⁴. Bunların yanı sıra, *de facto* birliktelikte yaşayan çift ile birlikteki çocukların, evlât edinilmiş çocuklar hakkında uygulanan hukuka tâbi tutulabileceğini ifade eden²⁷⁵ ve kişilerin birlikte yaşamlarına ilişkin sözleşme yapması halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun belirleyici olacağı yönünde görüşler de mevcuttur²⁷⁶.

cc. Görüşümüz

Türk hukukunda, evlilik dışı birlikte yaşam modellerini düzenleyen ve bu konuda milletlerarası unsur barındıran bir uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını gösteren bir kurala, ne kanunun lâfzından açık olarak ne de yorum yoluyla ulaşılabilmektedir. 5718 sayılı MÖHUK'un kaleme alındığı dönemde, evlilik dışı birlikte yaşam modelleri çeşitli hukuk sistemlerinde yürürlükte olsa da, bu modeller henüz bugünkü oranda yaygınlaşmış değildi. Dolayısıyla kanun koyucunun evlilik dışı birlikte yaşam modellerine uygulanacak hukuku düzenlememe yönünde olumsuz bir çözüm istediği ve bilerek sustuğu yorumu yapılamaz. Ancak hukuk sisteminde konuya ilişkin herhangi bir kuralın yer almıyor olması, uyuşmazlığın çözümüne engel olmamalı; Anayasada güvence altına alınan "hak arama hürriyeti" kapsamında Türk mahkemelerinin görev ve yetki alanına giren uyuşmazlıklar, her ne suretle olursa olsun çözüme bağlanmalıdır²⁷⁷. Bu anlamda, evlilik dışı

²⁷² Nomer, s. 234.

²⁷³ Nomer, s. 234.

²⁷⁴ Sirmen, s. 853-854.

²⁷⁵ Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 140.

²⁷⁶ Tekinalp, G./Nomer, E./Odman-Boztosun, A.: Private International Law in Turkey, 1. Baskı, the Netherlands 2012, s. 187.

²⁷⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Kanun No.: 2709 Kabul Tarihi: 7.11.1982 m. 36: Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma "ile adil yargılanma" hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.

birlikte yaşam modellerine uygulanacak hukuk konusunda yazılı hukukta kural bulunmadığı için gerçek bir kanun boşluğu, hatta bu konu hakkında örf-adet hukuk kuralına da rastlanmadığı için hukuk boşluğu olduğu söylenebilir²⁷⁸. Bu noktada Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesinin rehberliğinde kanun boşluğu doldurulmalı, konu hakkında örf ve adet hukuku kuralı bulunmadığı için hukuk yaratma yoluna gidilmelidir²⁷⁹. "Hukuk yaratma" ise, hâkimin kıyas yoluyla veya kendisinin soyut ve objektif bir hukuk kuralı yaratması yöntemiyle gerçekleştirilmektedir²⁸⁰.

Hâkimin hukuk yaratma yöntemlerinden kıyasta, hakkında düzenleme olmayan hukukî ilişki, işin niteliği bakımından, hakkında düzenleme olan hukukî ilişkideki çıkar uyumsuzluğu ile aşağı yukarı benzer olmalıdır²⁸¹. O halde Türk hukukunda düzenlenen hukukî ilişkiler arasından, evlilik dışı birlikte yaşam modeline benzer bir kurum bulunmalı ve bu kurum için öngörülen kurallar, evlilik dışı birlikte yaşam modeline, uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Bu noktada ilk akla gelen, evliliğe ve boşanmaya uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 13 ve m. 14 hükümlerinin uygulanabilirliğidir. Bu konuda örnek vermek gerekirse, kayıtlı birlikteliğin genel hükümleri hakkında, kıyasla evlenmenin genel hükümleri uygulandığı takdirde, MÖHUK m. 13/3 hükmü gereği, tarafların müşterek millî hukuku, tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanacaktır. Bu halde, tarafların müşterek millî hukukunun veya müşterek mutad mesken hukukunun veyahut atıf vasıtasıyla ulaşılan hukukun, bu kurumları tanımayan bir hukuku işaret etmesi mümkündür. Ayrıca müşterek millî hukuku ve müşterek mutad mesken hukuku bulunmayan tarafların birlikteliklerinin genel hükümlerine Türk hukukunun uygulanması gündeme gelecektir. Bu durumda, Türk hukukunda evlilik dışı birlikte yaşam modellerinin genel hükümlerini düzenleyen bir hukuk kuralı bulunamayacak; örneğin tarafların evin giderlerine katılma yükümlülüğü kabul edilmeyecektir. MÖHUK'un ilgili maddelerinde, boşanma, boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri²⁸² ve hukuk seçiminin bulunmaması halinde evlilik mallarına uygulanacak hukuk bakımından da evliliğin genel hükümlerine uygulanacak

²⁷⁸ Kanun boşluğu ve hukuk boşluğu hakkında bkz. **Edis, S.:** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1989, s. 123.

²⁷⁹ TMK m. 1: "...Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır."

²⁸⁰ Hâkimin hukuk yaratma yetkisini kullanırken izleyeceği yöntemler için bkz. **Akipek, J./ Akıntürk, T./Ateş-Karaman, D.:** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C. 1, 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 132 vd; **Edis, s. 142** vd.

²⁸¹ **Edis, s. 143.**

²⁸² Nafaka konusunda taraf olunan milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır. Bkz. s. 37, dn. 237.

hukuk ile paralel çözüm benimsendiği için kayıtlı birliktelik içerisindeki çiftin ayrılması, birbirlerinden nafaka talep etmesi veya malvarlığının bölüşülmesi durumunda da yukarıdaki açıklamalar geçerliliğini korumaktadır.

Ne var ki, Türk hukuk doktrininde çoğunluk tarafından kabul edilen kıyasen uygulama görüşü, hâkimin hukuk yaratırken gözetmesi gereken ilkelere bazılarıyla uyuşmamaktadır. Öncelikle, hukuk yaratırken kanun koyucu gibi hareket edilmeli, kıyas yapılması muhtemel kurumlar arasındaki karşılıklı çıkar belirlenmeli ve bulunan çözümün gelecekteki etkileri ve yansımaları göz önünde bulundurulmalıdır²⁸³. Bu doğrultuda, tarafların söz konusu birlikte yaşam modellerini seçim amaçları ve özellikle farklı cinsiyetten birlikteliklerde tarafların beklentileri göz önünde bulundurulduğunda, evlilik ve evlilik dışı birlikte yaşam modelleri arasında önemli farklılıklar bulunduğu söylenebilir. Zira taraflar bu kurumları, bu modellerden doğan hak ve borçların evliliğe göre daha sınırlı olması, birlikteliğin daha kolay sona erdirilebilmesi nedeniyle tercih etmektedir²⁸⁴. Bunun yanı sıra, evlilik dışı birlikte yaşam modelleri ile evlilik arasında kıyas yapılması halinde, kurumu tanımayan, tarafların başka bir hukuk düzenince tanınan haklarını yok sayan bir hukuk düzenine bağlanması mümkündür. Bu çerçevede irdelenmek gerekirse, AİHS, Anayasanın m. 90/5 hükmü gereğince kanun hükmündedir ve AİHM'nin AİHS'nin uygulanmasına ilişkin yorumları da Türk hukuku bakımından bağlayıcıdır²⁸⁵. Bu açıdan bakıldığında, AİHM içtihatlarında korunan "aile hayatı" kıyas uygulanmak suretiyle yok sayılırsa, hukuk düzeniyle bütünleşmeyen ve mevcut hukuk kuralları ile çelişen bir sonuç ortaya çıkması mümkündür²⁸⁶.

Diğer boşluk yaratma yöntemi olan, hâkimin hukuk yaratmasında, Türk hukukunda evlilik dışı birlikteliklere yönelik herhangi bir bağlama kuralı bulunmaması sonucu hâkim, konuyla ilgili "bağlama kuralını" ya da "maddi milletlerarası özel hukuk kuralını"²⁸⁷ bizzat yaratmaktadır. Söz konusu kural, aynı konu hakkındaki benzer olaylara uygulanabilmesi açısından, somut olayla

²⁸³ Hâkimin hukuk yaratırken gözeteceği ilkeler için bkz. **Edis**, s. 137 vd.

²⁸⁴ **Perelli-Harris/Gassen**, s. 440 vd.

²⁸⁵ **Aybay, R.**: Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, *TBB Dergisi*, S. 70 (2007), s. 209.

²⁸⁶ **Edis**, s. 139.

²⁸⁷ Milletlerarası özel hukuk kuralları esasen gösterici nitelikte olmasına rağmen nadiren de olsa, gösterici niteliği haiz olmayan ve milletlerarası unsurlu uyuşmazlığa maddi çözüm getiren kurallar da bulunmaktadır. Bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 6 vd.; **Çelikel/ Erdem**, s. 16 vd. Maddi milletlerarası özel hukuk kuralları olarak adlandırılan bu kurallar, hâkimin hukuk yaratması aşamasında da kullanılabilir. Ancak Türk hukuk sisteminde, yabancı unsurlu uyuşmazlıklar için getirilen bu türden kuralların sayısının bir hayli az olması ve söz konusu kuralların istisnai kullanımı nedeniyle, hâkimin hukuk yaratırken gösterici nitelikte olan yani uygulanacak hukuku işaret eden kuralları tercih etmesinin daha uygun olacağı söylenebilir.

sınırlı kalmadan soyut ve objektif nitelikli formüle edilmelidir²⁸⁸. Bu doğrultuda hâkim, konuyla ilgili menfaat çatışmalarını saptamalı ve karşılıklı menfaatlardan hangisinin korunmaya değer olduğunu takdir etmelidir²⁸⁹. Milletlerarası özel hukuk kuralı niteliğini haiz olacak söz konusu kural yaratılırken, milletlerarası özel hukuka ait menfaatlerin ön plânda tutulması gerektiği açıktır. Bu anlamda, kişinin şahsî durumunu yakından ilgilendiren konularda taraf menfaati ön plâna çıkmakta, bu menfaati daha iyi koruyacağı öngörüsüyle, kişinin yakından bağlı olduğu vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken gibi bağlama noktaları kullanılmaktadır²⁹⁰. Hukukî işlemin geçerliliğinin ve devamlılığının sağlanması amaçlandığında ise, işlem menfaati ön plâna çıkmakta; işlemin kolay ve güvenli bir biçimde gerçekleştirilmesi aynı zamanda tarafların ortak menfaatine de hizmet etmektedir²⁹¹. Kanımızca, evlilik dışı birliktelik kategorisinin kişisel statü üst kategorisi içerisinde yer bulduğu bir vasıflandırmada, müşterek taraf menfaatinin korunması gerekmektedir. Diğer yandan söz konusu kurumların çok yaygın olmayışı, bu kurumları ayakta tutan ve onların geçerliliğini garanti altına alan, yani işlem menfaatini koruyan bir bağlama noktasının tercih edilmesini haklı kılmaktadır. Benzer gerekçelerle ve *dépeçage*'in önlenmesi amacıyla, bağlama kuralının ehliyet, şekil, hüküm ve sonuçlar gibi evlilik dışı birlikte yaşam modellerine ilişkin tüm konuları kapsayan genel bir kural olarak benimsenmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu konuyla bağlantılı olarak, atıf (*renvoi*) teorisine de dikkat çekilmesi gerekmektedir. Bağlama kuralı ile işaret edilen yabancı hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının 3. bir hukuku veya for hukukunu göstermesi halinde, bu hukukların göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı milletlerarası özel hukuk doktrininde çokça tartışılmıştır²⁹². Türk hukukunda konuya ilişkin açıklık getirilerek, atıf kişinin hukuku ve aile hukuku konularında benimsenmiş ve kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması halinde, bu hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir²⁹³. MÖHUK'taki bu açık düzenleme gereği kişinin hukuku ve aile hukuku kapsamında değerlendirilen evlilik dışı birlikte yaşam modelleri ile ilgili bir uyuşmazlıkta, hukuk yaratma yöntemi tercih edilirken atıf akılda bulundurulmalıdır²⁹⁴. Bu anlamda her ne kadar,

²⁸⁸ Edis, s. 141.

²⁸⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 133.

²⁹⁰ Nomer, s. 15 vd.

²⁹¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 27; Nomer, s. 17.

²⁹² Collins, L. (general ed.)/ Hartley, T.C. (ed.)/ Morse, C.G.J. (ed.): Dicey and Morris on Conflict of Laws, I. Cilt, 12. Baskı, Londra 1993, s. 70 vd.; Nomer, s. 143 vd.

²⁹³ MÖHUK m. 2/3: "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır."

²⁹⁴ Bu noktada, AB Kayıtlı Birliktelik Tüzüğünde atfın açıkça reddedildiği hatırlatılmalıdır. Bkz. Kayıtlı Birliktelik Tüzüğü m. 32.

kayıtlı birlikteliklere uygulanacak hukuk bağlamında düzenleme yapan hukuk sistemlerinin hemen hemen tümünün kayıt yeri bağlamasını veya kayıt yeri hukuku ile diğer bağlama noktalarının birlikte kullanıldığı bağlamaları tercih etmesi nedeniyle atf sorununun gündeme gelmesi uygulamada güç görünse de, hukuk yaratarak elde edilen kuralda atfın kabulü konusunun tartışılması gerektiği düşünülmektedir.

Kayıtlı birliktelikler bakımından, yabancı hukuk doktrininde ve mevzuatında kayıtlı birlikteliği tanıyan ve kişilerin aile statüsünün devamını sağladığı öngörülen kayıt yeri hukukuna bağlanması tercih edilmelidir. Evlilik dışı birlikte yaşam modellerini düzenlemek adına hazırlanan en güncel düzenleme olan AB Kayıtlı Birliktelik Tüzüğünde bağlama noktası olarak kayıt yeri hukukunun belirlenmiş olması bu görüşü desteklemektedir. Gerçekten de kişilerin milletlerarası dolaşımı sırasında söz konusu statünün ve kurumun hüküm ve sonuçlarının devam edeceğine dair öngörülebilirliğin ve kesinliğin sağlanması, müşterek taraf menfaati açısından önemli görünmektedir. Bu nedenle, kayıtlı birliktelikleri tanıyan ve kişilerin aile statüsünün devamını sağlayan bir hukuka bağlanması amacı, kayıtlı birlikteliğin doğduğu yer hukukuna bağlanılarak sağlanmaktadır. Zira partnerler, kaydın gerçekleştiği ülkede yaşamıyor olsa bile, kayıt yeri yabancı hukukunun uygulanması, ailevi veya kişisel alanda çiftin iradesine zımî olarak belirleyici bir rol vermektedir. Ayrıca, kayıtlı birlikteliğin doğduğu yer hukukuna bağlanma, kişisel statünün devamlılığı amacını sağlar görünmektedir. Birlikteliğin her zaman için yerel makam önünde gerçekleştiği düşünülürse, kuruluş yeri hukuku kriteri, kayıtlı birlikteliği düzenleyen ve tanıyan bir hukuka yetki verilmesini sağlamaktadır.

De facto birliktelikler bakımından ise, kayıtlı birliktelikler kadar kesin bir belirleme yapılamamaktadır. Bu birlikteliklerin oluşumu için kayda gerek duyulmadığı ve bu anlamda sadece “birlikte yaşam” nedeniyle hak ve yükümlülük bahsedildiği için, kayıt yeri hukukuna bağlanma bu birliktelikler açısından söz konusu olmayacaktır. Ancak AİHM kararlarında aynı veya farklı cinsiyetten iki kişinin evlilik dışı birlikteliğinin “aile yaşamı” oluşturduğunun kabul edilmesi, bu birlikteliklerin kişisel statü içerisinde vasıflandırılması görüşünün kabulü lehine önemli bir argüman sayılmaktadır. Kişisel statüye uygun bağlama noktalarından vatandaşlık, kişisel statünün devamlılığını en iyi sağlayanken, ortak yerleşim yeri veya ortak mutad mesken hukuku *de facto* birlikte yaşam için aslî unsurlar olduğu için ve yakınlık ilkesi gereği tercih edilebilir görünmektedir. Bunun yanı sıra, *de facto* birlikte yaşayan taraflar aralarında, birlikteliğin eşya hukukuna ilişkin etkilerinin düzenlendiği bir sözleşme akdetmiş ve bu sözleşme çiftin mutad mesken hukukuna göre geçerli ise ilgili konularda bu sözleşmenin uygulama alanı bulacağına dair bir kanunlar ihtilafı kuralının oluşturulması da mümkündür.

b. Ön Sorun Teşkil Etmesi Halinde

Milletlerarası özel hukukta ön sorun, milletlerarası unsur barındıran bir uyuşmazlığın çözümü için öncelikle başka bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasının gerekmesi halinde söz konusu olmaktadır²⁹⁵. Bu durumda, ön sorun çözülmeden, uyuşmazlığın asıl konusu olan esas sorunun çözümüne geçilememektedir. Ön sorun *lex fori* veya *lex causae*'ye göre olmak üzere iki biçimde çözülmektedir²⁹⁶. Ön sorunun *lex fori*'ye göre çözülmesi halinde, *for* hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları uygulama alanı bulurken; *lex causae*'ye göre çözümde esas soruna uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla yetkili hukuk tayin edilmektedir. Örneğin, Hollanda'da kayıtlı birliktelik statüsüne giren çiftten, Hollanda vatandaşı partnerin ölümü sonucu, Türk mahkemelerinde miras payını talep aşamasında mirasçılık sıfatına itiraz varsa, bu sorunun çözülebilmesi için öncelikle kayıtlı birliktelik statüsünün geçerliliği, bu statünün Türk hukukunda hangi biçimde kabul edileceği ön sorun olarak çözülmelidir. Ön sorunun *lex fori*'ye göre çözümü halinde, her ne kadar bir önceki bölümde açıklanmaya çalışılan boşluk doldurma yöntemlerinin bu aşamada da kullanılması mümkün görünse de, MÖHUK hükümleri arasında kayıtlı birlikteliğe dair herhangi bir kural bulunamaması nedeniyle kayıtlı birlikteliğin tanınmaması ihtimal dâhilinde olacaktır. *Lex causae*'ye göre çözümün tercih edilmesi halinde ise esas soruna uygulanacak hukuk, yani mirasa uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 20 hükmü uygulanacaktır. Dolayısıyla, ölenin millî hukuku olan Hollanda hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre kayıtlı birlikteliğin geçerliliği sonucuna ulaşılabilecektir.

Genel olarak, ön soruna uygulanacak hukukun belirlenmesinde, MÖHUK'da herhangi bir kural yer almadığı için, olay bazında inceleme yapılması fikri öne çıkmaktadır²⁹⁷. Bu anlamda millî karar ahengini sağlayan *lex fori* yerine milletlerarası karar ahengini temin eden *lex causae* çerçevesinde çözüm, adalet, hakkaniyet ve yüksek menfaatler gereği tercih edilebilmektedir. Kanımızca, evlilik dışı birlikte yaşam modellerinin geçerliliğinin bir ön sorun olarak Türk hâkiminin önüne gelmesi halinde, birlikteliğin tanınması hakkaniyetli olacak ise, bu birlikteliğin tanınmasını sağlayan bir bağlamanın tercih edilmesi uygundur.

C. Türk Kamu Düzeninin Müdahalesi

Kamu düzeni etkisi, uyuşmazlığı esastan çözecek yetkili yabancı hukukun tespitinden sonra onun uygulanmasını engelleyen bir araç olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu etki, MÖHUK m. 5 hükmünde "*Yetkili yabancı hukukun*

²⁹⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 89 vd.

²⁹⁶ Nomer, s. 138 vd.

²⁹⁷ Çelikel/Erdem, s. 137; Nomer, s. 139.

belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.” şeklinde ifade edilmiştir. Milletlerarası özel hukukta “kamu düzeni” kavramı için geliştirilmiş ortak bir tanım olmamasına rağmen; kamu düzeninin olumlu ve olumsuz etkisi üzerinden kavramsal çıkarım yapılabilmektedir²⁹⁸. Kamu düzeni, bir yandan *for* hukukunun “temel yapısı ve temel çıkarlarına”²⁹⁹ ve “hukuk düzenindeki temel ilkelere”³⁰⁰ ters düşen kuralların uygulanmasını engellerken; diğer yandan, yabancı hukukun uygulanması sonucunun tahammül edilemez olması halinde devreye girmekte ve gerekli görülen hâllerde *for* hukukunun uygulanmasına yol açmaktadır³⁰¹. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 10.02.2012 tarihli kararında ise “*kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde*” çözülmüştür³⁰².

MÖHUK m. 5 hükmünde açıkça belirtildi üzere, bu maddenin yürürlüğe konulması için öncelikle söz konusu dava hakkında uygulanacak hukukun belirlenmesi ve bu belirleme sonucu yabancı bir hukukun uygulanması gerekmektedir. O halde, uygulanacak hukuk tespit edilmeden önce, bir çeşit önyargıyla evlilik dışı birlikte yaşam modelinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği yönünde bir tespit yapılamayacaktır. Bu anlamda kamu düzeni etkisi ancak somut olaya uygulanacak hukuk belirlendikten ve talep sahibinin somut istekleri değerlendirildikten sonra devreye girecektir.

Türk milletlerarası özel hukukunda, kamu düzeninin istisnaî etkisi kabul edilmiştir³⁰³. Bu etki, MÖHUK m. 5 hükmünde de belirtildiği üzere uygulanacak hukukun Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olduğu durumlarda devreye girmekte ve bu anlamda yabancı hukukun uygulanmaması şeklinde istisnaî bir etki doğurmaktadır. Buna bağlı olarak, kamu düzenine aykırılığı ileri sürülen

²⁹⁸ **Dayınlarlı, K.:** Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı*, Ankara 1988, s. 660 vd.; **Nomer**, s. 165 vd.

²⁹⁹ **Çelikel/Erdem**, s. 139.

³⁰⁰ **Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu**, s. 43.

³⁰¹ **Dayınlarlı**, s. 674.

³⁰² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012; RG: 20.09.2012-28417.

³⁰³ **Nomer**, s. 160; **Dayınlarlı**, s. 674.

ilişki veya hukukî işlemin, Türkiye ve kamuoyu ile ne denli yakın ilişkili olduğu da kamu düzenine açıkça aykırılığı belirleyen unsurlardandır³⁰⁴. Örneğin, her ikisi de yabancı uyruklu, evlilik dışı birlikte yaşayan çiftten birinin vefat etmesi sonucu Türkiye'deki menkul ve gayrimenkul mallara yönelik veraset ilâmı talep edilmesi veya aynı çiftin yabancı uyruklu bir çocuğu evlât edinme taleplerinin Türk kamu düzeni ile ilgisi bir hayli azdır. Bu gibi durumlarda talebin, ülke ve kamuoyu üzerinde etkisine bakılmaksızın işlem yapılması ve evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisinin yarattığı aşikâr sonuçlar araştırılmadan, bu ilişki tipinin bulunduğu bütün olayların kamu düzenine aykırılığının iddia edilmesi, MÖHUK m. 5 hükmü ile bağdaşmamaktadır.

Kamu düzeninin bir diğer özelliği de değişken niteliğidir³⁰⁵. Gerçekten de, kamu düzeni etkisine tâbi olacak konular gün geçtikçe farklılaşmakta, toplumun sosyal, siyasal ve ekonomik anlayışı ve menfaatleri bir tarihten diğerine değişmekte ve tam bir tanımlı yapılamayan kamu düzeni, somut olaya göre, hâkimin günün koşullarını değerlendirmesi sonucu açığa çıkmaktadır³⁰⁶. Kamu düzeninin bu özelliği, Türk hukukunda evlilik dışı birlikte yaşamın kamu düzeni etkisine tâbi olması konusunda önem arz etmektedir. Evlilik dışı birlikte yaşam konusu, aile hukukunun yeni gelişen ve giderek değişip yaygınlaşacağı görülen bir alanını teşkil etmektedir. AİHM kararlarında evlilik dışı birlikteliklerin tanınmasına yönelik bir iradenin bulunduğu göze çarpmakta, evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlerin karşılaştığı sorunların, milletlerarası toplumun güncel menfaatlerinden biri olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda AİHS hükümleri ve AİHM kararları, kamu düzeni etkisini devreye sokarken, Türk hukukundaki eğilimin belirlenmesinde rol oynamalıdır³⁰⁷. TMK'da da aile kavramı tanımlanmayarak, ailenin içeriğinin ve toplumdaki anlamının zamanla değişebileceği kabul edilmiştir³⁰⁸. Bu anlamda evlilik dışı birlikte yaşayan kişilerin, olması gereken hukuk bakımından "duygusal aile" olarak kabul edilip, "aile gibi" muamele görmesi gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur³⁰⁹. Diğer yandan, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca, talep edilen koruma kararlarındaki nafaka istemlerinde, " *tarafların birlikte yaşama ve aleyhine tedbir istenenin evin geçimine katkı durumunun bulunduğu kabul edilmiş...*" olmasının

³⁰⁴ Şanlı/ Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 75 vd.

³⁰⁵ Çelikel/Erdem, s. 146.

³⁰⁶ Dayınlarlı, s. 673; Nomer, s. 171.

³⁰⁷ Bu kapsamda örnek alınması gereken bir düzenleme olan Kayıtlı Birliktelik Tüzüğünde de ilgili devletin kamu düzenini ihlâl etmeme şartına yer verilmekle birlikte, kamu düzeni istisnasının uygulanmasının, AB Temel Haklar Şartına ve özellikle bu Şartın 21. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağına aykırı sonuçlara yol açacak biçimde yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir. Bkz, Kayıtlı Birliktelik Tüzüğü, paragraf 53.

³⁰⁸ Öztan, B.: Aile Hukuku, 23. Baskı, Ankara 2004, s. 3.

³⁰⁹ Gençcan, Ö.U.: Aile Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2011, s. 141 vd.

yeterli görüldüğü, koruma talep edilen ve edenin evli olmasının aranmadığı anlaşılmaktadır³¹⁰.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, sonuç itibarıyla, hem yabancı hukuk sistemlerindeki eğilim, hem milletlerarası toplum hayatında benimsenen geniş tanımlı “aile” kavramı, hem de Türk hukuk sisteminde evlilik dışı birlikte yaşayan kişilerin tedbir nafakası elde etmesi gibi gelişmeler, kamu düzeninin değişken karakteri ile bağdaştırılmalı ve kamu düzeni etkisi sınırlı olarak uygulanmalıdır. Bir başka deyişle kamu düzeni etkisi, istisnâî niteliği göz önünde bulundurularak uygulanmalı, yabancı hukukun uygulanması sonuç itibarıyla Türk hukuku ve Türk toplumunun değer ve ilkelerini ihlâl etmiş olmalıdır. Evlenme kurumunun aynı cinsiyetten birliktelikler için açık olmadığı Türk hukukunda, aynı cinsiyetten birliktelikler bakımından bir hassasiyet söz konusu olacağı, kamu düzeni müdahalesinin farklı cinsiyetten birlikteliklere kıyasla, özellikle aynı cinsiyetten birliktelikler açısından uygulanacağı anlaşılmaktadır. Ancak bu tespitten, aynı cinsiyetten birliktelikler için her durumda kamu düzeni müdahalesinin işletilmesi gerektiği gibi bir yorum çıkarılmamalı, özellikle bu birliktelikler içerisindeki çiftlerin kazanılmış haklarının korunacağı ve AİHS’de düzenlenen ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturmayacak bir yaklaşım benimsenmelidir. Bu anlamda örneğin, ilişkinin münhasır olmaması, evlilik dışı birlikte yaşamın çok eşli birlikteliklere yol açması, somut durumun ülke ve Türk toplumu ile yakından ilişkili olması gibi örnekler, kamu düzeni etkisini devreye sokarak, yabancı hukukun uygulanmasını engelleyebilir görünmektedir³¹¹. Ancak yıllarca evlilik dışı birliktelik içerisinde yaşamış, belki de bütün hayatlarını birlikte geçirmiş çiftlerin, Türk kamu düzenini ihlâl ettiği gerekçesiyle birbirine mirasçı olamayacağına veya ayrılmaları halinde tâbî oldukları mal rejimlerinin uygulanmamasının kabulü mümkün görünmemektedir.

³¹⁰ Ankara 3. Aile Mahkemesi, E: 2012/402 D. İş, K: 2012/402.

³¹¹ Kendi görev ve yetki alanı içerisindeki tüm uyuşmazlıkları çözüme bağlama yükümlülüğü olan Türk hâkimi, bu kurumları kamu düzenine aykırı bulur ve tanımazsa, hukukî ilişkinin hangi biçimde tanınacağı ve bu ilişkiden doğan taleplerin hangi hukukî çerçevede giderileceği sorusu gündeme gelecektir. Bu kapsamdaki sorunlar özellikle mal varlığı haklarına ilişkin olarak ortaya çıkacağı için “adî ortaklık sözleşmesi” kapsamında değerlendirme ön plana çıkmaktadır. Zira TBK m. 620 vd. hükümlerinde düzenlenen adî ortaklık sözleşmesinin tanımı gereği “iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere” birleştirmesi aynı çatı altında, evlilik dışı birlikte yaşayan kişilerin doğal yaşantılarına haksız fiil veya sözleşme hükümlerine kıyasla daha uygun görünmektedir. Bu anlamda kamu düzeni etkisi devreye sokulduğu için söz konusu evlilik dışı birlikte yaşam modeli “aile hukuku” kapsamında yer almayacak, bu nedenle nafaka, velâyet, miras gibi aile hukuku temelli haklar gündeme gelemeyecektir. Ancak adî şirket oluşumundan ve sona ermesinden doğan haklar, mal paylaşımı bağlamında talep edilebilecektir. Bu yönde özellikle birliktelik kurulurken ortaya konulan katılım paylarının geri alınması söz konusu olacaktır. Sonuç olarak kanımızca, Türk hâkiminin kamu düzeni istisnasını devreye sokacağı durumlarda, dava konusu kurumun özelliklerinin ve talebin değerlendirilmesi ve adî şirket hükümlerinin uygulanması yanında olacaktır.

SONUÇ

Anlaşıldığı üzere, hukuk sistemlerinin kabul ettiği bu düzenlemelerle, birlikte yaşam, evliliğin sahip olduğu ailevi fonksiyonların çoğunu benimsemiş ve geleneksel aile hukukunun tabiatı değişmiştir. Buna karşılık, Türkiye gibi devletlerde, kanun koyucunun tercihi, bu tür modelleri benimseme yönünde bir eğilim göstermemektedir. Çünkü evlilik, aile yaşamının kurulmasında tek ve temel kurum olarak belirlenmiş ve geleneksel evlilik kurumu korunarak diğer birliktelikler, aile hukuku kapsamında değerlendirilmemiştir. Ancak kişilerin tek başına veya bir çift olarak milletlerarası dolaşımının giderek arttığı günümüz dünyasında, evlilik dışı birlikte yaşam bağlamında çözülmesi gereken milletlerarası unsurlu bir uyumsuzluğun Türk hâkiminin önüne gelme ihtimali artmıştır.

Bu bağlamda, evlilik kurumu dışında yer alan aynı cinsiyetten ve farklı cinsiyetten birlikteliklerin, evlilikten ayrılması gerektiği ve bu kurumlar için cinsel yönelimden bağımsız bir çözüm bulunması gerektiği anlaşılmıştır. Bununla birlikte, Türk mahkemelerinde konuyla ilgili vasıflandırma yapılırken kayıtlı birliktelik ve *de facto* birlikteliklerin evlilik ve sözleşmeden ayrılması gerektiği belirlenmiş; evlilik veya sözleşme gibi var olan kategorilerin genişletilmesi, böyle bir yaklaşım, kurumun yapısı ile uyumsuz ve kurumu yok sayan bağlamalara yol açabileceği endişesiyle uygun görülmemiştir. Ancak Türk maddî hukukunda, hukukî bir kurum olarak veya milletlerarası özel hukukta daha önceden kabul edilmiş bir kategori olarak yer almayan yabancı hukuka ait kurumlarla karşılaşıldığında, Türk hukukunda böyle bir kurumun olmayışı veya bağlama kuralı eksikliği, sorunun çözülmesine engel olmamalı; hâkim, kendisine TMK m. 1 hükmü ile verilen, boşluk doldurma görevini yerine getirmelidir. Bu noktada hâkim, ilgili menfaatlerin dengesini bularak hem vasıflandırma yapmalı hem de bağlama kuralını tespit etmelidir. Vasıflandırma aşamasında evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisinde karşılaşılan soy bağı ve iradî mirasçılık kurumları açısından sorun yaşanmayacağı belirlenmiş, bu konuların *lex fori* vasıflandırma ile çözülebileceği anlaşılmıştır. Evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisinden doğabilecek diğer sorunlarda karşılaşılan hukuk boşluğu ise hâkimin hukuk yaratması suretiyle doldurulabilir. Bu doğrultuda oluşturulması gereken bağlama kuralında somut olaya göre *de facto* birliktelik ve kayıtlı birliktelik için farklı bağlama noktaları tercih edilmelidir.

Bu anlamda insan hakları ve eşitlik odaklı bir bakış açısına ihtiyaç duyulduğu açıktır. Zira AİHS m. 8 hükmünde korunan aile hayatına saygı duyulması hakkının, AİHM kararları ile yalnızca evlilik ilişkisi içinde bulunan taraflara değil, evlenmeden birlikte yaşayan aynı cinsiyetten ve farklı cinsiyetten çiftlere de tanındığı görülmektedir. AİHM'in, söz konusu ilişkilere yönelik kanunlar ihtilâfi kuralı formüle etmemiş olması, AİHS'ye taraf olan Türkiye'nin

“aile hayatı” içinde olduğu kabul edilen herhangi bir kişinin evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisine milletlerarası özel hukuk bağlamında saygı duymamasını haklı çıkarmamaktadır. Dolayısıyla her ne kadar Türk hukukunda evlenmeden birlikte yaşama ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmasa da, Türk hâkimi önüne gelen milletlerarası unsurlu uyuşmazlıkta AİHS 8. madde hükmü kapsamında değerlendirme yaparak kamu düzeni etkisini mümkün olduğunca sınırlı ve istisnâî biçimde kullanmalıdır. Bir başka deyişle, Türk hâkimi, bu tür uyuşmazlıklarda AİHM kararlarındaki evlilik dışı birlikteliklere yönelik eğilimi göz önünde bulundurmalı ve “kamu düzeni” müdahalesine temkinli yaklaşmalıdır.

KAYNAKÇA

Abadan-Unat, N.: Legal Problems Concerning Unmarried Couples, the Non-Married Couple and Society: Socio-Juridical Aspects of Cohabitation, *Seha L. Meray’a Armağan*, C. II, Ankara 1982, s. 805-830.

Akipek, J./Akıntürk, T./Ateş-Karaman, D.: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C. 1, 9. Baskı, İstanbul 2012.

Aloni, E.: Registering Relationships, *Tulane Law Review*, S. 87 (2013), s. 573-648.

Attah, M.: Extending Family Law to Non-Marital Cohabitation in Nigeria, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 26/2 (2012), s. 162–186.

Aybay, R.: Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, *TBB Dergisi*, S. 70 (2007), s. 187-213.

Aybay, R./Dardağan, E.: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Baskı, İstanbul 2008.

Barlow, A.: Regulation of Cohabitation, Changing Family Policies and Social Attitudes: A Discussion of Britain Within Europe, *Law & Policy*, S. 26 (2004), s. 57–86.

Beinaroviča, O.: The Historical Development of Regulation of Non-Marital Cohabitation of Heterosexual Couples and Its Effect on the Creation of Modern Family Law in Europe, *Vilnius University Faculty of Law International Conference of PhD Students and Young Researchers, The Interaction of National Legal Systems: Convergence or Divergence?* Conference Papers 25–26 April 2013.

Björnberg, U.: Cohabitation and Marriage in Sweden - Does Family Form Matter?, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 15 (2001), s. 350-362.

Boele-Woelki, K.: Le Partenariat Enregistre: Legislation des Pays-Bas, Questions d'actualité en droit des personnes dans les Etats membres de la CIEC, *Colloque organisé à Strasbourg pour marquer les 50 ans d'existence de la CIEC*, s. 43-52.

Boele-Woelki, K.: Private International Law Aspects of Registered Partnerships and Other Forms of Non-Marital Cohabitation in Europe, *Louisiana Law Review*, S. 60 (2000), s. 1053- 1059.

Campbell, J.: New Zealand Civil Union Act: New Challenges for Private International Law, *Victoria University of Wellington Law Review*, S. 37 (2006), s. 69-92.

Carruthers, J. M.: *De Facto* Cohabitation: the International Private Law Dimension, *Edinburgh Law Review*, S. 12 (2008), s. 51–76.

Carruthers, J.: Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place For Party Choice in Private International Law?, *International and Comparative Law Quarterly*, S. 61 (2012), s. 881–913.

Çelikel, A./Erdem, B.: Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Baskı, Ankara 2016.

Collins, L. (general ed.)/ Hartley, T.C. (ed.)/ Morse, C.G.J. (ed.): Dicey and Morris on Conflict of Laws, I. Cilt, 12. Baskı, Londra 1993.

di Noto, R.: Les Conflits de Qualifications en Matière de Mariage Entre Personnes de Même Sexe et de Partenariat Enregistré Dans le Cadre Européen, *sous la direction de M.-L. Niboyet*, 2011. <<http://www.droit-fr-all-paris-ouest.fr/wp-content/uploads/2012/12/Les-conflits-de-qualification-en-mati%C3%A8re-de-mariage-entre-personnes-de-m%C3%Aame-sexe-et-de-partenariats-enregistr%C3%A9s-dans-le-cadre-europ%C3%A9en-1.pdf>>

Curry-Sumner, I.: All's Well That Ends Registered?: The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships In Europe, 1. Baskı, Anwerp/Oxford 2005.

Dardağan-Kibar, E.: Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Atâ Sakmar'a Armağan 2011/1, s. 541-560.

Dayınlarlı, K.: Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. yaş Armağanı*, Ankara 1988, s. 653-692.

Devers, A.: *Le Concubinage en Droit International Privé*, 1. Baskı, Paris 2004.

Doğan, V.: Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, Ankara 2013.

Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M. A.: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2015.

- Edis, S.: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1989.
- Favier, Y.: Une Situation de Fait (Chapitre 140), *Dalloz Action, Droit de la Famille*, 2010-2011, (ed. Pierre Murat), 5. Baskı, Paris 2010.
- Fulchiron, H.: Réflexion sur les Unions Hors Mariage en Droit International Privé, *Journal du Droit International*, S. 2000/4, s. 889-913.
- Gençcan, Ö.U.: Aile Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2011.
- Goldstein, G.: "La Condition des Couples Cohabitant Hors Mariage." La Cohabitation Hors Mariage en Droit International Privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 320*, Leiden/Boston 2007.
- Harnois, C./Hirsch, J.: Note Sur les Développements en Droit Interne et Droit International Privé Sur la Cohabitation Hors Mariage, y Compris les Partenariats Enregistres, Document préliminaire No 11, La Haye 2008. <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd11e2008.pdf>
- Henneron, S.: New Forms of Cohabitation: Private International Law Aspects of Registered Partnerships, *Perspectives For the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. Boele-Woelki, K., Antwerp/Oxford/New York 2003, s. 462-470.
- İnal, N.: Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Aile Mahkemeleri Davaları, 1. Baskı, Ankara 2004.
- Kessler, G.: Les Partenariats Enregistrés en Droit International Privé, 1. Baskı, Paris 2004.
- Khairallah, G.: Les « Partenariats Organisés » en Droit International Privé, *Revue Critique de Droit International Privé*, S. 2000/3, s. 317- 330.
- Lagarde, P.: Note sous Tribunal de Grande Instance Paris, Premier chambre, 21 Novembre 1983, *Ferreira, Revue Critique de Droit International Privé*, S. 1984/ , s. 628-631.
- Lamarche, M.: Pacte Civil de Solidarité (PACS), *Rép. civ. Dalloz*, Eylül 2012.
- LaViolette, N.: Waiting in a New Line at City Hall: Registered Partnerships as an Option for Relationship Recognition Reform in Canada, *Canadian Journal of Family Law*, S. 19 (2002), s. 115-172.
- Megarry, R./Wade, W./Harpum C.: The Law of Real Property, 8. Baskı, Londra 2012.
- Melcher, M.: Private International Law and Registered Relationships: An EU Perspective, *European Review of Private Law*, S. 4 (2012), s. 1075–1096.
- Morris, J. H. C./McClearn, D./Beevers, K.: The Conflict of Laws by Morris, 7. Baskı, Londra 2009.

- Murphy, J.: *International Dimensions in Family Law*, 1. Baskı, 2006 New York.
- Noack, T.: *Cohabitation in Norway: An Accepted and Gradually More Regulated Way of Living*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 15 (2001), s. 102-117.
- Nomer, E.: *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul 2015.
- North, P./Fawcett, J.J.: *Cheshire and North's Private International Law*, 13. Baskı, New York 2004.
- Oğuzman, K./Dural, M.: *Aile Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 1998.
- Oldham, J. T.: *Unmarried Partners and the Legacy of Marvin v. Marvin*, *Notre Dame Law Review*, S. 76 (2000), s. 1261-1264.
- O'Mahony, C. : *Irreconcilable Differences? Article 8 ECHR and Irish Law on Non-Traditional Families*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 26 (2012), s. 31-61.
- Ostner, I.: *Cohabitation in Germany-Rules, Reality and Public Discourse*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 15 (2001), s. 88-101.
- Özsunay, E. : *Nordik Hukukta, Sosyalist Hukukta ve Anglo/Amerikan Hukukunda Evlilik Olmaksızın "Birlikte Yaşama"nın Güncel Sorunları*, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 13 S. 16 (1979-80-81), s. 57-75.
- Öztan, B.: *Aile Hukuku*, 23. Baskı, Ankara 2004.
- Öztürk, N.: *Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri*, 1. Baskı, Ankara, 2016.
- Perelli-Harris, B./Gassen, N. S.: *How Similar Are Cohabitation and Marriage? Legal Approaches to Cohabitation across Western Europe*, *Population and Development Review*, S. 38/3 (2012), s. 435-467.
- Pürselim-Doğan, H.S.: *Almanya'da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya'da Bulunan Terekenin Paylaşılması*, *MHB*, Y. 31 S. 1 (2011), s. 243-266.
- Rigaux, F.: *The Law Applicable to Non Traditional Families*, *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification : Liber Amicorum Kurt Siehr*, ed. J. Basedow, La Haye 2000, s. 647-656.
- Sanders, A.: *Cohabitants in Private Law: Trust, Frustration and Unjust Enrichment in England, Germany and Canada*, *International and Comparative Law Quarterly*, S. 62 (2013), s. 629-665.
- Scherpe, J. M.: *Quo Vadis, Civil Partnership?*, *Victoria U. Wellington L. Rev.*, S. 46 (2015), s. 755-768.

- Schrama, W. M.: Registered Partnership in the Netherlands, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 13 (1999), (Netherlands), s. 315-327.
- Schrama, W. M.: The Dutch Approach to Informal Lifestyles: Family Function over Family Form?, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 22 (2008), s. 311–332.
- Siehr, K.: Family Unions in Private International Law, *Netherlands International Law Review*, S. 50 (2003), s. 419–435.
- Sirmen, S.: Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi, *AÜHFD*, C. 58 S. 4, s. 825-879.
- Steiner, E.: Spirit of the New French Registered Partnership Law - Promoting Autonomy and Pluralism or Weakening Marriage, *The Child & Family Law Quarterly*, S. 12/1 (2000), s. 1-14.
- Sutherland, E. E.: From 'Bidie-in' to 'Cohabitant' in Scotland: The Perils of Legislative Compromise, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 27 (2013), s. 143–175.
- Syltevik, L. J. : Sense And Sensibility: Cohabitation in 'Cohabitation Land', *The Sociological Review*, 58/3 (2010), s. 444-462.
- Şanlı, C./Esen, E./Ataman-Figanmeşe, İ.: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, İstanbul 2016.
- Şahin, E.: Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı-Gerekçeli Aile Hukuku Davaları, 1. Baskı, Ankara 2012.
- Tekdoğan, I. S.: Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Fügen SARGIN), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014, Ankara.
- Tekinalp, G./Uyanık-Çavuşoğlu, A.: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Baskı, İstanbul 2016.
- Tekinalp, G./Nomer, E./Odman-Boztosun, A.: Private International Law in Turkey, 1. Baskı, the Netherlands 2012.
- Waalwijk, K.: More or Less Together: Levels of Legal Consequences of Marriage, Cohabitation and Registered Partnership for Different-sex and Same-sex Partners, A Comparative Study of Nine European Countries, *Documents de Travail de l'Ined*, 125, Paris 2004. <<https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/12585>>

Weiss-Gout, B./Niboyet, M.L.: La Reconnaissance Mutuelle des Mariages Entre Personnes de Meme Sexe et des Partenariats Entre Personnes de Môme Sexe ou de Sexe Opposé. La Situation Dans les Différents Etats Membres. Besoin d'une Action de l'UE », *Rapport Présenté Devant le Parlement Européen en Novembre 2010*. <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/432731/IPOL-JURI_NT\(2010\)432731_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/432731/IPOL-JURI_NT(2010)432731_FR.pdf)>

Wong, S. :Cohabitation Reform in England and Wales: Equality or Equity, *Can. J. Women & L.*, S. 27 (2015), s. 112-129.

Woods, U.: Rights For Cohabitees - Who Should Qualify?, *Northern Ireland Legal Quarterly*, S. 55/1, s. 8-32.

Yasan, C.: Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, 1. Baskı, İstanbul, 2013.

ETİK VE ETİK - HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ ¹

Ethics and The Relationship Between Ethics - Law

Arş. Gör. Kadir Can ÖZEL ²

Geliş Tarihi: 31.05.2017

Kabul Tarihi: 09.11.2017

ÖZET

Çalışmada, ilk olarak etik ve meslek etiği kavramları, ardından etik - hukuk arasındaki ilişki ve bir meslek etiği olarak hukukçu etiği kavramı ele alınmıştır. Böylece, etik ilkeler ile hukuk kuralları arasındaki benzerlikler ve farklılıklar irdelenmiştir. Bu irdeleme, öğreti görüşlerine ve ulusal - uluslararası hukuki düzenlemelere göre yapılmıştır. Sonuç olarak ise, etik ilkelerin ve hukuk kurallarının birbirlerini etkilediği ortaya konulmuştur; her iki kavramın günlük ve mesleki yaşantımızdaki önemine vurgu yapılmıştır. Ayrıca, toplumsal düzenin sağlanmasında, hem etik ilkelerin hem de hukuk kurallarının gerekli olduğu kanısına varılmıştır. Zira her iki kavramı birbirinden bağımsız olarak düşünmek pek mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: Etik, meslek etiği, etik - hukuk arasındaki ilişki, hukukçu etiği, etik ilkeler, hukuk kuralları.

ABSTRACT

In the study, firstly the concepts of ethics and occupational ethics, then the relationship between ethics - law and the concept of jurist's ethics as a occupational ethics have been discussed. Thus, the similarities and differences between the ethical principles and the rules of law have been scrutinised. This scrutinising has been based on doctrinal opinions and national - international legal arrangements. As a result, it has been revealed that the ethical principles and the rules of law affect each other; it has been emphasized that the importance of both concepts in our daily and professional lifes. Moreover, it has come to the conclusion that the provision of social order requires both ethical principles and rules of law. Because it is not possible to think independently of each other.

Keywords: Ethics, occupational ethics, the relationship between ethics - law, jurist's ethics, the ethical principles, the rules of law.

GİRİŞ

Günümüzde insanlar, mesleklerini ifa ederken, nasıl davranacaklarıyla ilgili normlara ve böylelikle davranışlarını denetim altında tutmaya ihtiyaç duymaktadırlar. Bu sebeple, insanların, mesleki faaliyetlerini gerçekleştirirken, üçüncü kişilere zarar vermemeleri ve mesleğin saygınlığının korunması amacıyla hukuk kurallarının yanı sıra, etik ilkeler de ortaya çıkmıştır. Birbiriyle girdikleri etkileşimin önemi sebebiyle, bu çalışmada, temel olarak etik ve

¹ Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında, Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ tarafından verilen "Hukuk ve Etik" dersi için hazırlanmış olduğum seminer çalışmasının geliştirilmiş hâlidir. Bu bağlamda, dersinden büyük feyzaldığım Sayın Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ'a teşekkür ederim.

² Adana Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı (k.c.ozel@gmail.com).

etik - hukuk ilişkisi ele alınmaya çalışılacaktır. Nitekim çalışmada etik ile ilgili açıklamalar yapıldıktan sonra, çalışmanın odağını oluşturan etik - hukuk arasındaki ilişki detaylıca; bu iki kavramla etkileşim içinde olan 'ahlak' kavramı ise yeri geldikçe ele alınacaktır.

Çalışmada, etik - hukuk kavramları ile bunlar arasındaki ilişkinin ele alınacak olmasının nedeni; günümüzde avukatların, hakimlerin, savcılarının, hukukçu akademisyenlerin, arabulucuların, uzlaştırmaçıların, bilirkişilerin (ve hukuk alanındaki diğer çalışanların) görevlerini ifa ederken uymaları gereken meslek etiği ilkelerinin (daha özelinde ise, hukukçu etiği ilkelerinin) gün geçtikçe önem kazanmasıdır. Hatta bu önemi nedeniyle, etik ve hukuk ilişkisini ele alan normatif düzenlemeler birçok uluslararası kurallarda, tavsiye kararlarında, şartlarda, sözleşmelerde, ulusal anayasalarda, kanunlarda, kanun hükmünde kararnamelerde, yönetmeliklerde, genelgelerde, ilkelerde yerlerini almışlardır.

Öteyandan, çalışmadakonularirdelenirken, bualandakiöğretigorüşlerinden, yeri geldikçe de ulusal ve uluslararası mevzuat düzenlemelerinden yararlanılmaya çalışılacaktır. Dört bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünü "Giriş" kısmı oluşturmaktadır. Bu bölümden sonra ikinci bölüm olan, "Etik" bölümüne geçilecek olup, bu başlık altında; "Genel Olarak Etik Kavramı"na ve ardından "Bir Etik Türü Olarak Meslek Etiği"ne değinilecektir. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise, çalışmanın ortaya çıkarılmasında ana etken olan "Etik - Hukuk Arasındaki İlişki" irdelenmeye çalışılacaktır. Bu bölümde, "Bir Meslek Etiği Olarak Hukukçu Etiği"ne, "Genel Olarak Etik - Hukuk İlişkisi"ne, "Etik - Hukuk İlişkisindeki Benzerlikler ve Farklılıklar"a, "Etik - Hukuk İlişkisini Ele Alan Normatif Düzenlemelerden Bazıları"na değinilecektir. Nihayetinde ise, çalışma, dördüncü bölüm olan "Sonuç" bölümüyle bitirilecektir.

I. ETİK

A. Genel Olarak Etik Kavramı

'Etik' kelimesi, eski Yunanca'daki *ethos* (veya *ethicos*) sözcüğünden türetilmiştir³. Yunanca'da *ethos*, iki anlam taşımaktadır. İlki, alışkanlık, töre, görenek gibi sözcükleri içerir; ikincisi ise, toplumda hazır bulunan töre, alışkanlık ve göreneklerin aynen uygulanmayıp, bunlar üzerine düşünerek, sorgulayarak, eleştirerek içselleştirmeyi ve bunu kişiliğin belirleyici özelliği haline getirmeyi içerir⁴. Öte yandan belirtilmelidir ki, etik sözcüğü 'ahlak

³ TUNCAY, Aziz Can, Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları, Genişletilmiş 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 2.

⁴ UZUN, Ertuğrul (Editör: Elif UZUN), Adalet Meslek Etiği, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2015, s. 7.

felsefesi⁵ veya 'ahlak bilgisi'⁶ anlamına gelmek üzere de kullanılmaktadır⁷. Bu sebeple, Latince kökenli 'ahlak' ile Yunanca kökenli 'etik' çoğu zaman birbirinin yerine kullanılabilir⁸. Nitekim ahlak kurallarının⁹ ve etik ilkelerin,

⁵ UZUN, s. 8; Uzun'a göre ahlak, "İnsan eylemlerinin doğru ve yanlış gibi değer ölçüleriyle dile getirilmesine imkan veren yargı, tutum, davranış, ilke ve kurallardır". Bkz. UZUN, s. 8; Ayrıca diğer bazı 'ahlak' tanımları için bkz. ÇETİNER, Selma, Yargı Etiği (Yargı Erki ve Değerler), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 35-38; ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç, Yargı Etiği, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 7-8; SARI, Cengiz, Yargı Etiği ve Türkiye'de Yargının Etik Yapılanması, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 23-24; ULUTAŞ, Ahmet / ATABEY, Ömer Serdar, Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Yargı Etiği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 5, İŞKİTAÇ, Yasemin, "Hukuk, Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 58, S. 1-2, Y. 2000, (s. 3-14), s. 3.

⁶ GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2012, s. 15.

⁷ Pieper ise, etik kavramının 'ahlak' ve 'ahlakilik' olarak iki ayrı anlama geleceğinden söz etmiştir. Bkz. PIEPER, Annemarie (Çevirenler: Veysel ATAYMAN - Gönül SEZER), Etiğe Giriş, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s. 29-34.

⁸ KARAKOÇ, Yusuf, "Hukuk - Etik İlişkisi", Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V Sempozyumu, 13-17 Eylül 2010 İstanbul, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S. 24, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, (s. 91-95), s. 91; Ayrıca bkz. KUÇURADİ, Ioanna, "Etik ve 'Etikler'", Türkiye Mühendislik Haberleri, S. 423, Y. 2003/1, (s. 7-9), (Etik ve 'Etikler'), s. 8; KUÇURADİ, Ioanna, "Ahlak ve Kavramları", Uludağ Konuşmaları - Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 1988, s. 31; YÜKSEL, Mehmet, Hukuk Sosyolojisi Yazıları, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 10; GÜRBÜZ, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk - Meşru Hukukun Temel Unsurları, Yenilenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 141; ATAY, Cevdet, Temel Hukuk İlkeleri ve Kavramları, Ekin Yayıncılık, Bursa 2014, s. 13; Öte yandan 'ahlak' ile 'etik' kavramlarının birbirinden farklı olduğunu savunan görüşe göre, "Etik, ahlakın karşılığında kullanılmakla birlikte, bu, tam olarak doğru değildir. Etik, felsefenin 'ödev', 'yükümlülük', 'sorumluluk' ve 'erdem' gibi kavramlarını analiz eden bir alanı olması yanında; 'doğruluk' veya 'yanlışlık' ile 'iyi' veya 'kötü'yle ilgili ahlaki yargıları ele alan, 'ahlaki eylem'in doğasını soruşturan ve iyi bir yaşamın nasıl olması gerektiğini açıklamaya çalışan dalı olarak da ifade edilmektedir". Bkz. ÖZEKES, Muhammet, Sorular - Şemalar - Örneklerle Temel Hukuk Bilgisi, 7. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 227; Aynı yöndeki bir başka görüşe göre ise ahlak, 'olan'ı; etik ise, 'olması gereken'i ele alır. Bu bağlamda ahlak, var olan ve yaşanılardır; etik ise, ahlakın felsefesidir. Ahlak, somuttur; etik ise, soyuttur. Yani denilebilir ki, Etik - Ahlak - Hukuk ilişkisinin düzgün kurulması gerekir. Nitekim teorik düzeyde 'iyi'; etikle belirlenmekte, ahlak ile uygulanmakta ve hukuk ile korunmaktadır. Bkz. KARAKOÇ, s. 94; Etik - Ahlak - Hukuk ilişkisinin bir başka boyutu ise, şöyledir: Etik ilkeler, asgari standartları; bunların değer hükmüne dönüşmesi ise, ahlak kurallarını oluşturur. Çoğu kez ahlak kurallarının devlet yaptırımına bağlanması hali ise, hukuk kurallarına hayat verir; kaynaklık eder. Hukuk için, 'asgari ahlak' denilmesinin nedeni de budur. Hepsisi hak esasına dayanır. Bkz. KARAKOÇ, s. 92-93; Ayrıca, etik ile ahlak sözcüklerinin, birbirinin yerine, aynı anlamda kullanılmasının birtakım sorunları beraberinde getireceği dile getirilmektedir. Bu görüşe göre, 'ahlak' birbirinden farklı anlamlara sahip olduğu için, bu anlamlardan yalnızca bir tanesi 'etik'le örtüşmektedir. Bkz. TEPE, Harun, "Bir Felsefe Dalı Olarak Etik: 'Etik' Kavramı, Tarihçesi ve Günümüzde Etik", Doğu Batı, S. 4, Y. 1, Ankara 2004, s. 12.

⁹ Ahlak kurallarının çeşitli tanımları için bkz. AYBAY, Aydın / AYBAY, Rona / PEHLİVAN, Ali, Hukuka Giriş, Genişletilmiş 10. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s.

insanların birbiriyle olan sosyal ilişkilerini düzenleyen yönleri düşünüldüğünde, toplumsal huzurun ve barışın sağlanmasındaki rolleri gözetildiğinde, her iki kavramın belli ölçülerde birbirini karşıladıkları söylenebilir.

Tanınmış hukuk sosyoloğu Timacheff ise, 'ahlak'ın, 'etik'in ana dallarından biri olduğunu¹⁰ ve "örflerde¹¹ somutlaşan bir kurallar bütünü" olduğunu dile getirmektedir¹².

Öte yandan, etik kavramı ile ilgili öğretilerde birçok tanım bulunmaktadır. Mevcut tanımların benzer yönleri gözden kaçmayacak derecede yoğunudur. Öğretilerdeki etik tanımlarından bazıları şöyledir: Karakoç'a göre etik, "Davranışları yönlendiren davranış standartlarını (veya sosyal normları) belirlemektir. Başka bir deyişle, etik, çoğu zaman bir meslek alanında benimsenen düzgün ve uygun davranma standardı anlamına gelmektedir"¹³. Yüksel'e göre etik, "İnsanların toplum içindeki davranışlarını ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünü ve başka insanların davranışlarını olumlu veya olumsuz biçimde değerlendirmekte başvurulan ölçütler bütünü ifade eder"¹⁴. Tuncay'a göre etik, "Belirli bir faaliyet alanında ya da günlük yaşamda işlem ve eylemlerin gerçekleştirilmesinde dikkate alınması gereken

10; ARAL, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 70-71; GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2001, s. 15; AKINTÜRK, Turgut (Editör: Neval OKAN), Hukuka Giriş, 7. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2007, s. 7; ESENER, Turhan, Hukuk Başlangıcı, 3. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul 2000, s. 7; BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, Hukukun Temel Kavramları, 10. Basım, Dora Yayınları, Bursa 2014, s. 7; CANSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar, Hukuk Başlangıcı - Hukukun Temel Kavramları ve Kurumlar, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 123; ANDAÇ, Faruk, Hukukun Temel Kavramları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 4. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara 2014, s. 7-8; ANAYURT, Ömer, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Gözden Geçirilmiş ve Mevzuat Değişikliklerine Göre Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 28.

¹⁰ Timacheff, 'etik'in diğer iki ana dalını ise 'hukuk' ve 'gelenek' olarak tanımlamaktadır. Bkz. TIMACHEFF, Nicholas Sergejevitch, Introduction A la Sociologie Juridique, Version Français d'Après le Manuscrit Anglais, Editions A Pedone, Paris 1939, s. 143. Bkz. CAN, Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Gözden Geçirilmiş Değiştirilmiş 3. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 156'dan naklen.

¹¹ Gözler, 'örf' kavramını "bilmek ve tanımak" olarak tanımlayıp, 'örf' kelimesinden türeyen 'maruf' kelimesinin "iyi görünen, tanınan şey" olduğunu dile getirmiştir. Bkz. GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, 13. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2016, s. 45; İslam hukukçusu Berki ise 'örf'ü, "aklıselimin iyi gördüğü şey" olarak tanımlamıştır (BERKİ, Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Güney Matbaacılık, Ankara 1948, s. 95. Bkz. GÖZLER, s. 45'ten naklen); Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'e göre 'örf', "Yasalarla belirlenmeyen, halkın kendiliğinden uyduğu gelenek"tir. Tanım için bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.587bf4223f8c36.63645640.

¹² TIMACHEFF, s. 143. Bkz. CAN, s. 156'dan naklen.

¹³ KARAKOÇ, s. 91.

¹⁴ YÜKSEL, s. 10.

*ahlaki değerler bütünüdür*¹⁵. Özkes'e göre etik, "Ahlak felsefesidir. Ahlakın belirli bir alanda (özellikle meslek alanlarında) kurallaştırılmış, yükümlülüklerle dönüştürülmüş, daha somut halidir"¹⁶. Frankena'ya göre felsefenin bir dalı olan etik ya da ahlak felsefesi, "Ahlak yargıları, ahlak sorunları, ahlaklılık üzerine felsefi düşünmedir"¹⁷. Ulutaş ve Atabey'e göre etik, "Toplumsal anlam ve işlevlerinin yanında, aynı zamanda kişinin kendi iç dünyasındaki hesaplaşmayı da ifade eden ve şartlara ve başkalarına göre oluşan dinamik ve sürekli yeniden gözden geçirilen değerler ve referans sistemidir"¹⁸. Kuçuradi'ye göre etik, "Belirli bir grupta, belirli bir zamanda, kişilerin birbirleriyle ilişkilerinde değerlendirmelerini ve eylemlerini belirlemeleri beklenen değerlendirme ve davranış normları sistemleridir. ... Başka bağlamlarda 'etik' sözcüğü, belirli bir yazılı normlar bütünü, bir grup insanın belirli amaçlarla oluşturduğu norm bütünlüğü anlamında kullanılıyor"¹⁹.

Öte yandan Yükseköğretim Kurumları Etik Davranış İlkeleri'nde²⁰ de bir etik tanımı vardır. Buna göre etik, "Kişilere, kurumlara ve meslek mensuplarının davranışlarına rehberlik eden, iyiyi ve doğruyu belirlemede yardımcı olan kılavuz değerler, ilkeler ve standartlar bütünüdür".

Etik kavramının başka bir boyutu olan "Etik ilişki" ise, Kuçuradi'ye göre şöyle tanımlanmaktadır: "İnsanlar arası ilişki türlerinin bir tanesi ve en temelde olanı: belirli bütünlükte bir kişinin belirli bütünlükte başka bir kişiyle ya da en geniş anlamda insanlarla –yüz yüze geldiği veya gelmediği insanlarla-, değer sorunlarının söz konusu olduğu ilişkisidir"²¹.

Görüldüğü üzere, gerek öğretilerde gerekse mevzuat düzenlemelerinde etik kavramının birçok tanımı yer almaktadır. Söz konusu tanımların ortak özellikleri çalışmamızın amacına uygun düşecek şekilde göz önünde tutulduğunda; 'etik' kavramının / ilkelerin, "belirli bir meslek / faaliyet alanında çalışanların, mesleklerini ifa ederken uymaları gereken düzenleyici normlar olduğu" sonucu çıkarılabilir (Örneğin, bir hekimin görevini ifaya başlamadan önce ettiği, tıp alanındaki etik ilkelere uyma taahhüdü olarak da adlandırabileceğimiz Hipokrat Yemini'ne²² bağlı kalarak, kendisine gelen hastaları tedavi etmesi).

¹⁵ TUNCAY, s. 1-2.

¹⁶ ÖZEKES, Muhammet, "Ülkemizde Yargı Etiği Sorunlarına Örneklerle Bir Bakış", Yasama ve Yargı Etiği Alanındaki Gelişmeler Uluslararası Konferansı, 18 Şubat 2009 Ankara, (Yargı Etiği), s. 2.

¹⁷ FRANKENA, William Klaas, Ethics, Prentice Hall, New Jersey Englewood Cliffs 1970, s. 5. Bkz. TEPE, Harun, Etik ve Metaetik, 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2011, s. 26'dan naklen.

¹⁸ ULUTAŞ / ATABEY, s. 5.

¹⁹ KUÇURADİ, Etik ve 'Etikler', s. 8.

²⁰ T. 22.10.2014, S. 62074.

²¹ KUÇURADİ, Ioanna, Etik, 6. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2015, s. 3.

²² Hipokrat Yemini ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.bilgibirikimi.net/2012/05/03/>

Çalışmamızın bu başlığı altında 'etik' ile ilgili genel açıklamalar yapıp, çalışmanın çerçevesi çizilmeye çalışıldı. İlerleyen başlıkta ise, bir etik türü olan 'meslek etiği' üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

B. Bir Etik Türü Olarak Meslek Etiği

1. Meslek Etiği Hakkında Genel Açıklamalar

Etik, ifade edildiği gibi, "meslek gruplarında bulunan bir kavram veya davranış standardı"dır. Bu bağlamda, yukarıdaki tanımların bazılarında da vurgulandığı üzere, etik, daha ziyade belli bir faaliyet alanında veya meslek grubu içindeki davranış biçimleriyle ilgilidir. Meslek etiğinin uygulandığı bazı etik sahaları / türleri ise şöyledir: Tıpta etik, akademik etik, muhasebede etik, medyada etik, sporda etik, siyasette etik, ticaret hayatında etik vs. Tabii çalışmamızın inceleme konusunu oluşturan 'hukukta etik' kavramı da sayılan etik türlerine eklenmelidir²³. Ayrıca bu etik türlerine göre biraz daha spesifik olan biomedikal etik, çevre ve iş etiğini de göz ardı etmemek gerekir²⁴.

Genel bir tanımlama yapılacak olursa, meslek etiği, "meslekleri veya görevleri olan insanlara uygulanan davranış standartlarıdır"²⁵. Bu anlamda meslek etiğine göre, "bir mesleğe giren kişi, etik yükümlülükleri üzerine alır, ancak bu kişinin tavırları belirli bir standarda uyduğunda gerçekleştirilecek değerli iş ve hizmetler için toplum ona güvenir"²⁶. Etik yükümlülükleri / etik ilkeleri yerine getirmeyenler ise, toplumun güvenini kötüye kullanmış sayılırlar. Örneğin, doktorların hastalarının / avukatların müvekkillerinin özel hayatına saygı gösterme gibi ahlaki görevlerinin çok ötesinde, mesleki sırlarını koruma görevleri vardır. Bu gizliliği ihlal eden, mesleğinden dolayı edindiği sırları koruyamayan doktor / avukat, değerli bir görevi tehlikeye atmış olur ve toplumun (ve hastanın / müvekkilin) güvenini kötüye kullanmış olur²⁷.

hipokrat-yemini-nedir-hipokrat-yemini-ve-tarihcesi/ (Erişim Tarihi: 07.11.2017).

²³ TUNCA, s. 4.

²⁴ KUÇURADİ, Ioanna (Yayına Hazırlayan: Harun TEPE), "Felsefi Etik ve 'Meslek Etikleri'", Etik ve Meslek Etikleri, 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009, (s. 27-43), s. 34-39.

²⁵ RESNIK, David Benjamin (Çeviren: Vicdan MUTLU), Bilim Etiği, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004, s. 32. Bkz. KARAKOÇ, s. 92'den naklen; Aarnio'ya göre ise, meslek etiği, belirli bir mesleğin uygulamasındaki ideal olanı belirleme amacındaki kurallardır. Bkz. AARNIO, Aulis, "Lawyers' Professional Ethics - Do They Exist?", Ratio Juris, Vol. 14, No. 1, Y. 2001, s. 2.

²⁶ RESNIK, s. 32. Bkz. KARAKOÇ, s. 92'den naklen.

²⁷ KARAKOÇ, s. 92; Avukatın ve doktorun bu tutumu normatif açıdan değerlendirilecek olursa, bu tutum; 1982 Anayasası'nın 20. maddesinde düzenlenen "Özel hayatın gizliliği"ne, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23 vd. maddelerine, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 136. ve 258. maddelerine, 01.08.1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20., 21. ve 23. maddelerine (doktor açısından), 26.01.1971 tarihli Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 37. maddesine (avukat açısından) aykırılık teşkil etmektedir.

Buna ek olarak, bazı durumlarda, kişisel verilerin²⁸, kişilerin rızası olmaksızın üçüncü kişilerin eline geçmesi sorunu da ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, avukatın, müvekkiline ait önemli bir bilgiyi - belgeyi²⁹ saklama ve bunu gerektiğinde sadece yargılama faaliyetinde kullanma gibi bir ödevi, yasal ve etik yükümlülüğü³⁰ olmasına rağmen; bunu ihlal edip, yasal yükümlülüklerle ve etik ilkelere aykırı davranmanın yanı sıra, müvekkilinin kişisel verilerinin rızası dışında³¹ paylaşılmasına³² sebebiyet verdiği durumlarla da karşılaşılabilir.

Öte yandan, meslek etiği ilkelerinin, mesleğini ifa edenlerin ihtiyaçlarından kaynaklandığı da söylenebilir. Mesleklerini ifa eden insanlar, görevleri esnasında karşılaştıkları sorunlara çözüm bulmak amacıyla, davranışlarına bir ölçüt olsun diye ve onlara yön versin diye etik ilkeler / kodlar aramaktadırlar.

²⁸ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. maddesinde 'kişisel veri', "*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlanmıştır; Öte yandan, kişisel veri, bir kişiyle ilgili yahut kişiliğin fiziksel, duygusal, sosyal ve ekonomik boyutuna ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanabilir. Bkz. BAŞALP, Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 22; Ayrıca, bir kişinin ikamet, emniyet ve kredi kartı bilgileri ile kişisel düşünce ve inançları ve hatta alışveriş alışkanlıklarına dair bilgiler de kişisel veri olarak sayılabilir. Bkz. AKSOY, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010, s. 1; Öğretide 'kişisel veri' hakkında birçok tanım bulunduğundan, bu kavramın kapsamının sınırları belirlenememiş değildir. Bkz. AKDAĞ, Hale, Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 7; Öğretide, 'kişisel veri'nin sınırlarının tam olarak çizilemeyeceği; ancak insana ait, bireyi tanımlayan her türlü bilginin kişisel veri olduğu dile getirilmiştir. Bkz. DÜLGER, Murat Volkan, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 2014, (s. 43-80), s. 43; Bu konudaki bir diğer husus ise, 'kişisel verilerin korunması' hususudur. Kişisel verilerin korunması (*protection of personal data*) hakkının temel işlevi, demokratik bir toplumda yaşayan ve kendi hür iradesiyle yaşantısını belirlemek isteyen kişinin ve bu kişiye ait kişisel verilerin korunmasıdır. Bkz. ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 111.

²⁹ Örneğin, avukatın, müvekkiline ait kredi kartı bilgilerini elinde bulundurması.

³⁰ Yasal yükümlülük olarak, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesi; etik yükümlülük olarak, Türkiye Barolar Birliği'nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 26 Ocak 1971 tarihli Türkiye Barolar Birliği Bülteni'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiş meslek kurallarının 37. maddesi esas alınabilir; Ayrıca, avukatın, müvekkilinin kişisel verilerini hukuka aykırı olarak başkasına vermesi, yayması 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 136. ve 137. maddelerinde düzenlenen suçlara konu olabilecektir; Türk Ceza Kanunu'nun 136 vd. maddeleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar / TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 555-574.

³¹ Hatta bazı durumlarda avukatlar, yükledikleri yargı göreviyle ilgili, müvekkilleri hakkında sahip oldukları bilgileri, müvekkillerinin rızası olsa bile, paylaşmamak adına tanıklıktan çekinebilirler. Bkz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. maddesi.

³² Yukarıda örnekten devam edilecek olursa; müvekkilinin kredi kartı bilgilerine sahip olan avukatın, bu bilgileri yargılama faaliyeti dışında, müvekkilinin rızası olmaksızın, üçüncü kişilerle paylaşması.

Bu sebeple, akademisyenler, avukatlar, hakimler, savcılar, doktorlar, eczacılar, mühendisler, gazeteciler, arabulucular, uzlaştırmacılar, bilirkişiler vs. etik ilkelere ihtiyaç duymaktadırlar. Bu gibi mesleklerde çalışanlar, içine düştükleri durumlarda yaptıklarını ve davranışlarını değerlendirmek ve ölçüt görevi görmesi için kurallara / ilkelere ihtiyaç duymaktadırlar. Örneğin, bir doktorun; organ nakli, ötenazi, psikiyatri, genetik gibi alanlarda bir takım normların, etik ilkelerin geliştirilmesini talep ettiğine tanık olmaktadır³³.

Bu noktada hemen belirtilmelidir ki; farklı meslek gruplarında çalışanların, kendilerine özgü meslek etiği ilkelerinin bulunması veya bu ilkelerin geliştirilecek olması onların farklı bir iş ahlakları olduğu anlamına gelmemelidir. Zira onların etik ilkeleri, belli mesleki faaliyetlere yönelik olarak belirlenmiş ve genel ahlaki kabullerden yola çıkılarak oluşturulmuş yol gösteren, kılavuz ilkelerdir³⁴. Ancak şüphesiz ki, her meslek için geçerli olan etik ilkeler, bazı meslekler için daha fazla ön plandadır. Yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere, doktorların hastalarının sırlarını koruması büyük bir önem taşırken; hukuk alanındaki - hukuk alanıyla bağlantılı mesleklerden olan avukatlık, hakimlik, savcılık ve hatta arabuluculuk, uzlaştırmacılık, bilirkişilik mesleklerinde / müesseselerinde daha çok adaleti sağlama düşüncesi ve mesleki uzmanlık önem taşımaktadır. Bu etik ilkelerin / değerlerin hukuk alanındaki mesleklerde önemli olması, insanların yargılama faaliyetinden adalet beklentilerinin bulunmasının doğal bir sonucudur³⁵.

Diğer taraftan günümüzde, felsefenin bir alanı ve bilgisel bir alan olan etikten ziyade; moda olan ve gündemde bulunan meslek etiklerinin konuşulduğu bir gerçektir³⁶. Meslek etiklerinin günümüzde peşine düştükleri veya aradıkları şey, normlardır; ama özel türden normlardır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinilecek bu normlar; mesleklerini icra edenlerin hepsinin, her yerde kararlarını ve eylemlerini belirlemelerini bekler. Yani bu normlar; kişilerin sahip oldukları dünya görüşlerinden, kültürlerinden, ideolojilerinden, dinlerinden bağımsız olarak uygulanmaları beklenen normlardır³⁷.

2. Meslek Etiğinin İlkeleri / Özellikleri

Görevlerini ifa ettikleri kurumların / organizasyonların çalışanlarının; içinde buldukları toplumla uyum içinde olmak, sağlıklı ve güvene dayalı ilişkiler geliştirmek için sosyal sorumluluk bilinciyle hareket etmeleri gerekir³⁸. Bu sebeple, kurum çalışanları belli başlı meslek etiği ilkelerine uymalıdır.

³³ YÜKSEL, s. 8.

³⁴ KUTLU, Hüseyin Ali, Meslek Etiği, Nobel Yayınları, Ankara 2011, s. 71.

³⁵ SARI, s. 42-43.

³⁶ KUÇURADİ, Etik ve 'Etikler', s. 7.

³⁷ KUÇURADİ, Etik ve 'Etikler', s. 7-8.

³⁸ SARI, s. 45.

Nitekim meslek etiği, kendi içinde, kurumlar (ve elbette kurum çalışanları) tarafından uyulması gereken ilkeler / özellikler barındıran bir kavramdır. Bu meslek etiği ilkeleri şöyledir:

- Meslek etiği, bireysel etiğe dayanır. Yani sağlam bir meslek etiği anlayışı; ancak sağlam bir bireysel ahlaki yapı üzerine kurulabilir³⁹.
- Meslek etiği, doğru sözlü olmayı gerektirir. Doğru sözlü olmaktan kasıt; ağız ile söylenenler değil, aynı zamanda davranışların da doğru olmasıdır. Örneğin, bir müteahhidin inşaatı ne zamana kadar bitireceğine dair taahhütte bulunurken karşılaşılabileceği olumsuz şartları da hesap etmesi ve buna göre karşı tarafa vaatte bulunması gerekir⁴⁰.
- Meslek etiği, dürüstlüğe dayanır⁴¹.
- Meslek etiği, namuslu olmayı gerektirir⁴².
- Meslek etiği, kurum içinde uygulandığı kadar kurum dışında da uygulanmalıdır. Etik ilkelere aykırı durum olarak, kurum içinde gerçekleşen ‘mobbing’⁴³ örnek olarak verilebilir. Kurum dışında gerçekleşen, kurumun dış çevresinde yer alan ve hizmet alan vatandaşlara etik tutum ve davranışların gösterilmemesi durumu da, etik ilkelere aykırı bir davranış olarak örnek verilebilir⁴⁴.
- Meslek etiği, değerler üzerine kurulur. Sorumluluk, hesap verilebilirlik, dürüstlük, şeffaflık ve uzmanlık bu değerlerdendir⁴⁵.
- Meslek etiği, misyon ve vizyon⁴⁶ gerektirir⁴⁷. Nitekim kurumların geleceğe dönük planlarının netliği arttıkça, meslek ahlakına uygun davranışların da aynı oranda artacağı söylenmelidir⁴⁸.

³⁹ SARI, s. 43.

⁴⁰ SARI, s. 43.

⁴¹ SARI, s. 43.

⁴² SARI, s. 43.

⁴³ Günümüzde kurumlarda yoğun bir şekilde yaşanan ‘mobbing’ önemli bir etik sorundur ve etik ilkelere aykırılıktır. Mobbing, bir ya da daha fazla kişi tarafından hedeflenmiş bir çalışana doğru sistematik bir yolla yöneltilen, düşmanca ve etik olmayan hareketleri içeren ve bir kurumda / organizasyonda / örgütte üstten asta, asttan üste ya da bir iş arkadaşından diğer iş arkadaşına yönelen bir etik sorundur ve etik ilkelere aykırılıktır. Bkz. SARI, s. 44.

⁴⁴ SARI, s. 44.

⁴⁵ SARI, s. 44.

⁴⁶ Misyon, bir kurumun varlık nedenidir. Vizyon ise, kurumun uzun dönemde gerçekleştirmeyi hedeflediği sonuçları ifade eder. Bkz. GÜNEY, Salih, Açıklamalı Yönetim - Organizasyon ve Örgütsel Davranış Terimleri Sözlüğü, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004, s. 256.

⁴⁷ SARI, s. 45.

⁴⁸ KUTLU, s. 82.

Kurum çalışanlarının, ifa ettikleri mesleğin genel hatları yukarıda çizilen meslek etiği ilkelerini çiğnememek için bunlara uymaları son derece önemli ve gereklidir.

Ayrıca kurumlar açısından belirtilmelidir ki, toplumla çatışan, topluma karşı olan sorumluluklarını önemsemeyen, toplumsal değerlere ve etik anlayışa uygun davranmayan kurumların uzun dönemde başarılı olma şansları bulunmamaktadır⁴⁹.

3. Meslek Etiğine Aykırı Davranmanın Sonuçları

Meslek etiği ilkelerine / özelliklerine, yani genel olarak meslek etiğine aykırı davranmanın kurumların / organizasyonların / örgütlerin çalışanları üzerinde ciddi etkileri ortaya çıkmaktadır. Meslek etiği ilkelerine aykırı davranmanın, kurum çalışanları üzerindeki belli başlı olumsuz sonuçları şunlardır⁵⁰:

- Kurumsal strese yol açması⁵¹.
- Etik dışı davranışın bireysel tükenmişlik ve özgüvenin yitirilmesine yol açması⁵².
- Kurumsal bağlılığın ve sadakatin azalması⁵³.
- 'Mobbing'e neden olması⁵⁴.
- Kurum itibarının azalması veya tümden yok olması⁵⁵.
- Çalışanlar tarafından iş kalitesine önem verilmemesi sonucunda, kalitesiz hizmet sunulması⁵⁶.

4. Meslek Etiğine Aykırı Davranışları

Yaptırıma Bağlayan Kurullardan Bazıları

Etik kavramı, insanların meslek hayatlarında, eylemlerinde, davranışlarında, siyasette ve devlet idaresinde o kadar önemli bir konumdadır ki, birçok alanda etik kurulları kurulmuştur. Ve bu kurullar, meslek etiğine aykırı hareket edenleri yaptırıma bağlama yetkisine sahiptirler. Söz konusu kurullardan bazıları şöyledir: Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu, üniversitelerde

⁴⁹ BARUTÇUGİL, İsmet, Stratejik İnsan Kaynakları Yönetimi, Kariyer Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 220.

⁵⁰ SARI, s. 46.

⁵¹ SARI, s. 46-47.

⁵² SARI, s. 47-48.

⁵³ SARI, s. 48.

⁵⁴ SARI, s. 48-49.

⁵⁵ SARI, s. 49.

⁵⁶ SARI, s. 50.

kurulan bilimsel araştırma etik kurulları, Türkiye Futbol Federasyonu Etik Kurulu, Medya Etik Konseyi, Basın Konseyi, Toplumsal Etik Derneği vs⁵⁷. Bu kurullara, avukatlar açısından, baroların disiplin kurulları ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu; hakimler - savcılar açısından, Hakimler ve Savcılar Kurulu; arabulucular açısından, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı; uzlaştırmacılar açısından, görev yaptıkları yerin Cumhuriyet başsavcılığı; bilirkişiler açısından, bilirkişilik bölge kurulları örnek olarak gösterilebilir.

II. ETİK - HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Bir Meslek Etiği Olarak Hukukçu Etiği

1. Kavram Hakkında Farklı Yaklaşımlar

‘Hukukçu etiği’ kavramını tanımlamadan ve kavram hakkında açıklamalar yapmadan evvel, söz konusu kavramın öğretilerdeki farklı kullanımlarına dikkat çekmek gerekir. Nitekim öğretilerde, ‘hukukçu etiği’nin yanı sıra ‘hukuk etiği’, ‘yargı etiği’, ‘hukuksal etik’, ‘adalet meslek etiği’ gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Anılan kavramlar, belli başlı ortak noktalar taşıyor olsalar da, çalışmada, ‘hukukçu etiği’ kavramının kullanımı tercih edilmiştir. Bu tercih, Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ’un makalesinde dile getirdiği bir sorunun neticesinde olmuştur. Nitekim Karakoç, *“Bugün genel olarak etik, daha çok meslek etiği anlamında kullanılmaktadır. Etik, gerçekten sadece ve yalnızca meslek etiği ile sınırlandırılacak bir inceleme konusu mudur? Kaldı ki, bu kullanım çerçevesinde de acaba, hukuk etiği, tıp etiğinden mi, yoksa hukukçu etiği ve hekim / tabip etiğinden mi söz etmek gerekir?”*⁵⁸ diyerek, aslında belirli meslek etiklerinden ziyade, o mesleklerde görevlerini ifa edenlerin etiğinden bahsedilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Gerçekten de, belirli bir meslek sahasının etiğinden bahsetmektense, o mesleği ifa edenlerin etiğinden bahsedilmesinin daha yerinde olduğu dile getirilebilir. Bu bağlamda, denilebilir ki; etik ilkeler, görevlerini ifa edenlerin uymaları gereken ilkelere dir. Sayılan sebeplerle, çalışmanın ilerleyen aşamalarında, ‘hukukçu etiği’ kavramı kullanılacaktır; ancak bu yapılırken, diğer kavramlar göz ardı edilmeyecek ve uygun düştüğü ölçüde birbirinin yerine kullanılacaktır.

⁵⁷ TUNCAI, s. 10.

⁵⁸ KARAKOÇ, s. 91.

2. Hukukçu Etiği Hakkında Genel Açıklamalar

Tuncay'agöre hukuketiği, "Hukukrallarının konmasında, uygulanmasında, denetlenmesinde hukukun üstünlüğünün ve adaletin sağlanmasına yarayan ahlaki değerler bütünüdür"⁵⁹. Hukuk etiği kavramı; adalet ve eşitlik ilkelerini, insan haklarını, ahlak ve hukukun üstünlüğünü, dürüstlük kuralını içine alır. Bu sebeple, hukuksal etik, olması gerekeni amaçlar ve ileriye yöneliktir⁶⁰. Bu konuda Hirsch de benzer bir yaklaşım sergileyerek; hukuk etiğinin, dünü, bugünü ve yarını kapsayan değerler bütünü olduğunu dile getirmiştir⁶¹.

Görüldüğü gibi, öğretilerde çeşitli 'hukuk(çu) etiği' tanımları mevcuttur. Bu tanımlardan ve etik kavramıyla ilgili tanımlardan yola çıkılarak, hukukçu etiği kavramı, "hukukla ilgili bir meslek / faaliyet alanında çalışanların, mesleklerini ifa ederken düzenleyici normlara uygun davranmaları ve hukukun üstünlüğünü sağlamaya yönelik değerler bütünü" olarak tanımlanabilir.

Hukukla etik arasındaki temel ilişkiyi kurmayı amaçlayan esas değerler 'adalet' olduğu söylenebilir. Nitekim Uygur'a göre, *bir meslek etiği olarak hukuk etiği, temel bir değer olan adaletle ilgilidir. Zira, hukukun nihai amacı adalet, hukuk uygulamasının nihai amacı da adil sonuçlara ulaşmak ise, bu bağlamda bu meslekle uğraşanların (temelde avukatların / hakimlerin / savcılarının), yani kendisini hukukçu diye nitelendirdiğimiz kişilerin, adil insanlardan oluşması lazım*⁶². Dolayısıyla, ancak içinde adalet duygusunu taşıyan hukukçular, hukukçu etiğinin gereklerini yerine getirebilirler. Özekes ise, "Etik değerleri koruyamayan bir hukukçu kendini koruyamaz, kendini koruyamayan hukukçunun adaleti koruması mümkün değildir. Adalet korunamayınca toplum düzeni de korunamaz"⁶³ diyerek 'etik değerler / ilkeler / özellikler', 'adalet', 'toplum düzeni' arasındaki sıkı ilişkiyi vurgulamıştır.

3. Hukukçu Etiğinin İlkeleri / Özellikleri

Hukuksal etik; her zaman, her yerde, tüm insanları bağlayan, insanlardan kendisine saygı göstermesini ve kendisine uymalarını bekleyen ilkelere / özelliklere sahiptir⁶⁴. Öte yandan bu ilkeler, görevini ifa eden hukuk insanlarının uymaları gereken, bu yönüyle hukukçu etiğinin de bir yönünü oluşturan ilkelerdir. Bu ilkeler şöyledir:

⁵⁹ TUNCAY, s. 20-21.

⁶⁰ TUNCAY, s. 21.

⁶¹ HIRSCH, Ernst Eduard (Uyarlayan: Selçuk Baran VEZİROĞLU), Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2001, s. 145.

⁶² UYGUR, Gülriz, "Hukuk Etiğine Giriş", http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm (Erişim Tarihi: 07.11.2017).

⁶³ ÖZEKES, Yargı Etiği, s. 9.

⁶⁴ TUNCAY, s. 21.

- Bütün zamanlara cevap vererek evrensel olma⁶⁵.
- İnsan hakları, demokrasi, hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, eşitlik ilkesi, adalet kavramı, hakkaniyet ilkesi, dürüstlük ilkesi gibi temel hukuk ilkelerini içermesi⁶⁶.
- Hak ve özgürlükleri gerçekleştirmeyi amaç edinme⁶⁷.
- Olması gerekeni amaç edinme⁶⁸.
- Hukukun üstünlüğünü ve demokrasiyi amaç edinme⁶⁹.
- Tüm insanların etik değerlere uymasını bekleme, isteme ve bu sebeple, bağlayıcı olma⁷⁰.

4. Hukukçu Etiğinin Uygulama Alanları

Hukuk etiği, hukuk öğrenimi başta olmak üzere, kural koymada, uygulamada, yargılamada uygulama alanı bulmaktadır⁷¹. Hukuk etiğinin ve dolayısıyla hukukçu etiğinin belli başlı uygulama alanları bulunmaktadır. Bunları kısaca dört başlık altında ele alacak olursak şöyle sıralayabiliriz:

Kural koyma: Anayasa ve / veya kanun yapılırken partilerin çıkarları değil; ülke çıkarlarının gözetilmesi, insanlara karşı ayırım yapılmaması, hukuk devleti ilkesine bağlı kalınması, temel hak ve özgürlüklere saygı duyulması, kişilere ya da belli gruplara / zümrelere yönelik kanun çıkarılmaması kanun koyucudan beklenir. Bu bağlamda, kişiye ya da belirli bir olaya yönelik kanun çıkarmak etiğe aykırıdır. Zira kanunlar, toplumun genel menfaatine yönelik yapılmalı ve objektif olmalıdırlar⁷².

⁶⁵ TUNCAY, s. 22.

⁶⁶ TUNCAY, s. 22.

⁶⁷ TUNCAY, s. 22.

⁶⁸ TUNCAY, s. 22.

⁶⁹ TUNCAY, s. 22; Ayrıca bu konuda ceza hukuku duayeni Prof. Dr. Faruk EREM'in sözlerini hatırlamakta yarar vardır. Erem'e göre, "Hukuka bağlı devlet terimi kanunlara bağlı devlet anlamında anılırsa ona hukuk devleti demek güçtür. Gerçek hukuk devleti hukukun üstünlüğünü kabul eden devlettir. Hukukun kanundan da üstün olduğunu kabul etmek gerekir. Eğer kanunlardan öteye hukukun ne dediğini (jurisdictio) ortaya koymak olanağı yoksa hukukçunun görevi anlamsızlaşır. Kanunun metni onu tabedecek olan matbaacıyı bağlar. Hukukun üstünlüğünü savunmaktan yoksun hukukçu kanun adamıdır, fakat gerçek hukukçu değildir". Bkz. KIZIL, Neşe, Hukuk ve Edebiyat, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 275.

⁷⁰ TUNCAY, s. 22.

⁷¹ ATAMAN, Zeynep Pelin, Avukatlar İçin El Kitabı I - Savunma Etiği, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Ankara 2014, s. 14.

⁷² TUNCAY, s. 23.

Uygulama: Devletin ve dolayısıyla idarenin yöneticilerinin hukuk kurallarını uygularken insanlara tarafsız, adil ve objektif davranmaları ve insanlar arasında keyfi ayırım yapmamaları gereklidir⁷³.

Yargılama: Bu alan, daha ziyade hukukçu etiğinin ilkelerinin uygulanması gereken bir alandır. Yargılama faaliyetinin gerçekleştirilmesinde⁷⁴ avukatlar, hakimler, savcılar, arabulucular, uzlaştırmacılar, bilirkişiler etik ilkelere uygun davranmalıdırlar. Bu kişilerin, hukukçu kimliklerini ve / veya hukuk bilgilerini, ahlaki değerlerle birleştirerek görevlerini ifa etmeleri gerekir⁷⁵.

Hukuk öğrenimi: Hukuk öğreniminde en temel amaç olan ‘adalet’ kavramı ve ‘hukukun etik değeri’; hukukun özü olduğu kadar, hukuk öğreniminin de özünü oluşturmaktadır⁷⁶. Bu bağlamda, hukuk öğrenimi sırasında ve avukatlık, hakimlik, savcılık stajı gibi mesleki stajlarda hukuksal etiğe önem verilmeli⁷⁷; hukukçuların, hukukçu etiği üzerine daha fazla eğilmeleri sağlanmalıdır. Ayrıca, son zamanlarda hızla gelişen müesseseler olan arabuluculuk, uzlaştırmacılık ve bilirkişilik alanlarına kabulden önce düzenlenen eğitimlerde de, hukuk(çu) etiği ilkelerine gereken önem verilmelidir. Bu sebeple, örneğin, bir uzlaştırmacıya; uzlaştırma görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız ve tarafsız olarak yerine getirmesi, uzlaştırmacının taraflarına eşit fırsatlar sunması, taraflara nazik ve saygılı davranması, şüpheli ya da sanık hakkında önyargılı olmaması, taraflar arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapmaması, itibar ve güven sarsıcı davranışlarda bulunmaması gerektiğiyle ilgili etik ilkeler⁷⁸ öğretilmelidir.

B. Genel Olarak Etik - Hukuk İlişkisi

Bu konuda, ilk olarak üzerinde durulması gereken nokta, etik ve hukuk arasında kuvvetli bağların bulunduğuudur. Gerçekten de hem hukukun, hem de etiğın en önemli konuları hak, adalet, özgürlük, eşitlik, insan onuru gibi değerlerdir. Etiğın temelini oluşturan bu değerler, hukuk sayesinde toplumsal yaşamda uygulama alanı bularak pozitif hukuk kuralı haline gelebilmektedir. Bu sebeple denilebilir ki, bu değerler, etik ve hukukun etkileşimine neden olmakta ve etik ile hukukun kesişim noktası içinde yer almaktadırlar⁷⁹. Yine yukarıda bahsettiğimiz üzere, Timacheff’in ‘etik’ kavramını üç ana dala

⁷³ TUNCAI, s. 23.

⁷⁴ Yargılama faaliyetinin gerçekleştirilmesine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 30., 32., 34., 151. ve 152. maddeleri örnek verilebilir.

⁷⁵ TUNCAI, s. 23-24.

⁷⁶ TUNCAI, s. 24.

⁷⁷ TUNCAI, s. 25.

⁷⁸ Uzlaştırmacılar hakkındaki etik ilkelerle ilgili ayrıntılı düzenlemeler için bkz. Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği’nin (R.G., T. 05.08.2017, S. 30145) 6. maddesi.

⁷⁹ TOPAKKAYA, Arslan, Hukuk ve Adalet, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 161, 163, 170.

ayırıldığını ve bu dallardan birinin de 'buyurucu - etik' yani 'hukuk' olduğunu gözlemlemek mümkündür⁸⁰.

Ayrıca hukuk kuralları, insan yaşamının kutsallığı ve kişinin maddi, manevi bütünlüğünün korunması gibi ilkelere dayanır. Bu sebeple, etik ve hukuk arasında çoğu zaman bir örtüşme meydana gelmektedir. Hatta etik ilkelerin çoğu, zamanla hukuk kuralı haline gelmiştir⁸¹. Örneğin, geçmişte yasal düzenlemelere konu olmayan tüketici hukuku, sosyal güvenlik hukuku gibi alanlarda yaptırıma tabi tutulan davranışlar, önceden etiğe aykırı bulduklarından dolayı yasaklanmışlardır. Yani, etik kurallar normatif düzenlemeler haline getirilmişlerdir⁸².

Bazen etik ilkeler ile hukuk kurallarının iç içe oluşundan söz edilebilmekte, aralarındaki benzeşmenin adeta bir kaynaşma boyutunda, bir potada erimesiyle sonuçlandığı görülmektedir⁸³. Çalışmanın ilerleyen aşamalarında, etik ile hukuk arasındaki benzerliklere daha detaylı değinilerek, bu iki kavramın iç içe olması hususu üzerinde durulacaktır.

Üzerinde durulması gereken ikinci nokta ise, etik ilkeler ile hukuk kurallarının her zaman birbiriyle örtüşmediğidir. Bazen etik ve hukuk kendi içinde çelişkiler taşımaktadır. Mevzuata uygun olduğu halde, etiğe aykırı durumlar olabilir. Örneğin, bir siyasetçinin oy kullanmak için tutamayacağı vaatlerde bulunmasının etik olmadığı ve etik ilkelere aykırı olduğu söylenebilir; ancak bu davranışın hukuk kurallarından oluşan mevzuata aykırı olduğu söylenemez⁸⁴. Çalışmamızın ilerleyen aşamalarında, etik ile hukuk arasındaki farklılıklara daha detaylı değinilecektir.

C. Etik - Hukuk İlişkisindeki Benzerlikler ve Farklılıklar

Yukarıda belirtildiği gibi, etik ve hukuk ilişkisinde birçok benzerlik ve farklılık bulunmaktadır. Çalışmamızın bu aşamasında da söz konusu benzerliklere ve farklılıklara değinilmeye çalışılacaktır.

⁸⁰ Bkz. TIMACHEFF, s. 143. Bkz. CAN, s. 156'dan naklen.

⁸¹ TREVINO, Linda / NELSON, Katherine, *Managing Business Ethics - Straight Talk About How to Do It Right*, 4th Edition, Wiley & Sons, USA 2007, s. 17. Bkz. SARI, s. 25'ten naklen.

⁸² SARI, s. 25.

⁸³ ÇALIŞIR, s. 10; Bu konuda 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 62 vd. maddelerinde düzenlenen, disiplin cezalarının, etik ilkelerin hukuk kurallarına dönüşmüş hali olduğu söylenebilir.

⁸⁴ TREVINO / NELSON, s. 17. Bkz. SARI, s. 25'ten naklen.

Etik ilkeler ile hukuk kurallarının benzerliklerini şu şekilde sıralayabiliriz:

- Etik ilkeler de hukuk kuralları da insan eylemlerini konu almaktadırlar⁸⁵.
- Etik ilkeler de hukuk kuralları da insan eylemlerine sınırlama getirmektedirler⁸⁶.
- Hem etik ilkeler hem de hukuk kuralları bazen yazılı; bazen ise, yazısız olan normlardır⁸⁷.
- Etik ilkeler ile hukuk kuralları bazen birbirini tamamlamaktadırlar⁸⁸. Ve hatta etik, hukukun dayanağını oluşturmaktadır; hukukun oluşumuna ve gelişimine yön vermektedir⁸⁹.

Etik ilkeler ile hukuk kurallarının farklılıklarını ise, şöyle sıralamamız mümkündür:

- Etik, davranış standartlarının neler olduğunun ya da olması gerektiğinin belirlenmesi aşamasını; hukuk ise, toplumun huzur ve güven içinde yaşamasının teminatını oluşturur⁹⁰.
- Etik, ilkeler çerçevesinde 'ne yapılması gerektiği'ni ortaya koyarken; hukuk, kurallar çerçevesinde 'ne yapılabileceği'ni ortaya koymaktadır⁹¹.
- Etik ilkeler, insan fiillerine ve davranışlarına bir sınırlama getirmekle birlikte, bu ilkelere aykırı davranılması halinde, hukuki anlamda bir yaptırım uygulayamamaktadırlar. Hukuk kuralları ise, hukuk kurallarına aykırı davranılması halinde yaptırım uygulayabilmektedirler⁹².
- Etik ilkeler, genellikle yazılı olmayan normlardır. Hukuk kuralları ise, çoğunlukla yazılıdır⁹³.

⁸⁵ KARAKOÇ, s. 93; Etik ilkeler ile hukuk kurallarının insan eylemlerini, insan ilişkilerini konu alması hususunu Mengüşoğlu, "Nasıl etik alanında, insanların eylem ve yapıp etmelerini, ilişkilerini yöneten ilkeler, değerler varsa, bir 'topluluk' içinde yaşayan insanların eylemlerini, birbirleriyle olan ilişkilerini yönetip düzenleyen ilkeler ve bu ilkelere dayanılarak konulan kural ve yasalar vardır ..." diyerek belirtmiştir. Bkz. MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, Felsefeye Giriş, 3. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 1983, s. 288.

⁸⁶ KARAKOÇ, s. 93.

⁸⁷ KARAKOÇ, s. 93.

⁸⁸ KARAKOÇ, s. 94; Hatta bu durumu destekleyen bir görüşe göre, etik ilkelere türetilen ya da onlara uygun düşen meşru normlar olmaksızın, hukuk kuralları iyi kurallar olamazlar. Bkz. DAVRAN, Zeynep (Yayına Hazırlayan: Harun TEPE), Etik ve Meslek Etikleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2000, s. 140-141; Bir başka görüşe göre ise, etik ilkelere arındırılan bir hukuk (kuralı), başarı sağlamakta güçlük çeker. Bkz. GÜRBÜZ, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, (Hukuk ve Meşruluk), s. 27.

⁸⁹ GÜRBÜZ, Hukuk ve Meşruluk, s. 40.

⁹⁰ KARAKOÇ, s. 94.

⁹¹ KARAKOÇ, s. 93.

⁹² KARAKOÇ, s. 93.

⁹³ KARAKOÇ, s. 93.

- Etik ilkeler, bireylerin kendi kendilerini kontrol ederek, iyi ve doğru davranmalarını sağlamayı amaç edinirler. Hukuk kuralları ise, bireylerin başka bireylerle arasındaki ilişkilerini düzenler, bireyin fiilleri sonucunda başka bireylerin zarar görmesini engellemeyi amaç edinirler⁹⁴.
- Etik ilkelerin kaynağı, devlet olabileceği gibi, çeşitli meslek kuruluşları da olabilir. Hukuk kurallarının kaynağının ise, tartışmalı olmakla birlikte, devlet olduğu kabul edilmektedir⁹⁵.
- Etiğe aykırı davranışlarda bulunan kişiler, davranışları aynı zamanda kanunlara da aykırı olmadığı sürece, para cezası ya da hapis cezası ile cezalandırılmazlar. Ancak hukuk kurallarının ihlal edilmesi durumunda, ihlal eden kişilere para cezası, hapis cezası ve hatta bazı ülkelerde idam cezası verilmektedir⁹⁶.

Ç. Etik - Hukuk İlişisini Ele Alan

Normatif Düzenlemelerden Bazıları

Etik ve hukuk ilişkisini ele alan normatif düzenlemeler dağınık bir şekilde çeşitli uluslararası ilkelere, kurallarda, tavsiye kararlarında, şartlarda, sözleşmelerde, ulusal anayasalarda, kanunlarda, kanun hükmünde kararnemelerde, yönetmeliklerde, genelgede, ilkelere yer almaktadırlar. Çalışmanın bu aşamasında, bahsedilen normatif düzenlemelerin (Türk Hukuku'nu ilgilendirdiği ölçüde) bazılarında bahsedilmeye çalışılacaktır.

1. Ulusal Normatif Düzenlemelerden Bazıları

Etik ile hukuk ilişkisine yer veren Anayasamızın ilgili hükümleri ve kanunlardan bazıları: 1982 Anayasası'nın 10., 129., 137., 138., 140. maddeleri, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, 832 sayılı Sayıştay Kanunu, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanun, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşlere Dair Kanun, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu.

⁹⁴ KARAKOÇ, s. 93.

⁹⁵ KARAKOÇ, s. 93.

⁹⁶ KARAKOÇ, s. 94.

Etik ile hukuk ilişkisine yer veren yönetmeliklerden bazıları: Kamu Görevlileri Etik Davranış ilkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁹⁷, Sayıştay Denetçilerinin Mesleki Etik Kurallarına İlişkin Usul ve Esaslar⁹⁸, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁹⁹, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği¹⁰⁰, Bilirkişilik Yönetmeliği¹⁰¹.

Etik ile hukuk ilişkisine yer veren genelge: Adalet Bakanlığı'nın "Etik Sözleşme" konulu genelgesi¹⁰².

Etik ile hukuk ilişkisine yer veren meslek kuralları: Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları¹⁰³.

2. Uluslararası Normatif Düzenlemelerden Bazıları

Etik ile hukuk ilişkisine yer veren ve Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeler: Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi¹⁰⁴, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi¹⁰⁵.

Etik ile hukuk ilişkisine yer veren çeşitli uluslararası belgeler: 2003/43 sayılı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri¹⁰⁶, Hakimlerin Rolü,

⁹⁷ R.G., T. 13.04.2005, S. 25785.

⁹⁸ R.G., T. 17.12.2011, S. 28145.

⁹⁹ R.G., T. 26.01.2013, S. 28540.

¹⁰⁰ R.G., T. 05.08.2017, S. 30145.

¹⁰¹ R.G., T. 03.08.2017, S. 30143.

¹⁰² T. 01.01.2006, S. B.03.0.PER.0.00.00.03/010.06.02/7.

¹⁰³ Türkiye Barolar Birliği'nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 26 Ocak 1971 tarihli Türkiye Barolar Birliği Bülteni'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir; Buna ilişkin, TBB'nin, T. 18.05.2013, E. 2012/749, K. 2013/326 sayılı disiplin kararında, *Baro tarafından görevlendirme yapılmadıkça avukatın zorunlu müdafilik görevini üstlenmesi ve bununla ilgili ücrete hak kazanması disiplini cezasını gerektirir. Şikayetli avukatın Cumhuriyet Savcısının sözlü ricası veya ısrarı üzerine olsa dahi, yasal zorunluluk olan baro tarafından görevlendirme yapılmadıkça zorunlu müdafilik görevini üstlenmesinin ve bununla ilgili ücrete hak kazanmasının 1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 34'e ve 136/2'ye; TBB Meslek Kuralları md. 5 ve 11'e aykırı olduğu* karara bağlanmıştır. Karar için bkz. <http://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKarari469.tbb> (Erişim Tarihi: 12.10.2017).

¹⁰⁴ 31.10.2013 tarihinde New York'ta imzaya açılan ve 14.12.2005 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme'nin, 5506 sayılı Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'la, 18.05.2006 tarihinde onaylanması uygun bulunmuştur. 02.10.2006 tarihli, 26307 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁰⁵ Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 27.01.1999 tarihinde imzaya açılan Sözleşme, Türkiye tarafından 27.09.2001 tarihinde Strazburg'da imzalanmıştır. Sözleşme'nin 5065 sayılı Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'la, 14.01.2004 tarihinde onaylanması uygun bulunmuştur. 02.03.2004 tarihli, 25390 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁰⁶ 1-) Bu ilkeler, Birleşmiş Milletler'in 2000 yılı Nisan ayında Viyana'da gerçekleştirilen ilk toplantısından sonra Şubat 2001 tarihinde Hindistan'ın Bangalor şehrinde gerçekleştirilen ikinci toplantıda, Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından taslak olarak kabul edilmiştir.

Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı [R(94)12]¹⁰⁷, Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri¹⁰⁸, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cezai Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü İle İlgili Üye Devletlere Sunduğu Tavsiye Kararı Rec(2000)19¹⁰⁹, Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları (Budapeşte İlkeleri)¹¹⁰, Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları)¹¹¹, Evrensel Hakimler Şartı¹¹², Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı¹¹³.

2-) 25-26 2002 Kasım tarihlerinde Lahey Barış Sarayında yapılan Adalet Başkanları Yuvarlak Masa Toplantısında, Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından ilk taslak gözden geçirilmiş ve taslak üzerinde anlaşma sağlanmıştır.

3-) Bangalor İlkeleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiştir.

4-) Avrupa Konseyi'nin Avrupa Hakimleri Danışma Komitesi de bu ilkeleri, 13 Kasım 2000 tarihli oturumunda (ilkeler henüz BM tarafından onaylanmadan) Bakanlar Komitesi'ne bu konuda tavsiye kararı vaz'etmek üzere önermiştir.

Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, ülkemizde Hakimler ve Savcılar (Yüksek Kurulu'nun 28.06.2006 tarihli ve 315 sayılı kararı ile hakim ve savcılara tavsiye edilmiş ve yargı teşkilatına duyurulmuştur.

¹⁰⁷ Bakanlar Komitesi'nin 13.10.1994 tarihli 518. toplantısında kabul edilmiştir.

¹⁰⁸ Birleşmiş Milletler 7. Suç Sorunları Kongresi, 28 Ağustos - 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da yaptığı toplantıda, "Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri" başlığı altında bir kurallar dizisi kabul etmiştir. Söz konusu kurallar, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 13 Aralık 1985 tarih ve 40/146 sayılı kararıyla onaylanmış ve Genel Kurul, üye devletleri milli mevzuatları ve uygulamalarında bu kurallara uymaya ve Genel Sekreteri 5 yılda bir uygulama sonuçları hakkında rapor vermeye davet etmiştir.

¹⁰⁹ 06.10.2000 tarihinde düzenlenen Bakan Yardımcılarının 724. toplantısında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir.

¹¹⁰ 31.05.2005 tarihinde, Budapeşte'de Avrupa Savcıları Konferansı'nda kabul edilmiştir. Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları (Budapeşte İlkeleri), Hakimler ve Savcılar (Yüksek Kurulu'nun 10.10.2006 tarihli ve 424 sayılı kararı ile benimsenmiş ve yargı teşkilatına duyurulmuştur.

¹¹¹ 27 Ağustos - 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesine ve Suçların İslahı Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir.

¹¹² Evrensel Hakimler Şartı'nın önsözünden: "*Dünyanın her yerinden gelen hakimler bu Şartı hazırlamak için çalıştılar. Bu metin onların çalışmasının sonucudur ve Uluslararası Hakimler Örgütü tarafından asgari kurallar olarak onaylanmıştır. Bu metin, Tayvan'da 17 Kasım 1999 tarihinde gerçekleştirilmiş olan Uluslararası Hakimler Örgütü'nün Merkezi Konseyi'nin toplantısına katılan delegelerin oybirliğiyle kabul edilmiştir*".

¹¹³ 08 - 10 Temmuz 1998 tarihinde, Strazburg'da kabul edilmiştir.

SONUÇ

Etik ve hukuk arasındaki ilişkinin irdelenmeye çalışıldığı çalışmanın sonucunda görülmektedir ki; her iki kavramın, benzer yanlarının yanı sıra farklılıkları da mevcuttur. Ayrıca, zamanla bu iki kavramın birbiriyle iç içe geçtiği ve kimi zaman da bir etik ilkesinin bir hukuk kuralına dönüştüğü görülebilmektedir. Nitekim her iki kavram da belli ölçüde, insanların fiillerini ve davranışlarını düzenleme gayesindedir; insanların yaşantılarında tek başlarına değil, bir topluluk olarak yaşamaya gereksinim duyması ve bunun için var olması da yine her iki kavramın mevcudiyetinin önemine işaret etmektedir.

Öte yandan, her ne kadar isimleri farklı olsa da, ortak konuları hukuk alanındaki meslek etiği ilkeleri olduğundan, 'hukukçu etiği', 'hukuk etiği', 'hukuksal etik', 'yargı etiği', 'adalet meslek etiği' kavramlarına normatif, etik, sosyolojik ve mesleki açıdan gereken önem verilmelidir. Çünkü anılan bu kavramlar, hukuk alanında belli görevleri ifa eden hukukçuların uyması gereken meslek etiği ilkelerini kapsamaktadır. Ancak bu etik ilkelere (ve elbette hukuk kurallarına) uyulduğu takdirde, sağlıklı bir çalışma ortamına erişilebilir ve hukukçulardan çeşitli hukuksal talepleri olan insanların da böylece hak kayıpları engellenmiş olur. Örneğin, meslek etiği ilkelerine uygun davranan bir avukat tarafından vekilliği üstlenilen kişinin, elinde bulunan kendine dair önemli bilgilerin - belgelerin, avukatı tarafından biliniyor olması ve bu bilgilerin - belgelerin avukatı tarafından üçüncü kişilerin öğrenemeyeceği, sadece yargılama faaliyetine hizmet edecek şekilde saklanması / kullanılması müvekkilin hak kaybına uğramasını engelleyecektir ve aynı zamanda kişisel verilerinin korunması da sağlanmış olacaktır.

Sonuç olarak denilebilir ki, toplum düzeninin sağlanmasında herkesin uyması gereken hukuk kuralları ne kadar önemliyse; belirli bir meslek alanındaki (özel olarak ise, hukuk alanındaki) düzgün ve doğru davranma standartları olan etik ilkeler de o kadar önemlidir. Zira her iki kavram bir araya geldiğinde; toplum bireylerinin daha kaliteli hizmet almalarının, hak kaybına uğramamalarının ve meslek gruplarının kalıcı düzeninin, doğruluğunun, iyiliğinin, mutluluğunun, refahının esaslı bir şekilde sağlanacağı söylenebilir.

KAYNAKÇA

- AARNIO, Aulis, "Lawyers' Professional Ethics - Do They Exist?", Ratio Juris, Vol. 14, No. 1, Y. 2001.
- AKDAĞ, Hale, Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- AKINTÜRK, Turgut (Editör: Neval OKAN), Hukuka Giriş, 7. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2007.
- AKSOY, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.
- ANAYURT, Ömer, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Gözden Geçirilmiş ve Mevzuat Değişikliklerine Göre Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- ANDAÇ, Faruk, Hukukun Temel Kavramları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 4. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara 2014.
- ARAL, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.
- ATAMAN, Zeynep Pelin, Avukatlar İçin El Kitabı I - Savunma Etiği, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Ankara 2014.
- ATAY, Cevdet, Temel Hukuk İlkeleri ve Kavramları, Ekin Yayıncılık, Bursa 2014.
- AYBAY, Aydın / AYBAY, Rona / PEHLİVAN, Ali, Hukuka Giriş, Genişletilmiş 10. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- BARUTÇUGİL, İsmet, Stratejik İnsan Kaynakları Yönetimi, Kariyer Yayıncılık, İstanbul 2004.
- BAŞALP, Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- BERKİ, Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Güney Matbaacılık, Ankara 1948.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, Hukukun Temel Kavramları, 10. Basım, Dora Yayınları, Bursa 2014.
- CAN, Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Gözden Geçirilmiş Değiştirilmiş 3. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011.
- CANSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar, Hukuk Başlangıcı - Hukukun Temel Kavramları ve Kurumlar, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

- ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç, Yargı Etiği, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- ÇETİNER, Selma, Yargı Etiği (Yargı Erki ve Değerler), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- DAVRAN, Zeynep (Yayına Hazırlayan: Harun TEPE), Etik ve Meslek Etikleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2000.
- DÜLGER, Murat Volkan, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 2014, s. 43-80.
- ESENER, Turhan, Hukuk Başlangıcı, 3. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul 2000.
- FRANKENA, William Klaas, Ethics, Prentice Hall, New Jersey Englewood Cliffs 1970.
- GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, 13. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2016.
- GÜNEY, Salih, Açıklamalı Yönetim - Organizasyon ve Örgütsel Davranış Terimleri Sözlüğü, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004.
- GÜRBÜZ, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, (Hukuk ve Meşruluk).
- GÜRBÜZ, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk - Meşru Hukukun Temel Unsurları, Yenilenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2001.
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2012.
- HIRSCH, Ernst Eduard (Uyarlayan: Selçuk Baran VEZİROĞLU), Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2001.
- IŞIKTAÇ, Yasemin, "Hukuk, Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 58, S. 1-2, Y. 2000, s. 3-14.
- KARAKOÇ, Yusuf, "Hukuk - Etik İlişkisi", Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V Sempozyumu, 13-17 Eylül 2010 İstanbul, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S. 24, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 91-95.
- KIZIL, Neşe, Hukuk ve Edebiyat, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- KUÇURADI, Ioanna, "Ahlak ve Kavramları", Uludağ Konuşmaları - Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 1988.

KUÇURADİ, Ioanna, Etik, 6. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2015.

KUÇURADİ, Ioanna, "Etik ve 'Etikler'", Türkiye Mühendislik Haberleri, S. 423, Y. 2003/1, s. 7-9, (Etik ve 'Etikler').

KUÇURADİ, Ioanna (Yayına Hazırlayan: Harun TEPE), "Felsefi Etik ve 'Meslek Etikleri'", Etik ve Meslek Etikleri, 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009, s. 27-43.

KUTLU, Hüseyin Ali, Meslek Etiği, Nobel Yayınları, Ankara 2011.

MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, Felsefeye Giriş, 3. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 1983.

ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar / TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

ÖZEKES, Muhammet, Sorular - Şemalar - Örneklerle Temel Hukuk Bilgisi, 7. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.

ÖZEKES, Muhammet, "Ülkemizde Yargı Etiği Sorunlarına Örneklerle Bir Bakış", Yasama ve Yargı Etiği Alanındaki Gelişmeler Uluslararası Konferansı, 18 Şubat 2009 Ankara, (Yargı Etiği).

PIEPER, Annemarie (Çevirenler: Veysel ATAYMAN - Gönül SEZER), Etiğe Giriş, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999.

RESNIK, David Benjamin (Çeviren: Vicdan MUTLU), Bilim Etiği, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004.

SARI, Cengiz, Yargı Etiği ve Türkiye'de Yargının Etik Yapılanması, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.

ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.

TEPE, Harun, "Bir Felsefe Dalı Olarak Etik: 'Etik' Kavramı, Tarihçesi ve Günümüzde Etik", Doğu Batı, S. 4, Y. 1, Ankara 2004.

TEPE, Harun, Etik ve Metaetik, 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2011.

TOPAKKAYA, Arslan, Hukuk ve Adalet, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010.

TREVINO, Linda / NELSON, Katherine, Managing Business Ethics - Straight Talk About How to Do It Right, 4th Edition, Wiley & Sons, USA 2007.

TIMACHEFF, Nicholas Sergejevitch, Introduction A la Sociologie Juridique, Version Français d'Après le Manuscrit Anglais, Editions A Pedone, Paris 1939.

TUNCAY, Aziz Can, Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları, Genişletilmiş 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.

ULUTAŞ, Ahmet / ATABEY, Ömer Serdar, Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Yargı Etiği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

UYGUR, Gülriz, "Hukuk Etiğine Giriş", http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm (Erişim Tarihi: 07.11.2017).

UZUN, Ertuğrul (Editör: Elif UZUN), Adalet Meslek Etiği, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2015.

YÜKSEL, Mehmet, Hukuk Sosyolojisi Yazıları, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011.

İPTALE KONU İMAR PLANI UYGULAMALARINDA GERİ DÖNÜŞ İŞLEMİNİN İRDELENMESİ

Analysis of Recovery Process in Zoning Plan Implementations Subjected to Annulment

Arş. Gör. Nida ÇELİK ŞİMŞEK¹, Prof. Dr. Bayram UZUN²

Geliş Tarihi: 20.06.2017

Kabul Tarihi: 22.11.2017

ÖZET

Ülkemizde en çok uygulama alanı bulan ve mülkiyeti, alan ve mülkiyet yapısı yönünden yeniden düzenleyen 18'nci madde uygulamaları, hızla artan nüfusun konut ihtiyacını karşılayan en etkin yöntem olarak bilinmektedir. Buna rağmen uygulama etapları her durumda kusursuz bir şekilde işletilememektedir. Bunun sonucunda, yasa ve yönetmeliklere aykırı şekilde yapılan işlemler güncel menfaati olan taşınmaz sahipleri tarafından idari yargıya taşınmaktadır. İdare Mahkemeleri ve Danıştay tarafından hukuka aykırı şekilde yapıldığı tespit edilen uygulamalar ise iptal edilmekte ve geri dönüş kararları alınmaktadır. Geri dönüş işlemine ilişkin yasal mevzuatın yetersiz oluşu hatta uygulama yönetmeliğinin olmayışı, uygulayıcıları zor durumda bırakmakta ve işlemin usulüne göre yapılması için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na bağlı birimlerin görüşleri alınarak soruna çözüm aranmaktadır. Ancak bildirilen görüşlerin, geri dönüş sonrası meydana gelen mülkiyete ilişkin sorunları çözmede yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu çalışmada, geri dönüş işlemi yasal dayanaklarıyla ele alınmakta, iptal kararından ikinci uygulama yapılınca kadar kök parsel dönüş işlemi irdelenmekte ve oluşan müktesep hakların korunması için farklı çözümler önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Geri dönüş, kök parsel, AAD, imar uygulamasının iptali, 18'nci madde uygulaması.

ABSTRACT

Implementation of 18th article which is mostly implemented in Turkey and regulates property entirely is known to be the most effective method which fulfills residence requirement of increasing population. In spite of this, implementation stages are not always perfect. As a result of this, implementations conducted against laws and regulations are brought to the administrative justice by property owners who have current interest. Implementations which are determined to be done against the law by administrative courts and State Council are cancelled and recovery decisions are taken. Insufficient legal regulation about recovery process even non-existing regulation leave implementers in a difficult position and solution is sought by taking the views of units affiliated to Ministry of Environment and Urbanization in order to make suitable implementation. However, it is seen that these views are ineffective in solving problems about property which occur following recovery. In this study, recovery process is discussed on the legal bases, process of recovery to basic lot from annulment decision to second implementation is discussed and different solution offers are made in order to preserve vested rights

Keywords: Recovery, basic lot, LR, annulment of zoning implementation, implementation of 18th article

¹ Karadeniz Teknik Üniversitesi, Harita Mühendisliği Bölümü, nidacelik@ktu.edu.tr

² Karadeniz Teknik Üniversitesi, Mühendislik Fakültesi, Harita Mühendisliği Bölümü, buzun@ktu.edu.tr

1. GİRİŞ

Hızlı şehirleşmenin gerektirdiği kentsel alan kullanımının ve imara uygun arsa üretiminin karşılanması ancak hazırlanan imar planlarının teknik ve hukuki yönden uygulanabilirliği ile mümkündür. Türkiye'deki yerel otoriteler, bu planları hayata geçirmek ve plan kararlarında öngörülen fonksiyonları uygulayabilmek için parçacıl ve bütüncül yaklaşımlar kullanmaktadırlar³. Genel olarak planların uygulanması; isteğe bağlı uygulamalar, kamulaştırma ve arsa ve arazi düzenlemeleri (AAD) şeklinde gerçekleşmektedir⁴.

Zaman içerisinde artan kent nüfusunun barınma ihtiyaçlarına yeterli derecede cevap verilememesi nedeniyle oluşan mülkiyet karmaşasını çözmek için ise imar yasalarına farklı yaklaşımlar getirilmiştir. Bunlardan biri, artık doğrudan uygulanmayan 2981 sayılı Yasa'nın 3290 sayılı Yasa ile değişik 10-c maddesidir⁵. Bu maddeye göre; mevzuata aykırı şekilde bina yapılmış hisseli araziler ıslah imar planı ile uygun hale getirilir ve bu şekilde mülkiyetin durumu açığa kavuşturulur⁶. Yine 2981 sayılı Yasa'nın 3290 sayılı Yasa ile değişik Ek-1 maddesi uyarınca da, imar planına uygun olarak zeminde eylemli paylaşımı olan hissedarların hisse çözümü yapılır⁷.

İmar planının hayata geçirilmesi aşamasında süregelen bu uygulamalar her zaman kusursuz şekilde yapılamamaktadır. Uygulama kademeleri kendi içinde hukuki, fiili ve teknik olarak birtakım zorluklar içermektedir. Ancak bu zorlukları en az seviyede aşmak da belediye/mücavir alan sınırları içinde belediyelerin, dışında ise valiliklerin görevidir. Bu görevin mevzuata göre gerçekleşmesi hem uygulamadan etkilenen taşınmaz sahipleri hem de uygulamayı yapan idare açısından çok önemlidir. Öyle ki uygulama sırasında yapılan küçük bir hata yıllar sonra bile ortaya çıkabilmekte ve ilgilisi tarafından idari yargıda açılan davalar uygulamanın iptali ile sonuçlanabilmektedir⁸.

³ Uzun, B. (1992). Kentsel Alan Düzenlemelerinde İmar Parseli Üretme Yöntemleri ve Sonuçlarının İrdelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, K.TÜ, Fen Bilimleri Enstitüsü, Trabzon.

⁴ Yomralıoğlu, T. (1997). Kentsel Alan Düzenlemelerinde İmar Planı Uygulama Teknikleri, Jeodezi ve Fotogrametri Derneği (JEFOD), İber Matbaası, Trabzon.

⁵ Uzun, B., Çete, M., Palancıoğlu, H.M. (2010). Legalizing and Upgrading Illegal Settlements in Turkey. Habitat International 34 (2010) 204–209.

⁶ Resmi Gazete, İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun No: 2981, Kabul Tarihi: 24/2/1984, Yayımlandığı R. Gazete Tarihi: 8/3/1984 Sayı: 8335 Tertip: 5 Cilt: 23 Sayfa: 36

⁷ Uzun, B., Çelik Şimşek, N. (2015). Upgrading of illegal settlements in Turkey; The Case of North Ankara Entrance Urban Regeneration Project. Habitat International 49 (2015) 157e164.

⁸ Atasoy, M., Demir, O., Uzun, B., Nişancı, R. (2002). İmar uygulamalarının iptal nedenleri ve öneriler. Selçuk Üniversitesi jeodezi ve Fotogrametri Mühendisliği öğretiminde 30. Yıl Sempozyumu, 16-18 Ekim, 2002, Konya.

Özellikle AAD gibi bireysel bir işleme karşı ilgilisi tarafından açılan davalar sonucunda yıllar geçtikten sonra bile yürütmeyi durdurma ve nihayetinde iptal kararları verilebilmektedir. İmar uygulamaları genelde; idarenin yaptığı usul yanlışlıkları, Düzenleme Ortaklık Payının (DOP) hatalı hesabı, parselasyonda eşdeğerlik ilkesinin ihlali ve düzenleme sınırının hatalı geçirilmesi nedenleriyle iptal edilmektedir. Mahkemece iptal edilmiş bu tür işlemlere dayanılarak tesis edilmiş olan imar uygulaması kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple iptal hükmü idareye, bu işlem hiç tesis edilmemiş gibi eski durumu tamamen tesis ve iade etmek yani geriye dönüş görevini yüklemektedir⁹. Mahkemenin iptal kararı hukuki bir sonuç iken; bu sonuç geriye dönüş amaçlı teknik bir yöntem geliştirilmesini de zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda temel soru şudur; ilgili idare (belediye, valilik vb.) eski durumu nasıl tesis edecektir? Bu sorunun cevabı imar mevzuatında açık bir şekilde bulunmamakla birlikte bugüne değin Teknik Araştırma Uygulama (TAU) Genel Müdürlüğü, Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı (TİDB) ve Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün (TKGM) Bölge Müdürlükleri gibi Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na bağlı birimler tarafından görüş geliştirilmek suretiyle bu soruna bir çözüm getirilmeye çalışılmaktadır¹⁰. En yaygın olarak kullanılan görüş, "...iptal edilen uygulamada öncelikle geri dönüşüm cetvelleri hazırlanması ve bunun üzerinden iptal gerekçeleri de dikkate alınarak ikinci uygulama yapılmasıdır...". Bugüne kadar idareler bu görüşleri esas alarak geri dönüş işlerini gerçekleştirmektedirler. Ancak hiçbir standart klişenin olmayışı ve yasal boşluklar, zaten zor ve karmaşık olan kök parsel dönüş sürecini daha da zorlaştırmaktadır. Kök parsel dönüş bile yıllar içinde değişen mülkiyet durumu, hisselilik, yapılaşma, kat mülkiyetlerinin kurulması ve buna benzer birçok değişim, ikinci uygulamada yapılacak dağıtımın daha da karmaşık bir hal almasına neden olmaktadır. Bu çalışmada, iptal edilen imar uygulamalarının yeniden tesisi için ilk adım kabul edilen geri dönüş süreci, iş akış diyagramı biçiminde tanımlanmaktadır. Bunun yanı sıra iptale konu yargı kararlarının yerine getirilmesinde; uygulamadan kadastral parsellere dönüş süreci ele alınmaktadır.

2. İmar Uygulamalarının İptali ve Hukuki Süreci

3194 sayılı Yasa'nın 18'nci maddesi uyarınca yapılan imar uygulamaları Belediye Encümeni, İl İdare Kurulu veya Büyükşehir Belediye Encümeni kararı ile kesinleşmekte ve otuz gün süre ile askı ilanına çıkmaktadır. Bu süre içinde yapılan itirazlar değerlendirilmekte ve karara bağlanmaktadır. Maliklerce iptal davaları; askı süresini izleyen tarihten itibaren, askı süresinde yapılan itirazın reddine ilişkin tarihten veya öğrenme üzerine, altmış gün içinde taşınmaz

⁹ Ergen, C. (2009). İmar Davaları Rehberi, Seçkin Yayınevi, Ankara.

¹⁰ Çelik, N. (2013). İptal Edilen İmar Uygulamalarında Geriye Dönüş ve Çözüm Önerileri Yaklaşımı, Yüksek Lisans Tezi, KTÜ, Fen Bilimleri Enstitüsü, Trabzon.

malın bulunduğu yerin İdare Mahkemesinde açılmaktadır¹¹. Bilindiği üzere, parselasyon işlemi bireysel bir işlem olduğu için ilgisine tebliğ edilmelidir. Ancak uygulamada bu tebliğ yapılmamakta sadece ilan ile yetinilmektedir⁹. Bu durumda uygulamanın üzerinden yıllar geçtikten sonra bile iptal davaları açılabilmekte ve uygulamalar iptal edilebilmektedir¹⁰.

Düzenleme bölgesinde taşınmaz bulunan veya kişisel, meşru ve güncel menfaati olan taşınmaz sahipleri, taşınmaz ile ilgili düzenleme ortaklık payı, tahsis, dağıtım, usul yanlışlığı, kamu tesis alanına yapılan kesintiler vb. konular yönünden hukuka aykırılık olduğu yönünde iddialar bulunması veya düzenleme dışında kaldığından düzenlemeye dahil edilmesi gerektiği yönünde iddia ile İdari Yargıda iptal davası açabilmektedirler. Ayrıca, hakları ihlal edilenler idareye karşı tazminat davası açabilmektedirler.

İdare hukukunda yerleşmiş ilkelerden biri de usulde paralellik ilkesidir. Bu ilke ile bir işlemin tesisinde uygulanan usul ve esasların aynı işlemin geri alınmasında veya kaldırılmasında da uygulanması gerektiği kabul edilmiştir¹². Buna göre 18'nci madde uygulaması için ilk olarak belediye encümeni uygulama kararı almaktadır. Aynı şekilde işlem iptal edildiğinde yine belediye encümeninin iptal kararı alması ve geri dönüş işlemlerini başlatması gerekmektedir. Burada otuz günlük süre içinde encümen tarafından uygulamanın iptal kararının alınması yeterli olmaktadır.

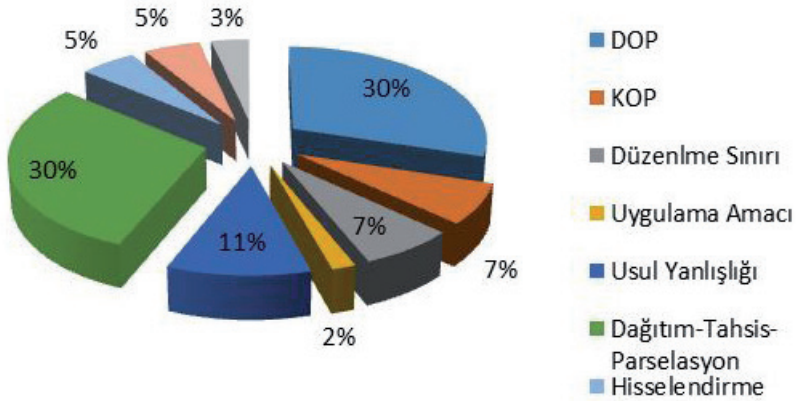
Danıştay veya İdare Mahkemesince verilen iptal kararı ile idari işlem tamamen ortadan kalkmış sayılmakta ve idareler iptal gerekçelerine uygun olarak işlemi yeniden tesis etmekle yükümlü olmaktadırlar. İptal hükmü idareye, bu işlemi hiç yapmamış gibi eski durumu yeniden tesis ve iade etmek görevini yüklemektedir⁹. Ancak unutulmamalıdır ki 18'nci madde uygulamalarının iptalinde, malik değişimi olmuşsa, kök parsel geri dönüş yalnızca kağıt üzerinde sağlanabilmekte, yıllar içinde oluşan yapılaşmalara, malik değişimlerine, hisselilik durumlarına hiçbir müdahale yapılamamaktadır. Dolayısıyla işlemin hiç yapılmamış sayılması ile bölgedeki bütün mülkiyet hakları ve yapı nesnelere de hiç yapılmamış sayılamamaktadır. İptal tarihine kadar oluşan hukuki durumların ve edinilmiş hakların da aynı zamanda korunması gerekmektedir.

¹¹ Resmi Gazete, İmar Kanunu, Kanun No: 3194, Kabul Tarihi: 3/5/1985, Yayımlandığı R. Gazete Tarihi: 9/5/1985, Sayı: 18749, Tertip: 5 Cilt: 24 Sayfa: 378

¹² Birtek F. (2008). Kazanılmış Hak Kavramı Bağlamında İdari İşlemin Geri Alınması “, İstanbul Barosu Dergisi, cilt.82, ss.759-779.

3. İmar Uygulamalarının Hukuka Aykırılık Nedenleri

Konuyla ilgili yaklaşık yüz tane Danıştay ve İdare Mahkemesi kararı incelenmiştir. Danıştay ve İdare Mahkemelerinin kararlarından, imar uygulamalarında genel olarak dokuz farklı konuda uyuşmazlık yaşandığı ve sonucunda iptal davalarının açıldığı görülmektedir. Dava konusu işlemler; DOP ve KOP (kamu ortaklık payı) hesabında yapılan yanlışlıklar, düzenleme sınırının hatalı belirlenmesi, uygulama amacının dışına çıkma, idarelerin yaptıkları usul yanlışlıkları, dağıtım-parselasyon-tahsis aşamasında yapılan hatalar, uygulama yöntemine göre ferdileştirme ve/veya hisselendirmelerin hatalı yapılması, yoldan ihdasların değerlendirilmesinde yapılan hatalar ve uygulama kılışlerinin açık olmayışı olarak sıralanabilir¹⁰.



Şekil 1. İmar uygulamaları iptal davalarının konulara göre dağılımı

Bunların içerisinde üzerinde en çok uyuşmazlık yaşanan konular ise; DOP'un hesaplanma biçimi ve uygulamanın son ve en önemli aşaması olan dağıtım-tahsis-parselasyon olduğu Şekil 1'den açıkça görülmektedir. Buna göre incelediğimiz kararlardan iptalle sonuçlanan toplamda elli yedi adet davanın yaklaşık %30'unun DOP ve parselasyon ile ilgili olduğu görülmüştür.

4. İptale Konu İmar Uygulamalarında Geriye Dönüş İşlemi

Geri dönüş, bir bölgede yapılan imar uygulamasının yargı kararı ile iptali sonucunda iptal kararının yerine getirilmesi için uygulama öncesi hukuki duruma yani kök parsellere yeniden gelinmesi işlemidir. Geri dönüşün

yapılabilmesi için idari yargı yerleri tarafından imar uygulamaları için iptal kararının verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, yargı kararı ile iptal edilmiş bir imar planı uygulamasının ikinci kez hatalı uygulanması sonucu tekrar yargıya taşınması durumunda, “kök parsellere dönülerek yargı kararının dikkate alınması gerektiği” şeklinde bir gerekçe gösterilerek de iptal kararları verilebilmektedir¹³. Bu şekilde verilmiş iptal kararları yetkili idareye yeni uygulama yapma sorumluluğu yüklemektedir.

4.1 Türkiye’de Yapılan Geri Dönüş Uygulamalarında Esas Alınan Düzenlemeler

Ülkemizde geri dönüş işlemi, üzerinde birçok karar bulanıklığı yaşanan konulardan biridir. Çünkü yasa ve yönetmeliklerde tanımı yapılmayan, işlem adımları belirtilmeyen bu sorunsala, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’na bağlı birimler tarafından çıkarılan talimatlar ve geliştirilen görüşlerle çözüm getirilmeye çalışılmaktadır. Ancak yerleşmiş kesin hükümlerin olmayışı, bu işlemin ülkenin farklı bölgelerinde, farklı klişelerle ve farklı yorumlarla yapılmasına neden olmaktadır (Tablo 1). Buna göre yıllar içinde bildirilen görüşler birbirini tekrar etmekle birlikte kimi zaman da aynı konuya farklı birimlerin farklı yorumlar getirdiği görülmektedir. Bu sebeple farklı yaklaşımlarla bu sürecin standart hale getirilmesi önem kazanmaktadır.

4.2 Geri Dönüşte Dikkat Edilmesi Gereken Konular

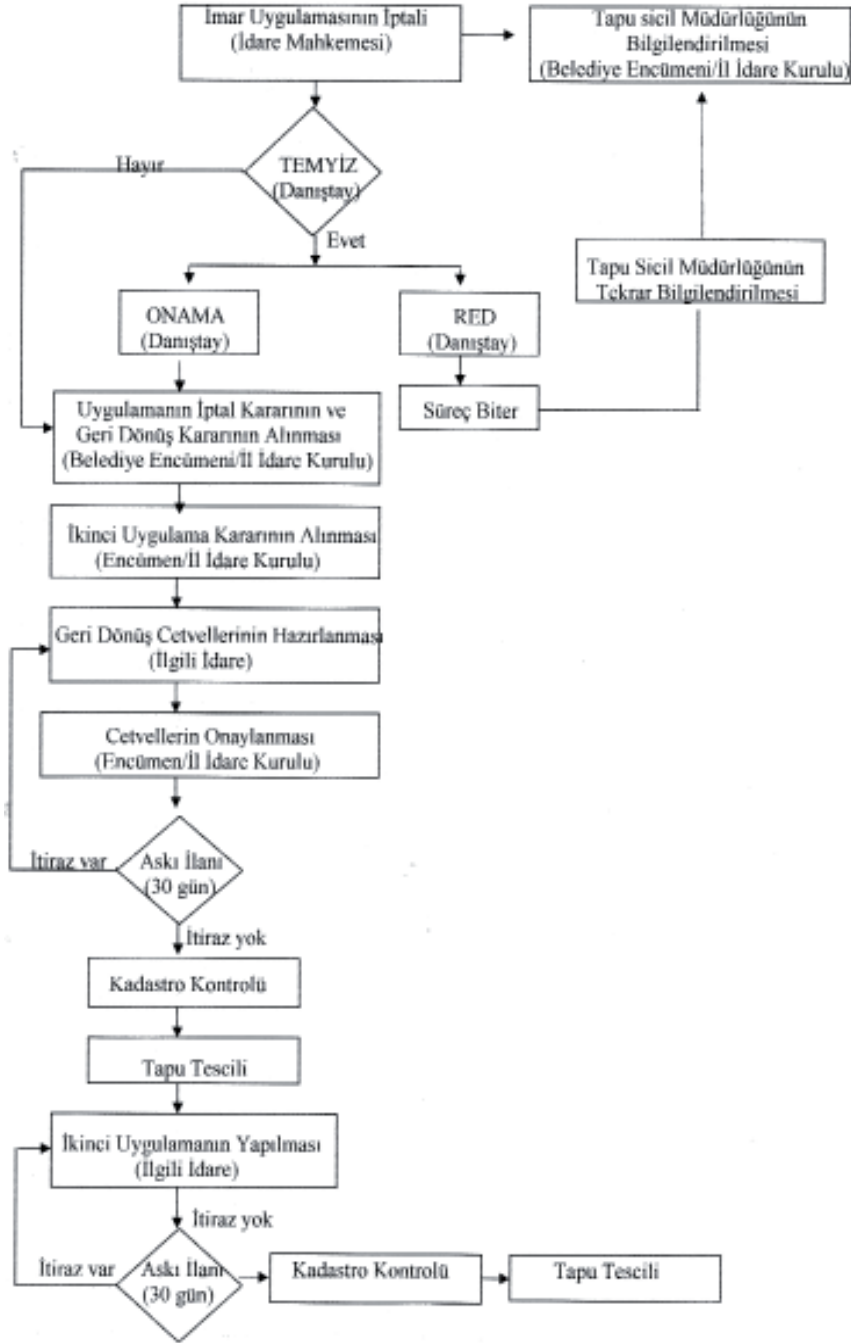
Geri Dönüş İş Akışının Belirlenmesi

Bir idari işleminin tesisinde uygulanan usul ve esasların aynı işlemin geri alınmasında veya kaldırılmasında da uygulanması gerektiği idare hukukunda yerleşmiş ilkelerden biridir¹⁰. Buna göre birinci uygulamanın yapım aşamasında uygulanan usul ve esaslar, işlemin geri alınmasında ve yeniden uygulama yapılmasında geçerli olmaktadır. Zira idarelerin yapmış oldukları usul yanlışlıkları nedeniyle bile uygulamalar iptale konu olabilmektedir. Bu yüzden iptalden itibaren ikinci uygulamanın yapılıp tapu tescillerinin oluşturulmasına kadar geçen sürecin idareler tarafından dikkatli bir şekilde tamamlanması gerekmektedir. Geri dönüşte uygulanacak işlem adımları Şekil 2’de akış şeması şeklinde detaylı bir biçimde gösterilmiştir.

¹³ Bkz. Danıştay 6. D. 08.03.2006 T. ve E.2004/1082, K.2006/953.

Tablo 1. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na bağlı birimlerin geri dönüş ile ilgili genel görüşleri

Teknik Araştırma Uygulama Genel Müdürlüğü (TAUGM)	Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı (TİDB)	TKGM Bölge Müdürlükleri
Geriyeye dönüşte ikinci uygulamada hesaplanan DOP oranı bir öncekinden az ise, fazla kesinti yapılan eski malikin zararının belediyesince telafisi gerekir (2010).	Yeni DOP oranının önceki DOP oranından az olması durumunda aradaki farkın eski malike dönerek, bu miktar üzerinden eski malikin yeni yapılacak düzenlemeye dahil edilmesi gerekir (2008).	İmar uygulaması sonrası birçok parselde trampa ya da satış şeklinde malik değişikliklerinin olduğu ve aynı zamanda kat irtifaklarının da kurulduğu durumlarda, DOP ve kamu parsellerine giden hisselerin uygulama tarihindeki malikler adına tescil edilmesinin gerektiği ancak yeniden hissedar olacak eski maliklere kat irtifakına konu yerlerde ne şekilde hisse verileceği konusunda tereddüde düşülmüştür (VI. Bölge Müd., 2003).
Geriyeye dönüşte ikinci uygulamada hesaplanan DOP oranı bir öncekinden fazla ise, fazla kesinti yapılan, taşınmazı imar parseli olarak edinen malikin mülkiyet hakkının korunması açısından farkın belediyesince temini gerekir (2010).	Yeni DOP oranının önceki DOP oranından fazla olması durumunda, DOP oranındaki artıştan doğacak farkın belediyenin kendi mülkiyetinde bulunan taşınmazlardan karşılanması, yeterli gelmemesi durumunda ise kamulaştırma ile sağlanmalıdır (2008).	İdare Mahkemesince iptal edilen uygulamalarda öncelikle geri dönüşüm cetvelleri hazırlanarak kadastral parsellere dönüşüm sağlanmalı ve bunun üzerinden iptal gerekçeleri de dikkate alınarak ikinci uygulamanın yapılması gerekir (IX. Bölge Müd. ,2010)
Kadastral durum dikkate alınmak suretiyle yapılması gereken düzenlemenin, iptal edilerek yok hükmünde sayılan imar parselleri üzerinden yapılması mümkün değildir (2010).	İmar görmüş ve son hallerine göre bedelini ödeyerek satın aldıklarından dolayı, iptal sonrası yeniden verilen parsellerin yüzölçümlerinde artma ya da azalma olmaması gerekir (2006).	Tapu kayıtlarının iptali ile kararın infazının sadece geri dönüş yapılarak sağlanması uygun değildir. Tapu kayıtlarının beyanlar hanesine mahkeme kararının varlığı yönünde belirtme yapıldıktan sonra iptal kararı uyarınca yeni bir imar uygulaması yapılması gerekir.
İlk uygulamada belediye adına tescil edilen ve sonra vatandaşlara satılan yoldan ihdasların iptal sonrası yapılan ikinci uygulamada yeniden hesaplanacak DOP miktarından düşülmesi suretiyle eski kadastral parsellerin imara giren miktarlarının artması ile yeni imar parselleri oluşabilecektir (2010).	Hem geri dönüş cetvelleri hem de yeni imar uygulamasının birlikte ilan edilerek keskinleştirilmesinden sonra tescillerinin yapılması mümkündür (2003).	
	Bedelsiz terk miktarlarının terki yapan malike dönmesi, ayrıca iptal öncesindeki imar uygulamasına ait dağıtım cetvellerinde bağış adı altında yapılan kesintiler kesinti yapılan malike geri döner (2008).	



Şekil 2. Geri dönüş işlemi iş akış şeması

Geri Dönüş Klişeleri: İdari yargı tarafından verilen iptal kararının yerine getirilebilmesinin temel adımı geri dönüş cetvellerinin oluşturulmasıdır. Bununla beraber iptal edilen uygulamadan önceki kadastral parsellere ve hukuki duruma dönüş sağlanmaktadır. Bunun yanı sıra bu cetveller yapılacak yeni uygulamaya da veri sağlamak ve bir altlık niteliğinde olmaktadır.

Klişelerde Bağış ve Terklerin Değerlendirilme Biçimi: Bilindiği gibi Arsa Arazi Düzenleme Yönetmeliğinin 11'nci maddesinin 3'ncü fıkrasında; taşınmaz sahiplerinin talepleri üzerine, ifraz edilerek (ilk parselleme) tescil edilen parsellerden düzenlemeye dahil edilenlerin ilk parsellemeye alınan terk oranını, bölge için belirlenen düzenleme ortaklık payına tamamlayan fark kadar DOP alınabileceği hükme bağlanmıştır . Buna göre yapılan terk miktarları tabloda ilgili sütuna yazılmalı ve DOP iadesi yapılırken, DOP miktarından yapılan terk miktarı düşülmeli ve elde edilen alan, imar parseline ve KOP (kamu ortaklık payı) parseline alanları oranında iade edilmelidir. Uygulama öncesinde yapılan bağışlar için de bir sütun açılmalı ve bu alanlar hesaba dahil edilmemeli yani düzenlemeye giren senet alanından çıkarılmalı ve son senet alanı oluşturulmalıdır ve aynı zamanda herhangi bir maliğe de iade edilmemelidirler.

Klişelerde DOP, KOP ve İmar Parseli İadelerinin Değerlendirilme Biçimi: Bir geri dönüş cetvelinde, üç farklı iadeden söz etmek mümkündür. Bunlar; DOP, KOP ve imar parseli iadeleridir. Bu yapılan iadelerin sonucunda toplamda iki farklı kadastral parsel oluşur. Birinci parsel, DOP ve imar parseli iadelerinden oluşurken, ikinci parsel, DOP ve KOP iadelerinden oluşur. Her iki parsel toplandığında kadastral parselin düzenlemeye giren son senet alanını verir. Bu şekilde yargının söz ettiği kök parsellere dönüşmüş olur. Burada iki farklı iade parseli oluşturulmasındaki amaç bu parsellerin iki farklı maliğinin olmasıdır. Zira DOP ve imar parseli iadeleri iptal tarihindeki maliğe ait iken, diğer DOP ve KOP iadeleri de uygulama tarihindeki maliğe aittir. Çünkü kamu tesis alanına yapılan kesintiler uygulama tarihindeki malikten yapılmıştır ve aynı maliğe ait olmalıdır ve hesap cetvelinde bu alan için de DOP oranında bir kesinti yapıldığından, bu şekilde geri dönerken de DOP iadesini alarak geri dönmelidir.

Aslında temelde oluşan tek bir parseldir ancak farklı hissedarlara sahiptir. Başka bir deyişle, uygulama tarihinde müstakil olan bir parsel, uygulama iptal edilip geri dönüldüğünde hisseli hale dönüşmektedir. Bu durum ancak iptale kadar geçen süreçte alım-satım olmuşsa geçerli olmaktadır. Aksi takdirde iade ile oluşan KOP parseli ile imar parselinin tek bir maliki olur.

İkinci Uygulama Klişeleri: İptal edilen uygulamanın iptal nedenine bağlı olarak düzenleme sınırı yeniden ele alınmalıdır. Örneğin, düzenleme sınırının yanlış geçirilmesi durumu var ise düzenlemeye giren parseller de

tekrar değerlendirilir ve kadastro ayırma çapları düzenlenir. Bundan sonra, yeni kadastro parsel numaraları alan kök parsellerin tamamı ya da idarenin belirlediği kısımları düzenlemeye dahil edilir. Yeniden bir DOP hesabı yapılır, DOP miktarları her bir parselden eşit oranda kesilir ve ilk tahsis alanları hesaplanır. Ardından düzenleme bölgesinde kamu tesis alanı var ise tekrardan bir KOP hesabı yapılır ve ilk tahsis alanlarından kamu tesis alanları için yapılan kesintiler çıkarılır. Bu noktada uygulamaya farklı bir yaklaşım getirilerek KOP kesintileri sadece ilk uygulama tarihindeki malikten yapılır. Yani ilk uygulamada KOP'a giden alan ikinci uygulamaya alındıktan sonra da KOP'a tahsis edilir. Bu şekilde diğer hak sahiplerinin alanlarından KOP kesintisi yapılmaz ve bu alanlarda önemli miktarlarda azalma meydana gelmez. Sadece DOP'un az ya da fazla hesaplanması nedeniyle alansal olarak artma ya da azalmalar meydana gelebilir.

SONUÇ ve ÖNERİLER

Geri dönüş işlemine ilişkin yasal mevzuatın yetersiz oluşu hatta uygulama yönetmeliğinin olmayışı, uygulayıcıları zor durumda bırakmakta ve işlemin usulüne göre yapılması için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na bağlı birimlerin görüşleri alınarak soruna çözüm aranmaktadır. Ancak geliştirilen görüşlerin, geri dönüş sonrası meydana gelen mülkiyete ilişkin sorunları çözmede yetersiz kaldığı görülmektedir.

Geri dönüş işleminin temel özelliği de kök parseli yani iptal edilen uygulamada düzenlemeye giren kadastral parseli alansal olarak geri dönmesidir. Ancak alansal olarak geri dönmekle birlikte iptal tarihinde parsel üzerindeki tüm haklar ve malikler de kök parseli taşınmaktadır. Başka bir deyişle iptal tarihinde müstakil olan bir imar parseli iptalden sonra kök parseli dönüldüğünde hisseli olabilmekte ve kadastral parsel olarak tescil edilebilmektedir.

Geri dönüş işleminde en büyük sorunu, iptal edilen ilk imar uygulamasında taşınmaz bulunan kadastral parsel sahiplerinin veya taşınmaz sonradan satın alarak edindiği parseli geçen uzun süreç sonucu benimseyen taşınmaz sahiplerinin yaşadığı görülmektedir. Bu sebeple özellikle parselasyon ve tahsis aşamasında üçüncü kişilerin müktesep haklarının korunmasına yönelik stratejiler geliştirilmelidir. Bu amaca yönelik olarak soruna çözüm oluşturacak bazı önerilerde bulunulmuştur;

- Yeni geri dönüş klişeleri oluşturulmalıdır. Mevcut klişelerin, belirlenen eksikler doğrultusunda yenilenip, her idarenin her durumda kullanabileceği bir standarda kavuşturulmalıdır.

- İkinci uygulama kararı alınırken 18'nci madde uygulamasının yanı sıra 2981 sayılı Yasa'nın 3290 sayılı Yasa ile değişik Ek-1 maddesi uygulama kararı da alınmalıdır. Bu şekilde hem taşınmazı sonradan edinen kişilerin müktesep hakları korunur hem kök parselde dönüşte oluşan hisseli parsellerin hisse çözümü yapılarak zemindeki güncel durum korunur hem de idari yargının söz ettiği oluşan zarar, tazmin edilmiş olur.
- İptal sonrası oluşan alan farkları farklı yaklaşımlarla tazmin edilmelidir. DOP'dan kaynaklanan alan farklarının tazmin şekli, talimat ve görüşlerde belirtildiği gibi, sadece kamulaştırma olmamalıdır. İmar yasasına yapılacak ilaveler ile idarelere bu konuda daha geniş bir yetki verilmelidir. Kazanılmış hakların ve zemindeki yapılaşmaların korunması adına her bir uygulama kendi içinde değerlendirilmelidir. Bu amaçla, geri dönüş ve ikinci uygulama yapmadan, idarelerin yapacağı değerlemeler ve elindeki finansal imkanlar dahilinde; trampa, ilave imar hakkı verilmesi ve gerekli hallerde parasal tazmin gibi farklı yöntemler kullanılmalıdır.
- TC kimlik numaraları bilinen maliklerin, adresleri, adrese dayalı nüfus kayıt sisteminden belirlenerek tebligatları ilgililerine gönderilmelidir. Bu şekilde uygulamaya yapılacak itirazlar zamanında değerlendirilmiş ve ileride yapılması muhtemel itirazların önüne geçilmiş olacaktır.
- İmar düzenleme ve danışma kurulu oluşturulmalı ve parsel bazlı dağıtım tahsis raporu hazırlanmalıdır.
- 3194 sayılı Yasa'ya bir madde ilave edilmelidir ve yeni bir yönetmelik çıkarılmalıdır.

Bu yönetmelikte, iptal kararının alınmasından ikinci uygulamanın yapılmasına kadar geçen süreçler usul yönünden belirtilmelidir ve süreç ayrıntılarıyla anlatılmalıdır. Ayrıca geri dönüş kışeleri standart haline getirilerek ekinde sunulmalıdır. Terk ve bağışların geri dönüşte ne şekilde değerlendirileceği açıklanmalıdır. Kök parselde dönüş sonrası oluşan KOP parsellerinin uygulamada kullanılma şekli belirlenmelidir. Eğer 3194 sayılı Yasa'nın 18'nci madde veya 2981 sayılı Yasa'nın 3290 sayılı Yasa ile değişik Ek-1 madde uygulamaları iptal edilmiş ise; ikinci uygulama kararında, hisse çözümü ve oluşan müktesep hakların korunması için 3194 sayılı Yasa'nın 18'nci maddesi ve 2981 sayılı Yasa'nın 3290 sayılı Yasa ile değişik Ek-1 madde uygulamasının yapılması gerektiği belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

- Atasoy, M., Demir, O., Uzun, B., Nişancı, R. (2002). İmar uygulamalarının iptal nedenleri ve öneriler. Selçuk Üniversitesi jeodezi ve Fotogrametri Mühendisliği Öğretiminde 30. Yıl Sempozyumu, 16-18 Ekim, 2002, Konya.
- Birtek, F. (2008). Kazanılmış Hak Kavramı Bağlamında İdari İşlemin Geri Alınması, İstanbul Barosu Dergisi, cilt.82, ss.759-779.
- Çelik, N. (2013). İptal Edilen İmar Uygulamalarında Geriye Dönüş ve Çözüm Önerileri Yaklaşımı, Yüksek Lisans Tezi, KTÜ, Fen Bilimleri Enstitüsü, Trabzon.
- Ergen, C. (2009). İmar Davaları Rehberi, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Uzun, B., Çelik Simsek, N. (2015). Upgrading of Illegal Settlements in Turkey; The Case of North Ankara Entrance Urban Regeneration Project. Habitat International 49 (2015) 157e164.
- Uzun, B., Çete, M., Palancıoğlu, H.M. (2010). Legalizing and Upgrading Illegal Settlements in Turkey. Habitat International 34 (2010) 204–209.
- Uzun, B. (1992). Kentsel Alan Düzenlemelerinde İmar Parseli Üretme Yöntemleri ve Sonuçlarının İrdelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, KTÜ, Fen Bilimleri Enstitüsü, Trabzon.
- Yomralıoğlu, T. (1997). Kentsel Alan Düzenlemelerinde İmar Planı Uygulama Teknikleri, Jeodezi ve Fotogrametri Derneği (JEFOD), İber Matbaası, Trabzon

MEDENİ YARGIDA İNSAN BEDENİ ÜZERİNDE İNCELEME

Examination on the Human Body In The Civil Procedure

Arş. Gör. Zeynep ALBAYRAK¹

Geliş Tarihi: 13.06.2017

Kabul Tarihi: 22.12.2017

ÖZET

Medeni yargıda davanın çözümü kavuşturulması için hâkimin insan vücudu üzerinde inceleme yapmasını gerektiren haller söz konusu olabilir. Bu hallerde hâkim, davanın kabul şartlarının olup olmadığını tespit etmek ya da maddi olayı aydınlığa kavuşturmak için insan vücudunda yapılacak olan incelemeyi bir ispat aracı olarak kullanır. Bazen bu inceleme tek başına bir delil olarak kabul edilirken, bazen de ispat, insan bedeni ya da aklı üzerindeki incelemede elde edilen emareler sayesinde gerçekleşir. Her durumda insan bedeni üzerinde inceleme yapmak, vücut bütünlüğünün ihlali niteliğindedir. Dolayısıyla yapılacak olan incelemenin, vücut bütünlüğüne müdahale için belirlenen sınırlar içinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Medeni yargıda insan bedeni üzerinde yapılacak incelemenin, uluslararası ve iç hukuk kurallarınca çizilen sınırlar içerisinde gerçekleştirilmesi, insan haklarına uygunluk ve bu yolla elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmasının meşruluğu açısından önemlidir.

Anahtar Kelimeler: medeni usul, beden incelemesi, vücut dokunulmazlığı, keşif, ispat.

ABSTRACT

In civil procedure there may be cases where the judge needs to examine the human body in order to resolve the case. In these cases, the judge utilizes the human body as a means of proof to determine whether the case is admissible, or to shed some light on the case. Occasionally, inspection on human body or mind is regarded as a stand-alone evidence, otherwise proof is attained by the indications acquired from them. In any case, examination of the human body is a violation of the physical integrity. Thus, the examination should be within the boundaries regulated by international and domestic rules of law for intervention in physical integrity. In civil procedure, implementation of examination on human body in within the boundaries of international and national law, is significant in terms of the compliance of the human rights and the admissibility of the data as evidence.

Keywords: civil procedure, physical bodily examination, physical integrity, inspection, evidence.

GİRİŞ

Medeni yargıda hâkim, davanın bilinmeyen noktalarını aydınlatmak ve gerçeği bulmak için ispat araçlarından yararlanmaktadır. Davanın içeriğine ve uyumsuzluğun niteliğine bağlı olarak, insan vücudu üzerinde inceleme yapılmasını gerektiren durumlar söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda hâkimin, insanın bedenini, aklını ve davranışlarını incelemek suretiyle bilgi

¹ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, zeynepalbayrak@outlook.com

toplamaşı, yargılama sonucunda verilen kararın maddi vakiya ve adalete uygun olması bakımından gereklidir. Böylece hâkim, dava ile ilgili kanaat sahibi olabilmek ve karar verebilmek için insan bedenini bir ispat aracı olarak kullanacaktır.

Yargılama açısından bir gereklilik olan insan bedeni üzerinde yapılan incelemeler, inceleme konusunun “insan bedeni” olması nedeniyle ayrı bir öneme sahiptir. Zira insan, fiziki varlığının yanında psikojik, duygusal ve toplumsal yönleri olan, doğal olarak haklara ve onura sahip ve bütün bunlardan dolayı hukuk sisteminde korunan bir varlıktır. Bu nedenle insan üzerinde yapılan tüm incelemeler, başkaca hukuki sonuçlara ve menfaat ihlallerine neden olmaktadır. Yapılan tüm incelemelerin, insan haklarını koruyan iç ve uluslararası hukuk düzenlemeleri çerçevesinde kalması önem taşımaktadır.

İnsan bedeni üzerinde yapılacak incelemelerin taşıdığı bu özel mahiyete rağmen, medeni yargıda bu incelemelerin yapılmasına dair açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu halde yapılan incelemelerin, hukuka uygunluğu açısından sorunlar ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda, bu sorunlar ve yapılacak incelemelerin meşruiyeti, insan hakları ve hukuk düzeni çerçevesinde değerlendirilecektir.

I. KAVRAM

İnsan bedeni üzerinde incelemenin kapsamının belirlenebilmesi için öncelikle “insan bedeni” kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. İnsan bedeni, genel olarak “insan vücudu” kelimesi ile eş anlamlı olarak, insanın maddi varlığını belirtmek için kullanılmaktadır². Maddi varlıkla kastedilen, kişinin cismaniyetine dâhil olan ve dış dünyada yer kaplayan tüm organlarıdır. Tüm organların yanı sıra bunların teşekkülünü sağlayan her türlü hücre, doku ve genetik malzeme de doğrudan insanın maddi varlığına dâhildir. Çalışmamızda insan bedeni kavramı “beden” kelimesinin sözlükte olan ve akla ilk gelen anlamından daha geniş, insanın akıl, sinir, ruh ve davranışlarını da kapsar şekilde kullanılacaktır. Zira insanın maddi varlığa sahip olmayan bu unsurları hakkında inceleme yapmak ve bir sonuca varmak, ancak insan vücudunu gözlemek ve muayene etmek suretiyle mümkündür. Örneğin, kişide akıl hastalığının söz konusu olup olmadığına dair inceleme, kişinin maddi varlığı üzerinde yapılacak tetkik ve gözlemler yardımıyla gerçekleştirilecektir. Bu nedenle insanın aklı, ruhu, davranışları, bedeni ve genetik yapısına ilişkin yapılacak tüm incelemeler, insan bedeni üzerinde inceleme olarak nitelendirilecektir.

² Büyük Türkçe Sözlük, (<http://www.tdk.gov.tr>, e.t.25.04.2017); Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 1992, 95.

İnsan bedenini konu edinen inceleme, muayene ve gözlemler çeşitlilik göstermektedir. Teşhis, tedavi ve koruma amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler, bilimsel deneyler, yapay dölleme gibi müdahaleler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş olan gözlem altına alma, muayene, fiziki kimliğin tespiti ve keşif gibi işlemlerin tamamı insan bedeni üzerinde inceleme niteliğindedir.

Konumuz olan medeni yargıda inceleme, yargılamanın bir parçası olarak gerçekleştirilen ve maddi vakıyı aydınlatma amacı taşıyan incelemeler ile sınırlıdır. Medeni usul hukukunun gerçeği bulma amacına³ hizmet eden, hâkimi çözüme bir adım daha yaklaştıran ve yargılamanın ilerlemesini sağlayan incelemeler, medeni yargıda yapılan insan bedeni üzerinde inceleme olarak nitelendirilecektir. Mahkeme tarafından inceleme yapma yönünde bir kararın verilmesi ve incelemenin yapılması yargılama içerisinde bir mahkeme usul işlemidir⁴. İnceleme neticesinde elde edilen bilgiler ve yapılan değerlendirmeler ise hâkimde kanaat oluşmasını sağlayan bir ispat aracı niteliği taşıyacaktır. Bu nedenle medeni yargıda yapılacak incelemeler için tıbbi delil elde etme amacıyla inceleme ve elde edilen sonuç için de tıbbi delil kavramlarının kullanılması da mümkündür⁵.

II. MEDENİ YARGIDA İNSAN BEDENİ ÜZERİNDE İNCELEME YAPILMASINI GEREKTİREN HALLER

A. Genel Olarak

Kanunlarda doğrudan ya da dolaylı şekilde insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasına dair hükümlerin bulunduğu ya da ilgili hukuk normunun uygulanabilmesi için inceleme yapılma zorunluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, hâkim beden üzerinde inceleme yapılmasına karar verecektir. Haksız fiilden kaynaklanan zararın tespiti, iş davalarında tazminat talepleri ve maluliyet değerlendirmeleri, yaş tashihi gibi durumların tamamı beden üzerinde inceleme yapılmasını gerektiren durumlardandır. Ancak çalışmamızda

³ Medeni Usul Hukuku'nun amacı hakkında bakınız: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gerekçesi (www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.e.t. 04.10.2016); Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, 87; Gaul, , Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu, (çev. Doç. Dr. Nevhis Deren Yıldırım), Derleyen: Kâmil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, 98; Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları, Ankara, 1999,769.

⁴ Karslı, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, Kudret Yayınları, İstanbul, 2001, 145.

⁵ Budak, Ali Cem, "Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller", YÜHFD, 2016, C. 3, S. 2 Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 337 vd.

bu durumların hepsi ayrı ayrı incelenmeyecek; kanunun açıkça sağlık kurulu raporu alınmasını emrettiği ve özel önem taşıyan durumlara değinilecektir.

B. Soybağı Davaları

Geniş olarak kişinin üst ve altsoyu ile olan ilişkiyi tanımlamak için kullanılan soybağı kavramı, dar anlamda ise bir kişinin ana-babası ile olan biyolojik ve genetik bağı ifade eder⁶. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda soybağı kavramı dar anlamında kullanılmaktadır⁷. Soybağının yargılama hukukunu ilgilendiren kısmını ise soybağı davaları oluşturmaktadır. Soybağı davaları evlatla baba arasında soybağının kurulmasına ya da kurulmuş soybağının kaldırılmasına yarayan davalardır. Soybağının reddi davası (TMK m. 285), sonradan evlenmeyle kurulan soybağına itiraz davası (TMK m. 294), tanınmanın iptali davası (TMK m. 297,298) ve babalık davası (TMK m. 391) Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş soybağı davalarıdır.

Soybağı davalarına ilişkin yargılama usulü Türk Medeni Kanunu'nun 284'üncü maddesinde ayrıca hükme bağlanmıştır. Buna göre, bu davalarda hâkim maddi vakıaları resen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. 284'üncü maddenin ikinci fıkrasında tarafların ve üçüncü kişilerin, soybağının belirlenmesi bakımından zorunlu olması ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmaması durumunda araştırma ve inceleme yapılmasına rıza göstermek zorunda oldukları düzenlenmektedir. Bu hükme paralel olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun keşfe ilişkin düzenlemeleri kapsamında 292'nci maddede herkesin soybağının tespiti amacıyla yapılacak incelemelerde vücudundan kan ve doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Soybağı tespiti amacıyla yapılacak incelemelerde kişilerin, vücutları üzerinde inceleme yapılması, kan ve doku alınmasına dair Türk Medeni Kanunu'nun 284'ncü maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesinde birbirine benzer şekilde bir zorunluluk getirilmiş olmakla beraber; bu zorunluğa uymamanın yaptırımını farklı şekilde düzenlenmiştir. 284'ncü maddeye göre kişinin soybağının tespiti amacıyla inceleme yapılmasına izin vermemesi durumunda, beklenen sonuç ilgili kişinin aleyhine doğmuş sayılmaktadır. 292'nci maddeye göre ise ilgili kişi keşfe katlanma

⁶ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, 254; Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, 321; Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, 3.

⁷ "Aile hukukunda düzenlenen nesep "bir kimsenin sadece babasına ve anasına nispeti, yani ana, baba ile çocuk arasındaki hısımlık ilişkisi" olarak tanımlanabilen dar ve sınırlı bir anlam taşır." Anayasa Mahkemesi Esas Sayısı: 1990/15 Karar Sayısı: 1991/5 Karar Günü: 28.2.1991; Uyumaz, Murat, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, 5.

zorunluluğu kapsamında inceleme yapılmasına rıza göstermek zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın, bundan kaçınması halinde zor kullanılarak bu inceleme yapılabilmektedir. Şu halde incelemeye katlanmama halinde 292'nci madde zor kullanılmasını öngörmüşken, 284'ncü maddeye göre zor kullanma mümkün değildir. Öğretide Hukuk Muhakemeleri Kanunu Türk Medeni Kanunu'na göre sonraki kanun niteliği taşımasından dolayı 292'nci maddenin 284'ncü maddeyi zımnen ilga ettiği görüşü hâkimdir⁸. Dolayısıyla bu görüşe göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesi uygulanarak gerekirse zor kullanılarak inceleme yapılması gerekir.

Gerçekten de soybağının tespit edilmesi amacıyla yapılacak olan incelemede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesi uygulanmalıdır. Zira 292'nci maddenin Adalet Komisyonu değişiklik gerekçesinde "*Maddenin görüşülmesi sırasında verilen önerge ile TMK'nın 284'nü maddesinde soybağını düzenleyen genel usul kurallarının varlığı sebebiyle tasarıda tekrar düzenlenmesine gerek olmadığı, dolayısıyla hükmün tasarı metninden çıkarılması teklif edilmiştir. Ancak çifte yürürlüğün uygulamacılar için sorun teşkil etmeyeceği ve usul kurallarının Hukuk Muhakemeleri Kanununda bulunmasının yararlı olacağı fikrinin hâkim olması sonucu önerge reddedilmiş ve madde teselsül nedeniyle 298'nci madde olarak aynen kabul edilmiştir.*" denilmesi kanun koyucunun iradesinin soybağı davalarında zor kullanılması yönünde olduğunu düşündürmektedir⁹. Yargıtay da soybağına ilişkin davalarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesinin uygulanması gerektiğine dair kararlar vermektedir¹⁰.

⁸ Tüzüner, Özlem, "Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", 2013, AÜHFHD, C. 62, S. 4, 1153.

⁹ Özbay, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? , 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, 354; Uyumaz, 191.

¹⁰ 1018. HUKUK DAİRESİ E. 2015/7572 K. 2016/2526 T. 16.2.2016 "Kamu düzeni ile yakından ilgili olan bu tür davalarda, Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesinde belirtilen koşullar saklı kalmak kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır. Anılan madde uyarınca, hakim maddi olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. Yukarıda gösterilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292.maddesi uyarınca dava dilekçesindeki talep çerçevesinde mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak babalık iddiası ile ilgili olarak... testi yaptırmak üzere davalı ...'a meşruhatlı davetiye çıkarılarak... testi için gerekli kan ve doku örneklerini vermesi, aksi taktirde zor kullanılarak bu incelemenin yaptırılacağı hususu ihtar edilmeli, buna rağmen davalı gelmez veya gelir de kan ve doku örneklerini vermez ise bu incelemelerin zor kullanılarak yapılmasına karar verildikten sonra... testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulü doğru görülmemiştir. Mahkeme soybağına ilişkin davalarda kişilerin, bedenleri üzerinde inceleme yapılmasından kaçınması halinde zor kullanarak inceleme yapılmasına karar vermelidir."18. HUKUK DAİRESİ E. 2015/5033 K. 2015/19035 T. 23.12.2015; 18. HUKUK DAİRESİ E. 2015/22725 K. 2016/2948 T. 23.2.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t. 11.04.2017).

Kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun soybağına dair 292'nci maddesi ile soybağına ilişkin davalarda gerekirse zor kullanılarak inceleme yapılmasını amaçlamaktadır. Zira maddenin hükümet gerekçesinde, "işin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörüldüğü" ifade edilerek, inceleme sırasında zor kullanılmasının bilinçli bir düzenleme olduğu belirtilmiştir. Diğer taraftan, madde Alman Medeni Usul Kanunu'nda soybağına ilişkin inceleme yapılmasına dair §372a' da yer alan hükme benzer şekilde düzenlenmiştir¹¹. Alman hukukunda bu hükme dayanarak, soybağının tespiti amacıyla yapılan incelemelerde, katlanma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiye karşı zor kullanılabilirliği kabul edilmektedir¹². Bu düzenleme sayesinde, soybağının tespiti amacıyla yapılacak incelemeler, beden bütünlüğünün ihlali niteliğinden çıkmakta ve hukuka uygun olmaktadır¹³. Zira, Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası'nda (Art. 2 Abs. 2 S. 3) beden bütünlüğünün ancak bir yasaya dayanılarak sınırlandırılabilirliği düzenlenmektedir. Bu nedenle Usul Kanunu'ndaki soybağına ilişkin düzenleme, beden bütünlüğüne yapılacak müdahaleler için yasal zemin oluşturmaktadır. Kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesi ile Almanya'da olduğu gibi, soybağının belirlenmesi amacıyla yapılacak incelemelerin, T.C. Anayasası'nın vücut bütünlüğünü düzenleyen 17'nci maddesinde belirlenen ölçüler içinde kalmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesinin uygulanması, beden bütünlüğünün ihlalini oluşturmamakta, bilakis müdahalenin vücut bütünlüğünü koruma altına alan Anayasa hükmüne uygun olmasını sağlayıcı nitelikte olmaktadır.

Kanun maddelerinin bu açık düzenlemeleri, soybağı davalarında insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasını zorunlu hale getirmiştir. Buna göre hâkim soybağı kurulması ya da soybağının kaldırılmasına ilişkin davalarda insan vücudundan örnek alınması suretiyle tıbbi inceleme yapılmasına karar vermek zorundadır. Davada gerçeğe ulaşmak için tekniğin tüm imkânlarından yararlanılmalıdır¹⁴. Şu halde soybağı davalarında karar verilebilmesi için insan

¹¹ ZPO § 372a: "(1) Soybağının tespitin zorunlu olması halinde, herkes muayenelere, özellikle kan örneği alınmasına, katlanmak zorundadır; meğerki muayene, muayene olandan beklenemez olsun.

(2) 386 ilâ 390 arası maddeler kıyasen uygulanır. Muayenenin haksız ve tekrar eder şekilde reddi halinde, doğrudan zor kullanımına, özellikle muayenenin zor kullanarak icrasına karar verilebilir".

¹² Stein/Jonas, Kommentar ZPO, Band 5, 22. Auflage, Tübingen 2006, 433; Ahrens, Hans Jürgen, Der Beweis im Zivilprozess, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015, 553.

¹³ Adolphsen, Jens, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2014, 229-230.

¹⁴ YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ E. 2008/18852 K. 2009/623 T. 26.1.2009 "Babalık davası, soybağı ilişkisinin kuşkuya yer bırakmayacak nispette açığa çıkarılması halinde kabul edilebilir. Hâkim, maddi olguları resen araştırır.(TMK madde 284) Bu konuda tıbbin tüm imkânlarından yararlanılmalıdır. Soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve inceleme taraflar ve üçüncü kişiler rıza

bedeni üzerinde inceleme yapılması yasal olarak düzenlenmiş haldedir.

C. Cinsiyet Değişikliği Davaları

Cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin, hukuk sistemi içerisinde izlemesi gereken usul Türk Medeni Kanunu'nun 40'ncü maddesinde düzenlenmiştir. Madde iki aşamalı bir sistem öngörmüştür. Buna göre kişi, öncelikle mahkemeye başvurarak cinsiyet değişikliğine izin verilmesini talep etmelidir. Mahkeme cinsiyet değişikliğine izin verebilmek için, kişinin 18 yaşını doldurmuş olması ve evli olmaması şartlarının yanında transseksüel yapısı nedeniyle cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğu ile üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olduğunu, bir sağlık kurulu raporu ile belgelendirmesini aramalıdır. Bu şartların sağlanmasından sonra mahkeme kişiye cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmesi için gerekli izni verir. Daha sonra kişi cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirdiğine dair sağlık kurulu raporunu mahkemeye sunar ve mahkeme nüfus sicilinin düzeltilmesine karar verir¹⁵.

Hâkimin cinsiyet değişiklik talebini kabul edebilmesi için belli hususların sağlık kurulu raporu ile ispatlanması gerekmektedir. Sağlık kurulu raporu ise, tıbbi bilirkişinin insan bedeni üzerinde inceleme yapması ve bu incelemenin neticelerini rapor haline getirmesi ile meydana gelmektedir. Sağlık kurulu raporunda yer alacak kişinin transseksüel yapıda olduğu, bu nedenle cinsiyet değişikliğinin bir zorunluluk olduğuna dair tespit psikolojik inceleme; üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olduğuna ilişkin tespit ise fiziki inceleme neticesinde yapılmaktadır.

İnsan bedeni üzerinde yapılacak incelemede hâkimin, inceleme konusu olan kişiyle teması hiçbir zaman kopmamaktadır. Nitekim cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin, cinsiyet değişikliği operasyonundan önce hâkim izni almasını şart koyan kanun koyucu, hâkimin inceleme konusu olan kişiyle temasını hiçbir zaman kesmemesini ve kişiyi bizzat gözlemleyerek bu duruma karar vermesini öngörmüştür¹⁶. Bu nedenle, hâkim, tıbbi bilirkişi raporuyla birlikte kişinin

göstermekle yükümlüdürler.(TMK madde 284/2) Bu bakımdan Türk Medeni Kanununun 284. maddesi uyarınca, her türlü tıbbi ve benzerlik testleri yapılmalı, baba olduğu iddia edilen kişinin % 99.73 oranından daha az ihtimalle baba olacağı belirlenmiş ise D.N.A tipleme yapılması imkânı araştırılmalı, davalıların miras bırakanının baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp, delillerin hep birlikte serbestçe takdiri yoluna gidilmelidir. Bu yönlerin gözetilmemesi de doğru bulunmamıştır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t. 11.04.2017).

¹⁵ Gençcan, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, Cilt 2, 389 vd.

¹⁶ Maddenin Hükümet Gerekçesi: “Madde bu şekli ile mahkemeye, kişinin cinsiyetinin değiştirilmesi sonucu nüfus sicilinde değişiklik yapma konusunda bir takdir yetkisi vermemekte, mahkemeyi adeta bir onay makamı haline getirmelidir. Bu amaçla yeni

davranışları ve ruhsal gelişimine dair izlenimlerini birlikte değerlendirecek ve cinsiyet değişikliğine dair kararını verir.

D. Akıl Sağlığına İlişkin İnceleme Yapılan Davalar

Özel hukuk, kişi iradelerine hukuki sonuç bağlayan ve bu iradelerin açıklanmasıyla oluşan bir disiplindir. Bu nedenle iradelerin sağlıklı olup olmadığının tespiti hukuk düzeni açısından önemlidir. Diğer taraftan kişinin normal kabul edilenden farklı hal ve hareketler sergilemesi kendisi, yakın çevresi ve tüm toplum için sorun teşkil etmektedir. Bu gibi hallerde durumdan etkilenecek tüm tarafları koruyucu önlemlere ihtiyaç vardır. Her iki durumda da mahkemenin, talep sonucuna dair karar verebilmesi ya da kanunun aradığı şartların varlığını tespit edebilmesi için kişinin ayırt etme gücünü, akıl zayıflığını ya da akıl sağlığını tespit etmesi gerekmektedir. Buna dair yapılacak incelemeler de insan bedeni üzerinde inceleme olarak kabul edilir.

Türk Medeni Kanunu'nun 165'nci maddesine göre, akıl hastalığı nedeniyle açılan boşanma davasında, talebin kabul edilebilmesi için, hastalığın geçmeyeceğine dair resmi sağlık kurulu raporunun varlığı gerekmektedir. Bu yönde alınmış bir rapor olmaksızın hâkimin boşanma kararı vermesi mümkün değildir¹⁷.

Kişinin akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanabilmesi için karar ancak resmi sağlık kurulu raporuna dayanılarak verilebilir (TMK m. 409). Bu şekilde kısıtlanmış olan kişi üzerinden vesayet kaldırılması da ancak buna ilişkin alınmış resmi sağlık kurulu raporuyla mümkün olmaktadır (TMK m.474). Sonuç olarak mahkemenin kişinin akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle vesayet altına alınmasına karar vermesi veya vesayet altına alınma kararının kaldırılması için mutlaka sağlık kurulu raporu alınmış olmalıdır¹⁸.

Türk Medeni Kanunu'nda insan bedeni üzerinde inceleme yapılması suretiyle alınacak sağlık kurulu raporunun zorunlu olduğu diğer bir müessese ise, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasıdır. Kanunun 436'nci maddesine göre kişinin akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol, uyuşturucu madde bağımlılığı veya ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık nedeniyle kısıtlanabilmesi için bu durumların varlığına dair resmi sağlık kurulu almak zorunludur¹⁹.

düzenlemede cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin bu değişikliğe gitmeden önce bizzat mahkemeye başvurması zorunlu kılınmış; mahkemenin böyle bir izni verebilmesi bazı koşullara bağlanmak suretiyle yürürlükteki 29'ncü maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi gelişigüzel cinsiyet değişikliklerinin önüne geçilmek istenmiştir''.

¹⁷ Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, 402; Oğuzman, Kemal/ Dural, Mustafa, Aile Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, 122.

¹⁸ Gençcan, Ömer Uğur, Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 399.

¹⁹ Dağlı, Mehmet, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, 97.

III. CEZA MUHALEMESİNDE İNSAN BEDENİ ÜZERİNDE İNCELEME

Ceza muhakemesinde insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasına dair Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75, 76 ve 77'nci maddeleri ile Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerle hem şüpheli ya da sanığın hem de diğer kişilerin iç ve dış beden muayeneleri ile vücutlarından örnek alınması hükme bağlanmıştır. Böylelikle iç beden muayenesi olarak kabul edilen kafa, göğüs, karın boşlukları ve cilt alt dokularının incelenmesi (BMY m. 3) ile cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene (CMK m. 75/4) yanında vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi şeklinde gerçekleşen dış beden muayenesine (BMY m.3) de hukuki bir dayanak oluşturulmaktadır. Bununla beraber bu düzenlemelerin bir kısmının kanunla yapılmayıp yönetmeliğe bırakılmış olması çokça eleştirilen ve Anayasa'ya aykırı bulunan bir durumdur²⁰. Zira insan bedeni üzerinde yapılacak bir tıbbî inceleme her ne kadar bir suçun aydınlatılması ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla yapılsa da vücut bütünlüğünü tehdit etmektedir. Anayasa'nın 17'nci maddesinde "*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*" denilmektedir. Öyleyse ceza muhakemesi çerçevesinde insan bedeni üzerinde yapılacak inceleme kanunla düzenlenmediği sürece anayasaya aykırı bir müdahale niteliğinde olmaktadır.

Beden muayenesi ve insan bedeninden örnek alma, işlenen bir suçun aydınlatılması ve delillerin anlamlandırılması için delil elde etme amacıyla yapılır²¹. Ancak yapılabilmesi için bir takım şartların varlığı aranmaktadır. Bir başka deyişle kamu yararı gerekçesiyle vücut bütünlüğünün ihlal edilebilmesi için belirli koşulların oluşması gerekmektedir²². Bu koşullardan bazıları ceza muhakemesinin kendi amaç ve şartları gereği aranmakla beraber, beden incelemesi yapabilmek için aranan bazı şartlar kişilik hakları ve insan onurunu korumaya yöneliktir. Bu bakımdan üzerinde durulması gereken ilk şart ölçülülük ya da orantılılık şeklinde ifade edilen suçun ağırlığının vücut muayenesini gerekli göstermesidir²³. Beden muayenesi ile elde edilecek yarar, vücut bütünlüğüne müdahale etmeyi haklı kılacak ölçüde olmalıdır. Beden muayenesinin yapılabilmesi için aranan bir diğer şart ise yapılacak tıbbî müdahalenin sağlık

²⁰ Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 283. Mahmutoğlu, F. S. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, 4 (<http://fsmahmutoglu.av.tr>, 16.05.2017).

²¹ Mahmutoğlu, 4; Ünver/Hakeri, 283.

²² Akbulut, Berrin, "Dış Beden Muayenesi", TAAD, Y. 2016, S.27, 96-111, Apış, Özge, "Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması", MÜHF-HAD, Y. 2012, C.18, S. 1, 278-289.

²³ Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, 2005, 241; Mahmutoğlu, 9.

açısından bir tehlike yaratmayacak olmasıdır²⁴. Her ne kadar kamu yararı söz konusu olsa da insan bedenine zarar vererek bir sonuca ulaşmak insan hakları açısından kabul edilemez. Bununla beraber muayenenin, sağlık açısından bir sakınca taşıyıp taşımadığı hem müdahale şekli hem de şüpheli ya da sanığın durumuna göre bilirkişi yardımıyla tespit edilmelidir²⁵.

Müdahalenin kim tarafından yapılacağı da insan bedeni üzerinde muayene açısından önem arz eden noktalardan biridir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75/3'üncü maddesinde ve Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde muayene ve incelemenin tabip ya da sağlık personeline yapılacağı hükme bağlanmıştır. Öyleyse hâkim, savcı ya da kolluk, şüpheli ya da sanığın bedenini inceleyemez ve bizzat delil elde edemez; bunu bilirkişi aracılığıyla gerçekleştirmesi gerekir²⁶.

Ceza muhakemesinde, kamu yararı ve kamusalılık karakterinin baskın olmasının bir sonucu olarak beden muayenesi için şahsın rızası aranmaz. Bu konuda verilmiş bir hâkim kararının olması halinde kişinin rızası olmasa dahi gerekirse zorla beden muayenesi yapılabilir (BMY m. 18/1)²⁷.

Ceza muhakemesinde delil elde etmek amacıyla insan bedeninin incelenmesi, açıkça Kanun ve Yönetmelik ile düzenlenmiş ve belirli şartlara bağlanmış haldedir. Bunun yanı sıra bu amaçla yapılacak incelemelerde rıza aranmayacak olması da ayrıca önem taşımaktadır. Ne var ki medeni yargı her ne kadar yargılama hukukunun bir dalı olmak itibarıyla ceza yargısına benzerlik gösterse de insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemeye ilişkin olarak doğrudan bir kıyas yapmak mümkün değildir. Bu durum hem her iki yargılama kolunun farklı ilkelere ve amaçlara sahip olmasından hem de insan bedenine dair yapılacak olan incelemenin kişilik hakkının ihlali niteliği olmasından kaynaklanmaktadır. Zira Anayasa'nın 13'üncü maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Dolayısıyla söz konusu temel hak ve özgürlükler olduğunda kıyas yapmak mümkün olmayacaktır.

IV. İNSAN BEDENİ ÜZERİNDE YAPILACAK İNCELEMENİN NİTELİĞİ

Hâkim, uyumsuzluğun çözülmesi için gerekli olması halinde kişi üzerinde fiziksel ya da ruhsal yönden inceleme yapılmasına karar verebilir. Yapılacak olan bu incelemenin hukuka uygun ve meşru olabilmesi için niteliğinin doğru şekilde belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. İnceleme yapılmasına dair kararı verecek mahkeme ve incelemenin icrasında görev alacak olan tüm kişi, kurum

²⁴ Ünver/Hakeri, 287.

²⁵ Apiş, 284.

²⁶ Ünver/Hakeri, 287.

²⁷ Ünver/Hakeri, 293.

ve organların, medeni yargının hangi müessesesi kapsamında işlem yaptıklarını bilmeleri, hukukun kendilerine çizdiği sınırdaki kalmalarını sağlayacaktır.

Medeni yargıda, insan vücudu üzerinde inceleme yapılmasına dair karar, bu incelemeyle davanın bilinmeyen noktalarının aydınlanması ve hâkimin çözüme yaklaşması amacıyla verilir. İnsan bedeni ya da akli üzerinde yapılacak inceleme, talep şartlarının varlığını tespit etmek ya da maddi vakia hakkında bilgi sahibi olmak amacıyla gerçekleştirilir. Hâkimin, üzerinden bilgi edineceği insanın vücuduna erişmesi ve bilgi toplaması için de, kanunun kendisine bizzat inceleme yapma yetkisi verdiği keşif delilinden yararlanması gerekir.

Keşif, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288 vd. maddelerinde hâkimin, duyu organları yardımıyla uyuşmazlık konusu üzerinde bizzat inceleme yapması olarak tanımlanmaktadır. Hâkim insan bedeni üzerinde yapılacak incelemeleri ancak keşif sınırları içerisinde gerçekleştirebilir. Diğer taraftan hâkimin keşif yapmaksızın bilirkişi incelemesi yapılmasına dair karar vermesi ve yalnız bilirkişi raporuna dayanması, söz konusu inceleme insan bedeni üzerinde olduğunda pek mümkün gözükmemektedir. Her ne kadar yapılacak tıbbi inceleme teknik bilgi gerektiriyor olsa da insan psikolojik, sosyolojik ve hukuki yönleri olan ve bu yönleri itibarıyla de hâkim tarafından değerlendirilmesi gereken bir uyuşmazlık konusudur. Bu nedenle, delil elde etmek amacıyla bilirkişiye başvurulmuş olsa bile, hâkim inceleme konusu olan insanı bizzat görerek değerlendirmelidir. Uygulamada da genellikle, hâkimler bilirkişi incelemesi yönünde karar vermeden önce, kişiyi teşhis amacıyla görmeyi istemektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda insan bedeni üzerinde yapılacak incelemelerin niteliğini belirleyen açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, insan bedeni üzerinde incelemeye dair var olan tek düzenleme olan soybağı tespiti için inceleme (HMK m.292), keşif başlığı altında yer almaktadır. Soybağı için yapılan incelemeler gibi, medeni yargıda yapılacak tüm beden incelemelerini keşif olarak nitelendirmek doğru olacaktır²⁸.

Keşif, hâkimin maddi vakıya ve uyuşmazlık konusuna bizzat duyu organları yardımıyla temas etmesi sonucunda edindiği izlenimleri ve değerlendirmelerini tutanağa geçirmesi ile oluşan takdir bir delildir²⁹. Hâkim, uyuşmazlık konusu üzerinde yapmış olduğu inceleme neticesinde elde etmiş olduğu izlenimlerini ve değerlendirmelerini tutanağa aktarır; bunları delil olarak yargılama

²⁸ Ahrens, 473; Jackel, Holger, Das Beweisrecht der ZPO, 2. Auflage, Stuttgart, 2014, 96.

²⁹ Postacıoğlu İlhan E./Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2015, 752; Yıldırım, Kamil / Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, 370; Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, 317; Atalay, Oğuz, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, 1949; Muşul, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, 424.

sırasında kullanır. Bu nedenle keşif delilinin maddi vakiayı temsil etme gücü zayıftır³⁰. Keşif, diğer taraftan doğrudan hâkimin vakiaya ya da uyuşmazlık konusuna teması neticesinde ortaya çıktığı için, diğer takdiri delillere göre hâkim nezdinde daha önemlidir³¹. Keşif her ne kadar hâkimin uyuşmazlık konusu üzerinde bizzat yapacağı inceleme olsa da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun keşfi düzenleyen maddelerinde hâkimin bilirkişiden yardım alabileceği düzenlenmektedir. Bu yardım bilirkişinin inceleme sırasında sözlü olarak dinlenilmesi şeklinde olabileceği gibi, daha kapsamlı ölçme ya da araştırma gerektiren durumlarda bilirkişiye tetkik yapmak üzere süre vermek ve bilirkişi raporunun bu süre sonunda alınması şeklinde de olabilir (HMK m. 290/2). Yapılacak olan incelemenin keşif niteliğini kaybetmemesi için hâkimin, inceleme konusu ile bağlantısını kesmemesi, inceleme konusunu görmüş olması ve incelemenin kapsamını biliyor olması gerekmektedir. Aksi takdirde hâkimin hiç görmediği uyuşmazlık konusu hakkında bilirkişiye keşif yetkisi vererek inceleme yaptırması ve daha sonra ortaya çıkan bilirkişi raporuna dayanarak keşif tutanağı oluşturması mümkün değildir.

İnsan vücudu üzerinde yapılacak keşif sırasında hâkim bilirkişiden yararlanmak durumundadır. Her ne kadar hâkim, üzerinde inceleme yapılacak kişiyi görse ve incelemenin mahiyeti hakkında bilgi sahibi olsa da yeterli tıbbi bilgiye sahip olmaması nedeniyle bilirkişi yardımına başvurmaksızın inceleme yapamaz. Hâkim, tıbbi bilirkişiye yapılacak incelemede dikkat edilmesi gereken noktaları, incelemenin hangi amaçla yapıldığını ve rapor neticesinde bilmek istediği hususları bildirir (HMK m. 272). Bilirkişi, incelemesinin neticesinde hazırladığı raporu hâkime sunar. Hâkim bilirkişi raporunu, üzerinde inceleme yapılan kişinin durumunu göz önünde tutarak değerlendirir. Netice itibarıyla hâkim, keşif incelemesi sırasında teknik ve özel bilgi gerektirdiği için bilirkişiden yararlanmış olur. Örnek olarak Türk Medeni Kanunu'nun 40'nci maddesinde kişinin cinsiyet değiştirebilmesi için transeksüel yapıda olduğuna dair sağlık kurulu raporu alması gerektiği düzenlenmektedir. Kişinin transeksüel yapıda olup olmadığı hâkimin şahsen anlayabileceği bir durum değildir, bu nedenle bu hususta bilirkişi yardımına başvurması gereklidir. Diğer taraftan hâkimin, cinsiyet değiştirecek kişinin psikolojik ve sosyal açıdan bu durumun önemini kavrayıp kavradığının tespitini yapması gerekmektedir. Bir başka anlatımla, hâkim bilirkişi raporunu, kişi hakkındaki kendi izlenimini, varsa başka delilleri, hukuki bilgilerini kullanarak değerlendirilmelidir³².

³⁰ Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 12.

³¹ Atalay, 1950.

³² Sert, Selin, "Türk Medeni Hukuku'nda Cinsiyet Değiştirme". TBB Dergisi, 2015, S.118, 253; 2. HD, E. 2002/3556 K. 2002/4451 T. 29.3.2002.

İnsan vücudu üzerinde yapılacak keşif incelemesinin teknik inceleme ve özel bilgi gerektirmesi halinde hâkimin bilirkişiden yararlanacağı kuşkusuzdur. Bununla beraber, insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin bilirkişi yardımına başvurmaksızın hâkimin bizzat yapacağı inceleme ile çözmesinin mümkün olup olmadığı hususu, üzerinde durulmalıdır. Örneğin hâkimin, bakmakta olduğu bir tazminat davasında, davacının trafik kazasında kolunun yaralanmasından dolayı talep ettiği tazminata hükmedebilmesi için bilirkişiden yararlanmak mecburiyetinde olduğuna dair bir hüküm mevcut değildir. Kendi yapmış olduğu keşif neticesinde kişinin kolunun yaralanmış olduğu tespit edebiliyorsa ve bu zararlar trafik kazası arasında illiyet bağı kurmasına yarayacak başka deliller mevcutsa, hâkimin bu eksikliğin tespiti için ayrıca bilirkişiye başvurmasına gerek yoktur. Zira bilirkişi incelemesi, kanunda yalnızca özel ve teknik bilgi gerektiren konularda başvurulacak bir müessese olarak düzenlenmiş; hâkimin, genel bilgi ya da tecrübeyle veya hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözülecek konularda bilirkişiye başvurması yasaklanmıştır (HMK m. 266). Bu genel düzenlemenin dışında özel kanun hükümleri ya da içtihatların gereği olarak bilirkişiye başvurmanın zorunlu tutulduğu haller olsa da insan bedeni üzerinde yapılacak inceleme bu hallerden değildir³³. Öyleyse hâkim, bir bakışta anlaşılabilen ve genel bilgiyle değerlendirilmesi yapılabilen hallerde sadece incelemenin insan bedeni üzerinde olmasından dolayı bilirkişiye başvurmak zorunda değildir³⁴. Ancak yaralı bir kolun kişinin yaptığı iş ve sosyal hayatı göz önünde tutularak nasıl bir zarara neden olduğu ya da tedavi masrafları, iyileşme ihtimali gibi tazminat miktarına etki edecek başka araştırma hususları için bilirkişiden yardım alınması gerekebilir. Her ne kadar, inceleme konusu hakkında hâkim bir bakışta kanaat sahibi olsa da, bu kanaate dayanarak değerlendirme yapması her zaman mümkün değildir. Zira incelenecek unsurun niteliği, sebebi ve sonucu tıbbi bilgi olmaksızın anlaşılabilir olamaz. Uygulamada da insan bedeni üzerinde yapılacak incelemelerde hemen her zaman bilirkişiye ihtiyaç duyulmaktadır.

V. İNSAN BEDENİ ÜZERİNDE İNCELEMENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Keşif kararı talep üzerine ya da resen alınabilir (HMK m. 288). İnsan bedeni üzerinde inceleme yapılmasına dair kararı da hâkim, taraflardan birinin talebi üzerine ya da uyuşmazlığın çözümü için gerekli görmesi halinde kendiliğinden alabilir. Keşif, keşif kararında belirtilmiş olan zamanda gerçekleştirilir. Bu bakımdan bir keşif kararı almaksızın, insan bedeni üzerinde incelemenin de keşif olarak değerlendirilmesi söz konusu olamaz. Örneğin, yargılama dışında yapılmış olan bir DNA testi sonucu ya da zarar tespitini içeren bir sağlık raporu,

³³ Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 797.

³⁴ Müller, Heinrich Andreas, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich, 2016, 1471.

daha sonra açılmış olan davada keşif delili olarak kabul edilemez³⁵. İnsan bedeni üzerinde yapılan inceleme sonucunun keşif olarak yargılama sırasında kullanılabilmesi için, incelemenin bu yönde verilen bir karar neticesinde ve hâkim gözetiminde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.

Keşfin, bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu ancak gerekli hallerde bilirkişiden yardım alınacağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir (m. 288). İnsan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin doğrudan hâkim tarafından icra edilmesi yalnızca dışardan bakıldığında değerlendirilmesi mümkün olan istisnai durumlarda söz konusu olabilir³⁶. İnsan bedeni üzerinde yapılacak olan keşif incelemelerinin çoğunda hâkimin, bilirkişiden yardım alması gerekmektedir³⁷. Bu zorunluluk hem insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin teknik ve özel bilgi gerektirmesinden (HMK m. 266) hem de tıbbi incelemelerin sağlık memuru tarafından yapılmasının gerekliliğinden kaynaklanmaktadır³⁸. Yapılacak olan tıbbi incelemeler için Adli Tıp Kurumu resmi bilirkişi olarak kanun tarafından görevlendirilmiş durumdadır (2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 1)³⁹. Tıbbi bilirkişi, hâkimin belirlemiş olduğu kapsam ve sınır dâhilinde insan bedeni üzerinde incelemeyi gerçekleştirmelidir (Bilirkişilik Kanunu, m. 3/6).

³⁵ Schweighauser, Jonas, ZPO Kommentar, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, 2016, 2233.

³⁶ Müller, 1471; Weibel, Thomas/ Walz, Claudia, ZPO Kommentar,3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, 1361.

³⁷ Atalay, Oğuz, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, 1917,1918, 1923; 21. HD, E. 2009/6548, K. 2010/5592, T. 11.5.2010 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 25.09.2017).

³⁸ Medeni yargıda delil elde edilmesi amacıyla yapılacak tıbbi incelemelere dair özel bir hüküm olmadığından, bu incelemelerin sağlık memuru tarafından yapılmasının gerekliliği de açıkça ve ayrıca düzenlenmiş değildir. Ancak Ceza Muhakemesi'nde kişilerin iç ve dış beden muayeneleri ile vücutlarından örnek alınması işleri ancak sağlık memuru tarafından gerçekleştirilmektedir (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, m. 4,5,6). Benzer şekilde, tanı ve tedavi amacıyla yapılacak olan tıbbi müdahalelerde de, muayenenin ancak sağlık memuru tarafından yapılacağı kabul edilmektedir (Zengin, Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, 31). Bu hallerde müdahalenin sağlık personeli tarafından yapılması bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu durumlarda olduğu gibi medeni yargıda yapılan incelemelerin de sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesi asıl olmalıdır. İncelemenin bu konuda eğitim almış ve yetkili tıbbi bilirkişiye yaptırılması, kişilik hakları ve insan onuru bakımından da koruyucu olacaktır.

³⁹ Tıbbi incelemelerde raporun Adli Tıp Kurumu ya da üniversitelerin adli tıp bölümlerinden alınmasının, denetlenebilirlik ve güvenilirlik açısından gerekli olduğuna dair: 17. HD, E. 2014/16885, K. 2016/10549, T. 17.11.2016; 17. HD, E. 2016/1236, K. 2016/3357, T. 16.3.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 25.09.2017).

Davanın aydınlatılması için gerekli olan ve hâkimin kapsamını belirlemiş olduğu incelemenin gerektirdiği müdahale türü, bilirkişi tarafından tespit ve icra edilmektedir. Buna göre inceleme gözle ya da elle yapılabilir; gerektirmesi halinde ise bedenden örnek alınır⁴⁰. Fiziksel incelemenin yanı sıra, boşanma, vesayet ya da cinsiyet değişikliği davalarında veya uğranılan zararın tespiti amacıyla kişinin ruhsal yönden incelenmesi de söz konusu olmaktadır. Ruhsal yönden yapılacak olan incelemeler, fiziksel incelemelerden farklı olarak, genellikle kişinin belli bir süre gözlem altında tutulmasını gerektirmektedir. Alman medeni usul hukukunda kişinin gözlem altına alınmasını ve bu yolla muayenesine ilişkin FamFG'nin (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit- Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı Davalarına İlişkin Kanun) 284'üncü maddesinde düzenleme bulunmaktadır. Maddede, kişinin hangi koşulla, ne kadar süreyle ve nasıl gözlem altında tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre mahkeme, bu yönde bilirkişi raporu olması halinde, ilgili kişiyi bizzat dinlemiş olmak kaydıyla, koruma ve gözlem altına alma kararı verebilir. Bu işlemin süresi altı haftayı geçemez, ancak bilirkişinin raporunu hazırlayamaması durumunda en fazla üç aya kadar uzatılabilir. Kişinin gözlem altında tutulması, mahkemenin açık kararı olması halinde, zor kullanılarak ve zorla eve girilerek icra edilebilmektedir. Bu işlemlere karşı şikâyet kanun yolunun açık olduğu belirtilmiştir⁴¹. Türk hukukunda ise, kişinin ruhsal incelemesinin yapılması ve bu yönde sağlık kurulu raporu alınması gereken hâllere ilişkin usuli bir düzenleme bulunmamaktadır (TMK 40, 165, 409, 474). Yalnızca Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun, çalışma esaslarının düzenlendiği 23'üncü maddesinde genel olarak Adli Tıp Kurumu'nun nasıl inceleme yapacağı düzenlenmiştir. İnsan bedeni üzerinde inceleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkını düzenleyen 2'nci maddesi, işkence yasağını düzenleyen 3'üncü maddesi, özel hayata saygıyı düzenleyen 8'inci maddesi ile Anayasa'nın kişi dokunulmazlığını koruyan 17'nci maddesi çerçevesinde olmalıdır. Ayrıca tıbbi müdahaleler ve ceza muhakemesinde beden muayenesi açısından kabul edilen sınırlamalar, medeni yargıda yapılacak insan bedeninin incelenmesi için de uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Zira her ne kadar medeni yargıda yapılacak beden incelemesinin amacı diğer incelemelerden farklı olsa da, muayeneye dair sınırlamalar insan hakları ve insan onurunu koruma amacı taşımaktadır. Buna göre; beden muayenesi, ancak gerekli olduğu ve kişinin sağlığı açısından sakınca olmadığı durumlarda gerçekleştirilmelidir⁴².

⁴⁰ Kızırlarlan, Hakan, Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma, Çetin Ofset, Ankara, 2007, 77 vd.

⁴¹ Haußleiter, Martin, FamFG Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck, Münschen, 2017, § 284 Rn. 2-4; Keidel, Theodor/Budde,Lutz, FamFG Kommentar, C.H. Beck, Münschen, 2017, § 284, Rn. 2-8.

⁴² Ünver/Hakeri, 287.

İnsan bedeni üzerinde inceleme, Anayasa’da aranan “kanunen düzenlenmiş olma” şartı nedeniyle yalnızca kanunda belirtilen hallerde mümkün olabilir. Diğer taraftan hâkimin, beden üzerinde inceleme yapılacağına dair açıkça bir kararının da olması gerekmektedir⁴³. Kişinin aydınlatılmış olması da önem taşımaktadır. Tıbbi müdahale açısından bakıldığında aydınlatılmış rıza (aydınlatılmış onam, hukuken geçerli rıza) kişiye yapılacak müdahalenin nasıl ve kim tarafından yapılacağı, riskleri, sonuçları hakkında bilgi verilmesi ve bu durumları bilerek rızanın alınmasıdır⁴⁴. Yargılama içerisinde yapılacak müdahalede kişinin bu hususlar hakkında hâkim ve incelemeyi yapacak hekim tarafından bilgilendirilmesi gerekmektedir. Kişi yapılacak incelemeye mecbur olmadığı ve incelemeye rıza göstermemesi halinde ispat bakımından aleyhine değerlendirilme yapılacağı bilgisine sahip olmalıdır.

VI. TIBBİ DELİL ELDE ETME SIRASINDA İNCELEMAYA KATLANMA ZORUNLULUĞU

A. Genel Olarak Rıza ve İncelemeye Katlanma Zorunluluğu

Tıbbi delil elde etme amacıyla insan bedeni üzerinde yapılacak inceleme aynı zamanda vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşımaktadır. Bu müdahale için, ilgili kişinin rızasının gerekli olup olmadığı hususunun üzerinde durulması gerekmektedir. Rıza kavramı, doktrinde ve pozitif hukukta büyük çoğunlukla tıbbi müdahaleler bağlamında değerlendirilmektedir. Ancak medeni yargıda yapılan insan bedeni üzerinde inceleme, delil elde etme amacını taşımaktadır ve bir keşif işlemi niteliğindedir. Bu nedenle tıbbi delil elde etme sırasında rızanın, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun keşfe katlanma zorunluluğunu düzenleyen 291’inci maddesi açısından incelemesi gerekmektedir. Zira ilgili maddede, yapılacak olan keşif incelemesi karşısında ilgili kişilerin iradesinin değeri ve sonuçlarını düzenlemektedir.

291’inci maddenin ilk fıkrasında, tarafların ve üçüncü kişilerin keşfe katlanmak zorunda oldukları ile keşfi engelleyecek tutum ve davranışlardan kaçınmaları gerektiği düzenlenmiştir. Maddenin diğer fıkralarında keşif incelemesinden kaçınmanın sonuçları ayrı ayrı hükme bağlanmıştır. Biz de bu ayrıma bağlı kalarak, tarafların ve üçüncü kişilerin keşfe katlanma zorunluluğunu ayrı ayrı inceleyeceğiz.

⁴³ Bumiller Ursula/ Harders, Dirk/ Schwamb, Werner, FamFG Kommentar, 11. Auflage, C.H. Beck, Münschen, 2015, § 283 Rn. 2, § 284 Rn. 4-6.

⁴⁴ Zengin, Mehmet Ali, Biyolojik Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 41; Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD Y. 2003, C.2, S. 3, 64 vd.

B. Taraflar Bakımından İncelemeye Katlanma Zorunluluğu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, ispat yükü üzerine düşen tarafın keşif yapılmasına karşı koyması halinde, bu durumun ispat yükü açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. İspat yükü, hâkimin, iddiada bulunmuş ancak bu iddiasını ispatlamamış taraf aleyhine karar verebilmesine olanak sağlayan bir yüküdür⁴⁵. Buna göre, keşfe karşı koyan taraf ispat yükü üzerine düşen tarafı keşif delilinden vazgeçmiş; diğer tarafı iddia edilen vakıaları kabul etmiş sayılmalıdır. Dolayısıyla, medeni yargıda beden muayenesine izin verilmemesi durumunu, hâkim delillerin değerlendirilmesi aşamasında göz önünde tutar. Örneğin, bir trafik kazasında bedensel zarara uğradığını iddia eden davacı, beden muayenesinden kaçınması halinde, keşif delilinden vazgeçmiş ve bu yolla iddiasını ispat edememiş sayılır.

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 160'uncü maddesinde de kişilerin keşif incelemesine katlanmak zorunda oldukları belirtilmiştir. 164'üncü maddede ise, haksız olarak keşif incelemesinden kaçınılması halinde, bu durumun delillerin değerlendirilmesinde göz önüne alınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle İsviçre hukukunda da Türk hukukundaki gibi, kişinin incelemeye zorlanması mümkün değildir⁴⁶. Bu durum, bedeni üzerinde inceleme yapılmasına izin vermemiş dolayısıyla delillerin toplanmasında işbirliği yapmamış olan kişinin aleyhine değerlendirilir⁴⁷. İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 163'üncü maddesinde, taraflarla belli yakınlık derecesinde olan kişilerin incelemeden kaçınabileceği de düzenlenmiştir. Bu sebeplerden birinin varlığı halinde, keşfe katlanma zorunluluğu söz konusu olmaz ve kişi delillerin değerlendirilmesinde dezavantajlı konuma düşmez⁴⁸.

Alman Medeni Usul Kanunu'nda keşfin düzenlendiği 371'inci maddenin 3'üncü fıkrasına göre de taraflardan birinin, keşif yapılmasını kabul etmemesi halinde, bu durum delillerin değerlendirilmesinde göz önünde tutulur. Dolayısıyla, Alman hukukunda da taraflardan birinin keşiften kaçınması ispat yükü bakımından değerlendirilmektedir. Ancak elbette kaçınmanın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı hâkim tarafından göz önünde tutulur⁴⁹.

⁴⁵ Umar/Yılmaz, (1980), 3; Atalay, (2017), 1694; Taşpınar, (2001), 160; Kuru, (2016), 320; Postacıoğlu/Altay, (2015), 570.

⁴⁶ Weibel/Walz, 1363; Müller, 1294.

⁴⁷ Rüetschi, Sven, ZPO Berner Kommentar, Stampfli Verlag, Zürich, 2012, 1754, 1770.

⁴⁸ Rüetschi, 1769.

⁴⁹ Rauscher, Thomas/ Krüger, Wolfgang, Münchener Kommentar ZPO, Verlag C.H. Beck, München, 2013, Band 2, § 371 Rn. 28; Musielak, Hans-Joachim/ Voit, Wolfgang, ZPO Kommentar, Verlag Franz Vahlen, Münschen, 2017, § 371, Rn. 20.

Anglo-sakson hukuk sistemlerine dâhil olan ABD, İngiltere ve Kanada gibi ülkelerde ise ilgili taraf mahkeme tarafından beden incelemesine, kan testi veya DNA testi gibi testlere hukuken zorlanabilmekte; ancak bu zorlama testlerin zor kullanılarak yapılabilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Buna göre mahkemenin bu testlere karar vermesi fakat ilgili tarafın buna uymayı haklı neden olmadan reddetmesi halinde mahkeme bu durumu testi reddeden tarafın aleyhine delil olarak kullanabilmekte; hatta duruma göre bu davranış mahkeme kararına itaat etmeme suçu (contempt) oluşturmakta ve kişi mahkemece cezalandırılabilir. Tüm bu bakımından mahkemenin (hâkimin) geniş takdir yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁰.

Taraflardan birinin incelemeden kaçınması, delillerin değerlendirilmesi bakımından bu kişinin aleyhine yorumlanmaktadır. Bu nedenle kişinin bu ağır sonuçla karşılaşmadan önce bilgilendirilmesi önem taşımaktadır. İncelemeye katlanmaması halinde, hâkimin bu durumu nasıl değerlendireceğinin, kısacası incelemeye katlanma zorunluluğunun kapsamının ve sonuçlarının ilgili tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, engelleme amacını taşımayan itiraz ve çekincelerin keşfe karşı koyma olarak değerlendirilmemesi ve keşfin gerçekleştirilmesi için her türlü önlemin alınması gerekmektedir. Yargıtay da aldığı bir kararda *“keşif tutanağında, hâkimin keşfin düzenini sağlamak için hangi tedbirleri aldığı, hangi uyarıları yaptığı ve bunlara uyulmaması halinde neticesinin ne olacağı konusunda tarafları uyardığı hususlarında bir kayıt bulunmamaktadır. Keşfin sağlıklı yapılmasını engelleyen her tutum ve davranış doğrudan keşif deliline dayanmaktan vazgeçmiş sayılma sonucunu doğuracağını kabul etmek adil yargılanma hakkı ile örtüşmeyeceği gibi, böyle bir sonuç 6100 sayılı HMK'nın 291. maddesinin amacına da uygun değildir”* diyerek bu duruma işaret etmiştir⁵¹.

Tarafların keşiften kaçındığı her durumun ispat yükü bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulması isabetli değildir. Zira kendisi için keşfe katlanmanın külfeti, durumun aleyhine değerlendirilmesi nedeniyle meydana gelecek zarardan daha ağır olarsa, taraf keşif delilinden vazgeçmeyi ya da vakıyı ikrar etmiş sayılmayı göze alır. Bu durumu göz ardı ederek ya da kişiyi cezalandırıcısına aleyhine sonuç çıkarmaya çalışmak yargılamanın temel amacı ve adil yargılanma hakkı ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla hâkimin

⁵⁰ Greenberg, LW, Family Law in California, CreateSpace Independent Publishing, 2016, 513; Foote, Caleb/ Levy, Robert/Sander, Frank, Cases and Materials on Family Law, Little, Brown and Company, 1966, 48; Örnek olarak bakınız: Kanada: Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, 17.2; Avustralya: Family Law Act 1975 No.53, 69W; İngiltere: Family Law Reform Act 1969, 21-23; Yeni Zelanda: Family Proceedings Act 1980, 57; Güney Afrika Cumhuriyeti: Children's Status Act 2006, 10.

⁵¹ 16. HD, E. 2014/12442, K. 2014/10058, T. 16.9.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 02.10.2017).

durumun koşullarına göre keşfe engel tutum ve davranışları değerlendirmesi gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291'inci maddesinin 2'nci fıkrasında da hükmün, duruma ve karşı koyma sebebine göre uygulanacağı ifade edilmektedir. Şu halde, incelemeden kaçınan kişi delillerin takdiri bakımından mutlak olarak dezavantajlı durumda olduğu kabul edilmemeli, hâkim tarafından mevcut duruma göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

C. Kamu Düzeninden Kaynaklanan Davalarda İncelemeye Katılma Zorunluluğu

Yukarıda taraflardan birinin keşiften kaçınması halinde zor kullanılarak keşif yapılamayacağı, durumun yalnızca delillerin değerlendirilmesi bakımından göz önüne alınacağı belirtildi. Bu durum Medeni Usul Hukuku'na hâkim olan taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucudur (HMK m. 25). Bu ilkeye göre hâkim, taraflarca ileri sürülmeyen delilleri araştırmaz ve bunlara dayanarak hüküm tesis edemez. Bir tarafın bedeni üzerinde inceleme yapılmasına rıza göstermemesi halinde ise bu ilke gereğince hâkimin, bu delile ulaşmaya çalışma yani zor kullanma yetkisi ve ödevi söz konusu değildir. Taraflarca getirilme ilkesinin istisnasını kamu düzenini ilgilendiren davalar oluşturmaktadır ve bu davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanmaktadır⁵². Kamu düzeninin söz konusu olduğu davalarda, hâkimin delile kendiliğinden ulaşmaya dair görev ve yetkisinden dolayı, kişilerin rızası olmasa bile insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasına karar verilebilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesinde soybağının tespiti için yapılacak incelemelerde, taraflardan birinin bu incelemeden kaçınması halinde, zor kullanılabileceği düzenlenmektedir. Buna göre hâkim, babalık davası (TMK m. 301), soybağının reddi davası (TMK m. 285) ve soybağına itiraz davasında (TMK m. 294,297), tarafın keşiften kaçınması haklı bir nedene dayanmıyorsa zor kullanarak beden incelemesi yapılması kararı vermelidir. Bununla birlikte, zor kullanılabilmesi için maddede üç tane ölçüt getirilmiştir. Bunlardan ilki yapılacak olan incelemenin uyumsuzluğunun çözümü bakımından zorunlu olmasıdır. Zira bu inceleme vücut bütünlüğünün ve kişilik hakkının ihlali niteliğinde olacağından, hâkimin bu yönde karar verirken dikkatli olması gerekmektedir. Soybağıyla ilgili açılan her davada hâkimin diğer delilleri değerlendirmeden ve belli ölçüde kanaate sahip olmadan kişilerin soybağının tespiti için incelemeye göndermesi isabetli değildir⁵³. İncelemenin bilimsel verilere uygun olarak gerçekleştirilmesi, hâkimin bu yönde karar belirtilmiş son

⁵² Erdönmez, Güray, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, 805; Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2013, 277.

⁵³ Erten, Rifat/Acır, Birsen/Taşveren, Sema, "Gen Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", AÜHFD, Y. 1996, S.1-4; 578; Duran, 82.

şart ise, yapılacak müdahalenin sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamasıdır. Her ne kadar kamu düzeni nedeniyle, hâkim soybağı davalarında doğrudan zor kullanarak inceleme yapabilse de bu durum ancak bu koşulların bir arada bulunması halinde mümkün olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 405'inci maddesinde düzenlenmiş olan akıl sağlığı ve akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlama, zor kullanılarak beden incelemesi yapılabilecek durumlardan biridir. Yargıtay da bir kararında "TMK m. 405'den kaynaklanan vesayete ilişkin davalar resen yürütülen davalardır. Hâkimin bu gibi davalarda resen delil toplaması esası geçerlidir. Kaldı ki, TMK m. 405 uyarınca davacının vesayeti gerektirir bir durumunun bulunup bulunmadığını belirleme açısından, resmi sağlık kurulu raporu almasında yasal zorunluluk bulunmaktadır (TMK m. 409/2). Bu nedenle, muhik bir sebep olmaksızın, rapor için hastaneye gitmekten imtina eden davacının kolluk marifetiyle hastaneye sekinde usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır" ifadesiyle vesayete ilişkin davalarda zor kullanılabileceğini belirtmiştir⁵⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun kısıtlanmaya ilişkin usul hükümlerini düzenleyen 409'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle verilecek kısıtlama kararlarından önce mutlaka resmi sağlık kurulu raporu alınması gerektiği belirtilmektedir⁵⁵.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 372a maddesinde de soybağı davalarında zor kullanılabileceği açıkça düzenlenmiş durumdadır⁵⁶. Ancak bu şekilde inceleme yapılabilmesi için, incelemenin gerekli olması⁵⁷ ve ilgililerin bu incelemeye katlanmasının beklenebilir olması⁵⁸ şartları aranmaktadır. Alman medeni yargısında zorla insan bedeni üzerinde inceleme yapılacak bir diğer hal, FamFG'de yer almaktadır. Kanun'un 283'üncü maddesinde kanun kapsamındaki davalarda⁵⁹ zor kullanılarak inceleme yapılması ve 284'üncü maddesinde bu incelemeler için gerekli olması halinde ilgilinin gözlem altında tutulması düzenlenmiş durumdadır. Ancak zorla kişi üzerinde inceleme yapılması için mahkemenin bu yönde, ayrı ve açık bir kararı aranmaktadır⁶⁰.

⁵⁴ HGK, E. 2013/2-1738, K. 2014/114, T. 19.2.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 03.10.2017).

⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, 405; Gençcan, 1849.

⁵⁶ ZPO § 372a (2): "Muayenenin haksız ve tekrar eder şekilde reddi halinde, doğrudan zor kullanımına, özellikle muayenenin zor kullanarak icrasına karar verilebilir".

⁵⁷ Rauscher/ Krüger, § 372a Rn. 4-12.

⁵⁸ Rauscher/Krüger, § 372a Rn. 13-16; Stein/Jonas/Berger, Kommentar ZPO IV, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, § 372a Rn. 8.

⁵⁹ FamFG § 1: "Bu kanun, aile hukuku ve çekişmesiz yargı konularına ilişkin davalarda, federal yasa tarafından mahkemelerin yetkisine bırakılmış durumlarda uygulanır".

⁶⁰ Bumiller Ursula/ Haders, Dirk/ Schwamb, Werner, § 283 Rn. 2, § 284 Rn. 4-6; Haußleiter, Martin, § 283 Rn. 4-6, § 284 Rn. 10.

İsviçre medeni yargılama hukukunda tarafların bedeni üzerinde zor kullanılarak inceleme yapılabilecek iki durum söz konusudur⁶¹. Bunlardan birincisi, Medeni Usul Kanunu'nun 296'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında soybağının aydınlatılması için gerekirse taraflara karşı zor kullanılacağına dair düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, taraflar ve üçüncü kişiler kaçınma hakkından yararlanamaz ve gerekirse kuvvet kullanılarak inceleme gerçekleştirilir. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için, incelemenin gerekli olması ve sağlık yönünden tehlike oluşturmaması gerekmektedir⁶². Zorla incelemenin söz konusu olduğu bir diğer hal ise İsviçre Medeni Kanunu'nun 448'inci maddesinde belirtilmiştir. Vesayet altına alınmaya ilişkin bu hüküm, kişilerin rızası olmasa bile orantılı olarak güç kullanılmasını mümkün kılmaktadır⁶³.

Türk, Alman ve İsviçre medeni yargılarında, zorla beden muayenesinin yapılmasına ancak kanunda açıkça belirtilmiş ve kamu menfaatinin söz konusu olduğu hallerde izin verilmektedir. Bu hallerde dahi, beden muayenesinin gerçekleştirilmesi için, incelemenin gerekli olması ve bu incelemenin sağlık yönünden tehlike yaratmaması şartları aranmaktadır. Gerçekten de, her ne kadar kamu menfaati nedeniyle vücut bütünlüğü ihlal edilmesi bir gereklilik olsa da, bu durumun yalnızca kanunda düzenlenmiş istisnai hallerde ve yine kanunda belirtilmiş sınırlar içerisinde yapılması gerekmektedir.

D. Üçüncü Kişilerin İncelemeye Katılma Zorunluluğu

Yargılamada, tarafların yanı sıra üçüncü kişilerin de bedenlerinin incelenmesi, uyuşmazlığın çözülmesi bakımından gerekli olabilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, üçüncü kişinin bir eşyasının, hakkının ya da bedeninin yargılamada delil olarak kullanılabilmesinin yasal dayanağını oluşturmaktadır. Madde hükmüne göre, incelemenin üçüncü kişi için uygun olan zamanda, bildirilen yer ve tarihte yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte gecikmesinde sakınca olan hallerde bildirim yapılmaksızın keşif yapılması da mümkündür. Maddenin devamında, üçüncü kişinin keşif incelemesinden kaçınmasının yaptırımları düzenlenmiş durumdadır. Buna göre, üçüncü kişi sebep olduğu giderleri ödemeye ve disiplin para cezasına mahkûm edilir. Hâkim gerektiğinde zor kullanılmasına, kuvvet kullanarak inceleme yapılmasına karar verebilir. Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak, keşfe katılma yükümlülüğünden kurtulabilir.

⁶¹ Rüetschi, 1893.

⁶² Baumann, Stefan Pfänder, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich, 2016, 2241; Schweighauser, Jonas, ZPO Kommentar, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2016, 2232.

⁶³ Fassbind, Patrick, ZGB Kommentar, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016, 878.

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 165-167'nci maddelerinde de üçüncü kişilerin keşfe katlanma zorunluluğu düzenlenmiş durumdadır. 167'nci maddede, haklı bir neden olmaksızın keşif incelemesinden kaçınan kişinin para cezası ya da yargılama giderlerini ödemesine karar verilebileceği gibi, hapis cezasına ya da incelemenin zorla icra edilmesine de karar verilebilir. Alman Medeni Usul Hukukunda keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınan üçüncü kişi hakkında ise, ZPO'nun 144'üncü maddesinde yapılan atf nedeniyle 390'ıncı madde uygulanmaktadır⁶⁴. Buna göre, hapis cezası verilmesi ya da zor kullanmak suretiyle keşfin icrası mümkün olmaktadır⁶⁵.

Kanun koyucu soybağının tespitine ilişkin davalarda, herkesin keşfe katlanmak zorunda olduğunu ve üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme hakkının söz konusu olmadığını düzenlemiştir (HMK m. 292). Bu nedenle soybağına ilişkin davalarda, taraflara olduğu gibi, üçüncü kişiye karşı da kuvvet kullanılabilir. Zira bu durumda kişinin vücut bütünlüğü ve mutlak bir hak olan kişilik hakkının karşısında, korunmaya değer bir kamu menfaati söz konusudur. Ancak, kamu düzeninin söz konusu olmadığı dava ve işlerde, zor kullanmak suretiyle üçüncü kişinin bedeninin incelenmesi, üzerinde durulması gereken bir konudur. Örnek olarak, haksız fiil nedeniyle oluşmuş bir bedensel zararda, zarar görenin yakınının manevi tazminat talebinde bulunması durumunda, bedeni üzerinde inceleme yapılacak olan mağdur, üçüncü kişi konumundadır. Mağdurun, beden incelemesine rıza göstermemesi halinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına dayanılarak beden incelemesinin yapılacağını söylemek, çok kolay gözükmemektedir. Zira her ne kadar ilgili madde, üçüncü kişiye karşı kuvvet kullanımına izin verse de, incelemenin vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşıyacağı unutulmamalıdır. Anayasa'nın 17'nci maddesinde, "tıbbi zorunluluklar" ve "kanunda yazılı haller" dışında vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmektedir. Ancak ne var ki 291'inci madde, tüm keşif incelemelerini kapsayan genel bir hükümdür. Yalnızca bu hükme dayanarak, medeni yargıda gereken her durumda insan bedeninin muayene edilebileceğini söylemek, vücut dokunulmazlığı için yetersiz bir koruma sağlamaktadır. Diğer taraftan 291'inci maddede mutlak olarak zorla beden incelemesi yapılması öngörülmüş değildir. Hâkim zor kullanmaya, orantılı ve araştırma için gerekli olması şartıyla karar verebilir⁶⁶. Vücut bütünlüğü ve kişilik hakkının ihlaline neden olacak beden incelemesine karar vermek için ancak bu durumu haklı gösterecek bir menfaat söz konusu olmalıdır. Nitekim kamu menfaatini ilgilendiren uyuşmazlıklarda, üçüncü kişiye karşı zor kullanılması kanun koyucu tarafından öngörülmüş durumdadır.

⁶⁴ Stein/Jonas, § 144 Rn. 32.

⁶⁵ Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, BeckOK ZPO, C.H. Verlag, München, 2017, § 144 Rn.10.

⁶⁶ Higi, Peter, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, 2016, 1361.

Ancak böyle bir menfaatin söz konusu olmadığı medeni usul hukuku uyuşmazlıklarında, zorla üçüncü kişinin beden incelemesinin yapılması isabetli değildir. Bu nedenle 291'inci maddenin 3'üncü fıkrasının uygulanma alanını, yalnızca kanunda belirtilmiş istisnai durumlar ile sınırlı tutmak gerekmektedir.

VI. YASAL DAYANAK GEREKLİLİĞİ

Hâkim ya da bilirkişinin insan bedenini gözlemlemesi, muayene etmesi ya da bedenden örnek alması vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşır. Vücut bütünlüğü, kişilik hakkının kapsamı içinde yer alan ve kişiye, vücuduna yönelik iç ya da dış müdahaleleri bertaraf etme hakkı veren bir kavramdır⁶⁷. Bu kavrama göre insanın, bedeni ve akli üzerinde yapılacak tüm ihlalleri önleme yönünde bir hakkı vardır. Bu hak iç ve uluslararası hukuk kuralları ile de koruma altına alınmıştır. Medeni yargı içerisinde insan bedeni üzerinde yapılacak incelemeler, vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşıdığından, hukuk tarafından belirlenen bu sınırlar içerisinde yapılmalıdır.

1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinde vücut dokunulmazlığı "Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz" demek suretiyle koruma altına alınmış ve müdahale belli şartlara bağlanmıştır. Tıbbî zorunluluk olması, önleme ve tedavi amaçlı müdahalelerde hasta ya da kamu sağlığı için mecburi nitelikte olması olarak anlaşılabilir⁶⁸. Fakat keşif ve bilirkişi incelemesi ile delil elde etmek amaçlandığı için söz konusu müdahalenin tıbbî bir zorunluluk taşıdığından söz edilemez.

Medeni yargıda insan bedenini inceleme yönünde karar verilebilmesi, Anayasa'nın 17'nci maddesine göre bu durumun kanunda öngörülmesi olmasına bağlıdır. Bu hüküm karşısında hâkimin karşılaştığı her durumda, insan bedeninden bir ispat aracı olarak yararlanması ve beden incelemesi yapılması yönünde karar vermesi mümkün değildir. Böyle bir karar için, ilgili durumu düzenleyen kanun maddesinde beden üzerinde inceleme yapılması veya uzman bilirkişiden yararlanılması düzenlenmiş olmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasında özel hayata ve aile hayatına saygı düzenlenmektedir. Özel hayat kavramı hakkında

⁶⁷ Kişinin, hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu kişilik hakkı ona, dışarıdan gelen müdahalelere karşı bir koruma sağlamakla beraber; bu korumayı kendi rızası ile de aşamamaktadır. Vücut bütünlüğünü ihlal edici davranışların kişi tarafından bizzat yapılması ya da başkası tarafından yapılan davranışlara izin vermesi, bunları hukuka uygun hale getirmeyecektir: Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, 104.

⁶⁸ Kirkit, Ecem, Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 158,159.

bir tanımlama yapılmamış olmakla beraber AİHM'ne yapılan başvurular⁶⁹ ve verilen kararlardan anlaşılacağı kadarıyla kişinin beden bütünlüğüne ilişkin durumlar da özel hayat kapsamında değerlendirilmelidir. Mahkemeye göre insan bedeni özel hayatın bir unsurudur⁷⁰; bu nedenle insan bedenine yapılan müdahaleler özel hayata saygıyı ihlal edici niteliktedir ve Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamında değerlendirilir. İnsan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin Sözleşme'ye aykırı olmaması için 8'inci madde sınırları içerisinde yerine getirilmesi gerekmektedir.

Özel hayata saygı hakkını hüküm altına alan 8'inci maddenin 2'nci fıkrasında müdahalenin şartları şu şekilde düzenlenmektedir: "Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir". Bu hükme göre insan bedenine müdahale, kanunda öngörülmüş olması ve belirli durumların varlığı halinde söz konusu olabilir. Öyleyse insan bedeni üzerinde inceleme yapılması yönünde karar verecek olan mahkeme, ön koşul olan kanunda öngörülmüş olma şartını aramalıdır. Bunun dışında incelemenin yapılmasına maddede belirtilmiş ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refah ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olması durumunda karar vermelidir. Sayılan bu şartlar Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan "tıbbi zorunluluk olma" koşulunun daha kapsamlı bir görünümü halindedir. Şöyle ki Anayasa'da zorunluluk olma şartı yalnızca tıbbi müdahaleler⁷¹ için kullanılmış durumdadır. Ancak Sözleşme'deki sınırlar, insan bedenine yapılacak tüm müdahaleleri kapsamaktadır. Buna göre özel hayatın kapsamı içinde yer alan insan bedenine müdahale edebilmek için, müdahalenin kanunda düzenlenmiş olmasının yanı sıra belirtilen şartların varlığı da aranmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye aleyhine vermiş olduğu bir kararında medeni yargıda söz konusu insan bedeni olduğunda hâkimin, inceleme kararı verebilmek için açık ve ayrı yasal dayanakları olması gerektiğine hükmetmiştir⁷². Mahkeme, başvuranın 2-23 Ocak 2003 tarihlerinde Kozan Sulh Hukuk Mahkemesi'nin kararıyla, Adana Ruh Sağlığı ve Hastalıkları

⁶⁹ Costello Robert-Birleşik Krallık Davası, 25 Mart 1993; Peters-Hollanda, 6 Nisan 1994 (<http://www.bailii.org>, e.t. 12.06.2017).

⁷⁰ Y.F-Türkiye Davası, 24209/92, 33. Paragraf (<http://www.globalhealthrights.org>, e.t.12.06.2017).

⁷¹ Tıbbi müdahale kavramı, önleme, tespit etme ve tedavi etme amacıyla vücut bütünlüğüne yapılan müdahaleler için kullanılmaktadır.

⁷² Ümit Bilgiç/Türkiye, 3 Eylül 2013 (hudoc.echr.coe.int e.t. 12.06.2017).

Hastanesi'nde gözlem altına alınmasına dair yaptığı değerlendirmede, insan bedeni üzerinde yapılacak incelemelerle ilgili önemli noktalara işaret etmiştir. Mahkeme, kişinin vesayet altına alınmasına yer olup olmadığına dair inceleme yapılması kararını, Türk Medeni Kanunu'nun 432 vd. maddelerinde düzenlenen koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması hükmüne dayanarak vermiştir. Bu nedenle AİHM, belirtilen yasal hükümlerin, kişinin gözlem altına alınmasına dair kanuni bir dayanak oluşturmadığını belirtmiştir (96. paragraf). Söz konusu insan hakları ve özgürlükler olduğunda mahkemenin, müesseseler arasında kıyas yapması mümkün değildir. Davada hâkimin, şartlarını araştırdığı ve sonucuna hükmedeceği müessesenin –olayda vesayet altına alınma- insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasını açıkça öngörmüş olması halinde bu yönde karar verebilir. Aksi takdirde hâkimin vermiş olduğu insan bedeninin incelenmesi kararı hukuka aykırı olur.

Yukarıda, insan bedeni üzerinde yapılacak incelemelerin, özel hayat kapsamında değerlendirilmesinden dolayı, Sözleşme'nin 8'inci maddesini ihlal ettiğinden söz edilmişti. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi belirtilen kararda ayrıca kişinin 22 gün gözlem altında tutulmasından dolayı Sözleşme'nin 5'inci maddesinin de ihlal edildiğini tespit etmiştir. Özgürlük hakkının yer aldığı bu maddede, hiç kimsenin yasaların öngördüğü usule uygun olmayan şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılmayacağı düzenlenmektedir. Şu halde hukuk hâkimi, bir durumun tetkiki amacıyla kişinin gözlem altında tutulmasına karar veremez. Zira özel hukuk mevzuatlarımızda kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılarak gözlem altında tutulması yalnızca Türk Medeni Kanunu'nun 432 vd. maddelerinde düzenlenen koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kapsamında mümkündür. Bunun dışındaki durumlarda hukuk hâkimi, kişinin belli bir yerde tutulmasına hükmedemez.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiş olduğu kararda ayrıca vesayet altına alınmaya ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 409'uncu maddesini de eleştirmiştir. Bu maddede kişinin akıl sağlığı ve akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanmasına hâkimin ancak resmi sağlık kurulu raporu ile karar vereceği düzenlenmektedir. Ancak Mahkeme'ye göre bu maddede hangi usulün uygulanacağı açıkça düzenlenmediğinden keyfilığe karşı gerekli korumayı sağlayamamaktadır (99-101. Paragraf). Bu nedenle 409'ncü maddeye dayanarak vesayet altına alınma amacıyla yapılacak insan vücudu muayeneleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre hukuka uygun değildir.

Mahkeme, değerlendirmelerinin ileriki kısımlarında Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda gözlem altına alınmayı düzenleyen maddeyi ele almış ve söz konusu düzenlemenin Medeni Kanun'un 409'uncu maddesinden farklı olarak uygulanabilir usulü açıkça öngörmesinden dolayı keyfilığe karşı yeterli koruma derecesi sağlayan, öngörülebilir ve erişilebilir bir yasal dayanak

olduğunu belirtmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi" başlığı altında insan bedeni üzerinde yapılacak her türlü inceleme düzenlenmiştir. Kanunda yapılmış bu düzenlemeler, ceza yargılamasında yapılacak insan bedenini konu alan her türlü incelemeye yasal bir dayanak niteliğindedir. Mahkeme yargılaması sırasında maddi gerçeğe ulaşmak için, insan bedeni üzerinde inceleme kararı verdiğinde, bu karar ve kararın icrası hukuki bir dayanağa sahip olacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi özel hukuk mevzuatlarında hâkimin, davayı kabul etmesi için insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasını gerekli gören hükümler mevcuttur. Bu maddelerde hâkimin bakmakta olduğu davada beden incelemesine karar verebilmesi, bu yönde sağlık kurulu raporu almasına bağlanmıştır. Kanunlarda açık veya zımni şekilde insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasını düzenleyen maddeler bulunmakla birlikte kararının hangi şartlarda verileceğini ve inceleme yapılmasına dair usul ve esasların ne olacağını düzenleyen ayrı bir madde bulunmamaktadır. Yalnızca 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 23'ncü maddesinin C bendinin 2'nci fıkrasında "Adli Tıp Üst Kurulları ve ihtisas kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayeneye çağırabilir ve bunları usulüne göre dinleyebilir, her türlü tetkikatı yapar veya yaptırabilir." şeklinde açıklıktan uzak bir düzenleme mevcuttur. Oysa maddi kanunlarda şartları ve sonuçları öngörülmüş olan bu hallerin yargılama sırasında bir keşif ve bilirkişi incelemesi haline geldiği ve inceleme konusunun insan olması sebebiyle diğer tüm incelemelerin dayanaklarını oluşturan usul maddelerinden ayrı bir maddede düzenlenmesine gerek olduğu açıktır. Zira tüm yargısal inceleme konularından farklı olarak söz konusu insan ve insan bedeni olduğunda hukuk, korunmaya değer bir menfaatle karşı karşıya kalmaktadır. Vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşıyan yargılama işlemlerine yasal dayanak oluşturacak açık ve ayrı bir usul hükmünün olmaması, insan hakları bakımından eksik bir koruma sağlamaktadır.

Hâkimin, her davada ve tüm müesseselerin uygulanmasında Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilmiş "zorunluluk olma" ve "gerekli olma" şartlarının varlığını göz önünde tutması gerekli olduğundan, bu şartların olmaması durumunda insan bedeni üzerinde inceleme yapılması yönünde karar verilemez. Hâkimin bu yönde bir karar verebilmesi için, bu durumun uygulanan maddi hukuk normunda düzenlenmiş, hiç değilse yapılacak olan incelemeye sonuç bağlanmak suretiyle örtülü de olsa ifade edilmiş olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle hâkimin insan bedenini inceleme konusu yapabilmesi, kanunda düzenlenmiş olma şartına bağlıdır. Ancak bu halde en azından pozitif hukuk açısından meşru bir inceleme söz konusu olur. Öte yandan olması gereken hukuk açısından duruma bakıldığında bu incelemelerin yapılmasına dair usuli bir düzenleme eksikliği varlığını korumaktadır. Zira

vücut bütünlüğü mutlak bir kişilik hakkıdır⁷³; bu hakkın ihlali niteliğindeki müdahalelerin hukuka ve insan haklarına uygun olabilmesi için incelemelerin yapılmasına dair usulün erişilebilir ve öngörülebilir biçimde kanun maddesiyle belirlenmiş olması gerekmektedir.

SONUÇ

Medeni yargıda, davanın aydınlatılması için insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasını gerektiren haller söz konusu olabilmektedir. Bu hallerde bedenin incelenmesi ve gözlemlenmesi yapılmakta, netice olarak elde edilen bilgiler uyuşmazlığın çözümünde kullanılmaktadır. Dolayısıyla, insan bedeni, medeni yargı açısından bir ispat aracı haline gelmektedir. İnsan bedeninin yargılamada bu şekilde kullanılması ve üzerinden delil elde edilmesi için, hâkim keşif başvurur. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hâkime, uyuşmazlık konusu üzerinde inceleme yapma yetkisi, keşif delili kapsamında verilmektedir. Bu nedenle insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemelerin, keşif hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin özel bilgi gerektirmesi ve vücut dokunulmazlığından dolayı hemen her zaman keşif sırasında bilirkişi yardımına başvurulmaktadır (HMK m. 288/1, 290/2).

Söz konusu incelemenin keşif ve bilirkişi sınırları içerisinde gerçekleştirilecek olması beraberinde bir takım sorunları da getirmektedir. Zira ilgili hükümler, herhangi bir eşya, yer ya da olaya dair yapılacak olan genel incelemelere ilişkindir. Ne var ki söz konusu insan bedeni olduğunda yargılama hukuku korunması gereken özel bir menfaatle karşı karşıya kalmaktadır. Davanın çözüme kavuşturulması amacı ile dahi olsa, insan bedeninin incelenmesi, vücut bütünlüğüne müdahale ve dolayısıyla mutlak bir kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle incelemenin meşru olarak gerçekleştirilebilmesi için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayata saygıyı düzenleyen 5'inci maddesi ve Anayasa'nın vücut dokunulmazlığını düzenleyen 17'nci maddesi ile birlikte uygulanması gerekmektedir.

İnsan bedeni üzerinde inceleme kararının verilebilmesi için, bu durumun kanunda belirtilmiş ya da hiç değilse yapılacak olan incelemeye sonuç bağlanmak suretiyle değinilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde her durumda hâkimin, inceleme kararı vermesi mümkün değildir. Hâkimin keşif kararı vermeden önce, ilgilileri incelemenin mahiyeti ve incelemeden kaçınmanın yaptırımını konusunda aydınlatması gerekmektedir. Diğer taraftan hâkimin, insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin, bir menfaati

⁷³ Dural, /Öğüz, 104.

ihlal ettiğini sürekli göz önünde tutması ve bu menfaat ihlalinin, inceleme neticesinde elde edilecek yararlar orantılı olması halinde bu yönde karar vermesi isabetli olur. Beden incelemesinden kaçınılması halinde bu durumun haklı bir sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığının, hâkim tarafından göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu durum ispat yükü bakımından yapılacak değerlendirme ya da uygulanacak yaptırımlar açısından önem taşımaktadır. Taraflar ve üçüncü kişilerin zor kullanılarak beden incelemesinin yapılması ise, ancak kanunla bu durumun açıkça öngörülmesi ve kamu menfaatinin söz konusu olması halinde mümkündür.

Olması gereken hukuk açısından duruma bakıldığında ise, Türk Medeni Usul Hukuku'nda insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemelere dayanak oluşturacak bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki keşfe dair hükümler, Anayasa'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin aradığı "kanunen düzenlenmiş olma" şartı için oldukça genel ve belirsiz durumdadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, maddi kanunlarda yer alan "sağlık kurulu raporu alınmalıdır" göndermesinin usul hukuku alanında, erişilebilir, anlaşılır ve insan hakları bakımından yeterli korumayı sağlar bir karşılığının olması gerekmektedir. Zira sağlık kurulu raporunun nasıl alınacağı şu halde belirsiz durumdadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki beden muayenesine ve Alman FamFG'deki beden incelemesi ve gözlem altına alınmaya ilişkin usuli hükümlere benzer bir düzenleme Türk medeni usul hukukunda yoktur. Ancak yapılan beden incelemesinin ve elde edilen delillerin meşru olabilmesi, bu durumun kanunda, açıkça ve insan haklarını koruyucu şekilde düzenlenmesine bağlıdır.

KAYNAKLAR

- Adolphsen, Jens, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2014.
- Ahrens, Hans Jürgen, Der Beweis im Zivilprozess, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015. Akbulut, Berrin, "Dış Beden Muayenesi", TAAD, Y. 2016, S.27, 83-123.
- Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul,2012.
- Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- Apiş, Özge, "Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Şüpheli/Saniğin Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması", MÜHF-HAD, S. 2012, C.18, S. 1, 267-296.
- Baumann, Stefan Pfänder, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich, 2016. Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Budak, Ali Cem, "Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller" , YÜHFD, 2016, C. 3, S. 2 Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu.

Bumiller Ursula/ Harders, Dirk/ Schwamb, Werner, FamFG Kommentar, 11. Auflage, C.H. Beck, Münschen, 2015.

Dağlı, Mehmet, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 1992.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Erten, Rifat/Acır, Birsen/Taşveren, Sema, "Gen Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", AÜHFD, Y. 1996, S.1-4.

Fassbind, Patrick, ZGB Kommentar, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016.

Foot, Caleb/ Levy, Robert/Sander, Frank, Cases and Materials on Family Law, Little, Brown and Company, 1966.

Gaul, Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu, (çev. Doç. Dr. Nevhis Deren Yıldırım), Derleyen: Kâmil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Gençcan, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Gençcan, Ömer Uğur, Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Greenberg, LW, Family Law in California, CreateSpace Independent Publishing, 2016.

Haußleiter, Martin, FamFG Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck, Münschen, 2017.

Higi, Peter, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, 2016.

Karslı, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, Kudret Yayınları, İstanbul, 2001.

Keidel, Theodor/Budde,Lutz, FamFG Kommentar, C.H. Beck, Münschen, 2017.

Kızıllarlan, Hakan, Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Çetin Ofset, Ankara, 2007.

Kirkit, Ecem, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

- Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Mahmutoğlu, F. S. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, (<http://fsmahmutoglu.av.tr>, 16.05.2017).
- Musielak, Hans-Joachim/ Voit, Wolfgang, ZPO Kommentar, Franz Vahlen Verlag, Münschen, 2017.
- Muşul, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Müller, Heinrich Andreas, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich, 2016.
- Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa, Aile Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.
- Özby, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? , 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Pecanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya, Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Postacıoğlu İlhan E./Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2015.
- Rauscher, Thomas/ Krüger, Wolfgang, Münchener Kommentar ZPO, Verlag, München, 2013.
- Rüetschi, Sven; ZPO Berner Kommentar, Stampfli Verlag, Zürich, 2012.
- Schweighauser, Jonas, ZPO Kommentar, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2016.
- Sert, Selin, "Türk Medeni Hukuku'nda Cinsiyet Değişirme". TBB Dergisi, 2015, S.118.
- Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, 22. Auflage, Tübingen, 2006.
- Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, 2005.
- Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları, Ankara, 1999.
- Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Uyumaz, Murat, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, BeckOK ZPO, C.H. Verlag, Münschen, 2017.

Weibel, Thomas, Walz, Claudia, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

Yıldırım, Kamil / Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2013.

Zengin, Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

İnternet Kaynakları

www.tbmm.gov.tr; emsal.yargitay.gov.tr; www.kazanci.com; www.globalhealthrights.org; www.bailii.org; hudoc.echr.coe.int

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Crime of Fulfillment Rigging

İlhan GÜLEL¹

Geliş Tarihi: 19.01.2017

Kabul Tarihi: 07.12.2017

ÖZET

İhale ile amaçlanan serbest rekabet ortamının oluşması ve ekonomik bakımdan en avantajlı teklifin ortaya çıkmasında tarafların ve kamunun ortak menfaati vardır. Özellikle kamu ihalelerinde, ihalenin sağlıklı yapılması ile vergi mükelleflerince finanse edilen bütçe amacına uygun ve verimli olarak harcanmış olur. İhale aşamasından sonra ihaleyi kazanan gerçek veya tüzel kişi veya konsorsiyum ile Devlet arasında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Sözleşmenin ifası sırasında gerçekleştirilen, ihalenin yapılış amacının dışına çıkan ve kişilere haksız çıkar sağlayan eylemler ise genel olarak "edimin ifasına fesat karıştırma" olarak isimlendirilmektedir. Bu tür eylemlerin gerçekleşmesi halinde bozulan ekonomik rekabet ortamı nedeniyle özelde ihalenin tarafları ve katılımcıları, genelde ise Devlet, onu meydana getiren toplum ve giderek bütün ekonomik sistem zarar görmektedir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturan hareketler sayılmak suretiyle, kamu kurum ve kuruluşları ile aynı önemde oldukları varsayılarak kanun koyucu tarafından aynı cezai koruma kapsamına alınan kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütleri ve diğer bir kısım özel hukuk tüzel kişilerinin yaptıkları ihaleler sonrasında kurulan sözleşmedeki edimlerin ifasına fesat karıştırma suç olarak düzenlenerek cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu suçun kamu görevlilerince işlenmesi mümkün olduğu gibi diğer kişilerce de işlenmesi olasıdır. İhaleye ilişkin yasal ve idari düzenlemelerin oluşturduğu ihale mevzuatı, fesat karıştırmaya ilişkin ceza normunun uygulanması ve yorumunda ceza hâkimine yol gösterici nitelikte olduğundan konunun bir bütün olarak incelenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: İhale, ihale mevzuatı, edimin ifasına fesat karıştırma.

ABSTRACT

The parties and the public have common benefits and they have interests in the constitution of the expected free competition environment and occurrence of the most advantageous offer in terms of economy with the tender. Especially in the public tenders, with the well-fulfillment of the tender, the budget which is financed by the tax payers is spent in a way that is appropriate to its purpose and efficiently. After the tender process, the relation of contract has been established between the State and real person or artificial person or consortium that won the tender. The actions which are hindering the well-fulfillment of the contract which deviates the tender from its purpose and which provides unfair advantages to the persons are generally called as "fulfillment rigging". Owing to the economic competition environment that is corrupted in the event that this kind of actions occur, personally parties of the tender and its participants; in general, the Government, the society which constitutes it and increasingly all economic system gets harmed. By means of being regarded as the actions that constitute the fulfillment rigging in 5237 numbered Turkish Criminal Law, conspiring to rig fulfillment on contracts, which are carried out by public institutions and organizations and the trade bodies which are regarded to be in the same importance and therefore included in the scope of criminal protection by the lawmaker and which are in the quality of public institution and private law corporate bodies which is the other part, was devised as a crime and imposed sanction. This crime is possible to be committed by the public officials and also possible to be committed by the other people. The tender legislation that is constituted by the legal and administrative regulations regarding the tender is in the quality of guiding the crime judge in the application of the crime norm regarding the rigging and its interpretation, the subject needs to be examined as a whole.

Keywords: Tender, tender legislation, crime of fulfillment rigging.

¹ Hâkim / Ankara Batı 2. Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi / ilhangulel@gmail.com

GİRİŞ

Kamunun ihtiyaç duyduğu her türlü mal ve hizmetin Devlet tarafından üretilmesini esas alan sosyalist sistemler ile özel teşebbüsün gücünün yetmediği alanlarda devletin üretici ve sağlayıcı olarak faaliyet göstermesini esas alan karma devletçi sistemlerin aksine, serbest ve rekabetçi piyasa düzenine dayanan liberal ekonomik sistemlerde ticari ve sınai faaliyetlerin özel teşebbüsler tarafından yürütülmesi esası benimsenmiştir. Özel hukuk kurallarına tabi olan gerçek ve tüzelkişilerin kendi aralarındaki ticari ve sınai ilişkiler de bu hukukun kurallarına tabidir. Devlet, liberal hukuk anlayışında bu tür ilişkileri düzenleyici ve hukuki güvenliği temin edici roledir. Geçen çağlar boyunca ekonomik ve toplumsal ilerlemelerin ortaya çıkardığı ihtiyaçlar sonucunda anlaşılmıştır ki, liberal hukuk düzeninde dahi Devletin sadece kişilere hak ve özgürlük tanınması, bunun ötesine geçip hakların realizasyonunu sağlamaması; kişilerin teorik olarak sahip oldukları temel hak ve hürriyetlerini kullanmalarına ve yaşamalarına imkan vermemektedir. Bunun anlaşılması sonucunda 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın da dayandığı temel bir ilke olan "sosyal hukuk devleti" düşüncesi gelişmiştir. Bu düşüncenin etkisi ile Devlet, sadece asayiş koruyan ve düzeni sağlayan bir mekanizma olmaktan öteye geçerek, aynı zamanda bireyin sosyal, ekonomik ve kültürel gelişimini sağlamak ve bu alanlarda sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri etkin olarak kullanabilmek için ihtiyaç duyduğu genel nitelikteki hizmetleri vermekle ve bu amaç için gerekli kurum ve kuruluşları kurmakla görevli büyük bir organizasyon haline almıştır. Devlet, eğitimden sağlığa, ulaştırmadan imara, adaletten sosyal güvenliğe kadar çok çeşitli alanları kapsayan bu hizmetleri yerine getirirken gerekli olan insan unsurunu, diğer bir ifadeyle uzmanlaşmış personeli Devlet Personel Rejimi Kuralları çerçevesinde bünyesine dahil ederken maddi unsur olan bina, malzeme, araç ve gereçleri ise yapma, yaptırma, üretme, satın alma, kiralama, kamulaştırma gibi çeşitli yollarla edinmektedir.

Görüleceği üzere üretim ve ticaret ilişkilerinin özel hukuk hükümlerine tabi kişiler eliyle yürütüldüğü bir ülkede Devlet, doğrudan doğruya üretici ve sağlayıcı olarak bir sınai ve ticari faaliyette bulunmasa dahi görmekte olduğu kamu yararını esas alan kamu hizmetlerini sürdürebilmek için özel hukuk kişileri ile ekonomik ilişkiler kurmak zorundadır. Bu hizmetlerin devamı için gerekli olan ve yukarıda örneklenen maddi unsurların özel hukuk kişilerinden sağlanması, kamu kesiminden özel sektöre belli miktarda kaynak aktarımını gerekli kılar. Bu kaynağın büyük bölümünü ise vergi mükelleflerinin ödediği vergiler teşkil eder. İşte bu vergilerden sağlanan kaynağın amaçlandığı şekilde değerlendirilmesi, doğru şekilde harcanması, israf edilmesinin önlenmesi, diğer bir ifadeyle bir kısım kimselere haksız olarak kamu kaynaklarının transfer edilerek vergi mükelleflerinin (kamunun) zarara uğramalarının önüne geçilmesi amacıyla Devlet; idari, mali ve cezai alanda gerekli hukuki

düzenlemeleri yapar. Ancak bu düzenlemelerin yapılması tek başına bir anlam ifade etmeyip aynı zamanda bu düzenlemelerin etkili şekilde uygulanmasına yönelik denetim mekanizmaları da geliştirilmelidir. Bu amaçla düzenlenen yasal hükümlere işlerlik kazandıran denetim mekanizmaları ise Sayıştay, Kamu İhale Kurumu, kamu kurum ve kuruluşlarının iç denetimini sağlayan teftiş kurulları gibi denetleyici ve düzenleyici kamu kurum ve kuruluşlar ile yargısal denetim yapan idari ve adli yargı organlarıdır.

Yukarıda sözü edilen idari, mali ve cezai düzenlemelere mevzuatımızda 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK), 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK), 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK), 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 235. ve 236. maddeleri örnek gösterilebilir. Bu çalışmada idarenin mal ve hizmet alımı-satımı, kiralaması ile yapım yöntemleri arasında bulunan ve uygulamada önemli yer tutan ihale usulü ile kurulan sözleşmelerin ifasının düzgün bir şekilde gerçekleştirilmesi için ceza mevzuatımızda ihalenin tamamlanmasından sonraki süreç olan sözleşme aşamasını cezai yönden hukuki koruma altına alan TCK m. 236'daki edimin ifasına fesat karıştırma suçunu inceleyeceğiz. Yeri geldikçe ihaleye ilişkin idari düzenlemelere ve konuya ilişkin Yargıtay kararlarına da yer vererek söz konusu suç ile korunmak istenen hukuki değer, suçun maddi ve manevi unsurları, özel görünüm biçimleri, tâbi olduğu zamanaşımı, suç karşılık öngörülen yaptırımlar, görevli ve yetkili mahkeme ile özel soruşturma usulleri konularını ayrı ayrı irdelemeye çalışacağız.

I. GENEL OLARAK

A. Madde Metni

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerini düzenleyen ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" alt başlıklı dokuzuncu bölümünde ve Kanun'un 236. maddesinde düzenlenmiş olup madde metni şu şekildedir:

"Edimin ifasına fesat karıştırma

Madde 236-

(1) Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır:

- a. İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi.
- b. İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi.
- c. Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi.
- d. Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi.
- e. Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi.

(3) Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.²

B. Suçla Korunan Hukuki Değer

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda özel olarak korunan hukuki değer; kamu kurum ve kuruluşları ile maddede belirtilen diğer kurumlara karşı, ihale şartnamesi veya ihale sonucunda yapılan sözleşme ile taahhüt edilen malın, hizmetin veya yapım işinin, nicelik veya nitelik bakımından zamanında ve eksiksiz teslim edildiğine veya tamamlandığına ilişkin güvendir. Genel olarak ise ekonominin ve kamu kaynaklarının korunmak istendiği söylenebilir. Maddenin kanun sistematığında bulunduğu yer de bu düşünceyi destekler mahiyettedir. Zira edimin ifasına fesat karıştırma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun özel hükümler kitabının “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” kısmında değil, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar”ın yer aldığı dokuzuncu bölümü altında düzenlenmiştir².

² Suçla korunan hukuki değere ilişkin öğretilerde farklı yaklaşımlar mevcuttur. Bir görüşe göre, sözleşme hürriyetinden kaynaklanan edimin ifasının sağlanması suretiyle ticarî hayattaki işlerlik ve güvenin korunması amaçlanmaktadır. Bkz: **Necati MERAN**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Seçkin, 2011, s. 304; Başka bir görüş ise korunan hukukî değer, esas olarak kamuya ve kamu görevlilerine duyulan güveni sağlamak ve dürüstlüğü temin etmek olduğunu, bu yolla dolaylı olarak ekonominin de korunacağını belirtmektedir. Bkz: **Berrin AKBULUT**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Ankara, Ağustos 2009, Yıl 4, Sayı 10, s.48; Aynı yönde: **Behiye Eker KAZANCI**, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin, Ankara, 2011, s.223; **Mahmut KAPLAN**, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, İstanbul, 2013, s.712; Diğer taraftan suçla korunan hukuki değer, karma bir nitelik gösterdiği; bir yandan ülkenin ekonomik işleyişi ve dengesi ile sınırlı kaynaklarının korunması amaçlanırken diğer yandan edimin

II. SUÇUN UNSURLARI

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Genel Olarak

İhaleyi kazanan yüklenicinin ihale sözleşmesi uyarınca yüklediği yükümlülükler kamuyu yakından ilgilendirdiği için edimin ifasına fesat karıştırma eylemleri özel hukuk sorumluluğunun yanında cezai yaptırım altına da alınmıştır³. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu TCK 236. maddenin ikinci fıkrasında fesat karıştırma niteliğinde olduğu kabul edilen seçimlik hareketlerden birinin veya birkaçının hile ile gerçekleştirilmesi sonucunda oluşur. Bu bakımdan bağlı ve seçimlik hareketli bir suç söz konusudur⁴. Ayrıca suçun oluşabilmesi için maddede belirtilen hareketlerin gerçekleştirilmesi yeterli olduğu, bir neticenin gerçekleşmesi gerekli olmadığı için edimin ifasına fesat karıştırma bir *sırf hareket suçudur*. Suç sonucunda bir zararın meydana çıkması şart olmadığından bu suç bir tehlike suçu niteliğindedir⁵.

TCK 236. maddenin ikinci fıkrasında edimin ifasına fesat karıştırma teşkil eden seçimlik hareketler (a), (b), (c), (d) ve (e) bentleri altında sayılmıştır. Buradaki sayım (taadadi) örnekleyici değil (tahdidi) sınırlayıcıdır. Bu nedenle fıkrada gösterilmeyen bir hareketin gerçekleştirilmesi halinde fesat karıştırma eyleminin işlendiğinden bahsedilemeyeceği gibi fıkradaki hareketlerin yorum yoluyla genişletilmesi de TCK m.2/3 uyarınca olanaklı değildir⁶. Bu

taahhüt edildiği gibi yerine getirilmesi sağlanarak ticari hayattaki işlerlik ve güven kurumu ile kamuya ve kamu görevlilerine olan güvenin ve toplumsal hayattaki dürüstlüğü korunmak istendiği de belirtilmiştir. Bkz: **Osman YAŞAR / Hasan Tahsin GÖKCAN / Mustafa ARTUÇ**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet, Ankara, 2010, Cilt V, s. 6653-6654.

³ **KAZANCI**, s. 215.

⁴ **Mehmet Emin ARTUK / Ahmet GÖKÇEN / Ahmet Caner YENİDÜNYA**, TCK Şerhi Özel Hükümler, Turhan, Ankara, 2009, Cilt V, s.4574; **Hatice SARITAŞ**, "İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları" Sayıştay Dergisi, Sayı:73, Ankara, Nisan Haziran 2009, s.63; **KAPLAN**, s. 715.

⁵ **KAPLAN**, s. 715; **AKBULUT**, s.55; **YAŞAR / GÖKÇEN / ARTUÇ**, s.6657; Karşı görüş. **İzzet ÖZGENÇ**, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2013, s. 105, 123, 124; **Mahmut KOCA / İlhan ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara, 2016, s. 798; Bahse konu suçun bir zarar suçu olduğunu kabul eden aksi görüşteki yazarlar, suçun işlenmesi ile zorunlu olarak bir zarar meydana geldiği için TCK m. 235'deki gibi "zararın" meydana gelmesi halinde bunun cezayı arttırıcı bir sebep olarak kanunda düzenlenmediğini, eylem sonucunda bir zarar meydana gelmediyse edimin ifasına fesat karıştırma suçunun da oluşmayacağını belirtmektedirler.

⁶ **Yar.21.CD. 05.12.2016 tarih ve Esas No: 2015/8481 Karar No: 2016/7539 sayılı ilamında da bu husus şu şekilde vurgulanmıştır. "...5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği cihetle; TCK 236 maddesinde yer alan suçun failinin "belirtilen niteliklere uygun olmadan yapılmış eseri kabul eden" kamu**

bentlerde tanımlanan hareketlerin hepsinin ortak özelliği *hileli davranışlarla* gerçekleştirilmelerinin gerekmesidir. Malın veya hizmetin salt ayıplı olması da, somut olayda bir hile unsuru olmadığı sürece atılı suça vücut vermeyecektir⁷.

Kamu kurum ve kuruluşlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca yapılan ihaleler sonucunda yapacakları sözleşmeler, bu konuyu düzenlemek için Avrupa Birliği müktesebatı çerçevesinde 05.01.2002 tarihinde kabul edilerek 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tabidir. Bu Kanunun 25. maddesinde sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil ve davranışlar belirtilmiş olup bunlar: "a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak. d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek. e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek. f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek. g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması." olarak gösterilmiştir. Bunlardan özellikle (a), (b), (c) bentlerinde belirtilenlerin edimin ifasına fesat karıştırma olarak değerlendirilmesi mümkündür.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan ihalelerde ise adı geçen Kanunda bulunan sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır. Ayrıca çeşitli ihale sözleşmelerindeki edimlerin ifa edilmesi konusunda çıkarılmış yönetmelikler de bulunmaktadır⁸. Bunlar: kamu ihale mevzuatına aykırı olmayan hükümleri halen yürürlükte olan 05.07.1979 tarihli ve 16745 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği, 19.12.2002 tarihli ve 24968 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik, Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği,

görevlisi olduğu , somut olayda ise ihaleye konu işin kabulünün kamu görevlisi olan sanıklar tarafından yapılmamış olduğundan özgü suç niteliğindeki suça diğer sanıkların da iştirakinin mümkün olamayacağı anlaşılmalı, atılı suçun unsurlarının oluşmadığına dair mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki eksik inceleme sonucu sanıkların atılı suçtan beraatine karar verildiğine ilişkin bozma düşüncesine iştirak olunmamıştır..."

⁷ ÖZGENÇ, s. 105, 106.

⁸ Bu yönetmeliklerin uygulaması hakkında geniş bilgi için. Bkz. **Sadettin DOĞANYİĞİT**, Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin, 10. Bası, Ankara – 2011.

Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliğidir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu araştırılırken bu kanun ve yönetmelik hükümleri de göz önüne alınmalı, bunlarda yer alan muayene, kontrol, geçici kabul ve kabul, kısmi kabul, bedel indirimiyle kabul gibi düzenlemelere, suçun unsurları itibariyle oluşup oluşmadığı noktasında dikkat edilmelidir. Ancak yönetmelikte belirlenen bir usule aykırı davranılmasının otomatik olarak suçu oluşturduğu yanılığısına da düşülmemelidir, ceza normundaki yasak eylemler suçun sübutu noktasında esas alınmalıdır.

2. Suçun Konusu

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun konusu; somut olayda, kamu kurum veya kuruluşuna, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşuna, kamu kurumu ve kuruluşu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu iştirakiyle kurulmuş şirkete, kamu kurum veya kuruluşu ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu bünyesinde faaliyet icra eden vakıfa, kamu yararına çalışan derneğe ya da kooperatife teslim edilen mal, yapılan eser veya malzeme ya da hizmet niteliğindeki edimlerdir⁹. Aşağıda belirteceğimiz öğretideki diğer görüşe göre¹⁰ suçun konusunu oluşturan edimlerin bir ihale sonucunda yüklenilmesi şart olmayıp bizim savunduğumuz görüşe göre ise edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için ortada öncelikle hukuka uygun bir ihale bulunması gerekmektedir. Yapılan ihalenin ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için önemli olan, yapılan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına veya onlar aracılığıyla yapılan bir ihale olması veya beşinci fıkrada sayılan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan bir ihale olmasıdır¹¹. Yukarıda belirttiğimiz görüşün aksini savunan Özgenç, bizim de savunduğumuz görüşün kanuni dayanağı olmadığından bahisle ihalesiz olarak 4734 sayılı Kanun'un 22. maddesine göre doğrudan temin yöntemiyle mal veya hizmet alınması halinde de TCK 236. maddede tanımlanan suçun oluşacağını ileri sürmektedir¹². TCK 236.

⁹ KAPLAN, s. 712-715; ÖZGENÇ, s. 96, 97.

¹⁰ ÖZGENÇ, s.97; KOCA / ÜZÜLMEZ, s.793, 794.

¹¹ Öğretideki diğer görüşe göre (ÖZGENÇ, s.97; KOCA / ÜZÜLMEZ, s.793, 794) edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ihalesiz olarak doğrudan temin yoluyla alınan mal veya hizmetler hakkında da oluşması mümkündür.

¹² ÖZGENÇ, s.97 ve bu sayfanın altında başlayan 72 nolu dipnottaki açıklamalar. Yazar özellikle suçun tanımındaki "edimin", kamu kurum ve kuruluşlarına karşı bir ihale ile yüklenilebileceği gibi, kooperatif veya kamu yararına çalışan dernekler gibi tüzelkişilerce bir ihale süreci olmaksızın piyasadan sağlanan mal veya hizmetler şeklinde de olabileceğini vurgulamıştır.

maddesinin ilk fıkrasında "ihale kararında veya sözleşmede belirtilen edimin ifasından" değil sadece "taahhüt altına girilen bir edimden bahsedildiğini" belirten Koca ve Üzülmaz de bu görüştedirler¹³.

Mevzuat uyarınca ihaleye tabi olması gerektiği halde ihale yapılmaksızın alınan bir mal veya yaptırılan bir yapı olması halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçu değil görevi kötüye kullanma ve kamu kurum ve kuruluşlarının zararına dolandırıcılık suçları gündeme gelecektir. Keza ihale yapma yetkisi olmayan bir makamın mevzuata aykırı olarak ihale yapması halinde de ihale yok hükmünde olacağından edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. İhale yapma yetkisi olan bir makamın, ihaleye konu olamayacak bir konuda ihale açması halinde de edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır¹⁴.

3. Fail

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir özgü suç olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bize göre bir özgü suç niteliğinde değildir¹⁵. Suçun faili herkes olabilir¹⁶. Öğretide de kimi yazarlarca¹⁷ kabul edilen bu görüşten Yargıtay'ın ayrı düşündüğünü belirtmemiz gerekir¹⁸. Ancak (a) ve (b) bentlerindeki hareketleri

¹³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s.793, 794.

¹⁴ Örneğin özel mülkiyete konu olması mümkün olmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki bir yerin idare tarafından ihaleye çıkılarak satılması.

¹⁵ Karşı görüş görüş: AKBULUT, s. 55, KAPLAN, s. 721.

¹⁶ Aynı yön. SARITAŞ, s.65; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 794; Suçun özgü suç niteliğinde olduğu yönünde bir karar için bkz. "...Sanık hakkında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan açılan kamu davasında; araç kiralama ihalesini kazanan sanığın ifa ettiği edimin hizmet niteliğinde olması nedeniyle eyleminin TCK'nın 236/2-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak 5237 sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığından, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, "c", "d" ve "e" bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceğinden, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerde işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve edimin ifası sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri, somut olayda ise kamu görevlilerinin hukuka aykırı bir eylemlerinin de tespit edilemediği, faili olmayan suçta şerikliğin de mümkün olamayacağı gözetilerek sanığın beraati yerine, yanılığlı değerlendirmeye yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,..."
Yar. 5.CD. 05.05.2016 tarih ve Esas No: 2014/4010, Karar No: 2016/4690 sayılı ilamı.

¹⁷ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6654, 6667.

¹⁸ "...her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde yüklenici

hem malı teslim eden hem de kabul edenler işleyebileceği halde (c), (d) ve (e) bentlerinde sadece “kabul” den bahsedildiği için bu suç, esas olarak muayene ve kabul komisyonu üyeleri işleyebilir¹⁹. Sözleşmeyi ifa eden taraftakiler ise bu hareketler bakımından muayene ve kabul komisyonu üyelerinin hareketine “azmettiren” ya da “yardım eden” sıfatıyla iştirak edebilirler.

“Teslim eden kişi” tabirinden malı fiilen teslim eden değil, ihale sözleşmesi ile taahhüt altına giren, sözleşmenin tarafı olan kişi anlaşılmalıdır²⁰. Bazı ihaleler bakımından edimin alt yüklenici (taşeron) olan kişilerce yerine getirilmesi de mümkündür. İhale şartlarını bilen ve buna uygun hareket edeceğine dair asıl yüklenici ile hukuki ilişkiye giren alt yüklenicinin de artık sorumlu olduğu ve suçun faili olabileceği kabul edilmelidir²¹.

4. Mağdur

Bu suçun mağduru genel olarak toplumu oluşturan herkeştir²². Suç kendisine karşı işlenen 236. maddenin birinci fıkrasında yazılı kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatifler “suçtan zarar gören” konumundadır²³. Ayrıca

konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, “c”, “d” ve “e” bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel failik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK’nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK’nın 236/2-a maddesi uyarınca yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri tarafından işlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, sözleşmenin tarafı olan şirkette depo sorumlusu olarak çalışan Ö. U. ile kamyon şoförü olarak çalışan sanık L. D.’nin eyleminin TCK’nın 39. maddesi kapsamında yardım etme olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, fail olarak cezalandırılmasına karar verilmesi,...” **Yar.5.CD.** 27.05.2016 tarih ve Esas No: 2014/2917, Karar No: 2016/5517 sayılı ilamı.

¹⁹ **Ahmet GÖKÇEN**, “Yeni Ceza Kanunu’nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları” Hukuk ve Adalet Dergisi, 2005, Yaz-Sonbahar, s.175; Aynı yön. **Yar.21.CD.** 05.12.2016 tarih ve Esas No: 2015/8481 Karar No: 2016/7539 sayılı ilamı.

²⁰ **ARTUK /GÖKÇEN / YENİDÜNYA**, s. 4610; **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s.6654.

²¹ Aynı yönde: **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s.6654; **KAPLAN**, s. 721.

²² **AKBULUT**, s.55; **ARTUK /GÖKÇEN / YENİDÜNYA**, s. 4610; **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s.6655; **KOCA / ÜZÜLMEZ**, s. 795.

²³ "Sanık N. O.’nun görevi kötüye kullanma, diğer sanıkların edimin ifasına fesat karıştırma suçlarından dolayı haklarında kamu davası açıldığı, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK’nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanununun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde

suçun bir kamu kurum ya da kuruluşuna karşı işlenmesi halinde suç nedeniyle Hazinesinin de suçtan zarar görme ihtimali bulunduğundan Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğüne de dava ihbar edilerek Hazine avukatlarının davada müdahil olabilmeleri sağlanmalıdır²⁴. Aksi halde verilen hüküm doğru dahi olsa sırf suçtan zarar gören davadan haberdar edilmediği için hükmün bozulması veya dosyanın geri çevrilmesi muhtemel olacaktır.

5. Suçun Tipikliği ve Fiil

a. Suçun "ihale" ile ilişkili Olması

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için öncelikle ortada edimin ifasına konu bir ihale olmalıdır. İhale, Arapça kökenli bir sözcük olup kelime anlamı Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "iş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma.", "iş, mal ve hizmetlerin, açık ve rekabetçi bir ortamda eksiltme veya artırma yöntemleriyle en uygun teklifte bulunana verilmesi. krş. açık artırma, açık eksiltme, kapalı artırma, kapalı eksiltme" olarak tanımlanmıştır²⁵. Mevzuatımızda ihale kavramının geçtiği bazı kanunlarda da çeşitli tanımlar bulmak mümkündür. İhale; 2886 Sayılı Devlet İhale Kanununda "Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler", 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda benzer şekilde "Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin

hükümler kurulması, Kanuna aykırı, katılanlar H. A. ve Hazine vekilleriyle suçtan zarar gören Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmemiş olduğundan, sair yönleri incelenmeyen hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA,..." Yar.5.CD.03.05.2016 tarih ve Esas No: 2014/2903, Karar No: 2016/4535 sayılı ilamı.

²⁴ 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 18. maddesi; "...Sanık hakkında edimin ifasına fesat karıştırma suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasanın 17 ve 18. maddelerine göre Hazinesinin ve ilgili kamu kurumunun bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatlarının gereği olarak CMK'nın 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip oldukları davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmeleri için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile Sağlık Bakanlığının duruşmadan haberdar edilmeleri gerektiği, diğer yandan aynı Kanunun 260/1. maddesine göre de kamu davasından haberdar edilmemiş bulunup da katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanların Kanun yollarına başvurma haklarının bulunduğu gözetilerek hükmün bildirilmesinin gerektiği, ancak dosyada Hazineye ve Sağlık Bakanlığına hükmün bildirildiğine ilişkin bilgi ve belgeye de rastlanmadığının anlaşılması karşısında..." Yar.5.CD. 21.06.2016 tarih Esas No: 2014/6142, Karar No: 2016/6551sayılı ilamı.

²⁵ <http://tdkterim.gov.tr/bts/arama/?kategori=verilst&kelime=ihale&ayn=tam>

imzalanması ile tamamlanan işlemler” olarak tanımlanmıştır. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda ihale kavramının bir adım ileri götürülüp sözleşmenin imzalanması aşamasını da kapsar şekilde tanımlandığı görülmektedir. Her iki kanuna ve TCK 235. maddenin gerekçesine göre ihale kavramının, yalnızca arttırma veya eksiltme sonucu en uygun teklifi verene işin bırakılmasını veya bırakılma anını değil, hazırlık işlemlerinden başlayarak sözleşme aşamasına kadar olan ihale ile ilgili bütün işlemleri ve süreci kapsadığı anlaşılmaktadır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için yapılan sözleşmenin hukuken ihale yapma yetkisi bulunan bir idare veya kooperatif, kamuya yararlı dernek gibi kanunda sayılan bir özel hukuk tüzelkişisi tarafından gerçekleştirilmiş ve usulünce onaylanmış bir ihale sonucunda akdedilmiş olması gerekmektedir²⁶. TCK'nın 235. maddesinde düzenlenen "ihaleye fesat karıştırma" suçunun ve 236. maddesinde düzenlenmiş olan "edimin ifasına fesat karıştırma" suçunun oluşabilmesi için, yapılan ihalenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu veya 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundan birinin hükümlerine tabi bir ihale olması şart değildir. Örneğin 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler de bu suçun konusunu oluşturabilecektir²⁷. Başka kanunlarda düzenlenmiş olsa bile önemli olan ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına (ihaleye fesat karıştırma suçu yönünden ayrıca onlar aracılığıyla²⁸) yapılmış mal veya hizmet alım – satımlarına, kiralamalarına ya da yapıma ilişkin olmasıdır²⁹. İhaleye fesat karıştırma suçundan farklı olarak kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla

²⁶ Bu konuda farklı görüşler de mevcut olup aşağıda bir sonraki bölümde değinilecektir. Ancak edimin ifasına fesat karıştırma suçu bazı kurum ve kuruluşlar ile özel hukuk tüzel kişileri yönünden dolandırıcılık suçunun ihaleler bakımından düzenlenmiş özel bir tipi niteliğinde olup, ihalesiz olarak yapılan mal ve hizmet alımlarında hileli hareketlerle bu kuruluşlara karşı bir eylem gerçekleştirilmişse dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinin uygulanması mümkün olduğundan ihale yoksa edimin ifasına fesat karıştırma suçu da oluşmayacaktır. TCK m.44'deki "fikri içtima" hükmü de bizi bu sonuca götürmektedir. İhale yapma yetkisi bulunmayan bir makam tarafından yapılan veya ihale yapılamayacak bir konuda düzenlenen ihalelerde ortada hukuken geçerli bir ihale olmadığı için edimin ifasına fesat karıştırma suçunda olduğu gibi "ihaleye fesat karıştırma" suçunun da oluşmayacağına ilişkin görüş için bkz. **İlhan GÜLEL**, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:11, Ankara, Ekim 2012, s. s 249, 250; aynı yönde: **KAPLAN**, s. 709, 711, 713, 714.

²⁷ **YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ**, s.6590.

²⁸ "Belediyelerin, başkalarının sattığı veya aldığı malların satımına ilişkin ihale sürecini aracı olarak deruhte ettiği müzayedeler de bu suçun konusunu oluşturur." **ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA**, s.4567 Keza icra dairelerinin özel hukuktan kaynaklanan borçların tahsili amacıyla hacizli malların ihale ile satımına, Sulh Hukuk Mahkemelerinin görevlendirdiği satış memurluklarının Türk Medeni Kanununun 440 ve 444 maddeleri gereğince veya ortaklığın giderilmesi gibi hallerde yaptıkları ihalelerin de madde kapsamında olduğu ifade edilmektedir. **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s.6592.

²⁹ **SARITAŞ** s. 56; **GÜLEL**, s. 249.

yapılan ihalelerde edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacağı gibi³⁰ örneğin trampa ya da sükna hakkı gibi mülkiyetten gayri bir aynı hak tesisine ilişkin ihalelerin de madde metninde açıkça sayılmadığı için suçun konusunu teşkil etmesi kanunilik ilkesi uyarınca mümkün değildir³¹.

b. Bir İhale Sonucunda Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Karşı Taahhüt Altına Girilen Bir Edim Bulunması

İhale aşaması tamamlandıktan sonra ihaleyi kazanan kişi veya ortak girişim ile ihaleyi düzenleyen idare veya kurum arasında, ihale konusu yapılan iş ile ilgili bir sözleşme yapma zorunluluğu doğmaktadır³². İşte kanunkoyucu, yapılan bu sözleşmelerdeki, eğer sözleşme yapılmadıysa ihale kararındaki (veya ihale şartnamesindeki) yükümlülüklerin idareye karşı yerine getirilmesini cezai açıdan koruma altına almak amacıyla edimin ifasına fesat karıştırma suçunu düzenlemiştir³³. İhaleye fesat karıştırma suçunda cezai yönden koruma altına alınan diğer bazı kurumlar (*kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler*), edimin ifasına fesat karıştırma suçunda da koruma altına alınmıştır.

Bu madde uygulaması bakımından taahhüt altına girilen edim yukarıda sayılan kurum ve kuruluşlara karşı ihale sonucunda yapılan sözleşme ile yüklenilen borçlardır. Bu edimler, ihale şartnamesinde veya sözleşmede belirtilen *bir malı satma, imal etme, kiralama, bir hizmet sağlama ya da bir yapı yapma* şeklinde olabilir. Bu nedenle ihalesiz olarak bu kurumlarla doğrudan doğruya bir sözleşme imzalanması³⁴ veya yüklenicinin ihale edilen işin kapsamı dışında kalan taahhütlerini yerine getirmemesi³⁵ halinde bu maddenin uygulanması mümkün olmayıp, edimin ifasına fesat karıştırma niteliğindeki davranışlar, TCK m. 158'deki kamu kurumuna karşı nitelikli dolandırıcılık gibi başka bir suçu da oluşturmadığı takdirde, sadece borçlar hukuku kapsamında hukuki mesele olarak değerlendirilecektir³⁶. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, bazı kurum ve kuruluşlar ile özel hukuk tüzel kişileri yönünden dolandırıcılık suçunun ihaleler bakımından düzenlenmiş özel bir tipi niteliğindedir. İhalesiz olarak yapılan mal ve hizmet alımlarında hileli hareketlerle bu kuruluşlara karşı bir eylem gerçekleştirilmişse dolandırıcılık

³⁰ KAPLAN, s. 714.

³¹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.6593.

³² 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.46.

³³ KAPLAN, s. 710.

³⁴ KAZANCI, s.216.

³⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.6656.

³⁶ SARITAŞ, s.60-62; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6661.

suçunun nitelikli hallerinin uygulanması mümkündür. Bu nedenle ortada ihale yoksa edimin ifasına fesat karıştırma suçu da oluşmayacaktır. Ancak bu konuda öğretilerde farklı görüşler de olduğuna yukarıda değinmiştik³⁷.

Kamu kurum ve kuruluşları deyiminden Devlet tüzelkişiliği ve onun bünyesinde bulunan ve ayrı bir tüzelkişiliği olmayan bakanlıklar ile bunların taşra teşkilatları; ayrı bir tüzelkişiliğe sahip il özel idaresi, belediye, köy gibi yerel yönetimler ve belli bir kamu hizmetini görmek için kurulmuş ve kamu tüzelkişiliği bulunan kamu kurumları anlaşılır. Bunlardan kamu kuruluşu sayılanlar: Devletin merkez teşkilatını oluşturan Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar, Milli Güvenlik Kurulu, Danıştay, Devlet Planlama Teşkilatı gibi kuruluşlar ile bunların (varsa) taşra teşkilatını içinde barındıran il genel idaresi ve ilçe idareleridir. Ayrıca Devlet tüzelkişiliğinden ayrı kamu tüzelkişiliği bulunduğu halde yerel yönetim örgütleri olan il özel idaresi, belediye ve köyler de kamu kuruluşu sayılırlar. Kamu kuruluşlarını kamu kurumlarından ayıran temel kıstas, Devlet tüzelkişiliği içinde olmaları ya da belediyeler ve il özel idareleri gibi bir çok alanı kapsar şekilde genel hizmetler veren kuruluşlar olmalarıdır.

Kamu kurumları ise uzmanlık gerektiren belli alandaki bir hizmeti görmek için kurulmuş, Devlet tüzelkişiliğinden ayrı bir kamu tüzelkişiliğine, malvarlığı ve bütçeye, özerk yönetime sahip, idari vesayete tabi kuruluşlardır. Bu kurumlar hizmet yerinden yönetim kuruluşları olarak da adlandırılırlar. Bunlara da örnek olarak Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, İş ve İşçi Bulma Kurumu, Basın İlan Kurumu, Üniversiteler, TÜBİTAK, TRT, TOKİ, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Türk Dil Kurumu, ticaret ve sanayi odaları ve borsaları, düzenleyici ve denetleyici üst kurullar (SPK, BDDK, Rekabet Kurumu, Kamu İhale Kurumu vs.) gösterilebilir. Eti Maden İşletmeleri, TKİ, TPAO gibi kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT'ler) de kamu kurumu niteliğindedir.

Diğer taraftan madde uygulaması anlamında kamu kurum ve kuruluşu deyiminden yalnızca yukarıda yazılı olanlar anlaşılmaz. TCK'nın 236. maddesindeki edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından ihaleye fesat karıştırma suçunda tanımlanan kamu kurum ve kuruluşlarını esas almak gerekmektedir. Kanunkoyucu TCK 235 maddesinin 5. fıkrasında ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama alanını genişletmiştir³⁸. Buna göre; ihaleye fesat karıştırma suçu, Anayasanın 135. maddesine ve özel kanunları uyarınca kurulmuş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (Türk Dış Hekimleri Birliği, Türk Tabipleri Birliği, Türkiye Barolar Birliği gibi mesleki birlikler ile bunlara bağlı meslek oda ve örgütleri), kamu kurum veya kuruluşlarının ya da

³⁷ Bu konuda öğretilerdeki tartışmalar için yukarıda bkz. "2. Suçun Konusu" başlığı altındaki açıklamalar.

³⁸ GÜLEL, s. 229.

kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler (Ör: belediye şirketleri, Emlak Konut Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı), bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar³⁹ (Ör: kurumların yardım sandıkları, kaymakamlıklara bağlı faaliyet gösteren yardım vakıfları veya fonlar), kamu yararına çalışan dernekler⁴⁰ (Ör: Kızılay, Türk Hava Kurumu) veya kooperatifler⁴¹ adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına, kiralamalara ya da yapım ihalelerine fesat karıştırılması hâlinde de uygulanacağından bu ihaleler sonucunda akdedilen sözleşmelerin ifası sırasında edime fesat karıştırma eylemlerini de kapsamalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermek üzere kurulmuş ve kendine özgü (*sui generis*) bir statüsü ve yapısı bulunan Türkiye Futbol Federasyonu gibi spor federasyonlarının ise kamu kurumu sayılmadıkları için TCK 235. maddesi kapsamında olmadıkları; ancak burada görev yapanların kuruluş kanununda kamu görevlisi sayılmaları yönünde bir düzenleme bulunması halinde ihaleye ya da edimin ifasına fesat karıştırma suçunun değil, TCK 257. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun gündeme geleceği ileri sürülmüştür⁴². Ancak 16.5.2009 tarihli ve 27230 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5.5.2009 tarihli ve 5894 Sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda federasyon yöneticilerinin görevlerini yaparken kamu görevlisi sayılacaklarına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından bu görüşe göre spor federasyonlarının yöneticilerinin fesat karıştırma niteliğindeki eylemleri dolandırıcılık ya da güveni kötüye kullanma gibi başka bir suç oluşturmadığı takdirde sadece özel hukuk açısından sorumluluklarına yol açacaktır. Diğer taraftan 31.03.2005 tarihli 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun⁴³ 26/06/2009 tarihli 5918 sayılı Kanun’un⁴⁴ 9. maddesiyle eklenen "Tüzel kişilerin sorumluluğu“ başlıklı 43/A

³⁹ 5072 Sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun ve diğer özel kanunlar uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarının bünyesinde faaliyette gösteren vakıflar kastedilmektedir. Bkz. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6596; Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı gibi 903 Sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca gelirlerinin en az %80’ini, nevi itibarıyla genel, özel ve katma bütçeli idareler bütçeleri içinde yer alan bir hizmetin veya hizmetlerin yerine getirilmesini istihdaf etmek üzere tahsisan kurulacağı kabul edildiği için Bakanlar Kurulu kararı ile vergi muafiyeti tanınan ve yöneticileri büyük oranda ilgili kamu görevlilerinden oluşan vakıfların da bu yolla kamu desteği almaları sebebiyle bu fıkra kapsamında değerlendirilmeleri gerekmektedir.

⁴⁰ 5253 Sayılı Dernekler Kanununun 27/1 maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu kararıyla “kamu yararına çalışan dernek” statüsü verilmiş dernekler.

⁴¹ 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu uyarınca kurulmuş tüm kooperatifler ile Tarım Kredi Kooperatifleri bu kapsamda değerlendirileceklerdir. YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6596-6597.

⁴² YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6592.

⁴³ 31.03.2005 tarihli ve 25772 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren.

⁴⁴ 09.07.2009 tarihli ve 27283 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren.

maddesinde ise; "(1) Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, *bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından; ...a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun; ... 2) 235 inci maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun, 3) 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, (...)* tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. (2) *Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.*" şeklinde yasal düzenleme yapılmıştır. Kanunkoyucu tarafından, özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermek üzere kurulan özel hukuk tüzelkişilerinin organ, yönetici veya temsilcilerinin de edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işleyebilecekleri yasal bir düzenleme ile açıkça kabul edildiği için biz spor federasyonu yöneticileri hakkında TCK'nın 235 ve 236. maddelerinin uygulanamayacağı yönündeki görüşü yerinde bulmuyoruz. Kaldı ki kamusal nitelik kazanan ve bu nedenle özel olarak kanunla düzenlenme gereği duyulan bir hizmeti vermek üzere kuruluşu bir Kanunla gerçekleştirilen ve görevleri yine Kanunla belirlenen Türkiye Futbol Federasyonu'nun yukarıdaki kıstasa göre de kamu kurumu sayılacağına tereddüt bulunmamaktadır.

c. Edimin İfasına "Hileli Hareketlerle" Fesat Karıştırılması

İfa, bir borcun yerine getirilmesidir. Maddede tanımlanan seçimlik hareketlere göre ihale kararı veya sözleşmedeki bir malın teslimi, bir hizmetin yerine getirilmesi ya da bir yapım işinin tamamlanması ile edim ifa edilmiş olacaktır. Sözleşme ile belirlenen edimin belirlenebilir nitelikte olması, ifasının imkansız olmaması veya hukuka, ahlaka, adaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı bulunmaması gerekmektedir⁴⁵.

Madde metninde suçun oluşabilmesi için edimin ifasına hileli davranışlarla fesat karıştırma tanımlanmıştır. Bu suç, ihale sonucunda sözleşmenin imzalanıp onaylanmasından itibaren işlenebilir. Maddede tanımlanan "fesat karıştırma" ve "hileli davranışlarla fesat karıştırma" kavramları ise açıklığa kavuşturulmalıdır. "Fesat"; sözlükte hile, bozukluk, kargaşalık anlamlarında kullanılan bir sözcüktür⁴⁶. Öğretide fesat karıştırma eyleminden failin kendisine veya başkasına haksız menfaat sağlamak amacıyla başvurduğu her türlü hile ve desise ile kullandığı cebir, şiddet ve tehditin anlaşılacağı ifade edilmiştir⁴⁷.

⁴⁵ KAPLAN, s. 714.

⁴⁶ TDK Sözlük: http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f48a330b9c914.40595344

⁴⁷ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, s.4572.

Fesat karıştırma niteliğindeki eylemlerin tespitinde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu⁴⁸, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinden de yararlanılabilir. 4734 sayılı Kanunun 5. maddesinde ihalelerde uyulması gereken temel ilkeler belirlenmiştir. Bunun yanında aynı Kanun'un 17. maddesinde "yasak fiil veya davranışlar" yan başlığı altında kimi yasaklara yer verilmiştir. 2886 sayılı Kanun'da da benzer düzenlemeler mevcuttur. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen yasaklar da yorum bakımından önemlidir. Ayrıca çeşitli ihale sözleşmelerindeki edimlerin ifa edilmesi konusunda çıkarılmış yönetmelikler de bulunmaktadır⁴⁹. Bunlar: Kamu ihale mevzuatına aykırı olmayan hükümleri halen yürürlükte olan 05.07.1979 tarihli ve 16745 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği, 19.12.2002 tarihli ve 24968 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik, Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliğidir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu araştırılırken bu kanun ve yönetmelik hükümleri de göz önüne alınmalıdır.

İdari düzenlemelerde getirilen yasaklar çoğu kez fesat karıştırma suçunun tipikliği içerisinde değerlendirilebilir. Ancak dikkat edilmelidir ki burada belirtilen yasak davranışlar idari yasaklar mahiyetinde olup, bu eylemlerden birinin işlenmesi mutlaka TCK 236. maddesindeki suçun işlendiği anlamına gelmeyecektir⁵⁰. Aksi düşünce, Kanunkoyucunun iradesi ile ve ceza hukukunun genel nitelikteki ilkeleri ile bağdaşmaz. Buradaki idari nitelikteki düzenlemeler hangi eylemin fesat karıştırma olarak kabul edilebileceği yolunda ceza normunun yorumlarken ceza hâkimine yol göstericidir. Somut olay bağlamında suçun maddi ve manevi unsurları ile tipiklik her halükarda hâkim tarafından gözetilecektir.

Kanunda hilenin ne anlam ifade ettiğine dair bir tanım yoktur. Genel olarak hile, objektif olarak yanıltıcı nitelikte olan ve diğer tarafın iradesi üzerinde etki yaparak onu hata yapmaya sevk eden her türlü davranış olarak kabul

⁴⁸ Bu Kanunun 25. maddesinde sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil ve davranışlar belirtilmiş olup bunlardan özellikle a, b, c bentlerinde belirtilenlerin edimin ifasına fesat karıştırma olarak değerlendirilmesi mümkündür.

⁴⁹ Bu yönetmeliklerin uygulaması hakkında geniş bilgi için. Bkz. **Sadettin DOĞANYİĞİT**, Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin, 10. Baskı, Ankara, 2011.

⁵⁰ **KAPLAN**, s.720; **SARITAŞ**, s.64 vd.; Örneğin "...4735 sayılı Kanun'un 25/c maddesinde sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak yasak fiil ve davranışlar arasında sayıldığı hâlde 236 ncı madde de yüklenici bakımından suç kabul edilmemiştir..." **SARITAŞ**, s. 64, 65.

edilmektedir⁵¹. Bu bakımdan muhatap, durumu bilse idi o şekilde davranmazdı denilebilen durumlarda failin davranışları yüzünden hataya düşerek o şekilde davrandıysa bir hilenin varlığından söz edilebilir. Hilenin aldatıcı vasfı, muhatap olduğu kişinin kişilik özelliklerine göre değil, aynı konumdaki ortalama zekaya ve bilgiye sahip bir kişinin sahip olması gereken niteliklere göre belirlenir. Bu bakımdan hangi hareketin hile teşkil ettiği belirlenirken subjektif değil objektif şartlar göz önüne alınmalıdır. Bir genel hukuk ilkesi olan “kimse kendi kusur ve hatasından lehine hak çıkaramaz” prensibi gereği herkesin hataya düşmemek için üzerine düşen asgari dikkati, gayreti ve özeni göstermekle yükümlü olduğu söylenebilir⁵².

Hilenin icrai davranışlarla işlenebileceği muhakkak olmakla birlikte ihmali davranışlarla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği tartışmalıdır. Hilenin icrai davranışlarla gerçekleştirilmesi, gerçek olmayan bir olayın gerçekmiş gibi yansıtılması şeklinde olurken⁵³ ihmali davranış ile gerçekleştirilmesi, kendisinden yapması beklenen bir davranışı kişinin sergilememesi, gerekli olduğu noktada pasif kalması şeklinde olur. Örneğin edimin ifasının fesata uğramasını sonuçlayacak bir olguyu kişinin engellememesi, bundan kaçınmaması veya yetkili makamları durumdan haberdar etmemesi halinde kişi ihmali şekilde kasıtlı bir davranış içerisindeydir.

Borçlar hukukunda haksız fiiller kasıt veya taksirle işlenebilir. Kasıtlı hareketlerle gerçekleştirilen haksız fiiller ise icrai bir davranışla işlenebileceği gibi ihmali bir davranışla da işlenebilir. Her iki davranış şekli de (aktif ya da pasif) kasıtlı bir eylem olarak kabul edilir. Sorumluluk için icrai ya da ihmali davranışın hukuka aykırılık teşkil etmesi ve zarar ile arasında illiyet bağı kurulabilmesi yeterlidir. Hukuka aykırılık unsuru ise ihmali davranışlar yönünden hukuki bir yükümlülüğe aykırı davranma ile oluşur.

Diğer taraftan ihale veya kamu sözleşmeleri mevzuatına göre belli bir aydınlatma yükümlülüğü altında olan kişinin bu yükümlülüğe aykırı davranması hile olarak nitelenebilecek midir? Örneğin bir kimsenin fesat karıştırma teşkil eden bir olguyu yetkili makamlardan saklaması fesat karıştırma suçunu oluşturacak mıdır? Öğretide failin aydınlatma yükümlülüğü olmasına rağmen bu görevini ihmal etmesinin bazı hallerde hile olarak nitelenebileceği savunulmuştur⁵⁴. Ancak ihmalin bir hile olarak kabul edilebilmesi için öncelikle bir aldatmaya yol açması zorunludur⁵⁵. Bu bakımdan basit bir yalanın veya saklamanın hile sayılabilmesi için onun başka hareketlerle inandırıcılığının arttırılarak karşı tarafın kendisinde oluşturulan güven sebebiyle denetim

⁵¹ KAZANCI, s.140.

⁵² Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş, Ankara, 2005, s. 176.

⁵³ KAZANCI, s.141.

⁵⁴ KAZANCI, s.146.

⁵⁵ KAZANCI, s.150; Karşı görüş: ÖZGENÇ, s.117, KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 796.

imkanını azaltması veya elinden alması gerekmektedir⁵⁶. Basit bir araştırmayla aksi anlaşılabilir nitelikte bir yalanın ceza hukuku anlamında hile oluşturmayacağı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir⁵⁷. Yargıtay 15. CD 04.04.2013 tarih ve Esas No: 2013/4648, Karar No:6221 sayılı ilamında hile unsurunu şu şekilde tanımlamıştır: "*Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, fille olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır.*"

Tüm bu açıklamalardan sonra kanaatimizce denilebilir ki hileli davranışlarla edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenebilmesi için hile teşkil eden hareketin basit bir yalan olmaktan öteye geçmesi, yalanın başka olgular ile güçlendirilmesi suretiyle veya basit bir araştırmayla aksinin öğrenilemeyecek olması nedeniyle karşı tarafı yanılgıya düşürmesi gerekmektedir. İlgili gerçeği öğrenseydi yapmayacağı bir davranışı yapmaya yöneltilmelidir. Bu hususlar bulunduğu sürece hilenin icrai davranışlarla gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi – yasal olarak öngörülmesi şartıyla – belli bir aydınlatma yükümlülüğüne uymama şeklindeki bir ihmal kastıyla gerçekleştirilen davranışla⁵⁸ işlenebilmesi de mümkündür. Ancak ihale makamının durumu bilseydi dahi söz konusu işlemi yine de yapacağı hallerde esasa etkili olmayan olguları saklamanın hile niteliğinde kabul edilemeyeceği düşüncesindeyiz⁵⁹.

d. Maddede Sayılan Seçimlik Hareketlerden En Az Birinin Mevcut Olması

Yukarıda da ifade edildiği gibi edimin ifasına fesat karıştırma suçu TCK 236. maddenin ikinci fıkrasında fesat karıştırma niteliğinde olduğu kabul edilen seçimlik hareketlerden birinin veya birkaçının hile ile gerçekleştirilmesi sonucunda oluşur. Bu bakımdan bağlı ve seçimlik hareketli bir suç söz konusudur⁶⁰.

⁵⁶ TOROSLU, s. 175, s.176; karşı görüş: KAPLAN, s. 716.

⁵⁷ Yar.CGK. 27.01.2009 tarih 2008/7-151 E. 2009/9 K. sayılı kararı, AKİP.

⁵⁸ Nitekim Yar.CGK., 27.04.2004 tarih 6-85/104 sayılı kararında hilenin bir gösteriş şeklinde olabileceği gibi gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabileceğini, failin kendi durum veya sıfatını gizlemesinin de hile oluşturacağını kabul etmiştir. Bkz. YAŞAR / GÖKCEN / ARTUÇ, s.6599; Aynı yönde: Çetin ARSLAN, ihaleye Fesat Karıştırma Suçu, (TCK m.235), 2.Baskı, Adalet, Ankara, 2010. s.123; KAPLAN, s. 716; karşı görüş: KAZANCI, s.139 vd.

⁵⁹ Karşı görüş: KAPLAN, s. 716.

⁶⁰ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s.4574; SARITAŞ, s.63; KAPLAN, s. 715.

- (a) bendindeki ihale kararında veya sözleşmede belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi hareketinin suç teşkil edebilmesi için bunun hileli davranışlarla gerçekleştirilmesi ve belirlenen maldan daha kötü veya kalitesiz bir malın teslim veya kabulü gerekmektedir. "Teslim", taşınır eşyanın veya yapım ihalesi üzerine inşa edilen taşınmaz malın (binanın) zilyetliğinin "fiili" olarak ilgili kuruma tevdi anlamına gelirken "kabul", ilgili kurumun veya kuruluşun kabul ile yetkili kişilerince kendilerine teslim edilen malın ihale kararı veya sözleşmede belirlenen teknik şartlara uygun olduğunu belirledikten sonra yaptıkları "işlemi" ifade etmektedir⁶¹. Bu nitelikteki eylemler TCK m. 158'de düzenlenen kamu kurumlarına karşı nitelikli dolandırıcılık suçu ile karıştırılabildiğinden dikkatli olunmalıdır. Yargıtay da ihale sonucu yapılan sözleşmeye aykırılığın hile ile saklanması niteliğindeki eylemlerin kamu kurumuna karşı dolandırıcılık suçunu değil bir bütün halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturduğunu kabul etmektedir. "... Somut olayda; sanıklardan İ... G... İnşaat Nakliye Taahhüt Limited Şirketinin sahibi olduğu, sanıklar H... ve İ... şoför, V... muhasebe elemanı olarak şirkette çalıştıkları, sanık İ... G...'ün Kars DHMİ Müdürlüğü tarafından açılan akaryakıt ihalesini kazanarak bu kuruma miktarı ve evsafı sözleşmede belirtilen türdeki yakıtı teslim etmeyi kabul ve taahhüt ettiği, yakıtları teslim ederken birbirinin benzeri olan ve numune alımı için özel bölme oluşturulmuş bu bölme dışındaki bölümde ise düşük evsafılı, ülkeye kaçak yollardan sokulmuş petrol ürünü olduğu, bu şekilde kuruma niteliği düşük ve kaçak mal teslim edildiği, bu eylemleri gerçekleştirirken gerçeğe aykırı özel belge düzenledikleri anlaşılan olayda, sanıkların eylemlerinin ihale şartnamesine aykırı olarak niteliksiz yakıt teslim fiillerinin bir bütün halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturacağı düşünülmeden ayrıca yazılı şekilde nitelikli dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş...(Bu kararda özel belgede sahtecilik suçundan sanıklara verilen mahkumiyet hükümleri onanmıştır)⁶²"

- (b) bendindeki eksik mal tesliminde de, belirlenen mal hiç teslim edilmediği ya da miktar itibarıyla belirlenenden eksik teslim edildiği halde hileli davranışlar ile eksiksiz gibi kabul edilmeli veya kabulü sağlanmalıdır. Diğer bir ifade ile malın tam olarak teslim edildiğine dair hile teşkil eden hareketlerle oluşturulacak tutanak ve kayıtlar, gerçek durumun aksini göstermelidir. Malın eksik teslim edilmesi değil, eksik teslim edilmesine rağmen tammiş gibi gösterilmesi cezalandırılmaktadır. Örneğin devlet hastanesine kalorifer yakıtı fuel-oil alımı ihalesini kazanan firmanın muayene ve kabul komisyonu tarafından teslimden önce kantarda tartılan ve sözleşmede belirlenen miktarda yüklü olduğu anlaşılan tankerdeki fuel-oilin tamamını kalorifer kazanına boşaltmayarak sözleşme veya şartnamede belirtilenden daha az

⁶¹ ÖZGENÇ, s. 102; KOCA / ÜZÜLMEZ, s.797.

⁶² Yar.15.CD. 02.07.2012 tarih ve Esas No: 2012/6454 Karar No: 2012/40354 sayılı ilamı.

miktarda fuel oili teslim etmesine rağmen, gerçek duruma aykırı kantar fişi ve teslim evrakı hazırlanmasına esas olmak üzere teslimattan sonra güzergah üzerinde kantar yakınlarında hazır beklettiği model, renk ve plaka itibariyle tıpatıp aynı görünümde olan sahte plakalı başka bir boş tankeri kantara sokarak malın tamamının teslim edildiği izlenimi oluşturması ve kayıtlara bu şekilde geçmesinin temin edilmesi eksik teslimde hileli hareketlerle edimin ifasına fesat karıştırma suçuna örnektir.

KİSK m.11'e göre kısmi teslim halinde teslim edilen kısmın başlıbaşına kullanma imkanının olması ve eksik teslimin kayda geçirilmesi halinde suç oluşmaz⁶³. (a) bendi bakımından daha iyi veya kaliteli bir malın teslim edilmesi, (b) bendi bakımından ise belirlenenden daha çok sayıda veya miktarda malın teslimi halinde de söz konusu suç oluşmayacaktır⁶⁴.

Aşağıda açıklanan üç bentteki (c, d ve e bentleri) hareketlerin ortak özelliği yalnızca muayene ve kabul ile yetkili olanlarca işlenebilmeleridir. Yüklenici bu bentteki suçları doğrudan doğruya işleyemez⁶⁵. Ancak azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirakleri mümkündür. Burada da hileli davranışlarla eylemi gerçekleştirme koşulu aranmalıdır.

- **(c) bendinde geç ifanın zamanında yapılmış gibi kabul edilmesi** düzenlenmiştir. Burada yaptırıma bağlanan ihale ile alınan hizmetin vadesinden sonra ifa edilmiş olması değil, hizmet geç ifa edildiği halde hileli hareketlerle zamanında ifa edilmiş gibi gösterilmesidir⁶⁶. Örneğin "İddianamede yer alan "Kahta Devlet Hastanesine 150.000 adet çekim karşılığı dijital röntgen sistemi hizmet alımı ihalesinde ihale komisyonu üyesi ve yetkilisi olarak görev yapan sanıkların; ihale lehine sonuçlanan şirket, sözleşmeye aykırı biçimde edimin ifasına geç başladığı halde işe başlama tarihine ilişkin tutanak düzenlemeyip idari şartname uyarınca ceza uygulamadıkları..." şeklindeki isnadın sübutu halinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği..." Yargıtay tarafından kabul edilerek buna ilişkin delillerin görevli Asliye Ceza Mahkemesince değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir⁶⁷.

Başka bir örnekte ise ihale ile üstlenilen işin sözleşmede belirlenen süresinden aylar sonra bitirilmesine rağmen zamanında bitirildiğine dair teslim tesellüm tutanağı düzenlenmesi halinde bahse konu seçimlik hareket gerçekleşmiş olacaktır⁶⁸.

⁶³ KAPLAN, s. 718.

⁶⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6659, s.6661.

⁶⁵ KAZANCI, s.231-235; Ancak genellikle kabul komisyonu üyelerini azmettiren yüklenici olacağı için bu sıfatla suça iştiraki mümkündür.YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s.6666.

⁶⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 797.

⁶⁷ Yar.5.CD. 17.09.2015 tarih ve Esas No: 2013/10598 Karar No: 2015/14478 sayılı ilamı.

⁶⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 797.

- (d) bendinde yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi düzenlenmiştir. Yargıtay yapım ihalesi ile ilgili bir kararında Toplu İşyeri Konut Yapı Kooperatifi yönetim kurulu üyesi olarak görev yapan sanıkların kooperatife ait arsaların temizlenmesi ve dolgu işinin yapılması için ihale düzenlediklerini belirterek; ihaleyi alan firma tarafından dolgu malzemesi özelliği taşımayan, kalitesiz malzeme ile işin gerçekleştirilmesi, dolgu yapılacak alanda gerekli ölçümün yapılmaması nedeniyle de kooperatifçe anılan firmaya 4.304 TL fazla ödeme yapılması şeklinde gerçekleşen eylemlerin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturabileceğine hükmetmiştir⁶⁹.

Yapım ihalelerinde inşaatın teknik açıdan veya kullanılan malzemeler itibariyle sözleşme veya teknik şartnamede belirlenenden kötü yapılması halinde geçici veya kesin kabulünün yapılmaması gerekmektedir⁷⁰. Bu eksiklikleri tespit eden kabul komisyonu görevlileri, eksiklikleri görmezden gelerek sanki bina sözleşmeye ve teknik şartnameye uygun şekilde yapılmış gibi tutanak düzenleyerek binayı teslim alırlarsa edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı sorumlu olacakları gibi, bu eylemlerini yüklenici firma yetkilileri ile iştirak halinde gerçekleştirmişlerse firma yetkilileri de doğrudan doğruya olmasa da azmettiren veya yardım eden olarak suçtan sorumlu tutulacaklardır. Yargıtay da bir kararında "...Mürşitpınar istasyon sahasında bulunan istasyon binasının duvar temizliği, iç ve dış cephe bakımı ve onarımı, bozuk rampa düzeyinin betonlanması yapım işlerinin kabul komisyonu üyesi olan kamu görevlisi sanıklar ile ihaleyi alan yüklenici firma sorumlusu sanıkların, ihale konusu işlerde yaklaşık maliyet ölçümlerini yüksek belirleyip işin nevi ve miktar bakımından keşif ve metrajlarda istenen kriterlere uymamasına rağmen tam yapılmış gibi teslim almak suretiyle edimin ifasına fesat karıştırdıkları iddiası ile yapılan yargılamada beraatlerine karar verilmiş ise de; 05/10/2009 tarihli bilirkişi raporunda yüklenici olan sanıkların yaklaşık maliyetlerden fazla gösterilmiş metrajlar kadar işleri yapmamış olmalarına rağmen yapmış gibi fazla metrajlar ve şartnameye göre farklı pozlar göstermek suretiyle fazla hakedişler almak, ölçüm ve kabul komisyonlarında görev alan sanıkların ise

⁶⁹ **Yar.5.CD.** 29.06.2015 tarih ve Esas No: 2013/10620, Karar No: 2015/13145 sayılı ilamı.

⁷⁰ "İddianamede yer alan "... Bozüyük Belediye Başkanlığı'ca asfalt yapımına ilişkin ihalenin 27/12/2004 tarihinde geçici kabulün yapıldığı, bu arada asfalt kaplama yapılan yolların bazı kısımlarında bozulmaların olduğunun görülmesi üzerine, Belediye Başkanlığı'ca 23/05/2005 gün ve 768 sayılı yazı ile geçici kabul tarihinden sonra bozulan yolların tamiratının yapılmasının istenildiği, sanıkların vasıfları uygun olmayan malzeme ile teknik olarak yanlış yapılan uygulama sonucu bu işin kabulünün yapılması nedeniyle kurumun zarara uğratıldığı,..." şeklindeki isnadın sübutu halinde eylemin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği..." **Yar.5.CD.** 29.03.2016 tarih ve Esas No: 2014/1950, Karar No: 2016/3129 sayılı ilamı.

teslim aldıkları işlerin ölçümlerini, metrajlarının kontrol ve incelemelerini yapmayarak yüklenici firmalara fazla ödemeler yapılmasına sebebiyet vermek şeklinde gerçekleşen eylemlerinde atılı suçun yasal ve maddi unsurlarının oluştuğunun belirtilmesi ve sanıkların ihale konusu işin teslimine yönelik işlemlerin ölçüm yapılmadan gerçekleştirildiğine dair ikrarları karşısında; kamu görevlisi olan sanıkların zincirleme edimin ifasına fesat karıştırma suçundan, TCK'nın 236/2-d maddesi uyarınca, yüklenici sanıkların ise TCK'nın 40/2. maddesi gereğince bu suça iştirak etmekten dolayı ayrı ayrı mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,..." diyerek bu yönde uygulama yapmıştır⁷¹.

-(e) bendinde hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi düzenlenmiştir. Hizmetin mahiyeti ve ne şekilde verileceği tamamen sözleşme ve şartnameye göre belirlenecektir. Ancak Koca ve Üzülmmez'e göre hizmetin görülmesinde kullanılan araçların şartnamede veya sözleşmede belirtilenden farklı özellikte olması (örneğin şartnamede 2010 model ve üzeri araçtan bahsedilmesine rağmen 2009 model araçla hizmetin görülmesi) idari yaptırım gerektirebilirse de tek başına atılı suça vücut vermeyip bu bende göre edimin ifasına fesat karıştırmaktan bahsedilebilmesi için hizmetin hiç verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen tam verilmiş gibi gösterilmesi gerekmektedir⁷².

B. Suçun Manevi Unsuru

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kasten işlenebilir. Failin, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi yeterlidir⁷³. Suçun, doğrudan kasıt ile işlenmesi mümkün olduğu gibi, olası kastla işlenmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir⁷⁴. Suçun sübutu için genel kasıt yeterli olup özel suç kastı aranmamıştır.

Kanunda açık bir hüküm getirilmediği için TCK m.22/1'deki genel kural uyarınca bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. O halde failin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle veya hataen madde metninde yazılan hareketleri kastı olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde bu suç oluşmayacaktır⁷⁵.

⁷¹ Yar.5.CD. 04.10.2016 tarih Esas No: 2014/4483, Karar No: 2016/8146 sayılı ilamı.

⁷² KOCA / ÜZÜLMEZ, s.797.

⁷³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s.798.

⁷⁴ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 4583.

⁷⁵ SARITAŞ, s.65.

III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu çerçevesinde sırf hareket suçları da hareketin icrası tamamlanıncaya kadar teşebbüse elverişlidir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından ihale şartnamesi veya sözleşmesine aykırı malın teslim edilmeye çalışırken farkedilmesi hali gibi hareketin kısımlara bölünebildiği hallerde bu suça teşebbüs mümkündür⁷⁶.

B. İştirak

Suçta iştirak konusunda genel hükümler uygulanır⁷⁷. (a) ve (b) bentlerinde malı teslim eden ve kabul edenler doğrudan fail olabilir⁷⁸. Diğer kişiler ise suça iştirak edebilirler.(c) , (d), (e) bentlerindeki yazılı hareketler özgü suç niteliğinde olduğundan ve yalnızca muayene ve kabul komisyonu üyelerince işlenebildiğinden diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak suça katılabilirler.

⁷⁶ Aynı yön. **SARITAŞ**, s.65; **ÖZGENÇ**, s.106; **KAPLAN**, s.723; Bu yönde bir içtihat aynen şöyledir: "...Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü: Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu S.S. Garp Linyitleri İşletmesi Müessese Müdürlüğü tarafından 17/05/2007 tarihinde doğrudan temin yöntemiyle yapılan dana eti alım işini sanığın sahibi olduğu B..Turizm Gıda İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin kazandığı, sanığın şirketi adına 21/05/2007 tarihinde teslim ettiği 554 kg karkas et içerisine daha ucuz olan 353 kg manda etine sahte dana eti mührü basarak kuruma teslim etmeye çalışırken kurum tarafından veteriner Hazim Demirhan'a yaptırılan inceleme sonucu durumun tespit edilmesi üzerine teslim alma işleminin iptaline karar verildiğinin anlaşılması karşısında, sanığın ihale kararında ve sözleşmede evsafi belirtilen maldan daha ucuz mal teslim etmeye çalıştığı, ancak Muayene ve Teslim Alma Komisyonunca gerekli muayene ve kabul işlemi için veteriner tayin edilmesi üzerine durumun ortaya çıktığı 21/05/2007 günlü kesim raporu, tutanak, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamından anlaşılacakla sanığın eyleminin edimin ifasına fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraat hükmü kurulması,..." **Yar.5.CD.05.05.2016** tarih ve Esas No: 2016/942, Karar No: 2016/4685.

⁷⁷ **KOCA / ÜZÜLMEZ**, s. 799.

⁷⁸ "...Sanık S.Ç.'in Ç. M. ... İnşaat Sanayinin şirket ortağı olduğu, sanık M. K.'nın şirket çalışanı ve aynı zamanda harici ortağı olduğu, sanıklar S. ve M.'in TCDD ile yaptıkları 25.10.2011 tarihli ve 2011/... numaralı sözleşme gereği Kütahya TCDD Demirciören İstasyonunda beton traverslerin kırılması işini yaptıkları, ancak ihale şartnamesine aykırı olarak istasyonda çalışan TCDD görevlisi olan sanık B. D. ile anlaşarak kırılan beton traverslerin içerisinde bulunan ve sözleşmeye göre TCDD ye teslim etmeleri gereken demir çubukları teslim etmeyerek diğer sanık A. G.'in kullanımındaki 06 DL 2... plakalı kamyon ile bir çok kez naklettikleri, en son suç tarihi olan 25.05.2012 tarihinde bu demirleri yine aynı kamyon ile Uşak İline götürdükleri, yapılan ihbar üzerine kamyon kasasında ihale şartlarına uygun olmayan 3.380 kg demir çubuk bulunduğunun anlaşılması karşısında sanıkların TCK'nın 37 maddesi bağlamında iştirak halinde gerçekleşen eylemlerinin TCK'nın 236/1, 2-a, b maddelerinde yaptırım altına alınmış edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturduğunun gözetilmemiş olması..." **Yar.13.CD. 17.11.2016** tarih ve Esas No: 2015/10969, Karar No: 2016/15464 sayılı ilamı.

C. İçtima

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu dışında ihaleye fesat karıştırma, bu suçlarının işlenmesi amacıyla resmi ve özel belgede sahtecilik suçlarının işlenmesi halinde her bir suçtan dolayı ayrı cezaya hükmedilecektir (TCK m. 212/1). Edimin ifasına fesat kullanma suçunu işlemek için gerçekleştirilen "hileli hareketler" ve bu kapsamda kullanılan yöntem ile araçlar ayrı bir dolandırıcılık suçuna vücut vermeyip edimin ifasına fesat karıştırma suçunun "hile" unsuru içerisinde eridiği kabul edilir. Hile için kullanılan sahte belgeler var ise TCK m. 212/1 uyarınca ayrıca belgede sahtecilik suçundan da ceza verilecektir. Ancak sahte belge sayısı birden fazla olsa bile tek bir belgede sahtecilik suçunu oluşturup, zincirleme suç hükümleri uygulanarak verilecek tek cezada arttırım yapılması cihetine gidilmelidir. Yargıtay uygulamasında hileyi teşkil eden eylemlerin bir bütün halinde fesat karıştırma suçunu oluşturacağı ve ayrıca dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükmü kurulamayacağı kabul edilmiştir⁷⁹.

Gerçek içtima teşkil eden suçlardan bir diğeri ise edimin ifasına fesat karıştırma suçunun bir suç örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi veya bu suçun işlenebilmesi amacıyla örgüt kurma ve yönetme veya üye olma suçlarının işlenmesi halinde örgüt suçundan ayrıca cezaya hükümlenacaktır (TCK m. 220/4).

TCK'nın 236. maddesinin 3. fıkrası uyarınca ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle (rüşvet, irtikap, zimmet gibi) ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar⁸⁰.

Edimin ifasına fesat karıştırma TCK m. 43/3'de sayılan istisnai suçlardan olmadığı için bir sözleşmenin ifası sırasında aynı mağdura karşı bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir⁸¹. Ancak mağdurun aynı olmasına rağmen, aynı kurumla yapılmış başka bir sözleşmenin veya farklı bir kurumla yapılan yeni bir sözleşmenin söz konusu olması halinde burada failin suç işleme kastının yenilendiğinin kabulü gerekeceğinden, yeni bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilen eylemlerin ayrı bir suçta vücut vereceği kanaatindeyiz. Kurumlar farklı olsa bile aynı suç işleme kararının icrası çerçevesinde işlenen edimin ifasına fesat karıştırma fiilleri arasında da, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olduğundan zincirleme suç hükümleri uygulanır.

⁷⁹ **Yar.15.CD.** 02.07.2012 tarih ve Esas No: 2012/6454 Karar No: 2012/40354 sayılı ilamı.

⁸⁰ **ÖZGENÇ**, s. 107.

⁸¹ **Yar.5.CD.** 29.03.2016 tarih ve Esas No: 2014/1950, Karar No: 2016/3129 sayılı ve **Yar.5.CD.** 04.10.2016 tarih Esas No: 2014/4483, Karar No: 2016/8146 sayılı ilamları.

IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kovuşturulmasında ceza miktarı itibariyle görevli mahkeme 5235 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca asliye ceza mahkemeleridir⁸². Yetkili mahkeme ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca suçun işlendiği yer olan sözleşmenin ifa edildiği yer mahkemesidir.

V. SORUŞTURMA USULÜ

A. Genel Olarak

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu şikayete tabi olmadığından resen soruşturulur.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca soruşturma izni alınması, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 17. maddesi uyarınca gerekli değildir⁸³. Ancak aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında bu suç nedeniyle Cumhuriyet savcısının, doğrudan soruşturma yürütmesi mümkün olmayıp, 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alması gerekmektedir. İdarenin bu kişiler hakkında soruşturma izni vermemesi halinde ilgili Cumhuriyet savcısının idari yargıya itiraz hakkı mevcuttur. Yüce Divanda yargılanması gereken kişiler bakımından ise TBMM ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma yapmak ile yetkilidir. Bu istisnalar dışında kalan kamu görevlileri hakkında 3628 sayılı Kanun uyarınca ne şekilde soruşturma yürütüleceği üzerinde aşağıda durulmuştur.

⁸² "...Edimin ifasına fesat karıştırma ve görevi kötüye kullanma suçlarından sanık K. M. ve suç ortaklarının yapılan yargılanmaları sırasında; Doğanhisar Asliye Ceza Mahkemesiyle Akşehir Ağır Ceza Mahkemesi arasında oluşan olumsuz görev uyumsuzluğunun giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya Yargıtay C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye verilmekle incelenerek gereği düşünüldü: İncelenen dosya içeriğine, sanıkların üzerine atılan suçların niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve Akşehir Ağır Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre, yerinde görülmeyen Doğanhisar Asliye Ceza Mahkemesinin 20/11/2015 gün ve 2015/221 E. 2015/226 K. sayılı GÖREVSİZLİK kararının KALDIRILMASINA,..." **Yar.5.CD.28.04.2016** tarih ve Esas No: 2016/3590, Karar No: 2016/4375 sayılı ilamı.

⁸³ Karşı görüşte **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s.4613; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s.6671; Yazarlar 765 Sayılı Eski TCK'da edimin ifasına fesat karıştırma suçunun düzenlenmediğini, 3628 sayılı Kanunun 17. maddesinde geçen "resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma" ibaresi ile istisna tutulan eylemin ihaleye fesat karıştırma suçunu içerdiği halde edimin ifasına fesat karıştırma suçunu içermeyeceğini savunmaktadırlar. Kanaatimizce memur olan kişinin edimin ifasına fesat karıştırma suçunu "kabul etme" hareketi ile işlemesi olanaklı olduğundan "alım" tabiri bu eylemi de karşılamaktadır. Dolayısıyla memur hakkında bu suçtan dolayı soruşturma yapılması izne tabi olmamalıdır. Aynı yönde **KAZANCI**, s.241.

B. 3628 Sayılı Kanun Uyarınca Soruşturma

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun failinin Yüce Divanda yargılanması gereken kişiler dışındaki kamu görevlileri olması halinde ihbarlar doğrudan 3628 sayılı Kanun uyarınca Cumhuriyet Başsavcılıklarına yapılır. Yüce Divanda yargılanması gereken kişilerin bu suçu görevleri sırasında işlemesi halinde TBMM (AY. m.100, m.148/6-9) ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma yapmak ile yetkilidir.

1. İhbar, İhbar Tutanağı ve Kararların Maliye Bakanlığına Bildirilmesi

3628 sayılı Kanununun 18. maddesi uyarınca soruşturma şu şekilde yapılacaktır. Kendisine ulaşan ihbar üzerine Cumhuriyet savcısı tarafından derhal bir ihbar tutanağı düzenlenir ve bir örneği muhbire verilir. Muhbirlerin kimlikleri, rızaları olmadıkça açıklanmaz. İhbar asılsız çıktığında aleyhine takibat yapılanın istemi üzerine muhbirin kimliği açıklanır. İhbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. Hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması halinde Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır.

2. Kurum Müfettişlerinin Cumhuriyet Savcısına Bilgi Vermesi

Bu suçlardan dolayı müfettiş ve muhakkikler de soruşturma neticesinde delil veya emare elde ettikleri takdirde, işi yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına ihbar ve evrakı tevdi ederler. Cumhuriyet başsavcılığı müfettiş ve muhakkikler tarafından kendisine tevdiine lüzum görülmediği halde dahi evrakın taalluk ettiği iş hakkında soruşturma yapmak üzere gerekçe göstererek evrakı ait olduğu merciden isteyebilir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçundan dolayı delil veya emare elde eden müfettiş ve muhakkikler durumu yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığına ihbar ve evrakı tevdi etmedikleri takdirde bunlar hakkında da yapılacak takibattan dolayı Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat Hükümleri uygulanmaz.

3.Yayın Yasağı

Bu suç hakkında dava açılıncaya kadar bilgi vermek ve yayın yapmak yasaktır.

4. Doğrudan Soruşturmaya Başlayan Cumhuriyet Savcısının Şüphelinin Amirine Bilgi Vermesi

Aynı kanununun 19. maddesine göre Cumhuriyet savcısı bir kamu görevlisi tarafından ihaleye fesat karıştırma suçunun işlendiğini öğrendiğinde şüpheliler

hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber durumu atamaya yetkili amirine veya 8 inci maddede sayılan mercilere bildirir.

5. Cumhuriyet Savcısının Mal Bildirimi Talep Etmesi

Cumhuriyet savcısı soruşturmaya başladığında ihbarı doğrulayan emareler bulunduğu takdirde şüpheliden, haksız edinilen malın kaçırıldığı yolunda delil ve emare elde edildiği takdirde şüphelinin ikinci dereceye kadar kan ve sıhri hisımları ile gelini ve damadından mal bildiriminde bulunmalarını ister. Bu istemin şüpheliye ve diğer ilgililere ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde Cumhuriyet savcısına mal bildirimini verilmesi zorunludur. Soruşturmanın müfettiş veya muhakkik tarafından yapılması halinde müfettiş veya muhakkik de şüpheli ve yukarıda sayılan ilgililerden mal bildirimini isteminde bulunurlar. Bu istemin şüpheli ve ilgililere ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde müfettiş veya muhakkike mal bildirimini verilmesi keza zorunludur.

6. Cumhuriyet Savcısının Mahkemeden Malvarlığına İlişkin Tedbir Talebinde Bulunması

Cumhuriyet savcısı, kamu davası açılmadan önce haksız edinildiği yolunda delil veya emare elde edilen para veya mal ile ilgili tedbirin alınmasını görevli mahkemeden veya para veya malın bulunduğu yer hukuk mahkemesinden isteyebilir.

7. Kamu İhale Kurumuna Bildirimde Bulunulması

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi bir ihaleye fesat karıştırdığı veya soruşturma sonucunda anlaşılan kişi hakkında Cumhuriyet savcısı, kamu davası açmaya karar verdiğinde, aynı kanunun 59/2 maddesi uyarınca siciline işlenmek üzere durumu Kamu İhale Kurumuna bildirir. Benzer bir düzenleme edimin ifasına fesat karıştırmaya suç bakımından da düzenlenmiş olup 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca bu suçtan dolayı ceza yargılaması olanlar, yargılama sona erinceye kadar bu kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz.

VI. ZAMANAŞIMI

Edimin ifasına fesat karıştırmaya suç TCK 66/1-d uyarınca on beş yıllık dava ve TCK 67/4 uyarınca yirmi iki buçuk yıllık uzamış dava zaman aşımına tabidir. Bakanlar, milletvekilleri, müsteşarlar, valiler, kaymakamlar ve Yüce Divanda yargılanması gerekenler bakımından zaman aşımı, TCK 67/1 uyarınca haklarında soruşturma veya kovuşturma için gerekli izin verilinceye veya karar alınıncaya kadar durur ve işlemez. Ceza zaman aşımı ise aynı kanunun 68. maddesi gereği hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren, beş yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkumiyet

halinde 68/1-e uyarınca on yıl, beş yıldan fazla hapis cezasına mahkumiyet halinde 68/1-d uyarınca yirmi yıldır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçundan fail hakkında soruşturma veya kovuşturma yapıldığı sırada şüpheli veya sanığın milletvekili seçilmesi veya dışardan bakan atanması halinde de Anayasanın 83. maddesi ve CMK 223/8 maddesi uyarınca durma kararı verilerek yasama dokunulmazlığının kaldırılması için gerekli prosedürün işletilmesi gerekir.

VII. YAPTIRIM

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işleyen kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Failin kamu görevlisi olması ve suçtan bir menfaat elde etmesi halinde ilgili suç uyarınca ayrıca cezaya hükmolunur. Fail hakkında, TCK 53/1 maddesindeki hak yoksunluklarının uygulanması yanında, failin kamu görevlisi olması halinde, hakkında ayrıca TCK 53/5 uyarınca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar edimin ifasına fesat karıştırma suçunu işlemek için kötüye kullandığı memuriyet ve hizmetlerde tekrar istihdam edilmekten veya bu konuda hak ve yetki kullanmaktan yasaklanmasına karar verilir. Suçtan kaynaklanan bir kazanç varsa ve suçun mağduruna ödenmediyse TCK 55 gereğince bunun da müsaderesine karar verilecektir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için somut bir zararın ortaya çıkması gerekli değildir. Zarar meydana gelmese dahi suç unsurların mevcudiyeti halinde oluşacaktır⁸⁴. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda ihaleye fesat karıştırma suçundan farklı olarak suç sonucunda bir zararın ortaya çıkması, cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Bu bakımdan zararın oluşması ve miktarı temel ceza belirlenirken göz önüne alınmalı, özellikle zararın çok ağır olduğu durumlarda teşdiden ceza uygulanmalıdır.

4735 sayılı KİSK'in 26. maddesi 4734 sayılı KİK'in 59/1 maddesi ile paralel bir düzenleme içermektedir. Buna göre failin edimin ifasına fesat karıştırdığını tespit eden mahkeme yukarıdaki yaptırımlardan ayrı olarak faili veya adına hareket ettiği tüzel kişi ile o işteki ortak ve vekillerini, idarece uygulanan yasağın bitimi tarihinden başlamak üzere bir yıldan üç yıla kadar bu kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklar. Hakkında bu kanun kapsamında mükerrer cezaya hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile süresiz olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Son olarak ifade edeceğimiz husus şudur ki; hükmolunacak hapis cezasının asgari üç yıl olması itibarıyla (TCK m. 62 uyarınca cezada takdiri indirim

⁸⁴ SARITAŞ, s.65; karşı görüş: ÖZGENÇ, s.97; KOCA / ÜZÜLMEZ, s.793, 794.

uygulansa dahi) verilecek ceza iki yılın üstünde olacağından suç tarihinde 18 yaşını doldurmayan veya 65 yaşını dolduran failler hariç hapis cezasının ertelenmesine, adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesine ve sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkün değildir.

SONUÇ

İhaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçlarının düzenlenme amacı; özellikle kamu kurum ve kuruluşları ile kamusal öneme sahip olduğu kabul edilen kimi kurumların (kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler vs.), diğer özel hukuk kişileri ile olan ekonomik ilişkilerinde, ilk olarak sağlıklı bir ihale süreci gerçekleştirmelerini, daha sonra ise kendilerine karşı borçlanılan edimlerin ihale sözleşmesine uygun şartlarla yerine getirilmesini güvence altına almaktır. Özel hukuk kişileri arasında hukuki ihtilaf olarak değerlendirilebilecek bu iki konunun ceza kanununda düzenlenmesinin arkasında yatan temel düşünce; kamusal faaliyetlerde kullanılmak için özellikle vergi mükelleflerinden sağlanan kamu kaynaklarının “ihale yolsuzluklarında” israf edilmesini önlemek ve ekonomik olarak en avantajlı teklifin ortaya çıkmasına imkan sağlayarak bu alandaki rekabet ortamını ve giderek tüm ekonominin sıhhatini korumaktır.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, ihale sonucu yapılan sözleşmelerin ifası ile ilgilidir. Ancak madde metninin düzenlenme şekli nedeniyle sanki kamu kurumlarına karşı ihalesiz olarak yüklenilen edimlerin de kapsam dahilinde olduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Bu tereddütü ortadan kaldırmak için belirtilen hususun açık bir şekilde madde metninde ifade edilmesi daha yerinde olurdu. Ancak madde gerekçesinden ve yorum yoluyla suçun kamu ihaleleri ile ilgili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan kamu kurum ve kuruluşlarının yanında kooperatifler, kamu kurumları bünyesinde çalışan vakıflar gibi diğer bazı kurumların da aynı hukuki koruma kalkını altına alınması kanımızca isabetli bir tercih olmuştur. Zira kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan dernekler, kamu kurumlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler ve maddede sayılan diğer bazı kurumlar, doğrudan doğruya Devletten yardım alarak veya çeşitli vergi muafiyetlerinden yararlanarak ya da geniş ölçüde kamudan yardım toplayarak kamu kaynağı kullanmakta ve kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi mümkün faaliyetleri icra etmektedirler. Bu kurumlara ek olarak, günümüzde sosyal ve ekonomik açıdan toplumda çok geniş kitlelere hitap eden ve statüsünün ayrı bir kanunla düzenlenmesi gündemde olan, halihazırda ise dernek statüsünde faaliyet sürdüren spor kulüpleri ile özel hukuk hükümlerine göre kurulduklarından kamu kurumu nitelikleri tartışmalı olan spor federasyonlarının da dahil edilmesinin yararlı olabileceği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, “*Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 10, Ankara, Ağustos 2009.
- ARSLAN, Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, (TCK m.235), Adalet, Ankara, 2010.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner, TCK Şerhi Özel Hükümler, Turhan, Ankara, 2009.
- DOĞANYİĞİT, Sadettin, Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin, Ankara – 2011.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 2006.
- GÜLEL, İlhan, “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:11, Ankara, Ekim 2012.
- KAPLAN, Mahmut, “*Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, İstanbul, 2013.
- KAZANCI, Behiye Eker, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin, Ankara, 2011.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara, 2016.
- MERAN, Necati, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara, Seçkin, 2011.
- ÖZGENÇ, İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2013.
- SARITAŞ, Hatice, “*İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları*” Sayıştay Dergisi, Sayı:73, Ankara, Nisan Haziran 2009.
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş, Ankara, 2005, s. 176
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet, Ankara, 2010.

İnternet Kaynakları ve Programlar:

AKİP Açıklamalı Kanun-İçtihat Programı, Adalet Yayınevi

UYAP İçtihatları, Adalet Bakanlığı

UYAP Mevzuat Programı, Adalet Bakanlığı

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/03/20050331M1-3.htm>

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss842m.htm>

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=5328

http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f48a330b9c914.40595344

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f4e3eb5d29377.16983701

<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr>

FAİZLERİN SINIRLANDIRMASI SORUNU

(TÜRK BORÇLAR KANUNU M. 88/2, M. 120/2 VE 253/3. MADDESİNİN 10. BENDİ İLE ANAPARA VE TEMERRÜT FAİZLERİNE GETİRİLEN SINIRLAMALARIN TÜRK TİCARET KANUNU VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA YER ALAN ANAPARA VE TEMERRÜT FAİZLERİNİ SINIRLANDIRMASI SORUNU)

The Problem Of Restricting Interest Rates

(The Problem Of Restricting Principal And Default Interest Rates As Per Articles 88/2, 120/2, And Subclause 10 Of 253/3 In Turkish Code Of Obligations And Its Activational Effects In Turkish Code Of Commerce And Law On The Protection Of Consumers)

Mustafa Serhat ŞEN* - Mustafa Kamil ŞEN**

Geliş Tarihi: 17.05.2017

Kabul Tarihi: 28.11.2017

ÖZET

Ülkemizin içinde bulunduğu kanunlaşma sürecinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak yapılan düzenlemeler ile anapara ve temerrüt faizlerine üst sınır getirilmiştir. Kanun koyucu tarafından kabul edilen anapara ve temerrüt faizlerine getirilen sınırlamalar gerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve gerekse 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan anapara faizi ve temerrüt faizlerine de bir üst sınır getirmektedir.

Kanun koyucunun hukuk politikası tercihi olarak özellikle aşırı faize karşı güçsüz kişilerin aleyhine olan liberal düzenlemeleri dizginleme ihtiyacından kaynaklanırken¹ sözleşme serbestliği ve irade özerkliğine müdahale ettiği görülmektedir. Çalışmamızda faizlere getirilen bu sınırlamaların gerekçeleri incelenmiştir.

Aslında yasa koyucunun faizin üst sınırlandırması yönündeki bu tercihi doğrultusunda 3095 sayılı Kanun Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 8 ve 9. maddeleri yeniden düzenlenmeli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca Bakanlar Kurulunun 22.11.2006 tarihli ve 26354 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 16.10.2006 tarihli ve 2006/11188 sayılı kararıyla faiz oranlarını belirleme yetkisini Merkez Bankası'na devretme kararı geri alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Anapara faizi, temerrüt faizi, faiz üst sınırı, hukuk politikası.

ABSTRACT

An upper limit has been established to the principal and default interest rates as per Turkish Code of Obligations No: 6098 as distinct from previous Turkish Code of Obligations No. 818. Those restrictions established by the legislator to the principal and the default interest rates to both Turkish Code of Commerce No: 6102 and in Law on the Protection of Consumers No: 6502.

It is observed that the legislator tries to protect the weak people against unscrupulous interest rates by limiting the liberal arrangements as its preference of the policy of law and restricting the liberty of contract and freedom of will as well. We tried to analyze the grounds for those restrictions established to the interest rates.

In fact, the articles 8 and 9 of Turkish Code of Commerce No: 6102 and the Law on Legal and Default Interest Rates No: 3095 must be reviewed and the cabinet decree dated 16.10.2006 No: 2006/11188 which was published on the Official Gazette dated 22.11.2006 No: 26354 delegating the authority on setting interest rates of cabinet as per Law of Banking No: 5411 to the Central Bank must be reversed.

Keywords: Principal interest rate, default interest rate, interest upper limit, policy of law.

* Konya Hakimi, mustafa.serhat.sen@adalet.gov.tr

** Hakim Adayı, mkamilsen@hotmail.com

¹ Demir, Şamil, "Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar", Ankara Barosu Dergisi, 2012/4, s. 210.

GİRİŞ

Faiz, hukukumuzda esas olarak 4.12.1984 tarih ve 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun² ile düzenlenmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda faizle ilgili olarak hukukumuzda ilk defa hem anapara faizi hem de temerrüt faizi bakımından somut sınır getiren, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmayan emredici ve sınırlayıcı düzenlemeler yapılmıştır. Genel düzenlemeler olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve m. 120, hukuki ilişkilere uygulanacak faize ilişkin kanuni çerçeveyi belirlemiştir. Faiz oranları doğrudan doğruya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda belirlenmemiş; oranların belirlenmesi, ekonomik koşullardaki değişikliklere ve dalgalanmalara bağlı olarak gelişebilecek ihtiyaçlar dikkate alınarak esnetilebilecek şekilde yürürlükteki faiz mevzuatına bırakılmıştır³. Taksitli satışlarda alıcının temerrüde düşmesi halinde temerrüt faizini özel olarak hükme bağlayan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 253/3. maddesinin 10. bendi; Türk Borçlar Kanunu m. 120/2 temerrüt faizinin sınırlandırılmasına ilişkin genel hükmü tamamlamakta ve temas ettiği konu olan taksitli satışlarda temerrüt faizini özel olarak düzenleyerek genel düzenlemeye de bir sınırlandırma getirmektedir⁴.

A. TÜRK BORÇLAR KANUNU M. 88/2, 120/2 VE 253/3. MADDESİNİN 10. BENDİ İLE GETİRİLEN SINIRLAMALARIN TÜRK TİCARET KANUNU VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA YER ALAN ANAPARA VE TEMERRÜT FAİZLERİNİ SINIRLAYIP SINIRLAMADIĞI SORUNU:

01.07.2012 tarihinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesini müteakiben 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun da 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

² RG. 19.12.1984/18610.

³ Akil, Cenk, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukuku Bağlamında Faize İlişkin Bazı Meseleler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/2, s. 70; Aydın, Gülşah Sinem, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz İle İlgili Düzenlemeler Bakımından Getirilen Değişiklikler", *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2014/3, s. 223; Aydoğdu, Murat, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler", *DEÜHFD*, C. 12, S. 1, 2010, (Basım Yılı: 2011), s. 85-136; Demir, Mehmet, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012, s. 31-33; Demir, Ş., s. 210; Ertaş, Şeref, "Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 307.

⁴ Ünlütepe, Mustafa, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, s. 342; Yılmaz, Canan, "6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi (TBK m. 253-262)" *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011) 2012/10, 2. Baskı, s. 466.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 88. maddesinde anapara faizine ve 120. maddesinde ise temerrüt faizine ilişkin olarak bir üst sınır getirilerek, sözleşme serbestisi prensibi kanuni oran üzerinden sınırlamaya tabi tutulmuş olmaktadır⁵.

TBK'nın 253/3. maddesinin 10. bendi ile; gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, gerekse 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bakımından, taksitle satış sözleşmesiyle alıcının ulaşmak istediği amaç ve özellikle kredilendirme fonksiyonu da nazara alındığında, taksitle satış sözleşmesinde temerrüt faizinin kapsamı, alıcının korunması amacıyla belirlenmiş ve sınırlı hale getirilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile faizle ilgili olarak getirilen bu genel nitelikli temel sınırlamaların; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 8. ve 9. madde hükümleri kapsamında ticari anapara faizi ve ticari temerrüt faizi için de birer sınırlama oluşturup oluşturmadığı, onları nasıl etkilediği ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenen tüketici işlemlerinde anapara ve temerrüt faizlerinin sınırlandırılması uygulaması, doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalıdır⁶.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenen tüketici işlemleri üzerinde tartışılan konuların başında bankacılık işlemleri ve bankalardaki faiz uygulamaları gelmektedir. Faiz oranları, bileşik faiz uygulaması, anapara ve temerrüt faiz oranlarının yüksek tutulması, Merkez Bankası'nın belirlediği faiz oranlarının yüksekliği, tüketiciler açısından sürekli sorun oluşturmaktadır. Bu sorunlar doktrinde ve uygulamada tartışılmakta ve çözüm üretilmeye çalışılmaktadır.

Çalışmamızda Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun düzenlemeleri ışığında kanun koyucunun hukuk politikasına ilişkin tercihi gözönünde bulundurularak ülke ekonomisine etkisi de değerlendirilerek, konu ayrıntılı incelenmiş ve somut çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır⁷.

⁵ Yağcı, Kürşad, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK M. 88 ve TBK M. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK M. 8 ve TTK M. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHF M. C. LXXI, S. 2, 2013, s. 421.

⁶ Aydoğdu, s. 85; Orbay Ortaç, Nurdan, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, s. 124; Yağcı, s. 421-422; Bakınız, Uygulama bölümü.

⁷ Buz, Vedat, "Borçların İfası ve İfa Edilmemesi" *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 92; Demir, Ş, s. 219; Çeker, Mustafa, *Tüketici Hukuku Açısından Bankacılıkta Faiz Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Ve Uygulamaları 2014-2015*, Editörler, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, 2015, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 69-74-75.

B. Genel Olarak

1. Hukuk Politikası Tercih

Türk Borçlar Kanunu ile faizle ilgili olarak getirilen bu genel nitelikli sınırlamalar kuşkusuz tamamıyla bir **“hukuk politikası”** tercihidir.

Özel hukukun temelinde yatan ilkelerden biri, *“sözleşme özgürlüğü”*dür. Bu ana ilkeye göre taraflar, bir hukuki işlemi yapmakta, bunun içeriğini belirlemede ve karşı tarafı seçmekte serbest ve özgürdür. Ancak hukuken sağlanan bu olanağın, gerçek hayatta tam olarak karşılık bulmadığı, hukukun geçirdiği aşamalarda yaşanan acı tecrübelerle öğrenildiğinden işte tam bu noktada yasa koyucunun, aşırı faize karşı önlem olarak neleri düşündüğü ve ne ölçüde irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerine müdahale etmek istediği ile alakalı bir tercihle yasalaştırılan faiz sınırlamasına ilişkin cesur çözüm, takdir edilecek destek ve övgüyü hak eden düzenlemelerdir. Aslında kanun koyucu hukuk politikasına ilişkin bir tercih yaptığından, hukuken tartışılacak pek fazla bir şey yoktur⁸.

Hukukumuzda sadece faiz konusunda değil; daha başka birçok konuda karşımıza çıkan tacirin avantajlı hale getirilmesi (kesin vade kuralı, teselsül karinesi, ticari işlerde temerrüt halinde avans faizi istenebilmesi gibi...) durumu kabul edilemez. Adi işler bakımından faizlere üst sınır getirilmesine rağmen ticari işler yönünden bir sınırlandırmanın söz konusu olmaması diğer bir anlatımla tacirin parasının, tacir olmayana göre daha çok korunması; evrensel hukuk ve Anayasa’daki eşitlik ilkesi dikkate alınarak haklı ve objektif gerekçeye sahip olamayacağı açıktır. Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu düzenlemesiyle bu meselede tavır alarak hukuk politikasına ilişkin bir tercihle, anapara ve temerrüt faizlerine bir üst limit getirmiştir⁹. Kanaatimizce, böylelikle anapara ve temerrüt faizleri yönünden tacirin avantajlı hale getirilmesine son verilmiştir.

2. Türk Borçlar Kanunu’nun Çerçeve Kanun Olma Özelliği

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bir **“çerçeve kanun”** özelliği taşımaktadır. Çerçeve kanun özelliği nedeniyle temel ilke olarak, gerek anapara faizi, gerek temerrüt faizi oranları üst sınırlarını belirlemektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu faiz oranlarının limitlerini düzenlerken, ekonomik koşullardaki değişikliklere ve dalgalanmalara bağlı olarak gelişebilecek ihtiyaçlar dikkate alınarak oranların belirlenmesini, özellikle ticari işlemler, tüketici işlemleri, kredi kartlarında uygulanacak faiz oranları ile üst sınırlarını diğer Yasalar’a (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi

⁸ Buz, s. 92; Demir, Ş, s. 219; Yağcı, s. 434.

⁹ Yağcı, s. 434-435.

Kartları Kanunu ve 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun) bırakmaktadır.

3. Türk Borçlar Kanunu'nun 88. ve 120. Madde Gerekçeleri

a. Türk Borçlar Kanunu'nun 88. madde gerekçesinde, “Maddenin ikinci fıkrasında, sözleşmede kararlaştırılacak yıllık faiz oranının, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağı öngörülerek, bu emredici hükümlerle, uygulamada örnekleri sıkça görülen olağanüstü faiz oranları karşısında, borçluların korunması amaçlanmıştır.”

Türk Borçlar Kanunu'nun 120. madde gerekçesinde, “Maddenin ikinci fıkrasında, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranının, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca belirlenen yıllık ortalama faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacağı kabul edilmiştir. Bu emredici hükümlerle, temerrüde düşmüş olsa bile, Anayasanın 2 nci maddesinde ifadesini bulan sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, uygulamada örnekleri sıkça görülen olağanüstü faiz oranları karşısında, borçluların korunmaları amaçlanmıştır.” şeklinde ifade ile “sözleşme” kavramına yer verildiği adi iş, ticari iş ve tüketici işlemi ayırımı yapılmadığı görülmektedir. Öyleyse tüm sözleşmeler (adi iş, ticari iş ve tüketici işlemi ayırımı yapılmaksızın) sınırlandırmanın kapsamında kabul edilmelidir¹⁰.

b. Türk Borçlar Kanunu'nun m. 88 ve 120 gerekçelerinde, bu “emredici hükümlerle – emredici hukuk kuralı”, borçluların korunmaları amaçlandığı belirtilerek, yasanın gayesinin sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, uygulamada örnekleri sıkça görülen olağanüstü faiz oranlarına bir üst sınır öngörülmektedir¹¹.

c. Türk Borçlar Kanunu'nun m. 88 ve 120 gerekçelerinde “borçluların korunmaları amaçlanmıştır” denmektedir. Bu durum dikkate alınacak olursa, tacirlerin ve tüketicilerin de yüksek faiz oranlarına karşı korunması gerektiği bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve 120 hükümlerin uygulanmasında “kişi bakımından” herhangi bir sınırlama yoktur, tüm sözleşmeleri ve kişileri kapsamaktadır. Gerçek kişiler, tüzel kişiler, tüketici ve tacirler bakımından uygulanması gerektiğinden hepsi yönünden faizler için üst sınır getirildiğinin kabulü gerekir¹².

¹⁰ Aydoğdu, s. 93; Orbay Ortaç, s. 125.

¹¹ Aydoğdu, s. 121; Ayan, Serkan, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı: 2012), S: 779; Orbay Ortaç, s. 124; Öz, Turgut, “Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 4, Ağustos 2005, s. 74; Yağcı, s. 431.

¹² Aydoğdu, s. 95-96 vd; Orbay Ortaç, s. 125; Yağcı, s. 431.

4. Yargı Yükünün Hafifletilmesi

Uygulamada, aşırı faizler, “Sözleşmede kararlaştırılan şartların, edimler arasında dengesizlik yaratması ve günün ekonomik koşullarında borçlunun mahvına sebebiyet verecek derecede aşırı bulunması halinde; hâkim, özel hukuk düzeninin çerçeve hükümleri yoluyla sözleşmeye müdahale edebilir. Hâkim, Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesinin kendisine tanıdığı kanun koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak; özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uyulmasını emrederek; Türk Medeni Kanunu 2/1 ve Türk Borçlar Kanunu’nun 27 ve 28 maddesi gibi genel kurallara dayanarak sözleşmeye müdahale etmelidir. Her somut olay ayrı ayrı değerlendirilerek, yürürlükte olan faiz oranlarının çok üstünde kararlaştırılmış olan faiz oranının aşırı ve edimler arasındaki dengeyi bozucu nitelikte olduğu gözetilmeli, makul bir seviyeye indirilmesi suretiyle bir hüküm kurulmalıdır.” gerekçesiyle sınırlandırmaktaydı¹³. **“Mahkemelerce gerçekleştirilen aşırı faizlerin indirilerek sınırlandırılması”** hususu, yasa koyucu tarafından Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve 120 ile hem anapara hem de temerrüt faizine üst sınır getirilmesi düzenlemesi abesle iştilig olmayan yerinde olan bir davranıştır.

Türk Borçlar Kanunu ile anapara ve temerrüt faizine bir çerçeve çizilerek emredici genel bir sınırlama getirilmesi; bu sınırlamada zamanın şartlarına göre esnetilebilecek 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 1 hükmüne (Bakanlar Kurulu kararıyla değiştirilebilir oranlara) gönderme yapılmış olması nedeniyle yargının yükünün bu suretle hafifletilmesi, mahkemelerce uygulanan genel geçersizlik sebeplerinin ve dürüstlük kuralının sağlayacağı korumanın yetersizliğinin de bu şekilde aşılmış olması isabetli olmuştur¹⁴. Aksi görüşün kabulü halinde yargının iş yükü gereksiz olarak artacaktır.

5. Karşılaştırmalı Hukukta Yabancı Ülke Yasalarında da Faize Sınır Getirilmiştir

“Diğer ülke yasalarında da” faize sınır getirildiği bilinmektedir. Türk Borçlar Kanunu’na kaynak teşkil eden İsviçre BK m. 73 hükmünde, taraflarca kararlaştırılmamışsa genel olarak sözleşmeler bakımından ana faizin %5 olduğu, faizin kararlaştırıldığı hallerde ise, kötüye kullanılmaması gerektiği ve

¹³ 3. HD. 14.02.2012 Gün, Karar: 2014/3444, Esas: 2011/22093 (Uyap); Aydoğdu, s. 93; Demir, Ş, s. 222-223-227; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B. Ankara 2012, s. 981- 982; Kılıçoğlu, Ahmet, M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B. Ankara 2012, s. 614; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I. İstanbul, 2012, s. 313.

¹⁴ Yağcı, s. 436.

bu konudaki kamusal düzenlemelerin de saklı olduğu yolunda bir düzenleme mevcuttur. Yine İsviçre Tüketici Kredileri Hakkındaki Kanun m.14 ve Tüketici Kredilerine İlişkin Tüzük m.1 ile yıllık %15 sınırı bulunmaktadır. Murat Aydoğdu'nun "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler" adlı makalesinde de açıkladığı gibi, bu doğrultuda İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında tarafların sıfatlarına bakılmaksızın tacir olsun ya da olmasın tüm işlemlerde genel olarak %18 sınırını uygulamaktadır¹⁵. Almanya uygulamasında da ana para faizi sözleşmede kararlaştırılmamışsa adi işler için %4 (BGB § 246), tacirler için %5'dir (HGB § 246)¹⁶. Dürüstlük kuralına aykırılık oluşturulmaması kaydıyla sözleşmede istenilen oran kararlaştırılabilecektir (BGB § 138)¹⁷. Avusturya'da tüketici kredileri bakımından da bir limit düzenlenmiş %5 gibi bir sınırlama mevcuttur¹⁸. Tüm bu uygulamalar göstermektedir ki Türk Hukukuna Türk Borçlar Kanunu 88. ve 120. maddeleri ile getirilen sınırlamaların yerinde olduğu anlaşılmaktadır.

6. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Faiz Sınırlamasına İlişkin Düzenlemeler Genel Niteliktedir

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen ve yeni bir düzenleme olan faiz sınırlamasına ilişkin düzenlemeler emredici ve "**genel nitelikte**"dir. Yasa gerekçesine baktığımızda borçluların korunması amaç edinildiği anlaşılınca, bu emredici ve genel nitelikteki yasal düzenlemeye uyulması gerektiği, aykırı olan düzenlemeleri ilga ettiği söylenebilir. O halde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a tabi olan tüketicilerin de, Türk Ticaret Kanunu'na tabi olan tacirlerin de aşırı faizlere karşı korunması gerekmektedir¹⁹.

7. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yasalaşma Süreci

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Tasarısı halinden itibaren "**yasalaşma sürecini**" incelediğimizde, faiz ile ilgili sınırlamaların, yabancı para borçları içinde geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de Tasarının ilk metninde yer alan dar ifadelerin yabancı para borçlarını kapsamadığı ve bu yönün bir eksiklik olduğu eleştirisi karşısında Tasarıdan farklı bir biçimde genel ifadeler ile Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 3678 sayılı Kanun ile değişik 4/a maddesinde yer alan yabancı para borçlarını kapsar şekilde Türk Borçlar Kanunu yasalaşmıştır²⁰.

¹⁵ BGE 93 11 189-190; BGE 84 11 111/2; Aydoğdu, s. 94.

¹⁶ Aydoğdu, s. 95.

¹⁷ Aydoğdu, s. 95.

¹⁸ 8 Mart 1979 tarihli Avusturya Tüketici Kredileri Kanunu § 6/f.1, b.13-Konsumentenschutzgesetz vom 8. März 1979 - KschG; Aydoğdu, s. 95; Buz, s. 92; Yağcı, s. 434.

¹⁹ Aydoğdu, s. 95-96; Orbay Ortaç, s. 125.

²⁰ Aydoğdu, s. 97-98.

8. Taksitli Satışta Temerrüde Düşen Alıcıya Yasal Ayrıcalık Tanınması Amacı

Sözleşme konusu taşınır ise, 6098 sayılı TBK'nın 253/3. maddesinin 10. bendine göre, malın satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması hâlinde, sözleşmede "Temerrüt veya vadenin ertelenmesi durumunda, yasal faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere ödenecek faiz." belirtilecek hususlardan biridir²¹.

Taksitli satışlarda alıcının temerrüde düşmesi halinde temerrüt faizini özel olarak düzenleyen 6098 sayılı TBK'nın 253/3. maddesinin 10. bendi; TBK m. 120/2 temerrüt faizinin sınırlandırılmasına ilişkin genel hükmü tamamlamakta ve temas ettiği konu olan taksitli satışlarda temerrüt faizini özel olarak düzenleyerek genel düzenlemeye de bir sınırlandırma getirmektedir. 6098 sayılı TBK 253/3. maddesinin 10. bendi, alacaklının korunması amacıyla TBK m. 120/2 ile getirilen genel nitelikli temerrüt faizinin sınırlandırılması ayrıca özel olarak satıcı aleyhine yeniden sınırlandırılmıştır. Bir başka deyişle satıcının kullanabileceği TBK m. 120/2 deki olanak ve hak elinden alınmıştır²².

Gerçekte taksitli satış sözleşmelerinde satış bedelinin yüksek belirlenmesi nedeniyle taşınır malın taksitle satışı nedeniyle peşin fiyattına ödeme süresi gözönüne alınarak bedele işleyecek faiz miktarı ilave edilerek taksitle satış bedeli belirlenmektedir²³. Diğer bir anlatımla satıcı, peşin mal bedelinin işleyecek faizini satış fiyatına dâhil etmektedir.

6098 sayılı TBK'nın 253/3. maddesinin 10. bendi ile; gerek 6098 sayılı TBK, gerek 6502 sayılı TKHK bakımından, taksitle satış sözleşmesiyle alıcının ulaşmak istediği amaç ve özellikle kredilendirme fonksiyonu da nazara alındığında, taksitle satış sözleşmesinde temerrüt faizinin kapsamı, alıcının korunması amacıyla belirlemiş ve sınırlı hale getirmiştir. Genel hükümlere nazaran özel olarak alıcının/tüketicinin sosyal ve ekonomik, buna bağlı olarak hukuken korunması sebebiyle taksitli satışlarda 6098 sayılı TBK'nın 253/3. maddesinin 10. bendi çok özel hüküm olarak alıcıya/tüketicie koruma alanı yaratmaktadır. Taksitli satışta alıcının temerrüdünün özel olarak 6098 sayılı TBK'nın 253/3. maddesinin 10. bendi ve 259 ile 260. maddesi ile düzenlenmesi temerrüde düşen alıcıya çok açık bir şekilde "**yasal ayrıcalık**" tanınması amacını taşımaktadır. Kısaca satıcının yanında alıcı/tüketici de gözetilerek menfaatler dengelenmektedir²⁴.

²¹ Yılmaz, s. 455-456; Kara, İlhan, Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 843.

²² Yılmaz, s. 466.

²³ Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi), s. 342; Yılmaz, s. 466-469.

²⁴ Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi), s. 343; Yılmaz, s. 466-469.

C. Türk Ticaret Kanunu Açısından

Doktrinde savunulan ve uygulamada da çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, TBK m. 88 ve m. 120'de yer alan akdi anapara ve temerrüt faiz oranlarına üst tavan getiren sınırlandırmalar tacirlerin ticari işleri bakımından uygulanmaz²⁵. Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise, anılan iki emredici hükümlerle faiz genel sınırlarına ilişkin hükümlerin adi işler, tüketici işlemi yanı sıra ticari işlerde de geçerli olduğu doğrudur²⁶.

1. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Aynı Anda Yürürlüğe Girmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu aynı anda yürürlüğe girmiştir. 6102 sayılı TTK'nın m. 8/1 uyarınca ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir, hükmü özel hüküm niteliğinde bir düzenleme olduğundan 6098 sayılı TBK'nın m. 88/2 ve 120/2'deki üst sınırla uygulanmayacağı, Poroy/Yasaman tarafından savunulmuştur²⁷. Eriş'te aynı konuda iki yasa maddesi varsa son yasa maddesi uygulanacağını belirtmektedir²⁸. Göktürk ise, "Ticari İş

²⁵ Ayan, s. 779-780; Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan: Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukukunda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 236. Bu kitabın yazarlarından Ayan, anapara ve temerrüt faizine ilişkin Borçlar Kanunundaki sınırlamaların, Ticaret Kanununun 8. maddesi hükmü karşısında ticari işlere uygulanmayacağı kanaatindedir; Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Bası, Ankara 2015, s. 24-56; Börü, Levent/Koçyiğit, İlker: Ticari Dava, Turhan Kitabevi, Ankara 2013 s. 374; Çeker, Mustafa: Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, 7. Baskı, Adana 2013 (Kitap) s. 50-51; Demir, Ş, s. 220-221; Eren, s. 981-982; Eriş, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, Seçkin, 1. Bası, Ankara 2013, s. 930; Göktürk, Kürşat: "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi ", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y. 2015/2, Sayfa: 3-44; Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Mimoza, 23. Bası, Konya 2012, s. 61; Kayar, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, Detay Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2012, s. 73-80; Kendigelen, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, Oniki Levha, İstanbul 2015, s. 43; Kılıçoğlu, s. 605; Orbay Ortaç, s. 132; Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 96; Şener, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2016, s.76-97; Yağcı, s. 421-437.

²⁶ Altop, Atilla: "Seminer: Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler", İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Mayıs 2012, s. 15-17; Antalya, Gökhan: "Değerlendirme Konuşması" Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011) 2012/10, 2. Baskı, s. 351-352; Aydoğdu, s. 93-99; Aydoğdu/Ayan, s. 232. Bu kitabın yazarlarından Aydoğdu da, anapara ve temerrüt faizine ilişkin Borçlar Kanunundaki sınırlamaların, tacirler lehine de uygulanacağı kanaatindedir; Burcuoğlu, Haluk: "Seminer: Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler", İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Mayıs 2012, s. 33-34; Kara, s. 1430. Türk Borçlar Kanunu 88, 120 maddelerinde faiz ile ilgili yapılan düzenlemelerin kredi kartları içinde geçerli olduğu görüşündedir.

²⁷ Poroy/Yasaman, s. 96; Eriş, s. 934.

²⁸ Eriş s. 934.

Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi ” isimli çalışmasında, her iki kanunu yapan aynı meclis, yürürlüğe giren bir kanun hükmünü, yürürlüğe girdiği anda yürürlükten kaldırmak gibi bir amaçla değil, olsa olsa vazedilen bir kurala istisna getirmek amacıyla sevk etmiş olabilir görüşünü ileri sürmüştür²⁹.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu **“aynı anda yürürlüğe giren”** düzenlemeler olduğundan, yeni - eski nitelikli kanun düzenlemesinden bahsedilemez. O halde Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 ve 120/2 düzenlemesiyle anapara ve temerrüt faizine getirilen üst sınırlamalar ticari işlere de uygulanmalıdır. Zira 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile aynı anda yürürlüğe giren daha özel hüküm niteliğinde bir düzenleme olarak kabul edilmekle, genel hüküm niteliğinde sınırlayıcı bir düzenleme yapan Türk Borçlar Kanununda faiz oranlarına ilişkin olarak yer alan üst sınırlar (m. 88/2; 120/2) ticari işlerde de uygulanmalıdır³⁰.

2. Türk Ticaret Kanunu m. 9’da Faize Yönelik Olarak Yapılan Atf

Doktrinde Poroy/Yasaman, Ayan, Kendigelen, tarafından savunulan görüş gereğince; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun m. 9 hükmüne göre, “Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.” bu maddede belirtilen ilgili mevzuat ise 3095 sayılı Kanun olduğuna göre, o kanunda belirtilen hükümler uygulanmalıdır³¹. TTK’nın m. 9 hükmündeki ifade ile faizin işleme şartlarına, hesaplanmasına, fer’iliğine dair vb. hükümlere ve ticari faiz oranlarına dair diğer düzenlemeler kastedilmiş olup, TBK’nın m. 88 ve m.120 ile faize getirdiği, üst sınırlara da yollama yapıldığı, şeklinde yorumlanamaz³².

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun m. 9 “Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme gereğince, **“Türk Ticaret Kanunu m. 9’da faize yönelik olarak yapılan atfın”** içinde Türk Borçlar Kanunu’da bulunduğu ticari işlerde de gerek anapara gerekse temerrüt faizi oranların Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 ve m.120/2 hükmüyle sınırlandırıldığı kabulü gerekir³³. Zira bu hükümlerle, ticari yaşamın gerektirdiği serbestliğe bir üst sınır çizilmektedir. Diğer taraftan Türk Ticaret Kanunu m. 9 hükmünce “ilgili mevzuat” ile atfın içinde hali hazırda yürürlükte bulunan anapara ve temerrüt faizlerini düzenlemesi nedeniyle özel kanun niteliğini taşıyan “3095 sayılı Kanuni Faiz

²⁹ Göktürk, s. 43.

³⁰ Demir, Ş, s. 222; Orbay Ortaç, s. 126; Yağcı, s. 432.

³¹ Aydoğdu/Ayan, s. 229; Kendigelen, s. 43; Poroy/Yasaman, s. 97.

³² Poroy/Yasaman, s. 97.

³³ Ayan, s. 779 vd; Aydoğdu, s. 95-97; Çeker, (Tüketici Hukuku) s. 75; Demir, Ş, s. 222; Orbay Ortaç, s. 125; Yağcı, s. 431-432-433.

ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun” ile yine genel kanun niteliğindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’da yer almaktadır³⁴. Esasen Türk Ticaret Kanunu m. 1 hükmünün Türk Medeni Kanunu’na yaptığı gönderme ve Türk Borçlar Kanunu m. 646 gereğince hüküm bulunmayan hallerde uyduğu ölçüde faizin hesaplanması, şartları, hükümleri gibi konulara ve bunların yanı sıra gerek anapara gerekse temerrüt faizi üst sınırlandırılması konusuna Türk Borçlar Kanunu hükümleri zaten uygulanacaktır³⁵. Gerçekten, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 646. maddesi, “*Bu Kanun, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır.*” hükmünü içerdiği ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 5. maddesinde de aynen; “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” düzenlemesinin yanı sıra, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1. maddesi, “*Türk Ticaret Kanunu, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır.*” hükmüne yer verilmiştir³⁶. Tüm bu yasa maddeler ışığında konu incelendiğinde; 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 5. ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 646. maddesi uyarınca Türk Borçlar Kanunu’nun, Türk Medenî Kanunu’nun Beşinci Kitabını oluşturduğu ve onun tamamlayıcısı olduğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1. maddesi gereğince de Türk Ticaret Kanunu’nun, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun, dolayısıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun da ayrılmaz bir parçası olduğu, Mecelle m. 63 “*Mütecezzi olmayan bir şeyin ba’dını zikretmek küllünü zikr gibidir. (zikrün ba’di mâ lâ yetecezzâ ke-zikri küllih):bölünemeyen bir şeyin bazı unsurlarını zikretmek, tamamını zikretmek demektir.*” kuralı da göz önüne alındığında; Türk Ticaret Kanunu’nun m. 8’de serbestçe belirlenen faiz oranı, Türk Borçlar Kanunu’nda vurgulanan faiz sınırlarına kadar serbest olması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

3. Türk Ticaret Kanunu’nun Amacı

Ayan, Türk Ticaret Kanunu m. 8/1’de geçen “*ticari işlerde faiz serbestçe belirlenir*” ve “*tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır*” biçimindeki kuralların konulmasındaki amacın; ticari yaşamın gerektirdiği serbestliğin benimsenmesi olduğu, fikrini savunmaktadır. Ayrıca 8. madde de tüketicilerin korunma altına alındığı, Türk Borçlar Kanunu’nun getirdiği sınırlamanın ticari işlerde geçerli olmadığı, aksi görüşün kabulü halinde “*tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır*” biçimindeki kuralın bileşik faiz ile ilgili dışında hiçbir anlamı kalmayacağı savunulmaktadır³⁷.

³⁴ Orbay Ortaç, s. 125-126; Yağcı, s. 433.

³⁵ Yağcı, s. 434.

³⁶ Çeker, (Kitap) s. 4-5.

³⁷ Aydoğdu/Ayan, s. 237; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 28-33; Kayar, s. 75; Şener, s. 97-101.

Ayan'ın ticari işlerde faiz serbestliği kuralının görüşüne katılmayan Aydoğdu, ticari işlerde faiz serbestliği kuralının kabulü halinde, Türk Ticaret Kanunu m. 3 ve m. 19 hükümlerince ticari işe karinesi karşısında, Borçlar Hukuku hükümlerinin uygulama alanının çok daralacağı görüşündedir. Aydoğdu, faiz serbestiyetinin kabulü halinde, tacir karşısında bir tüketici varsa, söz konusu işlem Borçlar Kanunu'ndaki faiz sınırlarına bağlı olmayacağını, saklı tutulan tüketicinin korunmasına ilişkin özel hükümlerde, genel olarak bir faiz sınırlamasının bulunmadığından, tüketiciye serbest faiz sisteminin uygulanacağını ileri sürülmesinin yerinde olmadığını ifade etmektedir³⁸. Halbuki 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun m. 3'e göre, tüketicilerin taraflardan birinin oluşturduğu her türlü sözleşme ve hukuki işlem ticari iş değil, tüketici işlemi olur. Bu nedenle bir tarafın tüketici niteliği taşıdığı, karşı tarafın tacir olduğu sözleşmelerde TTK m. 8'deki faizin serbestçe belirlenmesi söz konusu olamaz.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun genel gerekçesine göre, 20. yüzyılın ikinci yarısında oluşan gelişmeler, örgütlenmeler ve oluşumlar; kuramlarını, öğretilerini ve düzenlerini birlikte getirdiklerini özellikle AB üyesi ülkelerin kanunlarının bu hızlı akışa uygun sürekli değiştirildiğini, AB Müktesabati ve bağlamda AB'nin ticaret hukukuna ilişkin düzenlemeleri Türkiye'nin gelecekteki hukukudur.

Gerçekten Türkiye, uluslararası ticaret, endüstri, hizmet, finans ve sermaye piyasalarının bir parçası olmak zorundadır. Bunun için uluslararası piyasaların kurallarına yer veren bir ticaret kanununa sahip olmalıdır. Buna göre stratejik derinlik taşıyan ve sürdürülebilir politikaları belirlemesi, Türk Ticaret Kanunu bu amaçların gerçekleştirilmesinde etkili ve vazgeçilmez belki de tek araçtır. Ticaret Kanunu sorunlara çağdaş, güvenilir ve işleyebilir çözümler getiren, bu alanda Türkiye'nin gereksinimlerini büyük ölçüde karşılayan, menfaatler dengesini hak ve adalete uygun bir tarzda kuran bir Kanun olmalıdır. Anılan ilkelere yer vermeyen bir Ticaret Kanunu bugünün gereksinimlerine cevap veremez.

Türk Ticaret Kanunu bir taraftan tarafların/tacirlerin parasal edimlerinin zamanında yerine getirilmesi ve gecikmiş ödemelerin ifasının hızlandırılmasına çalışılırken, diğer taraftan da para borçluları için finans ve sermaye piyasaları şartlarına uygun ve makul oranda anapara ve temerrüt faiziyle karşı karşıya kalmasını sağlamalıdır.

Açıkça görüldüğü gibi, ticari işlerde faizi düzenleyen Türk Ticaret Kanunu m. 8 ve 9 hükümleriyle bir yandan tarafların parasal edimlerinin zamanında yerine getirilmesi ve gecikmiş ödemelerin ifasının hızlandırılmasına çalışılırken,

³⁸ Aydoğdu/Ayan, s. 237-238.

diğer yandan da para borçluları için aşırı yüksek oranda anapara ve temerrüt faiziyle karşı karşıya kalma biçiminde bir sonucun ortaya çıkmasına neden olunmuştur. Bu sonuç, özellikle ticari işlerde para borçlarında uygulanacak olan faiz oranları açısından net bir şekilde görülmektedir. Bu durumun, **“Türk Ticaret Kanunu’nun amaçlarını”** sağlamaya uygun olmadığı söylenebilir³⁹. Bu yorum tarzı, lafzi ve amaca göre yorum kurallarına da uygundur.

4. Ekonominin İçine Girdiği Kısır Döngüden Kurtarılması

Bilindiği üzere, TBK’nın ve TTK’nın da benimsediği Liberal Hukuk Sistemlerinde Borçlar Hukukunun ve Ticaret Hukukunun en temel ilkelerinin en başında, *“irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü”* gelir.

Ana ilkelerden irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünün önemli bir yönünü de tarafların, sözleşmenin konusunu ve içeriğini diledikleri gibi kararlaştırabilmeleri oluşturur. Bir hukuki işlem olan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar, yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla, sözleşme konusu olan edimi ve karşı edimi özgürce ve serbestçe belirler. Ancak bütün özgürlükler gibi, doğal olarak Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü de sınırsız bir özgürlük değildir.

Bu bağlamda; ister adi iş, ister ticari iş olsun sözleşmede kararlaştırılan aşırı yüksek anapara ve temerrüt faizine karşı özellikle TBK’nın sözleşme serbestisine sınırlar getiren aşırı yarılanma (TBK m. 28) veya kanunun emredici hükümleri, ahlaka, kamu düzeni, kişilik haklarına aykırılık (TBK m. 27) sebebiyle geçersizlik yaptırımına tabi tutulması mümkündür⁴⁰.

Borçlu tacirlerin de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 88. maddesinde anapara faizine ve 120. maddesinde ise temerrüt faizine ilişkin olarak üst sınırlamadan yararlandırılması gerekir. Tacirin, borçlu olduğu özellikle kriz dönemlerinde, yüksek faiz uygulamaları tacirlerin iflasına ve krizin daha da büyümesine neden olduğundan, **“ekonominin içine girdiği bu kısır döngüden”** kurtarılması için tacirlerin de yüksek faiz oranlarından korunması ihtiyacı kendisini göstermektedir. Gerçekten eğer ticari faizlere Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve 120 hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilirse, Türk Borçlar Kanununda getirilen bu düzenleme büyük ölçüde amacını yitirmiş ve sadece adi işlere indirgenmiş olur ki, yargı uygulamasında yaşanan sorunların çoğu ticari işlerden doğmakta ve ticari faiz uygulamanın çok büyük bir kısmını kapsamaktadır⁴¹.

³⁹ Yağcı, s. 432.

⁴⁰ Aydoğdu/Ayan, s. 237; Çeker, (Kitap) s. 51; Eriş, s. 932.

⁴¹ Demir, Ş, s. 224; Eren, s. 983-984; Oğuzman/Öz, s. 497; Reisoğlu, Sefa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. B. İstanbul 2012, s. 317-318-373; Yağcı, s. 431.

Özellikle ticari işlerde sözleşmede kararlaştırılacak anapara ve temerrüt faizinin serbest bırakıldığında, bu serbestliğin iyiniyetle ve hakkaniyete uygun kullanılmadığını yaşanan geçmiş kriz dönemlerinden biliyoruz. Halen faizlerin serbest belirlenmesi kuralının hakkaniyete ve ekonomik verilere uygun kullanılmadığını da uygulamada görmekteyiz⁴². O nedenle kanuni bir sınırlama gelmesinde bir yarar vardır.

5. Alacaklının ve Borçlunun Korunması

Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve 120 hükümlerin uygulanmasında **“kişi bakımından”** herhangi bir sınırlama ve ayırım yapılmadığından tüm gerçek kişiler, tüzel kişiler, tüketiciler ve tacirler bakımından uygulanması gerekir. Bu nedenle tacirler yönünden de faizler için sınırlandırma getirildiğinin kabulü gerekir⁴³.

Yine 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 2/2’de ticari işlerde ticari temerrüt faizi yönünden ticari işle iştigal eden alacaklı tacirin korunması amacıyla daha yüksek oranlar (avans faizi) getirilmiş; temerrüde düşen borçlu cezalandırılmıştır⁴⁴. O halde Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 ve 120/2 hükümleri borçluyu korurken, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m.2/2’de tacirin korunması devam etmektedir. Diğer taraftan sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmaması durumunda, kanuni temerrüt faizi oranından daha yüksek olan sözleşmeden doğan anapara faizi oranının, temerrüt faizinin oranı olarak kabul edileceği düzenlemesini içeren Türk Borçlar Kanunu m.120/3 hükmünün gerekçesinde; temerrüde düşen borçlu karşısında **“alacaklının korunması”** gerektiği düşüncesinden hareket edildiği ifade olunmaktadır⁴⁵. Yasa koyucu, ekonomik koşullar ile eşitlik ilkesi dikkate alınarak haklı ve objektif gerekçeyle bir denge içerisinde gerektiğinde alacaklıyı/taciri (3095 sayılı Kanun m.2/2, Türk Borçlar Kanunu m.120/3), gerektiğinde borçluyu/taciri (Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 ve 120/2) koruyucu davranmaktadır. Bu kuşkusuz tamamıyla bir “hukuk politikası” tercihidir.

6. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na da Uygulanabilir

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda bu Kanun hükümlerinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na uygulanmayacağına ilişkin **“özel bir hüküm”**

⁴² Altop, s. 15-17.

⁴³ Aydoğdu, s. 95-96 vd; Aydoğdu/Ayan, s. 232; Orbay Ortaç, s. 125; Yağcı, s. 431.

⁴⁴ Yağcı, s. 434.

⁴⁵ Demir, Ş, s. 224; Eren, s. 983-984; Oğuzman/Öz, s. 497; Reisoğlu, s. 317-318-373; Yağcı, s. 434.

bulunmamaktadır⁴⁶. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin özel bir hüküm içermemektedir. O halde, Türk Borçlar Kanunu'nda faizi sınırlayan hükümler Türk Ticaret Kanunu'na da uygulanabilir.

7. Kanun Hazırlayıcılar/Tasarı Komisyon Üyelerinin Görüşleri

Doktrinde TTK tasarı komisyon üyesi Kendigelen, "TBK m. 88 ve m. 120 hükümlerinde adi işlere uygulanacak faize ilişkin üst sınırlar öngörülmüş, ancak böyle bir sınırlandırmaya ticari işler bakımından ihtiyaç olup olmadığı hiç tartışılmamıştır" demektedir⁴⁷. TBK tasarı komisyon üyeleri Altop, Antalya ve Burcuoğlu ise, özellikle Bankalar yönünden tacirlere uygulanan aşırı yüksek faiz oranlarına (% 1375) sınır getirilmesi amacıyla anılan iki emredici hükümlerle faiz oranları genel hüküm olarak üst tavan belirlenmek üzere konulduğunu, bankaların baskılarına boyun eğmediklerini belirtmektedirler⁴⁸.

Bu emredici genel hükümlere özel bir hükümlerle istisna getirilmedikçe tüm borç ilişkilerine, ticari ilişkiler dahil uygulanacağını düşünmekteyiz.

8. Ticari İşlerde Faiz Serbestliğinin Sınırı Olmalıdır

Öğretide Ayan, Ayhan/Özdamar/Çağlar, Börü/Koçyiğit, Çeker, Demir, Ş, Eren, Eriş, Göktürk, Karahan, Kayar, Kendigelen, Kılıçoğlu, Orbay Ortaç, Poroy/Yasaman, Şener, ve Yağcı⁴⁹ tarafından savunulan görüşe göre, TBK ile aynı anda yürürlüğe giren TTK m. 8 "Ticari işlerde faiz oranları serbestçe belirlenir." şeklindeki düzenleme özel hüküm niteliğindedir. Ticari yaşamın gerektirdiği serbestliğin esas alınması ve TTK m. 3 ve m. 19 kapsamındaki ticari iş kavramı karşısında sadece tüketicinin koruma altına alınması nedeniyle tacirler TBK ile getirilen sınırlamaya tabi değildir.

Acaba gerçekten ticari işlerde faiz serbestliğinin bir sınırı yok mudur? Kanımızca tacirler açısından da aşırı faizlere bir sınır konulması gereklidir. TBK'nın yasalasma sürecinde tasarı aşamasından itibaren ticari işlerde faiz sınırlaması hükümlerinin tartışıldığı, tacirlere de uygulanması gerektiği sonucuna ulaşıldığı anlaşılmaktadır⁵⁰. Kanun koyucu, TBK'nın 88. ve 120. maddelerinde iki özel yaklaşım sergilemiştir. İki emredici ve genel hükümlerle

⁴⁶ Demir, Ş, s. 222.

⁴⁷ Aydoğdu/Ayan, s. 236; Kendigelen, s. 44.

⁴⁸ Altop, s. 15-17; Antalya, s. 351-352; Aydoğdu/Ayan, s. 232; Burcuoğlu, s. 33-34.

⁴⁹ Ayan, s. 779-780; Aydoğdu/Ayan, s. 236; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 28-33; Börü/Koçyiğit, s. 374; Çeker, (Kitap) s. 50-51; Demir, Ş, s. 220-221; Eren, s. 981-982; Eriş, s. 930; Göktürk, s. 3-44; Karahan, s. 61; Kayar, s. 75; Kendigelen, s. 43; Kılıçoğlu, s. 605; Orbay Ortaç, s. 132; Poroy/Yasaman, s. 96; Şener, s. 97-101; Yağcı, s. 421- 437.

⁵⁰ Altop, s. 15-17; Antalya, s. 351-352; Aydoğdu/Ayan, s. 232; Burcuoğlu, s. 33-34.

anapara ve temerrüt faiz oranlarına bir tavan belirlemiştir⁵¹. Madde gerekçelerinde de kişi ayırımı yapılmamıştır. Aksi yaklaşım TBK'nın uygulama alanını daraltacak ve haksız sonuçlara (aşırı yüksek faizlere) yol açacaktır⁵².

9. Türk Ticaret Kanunu'nun 8. Maddesinin "Belirlenir" İbaresine Yerine, Bir Zorunluluğa Değil Aksine Bir İmkana Vurgu Yapan "Belirlenebilir" Kelimesinin Kullanılması Çok Daha Yerinde Olurdu

Poroy/Yasaman ve Eriş tarafından ileri sürülen bir diğer görüş ise, 6102 sayılı TTK'nın 8. maddesinin 1. fıkrasında, ticari işlerde faiz serbestisi prensibine yer verilirken eski 6762 sayılı TK'da yer alan "tayin olunabilir" ibaresinin yerine daha kesin bir ifade olarak "belirlenir" sözcüğünün kullanılmasıdır⁵³.

Aslında ticari olmayan (adi) işlerde de geçerli bulunan faiz serbestisi prensibine göre, ticari işlerde faiz oranının serbestçe (limitler dahilinde) tayin olunabileceğinin öngörüldüğü, TTK m. 8'de "belirlenir" kelimesi yerine, bir zorunluluğa değil aksine bir imkana vurgu yapan "belirlenebilir" kelimesinin kullanılması çok daha yerinde olurdu⁵⁴. Zira TBK'nın 387. maddesinin 2. fıkrası gereğince, ticari işlerde alacaklı tacirin faize hak kazanması için, sözleşmede faiz ödeneceğine ilişkin bir hüküm bulunmasına gerek yoktur; faiz talep hakkı kanundan doğmaktadır. Bu durumda, uygulanacak olan faiz oranı 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenir⁵⁵. TTK m. 20'ye göre tacir ticari işletmesiyle ilgili bir iş ve hizmette verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır. 6102 sayılı TTK'nın 8. maddesinin 1. fıkrasında, ticari işlerde faiz serbestisi prensibine yer verilirken eski 6762 sayılı TK'da yer alan "tayin olunabilir" ibaresinin yerine "belirlenir" sözcüğünün kullanılması sonuca etkili değildir; taraflar sözleşme ile anapara (sermaye) ve temerrüt faizi ödeneceğini kararlaştırıp oranı belirlememişlerse, bir başka anlatımla faiz ödenmesi gereken hallerde oranı sözleşme ile tespit edilmemişse, TTK m. 9 uyarınca kanuni, anapara (sermaye) ile temerrüt faizi ödeme borcuna uygulanacak yıllık faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenecektir⁵⁶. TTK'nın faize yönelik gönderme yaptığı mevzuat hiç şüphesiz TBK'nın yanısıra 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'dur.

⁵¹ Antalya, s. 351-352; Aydoğdu/Ayan, s. 232; Kendigelen, s. 43; Poroy/Yasaman, s. 96.

⁵² Aydoğdu/Ayan, s. 237.

⁵³ Eriş, s. 929; Poroy/Yasaman, s. 97.

⁵⁴ Kendigelen, s. 43.

⁵⁵ Çeker, (Kitap) s. 49-50; Karahan, s. 60-61.

⁵⁶ Aydoğdu, s. 92; Demir, Ş, s. 219.

10. Ticari ve Adi İşlerde Kanuni Faiz Oranları Arasında Fark Yoktur

Taraflar sözleşme ile anapara ve temerrüt faizi ödeneceğini kararlaştırıp oranı belirlemedilerse veya faiz şart edilmemiş olsa bile, kanunen faiz verilmesi gereken hallerde (TK m. 20; TBK m. 387/2), bir başka anlatımla faiz ödenmesi gereken durumlarda kanuni faiz ödenmesi gerekir. TTK ve TBK gereğince adi ve ticari işlerde uygulanacak faiz oranları kural olarak 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre belirlenecektir.

3095 sayılı Kanunun 1/1. maddesinde, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse faiz oranının yıllık % 12 olacağı düzenlenmiştir. Fakat Bakanlar Kurulu, Kanun'un 1/2 maddesinden aldığı yetkiye dayanarak 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere ticari işlerde kanuni faiz oranını % 9'a indirmiştir.

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 2/1. maddesi gereğince, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1. maddede belirlenen yasal faiz oranına göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Ticari işlerde temerrüt faizi, 3095 sayılı Kanun'un 2/2 maddesine göre, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

TTK m. 9 ve TBK m.88/1 atfıyla ilgili mevzuat 3095 sayılı Kanun 1/1 ve 2/1 maddelerinin açık ifadelerinden de anlaşılacağı üzere hem adi hem ticari işlerde kanuni anapara ve temerrüt faizlerinde aynı oranı (% 9) öngörülmüştür⁵⁷. Sadece ticari işlerde adi işlere göre; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan (% 9) fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebileceği ayrıcalığı kalmıştır. Başkaca bir fark yoktur. Ticari işlerde tacirler bakımından anapara ve temerrüt faiz oranları yeterli görülmebilirse de bunun sorumlusu TBK değil 3095 sayılı Kanundur⁵⁸.

⁵⁷ Aydoğdu/Ayan, s. 233; Çeker, (Kitap) s. 51; Karahan, s. 61; Poroy/Yasaman, s. 98-99.

⁵⁸ Aydoğdu/Ayan, s. 233; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 39-40; Şener, s. 98.

D. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından

1. Tüketici Hukuku Ayrı Bir Hukuk Alanıdır

“Tüketici Hukuku’nun ayrı bir hukuk alanı” olarak ortaya çıkması hukuk sistemimiz bakımından sözleşmeler hukuku ve özel hukuk alanında “adi sözleşmeler” ve “ticari sözleşmeler” olarak yapılan ikili ayrımı değiştirmiş ve bu ayrımı “tüketici sözleşmeleri”ni de katarak üçlü ayrıma dönüştürmüştür. Diğer bir anlatım ile özel hukuk alanında yeni bir sözleşme türü ortaya çıkmıştır: Tüketici sözleşmeleri. Tüketici sözleşmeleri özel niteliğinden kaynaklanan ve olması gereken belli özelliklerden dolayı adi ve ticari sözleşmelerden ayrılmıştır. Tüketici Hukuku taraflar arasındaki eşitsizliğin dengelenebilmesi amacıyla tüketiciyi koruma ilkesini muhtevasında barındıran bir alandır. Tüketici sözleşmelerine, ticari sözleşmeye veya adi bir sözleşmeye uygulanacak hükümlerin uygulanması sorun teşkil edecektir.

Tüketici tamamen özel amaçlarla ticari veya mesleki bir amaç gütmeksizin tüketim ihtiyacını gidermeye yönelik olarak sözleşme yapan bir kişidir. Taraflar arasında güç dengesizliği bulunduğu için diğer bir yaklaşımla tüketici, satıcı veya sağlayıcıya göre ekonomik bakımdan daha zayıf bir durumda olduğu için korunmaktadır.

6502 sayılı Yasanın temel amacı, esasen adından da anlaşılacağı üzere, tüketicinin temel alınarak korunmasıdır.

Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 8. maddesinin 1. fıkrası ile ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenirken 3. fıkrası ile tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilerek, bu üçlü ayrımın benimsendiği ve tüketicinin faiz konusunda ayrı bir düzenlemeye ve hükme tabi olmasının kanun koyucu tarafından hedeflendiği görülmektedir⁵⁹.

2. Belirli bir olayı düzenleyen iki ayrı kanunun aynı anda yürürlükte bulunması

“Sonraki günlük genel yasanın” (28/05/2014 günlü 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun; 01/07/2012 günlü Türk Borçlar Kanunu) önceki günlü özel yasadaki (19/10/2005 günlü 5411 sayılı Bankacılık Kanunu; 01/03/2006 günlü 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu) önce uygulanması gerekir.

Belirli bir olayı düzenleyen iki ayrı kanunun aynı anda yürürlükte bulunması mümkündür. Ancak aynı anda yürürlükte bulunan iki ayrı kanun, belirli bir olayı farklı şekilde düzenliyorsa, diğer bir anlatımla her iki kanunda birbiriyle zıt, iki

⁵⁹ Oral, Tuğçe, “Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2013, sayı 13, s. 546 vd.

ayrı düzenleme bulunmakta ise, kanunlar arasında bir çatışmanın varlığından bahsedilir⁶⁰. Bu durumda, mahkemelerde hangi kanun hükümlerinin somut olaya uygulanacağı sorunu karşımıza çıkar. Bu sorunu doktrinde ve uygulamada kesin bir çözüme kavuşturabilmek için, aynı anda yürürlükte olan her iki kanunun “genel - özel” ya da “yeni tarihli - eski tarihli” nitelikli kanun olup olmamasına göre bir ayırım yapılarak sonuca varılmaktadır⁶¹.

Söz konusu her iki kanun genel ya da her iki kanun özel nitelikte ve yeni çıkan kanun eskisini açıkça yürürlükten kaldırmış ise, sorun yoktur; yeni kanun uygulanır. Söz konusu her iki kanun genel ya da her iki kanun özel nitelikte ise, yeni çıkan kanun eskisini açıkça yürürlükten kaldırmış olmasa bile artık yeni kanun uygulanır⁶². 19/10/2005 günlü 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 01/03/2006 günlü 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ile 01.07.2012 tarihli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 28/05/2014 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun arasında genel kanun - özel kanun ilişkisi söz konusudur. Adı geçen kanunlar aynı nitelikte olmadığından sorun yeni kanun - eski kanun kuralı ile çözümlenemeyecektir.

Aynı konuyu düzenleyen kanunlardan biri genel, diğeri özel kanun niteliğindeyse, sorunun çözümü biraz daha karışık olup yorum kurallarına göre uygun çözüm bulunmalıdır. Özel kanun eski, genel kanun yeni ise, kanun koyucunun, yeni tarihli genel kanunu çıkarırken (özellikle kanunun gerekçesinden, hazırlık çalışmalarından) hangi amacı taşıdığına bakmak gerekir. Kanun koyucunun iradesine ve isteğine göre yeni genel kanun, duruma göre, eski özel kanunu kaldırmış olabileceği gibi, yeni genel kanun, eski özel kanunun yürürlükte kalmasına engel olmayabilir⁶³. Bir başka deyişle, kanun koyucunun, eski tarihli özel kanunda düzenlenen olayı, yeniden genel bir kanun ile düzenlerken, o olay ya da hukuki kuruma karşı, yeni bir bakış açısı getirmek isteyip istemediği araştırılmalıdır. Eğer, kanun koyucu, eski tarihli özel kanunda düzenlenmiş olayları, yeni bir bakış açısıyla ve çıkarlar dengesini başka türlü değerlendirerek düzenlenmişse, artık yeni tarihli genel kanunun, aksi takdirde özel kanunun hükümlerinin olayda uygulanacağını kabul etmek gerekir⁶⁴. Görüldüğü gibi bu bir yorum işi olup, uygulamada hâkim yorum

⁶⁰ Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul 2008, s. 74; Serdar, İlnur, “Taksitle Satış Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı” *Prof. Dr. Cevdet Yavuz Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011) 2012/10, 2. Baskı, s. 484.

⁶¹ Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1987, s. 181; Oğuzman/Barlas, s. 74; Serdar, s. 484; Zevkliler, Aydın/Acabey, Beşir/Gökayla, Emre, Medeni Hukuk, Ankara 2000, s. 81.

⁶² Edis, s. 181; Oğuzman/Barlas, s. 75; Serdar, s. 484; Zevkliler/Acabey/Gökayla, s. 81.

⁶³ Edis, s. 183; Serdar, s. 484.

⁶⁴ Serdar, s. 484; Zevkliler/Acabey/Gökayla, s. 83.

kurallarına göre uygun çözümler bulacaktır⁶⁵.

Türk Borçlar Kanununda, borçluyu korumaya yönelik gerek anapara faizi gerekse temerrüt faizi oranları üst sınırlarına ilişkin oldukça kapsamlı hükümler yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme, 19/10/2005 günlü 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 01/03/2006 günlü 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda yer alan düzenlemelere oranla daha kapsamlıdır. Ayrıca bu düzenleme ile hukukumuzda ilk defa hukuki ilişkilere uygulanacak faize ilişkin kanuni çerçeve belirlendiği gibi, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda yer almayan yeni hükümler de getirilmiştir.

İşte bu nedenlerle, tüketici sıfatına sahip alıcı ile ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında hareketle tüketiciye mal/hizmet arz eden satıcı/sağlayıcı arasındaki tüketici işlemine ilişkin sözleşmelere (5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 26 ile Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve 120 hükümlerinin çatıştığı, yani aynı duruma farklı düzenleme getirmiş olması halinde) tüketicinin korunması açısından tüketicinin daha yararına olan Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁶⁶. Aksinin kabulü, kanun koyucunun yapmış olduğu bu kapsamlı düzenlemenin sadece adi işler gibi son derece kısıtlı bir alanda uygulanabileceği anlamına gelecektir. Kanun koyucunun niyetinin, bu kadar kısıtlı bir alanda uygulanabilecek, bir bakıma uygulama alanı olmayan hükümler getirmek olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca, borçluların korunması amacıyla çıkarılmış olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda tüketicinin, Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerinin gerisinde bir konumda olması da düşünülemez⁶⁷. Gerçekten tüketici hukukunda "tüketici lehine yorum kuralı" temel ilke olarak kabul edilmiştir⁶⁸.

"Sonraki günlü genel yasanın" (28/05/2014 günlü 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun: 01/07/2012 günlü Türk Borçlar Kanunu) önceki günlü özel yasadaki (19/10/2005 günlü 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 01/03/2006 günlü 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu) önce uygulanması gerekir⁶⁹. Yargıtay 19. HD'nin 22/09/2016 gün, 2016/12593

⁶⁵ Edis, s. 183; Serdar, s. 485.

⁶⁶ Serdar, s. 485; Ünlütepe, Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 84; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010, s. 75.

⁶⁷ Serdar, s. 485.

⁶⁸ Kara, s. 75.

⁶⁹ Ceylan, Ebru, "Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Yenilikler", *TBB Dergisi*, 2015 (117), s. 260 vd ; Önal, Ali, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartlarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 4, Yıl 2014, s. 45 vd; Haznedar,

Karar, 2016/2875 Esas sayılı⁷⁰ “Uyuşmazlık 5464 sayılı Banka kartları ve Kredi Kartları Kanunu kapsamında düzenlenmiş olan kredi kartı borcundan kaynaklanmaktadır. Anılan yasanın 26. maddesinde kredi kartı borçları ile ilgili özel bir faiz düzenlenmesi bulunmaktadır. Bu nedenle somut olayda 5464 sayılı yasanın 26. maddesindeki faizle ilgili düzenleme dikkate alınarak faize hükmedilmesi gerekirken anılan yasaya göre daha genel bir yasa olan 6098 sayılı TBK’nın 88. ve 120. madde hükümlerinin uygulanması suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değilse de aleyhe temyiz olmadığından bu husus bozma nedeni yapılmamıştır.” şeklindeki kararı ve benzer kararları bu nedenle kabul edilemez.

Diğer taraftan, “**önceki genel norm**” (01/07/2012 günlü Türk Borçlar Kanunu), sonraki günlü daha dar kapsamlı olan genel normdan (28.05.2014 günlü 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun) önce uygulanması gerekir.

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 1. maddesinde Kanunun amacı açıklandıktan sonra, “Kapsam” başlıklı 2.maddesinde; “Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar.” hükmüne yer verilmiştir. Kanun’un 3. maddesinde; “Mal; Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade eder. Satıcı; Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi kapsar. Tüketici ise, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Yine anılan kanunun 3/d maddesinde; “Hizmet; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet” olarak tanımlanmıştır. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı Kanun kapsamında kaldığının kabul edilmesi için;

Kanun’un amacı içerisinde, yukarıda tanımları verilen taraflar arasında, mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir.

Türk Borçlar Kanunu’nda, borçluyu korumaya yönelik gerek anapara faizi gerekse temerrüt faizi oranları üst sınırlarına ilişkin oldukça kapsamlı hükümler yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu’ndaki düzenleme, 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan faize ilişkin düzenlemelere oranla daha genel, sınırlayıcı ve kapsamlıdır. Ayrıca bu düzenleme ile hukukumuzda ilk defa hukuki ilişkilere uygulanacak

İbrahim Murat, “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 4, Yıl 2014, s. 13 vd.

⁷⁰ Uyap.

faize ilişkin kanuni çerçeve belirlendiği gibi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmeyen yeni sınırlayıcı ve emredici nitelikte hükümler de getirilmiştir.

Tüm bu nedenle, tüketici sıfatına sahip alıcı ile ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında hareket eden, tüketiciye mal/hizmet sunan satıcı/sağlayıcı arasındaki tüketici işlemleri sözleşmelerine (6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve 120 hükümlerinin çatıştığı, yani aynı duruma farklı düzenleme getirilmiş olması halinde) tüketicinin korunması açısından tüketicinin daha yararına olan Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁷¹. Aksinin kabulü, kanun koyucunun yapmış olduğu bu kapsamlı düzenlemenin sadece adi işler gibi son derece kısıtlı bir alanda uygulanabileceği anlamına gelecektir. Kanun koyucunun niyetinin, bu kadar kısıtlı bir alanda uygulanabilecek, bir bakıma uygulama alanı olmayan hükümler getirmek olduğunu söylemek mümkün değildir. Diğer taraftan, tüketicinin korunması amacıyla çıkarılmış olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile, tüketicinin, genel hükümlerin gerisinde bir konumda bırakılması da düşünülemez⁷². Zira tüketici hukukunda tüketici lehine yorum kuralı esastır⁷³.

3. Türk Ticaret Kanunu m. 19/2'de Belirtilen “Kanunda Aksine Hüküm Olmadıkça” Hükümü Uyarınca 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Yasanın Aksine Hüküm Olduğu

Türk Ticaret Kanunu m. 19/2'de geçen “**Kanunda aksine hüküm olmadıkça**” ifadesine bakarsak; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'unun aksine hüküm içeren kanun olduğu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tacir ile tüketici arasındaki ilişkinin tüketici açısından da “*ticari iş*” sayılmasını engellediği için, Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve m. 120 hükümleri, bankaların tüketicilere verdiği kredilere/borçlara uygulanabilir⁷⁴. Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerde, genel olarak bir faiz sınırlaması bulunmamaktadır. Mesela tüketici mevzuatında, peşin satış sözleşmelerinde uygulanacak anapara ve temerrüt faizi hakkında bir hüküm yoktur. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nun 88. ve 120. maddesinde geçen sınırlamaların, tüketici mevzuatında özel bir sınırlama olmasa bile, geniş anlamda tüketicinin korunmasına ilişkin bir hüküm olarak değerlendirilip, bu hükümden tüketicinin de yararlandırılması kabul edilebilir bir görüş olarak görünmektedir. Borçlar Kanunu'nun 88. ve 120. maddesindeki sınırlamanın geniş anlamda tüketicinin korunması için uygulanabilir bir hüküm olduğu kabul edilirse, hakkaniyete daha uygun bir sonuca ulaşılmış olur⁷⁵.

⁷¹ Serdar, s. 485; Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi, Kitap) s. 84; Zevkililer/Gökyayla, s. 75.

⁷² Serdar, s. 485.

⁷³ Kara, s. 75.

⁷⁴ Demir, Ş, s. 229.

⁷⁵ Ayan, s. 780-781.

4. Türk Ticaret Kanunu m.9'da Faize Yönelik Olarak Yapılan Atf

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 9'da "*Ticari işlerde; kanuni, ana para ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.*" hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme gereğince, "**Türk Ticaret Kanunu m. 9'da faize yönelik olarak yapılan atfın**" içinde Türk Borçlar Kanunu'nun yanı sıra Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bulunduğundan, tüketici işleminde de gerek anapara gerekse temerrüt faizi oranlarının Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 ve m. 120/2 hükmüyle sınırlandırıldığı kabulü gerekir. O halde Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 ve m. 120/2 hükmüyle getirilen sınırlandırma tüketici işlemleri için de geçerlidir denilmelidir⁷⁶.

5. Türk Ticaret Kanunu m. 8/3'de "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Hükümler Saklıdır" Hükmü

Türk Ticaret Kanunu m. 8/3'de "**tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır**" hükmüyle faizde serbestliğin tüketici işlemleri bakımından geçerli olmayacağı kabul edilmiştir. Dikkat edilirse buradaki atf, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna değil "tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler'e yapılmıştır. Bu kapsamda, Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 ve m. 120/2'deki düzenlemeler de tüketiciyi koruma amacını taşıdığından, taraflardan birinin tüketicilerin oluşturduğu hukuki işlemlerde de geçerli sayılır⁷⁷.

6. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3'e göre, Tüketici İşleminin Kapsamı

Gerçekten de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3'e göre, tüketicilerin taraflarından birini oluşturduğu her türlü sözleşme ve hukuki işlem, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ticari iş değil, "**tüketici işlemidir**". Bu nedenle bir kısım Yargıtay kararları⁷⁸ ve yazarların ifade ettiğinin aksine, bir kişinin tüketici sıfatıyla imzaladığı sözleşmenin, taraflardan biri tacir/banka olsa bile Türk Ticaret Kanunu m. 19/2 kapsamında "*ticari iş*" sayılması mümkün değildir. Dolayısıyla ticari işlerde benimsenen faiz belirleme serbestisi, tüm tüketici kredisi ve kredi kartı sözleşmelerine uygulanamaz. Bu husus Türk Ticaret Kanunu m. 8/2-3-4'te açıkça vurgulanmıştır⁷⁹. Aksi düşünülse; tüketicilerin taraflarından birini oluşturduğu her türlü sözleşme ve hukuki işlem, Türk Ticaret Kanunu kapsamında ticari iş kabul edilse dahi, ticari iş karnesi gereğince ticari iş sayılan sözleşmelerden doğan borçların tarafı çoğunlukla tüketicilerdir ve yüksek anapara faizi ve temerrüt faizi oranları karşısında korunmaları gerekir⁸⁰.

⁷⁶ Aydoğdu, s. 95; Çeker, (Tüketici Hukuku) S: 75; Öz, s. 74.

⁷⁷ Ayan, s. 780; Aydoğdu, s. 96-97; Çeker, (Tüketici Hukuku) s. 75; Haznedar, s. 14; Yağcı, s. 431.

⁷⁸ 13 HD 21.03.2017 Gün, Karar: 2017/3445, Esas: 2017/3499 (Uyap).

⁷⁹ Demir, Ş, s. 229; Ayan, s. 780.

⁸⁰ Yağcı, s. 431.

7. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nu ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Ana Parave Temerrüt Faizi Düzenlemesi Bulunmamaktadır

Tüm tüketici kredileri ve kredi kartı anapara ve temerrüt faizi oranları tespit edilirken başvurulacak olan 3095 sayılı Kanun m. 4’te “*Diğer kanunların, bu Kanunda öngörülen orandan fazla temerrüt faizi ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır.*” hükmü yer alsa da, “Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 26 ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da “**özel düzenleme**” niteliğinde bir anapara ve temerrüt faiz düzenlemesi” yapılmamıştır⁸¹.

8. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, Kredi Kartları ve Tüketici Kredilerine Uygulanabilir

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda bu kanun hükümlerinin kredi kartları ve tüketici kredilerine uygulanmayacağına ilişkin “**özel bir hüküm**” bulunmamaktadır⁸². O halde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, kredi kartları ve tüketici kredilerine uygulanmalıdır.

9. Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası TBK m. 88/2 ve m. 120/2 ile Bağlıdır “Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’na, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 26/3” ile verilen kredi kartı anapara ve gecikme (temerrüt) faizlerini üç aylık dönemlerde belirleme yetkisi, herhangi bir objektif kritere bağlanmamış, faiz oranlarının belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’nda benimsendiği gibi 3095 sayılı Kanun’a gönderme yapılmamıştır. Buna göre TCMB, kredi kartı azami anapara faiz oranını ve azami gecikme faiz oranını belirlerken, azami anapara faizi bakımından Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 ile azami gecikme faiz oranı bakımından Türk Borçlar Kanunu m. 120/2 ile bağlıdır⁸³.

10. Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı

Yasa koyucunun, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girdiği 28.05.2014 tarihinden sonra oluşacak banka kredi kartı uyuşmazlıklarında görevli mahkemenin, anılan kanunun 3/1-k-1, 4/3, 73/1, 83/2 ve geçici 1. maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde belirlenmesinde “**tüketici mahkemelerinin görevli mahkeme**” olduğunu yasalastırması bu hususu teyit etmektedir.

⁸¹ Demir, Ş, s. 229.

⁸² Demir, Ş, s. 229.

⁸³ Demir, Ş, s. 229.

11. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu m. 83/2'e Göre Tüketici İşleminin Kapsamı

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 83/2 maddesi aynen *"Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemez."* düzenlemesine göre tüm tüketici işlemlerinde diğer kanunlarda düzenleme olması (Türk Ticaret Kanunu m.19/2 gibi) bu işlemin **"tüketici işlemi"** sayılmasını engellemediği gibi, hakkında özel faiz sınırlaması olmayan diğer tüketici sözleşmeleri 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 83/1 (4077 sayılı TKHK m. 30) *"Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır."* düzenlemesi gereğince Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümlere göre uyumsuzluğun çözümü gerekli olduğundan, Türk Borçlar Kanunu'nun bu konudaki 88/2. ve 120/2. maddeleri uygulanacaktır⁸⁴.

12. Tüketici Lehine Yorum – Tüketiciyi Daha Fazla Koruma Sağlayan Norm Uygulanır İlkeleri

Bir tarafı tüketici olan tüketici işlem ve sözleşmelerinde, faiz hususunda **"tüketici lehine yorum – tüketiciyi daha fazla koruma sağlayan norm uygulanır ilkeleri"** uyarınca daima tüketici lehine olan düzenleme uygulanacağından Türk Borçlar Kanunu ile faize getirilen sınırlamalar uygulanmalıdır. Diğer taraftan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan düzenlemeler emredici nitelikte hükümler tüketiciyi korumaya yönelik olarak kanuna konulmuştur. Bu hükümlere aykırı olarak yapılan tüm sözleşme ve tüketici işlemleri **"nispi geçersizlik kuralı"** gereğince geçersiz olup, ancak sadece tüketici tarafından ileri sürülebilir⁸⁵.

13. Taksitle Satış Sözleşmesiyle Alıcının Ulaşmak İsteddiği Amaç Ve Özellikle Kredilendirme Fonksiyonu

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 253/3. maddesinin 10. bendinin; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında kalan taksitle satış sözleşmelerinin yanı sıra 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalan taksitle satış sözleşmelerinde de uygulanması gerekir. Taksitle satış sözleşmesiyle **"alıcının ulaşmak istediği amaç ve özellikle kredilendirme fonksiyonu"** da nazara alındığında, taksitle satış sözleşmesinde temerrüt faizinin kapsamı, alıcının korunması amacıyla belirlendiği ve sınırlı hale getirildiği kabul edilmelidir⁸⁶.

⁸⁴ Aydoğdu, s. 107.

⁸⁵ Kara, s. 105-118-121.

⁸⁶ Ünlütepe, (Taksitle Satış Sözleşmesi), s. 343; Yılmaz, s. 466-469.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 19/2 ve 14.01.2015 gün ve 29236 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Taksitli Satışlar Hakkında Yönetmeliğin m. 9/(3) hükmüne göre, “*Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmaz.*” Anılan düzenleme gereğince tüketici ile kurulan taksitle satış sözleşmelerinde bileşik faiz yasaklanmıştır. Gerçekten faize faiz yürütülemez.

Diğer taraftan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 253/3. maddesinin 3. ve 4. bentleri ve Taksitli Satışlar Hakkında Yönetmeliğin m. 6/1 hükümlerinden de bu sonuca ulaşmaktayız. 6098 sayılı TBK’nın 253/3 maddesine göre malın satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması halinde, sözleşmede; 3. bent uyarınca “Satılanın peşin satış bedeli.” ve 4. bent uyarınca “Taksitle ödeme sebebiyle belirtilecek ilave bedel.” hususları belirtilir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 21 hükmüne göre çıkarılan Taksitli Satışlar Hakkında Yönetmeliğin “Sözleşmenin zorunlu içeriği” başlıklı 6/1. maddesine göre, taksitle satış sözleşmelerinin içermesi gereken zorunlu bilgiler arasında; (e) bendi uyarınca “Malın veya hizmetin tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak peşin fiyatı.” ve (f) bendi uyarınca “Malın veya hizmetin tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak taksitle satış fiyatı.” hususları bulunmaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca taksitle satış sözleşmesinde temerrüt faizinin kapsamı, alıcının korunması amacıyla belirlenmiş ve sınırlandırılmıştır.

E. Uygulama

6098 sayılı TBK ile faizle ilgili olarak getirilen emredici ve genel nitelikli temel sınırlamalar; 6102 sayılı TTK’nın 8. ve 9. madde hükümleri kapsamında ticari işlere ait anapara faizi ve temerrüt faizi için de birer sınırlama oluşturup oluşturmadığı, 6502 sayılı TKHK ile düzenlenen tüketici işlemlerinde de anapara ve temerrüt faizlerini sınırlayıp sınırlandırmadığı ve kanun hükümlerinin zaman bakımından uygulaması, doktrinde olduğu gibi yargı kararlarında da tartışmalıdır.

Yargıtay 6098 sayılı TBK, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 01.07.2011 tarihinden sonra; “...uyuşmazlığın geldiği bu aşamada, 6098 sayılı TBK yürürlüğe girmiş olup, Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu’nun (6101 SY) 7. maddesinde aynen “ Türk Borçlar Kanunu’nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 88. maddesindeki “Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak

yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz.” hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde de aynen; “Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur.” düzenlemesine yer verilmiştir. Tüm bunların yanı sıra, yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK’nın 9. maddesi de “Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.” hükmünü getirmesine karşısında, somut uyuşmazlığın çözümünde karar tarihinden sonra yürürlüğe girmiş bulunan ve halen devam eden davalarda da uygulanması gereken hükümler içeren 6098 sayılı TBK ve 6101 sayılı Kanun’un, somut olaya etkisinin bulunup bulunmadığının yerel mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir.”⁸⁷ şeklinde kararlarından sonra, anılan Kanunların yorumlamasına ve uygulamasına geçmiştir.

1. TBK m. 88 ve 120 Hükümlerinin Ticari işlere Uygulanabilir

Yargıtay (Kapatılan) 6. HD “6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 646. maddesi “Bu kanun 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır.” 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 1. maddesi “Türk Ticaret Kanunu, 22.11.2001 tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır.” 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 8. maddesi “Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir.” 9. maddesi “Ticari işlerde kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.” şeklindedir. Türk Borçlar Kanunu’nun Türk Medeni Kanunu’nun tamamlayıcısı, Türk Ticaret Kanunu’nun da, Türk Medeni Kanunu’nun ayrılmaz bir parçası olduğuna ilişkin yasal düzenlemeye göre, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri Türk Medeni Kanununun hükümleri niteliğinde olup, Türk Ticaret Kanunu’nun 9. maddesinde ticari işlerde ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden, Türk Borçlar Kanunu’nun kişi bakımından herhangi bir sınırlaması bulunmayan ve emredici nitelik taşıyan faize ilişkin 88. ve 120. maddesi de bir mevzuat hükmü olduğundan, ticari işlerde de uygulanması gerekir.” gerekçesiyle TBK m. 88 ve 120 hükümlerinin ticari işlere

⁸⁷ HGK 12.09.2012 Gün, Esas: 2012/19-314, Karar: 2012/557; HGK 10.10.2012 Gün, Esas: 2012/7-502, Karar: 2012/707; HGK 28.11.2012 Gün, Esas: 2012/11-493, Karar: 2012/902; 3. HD 17.06.2013 Gün, Esas: 2013/5521, Karar: 2013/10205; 8. HD 23.06.2016 Gün, Esas: 2015/23640, Karar: 2016/11153; 11. HD 27.09.2012 Gün, Esas: 2010/10738, Karar: 2012/14535; 19. HD 18.09.2012 Gün, Esas:2012/1950, Karar: 2012/13068. (Uyap)

uygulanabileceği yolunda kararlar⁸⁸ vermekte idi ise de; 15.05.2015 tarihli HGK kararından sonra bu görüşünden dönmüştür.

Yargıtay 11. HD bir defa, yerel mahkemenin "...asıl alacağı dava tarihinden 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK'nın 88. ve 120. maddelerinin emredici hüküm olması ve kanun gerekçesinde de Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak uygulama örnekleri sıkça görülen olağanüstü faiz oranları karşısında borçluların korunması amacının taşındığının belirtilmesi karşısında uygulama şekli hakkındaki kanunun 7. ve TTK'nın 9. maddeleri de göz önüne alınarak TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar yıllık %112,5 oranında temerrüt faizi % 5 gider vergisi, 01.07.2012 tarihinden itibaren Türk Borçlar Kanununun 88. ve 120. maddeleri gereğince tespit edilecek temerrüt faizi ve %5 gider vergisi yürütülmesi gerektiği anlaşıldığından davanın kısmen kabulüne, fazla istemin reddine karar verilmesi gerekmiştir." şeklindeki kararını 18.03.2014 Gün, Esas: 2013/16402, Karar: 2014/5199 sayılı kararlarında "...01.07.2012 tarihinden itibaren TC Merkez Bankasınca yayınlanan avans faiz oranlarına göre TBK'nın 88. ve 120. maddeleri gereğince işleyecek değişen oranlarda temerrüt faizi ile davalı EŞ'den tahsiline karar verilmiştir...usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA" demek suretiyle 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanacağına karar vermiş ise de diğer tüm kararları aksi yöndedir.

Yargıtay 13. HD verdiği tüm kararlarında⁸⁹ "TBK'nın 88. ve 120. Maddelerinin düzenleniş amacı ve niteliği gözetildiğinde, emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese de re'sen gözetileceğinin kabulü gerekir." gerekçesiyle 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin adi işler ve tüketici işlemi ile ticari işlerde uygulanacağına karar vermiştir. Ancak 09.11.2015 Gün, Esas: 2014/24010, Karar: 2015/32269 sayılı kararlarında; "...işbu davada hükmolunan aylık % 4 faizin yıllık % 48 faize tekabül ettiği, davacının da tacir olmadığı gözetilerek mahkemece, belirtilen hususları kapsayan taraf ve yargı denetimine elverişli bilirkişi raporu alınarak hüküm kurulması gerekirken" diyerek davacının "tacir" olmadığını da ayrıca belirtilmiştir.

Yargıtay 15. HD ise istikrarlı bir şekilde "6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlıklı 7. maddesinde akdî faize ilişkin 88. ve temerrüt faiziyle

⁸⁸ 6. HD 01.07.2013 Gün, Esas: 2013/6269, Karar: 2013/11320; 6. HD 16.12.2014 Gün, Esas: 2014/3260 Karar: 2014/13980; 6. HD 24.02.2015 Gün, Esas: 2014/11811, Karar: 2015/1760; 6. HD 25.02.2015 Gün, Esas: 2015/1513, Karar: 2015/1862. (Uyap)

⁸⁹ 13. HD 05.03.2014 Gün, Esas: 2013/26191, Karar: 2014/6027; 13. HD 27.3.2014 Gün, Esas: 2013/9803, Karar: 2014/8939; 13. HD 16.4.2014 Gün, Esas: 2013/30975, Karar: 2014/11935; 13. HD 09.11.2015 Gün, Esas: 2014/24010, Karar: 2015/32269; 13. HD 31.05.2017 Gün, Esas: 2016/2178, Karar: 2017/6743. (Uyap)

ilgili 120. maddelerinin görülmekte olan davalara da uygulanacağı hükmü getirilmiştir.” gerekçesiyle işin ticari olması halinde dahi 6098 sayılı TBK’nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin uygulanmasını istemektedir⁹⁰. Yabancı para alacaklarında da TBK’nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin uygulanması gerektiğini 18.04.2016 günlü kararlarında şu şekilde belirtmiştir.⁹¹ “Diğer yandan hüküm altına alınan alacağın 400,00 €’luk kısmı sözleşmeden değil, cari hesaptan kaynaklandığından bu miktar alacağına 3095 sayılı Yasa’nın 4/a maddesindeki faiz yerine sözleşme ile kabul edilmiş aylık %1 akdi faize hükmedilmiş olması da doğru değildir. Diğer taraftan 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un, “Görülmekte Olan Davalara İlişkin Uygulama” başlıklı 7. maddesinde, faize ilişkin 88. ve temerrüt faizine ilişkin 120. maddelerinin görülmekte olan davalara da uygulanacağı hükmü getirilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Yasası’nın 120/II. maddesinde, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacaktır. Birinci fıkroda ise, sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenecektir. Bu durumda, taraflarca kararlaştırılabilecek akdi faiz oranının 3095 sayılı Kanun’un 4/a maddesinde kabul edilen döviz faizine ilişkin belirlenecek oranının %100’ünü geçemez.”

2. TBK m. 88 ve 120 Hükümlerinin Ticari İşlere Uygulanamaz

HGK 12.09.2012, 10.10.2012 ve 28.11.2012 tarihli 01.07.2011 günü yürürlüğe girmiş bulunan ve halen devam eden davalarda da uygulanması gereken hükümler içeren 6098 sayılı TBK ve 6101 sayılı Kanun’un, somut olaya etkisinin bulunup bulunmadığının yerel mahkemece değerlendirilmesi gerekir yönündeki kararlarından sonra 15.05.2015 Gün, Esas: 2013/6-2249, Karar: 2015/1362, sayılı kararlarında; “Ticari işlere ilişkin düzenlemelerin bulunduğu 6102 sayılı TTK’nın 8/1. maddesinde; ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği, 9/1. maddesinde; ticari işlerde kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmış olup bu maddede gönderme yapılan ilgili mevzuat 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanundur. 3095 sayılı Kanunun 1/1. maddesinde, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse faiz oranının yıllık % 12 olacağı düzenlenmiştir. Fakat Bakanlar Kurulu, Kanun’un 1/2 maddesinden aldığı yetkiye dayanarak 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere ticari işlerde kanuni faiz oranını % 9’a indirmiştir.

⁹⁰ 15. HD 23.06.2015 Gün, Esas: 2015/499, Karar: 2015/3577; 15. HD 30.09.2015 Gün, Esas: 2015/3487, Karar: 2015/4630; 15. HD 16.06.2016 Gün, Esas: 2016/220, Karar: 2016/3489. (Uyap)

⁹¹ 15. HD 18.04.2016 Gün, Esas: 2015/6318, Karar: 2016/2345. (Uyap)

Görüldüğü üzere Türk Ticaret Kanunu ve 3095 sayılı Kanun'da ticari işlerde akdi faizi sınırlayacak bir hüküm bulunmamaktadır.

6102 Sayılı TTK'nın 8. ve 9. maddelerinin gerekçesinde; ticarî işlerde faiz oranının serbestçe tayin olunacağına Türk Ticaret Kanununda temel bir ilke olarak yer alması gerektiği, ticarî işlerde temel bir kanun olarak Türk Ticaret Kanununun konunun düzenlenmesi gereken yer olduğu, ayrıca bir kanunun sadece kendi kapsamındaki konuları düzenlemesi, bunlara ilişkin hüküm koyması gerektiği, bu sebeple hükmün 6762 sayılı Kanunda olduğu gibi ticarî işlere özgü olduğu, 6762 sayılı Kanunda kullanılan "tayin olunabilir" ibaresinin ilke ile bağdaşmayan gereksiz bir esnekliğe yer verdiği, ilkenin tam olarak öngörülebilmesi için kesin bir ifade kullanılması gerektiğinden "belirlenir" şeklinde düzeltildiği vurgulanmıştır.

01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükmüne aynı maddenin 3. fıkrasında tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı tutulacağına ilişkin bir istisna getirilmiş ise de başkaca bir istisna bulunmamaktadır. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuatın 3095 sayılı yasa hükümleri olduğunun, akdi faiz oranı yönünden bir sınırlama getirmediğinin ve 6102 sayılı TTK'nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olup ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağına kabulü gerekir" demektedir.

Yargıtay 3. HD istikrarlı bir şekilde⁹² "Doktrinde TBK'nın m. 88 ve m. 120'de belirtilen sınırlandırmaların adi işler bakımından emredici olmasına rağmen ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlenebileceği de ifade edilmektedir. Gerçekten de, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde, tacirler aşırı faiz yükü altında oluşsuz sonuçlarla karşı karşıya kalmışlardır. Ancak, özel kanun niteliğindeki TTK'da faiz oranının sınırlandırılmaması, aksine açıkça serbest bırakılması, TBK'da öngörülen sınırlamaların ticari işlere uygulanmasına engel olarak değerlendirilmelidir. Aksi takdirde TTK m. 8/1 hükmünün nasıl anlaşılması gerekeceği sorunu ortaya çıkar. Faiz sınırlamalarının ticari işe de uygulanacağı, TTK m. 8/1 de öngörülen serbestinin ise sadece sınırlar arasında kullanılabilmesi düşünülebilirse de bu görüşü ne kanunun gerekçesi, ne de kanunun yapılaş süreci destekler. Kanun koyucunun ticari işlerde faizi sınırlamak

⁹² 3. HD 30.05.2017 Gün, Esas: 2017/1999, Karar: 2017/8415; 3. HD 18.04.2017 Gün, Esas: 2016/3446, Karar: 2017/5412; 3. HD 18.04.2017 Gün, Esas: 2017/1595, Karar: 2017/5397; 3. HD 21.03.2017 Gün, Esas: 2017/3491, Karar: 2017/3442; 3. HD 19.01.2017 Gün, Esas: 2017/736, Karar: 2017/285. (Uyap)

gibi bir düşüncesi olsaydı, bu düşüncenin TTK'da özellikle düzenlenmesi veya TTK m. 8/1'in Kanununda yer almaması gerekirdi. Bu durumda, doktrinde de ağırlıklı görüş olarak savunulduğu gibi, ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlenmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir.” gerekçesiyle ticari işlerde, faizin indirilmesine ilişkin olan TBK'nın 88. maddesi ve 120. maddesine göre faiz indirimine gidilmemektedir.

Yargıtay (Kapatılan) 6. HD her ne kadar “6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Geçmişe Etkili Olma başlıklı 2. maddesinde, Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kurallarının gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı, aynı Kanunun görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlıklı 7. maddesinde de; TBK'nın kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76'ncı, faize ilişkin 88'nci, temerrüt faizine ilişkin 120'nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138'nci maddesinin görülmekte olan davalara da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Az yukarıda açıklandığı üzere TBK'nın faize ilişkin hükmü üzerinde durularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir” şeklindeki kararlarıyla TBK m. 88 ve 120 hükümlerinin ticari işlere uygulanabileceği yolunda kararlar vermekte idi ise de; 15.05.2015 tarihli HGK kararından sonra bu görüşünden dönerek TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağı yönünde kararlar verdiği görülmüştür⁹³.

Yargıtay 8. HD'de 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK, 6101 sayılı Kanun ve 6102 sayılı TTK'nın uygulamasında istikrarlı bir şekilde “01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükmüne aynı maddenin 3. fıkrasında tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı tutulacağına ilişkin bir istisna getirilmiş ise de başkaca bir istisna bulunmamaktadır. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuatın 3095 sayılı yasa hükümleri olduğunun, akdi faiz oranı yönünden bir sınırlama getirmediğinin ve 6102 sayılı TTK'nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olup ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerekir.” düşüncesiyle 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağına hükmetmiştir⁹⁴.

⁹³ 6. HD 02.07.2015 Gün, Esas: 2015/1350, Karar: 2015/6877; 6. HD 15.10.2015 Gün, Esas: 2014/10139, Karar: 2015/8550; 20/10/2016 Gün, Esas: 2015/10504, Karar: 6. HD 2016/6048; 24.11.2016 Gün, Esas: 2016/11411, Karar: 2016/6963. (Uyap)

⁹⁴ 8. HD 18.03.2014 Gün, Esas: 2013/16688, Karar: 2014/4505; 8. HD 11.11.2014 Gün, Esas: 2013/23141, Karar: 2014/20688; 8. HD 03.04.2017 Gün, Esas: 2017/362, Karar: 2017/4947. (Uyap)

Yargıtay 11. HD bir defa, yerel mahkemenin "...asıl alacağı dava tarihinden 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK'nın 88. ve 120. maddelerinin emredici hüküm olması ve kanun gerekçesinde de Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak uygulama örnekleri sıkça görülen olağanüstü faiz oranları karşısında borçluların korunması amacının taşındığının belirtilmesi karşısında uygulama şekli hakkındaki kanunun 7. ve TTK'nın 9. maddeleri de göz önüne alınarak Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar yıllık %112,5 oranında temerrüt faizi % 5 gider vergisi, 01.07.2012 tarihinden itibaren TBK'nın 88. ve 120. maddeleri gereğince tespit edilecek temerrüt faizi ve %5 gider vergisi yürütülmesi gerektiği anlaşıldığından davanın kısmen kabulüne, fazla istemin reddine karar verilmesi gerekmiştir." şeklindeki kararını 18.03.2014 Gün, Esas: 2013/16402, Karar: 2014/5199 sayılı kararlarında "...davalı EŞ aleyhine açılan davanın kısmen kabulü ile tahsilde tekerrür olmamak üzere; 6.808,01 TL'nin 592,84 TL asıl alacağı dava tarihinden TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar yıllık %112,5 oranında temerrüt faizi %5 gider vergisi 01.07.2012 tarihinden itibaren TC Merkez Bankasınca yayınlanan avans faiz oranlarına göre TBK'nın 88. ve 120. maddeleri gereğince işleyecek değişen oranlarda temerrüt faizi ile davalı EŞ'den tahsiline karar verilmiştir.. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, taraf vekillerinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA" demek suretiyle 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanacağına karar vermiş ise de gerek önceki gerekse sonraki günlük tüm kararlarında⁹⁵ TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağını içtihat etmiştir.

Yargıtay 12. HD ise, 1/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükme bağlanmış, aynı maddenin 3. fıkrasında ise tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuş, başkaca bir istisna getirilmemiştir. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan Yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuat olarak 3095 sayılı Yasa hükümlerinin amaçlandığının ve 6102 sayılı TTK'nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olduğundan ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinden bahisle 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddesi hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağı yönünde kararlar vermektedir.⁹⁶

⁹⁵ 11. HD 11.11.2013 Gün, Esas: 2013/4448, Karar: 2013/20149; 11. HD 08.05.2014 Gün, Esas: 2013/18106, Karar: 2014/8826; 11. HD 09.06.2014 Gün, Esas: 2013/18074; Karar: 2014/10977; 11. HD 03.11.2014 Gün, Esas: 2014/9271, Karar: 2014/16695; 11. HD 01.04.2015 Gün, Esas: 2015/150, Karar: 2015/4517. (Uyap)

⁹⁶ 12. HD 01.12.2015 Gün, Esas: 2015/16080, Karar: 2015/30153; 12. HD 24.02.2016 Gün, Esas: 2015/27743, Karar: 2016/5101; 12. HD 03.10.2016 Gün, Esas: 2016/20609, Karar:

Yargıtay 19. HD “6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü Ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun’un 7’nci maddesine göre TBK’nın faize ilişkin 88. ve temerrüt faizine ilişkin 120. maddesi görülmekte olan davalarda da uygulanacağından mahkemece bu hükmün olayda uygulanma imkânı bulunup bulunmadığı hususu değerlendirilmesi gerektiği” yolundaki 18.09.2012 Gün, Esas:2012/1950, Karar: 2012/13068 sayılı kararından sonra sapma göstermeksizin tüm kararlarında⁹⁷ “Bazı hukukçular anılan yasa hükmünün ayırım gözetmeksizin ticari işlerde de uygulanacağını savunmakta ise de, Dairemizin uygulaması 6098 sayılı TBK’nın 88. ve 120. maddelerinde akdi ve temerrüt faizi ile ilgili sınırlamaların ticari işlerde uygulanamayacağı yönündedir. Zira 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK’nın 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükme bağlanmış, aynı maddenin 3. fıkrasında ise tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuş, başkaca bir istisna getirilmemiştir. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan Yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuat olarak 3095 sayılı Yasa hükümlerinin amaçlandığının ve 6102 sayılı TTK 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olduğundan ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinden” söz eden gerekçesiyle 6098 sayılı TBK’nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağını içtihat eylemektedir.

3. TBK m. 88 ve 120 Hükümleri Geçmişe Etkili (01.07.2012 Tarihinden Öncesine) Uygulanabilir

HGK 15.04.2015 Gün, Esas: 2013/23-1758, Karar: 2015/1190 sayılı kararlarında özetle “01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK, tarafların sözleşme ile kararlaştırdığı faiz oranına müdahalede bulunmuştur. 6098 sayılı TBK’nın 120. maddesi düzenlemesi ile kanun koyucu sözleşme ile kararlaştırılsa dahi aşırı oranlarla belirlenen faizin önüne geçmek istemiş ve bunu kamu yararı gerekçesiyle sınırlamak yoluna gitmiştir. Asıl vurgulanması gereken düzenleme ise 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkındaki Kanun’un 7’nci maddesidir. Bu hükme göre: “TBK’nın kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76’ncı, faize ilişkin 88’inci, temerrüt faizine ilişkin 120’nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin

2016/20335; 12. HD 01/12/2016 Gün, Esas: 2016/30557, Karar: 2016/24764; 12.HD 06.02.2017 Gün, Esas: 2016/9864, Karar: 2017/1274; 12. HD 02.03.2017 Gün, Esas: 2016/22591, Karar: 2017/3157. (Uyap)

⁹⁷ 19. HD 10.11.2014 Gün, Esas: 2014/11068, Karar: 2014/15983; 19. HD 08.12.2015 Gün, Esas: 2015/3924, Karar: 2015/16427; 19. HD 22.01.2016 Gün, Esas: 2015/15118, Karar: 2016/565; 19. HD 25.01.2016 Gün, Esas: 2015/14775, Karar: 2016/728; 19. HD 24.11.2016 Gün, Esas: 2016/2206, Karar: 2016/15083; 19. HD 07.06.2017 Gün, Esas: 2016/13004, Karar: 2017/4626; 19. HD 21.06.2017 Gün, Esas: 2016/11029, Karar: 2017/5288. (Uyap)

138'inci maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır". Bu düzenleme ile kanun koyucu açıkça aşırı faizin önüne geçmek yönündeki iradesini, derdest davalara da yansıtmıştır. Bu nedenle Yerel mahkemece, davacı yanca başlatılan takibin takip taleplerinde, hem takip tarihine kadar genel kurullarında kabul edilen oranlara göre istenen, hem de takibin devamında istenen faiz bakımından açıklanan bu yönler gözetilmelidir." diyerek TBK m. 88 ve 120 hükümlerinin geçmişe etkili (01.07.2012 tarihinden öncesine) uygulanabilirliğini kabul etmiştir. Ancak 06.05.2015 Gün, Esas: 2013/23-2212, Karar: 2015/1309 sayılı kararlarında bu görüşünden dönerek faize ilişkin sınırlamanın, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 gününden öncesine uygulanamayacağına hükmetmiştir.

Yargıtay 3. HD istikrarlı bir şekilde "TBK'nın 88. ve 120. maddelerinin düzenleniş amacı ve niteliği gözetildiğinde, emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese de re'sen gözetileceğinin kabulü gerektiğinden faizin TBK'nın 88. ve 120. maddeleri gereğince hesaplanması gerekir." şeklindeki kararları ile faize ilişkin sınırlamaların, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 gününden öncesine uygulanacağına hükmetmiştir⁹⁸.

Yargıtay (Kapatılan) 6. HD ise, "Görülmekte olan davalara uygulanacak olan bu yasa hükmü dikkate alınarak faiz hesabı yapılması zorunludur. Bu durumda bahsi geçen yasa hükmü ile sözleşme ile kararlaştırılmış temerrüt faizi oranına sınırlama getirildiği nazara alınmak suretiyle işlemiş faiz hesabı yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir." şeklindeki kararları ile TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 gününden öncesine uygulanacağına hükmetmiştir⁹⁹.

Yargıtay 11. HD bir kararında¹⁰⁰, "Ancak, bozma öncesi alınan kök ve ek bilirkişi raporunda dava konusu genel kredi sözleşmesine istinaden davacı bankaca 4 çeşit kredi kullandırıldığı ve bunların 8643940 ref. nolu senet karşılığı avans kredisi, 10210384 ref. nolu açık hesap kredisi, PP000021 R. nolu ticari destek kredisi ve PP000023 R. nolu ticari destek kredisi olup her bir kredinin akdi faiz oranlarının sırasıyla %120, %120, %41,40, %49,20 olduğu belirtilmiş olmasına rağmen, bozma sonrası alınan ve mahkemece benimsenen ek raporda kullanılan her bir kredi için kendi akdi faiz oranı dikkate alınmaksızın tüm krediler bir tek bir kalemde %120 akdi faiz oranı üzerinden hesaplanarak, akdi faizin %50 fazlasının temerrüt faizi olarak belirlenmesi doğrultusunda %180 oranında temerrüt faizine hükmedilmesi yerinde değildir. Bu durumda,

⁹⁸ 3. HD 12.05.2014 Gün, Esas: 2014/3318 Karar: 2014/7194; 3. HD 27.02.2017 Gün, Esas: 2017/2722, Karar: 2017/2010. (Uyap)

⁹⁹ 6. HD 09.10.2012 Gün, Esas: 2012/11893, Karar: 2012/12986; 6. HD 24.10.2013 Gün, Esas: 2013/12480, Karar: 2013/14260. (Uyap)

¹⁰⁰ 11. HD 04.02.2014 Gün, Esas: 2013/10514, Karar: 2014/1860. (Uyap)

mahkemece, her kredi için kendi akti faiz oranı ve bu akti faiz oranının %50 fazlası temerrüt faizi olarak dikkate alınmak suretiyle BK'nın 84. maddesi de gözetilerek alacağın belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış hükmün davalılar yararına bozulması gerekmiştir.” diyerek TBK'nın 01.07.2012 gününden öncesine uygulanacağını kabul etmiş ise de 31.03.2015 günlü diğer bir kararlarında¹⁰¹ “Bu itibarla, mahkemece taraflar arasındaki temerrüt faizinin TBK'nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar tüketici sözleşmesinin 4.9 maddesinde belirtilen aylık %15 üzerinden, bu tarihten sonra ise TBK'nın 120/2 maddesindeki sınırlamalar nazara alınarak belirlenmesi gerekirken” diyerek tüketici yönünden TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 tarihinden öncesine uygulanamayacağını söylemiştir.

Yargıtay 13. HD 22.11.2012 tarihli kararında¹⁰² “Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. “Yasaların geriye yürümezliği ilkesi” uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir. Öte yandan, hukuk devletinin hukuk güvenliği ilkesi belirliliği de gerektirir. Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerekli kılar. Kural olarak kanunlar yürürlüğe girdikleri andan itibaren ortaya çıkan olay ve hukukî ilişkilere uygulanırlar. Dolayısıyla geçmişe yürümezler. Yürürlükten kalkan kanunlar ise artık etkilerini kaybederler ve yeni ortaya çıkan olaylara ve hukukî ilişkilere uygulanmazlar. Bununla beraber, çeşitli sebeplerle bazen yeni kanunun daha önce ortaya çıkmış olaylara ve hukukî ilişkilere uygulanması söz konusu olabilir. Genellikle kamu yararının, kamu düzeninin, genel ahlakın, zayıfların, kişiliğin korunmasına hizmet eden ve bir hukuki işlemin şekline ilişkin getirilen hükümler, emredici hukuk kuralı özelliği taşır. Emredici kurallar aksi taraflarca kararlaştırılamayan ve uyulması zorunlu olan kurallardır. Bu kuralların uygulanmaması konusunda yapılan sözleşmeler hüküm ifade etmediği gibi, emredici kuralın uygulanmasına da engel teşkil etmez. Bir hükmün emredici nitelik taşıyıp taşımadığı genel olarak kuralın ifade ve yazılışından anlaşılırsa da bazı durumlarda değişiklik gösterebilir. Bu yüzden ilk olarak maddenin yazılış ve ifade tarzına bakılmalı, maddenin düzenleniş amacı da değerlendirilerek kuralın emredici nitelik taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. Yukarıda yapılan tüm açıklamalar değerlendirildiğinde, TBK'nın

¹⁰¹ 11. HD 31.03.2015 Gün, Esas: 2014/7236, Karar: 2015/4469. (Uyap)

¹⁰² 13. HD 21.12.2012 Gün, Esas: 2012/17865, Karar: 2012/26319. (Uyap)

88. ve 120. maddelerinin emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese de re'sen gözetileceğinin kabulü gerekir." şeklinde düşünmüş ve sonraki tarihli tüm kararlarında¹⁰³ TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 gününden öncesine uygulanacağına dair bu düşüncesini devam ettirmiştir.

Yargıtay 15. HD "6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlıklı 7. maddesinde akdî faize ilişkin 88. ve temerrüt faiziyle ilgili 120. maddelerinin görülmekte olan davalara da uygulanacağı hükmü getirilmiştir." gerekçesiyle işin ticari olması halinde dahi 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 tarihinden öncesine uygulanabileceği yönünde kararlar¹⁰⁴ verirken 15.05.2015 tarihli HGK kararından sonra bu görüşünden dönmüştür.

Yargıtay 18. HD ise, 15.05.2015 tarihli HGK kararına rağmen "6101 Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 7. maddesinde de yukarıda açıklanan faize ilişkin 88'nci, temerrüt faizine ilişkin 120'nci maddenin görülmekte olan davalarda da uygulanacağı düzenlenmiştir. Açıklanan yasal düzenlemeler gereği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 88. ve 120. maddesine göre faizin hesaplanması gerekir" şeklindeki kararları¹⁰⁵ ile TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 gününden öncesine uygulanacağına düşünmüştür.

Yargıtay 20. HD "6101 Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 7. maddesinde de yukarıda açıklanan faize ilişkin 88'nci, temerrüt faizine ilişkin 120'nci maddenin görülmekte olan davalarda da uygulanacağı düzenlenmiştir. Yönetim planlarında belirlenen faiz Türk Borçlar Kanununun 120. maddesinde düzenlenen temerrüt faizi niteliğinde olup, ortak gider alacakları ile ilgili genel hükümlerin uygulanacağı durumlarda yasal oranda temerrüt faiz uygulanmalıdır. Buna göre yönetim planının yürürlüğe girdiği (23.12.2009) tarihten itibaren uygulanacak faiz Türk Borçlar Kanununun 120/2. maddesindeki sınırlamaya tabi olup, yönetim planında kabul edilen temerrüt faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanunun 2/1. maddesinde belirlenen

¹⁰³ 13. HD 06.12.2012 Gün, Esas: 2012/17742, Karar: 2012/28034; 13. HD 14.03.2013 Gün, Esas: 2012/21667, Karar: 2013/6496; 13. HD 05.03.2014 Gün, Esas: 2013/26191, Karar: 2014/6027; 13. HD 16.4.2014 Gün, Esas: 2013/30975, Karar: 2014/11935; 13. HD 25.04.2016 Gün, Esas: 2014/16549, Karar: 2016/11296; 13. HD 13.04.2015 Gün, Esas: 2014/28587, Karar: 2015/11887. (Uyap)

¹⁰⁴ 15. HD 09.05.2013 Gün, Esas: 2013/3943, Karar: 2013/5537; 15. HD 22.01.2014 Gün, Esas: 2013/6612, Karar: 2014/457; 15. HD 03.07.2015 Gün, Esas: 2015/725, Karar: 2015/3930. (Uyap)

¹⁰⁵ 18. HD 03.03.2016 Gün, Esas: 2016/2712, Karar: 2016/3734; 18. HD 20.10.2016 Gün, Esas: 2016/9896, Karar: 2016/11521. (Uyap)

yasal faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacağı dikkate alınarak uygulanacak faizin belirlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi” yönündeki kararları¹⁰⁶ ile TBK’nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 gününden öncesine uygulanacağına hükmetmektedir.

23. HD konuya ilişkin 12.07.2017 Gün, Esas: 2015/6498, Karar: 2017/2053 sayılı kararlarında “Mahkemece asıl alacağı önce genel kurul kararlarında belirlenen faizle, TBK’nun yürürlüğe girmesinden sonra ise TBK’nın 88. ve 120. maddesi gözetilerek faiz hesaplaması yapan bilirkişi raporuna göre hüküm verilmiş ise de; 6101 sayılı Kanun’un 7. maddesine göre TBK’nın 88. ve 120. maddesi derdest kararlarda da uygulanacağı dolayısıyla tüm alacağı tarih ayırmaksızın söz konusu maddeler uygulanarak faiz hesaplanması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” demek suretiyle açıkça TBK’nın 88. ve 120. maddesi hükümlerinin 01.07.2012 tarihinden önceye de uygulanmasını istemektedir.

4. TBK m. 88 ve 120 Hükümleri Geçmişe Etkili (01.07.2012 Tarihinden Öncesine) Uygulanamaz

HGK 15.04.2015 Gün, Esas: 2013/23-1758, Karar: 2015/1190 sayılı kararlarında TBK m. 88 ve 120 hükümlerinin geçmişe etkili (01.07.2012 tarihinden öncesine) uygulanabilirliğini kabul etmiş ise de kısa bir süre sonra 06.05.2015 Gün, Esas: 2013/23- 2212, Karar: 2015/1309 sayılı kararlarında bu görüşünden dönerek “Yürürlük Kanunu’nun “görülmekte olan dava” kıstasının, faizin dava içinde devam ettiği halleri gösterdiği kabul edilmelidir. Oysa eldeki dava, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce oluşan 2007 ila 2010 yıllarına ait aidat borçlarının tahsili için girişilen takibe yönelik itirazın iptali istemine ilişkindir. Burada hem aidat borçlarının ait olduğu dönem ve hem de temerrüt hali 6098 sayılı TBK’nın yürürlüğünden öncedir. Asıl alacak 818 sayılı BK’na tâbi olarak doğmuş ve bu Yasa’ya göre faiz işlemiştir. Böyle bir halde faize ilişkin sınırlamanın, 6098 sayılı TBK’nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 gününden önce oluşan asıl borç ve buna işleyecek faiz bakımından da uygulanması, Yürürlük Yasası’nın 1. maddesindeki temel ilkeye aykırıdır.” gerekçesiyle faize ilişkin sınırlamaların, 6098 sayılı TBK’nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 gününden öncesine uygulanamayacağına hükmetmiştir.

Yargıtay 11. HD 04.02.2014 tarihli bir kararında¹⁰⁷ TBK’nın 01.07.2012 gününden öncesine uygulanacağını kabul etmiş ise de 31.03.2015 tarihli diğer bir kararlarında¹⁰⁸ tüketici yönünden TBK’nın 88. ve 120. maddeleri

¹⁰⁶ 20. HD 29.06.2017 Gün, Esas: 2017/1980, Karar: 2017/5997; 20. HD 05.07.2017 Gün, Esas: 2017/1895, Karar: 2017/6248. (Uyap)

¹⁰⁷ 11. HD 04.02.2014 Gün, Esas: 2013/10514, Karar: 2014/1860. (Uyap)

¹⁰⁸ 11. HD 31.03.2015 Gün, Esas: 2014/7236, Karar: 2015/4469. (Uyap)

hükümlerinin 01.07.2012 gününden öncesine uygulanamayacağına karar vermiştir.

Yargıtay 12. HD icra takibi de dava gibi düşünüleceğinden, 6098 Sayılı TBK'nın anılan hükümlerinin henüz sonuçlanmamış icra takiplerinde de uygulanması gerektiğinden (HGK'nın 12.09.2012 tarihli, 2012/19-314 E, 2012/557 K. Sayılı kararı) bahisle tüm uygulamalarında¹⁰⁹ "takip tarihinden sonra işleyecek faiz miktarının tespitinde, takip tarihi ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük tarihi arasında, takipte kesinleşen faiz oranı olan aylık %... (yıllık %...) oranının uygulanması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ise, aynı Yasanın 120. maddesi dikkate alınarak belirlenecek temerrüt faiz oranının uygulanması gerektiğinden" demekle TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 gününden öncesine uygulanamayacağına karar vermektedir.

Yargıtay 15. HD işin ticari olması halinde dahi 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin 01.07.2012 tarihinden öncesine uygulanabileceği yönünde kararlar¹¹⁰ verirken 15.05.2015 tarihli HGK kararından sonra bu görüşünden ve uygulamasından dönerek "6101 sayılı Yürürlük Yasası'nın 7. maddesi ile kanun koyucu aşırı faizin önüne geçmek yönündeki iradesini derdest davalara da yansıtmıştır. Ancak Yürürlük Kanunu'nun "görülmekte olan dava" kıstasının, faizin dava içinde devam ettiği halleri gösterdiği kabul edilmelidir. Bu durumda mahkemece Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar sözleşmeyle belirlenen faiz oranı, bu tarihten sonra ise 120'inci maddenin ikinci bendindeki sınırlandırılmış temerrüt faizinin uygulanması, faiz oranı yönünden kademeli hüküm kurulması gerekir (Hukuk Genel Kurulunun 06.05.2015 Gün, 2013/23-2212 Esas, 2015/1309 Karar sayılı ilamı)." gerekçesiyle TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar sözleşmeyle belirlenen faiz oranı, bu tarihten sonra ise sınırlandırılmış temerrüt faizinin uygulanması faiz oranı yönünden kademeli hüküm kurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹¹¹. Yargıtay 19. HD 22.10.2015 Gün, Esas: 2015/1177, Karar: 2015/13436 sayılı kararlarında "mahkemece, taraflar arasındaki kredinin ticari ilişki niteliğinde olduğu, ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlenebileceği, takipte istenilen akdi ve temerrüt faizlerinin sözleşmede belirlenen miktardan daha az olduğu, TBK'nın genel işlem şartları ile ilgili hükümlerinin 2006 ve 2008 tarihlerinde imzalanan

¹⁰⁹ 12. HD 02.04.2013 Gün, Esas: 2013/2894, Karar: 2013/12614; 12. HD 13.03.2017 Gün, Esas: 2016/12295, Karar: 2017/3757; 12. HD 23.03.2017 Gün, Esas: 2016/19144, Karar: 2017/4375; 12. HD 17.04.2017 Gün, Esas: 2016/14212, Karar: 2017/5880. (Uyap)

¹¹⁰ 15. HD 09.05.2013 Gün, Esas: 2013/3943, Karar: 2013/5537; 15. HD 22.01.2014 Gün, Esas: 2013/6612, Karar: 2014/457; 15. HD 03.07.2015 Gün, Esas: 2015/725, Karar: 2015/3930. (Uyap)

¹¹¹ 15. HD 17.05.2016 Gün, Esas: 2015/5155, Karar: 2016/2836. (Uyap)

sözleşmelere uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile, davanın her iki davalı açısından reddine karar verilmiş...usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA” demek suretiyle TBK hükümlerinin 01.07.2012 gününden öncesine uygulanamayacağına karar vermektedir.

F. Kısaca Sonuç

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile bir “hukuk politikası” tercihi olarak anapara faizi ve temerrüt faizine genel, nitelikli ve emredici temel sınırlamalar getirilmesi; bu sınırlamalarda zamanın değişen ekonomik şartlarına göre esnetilebilecek 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 1 hükmüne (Bakanlar Kurulu kararıyla değiştirilebilir oranlara) gönderme yapılmış olması isabetli ve yerinde olduğu gibi, lafzi ve amaca göre yorum kurallarına göre 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 8. ve 9. madde hükümleri kapsamında ticari anapara faizi ve ticari temerrüt faizi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenen tüketici işlemleri anapara faizi ve temerrüt faizi için de birer sınırlama oluşturduğu düşünülmektedir¹¹².

Öte yandan, TBK’nın 88. ve 120. maddelerinin yazılış ve ifade tarzlarına bakıp, düzenleniş amacı da değerlendirildiğinde; kamu yararının, kamu düzeninin ve zayıfların korunmasına hizmet eden emredici hukuk kuralı özelliğini taşıdıkları tespit edilmektedir. TBK’nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin emredici hukuk kuralı niteliğini taşıması nedeniyle taraflar ileri sürmese de re’sen gözetileceğinin kabulü neticesinde, anapara ve temerrüt faizine ilişkin sınırlamaların 01.07.2012 tarihinden öncesine ait hukuki işlemlere ve görülmekte olan davalara da uygulanacağı sonucuna ulaşmaktayız.

¹¹² Aydın, s. 225; Aydoğdu, s. 120; Ceylan, s. 280; Çeker, (Tüketici Hukuku) s. 72; Demir, Ş, s. 225; Ortaç, s. 132; Yağcı, s. 436; Yılmaz, Veysel/Tuncay, Merve, “Finansal Liberalizasyonun Tasarruf ve Yatırım Üzerine Etkisi: Türkiye Örneği” Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 26, S. 3-4, 2012, s. 348-350; Serdar, s. 501.

KAYNAKLAR

Akil, Cenk: “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukuku Bağlamında Faize İlişkin Bazı Meseleler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/2, Sayfa: 67-107.

Altop, Atilla: “Seminer: Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler”, İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Mayıs 2012, Sayfa: 15-17.

Antalya, Gökhan: “Değerlendirme Konuşması” Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011) 2012/10, 2. Baskı, Sayfa: 351-352.

Ayan, Serkan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı: 2012), Sayfa: 717-793.

Aydın, Gülşah Sinem: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz İle İlgili Düzenlemeler Bakımından Getirilen Değişiklikler”, *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül 2014/3, Sayfa 223-231.

Aydoğdu, Murat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler”, *DEÜHFD*, C. 12, S. 1, 2010, (Basım Yılı: 2011), Sayfa: 85-136.

Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan: Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukukunda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Adalet Yayınevi, 2.baskı, Ankara 2014.

Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Bası, Ankara 2015.

Burcuoğlu, Haluk: “Seminer: Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler”, İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Mayıs 2012, Sayfa: 33-34.

Börü, Levent/Koçyiğit, İlker: Ticari Dava, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Buz, Vedat: “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*: Makaleler – Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, Sayfa: 91-111.

Ceylan, Ebru: “Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Yenilikler”, *TBB Dergisi*, 2015 (117), Sayfa: 233-284.

Çeker, Mustafa: Tüketici Hukuku Açısından Bankacılıkta Faiz Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Ve Uygulamaları 2014-2015, Editörler, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, 2015, Ankara, Bilge Yayınevi, Sayfa: 69-81 (Tüketici Hukuku).

Çeker, Mustafa: Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, 7. Baskı, Adana 2013 (Kitap).

Demir, Şamil: “Türk Borçlar Kanunu’nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, Sayfa: 207-234.

Demir, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012.

Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1987.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B. Ankara 2012.

Eriş, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, Seçkin, 1. Bası, Ankara 2013.

Ertaş, Şeref: “Borçların İfasi İle İlgili Yeni Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, 2011, Sayfa: 303-312.

Göktürk, Kürşat: “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y. 2015/2, Sayfa: 3-44.

Haznedar, İbrahim Murat: “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Sayı 4, Yıl 2014, Sayfa: 5-33.

Kara, İlhan: Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara 2015.

Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Mimoza, 23. Bası, Konya 2012.

Kayar, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, Detay Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2012.

Kendigelen, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, Oniki Levha, İstanbul 2015.

Kılıçoğlu, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B., Ankara 2012.

Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, İstanbul 2008.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I. İstanbul, 2012.

Oral, Tuğçe: “Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2013, Sayı 13, Sayfa: 545-573.

Orbay Ortaç, Nurdan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, Sayfa: 117-133.

Önal, Ali: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartlarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Sayı 4, Yıl 2014, Sayfa: 117-133.

Öz, Turgut: “Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 4, Ağustos 2005, Sayfa: 74 - 84

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 14. Baskı, İstanbul 2012.

Reisoğlu, Sefa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. B., İstanbul 2012.

Serdar, İlnur: “Taksitle Satış Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011) 2012/10, 2. Baskı, Sayfa: 479-504.

Şener, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2016.

Ünlütepe, Mustafa: Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi, İstanbul 2011 (Kitap).

Ünlütepe, Mustafa: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, Sayfa: 291-358 (Taksitle Satış Sözleşmesi).

Yağcı, Kürşad: “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK M. 88 ve TBK M. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK M. 8 ve TTK M.9) Bakımından Uygulanabilirliği”, *İÜHFİM, C. LXXI, S. 2, 2013, Sayfa: 421-438.*

Yılmaz, Canan: “6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi (TBK m. 253- 262)” *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011) 2012/10, 2. Baskı, Sayfa: 449-477.

Yılmaz, Veysel/Tuncay, Merve: “Finansal Liberalizasyonun Tasarruf ve Yatırım Üzerine Etkisi: Türkiye Örneği”, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 26, S. 3-4, 2012, Sayfa: 345-363.

Zevkililer, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre: Medeni Hukuk, Ankara 2000.

Zevkililer, Aydın/ Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KAMU GÖREVLİLERİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE YARGI MENSUPLARI

*Under The Decision by ECHR Freedom of Expression of the Public Officials
and The Judiciary*

Nehare MECİT¹ - Kemal MECİT²

Geliş Tarihi: 24.05.2017

Kabul Tarihi: 25.10.2017

ÖZET

İfade özgürlüğü, demokratik toplumun asli temellerinden olup, toplumun dinamik bir yapı kazanması, yeni tezlere ulaşması ve bireyin kendini gerçekleştirme için zorunludur. Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gereğince herkese tanınan bir hak olduğundan kamu görevlilerinin ve dolayısıyla yargı mensuplarının da bu haktan yararlanacağı konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Mevzuatımızda, özel olarak, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne farklı sınırlama getiren fazla kural bulunmadığı söylenebilir. Bu nedenle kamu görevlilerinin özgürlüklerine yapılan müdahaleler, yazılı kurallar ve içtihat hukuku çerçevesinde diğer insanların özgürlüklerine yapılan müdahaleler temelinde ele alınmalıdır.

Demokratik toplumlarda çoğulculuk ilkesi gereğince, nesnel ölçü ve nedenlere dayanarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi gerekir. Görev ve sorumluluk da yükleyen bu hakkın doğasından kaynaklanan ve Anayasa ile Sözleşmede formüle edilen birtakım sınırları vardır.

Kamu görevlilerinin bu özgürlüğünün belirtilen sebeplerle sınırlandırılması doğaldır. Yine kamu görevlilerinin devlete karşı sadakat ve ağız sıkı (ketum) davranma yükümlülükleri bulunduğundan, devlet sırrı bağlamında kamu görevlilerinin ifade özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğinin denetlenmesi sırasında, bu hususlarında göz önünde bulundurulması gerekir.

ABSTRACT

Freedom of expression which is one of the fundamentals of the democratic society is a must for empowerment of the society to get a dynamic structure, for putting forward new theses, and for self-improvement of individuals. Because it is a right for everyone given by both the Constitution and the European Convention on Human Rights, there is no hesitation that public officials and therefore members of judiciary shall also enjoy that right. It can be stated that there are not many rules in our legislation that specifically limit the freedom of expression of public officials. Therefore, the interferences with the freedom of public officials have to be taken into consideration on the basis of the interferences that are made with the freedoms of other people in the frame of written rules and case law.

According to the principle of pluralism in democratic societies, the freedom of expression may need to be limited due to the objective measures and reasons. There are a number of limitations that are originated by the nature of this right, which also imposes duties and responsibilities, and that are formulated by the Constitution and the Convention.

This right, which also lays burden and responsibility on persons, has limits arising from the Constitution and the Convention. Limitation of this freedom of public officials is normal due to the abovementioned reasons. In the same vein, because of the responsibility of public officials to be loyal and reliable (secretive) before the state, these matters have to be taken into consideration on the basis of concrete cases while inspecting any breach of freedom of expression of the public officials in regards to the government secrets.

¹ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi Üyesi, neharemct@gmail.com

² Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, kemalmecit@mynet.com

Ayrıca ifade özgürlüğü İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrası gereğince, yargı gücünün otoritesinin ve tarafsızlığının korunması meşru amacıyla da sınırlanabilir. Belirtilen husus yargı mensupları için aynı zamanda bir görev ve sorumluluktur. Dolayısıyla yargı mensuplarının ifade özgürlüklerini kullandığı durumlar, yargı gücünün otoritesi ve tarafsızlığına zarar verecek durumda ise aradaki dengenin yargı gücünün otoritesi ve tarafsızlığı yönünde ağır basması mümkün görülmektedir.

Yargı mensuplarının siyasi ve özellikle partizanca açıklamaları, mesleki tarafsızlıklarını, bağımsızlıklarını veya yargı gücünün bağımsızlığını sorgulamaya açık hale getireceğinden bu tür açıklamalardan, davranışlardan ve sosyal paylaşımlardan özenle kaçınmaları gerektiğinin ileri sürülmesi mümkündür.

Anahtar kelimeler: İfade özgürlüğü, kamu görevlisi, yargı mensubu, tarafsızlık

Additionally, freedom of expression, as dictated by the 2nd paragraph of the European Court of Human Rights Convention, can be limited for the purpose of the protection of the authority and impartiality of the judiciary power. This is also a duty and responsibility for the members of judiciary. Therefore, if the situations in which the members of judiciary use their right to freedom of expression might harm the authority and impartiality of the judiciary power, then it seems possible that the authority and impartiality of the judiciary power will weigh more in the balance between the two.

Because any political and partisan statement by the members of judiciary will make their professional impartiality and independence or the independence of the judiciary power questionable, it can be put forward that they should meticulously avoid this kind of statements, attitudes and social communications.

Keywords: Freedom of expression, public official, member of judiciary, impartiality

GİRİŞ

İfade özgürlüğü, insanın kanaat (fikir) sahibi olabilmesi, serbestçe haberlere, bilgilere ve başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesidir³.

İfade özgürlüğü, demokratik toplumun asli temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Bu bağlamda toplumsal ve siyasi çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. İfade özgürlüğü, bireyin kendini ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerini belirlemede ihtiyaç duyduğu bir değerdir. Çünkü birey, özgün kişiliğini, düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir⁴.

³ Anayasa Mahkemesi (AYM), Ali Karatay, B. No:2012/990, 25/06/2014, § 41; Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/01/2014, § 40; Fatih Taş, B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 63; Hüseyin Sürensoy, B. No: 2013/749, 06/10/2015, § 35. (Bu çalışmada yararlanılan AYM. kararlarının tamamı, <http://www.anayasa.gov.tr> adresli siteden alınmıştır.)

⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08/04/2015, 2014/965-2015/1168; 29/05/2015, 2015/268-1472; AYM. Erdem Gül ve Can Dündar, B. No: 2015/18567, 25/02/2016, § 86; Fatih Taş, B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 50; Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/01/2014, § 41; Ali Suat

Bireyin yaratıcılığı ancak özgür bir ortamda işlerlik kazanır.

İfade özgürlüğünün bir başka önemi de Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde (İHAS) güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkili olmasından kaynaklanmaktadır. İfade özgürlüğü hem kendi başına bir hak olmanın yanında İHAS tarafından korunan, toplantı özgürlüğü türünden başka hakların temelini de oluşturur. İHAS'ın önsözünde geçen gerçek siyasi demokrasi ve insan haklarına saygı koşullarında, ifade özgürlüğü sadece kendi içinde önem taşımakla kalmaz, İHAS'dan kaynaklanan başka hakların korunması açısından da merkezi bir rol oynar. Bağımsız ve tarafsız mahkemelerin korunması altında olan geniş kapsamlı bir ifade özgürlüğü hakkı garanti altına alınmaksızın, ne basın özgürlüğünden ne özgür bir ülkeden ne de demokrasiden söz edilebilir. Bu, yadsınamayacak genel bir yaklaşımdır.

Öte yandan ifade özgürlüğü, İHAS'ın 8. maddesiyle korunan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında, kişilerin şöhretinin ve onurunun korunması, kamuya mal olmuş kişilerin mahremiyetinin, şöhretinin ve şerefının korunması, 9. maddesiyle korunan din özgürlüğü gibi başka haklarla çelişebilir. Böyle bir çelişki doğduğunda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), bir hakkın öteki karşısındaki üstünlüğü sağlanırken bir denge arar. Başkalarının şöhretini ve haklarını koruma amacı, ulusal makamların ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri haklı göstermek için en fazla başvurdukları nedenlerdendir. Çelişen çıkarılardan biri ifade özgürlüğü ise kurulacak dengede bu özgürlüğün önemini göz önüne alınmalıdır. İfade özgürlüğü ile İHAS'ın 8. maddesi tarafından güvence altına alınan başkalarının şöhret ve haklarının korunması hakkının çelişmesi halinde İHAM'ın tercihini daha çok ifade özgürlüğünden yana kullandığı söylenebilir⁵. İHAM tekrar tekrar şu fikri ileri sürmüştür: *ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerindedir, bu toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur*⁶.

Ertosun, B. No: (5) 2014/8334, 21/05/2015, § 50; İHAM. Lingens/Avusturya, 24/06/1986, Seri A No: 103, § 41 (Bıçak, Vahit; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Avrupa Komisyonu, Ütopya Basın Yayın Ltd. Şti., Ankara, 2002, s. 128); Şener/Türkiye, 2000; Thoma/Lüksemburg, 2001; Pentikainen/Finlandiya, B. No: 11882/10, 20/10/2015, § 87; Haldimann vd. v./İsviçre, B. No: 21830/09, 27/02/2015; Özçelebi/Türkiye, B. No: 34823/05, 23/06/2015, § 44; Jersild/Danimarka, B. No: 15890/89, 23/09/1994, §. 37. (Bu çalışma sırasında yararlanılan Yargıtay kararlarının tamamı UYAP bilişim sisteminden ve alındığı yer özellikle belirtilmeyen İHAM kararları ise <https://hudoc.echr.coe.int/tur> adresli siteden alınmıştır.).

⁵ Doğru, Osman ve Atilla Nalbant; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 2, 1. Baskı, Ankara, 2013, s. 232.

⁶ Şener/Türkiye, 18/07/2000. B. No:26680/95, § 39; Handyside v. /Birleşik Krallık, 07/12/1976, B. No: 5493/72, § 49.

Toplumun geneli ya da büyük çoğunluğu tarafından kabul edilen ya da hoşgörüle karşılanan veya çok önem atfedilmeyen ifadelerin özgürce dile getirilmesi veya yazıya dökülmesi konusunda zaten herhangi bir sorun yoktur. Bu ifadeler rahat bir şekilde dile getirilmekte ve herhangi bir engel ile karşılaşmamaktadır. Demokratik toplumun asli temellerinden olan ifade özgürlüğü sorunu yukarıda belirtilenler dışındaki ifadeler için ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün, yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna giden⁷, toplumun geneli tarafından hoşgörülen, lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ifadeler için değil, devleti, hükümeti veya toplumun bir bölümünü sert bir şekilde eleştiren, onlara çarpıcı ve sarsıcı gelen, onları rahatsız eden, şoke eden, saldırgan, ayrılık yaratabilen ve agresif ifadeler için de geçerli olduğu kuşkusuzdur⁸. Çünkü bunlar, demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir. Suç teşkil etmediği ve eyleme dönüşmediği sürece, uç fikirler ufuk açıcı nitelikte olduğuna ve hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğduğuna göre⁹; her türlü fikrin özgürce dile getirilmesi yeni gelişmelerin ortaya çıkması açısından toplumun geneli yönüyle de yararlıdır. İfade özgürlüğü alanında, tarihi gerçekleri inkâr söylemi, demokratik rejimi yıkmayı hedefleyen, kitleleri şiddet kullanımına veya silahlı direnişe ya da başkaldırıya teşvik eden fikirler, ırkçılık ve hoşgörüsüzlük içeren nefret söylemi ve nefret söyleminin bir alt konusu olarak dinsel kin ve nefret içeren söylemler¹⁰ İHAS kapsamında kendilerine koruma tanınmayan ifadelerdir. AYM'ye göre de ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda devlet otoriteleri müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir¹¹. Yargıtay da iftira, küfür, onur, şeref ve saygınlığı zedeleyici söz ve beyanlar, müstehcen içerikli söz, yazı, resim ve açıklamalar, savaş kışkırtıcılığı, hukuk düzeni cebir yoluyla değiştirmeye yönelen, nefret, ayrımcılık, düşmanlık ve şiddet yaratmaya yönelik bulunan ifadelerin düşünce özgürlüğü bağlamında hukuki koruma görmediğini ve suç sayılmak suretiyle ceza yaptırımlarına bağlandığını belirtmiştir¹².

⁷ Bıçak, s. 19.

⁸ AYM. Erdem Gül ve Can Dünder, B. No: 2015/18567, 25/02/2016, § 86; Handyside v. / Birleşik Krallık, 07/12/1976, B. No: 5493/72, § 49; Castells/İspanya, 23/04/1992, Seri A No: 236, § 42; Vogt/Almanya, 26/09/1995, B. No: 1785/91, § 52; Yargıtay 16. CD. 28/02/2017, 2017/304-937; 4. CD. 30/09/2014, 2014/7349-27575.

⁹ AYM. Emin Aydın, B. No:2013/2602, 23/01/2014, § 41.

¹⁰ Doğru ve Nalbant, s. 186-191; Savda/Türkiye, B. No: (No. 2), 2458/12, 15/11/2016, § 14.; Delfi As/Estonya, B. No: 64569/09, 16/06/2015; Perinçek/İsviçre, B. No: 27510/08, 15/10/2015; Müslüm Gündüz/Türkiye, B. No: 35071/97, 03/12/2013; Otegi Mondragon/İspanya, B. No: 2034/07, 15/02/2011, Lütfiye Zengin vd./Türkiye, B. No: 36443/06, 14/04/2015, § 50.

¹¹ AYM. Bejder Ro Amed, B. No: 2013/7363, 16/04/2015, § 72.

¹² Yargıtay 16. CD. 21/03/2017, 2016/7431-2017/3440.

İHAS'ın 10. maddesinin ve Anayasa'nın 26. maddesinin 1. fıkraları yalnızca ifadenin içeriğine değil, biçimine, tarzına ve araçlarına yönelik de koruma güvencesi sağlamaktadır. Biçiminden dolayı hiciv¹³, şiiir¹⁴, roman¹⁵ türlerine özel koruma atfedilmektedir. Anayasa Mahkemesi (AYM) de, Ali Karatay başvurusunda, Anayasa'nın 26. maddesine atıfla “düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçları ‘söz, yazı, resim veya başka yollar’ olarak ifade etmiş ve ‘başka yollar’ ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğunun” altını çizmiştir¹⁶.

İfade özgürlüğünün önemi belirtildikten sonra, çalışmanın devamında, belirtilen ifadelerin, ifade özgürlüğüne ilişkin kurallar doğrultusunda, kamu görevlileri ve özelde yargı mensupları açısından ne şekilde ele alınacağı, ifade özgürlüğünün kamu görevlileri açısından da geçerli olup olmadığı, unsurları, sınırları ve hukuki dayanakları yargı kararları ve bir kısım metinler doğrultusunda ele alınıp analiz edilecektir.

1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

İfade özgürlüğü hakkı, çok önemli bir hak olduğundan normlar arasındaki altlık-üstlük ilişkisinde (normlar hiyerarşisi) en üst basamakta bulunan Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrası gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar, yasa hükmünde olduğu için ifade özgürlüğü konusundaki tartışmalarda İHAS'ında dikkate alınması gerekir. Hatta usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda uluslararası andlaşma hükümleri esas alınacaktır. Gerek ulusal ve gerekse Uluslararası metinler incelendiğinde ifade özgürlüğünü düzenleyen çok sayıda hüküm bulunduğu görülecektir.

Anayasanın 25. maddesine göre, “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”.

26. maddeye göre, “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir

¹³ Tuşalp v. Türkiye, B. No: 32131/08, 21/02/2012, 41617/08, § 48; Alves da Silva v./Portekiz, No. 41665/07, 20/10/2009, § 27; Eon v./Fransa, B. No: 26118/10, 14/03/2013, § 48.

¹⁴ Karataş/Türkiye, B. No: 23168/94, 08/07/1999, § 49.

¹⁵ Akdaş/Türkiye, B. No: 41056/04, 16/02/2010, § 20-29.

¹⁶ Ali Karatay, B. No: 2012/990, 10/12/2014, § 40.

almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir”.

1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19. maddesine göre, *“Herkesin görüş ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, karışmasız görüş edinme ve herhangi bir yoldan ve hangi ülkede olursa olsun bilgi ve düşünceleri arama, alma ve yayma özgürlüğünü içerir”.*

İHAS'ın 10. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir”.*

Söz konusu mevzuat hükümleri çok genel hükümler olup ifade özgürlüğü konusundaki hükümlerin uygulanması sırasında Yargıtay, Danıştay, AYM ile İHAM kararlarının da dikkate alınması gerekir. Çünkü soyut olan yasa hükümleri mahkeme kararları ile somutlaşmaktadır.

Anayasanın 153. maddesinin 6. fıkrasında, AYM kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı belirtilmiştir. İHAM kararları konusunda bu kadar açık bir Anayasa hükmü bulunmamakta ise de Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkra düzenlemesi karşısında İHAM kararlarının, kişiler, kurumlar ve mahkemeler açısından bağlayıcı olduğu ileri sürülebilir.

Ancak Ceza Yargılamaları Yasası'nın, 171. maddesinin 3. fıkrasındaki, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin İHAM'ın kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılacağını ve 311. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendindeki, ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, İHAM'ın kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halinde, davanın, hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görüleceğini, belirten hükümleri dikkate alındığında, somut olay bazında İHAM kararlarının bağlayıcı olduğu tartışmasız bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca genel anlamda ise ulusal yüksek mahkemelerin kararları nasıl yol gösterici ise İHAM kararlarında yol gösterici olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Teoride İHAM kararlarının bağlayıcılığının daha net bir şekilde savunulduğu görülmektedir. Nitekim İnceoğlu'na¹⁷ göre, Anayasa'nın 90. maddesinin 5.

¹⁷ İnceoğlu, Sibel (Ed.); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 2013, s. 9.

fıkrası, yasalarla temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin çatışması halinde, uluslararası sözleşmelere öncelik vermiştir. İHAS'taki hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini belirleme yetkisi sözleşme ile İHAM'a verildiğine göre, ulusal mahkemelerin sözleşmeyi yorumlarken İHAM kararlarına uygun bir yorum yapması gerekir. Aksi halde sözleşmeyi öncelikle uygulama görevini yerine getirmeyerek Anayasa'nın 90/5 maddesini ihlal etmiş olurlar.

Macovei'ye¹⁸ göre, İHAS'a taraf olan hemen hemen bütün devletler, İHAS'ı ulusal mevzuatlarıyla bütünleştirdiği için İHAS iç hukuk sisteminin bir parçası niteliğini kazanarak ulusal mahkemeler ve bütün kamu otoriteleri için bağlayıcı hale gelmiştir. Buradan, bu ülkelerde yaşayan bireylerin, İHAS'tan doğan hak ve ödevlerinin olduğu şeklindeki başka bir sonuçta ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, bireyler artık İHAS metnine ve içtihat hukukuna başvurulabilirler. İHAS örf ve adet hukuku sistemine göre işler. İHAS'ın metni içtihat hukuku dışında okunamaz. İHAM kararları İHAS metnini açıklığa kavuşturur ve yorumlar. Mahkemeler de İHAS metnini ve İHAM kararlarını uygulamak zorundadır. Ayrıca mahkemeler de dahil olmak üzere, ülkenin yetkili mercileri, İHAS ve içtihat hukukuyla çelişen herhangi bir ulusal yasa karşısında İHAS'a öncelik tanımak zorundadır. Bu kararlar, bağlayıcı emsal karar olup emredici hukuk normu kategorisine girerler. Dolayısıyla, İHAS bir kez onaylandığında, ulusal mahkemeler İHAM'ın kararlarını da bağlayıcı hukuk hükümleri olarak görmekle yükümlüdürler. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının metni ve gerekçesi de uluslararası anlaşmalar ile yasaların çelişmesi halinde ortaya çıkacak uyumsuzlukların anlaşma metinlerinin uygulanması suretiyle giderileceğini belirtmektedir.

2. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI

Bilindiği gibi ifade özgürlüğü, bir fikre/düşünceye sahip olma, bilgi ve düşünceyi/görüşleri açıklama ve bilgiye ulaşma (bilgi ve görüş edinme) özgürlüklerini bünyesinde barındırmaktadır. İfade özgürlüğünün bu üç unsuru, Yargıtay tarafından¹⁹ da dile getirilmiştir. Bu yönleri ile olayın somutlaştırılması, ihlal olup olmadığının tespitini kolaylaştıracaktır.

1-Kanaat (fikir) sahibi olma özgürlüğü ifade özgürlüğünün bir ön koşuludur. Bir bireyin hangi düşünceye sahip olacağı kendi tercihine bırakılmalıdır. Devletler vatandaşlarına herhangi bir ideolojiyi aşılammalı, bir başka ifade ile vatandaşlarını, belli bir öğretinin (doktrin) mutlak bir doğru imişçesine, beyin

¹⁸ Macovei, Monica; İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No: 2, s. 5.

¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23/06/2015, 2015/2-51-2015/251; 16. CD. 22/06/2016, 2016/1480-4444.

yıkama faaliyetine tabi tutmamalı ve belirli fikirlere sahip bireyleri ötekilere karşı kayırmamalı, şu veya bu görüşe sahip kişiler arasında ayrımlarda bulunulmasına müsaade etmemelidir. Devlet tarafından tek taraflı bilginin teşvik edilmesi, fikir sahibi olma özgürlüğü önünde ciddi ve kabul edilemez nitelikte bir engel yaratabilir²⁰.

Kanaat sahibi olma özgürlüğü çerçevesinde bireyler, aynı zamanda, daha önce kamuya yapmış oldukları açıklamalara dayanılarak belirli fikirlerin kendilerine atfedildiği durumlarda muhtemel olumsuz sonuçlara karşı da koruma altındadır. Kanaat sahibi olma özgürlüğü, kanaatlerini açıklamaya zorlanmama negatif özgürlüğünü de içerir²¹.

2-Bilgi ve görüşleri açıklama özgürlüğü: Bu özgürlük bir ülkenin siyaset yaşamı ve demokratik bir şekilde işleyişi açısından en yüksek öneme sahiptir. Bu özgürlük olmadan serbest seçimler mümkün olamaz. Bu özgürlük, hükümeti ve hükümet mensuplarını eleştirme özgürlüğünü de içermektedir. Sanatsal yaratım ve performans ve bunların yayılması İHAM tarafından fikir ve düşünce alışverişine (teati) katkıda bulunan temel bir faktör ve demokratik bir toplumun hayati bir unsuru olarak görülmektedir.

3-Bilgi ve görüş edinme özgürlüğü: Bilgi edinme özgürlüğü başkalarının görüşlerine, bu arada genel olarak olmazsa da devlete ait bir kısım bilgilere, erişimi konu edinmektedir. Bu özgürlük İHAM içtihadında²² geliştirilmiş bulunan bilgiye erişim hakkını da kapsamaktadır²³

Bu özgürlük bilgi toplama ve mümkün olan bütün yasal kaynaklardan bilgi araştırmayı da içerir. Bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü aslında medya ile ilgili olduğundan bu özgürlük medyanın halka bu tür bilgiyi ve fikirleri aktarmasının olanaklı olmasını da gerektirir. Sadece basın bu tür bilgi ve fikirleri açıklama görevi yoktur. Halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır. AİHM bu özgürlüğün içinde, halkın özellikle kamu çıkarını ilgilendiren konularda yeterli biçimde bilgilendirilmesi hakkının da olduğu kanısındadır²⁴.

Özellikle yönetenlerin ve siyasetçilerin düşünce ve davranışları yönetilenlerin her zaman ilgisi çekmektedir. Basın ve diğer iletişim araçlarının özgürlüğü, halka, yönetenlerin fikir ve tavırlarını bilmek ve yargılamak için verilen en iyi araçlardır. Siyaset alanında tartışılan sorunlara ilişkin düşünceleri ve bilgileri ve kamu çıkarına ilişkin diğer bilgileri iletmek basının görevidir. Dolayısıyla halkın, haber alma hakkı ile basının haber yayınlama görevi çoğu

²⁰ Macovei, s. 9.

²¹ Vogt/Almanya, 26/09/1995, Seri A , No. 323.

²² Tarsasag/Macaristan, B: No: 37374/05, 14/04/2009, § 26.

²³ AYM. Ali Karatay, B: No: 2012/990, 10/12/2014, § 30.

²⁴ Lingens/Avusturya, 24/06/1986, Seri A No: 103 (Bıçak, s. 115 vd.); Macovei, s. 12.

zaman çakışmaktadır²⁵.

İHAM, 10. maddenin bireylere her koşulda 'bilgiye erişme hakkı' verecek şekilde yorumlanması konusunda tereddütlüdür. Mahkeme, "Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasının aslında bir kimsenin, başka kişilerin kendisine vermeyi arzu ettikleri veya vermeyi isteyebilecekleri bilgiyi, almasının devlet tarafından kısıtlanmasını yasakladığını" belirtmiştir²⁶.

3. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN MEVZUATTAKİ DAYANAKLARI VE SINIRLARI

İfade özgürlüğünü güvence altına alan kurallarda, bu hakkın sınırsız bir hak olmadığı gözetilerek ayrıca sınırlamaları da belirtilmiştir. Dolayısıyla bu hakkının düzenlemelerde öngörülen sebeplerle sınırlanması mümkündür. Mevzuatımızda ifade özgürlüğünün hangi sebeplerle sınırlanacağını belirten hükümleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

Anayasanın 13. maddesine göre, *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

Anayasanın 14. maddesine göre, *"Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz"*.

26. maddenin 2. fıkrasına göre, *"Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz"*.

²⁵ Manole vd./Moldova, B. No: 13936/02, 17/09/2009, § 36; Handyside/Birleşik Krallık, §. 49, 07/12/1976, Seri A No: 24; Lingens/Avusturya, 24/06/1986, Seri A No: 103 (Bıçak, s. 115 vd.), § 41-42.

²⁶ Leander/İsveç, 26/03/1987, Seri A No: 116 , 9 EHRR 433, § 74.

İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

İHAS'ın 10. maddesinde sayılan sınırlama sebepleri ile Anayasa'nın belirttiği sınırlama sebeplerinin büyük oranda örtüştüğünü ifade etmek mümkündür²⁷. Temel bir hak ve özgürlük olan ifade özgürlüğü hakkının hangi sebeplerle kısıtlanacağı mevzuatta sayma yöntemiyle belirlenmiştir. Bu sebepler; ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, suçluların cezalandırılması, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi, kişilerin özel ve aile hayatlarının yahut yasanın öngördüğü meslek sırlarının korunması, yargı gücünün²⁸ otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmasının önlenmesidir.

Belirtilen sınırlama sebeplerinin ifade özgürlüğü aleyhine genişletilmemesi gerekir. Anayasada ve Sözleşmede “ülkenin veya hükümetin şerefi/imajı”, “ulusun şerefi/imajı”, “devlete ait veya başka resmi semboller”, (Örneğin, devlete ait bir sembolün imha edilmesi veya bu tür bir sembole karşı “hakaret” içeren bir davranış, insanın bazı siyasi kararlara, kamu otoritelerinin bazı faaliyetlerine, belirli konulardaki kamu politikalarına ya da iktidarın yürütülmesi ile ilgili herhangi bir şeye katılmadığını ve bunları eleştirdiğini ifade eder) “kamu otoritelerinin şerefi/imajı” türünden değerlerden ve soyut kavramlardan bahsedilmemiştir. Dolayısıyla bunlar, ifade özgürlüğünü kısıtlamak için meşru gerekçeler değildir. Bundan dolayı, ulusal mahkemeler, İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasında korunmuş olan alanın dışında kalan bu tür soyut kavramlara karşı (kelimeler, jestler, imgeler ya da başka herhangi bir yolla) yöneltilen herhangi bir eleştiriyi cezalandırmamalıdır²⁹.

²⁷ Özbey, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 346 vd.

²⁸ Yargı gücünün otoritesinin korunması bakımından tehlikede olan şey, demokratik bir toplumda mahkemelerin, cezai yargılamalar söz konusu olduğunda davanın taraflarına ve halkın büyük bir kesimine aşılması gereken güvendir.

²⁹ Macovei, s.43.

Kamu otoritelerinin, kısıtlamaları, İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasında ve Anayasa'nın 13 ve 26. maddelerinde sayılan gerekçelerin dışındaki başka gerekçelere dayandırmaları meşru değildir. Dolayısıyla ulusal mahkemelerin, ifade özgürlüğüne şu ya da bu biçimde müdahale niteliği taşıyan herhangi bir yasa hükmünü uygulamaları söz konusu olduğunda, bu hükmün korumakta olduğu değer ya da yararı ve bu değer ya da yararın belirtilen düzenlemelerde sayılanlardan biri olup olmadığını denetlemeleri zorunludur. İşte bu denetim sonucunda uyumsuzluk konusu müdahalenin ilgili düzenlemelerde yer alan meşru amaçlardan en az birine girdiği kanaatine varan mahkemeler o hükmü ilgili kişinin eylemi sebebiyle uygulayabileceklerdir³⁰.

Sözelimi, hakaret veya şöhrete zarar verilmesi eylemlerinde devlet görevlileri ile normal insanlara hakaret veya onların şöhretine zarar getirme eylemleri için farklı ceza öngörülüyorsa, bu durumun haklı görülmemesi bir yana, işlem yasa karşısında eşitlik ilkesine de aykırı düşer. Devlet görevlilerinden herhangi birine hakaret eden veya bu kişilerin şöhretine hanel getiren kişinin mahkum edilmesinde amaç "başkalarının şöhretini ve haklarını koruma gerekliliği" olmalıdır. Daha ağır ceza uygulanması, bu görevlerde bulunan insanların haklarını korumaktan daha başka etkiler de yaratır. Aksi taktirde Anayasa da ve Sözleşmede yer almayan "devlet otoritesi" ya da "devletin prestiji" gibi, soyut bir takım kavramlar ve değerler korunmuş olacaktır³¹. Ayrıca İHAM'ın kararlarında belirlenen ilkeler ışığında, siyasetçileri devlet başkanlarını, cumhurbaşkanlarını, başbakanları, bakanları, milletvekillerini (vb.) ve genel olarak üst düzey kamu görevlilerini, başta basından gelenler olmak üzere, hakarete veya şöhretlerine yönelik saldırıya karşı özel veya daha ağır cezalar aracılığıyla korumayı hedefleyen bütün düzenlemeler İHAS'ın 10. maddesi ile bağdaşmaz bir nitelik taşır³².

Unutulmamalıdır ki sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan koşullardan herhangi biri söz konusu olduğunda ulusal otoriteler müdahale etmek zorunda değildir. Bir başka ifade ile müdahale ile yükümlü tutulmamışlardır. Sadece böyle bir olanakları vardır. Aksi durum söz konusu hakkın içeriğine bir sınırlama getirme anlamına gelirdi. Sözelimi, kamu önünde yargı gücünün otoritesini tehlikeye atacak türden açıklamalar yapıldığında, bu açıklamaları yapanlar hemen cezalandırılmamalıdır. Farklı bir yaklaşım, haklar ve değerler ya da çıkarlar arasında bir altlık üstlük ilişkisine yol açar ve ifade özgürlüğünün, ifadenin zarar verdiği düşünülen değere veya hakka göre, örneğin insanlık onurunu ve şerefini koruma hakkının, ahlâkın

³⁰ Özbey, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 353.

³¹ Macovei, s.42-43.

³² Özbey, Özcan; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, TBB Dergisi, 2013 (106), s. 77.

veya kamu düzeninin ardından, listenin sonuna yerleştirilmesiyle sonuçlanırdı. Böyle bir hiyerarşi, hakların eşitliğini sağlayan ve bir hakkın kullanımı üzerinde daimi sınırlamalara izin vermeyen Sözleşmeye de aykırı olurdu³³.

3.1. İfade Özgürlüğünün Sınırlanması (Özgürlüğün Kural, Sınırlamanın İstisnalığı)

İfade özgürlüğü geniş olarak yorumlanması gereken bir hak ise de mutlak bir hak değildir. Sorumluluklar ve ödevler de içerdiğinden ancak harfiyen uyulması ve ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gereken³⁴ bazı istisnai sınırlama hallerine tabi bir haktır. İstisnai sınırlama halleri de dar yorumlanmalıdır. İfade özgürlüğü hakkının yukarıda belirtilen üç unsurundan ilki olan fikir sahibi olma özgürlüğü yine İHAS'ın 10. maddesinde sayılan diğer özgürlüklerin bir ön koşuludur. Bu hak İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen sınırlamalardan muaf olmak anlamında neredeyse mutlak bir korumaya sahiptir. Bu hakka getirilecek herhangi bir kısıtlama demokratik bir toplumun doğası ile tutarsız olacaktır³⁵." Ancak ifade özgürlüğü hakkının barındırdığı bilgi ve görüşleri açıklama özgürlüğü ile bilgi ve görüş edinme özgürlüğünün kısıtlamalara tabi tutulması mümkündür. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması, diğer birçok özgürlüğün dolaylı olarak sınırlandırılması sonucunu doğurabileceğinden bu sınırlamanın sınırlarının net bir şekilde belirlenmesi gerekir³⁶.

İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar çok katı kurallara bağlı olup sınırlamaların sözleşmeye uygunluğunun denetimi için 3 aşamalı test uygulanmaktadır.

Üç aşamalı testin uygulanmayacağı, dolayısıyla ifade özgürlüğü korumasının doğrudan doğruya dışında olacak ifadeler, İHAS'ın 17 maddesindeki hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilgilidir. Bunlar daha çok nefret söylemi ve Yahudi soykırımının (holocaust) inkârına yönelik uç örneklerle sınırlıdır.

İHAM'a göre, sözleşmeciler tarafların ulusal makamları, İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir arada karşılanması gereken şu üç koşulun varlığı halinde, özel ve aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkına, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkında olduğu gibi ifade özgürlüğü hakkının kullanımına da müdahalede bulunabilirler.

1- Müdahale ("işlem", "şart", "kısıtlama" veya "ceza") yasal olarak

³³ Macovei, s.24.

³⁴ Karataş/Türkiye, B. No: 23168/94, 08/07/1999, § 48-i.

³⁵ Bakanlar Komitesi Raporu, in Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Van Dijk ve Van Hoof, Kluwer, 1990, s. 413. (Macovei, s. 9, dipnot 8).

³⁶ Özbey (2013); s. 45.

öngörölmüş olmalıdır³⁷. Her ne kadar Benedek (2012:412) “yasayla öngörölmüş olmak” koşulunun, sınırlamanın hükümet kararıyla değil parlamento tarafından yapılmış bir işleme dayanması anlamına geleceğini ileri sürmüştü de yasadan amaçlananın mutlak değil kural olarak parlamento tarafından kabul edilmiş yazılı ve aleni yasa olduğudur. İHAM az sayıda başvuruda olsa da örf ve adet hukuku kurallarının da (yazısız hukuk kuralları) “yasayla öngörülen” koşulunu karşılayabileceğini belirtmiş³⁸ ve yasa teriminin “şeklen” değil “öz” itibarıyla algılanması gerektiğine vurgu yapmıştır³⁹. “Yasayla öngörülen koşulu”na uyacak kadar kesin olan düzenlemeleri yasa olarak ele almıştır. Yasa kavramı kendilerine bir şekilde kural koyma yetkisi verilen ya da disiplinle ilgili yetkilerin devredildiği idari veya mesleki kurumlarca kabul edilmiş kuralları da içerir⁴⁰. Dolayısıyla yasayla düzenleme zorunluluğu, hakka yapılacak müdahalenin uygulanmasının yasa çerçevesini aşmayacak şekilde tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelge gibi yürütme organının çıkardığı ikincil düzenlemelerle yapılmasına engel değildir⁴¹. Hatta İHAM iç hukukta yargı kararlarıyla oluşmuş ve istikrar kazanmış içtihadı da yasallık için yeterli görmüştür⁴².

Yasanın var olması tek başına yeterli değildir. Bunun yanında iki alt ölçüte de ihtiyaç vardır. Birinci ölçüt, yasanın erişilebilir olması bir başka ifade ile aleni, herkes tarafından ulaşılabilir olmasıdır.

İkinci ölçüt ise öngörülebilirliktir. Öngörülebilirlik, yasanın her açıdan belirli ve anlaşılabilir olmasını gerektirir. Bireylerin davranışlarını düzenlemelerine olanak verecek açıklıkta olmayan bir kural yasa olarak kabul edilemez. Bireyler belirli bir eylemin doğuracağı sonuçları durumun makul saydığı ölçüde ve gerekiyorsa uygun bir danışma ile önceden öngörebilmeli ve kural belirtilen kesinlikte formüle edilmiş olmalıdır⁴³. Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya

³⁷ Rotaru/Romanya, [BD] B. No: 28341/95, 2000, § 55; Gaweda/Polonya, B. No: 26229/95; 2002, § 39; Maestri/İtalya, B. No: 39748/98, 2004, § 30; Karademirci vd./Türkiye; B. No: 37096/97-37101/97, 25/01/2005; Görmüş vd./Türkiye, B. No: 49085/07, 19/01/2016, § 35.

³⁸ Sunday Times/Birleşik Krallık, eri A, No: 30, 26/04/1979, § 47 (Bıçak, s. 70).

³⁹ Leyla Şahin/Türkiye, [BD], B. No: 44774/98, 10/11/2005, § 88.

⁴⁰ Bartold v./FAC A 90 (1985), 7 EHRR § 383; Casado Coca v./İspanya, A 285-A (1994), 18 EHRR 1, § 43. (Harris vd. 2013:485, dipnot 228).

⁴¹ AYM. Tahsin Erdoğan, B. No: 2012/1246, 06/02/2014, § 60.

⁴² Leyla Şahin/Türkiye, [BD], B. No: 44774/98, 10/11/2005, § 87 vd.

⁴³ Sunday Times/ Birleşik Krallık, 26/04/1979, Seri A, No: 30, § 49 (Bıçak, s. 71); Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya, B. No: 25803/04-26817/04. 30/06/2009, § 56; RTBF/Belçika, B. No: 50084/06; AYM. Youtube LLC Corporation Service Company vd. [GK], B. No: 2014/4705, 29/05/2014, § 56.

ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, sınırları belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir takım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların kamu otoritesine hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, yasadan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar⁴⁴.

Bu açıklamalar ışığında özellikle kamu görevlileri için belirlenen etik ilke ve değerlere ilişkin belgelerle de ifade özgürlüğüne müdahale konusunun düzenlenebileceğini ileri sürmek mümkün görülmektedir.

2- Müdahale şu yarar veya değerlerden biri veya birkaçının korunması amacını taşımaktadır: (Anayasa, 13, 26/2 ve İHAS 10/2) Ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın korunması, başkalarının itibar ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ve yargı gücünün yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması⁴⁵.

Bu düzenlemelere bakıldığında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü meşru amaçlar ile İHAS'da öngörülen meşru amaçların genel olarak örtüştüğü görülmektedir. Ancak "ahlakın ve sağlığın korunması" ifadelerinin Anayasada açıkça yer almadığı görülmektedir. Yine "Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ile bölünmez bütünlüğünün korunması", "suçluların cezalandırılması", " özel ve aile hayatının korunması" ve "yasanın öngördüğü meslek sınırlarının korunması" şeklindeki meşru amaçlar İHAS'da yer almamaktadır. Bu hususların yerel mahkemeleri farklı sonuçlara götürmesi olası ise de düzenlemelerdeki farklılıkların mahkemelerce İHAM kararları doğrultusunda yorumla giderilebileceğini ifade etmek mümkün görünmektedir.

İHAM kararlarının incelenmesine yasallık ve meşru amaç koşulları açısından genellikle herhangi bir sorun görülmediği, sorunun daha çok 3. koşulda toplandığı görülmektedir. Dolayısıyla makalede 3. koşula ilişkin tartışmalar üzerinde daha çok durulacaktır.

⁴⁴ AYM. Ali Karatay B: No: 2012/990, 10/12/2014, § 47; Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi, B. No: 2014/15220, 04/06/2015, § 56; Murat Çevik, B. No: 2013/3246, 16/12/2015, § 36; AYM. 26/07/2017, 2015/46-2017/130, § 44; AYM. 26/07/2017, 2017/110-133, § 7.

⁴⁵ AYM. Veysel Kaplan, B. No:2015/9192, 02/12/2015, § 45; Wille/Lihtenştayn, 1999, bkz. Macovei, s. 27.

3-Müdahale demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır⁴⁶. “Gerekli” sıfatı, “zorunlu” sıfatıyla eş anlamlı olmadığı gibi “kabul edilebilir”, “olağan”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilir” gibi ifadelerin esnekliğine de sahip değildir. Demokratik bir toplumda “gerekli” deyimi, bir müdahalenin sözleşmeye uygun olabilmesi için diğer şartların yanında, müdahalenin “toplumsal ihtiyaç baskısını” karşılamak ve “istenen meşru amaçla orantılı” olmak, zorunda olduğu anlamına gelir⁴⁷. Dolayısıyla İHAM, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik toplum bakımından gerekli olup olmadığını değerlendirirken dava konusu her olayda “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç (acil bir sosyal ihtiyaç, zorlayıcı sosyal gereksinim)”, bu ihtiyacı kanıtlayan “uygun, inandırıcı ve yeterli gerekçe”, müdahale teşkil eden “tedbirin ölçülülüğü”, “bireysel ve genel yarar arasındaki denge ve tercih” ölçütlerini uygulayarak bir karara varmaktadır⁴⁸.

Bu üçüncü koşul çerçevesinde bir ihlal kararı çıkmaması için, ulusal mahkemeler ölçülülük⁴⁹ ilkesinin üzerine önemle eğilmelidirler. Ölçülülük ilkesi esas olarak temel hak ve özgürlükler alanında uygulanmaktadır⁵⁰. Bu ilke, bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahaleye engel olmamakla birlikte, müdahale ile hakkın ortadan kaldırılmasını ve hakkın özüne dokunulmasını engelleyici bir hukuk ilkesidir. İlke, kamu otoritelerinin, daha hafif bir önlemle amaca ulaşılabilirse, daha ağır önlem alınmasından, kaçınmalarını gerektirir⁵¹.

Ölçülülük İlkesi, Anayasa’nın 13. maddesinde de belirtilmiştir. Düzenlemeye göre temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

⁴⁶ Delfi As/Estonya, [BD], B. No: 64569/09, 16/06/2015, § 10; Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, B. No: 13585/88, 26/11/1991, bkz. Macovei, s. 44; Tolstoy Miloslavsky/Birleşik Krallık, B. No: 18139/91, 13/07/1995; Ceylan/Türkiye, B. No: 23556/94, 08/07/1999, § 24; Perinçek/İsviçre, B. No: 27510/08, 15/10/2015; AYM. Abdullah Öcalan, [GK], B. No: 2013/409, 25/06/2014; § 98; Abdulvahap Kavak, B. No: 2013/7477, 06/10/2015, § 69.

⁴⁷ Handyside v. /Birleşik Krallık, 07/12/1976, B. No: 5493/72, § 48-49; Dink/Türkiye, B. No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/09/2010, § 136; Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, B. No:13585/88, 26/11/1991.

⁴⁸ Lingens/Avusturya, 24/06/1986, Seri A No: 103, § 39 (Bıçak, s. 127); Yüksek , Mehmet; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları, TAAD, Yıl:7, Sayı:25, (Şubat 2016), s. 141.

⁴⁹ Sağlam, Fazıl; Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 506, SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları: 4, Ankara, 1982, s. 114; Ceylan; Ali; Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 41.

⁵⁰ Metin, Yüksel; Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.20.

⁵¹ Ceylan, s. 24.

Ölçülülük ilkesi; “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” (dar anlamda ölçülülük)⁵² olmak üzere üç alt ilkeyi içinde barındırmaktadır.⁵³ “Elverişlilik”, öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; “gereklilik”, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, bir başka ifade ile aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını; “orantılılık” ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.⁵⁴

O halde bir sınırlamanın ölçülülük ilkesi açısından geçerli olabilmesi için, başvuru araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalı, aynı araç, sınırlama amacı açısından gerekli (zorunlu) olmalı ve araç ve amaç ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır.⁵⁵

Ölçülülük ilkenin uygulanması sırasında şu soruya cevap aranmalıdır. “Amaç, o amaca ulaşmak için kullanılan araçlarla orantılı mı⁵⁶?” Bu denklemde, “amaç” İHAM’ın 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan, devletlerin korunması uğruna ifade özgürlüğüne müdahale edebilmelerine olanak tanınan değerlerden veya çıkarılardan biri ya da birkaçıdır. “Araç” ise müdahalenin kendisidir. Dolayısıyla, “amaç”, “ulusal güvenlik”, “kamu düzeni”, “ahlak”, “başkalarının hakları” gibi, devlet tarafından öne sürülen özellikli çıkardır. “Araç”, ifade hakkını kullanmakta olan bireye karşı benimsenen veya uygulanan tedbirdir.

Amaç-araç ilişkisinin ölçülülük açısından önemi, bir başka ifade ile orantılılık denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşmak için seçilen aracın denetlenmesidir.⁵⁷ İHAM ve AYM kararlarının incelenmesinde çoğu zaman kullanılan ifadeler sebebiyle ifadeyi kullanana ceza verilmesi⁵⁸ ya da tazminata hükmedilmesi değil cezanın veya tazminatın yüksek olmasının ifade özgürlüğünü sınırladığının belirtildiği görülmektedir. Dolayısıyla mahkemelerce kullanılan ifadeler konusunda ceza ya da tazminata hükmedilirken bunun miktarına da önem verilmesinin gerektiği, bazen verilen cezaların ya da tazminatın yüksek olması sebebiyle yaptırım tehdidi ile hakların meşru şekilde kullanılmasının engellenmesi sonucunun ortaya çıktığı, bir başka ifadeyle

⁵² Metin, s. 20.

⁵³ Metin, s. 26-39; Ceylan, s. 37-42

⁵⁴ Yaşar Albayrak, B. No: 2013/4523, 16/09/2015, § 39; Erdem Gül ve Can Dünder, B. No: 2015/18567, 25/02/2016, § 90; N. Ö. B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 49; Hasan Ünal vd.; B. No: 2013/9361, 09/09/2015, §.33; Mehmet Akdoğan vd., B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38.

⁵⁵ Sağlam Fazıl, s. 114

⁵⁶ AYM. [GK], 03/07/2014, 2014/25-119.

⁵⁷ AYM. Erdem Gül ve Can Dünder, B. No: 2015/18567, 25/02/2016, § 90; Bekir Coşkun, B. No: 2014/12151, 04/06/2015, § 54; Metin, s. 25.

⁵⁸ Kürkcü/Türkiye, B. No: 43996/98, 27/07/2004, § 31.

“caydırıcı etki”, “soğutucu etki” meydana getirildiği belirtilmektedir⁵⁹. İHAM bazı durumlarda ceza hafif bile olsa sadece ceza verilmesini ifade özgürlüğüne haksız müdahale niteliğinde kabul etmektedir⁶⁰. Caydırıcı etkinin sadece hapis ya da para cezası verilmesinde değil, disiplin cezası verilmesi durumunda da sözelimi daha hafif bir ceza verme olanağı varken ilgilinin işten çıkarılma yaptırımı ile cezalandırılmasında da söz konusu olduğu belirtilmiştir. İHAM bir kararında⁶¹, işyerindeki birtakım usulsüzlükleri dışarıya aksettiren savcılık çalışanın işten çıkarılmasının sadece savcılıkta çalışan görevlilerin değil, diğer memur ve çalışanların usulsüz davranışları bildirme konusundaki cesaretlerini kırma riskinin bulunduğunu dolayısıyla bu eylemin caydırıcı etkisi olabileceğini belirtmiştir. AYM’de cezalandırılma korkusunun toplumda farklı seslerin susturulmasına ve çoğulcu toplumun sürdürülebilmesine engel olabileceğini ileri sürmüştür⁶². Yine unutulmamalıdır ki caydırıcı etki sadece ceza verilmesi ile değil, tutuklama⁶³, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına⁶⁴ veya cezanın ertelenmesine⁶⁵ karar verilse dahi yargılama yeya adli ya da idari soruşturma açılması ile de mümkün olabilmektedir. İnsanların sürekli bir şekilde adli veya idari soruşturma tehdidi altında bırakılması ifade özgürlüğü açısından caydırıcı etki yaratabilecek niteliktedir.

İfade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar konusunda devletin ve kamu makamlarının, İHAS’ın 10. maddesinin 2. fıkrasında ve Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen sınırlar içinde kalmak kaydıyla, takdir yetkisi bulunduğu şüphe yoktur. Ancak bu sınırsız olmayan⁶⁶ belirli takdir alanı da AYM’nin ve İHAM’ın denetimine tabidir. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri çerçevesinde yapılacak denetimde genel ya da soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı yer ve zaman, ifadeyi dile getiren kişinin kim olduğu, muhattap kitle sınırlama sebeplerinin niteliği gibi çeşitli unsurlara göre farklılaşan ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Öze dokunmama ya da demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir.

⁵⁹ Kaos GL/Türkiye, B. No: 4982/07, 22/11/2016, § 22; Goodwin/Birleşik Krallık, B. No: 17488/90, 27/03/1996.

⁶⁰ Haldimann vd./İsviçre, B. No: 21830/09, 24/02/2015.

⁶¹ Guja/Moldova, [GK] B. No: 14277/04, 12/02/2008, § 95; Kayasu/Türkiye, B. No: 64119/00 ve 76292/01, 13/11/2008.

⁶² Ergün Poyraz, [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015; § 79.

⁶³ Nedim Şener/Türkiye, B. No: 38270/11, 08/07/2014, § 94-96; Şık/Türkiye, B. No: 53413/11, 08/07/2014, § 83-85.

⁶⁴ Yaşar Kaplan/Türkiye, B. No: 56566/00, 24/01/2006, § 35.

⁶⁵ Aslı Güneş/Türkiye, B. No: 53916/00, 27/09/2005 (karar özeti).

⁶⁶ Handyside v. /Birleşik Krallık, 07/12/1976, B. No: 5493/72, § 49.

Orantılılık konusundaki karar, demokratik bir toplumu yöneten ilkelere dayanır. Bir müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunun kanıtlanması için, ulusal mahkemeler de İHAM’da ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde o özellikli kısıtlamayı gerektirecek “acil bir sosyal ihtiyacın”, üstün bir kamu yararının⁶⁷ varlığı konusunda ikna olmalıdır. Observer ve Guardian/Birleşik Krallık başvurusunda, İHAM “10. maddenin 2. fıkrasında taşıdığı anlam itibariyle, ‘gerekli’ sıfatı, ‘acil bir sosyal ihtiyacın’, ‘zorunlu/zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın’ varlığını içerir” demiştir. Müdahalenin haklı görülebilmesi için ifade özgürlüğüne müdahaleyi gerektiren toplumsal bir gereksinim bulunmalıdır⁶⁸. Acil bir sosyal ihtiyacın var olup olmadığını ilk değerlendirecek olanlar, müdahaleyi yapan ülkenin ulusal otoriteleridir. Müdahalede bulunan ulusal otoritelerin bu değerlendirmeyi yaparken, İHAM’ın içtihadına uygun davranmaları gerekir⁶⁹. Ancak, bu sebeplere dayanarak özgürlüğe getirilen sınırlama, elde edilmek istenen amaçla kullanılan vasıta arasında orantı olması ve bu yönde acil bir sosyal ihtiyaç bulunması halinde, ölçülü kabul edilebilecektir⁷⁰.

Buna göre, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanmasına yönelik değilse ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir. Aynı şekilde zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığı araştırılırken de soyut bir değerlendirme yapılmayıp, ifade ortamına dahil olan ifade edenin sıfatı, hedef alınan kişinin kimliği, tanınırlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmalıdır⁷¹.

Ölçülülük ve onun alt bir unsuru olan orantılılık testi yapılırken, somut olaya yönelik olarak, İHAM uygulamaları ile ortaya çıkan, birtakım soruların cevaplandırılması gerekir.⁷²

1. İfadenin içeriğinde intikam, şiddet, silahlı direniş ve isyan çağrısı, nefret söylemi ve terör propagandası var mı?

⁶⁷ Poyraz/Türkiye, B. No. 15966/906, 07/12/2010, § 62.

⁶⁸ İnceoğlu, s. 33.

⁶⁹ Handyside v./Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48; Khoroshenko/Rusya, [BD], B. No: 41418/04, 30/06/2015, § 118); Axel Springer AG/Almaya, [BD], B. No: 39954/08, 07/02/2012; Von Hannover/Almanya (no.2) [BD], 40660/08 ve 60641/08, 07/02/2012; Macovei, 2001:44, AYM. Esra Nur Özbey, B. No: 2013/7443, 20/05/2015, § 79.

⁷⁰ AYM. Mehmet Ergin, B. No: 2013/2891, 05/11/2015, § 6; İbrahim Bilmez, B. No: 2013/434, 26/02/2015, § 82.

⁷¹ Yaman Akdeniz vd. (twitter) B. No: 2014/3986, 02/04/2014, § 41.

⁷² Türkiye’deki Hakim ve Savcılara Yönelik İfade Özgürlüğü Konulu Meslek Öncesi Eğitim El Kitabı , s. 44.

2. İfadeyi kullanan kişi kimdir? Kişinin tanınmışlık düzeyi, toplumu etkileme gücü, v.b.
3. İfadede kullanılan araç nedir? Aracın etki ve yayılma niteliği, kitap, dergi, gazete gibi süreli ve süresiz yayınlar veya işitsel ve görsel araçlar.
4. İfadede kullanılan yöntem nedir? Yöntemin etkinliği ve geniş kitlelere ulaşma yeteneği, resim, karikatür, şarkı, slogan, dans, heykel, duruş, hareket v.b.
5. İfadenin kullanıldığı yer neresi? Terör eylemlerinin yaygın olduğu veya güvenliğin zayıfladığı noktalarda ortaya konan ifade ile sakin yerlerdeki ifadenin etkisi farklılık göstermektedir.
6. İfade ne zaman kullanılmıştır? Terör olaylarının etkili olduğu bir dönemde kullanılan ifadeler kamu düzenini daha olumsuz yönde etkileyebilirken, normal dönemlerde ya da ifadeye konu olan olayın üzerinden uzun zaman geçmiş olması sebebiyle zamanın soğutucu etkisi gözetilerek aynı ifadenin kamu düzenini olumsuz yönde etkilemediği sonucuna varmak mümkün olabilecektir.

Diğer temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamanın varabileceği son nokta hakkın özüdür. Bu son noktadan önceki ölçüt ise ölçülülük/orantılılıktır⁷³. Kısacası ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama, hak ve özgürlüğün özüne dokunarak kullanılmasını engelliyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa söz konusu müdahale demokratik toplum düzen ve gereklerine aykırı olacak.

4. KAMU GÖREVLİLERİ AÇISINDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İHAS'ın 10. maddesinin 1. cümlesi "*Herkes ifade özgürlüğüne hakkına sahiptir" şeklinde* 1. ve 14. maddelerinde, sözleşmeciler devletlerin, yetki alanlarında bulunan herkesin, herhangi bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin, Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlayacakları belirtilmiştir. Bu düzenlemeler karşısında ifade özgürlüğünün kamu görevlileri açısından da bir hak olduğundan şüphe yoktur. İHAM'da 10. maddedeki korumanın, genel olarak, mesleki alanı ve özellikle de kamu görevlilerini kapsadığını hatırlatmaktadır⁷⁴.

⁷³ Sağlam, Fazıl, s. 111.

⁷⁴ Poyraz/Türkiye, B. No. 15966/906, 07/12/2010, § 56; Vogt/Almanya, 26/09/1995, Seri A No: 323, § 53; Wille/Lihtenştayn [BD], B. No: 28396/95, 1999-VII, § 41; Fuentes Bobo/İspanya, B. No. 39293/98, 29/02/2000, § 38.

Hakka sahip olmanın yanında, kamu görevlilerinin/devlet memurlarının ve özel olarak yargı mensuplarının ifade özgürlüğüne müdahale edilmesinin de diğer bireylerden farklı kurallara tabi olmaması gerektiğinin de kabul edilmesi gerekir. Mevzuatımızda da kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne farklı sınırlama getiren çok fazla kural bulunmamaktadır. Dolayısıyla kamu görevlilerinin özgürlüklerine yapılan müdahaleler, yazılı kurallar ve içtihat hukuku çerçevesinde⁷⁵ diğer bireylerin özgürlüklerine yapılan müdahaleler temelinde ele alınmalıdır.

Kamu görevlilerinin konuşma özgürlüğünün hiçbir çekince olmaksızın korunması söz konusu olmamalıdır. Çünkü kamu görevlilerinin bir de devlete özel bir güven ve doğruluk bağı ile bağlı olma ve sadakat yükümlülükleri bulunmaktadır. Bununla birlikte, 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen “görev ve sorumlulukların” özel bir önem arzemesi⁷⁶ sebebiyle, bunların yerine getirilmesinin gereği olarak, kamu görevlilerinin (ve özellikle belli bazı konularda bulunanların) işlevlerine özgü olarak ve yansızlık ve bağımsızlıklarını güvence altına almak için belirli kısıtlamalar yapılabileceğinin içtihatla yerleşmiş olduğunu ifade etmekte mümkündür. Başka bir ifadeyle kamu görevlilerinin özel statüleri (görevlerinin doğası gereğince) onları diğer bireylere nazaran daha dar bir ifade özgürlüğünden yararlanmalarına sebep olabilir ve dolayısıyla dezavantajlı bir durumda konumlandırılabilir⁷⁷.

İHAM, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü ile ilgili olayı içinde bulunduğu koşulları dikkate alarak, görevlinin ifade özgürlüğü ile devletin kamusal etkinliğinin yürütülmesinin gerekleri arasında dengeye saygı gösterilip gösterilmediğini incelemektedir⁷⁸.

Kamu görevlilerinin hizmet sağladıkları kişiler nezdinde tarafsız olduklarına ve eşit davrandıklarına (eşit işlem yaptıklarına) dair bir izlenim de uyandırmaları gerekir. Bu durum kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü konusunda daha dikkatli olunmasının önemli bir sebebidir. Ayrıca kamu görevlisi, statüsünden dolayı, devlete özel bir güven ve dürüstlük bağıyla bağlıdır. Uygunsuz faaliyetlerle bu bağı koparılmaması gerekir. Devlet ile kamu görevlileri arasında olması gereken güven ilişkisinin kurulması için kamu görevlilerinin, meşru şekilde, ifade özgürlüklerini sınırlandıran mesleki yükümlülüklere tabi tutulmaları doğaldır. İnsan Hakları Avrupa Komisyonunca 30/09/1975 tarihli

⁷⁵ Vogt /Almanya, B. No. 1785/91, 26/09/1995, § 53, Kayasu/Türkiye, B. No: 64119/00 ve 76292/01, 13/11/2008.

⁷⁶ Albayrak/Türkiye, B. No: 38406/97, 31/01/1998.

⁷⁷ Mahoney, Paul; “Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Serbest Konuşma Özgürlüğü”, İfade Özgürlüğü, Nicholas Bratza’ya Armağan, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi, s. 240.

⁷⁸ Doğru ve Nalbant, s. 219.

raporda ele alınan Handyside v./ Birleşik Krallık başvurusunda, bazı görev ve sorumlulukları taşıyanların konumlarının gereği olarak ve bu görevde oldukları sürece, görev ve sorumluluklarını yerine getirme ve ifade özgürlüğü bakımından farklı muameleye tabi tutulabilecekleri belirtilmiştir. Dolayısıyla, kamu görevlileri, askerler, polisler, gazeteciler, yayıncılar, politikacılar vs. gibi gruplara toplumdaki rolleri ile görev ve sorumluluklarının gereği olarak farklı standartların uygulanması gerekebilir. Kamu hizmetlerinin bu kendine özgü yapısı, kamu görevlilerine sadakat ve ağız sıkı olma yükümlülükleri getirmektedir ve bu husus da kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünün kapsamı değerlendirilirken dikkate alınmalıdır⁷⁹.

İHAM'ın kararına konu olan ve sır saklama yükümlülüğünü ilgilendiren hususlardan biri de "bilgi uçurma"dır. Bilgi uçurma; kamu görevlilerinin, özellikle bireysel ve kamusal çıkarlar arasında çatışma olduğuna dikkat çekmek için konuşma özgürlüklerini kullanmalarınıdır.

İHAM'ın bu konuyu işlediği kararına⁸⁰ konu olan olayda, Moldova'da başsavcılık bürosu basın dairesi başkanlığında görevli olan bir kamu görevlisi, yüksek düzeyde bir siyasetçinin devam eden bir ceza davasına (kendi görüşüne göre) uygunsuz müdahalesini belirten 2 adet belgeyi kamuoyuna açıklamıştır. Açıklamayı yapan kamu görevlisi bu eylemi sebebiyle görevden alınmıştır. İHAM başvuru üzerine aldığı kararda, kamu görevlilerinin elde ettikleri bilgileri açıklamaları konusunda birtakım kriterlere değinmiştir. Mahkemeye göre kamu görevlilerinin sadakat, sır saklama ve ihtiyat⁸¹ borcu olduğunda tereddüt yoktur ve sır saklama yükümlülükleri genellikle katı bir yükümlülüktür. Görevlilerin bazen toplum çıkarını ilgilendiren bilgilere ulaşabilmeleri mümkün olduğundan bazı durumlarda görevlinin işyerinde meydana gelen yasa dışı ya da yanlış davranışı dile getirmesi koruma altında olmalıdır. Çünkü bu halde kamu görevlisi toplumun yararının korunması açısından görevli olduğu kurumdaki ilgilileri ya da kamuoyunu uyarmak açısından en iyi konumdaki kişidir. Böyle durumlarda sır saklama yükümlülüğü sebebiyle sırrın açıklanması öncelikle kamu görevlisinin üstüne ya da ilgili kurumun yetkilisine yapılmalıdır. Bunun yapılması mümkün değilse son çare olarak sırrın açıklanması ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Mahkemeye göre belli bir bilgiye toplumun duyabileceği yoğun ilgi, bazı durumlarda yasal olarak dahi öngörülen gizli tutma görevini sınırlayabilir. Böyle durumlarda terazinin bir kefesine, söz konusu sırrın açıklanması halinde kamu organının uğradığı zarar, diğer kefesine ise kamu yararı konulmalı, zararın,

⁷⁹ Kudeshkina/Russia, B. No: 29492/05, 26/02/2009, § 85.

⁸⁰ Guja/Moldova, B. No: 14277/04, 12/02/2008; Heinisch/Almanya, B. No: 28274/08, 21/07/2011.

⁸¹ Poyraz/Türkiye, B. No. 15966/906, 07/12/2010, § 76.

yararın üzerinde olup olmadığı değerlendirilmelidir. Toplumun gerçekten ilgilendiren yan zayıf ise bu durumda ilgili ifadenin yararlanacağı koruma daha az olabilecektir. İHAM ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının orantılı olup olmadığını incelerken, sırrı açıklayanın iyi niyetli olup olmadığı, başvurucunun açığa çıkartmak istediği yanlışı düzeltmek için başka etkili yollara erişiminin mümkün olup olmadığının⁸² göz önüne alınması ve kamu görevlisinin yanlış davranışı düzeltmek için başka herhangi bir yolun bulunmadığı inancı ile hareket edip etmediğinin saptanması gerektiğini belirtmiştir⁸³.

Kamu görevlisi elde ettiği gizli bilgiyi/sırrı amirine ya da kurumun ilgisine açıkladığı halde, ilgililer tarafından gereken önlemler alınmamışsa kamu görevlisi tarafından sırrın kamuoyuna açıklanmasının da ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerektiği söylenebilir. Kamu görevlisinin devletin ve hükümetin politikalarını veya amaçlarını hedef alan değer yargısı biçimindeki ifadeleri, devlet ile kamu görevlisi arasındaki ilişkiyi zedeleyecek ise elbette bu ifadelerin kısıtlanmasının mümkün olduğu ileri sürülebilir. Kamu görevlisinin görüşleri, hükümetin temel, özel ve yüksek amaçlı görevini, gelecekte olmak istediği yeri, şu andaki durumunu, toplumdaki imajını ve dünya görüşünü, kısacası hükümetin hizmet ettiği misyonu zora sokacak veya övecek düzeyde olmamalıdır. Kamu görevlisinin siyasi görüşlerini kamuya açık biçimde ifade etmesi, halkın, devletin veya hükümetin politikalarını uygulayan, siyasi bakımdan bağımsız ve tarafsız bir bürokrasinin varlığının temin edilmesi yönündeki beklentisini karşılamak üzere sınırlandırılabilir.

Buldukları görev/konum dikkate alınmadan, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması açısından, bütün kamu görevlilerinin aynı kurallara tabi tutulması sorun yaratabilir. Nitekim İHAM Birleşik Krallık'a karşı açılmış olan davada devletin, siyasi açıdan hassas görevlerde olan merkezi ve yerel hükümet personelinin siyasi faaliyetlerinin ve dolayısıyla siyasi söylemlerinin tarafsızlık adına meşru şekilde kısıtlanabileceğini⁸⁴, Rekvenyi/Macaristan başvurusunda⁸⁵ güvenlik görevlisi olan kamu görevlilerinin siyasi partilere üye olamayacaklarına ve siyasi faaliyetlerde bulunamayacaklarına ilişkin düzenlemenin ve ayrıca Otto/Almanya başvurusunda⁸⁶ ise siyasi faaliyetlerinden ötürü terfi ettirilmeyen bir emniyet görevlisinin, terfi ettirilmeme nedeniyle gelir elde etme imkânından mahrum bırakılmadığını gözeterek müdahalenin

⁸² Benedek, Wolfgang ve Matthias C. Kettmann; İfade Özgürlüğü ve İnternet, s. 126; Guja/Moldova, B. No: 14277/04, 12/02/2008, §§ 70-78; Görmüş vd./Türkiye, B. No: 49085/07, 19/01/2016, § 50.

⁸³ Mahoney, s. 241-248.

⁸⁴ Ahmed vd./Birleşik Krallık, 1998.

⁸⁵ Rekvényi/Macaristan [BD], B. No: 25390/94, 20/05/1999, § 49, (Sağlam, Abdi; Aih's'ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı, TAAD, Sayı:25, Şubat 2016, s. 104, dipnot 85).

⁸⁶ Otto/Almanya, B. No: 27574/02, 24/11/2005, (Sağlam, Abdi; dipnot, 86).

orantılı olduğunu belirterek, yapılan işlemleri ifade özgürlüğüne müdahale olarak görmemiştir.

Vogt/Almanya başvurusuna konu olayda ise mahkemenin kabulü farklı yöndedir. Başvuruya konu olayda yerel makamlar, Alman Anayasası'na göre kamu görevlilerinin siyasi parti üyesi olamayacaklarını ve uyarılara rağmen partiden ayrılmayı reddeden 12 yıldır Alman Komünist Partisi üyesi ve aynı zamanda öğretmen olan Vogt'un kamu görevinden uzaklaştırılmasına karar vermişlerdir. Yapılan başvuru üzerine İHAM, *her ne kadar, bir devletin, kamu görevlilerine bir bağlılık görevi getirmesi statüleri göz önüne alındığında meşru olsa da, kamu görevlilerinin de birer birey olduklarını ve bu nitelikleriyle AİHS'in 10. maddesinden yararlanmaya hak kazanacaklarını, Vogt'un ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını* belirterek, Alman makamlarının bu kararlar hem ifade hem de toplanma özgürlüğünü ihlal ettiği kanaatine varmıştır⁸⁷. İHAM bu kararında, Vogt'un niteliği gereği güvenlik riski taşımayan bir kadroda görev yaptığının tespitiyle onun yerine getirdiği görevin niteliğini ve bu görevi nasıl yerine getirdiğini de dikkate almıştır. Ayrıca Vogt'un dersler sırasında öğrencilerine belirli bir görüşü aşılamak veya başka bir şekilde uygunsuz etkide bulunmak yönünde bir girişimi olduğu yönünde o güne kadar kendisine herhangi bir eleştiri de yapılmadığına dikkat çekmiştir.

Burada belirtilen iki karar arasında bir çelişki olmadığı görülmektedir. Vogt/Almanya başvurusunda ilgili niteliği gereği güvenlik riski taşımayan bir kadroda görev yaparken, Ahmed ve diğerleri/Birleşik Krallık başvurusu başta olmak üzere diğer başvurulara konu olaylarda başvuru sahipleri siyasi açıdan hassas görevde bulunan bir kamu görevlisidir.

İfade özgürlüğü konusunun en hassas olduğu kurumlardan biri şüphe yoktur ki ordudur. Mahkeme önüne gelen başvurularda İHAM'ın kışanlar kapısında durmadığını ve askerlerin de diğer kişiler gibi sözleşmenin korumasından yararlanabileceğini hatırlatarak 10. maddenin asker kişilere de uygulanması gerektiğini hükme bağlamıştır⁸⁸. Elbette ifade özgürlüğüne müdahale olup olmadığının tespitinde söz konusu ifadenin muhatap kitlesi de önem taşımaktadır. İfadenin kamuoyu önünde veya basın yoluyla dile getirilmesi durumu ile dar bir kitle huzurunda veya kurum içinde sadece konu ile ilgili kişilerin önünde dile getirilmesi de özgürlük ile kısıtlama arasındaki dengeyi etkileyecek bir faktördür. Nitekim İHAM orduda yedek subay olarak görev yapan bir kişinin Yunan ordusunu "bir suç ve terör makinesi" olarak nitelendirdiği şahsi görüşü sebebiyle cezalandırılmasını, ilgilinin bu görüşüne ilişkin yazıyı üstüne teslim etmiş olması, sadece başka bir yedek subay

⁸⁷ Macovei, s. 25-26.

⁸⁸ Konstantin Markin/Rusya, [BD], 30078/06, 22/03/2012, § 136.

tarafından görülmüş olması ve herhangi bir yerde basılmamış ya da büyük bir kitleyle paylaşılmamış olması sebebiyle yazının askeri disiplin üzerindeki etkisinin zayıf olduğuna ve ilgili hakkında hapis cezası uygulanmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir⁸⁹. Askeri disiplin ve ordunun etkili şekilde işleyişine karşı gerçek bir tehdit bulunduğu ifade özgürlüğüne kısıtlamalar getirilmesi de mümkün olmalıdır.

Konu kamu görevlileri olunca ele alınması gereken konulardan biri de bilgiye erişim hakkı açısından onların haklarında tutulan gizli sicil bilgilerine (istihbari bilgilere) ulaşmalarının engellenmesi durumudur. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Yasası'nın 3/e maddesinde bilgi edinme hakkını kullanarak kurum ve kuruluşlara başvuran gerçek ve tüzel kişilerin birtakım bilgi veya belgeleri erişmesine izin verilebileceği hüküm altına almıştır. Yasada daha sonra 15-26. maddelerinde bu hakkın istisnalarına yer verilmiş ve istihbarata ilişkin bilgi veya belgelerin yasanın kapsamı dışında olduğu ancak, bu bilgi ve belgeler kişilerin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte ise bu bilgi ve belgelerin bilgi edinme hakkı kapsamı içinde olduğu belirtilmiştir.

İHAM 1990'lı yılların ikinci yarısından sonra çeşitli konularda çok sayıda karar almasına rağmen, 10. madde kapsamında, özellikle kamu kurumlarının elinde bulunan bilgilere genel bir erişim/bilgi edinme hakkını hala tanımış değildir⁹⁰. İHAM, Leander başvurusunda⁹¹, bilgi edinme özgürlüğünün, esas itibarıyla bir kimsenin başka kişilerin kendisine vermeyi arzu ettikleri veya vermeyi isteyebilecekleri bilgiyi almasının devlet tarafından kısıtlanmasını, yasakladığını belirtmiştir. Devlete ait resmi dosyalarda kendisi hakkında yer alan gizli bilgiler sebebiyle bir iş başvurusunun reddedildiğine kanaat getiren başvuru, bilgilerin yanlışlığını ortaya koymak için, bu dosyalardaki bilgiye ulaşmak istiyordu. Mahkeme, İHAS'ın bireye, kişisel durumu hakkındaki bilginin yer aldığı bir sicile ulaşma hakkı vermediğine ayrıca devletlere de bu tür bir bilgiyi bireye verme yükümlülüğü yüklemeyeğine işaret ederek, davacının 10. madde kapsamında korunmaya hakkı olmadığına karar vermiştir⁹². İHAS'dan idarenin elindeki veri ve belgelere ulaşma gibi genel bir hak türetmek zor görünmektedir. Bununla birlikte Mahkemenin daha yakın tarihli kararlarında, "bilgi edinme hakkını" daha geniş yorumlamaya⁹³ ve bu suretle de bilgiye ulaşma hakkını tanımaya doğru gittiği söylenebilir⁹⁴.

⁸⁹ Grigoriades/Yunanistan, B. No: 24348/94, 25/11/1997, § 47; Özçelebi/Türkiye, B. No: 38423/05, 23/06/2015, § 50.

⁹⁰ İnceoğlu, s. 528.

⁹¹ Leander/İsveç, 26/03/1987, Seri A No: 116, 9 EHRR 433, § 74 (İnceoğlu, (Ed.) s. 460, dipnot 30); Társaság a Szabadságjogokért/Macaristan, 14/04/2009, B. No: 37374/05, § 35-36.

⁹² Macovei, s. 22.

⁹³ Társaság a Szabadságjogokért/Macaristan, B. No: 37374/05, V14/04/2009, § 35.

⁹⁴ Doğru ve Nalbant, s. 184.

4.1. Yargı Mensupları Açısından İfade Özgürlüğü

Mevzuatımızda yargı mensuplarının ifade özgürlüğüne sınırlama getiren çok fazla düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla yargı mensuplarının ifade özgürlüklerine yapılan müdahaleler, yazılı kurallar ve içtihat hukuku çerçevesinde diğer bireylerin özgürlüklerine yapılan müdahaleler temelinde ele alınmalıdır.

Ülkemizde yargı gücünün bağımsızlığı ve tarafsızlığı dikkate alınarak, yargı mensuplarının siyasal faaliyetlerine sınırlamalar getiren birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Anayasa'nın 68. maddesinin 5. fıkrasına göre, "Hakimler ve savcılar, Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensupları, ... siyasi partilere üye olamazlar." 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 51. maddesine göre "Hakimler ve savcılar siyasi partilere giremezler, girenler meslekten çekilmiş sayılırlar." Siyasi Partiler Yasası'nın 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre de "hakimler ve savcılar, Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensupları, siyasi partilere üye olamazlar". 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Yasa'nın ek 7. maddesinde ise "milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanların adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, bir daha görevlerine dönemeyecekleri belirtilmiştir". 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 63/(b), (f); 65/(a), (ı); 68/(a), (b), (c) maddelerindeki düzenlemelerin de ifade özgürlüğünü sınırlayabilecek düzenlemeler olduğunu ifade etmek mümkündür.

İHAM'ın yargı mensuplarının ifade özgürlüklerine ilişkin kararlarında önem verdiği ölçüt yargı gücünün tarafsızlığının ve otoritesinin sorgulanmasına neden olup olunmadığıdır. Mahkeme yargı gücünün tarafsızlığının ve otoritesinin sorgulanabileceği her durumda adli sistemin memurlarından ifade özgürlüğünü ihtiyatla kullanmalarının beklendiğine dikkat çekmiştir. İHAM ayrıca kendilerine düşen bu büyük ihtiyatlılık görevi gereğince, yargı mensuplarının, provokasyonlara yanıt vermek için bile olsa basını kullanmamaları gerektiğine işaret etmiş⁹⁵, adaletin yüce gerekleri ve hukuk hizmetinin büyüklüğünün bunu gerektirdiğine vurgu yapmıştır⁹⁶.

İHAM hakimler özelinde görev ve sorumlulukları Wille başvurusunda ele almıştır. Bu başvuruya konu olayda Wille isimli yüksek hakim anayasal bir konunun tartışıldığı bir programa katılarak fikirlerini belirtmiştir. Bu olaydan sonra Lihtenştayn prensi tarafından gönderilen bir mektupta kendisinin bundan böyle kamusal bir göreve atanmayacağı bildirilmiştir⁹⁷. Olayın İHAM'a intikali

⁹⁵ Kayasu/Türkiye, B. No: 64119/00 ve 76292//01, 13/11/2008.

⁹⁶ Poyraz/Türkiye, B. No. 15966/906, 07/12/2010, § 68.

⁹⁷ Macovei, s. 27.

sonrasında mahkeme, bu tür makamlardaki kişilerin ifade özgürlüğü hakkı söz konusu olduğunda İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasında anılan "görev ve sorumluluğun" özel bir önem taşıdığı⁹⁸ önemini vurgulamıştır. Mahkemeye göre yargıda görev yapan kamu görevlilerinin, yargı gücünün otoritesine ve tarafsızlığına gölge düşebilecek her durumda ifade özgürlüklerinin kullanılmasında kendi kendilerini sınırlamalarının beklenmesinin olağan olduğunu belirtmiştir.

İHAM bu belirlemeleri yaptıktan sonra, davacının ele aldığı anayasal konunun siyasi açımları olsa da bu yönün davacının kendi başına söz konusu konuyu tartışmasını engellememesi gerektiğini vurgulamıştır. İHAM bu başvuruda 10. maddenin ihlal edildiğini tespit ederken Lihtenştayn hükümetinin de davacıya benzer bir konum benimsemiş olduğuna ve davacının ifade ettiği fikrin ülkede epeyce yüksek sayıda insan tarafından paylaşıldığına, dolayısıyla da savunulamayacak bir yanı olmadığına dikkat çekmiştir.

Yargı mensuplarının ifade özgürlüğü konusundaki önemli kararlardan biri de Baka/Macaristan kararı⁹⁹. Bu başvuruya konu olayda İHAM'da hakim olarak görev yapan başvuran, 2015 yılında sona ermek üzere altı yıl için Macaristan Yüksek Mahkeme Başkanlığına (Kuria) seçilmiştir. Söz konusu mahkemenin ve Ulusal Adalet Konseyi'nin başkanı olarak, başvuran yargı sistemini etkileyen birçok yargı reformu hakkında görüş bildirmiştir. 2011 Macaristan Anayasası'nın geçici hükümlerinde, yüksek mahkemenin başkanının yetkilerinin yeni Anayasa'nın yürürlüğe girmesinin ardından sona ereceği belirtilmiştir. Sonuç olarak, başvuranın yüksek mahkeme başkanlığı görevi 01/01/2012 tarihinde sona ermiştir. Yeni Kuria'nın başkanının seçilme kriterlerine göre, adayların Macaristan'da en az beş yıl hâkimlik yapmış olması gerekmektedir. Uluslararası bir mahkemede hâkim olarak görev yaptığı süre sayılmamaktadır. Bu durumda, başvuran, yeni Kuria başkanlığı görevi için gereken koşulları taşımamaktadır.

Mahkeme'nin bir dairesi, 27/05/2014 tarihli kararında (174 sayılı bilgi notu), oy birliğiyle, başvuranın yetkilerinin zamanından önce elinden alınmasına itiraz edememesi nedeniyle Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, ayrıca, yetkilerinin zamanından önce elinden alınmasının, hükümetin yargı reformu konusunda başkan sıfatı ile kamuoyu önünde görüşlerini alenen açıklamasının bir sonucu olduğuna hükmederek Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca başvuranın ifade özgürlüğü hakkının da ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁹⁸ Albayrak/Türkiye, B. No: 38406/97, 31/01/1998.

⁹⁹ Baka/Macaristan, B. No: 20261/12, 27/05/2014, Bölüm II. (Dava, 15/12/2014 tarihinde, Hükümet'in talebi üzerine, Büyük Daire'ye gönderilmiş ve henüz sonuçlanmamıştır).

İHAM bu kararda ayrıca yargı mensuplarının, buldukları konumu, herhangi bir siyasi parti lehine veya aleyhine kullanma hakkının bulunmadığı, siyasi meselelerde tarafsız ve sınırlı davranma yükümlülüğünün bulunduğu da hatırlatmıştır.

Yargı mensuplarının ifade özgürlüklerinin ne şekilde olduğu konusunu işleyen önemli belgelerden biri de Venedik Komisyonu'nun 19-20/06/2015 tarihli raporudur¹⁰⁰. Bu rapor İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı'nın yargı mensuplarının ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, barışçıl toplantı hakkı ve siyasal haklar üzerinde karşılaştırmalı bir hukuk araştırması geliştirmek amacıyla Komisyon'dan yardım istemesi üzerine hazırlanmıştır.

Rapora konu olayda dört hakim politik gösterilere katılmaları, yargı aleyhinde beyanda bulunmaları ve görüş açıklamaları veya anayasal geçiş olduğu öne sürülen sürece karşı yasal kovuşturma yapmalarına yönelik olarak başlatılan disiplin soruşturması sonrasında görevlerinden ihraç edilmişlerdir.

Belirtilen raporda yapılan karşılaştırmalı incelemede, yargı mensuplarının siyasal faaliyetleri konusunda birtakım ülkelerin mevzuatındaki hükümlere değinilmiştir. Rapordaki bilgilere göre, Hırvatistan'da hakimlerin uymaları gereken yükümlülüklerin belirtildiği Mahkemeler Yasası'nın 92-98. maddelerinde, bir yargı mensubunun davranışının, yargı gücünün itibarına zarar vermemesi ve onun mesleki tarafsızlığı ve bağımsızlığı veya yargı gücünün bağımsızlığını sorgulamaya açık hale getirmemesi gerektiği belirtilmiştir. Alman Yargısı Yasası'nın 39. kısmında, yargı mensubunun kamuya açık siyasi ifadeler kullanmasının yasak olmadığı, yargı mensubunun kamuya açık alanda siyasi görüşlerini açıklarken hukuki sorunlar dışında makam ve mevkiinden bahsetmemesi gerektiği belirtilmiştir. Romanya'da Hakimlerin Statüleri Hakkındaki Yasa'ya göre (no. 303/2004), hakimler siyasi görüşlerini açıklamaktan kaçınmakla yükümlüdürler. Siyasi olmadıkça uzmanlaşmış edebi veya bilimsel eser çalışmalarının veya yayınlarının hazırlanmasına katılabilirler. Rusya Federasyonu'nda Hakimlerin Statüsüne İlişkin 26/06/1992 tarih ve 3132-I sayılı Yasa'ya göre, hakim, yargı gücünün otoritesine veya hakim in saygınlığına zarar verecek veya hakim in objektifliği, adillığı ve tarafsızlığı ile ilgili kuşku oluşturacak her şeyden kaçınmalıdır. Avusturya Hakim ve Savcıların Hizmeti Hakkındaki Yasa (305/1961 sayılı) belli noktalarda hakimlerin ifade özgürlüğü ile ilgili yükümlülükler içermektedir. Hakimlerin devlete ve hukuka karşı sadakat yükümlülüğü bulunduğu ve bunun ihlalinin disiplin suçunu teşkil edeceği belirtilmektedir.

¹⁰⁰ Venedik Komisyonu Raporu (19-20/06/2015), Hakimlerin İfade Özgürlüğü, § 17 vd.

Yine aynı raporda, yargı mensupları için konulan etik kurallarda incelenmiştir. Rusya Federasyonu'nda 19/12/2012 tarihinde kabul edilen ilkelere göre, hakim dava karara bağlandıktan sonra alınan kararın ne anlama geldiğini sözlü ya da yazılı olarak açıklayabilir. Hakim diğer hakimlerin kararları hakkında yorumda bulunurken ölçülü ve doğru olmalı, saygı göstermelidir. Toplumsal eleştirilere cevap verirken ölçülü ve özenli olmalıdır. Ukrayna Yargı Etiği Yasası'na göre, hakimler yasanın belirlediği prosedürler çerçevesinde vatandaşların haklarını ve özgürlüklerini ihlal etmeksizin, onların onur ve saygınlıklarına ve yargı otoritesine zarar vermeksizin medyaya bilgi edinme imkanı sağlayabilir. Bununla birlikte bir hakim görülmekte olan davalarla ilgili kamuoyuna açıklama ve yorum yapamaz, herhangi bir siyasi partiye üye olamaz, siyasi faaliyetlere katılamaz. Yargı mensuplarının internet formlarını ve diğer çevrimiçi iletişim forumlarını kullanması, kabul edilmekle birlikte bir hakimin ancak yargı ve hakim otoritesine zarar vermeyen bilgiler paylaşabileceği ve bu tür bilgiler hakkında yorum yapabileceği belirtilmiştir. Malta Yargı Mensupları Etik Kuralları'nda, yargı mensuplarının siyasi eğilim taşıyan organizasyonlara derneklere veya kurumlara katılmayacakları belirtilmiş ve yargı mensuplarının, ister özel isterse kamusal hayatlarında siyasi taraf izlenimi verecek şekilde hareket edemeyecekleri belirtilmiştir. Hırvatistan Yargı Etiği Yasası'na göre hakimler kamuoyunda yapılan hukuk, hukuk sistemi ve yargı sisteminin işleyişi ile ilgili tartışmalara katılabilirler.

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin 3 no'lu görüşü¹⁰¹ şöyledir: *"Yargı sistemi, hakimlerin içerisinde yaşadıkları toplumdan soyutlanmamış olmaları halinde düzgün işlev görebilir... Hakimler, vatandaş olarak, İHAS ile korunan temel hak ve özgürlüklerden (düşünce özgürlüğü, din özgürlüğü vb.) yararlanırlar... Bu tür faaliyetler hakimlerin tarafsızlıklarını hatta bazen bağımsızlıklarını tehlikeye atabilir. Bu nedenle, hakimlerin toplumsal yaşama dâhil olma dereceleri ile görevlerini yerine getirmelerinde bağımsız ve tarafsız olmaları ve böyle görülmeleri arasında makul bir denge kurulması ihtiyacı vardır".*

Yargı mensupları tam ifade özgürlüğüne sahiptirler. Tarafsızlık yargı mensubunun duygu veya görüşünü ifade edemeyeceği anlamına gelmemekte ise de bu ilke, görüşlerini bildirirken, yargı mensubunu, önyargılı olduğu izlenimi yaratmayacak şekilde, ölçülü ve dikkatli olmaya iter.

Bir yargı mensubunun hukuki bir konuda bilimsel yayın yapması veya bir hukuk dergisinin yazı kurulu bünyesindeki faaliyetleri aracılığıyla belli bir

¹⁰¹ Avrupa Hakimler Danışma Konseyi'nin (CCJE), hakimlerin profesyonel idaresine ilişkin prensipler ve kurallara (özellikle etik, uygun olmayan davranış ve tarafsızlık) dair Avrupa Konseyi Bakanları Komitesi'nin dikkatine sunduğu 3 nolu görüşü, (Kasım 2002). (www.hsyk.gov.tr/.../a9ea0e77-409d-41be-bee1-5f02a30aa528.pdf). Erişim tarihi: 01/05/2017).

görüşü benimsemesi, belli bir konuda memnuniyetsizliğini veya memnuniyetini belirtmesi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir.

Yargı mensuplarının, siyasi uzantıları olan, ülke gündeminde sıkça tartışılan ve özellikle kendi mesleki alanlarını ilgilendiren konularda hukuki görüşlerini açıklamalarının önüne bir engel konulmaması gerektiği söylenebilir. Ancak yargı mensupları da bu tür açıklamaları yaparken bir yargı mensubu gibi hareket etmelidirler. Saygınlıklarına zarar verecek veya kendilerinin nesnelliğine, adilliğine, bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürmeyecek açıklamalar yapmalı, herhangi bir siyasi parti üyesiymiş gibi diğer siyasi parti görevlilerinin/yandaşlarının düşünce ve uygulamalarını hedef almadan, bir başka ifadeyle partizanca hareket etmeden görüşlerini mümkün olduğunca hukuk temelinde ve ölçülü olarak dile getirebilmelidirler. Yargı mensubu görevini tarafsız ve nötr olarak yaptığına toplumun güvendiği ölçüde ve siyasi görüşlerini güçlendirmek amacıyla resmi sıfatına vurgu yapmamak¹⁰² şartıyla

¹⁰² Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 30/08/1983 tarih ve 2 BvR 1334/82 sayılı kararı; Bir hakim, Alman Komünist Partisi adayı olması nedeniyle meslekten atılmış olan bir öğretmenin gazetede yayımlanan bir ilanında yer alması nedeniyle bölge yüksek mahkemesi başkanı tarafından disiplin cezası ile cezalandırılmıştır. Aralarında hakiminde bulunduğu ilana imza atanları meslekten atılan öğretmen ile dayanışmalarını ifade ederlerken aynı zamanda öğretmen hakkında anayasayı uygulayarak haklarını iade etmesi için görevli mahkemeye de dilekçe yazmışlardır. Hakim ilandaki imzasının yanına resmi sıfatını da belirtmiştir.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin 06/06/1988 tarih ve 2 BvR 111/88; Federal İdare Mahkemesi'nin 29/10/1987 tarih ve 2 C 72/86 sayılı kararları; Eski Sovyetler Birliği'ne karşı korunmak amacıyla Alman topraklarında füzelerin konuşlandırılması ile ilgili bir gazete ilanında yer alan bir hakim ve savcı disiplin cezası almışlardır. İlan metni füzelerin konuşlandırılmasının açıkça anayasaya aykırı olduğunu belirtmekteydi. Bu ilan 35 hakim ve savcı tarafından imzalanmıştı. Bu hakim ve savcılar isimlerinin yanına resmi sıfatlarını da yazmışlardı.

Mahkeme bu hakim ve savcının resmi sıfatlarını siyasi düşüncelerini güçlendirmek için kullandıklarına hükmederek, siyasi faaliyetlerinin resmi görevleri ile bağlantılı olduğunu ihsas ettirdiklerini, siyasi faaliyetlerini resmi görevle ilişkilendirdiklerini, bu durumun da yaptıkları resmi görevle bağdaşmayacağına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca bu hakim ve savcının makamlarını ön plana çıkardıklarını ve bu davranışlarının görevlerini bağımsız yürüttüklerine ilişkin kamuoyu güvenine zarar verdiğini vurgulamıştır.

Avusturya Yüksek Mahkemesi, 07/11/1921, Ds 24/21; Bir hakim, imparatorluk marşını söylemek suretiyle monarşiyi savunması onun resmi görevleriyle bağdaşmayan bir durumdur. Federal Cumhurbaşkanı'nın tek tarafı olarak affetme yetkisini kullanması sebebiyle onu üstü kapalı bir şekilde suç işlemeye teşvikle suçlaması ve (ironik bir şekilde) suçluları, suçlarını yeniden acımasız bir şekilde işlemeye cesaretlendirdiğini söylemesi hakim resmi göreviyle bağdaşmaz (20/10/1976, Ds 8/76). Charles Maurice de Talleyrand'den alıntı yaparak "Yargı politikacıların fahişesidir" demek suretiyle bütün hakimlerin ya da bir kısmının rüşvet verilebilir olduklarını ima etmesi kamuoyunun yargıya olan güvenini zedeler (Kararların alındığı rapor: 01/07/1994, Ds 1/94).(Strazburg, 23 Haziran 2015, CDL-AD (2015) 018, Görüş No: 806/2015, Venedik Komisyonu Raporu, Hakimlerin İfade Özgürlüğü, Komisyon tarafından 103. Genel Kurul'da kabul edilmiştir. Venedik, 19-20 Haziran 2015).

siyasi görüşlerini de ifade edebilmelidir. Ancak unutulmamalıdır ki bir yargı mensubunun yargı gücünün otoritesine veya hakim ve Cumhuriyet savcısının saygınlığına zarar verecek veya kendisinin nesnellığı, adillığı, bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili kuşku oluşturacak her şeyden kaçınmalıdır.

Her ne kadar ülkemizde genel kabul gören görüş “hakim kararları ile konuşur” şeklinde ise de bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalmak yargı mensuplarının ifade özgürlüğünü ihlal edebilir. Kamuoyu nezdinde belirsizliklerin ve karar konusunda tartışmaların ortaya çıkması durumunda, yargı mensubunun bağlı olduğu kurumun basın servisleri veya Adalet Bakanlığı tarafından yapılan açıklamaların yetersiz olması ya da ilgili kurum tarafından yargı mensubunun başvurusuna rağmen açıklama yapılmaması halinde, dava/soruşturma karara bağlandıktan sonra, alınan kararın ne anlama geldiğini, başkaların haklarını ve özgürlüklerini ihlal etmeksizin, onların onur ve saygınlıklarına, yargı gücünün otoritesine zarar vermeksizin, ölçülü ve özenli bir şekilde sözel veya yazılı olarak açıklayabilmelidir. Ayrıca yargı mensuplarının kitle iletişim araçları ile temaslarının, kamunun, onların işleriyle ilgili bilgilendirilmesini, hukukun anlaşılmasını ve hakimlere duyulan saygının artmasını sağlayabileceği de gözden irak tutulmamalıdır. Bununla birlikte, Yargı mensupları basına beyanda bulunurken özen göstermeli ve devam eden davaların esasları ile ilgili yorumlarda bulunmamalı, görev sebebiyle elde ettiği gizli bilgileri açıklamamalıdır. Tarafsızlığı ve dürüstlüğü için ortaya çıkabilecek riskleri göz önünde bulundurmalıdır. Bir yargı mensubu, diğer yargı mensubunun kararı hakkında yorumda bulunurken ölçülü ve doğru olmalı, saygı göstermelidir. Yargı mensubunun kendi kararları hakkında yorumda bulunma ve maddi hukuk veya usul hukukunun yerleşik uygulamaları hakkında görüşlerini açıklama hakkına sahip olması gerektiği de unutulmamalıdır.

Sözleşmenin 10. maddesi bir iletişim aracı olarak internet için de geçerli olduğuna göre¹⁰³ yargı mensuplarının ifade özgürlükleri açısından ele alınması gereken konulardan biri de internettir. İnternetteki bilgilerin daha hızlı ve kolay yayılması, arşivlenmesi sebebiyle her zaman ulaşılabilir olması açısından yargı mensuplarının sosyal medyadaki paylaşımları da önem taşımaktadır. İHAM, kararlarında İHAS’ın “yaşayan bir araç”¹⁰⁴ olduğu belirtildiğine göre, İHAS hükümlerinin içtihat yoluyla internette yayımlanan ifadeler içinde uygulanması mümkündür. Dolayısıyla insanların çevrim dışı olarak sahip oldukları haklar, özellikle ifade özgürlüğü, çevrimiçi olarak da korunmalıdır¹⁰⁵. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin üye ülkelere gönderdiği, internet kullanıcıları

¹⁰³ Delfi As/Estonya, [BD], B. No: 64569/09, 16/06/2015.

¹⁰⁴ Tyrer/Birleşik Krallık, B. No: 5856/72, 25/04/1978, § 31.

¹⁰⁵ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konsey (05/ 07/2012), internette insan haklarının geliştirilmesi, korunması ve kullanılması, 20. Oturum, BM Belgesi A/HRC/20/8.

için insan haklarına ilişkin CM/Rec(2014)6 sayılı tavsiye kararında, üye ülkelerde internette insan haklarının ve temel özgürlüklerin kullanılması ve korunmasının desteklenip yaygınlaştırılması tavsiye edilmektedir.

Yukarıda belirtilenlere ek olarak kanaatimiz odur ki yargı mensupları, sosyal paylaşım sitelerinde/sosyal ağlarda resmi sıfatlarını/makamlarını kullanarak site ya da sayfa açtıklarında tarafsızlıklarına zarar verecek dini ve siyasi açıklama, olumlu veya olumsuz eleştiri, beğeni ve paylaşım yapmamalıdır. Beğendikleri konu ya da kişilerle ilgili olarak herhangi bir olayın kendisinin önüne bir anlaşmazlık olarak gelebileceğini gözönüne alarak paylaşım ve beğenilerine dikkat etmelidirler.

Kendi adına bir site ya da sayfa açtıklarında burada kendilerinin ya da başka bir yargı mensubunun bağımsızlığını, tarafsızlığını, dürüstlüğünü, eşit davrandığını ve doğruluğunu şüpheye düşürecek paylaşımlara ve yorumlara izin vermemeli, uygun olmayan içeriği sınırlama, filtreleme, kişileri uyarma ve paylaşılan bilgiyi silme gibi önlemleri de almalıdır.

Mesleki hayat ile özel hayat alanlarının dar anlamıyla çakışması sebebiyle bir bireyin bazen hangi boyutta hareket ettiğinin tespit edilmesi çok zor ise de yargı mensuplarının, davranışlarının imajlarına ya da mesleklerinin saygınlığına zarar verme ihtimali olduğundan, yargı mensupları görevlerinin, özel hayatlarını sınırlayabileceğini¹⁰⁶ de gözönüne alarak, özel yaşamı ile ilgili paylaşımlarda mesleğinin itibarını korumaya özen göstermelidir. Nitekim bu husus Litvanya'da 18/12/1998 tarihli hakimler genel kurulunda kabul edilen Hakim Etiği'nin 3. bölümünde de "bir hakimin tatil zamanlarında bile yargılama işlevini küçük düşürmeyecek şekilde davranması gerektiği"¹⁰⁷ şeklinde belirtilmektedir.

SONUÇ

Kamu görevlilerinin ve dolayısıyla yargı mensuplarının ifade özgürlüklerinin esas olduğundan şüphe bulunmamaktadır. Ancak ifade özgürlüklerinin korunması ile tarafsızlıklarının sağlanması arasında bir çatışma bulunması durumunda tarafsızlığının sağlanmasının ifade özgürlüğünün korunmasına daha ağır basması gerekir.

Kamu görevlilerinin ifadelerine müdahale edilmesi durumunda, hangi hallerde Anayasa'nın 25 ve 26. ile İHAS'ın 10. maddelerinin ihlal edilmiş olacağı, hangi hallerde olmayacağı konusunda belirli, basit bir kural ve çizilecek kesin bir çizgi olmadığını söylemek mümkündür. Bu gibi durumlarda yol gösterici olan ilkeler; ifadenin dışarıya yansımada kamu görevlisinin özgürlüğü,

¹⁰⁶ Özpinar/Türkiye, B. No: 20999/04, 19/10/2010.

¹⁰⁷ Venedik Komisyonu Raporu (19-20/06/2015), Hakimlerin İfade Özgürlüğü, § 25.

ifadelerden etkilenecek olanların ve genel olarak toplumun çıkarları gibi farklı çıkarlar arasında adil bir denge gözetilmesi ihtiyacıdır. İfadenin dile getirildiği yer ve zaman, muhatap kitle, ifadenin dile getirilmiş biçimi, ifade sahibinin iyi niyetli olup olmaması, ifadelerin özellikle yapılan suçlamaların fiili bir temelinin bulunup bulunmaması, ifadenin anlamı ve içeriği, ifadenin ifadeden etkilenenlerin meşru çıkarları üzerindeki etkisi de önem taşımaktadır¹⁰⁸.

Genelde kamu görevlilerinin özelde yargı mensuplarının ifadelerine yapılan müdahalelerin İHAM tarafından somut olay bazında nazara alınacağı, ölçülülük ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı ve özellikle uygulanan yaptırımın orantılı olup olmadığı bir başka ifadeyle amaç ve araç arasında bir denge bulunup bulunmadığının da dikkate alınacağı açıktır. Yargı mensubu hakkında bir ifadesi sebebiyle uyarma ve kınama gibi cezaların uygulanması halinde AYM ve İHAM tarafından ihlal kararı verilmeyen bir olayda, daha ağır bir disiplin cezasının sözgelimi meslekten çıkarma cezasının uygulanması halinde aynı olayda mahkemelerin Anayasa'nın 25 ve 26. maddeleri ile İHAS'ın 10. maddesinin ihlali yönünde karar verilebileceğini ileri sürmek mümkün olacaktır. Yargı mensuplarına dile getirdikleri veya davranışla gösterdikleri ifadeleri için, somut olay bazında kendilerine ceza verilmesi, orantısız ceza verilmesi ve ceza verilmesi dahi onların sürekli bir şekilde disiplin soruşturmalarına tabi tutulmaları durumunda, bu işlemlerin yargı mensupları üzerinde " caydırıcı etki"- "soğutucu etki" meydana getirebileceği konusunun gözden ırak tutulmaması gerekir.

Yukarıda belirtilen ve yargı mensupları ile ilgili olmayan kararlarda varılan ilkelerin ve davalardan elde edilen genel sonuçların yargı mensupları içinde uygulanması mümkündür. Hatta yargı mensuplarının verdikleri kararlarla toplum hayatında yön verebilecek olmaları, kararlarının önemli siyasal sonuçlar doğurabilmesi, buldukları konum ile yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının ve yargı gücünün otoritesinin korunması amacıyla sadakat yükümlülüklerinin daha yüksek tutulması gerektiği söylenebilir. Bu halde belirtilen kuralların yargı mensupları açısından daha katı bir şekilde uygulanması ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün yargı mensupları açısından diğer kamu görevlilerine nazaran daha dar olarak ele alınması gerekliliği ortadadır.

İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasına göre ifade özgürlüğü hakkı aynı zamanda sorumluluk da doğurmaktadır. Çünkü sorumluluk olmadan özgürlük de yoktur. Bir özgürlüğün sınırsız kullanılması başkalarının haklarının ihlaline yol açabilir¹⁰⁹. Kamu görevlilerinin ve özellikle yargı mensuplarının ifade özgürlüklerini sınırsız bir şekilde kullanmaları, onların devlete sadakatle bağlı olma ve ağız sıkı

¹⁰⁸ Mahoney, s. 254-255.

¹⁰⁹ Benedek, Wolfgang; İnsan Haklarını Anlamak, İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 411.

davranma gibi sorumluluklarının ve hatta diğer bireyler açısından masumiyet karinesinin ihlaline neden olabilir. Bu nedenle özgürlükler kadar özgürlüklerin sınırlarının bulunması da doğaldır.

Genel anlamda tüm kamu görevlilerini ilgilendiren davalardan hareketle şu sonuca varmak mümkündür: Kamu görevlilerinin ifadelerinin korunması açısından görevlinin yetkisi önemli bir unsurdur. Bir başka ifadeyle kamu görevlisinin yetkisinin az veya çok olması, düzeyinin yüksek olup olmaması, dile getirilen konuyla ilgili olarak görevlinin mesleki sorumluluğunun olup olmaması hususları da önemlidir. Yüksek düzeydeki görevlilerin sadakat yükümlülüğünün diğerlerine nazaran daha büyük olduğu söylenebilir.

Ancak belirli devlet görevlilerinin, sözelimi, yargıda, istihbarat servislerinde, silahlı kuvvetlerde, vb. yerlerde çalışanlara, mutlak ve sınırsız bağlılık ve gizlilik kısıtlamaları getiren her tür ulusal yasa ya da başka türden mevzuat 10. madde'yi ihlal eder. Devletler bu tür kısıtlamaları ancak genel bir karakteri taşıyacak şekilde sadece gizliliği ilgilendiren ve dönem dönem gözden geçirilmesi gereken özel bilgi kategorileri ile ve ayrıca belirli kamu görevlisi kategorisine giren kişiler ile sınırlı oldukları ve geçici olarak uygulandıkları takdirde benimseyebilirler. Bağlılık veya gizlilik görevinin «ulusal güvenliğin» savunulması temelinde gerekçelendirildiği durumda, devletler bu kavramı gerçek kapsamında, çok kesin ve dar bir anlamda tanımlamalı kapsam dışında kalan alanları buraya dahil etmekten kaçınmalıdır. Aynı zamanda, devletler korunmakta olan çıkarın, sözelimi ulusal güvenliğin, gerçekten bir tehlike ile karşı karşıya olduğunu kanıtlama ve halkın bir miktar bilgi edinme konusundaki çıkarını da göz önüne alma yükümlülüğü altındadır. Bu koşullar görmezlikten geldiği takdirde, ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamalar mutlak uygulama halini alır ve 10. maddenin 2. fıkrası ile çelişir¹¹⁰.

Yargı mensuplarının bilimsel/hukuki tartışmalara ve özellikle kendilerinin geleceğini ilgilendiren tartışmalara katılmalarında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak yargı mensuplarının davranışlarının, yargı gücünün otoritesine, tarafsızlığına ve itibarına zarar vermemesi gerekir. Siyasi ve özellikle partizanca açıklamalar mesleki tarafsızlıklarını, bağımsızlıklarını veya yargı gücünün bağımsızlığını sorgulamaya açık hale getireceğinden yargı mensuplarının bu tür açıklamalardan özenle kaçınmaları gerektiğini ileri sürülmesi mümkündür.

Demokratik toplumlarda, yargının, önem açısından diğer devlet kurumlarından daha önde olduğu söylenebilir. Nitekim İHAS'da bu öneme binaen, yargı gücünün otoritesi ve tarafsızlığını, ifade özgürlüğünün sınırlanması için özel bir neden olarak ele almıştır. Bu nedenle yargı

¹¹⁰ Macovei, s. 27-28.

mensuplarının ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, onların yerine getirdikleri görevin özellikleri ile yargısal faaliyetlerin diğer olağan kamu hizmetlerine benzerlik göstermemesinden kaynaklanmaktadır.

Son olarak söylemek isteriz ki İHAM itiraz edilen müdahaleyi davanın bütünü ışığında incelemektedir ve Türkiye ile ilgili olarak verilen ihlal kararların önemli bir kısmının, yerel makamların kararlarının yeterli gerekçeye dayanmamasına ilişkin olduğu gözden ırak tutulmamalıdır. Dolayısıyla İHAM'ın, müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını yanında, müdahaleyi haklı çıkarmak için ulusal makamlar tarafından ileri sürülen gerekçelerin "ilintili ve yeterli" olup olmadığını belirlemeye çalıştığı gözetilerek, kararların mutlaka gerekçeli olmasına özel bir önem verilmelidir.

KAYNAKÇA

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Raporu (19-20/06/2015), Hakimlerin İfade Özgürlüğü, Venedik Komisyonu tarafından 103. Genel Kurul'da kabul edilmiştir.

Benedek, Wolfgang; İnsan Haklarını Anlamak, İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı, Adalet Akademisi Yayınları, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Türkçe Çeviri Yılı 2014, 3. Baskı, Ankara, 2012.

Benedek, Wolfgang ve Matthias C. Kettemann; İfade Özgürlüğü ve İnternet, Türkçe Çeviri, 1. Baskı, Ankara, 2013.

Bıçak, Vahit; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Avrupa Komisyonu, Ütopya Basın Yayın Ltd. Şti., Ankara, 2002.

Ceylan; Ali; Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

Doğru, Osman ve Atilla Nalbant; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 2, 1. Baskı, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013.

Harris, D. J., M. O'Boyle, E. P. Bates ve C. M. Buckley; Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Türkçe Çeviri, 1. Baskı, Şen Matbaa, Ankara, 2013.

İnceoğlu, Sibel (Ed.); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 1. Baskı, Şen Matbaa, Ankara, 2013.

Macovei, Monica; İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No: 2, Şen Matbaa, Ankara, 2001.

Mahoney, Paul; "Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Serbest Konuşma Özgürlüğü", İfade Özgürlüğü, Nicholas Bratza'ya Armağan, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi, Türkçe Çeviri, 1. Baskı, Ankara, 2012.

Metin, Yüksel; Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

Özbey, Özcan; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, TBB Dergisi 2013 (106), ss. 41-92.

Özbey, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Sağlam Abdi; AİHS'ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı, TAAD, Yıl:7, Sayı:25 (Şubat 2016), ss. 89-113.

Sağlam, Fazıl; Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 506, SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları: 4, Ankara, 1982.

Türkiye'deki Hakim ve Savcılara Yönelik İfade Özgürlüğü Konulu Meslek Öncesi Eğitim El Kitabı, 2016.

Yüksek Mehmet; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları, TAAD, Yıl:7, Sayı:25, (Şubat 2016), ss. 115-161.

İŞ MAHKEMELERİ KANUNU İŞİĞİNDA ARABULUCULUK KAVRAMI

Mediation Concept In The Light of Labor Courts Law

Salim Yunus LOKMANOĞLU¹

Geliş Tarihi: 31.10.2017

Kabul Tarihi: 15.12.2017

ÖZET

Arabuluculuk tarafların, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişinin katkılarıyla aralarındaki uyuşmazlığa ilişkin en uygun çözümleri yine kendileri tarafından üretmeleri yoluyla uyuşmazlığın çözülmesi faaliyetidir. Türk hukukunda, özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanmak üzere arabuluculuk yöntemi 6325 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. Çalışma yaşamındaki iş alanlarının sürekli değişmesi, teknolojinin ilerlemesi ile artan nüfus yapısı karşısında iş uyuşmazlıklarının sayısının sürekli çoğalması ve davaların uzaması yeni bir İş Mahkemeleri Kanununun yapılmasına neden olmuştur. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile belli tür davalar bakımından mahkeme yoluna gidilmeden önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmektedir.

Çalışmamızda arabuluculuk ve arabulucu kavramına genel olarak değinilmekle birlikte arabulucu olarak görev yapan kimsenin arabuluculuk sürecindeki yeri, arabulucu seçilmenin şartları, İş Mahkemeleri Kanununda arabulucuya yapılacak zorunlu başvuru düzenlemesinin kapsamı, içeriği, arabulucunun seçimi, arabuluculuk süreci ve ücretinin belirlenmesi hususları incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu, Arabulucu, İşçilik Alacakları.

ABSTRACT

Mediation is a dispute settlement activity with the contribution of an independent and impartial third person through the creation of the most appropriate solutions that again by the parties themselves for the dispute between parties. Mediation method is regulated by No. 6325 Law in Turkish Law to be applied in private law dispute. Continuous increase in the number of business dispute and extension of cases due to constant change of business areas in working life, progressions in the technology and the growing population have been caused new a labor law. With the law numbered 7036 the obligation to apply mediation is introduced before being brought to court for certain types of cases.

In our work the concept of mediation and mediator is generally mentioned but the position of the mediator during the duty, conditions of being elected mediator, the scope and content of compulsory application to be done to the mediator in the labor law, mediator's election, process of mediation and wage determination will be tried to be examined as well.

Key Words: Obligatory Mediation, Labor Courts Law, Mediator, Labor Receivables.

I. Giriş

Devletin koyduğu kurallar çerçevesinde mahkemelerce uyuşmazlıklar çözümlenmekle birlikte bu uyuşmazlıkların çözümü için "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri" de bulunmaktadır. Alternatif çözüm yolları, mahkemelerde

¹ Van 1. İş Mahkemesi Hâkimi (salim.yunus.lokmanoglu@adalet.gov.tr)

yürütülen dava yolunun yanında işleyen seçimli nitelikteki uyuşmazlık çözüm yollarıdır ve devlet denetiminde, hukuk kuralları ile oluşturulmuş yargılama dışı yöntemlerdir.²

Anayasa Mahkemesinin bir kararında³ belirtildiği üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmayıp, aksine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğudur. Dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili olarak dava aşamasında karşılaşılan aksaklıkların ve sorunların yaşanmaması ve mahkemelerin iş yükünün azalması bakımından bu yöntemlerin etkin şekilde kullanılması önem taşımaktadır. Özellikle de bağların koparılmasının istenmediği hukuki ilişkilerde yıpratıcı ve uzun bir süreç halini alan yargı sürecine başvurmaktansa yargıya alternatif oluşturan “*Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yöntemleri*” ne başvuru tercih olunmaktadır. Bu yöntemler içinde ise en çok “*Arabuluculuk*” ile ilgili çalışmalar yapılmış ve halen yapılmakta olup tüm dünyada hızla ilerlemekte ve uygulanmaktadır. Türkiye’de de uzun bir süre gündemde olan ve yoğun tartışmalardan sonra uyuşmazlıkların yargı yolu dışında, alternatif uyuşmazlık çözümlerinden biri olarak kabul edilen arabuluculuk ile ilgili, 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu”⁴ (HUAK), bu Kanunun uygulanmasına yönelik olan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği”⁵ hali hazırda yürürlüktedir. Her iki düzenleme de 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

² KEKEÇ Elif Kismet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2011, s.13; ÖZBAY İbrahim, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VIII, S.3-4, 2004, s. 387.

³ “Anayasa’nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.” denilmiştir. Anayasa’nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yolları sadece kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.”, AYM. 2012/94 esas, 2013/89 karar sayılı 10/7/2013 tarihli karar, (www.kazanci.com, ET: 26/10/2017).

⁴ 22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. (<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/>, ET: 26/10/2017).

⁵ 26.01.2013 tarih ve 28540 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. (<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/>, ET: 26/10/2017).

Yukarıda kısaca izah edildiği üzere mevzuatta düzenleme alanı bulan arabuluculuk kurumunun işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklara taşınması bakımından büyük önem arz eden bir düzenleme olarak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülmesi sonrası 12 Ekim 2017 tarihinde kabul edilerek yakın zaman öncesi yürürlüğe girmiştir.⁶

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, 30 Ocak 1950 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen ve 4 Şubat 1954 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu İş Mahkemelerinin kuruluş, görev, yetki ve yargılama usullerini düzenlemekteydi. Bu Kanun 7036 sayılı Kanunun 10. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Mülga Kanunun 1. maddesi uyarınca iş yargılamasının, İş Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklar ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu ile sigortalı olan kişiler arasında mevcut uyuşmazlıklar ve diğer Kanunlarda iş mahkemelerinin görevlendirildiği davalardan oluşacağı belirtilmiştir. 7036 sayılı Kanunun Görev başlıklı 5. maddesine göre ise, İş Mahkemelerinin, 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına, idari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara ve son olarak diğer Kanunlarda görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara ilişkin dava ve işlere bakacağı düzenlenmiştir.

Mülga Kanunda olduğu gibi yürürlükteki 7036 sayılı Kanuna göre, davanın açılacağı yerde iş mahkemesi bulunmaması halinde asliye hukuk mahkemesi iş mahkemesi sıfatıyla davaya bakacaktır. Belirtmek gerekir ki işçi ile işverenin arasındaki iş ilişkisinde İş Kanunu uygulanmıyor, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uygulanıyorsa, bu durumda iş mahkemesi görevli olmayacak, davanın bu halde genel mahkemede açılması gerekecektir.⁷ Ancak, 7036 sayılı Kanunda da ifade edildiği üzere bu kuralın tek istisnası 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun altıncı bölümünde düzenlenen "*Hizmet Sözleşmeleri*" olup, bu sözleşmelere tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklar iş mahkemesinde görülecektir.

⁶ 25.10.2017 tarih ve 30221 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. (<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/>, ET: 26/10/2017).

⁷ KURU Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul 2015, s. 677.

Mülga Kanununun 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan yasal düzenleme⁸ ile iş mahkemesi hâkimi, iş davalarında, ilk oturumda, tarafları sulha teşvik etmekle ödevli kılınmıştır. Yürürlükteki 7036 sayılı Kanunda ise iş mahkemesi hâkimine bu görev yüklenmemiş olup, Kanunun 3. maddesine göre taraflara bellitür davaları mahkeme önüne getirmeden arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Arabuluculuk kurumunun temelinde, sulh kurumu yatmaktadır. Sulh ise, tarafların, karşılıklı olarak ödünler vermek yahut fedakarlıklarda bulunmak suretiyle, aralarındaki uyuşmazlığı, kısmen ya da tamamen sona erdirmelerini hedefleyen bir sözleşme konumundadır. Arabuluculuk süreci sonunda, bir anlaşma sağlanacak olursa, her iki tarafın tatmin edilmesini hedefleyen ve optimal bir çözümü içeren bu anlaşma, genelde, her iki tarafın da karşılıklı ödünler vermesi suretiyle gerçekleştirilecektir. Bu açıdan yaklaşıldığında, hâkimin, sulha teşvik ödevinin kapsamı içerisinde, sonuç alınacağından ümit ettiği hallerde, onun uyuşmazlığın çözümü bağlamında arabulucu gibi davranma yetkisinin de yer aldığını söylemek mümkündür.⁹ Diğer yandan önemle ifade edilmelidir ki, mülga ve yürürlükteki Kanunda da belirtildiği üzere iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır.¹⁰ Yazılı yargılama usulüne göre daha seri bir şekilde yargılama yapılmasını sağlayan basit usulde amaçlanan, uyuşmazlıkların kısa sürede karara bağlanmasıdır.¹¹

Günümüze kadar bahsedilen Kanunun uygulanması ile iş mahkemeleri tarafından davaların çözümü yoluna gidilmiş ise de günümüzde artan nüfus yapısı, değişen ve farklılaşan iş alanları, sürekli gelişen teknoloji, sosyal güvenlik alanındaki gereksinimler sebebiyle işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıkların sayısı ve niteliği sürekli artış gösterdiğinden yeni bir Kanunun hazırlanmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Şöyle ki; 7036 sayılı Kanunun gerekçesine konu olduğu ve bilindiği üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının verilerine göre 2016 yılı Aralık ayı itibarıyla 14 milyona yakın işçi ve 1 milyon 750 bine yakın işyerinin bulunduğu ülkemizde işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar, hem çalışma hayatının hem de yargının gündeminde önemli bir yer tutmaktadır. *Bu bağlamda 2017 yılı Mayıs ayı itibarıyla 50'si sosyal güvenlik hukukunda uzman olmak üzere 320 iş mahkemesinde 376 hâkim bu uyuşmazlıkları çözmek için çalışmaktadır.*

⁸ Mülga 5521 sayılı Kanununun 7. maddesine göre, “İş mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır. İlk oturumda mahkeme tarafları sulha teşvik eder. Uzlaşmadıkları ve taraflar veya vekillerinden birisi gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir.”

⁹ TANRIVER Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB, S. 64, 2006, s. 175.

¹⁰ Bkz. Mülga 5521 sayılı Kanunun ve 7036 sayılı Kanunun 7. maddesi.

¹¹ PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayıncılık, 3. B, Ankara 2015, s. 507.

İş mahkemesi kurulmayan yerlerde ise 514 asliye hukuk mahkemesi, iş mahkemesi sıfatıyla iş uyuşmazlıklarına ilişkin davalara bakmaktadır. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verilerine göre iş davalarının yıllık ortalama görülme süresi 2010 yılında 466, 2011 yılında 488, 2012 yılında 483, 2013 yılında 381, 2014 yılında 417, 2015 yılında 431, 2016 yılında 434 gün olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verilerine göre, 2016 yılı sonu itibarıyla ilk derece mahkemelerindeki 3 milyon 525 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık yüzde 15'i iş uyuşmazlıklarından kaynaklanmaktadır. Yargıtay'dan alınan istatistik verilerine göre 2016 yılında bakılan 780 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık yüzde 30'u iş hukukundan kaynaklanmaktadır.¹²

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun gerekçesinden ve getiriliş amacından anlaşıldığı üzere amaç hâkimlerimizin özverili ve fedakarca çalışmasına rağmen iş mahkemelerine konu olan davaların süresini kısaltmak ile işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıkların arabulucuya götürülerek mahkeme konusu olmadan çözülmesine yöneliktir. Bu çalışmada arabuluculuk kavramı, arabulucunun aşamasındaki rolü ve bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk kurumunun iş mahkemelerinde uygulanmasına ilişkin İş Mahkemeleri Kanunundaki düzenlemeler ele alınarak Kanunun uygulamaya hangi yönde katkıda bulunabileceği genel hatlarıyla izah edilmeye çalışılacaktır.

II. Genel Olarak Arabuluculuk Kavramı ve Arabulucunun Süreçte Rolü

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinden biri olarak üçüncü kişinin katılımı ile yürütülen, “mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü” olarak adlandırılmaktadır.¹³ Daha geniş bir ifade ile arabuluculuk; tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlık içinde bulunan taraflara kabul edilebilecekleri ortak bir çözüm bulmaları konusunda, yardımcı olmasını gözetilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.¹⁴ Başka bir tanıma göre ise; arabuluculuk çatışan tarafların müzakerelerde bulunarak gönüllü ve karşılıklı olarak kabul edilebilir bir çözüme ulaşmaları için bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını sağlamak için taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştıran, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen bir usuldür.¹⁵

¹² Gerekçe için bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf, (ET: 26/10/2017).

¹³ ÖZBEK Mustafa, “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBB, S. 68, 2007, s. 265.

¹⁴ AKÇA Çağatay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Arabuluculuk ve Uzlaştırma”, Hukuk Gündemi, Makaleler, 2009, s. 26.

¹⁵ TANRIVER s. 165.

6235 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 2. maddesinin (b) bendinde "arbuluculuk" kavramı ile ilgili bir tanımlama yapılmıştır. Bu tanıma göre, "Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi" ni ifade etmektedir. Yine Arabuluculuk Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin (b) bendinde de aynı ifade geçmektedir.

Yukarıdaki tanımlardan çıkarılabilecek ortak sonuçları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Arabuluculuk müessesesinden bahsedebilmek için öncelikle taraflar arasında bir uyuşmazlığın olması gerekmektedir.
- Söz konusu uyuşmazlığın giderilebilmesi için, tarafsız ve genellikle gönüllü bir üçüncü kişinin müdahalesi gerekmektedir.
- Bu üçüncü kişi, tarafları müzakere masasında bir araya getirerek uyuşmazlığın dostane bir çözüme ulaşılmasında aracılık etmelidir.
- Sonuca bağlanan çözüm önerisi kural olarak bağlayıcı olmamaktadır.

Arabuluculuk yönteminde arabulucu, pek çok uyuşmazlık çözüm yönteminden farklı olarak, tarafları bir şeyi yapma veya yapmamaya mecbur etmeyi değil, onları ikna etmeyi hedefler. Nitekim arabulucunun tarafları bağlayıcı şekilde bir karar verme yetkisi olmadığından, taraflar arasındaki uyuşmazlığı bizzat çözen arabulucunun kendisi değildir. Arabulucu sadece tarafların çözüme ulaşabilmesi için onların müzakere edebilmelerini sağlayan aracı görevini üstlenmektedir.

HUAK'ın tanımlar başlığını taşıyan 2. maddesinin (a) bendinde ise arabulucu kavramının tanımı yapılmaktadır. Söz konusu hükme göre; "Arabulucu: Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilen gerçek kişiyi ifade etmektedir." HUAK'ın 2. maddesinde arabuluculuk kavramı tanımında da açık bir şekilde belirtildiği gibi, arabulucunun asıl rolü, taraflar arasındaki somut olayda tıkanan veya kopma noktasına doğru gelen hukuki veya ticari ilişkilerin, ikna veya telkin yoluyla yeniden müzakerelere başlanması için uygun olan zemini hazırlamak, bunu arabuluculuğa özgü sistematik teknikler vasıtasıyla gerçekleştirmek ve sonuç olarak tarafların anlaşmaya ulaşmalarına olanak veren bir ortam yaratmaktır.¹⁶

¹⁶ ÖZMUMCU Seda, "Arabulucunun Rolü", *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1, Y. 2013, s. 1369.

6325 sayılı HUAK'ın Üçüncü Bölümünde "Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri" düzenlenmiştir. Buna göre, Kanun'un 9. maddesinde, arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getireceği, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle ve taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlü olduğu belirtilmiş, aynı Kanununun 11. maddesinde arabulucunun arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

İş Mahkemeleri Kanununda belli dava türleri için başvurulması zorunlu hale gelen arabulucu genel hatlarıyla aşağıdaki yolu izleyerek işçi ve işverenden oluşacak taraflar arasındaki meselenin çözümü noktasında sonuca ulaşabilecektir. Bu kapsamda;

- İşçi ve işverenle sistematik teknikler uygulamak suretiyle görüşmek ve tarafları müzakerelerde bulunmak için bir araya getirmek,
- İşçi ve işverenin birbirlerini anlamalarını ve bu şekilde kendi çözümlerinin kendileri tarafından üretilmesini sağlamak,
- Sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, işçi ve işveren arasındaki iletişim sürecinin kurulmasını kolaylaştırmak,
- İkna ve telkin ile işçi ve işverenin yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân vermek,
- Uyuşmazlığın, tarafların her ikisinin de menfaatlerine en uygun bir şekilde çözülmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına yönelik çaba sarf etmek görevleri arasında olacaktır.

Diğer yandan arabulucu almış olduğu rolü ve yetkisi gereği aşağıdaki belirtilen davranışlar içine giremeyecektir. Bu kapsamda arabulucu;

- Uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz,
- Haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik çaba sarf edemez,
- İş Mahkemeleri Kanununun 22. maddesi ile HUAK'nun 15. maddesine eklenen düzenlemeye göre tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde bir çözüm önerisinde bulunabileceksede bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz.¹⁷

¹⁷ SUBAŞI İbrahim, Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s. 757

III. Arabulucu Olmanın Şartları

1. Genel Olarak

6325 sayılı HUAK'na göre; arabulucu olarak görev yapabilmek için birtakım şartlar söz konusudur. Arabuluculuk yapabilmek için öncelikli şart arabulucular siciline kayıtlı olmaktır. Nitekim, Kanunun 3/4 maddesine göre, *“Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir.”*

6325 sayılı HUAK'nun 20. maddesinde ise arabulucunun nitelikleri sayılmıştır. Buna göre; *“...Arabulucular siciline kaydedilebilmek için;*

- a. *Türk vatandaşı olmak,*
- b. *Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak,*
- c. *Tam ehliyetli olmak,*
- d. *(Değişik: 12/10/2017-7036/25 md.) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak,*
- e. *(Ek: 5/6/2017-KHK-691/9 md.) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak,*
- f. *Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak gerekir.”*

Kanunda belirtilenler dışında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinde de arabulucu olmak isteyenlerin yerine getirmesi gerekli bir takım şartlar belirtilmiştir. Yönetmeliğin 24. maddesinin 5. fıkrasına göre, *“Başvuru tarihi itibarı ile fiilen avukatlık mesleğini veya bir kamu görevini ifa etmeyen başvuru sahiplerinin, arabuluculuk mesleğini yapmalarına ruhen ve bedenen engel bir hâllerinin bulunmadığını sağlık kuruluşlarından alacakları raporlarla belgelendirmeleri gerekir.”* Aynı maddenin 6. fıkrasında ise sicile kayıt için başvuruda bulunacak kişinin fiilen yürütmekte olduğu asıl mesleğinin ilgili mevzuatında, arabuluculuk faaliyetini yürütmesine engel bir hüküm bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Son olarak maddenin 7. fıkrasında sicile

kayıt için başvuruda bulunan kişinin, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak şartı taşıdığını ve yukarıda belirtilen sağlık durumunu düzenlenme tarihi itibarı ile altı aydan daha eski tarihli olmayan belgelerle ispatlamak zorunda olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla Kanun ve Yönetmelik metninde belirtilen şartları taşımayan kimselerin arabulucu olarak görev yapabilmesi mümkün olmayacaktır.

2. Şartlar

a) Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak

Arabuluculuk faaliyetini sadece Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları yapabilecektir. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kimseler arabulucu olarak görev yapamayacaktır. Önemle ifade etmek gerekir ki, sadece gerçek kişi olan vatandaşlar arabulucu olabilecek, tüzel kişiler arabulucu olarak görev alamayacaklardır.

b) Mesleğinde En Az Beş Yıllık Kıdeme Sahip Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak

Arabuluculuk yapacak kimselerin hukuk fakültesi mezunu olup mesleğinde en az beş yıl kıdeme sahip olması gerekmektedir. Burada aranan süre şartı hukuk fakültesi mezunu olduktan sonra sadece avukatlık mesleğini sürdüren kimselere özgülenmiş bir şart değildir. Dolayısıyla, hukuk fakültesi mezunu olup en az beş yıldır herhangi bir meslekte çalışmış olmak arabulucu olmak için yeterlidir. Kanunda arabulucu olarak çalışan kimseler için iş hukuku konusunda çalışmış olma şartı aranmamış, Kanunun 3/4. maddesinde arabulucuların uzmanlık alanlarını belirterek görev almak istedikleri ilgili komisyonlara isimlerini bildirmeleri yeterli görülmüştür.

c) Tam Ehliyetli Olmak

4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 10. maddesinde ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyetinin bulunduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla fiil ehliyetine sahip olan kişiler arabulucu olarak görev yapabileceklerdir.

ç) Kasten İşlenmiş Bir Suçtan Mahkûm Olmamak, Kesinleşmiş Bir Disiplin Kararı Sonucunda Meslekten veya Kamu Görevinden Çıkarılmış Olmamak

Arabuluculuk süreci güvene dayalı bir süreç olması nedeniyle arabuluculuk sıfatı ile görev yapacak kişilerin tarafların güvenine layık dürüst, namuslu ve şeffaf kişiler olmalıdır.¹⁸ Başka bir ifadeyle arabulucunun iyi ahlak ve iyi bir karaktere sahip olması gerekmektedir. İş Mahkemeleri Kanununun 25.

¹⁸ KALEM Seda, "Bir Yargısal Alan Kurgusu Türkiye'de Arabuluculuk Kurumunun Ortaya Çıkışı ve Gelişmeleri", VI. Ulusal Sosyoloji Kongresi, Ekim 2009, s. 692.

maddesi ile değişik 6325 sayılı HUAK'nun 20/ç maddesine göre, "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak" arabuluculuk siciline kayıt şartlarına arasında sayılmıştır.

Arabuluculuk Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 4. fıkrasına göre, "Kesinleşmiş bir disiplin kararı sonucunda meslekten veya kamu görevinden çıkarılmış olan kimse, diğer şartları taşısa bile üçüncü fıkranın (b) bendindeki şart yönüyle meslek erbabı sayılmaz. Bu durumda olanlar lehlerine verilmiş bir yargı kararı olmadıkça sicile kayıt olamazlar." Bu sebeple arabulucu olmak için arabulucular siciline kayıt yaptırmak isteyen arabulucu adaylarının haklarında kesinleşmiş bir disiplin kararı sonucu meslekten çıkarma kararı mevcut ise yargı yoluna taşıyıp lehlerine verilmiş bir yargı kararı almaları gerekmektedir. Aksi takdirde diğer tüm koşulları sağlasalar bile sicile kayıtları gerçekleşmeyecektir.

d) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak

22 Haziran 2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 691 sayılı OHAL Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesi ile 6325 sayılı HUAK'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasına (ç) bendinden sonra gelmek üzere bu bent eklenmiş, terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olan kimselerin arabulucu olarak görev yapmasının önüne geçilmiştir.

e) Arabuluculuk Eğitimini Tamamlamak ve Bakanlıkça Yapılan Yazılı ve Uygulamalı Sınavda Başarılı Olmak

Arabuluculuk faaliyeti yapacak kişilerin arabuluculuk eğitimini tamamlamış ve bu eğitim sonrasında Adalet Bakanlığınca düzenlenen yazılı ve uygulamalı sınavı başarıyla geçmesi gerekir.

IV. İş Mahkemeleri Kanununda Arabuluculuk

1. Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu

Arabulucuya başvuru bağlamında çeşitli ülke uygulamalarında ihtiyarilik yahut zorunluluk esası kabul edilmiştir.¹⁹ Ülkemizde ise 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "*Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi*" başlıklı 15. maddesinin 2. fıkrasında, "Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler." hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla taraflara arabuluculuk yöntemine başvurulması bakımından bir serbesti tanınmıştır. Diğer yandan 6100 sayılı HMK'ya hâkim olan ilkelerden birisi olan "*Tasarruf ilkesi*", Kanun'un 24. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiş olup, bahse konu düzenleme mahkeme tarafından arabuluculuk yönteminin uygulanması açısından önem taşımaktadır.²⁰ Buna göre, "*...Hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği dava konusu hakkında dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.*" Sonuç olarak, taraflar aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü dava yoluna gitmeksizin alternatif uyuşmazlık çözümleriyle sağlayabildikleri gibi açılmış olan bir davada arabuluculuk yöntemini kullanarak davayı sonuçlandırabilir.

6100 sayılı HMK'da arabuluculuk ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Anılan Kanun'un 137. maddesine göre, "*...mahkeme tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder...*". Yine aynı Kanunun 140/2. ve 320. maddelerinde ise, hâkimin, uyuşmazlığın tespiti sonrası tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik edeceği düzenleme altına alınmıştır. Bahse konu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere Kanun koyucu yargılamanın taraflarını arabuluculuk yöntemine katılmasını teşvik etmek istemiştir. Alternatif uyuşmazlık çözümlerinden olan arabuluculuk sisteminin iradi olduğu, tarafların tamamen kendi iradelerine bıraktığı hususu unutulmamalıdır.²¹

Yukarıda belirtilen ülkemizdeki düzenlemelerden farklı olarak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun "*Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*" başlıklı 3/1. maddesinde ise belli tür davalarda arabuluculuk yöntemine başvurulması

¹⁹ Avrupa Ülkelerinde Arabuluculuk düzenlemelerine ilişkin bkz. BULUR Alper, "Avukatlık Kanunu M. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi", TBBD, S. 89, Y. 2010, s. 196-241.

²⁰ AKSU Özge, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü (İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.203.

²¹ TUĞSAVUL Melis Taşpolat, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 126.

zorunlu hale getirilmektedir.²² Madde metnine göre, “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*” denilmektedir.²³ 7036 sayılı Kanununun gerekçesinde zorunlu arabuluculuk sisteminin getirilmesine neden olarak, iş mahkemelerinin görev alanına giren konuların müzakere edilerek sonuçlandırılmasının mümkün olduğu, uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve daha az masrafla çözüleceği, maddi ya da şekli uyuşmazlığa engel olarak sosyal barışa katkı sağlayacağı ve tarafların sırlarının korunacağı ve örselenmeden uyuşmazlığı sona erdirmeye imkanına sahip olmaları gösterilmiştir.²⁴ Diğer yandan, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku kurallarının etkin bir biçimde uygulanamaması, kayıt dışı istihdamın geriletilmemesi, çalışma yaşamının etkin denetlenememiş olması son yıllarda iş uyuşmazlıklarının artmasına neden olmuş, uyuşmazlıkların çözüm yollarını güçleştirmiş ve tek çözümünün yargı yeri olarak gözükmeye neden olmuştur.²⁵ Bu nedenle hem ilk derece mahkemelerinde hem temyiz mahkemesinde dava sayısının azaltılması suretiyle aşırı iş yükünün azaltılması ve adalete erişimin daha verimli hale gelmesi için alternatif çözüm yollarının kullanılması şart hale gelmiştir.²⁶

Doktrinde arabuluculuk sisteminin savunulan görüşler incelendiğinde; tarafların bu yolla uyuşmazlıklarının çözümünde daha etkin olacağı ve uyuşmazlıklarını kendi kontrollerindeki bir süreçte daha rahatça çözümlenebilecekleri, arabuluculuk sisteminin tarafların gizliliğe ilişkin ihtiyaçlarını karşıladığı, ekonomik bir yol olduğu ve taraflar arasındaki ticari ilişkileri geliştirdiği ileri sürülmektedir.²⁷ Ancak, taraflardan işçinin işveren karşısında zayıf konumda olduğu, işçinin temel haklarının korunması ilkesinin ve işçi lehine yorum kuralının uygulandığı bireysel iş ilişkilerinde zorunlu arabuluculuk sisteminin verimli olup olmayacağı tartışması gündeme gelecektir.

Doktrinde arabuluculuğun, aksi ancak işçi lehine düzenlenebilen nisbi emredici hükümleri ve kendine özgü kamusal yapısı²⁸ nedeniyle iş

²² 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 38/1-a maddesi uyarınca 3. madde hükümleri 01/01/2018 tarihinde yürürlüğe girecektir.

²³ Dava şartı eksikliği için bkz. KURU, s. 129.

²⁴ Bkz. YENİSEY Kübra Doğan, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, s.169, <http://tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunu-tasarisi.pdf>, (ET:29/10/2017).

²⁵ GÜZEL Ali, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!, Çalışma ve Toplum, 2016/3, s.1132.

²⁶ ÖZDEMİR Eda Manav, İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum, 2015/4 . s. 195.

²⁷ Zack, “Conciliation of Labour Court Disputes”, s. 405; K. R. Feinberg, “Reexamining the arguments in Owen M. Fiss, Against Settlement”, *Fordham Law Review*, 2009, Vol. 78, 3, s. 1172., naklen YENİSEY, s. 171, dn.12.

²⁸ İş uyuşmazlıklarının kamusal yapısı nedeniyle alternatif çözüm yöntemlerinin

uyuşmazlıkları açısından elverişsiz olduğu, kamu denetiminin etkin olduğu ve resen araştırma ilkesinin uygulandığı bireysel iş hukuku alanında zorunlu arabuluculuğun uygun bir alternatif çözüm yolu olmayacağı, tarafların isteğine bağlı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğun işçi ve işveren gibi eşitsiz hukuk süjeleri arasındaki uyuşmazlıklarda çok fazla bir işleve sahip olamayacağı bazı yazarlarca ileri sürülmüştür.²⁹ Nitekim arabuluculukta, tarafların bazı taleplerinden feragat ederek ortada buluşmaları ve bu yönde bir çözümle uyuşmazlığı sonuçlandırmaları olasıdır. Özellikle arabulucuya başvurması zorunlu olan ve yapmış olduğu hizmeti karşılığı işverenden birden fazla işçilik alacağı kaleminden oluşacak istemi olacak işçinin, arabuluculuk yöntemi izlendiğinde, bazı alacak kalemlerinden kendi isteğiyle vazgeçmesi söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda işveren karşısında maddi olarak zayıf durumda bulunan işçi, uzun yargılama süreci sonunda da olsa dava açmakla elde edeceği menfaati arabulucuya başvurarak temin edemeyecektir.

Doktrinde, arabuluculuk yönteminin iş uyuşmazlıklarında uygulanmasının fayda getirmeyeceği görüşünün aksi bazı yazarlarca savunulmaktadır.³⁰ Buna göre, uzun yargılama süreçleri sonucu yüklü masraflar ve teknik hesaplamaları gerektiren süreç davanın kabulü ile sonuçlansa da, parayla ölçülebilen menfaatlerine ancak uzun zaman sonra ulaşmak yerine işçi, kısa süren ve daha az masraflı olan arabuluculuk sistemini tercih edebilir.³¹

Kanaatimizce, hukuk mezunu olup mesleğinde en az 5 yıl kıdemli ve iş uyuşmazlıklarında tecrübe sahibi olan arabulucunun tarafları bilgilendirme yükmllğ³² çerçevesinde, özellikle bir tarafın diğere göre oldukça zayıf olduğu iş uyuşmazlıklarında işçinin korunması ilkesi dikkate alınarak gerekli hatırlatmaları yapması gerekmektedir. Bu hatırlatmalar yapıldıktan sonra tarafların arabuluculuk sistemini kullanmak istemeleri halinde ise artık iradilik hususunda tartışmaya sebep olabilecek bir sorun kalmayacağından arabuluculuk yöntemi kullanılarak iş uyuşmazlıklarının dava yoluna gidilmeksizin nihayete erdirilmesi amaca uygun olacaktır.

uygulanamayacağı hakkında bkz. KARACABEY Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığ ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, TBB Dergisi, 2016 /1, s. 474 vd.

²⁹ ŞİŞLİ Zeynep, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, Ankara Barosu Dergisi, C.2, 2012, s. 48. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012- 2/02.pdf>, (ET: 29/10/2017); GÜZEL, s.1146; ÖZDEMİR (E. Manav), s. 207.

³⁰ ÖZBEK Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 776

³¹ ÖZDEMİR Olgu, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 74 (Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN'a Armağn zel Sayısı), İstanbul 2016, s. 610.

³² Arabulucunun bilgilendirme yükümlülüğü için bkz. TANRIVER Süha, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri ve Değereendirilmesi", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağn, Seçkin Kitapevi, Ankara 2009, s. 648.

Diğer taraftan Kanunun 3/2. maddesinde ise başvuru zorunluluğuna uyulmaması halinde yapılacak işlemler düzenlenmiştir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Kanunda arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, davacı tarafa herhangi bir mehil verilmeksizin dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verileceği düzenlenmiştir.³³ Davacı tarafça arabuluculuk yöntemine başvuru yapılması ancak arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmemesi halinde mahkeme tarafından davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilecektir. Davacı tarafça ihtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilecektir.

2. Zorunlu Arabuluculuğun Uygulanacağı Dava Türleri

7036 sayılı Kanundaki düzenleme uyarınca, 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 4857 sayılı İş Kanunu ile diğer Kanunlardan kaynaklanan işçi alacakları için öncelikle arabulucuya başvurma zorunluluğunun söz konusu olması yanında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun altıncı bölümünde düzenlenen “*Hizmet Sözleşmeleri*” kapsamındaki işçi alacaklarının da zorunlu arabuluculuğa tabi olmasının öngörüldüğü vurgulanmaktadır. Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin davaları ise tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava türlerinden olmadığından zorunlu arabuluculuk müessesesi söz konusu olmayacaktır.³⁴ Ayrıca, toplu menfaat uyuşmazlıklarında ise 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu³⁵ ile düzenlenen olağan ve olağanüstü arabuluculuk kurumu varlığını sürdürmektedir.

Kanunun 3/3. maddesinde iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili rücu davaları hakkında arabulucuya başvuru zorunluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde, arabulucuya başvurma zorunluluğu için Kanuna veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesine dayanan alacak veya tazminat talebinin iş ilişkisinden kaynaklanması, tarafların işçi ve işveren olması ve taleplerin birbirlerine karşı ileri sürülmüş olması gerektiği, davacı işçi tarafından talep edilebilecek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık

³³ Düzenlemeye ilişkin eleştirisel değerlendirme için bkz. OĞUZ Özgür, Türk İş Hukuku’nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Legal Yayıncılık, Mart 2016, s. 84-85.

³⁴ ODAMAN Serkan/KARAÇÖP Eda, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”, s. 61, http://uvf.ulakbim.gov.tr/uvf/index.php?cwid=9&vtadi=THUK&ano=230663_4916712acb0fb505a5a50d42ef278421, (ET: 29/10/2017).

³⁵ 07.11.2012 tarih ve 28460 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. (<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/>, ET: 29/10/2017)

tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile işveren tarafından talep edilebilecek ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri için dava açmadan önce madde kapsamında arabulucuya başvurulmasının zorunlu olacağı, bu çerçevede 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen “*Hizmet Sözleşmeleri*” (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı olarak kabul edildiğinden Kanunun 5. maddesinin bu tür uyuşmazlıkları iş mahkemelerinin görevine dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁶

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 11. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasında değişikliğe gidilmesi öngörülmektedir. Buna göre, “*İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi halinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir.*”³⁷ 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinde işe iade talebiyle açılacak davalar düzenlendiği için, Kanunda yapılan düzenlemeye uyum sağlamak amacıyla yukarıda belirtilen maddede zorunlu olarak değişiklik yapılmaktadır. İşe iade talebiyle dava açmak için 4857 sayılı Kanunun 20. maddesinde öngörülen bir aylık süre, yapılan değişiklik ile arabulucuya başvurmak için kabul edilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla işe iade talep eden işçi, fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde arabulucuya başvurmak zorunda olacaktır.³⁸

3. Zorunlu Arabuluculukta Yetki ve Arabulucu Seçimi

7036 sayılı Kanunda zorunlu arabuluculuğa başvurunun şekil ve şartları

³⁶ Gerekçe için bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf, (ET:29/10/2017).

³⁷ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 38/1-a maddesi uyarınca 11. madde hükümleri 01/01/2018 tarihinde yürürlüğe girecektir

³⁸ Kanuna göre, dava açma süresi tutanağın tebliğinden itibaren başlamış sayılacaktır. Ancak, tarafların bizzat görüşmelerde bulunmaması halinde sürenin ne şekilde başlayacağı düzenlenmemiştir. Uygulamada hak kaybına sebep olunmaması için bu halde Kanaatimizce tutanağın işçiye tebliğinden itibaren sürenin başlaması gerektiğine dair bir düzenleme yapılması düşünülmelidir.

düzenlenmektedir. Kanunun 3/5. maddesine göre, “Başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır.” Kanunun bu maddesi düzenlenirken 6100 sayılı HMK’nun 6. maddesi ile Mülga 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesinin göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır.³⁹

Kanunda kimlerin arabulucu olarak görev yapabileceği ve arabulucunun ne şekilde belirleneceği de düzenlenmektedir. Kanunun 3/4. maddesine göre, “Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir.” Aynı Kanunun 3/6. maddesinde ise arabulucunun, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirleneceği, ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları halinde bu arabulucunun görevlendirileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla tarafların arabulucu konusunda anlaşamamaları halinde büro tarafından belirsizliğin giderilmesi amaçlanmıştır.

4. Arabuluculuk Süreci ve Sonuçlanması

Arabulucunun arabuluculuk faaliyeti süresince taraflar arasındaki uyuşmazlıkları anlaması ve çözümlerini kendilerinin üretebilmesine yardımcı olabilmesi için taraflarla görüşmesi ve iletişim kurması gerekmektedir. Zira, arabuluculuğun amacı gereği arabulucunun işlevi tarafları bir uyuşmazlığın çözümü bağlamında müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getirmek, onları sürekli bir diyalog halinde tutmaya yardımcı olmak ve kurulmuş olan müzakereleri canlı tutmaktır.⁴⁰ Buna göre, Kanunda da arabulucunun her türlü iletişim vasıtasını kullanarak tarafları görevlendirme konusunda bilgilendirmek ve ilk toplantıya davet etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.⁴¹

³⁹ 6100 sayılı HMK’nın 6. maddesine göre, “Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.” Mülga 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 5. maddesine göre, “İş mahkemelerinde açılacak her dâva, açıldığı tarihte dâva olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz.”

⁴⁰ TANRIVER, Armağan, s. 646.

⁴¹ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesine göre, “Taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder.” Arabulucunun tarafları nasıl ve ne şekilde davet edeceği belirsizdir. 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun 1. maddesine göre tebligat yapabilecek kurum/kuruluşlar

Kanunun 3/8. maddesine göre, “Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar.” Bu belgenin tutulması ile taraflar arasındaki arabuluculuk süreci başlayacaktır. Sürecin başlaması zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin belirlenmesi bakımından da önemlidir. Nitekim, Arabuluculuk Kanunu’nun 16., Yönetmeliği’nin 20. maddesine göre; “Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.”

Aynı düzenlemeye Kanunun 3/9. maddesinde yer verilmektedir. Buna göre, “Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.” Böylelikle tarafların sürecin başlaması hususunda arabuluculuk merkezine başvurması ile birlikte arabulucunun tarafların anlaşmasını öngören tutanağı tutması sonucu zamanaşımı ve hak düşürücü süreler duracaktır.⁴²

Kanunun 3. maddesine göre, “Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.” Dolayısıyla arabulucuya tanınan süre en fazla 1 aydır. Madde gerekçesinde belirttiği üzere üç haftalık süre, arabulucunun büro tarafından görevlendirildiği tarihten başlatılacaktır. Zorunlu hallerin süre uzatılmasını gerektirip gerektirmediğini belirleme yetkisi ise arabulucuya verilmektedir.⁴³ Kanaatimizce taraflara çıkarılan tebligat sürecinde yaşanabilecek olası sıkıntılar, tarafların birden çok görüşme yapmak istemesi ihtimali, iş davalarına konu olan alacak kalemlerinin fazla sayıda olması dikkate alındığında tarafların anlaşması için tanınan sürenin azlığı ortada ortadadır. Sürenin arttırılması halinde Kanunun yayımlanarak uygulamaya geçilmesi sonrası uygulamada doğacak sıkıntıların çözülmesi daha

belirlidir. Kanaatimizce, Kanunda davete icabet etmemenin sonuçlarının ağır olacağı ve hak kaybına sebebiyet vereceği anlaşıldığından arabulucu tarafından yapılacak davetin ayrıntılı şekilde Kanuna işlenmesi gerekmektedir.

⁴² ODAMAN/KARAÇÖP, s. 61, http://uvf.ulakbim.gov.tr/uvf/index.php?cwid=9&vtadi=THUK&ano=230663_4916712acb0fb505a5a5Od42ef278421, (ET: 29/10/2017)

⁴³ OĞUZ, s. 80.

kolay olacaktır. Bu sebeple Kanunda arabulucuya tanınan sürenin zorunlu hallerde uzatılması ile sürecin daha uzun (*örneğin zorunlu haller hariç 2 ay, zorunlu hallerde uzatılarak en çok 3 ay olarak*) belirlenmesi uygun olacaktır.

Kanunun 3/11. maddesinde ise arabuluculuk sürecinin ne şekilde sonlandırılacağı belirtilmiştir. Madde metnine göre, *“Arabulucu, taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması hallerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirir.”*

Bu aşamada tarafların aralarında anlaşması durumunda düzenlenecek tutanağın niteliği önem taşımaktadır. 6325 sayılı HUAK'nun 1/2 maddesine göre, *“Bu Kanun, yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.”* hükmü düzenlenmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, tarafların anlaşması durumunda imza altına alınacak arabuluculuk belgesinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda yahut mevzuatta belirtilen amir hükümler aleyhine düzenlemeler içermeyeceği tartışmasızdır.⁴⁴ 6325 sayılı HUAK'nun 18. maddesine göre, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebileceklerdir. Aynı maddeye 7036 sayılı Kanunun 24. maddesi ile eklenen düzenlemeye göre, dava açılmadan önce taraflarca arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, *“arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden”* talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilecektir. 7036 sayılı Kanunun 24. maddesi ile eklenen 6325 sayılı HUAK'nun 18/4 maddesine göre, *“Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.”*; anılan Kanunun 18/5. maddesine göre ise *“Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.”*

⁴⁴ “...işveren ve işçi arasında, işçilik alacakları konusundaki uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih ve ibra beyanının içeriği dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlemişlerdir. Alınan bu ibra niteliğindeki tutanak, tarih ve içeriği itibari ile arabuluculuğa ve niteliği itibari ile de cebri icraya elverişli değildir.”, Bkz. Y9HD., 2016/25300 esas, 2016/ 21744 karar sayılı 08.12.2016 tarihli ilamı, (www.kazanci.com, ET: 02/11/2017).

5. Arabulucu Ücretinin Belirlenmesi

Arabulucuların yüklenmiş oldukları görev, ihtilâflı taraflar arasında yapılan özel hukuk sözleşmesinden (arabuluculuk sözleşmesinden) kaynaklanmakta olup, arabulucular serbest meslek faaliyeti icra etmektedir.⁴⁵ Nitekim, HUAK'nun 7. maddesinde arabulucuya verilecek ücret ve arabulucunun yapacağı masrafların istemesi hususlarında düzenleme yapılmıştır.⁴⁶ 7036 sayılı Kanunda da arabulucunun ücretinin ne şekilde belirleneceği düzenlenmiştir. Kanunun 3/13. maddesine göre, *“Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları halinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin⁴⁷ eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, Tarifinin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz.”* Buna karşılık Kanunda arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaları durumunda arabuluculuk görüşmelerinin ilk iki saatlik bölümünün Hazinesinden, iki saati aşan kısmının ise aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanacağı, Hazinesinden karşılanan ve taraflarca ödenen arabuluculuk ücretinin ise yargılama giderlerinden sayılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Hazine tarafından ve taraflarca ödenen arabuluculuk ücreti yargılama gideri olarak kabul edilecek ve yargılama sonucunda yargılamayı kaybeden taraftan bu ücret tahsil edilecektir. Böylelikle tarafların arabuluculuk aşamasında anlaşmaya varmalarının teşvik edildiği de Kanunun ilgili düzenlemesinden açıkça anlaşılmaktadır.⁴⁸

Diğer yandan, Kanunun 3/12. maddesine göre, *“Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları*

⁴⁵ ÖZBEK Mustafa, “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili”, <http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/arabuluculuk-asgari-ucet-tarifesinin-tahlili>, (ET: 02/11/2017)

⁴⁶ 6325 sayılı HUAK'nun 7. maddesine göre, *“Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır. Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz. Bu yasağa aykırı işlemler batıldır.”*

⁴⁷ 2017 yılı Arabuluculuk Ücret Tarifesi ve ekleri için bkz. <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/tarife.html>, (ET:02/11/2017)

⁴⁸ ODAMAN/KARAÇÖP, s. 63, http://uvf.ulakbim.gov.tr/uvf/index.php?cwid=9&vtadi=THUK&ano=230663_4916712acb0fb505a5a5_0d42ef278421, (ET: 02/11/2017).

yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.” Madde gerekçesinde bu husus arabuluculuk sürecine geçerli bir mazeret göstermeksizin katılmayan işverenin, davada haklı çıksa bile, yargılama giderlerinin tamamını ödemek zorunda kalacağı örneği verilmek suretiyle açıklanmaktadır. Doktrinde, bu düzenlemenin sırf Kanunun zorunluluk olarak öngörmesi sebebiyle göstermelik arabuluculuk faaliyetlerinin yapılmasını önlemek amacıyla düzenlendiği belirtilmektedir.⁴⁹

Günümüzde işçilerin belirlenen haftalık mesai sürelerinden fazla çalışması ve kendilerine avukat sağlayacak ekonomik durumdan yoksun olmaları sebebiyle kendilerini temsil ettirememelerinden kaynaklı olarak kendi davalarını bile takip edememeleri söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce, Kanunda geçerli mazeret kavramından bahsedilerek gelmeyen taraf yönünden ağır sonuçlar *öngörüldüğünden* geçerli mazeret kavramından ne anlaşılması gerektiği, hangi durumlarda geçerli mazeretin kabul edileceği, mazeretin geçerli olarak kabul edilmemesi halinde hangi yere ne şekilde başvuru yapılabileceği düzenlenmesi gereken hususlar olarak ortaya çıkmaktadır.

Taraflardan ekonomik olarak dezavantajlı olan işçi bakımından bir diğer önemli düzenleme ise Kanunun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metnine göre, *“6325 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir....(3) Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda 12/01/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ila 340 ıncı maddeleri kıyasen uygulanır.”* Arabuluculuk ücretiyle giderler bağlamında adli yardım hükümlerine başvurulabilmesi ilerleyen süreçte arabuluculuk kurumuna herkesin başvurabileceği kadar yaygınlaşmasını sağlayacaktır.⁵⁰

V. Sonuç

Alternatif uyuşmazlık yöntemlerinden biri olarak sayılan arabuluculuk Türkiye’de 2013 yılı itibarıyla mevzuatta düzenleme alanı bularak uygulanmaya başlanmıştır. HUAK’na göre, mesleğinde en az 5 yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu kişiler, akredite edilmiş eğitim kurumlarından almış oldukları arabuluculuk eğitimi sonucu Bakanlıkça yapılan sınavı kazanmaları ve arabulucular siciline kayıt olmaları halinde arabulucu olarak görev yapmaktadır. Hali hazırda arabuluculuk sistemi yönünden ihtiyarilik prensibi kabul edilmiştir. İş Mahkemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte taraflar belirli davalar hariç olmak üzere arabuluculuk yoluna müracaat etmek zorunda kalacaklardır.

⁴⁹ OĞUZ, s. 82.

⁵⁰ TANRIVER, Armağan, s. 646.

Günümüze kadar uygulanmaya çalışılan arabuluculuk sistemine tarafların başvurma konusunda çekinceli oldukları bilinen bir gerçekliktir. Bu çekincenin altında ise mahkemeye gidilerek açılan dava sonucu hâkim tarafından verilen kararın daha doğru ve adil olacağı düşüncesinin, arabulucu olarak belirlenen kişinin adli davranmayacağı şeklindeki ön yargıların, arabuluculuk sistemi hakkında yetersiz bilgi sahibi olunmasının, taraf vekillerinin arabuluculuk sistemine katılma yönünde bulunan isteksizliğin olduğu düşünülebilir.

Bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk sisteminin fayda sağlayıp sağlamayacağı tartışılmıştır. Ülkemizde dava yolu ile çözümüne gidilmeye çalışılan iş uyuşmazlıkları işçi açısından büyük bir ekonomik yük getirmesi ve uzun sürede sonuçlanması nedeniyle yorucu bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca çalışmamızda istatistik bilgileri verildiği üzere iş davalarının tüm uyuşmazlıklar arasında ciddi bir oranı kapladığı tartışmasıdır. Diğer yandan arabuluculuk yönteminin uygulamadaki sonuçlarına ilişkin veriler Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından açıklanmıştır. Buna göre, 2013 yılı Kasım ayında ilk arabulucunun sicile kaydedilmesiyle başlayan uygulama sürecinde, bugüne kadar arabulucuya götürülen hukuk uyuşmazlıklarının yüzde 89'unun işçi-işveren uyuşmazlığı olduğu ve bunların yüzde 93'e yakın oranda anlaşmayla sonuçlandığı görülmüştür. Arabulucuya giden iş uyuşmazlıklarının yaklaşık yüzde 95'i bir gün veya bir günden daha az süren müzakerelerle sonuçlandırılmıştır.

İş Mahkemeleri Kanununun arabuluculuğa ilişkin düzenlemesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte iş uyuşmazlıkların kısa sürede çözümleneceğini, yerel ve yüksek mahkemelerin önlerine gelen iş yükünün azalacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Gönüllülük esası yerine Kanunda düzenleme alanı bulan zorunlu arabuluculuk sistemine ilişkin hükümlerin eleştirileceği düşünülse de, bu sistem ile gizlilik prensibi içinde ekonomik masraf getirmeden, çabuk ve etkili bir şekilde tarafların iş uyuşmazlıklarına çözüm getirilmesi halinde hem sisteme olan güvenilirlik artacak hem de ülkemizde alternatif çözüm yollarına başvuru kültürü oluşacaktır. Nitekim uyuşmazlığın çözümü, belirlenen arabulucu eşliğinde tarafların ortak katılım sergileyerek verdikleri kararın neticesinde olacaktır.

Çalışmamızda İş Mahkemeleri Kanununun ülkemizdeki iş uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik getirmesi düşünülen faydalara ve Kanunda eksik olduğu düşünülen bir takım hususlara değinilmeye çalışılmıştır. Temennimiz, Kanunun yürürlüğe girmesiyle işçi ve işveren arasındaki iş uyuşmazlıklarının mevcut durumdan ileri seviyede adil ve etkili bir şekilde çözülmesidir.

Kaynakça

- AKÇA** Çağatay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Arabuluculuk ve Uzlaştırma”, Hukuk Gündemi, Makaleler, 2009,
- AKSU** Özge, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü (İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
- BULUR** Alper, “Avukatlık Kanunu M. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, TBBD, S. 89, Y. 2010,
- GÜZEL** Ali, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!, Çalışma ve Toplum, 2016/3, (s. 1131-1146),
- KALEM** Seda, “Bir Yargısal Alan Kurgusu Türkiye’de Arabuluculuk Kurumunun Ortaya Çıkışı ve Gelişmeleri”, VI. Ulusal Sosyoloji Kongresi, Ekim 2009,
- KARACABEY** Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, TBB Dergisi, 2016 /1, (s. 457-490),
- KEKEÇ** Elif Kismet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2011,
- KURU** Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul 2015,
- ODAMAN** Serkan/**KARAÇÖP** Eda, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”,
http://uvt.ulakbim.gov.tr/uvt/index.php?cwid=9&vtadi=THUK&ano=230663_49167_12acb0fb505a5a50d42ef278421, (ET: 29/10/2017),
- OĞUZ** Özgür, Türk İş Hukuku’nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Legal Yayıncılık, Mart 2016,
- ÖZBAY** İbrahim, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VIII, S.3-4, 2004,
- ÖZBEK** Mustafa, “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBBD, S. 68, 2007, (s. 265- 320)
- ÖZBEK** Mustafa, “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili”, <http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/arabuluculuk-asgari-ucet-tarifesinin-tahlili>, (ET: 02/11/2017)
- ÖZBEK** Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013,

- ÖZDEMİR** Eda Manav, İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum, 2015/4 , (s. 185-222),
- ÖZDEMİR** Olgu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 74 (Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN'a Armağan Özel Sayısı), İstanbul 2016, (s.601- 616),
- ÖZMUMCU** Seda, "Arbulucunun Rolü", İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, Y. 2013, (s.1369-1390),
- PEKCANITEZ** Hakan/**ATALAY** Oğuz/**ÖZEKES** Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayıncılık, 3. B, Ankara 2015,
- SUBAŞI** İbrahim, Toplu İş Hukukunda Arbuluculuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2001,
- ŞİŞLİ** Zeynep, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, Ankara Barosu Dergisi, C.2, 2012, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/02.pdf> , (ET: 29/10/2017)
- TANRIVER** Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arbuluculuk", TBBD, S. 64, 2006, (s. 151-176),
- TANRIVER** Süha, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Kitapevi, Ankara 2009,
- TUĞSAVUL** Melis Taşpolat, Türk Hukukunda Arbuluculuk, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012,
- YENİSEY** Kübra Doğan, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, <http://tisk.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/is-hukuku-mahkemeleri-kanunu-tasarisi.pdf>, (ET:29/10/2017).