



**İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**

**Journal of the Faculty of Law of İnönü University**

**Cilt : 4 – Sayı : 1**  
**Ocak – Haziran 2013**

**Vol. : 4 – No : 1**  
**January – June 2013**

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası  
Kapak Tasarım Okt. Fehmi KOLÇAK

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80 Fax : +90 422 377 46 81

[www.inonu.edu.tr/hukuk](http://www.inonu.edu.tr/hukuk)

[www.inonu.edu.tr/hukukdergi](http://www.inonu.edu.tr/hukukdergi)

e-posta : hukuk@inonu.edu.tr

**İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

|  |   |
|--|---|
| <i><b>İnönü Üniversitesi<br/>Hukuk Fakültesi Dergisi</b></i>   | <i><b>Journal of the Faculty of Law<br/>of İnönü University</b></i>   |
| <i><b>Sahibi</b></i><br>Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK  | <i><b>Owner</b></i><br>Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK  |
| <i><b>Sorumlu Yazı İşleri Müdürü</b></i><br>Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK                                    | <i><b>Responsible Chief Editor</b></i><br>Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK   |
| <i><b>Editörler</b></i><br>Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK<br>Prof.Dr.Hakan KARAN<br>Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER    | <i><b>Editors</b></i><br>Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK<br>Prof.Dr.Hakan KARAN<br>Assist.Prof.Dr..Hayri KESER        |
| <i><b>Yayın Kurulu</b></i><br>Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK<br>Prof.Dr.Hakan KARAN<br>Yrd.Doç.Dr.Hayri KESER | <i><b>Editorial Board</b></i><br>Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK<br>Prof.Dr.Hakan KARAN<br>Assist.Prof.Dr.Hayri KESER |

**ISSN: 2146-1082**

**İnönü Üniversitesi Hukuk Fakülte Dergisi Yılda 2 Sayı Olarak  
Yayımlanan ve ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi)  
Ulusal Hukuk Veri Tabanında 2010 Yılından İtibaren Taranmakta  
Olan Hakemli Dergidir.**

**Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.  
Fakülteyi bağlamaz**

## Danışma Kurulu / Advisory Board

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| Prof.Dr. Arslan KAYA            | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi         |
| Prof.Dr. Bilge ÖZTAN            | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR      | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr. Erol ULUSOY            | İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.  |
| Prof.Dr. Fatih UŞAN             | Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof.Dr. Fırat ÖZTAN            | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Prof.Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU  | İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi            |
| Prof.Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU  | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr. Hakan KARAN            | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr. İsmail KIRCA           | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK          | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr. Mustafa AKAY           | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Prof.Dr. Muharrem ÖZEN          | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr. Mehmet DEMİR           | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr. Mertol CAN             | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Prof.Dr.Oguz Kürşat ÜNAL        | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Prof.Dr. Süha TANRIVER          | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr. Şahin AKINCI           | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr.Tekin MEMİŞ             | İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi   |
| Prof.Dr.Vahit DOĞAN             | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Prof.Dr. Vedat BUZ              | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR        | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof.Dr. Zarife ŞENOCAK         | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Doç.Dr.Devrim GÜNGÖR            | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Doç.Dr. Mehmet ÖZDAMAR          | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Doç.Dr. Hayrettin ÇAĞLAR        | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Doç.Dr. Murat ATALI             | Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Doç.Dr. Müslüm AKINCI           | Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Doç.Dr. Süleyman BAŞTERZİ       | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Doç.Dr. Tamer BUDAK             | İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi            |
| Yrd.Doç.Dr. Burak ÖZTÜRK        | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Yrd.Doç.Dr. Hamdi PINAR         | Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Yrd.Doç.Dr. İsmail ERBAY        | İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi            |
| Yrd.Doç.Dr. M.Ayhan TEKİNSOY    | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Yrd.Doç.Dr. Oğuz Sadık AYDOS    | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |

## İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

- 1- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
- 2- Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
- 5- Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
- 6- Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, bir diskette bir nüsha A4 boyutunda bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır. Ayrıca yazılar, hukuk@inonu.edu.tr adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.

- 9- Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.  
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
- 10- Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
- 11- Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
- 12- Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:  
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
- 13- Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
- 14- Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
- 15- Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

## İÇİNDEKİLER

|  |         |
|--|---------|
| <b>Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU</b><br>Alevilik ve Yeni Anayasa (Anayasal Perspektif).....  | 1-34    |
| <b>Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN</b><br>Elektrik Piyasasında TRT Payı Ödenmesi Konusundaki Hukuki Gelişmeler .....  | 35-60   |
| <b>Doç.Dr. Beşir Fatih DOĞAN</b><br>TEİAŞ'ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu.....  | 61-84   |
| <b>Yrd.Doç. Dr. Necat AZARKAN</b><br>Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 01.03.2011 tarih ve C-236/9 Sayılı Kararı<br>Işığında Sigorta Primi Hesaplanmasında Cinsiyetin Aktüeryal Bir Faktör Olarak<br>Ele Alınması Üzerine Bir Değerlendirme ..... | 85-128  |
| <b>Yrd. Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS</b><br>Vakfın Sona Ermesi .....  | 129-154 |
| <b>Yrd. Doç . Dr. Semih Serkant AKTUĞ – Uğur ÇELİK</b><br>Avrupa Birliği ve Avrupa Birliği İş Hukukunun Kaynakları ve Temel Özellikleri.....   | 155-182 |
| <b>Yrd. Doç. Dr. Hüseyin YILDIZ</b><br>Türkiye'de Parlamentarizm Uygulamaları .....  | 183-216 |
| <b>Yrd. Doç. Dr. Joseph ZAND</b><br>Savaş Hukuku ve İç Savaşın Etkilerine Yönelik İlk Yasal Düzenleme Girişimlerinin<br>Değerlendirilmesi.....   | 217-264 |
| <b>Yrd. Doç. Dr. Güneş Okuyucu ERGÜN</b><br>Bilirkişi Raporu Üzerinde Gerçekleştirilen Sahtecilik Fiillerinin Niteliği .....   | 265-274 |
| <b>Yrd. Doç. Dr. Kadir GÜRTEK</b><br>Receptum Nautarum .....   | 275-294 |
| <b>Dr. Dilşat YILMAZ</b><br>İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. Maddesine İlişkin Bir Değerlendirme .....   | 295-310 |
| <b>Ahmet Fatih ÖZKAN</b><br>Hakim Durumundaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki<br>Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirel Bir<br>Değerlendirmesi.....                                     | 311-350 |
| <b>Hüseyin ŞİK</b><br>1982 Anayasası'nda Milletvekili Seçilme Yeterliliği ve Mukayeseli Hukuktaki<br>Durum .....   | 351-400 |

## CONTENTS

|  |         |
|--|---------|
| <b>Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU</b><br>The Alevism and The New Constitution (Constitutional Perspective).....   | 1-34    |
| <b>Assoc. Prof. Dr. Beşir Fatih DOĞAN</b><br>Legal Development About TRT Share in Electricity Market .....   | 35-60   |
| <b>Assoc. Prof. Dr. Beşir Fatih DOĞAN</b><br>The Penal Clauses of Suttability of Law Was Applied by TEIAS .....  | 61-84   |
| <b>Assist. Prof. Dr. Necat AZARKAN</b><br>An Assesment in The Light of The Decision of The European Union Court of<br>Justice Dated 01.03.2011 and C-236/9 Addressing Gender as an Actuarial Factor in<br>The Calculation of The Insurance Premium ..... | 85-128  |
| <b>Assoc. Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS</b><br>Termination of Foundation .....  | 129-154 |
| <b>Assoc. Prof. Dr. Semih Serkant AKTUĞ – Uğur ÇELİK</b><br>European Union Law and The SOURCES of European Union Labour Law and Basic<br>of Features .....   | 155-182 |
| <b>Assoc. Prof. Dr. Hüseyin YILDIZ</b><br>Parliamentarism Applications in Turkey .....   | 183-216 |
| <b>Assoc. Prof. Dr. Joseph ZAND</b><br>An Evaluation of Early Codification Attempts of The Laws of War and The<br>Influence of Civil War .....   | 217-264 |
| <b>Yrd. Doç. Dr. Güneş Okuyucu ERGÜN</b><br>Nature of The Acts of Forgery on Expert Reports .....  | 265-274 |
| <b>Assoc. Prof. Dr Kadir GÜRTEN</b><br>Receptum Nautarum .....   | 275-294 |
| <b>Dr. Dilşat YILMAZ</b><br>An Evaluation Related to The 12TH Article of Administrative Jurisdiction<br>Procedural Act .....   | 295-310 |
| <b>Ahmet Fatih ÖZKAN</b><br>A Critical Analysis of The Draft Guidelines on The Assessment of Abusive<br>Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings .....  | 311-350 |
| <b>Hüseyin ŞİK</b><br>Eligibility to be Elected as a Member of Parliament Within The Constitution of<br>1982 & Its Situation at The Comparative Law .....  | 351-400 |



## ALEVİLİK VE YENİ ANAYASA (ANAYASAL PERSPEKTİF)

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU\*

### ÖZET

Günümüzde sadece Türkiye’de değil, dünyanın belirli ülkelerinde de kendisini hissettiren önemli sorun alanlarından birisi de Aleviliktir. Konunun iyice anlaşılabilmesi için doğru kaynaklara inilmesi ve bunların nesnel olarak analiz edilmesi gerekmektedir. Konumuz, bu yazıda iki bölüm halinde ele alınmıştır. Birinci bölümde konunun anayasal açıdan gerçek boyutu ve geçirdiği süreç analiz edilmeye çalışılmış, ilgili kavramlar ve çeşitleri belirtildikten sonra, konunun köşe taşı olan Hz. Ali’nin Devlet Başkanı (Halife) olması nedeniyle *dönemin seçim sistemi* irdelenmiş, ardından Şii, Harici ve Sünni mezhepleri analiz edilmiştir. Bu üç mezhebin, *seçim sistemi* konusundaki görüşleri konumuz açısından son derece önem arz etmektedir. İran, Irak ve Azerbaycan’da daha kalabalık olan *Caferilik* ve Yemen’de daha yoğun olarak yaşayan *Zeydilik* grupları ile Mısır’da bir devlet kurmuş bulunan *Fatımiler* konumuz bağlamında analiz edilmiş, bu mezheplerin sünnilikten farklı yönleri saptanmaya çalışılmıştır. Birinci bölümde, tarihsel dönemler itibariyle de konu aydınlatılmaya çalışılmış, *Emeviler ve Abbasiler* döneminde Şiiliğin yapısı karşılaştırmalı olarak saptanmaya çalışılmış, *Osmanlılar* dönemi ve *Anadolu Aleviliği ile konu noktalanmıştır*. İkinci bölümde yeni anayasa taslaklarında ve çalışmalarında Alevilik ve Diyanet İşleri Başkanlığı konusundaki görüşler incelenmiştir. Alevilik konusunda yeni anayasada nelerin yapılabileceği tartışılmaya değer bir konudur.

**Anahtar Kelimeler:** Din ve inanç özgürlüğü, Şiilik, Alevilik, Sünnilik, Hz. Ali, halifelik, seçim sistemi, mezhep, Diyanet İşleri Başkanlığı.

---

\* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

## THE ALEVISM AND THE NEW CONSTITUTION (CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE)

### **Abstract**

Alevism is one of the major problems not only in Turkey but the certain districts of the world. In order to understand the subject thoroughly, should be analyzed objectively and tracking back to the proper sources. In this article, the actual size of the constitutional aspects of the subject and his process were analyzed. The electoral system of the period examined which is the cornerstone of the subject The Caliph Ali on the grounds that after specifying the concepts and types of Alevism. The sects of Islam Shia, Sunnis and Kharijites are analyzed after examination of the electoral system. The electoral system in terms of views on the topic these three sects are utmost importance. Caferilik is more numerous in the Iran, Iraq and Azerbaijan and Zeydiis are more intense group in Yemen and the Fatimis established a government in Egypt has been analyzed to determine the different aspects of these from Sunni sect. Subject of historical periods was tried to clarify, to establish to the structure of the Shia in the period of Umayyads and the Abbasids, and analised of the Ottoman period and tried to reach a conclusion after the analise of the Anatolian Alevism.

**Keywords:** Freedom of religion and faith, Shiism, Alevism, Sunnism, Hz. Ali, caliphate, the electoral system, sect, Presidency of Religious Affairs.

### **I. ALEVİLİK**

#### **A. GİRİŞ**

Mevcut Anayasanın 2, 24 ve 174 üncü maddeleri bağlamında, Türk anayasa hukukunun en çok tartışılan konularından biri laikliktir. Anayasayı yorumlama yetkisinin çoğunlukla tekelinde olduğu Türk Anayasa Mahkemesi de, laiklik konusunda epey karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında yorumlanan laiklik, akademik tezlere konu olmuş, Mahkeme kararlarının lehinde ve aleyhinde çok yazı kaleme alınmıştır. *Laiklik* kavramıyla doğrudan veya dolaylı bağlantılı olan

Alevilik konusunda, anayasal açıdan da durulması gerektiği kanısındayız. Laiklik kavramı yanında, Türk anayasa hukuku tarihinde *seçim* kuram ve olgusunun da analizinde yarar görmekteyiz. Seçim kuram ve olgusu bizi doğrudan demokrasi kavramına götüreceğinden bu yazı, demokrasinin kökenleri ile de ilgilidir. Bu makalede odaklanan bir başka kavram da *mezhep* olmuştur. Mezheplerin seçim teori ve uygulamasıyla ilgili görüşleri burada irdelenmiştir. Bu yazıda, asırlar boyu toplumlarımızı kemiren Alevilik sorununun *temeline* inildiği gibi geçirdiği *aşamalar* da ihmal edilmemiştir.

### 1. Kavram

*Mezhep* kelimesi *sözlükte* gitmek, takip etmek veya gidilen yol demektir. Mecâzi olarak da, görüş, kanaat, inanç ve doktrin anlamlarına gelir. Terim olarak mezhep, İslâmî bilgi kaynaklarından faydalanılarak, meseleleri anlama ve değerlendirme konusunda, hukukçuların usul ve esaslarda meydana getirdikleri farklılıklara denilir. Mezhep, bir İslâm hukuku metodolojisi konusudur; istinbat (hüküm çıkarma) konusundaki farklılıklardır.<sup>1</sup> Sahabe devrinden itibaren gelen ihtilafların nedeni nasları (ayet-hadis) bilmemek, farklı yorumlamak ve değişik anlayışlara sahip olmaktır. İlk tabiûn devrindeki çevre ve üstad farkları da ihtilafa sebep oluyordu. Son tabiûn devrinde ise, özellikle yöntem, *icthâat* ve *prensiplerde* ihtilaf vardır. Müçtehid imamlar devrinde henüz mezhepler teşekkül etmemişti. Ebu Yusuf (731-798) ve Muhammed (749-805), hocaları olan Ebu Hanife'ye bazen muhalefet ediyorlar ancak Ebu Hanife (699-767)'de bunu doğal karşılıyordu. İnsanlar arasındaki düşünce ihtilafı, konunun derin oluşu; arzu, istek ve mizaçların farklılığı, ölçülerin ayrı oluşu, eskileri taklit geleneği, anlayış ayrılığı, baş olma, hükmetme arzusu gibi nedenlerden doğmaktadır. İslâm toplumundaki anlaşmazlığın nedenleri şöyle özetlenebilir; Arap ırkçılığı ihtilafın önemli bir nedenidir. Emevî kabilesi ile Haşimî kabilesi arasındaki ihtilaf, geçmişte az zararlı olmamıştır. Mudar kabilesine karşı Haricilerin büyük ekseriyetinin Rabia

<sup>1</sup> Zeydan, Abdulkerim, *el-Medhal li diraseti 'ş-Şeriatî'l-İslamiyye*, XI B. Beyrut, 1990, s. 130.

kabilesinden olması da burada hatırlanmalıdır. Bir diğer neden, hilafet tartışmalarıdır. Müslümanların, kâdim dinlerin mensuplarından pek çoğuna (İran, Roma) komşu olmaları da kültürel zenginlikle birlikte, anlaşmazlık getiriyordu. Felsefenin tercüme edilmesi, asırlardır kesin netice elde edilmemiş sorunlarla uğraşmak, asılsız hikayeler, müteşabih ayetlerin değişik yorumları ve dinî hükümler çıkarmadaki yöntem farklılıkları çekişmelere yol açabiliyordu<sup>2</sup>.

*Şia* kelimesi topluluk veya taraftar, *Şii kelimesi* ise Şia grubuna mensup anlamında olup, Hz. Ali (599-661) taraftarlarına verilen isimdir. Bu grup, Hz. Osman devrinde ortaya çıkmış olup, Şiiler, Hz. Peygamber, halifeyi tayin etmiştir ve bu da Hz. Ali'dir diyen gruptur<sup>3</sup> Alevi ise, Ali kelimesinden türeyen Arapça bir kelime olup, Hz. Ali'ye mensup olan kişi demektir. Bu konu ile ilgili olarak *Şia*, *Şii* ve *Alevi* kavramları yanında *Kızılbaş*, *Bektaşî*, *Osmanlı Safevî İlişkileri*, *Safevî İslamı olarak Alevilik* gibi kavramlar da konumuzla bağlantılı ise de burada bu konulara girilmeyecektir. *Alevilik* ile *Şiilik* aslında farklı kavramlar olup, bu iki kavram daha sonra temasa geçmişlerdir.

## 2. Kapsam

Bu araştırmada anayasal açıdan konunun kökenine inilmeye çalışılmış, dönemin seçim sistemi ve ekolleri (mezhepleri) ışığında konuya yaklaşmıştır. *Avrupa Birliği İlerleme Raporlarında Alevilik*, *Avrupa Birliği'nin Alevileri azınlık şeklinde nitelemesi*, *Avrupa'da yaşayan Aleviler ve bunların çocuklarına verilecek din dersinin içeriği*, *Aleviler ve Türkiye'de zorunlu din dersleri*, *Diyanet İşleri Başkanlığının anayasal konumu* gibi konulara girilmemiştir. Bu çalışmada sadece Şianın çıkışı, Şianın geçirdiği dönemler ve konumuz bağlamında Anadolu Aleviliği incelenmeye çalışılmıştır. Bu yazının konusu İslam içi Şia'dır,

---

2 Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku. Ankara, 1946, s. 25 vd.

3 Şehristani, Muhammed, el Mîlel ve'n Nihal, Tahkik M. Seyyid Kilani, II. Baskı, Cilt I-II. Beyrut, 1975, Dar ül Ma'rife, C. I, s. 146 vd; Wellhausen, Julius, İslamiyetin İlk Devrinde Dini-Siyasi Muhalefet Partileri, Çev. Fikret İşıltan, Ankara, 1989, TTK Yayını, s. 89 vd.

İslam dışına çıkan Şiiler bu yazının kapsamı dışındadır ve ayrı bir çalışma konusudur.

### 3. Çeşitleri

Şiiler genel olarak *iki* kısma ayrılır; İslam dışı ve içi gruplar. *Birinci grup*, İslâm'ın (amentunun esaslarının) dışına çıkanlardır. Bunların bir kısmı, Abdullah b. Sebe'nin fırkasına dâhil olup, Hz. Ali'yi ilah kabul ederler. Bazı Şiiler ise *Hz. Ali, Hz. Muhammed'e benzediğinden dolayı büyük Melek Cebrail'in, yanlışlıkla vahyi Hz. Muhammed'e getirdiği* iddiasında bulunurlar. *Karga kargaya benzediği gibi Hz. Ali de Hz. Muhammed'e benziyordu* diyen bu gruba *Gurabiye* (Kargacılar) fırkası (partisi) denir. Şiilerin içerisindeki *Beyaniyye* grubu, iki ayrı ilaha, yer tanrısıyla gök tanrısına inanırlar. Şia'dan Muğiriye grubu daha ileri giderek, Hz. Ali'yi bir ilah olarak benimser. Hattabiye gurubu, Cafer Sadık'ı ilah olarak kabul eden gruptur. Şia'nın Keysaniyye grubu, *Hz. Ali ve oğulları hilafete en layıktır, Mehdi-i Muntazar, Muhammed Hanifiyyedir*, der. Şia'nın *İsmailiyye* grubu, Mısır'da *Fatımiler* devletini kurmuştur ki bunlara *Batıniyye* de denilir, Batıniler, gizli imamlara inanırlar. Bu birinci grubun tamamı, İslam dairesinin dışında olan gruptur.

Şia'nın *ikinci gurubu*, İslâm'dan dışarı çıkmayan fakat bazı farklı fikirleri olan gruptur ki bunlar iki tanedir, *Zeydiye ve İmamiyye (Caferiye)*. İmamiye veya *Caferiye* mezhebi günümüzde İran'ın resmi mezhebi olup ayrıca Irak ve Azerbaycan'da, *Zeydiye* mezhebi ise Yemen civarında yaşamaktadır.

İslam içi Şiilik ya siyasi, ya itikadi veya hukuki bir mezhep olabilir. Yani Şiilik üç kısma ayrılabilir; "*halifelik*" temelli olarak ortaya çıkan *siyasi açıdan Şiilik*; "*kader*" temelinde ortaya çıkan *itikadi bakımdan Şiilik*; "*davranışlar*" temelli olarak doğan *hukuki (fikhi) açıdan Şiilik*. Şiilik, tarih boyunca İslam içi ve İslam dışı versiyonları görülebilen çok geniş bir platformun ismidir. Şiilik siyasi, itikadi ve hukuki birer mezhep olarak irdelendiğinde de yekpare bir görüntü vermemektedir.

### 4. Seçim sistemleri

Hz. Peygamber'in dinle olduğu kadar dünya ile de bağlantılı görevleri vardı, O, bir devlet başkanı idi. Hz. Peygamber'in vefatından

sonra yerine kimin geçeceği sorun olmuştur. Kur'an'da, krallıklardan söz edilir: Fir'avn'un krallığı, Nemrut'un krallığı, Hz. Davud'un Krallığı, Hz. Süleyman'ın krallığı, Talut ve Callut'un krallığı gibi. Ama sahabe, *siyasi bir sözleşme* (imamet akdi) sonucunda, *Sakife Ben-i Saide* denilen çardakta, Hz. Ebubekr'i (572 – 634) Devlet Başkanı olarak seçmiştir. Hz. Ebu Bekir, Hz. Peygamber'in sülalesinden biri değildi. İlk dört Halife'den hiç biri de diğerinin usulü (altsoyu) ve fûruu (üstsoyu) değildi.

Hz. Ebubekir'in seçiminde dört grup (parti) görülmektedir; birincisi Muhacirler, ikincisi Ensar, üçüncüsü Müslüman olduğu halde Mekke'de kalanlar (Mekke Aristokrat grubu), dördüncüsü saltanat (monarşi, krallık) yanlısı olan grup. Bu son grup olan saltanat yanlıları, seçime karşıdılar ve hızla da gelişmişlerdir<sup>4</sup>.

Hz. Ali'ye göre hilafet, şu üç özelliği aynı anda taşıyan bir kişiye verilmeliydi, *Kureyş kabilesine mensup olmak, Haşimi ailesinden gelmek ve Hz. Peygamber'e yakın akraba olmaktı. Aynı anda* bu üç özelliği taşımayan bir kişi halife olmamalıydı. Kaldı ki, Hz. Peygamber'in yerine devlet başkanı olacak kişinin seçiminde bu kadar acele edilmemeliydi. Hz. Ali'nin bu görüşünü destekleyenler azınlıktaydı. Hz. Ali, bu kanısını, halife seçilen Hz. Ebu Bekir'e de belirtmiş, hilafetin kendisinin hakkı olduğunu ifade etmiş, O'na hemen biat etmemişti. Hz. Ali, Hz. Ebubekir'in halife seçilmesinden sonra yaklaşık 6 ay beklemiş, eşi ve Hz. Peygamber'in kızı olan Hz. Fatıma'nın (606–632) vefatından sonra O'na biat etmişti<sup>5</sup>

Esasen İslam hukukunda halife, "*İmamet (devlet başkanlığı) Sözleşmesi*" denilen *siyasi bir sözleşme* ile seçilir. Ebu Hanife, Serahsi (1009–1090), Kasani (ö.1191) gibi hukukçular, seçimin gerekli olduğunu

---

4 Macdonald, Duncan B. , Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory, New York, 1965, s. 8 vd.

5 Yıldız, Hakkı Dursun, "Hulefa-i Raşidin Devri", Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi, C. II: Hulefa-i Raşidin ve Emeviler, İstanbul, 1992, s. 30.

açıklamışlardır<sup>6</sup>. Buna göre hükümdarlık görevine ancak seçim yoluyla gelinebilir. İslam hukukunda *seçim yöntemi* üçe ayrılabilir;

*Birincisi*, Hz. Ebubekir'in ve Hz. Ali'nin seçildiği yöntem olan doğrudan halk tarafından devlet başkanının (halife) seçilmesidir.

*İkincisi*, *iki aşamalı seçim sistemidir; birinci aşamada bir önceki devlet başkanı (halife) kendisinden sonra gelecek olan hükümdarı ismen belli eder* ki buna halefîyet (cooptation) veya velayet-i ahd sistemi denilir. *İkinci aşamada* halk bu seçimi onaylarsa o kişi halife seçilmiş olur. Hz. Ömer, Hz. Ebu Bekir tarafından halifelîğe aday gösterilmiş, halk da *rızası* ile bunu onaylamıştır. Hz. Ömer'in halife seçilmesinde bu iki aşamalı seçim sistemi uygulanmıştır. Birinci halife Hz. Ebubekir'den sonra, ikinci halife Hz. Ömer'in seçilmesi fazla zor olmamış, Hz. Ebu Bekir'in aday gösterdiği Hz. Ömer, oyların çoğunluğuyla Devlet başkanı seçilmiştir.

*Üçüncüsü*, üç aşamalı bir yöntemdir. İlk aşamada bir önceki hükümdar bir kişiyi değil de birden fazla insanın olduğu bir Komiteyi (Heyet, Komisyon, Şura Meclisi) tayin eder. İkinci aşamada bu Komite kendi içlerinden veya dışarıdan birini hükümdar olarak aday gösterir. Üçüncü aşamada halk bu kişiyi seçerse o kişi hükümdar olur. Üçüncü halife Hz. Osmanın seçimi böyle olmuştur. Hz. Ömer vefat ederken altı kişilik bir Komite (Hz. Ali, Hz. Osman, Zübeyr, Talha, Sad b. Ebi Vakkas ve Abdurrahman b. Avf) seçmiş ve içlerinden veya dışarıdan birini halife seçmelerini önermişti. Bu altı kişinin yaptığı toplantılar sonucunda, Hz. Osman üçüncü halife seçildi. Üçüncü aşamada halk, rızasını Hz. Osman'dan yana kullanınca O, üçüncü halife oldu. Siyasi tansiyon Hz. Osman döneminde yükseldi; bunun nedenleri olarak şunlar sayılabilir: Bilginlerin (ulema) başkent Medine dışına çıkmış olması, Hz. Osman'ın

<sup>6</sup> Serahsi, Şemsüddin, *el-Mebsut*, C. I- XVI, İstanbul, 1983, Çağrı Yayınları, C. X, s. 93; Kasani, Alaüddin Ebu Bekir, *Bedâiu's-Sanai fi Tertibi's-Şerâi*. I-VII. Beyrut 1974, Darü'l-Kütübî'l-Arabî, C. VII, s. 16.

yumuşak tabiatlı oluşu, akrabalarına fazla düşkünlüğü ve onlara makam dağıtması<sup>7</sup>.

Hz. Osman'ın şehit edilmesinden sonra, *dördüncü halife olan Hz. Ali*, Hz. Ebu Bekir gibi tek dereceli bir seçimle, doğrudan halk tarafından seçilerek iş başına gelmişti<sup>8</sup>. *Hz. Ali*, Hz. Osman'ın şehit edildiği gün Cami'de, halife olarak biatı kabul etti<sup>9</sup>. Hz. Ali, kendisine karşı çıkan ve Halife olarak kabul etmiyen, silahlı muhalefet grubu olan *Hariciler'e* toleransla yaklaşmış ve "*Sizi öldürmeye kalkışmayız; savaşsanız ganimetten sizi men etmeyiz*" demişti<sup>10</sup>. Hz. Ali'yi, Medine ve çevresi Halife seçmişti ama Şam Valisi Muaviye bunun usulsüz olduğunu söyleyince, Hz. Ali ve Muaviye, Amr b. As'ı *hakem* olarak seçtiler. Hz. Ali ve Muaviye, hakemin, tarafları azlederek üçüncü bir kişiyi atama yetkisine sahip olduğunu daha önceden kabul etmişlerdi. Hakem Amr bin As, taraflardan biri olan Muaviyeyi *halife* olarak seçince, bu bir savaş nedeni oldu, taraflar savaştı (Sıffin Savaşı).

Hz. Ali'nin Cami'de namaz kılarken, Haricilerden biri tarafından şehit edilmesinden sonra hilafet, Muaviye tarafından *zorla* ele geçirildi ki buna *istila yoluyla hilafet* veya *kahren hilafet* denilebilir. Muaviye'den sonra hilafet babadan oğula *irsen* sürdürüldü. İslam bilginleri (ulema), bu durumu istemeyerek (kerhen) ve zorlanarak (ikrahen) benimsemiş görüldü. Bir kısım Sünni ulema ise açıktan karşı çıktı<sup>11</sup>. Ulema, bu duruma haklı olarak itiraz etti zira Devlet Başkanlığı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, bunun *biat* (sadakat yemini, seçim) ile teyidi şarttı. Doktrine göre, *icap, kabul ve biat, Devlet Başkanlığı (İmamet)*

---

<sup>7</sup> Coulson, Noel J, "The State and The Individual in Islâmic Law", International and Comparative Law Quarterly, C. VI, 1957, s. 49.

<sup>8</sup> Macdonald, a.g.e., s. 22; Hamidullah, Muhammed, İslâm Müesseselerine Giriş, Çev. İhsan Süreyya Sırma, İstanbul, 1984, s. 119, 136; Hitti, Philip K. , Siyasî ve Kültürel İslam Tarihi, C. II. Çev. Salih Tuğ, İstanbul 1980, s. 311; Nizamülmülk, Siyasetname. Çev. M. Şerif Çavdaroğlu. Ty. İstanbul, s. 186.

<sup>9</sup> Brockelman, Carl (1992), İslam Ulusları ve Devletleri Tarihi, Çev. Neşet Çağatay, Ankara 1992, TTKY., s. 54.

<sup>10</sup> Tabliye, Kutub Muhammed, el İslam ve Hukuk ul İnsan, II. B., Kahire, 1984, s. 306

<sup>11</sup> Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I, İstanbul, 1986, s. 91; Macdonald, a.g.e., s. 22.



*Sözleşmesinin* üç esas koşuluydu. Ancak bu üç koşuldan sonra millet itaat altına girebilirdi<sup>12</sup>.

Bu hakem olayından sonra ortaya çıkan yeni muhalefet grubuna, *yoldan çıkanlar* anlamına gelebilen *Hariciler* denildi. Anayasa hukukunda liberal teoriye ait olan *iktidara karşı direnme* ve Marksist kurama ait olan *devrim* kavramına, bu dönemin anayasa hukuku literatüründe *huruc*, *kıyam veya veya huruc ales sultan* denilirdi. *Haricilerin* savunduğu bu görüşe göre, sünnete muhalefet eden İmama karşı *huruç etmek* mutlaka gereklidir<sup>13</sup>. Hakem olayına karşı çıkan, hükmü Allah'tan başkasının veremeyeceğini savunan bu görüş yanlıları, işi hakeme havale eden Hz. Ali, Muaviye ve hakem olan Amr b. As'ın öldürülmesine kadar varan ve bu kararı icraya kalkışan gruptur. Bazı hariciler devlet kurulmasına da karşıdirlar<sup>14</sup>. Devlet kurulmasını isteyen kimi hariciler, bir taraftan, halife seçiminde oldukça hürriyetçi düşünürken, diğer yandan da, kendilerinden olmayanı "tekfir (kâfir ilan etmek)" ederler<sup>15</sup>. Bunlar, gayrimüslimlere karşı toleranslı, müslümanlara karşı sert bir tutum içerisindedirler. Bugün, Umman ve Batı Trablus'ta yaşayan Hariciler vardır. Wellhausen (ö. 1917) ve Brockelmann'a göre (ö. 1956), tekfir yanlısı *Hariciler* ile ilahlık ve masumluk yanlısı *Şia*, esas itibariyle, hakem olayından sonra doğmuştur<sup>16</sup>.

*Hariciler, halifeyi tayin eden Allah'tır, gerçek Halife olan Hz. Ali, kendisinden şüphe ve işi hakeme havale ettiği için dinden çıkmıştır; Muaviye de hak etmediği halde halife olduğu için dinin dışına çıkmıştır, diyorlardı. Hariciler, Allah'tan başka, kimse hüküm veremez diyen, hakem olayını kabul eden herkesin dinden çıkmış olduğunu söyleyen ve bunların öldürülmesine fetva veren, büyük günah işleyen ve namaz kılmayanın*

12 Maverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib. el-Ahkâmü's-Sultâniye ve'l-Velâyâtü'd-Diniye, Beyrut, ty., : Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, s. 9; Özçelik, Selçuk, "İslam Hukukuna göre Hükümdarın Hukuki Durumu", Prof. Taner'e Armağan, İstanbul, 1956, s. 147.

13 Şehristani, a.g.e., C. I, s. 115.

14 Şehristani, a.g.e., C. I, s. 116; İbn Haldun, Abdurrahman b. Muhammed. Mukaddime, Beyrut, ty., Dârü'l-Cil, s. 112.

15 Coulson, a.g.m., s. 49.

16 Wellhausen, a.g.e., s. 24-25; Brockelman, Carl, İslam Ulusları ve Devletleri Tarihi, Çev. Neşet Çağatay, Ankara, 1992, TTKY, s. 57, dn.19.

*dinden çıktığını* iddia eden aşırı görüşlü bir siyasi mezheptir<sup>17</sup>. Hz. Ali Hariciler tarafından şehit edildikten sonra, oğlu Hz. Hasan altı ay halifelik yaptı. Ardından Suriye Valisi Muaviye, güç kullanarak, halka rağmen, kendi hanedanını, *Emeviler Devleti* (661–750) adı altında kurdu.

## B. İHTİLAFIN KÖKENİ

Yukarıda anlatılanlar, İslam dünyasında karışıklık yaratmıştı, birtakım faktörler yanında önceki kültürlerin de etkisiyle devlet yönetimi konusunda farklı görüşler ortaya çıktı. *Devlet yönetimi* konusunda ortaya çıkan görüşlere *siyasi mezhep* denir. Siyasi mezhepler, *hilafet* (*devlet başkanlığı*) konusunda ortaya çıkan görüş ayrılıkları olup, özellikle Hz. Ali ile Muaviye arasında başlayan tartışmalarla gündeme gelmiştir. Siyasi görüşler üç gruba ayrılabilir, bunlar *Şiiler*, *Hariciler* ve *Sünnilerdir*.

Bu ihtilafın çıkış nedeni, belirtildiği gibi devlet başkanlığı (hilâfet) sorunudur. Bu üç ekolü ihtilafa sevkeden nokta, “... *sizden olan emir sahibi kimselere ... itaat ediniz.*”<sup>18</sup> buyruğunda geçen emir sahibinin yani otoritenin özelliklerindedir<sup>19</sup>. Bu üç mezhep, aşağıdaki dört noktada ihtilafa düşmüşlerdi;

*Birinci sorun*, acaba aynı anda tek devlet başkanı değil de, birden fazla devlet başkanı olabilir mi? sorusudur. Bu konuya *evet* diyerek olumlu yanıtı veren sadece Şia'nın *Zeydiye* koludur. Ehli Sünnet ve Hariciler, *İslam düşüncesine göre, aynı anda sadece tek kişi Halife olabilir*, der.

*İkinci sorun*, acaba hükümdar, halkın onaylayacağı bir kişi mi olmalıdır? Seçim olması zorunlu mudur? Bu soruya Şia *hayır* yanıtını verirken, Ehli Sünnet ve Hariciler *evet* derler. Ehli Sünnet ve Haricilere göre, halkın kabul etmediği birinin hükümdar olması kabul edilemez. *Ehli sünnet prensiplerine göre*, hükümdarı tayin ve tesbit etmenin yöntemi üç

---

17 Coulson, a.g.m., s. 48-49; Yeprem, Saim (1979), “Kelam ve Felsefe Açısından Hariciler”, Nesil Dergisi, İstanbul, 1979, Sayı 9, s. 29.

18 Nisa Suresi 59 ncu ayet.

19 Cessas, Ebu Bekr Ahmed, Ahkâm ül Kur'an, Beyrut, 1335, Dar ül Kitab il Arabî, C. II, s. 210 vd.

şartın gerçekleşmesidir, şura (danışma), seçim (halkın seçmesi) ve biat. Biatın ayrıca iki koşulu daha vardır, halkın itaat etmesi ve hükümdarın adaletle davranması. Halife'nin seçim şekli nasıl olmalıdır? Sünnilere göre, devlet yönetiminde üç esas olmalıdır: *Adalet, şura (Meclis, danışma) ve meşru yönetime halkın itaatı*. Yani adalet esastır, istişare şarttır, diktatörlük yasaktır.

*Üçüncü sorun*, daha erdemli bir kişi (efdal) varken erdemi daha az olan kişinin (mefdul) hükümdarlığı mümkün olabilir mi? Büyük günah işleyen bir kişi (mürtebib-i kebire) halife olabilir mi? Sorusudur. Bu konuda, Şia grubundan Zeydiyye ile Mutezile olumsuz yanıt vererek, *büyük günah işleyen ebedi cehennemdedir, hükümdar da olamaz* derler. Sünniler ve diğerleri ise bu soruya olumlu yanıt vererek, daha iyisi olmasa dahi seçilen kişi devlet başkanı *olabilir*, derler. Sünni ulemaya ve Şia'nın Zeydiye koluna göre, daha erdemli bir kişi varken, daha az erdemli biri hükümdar olabilir<sup>20</sup>.

Şiiler, Haricilerin ve tüm sünni mezheplerin aksine, halifenin *seçimle* iş başına gelmesine karşıdılar. Şiiler'e göre, devlet başkanı seçimle değil, atama ile gelmelidir<sup>21</sup>. Çoğu Şiiler, Hz. Peygamber, Hz. Ali'yi kendisine özel olarak *veliahd* tayin etti diyerek, Hz. Ebu Bekir'in seçimini de kabul etmezler<sup>22</sup>. Wellhausen, bu tür olaylarda İran etkisine dikkat çekerek, şöyle der; *kölece bir itaat, onların (Fars'ların) sisteminin temelidir. Şii fikirler, İran'ın kültürel alt yapısına uygundur ama Şia, Arap çevrelerine aittir. Bu düşünce (Şia), Araplardan, mevali'ye (Arap olmayanlara) intikal etmiştir*<sup>23</sup>. Şia'ya göre, Hz. Musa'nın ve diğer Peygamberlerin halefi olduğu gibi, Hz. Peygamber'in de halefi vardır ve bu, *Ali bin Ebu Talib* "dir<sup>24</sup>. Bu düşünce, Abdullah İbn Sebe' aracılığıyla Şia'nın içerisine karışan Yahudilik düşüncesinin etkisidir. İslam dışı olan

20 Zeydan, el-Medhal li diraseti'ş-Şeria'l-İslamiyye, s. 145-146

21 Şehristani, a.g.e., C. I, s. 162 vd., 146-191; Coulson , a.g.m., s. 49; Wellhausen, a.g.e., s. 89 vd.

22 Asaff, A. Fyzee (1955), Outlines of Muhammadan Law. Second Edition, London, 1955, Oxford University Press, s. 28.

23 Wellhausen, a.g.e., s. 147-148.

24 Wellhausen, a.g.e., s. 151

bazı Şiiler, *Hz. Peygamber'in ruhu, Hz. Ali ve evlatlarına intikal etmiştir (tenasüh'ül ervah=metempsychose), derler*<sup>25</sup>.

Hz. Ali, 656–661 yılları arasında yaklaşık beş yıl boyunca devleti yöneten dördüncü İslam halifesidir. *Hz. Ali*, yargı alanında da faaliyet göstermiştir; kadı sıfatıyla karar verdiği gibi,<sup>26</sup> kendisinin taraf olduğu davalarda kadı huzuruna da çıkmıştır. Bir davada Hz. Ali, Kadı Şurayh'in huzuruna davacı olarak çıkmış, 7bir başkasındaki hakkını istemiştir<sup>27</sup>. Hz. Ali, Hz. Peygamber'in amcasının oğlu, onun elinde büyüyen ilk çocuk, damadı ve ev halkındandır yani Ehli Beyt'tir. Sünnilere göre Hz. Ali Cennetle müjdelenen Hz. Peygamber'in 10 yakın arkadaşından (Aşere-i Mübeşşere) biri, Dört Büyük Halife'nin (Hulefa-i Raşidin) dördüncüsüdür. Şiilere göre ise O, “Ondört Masum”dan biri, Oniki İmam'ın ilki ve Hz. Peygamber'in halefidir.

Görüldüğü gibi, İslam'daki Şii-Sünni ayırımının temeli, Dört Halife dönemidir. Sünniler Hz. Peygamber'in bir halef bırakmadığını dolayısıyla Müslümanların seçimi ile halifenin tayin olduğunu söylerken, Şiiler Hz. Peygamber'in Hz. Ali'yi halife olarak tayin ettiğini belirtirler ve ilk üç halifeyi kabul etmezler<sup>28</sup>.

### **C. Şİİ MEZHEPLERİ**

Bu başlık altında Caferiler, Zeydiler ve Fatimiler, sadece konumuz çerçevesinde irdelenecektir.

#### **1. Caferiler**

İran, Irak ve Azerbaycan'da etkin olan Caferilik Mezhebi, Fatimilik'ten ve Hasan Sabbah'ın Bâtınlık mezhebinden ayrıdır. Cafer Sadık'ın babası Muhammed Bakır ve dedesi Ali Zeynel-Abidin, bilim

---

25 Wellhausen, a.g.e., s. 163.

26 İbn Kayyim el Cevziyye, (691-751/1293-1350), et-Turuku'l-Hükmiyye fi's- Siyâseti's-Şer'iyye, tahkik: Dr. Muhammed Cemil Gazi. ty. (önsöz tarihi: 1397/1977), Kahire, 1977, Matbaatü'l-Medeni, s. 73–79, 82-84, 96-97.

27 Ebu Ya'la el-Ferra, Muhammed b. el Hüseyin, el-Ahkâmü's-Sultaniyye, Tashih ve ta'lik: Muhammed Hamid el-Müfti, 3. Baskı, Matbaatü Mustafâ'l Bâbi'l-Hâlebi, Mısır, 1987, s. 70; Zeydan, Abdulkerim, Nizâmu'l-Kadâ fi's-Şeriatü'l-İslâmiyye, 2. B., Beyrut, 1989, Müessesetü'r-Risale, s. 50.

28 [http://tr.wikipedia.org/wiki/Ali\\_bin\\_Ebu\\_Talib](http://tr.wikipedia.org/wiki/Ali_bin_Ebu_Talib) (23.10.2012)

açısından Medine şehrinin önderiydi. İmam Cafer, İmamiye mezhebinin altıncı imamıdır. İmam Cafer'den önceki Caferilik mezhebi imamları, Hz. Ali, Hz. Hasan, Hz. Hüseyin, Hz. Hüseyin'in oğlu Ali Zeynel Abidin ve Muhammed Bakır'dır<sup>29</sup>. Muhammed Bakır, sahabilere sövülmesini yasaklar, *H. Ebu Bekir ve H. Ömer'in üstünlüğünü tanımayan, sünneti de tanımamış sayılır*, derdi. Bazılarının Cafer'i yanlış anlatmaları, Cafer Sadık'ın değerini düşürmez<sup>30</sup>.

Cafer, amcası Zeyd'in önce öldürülüp sonra kabirden çıkarılarak cesedinin hurma kütüğüne asılışını, Zeyd'in çocuklarının, oğlu Yahya dâhil olmak üzere nasıl teker teker öldürüldüğünü görmüştü. Fakat taraftarlara güvenilemeyeceğini de öteki olaylardan anlamıştı. Cafer bunları görerek kendisini tamamen bilime vermiş, milletin birliğini bozmak istememiştir. *Annenin yavrusunu büyük bir hırs ve gayretle koruduğu gibi hükümdarlar da tahtını korur*. Abbasi halifesi Mansur da öyle olmuş ve İmam Cafer'i devamlı olarak gözaltında tutmuştur. *İmam Cafer'in bazı görüşleri şöyledir; İrade özgürlüğü konusunda cebriye görüşü doğru değildir, günahlarımızdan sorumluyuz. Allah'ın levh-i mahfuzda (insanların kaderinin yazılı olduğu kütükte) yazılı olan kaderimizi biz bilemeyiz. Allah birdir, hiç birşeye muhtaç değildir. İlk kaynak Kuran, ikincisi Sünnet, üçüncüsü maslahattır*<sup>31</sup>.

Caferiye Mezhebi, amelde (davranışlarda) Şafii mezhebine daha yakındır. *İmamiye görüşüne göre, Devleti ele geçirinceye kadar, muhalefet yapmak mümkündür ama devleti ele geçirdikten sonra, İmam, masum sayıldığından dolayı muhalefet, hıyanet demektir; artık muhalefete izin verilemez*<sup>32</sup>. İktidarı ele geçirdikten sonra, iktidar partisi Allah'ın partisi, muhalefet partisi ise Şeytanın partisidir. İktidar partisi ile

29 Ebu Zehra, Tarihi'l-Mezahibi'l-İslamiyye, fi's Siyaseti ve'l Akaidi ve Tarihi'l Mezahibi'l Fıkhiyye, Kahire, ty, Dar ül Fikril Arabi, s. 194 vd.

30 Zeydan, el-Medhal li diraseti'ş-Şeria'l-İslamiyye, s. 147

31 Ebu Zehra, a.g.e., s. 234.

32 İbn Haldun, Abdurrahman b. Muhammed. Mukaddime. Ty. Beyrut: Dârü'l-Cil, s. 217 vd

*muhafeft partisi, birlikte yaşayamaz, aksine bu anlamdaki muhafeftin kökü kazanır*<sup>33</sup>.

Caferiye Mezhebinin ehl-i sünnetten ayrıldıkları bazı hususlar şunlardır; Zeydiye gibi, Caferiye de Kur'an'dan sonra, ancak ehli beyt yoluyla gelen hadisleri kabul eder, kıyası kabul etmez, çünkü en doğruyu masum imamlar bilirler. *İmam'ın sözü icmadan daha muteberdir*. Geçici nikâh (muvakkat nikâh, nikâh-ı müt'a) mümkündür<sup>34</sup>. Oysa nikâh-ı müt'anın haram kılındığı konusunda ulemanın mutabakatı (oybirliği, icma) vardır<sup>35</sup>. *Şia'nın Caferiye kolu*, İslâm hukukunun bilgi kaynakları konusunda sünni mezheplerden farklı düşünür. Bunlar, ehl-i sünnetin Kur'an tefsirlerini, hadislerini, icmasını, kıyasını kabul etmeyen, belirtildiği gibi nikâh-ı mut'ayı kabul eden, ehli kitapla evlenmeyi yasaklayan bir mezheptir<sup>36</sup>. İmamiye mezhebine göre, Hz. Ali, ilk 3 İmam'a; Hz. Hasan da Muaviye'ye takiye ile biat etmiştir<sup>37</sup>. Günümüzde İmamiye, takiyeyi de mehdi-i muntazar (beklenen mehdi) fikrini de terketmiş, mehdi-i muntazar yerine velayet-i fakih düşüncesini almıştır<sup>38</sup>.

Ehl-i sünnet, Caferiye Mezhebinin bu son görüşlerine de katılmaz, karşı çıkar: Şöyleki, Sünni ulema seçim kavram ve olgusunu kabul eder; İmamın masumluğunu red eder ve küçük günahlarda (suçlarda) Devlet başkanının görevden alınmasını kabul etmez. Hz. Ali'den önceki halifeler (Hz. Ebu Bekir, Hz. Ömer ve Hz. Osman) meşrudur; kaldı ki, efdal olsa da, mefdulun imameti geçerlidir<sup>39</sup>.

## 2. Zeydiler

Bir başka Şii grubu Zeydiye olup, halifelik, Zeynel Abidin (Hz. Hüseyin'in oğlu) (ö.94/712)'den sonra oğlu Zeyd'e geçmiştir diyenler,

---

33 Nevin Abdülhalık Mustafa, İslam Siyasi Düşüncesinde Muhalefet (Hz.Muhammed Devrinden Abbasilerin II. Yüzyılına Kadar), Çev. Vecdi Akyüz. İstanbul, 1990, s. 25

34 Reşid Rıza, İslâm'da Birlik ve Fıkıh Mezhepleri, Çev. Ahmet Hamdi Akseki, Sadeleşiren Hayrettin Karaman. Ty. Ankara, ty., s. 187.

35 Teftazani, Sa'düddin Mesut b. Ömer, Şerhü't-Telwih ala't-Tevdih li metni't-Tenkîh fi Usul'l-Fıkıh, C. I-II, Beyrut, 1957, Darü'l- Kütübü'l-İlmiyye, C. II, s. 41.

36 Teftazani, a.g.e., C. II, s. 41

37 Nevin, a.g.e., s. 243.

38 Nevin , a.g.e., s. 317

39 Şehristani, a.g.e., C. I, s. 155.

Zeyd'in yerine Muhammed Bakır'ı koyan İmamiye'den ayrılırlar. İmam Zeyd'in (ö.122/740) İslâm Hukuku'na ilişkin "*el-Mecmu*" adlı bir eseri vardır. Zeydiye mezhebi, Halife'nin müçtehit olmasını şart koşar. Bu mezhep, *Hanefi* mezhebine daha yakın olup, Yemen tarafında yayılmıştır. İslâm Hukuku bakımından ehl-i sünnetten ayrıldıkları bazı noktalar şunlardır; mest üzerine meshi mümkün görmezler. Ehli kitap kadınlarla, müslümanların evlenmesi mümkün değildir, derler<sup>40</sup>. Zeydiye mezhebinin lideri İmam Zeyd, ashaba kesinlikle tekfir isnad etmemiş, Hz. Ebu Bekir, Hz. Ömer ve Hz. Osman'ın hilafetinin Hz. Ali'den önce olmasını makul karşılamıştır. Çünkü *Hz. Ali savaşlarda kahramanlık göstermiş, çok müşrikin canına kıymış ve kılıcındaki kan henüz kurumamıştı. Birliğe ihtiyaç duyulan bir zamanda Hz. Ali'nin halife olarak seçilmemesini makul karşılamak gerekir*, demektedir. Zeyd, mefdulun hilafetini (daha erdemli bir kişi varken az erdemli olanın hilafetini) mümkün görür; iki halife, iki ayrı ülkede bulunabilir görüşündedir. İmam Zeyd'e göre, büyük günah işleyen kişi (mürtebib-i kebîre), kesin tevbe (tevbe-i nasuh) etmeyince sonsuza dek cehenemde kalır<sup>41</sup> *Zeydiye*, hilafeti Hz. Ali çocuklarının hakkı olarak görür (vasfen tayin) ama İmamın masumluğunu benimsemez. Zeydiye, muhalefete izin verir, takiyeyi de kabul etmez. Görüldüğü gibi, Zeydiye Mezhebi, Şia içerisinde, Ehl-i sünnete en yakın mezheptir.

### 3. Fatımiler (909-1171)

Şia'nın örgütlü ve etkileyici olduğu devir, Mısır'da onuncu yüzyıl başında kurulup hüküm süren *Fatımiler* zamanıdır. Fatımilere, *Bâtıniler*, *Karamita* veya *İsmailiye* de denir.

Hz. Fatıma (ö.632), Hz. Peygamber'in kızı ve Hz. Ali'nin eşidir. Şiiliğin İsmaili mezhebine göre kurulan Fatımiler Devleti 205 yıl hüküm sürmüştür<sup>42</sup>. Ehl-i sünnete göre halife daha önce belirtilen üç ayrı yöntemle iş başına gelebilirken, Fatımilerde İmam ilahi bir hak olarak kendisinden önceki hükümdarın halifesi olur ve halifelik babadan en

40 Karaman, Hayrettin, Fıkıh Usulü, İstanbul 1974, İrfan Yayınevi, s. 28.

41 Zeydan, el-Medhal li diraseti'ş-Şeria'l-İslamiyye, s. 145-146.

42 Brockelman, a.g.e., s. 130-132.

büyük oğula geçer<sup>43</sup>. Bu devlette, resmi mezhep, *İsmaili* mezhebidir; kadıların İsmaili mezhebinden olması şarttır, kadı başka mezhebe göre karar veremez. Bunun tek istisnası *Vezir Ebu Ali Hasan* zamanında olmuş (525/1131), bu vezir, Şafii, Maliki, İsmaili ve İmamiyye mezheplerine mensup dört kadı tayin ederek, herbirini kendi mezhebine göre karar vermekte serbest bırakmıştır. *Fatımiler dönemindeki vezirlerin çoğu Hristiyan* olup, Sünniler devlet görevlerinden uzaklaştırılmışlardır<sup>44</sup>. Selahattin Eyyübi Mısır'ı, Fatimilerden aldıktan sonra, camilerde, Bağdat Halifesi adına hutbe okutmuştur<sup>45</sup>.

Fatimilerde Hz. Fatıma'nın çocuklarına sahip çıkmak ve onları eğitmekle görevli *Nikabetü't-Talibin* Kurumu vardı. Sünni İslam devletlerinde buna, "*Nakibü'l-Eşraf*" denilmekteydi<sup>46</sup>. *Nakibü'l-Eşraf* Kurumu, dün ve bugün Ortadoğuda bulunan çoğu İslam ülkesinde mevcuttur<sup>47</sup>.

Selçuklu Sultanı Melikşah zamanında, Fatimiler'in davetçilerinden (militan, misyoner, ideology, dai) biri olan *Hasan Sabbah*, hem düşünce, hem de eylem planında güçlü bir muhalefet ve terör grubu olarak ortaya çıkmıştır. Hasan Sabbah grubuna *Fedailer* veya *Haşhaşin*'ler de denir ki bunlar ahlak ve din sınırlarını aşan, her tür sefaheti mübah gören bir gruptur. İnançlarına göre, kendilerinden olmayan birini katletmek kendilerine cenneti kazandırır. Birçok Selçuklu devlet adamını öldüren bu grup, 1092 yılında *Nizamülmülk*'ü (Ebu Ali el-Hasan et-Tusi) (1018–1092) öldürmüştür<sup>48</sup>. Bu örgütlü muhalefetin asıl hedefi, Sünni Abbasi yönetimini yıkmaktı. Selçuklu Sultanı Melikşah (1055-1092), Hasan

---

43 Eymen Fuad Seyyid (1995), "Fatımiler", Diyanet İslam Ansiklopedisi, C. XII, İstanbul, 1995, s. 233.

44 Eymen, a.g.m., s. 234, 235

45 Uzunçarşılı İ. Hakkı, Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal, 4. Baskı, Ankara, 1988, s. 15.

46 Uzunçarşılı, a.g.e., s. 388–389

47 Van Arendonk, "Şerif", Milli Eğitim Bakanlığı İslam Ansiklopedisi. İstanbul, 1979, C. XI, s. 435-442, s. 438.

48 Brockelmann, a.g.e., s. 148



Sabbah'a bir mektup yazarak bu tür terör eylemlerden vazgeçmesini istemişti<sup>49</sup>.

## D. EMEVİLER VE ABBASİLER DÖNEMİNDE ŞİİLİK

### 1. Emeviler Döneminde Şiilik

Yaklaşık beş yıllık karışık bir dönemde devlet başkanlığı yapan Hz. Ali'nin camide namaz kılarken şehit edilmesinin ardından, Muaviye devlet yönetimini zorla ele aldı; kılıç zoru karşısında, Hz. Ali'nin halife olmasını isteyen taraftarları zorunlu olarak geriledi ve kabuğuna çekildi<sup>50</sup> ama fırsat kollamaya başladılar. Hz. Ali'nin torunları, halkı sürekli olarak, isyana çağırıyor, iktidar hakkının kendilerine ait olduğunu söylüyorlardı. Muaviye taraftarlarının bunu şiddetle bastırması, insanlar arasındaki çekişmeyi, daha fazla alevlendiriyordu. *Kerbela vak'ası*, Hz. Hüseyin ve etrafındaki 70 kadar insanın şehit edilmesi İslam dünyasını yürekten yaralamıştı. Muaviye, oğlu Yezid'e, zorla biat almış ve hükümdarlık, İslam'da ilk defa, babadan oğula, irsen (miras olarak) intikale başlamıştı.

Emeviler devrinde hukukçular anayasa hukuku ile ilgilenmemişler ama Şia'nın, *hükümdarlık, dinin esaslarından biridir* düşüncesi, konunun, kelam ilmine taşınmasına neden olmuştu. *Emevilerin, hilafeti saltanata çevirmeleri, bunun sonucunda hukukçuların bilimsel icthatlarının uygulanma şansı olmaması, mesailerinin kamu hukukundan uzaklaşmasına neden olmuştu.*

Kufe kadısı *Şureyh*, bu dönemde, bir süre, siyasi baskılar sonucunda kadılık görevinden istifa etmiştir<sup>51</sup>. Irak valisi *İbn Hübeyre*, Emevilerin son zamanlarında Ebu Hanife'ye, Kufe kadılığını teklif etmişse de, büyük hukuk bilgini *Ebu Hanife*, üç kez yapılan kadılık teklifini, siyasi baskılardan çekinerek kabul etmediği için, her seferinde otuz ve toplamda

49 Çağatay, Neşet, Bir Türk Kurumu Olan Ahilik, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1997, s. 13, 15, dn. 27

50 Yıldız, "Hulefa-i Raşidin Devri", Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi, C. II, Hulefa-i Raşidin ve Emeviler, s. 16.

51 Atar, Fahrettin, İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi), Ankara, 1979, DİB Yayınları, s. 77.

yüz kırbaç vurulmuştur<sup>52</sup>. Aynı şekilde Ebu Hanife'nin öğrencisi İmam Muhammed de kadı olmaya davet edilmiş, o da çekinmiş, hatta eli ayağı bağlanmış, hapsedilmiş, zorunlu kaldığı için bu görevi kabul etmiştir<sup>53</sup>. Bir istisna olarak Ömer b. Abdülaziz, bu dönemde, kendisine gelen davalarda, -büyük hukukçu Said b. Müseyyeb'in görüşünü aldıktan sonra-, hüküm veriyordu. Bu Halife'nin, usule ve esasa ilişkin konularda, kadılara, talimatlar gönderdiği görülmektedir. Bu talimatlarında, taraf oluşumu yapılmadan duruşmaya geçilmemesini,<sup>54</sup> cinayet ve kısas cezalarının *infazında kendisine sorulmasını ve izin alındıktan sonra bu tür kararların infaz edilmesini, Hükümdarın haberi olmadan adam öldürme ve kısas gibi suçların cezasının uygulanmamasını* emretmiştir<sup>55</sup>.

Emeviler devrinde genellikle *otokratik sisteme dönülmüş*, Hulefa-i Raşidin döneminde görülen *Şura Meclisi uygulaması* kurumsallaşamamıştır. Böylece Emeviler, devlet teşkilatını dört halife devrinden daha mükemmel götürememişler, aksine yozlaştırmışlardır. İdari teşkilatın asıl oturması bir anlamda Abbasilerle mümkün olacaktır. Şayet müslümanların hilafet kurumuna olan saygı ve bağlılık geleneği köklü olmasaydı, bu kurum, tarihe karışabilirdi.

Emeviler zamanında yargı teşkilatı, Emevi yönetiminin siyasi baskısı altında kalmış, böylece, hukuka uygunluktan giderek uzaklaşmış, *"hâkimler valilerin siyasi aleti durumunda"*<sup>56</sup> olabilmişlerdir. Mülki idarenin temsilcisi olan valiler kadıları tayin ve azletme yetkisine sahiptiler; mesela, *zalim* oluşuyla ünlü Haccac b. Yusuf, halifenin vekili olarak, kadı tayin ediyordu<sup>57</sup>.

---

52Mahmasani, Subhi, ed-Deâimu'l-Hulkiyye l'il-Kavâini's-Şer'iy-ye. Beyrut, 1979, Darü'l-ilm li'l-melayin, s. 416.

53 Ebu Zehra, a.g.e., s. 352-353; İbn Abidin (1983). Reddu'l-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar ala Metni Tenviril'- Ebsar. Çev. Ahmed Davudoğlu, C. I-XIV, İstanbul, 1983, Şamil Yayınları, s. C. XII, s. 143

54 Atar, a.g.e., s. 78.

55 İbn Cerir et-Taberi, Târihu't-Taberi Târihu'l-Ümem ve'l-Müluk. III. B. IV. Beyrut, 1991, Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, C. IV, s. 7.

56 Atar, a.g.e., s. 77.

57 Zeydan, Abdulkerim, Nizâmu'l-Kadâ fi's-Şeriatil'-İslâmiyye. 2. B. Müessesetü'r-Risale, Beyrut, 1989, s. 34.

Emevi devletini kuranlar, halkın rızasından uzaklaşmış, yönetime alternatif görülen Şiilere emsali görülmemiş sert bir program uygulamışlardır. Siyasi hayat çalkantıyla geçmiş, yargı çoğu zaman bağımsızlığını kaybetmiştir. Hukuki hayat düzgün şekilde yürümekten yoksun bırakılmış, dört halife devrinde görülen *şura meclisi* uygulaması kurumlaşmamıştır. Hukuk, adaletin değil, devletin emri altına alınmıştır. Zoraki hâkimlik yapması istenen Ebu Hanife gibi dahi hukukçular, bunu benimsemeyince, kendilerine işkence yapılmış ve zindanda vefat etmişlerdir. Bu dönemde hukuk ve adalet, otoriter Emevi Devletinin emrine girmiştir.

## 2. Abbasiler Döneminde (750–1258) Şiilik

Emevilere karşı giderek büyüyen tepkiye Hz. Abbas'ın çocukları, siyasi bir yetenekle ve ustalıkla sahip çıkmışlardır. Brockelmann'ın, "*İslam Dünya İmparatorluğu*" dediği<sup>58</sup> Abbasiler, Emevilerden iktidarı alırken, Hz. Ali'nin hilafete daha layık olduğunu belirtiyorlardı ama iktidarı ele geçirince, kendilerinin daha ehil olduğunu söylediler. 749 yılının başlarına kadar tarih sahnesinde, *Abbasiler ve Şia* kelimeleri değil, bunların yerine her ikisini de kapsayan başka kavramlar kullanılmaktaydı, *Ben-i Haşim, Haşimiler, Ehl-i Beyt* gibi. Abbasiler ve Şia, halifelik kendi hakları olduğu halde, Emevilerce gasbedildiği için Ümeyye oğullarına (Emeviler'e) karşı birlikte mücadele veriyorlardı. Ama yine de, Hz. Abbas'ın çocukları, zaman zaman Hz. Peygamber'in amcası Abbas'ın, amcası oğlu Hz. Ali'ye göre, Hz. Peygamber'e mirasta daha yakın olduğunu işleyerek taraftar topluyorlardı.

Emevi (661–750) ve Abbasi (750–1258) Devletinin Halifeleri, *biatı* çoğu zaman zorla alıyorlardı. İmam Malik, eşini boşamaya zorlanan kişinin boşama işlemi (mükrehin talakı) ve aynı şekilde zorlanarak verdiği oy (*biatı da geçersizdir*, deyince, başına çok şey gelmişti. Bu dönemlerde görülen, biatın -tokalaşma değil de- yer öpme, ayak öpme veya etek öpme türleri Kisrevi bir uygulamadır. O dönemde İran hükümdarlarına kısra denilirdi. İran hükümdarları (kısralar), seçkin insanlarla toka yaparlar ama

58 Brockelmann, a.g.e., s. 87.

halkla tokalaşmaya tenezzül etmezlerdi. Emevi ve Abbasi hükümdarları da İran kisralarının etkisi altında kalmışlardı. Daha sonraki dönemlerde biat yazı ile icra edilir oldu<sup>59</sup>.

Abbasilerin gerekçesi, mirasın önce Hz. Peygamber'in amcası olan Hz. Abbas'a, daha sonra amcaoğullarına yani Hz. Ali'nin çocuklarına geçmesi kuralıydı. Yine bir başka miras hukuku kuralına göre, *erkek çocuk varken, kız evladın çocuğuna yani Hz. Peygamber'in kızı Fatma'nın oğulları Hz. Hasan ve Hüseyin'e miras kalamaz* görüşüydü. Abbasiler halktan, Hz. Peygamberin akrabalarına biat (*Al-i Muhammed'e rıza*) olarak aldılar. Bu geniş kavramı ileri sürerken, böylece Hz. Ali çocuklarını da kızdırmayacaklarını düşünmüşlerdi; kaldı ki halk arasında *Hz. Ali evladına olan sevgi, Abbasilere oranla çok daha fazlaydı*. Bu nedenle de Abbasiler, halktan biat alırken, şahıs adı belirtmemeye özen gösterdiler. Ayrıca belirli bir kişi için biat alınırca, bu kişi, hedef olabilir; öldürülebilir ve hareket böylece sona erebilir, görüşündeydiler. Sonuçta, Hz. Ali sevgisinin, Hz. Ali çocuklarının mağduriyetinin ve *başarısız kalan Şii ayaklanmalarının meyvesini Abbasiler ustalıkla toplamışlardır*<sup>60</sup>.

*Hz. Ali* taraftarları, saf ve iyi niyetli, ama Abbasiler siyaseten daha yetenekli kişilerdi. Hz. Ali taraftarlarının önde gelenleri Hz. Ali'nin oğlu *Hüseyin*, torunu *Zeyd ve Zeyd'in oğlu Yahya* gibilerin Emeviler tarafından katlinden sonra sağ kalanların liderlik ihtilafı ve politik tecrübesizliği onları zayıf düşürmüştü. Ayrıca, Şia, parçalanınca, gücü azalmıştı; hilafet, *Hz. Hüseyin'in oğlu Ali Zeynel Abidin'e* mi, yoksa Hz. Ali'nin diğer eşinin oğlu Hanife kabilesinden *Muhammed b. Hanefiyye* ve sonra da oğlu *Ebu Haşim'e* mi geçerci? İki oğlu olan Ali Zeynel Abidin öldükten sonra Şiiler, İmam *Muhammed Bakır'a* mı, yoksa İmam *Zeyd'e* mi tabi olmalıydılar? Şia giderek bölünüyordu. Abbasilerin de yakını olan *Ebu Müslim Horasani*, hilafet hakkının, halk arasında çok sevilen Hz. Ali'nin

---

59 Kettani, Muhammed Abdülhayy, et Teratibu'l İdariyye. C. I. Çev. Ahmed ÖZEL, İstanbul, 1990, s. 295, 296.

60 Wellhausen a.g.e., s. 163.

torunlarına ait olduğunu söylüyordu. Abbasi halifesi Mansur, giderek güçlenen Ebu Müslim Horasani'yi siyaseten katletti<sup>61</sup>.

Abbassiler, yönetimi ele geçirip, halife olarak, Hz. Abbas'ın torununun torunu *Seffah*'ı açıklayınca, Hz. Abbas'ın taraftarları ile Hz. Ali'nin taraftarları birbirine girdi. Abbassiler, iktidar alternatifi gördükleri Ehl-i Beyte, eleştirdikleri Emevilerden daha çok zulüm ettiler ki bu zulümden kaçanlar, Mısır'da "*Fatimiler*" devletini kurmuşlardır.

Bütün bu olanlar, hilafetin Hz. Ali evladına aidiyeti fikrini değiştirmede. Abbasi hilafetinin yıkılmasına, devlet kademesine sızan Şiiilerin sebep olduğu söylenir. Moğolların Bağdat'ı işgaline yardım eden halife *Mu'tasım*'ın veziri *İbn Alkami*, Şiiilerin önde gelenlerinden biriydi<sup>62</sup>.

Abbasi halifeleri, onbirinci yüzyıldan sonra Selçuklu Türklerinin koruyuculuğu altına girmişlerdi. Abbassiler yıkılınca hilafetin Fatimilere geçeceği düşünülüyordu ama Memlûkler (1250-1517) buna izin vermedi. Memlûk etkinliği altındaki son Abbasi Halifesi, hilafeti, 1517 yılında Osmanlı Sultanı *Yavuz Sultan Selim*'e devretti<sup>63</sup>.

Emevilerin (661-751) bir "*Arap Devleti*" olmasına karşın Abbassiler, İslâmın evrenselliğini gözönüne alarak, devlette başka uluslara da söz hakkı tanımışlardır. Abbassiler, Müslüman olan İran'lı aydınlar aracılığıyla Sasanilerden pek çok hukuk kurumunu almıştı. Abbasi devlet teşkilâtı, kendisinden sonra gelen Türk devlet örgütlenmelerini de etkilemiştir. Kadılar arasında hiyerarşik derecelenmenin Kadı'l-Kudat tarafından yapılması, (yargının yürütmeden fonksiyonel ayrışması) Harun Reşid zamanına rastlar. Harun Reşid, 174/790 veya 182/798 tarihinde devletin yargı fonksiyonunu yerine getiren, *Kadı'l-Kudat*lık teşkilatını kurmuştu<sup>64</sup>.

61 Yıldız, Hakkı Dursun, "Abbassiler", Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi, C. III, İstanbul, 1992, s. 87.

62 Yıldız, "Abbassiler", s. 17.

63 Koprıman, M. Yaşar, "Memlûk Devleti", Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi. VI. İstanbul, 1992, s. 434.

64 Tyan, Emile (1978). "Kadı". The Encyclopaedia of İslâm (New Edition). C. IV., Leiden, 1978, s. 373-374, s. 374.

## E. ANADOLU ALEVİLİĞİ

Aleviliğin ve Anadolu Aleviliğinin tanımını yapmak, her ikisi de yekpare bir kavram olmadığı için zordur. Anadolu *Aleviliği*, *ağırlığı İslam olan, Oniki İmam İnancı, İsmaililik, Şamanizm, Zerdüştlük, Manihaizm, Hurufilik ve Hinduizm'den etkilenmiş bir gelenek olarak tanımlanabilir ama Alevilik, Oniki İmam Şiiliğinin, Şamanlığın, Zerdüştlüğün ve materyalizmin uzantısı değildir*. Bu nedenle Anadolu Aleviliği *eklektik* bir kavram olarak sayılabilir. Alevilikte koyu mistik bir yaşantı modeli olduğu; *Bâtınlık ve tasavvuf* özelliklerinin ağır bastığı söylenebilir. Alevilik, teoloji (ulûhiyet) anlayışında, *vahdet-i vücud ile vahdet-i mevcud* arasında dolaşır. *Bu çerçeve açısından değerlendirildiğinde, Anadolu Aleviliğinin İslam'dan ayrı bir din olmadığı; İslam'ın içerisinde bulunduğu belirtilebilir*. Anadolu Aleviliğinin, itikadi, siyasi ve hukuki açılardan iddia sahibi olan Şia'dan farklı özelliklere sahip olduğu için, bir mezhep değil de *tarikât* olarak kabulü daha doğru olur. *Anadolu Aleviliği, İslam'ın ayrı bir yorumudur; çöl İslamı, kent İslamı yorumlarının olduğu gibi*.

Günümüzde Alevilik, sadece Anadolu, Ortadoğu, Balkanlar ve Kafkaslara özgü olmayıp, evrensel yaygınlığa sahiptir. Alevilik, “Hz. Ali'ye mensup olmak” demektir. Aslında Emeviler, Abbasiler, Safeviler ve Osmanlı devletleri yıkıldığı halde günümüzde Alevilik-Sünnilik ihtilafının sürdürülmesinin bir anlamı yoktur. Anadolu Aleviliği'nin bir anlamda “*Safevi İslamı*” veya “*Türkmen İslamı*” olduğu konuları da tartışılmaya değer konulardır. Anadolu Aleviliği kavramının kullanımı yüz yılı geçmemektedir. Daha önce *Kızılbaş* kelimesi kullanılmıştır. Kızılbaş kavramı, *Şeyh Haydar*'la başlar (16. yüzyıl başı). Tarihte kızılbaş kavramı hem iyi hem de kötü anlamda kullanılmıştır. *Alevilik-Bektaşilik* kavramları ise 10. yüzyıldan itibaren kullanılmaktadır. Anadolu Aleviliği konusunda Türkiye'de yeterli çalışma ve araştırmanın yapıldığı söylenemez. Genel olarak belirtmek gerekirse Anadolu Alevilerinin yekpare olduğu da söylenemez. Bazı Alevilere göre, *Diyanet İşleri Başkanlığı'nın laik bir devlette yeri yoktur*.

Bir esas olarak, Devlet hiçbir din ve inanca müdahale edemez, etmemelidir. Uluslararası mevzuat ta bu şekildedir. Örneğin ABD Anayasasının 15 Aralık 1791 senesinde kabul edilen Birinci Değişikliğine göre, “Kongre bir dinin kurumsallaşması ile ilgili, ya da özgür ifadeden yararlanılmasını yasaklayan; ya da ifade veya basın özgürlüğünü veya kişilerin barışçı biçimde toplanma veya hükümete şikâyetlere çözüm bulunması için dilekçe verme hakkını kısıtlayan hiçbir yasa yapamaz.”<sup>65</sup> Buna göre Devlet, hiç bir inancı, dini kısıtlayamaz, hiçbir Dine müdahale edemez. Devlet İslam veya hiçbir din veya inancın safiyetine, gerçekliğine ve sahihliğine dokunamaz.

Din işlerinin cemaatlere bırakılması konusu, Türkiye’de zaman zaman tartışılmaktadır. Ama örneğin Güneydoğu Anadolu Bölgesinde Camiler-Hizbullah ilişkisi, Din’in cemaatlere bırakılması konusunda şüphe ve kuşuklara yer açmıştır.

Bazı Alevilere göre, *Alevilik, İslam dini dışında ayrı bir dindir; Diyanet Hristiyanlığa müdahale edemediği gibi Aleviliğe de karışamaz.* Bazı Alevilere göre, bir kısım Anadolu Aleviliği “*Gulat-ı Şia*” dan olup, İslam içi olduğu söylenemez. Bütün bu tür görüşlere karşı bazı Aleviler, Ali’siz Alevilik görüşünü şiddetle red ederler<sup>66</sup>.

Hiz. Ali, ilk dört halifeden biri, Hiz. Peygamberin amcasının oğlu, Hiz. Peygamber’in damadı ve *bilim şehrinin kapısı* sayıldığına ve tüm Müslümanlar da bu durumu kabul ettiklerine göre, şayet Alevilik Hiz. Ali’yi sevmek ise tüm Sünniler Alevidir. O halde, bazılarının “Alevi-

65 Spalding, s. 32: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

66 Turan, Ahmet-Yıldız, Harun, “Tarihten Günümüze Anadolu Aleviliği”, <http://dergi.samsunilahiyat.com> (16.9.2011); 16.9.2011; Arslanoğlu, İbrahim, “Anadolu Aleviliği”. <http://tarihimiz.net> (16.9.2011); :“Alevilikte Temel İnanç Unsurları ve Pratikler”. <http://w3.gazi.edu.tr> (16.9.2011); Yaman, Ali, "Tarihi, Kültürel, Folklorik ve Aktüel Boyutlarıyla Alevilik". 13 üncü Abant Platformu Toplantısı. İstanbul Cevahir Hotel, 17–18 Mart 2007; Yıldırım, Rıza, "Tarihi, Kültürel, Folklorik ve Aktüel Boyutlarıyla Alevilik", Onüçüncü Abant Platformu Toplantısı, İstanbul Cevahir Hotel, 17–18 Mart 2007.

Sünni” ayrımı yapmaları kasıtlı bir tavidir. Anadolu Alevilerinin büyük çoğunluğu da kendilerini İslam’ın içerisinde bir alt kült olarak görmektedirler.

Bu bağlamda Anadolu, Ortadoğu’nun bir kesiti sayılabilir. Aslında Osmanlı Padişahı *Yavuz Sultan Selim ile İran Şahı İsmail (Osmanlı-Safevi)* ihtilafı nedeniyle bazı Alevilerin Osmanlı düşmanlığı yapması da doğru değildir. Bu iki Sultan arasındaki siyasi mücadele tarihe terkedilmeli, bunun husumeti güdülmemelidir. Ortaçağda, tarihin karanlıklarında kalan bu husumeti bugün gütmenin, iyi niyetli olmadığı açıktır.

Moğol Hükümdarı *Hülagü*’nün Hasan Sabbah’ın *Alamut*’unu, Memlük Sultanı *Baybars*’ın da *İsmailileri* ortadan kaldırmasıyla, *Bâtıniler* Ortadoğuya ve Anadolu’ya da yayılmışlar, halkı etkileyebilmişlerdir. Bu etkinin çok zayıf da olsa sürdüğü bazı saha araştırmacıları tarafından iddia olunmaktadır.

Birilerinin hedefi, “*Ali’siz Alevilik*” görüşünü savunmak, “*Alevi’leri azınlık*” statüsüne koyarak, kendi yararları için siyasi rant elde etmek, Türkiye’yi, Ortadoğu coğrafyasını ve İslam dünyasını zor duruma düşürmek olabilir. Gerçeklik açısından Alevilik konusunda birilerinden önce davranmalı, kendi sorunumuzu (Alevi-Sünni) kendimiz çözmeliyiz. Birilerinin Aleviliği kendi siyasi veya emperyal düşüncelerine alet etmesine öncelikle Aleviler olmak üzere izin verilmemelidir. Bu da kuşkusuz ki, demokratik esaslara uygun gerçekçi bir *Alevi politikası* oluşturmakla mümkündür. “*Alisiz Alevilik*” görüşünü savunan iç ve dış kesimlerin dışarıda bir *Alevi diasporası* oluşturmaya ve Alevilik politikalarını belirlemeye çalıştığı belirtilebilir. 11 Eylül 2001 ‘den sonra dünya çapında yürütülen *İslamofobi* kampanyasını yürütenler, Aleviliği ve Anadolu Aleviliğini kendi yanlarına almaya çalışıyor olabilirler. Bu kampanyayı yürütenler İran, Irak, Suriye ve Bahreyn gibi ülkelerde de aynı yarayı ısrarla kaşıtmaktadırlar.

Anadolu Aleviliğinin *bilgi problemi* veya temel kaynak sorununun çözümü önemlidir. Aleviliğin temel kaynakları İslami esasları red etmemektedir. Aleviliğin temellerinden sayılan *Hoca Ahmet Yesevi* ve



diğer tüm ana klasikler incelendiğinde bunların eserlerinin, İslam'ın önemli kaynakları arasında olduğu görülmektedir. *Ahmet Yesevi* (1093–1166) ilk Türk Mutasavvıfıdır<sup>67</sup>. Hoca, Yeseviliğin esaslarını belirlemiş ve bu esaslar Alevi inancının belirli bir sistematığe girmesinde temel oluşturmuştur. Yesevi, Alevi inancının yol önderlerindedir. Hoca, Nakşibendî ve Bektaşî tarikatlarını da çeşitli şekillerde etkilemiş bir kişidir. Türbesi, Kazakistan'ın güneyindeki Türkistan kentinde 1389 ile 1405 yılları arasında Timurlenk tarafından yaptırılmış, 2002 yılında *UNESCO* tarafından dünya'nın tarih eseri olarak kabul görmüş, Türk İşbirliği Kalkınma Ajansı (TİKA) marifetiyle yeniden tamir edilmiştir<sup>68</sup>.

*Yükselme devrinden sonra Osmanlı*, İslam kültür ve medeniyetinin kadim merkezlerinde yaşayan ulemayı Bursa ve Edirne'ye davet ediyordu. Göçebe ağırlıklı beylik kısa sürede bürokrasisini kurmuş ve geleneksel Ortadoğu İslam devleti modeline doğru hızla evrilmiş, İslam dünyasının liderliğini yapmıştır. Osmanlı güçlü bürokrasisi ile *nizam devleti* olunca beyliğin kurulma aşamasında etkin olan *dervişlerle ulema, tekke ile medrese yan yana çalışmıştır*.

Farklı fikirlerin Aleviliğin içerisine girmesinin nedeni belki de, - Fatımiler Devleti ile İran ve Yemen gibi bölgeler hariç- genellikle Aleviliğin asırlar boyu, eğitim ve öğretim kurumlarından uzak olması, Devlet gücünden ayrı bir *muhalefet* gurubu olarak kalması ve içerisine giren yabancı kavramları İslam Dini ile test edememesidir. Şayet bu tür Alevilik, kendisini İslamla test edebilseydi, belki de bugünkü bazı inançlar bazı yörelerde Alevilik içerisine giremez ve girse de tutunamazdı. Günümüzde kırsal Alevilikten kentsel Aleviliğe doğru geçiş sürecinde bulunduğumuzdan dolayı, belirtilen bu durum üzerinde tartışmak mümkündür.

Aleviler, Türkiye'de Cumhuriyetin ilk zamanlarında Kemalistlerle, 1950 sonrasında sol hareketlerle ittifaklar kurmuşlar, Cumhuriyetin ve laikliğin bekçileri olabilmişlerdir. Bu iki tarihî ittifak Alevileri Alevilikten

67 Köprülü, M. Fuad, Türk Edebiyatında İlk Mutasavvıflar, 3. B. Ankara, 1976, DİB Yayınları, TTK Basımevi, s. 27 vd; www.ahmetyesevi.net. 30.09.2012.

68 [http://tr.wikipedia.org/wiki/Ahmet\\_Yesevi](http://tr.wikipedia.org/wiki/Ahmet_Yesevi). 30.09.2012.

uzaklaştırmıştır. Günümüz Türkiye'sinde "Alevilerin Alevleşmesi" diye anılan yeni sürecin yaklaşık yirmi yıllık bir geçmişi vardır. Bu sorunun çözülebilmesi, Aleviliğin sömürülmemesi için öncelikle menfaat/rant konusu olmaktan çıkarılması gerekir.

## II. YENİ ANAYASA ÇALIŞMALARINDA ALEVİLİK

"Yeni" anayasa çalışmalarının en hararetli tartışma konularından birinin Aleviler ve Diyanet İşleri Başkanlığının anayasal konumu olacağı belirtilebilir. Son birkaç yıl içerisinde hazırlanan anayasa taslaklarında da bu tartışmaların başladığı görülmektedir. Burada bu "yeni" anayasa önerilerinin sadece Aleviler ve Diyanet İşleri Başkanlığı ile ilgili görüşlerini analiz etmek istiyoruz.

1. **ÖZBUDUN'un** anayasa önerisine göre Diyanet İşleri Başkanlığı, 1961 ve 1982 anayasalarında olduğu gibi anayasada muhafaza edilmelidir. Bu Taslağın 103 üncü maddesine göre, "*Genel İdare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ve siyasi tarafsızlık ilkeleri doğrultusunda, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir.*" Bu taslağın gerekçesine göre, Diyanet İşleri Başkanlığı "... **tüm inanç gruplarına hizmet sunan bir anayasal kurum olarak faaliyette bulunmak durumundadır**".
2. **Türkiye Barolar Birliği'nin** önerisinde diyanet işleri başkanlığı konusunda şu görüşler yer almaktadır; **Devlet, "... farklı din ve mezheplere eşit..."** davranmalıdır (md. 147).
3. **TÜSİAD**'ın anayasa önerisinde Diyanet İşleri Başkanlığının anayasal konumu hakkında daha detaylı bilgi verilmiştir. Mart 2011 tarihinde kamuoyuna sunulan "**Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantıları Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu**" isimli TÜSİAD taslağına göre, "... katılımcıların tamamı Diyanet İşleri Başkanlığı'nın mevcut konumunu, laiklik ilkesine ve **din ve vicdan özgürlüğüne aykırı** bulmaktadır" (s. 24). "Katılımcıların çoğunluğu (Diyanet İşleri Başkanlığı'nın)... muhafaza edilmesi ancak ... **diğer inanç çevrelerinin** de temsili sağlanacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğini dile getirmişlerdir" (s. 25). "Diyanet İşleri Başkanlığı bünyesinde temsil edilmek **istemeyen inanç gruplarının da paralel kuruluşlar kurması...** önündeki yasal engeller kaldırılmalıdır" (s. 25). "Katılımcıların bir kısmı Diyanet İşleri Başkanlığı'nın lağvedilmesine ilişkin görüş bildirmiştir". (s. 25) "**Hâkim Sünni**

**inanç dışında** kalan inanç grupları (özellikle Aleviler) istedikleri takdirde bu kurumda temsil edilme, istemedikleri takdirde de kendi benzer örgütlerini kurma imkanına sahip kılınmalıdır” (s. 52).

4. **TESEV’İN** anayasa önerisinde Diyanet İşleri Başkanlığının anayasal konumu **TÜSİAD**’ın görüşünden farklı düzenlenmiştir. Nisan 2011 tarihinde kamuoyuna açıklanan TESEV Anayasa Komisyonu’nun “Türkiye’nin Yeni Anayasasına Doğru” isimli raporuna göre, “Diyanet işlerinin lağvedilmesi bugünün şartlarında mümkün görülmemektedir” (s. 17). Bu nedenle “... **özerk bir yapıya kavuşturulması, küçültülmesi ve bütçesinin daraltılması** hususları öncelikle dikkate alınmalıdır”. (s. 17). Diyanet İşleri Başkanlığı **dışındaki “mezhep ve dinlere bağlı cemaatler ile muhtelif inanç gruplarının örgütlenmeleri durumunda, devlet bunları kamu tüzel kişiliği** olarak tanımalıdır” (s. 17). Diyanet İşleri Başkanlığı’na sağlanan **yasal kolaylıklar**, Diyanet İşleri Başkanlığı **dışındaki tüm Müslüman ve Müslüman olmayan** gruplara da tanınmalıdır” (s. 17).
5. **Stratejik Düşünce Enstitüsü (SDE)** (Mayıs–2011) taslağına göre, (Diyanet İşleri Başkanlığı) “... Devletin dini tarafsızlığına hanel getirmeyecek **özerk bir yapı** şeklinde düzenlemek” (gerekir). Ayrıca “(Diyanet İşleri Başkanlığı dışındaki) cemaatlerin ve inanç gruplarının örgütlenmelerini kamu tüzel kişiliği olarak tanımak” (gerekir)” (s. 31).
6. **Turgut Özal Üniversitesi** taslağına göre, “Diyanet İşleri Başkanlığı **özerk** ve bilhassa **mezhepler bazında katılımcı** bir yapıda olmalıdır” (s. 8).
7. **MAZLUMDER** (Ekim–2010) taslağına göre, “Türkiye’de laiklik adına resmi kurum olan Diyanet İşleri Başkanlığı’nı oluşturarak dine, dindarlara müdahale edilmektedir” (s. 3).
8. **Anayasa Çalışma Grubu (AÇG)** taslağına göre, Devlet din hizmeti sunmamalıdır (s. 22).

## G. SONUÇ

Devlet belirli inançların lehine veya aleyhine olarak hiçbir din ve inancın gerçekliğine dokunamaz. Tüm inançlara özgürlük, liberalizm ve demokrasi gibi kavramlar herhangi bir dine müdahale etmeyi meşru kılamaz. Tarihte birtakım hatalar yapılmıştır, bu hataları tespit eder ve tarihi iyi okuyabilirsek geleceği daha iyi yönlendirebiliriz. Amaç, farklılıkları ortadan kaldırmak değil, farklılıkları hoş görmek olmalıdır. Bu anlamda herhangi bir mezhepte değil, insan hakları merkezinde konu tartışılabilir. Bir orkestrada herkesin aynı sesi vermesi beklenmemelidir. Hoş görmek, dinlemek renklerden armoni çıkarmak bir sanattır. Bir soğanın katmanları gibi birey, aile, boy, vilayet, millet, din, insan kavramları biri diğerinin alternatifi değildir. İhtilaf, kavramlarda uzlaşma olmadığı içindir. *Emevi, Abbasi ve diğer bazı devletlerin/otoritelerin Hz. Ali çocuklarına yönelik baskıcı yönetim anlayışı, “Sünni İslamı”* demek değildir; o dönemde yaşayan Ebu Hanife gibi mezhep imamı başta olmak üzere önemli bilim adamları da bu zulme karşı çıkmış ve bundan etkilenmişlerdir. Yirminci yüzyılda Marksizm, ateizm ve emperyalizm, strateji olarak Aleviliği kendisine bir potansiyel hedef olarak almış ve “*Alisiz Alevilik*” konusunu işlemiş olabilirler. Böyle bir davranışta bulunanlar, gerçek tarihi deforme etmek için büyük bir çaba içerisine girebilirler. Ahmet Yesevi, Hacı Bektaş-ı Veli gibi şahsiyetlerin ana referansları yayımlanmalı, yayılmalıdır. Alevilik insanımıza anlatılmalıdır. Devlet gerçeklik ve özgürlük çerçevesinde konu ile ilgilenmeli, Alevi sorununa müdahale etmemeli ama yardımcı olmalıdır. Bu yazıdan anlaşılacağı üzere, tarihsel derinliğine indiğimizde, gerçekte Alevi-Sünni ayrımı yoktur.

Yeni anayasa çalışmalarında Alevilik ve Diyanet İşleri Başkanlığı konusunda neler yapılmalıdır? Mevcut Anayasa taslaklarında genellikle belirtildiği gibi, Diyanet’in **özerkliğine** kuşkusuz ki evet denilmelidir. Diyanet İşleri Başkanlığının anayasal konumu konusundaki önerilerin daha iyi anlaşılması için aşağıdaki sorulara cevap verilmesi gerekmektedir;

Anayasa taslaklarında genel olarak, “Diyanette tüm inanç gruplarına yer verilsin” denilmektedir. Tüm inanç grupları ne demektir? Diyanette İslam dışı inançlar olan örneğin Bahailik, Katoliklik, Protestanlık, Ortodoksluk vs için ayrı birer daire mi ihdas edilecektir? **Alevilik ve Anadolu Aleviliği**, İslam dışında ayrı bir inanç mıdır? Alevilik ayrı bir din midir? Yoksa İslam dini içerisinde bir mezhep midir? İslam ve Hıristiyanlıkta **mezhep kavramı** aynı mıdır? Diyanette halen **her mezhebin ayrı bir Dairesi** mi vardır? Her mezhebin ayrı bir dairesi olabilir mi? Diyanette temsil edilmek istemeyen inanç gruplarının **paralel kuruluşlar** kurması ne demektir? Diyanetin yanına paralel olarak farklı ve yeni diyanet işleri binaları mı kurulacaktır? Diyanet’in **küçültülmesi** ve bütçesinin daraltılmasının anlamı, bazı **camilerin kapatılması** mıdır? Diyanet mezhepler bazında **katılımcı değil midir?** Osmanlı döneminde katılımcı olan yapı, günümüzde daha fazla katılımcı olarak yürümektedir. Tarihi geri yürütmek veya ırmağı tersine akıtmak mümkün müdür? Diyanet İşleri Başkanlığının anayasadan çıkarılmasının ne faydası olacaktır? Diyanetin herhangi bir iktidar tarafından kolaylıkla ilga edilmesinin (kaldırılmasının) getireceği yarar nedir? Diyanete **Hanefilik** mi hâkimdir? Bunun kanıtları var mıdır? Aksine kanıtlar var mıdır? **Din İşleri Yüksek Kurulu** üyelerinin tamamı tek mezhepten mi seçilmektedir? Böyle bir durum mümkün olabilir mi? Diyanete ne tür **kolaylıklar** tanınmaktadır? Türkiye’de camileri halk mı devlet mi yapmaktadır? Bunun **ABD ve Avrupa’daki (İtalya, Fransa, İsveç vs) örnekleri** nedir? İslam’da mezhep nedir? Çeşitleri nelerdir? İslam’da siyasi (**politik**), itikadi (**düşünsel**) ve fihhi (**hukuksal**) mezhepler ne demektir? Fihhi (hukuksal) mezhepler biri birinden alıntı yapabilir mi? Hanefilik, diğer mezheplerden alıntı yaparak mı büyümüştür? Hanefi mezhebine bağlı olan biri, mezhebin kurucusu olan Ebu Hanife’nin görüşlerine yüzde kaç oranında tabi olmaktadır? İslam veya Hanefilik dışındaki mezheplere “**kamu tüzel kişiliği tanıyalım**” ne demektir? Hıristiyanlık mezheplerine (Protestan vs) veya İslam mezheplerine (Şafilik vs) ayrı birer Diyanet teşkilatı mı kurulacaktır? Bu ifadeler ne anlama gelmektedir?

Bu ve benzeri sorulara objektif cevaplar verilmediği sürece Aleviler ve yeni anayasa konusunda yapılan çalışmalar eksiktir.

## KAYNAKÇA

- Ansay, Sabri Şakir** :*Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara 1946.
- Arslanoğlu, İbrahim** :“Anadolu Aleviliği”; <http://tarhimiz.net> (16.9.2011).
- Arslanoğlu, İbrahim** :“Alevilikte Temel İnanç Unsurları ve Pratikler”; <http://w3.gazi.edu.tr>(16.9.2011).
- Asaff, A. Fyzee** : *Outlines of Muhammadan Law*, Second Edition, London, 1955, Oxford University Press.
- Atar, Fahrettin** :*İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)*, Ankara, 1979, DİBY.
- Brockelman, Carl** : *İslam Uhusları ve Devletleri Tarihi*, Çev. Neşet Çağatay, Ankara, 1992, TTKY.
- Coulson, Noel J.** : “The State and The Individual in Islâmic Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. VI, 1957.
- C. Van Arendonk** :“Şerif”, *Milli Eğitim Bakanlığı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 1979, C. XI, s. 435-442.
- Cessas, Ebu Bekr Ahmed:** *Ahkâm ül Kur'an*, Beyrut, Dar ül Kitab il Arabi, 1335.
- Çağatay, Neşet** : *Bir Türk Kurumu Olan Ahilik*, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1997.
- Eymen Fuad Seyyid** :“Fatimiler”, *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. XII, İstanbul, 1995.
- Ebu Ya'la el-Ferra, Muhammed b. el Hüseyin (1987).** :*el-Ahkâmü's-Sultaniye*, Tashih ve ta'lik: Muhammed Hamid el-Müfti, 3. Baskı, Matbaatü Mustafa'l Bâbi'l-Hâlebi, Mısır.

- Ebu Zehra** :*Tarihu'l-Mezahibi'l-İslamiyye, fi's Siyaseti ve'l Akaidi ve Tarihi'l Mezahibi'l Fıkhiyye*, Kahire, ty., *Dar ül Fikr il Arabi*.
- Hamidullah, Muhammed** :*İslâm Müesseselerine Giriş*, Çev. İhsan Süreyya Sırma, İstanbul, 1984.
- Hitti, Philip K.** :*Siyasi ve Kültürel İslam Tarihi*, C. II, Çev. Salih Tuğ, İstanbul, 1980.
- İbn Haldun, Abdurrahman b. Muhammed.** :*Mukaddime*, Beyrut, Ty., Dârü'l-Cil.
- İbn Abidin** :*Reddu'l-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar ala Metni Tenviri'l- Ebsar*, Çev. Ahmed Davudoğlu, C. I-XIV, İstanbul, 1983, Şamil Yayınları.
- İbn Cerir et-Taberi** :*Târihu't-Taberi Târihu'l-Ümem ve'l-Müluk*, III. B., C. IV, Beyrut, 1991, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- İbn Kayyim el Cevziyye**:(691-751/1293-1350). *et-Turuku'l-Hükmiyye fi's- Siyâseti's-Şer'iyye*, tahkik: Dr. Muhammed Cemil Gazi. ty. (önsöz tarihi: 1397/1977). Kahire: Matbaatü'l-Medeni.
- Karaman, Hayrettin** :*Mukayeseli İslâm Hukuku*, C. I, İstanbul, 1986.
- :*Fıkah Usulü*, İstanbul: İrfan Yayınevi, 1974.
- Kandemir, M. Yaşar** :*"Fatıma"*, *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. XII, İstanbul, 1995, ss. 219–223.
- Kasani, Alaüddin Ebu Bekir** :*Bedâiu's-Sanai fi Tertibi's-Şerâi*, C. I-VII, Beyrut, 1974, Darü'l-Kütübi'l-Arabi.
- Kettani, Muhammed Abdülhayy** :*et Teratibu'l İdariyye*, C. I. Çev. Ahmed ÖZEL, İstanbul, 1990.
- Kopraman, M. Yaşar**:*"Memlük Devleti"*, *Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi*, C. VI, İstanbul, 1992.

- Köprülü, M. Fuad** :*Türk Edebiyatında İlk Mutasavvıflar*, 3. B, Ankara, 1976, DİB Yayınları, TTK Basımevi.
- Mahmasani, Subhi** :*ed-Deâimu'l-Hulkiyye l'il-Kavânini'ş-Şer'iyeye*, Beyrut, 1979, Darü'l-ilm li'l-melayin.
- Macdonald, Duncan B.** :*Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory*, New York, 1965.
- Maverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib.** :*el-Ahkâmü's-Sultâniye ve'l-Velâyâtü'd-Diniye*, Beyrut, ty., Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- Nebhan, M.Faruk** :*İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, Çev. Servet Armağan, İstanbul, 1980, Sönmez Neşriyat.
- Nevin Abdülhalık Mustafa** :*İslam Siyasi Düşüncesinde Muhalefet (Hz.Muhammed Devrinden Abbasilerin II. Yüzyılına Kadar)*, Çev. Vecdi Akyüz, İstanbul, 1990.
- Nizamülmülk** :*Siyasetname*, Çev. M. Şerif Çavdaroğlu, İstanbul, Ty.
- Özçelik, Selçuk** :*"İslam Hukukuna göre Hükümdarın Hukuki Durumu"*, Prof. Taner'e Armağan, İstanbul, 1956.
- Reşid Rıza** :*İslâm'da Birlik ve Fıkıh Mezhepleri*, Çev. Ahmet Hamdi Akseki, Sadeleştiren Hayrettin Karaman, ty., Ankara.
- Spalding, Matthew** :*(Executive Editor), The Heritage Guide to The Constitution*, Washington, 2005.
- Serahsi, Şemsüddin** :*el-Mebsut*, C. I- XVI, İstanbul, 1983, Çağrı Yayınları.
- Şehristani, Muhammed**:*el Milel ve'n Nihal*, Tahkik M. Seyyid Kilani, II. B, C. I-II, Beyrut, 1975, Dar ül Ma'rife.



- Tabliye, Kutub Muhammed** : *el İslam ve Hukuk ul İnsan*, II. B., Kahire, 1984.
- Teftazani, Sa'düddin Mesut b. Ömer** : *Şerhü't-Telwih ala't-Tevdih li metni't-Tenkîh fi Usuli'l-Fıkh*, I-II, Beyrut, 1957, Dar'ül- Kütübi'l-İlmiyye.
- Turan, Ahmet-Yıldız, Harun** : "Tarihten Günümüze Anadolu Aleviliği", <http://dergi.samsunilahiyat.com> (16.9.2011).
- Tyan, Emile** : "Kadi", *The Encyclopaedia of İslâm* (New Edition), C. IV, Leiden, 1978, ss. 373–374.
- Uzunçarşılı İ. Hakkı** : *Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal*, 4. Baskı, Ankara, 1988.
- Yeprem, Saim** : "Kelam ve Felsefe Açısından Hariciler", *Nesil Dergisi*, Sayı, 9, İstanbul, 1979.
- Van Arendonk** : "Şerif", Milli Eğitim Bakanlığı İslam Ansiklopedisi, C. XI, İstanbul, 1979.
- Yaman, Ali** : "Tarihi, Kültürel, Folklorik ve Aktüel Boyutlarıyla Alevilik", *13 üncü Abant Platformu Toplantısı*, İstanbul Cevahir Hotel, 17–18 Mart 2007.
- Yıldırım, Rıza** : "Tarihi, Kültürel, Folklorik ve Aktüel Boyutlarıyla Alevilik", *13 üncü Abant Platformu Toplantısı*, İstanbul Cevahir Hotel, 17–18 Mart 2007.
- Yıldız, Hakkı Dursun** : "Abbasiler", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. I, ss. 31-48, İstanbul, 1988.
- : "Abbasiler", *Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi*, C. III, İstanbul, 1992.
- : "Hulefa-i Raşidin Devri", *Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi*, C. II: *Hulefa-i Raşidin ve Emeviler*, İstanbul, 1992.

- Wellhausen, Julius** :*İslamiyetin İlk Devrinde Dini-Siyasi Muhalefet Partileri*, Çev. Fikret İşıltan, Ankara, 1989, TTK Yayını.
- Zeydan, Abdulkerim** :*el-Medhal li diraseti'ş-Şeria'l-İslamiyye*, XI B. Beyrut, 1990.
- :*Nizâmu'l-Kadâ fi'ş-Şeriat'l-İslâmiyye*, 2. B., Beyrut, 1989, Müessesetü'r-Risale.

[http://tr.wikipedia.org/wiki/Ali\\_bin\\_Ebu\\_Talib](http://tr.wikipedia.org/wiki/Ali_bin_Ebu_Talib) (24.10.2012).

[www.ahmetyesevi.net](http://www.ahmetyesevi.net) (30.09.2012).

[http://tr.wikipedia.org/wiki/Ahmet\\_Yesevi](http://tr.wikipedia.org/wiki/Ahmet_Yesevi). (30.09.2012).

### **Yeni Anayasa İçin Taslak Çalışmalar:**

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN ve heyet, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, 2007.

Türkiye Barolar Birliği, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, Ankara, Kasım 2007, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, 4 ncü Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 131, Kanunlar Dizisi: 4.

MAZLUMDER, İnsan Hakları ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği, **Yeni Bir Anayasa'ya İnsan Hakları Bağlamında İlkesel Öneriler**, Ankara, Ekim 2010.

TÜSİAD, **Yeni Anayasa Yuvarlak Masa Toplantıları Dizisi: Yeni Anayasanın Beş Temel Boyutu**", İstanbul, Mart 2011.

**Toplumsal Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV)** Anayasa Komisyonu, Türkiye'nin Yeni Anayasasına Doğru, İstanbul, Nisan 2011.

Stratejik Düşünce Enstitüsü, **Vesayetsiz ve Tam Demokratik Bir Türkiye İçin İnsan Onuruna Dayanan Yeni Anayasa**, Ankara, Mayıs 2011.

Anayasa Çalışma Grubu (AÇG), **Türkiye'nin Yeni Anayasası İçin Genel Esaslar Raporu**, İstanbul, 25.05.2011.

## ELEKTRİK PİYASASINDA TRT PAYI ÖDENMESİ KONUSUNDAKİ HUKUKİ GELİŞMELER

Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan\*

### ÖZET

*Nihai tüketiciye elektrik enerjisi satışı yapan lisans sahibi tüzel kişiler, elektrik enerjisi satış bedelinin yüzde ikisi tutarındaki payı faturalarında ayrıca göstermek ve bu kapsamdaki bedelleri Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna intikal ettirmek zorundadırlar. Kanunun bu maddesinin zaman içerisindeki değişik metinlerindeki ifadelerden kaynaklanan yorum ve uygulama sorunları uyumsuzluklara konu olmuş ve olmaktadır.*

*Ortaya çıkan sorunlar, TRT payını yasal olarak ödemek zorunda olan kişilerin kimler olduğu, tedarikçilerin müşterileri ile aralarındaki sözleşme gereğince müşterilerinden TRT payı tahsil etme hak ve yetkileri varken zamanında TRT payını faturalarına yansıtmayarak ve herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin elektrik bedeli tahsil etmemesine rağmen daha sonra geriye dönük olarak TRT payı tahsil edip edemeyeceği, TRT payının hangi bedel üzerinden hesaplanacağı, kayıp kaçak bedelinin bu hesaplamada dikkate alınıp alınamayacağı, geriye dönük olarak TRT payı farkı talep edilip edilemeyeceği noktalarında toplanmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** TRT payı, nihai tüketici, kayıp kaçak bedeli, EPDK, hukuki güvenlik ilkesi

---

\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi, EPDK Eski Hukuk Danışmanı

## **LEGAL DEVELOPMENT ABOUT TRT SHARE IN ELECTRICITY MARKET**

### **ABSTRACT**

*According to Law on Revenues of Radio and Television Corporation of Turkey (No.3093), legal persons who sell electricity to final customers are obliged to show amount equal to 2 % of total electricity price in the bills and to pay these amounts to Radio and Television Corporation of Turkey (TRT). By the passage of time, due to expressions in various texts, comment and application problems leading disputes occurred regarding this article.*

*Problems center on; who are obliged to pay TRT share, what is final consumer, should final consumer commented and its context determined under Law on Customer Protection or electricity market legislation, is it possible to collect TRT share retrospectively by those who did not collected it via their bills and without a salvo note although they held the right and authority to collect TRT share, on which amount TRT share will be calculated, will loss and theft fee considered in this calculation, can TRT share collected retrospectively after stay of execution decisions regarding EPDK resolutions regarding this issue.*

**Keywords:** *TRT share, final consumer, loss and theft fee, EPDK (EMRA), principle of legal security*

### **I- GİRİŞ**

Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanununa<sup>1</sup> (kısaca TRT-GK) göre nihai tüketiciye elektrik enerjisi satışı yapan lisans sahibi tüzel kişiler, elektrik enerjisi satış bedelinin yüzde ikisi tutarındaki payı faturalarında ayrıca göstermek ve bu kapsamdaki bedelleri Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna intikal ettirmek zorundadırlar.

İlk olarak 1984 yılında çıkarılmış olan 3093 sayılı TRT-GK'nın 4. maddesinin c) bendine göre:

---

<sup>1</sup> RG 15.12.1984, sa. 18606; söz konusu Kanun'da 1999'da ve en son 5784 sayılı Kanun'la 2008'de değişiklikler yapılmıştır.

*“Türkiye Elektrik Kurumu ve Bu Kurum dışında Kanunla elektrik üretimi ve iletimi tesisleri kurmaya ve işletmeye dağıtım ve ticaretini yapmaya yetkili kılınan diğer kurum ve kuruluşlar, tüketilen enerjinin miktarının birim bedel ile çarpımından elde edilecek meblağın yüzde 3,5 oranı tutarındaki payı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna intikal ettirirler.”<sup>2</sup>*

Bu hükümde kanun koyucu, tüketici kavramına hiç değinmemiş, sadece “tüketilen” kavramını kullanmış ve elektriğin kimin tarafından tüketildiğine bakmaksızın, elektriğin tüketildiği her durumda TRT payı ödeme yükümlülüğünü hükme bağlamıştır<sup>3</sup>. Kanunun bu maddesi 1999 yılında 4397 sayılı Kanunla<sup>4</sup> değiştirilmiş ve tüketici kavramı ilk defa kullanılmaya başlanmıştır. Nitekim tartışmalarda bu düzenleme ile birlikte başlamıştır. Maddenin değiştirilmiş haline göre,

*“Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. ve Türkiye Elektrik Üretim-İletim A.Ş. ile bu kuruluşların dışında kanunla elektrik üretimi ve iletimi tesisleri kurmaya ve işletmeye, dağıtım ve ticaretini yapmaya yetkili kılınan diğer kurum, kuruluş ve işletmeler nihai tüketiciye satılan enerjiden elde edilen gayri safi satış hasılatının (katma değer vergisi hariç, tüm fon, vergi ve paylar dahil) % 2 oranı5 tutarındaki payı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna intikal ettirirler.”*

Bu düzenlemede açıkça nihai tüketici kavramına yer verilmiştir. Ancak nihai tüketici kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda

<sup>2</sup> Bakanlar Kurulunun 22.01.2003 tarih ve 2003/5201 sayılı Kararı'nın 1 inci maddesinde, “Elektrik üretimi, dağıtımı ve ticaretini yapmaya yetkili kılınan kurum, kuruluş ve işletmeler tarafından nihai tüketiciye satılan enerjiden elde edilen gayri safi satış hasılatı üzerinden Türkiye Radyo Televizyon Kurumuna intikal ettirilen % 3,5 oranı tutarındaki pay, bu Kararın yayımı tarihinden itibaren uygulanmak üzere % 2 olarak belirlenmiştir.” denilmiş ve söz konusu karar 23.02.2003 tarihli ve 25029 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>3</sup> Pınar, H., Elektrik Satışları Üzerinden Alınan %2’lik TRT Payının Hesaplanmasının Hukukî Yönden Değerlendirilmesi, Doç.Dr. Haluk Konuralp’a Armağan, C. III, Ankara 2009, s. 776.

<sup>4</sup> 4397 sayılı Kanun için bkz. RG 10.07.1999, sa. 23751.

<sup>5</sup> Madde 4’ün c) bendinde yer alan % 3,5 şeklindeki oran, 23.2.2003 tarih ve 25029 sayılı R.G.’de yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararının 1. maddesi hükmü gereğince değiştirilmiştir.

herhangi bir izahat kanunun metninde de gerekçesinde de bulunmamaktadır. Nihai tüketici kavramını acaba Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna göre mi, yoksa Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna göre mi? yoksa elektrik piyasası hukukuna göre mi yorumlamak gerekmektedir.

2008 yılında kanunun 4/c maddesinde yapılan son değişikliğe göre ise,

*“Nihai tüketiciye elektrik enerjisi satışı yapan lisans sahibi tüzel kişiler, iletim, dağıtım ve perakende satış hizmetlerine ilişkin bedeller hariç olmak üzere, elektrik enerjisi satış bedelinin yüzde ikisi tutarındaki payı (Katma Değer Vergisi, diğer vergiler, fon ve paylar ile benzeri kesintiler hariç) faturalarında ayrıca gösterir ve bu kapsamdaki bedelleri Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna intikal ettirirler. Organize sanayi bölgeleri tüzel kişilikleri, serbest tüketici olarak tedarikçilerden katılımcıları için temin ettikleri enerjiye ilişkin olarak Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna ayrıca pay yatırmaz”.*

Madde metninin yeni halinde de içeriği belli olmayan nihai tüketici kavramı kullanılmaya devam edilmiş ve ayrıca metne eklenen yeni ifadelerle yeni tartışmalar ortaya çıkarılmıştır. Yeni düzenlemeden TRT payının hangi bedel üzerinden alınacağı açık bir şekilde anlaşılmamaktadır<sup>6</sup>. KDV dahil tüm vergi, fon ve payların TRT payının hesaplanmasında hariç tutulacağı açıkça öngörülmüştür. Ancak TRT payının, iletim, dağıtım ve perakende satış hizmetlerine ilişkin bedeller hariç olmak üzere, elektrik enerjisi satış bedeli üzerinden alınacağı belirtilmekle birlikte, kayıp-kaçak bedellerinin elektrik enerjisi satış bedelinin içerisinde olup olmadığı tartışması gündeme gelmiştir.

Kanun metni zaman içerisinde değişmesine rağmen, kullanılan bir takım kavramlar uygulamada farklı yorumlara ve uygulamalara sebep olmuştur. Söz konusu uygulamalar zaman içerisinde hem adli yargının

---

<sup>6</sup> 2008 yılındaki değişiklikte ayrıca organize sanayi bölgeleri tüzel kişiliklerinin, serbest tüketici olarak tedarikçilerden katılımcıları için temin ettikleri enerjiye ilişkin olarak Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna ayrıca pay yatırmayacağı belirtilmiştir.

hem de idari yargının önüne gelmiş ve bir takım kararlar verilmiştir. Ortaya çıkan yorum farklılıklarının ve uyuşmazlıkların temelini teşkil eden kavram “nihai tüketici” kavramıdır. İlgili düzenlemelerde bu kavram, açıkça tanımlanmadığından, ne şekilde anlaşılması ve kapsamına hangi tüketicilerin girdiği hususunda tereddütler oluşmuş ve kavramın geniş ve dar yorumlanmasına dayalı olarak bir takım sorunlar ortaya çıkmıştır.

Ortaya çıkan sorunlar şunlardır:

- TRT payını ödemekle yükümlü olan kişiler kimlerdir?
- Hangi tüketicilerden TRT-GK kapsamında TRT payı tahsil edilebilir?
- Kanun kapsamına giren tüketicilerden zamanında TRT payı alınmaması halinde geçmişe dönük olarak TRT payı tahsilatı yapılabilir mi?

Diğer taraftan TRT payının hangi bedel üzerinden alınması gerektiği hususunda da uyuşmazlıklar ortaya çıkmış ve konu yargıya taşınmıştır. Yargı kararı neticesinde de kararın geçmişe uygulanması sorunu gündeme gelmiştir.

## **II- TRT PAYINI ÖDEMEKLE YÜKÜMLÜ OLAN KİŞİLER**

TRT-GK'nın 4-c maddesinde 2008 yılında yapılan değişikliğe kadar TRT payını ödeme yükümlüğü doğrudan tedarikçilere aitti. Zira hem madde metninin 1984 yılındaki halinde hem de 1999 yılındaki halinde Elektrik üretimi ve iletimi tesisleri kurmaya ve işletmeye, dağıtım ve ticaretini yapmaya yetkili kılınan kurum ve kuruluşların TRT payını ödemekle yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu bedelin müşterilerden tahsil edilip ödeneceği veya ödendikten sonra müşterilere rücu edileceği yönünde herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Nitekim bu sebeple tedarikçiler, müşterileri ile yaptıkları ikili anlaşmalara hüküm koyarak TRT payını ve diğer bazı fon ve payları ödeme yükümlülüğünü müşterilerine yüklemektedirler. Bu durum açıkça göstermektedir ki, 2008 yılına kadar TRT payını TRT Kurumuna ödeme yükümlülüğü kanun gereği tedarikçilere aittir.

2008 yılında TRT-GK'da yapılan değişiklikle ise, elektrik enerjisi satış bedelinin yüzde ikisi tutarındaki payın faturalarda ayrıca

gösterileceği ve bu kapsamdaki bedellerin Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna intikal ettirileceği ifade edilmiştir. Bu düzenleme gereğince tedarikçiler, ikili anlaşmalarına hüküm koymadan, kanun hükmü gereğince TRT payını faturaya yansıtıp önceden müşterilerinden tahsil edebilecek ve topladığı bu bedelleri TRT'ye aktaracaktır. Dolayısıyla 2008 yılından itibaren, kanunen TRT payını ödeme yükümlülüğü elektriği tüketen müşterilere/tüketicilere aittir.

### III- TRT PAYI ÖDEMEKLE YÜKÜMLÜ OLAN TÜKETİCİLER

TRT payı ödemekle yükümlü olan tüketicilerin kimler olduğu hususunda tartışma ilk defa TRT-GK'nın 4-c maddesinde 1999 yılında yapılan değişiklikle gündeme gelmiştir. Kanun metninde yapılan değişiklikle TRT payının *nihai tüketiciye satılan enerji bedeli üzerinden hesaplanarak ödeneceği ifade edilmiştir. Metinde geçen nihai tüketici kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda ise açıklık bulunmamaktadır. Nitekim bu sebeple bazı tedarikçiler, müşterilerinin nihai tüketici olmadığı gerekçesiyle bu hususu yargıya taşımışlardır. Özellikle de otoprodüktör lisansı bulunan bazı şirketler, grup üyelerine yaptıkları elektrik satışlarından TRT payı ödenmesi gerektiğini iddia etmişlerdir.*

Tartışmalı olan nihai tüketici kavramından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koyabilmek için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna ve enerji mevzuatına bakmak gerekmektedir.

Tüketici kavramı Türk hukukunda ilk defa, Gümrük Birliği kapsamında<sup>7</sup> Türk hukukunun AB mevzuatı ile uyumlaştırılması amacıyla 1995 yılında çıkarılan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda tanımlanmıştır<sup>8</sup>. Kanunun 3. Maddesinin f bendine göre:

---

<sup>7</sup> 2005/29 sayılı Haksız Ticarî Uygulamalar Hakkında Yönergenin 2. maddenin a) bendine göre tüketici, “‘Tüketici’, bu Yönergede düzenlenen anlamda ticarî ilişkide sanayi (ticarî), zanaatkarlık veya meslekî faaliyetlere atfedilemeyecek amaçlar doğrultusunda hareket eden herhangi bir gerçek kişidir”. (Yönergenin Türkçe tercüme metni için bkz. Kayar, İ./İlbasmış, Ö., Avrupa Birliğinin 2005/29/EC Haksız Ticarî Uygulamalar Yönergesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. 1, S. 1, s. 173 vd. .

<sup>8</sup> RG, 08.03.1995, s. 22221.



*“f) Tüketici: Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzelkişi”*

ifade etmektedir. 2003 yılında Kanunda bir değişiklik yapılarak 3. maddeki tüketici tanımı şu şekilde değiştirilmiştir:

*“e) Tüketici: Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi”*

Pınar kanun metninde yer alan bu tanımları şu şekilde yorumlamaktadır<sup>9</sup>. *“Her iki tanım dikkate alındığında Türk hukukunda hem gerçek hem tüzel kişilerin tüketici olabileceği açıkça kabul edilmektedir. Ancak bu durumun AB mevzuatı ile uyumlu olduğu söylenemez. Bununla birlikte öğretide ve yargı kararlarında hangi tüzel kişilerin tüketici olabileceği konusunda da tam bir açıklık bulunmamaktadır. Zira Türk Ticaret Kanunu hükümleri de dikkate alındığında bu Kanun’un 3. maddesine göre, ticarî şirketlerin bütün işlemleri, fiilleri ve işleri ticarî iş olarak kabul edilmektedir. Ayrıca TTK m. 21/1 gereğince de tüzel kişi tacirlerin yani ticaret şirketlerin borçları da ticarîdir. Bunun tek istisnası ise yine aynı fıkranın ikinci cümlesinde gerçek kişi tacirler için getirilmiştir. Buna göre, gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı sırada bunun ticarî işletmesi ile ilgisi olmadığını karşı tarafa açıkça bildirirse veya işin ticarî sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç ticarî olmaz, yani adı borç olur. Böyle bir durumda gerçek kişi tacir, tüketici olabilir. Ancak tüzel kişiler için böyle bir istisna öngörülmediğinden Ticaret Kanunu ve Tüketici Kanunu arasında özel-genel kanun ilişkisinin ileri sürülmesinin isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Ticaret şirketlerinin faaliyetleri veya işlemleri ticarî amaç dışında olamayacağı gibi çalışanlarını teşvik amacıyla yapılan giderler, meselâ onlara hediye dağıtmalar, yemek veya gezi organize etmeler gibi, şirket hesabı açısından bir gider olarak bilançoda yer almak zorundadır. Dolayısıyla ticaret şirketlerinin, tüketici olmaları ve bu sebeple de Tüketici Kanunu’na tâbi olmaları mümkün değildir.”*<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Pınar, s. 784.

<sup>10</sup> 2005/29 sayılı Haksız Ticarî Uygulamalar Hakkında Yönergede sadece tacir, esnaf ve serbest meslek sahibi olmayan gerçek kişiler tüketici olarak kabul edilmişken, Türk

Elektrik piyasasına ilişkin mevzuatta “nihai tüketici” kavramına değinen ve ne anlaşılması gerektiğini izah eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun<sup>11</sup> 1. maddesinde tüketici kavramı tanımlanmış ve

*“17. Tüketici: Elektriği kendi ihtiyacı için alan serbest ve serbest olmayan tüketicileri,*

ifade edeceği belirtilmiştir. Tanımda, elektriğin mal veya hizmet üretmek için ya da nihai olarak tüketmek için alınıp alınmaması hususunda bir ayırım yapılmamış ve kendi ihtiyacı için elektrik alımından bahsedilmiştir. Bu hükümden yola çıkarak, elektrik piyasası açısından tüketicinin elektriği mal veya hizmet üretmek için veya nihai olarak tüketmek için alıp almamasına bakılmaksızın elektrik tüketen herkes tüketicidir. Elektrik piyasasında tüketiciler sadece mesken, sanayi, ticarethane, tarımsal sulama ve aydınlatma grupların şeklinde abone gruplarına ayrılmıştır.

Uygulamada özellikle kendi ihtiyaçları ya da grup olarak ortaklarının ihtiyaçları için elektrik üreten tüzel kişiler olan otoprodüktörler tarafından açılan davalarda, mal ve hizmet üretmek amacıyla elektrik alan otoprodüktör müşterilerinin TRT-GK anlamında nihai tüketici olup olmadığı sorusuna cevap aranmıştır.

Ankara 6.<sup>12</sup> ve 8.<sup>13</sup> İdare Mahkemeleri bu hususa ilişkin açılan davalarda, kanunen “nihai tüketiciye” satılan elektrikten TRT payı alınacağı düzenlendiğinden, otoprodüktör grubu üretim lisansına sahip şirketlerin, grup veya kurucu ortakları da “nihai tüketici” olarak kabul

---

hukukunda tüzel kişilerin de tüketici olabileceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Bu konudaki tartışmalar için bkz. *Aslan, Y.*, Tüketici Hukuku, Bursa 2006, s. 7 vd.; *Akıncı, Ş.*, Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998, s. 11 vd.; *Baykan, R.*, Tüketici Hukuku, İstanbul 2005, s. 37 vd.; Pınar, s. 785, 786; *Özel, Ç.*, Mukayeseli Hukuku Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, s. 30 vd.; *Zevkliler A./Aydoğdu, M.*, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s. 80 vd.

<sup>11</sup> RG, 03.03.2001 ve s. 24335 Mükerrer

<sup>12</sup> Ankara 6. İdare Mahkemesi, E. 2004/1712, K. 2005/371, T. 17.03.2005 (karar yayımlanmamıştır).

<sup>13</sup> Ankara 8. İdare Mahkemesi, E. 2004/1873, K. 2005/711, T. 24.05.2005 (karar yayımlanmamıştır).

edileceği ve dolayısıyla, elektrik tüketen şirketlere satılan elektrikten elde edilen hasıllardan TRT payı ödenmesinin gerektiği yönünde kararlar vermişlerdir. Danıştay 10. Dairesi de söz konusu kararları hukuka uygun bularak onamıştır<sup>14</sup>.

Aynı şekilde, Ankara Asliye Ticaret Mahkemeleri nezdinde açılan davalarda verilen kararlarda da kavram hakkında herhangi bir tartışmaya girilmeyerek elektrik tüketimini kim yaparsa yapsın “nihai tüketici” olarak kabul edilmiş, otoprodüktörler tarafından üretilen elektrik enerjisinin grup ortaklarına satışından TRT payı ödenmesi gerektiği belirtmiştir<sup>15</sup>.

TRT payı ödenmesi yükümlülüğüne ilişkin gelişen sürece kronolojik olarak bakılacak olursa:

- 4.7.2003: EPDK, TRT payının tarifelere eklenerek tahakkuk ettirilemeyeceğine dair bir karar vermiştir.

Bu karar otoprodüktör ortaklarının TRT payı ödemesinin gerekip gerekmediği ile ilgili değildir.

- 16.1.2004: EPDK, otoprodüktör ortaklarının TRT payı ödemesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

- 4.5.2004: Rekabet Kurulu otoprodüktör ortaklarının TRT payı ödememesinin rekabet hukukunu ihlal etmediğine karar vermiş ve değerlendirmesinde, TRT payının nihai tüketiciden alındığını ve otoprodüktörlerin kendi ortaklarına enerji sattığını bu sebeple otoprodüktör ortaklarının uygulama dışında bırakılmasının Rekabet hukukunu ihlal etmediğini belirtmiştir.

Rekabet Kurulunun bu kararı rekabet hukuku açısından yerindedir ancak elektrik piyasasına uygulanabilir nitelikte değildir. Zira rekabet hukukundaki nihai tüketici kavramı ile

<sup>14</sup> Ankara 6. İdare Mahkemesi kararının onanmasına ilişkin bkz. Danıştay 10. Daire, E. 2005/6278, K. 2006/2712, T. 28.04.2006; Ankara 8. İdare Mahkemesi kararının onanmasına ilişkin bkz. Danıştay 10. Daire, E. 2005/7346, K. 2006/4071, T. 20.06.2006 (kararlar yayımlanmamıştır).

<sup>15</sup> Ankara Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, E. 2004/320, K. 2006/446, T. 12.10.2006 (karar yayımlanmamıştır); Ankara Asliye 4. Ticaret Mahkemesi, E. 2006/638, K. 2007/222, T. 06.06.2007 (karar yayımlanmamıştır); Ankara Asliye 5. Ticaret Mahkemesi, E. 2007/220, K. 2008/286, T. 06.19.06.2008 (kararlar yayımlanmamıştır).

enerji hukukundaki nihai tüketici kavramları farklı anlamlara gelmektedir. Rekabet Kurulu konuyu rekabet hukuku açısından değerlendirdiğinden haklı olarak nihai tüketici kavramına farklı bir anlam yüklemektedir. Rekabet hukukuna göre nihai tüketici elektriği kendi ihtiyacı için tüketen ve bu elektrikle herhangi bir mal veya hizmet üretmeyen kişidir. Örneğin bir fabrika elektrik tüketerek mal üretmektedir. Dolayısıyla fabrika nihai tüketici değildir. Buna karşılık meskenlerde elektrik tüketilmekte ancak herhangi bir mal ve hizmet üretilmemektedir. Dolayısıyla meskenler rekabet hukuku açısından nihai tüketicidir. Oysa elektrik piyasasında böyle bir ayrıma gitmenin isabetli olmayacağı düşünülmektedir. Elektrik piyasasında elektriği tüketen ve kendisine fatura kesilen kişi nihai tüketicidir. Kişi elektriği tüketmekle (nihai) tüketici haline gelir. Ancak kişi elektriği tüketmeyip, alıp başkasına satıyorsa o takdirde dava konusu uyuşmazlık kapsamında (nihai) tüketici olarak kabul edilmemesi gerekir. Dava konusu olayda davalı elektriği alıp tüketen ve kendisine gönderilen tüketime ilişkin faturayı ödeyen kişidir. Bu sebeple TRT Kanunu açısından nihai tüketicidir ve TRT payı ödemesi gerekir. Netice itibarıyla Rekabet Kurulu kararı dava konusu olaya uygulanabilir ve emsal alınabilir bir karar değildir.

- 15.6.2005: Danıştay 13. Dairesi 15.6.2005 T., E. 2005/5922, K. 2005/3116 sayılı kararında otoprodüktör ortaklarından TRT payı alınmamasının rekabet kanununu ihlal etmediğini belirtmiştir.

Bu karar yukarıda belirtilen gerekçelerle dava konusu olaya uygulanabilir nitelikte değildir.

- İdare mahkemesi ve Danıştay kararlarında otoprodüktör ortaklarının TRT payı ödemesi gerektiği belirtilmiştir<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> 17.03.2005: Ankara 6. İdare Mahkemesi, E. 2004/1712, K. 2005/371 (Karar Danıştay 10. Daire E. 2005/6278, K. 2006/2712, T. 28.04.2006 kararı ile onanmıştır.); Ankara 2. İdare Mahkemesi, 08.04.2005 T., E. 2004/2277, K. 2005/496; Ankara 5. İdare Mahkemesi, 17.05.2005 T., E. 2004/2003, K. 2005/694; Ankara 5. İdare Mahkemesi, 24.05.2005 T.,

- Aynı şekilde Ankara Ticaret Mahkemeleri ve Yargıtay kararlarının tamamında da otoprodüktör ortaklarının TRT payı ödemesi gerektiği belirtilmiştir<sup>17</sup>.

Yukarıdaki kararlar incelendiğinde sadece Rekabet Kurulunun 2004 yılında verdiği bir kararında otoprodüktör ortaklarını nihai tüketici olarak kabul edilemeyeceğinden, bunlardan TRT payı alınmamasının rekabet mevzuatını ihlal etmediği belirtilmiş ve karar aynı gerekçelerle Danıştay tarafından onanmıştır. Bu kararlar yukarıda izah edildiği üzere elektrik piyasasına uygulanabilir nitelikte değildir. Bunun dışında tüm kararlar – TRT, EPDK, İdare Mahkemeleri, Danıştay, Ticaret Mahkemeleri ve Yargıtay - otoprodüktör ortaklarının TRT payı ödemesi gerektiği yönündedir.

Tedarikçi şirketler basiretli iş adamı gibi davranmak ve EPDK mevzuatına ve kararlarına uymak zorundadır. EPDK kararlarının ötesinde konuya ilişkin yargı kararlarında da durum açıkça ortaya konulmuş olup, bu kararlar tüm piyasa aktörlerini doğrudan bağlamaktadır. Netice itibariyle, TRT-GK'dan, EPDK kararlarından ve yargı kararlarından açıkça anlaşıldığı üzere kimlerin TRT payı ödemesi gerektiği konusunda bir belirsizlik bulunmamaktadır.

Buna karşılık öğretilerde Pınar, malı her tüketen kişinin nihaî tüketici olmadığını, malın tüketici tarafından nihaî olarak satın alınmasının; malı olduğu gibi ya da başka bir malla birleştirilerek, işleyerek, üretimde hammadde olarak kullanarak tekrar satmamak, çıkar karşılığı başkalarına

---

E. 2004/2001, K. 2005/752; Ankara 8. İdare Mahkemesi, , 24.05.2005 T., E. 2004/1873, K. 2005/711 (Karar Danıştay 10. Daire, E. 2005/7346, K. 2006/4071, T. 20.06.2006 kararı ile onanmıştır.); Ankara 5. İdare Mahkemesi, 07.06.2005 t., E. 2004/1701, K. 2005/795; Ankara 11. İdare Mahkemesi, 11.11.2005 T., E. 2004/1635, K. 2005/1754; Ankara 11. İdare Mahkemesi, 29.11.2005 T., E. 2004/1566, K. 2005/1911; Ankara 11. İdare Mahkemesi, 23.11.2006 T., E. 2006/879, K. 2006/3638; Ankara 6. İdare Mahkemesi, 12.12.2007 T., E. 2006/1442, K. 2007/2995.

<sup>17</sup> Ankara Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, 12.10.2006 T., E. 2004/320, K. 2006/446; Ankara Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, 12.10.2006T., E. 2004/320, K. 2006/446; Ankara Asliye 4. Ticaret Mahkemesi, 06.06.2007 T., E. 2006/638, K. 2007/222; Ankara Asliye 5. Ticaret Mahkemesi, 19.06.2008 T., E. 2007/220, K. 2008/286; Ankara Asliye 4. Ticaret Mahkemesi, 09.07.2008 T., E. 2008/175, K. 2008/342; Yargıtay 4. Hukuku Dairesi, 05.02.2008 T., E. 2007/666, K. 2008/1159.

devretmemek veya mesleği icra amaçlı kullanmamak üzere tüketmeyi ifade ettiğini, elektrik piyasası açısından sanayiye, üreticiye, ticarî işletmelere, serbest meslek sahiplerine satılan elektriğin, malların üretilmesinde veya hizmetin sunulmasında bir girdi olduğundan nihai olarak tüketilmemiş olacağını, dolayısıyla da bu tür elektrik satışlarından da TRT payı alınmasının hukuken mümkün olmadığını savunmaktadır<sup>18</sup>.

Kanaatimce TRT-GK'daki nihai tüketici kavramını TKHK'na göre değil, elektrik piyasası mevzuatına göre yorumlamak ve kapsamını belirlemek gerekmektedir. Bu kapsamda değerlendirme yapıldığında da, elektrik tüketen tüm müşteriler, ister elektriği meskenlerde olduğu gibi tamamen özel kullanımı ve tüketimi için alsınlar isterse mal veya hizmet üretmek amacıyla alsınlar, elektrik tüketimi gerçekleştiği için ve bedel tahsilatı yapıldığı için bu bedel üzerinden de TRT payı ödenmesi gerekir. Ancak bu sonuca kanun maddesinin lafından yola çıkarak da kolayca varılabilmesi için kanun metninin değiştirilmesi isabetli olacaktır<sup>19</sup>.

#### **IV- TRT PAYININ GEÇMİŞE DÖNÜK OLARAK TAHSİLİ**

TRT-GK m. 4-c hükmündeki nihai tüketici kavramından farklı anlamlar çıkararak müşterilerinden TRT payı tahsil etmeyen ve TRT'ye bu payı ödemeyen tedarikçiler, Danıştay'ın ilgili kararları neticesinde ödemek zorunda kalınca, kendi müşterilerinden aralarındaki sözleşme hükümlerine dayanarak geçmişe dönük olarak TRT payı tahsil etmek istemişlerdir.

Yukarıda izah edildiği üzere, hem mevzuat hem EPDK kararları hem de mahkeme kararları gereğince elektrik tüketen tüm müşterilerden TRT-payı tahsil edilmesi ve TRT'ye ödenmesi gerektiği açıktır. Diğer bir ifade ile hukuken ödenmesi zorunlu olduğu açık olan TRT payının ödenmemesini ve tedarikçi ile müşteri arasındaki sözleşme hükümleri gereğince TRT payını müşteriler ödemek zorunda olmasına rağmen müşterilerden TRT payı tahsil edilmemesini haklı ve hukuka uygun kılacak her hangi bir durum söz konusu değildir. Bu şekilde TRT payı tahsil edilmemesi basiretli tacir kavramı ile de bağdaşmamaktadır.

---

<sup>18</sup> *Pınar*, s. 791.

<sup>19</sup> Aynı yönde öneri için bkz. *Pınar*, s. 791.

Basiretli tacir mevcut mevzuatı ve yargı kararlarını dikkate alarak yükümlülüklerini yerine getirmelidir.

Nasıl ki piyasada faaliyet gösteren bir çok tedarikçi TRT payını müşterilerinden tahsil etmekte ve bu pay müşterilere bir maliyet unsuru olarak yansımaktadır; diğer tedarikçiler de bu payı tahsil etmeli ve müşterilerine maliyet unsuru olarak yansıtmalıdırlar. Tedarikçilerden herhangi birisi müşterilerinden TRT payı tahsil etme hakkı varken tahsil etmediğinde, müşterilerinden TRT payı tahsil eden piyasadaki diğer tedarikçilere nazaran daha ucuza elektrik satma imkanı bulmaktadır. Bu durum ise müşterilerin tedarikçi seçme özgürlüğünü etkilemekte ve müşteriler TRT payı almayan tedarikçileri tercih etmektedirler.

Diğer taraftan müşteriler bu maliyet unsurunu dikkate alarak, kendi ürünlerinin fiyatını belirleme imkanına sahip olmalıdır. Elektrik maliyetleri üretim tesislerinde bir girdi ve maliyet unsuru olarak değerlendirilmekte ve oluşan maliyetler de üretilen malın fiyatına yansıtılmaktadır. Dolayısı ile müşterilerin, TRT payı tahsil edilmediği döneme ilişkin olarak geriye dönük TRT payı ödeyebileceğine ilişkin bir bilgisi olmadığından, TRT payına ilişkin maliyet riskini kendi maliyetlerine yansıtamamışlardır. Serbest piyasada rekabet koşullarında maliyet unsuru olarak %2 veya daha düşük bir oran bazen çok önemli bir kar marjı haline gelebilmektedir.

Netice itibarıyla müşterileri ile aralarındaki sözleşme hükmüne dayanarak TRT payı tahsil etme hakkı bulunan tedarikçiler, zamanında faturaları herhangi bir ihtirazi kayıt koymadan düzenlemiş ve bu konuda herhangi bir bildirimde bulunmayarak basiretli tacir gibi davranmamış, ayrıca TRT payının tahsil edilmeyeceği yönünde hukuki görüntü meydana getirerek sözleşmenin karşı tarafı olan müşterilerde TRT payının tahsil edildiği veya edilmeyeceği yönünde güven oluşturmuş ise, müşterilerinden geriye dönük olarak TRT payı talep edemez.

## V- TRT PAYININ HANGİ BEDEL ÜZERİNDEN ALINMASI GEREKTİĞİ VE KONUYA İLİŞKİN YARGI KARARLARININ GEÇMİŞE DÖNÜK OLARAK UYGULANMASI SORUNU

### 1- Genel Olarak

3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Gelirleri Kanunudur (TRT-GK). TRT-GK'nın en son 2008 yılında değiştirilen 4/c maddesine göre, *“Tüketiciye elektrik enerjisi satışı yapan lisans sahibi tüzel kişiler, iletim, dağıtım ve perakende satış hizmetlerine ilişkin bedeller hariç olmak üzere, elektrik enerjisi satış bedelinin yüzde ikisi tutarındaki payı (Katma Değer Vergisi, diğer vergiler, fon ve paylar ile benzeri kesintiler hariç) faturalarında ayrıca gösterir ve bu kapsamdaki bedelleri Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna intikal ettirirler. Organize sanayi bölgeleri tüzel kişilikleri, serbest tüketici olarak tedarikçilerden katılımcıları için temin ettikleri enerjiye ilişkin olarak Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna ayrıca pay yatırmaz”*. Bu hüküm gereğince TRT payı, iletim, dağıtım ve perakende satış hizmetlerine ilişkin bedeller hariç olmak üzere, elektrik enerjisi satış bedeli üzerinden alınması gerekmektedir.

TRT payına ilişkin bir diğer hukuki sorun elektrik enerjisi bedelinden ne anlaşılması gerektiği hususundadır. Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu (Kurul) TRT-GK'nın ilgili maddesinin lafının açık olmadığı noktasından hareketle 1/2/2011 tarihinde aldığı 3065 sayılı karar ile TRT payının hangi tarife bileşenlerinden alınması gerektiğini belirlemiştir. 3065 sayılı Kurul kararında, *““9/7/2008 tarihli ve 5784 sayılı kanun ile 4/12/1984 tarihli ve 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Gelirleri Kanununun 4 üncü maddesinin (c) bendinde yapılan düzenleme ve 28/12/2010 tarihli ve 2999 sayılı Kurul Kararı uyarınca, nihai tüketiciye elektrik enerjisi satışı yapan lisans sahibi tüzel kişiler tarafından; iletim, dağıtım, sayaç okumaya ilişkin perakende satış hizmeti ve kayıp enerjiye ilişkin bedeller hariç olmak üzere, net enerji ve sayaç okuma dışındaki perakende satış hizmet bedelleri toplamının TRT Payının hesaplanmasında dikkate alınması”* gerektiği ifade edilmiştir. Bu kararla Kurul, 3093 sayılı kanunun 4/c maddesi kapsamı dışında bırakılan serbest



ve serbest olmayan tüketicilere uygulanan şebeke maliyeti kalemlerine açıklık getirmiştir.

TRT Genel Müdürlüğü ise bu kararın hukuka uygun olmadığını iddia ederek iptal davası açmış ve Danıştay 13. Dairesi karar hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Yürütmeyi durdurma kararında Danıştay, *“Bu itibarla nihai tüketiciye elektrik enerjisi satışı yapan lisans sahibi tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilecek elektrik enerjisi satışı üzerinden ne şekilde ve hangi miktarda TRT payı tahakkuk ettirileceğine ilişkin hususlar 3093 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (c) bendinde düzenlendiğinden ve bu düzenleme uyarınca TRT payı tahakkukuna konu olmayacak tarifelerin, iletim, dağıtım ve perakende satış hizmet bedeli tarifesi olduğu açık bir şekilde belirtildiğinden, TRT payının ancak perakende satış tarifesini oluşturan kalemler üzerinden tahakkuk ettirilebileceği ve Kanun’daki bu özel düzenleme karşısında, TRT payı matrahı dışında kalacak veya matraha dahil olacak tarife kalemlerinin, davalı idarenin 4628 sayılı Kanun’un Geçici 9. maddesi uyarınca 01.01.2011 tarihinden sonraki uygulamaya ilişkin aldığı 2999 ve 3002 sayılı kararlar ve alt hukuk normu değişikliklerine paralel olarak ancak bu Kanun’da yapılacak bir düzenleme ile mümkün olabileceği kuşkusuzdur.”* demektedir.

Bu karar sonrasında EPDK internet sitesinde yayınladığı bir duyuru ile yürütmeyi durdurma kararı çerçevesinde TRT payının tahakkuk ettirilmesine devam olunacağını kamuoyuna bildirdi.

Danıştay’ın vermiş olduğu yürütmeyi durdurma kararı sonrası ortaya yeni bir sorun çıkmıştır. Acaba 3065 sayılı Kurul kararının alındığı tarihten yürütmeyi durdurma kararının verildiği tarihe kadarki dönemde eksik tahakkuk ettirilen TRT payı nihai tüketicilere elektrik enerjisi satışı yapan şirketlerden ve bu şirketler tarafından da tüketicilerden tahsil edilmesi gerekecek midir?

## **2- Kurul Kararları Hakkında Verilen Yürütmeyi Durdurma Kararının Hukuki Niteliği ve Uygulanması**

Yürütmenin durdurulması kararı iptali istenen işlemin hüküm ve sonuçlarının doğmasına engel olan, idari işlemin uygulanmasını erteleyen,

yani icrai kuvvetini durduran koruyucu tedbir niteliğinde bir yargısal işlemdir<sup>20</sup>. Yürütmeyi durdurma kararı ile idari işlemin sadece icrailik niteliği değil aynı zamanda kanunilik niteliği de askıya alınmaktadır. Ancak askıya alınma, işlemin varlığının hukuk düzeninden kaldırılması neticesini doğurmadığı gibi işlemin kesin olarak hukuka aykırılığını da göstermez. Yürütmenin durdurulması kararı verildiğinde idare, kararla birlikte kendiliğinden uygulama gücü duran ya da ertelenen işlemi uygulamamalıdır<sup>21</sup>. Danıştay konuya ilişkin verdiği bir kararında “...yürütmenin durdurulması kararları ise ise, dava konusu işlemi ortadan kaldırmamakla birlikte, bir işlemin icra safhasına intikalini önler. Bir başka ifade ile, yürütmenin durdurulması kararları taalluk ettikleri işlemin hukuki varlığına son vermeyip, sadece icrai vasfına tesir ederler ve bu kararlar sebebiyle dava sonuna kadar işlemin icra mevkiine sokulması mümkün olmaz ...” demektedir<sup>22</sup>.

Yürütmenin durdurulması kararının, karar verilmeden önce iptali istenen işleme dayanarak yapılan işlemler, yani işlemin sonuçları üzerindeki etkileri konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda üç farklı görüş savunulmaktadır.

Bu görüşlerden ilkinin savunanlar, yürütmenin durdurulması kararının geriye yürütülemeyeceğini iddia etmektedirler. Gerekçe olarak da yürütmenin durdurulması kararının yargısal niteliğinin bulunmaması gösterilmiştir. Bu görüş taraftarları, yürütmenin durdurulması kararının sadece icrai kararın icrasını sağlayan müteakip işlemlerin ve eylemlerin dava sonuna kadar durdurulmasını sağladığını, dolayısıyla önceki işlem ve eylemlere etkisinin olmadığını, bu işlemlerin geçerliliğini koruduğunu savunmaktadırlar.

Yürütmeyi durdurma kararının geriye yürüyeceğini savunan ikinci görüş taraftarları, yürütmenin durdurulması kararının amacının dava konusu işlemin yapıldığı tarihten önceki durumun iade edilmesi ve

---

<sup>20</sup> Çağlayan, R., İdari Yargı Kararlarının sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2004, s. 211; Aslan, Z., İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994, s. 34..

<sup>21</sup> Gözübüyük A.Ş./Tan, T., İdare Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2011, s. 1055.

<sup>22</sup> Danıştay 12. D., 1.12.1969 T, 69/1362 E.

işlemlere kaldığı yerden devam edilmesi olduğu fikrindedir. Yürütmenin durdurulması kararı iptal kararı gibi iptali istenen işlemi, işlemin yapıldığı tarihten itibaren ortadan kaldırır, hiç yapılmamış sayılır ve tasarrufun önceki durumunu geri getirir<sup>23</sup>. Bu durumda idarenin, yürütmesi durdurulan işlemi uygulamaması ve işlemden önceki duruma göre hareket etmesi gerekir. Danıştay konuya ilişkin verdiği bir kararında, “...*gerek öğreti, gerek uygulamada, yürütmenin durdurulması kararlarının geçmişe etkili olarak, işlemin tesis ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlayacağı idare hukuku ilkelerindedir.....*”<sup>24</sup> demektedir. Başka bir karara göre ise “...*iptal kararları, iptali istenen tasarrufu ve ona bağlı işlemleri yapıldıkları tarihten itibaren ortadan kaldırır... yürütmenin durdurulması kararı da aynı niteliktedir. Yani, henüz ortada bir iptal kararı bulunmadığı halde, iptali istenen idari tasarrufu ve onun sonucu olan işlemleri durdurur ve bunları yapıldıkları tarihten önceki hukuki durumu sağlar.*”<sup>25</sup> Aynı yönde bir diğer kararda “*İstikrar kazanmış yargı içtihatlarına göre yürütmenin durdurulması kararları dava konusu idari işlemin uygulanmasını durdura, başka bir deyimle onun icraîlik niteliğini askıya alan ve söz konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan geçici nitelikte kararlardır.*” ifadesini kullanmıştır<sup>26</sup>.

Üçüncü görüşü savunanlar ise işlemin niteliğine göre, farklı durumlar ortaya çıkabileceğinden farklı çözümler bulunması gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Gözübüyük/Tan, s. 1057; Gözübüyük, A.Ş., Yönetim Hukuku, Ankara 1998, s. 506; Kaboğlu, Ö. İ., Yürütmenin Durdurulması, ABD 1979, C. 33, S. 4, s. 642; Çağlayan, s. 212, 214; Özdeş, Ö., İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 8.

<sup>24</sup> Danıştay, 8. D., 9.2.1978 T., 76/1492 E., 78/658 K. (Danıştay Dergisi, Sayı 32-33, s. 585).

<sup>25</sup> Danıştay, 8. D., 21.10.1982 T., 81/551 E., 82/1196 K. (Danıştay Dergisi, Sayı 50-51, s. 354)

<sup>26</sup> Danıştay, 5. D., 20.9.1994 T., 994/4960 E, 994/4062 K. (Danıştay Dergisi, Sayı 90, s. 605).

<sup>27</sup> Kayışoğlu, B., Danıştay’da Yürütmenin Durdurulması, Ankara Barosu Dergisi, 1974, C. 31, s. 1114.

Görüleceği üzere doktrindeki ve yargı kararlarındaki hakim görüş yürütmenin durdurulması kararının geçmişe etkili sonuç doğurduğu ve işlemin yapıldığı zamandan itibaren tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kalktığı yönündedir.

Kararın geçmişe etkili olması sonucunun hukuk aleminde nasıl tesis edileceği, yani eski durumun geri gelmesi için idarenin yeni bir işlem yapmasına gerek olup olmadığı ise, idari işlemin niteliğine göre değişmektedir. Bazı hallerde, yürütmenin durdurulması kararının yerine getirilmesi için idarenin aktif olarak harekete geçerek yeni bir işlem tesis etmesi gerekmektedir. Bazı durumlarda ise verilen karar kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurur; idarenin ayrıca bir işlem yapmasına ihtiyaç kalmaz, pasif kalması yeterli olur. Önceki durumun ne zaman kendiliğinden, ne zaman idarenin yeni bir işlemi ile geri geldiği konusunda kesin bir kıstas konulamaz. Dava konusu olan her bir işlemin niteliğine ve etkilerine bakarak sonuca ulaşmak gerekmektedir.

İkinci ihtimal olan idarenin yeni bir işlem yapmasına gerek olmaksızın eski durumun geri gelmesi genellikle düzenleyici işlemlerin iptalinde/yürütmesinin durdurulmasında söz konusu olur. Mevcut bir düzenleyici işlem yeni bir işlemle değiştirilir veya iptal edilirse ve bu yeni işlem hakkında yürütmeyi durdurma kararı verilirse, değiştirilen veya iptal edilen eski işlem tekrar canlanır ve uygulanmaya devam edilir. Ancak bu konuda da Danıştay'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında TRT payına ilişkin karar değerlendirdiğinde, kararın Kurul kararını alındığı tarihten itibaren ortadan kaldırdığı ve işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağladığı sonucunu doğurmaktadır sonucuna varılmaktadır. Bu durumda olayımızda bir boşluk meydana gelmemektedir. Zira 3065 sayılı Kurul kararından önce TRT payı 3093 sayılı Türkiye TRT-GK'nın 4/c maddesine göre tahsil ediliyordu. 3065 sayılı Kurul kararı alınmakla 3093 sayılı kanunun ilgili maddesi iptal edilmemişti veya değiştirilmemişti. Zira bir Kurul kararı ile kanun hükmünün değiştirilmesi veya iptal edilmesi söz konusu olamaz. 3093 sayılı kanunun 4/c maddesinin lafı çok açık olmadığından ve tarife bileşenlerini belirleme yetkisi Kurula ait

olduğundan, Kurul kanununun 4/c maddesinin kapsamını belirleyen bir karar almıştır. 3065 sayılı Kurul karar ile, 3093 sayılı kanununun 4/c maddesine göre kayıp kaçak bedelinden TRT payı alınmasının gerekmediği tespit edilmiştir. Dolayısıyla, kanun halen yürürlüktedir ve 4/c maddesi uygulanmaktadır. Yürütmeyi durdurma kararı sadece 3093 sayılı kanununun 4/c maddesinin kapsamının Kurul kararında belirtildiği şekilde tespit edilmesinin hukuka uygun olmadığına ilişkindir. Bu karar gereğince TRT-GK'nın 4/c maddesi yürütmeyi durdurma kararının TRT payını müşterilerinden tahsil etmekle yükümlü olan kişilere bildirildiği tarihten itibaren eskiden olduğu gibi uygulanmaya devam edecektir. Diğer taraftan, geçmişe etkili düzenlemeler yapılması idare hukukunda kabul edilmediğinden, Kurulun TRT payının ödenmesi konusunda geçmişe etkili olarak karar alması da zaten hukuken mümkün değildir.

### **3- Eksik Tahakkuk Ettirilen Trt Payının Tahsili**

Düzenleyici işlem hakkında yürütmeyi durdurma kararı verildiğinde, düzenleyici işleme dayanarak yapılmış birel işlemlerin akibetinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira yürütmeyi durdurma kararı birel işlemler hakkında değil, birel işlemlerin dayanağı olan düzenleyici işlem hakkında verilmiştir. Bu hususta iki ihtimalin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi, hukuki güvenlik ilkesi gereğince, düzenleyici işlem hakkında verilen kararın birel işlemlere bir etkisinin olmamasıdır. İkinci ihtimal ise, düzenleyici işleme dayanarak yapılan işlemlerin kendiliğinden ortadan kalkması, hiç yapılmamış sayılmasıdır. Bu ihtimaller olay açısından değerlendirilmeden önce hukuki güvenlik ilkesinin ve bu kapsamda kazanılmış haklara saygı ve geçmişe yürümezlik ilkesinin ele alınması icap etmektedir.

#### ***a- Hukuki Güvenlik ve Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi Temelinde Konunun Değerlendirilmesi***

Bir hukuk devletinde, bireyler kendilerine uygulanacak hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilme ve hukuki işlemlerini bu kurallara göre yapma imkânına sahip olmalıdır. İlgililerin bilmediği bir dönemde henüz mevcut olmayan bir idari işlemi uygulamak veya mevcut bir düzenlemeye dayanarak yapılan işleme gelecekte alınacak bir kararı

uygulamak hukuk güvenliğini sarsar ve bireylerin kendilerini hukuk güvenliği içinde hissetmemelerine sebep olur. Bir mahkeme kararında hukuki güvenlik ilkesi şu şekilde izah edilmiştir<sup>28</sup>: “*Hukuki güvenlik ilkesi, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutumunu ve davranışlarını buna göre güvenle düzene sokabilmesi anlamına gelir. Bu ilke, devlet işlemlerinin önceden öngörülen esaslara uygun olarak yapılması, geriye yürüyen hükümler içermemesi, önceden uygun bir biçimde duyurulması gibi esasları içerir.*”

Hukuka uygun olarak yapılan bir işlem, işlemin yapıldığı tarihten sonra kabul edilen bir düzenleyici işlem nedeniyle veya işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin iptal edilmesi sebebiyle hukuka aykırı hale gelebiliyorsa ya da doğurduğu hüküm ve sonuçlar değişebiliyorsa, bireylerin hukuki güvenliği sarsılır. Dolayısıyla, düzenleyici bir işlemin yürürlükte olduğu dönemde, işlemin hukuk alanında geçerli bir şekilde mevcut olması durumuna güvenerek işlem yapan kişilerin, bu güveninin sarsılmaması ve korunması gerekir.

Hukuki güvenlik ilkesinin şartlarında biri olan geriye yürümezlik/geçmişe etki yasağı ilkesi de idari işlemlerin kural olarak tesis edildikleri tarihten önceki hukuki işlemlere uygulanmamasını gerektirir<sup>29</sup>. Bir diğer ifadeyle geriye yürümezlik ilkesi, bir hukuki ilişkinin vuku bulduğu ya da meydana geldiği dönemdeki mevzuat hükümlerine tabi kalmakta devam edeceğini ifade eder. Sonradan çıkan kanun, tüzük, yönetmelik veya düzenleyici diğer idari işlemler ile düzenleyici işlemin iptali veya yürütmesinin durdurulması kararları, kural olarak yürürlüğünden veya alındığı tarihten önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Zira bir işlemin etkisi, işlemde sonra ortaya çıktığından, işlemde önceye etki etmez. Bu sebeple idare ancak geleceğe yönelik olarak işlem yapılabilir<sup>30</sup>. Aynı şekilde, düzenleyici işlemin iptali/yürütmesinin durdurulması halinde, her ne kadar işlem hiç yapılmamış kabul edilse de, hüküm ve sonuçlarını geleceğe yönelik olarak

---

<sup>28</sup> Ankara 15. İdare Mah. 17.03.2010 Tarih, E. 2009/919, K. 2010/355 (yayınlanmamıştır).

<sup>29</sup> Gözler, K. İdare Hukukuna Giriş, Bursa 2003, s. 102, 103.

<sup>30</sup> Gözler, s. 931.

doğrulamalı ve düzenleyici işlemin geçerli olduğu dönemde bu işleme dayanarak yapılan birey işlemlerin, düzenleyici işlemin iptalinden etkilenmemelidirler.

Hukuki güvenlik ilkesinin bir diğer görünümü kazanılmış haklara saygı ilkesidir. Kazanılmış hak, doğumu anında yürürlükte olan kurallara uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra yapılan düzenleyici işlem değişikliğinden veya idari işlemin geri alınmasından/yürütmesini durdurulmasından etkilenmeksizin hukuk düzenince korunan hakkı ifade etmektedir. Kazanılmış hak kısaca, kanuni şartlara uygun olarak tesis edilmiş hak olarak da ifade edilebilir.

Kazanılmış haklara saygı gösterilmesi, hukuki istikrar ilkesinin bir unsuru ve hukuki güvenlik ilkesinin vazgeçilmez bir şartıdır. Zira hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak kişilerin, hukuka uygun davranışlarının doğuracağı sonuçların tanınacağına ve korunacağına güvenebilmesi gerekir. Hukuki güvenlik ilkesi kişilerin, yürürlükteki mevzuatın ve idarenin düzenleyici işlemlerinin ve düzenlemelere göre verilmiş hukuka uygun kararların ve yapılan işlemlerin süreceğine güven duymasını sağlar. Zira hukuki güvenlik ilkesi, kuralı koyan makamın koymuş olduğu kurala kuralın muhatapları yanı sıra kendisinin de saygı duyup, uygun davranması zorunluluğunu ifade eder. Hukuki güvenliğin, yeni düzenlemeler yapılması, mevcut düzenlemelerin değiştirilmesi veya idari işlemlerin geri alınması suretiyle zedelenmemesi için kazanılmış hak kavramına ihtiyaç duyulmaktadır. Belirtilen özellikleri sebebiyle kazanılmış hakların korunması ilkesi, yasama ve idarenin karar ve işlemlerinin geriye yürütmesine engel olan bir müessesedir.

İdare hukukunda kazanılmış hak kavramı, hukuksal bir işlem sonucu oluşan hakka ilişkin durumu, statüyü desteklemek ve sürekliliğini sağlamak için kullanılır. Dolayısıyla, düzenleyici işlem iptal edildiğinde veya yürütmesi durdurulduğunda bu işleme dayanılarak yapılan birel işlemler iptal kararından doğrudan etkilenmezler. Nitekim Danıştay bu doğrultuda bir çok karar vermiştir.

Danıştay 12. Dairesi 28.10.2008 tarih ve E. 2008/4343 K. 2008/5507 sayılı kararında, “...hukuka aykırılığı yargı kararı ile iptal edilen genel düzenleyici işlemlerinin iptali ile bu genel düzenleyici işleme dayanarak tesis edilen bireysel işlemlerin de bütün hukuksal sonuçları ile ortadan kalkıp kalkmayacağı, genel düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen bireysel işlemlerin uzun süre uygulandığı ve bu süre içinde kişilerin elde ettiği öznel kazanımlarının geri alınmasının mümkün olmadığı durumunda, idari istikrar ilkesi ve kazanılmış hak kavramlarına aykırılık oluşturabilecek olması nedeniyle, somut olay çerçevesinde irdelenmesinin gerekeceği kuşkusuzdur...”ifadesini kullanmıştır.

Danıştay 5. Dairesinin 9.10.1997 tarih ve E. 1994/7834K. 1997/2030 sayılı kararında ise, “...Bu durumda hukuka aykırı bir işlemin aradan belirli bir zaman geçtiği takdirde ilgililer lehine kazanılmış hak doğurup doğurmayacağı hususunun irdelenmesi uyumsuzluğun çözümü için zorunlu görülmektedir. Anayasa'nın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen "hukuk devleti" ilkesi devlet ya da millet adına yetki kullanan tüm organ, kuruluş ve birimlerin de bu ilke içinde hareket etmelerini zorunlu kılmakta; bu bağlamda yürütme organı ve idarenin tüm işlem ve eylemlerini hukuka uygun olarak kurması ve yapması gerekmektedir. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde ve yasalarla verilen görevlerin yerine getirilmesinde idarenin kamu yararı amacına ulaşabilmesinin ancak bu koşullarla olanaklı olduğu açıktır. Bu nokta esas alınarak değerlendirme yapıldığında, kural olarak, idarenin işlemlerindeki hukuka aykırılıkları düzeltmek, bu tür işlemlerle ortaya çıkan hukuk ihlallerini ortadan kaldırarak hukuka uygun bir düzeni sağlamak zorunda olduğu ortaya çıkmaktadır. Genel kural böyle olmakla birlikte, hukuka aykırı bir işlemin uygulanması suretiyle elde edilen bazı kazanımların bir yandan zaman içinde bu yolla idarede sağlanmış olan istikrarın ve kamu düzeninin bozulmaması amacı ile öte yandan belli bir süre kesintisiz uygulanmak suretiyle ilgili kişinin statüsünün ayrılmaz bir parçası haline dönüşmüş olduğu hususu gözönüne alınarak yargı kararları ile korunduğu da bir gerçektir...” denmektedir.



Danıştay 6. Dairesi 14.1.2009 tarih ve E. 2008/8668 K. 2009/200 sayılı kararında, “...Somut olayda davacının hatası, hilesi veya davacıya isnat edilebilecek bir kusur olmadığı gibi söz konusu inşaat o tarihte yürürlükte olan imar planına uygun olarak inşa edilmek suretiyle kullanılabilir hale gelmiştir. Böyle bir yapı nedeniyle yapı kullanma izin belgesini de almış olan davacının artık kazanılmış hakkı doğmuş bulunmaktadır. Verilen inşaat ruhsatının, yapı bittikten sonra imar planı değişikliğinin temyize konu kararla iptal edildiği gerekçesiyle iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır...” demek suretiyle kazanılmış hak kavramının uygulamasını açıkça göstermiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 23.10.2008 tarihli ve E. 2005/1721k. 2008/1837 sayılı kararında ise, “...Bu işlemler nedeniyle davacının hatası, hilesi veya davacıya isnat edilebilecek bir kusur olmadığı gibi söz konusu inşaat o tarihte yürürlükte olan imar planına da uygun olarak inşa edilmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere inşaat ruhsatının düzenlenmesi kazanılmış hak için tek başına yeterli olmasa da İdare Mahkemesince iptal hükmünün verildiği tarihe kadar ilgilinin hatası, hilesi ya da kusuru olmadan yapıya devam edilmesi durumunda mahkeme kararının verilmesini takiben davalı idarece yapının ruhsatının iptal edilerek inşaatın mühürlenmesi, bu aşamaya kadar gelmiş yapının fiili durumunun da kazanılmış hak olarak kabul edilmesi gerekmektedir...” ifadesi kullanılmış ve düzenleyici işlemin iptalinden kazanılmış hakların etkilenmeyeceği belirtilmiştir.

Sonuç olarak, yürütmeyi durdurma kararlarının uygulamasında genel kural, iptal ve yürütmeyi durdurma kararı ile idari işlemin tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kalkacağı ve o işlemin tesisinden önceki hukuki duruma döneceği, buna karşılık iptal edilen veya yürütmesi durdurulan genel düzenleyici işleme dayanarak tesis edilen birel işlemlerin bütün hukuksal sonuçları ile ortadan kalkıp kalkmayacağı hususunda ise her bir işlemin niteliğine göre karar verilmesi ve hukuki güvenlik ilkesi ile kazanılmış haklara saygı ilkesinin dikkate alınması gerektiği yönündedir.

### ***b- Şirketlerin ve Müşterilerin Geriye Dönük Ödeme Yükümlülüğü Bulunup Bulunmadığı***

3065 sayılı Kurul kararı hakkında verilen yürütmeyi durdurma kararı sonucu 3093 sayılı kanunun ilgili maddesi Kurul kararından önce uygulandığı şekilde uygulanması gerekmektedir. Ancak yukarıda izah edildiği üzere bu uygulama geleceğe dönük yani yürütmeyi durdurma karar tarihinden ileriye doğru gerçekleşmelidir.

Yürütmeyi durdurma karar tarihine kadarki sürede 3065 sayılı Kurul kararına göre gerçekleşen TRT payı ödenmesi işlemleri hukuki güvenlik ve kazanılmış hakların korunması ilkesi gereğince geçerliliğini sürdürmelidir. Zira bu uygulamalar geçerli bir şekilde alınmış ve hukuk alanında hukuka uygun bir şekilde uygulanmış bir Kurul kararına dayanmaktadır. Yürürlükte olan bir Kurul kararının gelecekte iptal edilebileceği ve bu kararın sonucu olarak daha önce yapılmış işlemlerin de kendiliğinden geçerliliğini yitireceği ihtimali göz önüne alınarak piyasa hiçbir işlem yapılamaz. Dolayısıyla, düzenleyici işlem niteliğinde olan Kurul kararlarına dayanarak yapılan işlemlerin hukuki güvenlik ilkesi gereğince geçerliliğini sürdürmesi ve kayıp kaçak bedeli dikkate alınmaksızın eksik tahakkuk ettirilen TRT payının tahsil edilmemesi gerekir.

## **VI- SONUÇ**

TRG-GK m. 4-c hükmü 2008 yılında değiştirilene kadar, TRT payını, elektrik üretimi ve iletimi tesisleri kurmaya ve işletmeye, dağıtım ve ticaretini yapmaya yetkili kılınan kurum ve kuruluşlar TRT'ye ödemek zorundadır. Bu aşamada müşterilerin yasal olarak TRT payı ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim bu sebeple tedarikçiler müşterileri ile yaptıkları sözleşmelere TRT payını ödeme yükümlülüğünün müşteriye ait olduğu yönünde hüküm koymuşlardır. 2008 yılında kanunda yapılan değişiklik sonrasında ise TRT payının faturalarda ayrıca gösterilmesi zorunlu hale gelince, ödeme yükümlülüğü de müşterilere geçmiş oldu. Ancak TRT nezdinde yine muhatap tedarikçilerdir.

TRT payını müşterileri TKHK çerçevesinde nihai tüketici olsun veya olmasın, tedarikçiler tüm müşterilerine sattıkları elektrik bedeli üzerinden TRT payı ödemek zorundadırlar. Zira TRT- GK'daki nihai tüketici kavramını TKHK'na göre değil, elektrik piyasası mevzuatına göre yorumlamak ve kapsamını belirlemek gerekmektedir. Bu kapsamda değerlendirme yapıldığında da, elektrik tüketen tüm müşteriler, ister elektriği meskenlerde olduğu gibi tamamen özel kullanımı ve tüketimi için alsınlar isterse mal veya hizmet üretmek amacıyla alsınlar, elektrik tüketimi gerçekleştiği için ve bedel tahsilatı yapıldığı için bu bedel üzerinden de TRT payı ödenmesi gerekir. Ancak bu sonuca kanun maddesinin lafından yola çıkarak da kolayca varılabilmesi için kanun metninin değiştirilmesi isabetli olacaktır.

#### **KAYNAKÇA**

- Aslan, Yılmaz,** Tüketici Hukuku, Bursa 2006.
- Akıncı, Şahin,** Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998.
- Aslan, Zehrettin,** İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994.
- Baykan, Renan,** Tüketici Hukuku, İstanbul 2005.
- Çağlayan, Ramazan,** İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2004.
- Gözler, Kemal,** İdare Hukuku, Cilt I, Bursa 2003.
- Gözübüyük, A. Şeref,** Yönetim Hukuku, Ankara 1996.
- Gözübüyük, A. Şeref - Tan, Turgut,** İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, Ankara 2011.
- Kaboğlu, Özden İbrahim,** “Yürütmenin Durdurulması”, Ankara Barosu Dergisi, 1976, Cilt 33, Sayı 4, s. 639 vd.
- Kayar, İ.İlbasmış, Ö.,** Avrupa Birliğinin 2005/29/EC Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. 1, S. 1, s. 173 vd

- Kayıoğlu, Bahaetin**, “Danıştayda Yürütmenin Durdurulması”, Ankara Barosu Dergisi, 1974, Cilt 31, Sayı 6, s. 1111 vd.
- Özdeş, Orhan**, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği”, Danıştay Dergisi, 1979, S. 32-33, s. 3 vd.
- Özel, Çağlar**, Mukayeseli Hukuku Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999.
- Pınar, Hamdi**, “Elektrik Satışları Üzerinden Alınan %2’lik TRT Payının Hukukî Yönden Değerlendirilmesi”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 773 vd.
- Zevkliler, Aydın** - Aydoğdu, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004.

## TEİAŞ'IN UYGULADIĞI CEZAI ŞARTLARIN HUKUKA UYGUNLUĞU

Doç Dr. Beşir Fatih Doğan\*

### ÖZET

İletim sistemini işleten TEİAŞ sisteme zarar veren müşterilerine cezai şart uygulamaktadır. Bu cezai şartın kaynağı kural olarak sistem kullanım anlaşmasıdır. Ancak taraflar sistem kullanım anlaşması imzalamamışlarsa cezai şart Yöntem Bildirimine göre uygulanmaktadır.

TEİAŞ'ın sistem kullanım anlaşmasına göre cezai şart uygulayabilmesi için anlaşmanın 10. maddesi gereğince önce ihtar göndermesi ve ihlalin sona erdirilmesi için süre vermesi gerekmektedir. Yöntem Bildirimine göre cezai şart uygulayabilmek için ihtar gerekip gerekmediği ise tartışmalıdır. Yöntem Bildiriminde ihtar şartı öngörülmemiştir. Yöntem Bildirimindeki bu boşluk sistem kullanım anlaşması ile doldurulmalı ve ihtar şartı bu durumda da uygulanmalıdır.

TEİAŞ ve müşterileri özel hukuk tüzel kişisi olduğundan ve aralarındaki ilişki özel hukuk ilişkisi olduğundan, TEİAŞ'ın hem Yöntem Bildirimine hem de Sistem Kullanım Anlaşmasına göre uyguladığı cezai şartın iptali için açılan davalarda görevli mahkeme adli yargı mahkemeleridir.

**Anahtar Kelimeler:** TEİAŞ, Yöntem Bildirimi, Sistem Kullanım Anlaşması, Cezai Şart

---

\* Türk-Alman Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi, EPDK Eski Hukuk Danışmanı

## THE PENAL CLAUSES OF SUITABILITY OF LAW WAS APPLIED BY TEİAŞ

### ABSTRACT

Transport operator system TEİAŞ, applies penalty to the customers which are damaging the system. The source of the penal clause as a rule, is the system application contract. However the parties didn't have signed a system application contrat, the penal clause will be applied according to the Procedure Directive.

To implement a penalty clause according to the system application contract of TEİAŞ, a caution must be sent and an additive term should be granted for the caution to end in accordance with the article 10 of the contract. According to the Procedure Directive, the issue of the application or not of a penalty clause is controversial. No warning clause is predicted in the Procedure Directive. This lacuna in the Procedure Directive must be filled with the use of the system application contract and the caution condition should be applied in this case.

As TEİAŞ and its customers are legal entities of private law, and as their relationship are private law relationship, the authorized court for the lawsuits concerning the cancellation of the penalty clause in accordance of the Procedure Directive are the judicial courts.

**Keywords:** TEİAŞ, Procedure Directive, System Application Contract, Penalty Clause

### I- GİRİŞ

Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ) elektrik iletim sistemini tekel olarak işleten hisseleri kamuya ait bir anonim şirkettir. TEİAŞ iletim faaliyetini yürütmek üzere iletim lisansı almıştır. Bu lisans kapsamında TEİAŞ, iletim tesisleri üzerinden iletim faaliyeti yanı sıra, piyasadaki arzla piyasa talebini karşılamak üzere yük dağıtım sıralamasını belirleme, elektrik arz ve talebini dengeleme ve piyasa işleticisi faaliyetlerini de yürütmektedir.

TEİAŞ bu faaliyetleri yürütürken müşterileri ile arasındaki ilişkileri genel düzenleyici işlemler ve imzalanmış ise iletim sistemi sistem bağlantı ve sistem kullanım anlaşmaları düzenlemektedir. Taraflar sistem kullanım anlaşmasını imzalamışlarsa aralarındaki ilişkiye bu anlaşma hükümleri doğrudan uygulanır. Sistem kullanım anlaşması imzalanmamış ise, öncelikle EPDK tarafından yapılan genel düzenleyici işlemler, boşluk olan hallerde ise iletim sistemi sistem kullanım anlaşması hükümleri uygulanır.

İletim sistemi sistem kullanım anlaşması TEİAŞ ile iletim sistemi müşterisi olan kişiler arasında imzalanmaktadır. Anlaşma TEİAŞ tarafından hazırlanmakta ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından onaylanmaktadır. TEİAŞ tüm müşterileri ile aynı anlaşmayı imzalamaktadır. Anlaşmanın hükümleri üzerinde tarafların müzakere etmesi ve değişiklikler yapması mümkün değildir. Bu sebeple sistem kullanım anlaşması düzenlemeye tabi bir piyasanın özelliklerini taşıyan bir tip sözleşmedir. Tip sözleşme olması sebebiyle hükümleri genel işlem koşulu niteliğindedir.

Sistem kullanım anlaşmasında tarafların hak ve yükümlülükleri yanı sıra sistemi kullanan müşterinin anlaşmaya aykırı davranması durumunda ödemesi gereken cezai şart da düzenlemektedir. Nitekim TEİAŞ, anlaşmanın cezai şart hükümlerine dayanarak ceza faturaları göndermektedir. TEİAŞ bu cezaların bir kısmını zamanında yani, ihlal eylem veya işlemin gerçekleşmesinden hemen sonra, bir kısmını ise geçmişe dönük olarak uygulamaktadır.

Sistem kullanım anlaşmasında zaman zaman değişiklikler yapılmaktadır. Nitekim Mart 2012 tarihinde sistem kullanım anlaşmasının bazı hükümlerinde, özellikle de cezai şart konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışmada sistem kullanım anlaşmasının cezai şart hükümlerinin Nisan 2012 tarihinden önceki hali üzerinde durulacak ve uygulanan cezai şartların anlaşma hükümlerine uygun olup olmadığı, örnek yargı kararları ışığında değerlendirilecektir. Bu değerlendirme yapılmadan önce öncelikle tarafların ve taraflar arasındaki ilişkinin

niteliği ve son olarak da taraflar arasında doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme meselesine değinilecektir.

## II- TEİAŞ'IN HUKUKİ STATÜSÜ

Sistem kullanım anlaşmasının iki tarafı bulunmaktadır. Taraflardan biri TEİAŞ diğeri ise hisseleri gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait özel hukuk tüzel kişisi konumunda olan anonim veya limited şirketlerdir<sup>1</sup>.

TEİAŞ, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) gereğince iktisadi devlet teşekkülü (KİT) olarak, 29.06.2001 tarih ve 24447 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren esas sözleşmesi ile kurulmuş bir şirkettir. TEİAŞ iletim faaliyetlerini yürütmek üzere 13.03.2003 tarihinde EPDK'dan iletim lisansı almıştır.

TEİAŞ'ın esas sözleşmesinin 3. maddesinde "*Bu Anastatü ile teşkil olunan Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (Teşekkül) tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir İktisadi Devlet Teşekkülüdür.*" denmektedir. Sözleşmenin 21. maddesinde ise, "*Bu Anastatüde bulunmayan hususlarda K.H.K. hükümleri uygulanır*" hükmü bulunmaktadır. 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 4. maddesine göre "*Teşebbüsler, bu Kanun Hükmünde Kararname ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabidir.*" Bu hüküm gereğince iktisadi devlet teşekkülleri faaliyetlerinde özel hukuk hükümlerine tabidir.

Ayrıca Elektrik Piyasası Kanununun (EPK) 1. maddesine göre, "*Bu Kanunun amacı; .... özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanmasıdır.*" Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere elektrik piyasası özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterilen bir piyasadır. Özel hukuk hükümlerinin hakim olduğu bir piyasada bir şirketin kamu

---

<sup>1</sup> Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 7. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Piyasada faaliyet göstermek üzere lisans başvurusunda bulunacak özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda anonim şirket ya da limited şirket olarak kurulmuş olmaları zorunludur.*"



gücünü kullanarak idari işlem tesis etmesi ve idari para cezası uygulaması mümkün değildir.

Diğer taraftan TEİAŞ ve dağıtım şirketleri düzenlemeye tabi bir piyasada faaliyet göstermektedirler. Bu piyasanın katılımcıları Elektrik Piyasası Kanununun m. 4/3 hükmüne göre özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermektedir. Bu maddeye göre “*Piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, ilgili mevzuat hükümlerine göre anonim şirket veya limited şirket olarak kurulması ve anonim şirketlerin sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki paylarının nama yazılı olması şarttır.*”

Bir anonim şirket olması sebebiyle TEİAŞ aynı zamanda TTK hükümlerine de tabidir. 6762 sayılı TTK'nın 12. maddesinin 11. bendine göre, “Su, gaz ve elektrik dağıtma, telefon ve radyo ile haberleşme ve yayın” işlerinin yürütüldüğü işyeri ticarethane olarak kabul edilmekte ve bunların yürüttüğü faaliyetler de ticari iş olarak nitelendirilmektedir. Kanunun bu maddesinde sayılan haller sınırlayıcı bir şekilde sayılmamıştır. Elektrik dağıtım faaliyeti gibi elektrik iletim faaliyetinin yürütüldüğü işyeri de ticarethanedir ve iletim faaliyeti de ticari iştir<sup>2</sup>. Bu durumun sonucu olarak iletim faaliyetini yürüten TEİAŞ da tacirdir.

Belirtilen düzenlemeler gereğince TEİAŞ, bu piyasada kamu gücü kullanan kamu tüzel kişisi olarak değil, eşit taraf konumunda olan bir şirket olarak faaliyet göstermektedir. TEİAŞ'ın hisselerinin kamuya ait olması ve Kamu İktisadi Teşebbüsü konumunda olması, Türk Ticaret Kanunu anlamında şirket olmasını ve özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteriyor olmasını ortadan kaldırmamaktadır. Özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren TEİAŞ ile tamamen özel hukuk tüzel kişisi konumunda olan piyasa katılımcıları arasındaki tüm ilişkiler özel hukuk hükümlerine tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki tüm sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir.

<sup>2</sup> Braconnier'ye göre, “elektrik alanındaki kamu hizmetlerinin konusu hiç şüphesiz sınıai ve ticaridir. Bu niteliklerini tartışmak, en iyi ifadesiyle gereksiz, en sert ifadesiyle gülünçtür.” (Braconnier, S., Droit des services publics, Paris 2003, s. 194 (Ergün'den naklen, Ergün, Ç. E., Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara 2010, s. 164)).

TEİAŞ'ın statüsünü sahip olduğu lisans bakımından da değerlendirmek gerekmektedir. Bilindiği üzere elektrik piyasasında faaliyet gösterecek kişilerin, faaliyete başlamadan önce yürüteceği faaliyetin türüne göre ilgili lisansı alması gerekmektedir.

Lisans niteliği itibarıyla, bir izin, diğer ifade ile bir ruhsattır<sup>3</sup>. Lisans, özel bir faaliyeti veya kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyeti yürütmek için EPDK tarafından verilen izindir. Nitekim EPK'nın 3. maddesinin 1. fıkrasının (t) bendine göre lisans, "Tüzel kişilere piyasada faaliyet gösterebilmeleri için bu Kanun uyarınca verilen izni" ifade etmektedir.

İdarenin vermiş olduğu ruhsatlar konumuz açısından ikiye ayrılmaktadır. Birincisi, kamu düzenini korumak amacıyla idarenin kamu hizmeti niteliği bulunmayan bir faaliyet üzerinde denetim ve gözetim görevini ifa ettiği kolluk ruhsatı<sup>4</sup>; ikincisi ise, idarenin daha geniş denetim ve gözetim yetkisine sahip olduğu kamu hizmeti ruhsatıdır<sup>5</sup>. Elektrik piyasasında kamu hizmeti ruhsatlarında EPDK'nın daha geniş denetim ve gözetim yetkisine sahip olmasının sebebi, yürütülen faaliyetin kamu hizmeti niteliğine sahip olması, faaliyetin sürekli olarak kesintisiz bir şekilde yürütülmesi zorunluluğu, faaliyetin yürütüldüğü tesisin mülkiyetinin kamuya ait olması ve faaliyetin tekel olarak yürütülmesidir<sup>6</sup>.

Kamu hizmeti, en kısa tanımıyla kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik yürütülen her tür faaliyettir. Ancak kamu yararını gerçekleştirmek

---

<sup>3</sup> Lisanslar, genel ve özel şartlara tabi olarak verildiğinden, "şartnameli ruhsat" olarak da ifade edilebilir (Bkz. *Ergün*, s. 64)

<sup>4</sup> Elektrik üretim ve tedarik lisansları kolluk ruhsatı niteliğindedir. EUAŞ ve TETAŞ'ın sahibi olduğu üretim ve toptan satış lisansları geçiş dönemi boyunca kamu hizmeti lisansı niteliğindedir (bkz. *Ergün*, s. 67).

<sup>5</sup> İletim ve dağıtım lisansları ise kamu hizmeti lisansı niteliğindedir.

<sup>6</sup> *Ergün*, kamu ruhsatlarında söz konusu hizmetin asli sahibi ve sorumlusunun idare olduğunu ifade etmekte, ancak ikinci evrede elektrik piyasasında bu savın pek de savunulamayacağını ifade etmektedir (*Ergün*, s. 65, 73). Bu görüş, bazı kamu hizmeti ruhsatları bakımından geçerli olabilir ancak mevcut enerji piyasasındaki kamu hizmeti ruhsatları için kanaatimce geçerli değildir. Zira kamu hizmeti niteliğinde olan iletim ve dağıtım faaliyetlerinin asli sorumlusu idare değildir. Bu hizmetler her zaman için özel hukuk tüzel kişileri tarafından yürütülebilir. Bugüne kadar bu hizmetin kamu otoritesi eliyle yürütülmüş olması da hizmetin asli sorumlusunun idare olduğunu göstermemektedir.

için yürütülen tüm faaliyetler kamu hizmeti olarak kabul edilmemektedir. Bir hizmetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için ilgili kanunda bu hususun belirtilmiş olması gerekmektedir<sup>7</sup>. Elektrik dağıtım ve iletim faaliyetleri, kişilerin temel ihtiyaçlarından biri olan elektriğin tedarik edilebilmesi için zorunlu faaliyetler olduğundan ve eşit şartlardaki kullanıcılara eşitler arasında ayırım gözetmeksizin sunulması gerektiğinden iktisadi kamu hizmeti olarak nitelendirilmektedir<sup>8</sup>. Bu faaliyetlerin tüm Türkiye'de veya belli bir bölgede tekel olarak yürütülmesi kamu hizmeti olmasına bir etkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık tüm elektrik piyasası faaliyetlerinin kamu yararına faaliyetler olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>9</sup>. Örneğin elektrik toptan satış faaliyetinin kamu hizmeti niteliğine sahip olduğunu söylemek güçtür. Buna karşılık perakende satış faaliyeti, son kaynak tedarik yükümlülüğü kapsamında kamu hizmeti niteliğine sahiptir<sup>10</sup>. Ancak serbest tüketici limitinin sıfır olması durumunda perakende satış faaliyeti bu niteliğini kaybedebilir. Üretim faaliyetinin ise aynen dağıtım ve iletim faaliyeti gibi kamu hizmeti niteliğine sahip olduğu savunulmaktadır<sup>11</sup>. Gerekçe olarak, üretim faaliyetinin yürütülmesi için gerekli gayrimenkuller kamu yararı kararı alınarak kamulaştırılması gösterilmektedir. Kanaatimizce üretim faaliyeti kamu hizmeti değildir<sup>12</sup>. Üretim faaliyetinin bir an önce başlayabilmesi için kamulaştırma işleminin yapıyor olması, faaliyeti

<sup>7</sup> Bkz. *Günday*, M. İdare Hukuku, Ankara 2003, s. 296; *Gözler*, K., İdare Hukuku, C. 2, Bursa 2003, s. 230; *Ergün*, s. 86

<sup>8</sup> *Gözler*, s. 236; *Günday*, s. 302; Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ergün*, s. 151 vd.

<sup>9</sup> Aksi görüş için bkz. *Ulusoy*, A., Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Ankara 2005, s. 85; *Şanlı*, Y., Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti, Mülkiyet Dergisi, C. 31, S. 254, s. 63; *Duran*, L., İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 318; Anayasa Mahkemesi, E. 1994/43, K. 1994/42-2, T. 01.12.1994, AMKD, S. 31, C.1, s. 301.

<sup>10</sup> Aksi görüş için bkz. *Ergün*, s. 89. Oysa son kaynak tedariki kapsamındaki perakende satış faaliyetleri tarifesi düzenlemeye tabi faaliyetlerdir.

<sup>11</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1994/43, K. 1994/42-2, T. 01.12.1994, AMKD, S. 31, C.1, s. 301. Anayasa Mahkemesi bu kararında, önemli kamu hizmeti kıtasından yola çıkarak kamu hizmetinin kapsamını belirlemiştir (Eleştiri için bkz. *Ulusoy*, A., Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri Kavramları, Ekonomi ve Hukuk Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara 2001, s. 8).

<sup>12</sup> Aynı yönde görüş için bkz. *Ergün*, s. 87

kamu hizmeti haline getirmez. Özel kişi lehine yapılan kamulaştırmada belirleyici olan, yapılan faaliyetin, kamu hizmeti niteliğine sahip olması değil, kamu yarına yapılıyor olmasıdır<sup>13</sup>. Ayrıca üretim faaliyeti için özel kişi lehine yapılan kamulaştırma klasik anlamdaki kamulaştırmadan farklıdır. Bir gayrimenkul kamulaştırdığında mülkiyeti kamuya ait olur. Elektrik üretim faaliyetleri için yapılan kamulaştırmada ise kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti özel şirkete ait olmaktadır. Nitekim elektrik piyasasında kamulaştırma işlemleri fiilen şirketler tarafından yürütülmekte ve tüm maliyetlere şirketler katlanmaktadır.

TEİAŞ iletim lisansı ile, kamu hizmeti olarak, iletim tesisleri üzerinden iletim faaliyetini ve piyasadaki arzla piyasa talebini karşılamak üzere yük dağıtım sıralamasını belirleme, elektrik arz ve talebini dengeleme ve piyasa işleticisi faaliyetlerini yürütmektedir. TEİAŞ'ın yürüttüğü tüm bu işlemler EPDK düzenlemesine ve denetimine tabidir. Bu niteliği gereği TEİAŞ'ın faaliyetleri kamu hukuku rejimine tabidir. TEİAŞ'ın faaliyetlerinin düzenlemeye tabi piyasa mantığı içerisinde kamu hukuku rejimine tabi olması, piyasanın diğer aktörleri ile olan ilişkilerinin özel hukuk rejimine tabi olmasını engellemektedir. Nitekim EPK'nın 1. maddesinde yer alan *"Bu Kanunun amacı; ..., rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, ...bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanmasıdır."* ifadesi de piyasa aktörlerinin aralarındaki ilişkinin özel hukuk hükümlerine göre yürütüleceğini ortaya koymaktadır.

Ayrıca, TEİAŞ'ın sahibi olduğu lisansın kamu hizmeti lisansı niteliğinde olması da yürüttüğü faaliyetlerin özel hukuk hükümlerine göre yürütülmesine engel teşkil etmemektedir. Zira kamu hizmetleri de özel hukuk hükümleri göre yürütülebilir. Kamu hizmetinin kamu hukuku hükümlerine göre mi yoksa özel hukuk hükümlerine göre mi yürütüleceği, piyasa şartları dikkate alınarak belirlenmektedir. Özel hukuk kişileri tarafından yürütülen ve özel sektör işletme yöntemleriyle yürütülen kamu hizmetlerinin iktisadi kamu hizmeti olduğu ve özel hukuku tabi olduğu

---

<sup>13</sup> Bkz. Köroğlu, Ö., Kamulaştırma, Ankara 1995, s. 52.

karine olarak kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Nitekim elektrik piyasasında da iletim faaliyetinin, diğer elektrik faaliyetleri gibi özel sektör işletme yöntemleriyle özel hukuk hükümlerine göre yürütülmesi tercih edilmiştir. Hal böyle iken KİT olması sebebiyle 233 sayılı KHK'ya tabi olan TEİAŞ'ı idare ve uyguladığı yaptırımları da idari yaptırımları da idari yaptırım olarak nitelenmek, gereksiz bir zorlamadır.

### III- TEİAŞ İLE MÜŞTERİLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ VE UYGULANACAK DÜZENLEMELER

#### 1- Sistem Kullanım Anlaşmasının İmzalanmadığı Dönemde

##### A- TEİAŞ İle Müşterileri Arasındaki İlişkinin Niteliği

İletim sistemi açısından Elektrik Piyasası Kanununun kabul ettiği model “regüle edilmiş şebeke erişim modeli”dir<sup>15</sup>. Bu modelde iletim sistemine erişmek isteyen piyasa katılımcılarının sisteme erişiminin nasıl ve hangi şartlarla gerçekleşeceği EPDK tarafından genel düzenleyici işlemlerle ortaya konulmaktadır<sup>16</sup>. İletim şirketi olan TEİAŞ bu model gereğince, sisteme erişmek isteyen herkesi sisteme bağlamakla yükümlüdür. Sisteme bağlanabilmenin bir şartı TEİAŞ ile sistem kullanım anlaşması imzalanmasıdır. Ancak bu anlaşma imzalanmasa da sisteme erişim her durumda sağlanmak zorunda olduğundan, anlaşmanın imzalanmadığı durumlarda iletim sisteminin nasıl kullanılacağına ilişkin bir takım genel düzenleyici işlemler yapılmıştır.

Örneğin, özelleştirme öncesi dönemde dağıtım şirketleri ile TEİAŞ arasında sistem kullanım anlaşması imzalanmamıştır. Her ne kadar

<sup>14</sup> Bkz. *Ergün*, s. 162.

<sup>15</sup> *Ergün*, Ç. E., Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara 2010 *Günday*, M. İdare Hukuku, Ankara 2003, s. 296; *Gözler*, K., İdare Hukuku, C. 2, Bursa 2003, s. 230 *Ulusoy*, A., Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Ankara 2005, s. 85; *Şanlı*, Y., Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti, Mülkiyet Dergisi, C. 31, S. 254, s. 63; *Duran*, L., İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982 *Ulusoy*, A., Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri Kavramları, Ekonomi ve Hukuk Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara 2001 *Koroğlu*, Ö., Kamulaştırma, Ankara 1995 *Çakmak*, Z., Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ankara 2011, s. 173.

<sup>16</sup> *Öz*, G., Avrupa Birliği ve Türkiye’de Enerji Piyasalarında Rekabet Hukukunun Uygulanması, AB’nin Enerji Politikası ve Türkiye içinde, Ulusal Politika Araştırmaları Vakfı, Ankara 2004, s. 65; *Çakmak*, s. 173.

taraflar arasında anlaşma imzalanmamış olsa da, dağıtım şirketi iletim sistemini kullanmaya başladığı andan itibaren iletim müşterisi konumuna gelmekte ve bu kapsamda da aralarında fiili sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Sorun, bu fiili sözleşme ilişkisinin içeriğinin nasıl tespit edileceği noktasında toplanmaktadır. Zira taraflar arasındaki uyumsuzluklar bu sözleşmenin içeriğine göre çözülecektir.

Sistemi bağlanan şirketler, önceden hazırlanan şartlar çerçevesinde kamuya açıklanan icaba karşı kabulünü, hizmetten yararlanma, yani sistemi kullanma iradesi ile gerçekleştirmektedir. Yani, sisteme bağlanarak sistemden faydalanma davranışını zımni bir irade beyanı olarak değerlendirmek gerekmektedir. Bu durumda, TEİAŞ'ın hizmet sunma iradesi yani sistem kullanım hizmeti sunması, icap; sisteme bağlanan şirketlerin bundan yararlanma iradesi, yani iletim sistemine bağlanması ve sistemden faydalanması ise kabul hükmündedir. Bu şekilde icap ve kabul iradeleri ortaya konulduğunda sözleşme taraflar arasında fiilen kurulmuş olmaktadır.

Netice itibariyle, iletim sistemine bağlanmakla, sistem kullanım anlaşması imzalanmamış şirketler ile TEİAŞ arasında fiili sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaktadır. Fiilen kurulan bu sözleşme ilişkisinin içeriğinin doldurulması temel mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

### **B- TEİAŞ İle Müşterileri Arasında Uygulanacak Düzenlemeler**

Sistem kullanım anlaşmasının imzalanmadığı durumda sistem kullanıcılarına uygulanacak düzenlemeler EPDK tarafından genel düzenleyici işlemlerle belirlenmiştir. Ancak bu düzenlemeler taraflar arasındaki ilişkiyi tüm yönleriyle düzenlememekte, ilişkide ortaya çıkabilecek sorunlar konusunda birçok boşluk bulunmaktadır.

Belirtilen şekilde gerçekleşen fiili sözleşme ilişkisine uygulanacak hükümler taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre belirlenir. Taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine uygun düzenlemeler Elektrik Piyasasında İletim ve Dağıtım Sistemlerine Bağlantı ve Sistem Kullanımı Hakkında Tebliğ (Tebliğ) ve İletim Sistemi Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifelerini Hesaplama Yöntem Bildirimi'nde (Yöntem Bildirimi) kısmen yer almaktadır.

Tebliğ'in geçici 3. maddesine göre “*Bağlantı ve sistem kullanımına ilişkin standart anlaşmalar kullanıcı özellikleri dikkate alınarak TEİAŞ ve Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. tarafından bu Tebliğin yayım tarihini izleyen otuz gün içerisinde hazırlanarak Kuruma sunulur. Kullanıcıların lisans almamış olması ve kullanıcılar ile sistem kullanım anlaşmalarının yapılmamış olması, bu kullanıcıların Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği uyarınca onaylanan sistem kullanım bedelini ve/veya sistem işletim bedelini TEİAŞ ve/veya dağıtım şirketine ödeme yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz*”. Bu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere taraflar arasında sistem kullanım anlaşması imzalanmamış olsa da sistemin kullanılmaya başlanması ile birlikte fiili sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaktadır.

İletim sistemine zarar veren eylemlere cezai şart uygulanacağına dair tek düzenleme Yöntem Bildirimidir. Yöntem Bildirimini, içeriğine geçmeden önce yetki açısından irdelemek gerekmektedir. Yöntem bildirimini EPDK Kurulu tarafından kabul edilen genel düzenleyici bir işlemdir. EPDK'nın yapmış olduğu bu işlem mevzuatın kendisine verdiği yetki ile çıkarılmaktadır<sup>17</sup>. Genel düzenleyici işlem niteliğinde olan Yöntem Bildirimi piyasada faaliyet gösteren herkesi bağlamaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, düzenleyici işlemler yapılırken kanunilik ilkesine riayet etmek gerekmektedir. Zira düzenleyici kurum olarak EPDK'nın düzenleme yetkileri, türevsel bir yetkidir ve kanuna uygun olarak kullanılmalı, yapılan düzenlemeler kanuna aykırı olmamalıdır.

Yöntem bildirimde yer alan düzenlemenin kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Genel düzenleyici işlemlerle getirilen cezaların mutlaka kanuni bir dayanağının olması gerekmektedir. Her ne kadar Yöntem Bildirimini uygulayan TEİAŞ bir özel hukuk tüzel kişisi ve yaptığı işlem de özel hukuk nitelikli olsa da, işlemin dayanağının mutlaka kanuna uygun olması gerekmektedir. Nitekim Danıştay söz konusu Yöntem

<sup>17</sup> EPDK'nın düzenleme yapma yetkisi konusunda bkz. Çakmak, s. 57; 171 vd.

Bildirimindeki ceza hükmünün kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini kabul ederek, Yöntem Bildirimine göre uygulanan cezaları iptal etmiştir<sup>18</sup>.

Yöntem Bildiriminin 1.5. maddesine göre ise “*Bir kullanıcının, TEİAŞ ile Sistem Kullanım Anlaşması imzalamamış olmasına rağmen iletim sistemine bağlı olarak faaliyet göstermesi, dolayısıyla iletim sistemini kullanması halinde, Elektrik Piyasasında İletim ve Dağıtım Sistemlerine Bağlantı ve Sistem Kullanımı Hakkında Tebliğ’in Geçici 3. maddesi uyarınca Kullanıcıların lisans almamış olmaları ve/veya sistem kullanım anlaşmalarının yapılmamış olması halinde dahi bu kullanıcıların Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği doğrultusunda onaylanan sistem kullanım bedelini ve/veya sistem işletim bedelini ödeme yükümlülükleri bulunmaktadır. Sistem Kullanım Anlaşması bulunmaksızın iletim sistemini kullanmakta olan kullanıcılar, iletim sisteminde arz güvenilirliği ve kalitesinin sağlanması amacıyla aşağıda yer alan ihlallerle karşılaşılması halinde ilgili cezai işleme tabi olacaktır.*

---

<sup>18</sup> Danıştay 13. Dairesi 26.12.2012 tarihli ve 2012/2145 E. 2012/4081 K. sayılı emsal kararında “...*dava Sistem Kullanım Anlaşması'nın 10. maddesi ve Yöntem Bildirimi'nin 1.5. maddesi gereğince tanımlanan ihlalle ilgili olarak ceza faturası düzenlenmesine ilişkin 24.05.2011 tarih ve 1286 sayılı işlem ile 29.04.2011 tarih ve 574617 numaralı ceza faturasının iptali istemiyle açılmış...bağlantı anlaşmasında fiilin ceza yaptırım gerektirdiğine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamakta, bu yönde yaptırım içeren Sistem Kullanım Anlaşması ise davacı tarafından imzalanmamış bulunmaktadır. İhlâl olarak belirtilen bu fiilin işlenmesi halinde hangi cezanın verileceğine ilişkin bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Bu durumda davacı ile davalı idare arasında sistem kullanım anlaşması imzalanmadığından bu anlaşma gereğince davacıya idari para cezası verilemeyeceği, davalı idare tarafından tek taraflı olarak kabul edilen İletim Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifelerinin Hesaplama Yöntem Bildiriminde fiilin ceza yaptırım gerektiği belirtilmekle birlikte, 5326 sayı Kabahatler Kanunu'nun düzenlemeleri gereğince idari yaptırım gerektiren bu fiili tanımlayan bir kanun maddesi bulunmadığı gibi, kanunda bu yönde bir fiile yaptırım uygulanması gerektiğine ilişkin idarece içi doldurulabilecek bir düzenleme de bulunmamakta olup;...bir dayanağı olmadan davacı şirkete idari para cezası uygulandığı sonucuna ulaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk bulunmamaktadır” şeklinde hüküm kurmuştur. Danıştay kararına birçok açıdan katılmadığımızı belirtmek gerekir. Zira Danıştay TEİAŞ'ı idare ve TEİAŞ'ın uyguladığı cezayı da idari parası olarak kabul etmektedir. Oysa bu çalışma kapsamında izah edildiği üzere TEİAŞ lisansı kapsamında faaliyet gösteren özel hukuk tüzel kişisidir. Yapmış olduğu işlemlerde özel hukuka tabi işlemlerdir.*



| <b><i>İhlalin Tanımı</i></b>  | <b><i>Kullanıcı Tarafından TEİAŞ'a Ödenmesi Gereken Ceza</i></b>  |
|---|---|
| <i>TEİAŞ tesislerinde kullanıcının bağlı olduğu fidere 00.00-24.00 saatleri arasında üç veya daha fazla arıza intikal ederek kesicinin açması</i> | <i>00.00-24.00 saatleri arasındaki her üç açma için kullanıcının içinde bulunulan aya ait Sistem Kullanım Fiyatına göre hesaplanan bedelin %1'i oranında ceza uygulanır. Üçün katına ulaşmayan açma sayıları için katına doğru aşağı çekilerek hesaplanır. (Not: 8 açma varsa 6 olarak hesap edilir)”</i> |

Tebliğ ve Yöntem Bildirimi taraflar arasındaki ilişkiyi belli yönleriyle düzenlemektedir. Bu düzenlemeler taraflar arasındaki ilişkiyi her yönüyle düzenlemediğinden uygulamada boşluklar ortaya çıkabilmektedir. Sorun bu boşlukların hangi hükümlerle doldurulacağı noktasında kendini göstermektedir.

Taraflar arasındaki ilişkiyi her yönüyle düzenleyen metin iletim sistemi sistem kullanım anlaşmasıdır. Her ne kadar sistem kullanıcısı ile TEİAŞ arasında sistem kullanım anlaşması imzalanmamış olsa da iletim sistemi fiilen kullanıldığından bu anlaşmanın taraflar arasındaki ilişkiye uygulanması gerekmektedir. Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Tebliğ ve Yöntem Bildirimi hükümlerinin yetersiz kalması durumunda ortaya çıkan boşluğun sistem kullanım anlaşması hükümlerine göre doldurulması gerekmektedir.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi 18.06.2013 tarihli Resmi Gazete yayımlanan 2012/129 E. 2013/621 K. sayılı ve 13.05.2013 tarihli kararında “...*Bu duruma göre, görülmekte olan davanın, taraflar arasında akdedilmiş bir anlaşma olmaksızın davacı şirkete uygulanan Sistem Kullanım Anlaşmasından kaynaklı cezai şartın iptaline ilişkin olduğu, cezai şartın yer aldığı Sistem Kullanım Anlaşmasının ise kamu hukuku ağırlıklı ve tek yanlı değil, tarafların serbest iradeleri ile imzalanarak vücut bulacak bir anlaşma olduğu, dolayısıyla olayda idarece kamu gücüne dayalı resen ve tek yanlı olarak tesis edilmiş bir*

*işlemin söz konusu olmadığı hususları gözetildiğinde, uyuşmazlığın çözüm yerinin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yeri olacağı sonucuna varılmıştır...”* ifadelerine yer vererek, Yöntem Bildirimine göre uygulanan cezanın aslında Sistem Kullanım Anlaşmasından kaynaklandığı, dolayısıyla olaya sistem kullanım anlaşmasının uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Diğer taraftan Elektrik İletim Sistemi Arz Güvenilirliği ve Kalitesi Yönetmeliği de taraflar arasındaki fiili sözleşme ilişkisine sistem kullanım anlaşması hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir. Yönetmelik hükmü, tebliğ ve yöntem bildirimden daha üst norm niteliğindedir ve öncelikle uygulanması gerekir. Ayrıca, tebliğ ve kurul kararlarının yönetmelik hükümlerine aykırı olmaması gerekir.

Elektrik İletim Sistemi Arz Güvenilirliği ve Kalitesi Yönetmeliği'nin 11. maddesine göre;

*“İletim sistemine doğrudan bağlı tüketiciler ve dağıtım lisansına sahip tüzel kişiler tarafından; iletim sistemine bağlantıyla ilgili her bir ölçüm noktasında ve her bir uzlaşma periyodunda, sistemden çekilen endüktif reaktif enerjinin sistemden çekilen aktif enerjiye oranı yüzde yirmiyi, sisteme verilen kapasitif reaktif enerjinin sistemden çekilen aktif enerjiye oranı ise yüzde onbeşi geçemez.*

*İletim sisteminin her bir ölçüm noktasında öngörülen orana uyulmaması durumunda kullanıcılara uygulanacak yaptırımlar bağlantı ve sistem kullanım anlaşmalarında düzenlenir.*

*Oranların kontrolü ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde yapılır.”*

Bu düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere müşterilerin sistem kullanım anlaşması imzalayıp imzalamadıklarına bakılmaksızın, iletim sisteminin her bir ölçüm noktasında öngörülen orana uymadıkları takdirde, kendilerine bağlantı ve sistem kullanım anlaşmalarına göre yaptırım uygulanacaktır. Yönetmeliğin bu hükmü var olduğu sürece salt Yöntem Bildirimine dayanarak ve sistem kullanım anlaşmasını görmezden gelerek ceza faturası düzenlenmesi hukuka uygun değildir.

## 2- Sistem Kullanım Anlaşmasının İmzalandığı Dönemde

Sistem kullanım anlaşması EPK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (z) bendinin (dd) alt bendinde, *“Bir üretim şirketi, tedarik lisansı sahibi şirket veya tüketicinin iletim sistemini ya da dağıtım sistemini kullanımına ilişkin genel hükümleri ve ilgili kullanıcıya özgü koşul ve hükümleri içeren anlaşma”* olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre sistem kullanım anlaşması, hem iletim ve hem de dağıtım sisteminin kullanılması için yapılan anlaşmayı ifade etmektedir. İletim sistemi sistem kullanım anlaşması imzalanmakla, şebeke işleticisi olan TEİAŞ, müşteri tarafından ödenecek iletim bedeli karşılığında iletim sistemi içerisinde ayırdığı belirli kapasiteyi müşteriye kullandırmaktadır.

Sistem kullanım anlaşmasının doktrinde geniş anlamda elektrik tedarik sözleşmesi olduğu iddia edilmiştir<sup>19</sup>. Gerekçe olarak ise, *“...tedarikçi, sağlama yükümlülüğünü şebeke üzerinden yerine getirmektedir. Tüketici ve tedarikçi mutlaka bağlantı ve sistem kullanım anlaşması yapması gerekir ki, şebeke üzerinden elektrik tedariki mümkün olabilsin.”* denilmektedir<sup>20</sup>. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Öncelikle belirtmek elektrik tedarik sözleşmelerinin geniş ve dar kapsamlı olmak üzere ikiye ayırmanın pratik hiçbir yararı bulunmamaktadır. Nitekim kanun koyucu da böyle bir ayırım yapmamıştır. Bilakis EPK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (z) bendinin (gg) alt bendinde tedarik, *“Elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin toptan veya perakende satışını”* olduğu ifade edilerek tedarik kavramının ve dolayısıyla tedarik sözleşmesinin kapsamı belirlenmiştir. Bu durumda tedarik sözleşmesinin konusu ancak, elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin toptan veya perakende satışı olabilir. Oysa sistem kullanım anlaşmasının konusu elektriği toptan veya perakende satışı değil, iletim veya dağıtım sisteminin kullanılmasıdır.

Taraflar arasında sistem kullanım anlaşması imzalanmış ise, TEİAŞ ile sistem kullanıcıları arasındaki ilişkinin kapsamını bu anlaşma

<sup>19</sup> Güven, K., Enerji Sağlama Sözleşmeleri, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1994, s. 15 vd.; Yavuz, M., Elektrik Piyasası Kanunu'nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri – Özellikle İkili Anlaşma -, İstanbul 2011, s. 26; 234.

<sup>20</sup> Yavuz, s. 234.

belirlemektedir. TEİAŞ'ın özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişi olduğu yukarıda izah edilmiştir. Özel hukuk hükümlerine tabi iki tüzel kişinin imzaladığı sistem kullanım anlaşması özel hukuk hükümlerine tabi olur. Bu niteliği gereği sistem kullanım anlaşmasının idari bir sözleşme olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Sözleşmenin tek tarafı olarak TEİAŞ tarafından hazırlanmış ve EPDK tarafından onaylanmış olması ve müzakereye açık olmaması düzenlemeye tabi piyasanın bir gereğidir ve bu durum bu anlaşmanın özel hukuk ilişkisi kurma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Sistem kullanım anlaşması özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğundan bu sözleşmede düzenlenen ceza, idari para cezası değil, özel hukuk kapsamında yer alan cezai şart niteliğindedir. Nitekim sistem kullanım anlaşmasının 10. maddesinin başlığı da cezai şarttır.

#### **IV- TEİAŞ'IN UYGULADIĞI CEZAI ŞARTIN HUKUKU UYGUNLUĞU**

##### **A- Yöntem Bildirimine Göre Uygulanan Cezai Şartın Hukuku Uygunluğu**

Sistem kullanım anlaşmasının imzalanmadığı dönemde taraflar arasındaki ilişkiye doğrudan uygulanan düzenleme Yöntem Bildirimidir. Acaba sistem kullanıcısı sisteme zarar verdiğinde, örneğin fider açılmasında veya reaktif sınırların aşılmasında, Yöntem Bildirimine göre cezai şart uygulayabilmek için öncelikle ihtar gönderilmesine gerek var mıdır?

Yöntem Bildiriminde cezai şart uygulayabilmek için herhangi bir ihtar şartı öngörülmemiştir. Buradan ihtar şartına gerek olmadığı sonucuna varılabileceği gibi bu hususta bir boşluk bulunduğu sonucuna da varılabilir. Eğer bir boşluk olduğu sonucuna varılır ise bu durumda bu boşluğun sistem kullanım anlaşmasına göre doldurulması gerekir. Sistem kullanım anlaşması ise aşağıda ayrıntılı bir şekilde izah edileceği üzere cezai şart uygulayabilmek için öncelikle ihtar gönderilmesini şart koşturmaktadır. Uyuşmazlık mahkemesi ise boşluktan da öte, TEİAŞ tarafından uygulanan cezai şartın, taraflar arasında imzalanmamış olsa da sistem kullanım anlaşması kaynaklı olduğu görüşündedir. Bu durumda

sistem kullanım anlaşmasının taraflar arasındaki ilişkiye doğrudan uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir.

Netice itibariyle fiili sözleşme ilişkisinde de uygulanması gereken sistem kullanım anlaşmasına göre cezai şart uygulayabilmek için sistem kullanım anlaşmasının 10. maddesine göre öncelikle ihtar gönderilmesi ve ihlalin sona erdirilmesi için süre verilmesi gerekmektedir.

### **B- Sistem Kullanım Anlaşmasına Göre Uygulanan Cezai Şartın Hukuku Uygunluğu**

Sistem kullanım anlaşmasına göre cezai şart uygulayabilmenin maddi ve şekli olmak üzere iki şartı bulunmaktadır. Sistem kullanım anlaşmasına göre cezai şart uygulanabilmesinin maddi şartı, sistem kullanıcısının anlaşmada belirtilen ihlal hallerinden birini gerçekleştirmiş olmasıdır. Bu çalışmamızda maddi şart üzerinde durulmayacak, ön şart olarak ifade ettiğimiz şekli şart değerlendirilecektir.

Taraflar arasında imzalanan Sistem Kullanım Anlaşmasının 10. maddesi münhasıran cezai şartı düzenleyen bir hükümdür. Bu maddede tüm ihlal halleri düzenlemekte ve birinci fıkrasında tüm ihlal hallerinde cezai şartın uygulanabilmesinin şekli şartı da diyebileceğimiz ön şartı yer almaktadır.

Anlaşmanın 10'uncu maddesinde,

*“Kullanıcının ilgili mevzuat, taraflar arasında imzalanan Bağlantı Anlaşması ve bu Anlaşma hükümlerinin herhangi birini ihlal etmesi, söz konusu ihlali TEİAŞ'ın uyarısına rağmen uyarıda belirtilen süre içinde sona erdirmemesi durumunda, TEİAŞ, aşağıda belirlenen cezai şartları uygulayacaktır. TEİAŞ'ın uğradığı zararlar ayrıca tazmin edilecektir.”<sup>21</sup>* hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere hükümde ihlal halleri ihtarla gerek olan ve olmayan haller şeklinde ikiye ayrılmamakta, tüm ihlal hallerinde bir ön

<sup>21</sup> Benzer düzenleme İletim Sistemi Sistem Bağlantı Anlaşmasında da yer almaktadır. Anlaşmanın “Cezai Şartlar” başlıklı 16. maddesine göre; “Kullanıcının ilgili mevzuat ve bu Anlaşma hükümlerinin herhangi birini ihlal etmesi ve söz konusu ihlali, TEİAŞ'ın uyarısına rağmen uyarıda belirtilen süre içinde sona erdirmemesi durumunda, TEİAŞ, Kullanıcı ile imzalanan Sistem Kullanım Anlaşmasında belirtilen cezai şartları uygulayacaktır.”

şart olarak öncelikle bir ihtar gönderilmesi ve süre verilmesi öngörülmektedir. Dolayısıyla sistem kullanım anlaşması kullanıcı tarafından ihlal edildiğinde TEİAŞ, önce ihtar gönderip süre vermesi, bu süre içerisinde ihlal düzeltilmezse ondan sonra cezai şart uygulayabilmesi gerekmektedir.

Sistem kullanım anlaşmasını hazırlayan konumunda olan TEİAŞ, hazırladığı anlaşmanın 10. maddesinde açıkça, ihlalin düzeltilmesi için süre verilmesini öngören bir ihtar şartı öngörmüştür. Bu şart, TEİAŞ tarafından anlaşmada düzenlenen herhangi bir ihlale ilişkin cezai şart uygulanabilmesinin ön şartıdır. Bu ön şart yerine getirilmeden 10. Maddede düzenlenmiş olan hiçbir ihlal hali için cezai şart uygulanamaz.

Diğer taraftan Sistem Kullanım Anlaşmasının “Bildirimler” başlıklı 15. maddesinde; bildirimlerin, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereğince TEİAŞ, sistem kullanım anlaşmasına göre cezai şart uygulayabilmek için karşı tarafa öncelikle yazılı bir bildirimde bulunmalıdır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TEİAŞ tarafından hazırlanan ve tip sözleşme niteliğinde olan iletim sistemi sistem kullanım anlaşması hükümleri genel işlem koşulu niteliğindedir. Tarafların anlaşma hükümleri üzerinde müzakere etmesi ve bazı hükümleri değiştirmesi mümkün değildir. Genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin uygulamasında ve yorumunda bir tereddüt hasıl olduğunda, bu hükümler, anlaşmayı kabul etmek durumunda kalan taraf aleyhine yorumlanamaz. Dolayısıyla, sistem kullanım anlaşmasının 10. maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, hükmün lafında açıkça ifade edilen ve ceza uygulayabilmek için ön şart olarak kabul edilen, belli bir süreyi öngören ihtarın gönderilmesi şartının uygulanması gerekmektedir. Bu ön şart yerine getirilmeden 10. maddede düzenlenmiş olan hiçbir ihlal hali için cezai şart uygulanamaz

Nitekim aşağıda bahsedilecek olan Yargıtay kararına konu güç aşımı ihlalinde ihtar şartı yerine getirilmeden cezai şart uygulaması mahkemece hukuka aykırı kabul edilmiştir.

Sistem kullanım anlaşmasına dayanarak uygulanan cezai şartın iptali için açılan davada Aşkale Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/94 E.

sayılı dosyasına sunulan bilirkişi raporunda ihtar şartını incelenmiştir. Raporda “...Sistem kullanım anlaşmasının 10. maddesini uygulamak isteyen davalı kurum, bu hükümde belirtilen koşulları yerine getirmek zorundadır. 10. Maddeye göre davacı kullanıcının bu anlaşma hükümlerini ihlâl etmesi halinde, davalı kurumun bir uyarıda bulunması ve ihlâlin giderilmesi için bir süre tayin etmesi gerekir. İhlâlin davalı kurumun uyarısına rağmen tayin olunan süre içinde kullanıcı davacı tarafından sona erdirilmemesi durumunda, davalı kurum cezai şart uygulama hakkını elde etmektedir...” ifadelerine yer verilmiştir.

Aşkale Asliye Hukuk Mahkemesi yukarıda ifade edilen bilirkişi raporu doğrultusunda karar vermiş ve bu karar Yargıtay denetiminden de geçmiştir. Yargıtay konu ile ilgili 2013/79 E. 2013/5322 K. sayılı ve 27.03.2013 tarihli kararında<sup>22</sup> “...dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere gerektirici sebeplere ve özellikle taraflar arasındaki sistem kullanım anlaşmasının 10. Maddesi hükmüne uygun şekilde görüş bildiren ve dosya içeriğine uygun bilirkişi raporunun hükme esas alınmasında isabetsizlik bulunmamasına göre... usul ve kanuna uygun hükmün onanmasına...” karar verilmiştir.

### **C- Sistem Kullanım Anlaşmasının Yeni Hali ve İhtar Şartına İlişkin Düzenleme**

29/3/2012 tarihli ve 28248 sayılı resmi gazetede yayınlanan “İletim Sistemi Sistem Kullanım Anlaşması”nın yeni halinde ve 9.2.2012 tarih ve 3689 sayılı EPDK Kurul kararı ile değiştirilen “İletim Sistemi Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifelerini Hesaplama Yöntem Bildirimi”nde süre öngören ihtar şartı kaldırılmış, sadece ihlalin tekrarlanmaması için bildirimde bulunulması öngörülmüş ve TEİAŞ tarafından düzenlenen faturanın da bildirim yerine geçtiği düzenlenmiştir.

Sistem Kullanım Anlaşmasının eski halinde cezai şartın nasıl uygulanacağını düzenleyen 10. madde anlaşmanın yeni halinde tamamen değiştirilmiş ve uygulanacak cezaların düzenlendiği 9. maddede süre verilmesi ve ihtar gönderilmesinden hiç bahsedilmemiştir. Anlaşmanın yeni halinde ceza uygulaması sadece 2. maddede düzenlenmiştir.

<sup>22</sup> Karar yayınlanmamıştır.

Anlaşmanın 2. Maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Kullanıcının maksimum enerji alış veya veriş kapasitelerini ihlal etmesi durumunda TEİAŞ, bu anlaşmanın 9’uncu maddesi kapsamındaki yaptırımları uygular ve ihlalin tekrarlanmaması için kullanıcıya bildirimde bulunur. Kullanıcıya TEİAŞ tarafından kesilen ve aldığı/verdiği gücü belirten faturalar bildirim yerine geçer, bu durumda ayrıca bildirim yapılması gerekmez. Kullanıcı, üretim faaliyeti gösteren tüzel kişi olması halinde, bildirim alındığı tarih itibarıyla; dağıtım şirketi veya iletim sistemine doğrudan bağlı tüketici olması halinde ise bildirim alınmasından itibaren otuz gün içerisinde söz konusu ihlale son verir...*” madde metninin yeni halinden açıkça tespit edileceği üzere artık yaptırım uygulayabilmek için ihtar gerek bulunmamaktadır. Yani ihlal gerçekleştiği anda yaptırım uygulanacaktır. Anlaşmanın tarafı sadece ihlalin tekrarlanmaması için uyarılacaktır. Bu uyarı da zaten rutin olarak gönderilen fatura ile yapılmış kabul edilmektedir. Aynı düzenleme yöntem bildiriminde de yapılmıştır. Dolayısıyla anlaşmanın yeni halinde ihtar şartı kaldırılmıştır. Bu durum ise, anlaşmanın önceki halinde ihtar şartı arandığını ortaya koymaktadır. En azından anlaşmanın 10. maddesinde lafzen bu yönde bir şart arandığını teyit etmektedir. Uygulamada ise bu şartı görmezden gelmek ve diğer bir takım düzenlemelerden yola çıkarak ihtarın, sistemin işleyişi açısından veya tutanak düzenlenmiş olması sebebiyle gerekli olmadığı sonucuna varmak, özel hukuk ilişkilerinin yapısına uymamaktadır.

#### **V- GÖREVLİ MAHKEME**

TEİAŞ ve müşterileri özel hukuk tüzel kişileri olduğundan ve aralarındaki sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olduğundan, bu sözleşmeler sebebiyle uygulanan cezalar idari para cezası değil, cezai şart niteliğindedir. Cezai şartın anlaşmaya aykırılığı sebebiyle açılacak davaların idari yargıda değil adli yargıda görülmesi gerekir.

TEİAŞ’ın sistem kullanım anlaşmasına dayanarak veya İletim Sistemi Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifelerini Hesaplama Yöntem Bildiriminin (Yöntem Bildirimi) 1.5 maddesine göre uyguladığı cezalar sebebiyle açılan davalarda görevli mahkemenin idare mahkemeleri



olduğu da savunulmaktadır. Nitekim TEİAŞ'ın Yöntem Bildirimi m. 1.5 hükmüne göre uyguladığı bir ceza sebebiyle Ankara 8. İdare Mahkemesinde 28.11.2011 gün ve E:2011/1952 sayı ile açılan davada görev uyuşmazlığı çıkmış ve konu Uyuşmazlık Mahkemesi önüne getirilmiştir.

Uyuşmazlık mahkemesi 13.05.2013 tarih 2012/129 E. 2013/621 K. sayılı kararında *“Bu duruma göre, görülmekte olan davanın, taraflar arasında akdedilmiş bir anlaşma olmaksızın davacı şirkete uygulanan Sistem Kullanım Anlaşmasından kaynaklı cezai şartın iptaline ilişkin olduğu, cezai şartın yer aldığı Sistem Kullanım Anlaşmasının ise kamu hukuku ağırlıklı ve tek yanlı değil, tarafların serbest iradeleri ile imzalanarak vücut bulacak bir anlaşma olduğu, dolayısıyla olayda idarece kamu gücüne dayalı resen ve tek yanlı olarak tesis edilmiş bir işlemin söz konusu olmadığı hususları gözetildiğinde, uyuşmazlığın çözüm yerinin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yeri olacağı sonucuna varılmıştır.”* demek suretiyle Yöntem Bildirimine göre uygulanan cezai şartlardan doğan uyuşmazlıklarda dahi görevli mahkemenin adli mahkemeler olduğuna karar vermiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, Uyuşmazlık Mahkemesi kararının sonucuna katılmakla birlikte gerekçesini isabetli bulmamaktayız. Zira Sistem Kullanım Anlaşması kararda belirtildiği üzere kamu hukuku ağırlıklı olmadığı gibi tarafların serbest iradeleri ile de imzalanmamaktadır. Sistem kullanım anlaşması düzenlemeye tabi piyasanın bir gereği olarak TEİAŞ tarafından hazırlanmakta ve EPDK tarafından onaylanmaktadır. Anlaşma onaylandıktan sonra sistemi kullanan kişiler tarafından imzalanmakta ve mevcut anlaşmalar da yenilenmektedir. Onaylanmış sistem kullanım anlaşmasını TEİAŞ dahi değiştirememekte ve maddeleri üzerinde müzakere yapamamaktadır. Hem TEİAŞ hem de müşteriler onaylanan anlaşmayı hiçbir değişiklik yapmadan imzalamak zorundadırlar. Dolayısıyla, *idarece (yani TEİAŞ tarafından) kamu gücüne dayalı resen ve tek yanlı olarak tesis edilmiş bir işlemin söz konusu olmadığı* söylenebilir. Bu yönüyle Uyuşmazlık mahkemesi kararı isabetlidir. Netice itibarıyla, anlaşmanın EPDK TEİAŞ tarafından hazırlanması ve EPDK tarafından onaylanarak uygulanabilir hale gelmesi, anlaşmayı idari bir

sözleşme haline getirmemektedir. Bu durumu düzenlemeye tabi piyasa mantığı çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Aksi durumda yanılıya düşülür.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, Yöntem Bildirimine göre uygulanan para cezalarından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin adli mahkemeler olduğu bir durumda sistem kullanım anlaşmasına dayanarak uygulanan cezai şartlar sebebiyle açılan davalarda görevli mahkeme evleviyetle adli mahkemelerdir.

## **VI- SONUÇ**

TEİAŞ özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren bir anonim şirkettir. İletim faaliyeti kapsamında yürüttüğü faaliyetler iktisadi bir kamu hizmeti olmakla birlikte müşterileri ile arasındaki tüm ilişkiler özel hukuk hükümlerine tabidir. Dolayısıyla TEİAŞ'ın müşterilerine uygulayacağı cezai şart da özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

TEİAŞ ile müşterileri arasında sistem kullanım anlaşması imzalanmış ise, Nisan 2012 tarihinden önce yürürlükte olan sistem kullanım anlaşmasınının 10. maddesine göre TEİAŞ'ın cezai şart uygulayabilmesi için öncelikle ihtar göndererek söz konusu ihlalin sona erdirilmesi için süre vermesi, verilen süre içinde ihlal giderilmezse o takdirde cezai şart uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla, ihtar şartı yerine getirilmeden uygulanan cezai şart anlaşmaya aykırıdır.

Nisan 2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanan yeni sistem kullanım anlaşması ise 9. Maddesinde ihtar şartını kaldırmış ve müşteriye gönderilen faturanın ihtar yerine geçeceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, Nisan 2012 tarihinden itibaren uygulanan cezai şartlar bakımından ihtar şartı bulunmamaktadır.

TEİAŞ ile müşterisi arasında sistem kullanım anlaşması imzalanmamış ise, taraflar arasında fiili sözleşme ilişkisi kurulur ve bu ilişkiye genel düzenleyici işlemler uygulanır. Bu ilişkiyi kısmen düzenleyen genel düzenleyici işlem EPDK Kurul kararı ile kabul edilmiş olan Yöntem Bildirimidir. Yöntem Bildiriminin 1.5. maddesinde iletim sistemine zarar veren bir takım ihlaller ve bu ihlali gerçekleştiren kişilere uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu yaptırımların

uygulanabilmesi için ise herhangi bir ihtar şartı düzenlenmemiştir. Bu noktada kanaatimizce yöntem Bildiriminde boşluk bulunmaktadır. Söz konusu boşluk, fiili sözleşme ilişkisinin içeriğini tam olarak dolduran sistem kullanım anlaşması hükümlerine göre doldurulması gerekmektedir. Nisan 2012 tarihinden önce uygulanan cezai şartlar bakımından sistem kullanım anlaşmasının 10. maddesine göre ihtar şartı gerektiğinden, bu şartın bu dönemde uygulanan cezai şartlar için de uygulanması gerekmektedir.

### KAYNAKÇA

- Çakmak, Z.,** Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ankara 2011.
- Duran, L.,** İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.
- Ergün, Ç. E.,** Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara 2010.
- Gözler, K.,** İdare Hukuku, C. 2, Bursa 2003.
- Günday, M.** İdare Hukuku, Ankara 2003.
- Güven, K.,** Enerji Sağlama Sözleşmeleri, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1994.
- Koroğlu, Ö.,** Kamulaştırma, Ankara 1995.
- Şanlı, Y.,** Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti, Mülkiyet Dergisi, C. 31, S. 254, s. 63 vd.
- Ulusoy, A.,** Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Ankara 2005.
- Ulusoy, A.,** Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri Kavramları, Ekonomi ve Hukuk Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara 2001.
- Öz, G.,** Avrupa Birliği ve Türkiye’de Enerji Piyasalarında Rekabet Hukukunun Uygulanması, AB’nin Enerji Politikası ve Türkiye içinde, Ulusal Politika Araştırmaları Vakfı, Ankara 2004.
- Yavuz, M.,** Elektrik Piyasası Kanunu’nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri – Özellikle İkili Anlaşma - , İstanbul 2011.

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ'NİN 01.03.2011 TARİH VE  
C-236/9 SAYILI KARARI IŞIĞINDA SİGORTA PRİMİ  
HESAPLAMASINDA CİNSİYETİN AKTÜERYAL BİR FAKTÖR  
OLARAK ELE ALINMASI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**

**Yrd. Doç. Dr. Necat AZARKAN\***

**Özet**

Prim ödeme borcu sigorta ettiren kişiye aittir ve sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi kapsamında üstlendiği en önemli borçtur. Sigortacının rizikoyu taşıma taahhüdüne karşılık, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinden doğan asıl edimini, prim ödeme borcu teşkil etmektedir. Prim, rizikonun özelliklerine göre tespit edildiğinden ve prim/riziko dengesinin kurulabilmesi açısından, uygulamada prim hesabında, sigorta bedeli, sözleşme süresi, mortalite (ölüm düzeyi) ve komütasyon (iskonto edilmiş ölüm düzeyi) tablosu, sigortalının yaşı, cinsiyeti, mesleği, medenî hali, sağlık durumu, bulunduğu yer ve zaman gibi rizikonun gerçekleşip gerçekleşmemesine etki edebilecek hususlar dikkate alınmaktadır. Ancak, sigortalının cinsiyetinin sigorta primin hesaplanmasında aktüeryal bir faktör olarak ele alınması Belçika'da dava konusu olmuştur. Belçikalı tüketici grubu Test-Achats'ın sigorta primi hesaplamalarında cinsiyetin aktüeryal bir faktör olarak ele alınmasına cevaz veren bir yasanın kadın erkek eşitliği ilkesi ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına aykırı olduğu iddiasıyla iptali için Belçika Krallığı Anayasa Mahkemesi'ne başvurusu ve davanın ön karar prosedürü yoluyla Avrupa Birliği Adalet Divanı'na sunulması neticesinde Divan, 1 Mart 2011 tarihinde vermiş olduğu bir kararla sigorta şirketlerinin sigorta ve bununla bağlantılı mali hizmetlerde prim ve faydaların hesaplanmasında cinsiyetin aktüeryal bir faktör olarak ele alınamayacağına karar vererek, sigorta primi ödemelerinde kadın ve erkek arasındaki eşitliğin sağlanması yolunda önemli bir adım atmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa Birliği Adalet Divanı, Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yasağı, Aktüeryal Faktör

---

\* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

**AN ASSESMENT IN THE LIGHT OF THE DECISION OF THE  
EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE DATED 01.03.2011  
AND C-236/9 ADDRESSING GENDER AS AN ACTUARIAL  
FACTOR IN THE CALCULATION OF THE INSURANCE  
PREMIUM**

Abstract: Premium payment obligation is belonged to insurant and it is the most important obligation of insurant during the insurance contract. As opposed to commitment to carry the hazard belonged insurer, main performance of insurent according to the insurance contract is premium payment obligation. As a result of premium is determined by feature of hazard and establishing balance between premium and hazard; in practice, factors like insurance amount, duration of contract, mortality and commutation chart, age of insured, gender, occupation, marital status, health status, location and time that can effects the happening possibility of hazard is considered calculating premium. However, it is at issue in Belgium that addressing gender as an actuarial factor in the calculating of the insurance premium. According to a consumer group called Test-Achats from Belgium, it is claimed that a regulation about addressing gender as an actuarial factor in the calculating of the insurance premium is opposed to prohibition of discrimination based on gender. After appealing Constitutional Court of Belgium Kingdom because it is unconstitutional and via procedure of pre-decision of Court, European Union Court of Justice accepted addressing gender as an actuarial factor in the calculating of the insurance premium is opposed to prohibition of discrimination and it couldn't be considered a method of calculating the premium so Court of Justice took an important step for equality between men and women.

**Keywords:** European Union Court of Justice, Discrimination Based on Gender, Prohibition of Discrimination Based on Gender, Actuarial Factor.

## GİRİŞ

Bir toplumda demokrasi ve insan hakları anlayışının en temel göstergelerinden biri, kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik politika ve hukuksal düzenlemelerin kabul edilerek uygulanması ve böylelikle kadın ve erkeğin toplumun işleyişinde eşit sorumluluk üstlenmelerinin sağlanmasıdır. Bu nedenle; kölelerin, esirlerin ve hatta birçok insanın bir eşya gibi muamele gördüğü eski hukuk sistemlerinden farklı olarak modern hukuk sistemlerinde, bütün insanların din, dil, din, ırk, cinsiyet, sosyal ve kültürel farklılıklar gözetilmeksizin eşit, özgür ve onurlu yaşam hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu düşünce, insan hakları ile ilgili birçok uluslararası sözleşme<sup>1</sup> ve başta Anayasamız olmak üzere<sup>2</sup>, iç hukuktaki birçok hukuki düzenlemede<sup>3</sup> ifadesini bulmuştur. Ancak, dünya

<sup>1</sup> İnsan haklarının - ve bunun bir parçası olarak - kadın haklarının bir değer olarak benimsenip evrensel bir referans noktası haline dönüşmesi, tarihsel olarak uzun bir mücadelenin sonunda gerçekleşmiştir. Bu tarihsel mücadelenin bir sonucu olan 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin (La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen) ilk maddesine göre "Tüm insanlar özgür ve eşit haklarla doğarlar ve yaşarlar. Sosyal farklılıklar ancak kamu yararına dayandırılabilir". Bildirge'nin 2. maddesinde siyasal iktidarların kadın-erkek ayrımı gözetmeksizin insan haklarını koruması gerektiği; "Her siyasal topluluğun hedefi ve amacı, insanın doğal ve daimi haklarını korumaktır. Bu haklar: Özgürlük, güvenlik, mülkiyet ve özellikle baskıya karşı direnme hakkıdır." şeklinde ifade edilmiştir. Bildirgenin 6. maddesine göre "Bütün yurttaşların bizzat ya da temsilcileri aracılığıyla yasaların yapımı sürecine katılmalıdır." 15. maddede ise "Tüm yurttaşlar, her kamu makamından mali işlerle ilgili olarak bilgi alma hakkına sahiptir." denilmiştir. Son maddede "Ortak olarak ya da tek tek, mülkiyet herkesin hakkıdır. Herkes dokunulmaz ve kutsal olan bu hakka sahiptir. Yasalarca belirlenmiş kamusal bir zorunluluk bunu açıkça gerektirmedikçe, ayrıca adil ve önceden belirlenmiş bir tazminat ödenmedikçe, kimse ulusun asli miras payından yoksun bırakılamaz." ifadesi ile mülkiyette eşitlik ilkesi getirilmiştir.

<sup>2</sup> 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde ifadesini bulan bu ilkeler birçok ülke Anayasa'sında olduğu gibi 1982 tarihli Anayasa'mızda da ifadesini bulmuştur. Anayasa'mızın 10. maddesinde, herkesin cins farkı olmaksızın yasa önünde eşit olduğu, Devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu ve bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, Anayasanın 90. maddesine "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 eklenmiştir.

<sup>3</sup> Sözü edilen anayasal düzenlemelere ek olarak aile reisliğini kaldıran, edinilmiş mallara katılma rejimini benimseyen, evlilik yaşını yükselten ve eşitleyen ve evlilik dışı doğan

genelinde olduğu gibi ülkemizde de kadınlar hayatın tüm alanlarına tam olarak eşit bir biçimde katılamamaktadırlar. Hukuki anlamda kadın ve erkek eşit haklara sahip olması rağmen, hukuksal düzenleme ile yaşanan gerçeklik her zaman çakışmamakta, kadınlar ve erkekler arasında kaynaklara ulaşma ve onları kontrol etme konusunda sahip oldukları ekonomik olanaklar, güç ve siyasette seslerini duyurabilme açısından büyük farklılıklar devam etmektedir. Kadın ve erkeğin yaratılıştan kaynaklanan biyolojik farklılıklarının cinsiyete yansıtılması ve toplumsal cinsiyet rollerinin oluşması ile kamusal alanın erkeğe, özel alanın ise kadına ait olduğu anlayışı toplumsal yaşamda yerini almıştır. Bu durum iş yaşamı ile paralel gelişme göstermiş, erkeklerin yaptıkları iş ile sosyal durumları tayin edilmiş; buna karşılık kadının sosyal pozisyonu, istihdam içindeki yerleriyle değil, aile ve toplumsal cinsiyet rolleri ile tayin edilmiştir<sup>4</sup>. Toplumsal cinsiyet düzeni ile şekillenen toplumsal yapı içinde kadınlar aleyhine oluşan ayrımcılık; tüm toplumsal sistemde, örgütsel

---

çocukların da mirasta eşit hak sahibi olmalarını sağlayan 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun (Kabul Tarihi: 22.11.2001, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 08.12.2001, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 24607), çalışma yaşamında kadın-erkek eşitliğinin sağlanması alanında önemli açılımlar getiren ve işgücü piyasasına girişte ayrımcılığı önleyecek hukuki düzenlemeleri içeren 4857 sayılı Yeni İş Kanunu (Kabul Tarihi: 22.05.2003, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 10.06.2003, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 25134), ile 5251 sayılı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (Kabul Tarihi: 27.10.2004, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 06.11.2004, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 25635) ile cinsel nitelikli suçları kişiye karşı suç kapsamına alan, kişinin insan onuru ile bağdaşmayan, bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine neden olan fiiller için cezayı ağırlaştırarak, evlilik içi tecavüz, işyerinde cinsel taciz gibi konulara ilk kez yer veren ve “töre” saikiyle işlenen cinayetlerin faillerinin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmasını öngören 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Kabul Tarihi: 26.09.2004, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2004, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 25611) yürürlüğe konulmuştur. Bunun yanı sıra Türkiye, kadın-erkek eşitliği alanında uluslararası düzeyde bağlayıcı tek yasal doküman olan “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine” (CEDAW) 1985 yılında taraf olmuştur. Söz konusu sözleşmenin temel hedefi; toplumsal yaşamın her alanında kadın-erkek eşitliğini sağlamak amacıyla, kalıplaşmış kadın-erkek rollerine dayalı önyargıların yanı sıra geleneksel ve benzer tüm ayrımcılık içeren uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamaktır.

<sup>4</sup> GÖÇMENER, Sinem, **Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türkiye’de Kadın Erkek Eşitliği**, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s. 6.



düzeyde, iş ve meslek düzeyinde ve çalışma ilişkilerinde olduğu gibi sigorta hukuku alanında üretilmektedir<sup>5</sup>. Örneğin, Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri'nde cinsiyete dayalı ayrımcılık - kadınların istatistiksel olarak erkeklere göre daha uzun bir yaşam süresine sahip verisinden hareketle - sigorta şirketine olan maliyetlerinin daha yüksek olması ve dolayısıyla ödeyecekleri primlerin de erkeklerden daha fazla olması noktasında belirleyici olmaktadır. Hemen hemen bütün sigorta şirketleri, kadınların istatistiksel olarak “daha az kaza yaptıklarını”, “daha çok hastaneye gittiklerini” ve “erkeklerden daha uzun yaşadıklarını” gösteren istatistiki verilere dayanarak özellikle hayat, sağlık ve kasko sigorta sözleşmelerinde kadın ve erkek sigortalılara farklı primler uygulamaktadırlar. Benzer uygulamaların görüldüğu Belçikalı tüketici grubu Test-Achats'ın söz konusu uygulamanın cinsiyet ayrımcılığı yasağı ve kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla Avrupa Birliği Adalet Divanı'na (ABAD) başvurusu, Divan'ın aldığı “Sigorta sözleşmelerinde sigortalanan bireyin cinsiyetinin risk faktörü olarak dikkate alınması ayrımcılık oluşturmaktadır” kararı ile sonuçlanmıştır.

### **LSİGORTA PRİMİ VE PRİMİN TESPİTİ**

Prim ödeme borcu sigorta ettiren kişiye aittir ve sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi kapsamında üstlendiği en önemli borçtur<sup>6</sup>. 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesinde, sigorta sözleşmesi tanımlarken sigortacının sigorta himayesi sunma edimini “bir prim karşılığında” üstlenmiş olacağı öngörülmektedir. Sigortacıya ödenecek prim, sigorta ettiren bakımından asli edim yükümü niteliğinde olup sigortacının lehtara karşı olan yükümlülüğünün karşılığıdır<sup>7</sup>. Sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan en önemli borcu olan prim ödeme borcunun hesaplanması bir sigortacılık tekniği, denetim ve ticaret hukuku

<sup>5</sup> SAVCI, İlkay, Veri Girişİ İşinde Kadın Çalışanlar: İş ve İş Dışı Deneyimleri, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt. 55, Sayı. 4, Ekim-Aralık 2000, s. 145.

<sup>6</sup> AYLİ, Ali, **Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 11.

<sup>7</sup> AKMUT, Özdemir, **Hayat Sigortası - Teori ve Türkiye'deki Uygulama**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, No:44, Ankara, 1980, s. 61.

problemidir<sup>8</sup>. Çalışmamızın bu bölümde öncelikle prim kavramı tanımlanarak, sigorta priminin hesaplanmasında başvuru sistemler ele alınacaktır.

### A. Prim Kavramı

Sigorta sözleşmesi karşılıklı taahhütleri havi bir sözleşme olduğundan<sup>9</sup>, sigorta ettirenin prim ödeme borcu, sigortacının üstlenmiş bulunduğu sigorta himayesi sağlama borcunun karşılığıdır<sup>10</sup>. Bu açıdan sigorta primi, sigorta sözleşmesinin esaslı unsurlarından birini oluşturmaktadır<sup>11</sup>. Ancak; prim ödeme borcu sigorta sözleşmesinin en önemli unsurlarından biri olmasına rağmen, 6102 sayılı yeni TTK'da açık bir şekilde primin tanımı yapılmamıştır. Bununla beraber öğretide yazarlar, 6102 sayılı TTK'nın 1401. maddesinin (mülga 6762 sayılı Kanunun 1263. maddesi) birinci fıkrasındaki sigorta sözleşmesinin tanımıyla hareketle, prim kavramını çeşitli şekillerde tarif etmişlerdir. Sigortacılık tekniğine göre prim kavramını en iyi açıklayan tariflerden birine göre prim, rizikonun gerçekleşmesi halinde, sigorta bedelini veya tazminatını karşılamak üzere sigorta ettiren tarafından sigortacıya peşin olarak veya taksitle ödenen sigorta ücretidir<sup>13</sup>. Tanımdan da anlaşılacağı üzere prim aslında sigortacının rizikoya karşı sağladığı teminatın, yani sigorta himayesinin bedelidir, zira sigortacı rizikonun gerçekleşmesi neticesinde

<sup>8</sup> MAURER, Alfred, **Schweizerisches Privatversicherungsrecht**, Bern, 1986, s. 268.

<sup>9</sup> Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri diğerinin edimini taahhüt etmesine dayanarak kendi edimini taahhüt etmekte, edimini diğerinin edimi ile değiştirmeyi amaçlamaktadır. Edimlerin taahhüt edilmesindeki karşılıklı bağlılık, edim ve karşı edim arasında sıkı bir bağlılığın doğmasına yol açmakta, edimlerden her biri diğerinin karşılığını oluşturmaktadır (HAVUTÇU, Ayşe, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları İzmir, 1995, s. 4).

<sup>10</sup> ÜNAN, Saim, **Hayat Sigortası Sözleşmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 109.

<sup>11</sup> ÜNAN, Saim, *İbid.*, s. 109.

<sup>12</sup> 6102 sayılı TTK'nın 1401. maddesinde sigorta sözleşmesi, "*Sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir*" şeklinde tarif edilmektedir.

<sup>13</sup> ÖÇAL, Akar, **Sigortacılık ve Sigorta Hakkında Genel Bilgiler**, Ankara, 1971, s. 10.

meydana gelen zararları, sigortalılar topluluğundan elde ettiği primler ve bunların nemalandırılması sonucu oluşturduğu fonlardan karşılamaktadır<sup>14</sup>. Dolayısıyla ücret talep edilmeden rizikonun yüklenilmesi sigorta olarak nitelendirilemez<sup>15</sup>.

## **B. Prim Miktarının Tespitinde Kullanılan Sistemler**

Sigorta sözleşmelerinde sigortacının karşılaştığı en önemli sorunlardan biri fiyatlandırma, yani prim miktarının tespitidir. Prim miktarı, mütüel olarak faaliyet gösteren şirketlerle anonim şirketlerde farklılık gösterir. Kooperatiflerin tâbi olduğu esaslara göre kurulan mütüel şirkette değişir prim esaslı söz konusu iken, anonim şirket şeklinde faaliyet gösteren sigortacı tarafından yapılan sigorta sözleşmesinde ise ödenecek primin ne olduğu sözleşme ile önceden belirlenmiştir. Bu belirleme sabit bir prim şeklinde olabileceği gibi, primin belli bir endekse tâbi tutulması ya da enflasyon oranına bağlanması şeklinde de olabilir<sup>16</sup>. Bu anlamda prim başlıca iki sisteme göre tespit edilmektedir.

### **1. Değişir Prim Sistemi (Paylaşma Sistemi)**

Bu sistemlerden birincisi, bugünkü modern sigortacılıkta pek fazla uygulama değeri olmayan değişir prim yöntemidir. Bu yöntemde, belirli bir süre (genellikle bir yıl) içinde karşılaşılan hasarlar ile yapılan masrafların tutarı, poliçe sahibi sayısına bölünerek bunlardan her birinin ödeyeceği prim tutarı bulunur<sup>17</sup>. Bu sistemin geçerlilik kazanabilmesi için rizikoların az çok benzer (homojen) nitelikte olması gerekir<sup>18</sup>. Paylaşırma yönteminde genellikle teknik rezerv ayrılmaz ve sigortalıların ödeyeceği katkı payının kesin miktarı, ancak ilgili dönemin bitiminden sonra belli

<sup>14</sup> OMAĞ, Merih Kemal, **Sigorta Hukuku Ders Notları – Ticaret Hukuku II**, Ünite 23-24-25-26, A.Ü. Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, No: 9, Eskişehir, 1998, s. 380.

<sup>15</sup> MÖLLER, Hans, **Versicherungsvertragsrecht**, 3. Aufl., Wiesbaden, 1971, s. 87.

<sup>16</sup> KABUKÇUOĞLU ÖZER, F. Dilek, **Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2005, s. 138.

<sup>17</sup> KARAYALÇIN, Yaşar, **Risk-Sigorta-Risk Yönetimi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1984, s. 31.

<sup>18</sup> NOMER, Cahit / YUNAK, Hüseyin, **Sigortanın Genel Prensipleri**, Milli Reasürans T.A.Ş Yayını, İstanbul, 2000, s. 57.

olur. Dönem içindeki hasarları karşılayabilmek için sigortalı önce bir ön ödeme yapar ve bu ön ödeme tutarı, dönem sonunda ayarlamaya konu olur. Poliçe sahiplerinin ödeyeceği prim, aynı riziko için, hasar miktarına göre bir dönemden öbürüne farklılık gösterebilir. Belirli bir süre içinde gerçekleşme ihtimali olan tehlikeler meydana gelmediği zaman tahsil olunan sigorta primleri sigorta ettirenlere iade olunur. Buna karşılık belirli bir süre içinde tahminlerin üzerinde bir zarar meydana gelirse, bu takdirde ortakların, başka bir ifade ile sigorta ettirenlerin, payına düşen prim miktarı arttırılır. Ancak, bu sistemde artan primler olağanüstü haller için saklanarak sigorta ettirenlere iade de edilmeyebilir<sup>19</sup>.

## 2. Sabit Prim Sistemi

Sigorta müessesesinin dünyadaki teknik ve ekonomik gelişmelere paralel olarak gelişmesi ve çok çeşitli rizikolarında sigorta edilmesi ihtiyacının ortaya çıkmasıyla, değişir prim sistemi terk edilmeye başlamış ve daha çağdaş bir şekilde sigorta müessesinin ihtiyaçlarını karşılayabilecek “sabit prim sistemi” benimsenmiştir. Bu sistemde safi prim<sup>20</sup> her bir rizikonun özelliğine<sup>21</sup> göre ayrı ayrı tespit edilmekte ve sigorta giderlerinin de buna eklenmesiyle sigorta tarifelerinde gösterilen sabit primler elde edilmektedir<sup>22</sup>.

## C. Primin Tespit Mercii

Sigorta priminin tespitinin yanı sıra, primin kimin tarafından tesit edileceği de, ayrı bir problem teşkil etmektedir. Sigorta priminin tespiti matematik ve istatistik bilimleri kullanılarak yapılan oldukça önemli ve teknik bir konu olduğundan, bu tespitin ilke olarak sigorta şirketleri,

---

<sup>19</sup> BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1981, s. 16 vd.

<sup>20</sup> Safi prim rizikonun matematik ifadesi yani aktüer değeridir. Riziko gerçekleştiğinde sigortacının sigortalıya ödeyeceği tazminatın karşılığıdır. Sigorta ettirenden fiilen alınan prime ticari prime ise gayri safi prim denir ve safi prim ve sigorta yükü olmak üzere teknik olarak iki kısımdan oluşur (KENDER, Rayegân, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 12. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 224).

<sup>21</sup> Safi primin belirlenmesinde temel teşkil eden “rizikonun özelliği” ibaresinden sadece rizikonun ağırlığı anlaşılmalıdır. Bilakis rizikonun devam süresi de primin belirlenmesinde önem arz eder (ÖÇAL, Akar, **op. cit.**, s. 10).

<sup>22</sup> IVAMY, Hardy, **General Principles Of Insurance Law**, London, 1966, s. 130.

teknik organizasyonları ve bunlara yardımcı olan tarife kuruluşları tarafından yapılması gerekir<sup>23</sup>. Ancak uygulamada, belli başlı üç sistem mevcuttur.

### **1. Serbest Tarife Sistemi**

Serbest tarife sisteminde prim tarifeleri sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlenmektedir. Ancak; prim tarifelerinin sigorta şirketlerince serbestçe belirlenmesine esas olduğu bu sistemde, sigorta şirketlerinden, istatistiklere dayanarak yapacakları ihtimaller hesaplarına göre rizikoların özelliklerine en uygun prim miktarlarını belirlemeleri beklenir<sup>24</sup>; aksi takdirde prim ödemek sigortalılar açısından bir külfet haline gelir ki, bu durum sigortanın amacıyla bağdaşmaz. Primin yüksek tutulması bireyleri sigorta yaptırmaktan vazgeçireceği gibi, rizikonun ağırlığından az tutulması ise rizikonun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak zararları karşılayamam tehlikesini doğuracaktır<sup>25</sup>. Denetim müdahalesi, sadece, sigortalıların güvenliği ve kamu menfaati bakımından sigorta şirketlerinin mali yeterliliklerini ve genel politikalarını kontrol ile sınırlıdır. Bu sistemin en belirgin yararı, bir dereceye kadar, serbest rekabetin olumlu etkilerini getirebilmesi ve iyinin, kötüye üstünlük sağlamasına olanak verebilmesidir. Ancak, bu sistem, genel denetimin yetersiz kalması ve sigorta şirketlerinin teknik dışı bir serbest rekabete kapılmaları halinde sektör ve toplum için son derecede olumsuz etkiler doğurabilir.

### **2. Tanzim Edilmiş Tarife Sistemi**

Prim tarifelerinin sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlendiği ve denetleme organlarının, tarifelerin düzenleme ve uygulamasına hiçbir müdahalede bulunamadığı serbest tarife sisteminin aksine, tanzim edilmiş tarife rejiminde prim tarifeleri bizzat denetleme organları tarafından ya da onun adına teknik bir kuruluş tarafından hazırlanmakta ve piyasadaki bütün şirketlerden bu tarifeyi uygulamaları istenmektedir<sup>26</sup>. Böyle bir

---

<sup>23</sup> AYLİ, Ali, **op. cit.**, s. 14.

<sup>24</sup> IVAMY, **op. cit.**, s. 130.

<sup>25</sup> OMAĞ, Merih Kemal, **Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu**, İstanbul, 1985, s. 14.

<sup>26</sup> AYLİ, Ali, **op. cit.**, s. 15.

piyasada, rekabet, sadece hizmetin yapılış biçimine göre ortaya çıkabilir. Bu sistem, sigortacılığın henüz çok yeni olduğu piyasalarda, özellikle ulusal sigorta şirketlerini korumak ve gerekiyorsa piyasayı tam bir denetim altında tutabilmek için uygulanır.

### 3. Tasdik Edilmiş Tarife Sistemi

Tasdik edilmiş tarife sisteminde ise, tarifeyi uygulayacak olanlar, “serbest tarife” sisteminde olduğu gibi, tarifeyi kendi teknik ve piyasa görüşlerine göre hazırlamakta, denetleme organları ise bunu, teknik yönü dışında, genellikle ülkenin genel ekonomik politikası açısından onaylamakta ya da reddetmektedir. Bu sistem, tarifelerin, piyasanın gereksinimlerine göre güncelleştirilmesi işleminin en kısa sürede gerçekleştirilmesini geciktirmekte ise de, bugün sigortacılığı gelişmiş bazı ülkelerde de uygulanmaktadır<sup>27</sup>. Denetleme organları, bu konuda, politik etkilerin dışında kaldığı oranda, sistemin yararları ortaya çıkabilir. Bunların başında da, sigortalıların ve piyasanın başıboş bir rekabet mücadelesi ile fiyatların düşmesi sonucu karşılaşılabilecek tehlikelerden peşin olarak korunması ve piyasa şirketlerinin dev yabancı şirketlerle olan savaşımalarında hayatta kalabilmelerini temin gelmektedir.

### 4. Türk Hukukundaki Durum

Türk hukukunda sigorta primlerinin kimin tarafından tespit edileceği 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenmiştir. 12. maddenin 1. fıkrasına göre; “*Sigorta tarifeleri, sigortacılık esasına ve genel kabul görmüş aktüeryal tekniklere uygun olarak sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlenir. Ancak, bu Kanuna ve diğer kanunlara göre ihdas edilen zorunlu sigortaların teminat tutarları ile tarife ve talimatları Bakan tarafından tespit olunur ve Resmî Gazetede yayımlanır.*” Maddenin ikinci fıkrasında ise ilgili bakanın, gerek görülen hallerde hayat, bir yıldan uzun süreli ferdî kaza, sağlık, hastalık ve ihtiyarî deprem sigortaları tarifeleri ile prim, formül ve cetvellerinin uygulamaya konulabilmesini Müsteşarlığın onayına tâbi kılabileceği veya özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla gerekli görülen hallerde, tespit ve ilan ettiği aracılık komisyonlarını, tasdiğe tâbi kıldığı

---

<sup>27</sup> AYLİ, Ali, **op. cit.**, s. 15.

veya tespit ettiği her türlü tarifeyi serbest bırakabileceği hükme bağlanmıştır. 12. madde hükmü genel olarak ele alındığında, ülkemizde sigorta primlerinin tespiti hususunda yukarıda belirtilen sistemlerin hiçbirinin tek başına uygulanmadığı, farklı sigorta branşlarına göre her üç sisteminde uygulandığı karma bir sistemin benimsendiğini söylemek mümkündür<sup>28</sup>.

#### **D. Prim Miktarının Tespitinde Göz Önüne Alınan Unsurlar**

Sigorta primlerinin hesaplanmasında hangi etkenlerin göz önünde bulundurulacağına ilişkin olarak sigorta mevzuatında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Uygulamada genel olarak, sigorta sözleşmesinin türüne göre değişiklik arz etmekle beraber, prim hesabında sigorta bedeli, sözleşme süresi, mortalite (ölüm düzeyi) ve komütasyon (iskonto edilmiş ölüm düzeyi) tablosu<sup>29</sup>, sigortalının yaşı, mesleği, medeni hali sağlık durumu, bulunduğu yer ve zaman gibi rizikonun gerçekleşip gerçekleşmemesine etki edebilecek hususlar yanında, uygulanacak faiz oranlarının ve gider oranlarının da göz önüne alındığı görülmektedir<sup>30</sup>.

## **II. SİGORTA PRİM HESABINDA CİNSİYETİN AKTÜERYEL BİR FAKTÖR OLARAK ELE ALINMASI**

Ülkemizde, cinsiyetin sigorta şirketleri tarafından sigortacılık veya bununla bağlantılı diğer mali hizmetler kapsamında bireysel prim veya faydanın belirlenmesinde aktüeryal bir faktör olarak kullanılıp kullanılmadığının tespiti için sağlıklı ve güvenilir bir veri bulunmamaktadır. Bazı sigorta şirketlerinin temsilcilerinin basına yansıyan beyanlarına göre, birkaç yıl önce bazı sigorta şirketleri,

<sup>28</sup> AYLİ, Ali, **op. cit.**, s. 16.

<sup>29</sup> Mortalite ve Komütasyon tabloları Hayat Sigortaları Yönetmeliği'nin 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre mortalite tabloları; belirli bir nüfus topluluğunun gözlem altında tutularak oluşturulan, yaşama ve ölüm istatistiklerine göre elde edilen sonuçlardan her bir yaşta bir yıl içinde kaç kişinin hayatta kalacağını öngörüldüğü; komütasyon tabloları ise, ölüm düzeyi tablosuna göre bulunan oranların birim değer olarak kabul edilerek bu değgerlere teknik faiz uygulamak suretiyle elde edilen tablolardır.

<sup>30</sup> URAL, Kenan, **Yaşam Sigortalarının Aktüeryal Prensipleri**, Beta Basım –Yayın-Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1994, s. 41-43.

Avrupa'daki örneklerden yola çıkarak, cinsiyete göre fiyat belirleme yoluna gitmiş, ancak hem şirketlerde cinsiyet ayırımına göre istatistik tutulmaması, hem de bazı sigortalıların sahte beyanlarla haksız kazanç elde etmeye çalışması neticesinde bu uygulamanın giderek ortadan kalkmasına neden olmuştur. Örneğin, ülkemizin önde gelen sigorta şirketlerinden birinin Genel Müdürü'nün basına ifade ettiğine göre, sigorta sektörü henüz cinsiyetin, riskleri ve satın alma kararlarını nasıl etkilediği ile ilgili bilgi sahibi olmadığından ve elinde veri olan şirketler de bu veriyi tam olarak bilgiye dönüştüremediklerinden, cinsiyeti aktüeryal bir faktör olarak göz önüne alamamakta ve dolayısıyla pazarlama stratejilerine katmamaktadır<sup>31</sup>.

Her ne kadar sigortacılar aksini iddia etse de Türkiye'de de sigorta poliçelerinde ve özellikle kasko sigortalarında, - standart bir uygulama olmasa da- cinsiyete dayalı bir ayrımcılık uygulandığını söylemek mümkündür<sup>32</sup>. Nitekim ülkemizde faaliyet gösteren önemli bir sigorta şirketinin yetkilisinin basına yansıyan beyanına göre, kasko sigortalarında kadınlar, erkeklere göre primlerini yaklaşık yüzde 10 daha fazla ödemektedir. Sigorta aracıları bunun sebebini “erkeklerin kaza yapma riskinin daha az olması” ve “daha fazla araba kullanmaları” ile açıklamaktadır. Kasko sigortalarında kadınlar daha yüksek primler öderken, trafik sigortalarında ise “trafikte araç kullanan kadınların sayısının daha az olması”, “daha dikkatli olmaları” ve “daha az kaza

---

<sup>31</sup><http://www.capital.com.tr/cinsiyete-gore-police-olur-mu-haberler/15210.aspx>, erişim tarihi 14.04.2013.

<sup>32</sup> Kadınlara yönelik prim farklarının en fazla hissedildiği bir başka alanın ise sağlık sigortaları olduğu göze çarpmaktadır. Uygulamada bir kadının aynı yaştaki bir erkeğe göre ödediği prim neredeyse yarı yarıya fark edebiliyor. Bazı sigorta uzmanlarına göre bunun sebebi kadınların daha çok hastaneye gitmeleri ve daha yüksek tazminat almaları. “Sektöre genel olarak baktığımız da özellikle sağlık sigortalarında aktüeryal hesaplamalar yapılırken cinsiyet önemli bir faktör. Ancak bu branş için kadın erkek eşitliği kavramından ziyade biyolojik yapılar ve tıbbi bir takım bulgular devreye giriyor” diyen bir sigorta şirketi yetkilisi ayrıca, “kadınların doğurganlığı, menopoz dönemi ve bir takım istatistiklere” göre medikal değerlendirilmenin ayrıca yapılabildiğini vurgulamaktadır, bkz. <http://www.bireyselemekliliksistemi.gen.tr/ab8217de-cinsiyetsiz-sigorta-donemi-> (erişim tarihi 14.04.2013).



yapmaları” nedeniyle daha az prim ödediklerini ifade edilmektedir<sup>33</sup>. Dolayısıyla Türkiye’de trafik ve kasko sigortalarında cinsiyet faktörüne dair standart bir uygulama olmadığını, ancak özellikle kasko sigortalarında primlerin kadınların aleyhine işlediğini söylemek mümkündür. Çalışmamızın bu bölümünde öncelikli olarak “cinsiyete dayalı ayrımcılık” ve “ayrımcılık yasağı” kavramları ele alınacaktır. Zira sigorta prim ödemelerinde cinsiyetin aktüeryal bir faktör olarak ele alınması hususunun ABAD’ın 01.03.2011 tarih ve C-236/9 sayılı kararı ışığında incelenebilmesi için söz konusu kavramların içeriğinin teorik bir çerçevede ortaya konması ve genel bir kavramsal izahat yapılması gerekmektedir. Sonrasında ise Divan’ın kararı tüm yönleri ile ele alınarak genel bir değerlendirme yapılacaktır.

## A. CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK VE AYRIMCILIK YASAĞI

### 1. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Kavramı

Ayırım sözcüğü, “*bir kimse veya nesnenin bir başkasıyla karıştırılmamasını sağlayan ayrılık, benzer şeyleri birbirinden ayıran özellik, başkalık, fark*” anlamına gelmektedir<sup>34</sup>. Ayırım yapmak öncelikle, ayırmak, iki şey arasında bölüşüm yapmak eylemini ifade eder<sup>35</sup>. Hukuk dilinde ayırım yapmak ise, bir kişinin herhangi bir niteliğine dayanılarak keyfi ya da haksız bir davranışta bulunulması ve bu suretle mağdur edilmesi anlamını taşır<sup>36</sup>. Ayrımcılık dar anlamda, eşit olanlara “*eşit*” davranılması gerektiği halde, haklı bir sebebe dayanmaksızın “*farklı*” davranıldığı durumları kapsamaktadır<sup>37</sup>. Ayrımcılık kavramı geniş anlamda ise, haklı bir neden olmaksızın eşit olanlara “*eşit*” davranılması

<sup>33</sup> <http://www.ekonomigundemi.com/haber/AB-pozitif-ayrimciliga-son-veriyor/4970> (erişim tarihi 14.04.2013).

<sup>34</sup> Ayırım kelimesinin sözlük anlamı için bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&kelime=AYRIM](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=AYRIM), erişim tarihi 26.11.2011.

<sup>35</sup> ISRAEL, R. Ben and FOUBERT, Petra, Equality and Prohibition of Discrimination in Employment, in Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, der. Roger Blanpain, **Kluwer Law International**, 2004, s. 328.

<sup>36</sup> ISRAEL, R. Ben and FOUBERT, Petra, Ibid, s. 328.

<sup>37</sup> ISRAEL, R. Ben and FOUBERT, Petra, Ibid, s. 329.

gerektiği halde “*farklı*”, farklı olanlara ise “*farklı*” davranılması gerektiği halde “*eşit*” davranıldığında ortaya çıkmaktadır<sup>38</sup>. Tarihsel süreç içerisinde hemen her toplumda var olan, günümüzde de var olmaya devam eden bir olgu olan ayrımcılığı konu olarak çeşitlendirmek mümkündür. Bunlar daha ziyade o toplumdaki kültürel, ekonomik, sosyal ve coğrafi değişkenlerden ortaya çıkan ve toplumun genel değer yargılarıyla paralellik gösteren sebeplerdir. Yaratılıştan gelen birtakım özellikler ve sonradan elde edilen bazı nitelikler söz konusu olduğunda belirtilen bu değişkenler ve kişisel değer yargıları ayrımcılığı ortaya çıkarmaktadır<sup>39</sup>. Bunların en başında ise, sosyal dışlanmanın en önemli kişisel gerekçesi olarak tüm toplumlarda karşılaşılan cinsiyete dayalı ayrımcılık gelmektedir.

Yaratılış ve biyolojik farklılıkların zaman içinde toplumsal farklılığa dönüşmesinden ve kadın-erkek için ayrı roller biçilmesinden kaynaklanan cinsiyete dayalı ayrımcılık, Birleşmiş Milletler’in Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmesi’nin (CEDAW) 1. maddesinde “*siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama*” olarak tanımlanmıştır. Buna göre cinsiyete dayalı ayrımcılık, farklı cinslerin hukuk düzeninin mutlak ayırım yasakları arasında gördüğü “cinsiyet kriteri” esas alınarak keyfi olarak objektif haklı temellere dayanmaksızın mağdur edilmesidir. Cinsiyete dayalı ayrımcılık doğrudan ya da dolaylı olarak yapılabilir. Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, bir kişiye salt cinsiyetine veya cinsiyetine özgü bir niteliğine ( analık, hamilelik gibi) dayanılarak eşit konumdaki diğer cinsiyet grubuna mensup bir kişiye göre keyfi olarak eşit davranmamak veya mağdur etmek anlamına gelir. Bir kadına cinsiyetine dayalı olarak bir erkeğe davranıldığından daha

---

<sup>38</sup> ISRAEL, R. Ben and FOUBERT, Petra, Ibid, s. 329.

<sup>39</sup> GÖÇMENER, Sinem, op. cit., s. 12.

olumsuz ya da daha az olumlu davranılması veya eşitlikçi gözükten davranış veya uygulamaların kadın üzerinde ayrımcı etki yaratması durumunda cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın varlığından söz edilebilir<sup>40</sup>. Bir kişinin sadece cinsiyet farklılığından dolayı olumsuz şartlara ve muameleye maruz kalması durumunda ise doğrudan ayrımcılıktan söz edilmektedir<sup>41</sup>. AB Hukuku'nda genellikle kanun koyucu tarafından yasaklanan sebeplere dayanılarak yapılan doğrudan ayrımcılığın yine kanunda açıkça belirtilen istisnai birtakım haller dışında haklı nedenle gerekçelendirilemeyeceği görüşü kabul edilmektedir<sup>42</sup>. ABAD da çeşitli kararlarında bu görüşü teyit etmekte<sup>43</sup> ve bu istisnaların kapsamını oldukça dar yorumlamaktadır<sup>44</sup>.

## 2. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığın Sosyo-Ekonomik Temelleri

Egzistansiyaliz (varoluşçuluk) ve feminist kuramcılarının önde gelen isimlerinden biri olan Fransız yazar *Simone de Beauvoir*'e göre cinsiyete dayalı ayrımcılığın temelinde yatan faktör kadının yaratılışındaki farklılıktır. Kadının yaratılışına ilişkin farklılıkları<sup>45</sup> felsefi açıdan değerlendirdiği ve modern feminizmin temellerini kurduğu “İkinci Cins” (Le Deuxième Sexe) adlı eserinde yazar, cinsiyet ayrımcılığının temelinde yatan sorunun, sadece erkeğin insan olarak kabul edilmesi ve kadının

<sup>40</sup> ONARAN YÜKSEL, Melek, op.cit., s. 95.

<sup>41</sup> GÖCMENER, Sinem, op. cit., s. 61.

<sup>42</sup> BARNARD, Catherine, op.cit., s. 239.

<sup>43</sup> Case 262/88 Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group, 1990, ECR I-1889, para.32; Case C-177/88, Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, 1990, ECR I-3941, para. 12.

<sup>44</sup> HERVEY, Tamara K., Thirty Years of EU Sex Equality Law: Looking Backwards, Looking Forwards, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol.12, No.4, 2005, s. 315.

<sup>45</sup> Kadının yaratılışı ve erkek cinsinden ayrılan yanları hakkındaki açıklamalara çoğunlukla, kutsal kitap ve dini eserlerde rastlanmaktadır. Mesela, Savcı'nın naklettiğine göre; “İslamiyet dışında din kitaplarına göre; Havva, Adem'in böğründen yaratılmıştır. Onun için kadın ikinci yaratık olmak zorundadır”, bkz. SAVCI, Kemal, **Cumhuriyetin 50. Yılında Türk Kadını**, Ankara, 1973, s. 23.

erkek varlığına özgü prensiplerle mukayese edilmesinden ötürü özerk bir yaratık olarak kabul edilmemesinden<sup>46</sup> kaynaklandığını ileri sürmektedir.

*Yeşilorman*'a göre kadının toplumdaki konumuna tesir eden faktörlerden bir diğeri de üretim tarzı ve kadının bu faaliyetlere katılım düzeyidir. Yerleşik hayata geçildikten sonra kadının ekonomik faaliyetlerde etkin rol alması, toplumsal pozisyonuna olumlu etkilerde bulunmuş; ancak sonraki dönemlerde – feodal ve endüstriyel - durum aleyhte gerçekleşmiştir. Mesela, endüstrileşme sürecinde kadın, mesken dışındaki herhangi bir işte çalışarak aile ekonomisinden ziyade sermaye sahiplerinin birikimine katkıda bulunmuştur. Sermaye sahiplerinin ucuz işgücü arayışı, kadını çalışma hayatına dâhil etmiştir<sup>47</sup>.

*Tekeli*, toplumsal yapıya bağlı eşitsizliklerden kadının konumunu etkileyen öğelerden birinin de sosyal sınıfların mevcudiyeti olduğunu ileri sürmektedir. Çeşitli uygulamalara maruz kalan “kadınların konumu her somut toplumda, o toplumun sınıflarına ve sınıf çatışmalarına bağlı olarak farklılaşacaktır. Sınıfsız toplumlarda, kabile topluluklarında, kadınları bir bütün olarak erkeklerden ayıran ve hepsini ortak olarak bağlayan durum, sınıflı toplumlarda değişir, her sınıf içerisinde kadının bağımlılığı değişik biçimlere bürünür. Her somut toplumda karşılaştığımız sınıfsal bölünmeler de karmaşıktır. Dolayısıyla, kadınların ezilme ve bağımlılık durumlarının çok çeşitli olacağı, tek bir bağımlılık biçiminden söz edilemeyeceği açıktır”<sup>48</sup>.

### 3. Eşit Davranma İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Evrinsel hukuk tarihin en eski ve en esaslı ilkelerinden biri olan “eşit davranma ilkesi” gerek AB hukukunda gerekse diğer uluslararası

<sup>46</sup> Örneğin, kendisinden sonra gelen bütün “toplum mühendislerini” etkileyecek bir kavram olan ütopya sözcüğünün isim babası olan İngiliz yazar ve hukukçu Sir Thomas More kadını “tanımlanmamış, tesadüf eseri bir yaratık” olarak tasvir etmektedir, bkz. SAVCI, Kemal, op. cit., s. 23. Yine sosyolojinin kurucusu olarak kabul edilen Fransız düşünür Auguste Comte “kadın, çocukluk devresinden kurtulamamış bir yaratıktır” diyerek, temellerini attığı pozitivist düşünceye uymayan bir fikir beyanında bulunmuştur, bkz. AKTAŞ, Melahat, **İslam Toplumunda ve Çağımızda Kadın**, Ankara, 1984, s. 47.

<sup>47</sup> YEŞİLORMAN, Mehtap, **Toplumsal Eşitlikte Kör Nokta: Kadın Eşitsizliğine Genel Bir Bakış**, **Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 11, S. 2, Elazığ, 2001, s. 272.

<sup>48</sup> TEKELİ, Şirin, **Kadınlar ve Siyasal Toplumsal Hayat**, İstanbul, 1982, s. 33.

belgelerde ve modern anayasaların hemen hemen tümünde yer almakla beraber tanımı konusunda fikir birliği sağlanabilmiş değildir. Bu durum şaşırtıcı değerdir zira eşit davranma ilkesi, niteliği gereği doğrudan uygulanabilir bir ilke olmayıp bir diğer temel sorunun cevaplandırılmasını gerektirmektedir<sup>49</sup>: Kimler arasında eşitlik?

Eşitlik ilkesinin adalet fikrinden bağımsız olarak düşünölemeyeceğini savunan antik çağ düşünürlerinden Aristoteles bu soruyu “eşit olanlara eşit; farklı olanlara ise farklı oldukları ölçüde farklı davranılması” biçiminde yanıtlamıştır. Aristoteles'in bu yanıtı, “şekli eşitlik anlayışı” (formal equality) olarak adlandırılmakta<sup>50</sup> ve kanun önünde eşitlik biçiminde hukuki metinlere yansımaktadır<sup>51</sup>. Kanun önünde eşitlik, herkesin kanuna eşit biçimde tabi olmasını ve kanunların herkese eşit olarak uygulanmasını ifade etmektedir. Bu bağlamda kişiler birer hukuk nesnesi olarak değil; hak sahibi olmaya ve yükümlölük üstlenmeye ehil birer hukuk öznesi olarak eşit şekilde değerlendirilmelidirler<sup>52</sup>. Kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince, devlet organları ve idare makamları, herkese aralarında din, dil, renk, ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç din, mezhep ve benzeri ayrımları gözetmeksizin aynı işlemleri uygulamakla yükümlüdür. Kişilerin eşitlik hakkına saygı gösterilmesi bu anlamda devlet organları ve idare makamları bakımından bir görev olarak kabul edilmektedir. Bu ilke hukuk devleti ilkesinin temel bir gereğidir<sup>53</sup>.

Şekli eşitlik anlayışının kimlerin eşit olduğu ya da kişilerin hangi durumlarda eşit olduğu sorusuna tatmin edici bir yanıtlar veremediğini,

<sup>49</sup> BARNARD, Catherine, Gender Equality in the EU: A Balance Sheet, **In P. Alston (Ed.), The EU and Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, 1999, s. 223.

<sup>50</sup> Bkz. TOBLER, Christa, **Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law**, Intersentia Publishers, Belgium, Antwerpen, E.M. Meijers Instituut, 2005, s. 25.

<sup>51</sup> 1982 tarihli Anayasa'mızın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi kurala bağlanmıştır. Bu anayasal kurala göre “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” 70. maddeye göre “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.” Aynı maddenin ikinci paragrafına göre ise “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez”.

<sup>52</sup> ÖDEN, Merih, **Türk Anaya Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara 2003, s. 137.

<sup>53</sup> AKIN, İlhan F., **Kamu Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 316.

bireysel değerlerin oluşumunda bireyin ait olduğu grubun etki ve önemini göz ardı ederek farklılığın değeri yadsıdığı ve daha üst seviyede hak sahibi olan gruplardan hakların geri alınması suretiyle sağlanacak bir eşitlik uygulamasına da cevaz verdiğini savunanlar ise<sup>54</sup>, devletin kişileri çoğunlukla meşru kabul edilen bazı gerekçelerle gruplandırabileceğini öne sürmektedir. Zira kanun koyucu tarafından herkese eşit haklar tanınmışsa da, kişiler arasında tam bir eşitlik bulunmadığından, içerisinde buldukları sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel durumlar, kişisel özellikleri, tercihleri gibi onları birbirlerinden ayırıştıran birtakım nedenlerle eşitliği bozan sonuçlarla karşılaşabilmektedirler. Bu görüşü savunan yazarlara göre kişiler arasında ayırım yapılmasını gerektiren esaslı sebepler olması durumunda; onlara farklı davranılması eşitliği zedelemeyiz, aksine eşitliğe ulaşılmasını sağlar<sup>55</sup>. Bu durumda şekli eşitlik ilkesini destekleyecek başka bir ilkeye ihtiyaç vardır<sup>56</sup>. Maddi eşitlik olarak adlandırılan bu ilke, benzer durum içerisinde bulunan kişilerin aynı işleme tabi olması ve bundan da öte, farklı durum içerisinde bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda kişiler arasında fiili olarak ortaya çıkan eşitsizliklerin dengelenmesi ya da ortadan kaldırılması amacıyla haklı birtakım ayrımlar yapılması ve farklı gruplara farklı işlemlerin uygulanması maddi eşitlik ilkesinin gereğidir<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> FREDMAN, Sandra. "Equality: A New Generation?", **Industrial Law Journal**, 2001, s. 154.

<sup>55</sup> TOBLER, Christa, op. cit., s. 25; ÖDEN, Merih, op. cit., s. 26

<sup>56</sup> KAYA, Gözde, **Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Bakanlığı Yayınları, İzmir, 2010, s. 10.

<sup>57</sup> Anayasa Mahkemesi'nde yerleşik içtihadında eşitlik ilkesini "maddi eşitlik ilkesi" temelinde değerlendirilmiştir. Örneğin 18.12.2008 gün ve E.2005/33 ve K.2008/182 sayılı kararında *Yüksek Mahkeme*: "Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez" ifadelerine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin

Eşit davranma ilkesinin başlıca uygulanma alanlarından birini oluşturan kadın-erkek eşitliği kadınların ve erkeklerin hukukun her alanında eşit haklara ve fırsatlara sahip olarak bundan yararlanması anlamına gelmektedir<sup>58</sup>. Kadın-erkek eşitliği ilkesinin içinin doldurulması ve hayata geçirilmesinde ayrımcılık yasağı yardımcı olmuş ve eşitlik ilkesi Topluluk Hukukunda ayrımcılık yasağı biçiminde normatif yapıya dâhil edilmiştir<sup>59</sup>. Kişi ya da grupların talep ettikleri eşit muameleyi engelleyen ya da aksatan her türlü uygulamanın kaldırılarak toplumun tüm bireyleri için eşitliğin gözetilmesi olarak tanımlanabilecek ayrımcılık yasağı, esas amacı ekonomik bir bütünleşme yaratmak olan AB'de, öncelikli olarak ekonomik temelde ortaya çıkmış ve ekonomik bütünleşme amacına bağlı olarak kadına özellikle işgücü piyasasında erkek ile eşit haklar sağlama düşüncesi çerçevesinde sınırlı bir gelişim göstermiştir<sup>60</sup>. Zaman içerisinde bu kavramın sosyal boyutu önem kazanmaya başlamış ve kadın ve erkeğin sadece hukuksal düzenlemelerde değil; fiili olarak da eşit olması gerektiği düşüncesinden hareketle, olumlu ayrımcılığa ilişkin önlemler alınmaya başlanmıştır<sup>61</sup>. Günümüzde ayrımcılık yasağına ve olumlu ayrımcılığa ilişkin ilkeler, Topluluk dâhilinde rekabetin bozulmasını engelleyen birer araç olarak işlev görmekte ve Direktif düzeyinde korunmaktadır<sup>62</sup>. Sağlanan korumanın düzeyi bakımından bir yeknesaklık söz konusu olup etkin bir yargı yoluna başvurma ve

---

eşitlik ilkesine ilişkin benzer kararları için bkz. 13.04.1976 gün ve E.1976/3 ve K. 1976/3 sayılı Kararı; 27.09.1989 gün ve E. 1988/7 ve K. 1988/27 sayılı Kararı; 01.07.1998 gün ve E.1996/74 ve K. 1998/45 sayılı Kararı; 11.05.1999 gün ve E. 1997/65 ve K. 1999/15 sayılı Kararı; 13.11.2008 gün ve E.2005/60 ve K.2008/162 sayılı Kararı; 20.03.2008 gün ve E.2006/44 ve K. 2008/81 sayılı Kararı; 18.09.2008 gün ve E.2003/103 ve K.2008/139 sayılı Kararı; 25.06.2009 gün ve E.2006/94 ve K. 2009/92 sayılı Kararı.

<sup>58</sup> ONARAN YÜKSEL, Melek, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 28.

<sup>59</sup> Avrupa Ekonomik Topluluğu döneminde Ortak Pazar'ın sağlanması hedefine yönelik olarak, üye ülkelerdeki işletmelerin birbirleriyle adil bir şekilde rekabet etmelerinin sağlanması, ayrımcılık yasağının uygulanmasıyla mümkün olmuştur, bkz. BARNARD, Catherine, op.cit., s. 223.

<sup>60</sup> BARNARD, Catherine, op.cit., s. 97.

<sup>61</sup> KAYA, Gözde, op. cit., s. 97.

<sup>62</sup> TOBLER, Christa, op. cit., s. 36.

ayrımcılığa uğradığını iddia eden taraf lehine yumuşatılmış ispat usulleri, tüm düzenlemelerde ortak hükümlere bağlanmıştır<sup>63</sup>.

## **B. AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANI'NIN 01.03.2011 TARİH VE C-236/9 SAYILI KARARI**

### **1. Temel Yargı Sürecini İlgilendiren Olay ve Yargısal Aşamalar**

Avrupa Birliği'nin (AB) üzerine inşa edildiği ortak değerlerden olan kadın-erkek eşitliği<sup>64</sup>, yıllar boyunca Birlik gündeminde de yer teşkil eden önemli politika alanlarından biri olmuştur. Bu nedenledir ki, AB'nin işleyişini düzenleme ve Birliğin yetkili olduğu alanları, yetkilerinin sınırlarını ve yetkilerinin kullanılmasına ilişkin kuralları belirlemeyi hedefleyen Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma'nın 19. maddesi, Avrupa Konseyi'ne "Antlaşmalar'ın diğer hükümlerine hâle gelmeksizin ve Birliğe, Antlaşmalar'da verilen yetkilerin sınırları dâhilinde Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra, özel yasama usulü uyarınca hareket ederek, cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alma" yetkisi vermektedir. AB bu bağlamda, günümüze kadar olan süreç içinde sosyal politika ve istihdam alanında kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olarak bir mevzuat çerçevesi oluşturmuş ve bu kapsamda iş, eğitim, terfi ve çalışma şartları açısından eşit muamelenin sağlanmasını öngören pek

---

<sup>63</sup> AYDINÖZ, Gonca, Avrupa Birliği Direktifleri İle ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Birleşik Metal-İş Sendikası Yayınları, S. 3, İstanbul, 2009, s. 172.

<sup>64</sup> Eşitlik ilkesinin cinsiyete dayalı olarak açıklanmasında bazı kaynaklarda "farklı cinslerin eşitliği ilkesi" ya da "farklı cinslerin eşit haklara sahip olması" ifadeleri kullanılmaktadır. Bkz. Gören Z., Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, İzmir 1998; Kantarcıoğlu F., Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, 17/18 Mayıs 1998, İzmir, s.53. Bu çalışmamıza "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 01.03.2011 Tarih ve C-236/9 Sayılı Kararı ışığında Sigorta Primi Ödemelerinde Kadın-Erkek Eşitliği İlkesi" başlığını verirken amacımız, hukuki anlamda eşit haklara sahip olduğunu açıklamaya çalıştığımız konumuzun süjelerini kadın ve erkek olarak açıkça belirtmek ve dilimizdeki bu genel ve özgün kullanımını korumaktır.



çok Direktifi<sup>65</sup> uygulamaya koymuştur<sup>66</sup>. Ancak, her iki cinse eşit davranma' ve 'fırsat eşitliği' ilkeleri doğrultusunda kadının çalışma koşullarının iyileştirilmesi hedefleyen bu Direktifler mesleki yaşamda kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına önemli katkılarda bulunmuşlarsa da, meslek yaşamı dışında kalan alanlarda ve özellikle mal ve hizmetlere erişimde cinsiyete dayalı ayrımcı nitelikteki düzenleme ve uygulamaların artmasıyla birlikte AB işgücü piyasası dışında kadın erkek eşitliğine ilişkin bir hukuksal düzenleme yapma ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi ve kadın-erkek arasındaki sosyal farklılıkların giderilmesi için çalışmalar yapan Birlik cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesinin iş yeri dışında da gerekli olduğu gerçeğinden hareketle, 13 Aralık 2004 tarihinde, kadın erkek eşitliğine ilişkin olarak istihdam ve meslek alanı dışında yapılan ilk ikincil hukuk düzenlemesi niteliğini taşıyan 2004/113/EC Sayılı 'Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadınlar ve Erkeklerle Eşit Muamele Edilmesi Prensibinin Uygulanmasına İlişkin Direktifi' yayınlamıştır<sup>67</sup>. Kadın - erkek eşitliğinin AB'nin temel prensibi olduğu ve bu nedenle cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın önlenerek, kadın erkek eşitliğinin her alanda sağlanması gereğinin sıklıkla vurgulandığı bu Direktif'in amacı üye devletlerde kadın ve erkeklerle eşit

<sup>65</sup> Direktifler, Avrupa Birliği'nin amaçlarından herhangi birine ulaşmak için üye devletlerin yerine getirmeleri gereken hukuki yükümlülüklerini ortaya koyan hukuki metinlerdir.

<sup>66</sup> 2000 yılında gerçekleştirilen ilk kapsamlı politika çerçevesinin kabul edilmesinin ardından 2006 yılında, 2006–2010 dönemi için 6 öncelik alanı ve bu alanlarda anahtar eylemler belirleyen, Topluluk politikalarında kadın-erkek eşitliğini desteklemek için gerekli olan araçları tanımlayan bir doküman olan "Kadın Erkek Eşitliği İçin Yol Haritası" (Roadmap for equality between women and men) kabul edilmiştir. Yol haritası, kadın ve erkekler için eşit ekonomik özgürlük, özel ve mesleki hayatın uzlaştırılması, karar alma süreçlerinde eşit temsil edilme, cinsiyet temelli her türlü şiddetin sonlandırılması, cinsiyet kalıplarının ortadan kaldırılması ve cinsiyet eşitliğinin AB dışında teşviki öncelik alanlarında anahtar eylemleri tanımlamış ve eşitlik politikalarının yönetimini iyileştirmeye yönelik çözüm önerilerini ortaya koymuştur.

<sup>67</sup> Council Directive 2004/113 of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 17, 19.01.2001; Direktifin tam metni için bkz. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Genel Müdürlüğü, <http://www.ksqm.gov.tr/uaiab.html>, (erişim tarihi 03.012.2012).

muamele ilkesinin etkili kılınması yaklaşımı ile mal<sup>68</sup> ve hizmetlere<sup>69</sup> ulaşımda cinsiyet temelli ayrımcılıkla mücadele etmek için genel bir çerçeve çizmektedir<sup>70</sup>. Bu amaca uygun olarak direktif tasarısında ayırım gözetilmeksizin ‘tüm sigorta sözleşmeleri ve bununla bağlantılı mali hizmetlerde prim ve faydaların hesaplanmasında cinsiyetin bir faktör olarak kullanılmasının kişilerin prim ve sağladıkları faydalarda bir farka yol açmaması’ kuralı benimsenmiş<sup>71</sup>, ancak yoğun eleştiriler<sup>72</sup> karşısında geri adım atılarak, sert bir şekilde yürütülen tartışmada bir konsensüs sağlamak amacıyla Direktif’in 5. maddesinin 2. fıkrasına yeni bir hüküm eklenmiştir. Buna göre üye devletler, 21 Aralık 2007 tarihinden önce, ilgili ve tam olarak doğru istatistiksel verilere dayanılarak cinsiyetin riskin hesaplanmasında belirleyici faktör olduğu hallerde kişilerin prim ve faydaları arasında orantılı farklılıklara izin verebilirler. Bununla birlikte bu istisnaya ancak prim ve yardımlarda kadın erkek eşitliği ilkesini ulusal hukukunda henüz uygulamaya koymamış üye devletler başvurabilirler.

<sup>68</sup> Direktif’te yer alan ‘mal’ kavramının tanımı, ABAD tarafından *Commission of the European Communities v Italian Republic* kararında yapılmıştır (Case 7/68, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, [1968] ECR 423). Bu tanıma göre, mal, parasal bir değeri olan ve ticari işlemlere konu olabilecek ürünleri ifade eder.

<sup>69</sup> Hizmet kavramı, ATA’nın 50. maddesinde yer alan kural olarak bir ücret karşılığında yapılan ve malların, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımına ilişkin hükümler kapsamında yer almayan hizmetleri ifade etmektedir. İlgili madde uyarınca bu hizmetler, sımai ya da ticari bir niteliğe sahip faaliyetlerle, el işçiliği ve el sanatlarına ilişkin faaliyetleri ya da serbest meslek sahiplerinin faaliyetlerini kapsamaktadır, bkz. DÖNMEZ, Celalettin, Avrupa Birliği’nde Hizmetlerin Serbest Dolaşımı, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/hizmccl.pdf>, erişim tarihi (10.11.2012), s. 5.

<sup>70</sup> GÖÇMENER, Sinem, op.cit., s. 82.

<sup>71</sup> THÜSING, Gregor/HOFF, Konrad v., Private Versicherungen und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, *Zeitschrift für Versicherungsrecht (VersR)*, Verlag C.H. Beck, München, 2007, s. 4; BECKMANN, Roland Michael, *Einleitung in ‘VVG Versicherungsvertragsgesetz’*, in Bruck/Möller VVG, Band. 1, 9. Aufl., Einf. A, Rn. 176.

<sup>72</sup> Eleştiriler için bkz. RIESENHUBER, Karl/JFRANK, Jens Uwe, Das Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, *Juristen Zeitung (JZ)*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2004, s. 529; SODAN, Helge, Unisex-Tarife: Gleichbehandlung von Männern und Frauen im privatrechtlichen Versicherungswesen, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (ZVersWiss)*, Springer Verlag GmbH, Berlin/New York, 2004, s. 539; PRÄVE, Peter, Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, *Zeitschrift für Versicherungsrecht (VersR)*, Verlag C.H. Beck, München, 2004, s. 39.

İlgili üye devletler bu konuda Komisyon'u bilgilendirecekler ve cinsiyetin belirleyici bir faktör olarak kullanılması ile ilgili tam ve eksiksiz verilerin toplanmasını, yayımlanmasını ve düzenli olarak güncelleştirilmesini sağlayacaklardır. Aynı fıkrada üye devletlerin, kararlarını 21 Aralık 2007 tarihinden itibaren beş yıl sonra gözden geçirmeleri gerektiği hükme bağlanmıştır (md. 5/2).

Tasarı aşamasında AB bünyesinde hararetili tartışmalara konu olan 2004/113/EC sayılı Direktif'i en geç 21 Aralık 2007 tarihine kadar iç hukuk düzenlemesi haline getirmek zorunda olan<sup>73</sup> Belçika Krallığı, 20 Mayıs 2007 tarihinde yürürlüğe koyduğu bir kanunla, Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen istisnai hükümden faydalanarak - Direktif'te öngörülen sınırlar içinde kalmak kaydıyla - hayat sigortalarında riskin hesaplanmasında cinsiyetin belirleyici faktör olarak ele alınabilmesinin yolunu açmıştır ( 20 Mayıs 2007 tarihli Kanun'un 10. maddesinin 1. fıkrası)<sup>74</sup>. Belçika Tüketiciler Birliği Test-Achats ASBL, 2004/113/EC sayılı Direktif'e ilişkin yasanın, gerek Belçika Anayasası ve gerekse İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı gibi uluslararası sözleşmelerde yer bulan cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ve kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırılığı iddiasıyla iptali için Belçika Krallığı Anayasa Mahkemesi'ne (Cour Constitutionnelle) başvurmuştur. Belçika Krallığı Anayasa Mahkemesi (Cour Constitutionnelle) iptali istenen yasanın 2004/113/EC sayılı Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasında üye devletlere bırakılan takdir hakkı kapsamında olduğu tespitini yaptıktan sonra, 2004/113/EC

<sup>73</sup> Direktiflerin kabul edilmesinin ardından belli bir süre içinde üye devletlerce iç hukuklarında uygulamaya geçirilmesi noktasında gerekli düzenlemelerin yapılması yükümlülüğu söz konusudur. Bu süreç aktarma süreci olarak da adlandırılmaktadır ve direktiflerin, belirlenen sürenin sona ermesinden önce ulusal yargı organları önünde ileri sürülmesi mümkün değildir. Üye devletler direktifleri iç hukuka öngörülen süre içinde tam ve doğru bir şekilde aktarmadıkları takdirde, bireyler iç hukukta yargı organları önünde direktif hükümlerine dayanabilmektedir.

<sup>74</sup> Yasanın almanca tam metni için bkz. [http://www.scta.be/ZDDUE/de/titreoff\\_detail.asp?id=8563&lang=de&ext=1](http://www.scta.be/ZDDUE/de/titreoff_detail.asp?id=8563&lang=de&ext=1) (erişim tarihi 03.07.2012).

sayılı Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen düzenleme ile birçok uluslararası sözleşmede yer bulmuş ayrımcılık yasağı ve kadın-erkek eşitliği ilkesi arasındaki uyumsuzluğu görmüş ve Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 267. maddesinde düzenlenen ön-karar prosedürünü<sup>75</sup> kullanarak, görüş almak üzere davayı Avrupa Birliği Adalet Divanı'na (ABAD) götürmüştür. Ön-karar prosedürü ile önüne gelen davada ABAD'a; 2004/113/EC sayılı Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen düzenlemenin, Avrupa Birliği Hakkında 7.2.1992 tarihli Maastricht Antlaşması'na ek Sosyal Şart'ın 6. maddesindeki "*Birlik, üye devletlerde kadın erkek eşitliği konusunda alınan önlemleri destekler ve üye devletlerin eşitlik sağlanana kadar kadınlar lehine çeşitli imtiyazlı düzenlemeler (affirmative action) kabul etmesine de bir engel yoktur*" hükmü ile uyumlu olup olmadığı, bu soruya olumsuz yanıt verilmesi durumunda ise, yine aynı düzenlemenin uygulanmasının hayat sigortaları ile sınırlandırılması durumunda bunun Avrupa Birliği Hakkında 7.2.1992 tarihli Maastricht Antlaşması'na ek Sosyal Şart'ın 6. maddesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği sorulmuştur.

## 2. ABAD Hukuk Sözcüsü Julianne Kokott'un Görüşleri

ABAD hukuk sözcüsü *Julianne Kokott* davaya ilişkin görüşlerini belirttiği 30 Eylül 2010 tarihli raporunda<sup>76</sup> öncelikli olarak 2004/113/EC sayılı Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin Direktif tasarısında yer almadığına, tasarı üzerinde sert bir şekilde yürütülen tartışmalarda bir uzlaşma sağlamak amacıyla sonradan Direktif'e

<sup>75</sup> Ön-karar prosedürü, Topluluk Hukuku'nun, bütün üye devletlerde aynı şekilde uygulanması için, Topluluk mevzuatında yorum birliğini sağlamayı; Topluluk normlarının, üye devletlerde geçerliliğinin denetlenmesi olanağını Divan aracılığıyla sağlamayı ve Topluluk Hukuku'nun gelişmesini sağlamayı amaçlar. Ulusal mahkemelerde, derdest davalar sırasında başvuru ön-karar prosedürü, ara bir prosedür niteliğine sahip olmasından dolayı, Divan nezdinde doğrudan açılan davalardan farklı olarak, hukuki uyumsuzluğu doğrudan sonuçlandırma fonksiyonuna sahip değildir, ayrıntılı bilgi için bkz. ARSAVA, Ayşe Füsün, **Roma Anlaşmasında Ön karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Basın-Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara 1989, s. 1-10.

<sup>76</sup> Raporun Almanca tam metni için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82589&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1#Footnote15>, erişim tarihi 22.04.2013.

eklendiğine dikkat çekmekte, eşitlik kavramının başlıca uygulanma alanlarında birini oluşturan kadın-erkek eşitliği yahut cinsiyetler arası eşitlik, bir başka deyişle ayrımcılık yasağına ilişkin ilkenin, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kurulu AB'nin sosyal politikalarının temel ve en gelişmiş sütunlarından birini oluşturmakta olduğuna vurgu yapmaktadır. Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 19. Maddesi ile Avrupa Birliği Konseyi'ne Antlaşmalar'ın diğer hükümlerine hâle gelmeksizin ve Birliğe Antlaşmalar'da verilen yetkilerin sınırları dâhilinde, Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra, özel yasama usulü uyarınca hareket ederek, oybirliğiyle, cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alabilme yetkisini verildiğinin altını çizen *Kokott* böylelikle Konsey'e ayrımcılıkla mücadeleye amacıyla yapacağı düzenlemelerin amaca uygunluğu, kapsamı ve içeriği hususlarında belirli bir takdir alanı bırakıldığını ifade etmektedir. Hukuk sözcüsüne göre Konsey, bu takdir yetkisini – keyfiliğe kaçmamak şartıyla - kullanarak sigorta sözleşmelerini 2004/113/EC sayılı Direktif'in kapsamı dışında bırakabilecekken, Direktif'in 5. maddesi hükmü vasıtasıyla ve bilinçli bir tercih ile ayrımcılık yasağını sigorta hukuku alanına taşımıştır.

Kadın erkek eşitliği ve buna bağlı olarak cinsiyet ayrımcılığı ilkesini “temel haklar” ekseninde değerlendiren *Kokott'a* göre, kadın-erkek eşitliği ilkesi farklı cinsler arasında mutlak bir eşitlik sağlanması anlamına gelmemekte, cinsiyet ayrımcılığının haklı veya objektif nedenlere dayandığının katıyetle söylenebileceği durumlar söz konusu olabilmektedir<sup>77</sup>. ABAD hukuk sözcüsü, kadın ve erkek arasında yaratılıştan kaynaklanan biyolojik farklılıkları kabul etmekle birlikte, yaratılıştan kaynaklanan biyolojik farklılıklar dolayısıyla kadın ve erkek

<sup>77</sup> Hukuk Sözcüsü Raporu, Zeitschrift für Versicherungsrecht (VersR), Verlag C.H. Beck, München, 2010, s. 1576, Tz. 60.

arasında ayırım yapılmasına olanak veren düzenlemelere dar bir çerçevede ve ancak dikkatli ve özenli bir şekilde gerekçelendirildiği takdirde icazet verilmesi gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte, Birlik hukukunun temel yapıtaşlarından biri olan “eşitlik ilkesi” ve “cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının” eşit davranmanın objektif olarak mazur görülemeyeceği durumlarda, eşit durumdakilere eşit, farklı durumdakilere ise farklı davranılması olarak anlaşılması gerektiğini ifade eden *Kokott*, Direktif’in 5. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin bu anlamda cinsiyetin aktüeryal bir faktör olarak ele alınmasına olanak tanıyan bir düzenleme olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir. Burada incelenmesi gereken kadın ve erkeğin sigorta hizmetleri açısından içinde buldukları durumların hukuki açıdan aralarında ayırım yapılmasını gerektirecek derecede birbirlerinden ayrışıp ayrışmadıklarıdır.

Sigorta şirketlerinin sigorta sözleşmelerini yaparken, sözleşme ile sigorta ettirene sundukları hizmetlerin sigorta ettiren tarafından talep edilip edilmeyeceğini, talep edilecekse bile ne zaman ve hangi kapsamda talep edileceğini bilmelerinin mümkün olmadığı gerçeğinden hareketle, bu rizikoyu dengelemek amacıyla primlerin hesaplanmasında istatistiki verilere başvurmasının makul ve anlaşılır olduğunu ifade eden hukuk sözcüsü, riziko değerlendirmesinde – sigorta yapan her biri bireye ilişkin bireysel riziko değerlendirmesi yapmanın çok zor ve hatta neredeyse imkânsız olmasından dolayı – bireysel değil, gruplara ilişkin verilerin dikkate alınmasının da kural olarak caiz olduğu görüşündedir. Riziko değerlendirmesinde karşılaştırmaya dayanak teşkil edecek hangi grupların oluşturulacağı sorusunun cevabı ise ilgili hukuki düzenlemenin getirdiği şartlara göre verilecektir. Politik, ekonomik ve sosyal farklılıklar ile karmaşık değerlendirmeleri gerektiren söz konusu şartların saptanmasında Konseye kendisine verilen yetki çerçevesinde geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Konsey bu şartları saptarken sigorta hukukunun kendine has özelliklerini dikkate almalı ve Topluluk hukukunun yapı taşı niteliğinde olan “eşitlik ilkesi” ve “cinsiyete dayalı ayrımcılık” yasağının içini boşaltacak düzenlemelerden kaçınmalıdır. Örneğin sağlık sigortası alanında, cilt kanserine ilişkin riziko değerlendirmesinde ırksal veya etnik

farklılıkların aktüeryal bir faktör olarak ele alınarak, sigorta ettirenin ten rengine veya etnik kökenine göre bir ayırım yapılmasına ve primin buna göre hesaplanması düşünülemez. Hukuk sözcüsü *Kokott*'a göre, kişinin cinsiyeti de aynen ten rengi veyahut etnik kökeni gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı olan, kişinin üzerinde herhangi bir etkisinin olmadığı ve doğal olarak değişikliğe uğramayan bir özelliktir. Bu anlamda, Direktif'in 5. maddesinin 1. fıkrasında sigorta ve bununla bağlantılı mali hizmetlerde prim ve faydaların hesaplanmasında cinsiyetin bir faktör olarak kullanılmasının kişilerin prim ve sağladıkları faydalarda bir farka yol açmasının yasaklanması yerindedir. ABAD hukuk sözcüsü, Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin değerlendirmesinde ise ince bir nüansa dikkat çekmektedir. *Kokott*'a göre aynı maddenin "Hamilelik ve annelikle ilgili maliyetler, hiçbir şekilde bireylerin prim ve sağladıkları faydalarda farklılıklara yol açmayacaktır" hükmünü öngören 4. fıkrasında açık bir şekilde kadın ve erkek arasındaki biyolojik farklılıklar temel alınmışken, 2. fıkrada ise biyolojik farklılıklardan değil, farklı sigorta rizikolarının istatistikî olarak cinsiyete bağlanabileceği durumlar düzenlenmektedir.

Cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ve 2004/113/EC sayılı Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin genel değerlendirmelerde bulunan ABAD hukuk sözcüsü, Divan'a sunmuş olduğu raporun son bölümünde ise riziko değerlendirmesinde cinsiyetin aktüeryal bir faktör olarak ele alınıp alınmayacağı sorusuna cevap vermektedir. Hukuk sözcüsü *Julianne Kokott* tek başına veya büyük ölçüde cinsiyete ilişkin istatistiksel değerlerden hareketle, sigorta sözleşmelerinde sigortalanan bireyin cinsiyetinin risk faktörü olarak dikkate alınmasının haklı ve objektif bir neden olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir<sup>78</sup>. Zira *Kokott*'a göre "erkeklerin kaza yapma riskinin daha az olması", "daha fazla araba kullanmaları", "kadınların daha çok hastaneye gitmeleri" veya "erkeklerin kadınlara göre yaşam ömürlerinin 3-4 yıl daha kısa olması" gibi istatistikî verilerden yola çıkarak genellemeler yapmak, mesela her

---

<sup>78</sup> Ibid., Tz. 61.

kadının sırf kadın olduğundan dolayı erkeklere nazaran daha sık hastaneye gittiğini veyahut sırf kadın olduğu için daha uzun süre yaşadığını söylemek mümkün değildir<sup>79</sup>. Kişilerin tahmini yaşam sürelerinin hesaplanmasında cinsiyetin dışında, içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal durum, icra ettiği meslek, ailesel ve çevresel etkenler, beslenme alışkanlıkları, alkol, sigara ve uyuşturucu madde bağımlılığı, spor ve hobi faaliyetleri gibi faktörlerde rol oynamakta ve bireyin yaşam süresinin uzamasına veyahut kısalmasına neden olabilmektedir<sup>80</sup>. Bu durumda, sigorta prim ve yardımlarının hesaplanmasında cinsiyetin aktüeryal faktör olarak dikkate alınması, tahmini yaşam süresinin belirlenmesinde cinsiyetin baskın bir unsur olmaması nedeniyle, cinsiyete dayalı ayırım oluşturur.

### **3. Divan'ın Temel Yaklaşımları**

ABAD, hukuk sözcüsü Julianne Kokott'un görüşlerine uygun olarak, 21 Aralık 2012 tarihi itibarıyla kadın ve erkeklerin eşit sigorta primi ödemelerine, başka bir deyişle, sigorta şirketlerinin primleri hesaplarken müşterilerinin cinsiyetlerini hesaba katmamaları gerektiğine karar vermiştir. Ancak, Divan'ın oldukça kısa ve muğlak bir gerekçe ile yetinmiş olması bazı soruların cevapsız kalmasına yol açmıştır.

#### **a. AB Temel Haklar Şartı'nın İnceleme Ölçütü Olarak Ele Alınması**

Avrupa Birliği'nin birincil mevzuatı, ikincil mevzuatı, uluslararası anlaşmaları, idare hukukunun genel ilkeleri, üye devletler arasında yapılan sözleşmeler ve diğer AB hukuku kaynaklarının bütünü "Avrupa Birliği müktesebatı" olarak adlandırılır. AB hukukunu oluşturan kurucu antlaşmalar AB hukuk düzeninin temel kaynağını oluşturmakta, bu nedenle de "Birincil Mevzuat" olarak nitelendirilmektedir. Topluluğun kurucu antlaşmaları yalnızca üye devletlerin ulusal hukuklarının üstünde yer almakla kalmazlar, aynı zamanda Topluluk hukukundaki normlar hiyerarşisinin de en üstünde bulunurlar. Topluluk kurumların türev hukuku (ikincil hukuk) normları, hiçbir şekilde Topluluk antlaşmalarına

---

<sup>79</sup> Ibid., Tz. 62.

<sup>80</sup> Ibid., Tz. 67.



aykırı hükümler taşıyamazlar. Bu noktadan hareketle ABAD, kararında öncelikli olarak, 2004/113/EC sayılı Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen düzenlemenin, Topluluk birincil mevzuatında önemli bir yer edinmiş olan “kadın ve erkeğe eşit davranma ilkesi” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Bu bağlamda, Avrupa Birliği Antlaşmasının 6. maddesinin 2. fıkrasındaki “*Birlik, 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg'da uyarlandığı haliyle, Antlaşmalar'la aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanır*” hükmüne dikkat çeken Divan, aynı maddenin 3. fıkrasında ifadesini bulan “*Şart'ta yer alan haklar, özgürlükler ve ilkeler; Şart'ın yorumlanması ve uygulanmasının düzenlendiği VII. Başlığı altındaki genel hükümlere uygun olarak ve Şart'ta bu hükümlerin kaynaklarını ortaya koyan açıklamalar gerektiği şekilde göz önünde bulundurulur*” ilkesinden hareketle, 01.12.2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'yla<sup>81</sup> hukuki olarak bağlayıcı hale getirilmiş olan AB Temel Haklar Şartı'nın<sup>82</sup> ayırıcılık yasağını düzenleyen 21. maddesi<sup>83</sup> ile kadın-erkek eşitliğini öngören 23. maddesine<sup>84</sup> atıf yapmaktadır.

<sup>81</sup> 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanan ve 17 Aralık tarihli AB Resmi Gazetesi'nde yayımlandıktan sonra özellikle İngiltere, Çek Cumhuriyeti, İrlanda ve Polonya'nın Antlaşmaya ilişkin çekincelerinin, bu ülkelere özellikle Temel Haklar Şartı konusunda sağlanan çeşitli garantiler ve derogasyonlarla giderilmesiyle, 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile, parlamentoların ve vatandaşların katılımlarının artırılması ile daha demokratik ve şeffaf bir Avrupa oluşturulması; Birliğin çalışma yöntemleri ve oylama kurallarının kolaylaştırılması ile etkinliğinin artırılması; Avrupalı vatandaşlara daha fazla hak, özgürlük ve güvenlik sağlanması ve Avrupa Birliği'nin küresel arenada daha etkin bir aktör haline gelmesi hedeflenmiştir; Antlaşma'nın Almanca tam metni için bkz. <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/358380/publicationFile/3092/vertrag-von-lissabon.pdf> (erişim tarihi 18.04.2013).

<sup>82</sup> 7 Aralık 2000 tarihinde Nice zirvesinde Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon başkanları tarafından imzalanarak törenle ilan edilen Temel Haklar Şartı'nın amacı, AB kurumlarının insan haklarına saygı ~uymasını; sağlamak, temel hakları güvence altına almak suretiyle etkin bir şekilde korumaktır, AB Temel Haklar Şartı'na ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel METİN, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, AÜSBFD, C.: 57, S. 4, s. 35-63; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın İngilizce metni için [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf) (erişim tarihi 06.07.2012); Şart'ın Türkçe metni için: <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf> (erişim tarihi: 06.07.2012).

Kadın ve erkeğe eşit işlem ilkesinin Topluluk birincil mevzuatında işgal ettiği yer ve önemi göstermek isteyen ABAD, 01.03.2011 tarih ve C-236/9 sayılı kararında, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 157. maddesindeki "*Her üye devlet, kadın ve erkek işçilere, aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmasını sağlar*" hükmünü örnek göstererek, Birliğin, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 8. maddesindeki "*Birlik tüm faaliyetlerinde, erkekler ile kadınlar arasındaki eşitsizliği gidermek ve eşitliği desteklemek için çaba gösterir*" ve 10 maddesindeki "*Birlik, politikalarının ve tedbirlerinin belirlenmesinde ve uygulanmasında, cinsiyet, ırk veya etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele için çaba gösterir*" hükümleri uyarınca, tüm faaliyetlerinde kadınlar ile erkekler arasındaki eşitsizliği gidermek ve kadın-erkek eşitliğini teşvik etmekle yükümlü kılındığını ifade etmiştir.

Divan'a göre 2004/113 sayılı Direktif, Konsey'e, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 19. maddesiyle tanınan "*Antlaşmalar'ın diğer hükümlerine hanel gelmeksizin ve Birliğe Antlaşmalar'da verilen yetkilerin sınırları dahilinde, Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra, özel yasama usulü uyarınca hareket ederek, oybirliğiyle, cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alma*" yetkisine dayanılarak çıkarılmıştır. ABAD, söz konusu düzenleme ile Konsey'e cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya

---

<sup>83</sup> AB Temel Haklar Şartı'nın 21. maddesi:

1. Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır.
2. Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma ve Avrupa Birliği Antlaşmasının uygulanması kapsamı çerçevesinde ve söz konusu Antlaşmaların özel hükümleri saklı kalmak üzere milliyet nedeniyle her türlü ayrımcılık yasaktır.

<sup>84</sup> AB Temel Haklar Şartı'nın 23. maddesi:

Erkekler ve kadınlar arasında eşitlik, istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere bütün alanlarda sağlanmalıdır. Eşitlik ilkesi, yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsin lehine belirli avantajlar sağlanmasını öngören önlemlerin sürdürülmesini veya benimsenmesini engellemez.

cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla alacağı tedbirlerin amaca uygunluğu noktasında bir takdir alanı bırakıldığını kabul etmekle birlikte, 19. madde ile kendisine tanınan yetkiyi kullanmak isteyen Konsey'in, topluluk birincil hukuk mevzuatında önemli bir ye edinmiş "eşit davranma ilkesi"ni göz önüne alması gerektiği, zira Konsey'e tanınan bu yetkinin "eşit işlem ilkesi" ile sınırlandırıldığı görüşündedir.

**b. 2004/113 sayılı Direktif'in 5. Maddesinin 2. Fıkrasındaki Düzenlemenin Direktif'in Amacına Aykırılığı**

Direktif'in 18 no'lu gerekçesinde, sigorta ve diğer ilgili mali hizmetler temininde cinsiyetle ilgili aktüeryal faktörlerin kullanılmasının yaygın olduğunun ifade edildiğine dikkat çeken ABAD, bu anlamda AB kanun koyucusunun, üye devletlerin, makul bir geçiş dönemi içerisinde sigorta ve bununla bağlantılı mali hizmetlerde prim ve faydaların hesaplanmasında cinsiyetin bir faktör olarak kullanılmasının kişilerin prim ve sağladıkları faydalarda bir farka yol açmamasını sağlayacak tedbirleri hayata geçirmelerini sağlayacak düzenlemeler yapma yetkisinin bulunduğu görüşündedir. Divan'a göre, Konsey bu yetkisini kullanarak, 2004/113 sayılı Direktif'in 5. maddesinin 1. fıkrasında ifadesini "Üye devletler, en geç 21 Aralık 2007 tarihinden sonra yapılan bütün yeni sözleşmelerde, sigorta ve bununla bağlantılı mali hizmetlerde prim ve faydaların hesaplanmasında cinsiyetin bir faktör olarak kullanılmasının kişilerin prim ve sağladıkları faydalarda bir farka yol açmamasını sağlayacaklardır" hükmünü getirmiştir. ABAD'a göre, Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasındaki "1. paragrafta yer alan hükme rağmen, üye devletler, doğru istatistiksel verilere dayanılarak cinsiyetin riskin hesaplanmasında belirleyici faktör olduğu hallerde kişilerin prim ve faydaları arasında orantılı farklılıklara izin verebilirler. İlgili üye devletler bu konuda Komisyonu bilgilendirecekler ve cinsiyetin belirleyici bir faktör olarak kullanılması ile ilgili tam ve eksiksiz verilerin toplanmasını, yayımlanmasını ve düzenli olarak güncelleştirilmesini sağlayacaklardır. Bu üye devletler, 16. maddede bahsi geçen Komisyon Raporunu dikkate alarak, verdikleri kararı 21 Aralık 2007 tarihinden 5 yıl

sonra gözden geçirecekler ve bu gözden geçirmenin sonuçlarını Komisyona göndereceklerdir” hükmünde ise kişilerin prim ve yardım miktarlarının hesaplanmasında eşit işlem ilkesine uygun davranılmasını kuralını öngören 1. fıkradaki düzenlemenin belirli bir süre ile sınırlandırılmamış istisnaları öngörülmektedir. Divan, eşit davranma ilkesinin mutlak değil nispi olduğunu, bu ilkeden sapmayı haklı kılacak objektif sebeplerin varlığı halinde eşit davranmanın hukuka uygun olacağını ifade etmekle birlikte, üye devletlere Direktif’le, belirli bir süre ile sınırlı kalmak kaydıyla eşit davranmama hakkının tanınmadığı, Direktif’in bu yönde bir hüküm ihtiva etmediği görüşündedir. Sonuç olarak ABAD, Direktif’in 5. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin, Direktif’in 4 no’lu gerekçesinde ifadesini bulan “*Kadın ve erkek eşitliği Avrupa Birliği’nin temel bir prensibidir. Avrupa Birliği Temel Haklar Belgesi 21 ve 23. Maddeleri her türlü cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklar ve kadın erkek eşitliğinin her alanda sağlanmasını ister*” yönündeki amacına aykırı olduğunu hükme bağlamıştır.

### **c. Eşit Davranma İlkesinin Uygulama Alanı**

Avrupa Toplulukları Komisyonu, Adalet Divan’ına sunduğu beyanda, sigorta tekniği açısından, istatistiki değerlendirmeler temelinde oluşturulan riziko kategorilerinde kadın ve erkeklerin durumlarının farklılık arz ettiğinden bahisle, sigorta ve bununla bağlı mali hizmetler bakımından prim ve yardımların hesaplanmasında kadın ve erkeğin durumunun karşılaştırılabilir olmadığı görüşünü savunmuştur. Divan’a göre, Komisyon bu görüşü ile, Direktif’in 5. maddesinin 2. fıkrası hükmünü, sanki sadece eşit durumda olmayanlara eşitsizlikleri ölçüsünde eşitsiz veya farklı davranılmasına imkan veren bir düzenleme olarak algılamaktadır. Hâlbuki özel hukukun en temel prensiplerinden biri olan eşit davranma ilkesi, akla uygun (makul) ve haklı bir nedene dayanmadıkça, aynı durumdaki kişilere eşit işlem yapılmasını ve keyfi olarak farklı davranılmamasını ifade eder. Bu noktadan hareketle Adalet Divan’ı, ayrıntıya girmeden 2004/113 sayılı Direktif’in kadın ve erkek eşitliği ilkesi üzerinde yükseldiğini, sigorta ve bununla bağlı mali hizmetler bakımından prim ve yardımların hesaplanmasında kadın ve

erkeğin durumunun karşılaştırılabilir olmasından dolayı kadın ve erkeğe eşit davranılması gerektiğini ifade etmiştir.

**d. 2004/113 sayılı Direktif'in 5. Maddesinin 2. Fıkrasındaki Düzenlemenin Hükümsüzlüğü**

ABAD, yapmış olduğu değerlendirme neticesinde 2004/113/EC sayılı Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasının Birlik birincil mevzuatına aykırı olması nedeniyle hükümsüz olduğu sonucuna varmıştır. Bununla beraber, bu hükümsüzlüğün sadece Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrası düzenlemesine ilişkin olduğu, Direktif'in bütünü üzerinde bir tesiri olmadığı Divan tarafından özellikle vurgulanmıştır. Ancak Divan, gerek üye devletlere kararın ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlara göre pozisyon alabilmeleri ve iç hukukta gerekli düzenlemeleri yapmaları için zaman tanımak, gerekse de, Direktif'in yürürlüğe girmesinden sonra sigorta ve bununla bağlantılı mali hizmetlerde prim ve faydaların hesaplanmasında cinsiyetin bir faktör olarak kullanılmasına izin veren ulusal mevzuat hükümleri uyarınca ve bu hükümlerin geçerliliğine güvenerek sigorta sözleşmesi yapanların ulusal mevzuat hükümlerinin geçerliliğine olan güvenlerinin korunması açısından bir geçiş dönemi öngörmüş ve Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasının hemen değil, 21 Aralık 2012 tarihi itibarıyla hükümsüz olduğunu karara bağlamıştır.

**e. Değerlendirme**

ABAD'ın 01.03.2011 tarih ve C-236/9 sayılı kararı genel olarak ele alındığında, Divan'ın yaptığı değerlendirmelerin merkezine, dava konusu olan 2004/113/EC sayılı Direktif'in amacını yerleştirdiği görülmektedir. Divan'a göre Direktif'in amacı, sigorta ve diğer ilgili mali hizmetler temininde cinsiyetle ilgili aktüeryal faktörlerin kullanımını engelleyecek yasal düzenlemelerin yapılması ve uygulamaya sokulmasını sağlamaktır. Divan daha sonra, her ne kadar üye devletlere, hesapların dayandığı takdir ve istatistiksel verilerin güvenilir, düzenli güncelleştirilmiş ve kamuya açık olmasını sağlayabildikleri sürece uni-sex primler ve yararlar kuralında muafiyetlere izin verme yetkisi tanınmışsa da, Direktif'in 19 no'lu gerekçesinde bunun açık bir şekilde bir "istisna" olarak nitelendirilmesi olgusundan hareketle, Direktif'in, AB Temel Haklar

Şartı'nın ayrımcılık yasağını düzenleyen 21. maddesi ile kadın-erkek eşitliğini öngören 23. maddesinin uygulanabilmesi amacıyla, "sigorta ve bununla bağlı mali hizmetler bakımından prim ve yardımların hesaplanmasında kadın ve erkeğin durumunun karşılaştırılabilir olması" ön koşuluna bağlandığı sonucuna varmıştır. Özetle kısaca ifade etmek gerekirse ABAD, öncelikle Direktif'in amacını tarif etmekte, daha sonra ise Direktif'in söz konusu amacı kayıtsız şartsız değil, aksine bir "istisna" ile gerçekleştirdiği tespitini yapmakta ve en nihayetinde ise buradan hareketle, söz konusu istisnaya ilişkin olguların "karşılaştırılabilir olması" gerektiği sonucuna varmaktadır. Kanaatimizce, Divan'ın yapmış olduğu değerlendirmelerinin merkezine sadece Direktif'in amacını oturtması, hemen her hususu Direktif'in amacından hareketle cevaplamaya çalışması, bu derece önemli bir konunun değerlendirilmesinde yeterli değildir. Örneğin Divan, Avrupa Toplulukları Komisyonu'nun sunduğu beyanda ileri sürdüğü, sigorta tekniği açısından, istatistiki değerlendirmeler temelinde oluşturulan riziko kategorilerinde kadın ve erkeklerin durumlarının farklılık arz ettiğinden bahisle, sigorta ve bununla bağlı mali hizmetler bakımından prim ve yardımların hesaplanmasında kadın ve erkeğin durumunun karşılaştırılabilir olmadığı görüşünü dahi, Direktif'in amacına atıf yaparak cevaplamayı tercih etmiştir. Bu anlamda, Divan'ın yaptığı değerlendirmelerde sadece Direktif'in amacı ile yetinmemesi, konuya ilişkin olmakla beraber Direktif'te öngörülmeyen olguları da göz önüne alması isabetli bir yaklaşım olurdu. Böyle bir yaklaşımın benimsenmesi halinde, sadece sigorta ettirenlerin değil, diğer tüm katılanların menfaatlerinin, örneğin sigorta şirketlerinin prim tarifelerinin kendilerince serbestçe belirlenmesindeki menfaatlerinin (serbest tarife sistemi), göz önüne alınması gerekir.

Öte yandan Adalet Divanı'nın, 2004/113/EC sayılı Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen düzenlemenin kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırı olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinde, Temel Haklar Şartı'nın ayrımcılık yasağını düzenleyen 21. ve kadın-erkek eşitliğini öngören 23. maddelerini bir "ölçüt" olarak ele almasının sebebi açık değildir. ABAD'ın, 5. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen düzenlemeyi

değerlendirirken, Temel Haklar Şartı'nın 21. ve 23. maddelerine atıf yapmış olmasının tek nedeninin, Direktif'te Temel Haklar Şartı'na değinilmiş olması olduğu düşünöldüğu takdirde, Divan'ın 01.03.2011 tarih ve C-236/9 sayılı kararının bir emsal karar niteliğinde olmadığı, sadece somut olaya özgü bir değerlendirme olarak kabul etmek mümkün olacaktır. Aksi bir düşünce'nin kabulü ise Temel Haklar Şartı'nda belirtilen haklar, özgürlükler ve ilkelerin benzer her olayda objektif bir değerlendirme ölçütü olarak ele alınması gerekip gerekmediği sorusunu da beraberinde getirecektir.

Alman sigorta hukuku öğretisinde ileri sürölen bir görüşe<sup>85</sup> göre, Divan, 2004/113/EC sayılı Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasında öngörölen düzenlemeyi, AB Temel Haklar Şartı'nın ayırımcılık yasağını düzenleyen 21. ve kadın-erkek eşitliğini öngören 23. maddelerini esas almak suretiyle sorunu yanlış bir merkezde çözmeye çalışmaktadır. Zira AB Temel Haklar Şartı'nın 51. maddesi uyarınca, AB Temel Haklar Şartı'nın hükümleri, yetki ikamesi ilkesi (subsidiarite) gözetilmek suretiyle Birliğin kurum ve kuruluşlarına ve Birlik hukukunu uyguladıkları durumlarla sınırlı olmak üzere üye devletlere yöneliktir. Bunun sonucu olarak, Birliğin kurum ve kuruluşları ile üye devletler, yetkileri ölçüsünde, Temel Haklar Şartı'nda yer alan haklara saygı gösterir, ilkeleri gözetir ve bu hak ve ilkelerin uygulanmalarını teşvik eder. Bu görüşü savunan yazarlara göre, Şart'ın 51. maddesi, Birlik için yeni yetki ve görevler tesis etmemekte, Şart'ın Birlik organlarını ve üye devletleri, Birlik hukukunun icrası çerçevesinde bağladığını öngörmektedir. Lizbon Antlaşması'yla ile hukuki bağlayıcılık kazanan Şart' ta yer alan haklar, Antlaşmalarda düzenlenen temel özgürlükler ile

---

<sup>85</sup> ARMBRÜSTER, Christian, Anmerkung zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30.9.2010 in der Rechtssache C-236/09 (Test-Achats), **VersR**, 2010, s. 1579); KARPENSTEİN, Ulrich, Harmonie durch die Hintertür? Geschlechtsspezifisch kalkulierte Versicherungstarife und das Diskriminierungsverbot, **EuZW**, 2010, s. 885; SAGMEISTER, Holger M., Geschlechtsspezifische Versicherungstarife tatsächlich europarechtswidrig?, **VersR**, 2011, s. 187; SCHWINTOWSKI, Geschlechtsdiskriminierung durch risikobasierte Versicherungstarife?, **VersR**, 2011, s. 164.

aynı statüye kavuşmuş ve Birlik birincil hukukuna dâhil olmuştur. Ancak, gerek Avrupa Birliği Antlaşması m. 6/1 de gerekse Şart 51. madde de belirtildiği üzere “*Şartta yer alan hükümler, Birliğin Antlaşmalarda belirlenen yetkilerini hiçbir şekilde genişletmez*”. Birlik hukukunu uygularken gerek Birlik gerek ulusal yargıçlar tarafından Şart’ ta yer verilen hakların garanti altına alınması zorunluluğu Şart’a tanınan hukuki bağlayıcılık ile doğmuş olsa da, getirilen bu düzenleme ile Şart hükümlerinin uygulaması için Birlik yetkilerinde herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir. Her ne kadar; Avrupa Birliği’nin İşleyişine İlişkin Antlaşma’nın 19. maddesinin 1. fıkrasında Avrupa Konseyi’ne, Antlaşmalar’ın diğer hükümlerine hanel gelmeksizin ve Birliğe Antlaşmalar’da verilen yetkilerin sınırları dâhilinde, Avrupa Parlamentosu’nun muvafakatini aldıktan sonra, özel yasama usulü uyarınca hareket ederek, oybirliğiyle, cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alabilme yetkisi vermişse de, Konsey’in bu yetkisini kullanmaması Temel Haklar Şartı’nın ihlali olarak nitelendirilemez. Zira Konsey’e cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alabilme yetkisi verilmiş, ancak bu yetkisini kullanması noktasında bir zorunluluk getirilmemiştir. 2004/113/EC sayılı Direktif’in 5. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme bu anlamda, Birliğin kurum ve kuruluşlarının aldığı bir tedbir olarak nitelendirilemeyeceğinden, söz konusu düzenlemenin Birlik birincil hukuku uyarınca değerlendirilmesi de mümkün değildir.

Avrupa Birliği’nin İşleyişine İlişkin Antlaşma’nın 19. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemenin, cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alabilme noktasında, Konsey’i kendisine verilen yetkiyi kullanmaya zorlayıcı bir karakter taşımadığını kabul etmekle beraber, Alman hukuk öğretisinde ileri sürülen görüşe katılmak kanımızca mümkün değildir. Zira Konsey 2004/113/EC sayılı



Direktif ile sadece genel anlamda cinsiyete dayalı ayrımcılık ile mücadele etme niyetini değil, Direktif'in 18, 19 ve 20 no'lu gerekçelerinde de açıkça belirtildiği üzere, sigorta ve diğer ilgili mali hizmetler temininde de cinsiyete dayalı ayrımcılık ile mücadele etmek istediğini net bir şekilde ortaya koymuştur. Aksi bir düşünce nin kabulü, sigortacılık uygulamasında neredeyse bir gelenek halini almış olan ve sigorta tarifelerinin sigorta şirketlerince serbestçe belirlenmesini esas alan serbest tarife sisteminin, Direktif'in 18, 19 ve 20 no'lu gerekçelerinde ayrıntılı bir şekilde tartışmaya açılmasını veyahut Direktif'in 5. maddesinin "uni-sex primler ve yararlar kuralını" öngören 1. fıkrası hükmünü açıklamakta yetersiz kalacaktır.

2004/113/EC sayılı Direktif'in uygulama alanı Direktif'in 3. maddesinin 1. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, Direktif, Topluluğa ihsan edilen yetkilerin sınırları dahilinde, kamu ve özel sektör ile kamusal organlar dahil, halk için üretilen ve özel ve aile hayatının alanı dışında arz edilen mal ve hizmetleri sağlayan bütün şahıslara ve bu kapsamda yapılan işlemlere uygulanacaktır. Aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca medya ve reklamların içeriği ile eğitime, 4. fıkrası uyarınca ise istihdam ve işle ilgili konulara uygulanmayacaktır. Bu bağlamda, Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeyi, sigorta hukukuna ait özel bir alanı Direktif kapsamından çıkaran bir düzenleme olarak yorumlamak mümkün değildir. Bu anlamda Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasını, kanımızca, Direktif'in uygulama alanına giren bir konudaki "istisna hükmü" olarak ele almak gerekir. Söz konusu istisna hükmü, üye devletlerin hangi şartların varlığı halinde uni-sex primler ve yararlar kuralında muafiyetlere izin verebileceklerini belirtmektedir. Ancak, Direktif ile üye devletlere uni-sex primler ve yararlar kuralında muafiyetlere izin verilmiş olması, üye devletlerin serbestçe ve keyfi olarak düzenlemeler yapabileceği anlamına gelmemektedir. Her ikincil düzenleme gibi, 2004/113/EC sayılı Direktif'in de, AB Temel Haklar Şartı başta olmak üzere, Topluluk birincil mevzuatına aykırı olmaması gerekir.

Adalet Divanı'nın 01.03.2011 tarih ve C-236/9 sayılı kararında varmış olduğu sonucun sigorta hukuku ve AB müktesebatı açısından

değerlendirilmesi yapılırken, son olarak söz Direktif'in 5. maddesinin 2. fıkrasının hükümsüz olduğunun hükme bağlanması konusuna da değinmekte yarar vardır. Alman öğretisinde baskın olan ve bizimde katıldığımız görüşe göre, kararla sadece bir maddenin belirli bir fıkrasının hükümsüz bırakılması kabul edilemez. Çünkü, Direktif'in ayrılmaz bir parçası niteliğinde olan belirli bir hükmünün, Direktif'in bütününden izole edilerek kaldırılması, Direktif'in bütününe ve/veya ilgili diğer maddelerin özünün değişmesine kadar varan sonuçlara yol açabilecektir. Direktif'in 5. maddesinin 2. Fıkrasının, Direktif tasarısında yer almadığı, ancak yoğun eleştiriler karşısında geri adım atılarak, sert bir şekilde yürütülen tartışmada bir uzlaşma sağlamak amacıyla Direktif'e eklendiği, söz konusu uzlaşma neticesinde Direktif'in çıktığı göz önüne alındığında, söz konusu hükmün Direktif'in ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemek mümkündür. Direktif'in ayrılmaz bir parçası niteliğinde olan bu hükmün, Direktif'ten izole bir biçimde hükümsüz bırakılması da Konsey'in yetkisi dâhilindedir.

### III. SONUÇ

Belçikalı tüketici grubu Test-Achats'ın sigortalılara uygulanan cinsiyet ayrımının, gerek Belçika Anayasası ve gerekse İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı gibi uluslararası sözleşmelerde yer bulan ayrımcılık yasağı ve kadın-erkek eşitliği ilkesi ile ters düştüğü iddiasıyla Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvurusu ve Divan'ın, "Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadınlar ve Erkeklerle Eşit Muamele Edilmesi Prensiplerinin Uygulanmasına İlişkin 2004/113/AT sayılı Direktif'in "üye devletlere aktüeryal ve istatistiki verilere dayanması koşuluyla, cinsiyetin riskin değerlendirilmesinde belirleyici faktör olduğu durumlar için bireysel prim ve faydada orantılı farklılıklar izin verme" yetkisi tanıyan 5. maddesinin 2. fıkrasının, 20 Aralık 2012 tarihi itibarıyla hükümsüz olduğu yönündeki kararı ile sonuçlanan dava ile söz konusu tarihten itibaren, Avrupa Birliği üyesi devletlerde cinsiyetin hiçbir şekilde sigortacılık veya bununla bağlantılı diğer mali hizmetler kapsamında bireysel prim veya faydanın

belirlenmesinde bir faktör olarak kullanılamayacağını ve dolayısıyla Avrupa Birliği'nde 20 Aralık 2012'den itibaren sigorta primlerinde cinsiyetsiz döneme girildiğini söylemek mümkündür. AB üyesi olabilmek için uzun yıllardır uğraş veren ve bu yönde çok önemli adımların atıldığı ülkemizde de, ABAD'ın verdiği bu karara uygun olarak, sigorta sözleşmelerinde sigortalanan bireyin cinsiyetinin risk faktörü olarak dikkate alınmasını önleyici yasal düzenlemelerin yapılması en büyük temennimizdir. Ancak, özenle belirtmek gerekir ki, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının sadece yasa düzeyinde kalmaması, fiili olarak da sağlanabilmesi için hukuk devleti, insan hakları, temel özgürlüklere saygı ve çoğulcu demokrasi anlayışındaki gelişim düzeyi büyük önem taşımaktadır.

## KAYNAKÇA

- AKIN, İlhan F.:** Kamu Hukuku, 7. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1993.
- AKMUT, Özdemir:** Hayat Sigortası - Teori ve Türkiye'deki Uygulama, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:44, Ankara, 1980.
- AKTAŞ, Melahat,** İslam Toplumunda ve Çağımızda Kadın, Ölçü Yayınları, Ankara, 1984.
- ARISOY, Alper / DEMİR, Nesrin:** Avrupa Birliği Sosyal Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele Kapsamında Kadın Erkek Eşitliği, Ege Akademik Bakış Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2007, s. 707-725.
- ARMBRÜSTER, Christian:** Anmerkung zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30.9.2010 in der Rechtssache C-236/09 (Test-Achats), Zeitschrift für Versicherungsrecht (VersR), Verlag C.H. Beck, München, 2010, s. 1571-1583.

- ARSAVA, Ayşe Füsün:** Roma Anlaşmasında Ön karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Basım-Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara 1989, s. 1–10.
- AYDINÖZ, Gonca:** Avrupa Birliği Direktifleri İle ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı, Çalışma ve Toplum Dergisi, Birleşik Metal-İş Sendikası Yayınları, S. 3, İstanbul, 2009, s. 163-191.
- AYLİ, Ali:** Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.
- BARNARD, Catherine:** Gender Equality in the EU: A Balance Sheet, In P. Alston (Ed.), The EU and Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- BECKMANN, Roland Michael:** Einleitung in ‘VVG Versicherungsvertragsgesetz’, in Bruck/Möller VVG, Herausgeber: Baumann / Beckmann / K.Johannsen / R.Johannsen, Band I, 9. Aufl., Verlag de Gruyter, Berlin, 2008.
- BOZER, Ali:** Sigorta Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1981.
- CAN, Hacı:** Avrupa Birliği’nin Kurucu Andlaşmaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- DÖNMEZ, Celalettin,** Avrupa Birliği’nde Hizmetlerin Serbest Dolaşımı <http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/hizmccl.pdf>, erişim tarihi (10.11.2012),
- FREDMAN, Sandra.** “Equality: A New Generation?”, Industrial Law Journal, 2001, s. 145-168.
- GÖÇMENER, Sinem:** Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türkiye’de Kadın Erkek Eşitliği, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.
- GÜRSEL, Meltem Kutlu:** Kamu Görevine Girişte Kadın-Erkek Eşitliği İlkesi Konusunda Bir Değerlendirme, Dokuz Eylül Üniversitesi (D.E.Ü.) Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, İzmir 2002, s. 27–57.

- HAVUTÇU, Ayşe:** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları İzmir, 1995.
- HERVEY, Tamara K.:** Thirty Years of EU Sex Equality Law: Looking Backwards, Looking Forwards, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol.12, No.4, 2005, s. 315.
- ISRAEL, R. Ben and FOUBERT, Petra:** Equality and Prohibition of Discrimination in Employment, in Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, der. Roger Blanpain, Kluwer Law International, 2004, s. 377–417.
- IVAMY, Hardy:** General Principles Of Insurance Law, London, 1966.
- KABUKÇUOĞLU ÖZER, F. Dilek:** Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2005.
- KARAYALÇIN, Yaşar:** Risk-Sigorta-Risk Yönetimi, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1984.
- KARPENSTEIN, Ulrich:** Harmonie durch die Hintertür? Geschlechtsspezifisch kalkulierte Versicherungstarife und das Diskriminierungsverbot, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), Verlag C. H. Beck, München, 2010, s. 885-887.
- KAYA, Gözde:** Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Bakanlığı Yayınları, İzmir, 2010.
- KENDER, Rayegân:** Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 12. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

- MAURER, Alfred:** Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern, 1986.
- METİN, Yüksel:** Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), Cilt: 57, Sayı: 4, s. 35–63.
- MÖLLER, Hans:** Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl., Wiesbaden, 1971.
- NOMER, Cahit / YUNAK, Hüseyin:** Sigortanın Genel Prensipleri, Milli Reasürans T.A.Ş Yayını, İstanbul, 2000
- OMAĞ, Merih Kemal:** Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, İstanbul, 1985.
- OMAĞ, Merih Kemal:** Sigorta Hukuku Ders Notları – Ticaret Hukuku II, Ünite 23-24-25-26, A.Ü. Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, No: 9, Eskişehir, 1998.
- ÖÇAL, Akar:** Sigortacılık ve Sigorta Hakkında Genel Bilgiler, Ankara, 1971.
- ÖDEN, Merih:** Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- PRÄVE, Peter:** Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, Zeitschrift für Versicherungsrecht (VersR), Verlag C.H. Beck, München, 2004, s. 39–48.
- RIESENHUBER, Karl and FRANK, Jens Uwe:** Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, Juristen Zeitung (JZ), Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2004, s. 529–538.
- SAGMEISTER, Holger M.:** Geschlechtsspezifische Versicherungstarife tatsächlich europarechtswidrig?, Zeitschrift für Versicherungsrecht (VersR), Verlag C.H. Beck, München, 2011, s. 187-190.
- SCHWINTOWSKI, Hans Peter:** Geschlechtsdiskriminierung durch risikobasierte Versicherungstarife?, Zeitschrift für

- Versicherungsrecht (VersR), Verlag C.H. Beck, München, 2011, s. 164-172.
- SAVCI, İlkay:** Veri Girişİ İşinde Kadın Çalışanlar: İş ve İş Dışı Deneyimleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi (SBFD), Cilt. 55, Sayı. 4, Ankara, Ekim-Aralık 2000, s. 145-166.
- SAVCI, Kemal,** Cumhuriyetin 50. Yılında Türk Kadını, Cihan Matbaası, Ankara, 1973.
- SODAN, Helge:** Unisex-Tarife: Gleichbehandlung von Männern und Frauen im privatrechtlichen Versicherungswesen, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (ZVersWiss), Springer Verlag GmbH, Berlin/New York, 2004, s. 539–556.
- TEKELİ, Şirin,** Kadınlar ve Siyasal Toplumsal Hayat, Birikim Yayınları, İstanbul, 1982.
- TOBLER, Christa:** Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, Intersentia Publishers, Belgium, Antwerpen, E.M. Meijers Instituut, 2005.
- THÜSING, Gregor and HOFF, Konrad von:** Private Versicherungen und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Zeitschrift für Versicherungsrecht (VersR), Verlag C.H. Beck, München, 2007, s. 1–10.
- URAL, Kenan:** Yaşam Sigortalarının Aktüeryal Prensipleri, Beta Basım –Yayın-Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1994.
- ÜNAN, Saim:** Hayat Sigortası Sözleşmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- YEŞİLORMAN, Mehtap,** Toplumsal Eşitlikte Kör Nokta: Kadın Eşitsizliğine Genel Bir Bakış, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 11, S. 2, Elazığ, 2001, s. 269–280.

**YÜKSEL, Melek Onaran:** Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 95.



## VAKFIN SONA ERMESİ

Yrd.Doç.Dr. Oğuz Sadık AYDOS\*

### ÖZET

Türk hukukunda ve toplum hayatında önemli bir yer işgal eden vakıflar iki şekilde son bulmaktadır. Kendiliğinden veya mahkeme kararı ile son bulan vakıfların malvarlığının özgülenmesi de vakfin nasıl sona erdiği ile tespit edilecektir.

Vakfin kendiliğinden sona ermesi, amacının gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi ve bu amacın değiştirilememesi durumunda söz konusu olur. Vakfedenin mirasçılarının ve/veya alacaklılarının açacakları dava neticesinde sona eren vakıf, mahkeme kararı ile değil kendiliğinden son bulmaktadır. Zira bu dava neticesinde vakıfta kalan malvarlığı değerlerinin vakfin amacına ulaşmasına elverişli olması hâlinde vakıf varlığını sürdürecektir aksi takdirde mevcut malvarlığının yetersizliği ve bu bağlamda amacın gerçekleşmesinin olanaksızlaşması nedeniyle vakıf son bulacaktır.

Yasak amaç güden veya yasak faaliyetlerde bulunduğu sonradan anlaşılan ve amacın değiştirilmesinin de mümkün olmaması da, vakfin mahkeme kararı ile son bulma nedenidir. Vakıfların varlığını sürdürmesinin temel ilke olması nedeniyle, yasak amaç gütmeye tek başına yeterli olmayacak, bu amacın değiştirilememesi de aranacaktır.

Sona eren vakfin malvarlığı öncelikle tasfiye kurulu tarafından tasfiye edilecek daha sonra da özgülenecektir. Kendiliğinden sona eren vakfin malvarlığı, senesinde yer alan hükme göre, böyle bir hükmün bulunmaması hâlinde ise hâkim kararı ile benzer amaçlı bir vakfa özgülenecektir. Mahkeme kararı ile son bulan vakıf malları ise Vakıflar Genel Müdürlüğüne özgülenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Vakıf, sona erme, malvarlığı, tasfiye, özgüleme.

---

\*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı.

## TERMINATION OF FOUNDATION

### ABSTRACT

Foundations, which are very important for Turkish law and social life, are terminated in two ways. The transfer of properties of foundation that are terminated by itself or through court decision will be determined depending on how the foundation was terminated.

Termination of the foundation by itself occurs when the realization of the purpose becomes impossible or when the purpose cannot be changed. The foundation that is terminated as a result of the lawsuit filed by inheritors of the endower and/or creditors is terminated not through court decision but itself. As a result of this lawsuit if the remaining assets of the foundation can make it possible for the foundation to attain its purpose, the foundation will live on otherwise the foundation will be terminated due to lack of available assets and due to the fact that the purpose cannot be fulfilled in this context.

Foundation that pursues illegal purposes or that is seen to have engaged in illegal activities later on and whose purpose cannot be changed is terminated through court decision. Basic principle for the foundations is protection of foundations legal entity, so pursuing illegal purposes will not be enough for termination and not being able to change the purpose will also be sought.

The assets of the foundation that is terminated will be liquidated by the liquidation board and then they will be assigned. The assets of the foundation that is terminated by itself will be transferred based on the provisions in the notarial deed and if there is no such provision, they will be transferred to a foundation with a similar purpose through judge decision. The assets of the foundations that are terminated through court decision will be transferred to the Directorate General of Foundations.

**Keywords:** Foundation, wind up, assets, liquidation, transfer.

## GİRİŞ

Gerçek veya tüzel kişilerin, yeterli hak ve/veya malları sürekli ve belirli bir amaca özgülemeleriyle oluşan mal topluluklarına<sup>1</sup> vakıf adı verilir (TMK<sup>2</sup> m. 101/I). Mevcut mallar vakfedilebileceği gibi gerçekleşmiş veya gerçekleşeceği anlaşılan her türlü gelir de belirli amaç için özgülenebilir (TMK m. 101/II).

Ekonomik açıdan toplumda oluşan katmanlar arasında köprü vazifesi görmesi, yardımlaşma ve dayanışma duygularını kurumsallaştırması vakfı, diğer tüzel kişilerden ayırmakta ve sosyolojik açıdan çok önemli bir konuma getirmektedir. Kökleri Avrupa hukuk sistemlerinden doğmayan vakıf, oluşumunu İslâm ve Türk hukukunda tamamlamıştır<sup>3</sup>.

Her bir safhası büyük bir önemi haiz olan bu kurumun “sona ermesi” aşaması, bu çalışmanın inceleme konusunu oluşturmaktadır. Bu çerçevede sona erme nedenleri ve sona erdikten sonra malların özgülenmesi değerlendirilecektir. Ağırlıklı olarak Türk mevzuatı ve yargı kararları açısından meseleler ele alınmakla birlikte uygun düşüğü ölçüde yabancı hukuk sistemleri ile mukayese yapılacaktır.

<sup>1</sup> TMK'nın “*Vakıflarda üyelik olmaz.*” (m. 101/III) hükmünü Anayasa Mahkemesi, 17.4.2008 tarih ve 2005/14 E., 2008/92 K. sayılı kararı ile iptal etmiştir: RG. 28.6.2008, S. 26920. Mahkeme, ilgili hükmün Anayasa'nın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile bu kararı vermiştir. Hâl böyle olmakla birlikte, vakıfların mal topluluğu olduğu yönündeki hüküm ise varlığını sürdürmektedir (TMK m. 101/I). Mal topluluğu olarak vasıflandırılan bir tüzel kişiye üye olmak çelişkili bir durumdur. Zira vakfın üye kabul etmesi ve bunun sonucunda oluşturulacak genel kurulun, vakıf senedinde değişiklik yapma imkânı ortaya çıkar. Bu durum ise kurucu iradeye saygısızlık anlamına gelir. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bu kararın vakıf hukukuna aykırı olduğunu düşünüyoruz. Aynı görüşte ve ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRZUMAR, Osman Berat: “*Türk Medenî Kanunu'nun “Vakıflarda üyelik olmaz.” Hükmünü İptâl Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında*”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 523 – 547, 539 vd.

<sup>2</sup> RG. 8.12.2001, S. 24607.

<sup>3</sup> KÖPRÜLÜ, M. Fuad: **İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi**, B. 2, Ankara 2005, 299; ÖZTÜRK, Nazif: **Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar**, Ankara 1995, 6 vd.; ÖZKAYA, Eraslan: **Eski Vakıf Hukuku**, Ankara 2012, 20.

## I. VAKFI SONA ERDİREN NEDENLER

Vakıf, kendiliğinden ve mahkeme kararı ile olmak üzere iki şekilde son bulur. Şimdi sırasıyla bu hâlleri inceleyeceğiz.

### A. Vakfın Kendiliğinden Sona Ermesi

Amacın gerçekleşmesinin olanaksız hâle gelmesi ve mevcut amacın değiştirilmesinin mümkün olmaması vakfı kendiliğinden sona erdirir (TMK m. 116/I).

Derneklerde “*amacın gerçekleşmesi*”ni kendiliğinden sona erme nedeni olarak hükme bağlayan (TMK m. 87/I) kanun koyucu, vakıflar için böyle bir düzenlemeye gitmemiştir. Kanun koyucunun bu şekilde hüküm ihdas etmesinin bilinçli boşluk mu bilinçsiz boşluk mu olduğunun incelenmesi gerekir. Şöyle ki, bir husus kanun koyucu tarafından bilerek ve isteyerek düzenlenmemiş ise bilinçli boşluk, kanun koyucunun isteği dışında meydana gelen eksiklik ise bilinçsiz boşluk olarak nitelendirilir<sup>4</sup>. Derneklerde, “*amacın gerçekleşmesi*”nin kendiliğinden sona erme nedeni olduğu açıkça belirtildiği hâlde vakıflarda bu hükmün koyulmamasının bilinçli boşluk olduğu kanaatindeyiz. Zira genel olarak belirli ve ortak bir amacın tüzel kişinin varlık nedeni sayılması (TMK m. 47) karşısında vakıflar için bu durumun kendiliğinden sona erme nedeni kabul edilmesi doğal bir sonuç olacağı için açık bir hükme gidilmemiş olabilir. Ancak bu sonuç da, derneklerde yer alan açık hükmü anlamsız hâle getirmektedir. Zira aynı sonuç dernekler için de kabul edileceğinden, bu ifade gereksiz bir tekrar hâline gelecektir.

Kanun koyucunun bu bilinçli boşluğu bırakmasının bir diğer nedeni de vakıflarda “*amacın gerçekleşmesi*”nin ihtimal dâhilinde olmaması düşüncesi olabilir. Daha açık anlatımla, derneklerin amacının süreklilik arz etmesi gerekmemeyle birlikte (TMK m. 56/I) vakıfların sürekli<sup>5</sup> bir

---

<sup>4</sup> EDİS, Seyfullah: **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, B. 6, Ankara 1997, 133; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: **Medenî Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, B. 18, İstanbul 2012, 103 vd.

<sup>5</sup> “... Sürekliliği bulunmayan ve bunu sağlayacak herhangi bir hukukî alt yapıya sahip olmayan yardım veya hayır kuruluşunu vakıf saymak imkânsızdır...”: Y. 18. HD 8.6.2009 T., 2009/5562 E., 2009/6100 K. (yayımlanmamış karar).

amaç için kurulması zorunluluğu vardır (TMK m. 101/I). Süreklilik arz eden bir amacın gerçekleşmesi olanaksız gibi gözükmeyle birlikte, bu değerlendirme isabetli değildir. Şöyle ki, süreklilikten kasıt amaç değil, amaca ulaşma doğrultusunda yapılacak faaliyetlerdir<sup>6</sup>. Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak, tarihte yer alan belirli bir medeniyeti aydınlatma vakfı, süreklilik unsurunu barındırmaktadır. Zira bu amaç doğrultusunda tüm verilere ulaşılması, elde edilen verilerin değerlendirilmesi ve gerekli tâhlillerin yapılması süreklilik arz eden bir faaliyetler bütünüdür. Söz konusu vakıf, bu medeniyetin siyasî, ekonomik, sosyolojik, hukukî ve diğer tüm özelliklerini tarihsel belgelerle ortaya koyduğu zaman amacını gerçekleştirmiş olacaktır<sup>7</sup>. Bu hâlde, amacına ulaşan vakfın varlığını sürdürmesi anlamsız hâle gelecektir. Alman hukukunda da amacın gerçekleşmesi sona erme nedeni olarak kabul edilmiştir<sup>8</sup>. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, kanun koyucunun “*amacın gerçekleşmesi*”ni kanuna eklemesi, ilgili sonuca doğal olarak ulaşılacağı tespiti karşısında ise derneklerde yer alan bu düzenlemenin de gereksiz olması nedeniyle yürürlükten kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Mevcut mal<sup>9</sup> ve hakların amaca ulaşma doğrultusunda yetersiz hâle gelmesi<sup>10</sup>, fiilî veya hukukî engeller, amacın gerçekleşmesinin olanaksız

<sup>6</sup> ÖĞÜZ, Tufan: **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukukî Esasları**, İstanbul 2007, 3.

<sup>7</sup> Kanser hastalığı ile mücadele amacıyla kurulmuş olan bir vakıf da, bu hastalığın tedavisi bulunduğu zaman amacını gerçekleştirmiş ve bu suretle kendiliğinden son bulmuş olacaktır: İŞERİ, Ahmet: **Türk Medenî Kanununa Göre Vakıf (Tesis)**, Ankara 1968, 218.

<sup>8</sup> WIGAND, Klaus/HEUEL, Markus/STOLTE, Stefan/HAASE-THEOBALD, Cordula: **Stiftungen in der Praxis, Recht, Steuern, Beratung**, B. 3, Heidelberg 2011, 70.

<sup>9</sup> Vakfın konusu olan mal, vakfın üç kurucu unsurundan en önemlisidir. Diğer unsurlardan birincisi, vakfı yapan kişi ve bunun irade beyanı; ikincisi ise vakfın temin edeceği fayda ve bundan yararlanacaklardır: Y. 18. HD 8.6.2009 T., 2009/5562 E., 2009/6100 K. (yayımlanmamış karar). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: **Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış**, C. I, B. 9, İstanbul 2012, 668 vd.; HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2013, 106 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY – ÖZDEMİR, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, B. 12, İstanbul 2012, 337 vd.

hâle gelmesinin en tipik örnekleridir<sup>11</sup>. Amacın gerçekleşmesi objektif veya subjektif yönden olanaksız hâle gelebilir<sup>12</sup>. Belirli bir kişinin, soyağacından gelen kişilerin eğitimi amacıyla kurduğu bir vakıf, bu kişiye soy bağı ile bağlı olan herkesin ölümü hâlinde, amacının objektif yönden olanaksızlaşması nedeniyle son bulur<sup>13</sup>. Aynı örnekten devam edecek olursak, bu kişinin hısımları yaşamakla beraber, özgülenen malların çeşitli nedenlerle değerini kaybetmesi ve bu suretle amacı gerçekleştirmede yetersiz kalması ihtimalinde amaç subjektif olarak olanaksız hâle gelir<sup>14</sup>.

Amacın gerçekleşmesinin olanaksız hâle gelmesi, vakfın sona ermesi için gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Zira bu durumda mevcut amacın değiştirilmesinin mümkün olmaması şartı da aranır. Amacının veya mallarının mahkeme kararıyla değiştirilmesi ile vakfın varlığını devam ettirebilme olanağı var ise (TMK m. 113), kendiliğinden sona erme hükümleri uygulanmaz. Amacın veya malların değiştirilebilmesi için yönetim organı veya denetim makamının mahkemeye başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşünün alınması gerekir (TMK m. 113). Vakıflarda denetim makamı ile kastedilen Vakıflar Genel Müdürlüğüdür (VK<sup>15</sup> m. 3). BGB, yönetimin görüşüne başvurulması kaydıyla, vakfın amacını değiştirme görevini ilgili Devlet Kurumuna vermiştir (§ 87).

---

<sup>10</sup> Yargıtay, acz hâlinde bulunan vakıflar için geçici tedbirler alınmasının yeterli olmadığına karar vermiştir. İlgili karara göre, "... *dava açıldıktan sonra vakfın dağılmasını önlemek için bir miktar bağış toplanması onun bu özelliğini değiştirmeye yetmez. Bir vakfın hukukî varlığını ve işlevlerini sürdürmesi, başkalarının insaf ve merhametine bağlı bulunan bağışlarla sağlanamaz...*": Y. 18. HD 25.9.2001 T., 2001/6687 E., 2001/7791 K. (EM, Ali: **Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar**, B. 2, Ankara 2011, 665).

<sup>11</sup> WIGAND/HEUEL/STOLTE/HAASE-THEOBALD, 70; Y. 18. HD 25.9.2001 T., 2001/6687 E., 2001/7791 K. (EM, 665).

<sup>12</sup> ÖZSUNAY, Ergun: **Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, B. 5, İstanbul 1982, 458; AKÜNAL, Teoman: **Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler**, İstanbul 1995, 142.

<sup>13</sup> İŞERİ, 218.

<sup>14</sup> ALTAŞ, Hüseyin: "**Türkiye'de 1926-1967 Dönemi Arasında Vakıf Sistemi**", Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu, Ankara 2004, s. 87-98, 97; ÖZSUNAY, 458; İŞERİ, 219.

<sup>15</sup> 20.2.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu için bkz. RG. 27.2.2008, S. 26800.

Vakıf senedinde yer alan hükümler de vakfın kendiliğinden son bulmasına yol açabilir. Şöyle ki, vakfedenin vakfı belli bir süreye bağlaması ve bu sürenin sona ermesi ya da bozucu koşulu hükme bağlaması ve bu koşulun gerçekleşmesi de vakfı kendiliğinden sona erdirir<sup>16</sup>.

Sona eren vakfın sicilden silinmesi için mahkemenin karar vermesi gerekir (TMK m. 116/I). Mahkemenin buradaki kararı sona erme anlamında tespit, sicilden silinme anlamında ise kurucu nitelik taşıır<sup>17</sup>. eMK’da olmayan mahkeme kararı (m. 81/A), sicilden silinmenin yargısal denetim altında gerçekleştirilmesi amacıyla hükme eklenmiştir (TMK madde gerekçeleri). Bu hâlde mahkemeye başvurma yetkisi konusunda mevzuatımızda herhangi bir hüküm yer almamaktadır<sup>18</sup>. Ortaya çıkan bu hukuk boşluğunu<sup>19</sup> hâkim hukuk yaratarak çözecektir (TMK m. 1/II). Bu boşluk ile karşılaşan hâkimin, “*her ilgili*”ye bu yetkiyi tanıması gerektiğini düşünüyoruz. Her ilgili ifadesinden yönetim organı ve/veya denetim makamının yanı sıra söz konusu vakıftan istifade eden kişiler ile Cumhuriyet Savcısını da anlamak gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca eski düzenleme çerçevesinde, tespit kararını verecek olan mahkemenin yönetim organı ve/veya denetim makamının görüşünü<sup>20</sup> alması gerektiğini düşünüyoruz.

<sup>16</sup> BALLAR, Suat: **Yeni Vakıflar Hukuku**, İstanbul 1991, 156; ÖZSUNAY, 457; İŞERİ, 222 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 390.

<sup>17</sup> Bu noktada şu hususun önemle vurgulanması gerekir. Her iki hâlde de vakfın sicilden silinmesi işlemi tespit niteliğindedir. Kurucu nitelik taşıyan mahkeme kararı: İŞERİ, 249. Bu değerlendirme, birazdan inceleyeceğimiz mahkeme kararı ile son bulma hâlini de kapsar.

<sup>18</sup> Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlânı Hakkında Tüzük (RG. 26.4.2013, S. 28629) ile yürürlükten kaldırılan (m. 8) Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük (RG. 21.8.1970, S. 13586) uyarınca yönetim organı veya denetim makamı bu konuda yetkilendirilmiş idi (m. 30).

<sup>19</sup> Uyuşmazlığın çözümünün kanunda ve örf âdetde yer almaması durumudur: EDİS, 123.

<sup>20</sup> “...*Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından mahkemeye sunulan dava dilekçesi usulüne uygun şekilde davalı vakfa tebliğ edilmeden ve dolayısıyla davalının davaya karşı diyecekleri sorular kendisine savunma hakkı tanınmadan davanın sonuçlandırıldığı ve gerekçeli kararın tebliği üzerine davalı vakfın davadan haberdar olup temyiz yoluna başvurduğu...dava dilekçesinin usulüne uygun şekilde davalı vakfa tebliği yapılarak taraf teşkili sağlandıktan sonra ...düşünülmemiş olması doğru görülmüştür...*” Y. 18. HD 26.9.2005 T., 2005/7167 E., 2005/8238 K. (EM, 662). Aynı şekilde Yargıtay

Vakfın bu hâlde kendiliğinden değil mahkeme kararı ile son bulacağı yönünde kararlar<sup>21</sup> veren Yargıtay, son zamanlarda bu anlayışını değiştirmiştir<sup>22</sup>. Bu değişimin isabetli olduğunu düşünüyoruz. Zira TMK, amacın gerçekleşmesinin olanaksız hâle gelmesi ve değiştirilmesinin de mümkün olmaması durumunun vakfın kendiliğinden sona ermesi nedeni olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Kanun koyucunun buradaki iradesinin doğru olduğunu düşünüyoruz. Zira vakıf bu hâlde varlık nedenini kaybetmiş ve bu suretle hukukî kişiliğini sürdürmesi anlamsız hâle gelmiştir. Bu bağlamda, mahkemenin vereceği karar tespit niteliğinde olacaktır.

Alman hukukuna göre, hukuka uygun olarak kurulan bir vakıf, kamu kurumunun kararı olmadan son bulmaz. Ayrıca toplumsal huzurun (gemeinwohl) bozulması da sona erme nedeni olarak hükme bağlanmıştır (BGB § 87). Ayrıca, vakıf senedinde hüküm altına alınmak kaydıyla bir vakfın kendine son vermesi de mümkündür (StiftG HH § Abs. 2)<sup>23</sup>.

---

VGM'nin yazılı görüşünün de alınması gerektiği yönünde de karar vermiştir: “...*Vakfın dağıldığının tespitine ilişkin açılan davalarda ...Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün dava hakkında yazılı düşüncesinin alınması gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir...*”: Y. 18. HD 25.6.2012 T., 2012/6169 E., 2012/7758 K.: (yayımlanmamış karar).

<sup>21</sup> “...*Yasada vakfın dağılmış olması kendiliğinden gerçekleşecek bir olgu olarak gösterilmiş ise de, uygulamada bu hususun mahkeme kararına bağlanması aranmaktadır...*”: Y. 18. HD 17.2.2003 T., 2003/187 E., 2003/778 K.: <[http://www.hukukdairesi.com/onsekizinci\\_hukuk\\_dairesi/yargitay\\_karari/2003/778.html](http://www.hukukdairesi.com/onsekizinci_hukuk_dairesi/yargitay_karari/2003/778.html)>, (6.6.2013).

<sup>22</sup> “...*Davanın 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 116. maddesine göre vakfın sona erdiğinin (dağıldığının) tespiti olarak açıldığı ve mahkemeye de bu şekilde değerlendirilip kabul edildiği hâlde, başka bir kavram ve hukukî sonuçları olan vakfın dağıtılmasına karar verilmesi doğru değil ise de, bu yanılginın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hüküm fıkrasının, birinci paragrafının ikinci satırındaki “dağıtılmasına” sözcüğünün metinden çıkartılarak yerine “sona erdiğinin (dağıldığının) tespitine” ibaresinin eklenmek suretiyle hükmün düzeltilmesine...*”: Y. 18. HD 22.2.2010 T., 2009/12678 E., 2010/2466 K. (EM, 658). Aynı doğrultuda bkz. Y. 18. HD 8.2.2010 T., 2009/11934 E., 2010/1470 K. (EM, 559-560).

<sup>23</sup> WIGAND/HEUEL/STOLTE/HAASE-THEOBALD, 70.



Türk hukukunda kendiliğinden sona erme nedeni olarak sayılan bu hâller hâlen tasarı<sup>24</sup> niteliği taşıyan Avrupa Vakfında<sup>25</sup> yönetim kurulunun karar vereceği durumlar olarak hükme bağlanmıştır. Yönetim kurulunun kararı ile sona erme nedenleri tasarıda, AV'nin amacını gerçekleştirme veya gerçekleştirilmesinin olanaksız hâle gelmesi, belirli sürenin sona ermesi, malvarlığının tamamını kaybetmesi olarak ifade edilmiştir. Bu nedenler gerçekleştiğinde yönetim kurulunun sona ermeye dair bu kararını denetim makamının<sup>26</sup> onayına sunması gerekir (m. 43.1).

<sup>24</sup> 8.2.2012 Tarihli COM(2012) 35 final 2012/0022 (APP) Sayılı “*Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Foundation (FE)*” Düzenleme (Tüzük), çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde “*AV Tasarısı*” şeklinde ifade edilecektir.

<sup>25</sup> Avrupa Vakfı ilk olarak, Hamburg’da bulunan Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk alanında faaliyette bulunan *Max Planck* Enstitüsü ile Heidelberg Sosyal Yatırım Merkezinden oluşan Konsorsiyum tarafından 2008 yılında tamamlanarak yayımlanan fizibilite çalışmasıdır. Daha sonra bu fikir Avrupa Komisyonu tarafından 8.2.2012 tarihinde son taslak hâline getirilmiştir.

Avrupa Komisyonunun açıklayıcı bilgi notunda, Avrupa Vakfının kuruluş amacını ifade etmek üzere şu beyanlara yer verilmiştir. Vakıflar Avrupa Birliğinde ve özellikle de sivil toplumda önemli bir rol oynamaktadırlar. Birçok alandaki çeşitli aktivitelerinden dolayı Birliğin önemli değerleri ve amaçlarına katkı sağlamaktadırlar. İnsan hakları, azınlıkların korunması, çalışma ve sosyal ilerleme, çevrenin korunması ve geliştirilmesi, bilimsel ve teknolojik ilerlemelerin geliştirilmesi vakıfların etkilediği hedefler olarak sayılabilir. Bu bağlamda, Avrupa 2020 stratejisinin ortaya koyduğu rasyonel, sürdürülebilir ve kapsamlı büyüme amacına ulaşılmasında vakıflar önemli katkılar sağlayacaktır. Bunun yanı sıra, Avrupa projesinde vatandaşlar ve sivil toplum vakıflar sayesinde aktif katılım sağlayacaktır. Hâl böyle olmakla birlikte, faaliyetlerinin AB içinde çeşitli engellerle karşılaşma olasılığı vardır. Şöyle ki, vakıflar AB içinde fonlarını verimli bir şekilde sınır ötesine aktaramamaktadırlar. Zira sınır ötesi faaliyetlerde, farklı ulusal hukukların yasal ve idari düzenlemeleri nedeniyle zorluklarla karşılaşılmaktadır.

Avrupa ortak pazarında vakıfların tesisi ve faaliyetlerini yürütmesi hususunda yasal bir zemin oluşturulmak istenmesi nedeniyle bu taslak ortaya çıkmıştır. Vakıfların kişisel fonlarını kamusal fayda sağlamak amacıyla AB içinde sınır ötesi aktarmaları ortak bir düzenleme ile kolaylaşacaktır. Bu çerçevede maliyetlerinin azalması nedeniyle vakıflar kamu yararına daha fazla finansman sağlayacak ve böylece Avrupa vatandaşlarının genel çıkarı ve AB Ekonomisi üzerinde bütün olarak olumlu bir etki yapacaktır. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0035:FIN:EN:PDF>> (30.4.2013).

<sup>26</sup> Tüm üye devletlerin, kendi sınırları içinde tescilli olan AV’lerin denetimi amacıyla bir denetim makamı belirlemeleri ve Avrupa Komisyonunu durumdan haberdar etmeleri gerekir (AV Tasarısı m. 45). Denetim makamının başlıca görevi yönetim organının işlemlerinin AV iç düzenlemesine, bu Tasarıya ve uygulanacak ulusal hukuk hükümlerine uygunluğunu sağlamaktır (AV Tasarısı m. 46/1).

## B. Vakfın Mahkeme Kararı ile Sona Ermesi

Yasak amaç güttüğü ya da yasak faaliyetlerde bulunduğu sonradan anlaşılan veya amacı sonradan yasaklanan<sup>27</sup> vakfın amacının değiştirilmesinin olanaksız olması hâlinde vakıf mahkeme kararı ile sona erdirilir (TMK m. 116/II). Yasak amaç, vakfın sona ermesi için yeterli değildir, bu amacın değiştirilememesi de gereklidir. Bu durumlarda, mahkemeye başvurma yetkisi denetim makamı veya Cumhuriyet Savcısındadır (TMK m. 116/II)<sup>28</sup>. Vakfa son verme hususunda görevli Asliye Hukuk Mahkemesi<sup>29</sup> (HMK<sup>30</sup> m. 2) evrak üzerinden inceleme yapamaz, duruşmalı olarak karar vermek zorundadır (TMK m. 116/II). Çekişmesiz yargı usulünün uygulanacağı bu davalarda duruşma yapılmasının nedeni, vakfa savunma yapma imkânı sağlamaktır<sup>31</sup>.

Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine, Anayasanın temel ilkelerine<sup>32</sup>, hukuka, ahlâka, adaba, millî birliğe ve menfaatlere<sup>33</sup> aykırı nitelik taşıyan, belli bir ırk veya cemaat mensuplarını destekleyen<sup>34</sup>

<sup>27</sup> Eğitim amacıyla faaliyette bulunan bir vakıf, Devletin eğitim tekeli eline alması durumunda sonradan yasaklanan amaç güden konuma ulaşacaktır: İŞERİ, 220; BALLAR, 158.

<sup>28</sup> MK'nın ilk hâlinde her ilgilinin de mahkemeye başvurma yetkisi vardı (m. 81). 903 sayılı Kanun ile değiştirilen ve günümüzde de aynı şeklini devam ettiren düzenleme doğrultusunda, ilgililer denetim makamını veya Cumhuriyet Savcısını bu konuda harekete geçirebilirler.

<sup>29</sup> Yetkili mahkeme ise ilgili vakfın yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir: İŞERİ, 221.

<sup>30</sup> RG. 4.2.2011, S. 27836.

<sup>31</sup> İŞERİ, 222; ÖZSUNAY, 460; AKÜNAL, 143.

<sup>32</sup> “Laiklik ve Anayasal düzen karştı eylemler, Tevhid-i Tedrisat Kanununa muhalefet, siyasal amaçlı faaliyetlerde bulunmak, izinsiz kurban derisi toplamak, yasak yayın bulundurmak, 8 yıllık eğitimi protesto etmek ve Kur’an kursu açmak” yasak amaç olarak nitelendirilen eylemler olarak mahkeme kararlarında yer almıştır: TBMM Darbe ve Muhtıraları Araştırma Komisyonu, 1174. “... Cumhuriyetimizin kurucusu Atatürk ilkelerine, laik ve demokratik dünya görüşüne karşı çıkan, millî bayramları yeren...” ifadeleri de yargı kararlarında hukuku ihlâl eden eylemler olarak tanımlanmıştır. Örnek olarak bkz. Y. 18. HD 16.2.2004 T., 2003/7556 E., 2004/957 K. (yayımlanmamış karar)

<sup>33</sup> Millî birlik ve millî menfaat olgularının vakfın amacı ve faaliyetlerinin hukukîliği konusunda dikkate alınmasına ilişkin bkz. Y. 18. HD 16.2.2004 T., 2003/7556 E., 2004/957 K. (yayımlanmamış karar).

<sup>34</sup> “münhasıran... cemaatine mensup kişileri destekler niteliktedir. Yukarıda belirtildiği üzere, senedin “Vakfın Amacı” başlığını taşıyan 3. maddesinde ... inancına mensup kişilerin dinî ihtiyaçlarını karşılamak yanında, salt bu inançtaki kişilere “her türlü maddî ve manevî desteği sağlayarak, yardıma muhtaç olanları ile doğal afetlere maruz

amaçlar “yasak” olarak kabul edilecektir (TMK m. 101/III). Ayrıca Anayasa’da vakfı kurma hürriyetinin sınırları olarak belirlenen, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması ilkelerini (Anayasa m. 33/III, VII) vakfın varlığını sürdürmesinde de arayabiliriz.

Vakfın illegal örgütlenmesi de mahkeme kararı ile sona erme nedenleri arasında yer alır. İlegal örgütlenmeden kasıt, VGM’den izin alınmadan ve hatta VGM’yi bilgilendirmeye dahi gerek duyulmadan birimler (şube, temsilcilik, yurt, pansiyon vb.) açılmasıdır (VK m. 5/III)<sup>35</sup>.

Vakıflar, yönetim organları aracılığıyla iradelerini dış dünyaya açıklarlar (TMK m. 50/I). Hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle vakfı borç altına sokan yönetim organının kusurları nedeniyle kişisel sorumluluğu saklıdır (TMK m. 50/II, III). Bu çerçevede, bir vakfın yasak amaç güdüp gütmeyeceği yönetim organının söylemleri ve/veya hareketleri ile tespit edilecektir. Başka bir anlatımla, vakfın bir üyesi tarafından yapılan bir beyan ve/veya eylem vakfa atfedilemeyecek, ilgili şahsın kişisel sorumluluğu olarak değerlendirilecektir. Hâl böyle olmakla birlikte, bir üyenin vakıf içinde, vakfın düzenlediği bir toplantı, seminer ve panel gibi bir etkinliğinde sarf ettiği yasak sözler, bu ortamı ve zemini hazırlayan vakıf tüzel kişiliğinin de sorumluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Keza vakıf tarafından tertip edilen bir toplantıda üçüncü kişilerin yaptığı konuşmalar da vakfın sorumluluğunu gündeme getirebilir. Ezcümle, bizzat vakıf tarafından yapılan yasak eylemlerin yanı sıra vakfın organize ettiği faaliyetlerde ortaya çıkan hukuksuzluk da buna neden olan, bunu

---

*kalanlarının yaşamlarının normalleştirilmesine yardımcı olacak her türlü maddî ve manevî destek hizmeti sunmaktır” denilmek suretiyle vakfın amacının belli bir cemaati (münhasıran ... inancında olan kişileri) desteklemek olduğunu açıkça ortaya koymaktadır...vakfının yasak amaç nedeniyle kapatılmasına...”* Y. 18. HD 22.11.2001 T., 2001/9599 E., 2001/10706 K. (yayımlanmamış karar). Bununla birlikte, Türkiye’de yaşayan çeşitli inanç mensuplarının, dinî inanç ve ibadet hak ve hürriyetlerini kullanabilmeleri için ibadet yerlerini yapmaları veya yapturmaları, eğitsel, sosyal ve kültürel açıdan gerekli çalışma ve faaliyetlerde bulunmaları ve bu amaçlar için de vakıf kurmaları mevzuatımıza uygundur.

<sup>35</sup> Y. 18. HD 16.2.2004 T., 2003/7556 E., 2004/957 K. (yayımlanmamış karar).

engellemeyen, bunun devamını aktif/pasif bir şekilde sağlayan vakfın sorumluluğu bağlamında değerlendirilir<sup>36</sup>.

Anayasa m. 33/IV’te hükme bağlanan “... siyasî amaç güdemeler, siyasî faaliyette bulunamazlar, siyasî partilerden destek göremez ve onlara destek olamazlar, sendikalarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçla ortak hareket edemezler” ifadesi (m. 33/IV), 4121 sayılı Kanun<sup>37</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişikliğe paralel olarak, eMK’da yer alan “... siyasî düşünce... desteklemek gayesi ile kurulmuş olan vakıfların tesciline karar verilemez.” hükmü (m. 74/II) de TMK’da bulunmamaktadır (m. 101/IV). Sonuç olarak, vakfın siyasî amaç gütmesi yasak amaç kategorisinde yer almamaktadır. Siyasî faaliyet gütmeye, belirli ve sürekli amaç kıstasına aykırı değildir. Ancak bu sonuçla birlikte kanunda örtülü boşluk<sup>38</sup> meydana geldiğini düşünüyoruz. Şöyle ki, belli bir ırk veya cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı (TMK m. 101/IV) ilkesi, vakıf siyasî faaliyet yapabilir sonucu ile çelişmektedir. Daha açık anlatımla, insan kalabalığı, topluluk anlamına gelen “cemaat” mensuplarının desteklenmesi ile belli bir topluluğu ifade etmek üzere kullanılan “siyasî görüş, siyasî parti”nin desteklenmesi arasında fark aramak tasavvur gücünün zorlanmasıdır. Belli bir siyasî partinin veya bu partiye gönül vermiş kişilerin menfaatleri için vakıf kurulabilecek iken belli bir inanç için bir araya gelen insanların ortak menfaatleri için vakıf kurulamaması Anayasa’nın eşitlik ilkesini (m. 10) ihlâl etmektedir. Son tahlilde, vakfın siyasî amaç güdebilmesi sonucu karşısında, çalışmamızın önceki bölümünde değindiğimiz<sup>39</sup>, belli bir inancı destekleme ve bu inançta olan kişilerin menfaatlerini korumayı amaç edinen vakfın yasak amaç güttüğüne ilişkin yargı kararını doğru bulmuyoruz. Aksi hâlde belli illeri hedef alan, sadece o ilin nüfusuna

<sup>36</sup> Aynı anlamda olmak üzere bkz. Y. 18. HD 16.2.2004 T., 2003/7556 E., 2004/957 K.: Yayınlanmamış karar.

<sup>37</sup> 4121 sayılı Kanun, 23.7.1995 tarihinde kabul edilmiştir: RG. 26.7.1995, S. 22355.

<sup>38</sup> Bir kuralın yorumu ile ulaşılan sonucun doğruluk ve güven ilkesini ihlâl etmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıması örtülü boşluk olarak ifade edilir. Daha açık anlatımla, bir kuralın aynı değer ve güçte başka bir kural ile çelişki içermesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EDİS, 134-135.

<sup>39</sup> Bkz. 34 No’lu dipnot.

kayıtlı olan öğrencilere burs veren vakıfların da kapatılması gerekmektedir.

Avrupa Birliğinde plânlanan AV’lerde ise denetim makamı, yönetim kurulunun kendisine tanınan yetki doğrultusunda AV’yi sona erdiren işlemi gerçekleştirmemesi ya da AV’nin kendi iç düzenlemesini, AV Tasarısı hükümlerini veya ulusal hukuku sürekli olarak ihlâl etmesi hâllerinde yetkili mahkemede dava açmak suretiyle AV’nin tasfiyesini talep edebilir (AV Tasarısı m. 43/II).

Alman hukuku, vergiden kaçmak amacıyla kamuya yararlı vakıf görünümü alan ve kamuya yararlı olmakla birlikte mallarını bu amaç doğrultusunda özgülemeyen vakıfların mahkeme kararı ile son bulması yönünde uygulama geliştirmiştir<sup>40</sup>.

İsviçre hukukunda amacın hukuka ve/veya ahlâka aykırı hâle gelmesi durumunda yetkili federal veya kanton makamı talep üzerine ya da kendiliğinden vakfın sona ermesine karar verebilir (ZGB § 88/I). Aile ve kilise vakıflarının bu gerekçe ile sona ermesi ise sadece mahkeme kararı ile mümkündür (ZGB § 88/II)<sup>41</sup>.

### **C. Vakfedenin Mirasçılarının ve/veya Alacaklılarının Açacakları Dava ile Vakfın Sona Ermesi**

Vakfedenin mirasçıları ile alacaklıları, bağışlamaya ve ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümler uyarınca dava açmak suretiyle vakfa son verebilirler (TMK m. 108). Şimdi bu durumları sırasıyla inceleyeceğiz.

#### **1. Vakfedenin Mirasçılarının Dava Açması**

Vakfedenin mirasçıları iptal ve/veya tenkis davası açmak suretiyle vakfa doğrudan veya dolaylı olarak son verebilirler.

Vakfi kuran ölüme bağlı tasarrufta<sup>42</sup> iptal nedenleri (TMK m. 557) varsa menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısı iptal davası açabilir

<sup>40</sup> WIGAND/HEUEL/STOLTE/HAASE-THEOBALD, 103.

<sup>41</sup> Hollanda Medenî Kanunu, vakfın kanunda öngörülen tanıma uygun olmamasını mahkeme kararı ile sona erdirmeye nedeni olarak hükme bağlamıştır: ÖZSUNAY, Ergun: “*Bazı Kara Avrupası Hukuklarında ve “Common Law”da Vakıflar ve AB “Avrupa Vakfı” Projesi*”, Vakıflar Genel Müdürlüğü Semineri, 15.

<sup>42</sup> Vakıf, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflardan hem vasiyet hem de miras sözleşmesi yolu ile kurulabilir. Nitekim 743 sayılı MK’da yer alan “*Vakıf, resmî senetle veya vasiyet*

(TMK m. 558/1). Örneğin vakfeden ayırt etme gücüne sahip olmadığı bir esnada (TMK m. 557/1) ölüme bağlı tasarruf düzenlemiş ve malvarlığının belli bir bölümünü belli bir amaca özgülemiş ise mirasçuları ya da vasiyet alacaklısı iptal davası açma hakkına sahiptir. Mahkemenin iptal kararı vermesi hâlinde, vakıf, kuruluş nedenini kaybeder ve böylelikle kendiliğinden son bulur.

Mirasçıların açabileceği bir diğer dava da tenkis davasıdır. Vakfedenin sağlararası işlem (resmî senet) veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurduğu vakıflarda, özgülenen mallar nedeniyle saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçıların (TMK m. 506) tenkis davası açma hakları vardır (TMK m. 560 vd.). Vakfî kuran hukukî işlemin resmî senet olması ve bunun da tenkise tâbi karşılıksız kazandırmalar (TMK m. 565/3-4) arasında bulunması hâlinde mirasçılar tenkis davası açabilirler. Vakfın ölüme bağlı tasarruf yolu ile kurulması durumunda da mirasçıların tenkis davası açmaları mümkündür. Kısacası, vakfî kuran hukukî işlem resmî senet de olsa, ölüme bağlı tasarruf da olsa tenkis davasına konu olabilir. Tenkis davası sonucunda karşımıza iki ihtimal çıkar: Birinci ihtimalde, vakfa özgülenen malvarlığı değeri tamamen terekeye döner. Bu sonucun gerçekleşmesi, vakfın kurucu unsurlarından birini kaybetmesine yol açar ve mahkeme kararı üzerine vakıf kendiliğinden sona erer. İkinci ihtimalde, vakfa özgülenen malvarlığı değeri hakkında tamamen değil kısmen tenkis kararı verilebilir. Bu ihtimalin iki sonucu vardır: Tenkis sonucunda geriye kalan malvarlığının vakfın amacını gerçekleştirmesini olanaksız hâle getirmesi hâlinde vakıf doğal olarak kendiliğinden son bulur; amacın gerçekleşmesine olanak sağlaması durumunda ise kalan mevcut mallarla vakıf faaliyetine devam edecektir.

Vakfedenin mirasçıları tarafından açılan iptal ve tenkis davalarında, her ne kadar mahkeme kararı neticesinde vakıf sona eriyor olsa da, bu durumları, amacın gerçekleşmesinin olanaksız hâle gelmesi nedeniyle kendiliğinden son bulma olarak kabul etmemiz gerekmektedir. Zira

---

*yolu ile kurulur...” (m. 74/1) hükmü 4721 sayılı TMK’da “Vakıf kurma iradesi, resmî senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır.” (m. 102/1) şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. UYAN, Göktürk: “Miras Sözleşmesindeki İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması”, İÜHFİM 2007, C. LXV, S. 2, s. 327 – 352, 328 vd.*

mahkeme kararı ile son bulma, TMK tarafından sadece yasak amaç güden veya yasak faaliyetlerde bulunan vakıflara hasredilmiş bir sonuçtur.

## 2. Vakfedenin Alacaklılarının Dava Açması

Vakfeden aleyhine elinde geçici veya kesin aciz vesikası bulunan alacaklıların yanı sıra vakfedenin iflâs etmesi hâlinde iflâs idaresi ile müflisin alacaklıları vakıf aleyhine dava açma hakkına sahiptir. Vakfedenin, haciz, aciz veya iflâstan önceki iki yıl içinde kurduğu vakıflar için bu durum söz konusu olur (İİK<sup>43</sup> m. 278). Alacaklıların açtığı bu davalardan birini kazanmaları hâlinde, ortaya çıkacak sonucun vasıflandırılması vakfın kaderi açısından son derece önemlidir. Şöyle ki, kanunun lafzına bakıldığında, iptal davası sonucunda tasarrufların batıl sayılacağı ifade edilmiştir (İİK m. 278). Batıl sayılma, tasarrufun tamamına ilişkin olursa vakıf başkaca herhangi bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın kendiliğinden son bulur. Bu ifadenin, sadece alacaklıların alacakları kadarı batıl sayılacak şeklinde algılanması durumunda ise geride kalan malvarlığı değerinin vakfın amacına ulaşması için yeterli olup olmadığı değerlendirilecek ve ulaşılan sonuca göre vakfın hukukî geleceği tespit edilecektir. İkinci değerlendirmenin daha rasyonel olduğunu düşünüyoruz<sup>44</sup>.

Acze düşen borçlunun alacaklılarının açacağı iptal davasının, bu tasarruflardan istifade eden kişinin iyiniyetli olması, daha açık anlatımla borçlunun durumunu bilmemesi hâlinde dinlenmeyeceği hükme bağlanmıştır (İİK m. 280/I). Bu hükmün vakıflar açısından uygulanma kâbiliyetinin olmadığı kanaatindeyiz. Zira tasarruftan istifade eden vakıf her halükarda iyiniyetlidir. Ancak vakfı kuran kişinin başka bir deyişle borçlunun kötüniyetli olduğu her türlü şüphenin dışındadır. Ayrıca, bir kişinin maddî amaçları gerçekleştirdikten sonra manevî amaçlara yönelmesi hakkaniyetin gereğidir.

Ölüme bağlı tasarruf yolu ile kurulan vakıf, özgülenen mal ve haklarla sınırlı olmak üzere miras bırakanın borçlarından sorumludur (TMK m. 105/III). Bu hâlde, vakfedenin (mirasbırakanın) borçlarını

<sup>43</sup> İcra ve İflas Kanunu: RG. 19.6.1932, S. 2128.

<sup>44</sup> Aynı doğrultuda bkz. ÖĞÜZ, 137.

ödeyen vakıf, geriye kalan mallar ile amaca ulaşamayacak bir duruma gelirse kendiliğinden son bulur.

## II. VAKFIN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

Vakfı sona erdiren nedenler ortaya çıktığı zaman tasfiye ve özgüleme süreçleri başlar. Şimdi sırasıyla bu süreçleri inceleyeceğiz.

### A. Vakfın Malvarlığının Tasfiyesi

Vakfın alacaklarının tahsil edilerek borçlarının ödenmesi ve bu suretle bilançonun ortaya çıkarılması tasfiyenin temel amacıdır<sup>45</sup>. Kendisini sona erdiren neden ortaya çıkan vakfın kişiliği ve ehliyeti tasfiye amacıyla sınırlı olmak üzere tasfiye sırasında da devam eder (TMK m. 52). Daha açık anlatımla, bu süreçte vakıf, senesinde belirlenen amaç için değil tasfiyeyi sağlamak üzere varlığını sürdürür. Kendiliğinden sona erme hâlinde tespit niteliğindeki mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın sona erme nedeni ortaya çıktığı anda, mahkeme kararı ile sona erme durumunda ise karar kesinleştiği zaman vakfın tasfiye süreci başlar<sup>46</sup>.

Kanunda veya senesinde aksi yönde hüküm yok ise vakıf terekenin resmî tasfiyesine ilişkin hükümler doğrultusunda vakıf tasfiye edilir (TMK m. 53). Vakıf senedinde tasfiyeye ilişkin bir hüküm konulması birçok sorunun önüne geçecektir. Hâl böyle olmakla birlikte genellikle vakıflar, özgülemeye ilişkin hükme senetlerinde yer vermekle birlikte tasfiye konusunda herhangi bir düzenleme ihdas etmemekte ve terekenin resmî tasfiyesi süreci başlamaktadır. Bu bağlamda, yönetim organının veya vakıflar genel müdürlüğünün müracaatı üzerine sulh hâkimi veya sulh hâkiminin atadığı bir ya da birkaç tasfiye memuru resmî tasfiyeyi gerçekleştirir (TMK m. 634/I). Terekenin resmî tasfiyesindeki usul böyle olmakla birlikte uygulamada, vakfın sona ermesine ilişkin olarak karar veren asliye hukuk mahkemesinin tasfiye kurulu oluşturması esası benimsenmiştir<sup>47</sup>. Tasfiye kurulu tarafından öncelikle vakfın malvarlığının

---

<sup>45</sup> "...bütün borçların ödenmesi ve alacaklarının tahsilinden sonra arta kalan...": Y. 18. HD 17.12.2012 T., 2012/9567 E., 2012/14757 K. (yayımlanmamış karar).

<sup>46</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 394; ÖZSUNAY, 92.

<sup>47</sup> "...Vakfın sona ermesi (dağılması) hâlinde mahkemeye tasfiyeden arta kalan mal ve hakların intikalini düzenleyen 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 27. ve Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün 19., 22. ve 33.



defteri düzenlenir ve ilân yapılarak vakıftan alacaklı ve vakfa borçlu olan kişilerin belirlenen sürede durumlarını bildirmeleri istenir (TMK m. 634/II). Sulh mahkemesinin gözetim ve denetimi altında işlerini yürüten tasfiye memurunun yaptığı veya tasarladığı işlemlere karşı VGM ve/veya vakıftan alacaklı olan kişilerin yedi gün içinde şikâyette bulunma hakları vardır (TMK m. 634/IV).

Vakfın tasfiyesi olağan usul veya iflâs usulü ile olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilir. Aktifi pasifinden fazla olan vakıf olağan usul ile tasfiye edilir. Bu bağlamda, alacaklar tahsil edilir: vakfın malları paraya çevrilir; borçları ödenir ve arta kalan değer de daha sonra inceleyeceğimiz usulde özgülenir (TMK m. 635). Mevcudu borçlarını ödemek için yeterli olmayan vakfın tasfiyesi sulh hâkimi tarafından iflâs usulü ile gerçekleştirilir (TMK m. 636). Daha açık anlatımla alacaklılar garameten dağıtılan miktar ile tatmin edilir.

### **B. Vakfın Malvarlığının Özgülenmesi**

Tasfiye sürecinin sonunda, vakfın malvarlığı safi hâle gelir. Bu durumda bakiye değerlerin nereye gideceği sorusunun cevaplanması ile birlikte vakıf hukuk âleminde tamamen silinir.

Vakfın sona erme nedenlerine göre malvarlığının özgülenme yeri de farklılık gösterir.

#### **1. Vakfın Kendiliğinden Sona Ermesi Hâlinde Malvarlığının Özgülenmesi**

Kendiliğinden son bulan vakfın malvarlığı kanun veya kurucu belgesinde başka bir deyişle senedinde yer alan hüküm doğrultusunda özgülenir (TMK m. 54/I). Yargıtay, sona eren vakfın malları üzerinde ne işlem yapılacağına mevzuatta hükme bağlandığı dolayısıyla bu hususların vakfedenin iradesi dışında olduğu yönünde karar vermiştir<sup>48</sup>. Uyuşmazlık

*maddeleri ile davalı vakfa ait senedin 12. maddesi uyarınca bir tasfiye kurulunun oluşumu ile borçların tasfiyesinden arta kalan mal ve hakların nereye devredileceği konusunda herhangi bir karar verilmemiş olması doğru görülmemiştir...*: Y. 18. HD 13.12.2012 T., 2012/6519 E., 2012/14484 K. (yayımlanmamış karar). Aynı doğrultuda bkz: Y. 18. HD 25.6.2012 T., 2012/6169 E., 2012/7758 K. (yayımlanmamış karar).

<sup>48</sup> “Tescili istenip mahkemece tesciline karar verilen vakıf senedindeki değişiklik davacının vakfı dağıtması hâlinde vakıf mallarının kendisine, ölümü hâlinde mirasçılara

konusu olayda vakfeden, vakfın dağılması hâlinde malların kendisine, ölümü hâlinde ise mirasçılara kalmasını şart koşturmuştur. Yargıtay bu tasarrufun mevzuata aykırı olduğunu, vakfedenin iradesinin bu konuda önem taşımadığını gerekçe göstererek vakfedenin bu iradesini geçersiz kılmıştır. Bu karara katılmıyoruz<sup>49</sup>. Zira karara gerekçe gösterilen hükümler incelendiğinde varılan sonucun böyle olmaması gerektiği görülmektedir. Şöyle ki, Yüksek Mahkemenin dayanak yaptığı hükümlerde açıkça “... vakıf senedinde aksine açık bir hüküm bulunmadıkça...” (eMK m. 77/III), “... vakıf senedinde yazılı hükümlere göre, senetlerinde özel bir hüküm bulunmayanlarda ise ...” (VK m. 27) ifadelerine yer verilmekle vakfedenin iradesinin öncelikli ve önemli olduğunu vurgulamaktadır. Bunun yanı sıra, vakıf mallarının mirasçılara intikalini öngören şartın, “Bir malın veya hakkın başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaktır.” (eMK m. 322/II; TMK m. 372/II) şeklindeki hükme de aykırılık teşkil etmediği kanaatindeyiz. Çünkü vakfeden, bu ifadesi ile kurduğu vakfın sona ermesi durumunda malvarlığının kendisine veya mirasçılara kalmasını istemiştir. Daha açık anlatımla, bu sonuçta vakfedenin ölümü hâlinde malvarlığı mirasçılara kalacak ve mirasçılar da bu değerler üzerinde diledikleri tasarrufu yapabilecektir. Oysa anılan hüküm, mirasçılardan tasarrufta bulunmasını yasaklayan, malvarlığının sürekli olarak kuşaktan kuşağa geçmesini sağlayan bir işlemin geçersiz olduğunu ifade etmektedir. Sonuç olarak, vakfedenin iradesi son derece önemlidir ve önceliğe sahiptir (TMK m. 54/I; VK m. 27).

Kendiliğinden sona eren vakfın malvarlığının, senette yer alan hükme göre özgülenmesi iki taraflı bir işlem niteliği taşımaktadır. Daha açık anlatımla, ilgili hükümden yararlanacak tüzel/gerçek kişinin iradesi

---

*kalmasını şart koşturmuştur. Vakfın hangi hâllerde nihayete ereceği ve nihayete ermesi hâlinde vakıf malları üzerinde ne işlem yapılacağı Türk Medenî Kanununun 77. ve 81/A maddesi ile Vakıflar Tüzüğü'nün 30-33. maddelerinde belirtilmiş olup bu hususlar vakfedenin iradesi dışındadır. Ayrıca vakıf mallarının mirasçılara intikalini öngören hüküm de Medenî Kanunun 322. maddesinde yasak kapsamında bulunmaktadır”*: Y. 18. HD 25.11.1993 T., 1993/12327 E., 1993/12953 K. (DEMİR, İlhan: **Yeni Vakıfların Temel Kitabı**, B. 2, Ankara 2005, 503).

<sup>49</sup> Aynı yönde bkz. ULUÇ, Yusuf: **Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı**, Ankara 2008, 582.

ile bu işlem tamamlanır<sup>50</sup>. Aksi bir anlayış kişilik haklarının vakfın kurucu iradesi tarafından kısıtlanması anlamına gelir.

Senedinde özel bir hüküm olmayan hâllerde, sona eren vakfın malvarlığı VGM'nin görüşü alınarak mahkeme kararıyla benzer amaçlı bir vakfa özgülenir (VK m. 27). Her ne kadar TMK bu hususta yetkili organın alacağı karara göre malvarlığının hukukî kaderinin tayin edileceğine ilişkin bir hüküm (m. 54/I) ihdas etmiş olsa da *lex posterior* (Sonraki tarihli kanunun uygulanması) ilkesi<sup>51</sup> gereği burada VK uygulama alanı bulur.

Alman hukukuna göre, sona eren vakfın malvarlığı kuruluş senedinde öngörülen kişilere, kuruluş senedinde bu konuya ilişkin herhangi bir hükmün yer almaması hâlinde ise vakfın yerleşim yerinin bulunduğu eyaletin hazinesine veya eyalet hukukunca öngörülen kişilere geçer (BGB § 88).

## 2. Vakfın Mahkeme Kararı ile Sona Ermesi Hâlinde Malvarlığının Özgülenmesi

Mahkeme kararı ile son bulan vakfın malvarlığının nereye özgüleneceği hususu VK'nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar netliğe kavuşmuş bir husus değildi. Şöyle ki, mahkeme kararı ile son bulan tüzel kişinin malvarlığının her hâlde ilgili kamu kuruluşuna geçeceğine ilişkin TMK hükmü (m. 54/III) karşısında, bu durumda malvarlığının mazbut vakıflar<sup>52</sup> tüzel kişiliğine özgüleneceği<sup>53</sup> yönündeki Tüzük hükmü

<sup>50</sup> "... Vakfına devredilmesi kararlaştırılmış ise de; ...Vakfının mal varlığını kabul etmediğine ilişkin karar almış olduğu ...": Konya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi 15.3.2012 T., 2010/699 E., 2012/160 K. (yayımlanmamış karar).

<sup>51</sup> Sonraki tarihli özel hüküm karşısında önceki tarihli genel hüküm uygulanma kâbiliyetini kaybeder. Bu ilkenin tespitinde kanunların adı değil, hükümlerin niteliği esas alınır. Daha açık anlatımla, TMK 2002, VK ise 2008 tarihli ve TMK genel, VK ise özel kanun değerlendirmesi neticesinde değil; TMK m. 54'ün, tüzel kişilere ilişkin genel hüküm, VK m. 27'nin ise vakıflara ilişkin özel hüküm olarak nitelendirilmesi sonucunda bu tâhile ulaşılmıştır.

<sup>52</sup> VK uyarınca VGM tarafından yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga eMK'nın yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı eVK gereğince VGM'ce yönetilen vakıflar mazbut vakıflardır (VK m. 3).

<sup>53</sup> "... Vakfının dağıtılmasına ve malvarlığının tespiti ile mazbut vakıflar tüzel kişiliğine devrine karar verilmesi istenilmiştir...": Y. 18. HD 16.2.2004 T., 2003/7556 E., 2004/957 K. (yayımlanmamış karar).

(TMKVHT m. 33/II) çelişkili bir durum oluşturuyordu. TMK'nın yürürlüğe girdiği 1.1.2002 ile VK'nın yürürlük tarihi olan 27.2.2008 tarihleri arasında kapatılan vakıflara uygulanacak hükmün tespiti açısından bu çelişkinin giderilmesi gerekmektedir. Normlar hiyerarşisi gereği tüzükler kanunlara uygun olmak zorundadır ve kanuna aykırı tüzük hükümlerinin ise uygulama kâbiliyetinden yoksun olduğu hususunda duraksama yoktur. Tüzük hükmünün TMK'ya aykırı olmadığı, örgütü ve organları olmayan mazbut vakıfların, kamu tüzel kişisi olan VGM'nin yönetimi altında olması nedeniyle TMK'da ifade edilen ilgili kamu kuruluşu vasfını haiz olduğu ileri sürülmüştür<sup>54</sup>. Mazbut vakıfların yorum yolu ile kamu tüzel kişisi olarak vasıflandırılması yönündeki görüşe katılmıyoruz. Zira her ne kadar VGM'nin yönetimi altında olsa da mazbut vakıflar özel hukuk tüzel kişisi niteliği taşımaktadır. Daha açık anlatımla, mazbut vakıflarda galle fazlasının<sup>55</sup> vakıf evlâtlarına veya ilgililerine gitmesi kamu yararına sonuçlar doğurmamaktadır. Bu değerlendirmeler ışığında mahkeme kararı ile kapatılan vakıf mallarının mazbut vakıflara gitmesi TMK'nın lafzı ve ruhu ile bağdaşmamaktadır. TMK hükmünün uygulanması şeklindeki değerlendirme sonucunda, kapatılan vakfın amacı doğrultusunda hangi kamu kuruluşunun ilgili olduğunu hâkim takdir yetkisini kullanarak tespit edecektir<sup>56</sup>.

Vakıflar Kanununun yürürlüğe girdiği 27.2.2008 tarihinden sonra mahkeme kararı ile son bulan vakfın tasfiyesinden arta kalan değerler VGM'ye intikal eder (m. 27)<sup>57</sup>. Zira burada önceki tarihli genel hüküm, sonraki tarihli özel hüküm ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>54</sup> AKYILDIZ, Ali: “*Vakfın Sona Ermesi: Kamu Düzenine Aykırılık ya da Fiilî Dağılıma*”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, 2006, S. 127, Y. 11, s. 3-7, 4.

<sup>55</sup> Mazbut ve mühlak vakıflarda, vakfın hayrat ve akarlarının onarımı ile vakfiyelerindeki hayrat hizmetlerinin ifasından sonra kalan miktarına galle fazlası denir (VK m. 3).

<sup>56</sup> Yargıtay bu dönemde kapatılan bir vakfın malvarlığının VGM'ye gitmesine karar vermiştir: Y. 18. HD 30.11.2004 T., 2004/8403 E., 2004/8889 K.: TBMM Darbe ve Muhtıraları Araştırma Komisyonu Raporu, 1175, <<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=28132>> (19.6.2013).

<sup>57</sup> TMK m. 54/III hükmü, *lex posterior* ilkesi gereği 23.11.2004 tarihinden itibaren dernekler için, 27.2.2008 tarihinde de vakıflar için uygulama kabiliyetini kaybetmiştir.

Tasfiye konusunda AV'lerde herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Şöyle ki, sona erme kararını yönetim kurulu da verse mahkeme de verse tasfiyeden arta kalan malların kaderi değişmez. AV'nin alacaklıları tamamen tatmin edildikten sonra tasfiye artığı mallar benzer nitelikteki kamu yararı amacı taşıyan kuruluşa aktarılacak, böyle bir kuruluşun olmaması hâlinde ise sona eren AV'nin kuruluş amacı doğrultusunda bu mallar sarf edilir. Tasfiye tamamlanmadan önce, arta kalan değerlerin dağılımına ilişkin bilgileri içeren bir raporla birlikte son hesabın yönetim kurulu veya tasfiye memuru tarafından denetim makamına gönderilmesi gerekir (AV Tasarısı m. 44).

Alman hukukunda, sona eren vakfın malları vakıf senedinde belirlenen kişiye geçer. Senette konuya ilişkin herhangi bir hüküm yer almaması durumunda, vakfın yerleşik olduğu federe devlet hazinesine veya federe devlet kanunlarında yer alan hükme göre mallar özgülenecektir (BGB § 88). Görüldüğü üzere BGB, malların özgülmesi açısından vakfın sona erme şekline göre bir ayrıma gitmemiştir.

## SONUÇ

Amacın gerçekleşmesi vakıf için kendiliğinden son bulma nedenleri arasındadır. TMK'nın bu yönde açık hüküm barındırmamasının kasıtlı susma değil "*bilinçli boşluk*" olarak nitelendirilmesi gerekir.

Kendiliğinden son bulma nedenlerinin gerçekleşmesi hâlinde vakfın sicilden silinmesi için mahkemenin vereceği karar "*tespit*" niteliğindedir. Zira bu nedenler, vakfın varoluşunu başka bir prosedüre ihtiyaç olmaksızın sona erdirmektedir. Ayrıca bu tespit davasını açma yetkisi *tüm ilgililerdedir*.

Vakfedenin mirasçılarının ve/veya alacaklılarının açtıkları dava nedeniyle vakfın sona ermesi, mahkeme kararı ile değil "*kendiliğinden*" son bulma şeklinde vasıflandırılır ve sonuçları buna göre tespit edilir. Bunun yanı sıra, vakfedenin alacaklılarının açtığı iptal davasında "*iyiniyet iddiası*" dinlenmez.

Vakıfların senetlerinde tasfiyeye ilişkin hükme yer vermeleri özendirilmelidir. Aksi hâlde terekenin resmî tasfiyesi hükümleri uygulama alanı bulur ve uygulama açısından uğraş veren bir süreç başlar.

Vakfın kendiliğinden son bulması durumunda malvarlığı, senedinde yer alan hükme göre özgülenir. Bu durumun doğal sonucu olarak, vakfedenin dağılan vakfın mallarının kendisine, kendisinin daha önce ölmesi hâlinde ise mirasçılara kalacağına ilişkin hüküm geçerlidir. Son tâhlilde, vakfedenin iradesi “önemli ve öncelikli”dir. Ayrıca, senette yer alan hüküm doğrultusunda malvarlığının özgülenmesi iki taraflı bir işlemdir. Senedinde bu konuya ilişkin hüküm barındırmayan vakıfların kendiliğinden sona ermesi durumunda malvarlığı, benzer amaçlı bir vakfa mahkeme kararı ile özgülenir.

Siyasî amaç gütmeye, siyasî faaliyette bulunma, siyasî partiyi destekleme gibi amaçların, yasak amaç olmaktan çıkarılmasına karşılık belli bir cemaati desteklemek amacıyla vakıf kurulamaması “örtülü boşluk” olarak değerlendirilir ve kanun koyucunun bu çelişkiyi gidermesi gerekir.

Mahkeme kararı ile son bulan vakfın malvarlığı, VK'nin yürürlüğe girdiği 27.2.2008 tarihine kadar, özel hukuk karakteri ağır basan mazbut vakıflar tüzel kişiliğine değil, hâkimin takdir edeceği “ilgili kamu kuruluşu”na gitmelidir. Bu sonuç, normlar hiyerarşisi ve TMK'nın lafzına uygundur. VK'nin uygulamaya konulması ile birlikte bu ihtilâf ortadan kalkmış ve mahkeme kararı ile son bulan vakfın malvarlığının VGM'ye intikal edeceği açık hükme bağlanmıştır (m. 27).

**BİBLİYOGRAFYA**

- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya:** Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış, C. I, B. 9, İstanbul 2012.
- AKÜNAL, Teoman:** Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995.
- AKYILDIZ, Ali:** “*Vakfın Sona Ermesi: Kamu Düzenine Aykırılık ya da Fiilî Dağılıma*”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, 2006, S. 127, Y. 11, s. 3-7.
- ALTAŞ, Hüseyin:** “*Türkiye’de 1926-1967 Dönemi Arasında Vakıf Sistemi*”, Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu, Ankara 2004, s. 87-98.
- BALLAR, Suat:** Yeni Vakıflar Hukuku, İstanbul 1991.
- DEMİR, İlhan:** Yeni Vakıfların Temel Kitabı, B. 2, Ankara 2005.
- EDİS, Seyfullah:** Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B. 6, Ankara 1997.
- EM, Ali:** Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, B. 2, Ankara 2011.
- GÜRZUMAR, Osman Berat:** “*Türk Medenî Kanunu’nun “Vakıflarda İyelik olmaz.” Hükümünü İptâl Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında*”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 523 – 547.
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu:** Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), İstanbul 2013.
- İŞERİ, Ahmet:** Türk Medenî Kanununa Göre Vakıf (Tesis), Ankara 1968.
- KÖPRÜLÜ, M. Fuad:** İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi, B. 2, Ankara 2005.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami:** Medenî Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, B. 18, İstanbul 2012.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe:** Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, B. 12, İstanbul 2012.

- ÖĞÜZ, Tufan:** Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukukî Esasları, İstanbul 2007.
- ÖZKAYA, Eraslan:** Eski Vakıf Hukuku, Ankara 2012.
- ÖZSUNAY, Ergun:** Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, B. 5, İstanbul 1982.
- ÖZSUNAY, Ergun:** “Bazı Kara Avrupası Hukuklarında ve “Common Law”da Vakıflar ve AB “Avrupa Vakfı” Projesi”, Vakıflar Genel Müdürlüğü Semineri.
- ÖZTÜRK, Nazif:** Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar, Ankara 1995.
- ULUÇ, Yusuf:** Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2008.
- UYAN, Göktürk:** “Miras Sözleşmesindeki İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması”, İÜHFİM 2007, C. LXV, S. 2, s. 327 – 352.
- WIGAND, Klaus/HEUEL, Markus/STOLTE, Stefan/HAASE-THEOBALD, Cordula:** Stiftungen in der Praxis, Recht, Steuern, Beratung, B. 3, Heidelberg 2011.

## KISALTMALAR

|      |                                    |
|------|------------------------------------|
| AB   | : Avrupa Birliği                   |
| Abs. | : Absatz                           |
| AV   | : Avrupa Vakfı                     |
| B.   | : Bası                             |
| BGB  | : Bürgerliches Gesetzbuch          |
| C.   | : Cilt                             |
| E.   | : Esas                             |
| eMK  | : Türk Kanunu Medenisi             |
| eVK  | : 2762 sayılı Eski Vakıflar Kanunu |
| Gov  | : government                       |
| HD   | : Hukuk Dairesi                    |
| İİK  | : İcra ve İflas Kanunu             |
| K.   | : Karar                            |



|           |  |
|-----------|--|
| m.        | : madde  |
| RG.       | : Resmî Gazete   |
| S.        | : Sayı   |
| StiftG HH | : Hamburgisches Stiftungsgesetz                                |
| T.        | : Tarih  |
| TBMM      | : Türkiye Büyük Millet Meclisi                                 |
| TMK       | : Türk Medenî Kanunu   |
| TMKVHT    | : Türk Medenî Kanununa Göre Kurulan<br>Vakıflar Hakkında Tüzük |
| vb.       | : ve benzeri   |
| vd.       | : ve devamı  |
| VGM       | : Vakıflar Genel Müdürlüğü                                     |
| VK        | : 5737 sayılı Vakıflar Kanunu                                  |
| Y.        | : Yargıtay   |



# AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ve AVRUPA BİRLİĞİ İŞ HUKUKUNUN KAYNAKLARI ve TEMEL ÖZELLİKLERİ

Yrd. Doç. Dr. Semih Serkant Aktuğ\*  
Uğur Çelik\*\*

## ÖZET

Avrupa Birliği (AB) üyesi devletlerin hukuk sistemlerini doğrudan ya da dolaylı etkileyen karmaşık ve gelişmiş bir iç hukuka sahip eşsiz özelliği olan uluslararası kuruluşlardandır. AB, federal bir hükümet değil, hükümetler arası bir organizasyondur. Avrupa Birliği ve dolayısıyla Avrupa Birliği İş Hukukunun üç temel kaynağı bulunmaktadır: birincil normlar, ikincil normlar ve türev hukuk. Birincil normlar, Avrupa Birliği'ni kuran antlaşmalardır. İkincil normlar, antlaşmalara temel oluşturan tüzükler ve yönergelerdir. Birlik Hukukunun yardımcı kaynakları olarak da içtihat kararları, uluslararası hukuk ve Avrupa Birliği Hukukunun genel prensipleri gösterilebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa Birliği, Hukuk, İş Hukuku, Sosyal Politika.

## EUROPEAN UNION LAW AND THE SOURCES OF EUROPEAN UNION LABOUR LAW AND BASIC OF FEATURES

### ABSTRACT

The European Union (EU) is unique among international organisations in having a complex and highly developed system of internal law which has direct or indirect effect within the legal systems of its member states. The EU is not a federal government, nor is it an

---

\* Siirt Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi.

\*\* Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Uzmanı.

intergovernmental organisation. The three sources of European Union law (also European Union Labour Law) are primary law, secondary law and supplementary law. The main sources of primary law are the Treaties establishing the European Union. Secondary sources include regulations and directives which are based on the Treaties. Supplementary sources of European Union law including case law by the Court of Justice, international law and general principles of European Union law.

**Keywords:** European Union, Law, Labour Law, Social Policy.

## 1. GİRİŞ

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne (AB) tam üyeliğinin söz konusu olması nedeniyle son yıllarda önem kazanan “AB Müktesebatı” çalışmalarında sosyal politika alanına ilişkin AB İş Hukuku kurallarının öne çıktığı ve Türk İş Hukukunda esneklik ve iş güvencesine yönelik olarak yapılan düzenlemelerde de sürekli anılan hükümlere gönderme yapıldığı görülmektedir.

AB İş Hukuku kurallarının yönergelerle ve asgari normların tespiti şeklinde düzenlenmesinin genel standartları düşürdüğü yönünde yoğun eleştiriler olsa da Türkiye'nin mevcut İş Hukuku standartları açısından AB yönergeleri bir geriye gidiş değil, tersine ilerlemeyi ifade etmektedir.

Öte yandan AB ile yaşanan “Gümrük Birliği” sürecinde salt ucuz işgücüne dayalı rekabet anlayışının –yani sosyal dampingin- Türkiye'ye kaybettirdiklerinin yanında kazandırdıklarının da sınırlı kaldığı görülmektedir. Gerek ekonomik gerekse de sosyal standartları AB seviyesine çıkarmadan ucuz işgücü ve işlenmiş tarım ürünleri dışında genel olarak daha kârlı işkollarında rekabet etmek, öte yandan AB endüstri ilişkileri sistemiyle bütünleşmek söz konusu olamayacaktır.

Yukarıda belirtilen sebeplerle, çalışmanın birinci bölümünde genel olarak Avrupa Birliği Hukuku kavramı, ikinci bölümünde de birinci bölüm üzerinde şekillenen Avrupa İş Hukuku kavramı, kaynakları ve özellikleri incelenmektedir.

## 2. GENEL ANLAMDA AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE KAYNAKLARI

### 2.1. Avrupa Birliği Hukuku Kavramı

Avrupa Birliği Hukuku, kaynakları açısından geleneksel uluslararası hukuktan farklılık göstermektedir<sup>1</sup>. AB Hukukunun kaynakları; Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT)'nu kuran Paris Antlaşması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET)'nu kuran Roma Antlaşmaları (kurucu antlaşmalar) başta olmak üzere Birlik üyelerince yapılan antlaşmalar ve temel antlaşmalarla yetkili kılınan organlarca ihdas edilen normlar bütünü (Birlik müktesebatı) ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) kararları olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>.

AB'de kurumlaşma süreci ilerledikçe sistem rayına oturmaktaysa da halen üye devletlerin kendi içlerinde geçerli olacak hukuk kurallarını yaratmaları asıl olup, “hukuki çeşitliliklerin” tamamıyla ortadan kaldırılarak mutlak bir hukuki birliğin (hukukların birleştirilmesi) sağlanması ilke olarak söz konusu değildir<sup>3</sup>. Bununla birlikte iç hukukların; “denkleştirilmesi”, “uyumlaştırılması” ve “koordinasyonu” teknikleriyle hukuki bütünleşme (*entegrasyon*) sağlanmaya çalışılmaktadır<sup>4</sup>. Öte yandan 1999 Mayıs'ında yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile antlaşmaların basitleştirilmesi ve AB Hukukunun yeknesaklığının sağlanması alanında tarihi gelişmeler kaydedilmiştir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Adaoğlu, H. S.*, Avrupa Topluluğu Hukukunun Üye Ülkelerde Uygulanmasında Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlişkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2003, s. 14

<sup>2</sup> *Günüğur, H.*, Avrupa Topluluğu Hukuku, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara, 1996, s. 1

<sup>3</sup> *Reisoğlu, S.*, Ortak Pazar Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No: 316, Ankara, 1973, s. 23

<sup>4</sup> *Özsunay, E.*, “AET'de Hukukların Koordinasyonu, Uyumlaştırılması, Denkleştirilmesi ve Topluluk Hukukunun Belirgin Özellikleri”, Birinci Avrupa Haftası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Hukuku Araştırma Merkezi, İstanbul, 1979, s. 54

<sup>5</sup> *Arsava, A.F.*, Amsterdam Anlaşması'nın Avrupa Birliği Hukuku'na Katkıları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Yayın No: 589, Ankara, 2000, s. 5 vd.

Hukukların koordinasyonu (*coordination*), kuralların özüne ilişmeksizin ulusal hukuklar arasındaki bariz çelişki ve sivriliklerin giderilmesidir. Böylelikle hukuk kurallarının “*bir karşılaştırma yapılmasına olanak verecek derecede belirli bir düzeye getirilmesi ve bu kuralların üye devletler yurttaşları bakımından zararlı ve sakıncalı olan yönlerinin giderilmesi*” hedeflenmektedir<sup>6</sup>.

Hukukların uyumlaştırılması (*harmonisation*), üye devletler hukuklarının ortak bir amaca yönelik olarak yaklaştırılmasını, hatta temel ilkelerin birleştirilmesini ifade etmektedir. Koordinasyondan farkı, hukuklar arasındaki bariz çelişki ve sivriliklerin giderilmesi ile yetinilmeyip, bunların “*ortak bir amaca yönelik olarak köklü bir biçimde yakınlaştırılmaları ve uyumlu bir duruma getirilmesi*” dir<sup>7</sup>.

Hukukların denkleştirilmesi (*rapprochement*), “tek (ortak) pazar”ın kuruluşu ve işleyişinde doğrudan etkili ulusal hukuk kurallarının, kuruluş ve işleyiş için gerekli olduğu ölçüde yaklaştırılmasıdır<sup>8</sup>. Roma Antlaşması’na göre Konsey hukukların denkleştirilmesini çıkardığı “yönergelerle” sağlar. Örneğin “toplu işçi çıkarmalar” konusunda Konsey’in 98/59 Sayılı bir yönergesi mevcuttur. Denkleştirme “hukukların birleştirilmesi” değildir; şöyle ki ulusal hukuk kurallarının “Tek Pazar”ın kuruluş ve işleyişini engellemeyen kısımları korunmaktadır.

Yukarıda belirtilen temel yöntemlerin kullanılmasıyla AB Hukukunun geliştirilmesi mümkün olmaktadır.

## **2.2. Avrupa Birliği Hukukunun Temel Özellikleri**

Avrupa Birliği henüz devlet niteliğini kazanmaktan uzak gözükmektedir. AB organları, kendi öz iradeleriyle –zaten- sınırlı olan yetki alanlarını genişletemezler. Ancak normal bir uluslararası örgüt de söz konusu değildir. Üye devletler egemenlik alanlarının bir kısmını AB lehinde kısıtladıklarından (devrettiklerinden) devredilen kısımla sınırlı

---

<sup>6</sup> Özsunay, s. 56

<sup>7</sup> Özsunay, s. 58 vd.

olarak AB organlarının yetkisi devreye girmektedir<sup>9</sup>. Bir tarafta yetki devri ve egemenlik konusunda tartışmalar yaşansa da özellikle Lizbon Antlaşmasıyla bu konuda önemli değişiklikler yapılmıştır<sup>10</sup>. 2004 ve 2007 yıllarında yaşanan genişleme süreçleriyle üye sayısı neredeyse iki kat artan AB organlarının görevlerini etkili bir şekilde yerine getirebilmesini sağlamak reformların temel amacıdır<sup>11</sup>. Lizbon Antlaşması'nda, AB'nin sahip olduğu yetkiler kısmen yeni baştan düzenlenmiş kısmen de genişletilmiştir<sup>12</sup>. AB, “*geleneksel anlamda devlet ile uluslararası kuruluş arasında bir yerdedir*”<sup>13</sup>. Bu farklı durum AB Hukukuna da yansımaktadır. Anılan hukukun belli başlı özellikleri şöyle sıralanabilir:

-Geleneksel uluslararası örgütlerden farklı olarak “devletlerarası işbirliği” yerine “ekonomik, sosyal ve siyasal bütünleşme” amacını taşıyan AB'nin, hukuku da uluslararası değil uluslarüstü özellik taşıır<sup>14</sup>. AB Hukuku uluslararası hukukla yakın ilişki içinde olmasına karşılık, uluslararası hukuktan bağımsız, uluslarüstü (*supranasyonal*) ve kendine özgü nitelikleri (*sui generis*) olan bir hukuk sistemidir. “Kendine özgü nitelikler”<sup>15</sup> in bir kısmı uluslararası hukukta da görülebilmesine karşın,

<sup>8</sup> Özsunay, s. 59

<sup>9</sup> Tekinalp, Ü., Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2000, s. 67

<sup>10</sup> Bkz. Akdoğan, M., “Avrupa Birliği ve Birlik Üyesi Devletler Arasında Egemenlik İlişkisi”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 24, 2010, s. 55 vd.

<sup>11</sup> Güneş, A. M., Avrupa Birliği Hukuku I, İstanbul, 2012, s. 34

<sup>12</sup> Bkz. Metin, Y./Altan, Y., “Lizbon Antlaşması Sonrasında Subsidiarite İlkesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 3, 2011, s. 131 vd.

<sup>13</sup> Borchardt, K. D., Topluluk Hukukunun ABC'si, Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, Ankara, 1995, s. 10

<sup>14</sup> Karakaş, A. I., Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus-Devlet Egemenliği, Der Yayınları, İstanbul, 1993, s. 24

<sup>15</sup> AB Hukukunun niteliği ile ilgili yapılan tartışmalarda AB Hukukunun uluslararası hukukun bir parçası olup olmaması sorunu ön plana çıkmaktadır. Yapılan tartışmalara ATAD kararlarında önemli ölçüde cevap verilmiştir. Nitekim ATAD'ın 5.2.1963 tarihli Van Gend en Loos davasında verdiği kararda; “...Topluluk, devletlerin sınırlı alanlarda egemenlik haklarının kısıtlandığı ve sùjelerinin sadece üye devletler olmayıp, aynı zamanda bu devletlerin vatandaşlarının da olduğu, uluslararası hukukun yeni bir hukuk düzenini oluşturmaktadır.” denilmektedir. ATAD, 15.7.1964 tarihli Costa v. Enel davasında verdiği kararda ‘uluslararası hukukun yeni bir düzeni’ ifadesini kullanmayı bırakmıştır. Bu kararda Birlik hukuku şu şekilde nitelendirilmiştir: “... Alışıl gelmiş

bu nitelikler uluslararası hukukun temel nitelikleri değil, istisnai olarak görülen özelliklerdir<sup>16</sup>. Üye devletlerin egemenlik yetkilerinin bir kısmını AB organlarına devretmeleri sonucu anılan organlar “uluslarüstü” özelliktedirler<sup>17</sup>. Üstelik geleneksel uluslararası antlaşmaların büyük kısmının tersine AB Hukukundan üye devletlerdeki gerçek ve tüzel kişiler yararlanabilir, bu hukuk uyarınca bir takım haklardan faydalanabilirler ve mükellefiyetlerle sorumlu tutulabilirler.

-AB Hukuku üye devletlerde doğrudan uygulanır ve hukuki etki doğurur. Kurucu antlaşmalarda bu yönde hiçbir genel hüküm yer almasa da ATAD vermiş olduğu kararlarla anılan ilkeyi yaşama geçirmiştir. Kurucu antlaşmalarda mevcut ve “*nitelikçe uygun olan tüm maddeler – ayrıca bir tasarrufla bulunulmasına ihtiyaç olmaksızın- üye devletlerin iç hukuklarının da bir kısmını meydana getirirler*”<sup>18</sup>. Doğrudan uygulanan normlar –yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren-hem üye devletlere hem de uyruklarına uygulanır ve üye devletlerin tamamında üniform etkiler yaratırlar<sup>19</sup>. Bu durum AB Hukuk sistemini geleneksel uluslararası hukuktan ayıran önemli bir konudur. Burada geleneksel yapıdan ayrılan en önemli unsur; AB Hukukunda, zorunlu bir yargı sistemi<sup>20</sup> ve getirilen

---

*uluslararası anlaşmalardan farklı olarak, AT antlaşması yürürlüğe girdiği andan itibaren üye devletlerin hukuk sistemleri ile bütünleşen ve yargı yerlerini bağlayan özgün bir hukuk düzeni kurmuştur. ... Özgül ve orijinal doğası nedeniyle antlaşmalardan doğan hukuka hiçbir iç metin aykırı olamaz.”* Adaoğlu, s. 12 vd.

<sup>16</sup> Adaoğlu, s. 12

<sup>17</sup> Birliğin önemli özelliklerinden birisi de üye devletlerin birtakım yetkilerini Birlik organlarına devretmesidir. Bu konu kurucu antlaşmalarda düzenlenmemiş olmasına karşın ATAD içtihatları ile geliştirilmiş ve üye devletler tarafından benimsenmiştir. Yetki devrinin ele alındığı en önemli davalardan biri Costa V. Enel davasıdır. Ancak dava her ne kadar üye devletlerin yetkilerinde sınırlamalar getirirse de bu egemenlik ve yetki devri konusunda çeşitli tartışmalar mevcuttur. Ekleyelim ki; amaçlanan devleti ortadan kaldırmak değil, ulusal politikaların dayanışma ve bütünleşmeyi içerecek şekilde disipline edilmesidir. Adaoğlu, s. 19 vd.

<sup>18</sup> Reisoğlu, s. 25

<sup>19</sup> Günuğur, s. 70 vd.

<sup>20</sup> Bkz. Thiele, A., “Lizbon Antlaşması’ndan Sonra Avrupa Birliği’nin Yargısal Korunma Sistemi – İleri Doğru Bir Adım Mı?”, (Çev. A. M. Güneş), Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Sayı: 3, 2011, s. 63 vd.



düzenlemelerin uygulanmasını sağlayacak idari ve hukuki mekanizmanın varlığıdır.

-Yine ATAD kararlarına göre –ve doğrudan uygulanırlığın doğal sonucu olarak- AB Hukuku ile ulusal hukukların çatışması durumunda “Birlik Hukukunun Üstünlüğü” ilkesi geçerli olacaktır<sup>21</sup>. Üstelik ATAD’a göre, “*Topluluk Hukuku normları yürürlüğe girdikleri andan başlayarak yalnızca kendileriyle çatışan ulusal hukuk normlarının uygulanmasını durdurmakla kalmazlar, Topluluk Hukukuna ters düşen ulusal hukuk normlarının kabul edilmesini de önlerler*”<sup>22</sup>. Söz konusu ilke Birlik Hukuku normlarının tamamı için geçerlidir ve ulusal anayasalardaki hükümler AB Hukukunun zararına kullanılamaz<sup>23</sup>. Üye devletlerdeki yargıçlar, Birlik Hukukuna aykırı ulusal normları derhal uygulama dışında bırakmak zorundadırlar<sup>24</sup>.

Yukarıda belirtilen özellikler nedeniyle ATAD, AB Hukukunu “kendine özgü” (sui generis) bir hukuk olarak nitelendirmektedir<sup>25</sup>.

### 2.3. Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları

AB Hukukunun “kendine özgü niteliği” kaynaklarında da kendini göstermektedir. Kaynakların bazıları kimilerince, üye devletlerde yürürlükte olan klasik hukuki kaynakların izdüşümü olarak nitelense ve parçası oldukları hukuk düzeni “*bildiğimiz kavramlar aracılığıyla değerlendirildiğinde bir tür işlevsel (fonctionnel) federalizmi andırırsa*” bile, ortada geleneksel anlamda hukuk kaynakları bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle, kaynakların sınıflandırılmasında da farklılıklar mevcuttur. Kanımızca ATAD kararları göz önünde tutularak “anayasal

<sup>21</sup> Lizbon Antlaşmasına eklenen 17 numaralı deklarasyonda, Birlik antlaşmalarının ve bu antlaşmalara dayanarak oluşturulan hukukun, ATAD’ın daimi bir şekilde sürdürdüğü içtihadı uyarınca ve bu içtihadta vurgulanan şartlar altında ulusal hukuka göre öncelikli olduğu belirtilmiştir. *Güneş, A. M., “Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XII, Sayı: 1-2, 2008, s. 748*

<sup>22</sup> ATAD, SIMMENTAL I Davası, RCJ, 1978, s. 629 vd. (Aktaran: *Günuşur, s. 76*)

<sup>23</sup> *Günuşur, s. 79*

<sup>24</sup> *Huglo, J. G., “L’application du droit communautaire par le juge national”, Biblio-Europe, No:3, 1997, s. 37; Moreau, S. H., “L’influence du droit social communautaire sur le droit interne”, Droit Social, No: 7/8, Juillet-Août 1992, s. 741 vd.*

<sup>25</sup> *Günuşur, s. 26; Reisoğlu, s.27 vd.*

nitelikte olma kıstası” (asli-tali ayrımı) uygulanması isabetli olabilir. Ancak yine de ATAD’nın, önüne gelen davalarda öncelikle kurucu antlaşmaları (birincil normlar), türev hukuk kurallarını (ikincil normlar), sözleşmeleri ve bazı atipik kuralları uyguladığı; bunların AB’nin işlemlerine ve antlaşmalarda öngörülen hedeflere ulaşılmasına yetmediği durumlarda ise genel hukuk ilkeleri ile temel hak ve özgürlüklere başvurduğu unutulmamalıdır<sup>26</sup>.

### 2.3.1. Asli Kaynaklar

AKÇT’nu, AET’nu ve AAET’nu kuran üç antlaşma (kurucu antlaşmalar) ile sonradan bunları değiştiren tüm belgeler<sup>27</sup> genelde “AB Anayasası” olarak kabul edilmektedir<sup>28</sup>. Ancak daha önce değindiğimiz gibi, özellikle AET Antlaşması, bazı yönleriyle anayasayı andıran bir “çerçeve-antlaşma” niteliği taşımaktaysa da; içerdiği pek çok somut madde açısından bir “yasa-antlaşma” olarak da nitelendirilmekte ve geleneksel anayasalardan ayrılmaktadır.

ATAD kurucu antlaşmaların yorumunda ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamakla yükümlü olduğundan<sup>29</sup>, “genel hukuk ilkelerini”, kurucu antlaşmalardan bağımsız hatta onların üstünde yer alan

<sup>26</sup> *Günüğür*, s. 252 vd.

<sup>27</sup> Kurucu antlaşmalar; 1951 tarihinde Paris’te imzalanan ve Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu’nu kuran Antlaşma ile 1957 yılında Roma’da imzalanan ve Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu’nu kuran Roma Antlaşmaları’dır. Değiştirici Antlaşmalar ise, 1986 tarihli Avrupa Tek Senedi, 1992 tarihli Avrupa Birliği Antlaşması (Maastricht Antlaşması), 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması ve son olarak da 2001 tarihli Nice Antlaşması’dır. Bunlara, 1957 yılında imzalanan ve üç Topluluk için tek bir Genel Kurul ve Mahkeme oluşturulmasını sağlayan “Avrupa Toplulukları İçin Ortak Organlar Oluşturulmasına İlişkin Antlaşma” ile 1965 yılında imzalanıp, 1967 yılında yürürlüğe giren ve üç Topluluk için tek bir Konsey ve Komisyon oluşturan Füzyon veya Birleşme Antlaşması’nı da ekleyebiliriz.

<sup>28</sup> *Tekinalp*, s. 68; *Günüğür*, s.163; *Roth*, W. H., “Avrupa Topluluğu Hukuku’nun Özelliği ve İşlevi” (Çev. Öner Eyrenci), *Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye’nin Uyumu Semineri*, Türk Ekonomi Bankası-İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, 1989, s. 49; *Karakaş*, s. 39; *Tan*, T., “Topluluk Hukuku’nun Kaynakları”, *Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu*, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 64 vd.; *Borchardt*, s. 33 vd.

<sup>29</sup> *Güneş*, A. M., “Avrupa Birliği Hukukunda Yargısal Korunma”, *Kazancı Hukuk Dergisi*, Sayı: 43-44, 2008, s. 24

birincil hukuk kaynağı olarak kabul etmektedir<sup>30</sup>. Ancak yine de anılan ilkelerin “tamamlayıcı” niteliğinin vurgulanması gereklidir. Çünkü uygulamada ATAD önüne gelen somut olaya uyan bir kurucu antlaşma hükmü bulunmadığı zaman, boşluğu doldurmak için genel hukuk ilkelerinden yararlanarak hukuk yaratma yoluna gitmektedir<sup>31</sup>. Kuşkusuz gerçekte somut olayla sınırlı olan hukuk yaratma, içtihatların istikrar kazanması sonucu zamanla “ölçü norm” niteliğinde etkiler de doğurmaktadır<sup>32</sup>.

Kurucu antlaşmalarda temel hak ve özgürlüklere az yer ayrılması ve yakın zamana kadar açıkça listelenmemesi sonucu ortaya çıkan boşluk uzun süre ATAD’nca doldurulmuştur<sup>33</sup>. Amsterdam Antlaşması (1997) ve Nice Antlaşması (2001) ise, Maastricht Antlaşması’nı değiştiren ve tamamlayan hükümler getirerek, Avrupa bütünleşmesinin önündeki engelleri kaldırılarak, bütünleşme sürecini hızlandırma gayesini gütmüştür. Bununla birlikte Avrupa Birliği Anayasası’nı kendinden önce gelen diğer düzenlemelerden ayıran en önemli özellik, bu anayasa taslağının çok geniş çapta ve köklü değişiklikler içermesidir. Avrupa Birliği Anayasası, Birliğin temelini oluşturan kurucu antlaşmalar ile onları değiştiren antlaşmaları bir metinde bütünleştirmiştir<sup>34</sup>. Avrupa Birliği Anayasası ayrıca, 2001 yılında imzalanan Nice Antlaşmasında kabul edilen Temel Haklar Şartı (THŞ)’ni<sup>35</sup> da bünyesine dâhil etmiştir<sup>36</sup>. Kendinden önceki ATAD kararlarına ve diğer sosyal belgelere de atıf yapan –zaten esasen bunların genel bir derlemesi niteliğinde olan-

<sup>30</sup> Azrak, Ü., “Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararlarında Beliren Hukukun Genel İlkeleri”, Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 103

<sup>31</sup> Karakaş, s. 40 vd.

<sup>32</sup> Azrak, s. 104

<sup>33</sup> Bkz. Oder, B. E., Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2000, s. 737 vd.; Karakaş, s. 47

<sup>34</sup> Güneş, 2008, s. 741

<sup>35</sup> Bkz. Taşdemir, H. /Demir, H., “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt: 2, No: 3, 2002, s. 86 vd.

<sup>36</sup> Uçkan, B., “Avrupa Anayasası’nın Genel Çerçevesi ve Sosyal Politikalara İlişkin Temel Düzenlemeleri”, <http://www.calismatoplum.org/sayi6/makale%203.pdf>, (Erişim tarihi: 15.04.2013)

THŞ'nin hukuki bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Ancak ATAD kararlarında THŞ hükümlerine atıflar yapmakta ve anayasal nitelik kazandırmaktadır<sup>37</sup>.

### 2.3.2. Tali Kaynaklar

#### 2.3.2.1. Türev Hukuk Kuralları

Türev hukuk kuralları, kurucu antlaşmaların yetkili kıldığı AB organlarınca hukukların uyumlaştırılması, denkleştirilmesi veya belli konularda ortak bir hukukun yaratılması amacıyla<sup>38</sup> ihdas edilen kurallar bütünüdür. AET Antlaşması md. 189 ile başlıca dört çeşit türev hukuk kuralı yaratma aracı belirlenmiştir: Tüzükler, yönergeler, tavsiyeler, kararlar<sup>39</sup>. Hazırlanan Avrupa Birliği Anayasası'nda AB'nin ikincil hukuk kaynaklarında değişikliğe gidilmiştir. Söz konusu Anayasa'da yer alan ikincil hukuk kaynakları sırasıyla şunlardır (md. 1-33): Avrupa yasaları (*European laws*), Avrupa çerçeve yasaları (*European framework laws*), Avrupa tüzükleri (*European regulations*), Avrupa kararları (*European decisions*), tavsiyeleri (*recommendations*) ve görüşleri (*opinions*)<sup>40</sup>.

Avrupa çerçeve yasası, ulaşılabilecek sonuçlar açısından üye devletler üzerinde bağlayıcı olan, ancak ulusal makamları söz konusu sonuçlara ulaşma biçimi ve araçlarını seçme konusunda tamamen serbest bırakan bir yasama faaliyetidir.

Genellikle Bakanlar Konseyi, kimi zaman da Komisyonca, kurucu antlaşmalarda amaçlanan hedeflerin gerektirdiği oranda ortak bir hukuka ulaşmak için çıkarılan “*tüzükler*”, genel, normatif nitelikli ve tüm

---

<sup>37</sup> ATAD'nın bu yöndeki eğilimine bir örnek olarak; T-54/99 sayılı ve 30.01.2002 tarihli “Max Mobil Telekommunikation Service-Komisyon Davası” kararı gösterilebilir. İşbu kararda THŞ'nin 41. ve 47. maddelerine açıkça atıfta bulunulmuştur.

<sup>38</sup> Özsunay, s. 65

<sup>39</sup> Sarı, M., “Türk ve Avrupa Birliği Hukukundaki Doğrudan Yabancı Yatırımlarla İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, <http://www.ahmetyum.av.tr/makaleoku.aspx?islem=oku&id=7>, (Erişim tarihi: 12.04.2013)

<sup>40</sup> Uçkan, 2013

yönleriyle bağlayıcı tasarruflardır<sup>41</sup>. Ulusal hukuklardaki yasalarla kıyaslanmaları yanlış olmaz. AB Resmi Gazetesi'nde gerekçeli olarak yayımlanmış olmaları yeterlidir. Üye devletlerde ayrıca tebligat gerekmeksizin “doğrudan” uygulanırlar ve hukuk sūjeleri açısından doğrudan hak ve yükümlölükler doğururlar<sup>42</sup>.

Hukukların uyumlaştırılması veya denkleştirilmesi amacı güden “yönergeler”<sup>43</sup>, ilke olarak Komisyonun önerisi üzerine Bakanlar Konseyince, istisnai olarak –antlaşmalarda açıkça belirtilen durumlarda- sadece Komisyonca veya sadece Bakanlar Konseyince gerekçeli olarak çıkarılırlar<sup>44</sup>. Yönergelerde iki aşamalı bir kural koyma yöntemi benimsenmiştir. Birinci aşamada Bakanlar Konseyince yönerge çıkarılarak üye devletlere tebliğ edilir; ikinci aşamada ise üye devletler ilgili yönergede amaçlanan hususları kendilerinin seçeceği biçim, yöntem ve düzenlemelerle hayata geçirirler<sup>45</sup>. Yönergelerin bağlayıcılığı ilke olarak üye devletlere yöneliktir<sup>46</sup>. Doğrudan uygulanabilme kabiliyetleri olmamakla birlikte üye devletlerce yürürlüğe konmaları Komisyonun sürekli denetimine tabidir<sup>47</sup>.

Yalnızca yöneldiği kişiler bakımından uyulması zorunlu, bağlayıcı kurallar olan “*kararlar*” Bakanlar Konseyi veya Komisyon tarafından gerekçeli olarak alınırlar<sup>48</sup> ve istisnalar hariç ilgililere tebliğ edilmeleriyle geçerlilik kazanırlar<sup>49</sup>. Genel kapsama sahip olmamaları nedeniyle

---

<sup>41</sup> Reisoğlu, s. 29

<sup>42</sup> Günuğur, s. 205 vd.

<sup>43</sup> Bkz. Güneş, A. M., “Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 2, 2009, s. 283 vd. ; A. M. Güneş, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları”, Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı: 41-42, Ocak-Şubat 2008, s. 74 vd.

<sup>44</sup> Özsunay, s.66 vd.; Günuğur, s. 217

<sup>45</sup> Roth, s. 50

<sup>46</sup> Haïm, V., “La jurisprudence sur les directives communautaires”, Biblio-Europe, No: 2, 1995, s. 24

<sup>47</sup> Karakaş, s. 70; Tekinalp, s. 72

<sup>48</sup> Özsunay, s. 69

<sup>49</sup> Günuğur, s. 222

yöneldikleri kişilerle sınırlı olan kararlar, bütün unsurlarıyla doğrudan uygulanabilir ve bağlayıcı olmaları bakımından yönergelerden ayrılırlar<sup>50</sup>.

Kural olarak bağlayıcı etkisi bulunmayan “*tavsiyeler*” ve “*görüşler*” ise moral değer taşımakla birlikte yine de yargı denetimi dışındadır<sup>51</sup>.

### **2.3.2.2. Üye Devletlerin Ulusal Hukukları**

Sosyal politika alanında AB organlarının düzenleme yetkisinin olmadığı alanlarda üye devletlerdeki mevzuatın da dikkate alınmasında fayda görülmektedir. Her ne kadar üye devletlerarasında farklılıklar mevcut olsa bile AB üyesi devletlerin sosyal politikalarında esas olan sosyal devlet modelidir. Ulusal düzenlemelerin büyük bölümü Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi normları ile uyumludur. Kimi zaman üye devletlerdeki mevzuat normların da üzerindedir. Ulusal düzeydeki düzenlemeler, AB düzeyinde kural oluşturma sürecinde önemli rol oynamaktadır. Özellikle Batı ve Kuzey Avrupa devletlerindeki mevzuat Avrupa sosyal modelinin oluşmasında önemli bir referans oluşturmaktadır<sup>52</sup>. Bu bağlamda ATAD –ilke olarak ulusal düzeydeki bir idari kararın ulusal hukuka uygunluğunun denetimini yapma yetkisine sahip değilse de- kurucu antlaşmaların ya da türev hukuk kurallarının açıkça ulusal hukuka gönderme yaptığı bazı durumlarda, üye devletlerin ulusal hukuklarını uygulayabilir<sup>53</sup>.

## **3. AVRUPA BİRLİĞİ İŞ HUKUKUNUN KAYNAKLARI VE NİTELİKLERİ**

### **3.1. Kavram ve Kaynaklar**

AB’nde sosyal politika alanında son dönemde gelişmeler yaşansa da uygulamalar yeni değildir. Bu alandaki uygulamalar uzun bir geleneğe

---

<sup>50</sup> Borchardt, s. 39

<sup>51</sup> Özdemir, S., Avrupa Topluluğu’nda İkincil Mevzuat ve Karar Alma Usulleri, Devlet Planlama Teşkilatı Avrupa Birliği İle İlişkiler Genel Müdürlüğü, Ankara, 2001, s. 2; Günuğur, s. 226

<sup>52</sup> Çelik, A., “Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı ve Türkiye’nin Uyum Süreci-1”, [http://www.kristalis.org.tr/aa\\_dokuman/absosyalpolitikasi1.pdf](http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/absosyalpolitikasi1.pdf), (Erişim tarihi: 13.04.2013)

<sup>53</sup> Günuğur, s. 255

sahiptir. AB'nin kurulmasından önce ve kurulmasıyla birlikte çeşitli mevzuatla sosyal politika düzenlenmiştir. AB, istihdam ve sosyal politika konularında yalnızca kendisi sorumluluk taşımamaktadır. Birliğe üye devletlerde kurallar ve yönetmelikler kabul edebilirler. Birlik antlaşmalarında, sosyal politika içerisinde yaşam ve çalışma koşullarının sürekli ve dengeli bir şekilde geliştirilmesini amaçlamaktadır<sup>54</sup>.

AKÇT Antlaşmasında yukarıda belirtilen amaca ulaşmak için kömür ve çelik sektörlerinde istihdam yaratılması ve istihdam sürekliliğinin korunması amaçlanmıştır. Antlaşma ile üye devletlerde kömür ve çelik sektörlerinde çalışanların; çalışma koşullarına, sağlık ve güvenliklerine, ücretlerine yönelik düzenlemeler getirilmektedir. Daha sonra yapılan AAET Antlaşması'nda da AKÇT Antlaşması'nda olduğu gibi ilgili sektörde çalışanları kapsayan sosyal hükümler yer almaktadır.

Öte yandan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun temelini oluşturan 1957 tarihli Roma Antlaşması'nın temel amacı istihdam şartlarının iyileşmesini sağlamak ve çalışanların hayat seviyesinin yükseltilmesidir. Antlaşmayla çalışma hayatı ile ilgili getirilen yükümlülükler; ücretli izin, eşit işe eşit ücret, uygun sağlık ve güvenlik standartları, mesleki eğitim, toplu pazarlık ve istihdam yaratılmasının teşvik edilmesidir.

1961 yılındaki Avrupa Sosyal Şartı'nda; çalışma hakkı, adil çalışma koşulları, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları, adil ücret, örgütlenme ve toplu pazarlık, çocuk ve gençlerin korunması, çalışan kadınların korunması, mesleğe yöneltme, mesleki eğitim haklarına yer verilmiştir.

1970'ler ve 1980'lerde kadın ve erkekler için fırsat eşitliği ile birlikte işçi sağlığı ve iş güvenliği konularıyla ilgili yönergeler kabul edilmiştir. 1974 yılında AET'nun sosyal politikaya yönelik amaçlarını ortaya koyan faaliyet programı; tam istihdama ulaşma, mesleki eğitimi geliştirme, iş yaşamında kadın-erkek eşitliğini sağlama, çalışma

---

<sup>54</sup> Bkz. Çelik, U., Sosyal Sorumluluk Kavramının Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Birliği Normları Açısından İncelenmesi ve Türkiye İçin Bir Değerlendirme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2004, s. 45 vd.

koşullarını iyileştirme ve yönetime katılmayı gerçekleştirme gibi konuları içermektedir. Bunu izleyen yıllarda kabul edilen yönergeler ile ilk kez “Avrupa İş Hukukunun” oluşmaya başladığı söylenebilir. 1986’da kabul edilen Tek Senetle de bu alandaki hukuki yapı güçlendirilmiştir. Tek Senet, üye devletlerden işçilerin sağlık, güvenlik ve çalışma koşullarının iyileştirilmesine ve bu alandaki mevcut ortamlarının uyumlaştırılmasına çaba harcamalarını istemektedir.

Avrupa Birliği’nde sosyal hukuka ilişkin yazılı belgeler içinde “Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı” ile Maastricht Antlaşması’na ekli “Sosyal Politikaya İlişkin Antlaşma” (SPIA) ile getirilen hükümlerin özel bir yeri vardır. Her iki belgenin de ortak özelliği başlangıçta İngiltere’nin dışındaki diğer üye devletlerce imzalanmış olmalarıdır<sup>55</sup>. Böylelikle AB sosyal politikasında bir dönem iki başlılık yaşanmışsa da 1997 yılında İngiltere’de vuku bulan iktidar değişikliği sonrasında imzalanan Amsterdam Antlaşması ile ikilik giderilmiş; SPIA<sup>56</sup>’da yer alan hükümler büyük ölçüde Avrupa Topluluğu’nu Kuran Antlaşma (ATA)’nın sosyal hükümlerinin yer aldığı md. 136 vd. (eski md. 117 vd.) hükümlerinin içine yerleştirilmiştir<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> *Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği*, Avrupa Birliği Sosyal ve Bölgesel İhtiyaçları Nasıl Karşılıyor?. Ankara, 1996, s. 7

<sup>56</sup> SPIA’da genel olarak, “sosyal güvenlik ve işçilerin sosyal açıdan korunması, işçilerin hizmet sözleşmelerinin sona ermesi sırasında korunmaları, işçi ve işveren çıkarlarının kolektif düzeyde temsili, yönetime katılma, Birlik sınırları içinde hukuka uygun olarak çalışan Birlik dışı ülke vatandaşlarının çalışma koşulları, çalışmanın geliştirilmesi ve iş olanaklarının artırılması için maddi katkılarda bulunulması” konularında oybirliği ile; “çalışanların sağlığını ve güvenliğini korumak için özellikle çalışma ortamlarının düzeltilmesi ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi, işçi sağlığı ve iş güvenliği, işçinin bilgilendirilmesi ve dinlenmesi, işyerinde kadın-erkek eşitliği ve kadın-erkek arasında fırsat eşitliği, işgücü piyasasından dışlanmış kişilerin mesleki açıdan yeniden işgücü piyasasına girmelerinin sağlanması” konularında ağırlaştırılmış oyçokluğu ile asgari standartları belirleyen yönergeler çıkarılabileceği kararlaştırılmıştı. *Ulucan, D.*, “Maastricht Antlaşması’ndan Sonra Birliğin Sosyal Politikası ve Geleceği”, Avrupa Birliği’nin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 1997, s. 56 vd.

<sup>57</sup> *Tekinalp*, s. 624 vd.



Portekiz ve İspanya'dan kaynaklı sosyal damping korkusu ve rekabet baskısıyla sosyal standartların ve işçi ücretlerinin düşük düzeylere inmesini engelleme kaygısı; asgari ücret, sosyal güvenlik düzenlemeleri, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda asgari ortak düzenlemelerin yapılması gereğini gündeme getirmiştir. Avrupa Sosyal Şartı'nın önsözünde de “*sosyal boyuta ekonomik boyut ile aynı önemin verilmesi ve bu ikisinin dengeli bir biçimde geliştirilmesi*” gereğine vurgu yapılmıştır<sup>58</sup>.

“Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı”, başlangıçta bağlayıcı olmayan bir metin olarak ortaya çıkmıştır. Bu noktada genel strateji dikkat çekicidir. Komisyona göre Bakanlar Konseyi –bağlayıcı olmasa bile- Şartı bir defa kabul ederse, belgenin aksine hareket etmesi çok kolay olmayacaktır<sup>59</sup>. Nitekim sonradan Amsterdam Antlaşması ile oluşturulan yeni Kurucu Antlaşmanın 136. maddesinde anılan Şarta açıkça atıf yapılarak yasal bağlayıcılık kazandırılmıştır<sup>60</sup>. Kaldı ki zaten ATAD kararlarında önceden beri işbu Şarta sürekli atıf yapılmıştır.

Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı'nda; kişinin kendi seçtiği AB ülkesinde çalışma hakkı; meslek seçme özgürlüğü ve adil ücret hakkı; daha iyi yaşama ve çalışma koşulları hakkı; mevcut ulusal sistemler çerçevesinde sosyal korunma hakkı; örgütlenme özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkı; mesleki eğitim hakkı; erkeklere ve kadınlara eşit muamele hakkı; işçilerin bilgilendirilme, danışılma ve katılma hakkı; işyerinde sağlık, koruma ve güvenlik hakkı; çocukların ve gençlerin korunması; yaşlılar için insanca bir yaşam standardı sağlanması; özürlüler için daha iyi sosyal ve profesyonel entegrasyon gibi ilkeler yer almaktadır<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Çelik, 2013a

<sup>59</sup> Pochet, P., “L’actualité du droit du travail communautaire: la mise en oeuvre de la charte de 1989”, Droit Social, No: 7/8, Juillet-Août 1993, s. 695

<sup>60</sup> Alp, M., “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz6-1/PDF/alp1.pdf, s. 6 (Erişim tarihi: 20.04.2013)

<sup>61</sup> Şart'a karşı yapılan eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elbir, H. K., “Avrupa Sosyal Hukuku Fikri ve İşçi-İşveren Münasebetlerinde AET'de Son Gelişmeler”, İş

Benzer şekilde 1989-1993 yılları arasında da fırsat eşitliği ve işçi sağlığı ve iş güvenliği alanında yönergeler kabul edilmiştir. 1992 yılında AT'nu AB'ne dönüştüren Maastricht Antlaşması'na eklenen protokol ve bu protokole dayanılarak yapılan Maastricht Antlaşması üye devletlere yasal açıdan minimum standartları belirleyecek direktifleri çıkarabilme hakkını vermektedir. Anılan Antlaşma çalışma koşulları, işçi sağlığı ve güvenliği, işçinin bilgilendirilmesi ve dinlenmesi, işgücü piyasasında kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması, işgücü piyasası dışında kalanların yeniden işgücü piyasasına girmelerini sağlayacak mesleki eğitim imkânının sağlanması konularında üye devletlere direktifler çıkarabilme hakkını getirmektedir.

Avrupa istihdam ve sosyal politikası için bir dönüm noktası olan Amsterdam Antlaşması ile Topluluk Antlaşmasına, istihdam konusunda bağımsız bir bölüm eklenmiştir (125-130. maddeler) ve ilk defa, üye devletler ortak bir istihdam politikası üzerinde anlaşmışlardır. 1997 yılında imzalanan Amsterdam Antlaşması, üye devletlerde esnek işgücü piyasalarının geliştirilmesi, istihdam imkânlarının geliştirilmesi için eğitimin ve niteliğinin artırılması görevini yükleyen yeni bir bölüm içermektedir<sup>62</sup>. Antlaşma ile Avrupa sosyal politikası için saptanan bazı yeni görevler şunlardır; ayrımcılığa karşı savaşmak ve dışlanmış kişilerin toplumla bütünleşmelerini sağlayarak bütünleşmiş bir toplum yapısını sağlama görevlerdir. Antlaşma ile cins, ırk, etnik köken, din ve inanç, engellilik, yaş ve cinsel tercihe dayalı ayrımcılıkla mücadele konusunda net ilerlemeler sağlanmıştır<sup>63</sup>. Şubat 2003'te yürürlüğe giren Nice Antlaşması ile sosyal politika alanında var olan durum korunmakla birlikte, nitelikli çoğunlukla karar alınacak sosyal politika konuları sınırlı da olsa genişletilmiştir.

---

Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15.Yıl Armağanı, İstanbul, 1991, s. 17 vd.

<sup>62</sup> Kızıloğlu, H., “Avrupa Birliğini Oluşturan Temel Mevzuat ve Belgelerde AB Sosyal Politikası”, [http://tiskweb.com/isveren\\_sayfa.asp?yazi\\_id=50&id=4](http://tiskweb.com/isveren_sayfa.asp?yazi_id=50&id=4), (Erişim tarihi: 14.04.2013)

<sup>63</sup> Çelik, 2013a

Yukarıda belirtilen belgelerin dışında çeşitli birincil ve ikincil normlarla düzenlenen AB Sosyal Hukuku genel olarak; “işçilerin serbest dolaşımı” (Avrupa Topluluğu Antlaşması, tüzükler, yönergeler), “cinsiyetler arasında eşit davranma” (Avrupa Topluluğu Antlaşması, yönergeler), “işçi sağlığının ve iş güvenliğinin sağlanması” (yönergeler, çerçeve yönergeler), “toplu işçi çıkarma, işverenin ödeme aczine düşmesi, işyerinin devri gibi yapısal değişikliklere karşı işçilerin korunması” (yönergeler), “işçilerin işletme yönetimine katılması” (yönerge), “sosyal diyalog” (Avrupa Topluluğu Antlaşması) ilkeleri üzerine kurulmuştur<sup>64</sup>.

Nihayet, AB sosyal politikasında, gelecekte ortaya çıkması muhtemel sorunların tespitini amaçlayan “Yeşil Kitap” ile Birliğin gelecekteki sosyal politikasının ana hedeflerinin ve eylem planlarının ortaya konduğu “Beyaz Kitap” da AB sosyal hukukunun ve politikasının gelecekteki perspektifini belirleyen önemli metinler olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>65</sup>.

Nihayet istihdam ve sosyal politikaların genel çerçevesini belirleyen “Yenilenmiş Lizbon Stratejisi (2005-2010)” büyüme ve istihdamın artırılmasını hedeflemiştir. Belirlenmiş olan bu hedef doğrultusunda AB İş Hukukunun temel amacı; etkin rekabetin korunarak işçilerin hak ve standartlarının korunması ve iyileştirilmesine yönelik mevzuatın benimsenmesidir. Bu doğrultuda; işverenin sözleşme ya da istihdam ilişkisi çerçevesinde uygulanacak kurallar, çalışma sürelerinin düzenlenmesine ilişkin mevzuat, istihdam ilişkisinde gençlerin korunması, işçilerin başka bir üye devlette çalışması halinde gözetilmesi gereken kurallar, kısmi çalışma ve belirli süreli çalışmaya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır<sup>66</sup>. Hedeflenen strateji, AB ekonomisini dünyadaki en rekabetçi ve dinamik bilgiye dayalı ekonomi haline getirmektir. Bu stratejiye ulaşmak için; bilgiye dayalı bir ekonomiye

---

<sup>64</sup> Tuncay, C., “AB Sosyal Politikasına İlişkin Düzenlemelerin Temel Yapıları”, Avrupa Birliği'nin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 1997, s. 98 vd.

<sup>65</sup> Tuncay, s. 121 vd.

geçmek, ar-ge ve bilgi toplumu için politikalar tespit etmek, rekabet ve yenilik için reformların hızlandırılması ve iç pazarın tanımlanması hedeflenmektedir.

### 3.2. Avrupa Birliği İş Hukuku Kurallarının Nitelikleri

AB kurucu antlaşmalarında, yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi, yaşam düzeyinin yükseltilmesi gibi iddialı hedefler yer alsa da gerçekte ekonomik bütünleşmenin aracı olarak kullanılan sosyal politika kurallarının kapsamı ve işlevi, yakın zamana dek “işleyen büyük bir pazar içinde rekabet koşullarının eşitlenmesi” ilkesiyle sınırlı kalmıştır.<sup>67</sup> Ancak SPİA ile nispeten kapsamlı bir bakış açısı oluşturulabilmiş ve bunun Amsterdam Antlaşması ile Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA) içine yerleştirilmesi sayesinde de önemli bir aşama kaydedilmiştir.

AB Hukukunda –serbest dolaşım ve eşit ücret gibi istisnalar dışında- sosyal hukuka ilişkin kurallar, genelde –anayasal nitelik taşıyan antlaşmalarla ya da doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz tüzüklerle değil- yönergeler<sup>68</sup>, kararlar, tavsiyeler ve görüşlerle düzenlenmektedir<sup>69</sup>. Anılan düzenlemelerde hakim ilke “asgari standartların sağlanması” olup; belirlenen standartların, üye devletlerde mer’i mevzuatın daha yüksek sosyal koruma sağlayan hükümlerine hanel getirmeyeceği sürekli olarak vurgulanmaktadır<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> MESS, AB’nin İstihdam ve Sosyal Politikası, <http://www.mess.org.tr/ab/PDF/istihdamvesosyalpolitika.pdf>, (Erişim tarihi: 12.04.2013)

<sup>67</sup> Erdut, Z., Avrupa Topluluğu’na Tam Üyelik Bakımından Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Değerlendirilmesi, Kamu-İş, Ankara, 1992, s. 69

<sup>68</sup> Yönergeler, ATA’nın 249. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, üye devletleri öngörülen hedefler bakımından bağlayan, ancak uygulanmalarına ilişkin şekil ve yöntemleri ulusal mercilere bırakır.

<sup>69</sup> Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, Sosyal Avrupa’nın Geliştirilmesi, Ankara, Tarihsiz, s. 2; Birk, R., “Avrupa İş Hukukundaki Güncel Durum ve Gelişmeler”, 1990’lı Yıllarda Türk Çalışma Mevzuatı’nın Avrupa Topluluğu Çalışma Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi Semineri, DEÜ Avrupa Topluluğu ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İzmir, 1992, s. 3

<sup>70</sup> Bununla birlikte asgari standartların sağlanmasının, “AB’nin toplumsal gerçeğinde (...) asgari düzeyin üstündeki tüm standartların ortadan kaldırılması anlamına geldiği”

AB sosyal politikasına ilişkin yönergelerin çıkarılmasında dayanılan ATA md. 94 (eski md. 100) ile ATA md. 95 (eski md. 100/a)'ın “doğrudan sosyal politikaya yönelik olmaması” ve “Tek Pazar (md. 94) ile İç Pazar”(md. 95)'ın kuruluşu ve işleyişi için gerekli olma şartını içermesi”, geçmişte ekonomik koşullar karşısında sosyal açıdan yetersiz kalan ATA'nın zorlanması sonucunu doğurmaktaydı. Amsterdam Antlaşması ile ortaya çıkan yeni bağlamda ise artık sosyal politikaya ilişkin yönergeler “Tek Pazar'ın kuruluşu ve işleyişi için gerekli olmasalar” bile “ileri düzeyde yaşam ve çalışma koşullarının geliştirilmesi ve uygun sosyal korumanın sağlanması” vb. amaçlarla çıkarılabileceklerdir. Anılan yönergeler hazırlanırken Avrupa Sosyal Şartı'nda ve Çalışanların Temel Sosyal Haklarına Topluluk Şartı'nda yer alan temel sosyal haklar göz önünde bulundurulacak; ancak istihdam ve ilerlemenin korunması kaygısı da muhafaza edilecektir (ATA md. 136).

Avrupa Birliği sosyal hukuk kurallarının son dönemde önem kazanmasında kuşkusuz, sosyal damping ve bundan kaynaklanan haksız rekabeti önleme düşüncesi etkindir<sup>71</sup>. Bu anlamda yatırımların; ücret, sosyal yardım vb. sosyal standartların yüksek olduğu –örneğin Almanya gibi- ülkelerden düşük standartlı –örneğin İspanya, Portekiz gibi- ülkelere kayacağı kaygısı özellikle işçi sendikalarında yoğundur. O halde, “bölgesel dengesizlikler ve eşitsizliklerin sosyal haklarda gerilemeye yol açmaması” amacı da sosyal hukuk kurallarının oluşturulmasında etkili olmaktadır<sup>72</sup>.

Birlik Sosyal Politikası'na “sosyal dampingin önlenmesi penceresinden” bakıldığında, önce Maastricht sonra da Amsterdam Antlaşması'yla atılan adımlar kısmen açıklanabilirse de meseleye

---

yönünde görüşler de mevcuttur. Wolf, W., “Avrupa Birleşik Devletleri Projesi”, Avrupa Kalesi (Derleyen: W.Wolf/J.Klass), Yazın Yayıncılık, İstanbul, 1996, s.79 vd.

<sup>71</sup> Schulte, B., “Avrupa Toplulukları'nda Sosyal Hukuk”, 1990'lı Yıllarda Türk Çalışma Mevzuatı'nın Avrupa Topluluğu Çalışma Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi Semineri, DEÜ Avrupa Topluluğu ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İzmir, 1992, s. 48

<sup>72</sup> Kutal, M., “Türkiye–Avrupa Birliği İlişkilerinin Sosyal Boyutu”, Prof. Dr. Nusret EKİN'e Armağan, TÜHİS, Ankara, 2000, s. 57 vd.

bütünsel olarak yaklaşıldığında, aynı zamanda bir federal devletin kuruluş sancıları gözlenebilir, kanısındayız<sup>73</sup>. Eğer uzun vadede böyle bir devlet kurulması amaçlanıyorsa –ki amaçlayanlar mevcuttur- sosyal altyapısının temellerinin atılması zorunludur. Elbette “*Avrupa Birleşik Devletleri Projesi*”nin başarıya ulaşip ulaşmayacağını zaman gösterecektir. Ancak ATA’na nispeten kapsamlı sosyal hükümlerin yerleştirilmesi rastlantı değildir. Kararlarda oybirliği kuralının sınırlarının daraltılması da göstermektedir ki, anılan bağlamda “*sosyal politika da, uluslararası prosedürlerin ve dinamiklerin şekillendirdiği bambaşka bir politika sahası olarak Birlik içinde gelişmekte ve olgunlaşmaktadır*”<sup>74</sup>.

Ancak bu noktada bir hatırlatmanın gerekli olduğu kanısındayız: Sosyal hukuk kurallarının son dönemde öneminin artması, Birlik içinde sosyal standartların yükseltilmesi eğiliminin yoğunlaşması ya da Birliğin ulusal refah devletlerinin<sup>75</sup> yerini alacağı anlamına gelmez<sup>76</sup>. Tam tersine artan işsizlik oranları ve yapısal değişimin<sup>77</sup> zorlaması sonucu artık AB

<sup>73</sup> Wolf, s. 13 vd.

<sup>74</sup> Falkner, G., EU Social Policy in the 1990s, Routledge, London, 1998, s. 205

<sup>75</sup> Ulus devlet ile AB arasında sosyal konularda; yeni liberal proje ile düzenlenmiş kapitalizm projesi ya da Anglo-Amerikan modeli ile Kıta Avrupası modeli arasında bir ikilem bulunmaktadır. Sosyal korumacı yaklaşım, karar süreçlerinin ve sosyal politikanın Avrupa ölçekli hale getirilmesini savunurken, yeni liberalizm Avrupa ölçeğinde bir sosyal politika ile Avrupa ölçekli demokratik kurumların (örneğin Parlatentonun) güçlendirilmesine karşı çıkmakta ve sosyal politikanın ulusal devletlerin yetki alanında kalmasında ısrar etmektedir. Çelik, A., “AB Sürecinin En Uyumsuz Alanı: Sosyal Haklar”, [http://eski.bianet.org/2004/10/05/AzizCelik\\_26\\_Temmuz\\_2004.doc](http://eski.bianet.org/2004/10/05/AzizCelik_26_Temmuz_2004.doc), (Erişim tarihi: 12.04.2013)

<sup>76</sup> Falkner, s. 205

<sup>77</sup> Avrupa Birliği sürecinde sosyal modelin zayıflaması ve kamu hizmetlerinin özelleşmesi, tek tek Avrupa Birliği ülkelerinde, eşitsizliklerin, yoksulluk ve sosyal dışlanmanın artmasına yol açmıştır. Özellikle sosyal haklar, yani sağlık, emeklilik, işsizlik sigortası, devletlerin sosyal hizmet ihtiyacı olan kesimlere yaptığı her türlü yardımlar ve yatırımlar vs. gibi sosyal haklar, tüm Avrupa Birliği ülkelerinde gerilemiştir. İşsizlik, yoksulluk, sosyal dışlanma, sosyal haklarda gerileme tüm Avrupa Birliği ülkelerinde yaşandığı için özellikle 1997 Amsterdam Anlaşması’ndan sonra, Avrupa Birliği, sosyal dışlanma ve ayrımcılıkla mücadele etmek için bazı politikalar geliştirmeye çabalamaktadır. Ancak geliştirilen tüm bu politikaların temelinde Avrupa Birliği’nin liberal ekonomik bütünleşme sürecinin doğurduğu durumu düzeltme amacı bulursa da istenen başarı sağlanamamıştır. Erdoğan, S., “Avrupa Birliği ve Sosyal Politika”, <http://www.genel-is.org.tr/upresimler/yayinlar/gead/gead05-1-2.doc>, (Erişim tarihi: 17.04.2013)

sosyal politikası “istihdam düzeyinin yükseltilmesi” ve “esneklik ile güvence arasında uygun bir denge kurulması” üzerinde şekillenmektedir<sup>78</sup>. Nitekim ATA’nın istihdama ilişkin 125. maddesinde “*Üye devletler ve Topluluk (...) uyarlanabilir (adaptable) bir işgücü ve işgücü piyasaları geliştirmek için çalışırlar*” demek suretiyle ilk defa olarak esneklik kavramı kurucu antlaşmalarda yerini alan daimi bir kural haline getirilmiştir<sup>79</sup>.

Anılan önlemler sonucu işsizliğin azaltılması anlamında kayda değer bir sonuç elde edilip edilmediği hususunun kesinlik kazanmadığı da eklenmelidir<sup>80</sup>.

#### 4. SONUÇ

Avrupa Birliği İş Hukuku, Birliğin sosyal boyutuna dair bir konudur. Genel olarak yönergelerle düzenlenmesinden ve –özellikle sosyal güvenlik başta olmak üzere- AB Hukuku düzenlemelerinin dışında bırakılan önemli bir alana sahip olmasından AB İş Hukukunun daha gelişme aşamasında olduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca yönergelerle asgari normların tespitinin genel ortalamanın düşmesine yol açtığı hususunda yaygın eleştiriler bulunduğunu da eklemek gerekir.

<sup>78</sup> *De Poulpique*, V., “La flexibilité de l’emploi et la Communauté européenne”, *Revue trimestrielle de droit européen*, No: 35/4, Octobre-Décembre 1999, s. 719 vd.; *TİSK*, Avrupa Birliği’nin Sosyal Politika Gündemi, Yayın No: 206, Ankara, 2000, s. 23; *Hermans*, S., Avrupa Birliği’nin Sosyal Politikası ve Türkiye’nin Uyumu, İktisadi Kalkınma Vakfı, İstanbul, 2001, s. 16 vd.

<sup>79</sup> Buradaki “uyarlanabilir” kavramı ile “esnekliğin” kastedildiği açıktır. *Blainpain*, R., “The European Union, Employment, Social Policy and the Law”, *Institutional Changes and European Social Policies after the Treaty of Amsterdam* (edited: Roger Blainpain), Kluwer Law International, The Hague, 1998, s. 29

<sup>80</sup> *Colucci*, M., “Searching for a European Employment Strategic Initiative”, *Institutional Changes and European Social Policies after the Treaty of Amsterdam* (edited: Roger Blainpain), Kluwer Law International, The Hague, 1998, s. 151; *Alpagut*, G., “Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s. 81 vd.

Tüm bu eleştirilere ve tereddütlere rağmen çok çeşitli bir hukuksal yapıyı bünyesinde bulunduran Avrupa Birliği'nde asgari normlarda da olsa bir ölçüde yeknesaklık sağlamakta sosyal hukuka ilişkin Birlik Yönergelerinin rolünün yadsınamayacağı söylenebilir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın özellikle işyerinde yapısal değişikliklere karşı işçilerin korunmasına yönelik AB Yönergeleri'ne ilişkin olarak İngiltere başta olmak üzere bir dizi üye devlet aleyhinde vermiş olduğu mahkumiyet kararları ile üye devletlerin iç hukuklarında işbu kararlara uygun olarak yaptıkları değişiklikler de bu görüşümüzü doğrulamaktadır.

Amsterdam Antlaşması sonrasında AB İş Hukukuna ilişkin olarak sosyal taraflar arasında Birlik düzeyinde yapılacak toplu müzakerelerle imzalanacak anlaşmaların belirli bir prosedür izlenmek kaydıyla Birlik Hukuku'na yönerge olarak dahil olmalarına imkan veren hükümlerin Avrupa Topluluğu'nu kuran antlaşmaya eklenmesinin ise son yıllarda AB İş Hukuku'nda görülen en önemli gelişmelerden biri olduğu kanısındayız.



## KISALTMALAR CETVELİ

|              |  |
|--------------|--|
| <b>AAET</b>  | : Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu                                 |
| <b>AB</b>    | : Avrupa Birliği   |
| <b>AET</b>   | : Avrupa Ekonomik Topluluğu                                      |
| <b>AKÇT</b>  | : Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu                                |
| <b>AT</b>    | : Avrupa Topluluğu   |
| <b>ATA</b>   | : Avrupa Topluluğu Antlaşması                                    |
| <b>ATAD</b>  | : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı                              |
| <b>DEÜ</b>   | : Dokuz Eylül Üniversitesi                                       |
| <b>Md</b>    | : Madde  |
| <b>MESS</b>  | : Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası                           |
| <b>No</b>    | : Numara   |
| <b>S</b>     | : Sayfa  |
| <b>SPİA</b>  | : Sosyal Politikaya İlişkin Antlaşma                             |
| <b>THŞ</b>   | : Temel Haklar Şartı   |
| <b>TİSK:</b> | Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu                       |
| <b>TÜHİS</b> | : Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası |
| <b>vd</b>    | : Ve devamı  |

## KAYNAKÇA

- A. F. Arsava**, Amsterdam Anlaşması'nın Avrupa Birliği Hukuku'na Katkıları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Yayın No: 589, Ankara, 2000
- A. Çelik**, “Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı ve Türkiye'nin Uyum Süreci-1”, [http://www.kristalis.org.tr/aa\\_dokuman/absosyalpolitikasi1.pdf](http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/absosyalpolitikasi1.pdf), (Erişim tarihi: 13.04.2013) (2013a)

- A. Çelik**, “AB Sürecinin En Uyumsuz Alanı: Sosyal Haklar”,  
[http://eski.bianet.org/2004/10/05/AzizCelik\\_26\\_Temmuz\\_2004.doc](http://eski.bianet.org/2004/10/05/AzizCelik_26_Temmuz_2004.doc), (Erişim tarihi: 12.04.2013)
- A. M. Güneş**, Avrupa Birliği Hukuku I, İstanbul, 2012
- A. M. Güneş**, “Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XII, Sayı: 1-2, 2008 (s.s. 739-772)
- A. M. Güneş**, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları”, Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı: 41-42, Ocak-Şubat 2008 (s.s. 74-91)
- A. M. Güneş**, “Avrupa Birliği Hukukunda Yargısal Korunma”, Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı: 43-44, 2008 (s.s. 22-43)
- A. M. Güneş**, “Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 2, 2009 (s.s. 281-318)
- A. I. Karakaş**, Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus-Devlet Egemenliği, Der Yayınları, İstanbul, 1993
- Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, Avrupa Birliği Sosyal ve Bölgesel İhtiyaçları Nasıl Karşılıyor?, Ankara, 1996
- Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği**, Sosyal Avrupa'nın Geliştirilmesi, Ankara, Tarihsiz
- A. Thiele**, “Lizbon Antlaşması'ndan Sonra Avrupa Birliği'nin Yargısal Korunma Sistemi – İleri Doğru Bir Adım Mı?”, (Çev. A. M. Güneş), Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Sayı: 3, 2011 (s.s. 63-87)
- B. E. Oder**, Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2000
- B. Schulte**, “Avrupa Toplulukları'nda Sosyal Hukuk”, 1990'lı Yıllarda Türk Çalışma Mevzuatı'nın Avrupa Topluluğu Çalışma Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi Semineri, DEÜ Avrupa Topluluğu ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İzmir, 1992

- B. Uçkan**, “Avrupa Anayasası’nın Genel Çerçevesi ve Sosyal Politikalara İlişkin Temel Düzenlemeleri”, <http://www.calismatoplum.org/sayi6/makale%203.pdf>, (Erişim tarihi: 15.04.2013)
- C. Tuncay**, “AB Sosyal Politikasına İlişkin Düzenlemelerin Temel Yapıları”, Avrupa Birliği’nin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 1997
- D. Ulucan**, “Maastricht Antlaşması’ndan Sonra Birliğin Sosyal Politikası ve Geleceği”, Avrupa Birliği’nin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 1997
- E. Özsunay**, “AET’de Hukukların Koordinasyonu, Uyumlaştırılması, Denkleştirilmesi ve Topluluk Hukukunun Belirgin Özellikleri”, Birinci Avrupa Haftası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Hukuku Araştırma Merkezi, İstanbul, 1979
- G. Alpagut**, “Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002
- G. Falkner**, EU Social Policy in the 1990s, Routledge, London, 1998
- H. K. Elbir**, “Avrupa Sosyal Hukuku Fikri ve İşçi-İşveren Münasebetlerinde AET’de Son Gelişmeler”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15.Yıl Armağanı, İstanbul, 1991
- H. Günüşur**, Avrupa Topluluğu Hukuku, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara, 1996
- H. Kızıloğlu**, “Avrupa Birliğini Oluşturan Temel Mevzuat ve Belgelerde AB Sosyal Politikası”, [http://tiskweb.com/isveren\\_sayfa.asp?yazi\\_id=50&id=4](http://tiskweb.com/isveren_sayfa.asp?yazi_id=50&id=4), (Erişim tarihi: 14.04.2013)

- H. S. Adaoğlu**, Avrupa Topluluğu Hukukunun Üye Ülkelerde Uygulanmasında Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlişkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2003
- H. Taşdemir/H. Demir**, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt: 2, No: 3, 2002 (s.s. 85-100)
- J. G. Huglo**, “L’application du droit communautaire par le juge national”, Biblio-Europe, No:3, 1997 (s.s. 844-849)
- K. D. Borchardt**, Topluluk Hukukunun ABC’si, Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, Ankara, 1995
- M. Akdoğan**, “Avrupa Birliği ve Birlik Üyesi Devletler Arasında Egemenlik İlişkisi”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 24, 2010 (s.s. 53-76)
- M. Alp**, “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz6-1/PDF/alp1.pdf, s. 6 (Erişim tarihi: 20.04.2013)
- M. Colucci**, “Searching for a European Employment Strategic Initiative”, Institutional Changes and European Social Policies after the Treaty of Amsterdam (edited: Roger Blainpain), Kluwer Law International, The Hague, 1998
- M. Kutal**, “Türkiye–Avrupa Birliği İlişkilerinin Sosyal Boyutu”, Prof. Dr. Nusret EKİN’e Armağan, TÜHİS, Ankara, 2000 (s.s. 55-70)
- M. Sari**, “Türk ve Avrupa Birliği Hukukundaki Doğrudan Yabancı Yatırımlarla İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, <http://www.ahmetyum.av.tr/makaleoku.aspx?islem=ok u&id=7>, (Erişim tarihi: 12.04.2013)
- MESS**, AB’nin İstihdam ve Sosyal Politikası, <http://www.mess.org.tr/ab/PDF/istihdamvesosyalpolitika.pdf>, (Erişim tarihi: 12.04.2013)

- P. Pochet**, “L’actualité du droit du travail communautaire: la mise en oeuvre de la charte de 1989”, *Droit Social*, No: 7/8, Juillet-Août 1993 (s.s. 695-701)
- R. Birk**, “Avrupa İş Hukukundaki Güncel Durum ve Gelişmeler”, 1990’lı Yıllarda Türk Çalışma Mevzuatı’nın Avrupa Topluluğu Çalışma Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi Semineri, DEÜ Avrupa Topluluğu ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İzmir, 1992
- R. Blainpain**, “The European Union, Employment, Social Policy and the Law”, *Institutional Changes and European Social Policies after the Treaty of Amsterdam* (edited: Roger Blainpain), Kluwer Law International, The Hague, 1998
- S. Erdoğan**, “Avrupa Birliği ve Sosyal Politika”, <http://www.genelis.org.tr/upresimler/yayinlar/gead/gead05-1-2.doc>, (Erişim tarihi: 17.04.2013)
- S. H. Moreau**, “L’influence du droit social communautaire sur le droit interne”, *Droit Social*, No: 7/8, Juillet-Août 1992 (s.s. 736-743)
- S. Hermans**, *Avrupa Birliği’nin Sosyal Politikası ve Türkiye’nin Uyumu*, İktisadi Kalkınma Vakfı, İstanbul, 2001
- S. Özdemir**, *Avrupa Topluluğu’nda İkincil Mevzuat ve Karar Alma Usulleri*, Devlet Planlama Teşkilatı Avrupa Birliği İle İlişkiler Genel Müdürlüğu, Ankara, 2001
- S. Reisoğlu**, *Ortak Pazar Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No: 316, Ankara, 1973
- T. Tan**, “Topluluk Hukuku’nun Kaynakları”, *Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu*, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990
- TİSK**, *Avrupa Birliği’nin Sosyal Politika Gündemi*, Yayın No: 206, Ankara, 2000

- U. Çelik**, Sosyal Sorumluluk Kavramının Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Birliği Normları Açısından İncelenmesi ve Türkiye İçin Bir Değerlendirme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2004
- Ü. Azrak**, “Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararlarında Beliren Hukukun Genel İlkeleri”, Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990
- Ü. Tekinalp**, Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2000
- V. De Poulpiquet**, “La flexibilité de l’emploi et la Communauté européenne”, Revue trimestrielle de droit européen, No: 35/4, Octobre-Décembre 1999 (s.s. 709-727)
- V. Haïm**, “La jurisprudence sur les directives communautaires”, Biblio-Europe, No: 2, 1995 (s.s. 274-277)
- W. H., Roth**, “Avrupa Topluluğu Hukuku’nun Özelliği ve İşlevi” (Çev. Öner Eyrenci), Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye’nin Uyumu Semineri, Türk Ekonomi Bankası-İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, 1989
- W. Wolf**, “Avrupa Birleşik Devletleri Projesi”, Avrupa Kalesi (Derleyen: W.Wolf/J.Klass), Yazın Yayıncılık, İstanbul, 1996
- Y. Metin/Y. Altan**, “Lizbon Antlaşması Sonrasında Subsidiarite İlkesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 3, 2011 (s.s. 131-147)
- Z. Erdut**, Avrupa Topluluğu’na Tam Üyelik Bakımından Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Değerlendirilmesi, Kamu-İş, Ankara, 1992

## TÜRKİYE'DE PARLAMENTARİZM UYGULAMALARI\*

Yrd.Doç.Dr. Hüseyin YILDIZ\*\*

### ÖZET

Makalede Türkiye'nin anayasal gelişim sürecinde bugüne kadar uygulanan hükümet sistemleri incelenmektedir. Her ne kadar 1921 ve kısmen de 1924 Anayasası döneminde meclis hükümeti sistemi uygulanmış olsa da 1876 Anayasasıyla birlikte hukuken ağırlıklı olarak parlamenter rejim veya ona benzer bir yönetim biçimi tercih edildiğinden araştırmanın ana konusunu parlamentarizm teşkil etmektedir. Yeni anayasa tartışmaları bağlamında AK Partisi, hükümet istikrarsızlıklarını gerekçe göstererek parlamenter rejime karşı başkanlık sistemini tavsiye etmektedir. Makalede, demokrasi açığı ve hukuk devleti eksikliklerini gidermeden, ideolojik düzenlemelere son vermeden ve askeri-bürokratik vesayeti ortadan kaldırmadan farklı bir hükümet sisteminin kabul edilmesinin yönetimde arzu edilen istikrarın sağlanamayacağı gibi siyasal sorunlara da çözüm bulunamayacağı tezi savunulmaktadır.

**Anahtar Kelime:** Hükümet Sistemi, Parlamenter Rejim, Başkanlık Sistemi, Anayasa Siyasal Sorun

---

\* Bu çalışma, Topkapı Eğitim Vakfı tarafından 4-5 Nisan 2013 tarihleri arasında Ankara'da düzenlenen, "Türkiye'nin Demokratikleşme Sürecinde Başkanlık Sistemi Uluslararası Sempozyumu" kapsamında Hüseyin YILDIZ tarafından verilen tebliğ metnidir.

\*\* Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## PARLIAMENTARISM APPLICATIONS IN TURKEY

### ABSTRACT

This article examines the governmental systems implemented so far in Turkey's constitutional development.

Although "contrat de majorite" system was being applied in the constitution of 1921 and 1924 partially, starting from the Constitution of 1876 a parliamentary or alike system was preferred thus the main topic of the research is parliamentarism.

In the context of recent constitutional debates the AK Government proposes the presidential system by referring to the instabilities of the parliamentary regime. This article defends the thesis that without overcoming the deficiencies of lack of democracy and rule of law, without ending ideological regulations and without ending military-bureaucratic guardianship; adopting a different system will not provide the desired consistency in administration and will not find a solution to political problems.

**Keywords:** System of Government, Parliamentary Regime, Presidential System, Constitutional Political Issue

### GİRİŞ

Türkiye'de parlamenter sistemin tarihi "de jure" genel hatları itibariyle II. Meşrutiyete kadar götürülebilir. 100 yıl bir toplumun tarihinde azımsanmayacak bir zaman dilimini teşkil etmektedir. Bu dönem içerisinde aslında bir parlamenter hükümet geleneği yerleşmiş olması gerekirdi. Fakat siyasal tarihimize baktığımızda istikrarlı hükümetler pek kurulamadığı gibi siyasal bir istikrardan bahsetmek de pek kolay olmasa gerek. 1980'lerden itibaren parlamenter sisteme alternatif hükümet biçimleri belirli devirlerde gündemimizi meşgul ediyor. Bunların içinden bilhassa başkanlık sistemi bir seçenek olarak gösterilmektedir; sebep olarak da toplumsal yapımıza daha uygun olacağı, etkin ve istikrarlı hükümetlerin daha rahat tesis edilebileceği ileri sürülmektedir (Kuzu, 2012: 79-129). Günümüzde de AK Parti yeni anayasa yapımı sürecinde



tesis edilecek anayasal düzende başkanlık rejimini hükümet sistemi olarak savunmaktadır. Bunun karşısında Türkiye için parlamenter sistemin daha uygun olduğu, başkanlık sisteminin genellikle ABD’nin dışında pek sağlıklı işlemediği, yapısı itibarıyla belki istikrarlı hükümet tesis edebileceği fakat diğer taraftan yerleşmiş bir politik-sivil kültür ile uzlaşma geleneğinin eksikliğinde siyasal ve demokratik bunalımlara meyilli bir hükümet sistemi olduğu da ileri sürülmektedir (Kalaycıoğlu, 2012: 47 ve devamı).

Parlamenter sistemde bilhassa koalisyonlar döneminde ülke siyasetinde istikrarsız ve zayıf hükümetlerin politik ve ekonomik bazı sorunlara yol açması hasebiyle yeni bir anayasa yapımı sürecinde iktidarda olan bir partinin mevcut parlamenterizme alternatif olarak başkanlık rejimini savunması demokrasinin bir gereği olarak olağan karşılanmalıdır. Fakat şunu unutmamak gerekir ki hükümet sistemi, tabir yerindeyse, “amorf” bir olgudur. Onu “ete, kemiğe” büründüren toplumun siyasal kültürü, mevcut demokratik yapı, hukuk devleti anlayışı, insan-devlet ilişkisi tasavvuru, ideoloji-hukuk-siyaset ilişkisi gibi kavram ve müesseselerdir. Yani bütün bu hususlar toplumun siyasal hayatına birer “girdi” olarak katılır ve kabul edilen hükümet sisteminin iyi işleyip işlemediğini, adeta bir ön şart olarak, belirler.

Dolayısıyla ülkemizde Cumhuriyetinin kuruluşu ile birlikte kabul edilen ve 82 Anayasasıyla resmi bir hüviyet kazanan devlet, otorite ve ideoloji merkezli düzeni reforma tâbi tutmadan başkanlık sistemini kabul etmek mevcut siyasi, hukuki, ekonomik ve toplumsal sorunlarımızı çözmez. Çünkü 1982 Anayasası düzeninde insan, buna bağlı olarak da insan onuru ve insan hakları bürokratik devlet ve resmi ideolojiden önce gelmemektedir. Devletin bireylere ve gruplara hakim olma siyaseti özerk-sivil alanı daraltıp kamusal alan ise genişletmektedir. Ayrıca resmi ideolojisi hukukun üstünlüğü ilkesinin işlerlik kazanmasına yani insan onuru, insan hakları ve hukukun evrensel ilkelerinin kamu otoritesini sınırlandırmasına mahal vermemektedir. Mevcut düzene, demokratik ve hukuki değerler değil, devletin menfaati ve resmi ideolojisi meşruiyet kazandırmaktadır.

Hükümet sistemleri kuvvetler ayrılığı ilkesiyle yakından ilintilidir ve amacı da devlet iktidarını, diğer bir deyimle, kamu otoritesini bireylerin temel hak ve hürriyetleri lehine sınırlandırmak ve kontrol altına almaktır (Zippelius, 2010: 250-251). Dolayısıyla hükümet sisteminin şekli üzerinde durulduğunda hükümetin işlevselliği ve etkinliği kadar siyasal ve demokratik istikrar ile hukuk devleti ilkesi de dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda mevcut 1982 Anayasasının bilhassa Başlangıç Hükümlerinde ve Genel Esaslar kısmında güvence altına almış olduğu ideolojik-bürokratik ve kısmen militarist (örneğin askeri yargı sivil yargı karşısında özerk konumunu halen muhafaza ediyor) devlet tasavvuru ıslah edilmeyip, hukukun üstünlüğü sağlanmadıkça ve çoğulcu-sivil demokratik bir düzen tesis edilmedikçe başkanlık rejimi kabul edilse bile siyasal, demokratik ve hukuki istikrar sağlanamayacağı için uzun vadede hükümet istikrarı da sağlanamaz.

Makalede birinci bölümde parlamenter sistemin özellikleri üzerinde durulacaktır. Ardından parlamenter sistemin faydalı ve zararlı yanları ele alınacaktır. Üçüncü bölümde anayasa tarihimizin değişik zaman dilimlerinde parlamenter sistemin uygulanma biçimleri incelenecektir ve her dönemin sonunda kısa bir değerlendirme yapılacaktır. Dördüncü bölümde ise özet bir değerlendirme yapılarak konuya son verilecektir.

### **I. Parlamenter Sistemin Özellikleri**

Parlamenter sistem dediğimiz yönetim biçimi Anayasa Hukuku ve Siyaset Biliminin konu tasnifinde hükümet sistemleri içerisinde müzakere edilir. Yukarıda da belirtildiği gibi hükümet sistemleri kuvvetler ayrılığı ilkesiyle yakından ilintilidir. Güçler bölüşümü hukuk devletinin önemli özellikleri arasında yer alır ve kendi içinde dikey ayrılık (federatif yapı veya adem-i merkezîyet) ve yatay ayrılık (merkezi iktidarın kendi içinde yasama, yürütme ve yargı biçiminde üçe ayrılması) biçiminde farklı alt kümelere ayrılır (Zippelius, 2008: 110-111). Yatay ayrılık da yine sert ve yumuşak kuvvetler ayrılığı olarak ikiye ayrılır. Liberal demokratik bütün hukuk devletlerinde yargı organı yasama ve yürütmeye karşı bağımsızdır. Dolayısıyla günümüzde kuvvetler bölüşümünden bahsedildiğinde kastedilen aslında yasama ile yürütme arasındaki ilişkidir. Eğer yürütme

ile yasama yumuşak bir ayrılığa dayanıp bir işbirliği söz konusu ise parlamenter, aksine anılan iki güç arasından sert bir ayrılık varsa, yani yürütmenin iktidarda kalması yasamanın güven ve desteğine bağlı değilse başkanlık sisteminden bahsedilir.

Demek ki parlamenter yönetim biçimlerinde hükümet ile yasama arasında belirli bir işbirliği vardır. Çünkü hükümetin iktidarda kalabilmesi yasama çoğunluğunun kendisine güven duymasına bağlıdır. Bunun yanında hükümet de gerekli şartları yerine getirerek bizdeki KHK’ler gibi yasamanın asli görev alanına giren bazı düzenleyici işlemleri yapabilecektir.

Bilhassa siyasi partilerin tarih sahnesine çıkışıyla birlikte yasama ile yürütme arasındaki ilişki daha sıkı bir hal almıştır, çünkü iktidarda olan en güçlü parti veya koalisyon hem yürütmeyi hem de yasamayı nüfuzu altına almaktadır. Böylece parlamenter denetim, yasamanın içinde çoğu zaman azınlık konumunda olan muhalefet partilerinin uhdesinde kalmıştır. Muhalefet, iktidar partisini eleştirileri ve ileri sürdüğü farklı program seçenekleriyle bir taraftan denetler, diğer taraftan da seçmenlerini kendisine çekmeye çalışır (Zippelius, 2010: 255). Böylece artık siyasi partiler klasik parlamenter sistemin en önemli özelliklerinden biri olan yasamanın yürütmeyi denetlemesini fiiliyatta imkânsız hale getirmiştir. Başkanlık rejimini savunanlar, parlamenter sistemi, iktidarı sınırlandıran önemli bir araç olan yasama-yürütme ayrımına uygulamada yer veremediği ve böylece parlamentonun önemli işlevlerini yeterince yerine getiremediği gerekçesiyle eleştirmektedirler (Kuzu, 2012: 60-66).

### **A. Parlamenter Sistemin Asli Özellikleri**

Akademik çalışmalarda parlamenter hükümet biçimini başkanlık rejiminden ayıran birtakım kıstaslar ortaya konmuştur. Örneğin Shugart başkanlık rejimini, parlamenter sistemden ayıran iki esas makyas önermektedir: Hükümetin dayandığı kaynak ve iktidarda kalabilme imkânı (Shugart, 2005: 325).

Parlamenter sistemde hükümet, demokratik meşruiyetini doğrudan halktan değil, parlamentodan alır. Kabine ve eğer cumhuriyet ile yönetiliyorsa devlet başkanı parlamentodan çıkar. Halk burada, sadece

meclisi doğrudan seçmektedir. Başkanlık sisteminde ise hem devlet başkanı hem de meclis meşruiyetini doğrudan halktan alır.

Hükümetin iktidarda kalabilmesine gelince, parlamenter sistemlerde ülkenin genel siyasetini belirleyen bakanlar kurulu ancak parlamentonun, daha doğrusu parlamentodaki çoğunluğun güvenini sağlayabiliyorsa görevde kalabilir. Yani hükümet meclisin ekseriyeti tarafından desteklendiği müddetçe iktidarda kalır, aksi takdirde geri çekilir. Görevde kalışı parlamento içindeki siyasal dengelere bağlıdır. Başkanlık sisteminde ise hükümetin yeni seçimlere kadar iktidarda kalmasını anayasa güvence altına almıştır; diğer bir deyimle hükümet parlamentonun güvenine bağlı değildir, dolayısıyla güvensizlik oyu ile görevden uzaklaştırılmaz. Hükümetin idamesini siyasi dengeler sonlandıramaz.

Bu iki temel unsurdan (hükümetin kaynağı ve idamesi) yola çıkılarak öğretilerde parlamenter sistemin asli unsurları aşağıdaki gibi sıralanmaktadır.

### **1. Hükümetin Yasamanın Güvenine Dayanması: Sorumluluk**

Birazdan izah edileceği gibi parlamenter sistemlerde yürütme devlet başkanı ve bakanlar kurulundan ibarettir. Devlet başkanı yürütmenin bir kanadını temsil eder ve yasama organına karşı sorumlu değildir. Fakat diğer kanat olan bakanlar kurulu hem bireysel hem de müştereken teşrii müesseseye karşı sorumludur. Parlamenter sistemin önemli bir özelliği sayılan sorumluluk ilkesi sonucu, kabine, değinildiği üzere parlamentonun -parlamento çoğunluğunun- güvenine dayanır (Shugart, 2006:348-354); yani meclis ekseriyetinin desteğini aldığı müddetçe iktidarda kalabilir. Eğer başbakan veya hükümet parlamentodan bir “güvensizlik oyu” alırsa müşterek sorumluluk ilkesi gereğince bütün bakanlar kurulu üyeleri istifa etmek zorundadır. Bununla birlikte kabine de teşebbüse geçerek parlamentodan “güvenoyu” isteyebilir. Yapılacak olan oylamada çoğunluğun desteğini alamazsa hükümet istifa eder (Robbins, 2011: 180) Her iki durumda yeniden seçimlere gidilir. “Ferdî mesuliyet” nazariyesi gereği, Türkiye’de olduğu gibi (AY m. 112), parlamento tek bir bakan aleyhine de “güvensizlik oyu” verebilir. Bu durumda, sadece meclisin kendisine itimat etmediği anlaşılan bakan görevinden istifa etmek zorunda

kalır. Bakanlar kurulunun diğer üyeleri bundan etkilenmez, görevde kalmaya devam eder.

Parlamentar sistemlerde, yukarıda izah edilen bu sorumluluk anlayışının dışında farklı uygulamalara da rastlanılmaktadır. Örneğin Almanya’da meseleye salt hukuki açıdan bakıldığında “güvensizlik oyu” sadece başbakana karşı kullanılabilir. Dolayısıyla bakanlar kurulunun kendisine ve tek tek bakanlara (ferdi mesuliyet) “güvensizlik oyu” talebiyle gensoru önergesi verilemez. (Zippelius, 2008: 432-434). Federal Meclis (Bundestag) başbakana itimsizlik yönünde oyunu kullanırsa bütün kabine düşer.

Parlamentar sistemlerde hükümetin meclis çoğunluğuna bağlı olması sonucunda yasama ile yürütme iç içe geçmiştir (İshiyama, 2012: 180). Siyasi partiler bu süreci bir taraftan hızlandırmış diğer taraftan da yoğunlaştırmıştır. Parlamentar sistemlerde yasama organının “güvensizlik oyuna” karşılık çoğu ülkede yürütmenin de elinde meclisi “feshetme” yetkisi bulunmaktadır.

## **2. Yürütmenin İkili Yapısı**

Parlamentar sistemde yukarıda belirtildiği gibi yürütme iki kanatlıdır: sorumlu kabine ile sorumsuz devlet başkanı. Asıl iktidarı elinde bulunduran ve devletin genel siyasetini yürüten birincisidir ve hükümet etme yetkisini hem kolektif (ülkenin genel siyaseti) hem de bireysel olarak (bakanlığının başında bulunan her bir bakan) kullanmaktadır (Johnston, 2012: 117-118). Klasik parlamenter sistemde devlet başkanı timsali (sembolik) ve merasimî görevleri haiz, sınırlı yetkileri olan, tarafsız, hükümeti değil devleti temsil eden bir konuma sahiptir. Devlet başkanları monarşilerde irsi olarak göreve gelirler, cumhuriyetlerde ise genellikle parlamento tarafından seçilirler. İstisnai olarak halk tarafından doğrudan seçilerek de iş başına gelebilirler, Türkiye’de (2007 Anayasa değişikliği ile birlikte) olduğu gibi.

Kabinenin başında başbakan bulunmaktadır. Başbakanın kabine içindeki konumu şu üç şekilden biri gibi olabilir (Robbins, 181: 2011):

- eşit olmayanlar arasında üstün konumda olması

- eşit olmayanlar arasında birinci konumda olması
- eşit olanlar arasında birinci konumda olması

Birinci örnekte başbakanın konumu oldukça güçlüdür. Buna İngiltere ve Almanya örnek verilebilir. Almanya'daki hükümet biçimine başbakanın (şansölyenin) yürütme içindeki güçlü konumundan ötürü “şansölye demokrasisi” (Kanzlerdemokratie) denir (Zippelius, 2008: 433). En zayıf durumda olan ise sonuncu örnek teşkil etmektedir. Burada başbakan eşitler arasında birinci konumdadır. Misal olarak da İtalya ve Hollanda gösterilebilir. Türkiye birinci kategoriye dâhil edilebilir; belki buna ülkemizde bakanların Meclise karşı “bireysel sorumluluğu” kabul edildiğinden onların kabine içinde belirli bir siyasal etkiye kavuşturulduğu iddia edilerek Almanya'dan farklı bir durum olduğu ileri sürebilir. Bu bir açıdan doğrudur, fakat 1982 Anayasası Bakanlar Kurulu içinde Başbakanın statüsünü güçlendirmek gayesiyle bakanları Başbakana karşı sorumlu tutmuştur (m. 112). Dolayısıyla meclise karşı sorumluluğu bakanları anayasal düzeyde Başbakana karşı güçlü kılmıyor, çünkü 112. madde bunu fiilen ve hukuken imkânsız hale getiriyor.

İngiltere gibi yazılı anayasası olmayan ülkelerde başbakan kabinenin sadece üye sayısını değil aynı zamanda yapısını, büyüklüğü ve karar alma şeklini de belirleyebilir. Onun için İngiltere'de bir bakan fonksiyonunu icra eden “bakanlar” (the Ministry) ile başbakanın güvenini haiz dar kadrosu durumunda olan ve ülkenin genel siyasetini tanzim eden “kabine” (the cabinet) arasında bir ayırım yapılır. Buna karşılık yazılı anayasalara dayanan hükümet sistemlerinde bakanlar kurulunun niteliği ve niceliği genellikle hukuk normları tarafından önceden belirlenir (Johston, 2012: 118).

### **3. Yürütmenin Yasamannın İçinden Gelmesi**

Klasik parlamenter sistemlerde yürütme meclisin içinden çıkar, doğrudan halkın seçimiyle oluşmaz (Shugart, 2006: 349). Bu durum genelde yürütmenin iki kanadı için de geçerlidir. Yani hem sorumsuz devlet başkanı hem de kabine halkın doğrudan seçimiyle iktidara gelmez. Parlamenter sistemde sadece milletvekilleri halk tarafından dolaysız seçilir. Meclisin dışında başka bir organ doğrudan demokratik meşruiyeti

haiz değildir. Dolayısıyla klasik parlamenter sistemde temsilciler organının yanında yürütmenin iki kanadı seçimle göreve gelmediği için tek boyutlu bir meşruiyet söz konusudur. Eğer bir parlamenter rejimde sorumsuz devlet başkanı istisnai olarak -bundan sonra ülkemizde de uygulanacağı üzere- doğrudan seçimle göreve gelecek olursa, tek değil çift meşruluğa dayanan iki-başlı bir yürütmeden bahsetmek gerekecektir (Uluşahin, 2011: 33-36).

Hükümetin oluşumu sürecinde başbakan aşağıda verildiği şekillerde göreve gelebilir (Müller, 2008:193):

- Parlamento tarafından seçilmesi (Almanya, İspanya)
- Devlet başkanı atar, ardından güven oylaması yapılır (İtalya, İrlanda)
- Parlamento başkanı atar, ardından güven oylamasına gidilir (İsveç)
- Devlet başkanı atar, fakat güven oylaması mecburi değildir (Birleşik Krallık ve Hollanda).

## **B. Parlamenter Sistemin Tali Özellikleri**

Parlamenter rejimin yukarıda sayılan asli fonksiyonları yanında tali nitelikte bazı özellikleri de mevcuttur. Bunlar kısaca şu hususlardan ibarettir:

### **1. Yasama Organının Yürütme Organı Tarafından Feshedilmesi**

Parlamenter sistemlerin çoğunda, iki organ arasında denge sağlayabilmek için yasamanın elindeki “güvensizlik oyuna” karşılık yürütmeye de yasamayı “feshetme” yetkisi verilmiştir. Genellikle bu yetki devlet başkanına verilir ve bu salahiyyeti mutlak olarak ya başbakanın ya da bakanlar kurulunun teklifi üzerine kullanır. Parlamenter rejimlerde meclisin feshi üç farklı şekilde düzenlenebilir (Bergman, 2003: 109-221):

- Başbakanın, devlet başkanı sürece dâhil edilmeden, kendi inisiyatifine dayanarak parlamentoyu feshetmesi (örneğin Danimarka ve İspanya).

- Başbakanın parlamentonun feshedilmesini devlet başkanına teklif etmesi. Bu halde nihai kararı devlet başkanı verecektir. Eğer devlet başkanı bir kral veya kraliçe ise başbakanın talebini kabul edeceği pek muhtemeldir, aksi bir durum siyasal krize dönüşebilir (örneğin Almanya, Finlandiya, Fransa, İrlanda, Birleşik Krallık, Belçika).
- Parlamentonun feshi sürecinde başbakana özel bir yetki verilmemiştir. Bu yetki ya doğrudan doğruya devlet başkanına (Yunanistan, Portekiz, Fransa, İtalya, İzlanda - ancak İzlanda'da başbakanın karşı imzası gereklidir) verilmiştir veya öneri bakanlar kurulundan gelir (örneğin Avusturya ve İsveç).

## **2. Aynı Kişinin Yürütme ve Yasamada Görev Alabilmesi ve İki Kuvvet Arasında Mevcut Olan İşbirliği**

Parlamentar sistemde bir kişi aynı zamanda hem yürütmenin hem de yasamanın üyesi olabilir. Bu bağlamda meclisten gelen bir bakan bir taraftan kabinenin üyesi olarak yasa tasarısı sunarak yasama faaliyetine katılabilir, diğer taraftan da yürütmenin bir üyesi olarak kabul edilmiş olan kanunun yürütülmesinden sorumlu olur. Böylece hem kanunların yapımından hem de yürütülmesinden sorumludur (Sharma, U/Sharma, S. K, 2007: 422). Genellikle başbakanın parlamento üyesi olması zorunludur (örneğin İngiltere ve Türkiye). Ama Almanya gibi bunun aksini düzenleyen parlamenter sistemler de mevcuttur. Alman anayasasına göre bir başbakanın Federal Meclis (Bundestag) üyesi olması gerekmez, Alman vatandaşı ve Federal Meclise seçilebilme yeterliğine sahip olması kâfidir. (Zippelius, 2008: 431). Bakanlara gelince parlamenter sistemlerde iki farklı uygulama mevcuttur. Birincisinde bakan seçilebilmek için milletvekilliği üyeliği aranmaz (Türkiye, Almanya). İkincisinde ise ancak milletvekilleri bakan olabilir (İngiltere).

Parlamentar rejimlerde kişiler hem yürütme hem de yasamada görev alabildiği için iki kuvvet arasında kesin bir ayrım yoktur, aksine bir işbirliği söz konusudur. Bunun bir sonucu olarak bakanlar kurulu yasama faaliyetlerine katılır. Örneğin kabine yasa teklifinde bulunabilir, başbakan



ve bakanlar meclise girebilirler, yürütme parlamentodan güvenoyu isteyebilir veya onu feshedebilir (Gözler, 2011: 247).

## **II. Parlamenter Sistemin Faydalı ve Zararlı Yanları**

### **A. Parlamenter Sistemin Faydalı Yanları**

#### **1. Etkin Bir Yasama Süreci ve Esnek Bir Yönetim Şekli**

Parlamenter rejimlerde (koalisyondan müteşekkil bir hükümet değilse) yasama ile yürütme arasındaki tıkanıklıklar daha rahat giderilebilir. Kabine yasamada çoğunluğun desteğini arkasına almışsa istediği kanunları meclisten rahat bir şekilde çıkartabilir. Eğer hükümette bir partiler koalisyonu varsa ve aralarında çıkan sorunu çözemiyorlarsa sistem kilitlenmeden ve siyasal bir krize yol açmadan ya yeni bir hükümet oluşturulur ya da seçimler yenilenir (Barrington, 236: 2010).

#### **2. Yürütmenin Yasamaya Karşı Sorumluluğu Vardır**

Yasama elindeki araçlarla (örneğin gensoru, soru), yürütmeyi sürekli denetim altında tutabilir. Böylece iktidar muhalefet karşısında denetim altında olduğu kaygısıyla hükümet programını etkin bir biçimde uygulamaya gayret sarf eder. Muhalefetin sürekli takip, eleştiri ve denetimi karşısında, kendisini seçim öncesinden hesaba çekme ihtiyacını hissedebilir.

#### **3. Despot bir yönetim Biçimine Kayma İhtimali Düşüktür**

Yasamanın yürütmeyi gerektiğinde “güvensizlik oyu” ile düşürebilme riskinden ötürü, yürütme otoriter bir yönetime kapı aralayan eğilimlere girmez (Sharma, 2007: 424). Muhalefet bir taraftan hükümetin siyasi icraatlarını, örneğin kuracağı “gölge kabine” ile takip ederken, diğer yandan iktidarın yasama ve yürütmeye hâkim olması dolayısıyla elinde temerküz etmiş siyasal gücü otoriter bir sistem lehine suiistimal etmemesi için teyakkuz halinde olacaktır. Onun için muhalefet önemli bir denetim ve frenleme işlevine sahiptir.

### **A. Parlamenter Sistemin Zararlı Yanları**

#### **1. İstikrarsız Hükümetler**

Parlamenter rejimlerde, kurulmuş hükümetler bir koalisyondan müteşekkil ise oldukça zayıf ve istikrarsız bir yapı sergilerler. Bir parti tek başına iktidara gelmiş olsa bile ancak güçlü bir parti içi disiplinine sahip

ise gerçek anlamda hükümet edebilecektir. İstikrarsız hükümetler yürütmenin siyasi kanadını zayıflatır, bu durum bürokratik kanadın güçlenmesine ve yönetimi devralmasına yol açabilir -bürokratik vesayet tehlikesi (Barrington, 2010: 236).

## **2. Gücün Temerküzü ve Kararların Acele ile Alınması**

Parlamente sistemlerinde yürütme ve yasama gücünün bir elde temerküz etmesi, hükümetin etkinliğini artırması bakımından faydalı olabilir, fakat diğer taraftan kararların gerekli tartışma ve inceleme yapılmadan aceleyle alınmasına da yol açabilir. Güçlü parti disiplini sonucunda parlamentoda iktidar partisinin milletvekilleri hükümetin getirdiği yasa tasarısını itiraz etmeden ve yeterince incelemede kabul edecektir (Barrington, 2010: 236-237).

## **III. Türkiye Anayasa Tarihinin Değişik Dönemlerinde Parlamente Sisteminin Uygulanması**

### **A. 1876 Kanun-i Esasi**

#### **1. Birinci Meşrutiyet Dönemi**

Birinci Meşrutiyet Meclis-i Umumi (m. 42-80) adında iki meclisli bir parlamento tesis etmişti. Meclisin bir kanadını Meclis-i Mebusan diğerini ise Heyet-i Ayan teşkil ediyordu. Birincisine milletvekilleri iki dereceli bir usulle seçiliyor ve seçimler her dört yılda bir yapıyordu. Heyet-i Ayan üyeleri ise padişah tarafından ömür boyu atanıyorlardı. Yürütme organı Padişah ve Heyet-i Vükeladan müteşekkil idi. Dolayısıyla yürütme ikili yapıdaydı. Bir taraftan devleti temsil eden Padişah diğer taraftan da bugünkü bakanlar kuruluna tekabül eden Heyet-i Vükela, yani hükümet. Bu kurulun başındaki şahıs sadrazamdı (Sadr-ı Azam).

Birinci Meşrutiyetin hükümet sistemine bakıldığında bir parlamente rejime tekabül etmediği görülür (Erdoğan, 2012: 39) . Bunun sebepleri şu şekilde izah edilebilir:

Heyet-i Vükela parlamentoya karşı değil, Padişaha karşı sorumluydu. Çünkü Padişah vekiller heyetinin azalarını atar ve azledebilirdi. (m. 7 ve 27). Buna bağlı olarak parlamento, hükümeti güvensizlik oyu ile düşüremezdi (Atar, 2011: 21). Vekillerin bireysel (m. 30) ve müşterek sorumlulukları (m. 31) mevcut idi, fakat bu sorumluluk

31. maddeden de anlaşılacağı üzere cezai nitelikteydi ve neticelenmesi son tahlilde padişahın onayına bağlıydı. Dolayısıyla Meclis-i Umumi’nin Heyet-i Vükela’nın azalarını siyasi bir denetime tabii tutması I. Meşrutiyet döneminde hukuken mümkün değildi. Kabine üyeleri Padişah tarafından tek tek atanıp azledilebildiği için müşterek ve bağdaşık bir siyasi kurul değildi. Ayrıca Padişah, Heyet-i Vükela görevini ifa ederken sürece etkin bir şekilde katılırdı (m.29). Heyet azalarının Sultan karşısındaki konumu belki başkanlık sisteminde kabine üyelerinin “sekreterlik” statüsüne benzetilebilir (Erdoğan, 2012: 39). Çünkü başkanlık rejiminde olduğu gibi burada da bakanlar kurulunun otoritesinin kaynağı parlamento değil Padişah idi. Yürütme yetkisinin ağırlıklı olarak Sultanın lehine düzenlenmesinin yanında, Sultanın yasama üzerinde de geniş yetkileri vardı. Kanun yapımında milletvekilleri bir teklif yapmadan önce hükümdardan izin almaları gerekiyordu (m. 53) ve kanunları mutlak olarak veto edebilmekteydi (m. 54). Padişahın parlamenter sistemlerde rastlanmayan yasama üzerindeki üstün statüsüne bir başka örnek de Meclis-i Umumi üyelerinin kendisine bağlılık yemini etmeleridir (m.46).

### **Ara Değerlendirme:**

I. Meşrutiyet döneminde kabine -Heyet-i Vükela- parlamentoya (parlamento çoğunluğuna) karşı değil, Padişaha karşı sorumlu olduğundan hükümet biçimi parlamenter bir rejim olarak nitelendirilemez. Bu dönemde uygulanan yönetim biçimi, Padişahın yürütme ve yasamaya karşı halen güçlü olması ve hem hukuken hem de fiilen yürütmenin başında bulunması, yani etkin ve icrai yetkilerle donatılmış olması hasebiyle anayasal meşrutiyet olarak tanımlanabilir.

### **2. İkinci Meşrutiyet Dönemi (1909 Kanun-i Esasi Değişiklikleri)**

1909 değişikliği ile birlikte yasama sürecinde padişahın yetkileri oldukça daraltıldı. Artık yasaların yapımında vekiller her hangi bir kanun teklif ettiklerinde önceden Padişah’tan izin almaları gerekmiyordu (m.53). Ayrıca Padişahın kanunları mutlak veto yetkisi, zorlaştırıcı vetoya dönüştürüldü (m.54). Diğer önemli bir yenilik Heyet-i Vükelanın Sultana karşı değil, artık Meclis-i Mebusana karşı sorumlu olması hususudur (m. 30). Buna uygun olarak Padişahın icraatları bakanlar kurulunun “karşı

imzasına” bağlanmıştı (m.30). Kabine parlamenter sistemin aradığı usullere göre kuruluyordu. Padişah Sadrazamı tayin ediyor, o da diğer vekilleri seçiyordu (m.27). Bakanlar kurulunun Meclis-i Mebusana karşı siyasi anlamda müşterek ve bireysel sorumluluğu anayasal olarak kabul edilmişti (m. 30). Meclise Heyet-i Vükelayı güvensizlik oyu ile düşürebilme yetkisi verilmişti (m. 35). Padişahın yetkileri sınırlandırılmış, sadece merasimî birtakım görevlere hasredilmişti.

### **Ara değerlendirme:**

1909 değişiklikleriyle birlikte yürütme artık yasamanın güvenine dayanarak görevde kalabiliyordu (bakanlar kurulunun siyasi sorumluluğu/güvensizlik oyu). Ayrıca Padişaha ancak timsali birtakım yetkiler bırakılmıştı. Buna karşılık Heyet-i Vükelanın konumu güçlendirilerek yürütmenin merkezine doğru kaymıştı. Bunun sonucunda yönetim biçiminin hukuken parlamenter bir monarşiye dönüştüğünü kabul etmek gerekir.

Siyasi açıdan bakılınca güçlü demokratik bir siyasi-kültürel altyapı henüz oluşmadığından, özellikle İttihat ve Terakkinin takip ettiği baskıcı ve komitacı yönetim şekli yüzünden, “de jure” olarak mevcut olan parlamenter monarşi, politik olarak pek sağlıklı işleyememiştir. İttihatçılar siyasi geleneğimizde militarist, otoriter, tek partili ve yer yer ideolojik-milliyetçi bir yönetim anlayışının öncüleri sayılırlar (Erdoğan, 2012: 50-57). Böyle bir siyasal tasavvurun parlamenter rejime olumlu katkı değil, zarar verdiği ve bozulmasına zemin hazırladığı ortadadır.

### **B. 1921 Anayasası (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu)**

1921 Anayasasının en önemli özelliklerinden biri egemenliği millete dayandırmasıdır (m. 1). Hükümet sistemi açısından değerlendirildiğinde yasama ve yürütmeyi mecliste topladığı için (m.2) bir meclis hükümeti modeli öngörmüştü. Buna bağlı olarak yürütmenin ayrı bir hukuki statüsü yoktu. Çünkü 3. maddede devlet Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur denilmekte ve 2. maddede ise “icra kudretinin” Mecliste tecelli ve temerküz ettiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla her ne kadar 8. madde bir İcra Vekilleri Heyetinden bahsetse de kurulun meclisten ayrı ve özerk bir kişiliği yoktur (Karatepe, 2013: 225). Kaldı ki

heyetin üyeleri tek tek meclis tarafından seçilir ve görevlerine de yine meclis tarafından son verilir. Buna bağlı olarak icra kurulu Meclisin talimatına bağlı bir biçimde görevini ifa ederdi. Ayrıca 1921 Anayasası bir devlet başkanlığı makamı tesis etmemiştir. 9. maddeye göre Meclis başkanı aynı zamanda yürütmenin de başıdır.

### **1923 Değişikliği**

1923 yılında Anayasa’da yapılan değişiklikle parlamenter hükümet modeline doğru bir adım atılmış oldu (Bülent, 2012: 66-72). Buna göre bir Cumhurbaşkanlığı makamı ihdas ediliyordu (m.10) ve kendisi Meclisin içinden bir Başvekil seçiyor, o da milletvekillerinden bakanlar kurulunu oluşturuyor ve kabine Cumhurbaşkanı tarafından Meclisin tasvibine sunuluyordu (m. 12). Cumhurbaşkanı lüzum gördüğü hallerde Heyet-i Vekileye başkanlık edebilirdi. Ayrıca 4. maddede yapılan değişiklikle Meclis, hükümet etme yetkisini artık bizzat kendisi değil İcra Vekilleri vasıtasıyla yerine getirmekteydi.

### **Ara Değerlendirme**

1923 değişiklikleriyle birlikte yönetim biçimi, şekli olarak, saf meclis hükümeti sisteminden -en azından hükümetin oluşum biçimi açısından- kısmi bir parlamenter rejimine dönüşmüştür. Bir bakıma meclis hükümeti sistemi ile parlamenter sistem arasında “melez” bir ara dönemi başlatmıştır. Meclis hükümeti sisteminden tam vazgeçilmiş değildir, çünkü Parlatentonun konumu bu değişiklikle birlikte halen önemlidir (m. 3). Yapılan değişiklikler 1924 Anayasasının benimseyeceği (karma) hükümet sisteminin bir ön işareti olarak kabul edilebilir.

### **C. 1924 Anayasası (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu)**

Literatürdeki yaygın kanaate göre 1924 Anayasası “meclis hükümeti” ile “parlamenter sistem” arasında karma bir modeli benimsemiştir (Erdoğan, 2012: 77-78; Gözler, 2011: 31; Karatepe, 2013: 162; Atar, 2011: 24, Yavuz, 2012: 68). Aşağıda 1924 Anayasasının benimsediği melez yönetim biçiminin meclis hükümeti ve parlamenter sisteme benzeyen cihetleri izah edilecektir.

### **Meclis Hükümetine Benzeyen Yönleri:**

- Türk Milletini ancak TBMM'nin temsil etmesi ve Millet adına egemenlik hakkını kullanması (m.4)
- Yasama yetkisi ve yürütme erkinin Mecliste belirmesi ve toplanması(m. 5)
- Meclisin hükümeti her zaman düşürebilmesi (m. 7/2), buna karşılık hükümetin Meclisi feshetme yetkisine sahip olmaması

### **Parlamenter Sisteme Benzeyen Yönleri:**

- Yürütme yetkisi Meclisin kendisine değil Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna tevdi edilmiştir (m. 7).
- Hükümet parlamenter sistemin usul kurallarına göre kurulur: Cumhurbaşkanı bir yasama dönemi için seçilir (m. 31); Cumhurbaşkanının siyasi sorumsuzluğu (m. 41) ve karşı imza ilkesinin (m. 39) kabulü; Başvekilin Cumhurbaşkanı tarafından Millet Meclisi üyeleri arasından seçilmesi, Başvekilin yine Meclisin içinden kabine azalarını seçmesi ve Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanının tasdiğiyle Meclise sunulması (m. 44)
- Bakanlar Kurulunun Meclise karşı bireysel ve müşterek sorumluluğunun kabulü (m. 46)

### **Ara Değerlendirme**

Her ne kadar 1924 Anayasası, en azından görevler açısından, parlamenter sisteme benzeyen bir kuvvetler ayrılığı modeli kurmuşsa da 1946'ya kadar birkaç denemenin haricinde ülke siyaseten tek partili, ideolojik-otoriter, hatta zaman zaman totaliter bir biçimde yönetildiği için "de facto" olarak kuvvetler birliği hüküm sürüyordu (Erdoğan, 2012: 81 ve devamı). Cumhuriyet Halk Fırkası ve devletin resmi politikasına muhalif olan partilere, sivil toplum örgütlerine, basına ve akademi dünyasına karşı, Takrir-i Sükun Kanunu, Hıyanet-i Vataniye Kanunu, Tevhid-i Tedrisat Kanunu gibi düzenlemelerle sert önlemler alınıyordu;

daha doğrusu baskı kuruluyor ve sindirilmeye çalışılıyordu. Amaç, resmi ideolojinin savunduğu ve batıdan ithal ettiği seküler değerleri sosyal gerçeklerin hilafına halka zorla benimseterek, tek tip, türdeş bir toplum oluşturmaktı. Bu amaca ulaşabilmek için yeni rejim kültürel bağlamda birleştirici değil, dışlayıcı-etnik bir Türkçülüğü ile radikal, dini dışlayan laikliği bir araç olarak kullandı; fakat bununla da yetinmeyerek bu iki olguya ideolojik bir anlam yükleyerek resmi düzenin siyasi, toplumsal ve hukuki meşruiyet kaynağı haline getirdi.

Dine karşı açıkça cephe alan bu Jakoben-pozitivist tipi laikçilik eski İctihad dergisi tarafından savunulmaktaydı ve Cumhuriyeti kuranlar tarafından benimsenmişti (Halil İnalçık, İkinci Binde Türkler, 63-110, zitat: s. 84, Doğu Batı, sayı 10, 2000/1). Irk temelli Türkçülük anlayışının resmi olarak benimsendiğini dönemin Başbakanı İsmet İnönü 1925 yılında şu şekilde ifade ediyordu: “ (V)azifemiz bu vatan içinde bulunanları behemhal Türk yapmaktır. Türklere ve Türkçülüğe muhalefet edecek anasırı kesip atacağız. Vatana hizmet edeceklerde arayacağımız evsaf her şeyden evvel o adamın Türk ve Türkçü olmasıdır” (Erdoğan, 2012: 91). Bir taraftan kültleştirilmiş liderlik önderliğinde muhalefetsiz tek parti modelli bir siyasal hayat, diğer taraftan sosyal alanda sivil toplum yapılanmasına ve çoğulculuğa kapalı radikal-pozitivist bir laiklik ile türdeş-etnik bir milliyetçilik tasavvuru, tek parti döneminde parlamenter sistemin iyi işleyebilmesi için sağlıklı bir alt yapı oluşmasına engel olmuştur. 1950-1960 arasında iktidara gelen Demokrat Partisi vesayetçi bürokratik elitin aksine çevreye sahip çıktığı için 27 Mayıs 1960 İhtilaliyle görevden uzaklaştırılmıştır.

1924 Anayasası döneminde uygulamaya bakıldığında genel hatları itibariyle otoriter, antidemokratik ve kuvvetler birliği esasına göre işleyen bir hükümet sisteminin oluştuğu söylenebilir. Demokrat Parti dönemini, bilhassa halkın üzerindeki devlet baskısı belirli ölçüce hafiflediği için, kısmen bundan hariç tutabiliriz.

#### **D. 1961 Anayasası**

Öğretide yaygın olan genel kanaate göre 1961 Anayasası tipik bir parlamenter sistem kurmuştur (Erdoğan, 2012: 125; Gülsoy 2013: 265;

Uluşahin, 2013: 327; Atar, 2011: 28; Yavuz, 2012: 68). 1961 Anayasası döneminde tesis edilmiş olan hükümet sisteminin bir parlamenter rejim olduğunu kanıtlayan hususlar şu şekilde sıralanabilir:

- Bakanlar Kurulu Millet Meclisinin güvenine muhtaçtır (m. 103, 104); Millet Meclisi Bakanlar Kurulunu güvensizlik oyu ile düşürebilir (m. 89)
- Bakanlar Kurulu bireysel ve müştereken Millet Meclisine karşı sorumludur (m. 105)
- Yürütme ikili yapılıdır:
  - a) Sorumlu Bakanlar Kurulu: Bakanlar ve Başbakanın mürekkettir, Başbakanın hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir (m. 105)
  - b) (Siyaseten) Sorumsuz Cumhurbaşkanı: icraatlarından, karşı imza ilkesi gereği Cumhurbaşkanı değil Başbakan ve ilgili Bakan sorumludur (m. 98). Cumhurbaşkanı siyaseten tarafsızdır (m. 95/3). Devletin başıdır ve Türkiye Cumhuriyetini ve Milleti temsil eder (m. 97/1) ve timsalî birtakım görevleri yerine getirir (m. 97/2). Cumhurbaşkanı gerekli şartlar oluşursa Başbakanın talebi üzerinde Millet Meclisi seçimlerini Meclislerin Başkanlarına danışarak yenileyebilir (m. 108).
- Hükümetin kuruluşu: Cumhurbaşkanı TBMM üyeleri arasından birini Başbakan olarak atar (m. 102/2). Bakanlarda TBMM içinden veya dışından Başbakan tarafından seçilir ve Cumhurbaşkanı atılır (m. 102/3).

### **Ara Değerlendirme**

Daha önce de belirtildiği gibi hükümet sistemi modelleri daha çok “amorf” bir yapıdır. Onun uygulamada iyi işleyip işlemediği demokratik ve hukuki meşruiyetine bağlıdır. Bir anayasal düzende halkın iktidara katılımı hem siyasi partiler hem de sivil toplum ayağında yeterli düzeyde sağlanamıyorsa parlamenter rejim sağlıklı çalışmaz. Aynı durum, hukuk devletinin aradığı şartlar yerine getirilmezse yine söz konusu olur.



Bu bağlamda baktığımızda, her ne kadar 1961 Anayasası demokrasi, hukuk devleti ve temel hak ve hürriyetler konusunda geniş bir güvence sağladığı intibamı uyandırıyor da, biraz dikkatli bakıldığında durumun pek de öyle olmadığı gözükür. Cumhuriyetin kuruluşuyla birlikte peyderpey uygulamaya konulan reformlar ve yeni değerler, bilhassa toplumun inanç ve yaşam tarzıyla bağdaşmadığı için, halk tarafından pek kabul görmüyordu. Böylece toplumun geniş kesimleri ile yeni laik düzenlemeleri kabul etmiş Cumhuriyetin sivil, siyasi, askeri ve bürokratik eliti arasında zamanla bir cepheleşme oluştu. Halkın bulunduğu yaygın kitleler “çevre” ve resmi söylemi temsil eden azınlık halindeki seçkinler de “merkez” olarak nitelendirilebilir (Mardin, 2000: 79-105).

Demokrat Partinin iktidarına kadar “çevre” devlet bürokrasisi tarafından pek dikkate alınmaz ve “merkezde” de temsil edilmezdi. “Elitist merkez”; devleti, otoriteyi, inkılâpları ve Batıcılığı temsil ederken “çevre” ise liberal-demokratik yönetim tasavvurunu, gelenekleri ve dinî değerleri temsil ediyordu. Bu ortamda “çevre”nin dünya görüşü küçümsenir hatta gayri meşru kabul edilirdi. Demokrat Parti kendi döneminde kırsalın değer yargılarını dışlamadı, onu “merkezde” temsil etti, bir açıdan da “resmiyet” kazandırdı (Mardin, 2000: 98). Buna bir son vermek için “merkezin” kurmuş olduğu gayrimeşru bir koalisyon Demokrat Partiyi bir ihtilal ile devirdi. Bu darbe aslında Demokrat Parti’den ziyade “çevreye” ve onun savunduğu değerlere karşı yapılmıştı. “Bürokratik merkez” “çevrenin” 1950-1960 yılları arasında olduğu gibi devlet kademesinde bir daha karar alma sürecine katılmasını önlemek istiyordu. Bu amaçla ihtilalden sonra hazırlanan yeni Anayasada birtakım önlemler alınmıştı.

Yukarıda değinildiği gibi 1961 Anayasası görünürde insan haklarına dayalı demokratik bir düzen kurmayı hedefliyordu (m. 2). Hatta 56. maddede siyasi partilere ilk defa anayasal bir güvence verilmişti. Fakat diğer taraftan anayasa “genel oya” karşı bir kuşku besliyordu (Erdoğan, 2012: 115). “Bürokratik merkez” ihtilalden sonra siyasal iktidarın genel seçimler yoluyla tekrar “çevrenin” eline geçeceğini tahmin edebiliyordu. Devlet iktidarını kendi tekelinde tutmak istediği için, 1961

Anayasası ile birlikte temsile dayanmayan ve “merkezde” konumlandırılmış yeni birtakım “bürokratik” kurumlar ihdas etmişti. Bu müesseselerin gayesi yürütmenin siyasi kanadı olan ve çevreyi temsil eden “parti-hükümetini” zayıflatıp kanadın diğer tarafında yer alan ve merkezin temsilcisi komundaki “devlet bürokrasisini” güçlendirmektir (Parla, 1993: 31). “Kemalist elit” temsile dayanmayan kurumları kullanarak, hükümette olmasa bile, siyasi seçimler yoluyla meşru bir biçimde parlamento ve hükümette çoğunluğa sahip olacak olan “çevreyi” kontrol edip bürokratik-askeri bir vesayet altında tutabilecektir. Bu yeni durum meşruiyetini doğrudan halktan alan TBMM’nin konumunu zayıflatmıştır. Çünkü Anayasanın 4. maddesine göre egemenlik yetkisini demokratik temsile dayanmayan yeni kurulmuş olan bürokratik organlar da kullanabilecekti. Seçilmiş hükümetleri vesayet altına almak için ihdas edilmiş kurumlar içinde önde gelen üç tanesi şu şekilde sıralanabilir:

**a) Senato:** Senatonun demokratik temsili zayıflatılan özellikleri vardı. Üyelerin arasında halkın oyuna dayanmayan kontenjan senatörler ve tabii üyeler bulunmaktaydı (m. 70). Birincileri Cumhurbaşkanı doğrudan kendisi atıyordu ve sayısı on beşti. Tabii üyeler ise eski Milli Birlik Komitesi başkan ve üyeleriyle eski cumhurbaşkanlarından mürekkepti. Ayrıca senatörlüğe seçilebilmek için yüksek öğrenim görmek ve kırk yaşını doldurmak şartı arandığından Erdoğan’ın (2012: 117) da belirttiği gibi adeta bir “seçkinler” kuruluna tekabül ediyordu.

**b) Anayasa Mahkemesi:** İlk bakışta Anayasa Mahkemesinin kuruluşu hukuk devletinin pekiştirilmesi anlamında olumlu bir adım gibi gözüküyor. Fakat Mahkemenin genel gayesi devlet iktidarının müdahalelerine karşı bireylerin temel hak ve hürriyetlerini korumaktan ziyade, “çevrenin ve siyasal iktidarın” temsilcisi konumundaki parlamentodan “merkezin değerleri” aleyhine gelebilecek tehditleri savmaktır. Dolayısıyla mahkeme “bürokratik” bir vesayet makamı olarak parlamento kontrol etmek amacıyla kurulmuştu. (Ozan, 2007: 219 ve devamı).

**c) Milli Güvenlik Kurulu:** 1961 Anayasasıyla birlikte ordu anayasal düzeyde daha geniş bir özerkliğe kavuşturularak güçlendirilmişti. Bu

bağlamda Genel Kurmay Başkanı görev ve yetkilerinden dolayı Milli Savunma Bakanlığı’na karşı değil, doğrudan doğruya Başbakanına karşı sorumluydu (m. 110/4). Hâlbuki demokratik liberal bir hukuk devletinde genel kural askerî bürokrasinin sivil hükümete tabi olmasıdır. Bunun somut karşılığı da ordunun başında bulunan komutanın milli savunma bakanlığına bağlanmasıdır. 1961 Anayasasında Genel Kurmay Başkanı Başbakanına bağlanmakla adeta Bakanlar Kurulu içinde diğer bakanlardan daha üstün bir konuma kavuşturulmuştur. Ayrıca Milli Güvenlik Kurulu oluşturulmuş ve milli güvenlik ile ilgili kararların alınmasında gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna bildireceği belirtilmiştir (m. 111). İlginç olan husus; Kurulun, Anayasada idarenin kaleme alındığı 112-125. maddeleri arasındaki kısımda (C. İDARE) değil, Bakanlar Kurulunun düzenlendiği 102-111. maddeleri arasındaki kısımda (B. BAKANLAR KURULU) ele alınmasıdır. Böylece, askeri kurumlar, sivil yönetimi temsil eden siyasi idareye tâbi kılınmamış, bilakis Bakanlar Kurulu ile eş seviyede bir güvenceye kavuşturulmuştur (Parla, 1993:27 ve devamı). İlk bakışta rasyonel, hatta masumane, bir amaçla kurulduğu izlenimini veren Milli Güvenlik Kurulu aslında meşruiyetini genel oydan alan hükümetin yine “bürokratik-askeri merkez” tarafından vesayet altında tutulabilmesi için ihdas edilmişti.

“Merkez” genel oya dayanacak yasamanın ve ondan çıkacak olan yürütmenin “çevrenin” nüfuzuna gireceğini bildiği için bunları Anayasa Mahkemesi ve Milli Güvenlik Kurumu vasıtasıyla bürokratik ve askeri denetim, daha doğrusu vesayet altına almak istemiştir.

Bu yaklaşım elbette öncelikle parlamenter sistemin sağlıklı işleyebilmesine mani olmuştur. 1961 Anayasası döneminde istikrarlı ve etkin hükümetlerin oluşmamasında elbette koalisyon veya azınlık hükümetleri de etkili olmuştur (örneğin 1973 sonrasında), fakat bu, gerekçelerden sadece bir tanesidir. Nitekim 1971 yılında yürütmenin güçlendirilmesi için Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkartma (m.64) ve vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnaları ile nispet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapma yetkisi verilmişti (m. 61). Fakat bu tedbirler de istikrarlı hükümetlerin oluşmasına zemin

hazırlayamamıştı. Hâlbuki hükümet istikrarsızlığının yanında 1961 Anayasasının genel oya karşı bürokratik-askeri-ideolojik önyargılı kuşkulu bakışının yol açtığı anti demokratik yapı ve buna bağlı olarak siyasal istikrarsızlıklar da parlamenter rejimi olumsuz etkilemiştir. Nitekim 1971 yılındaki Anayasa değişiklikleriyle birlikte yürütmenin kuvvetlendirilmesine yönelik bazı reformlar yapılırken, buna paralel olarak sivil iktidarı zayıflatacak ve askeri otoriteyi güçlendirecek birtakım düzenlemeler de yapılmıştı. Gerçekten Danıştay'ı düzenleyen 140. maddede yapılan değişiklikle artık askeri kişilerle ilgili eylem ve işlemlere Danıştay değil yeni kurulan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bakacaktı (m. 140/6). Yine bu bağlamda sıkıyönetime geçiş imkanı kolaylaştırılmış (m. 124) ve sivil kişilerin kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlardan dolayı askeri mahkemelerde yargılanmalarının önü açılmıştır (m. 138/2). Böylece bir taraftan istikrar adına hükümetin daha etkin olabilmesi için tedbirler alınırken, diğer taraftan silahlı kuvvetler anayasal düzen içinde demokratik ve siyasal istikrara zarar verecek şekilde sivil otorite aleyhine güçlendirilmekteydi.

Halkın oyuyla seçilmiş ve doğrudan ve dolaylı meşruiyet kesbetmiş olan yasama ve yürütme ideolojik kaygılarla bürokratik vesayet altına alınırsa, bu sadece hükümet istikrarsızlığına değil aynı zamanda siyasi ve demokratik bir istikrarsızlığa oradan da zaman içerisinde sosyo-tarihi ve sosyo-kültürel bir krize dönüşür. Dolayısıyla ideolojiden arındırılmış sivil bir demokratik düzen ve hukuk sistemi tesis edilmediğinden 1961 Anayasasının getirdiği saf parlamenter sistem de 12 Eylül 1980 darbesiyle birlikte tasfiye edildi.

## **E. 1982 Anayasası**

### **A. 2007 Anayasa Değişikliği Öncesi**

82 Anayasasının 2007 Anayasa değişikliği öncesinde kabul ettiği hükümet sistemi bir parlamenter sistem olarak nitelendirilebilir (Becerren/Kalağan, 2007: 174). Parlamenter rejimin varlığını şu gerekçelerle izah edebiliriz:

- Yürütme parlamento içinden çıkmaktadır: Başbakan Cumhurbaşkanı TBMM üyeleri arasından atanır. Başbakan parlamentonun içinden veya milletvekili seçilme yeterliliğine sahip kişiler arasından bakanları seçer ve Cumhurbaşkanı da atar (m. 109). 2007 Anayasa değişikliği öncesinde yürütmenin diğer kanadını teşkil eden Cumhurbaşkanı da Meclis tarafından seçilmekteydi. Başbakan ve bakanların çoğu milletvekili olduğu için hem yasamanın hem de yürütmenin bir üyesi durumundadırlar. Bu da yine parlamenter sistemin bir başka özelliği olan aynı şahsın hem yasama hem de yürütmede yer alabilmesi ilkesine uygun bir durumdur.
- Bakanlar kurulunun yasamaya karşı bireysel ve müşterek sorumluluğu vardır: Bakanlar Kurulu Cumhurbaşkanı tarafından onaylandıktan sonra hukuken kurulmuş olur ve göreve başlayabilir (Erdoğan, 2012: 220). Ancak göreve başladıktan sonra güvenoyu alamıyorsa görevden çekilmesi gerekir. Yasama dönemi içerisinde hükümet TBMM’nin güvenini yitirirse yine aynı durum söz konusu olur. Örneğin Başbakan TBMM’den güven isteyip de reddedilirse (m. 111) veya Bakanlar Kurulu aleyhine gensoru önergesi verilir de hükümet gerekli ekseriyetten (üye tamsayının salt çoğunluğundan) güvenoyu alamazsa (m. 99) hükümetten düşer. Buna karşılık yürütmeye yasamayı feshetme hakkı da verilmiştir. 1961 Anayasasına nazaran 82 Anayasası Cumhurbaşkanı Meclisi feshetme yetkisini kolaylaştırmıştır (Atar, 2011: 154 ve devamı; Özbudun: 2010: 358 ve devamı). Anayasanın 116. maddesine göre şu hallerde Cumhurbaşkanı TBMM Başkanına danıştıktan sonra seçimleri yenileyebilir:
  - a) Bakanlar Kurulu göreve başlarken güvenoyu alamamışsa (m. 110)

- b) Gensoru oylaması (m. 99) veya görev sırasında güvenoyu alamamışsa (m. 111)
- c) Başbakanın güvensizlik oyu ile düşürülmeden istifa etmesi üzerine kırk beş gün içinde veya
- d) Yeni seçilen TBMM’de Başkanlık Divanı oylamasından sonra yine kırk beş gün içinde Bakanlar Kurulunun kurulamaması hallerinde (m. 116).

1961 Anayasası yasamanın feshi için Başbakanın önerisini ararken, 82 Anayasası seçimlerin yenilenmesi konusunda yetkiyi tamamen Cumhurbaşkanına bırakmıştır.

- İki Başlılık: Yürütme, Cumhurbaşkanı (m. 101-108) ve Bakanlar Kurulundan (m. 109-118) ibarettir. Cumhurbaşkanının genişletilmiş yetkileri bulunmaktadır (m. 104) fakat buna rağmen siyasi olarak sorumsuzdur (m. 105). Tek başına yapabileceği işlemler dışındaki bütün kararlar “karşı imza” ilkesi gereğince Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanır ve bu kararlardan imzayı atan şahıslar sorumludur (m. 105). Başbakanın konumu Bakanlar Kurulu içerisinde kuvvetlendirilmiştir. Kanımızca başbakan 1982 Anayasası düzeni içerisinde “primus inter pares” yani “eşitler arasında birinci” değil, “eşit olmayanlar içinde üstün” komumdadır. Bunun sebepleri Anayasanın 112. maddesinde görülmektedir. Buna göre:

Başbakan Bakanlar Kurulunun başıdır, bakanlar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir (m. 112/1)

Her bakan Başbakana karşı sorumludur. 82 Anayasasında 1961 Anayasasından farklı olarak bakanlar hem Meclise hem de Başbakana karşı sorumludur ( m. 112/2)

Başbakan bakanların görevlerini Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirmesini gözetmekle ve düzeltici önlem almakla yükümlüdür (m. 112/ 3)

1982 Anayasası böylece “rasyonelleştirilmiş parlamentarizm” ilkesi doğrultusunda Bakanlar Kurulu içerisinde Başbakanın konumunu

güçlendirmiştir. Hatta bazılarınca Türkiye’deki mevcut hükümet sistemi “başbakanlı parlamenter rejim” olarak da nitelendirilmektedir (Yokuş, 2009: 8).

### **Ara Değerlendirme**

1982 Anayasası 1961 Anayasasına tepki olarak yasama karşısında yürütmeyi güçlendirmiştir. Nitekim ikincisinde yürütme sadece bir “görev” olarak nitelendirilirken (m. 6) birincisi hem “görev” hem de “yetki” olarak belirtiyor (m. 8). Yürütmenin ayrıca “yetki” olarak anılıp güçlendirilmesi “idarenin kanuniliği” ilkesine istisna getirecek şekilde anlaşılabilir (Özbudun, 2010:196). Dolayısıyla 1982 Anayasası düzeninde de yürütme, yasamaya kural olarak bağlıdır, asli düzenleme yetkisi yoktur. Sadece istisnai bazı durumlarda bu söz konusudur ve haliyle dar yorumlanmalıdır. Bu bağlamda yürütme ancak iki halde herhangi bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duymadan “yetki” kullanabilme hakkına sahiptir. Bunlardan birincisi Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliği ile ilgili kararname, diğeri de olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK’leridir (Derdiman, 2011: 489; Özbudun, 2010: 199; Gözler: 2011 : 304).

1982 Anayasası yürütme içinde aslında yukarıda da işaret edildiği gibi hem Başbakanı hem de Cumhurbaşkanını güçlendirmiştir. Cumhurbaşkanının konumu sorumsuz olmasına rağmen tek başına yapabileceği yetkilerle pekiştirilmiştir (Gülsoy, 2013: 266). Nitekim Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin düzenlendiği 104. maddeye bakıldığında oldukça uzun olduğu görülür. Siyaseten mesuliyetsiz olmasına rağmen hem devlet başkanı hem de yürütmenin başı sıfatıyla yasama, yürütme ve yargı ile ilgili kararlar almaktadır. Aslında parlamenter sistemin karşı imza kuralı gereği Cumhurbaşkanı sorumsuz olması hasebiyle tek başına yetki kullanamamalıdır. Fakat 1982 Anayasasının 105. maddesine göre Cumhurbaşkanı Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına işlem yapabilir, aynı zamanda bu işlemler aleyhine yargı yoluna da başvurulamaz (105/2). 104. maddede sayılan hususlardan hangilerini tek başına yapabileceği ile ilgili herhangi bir açıklama yoktur.

Özbudun'a göre Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ancak tarafsız devlet başkanı sıfatıyla kullanabildiği yetkililerdir. Yürütmenin başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin ise ancak bir kısmını tek başına yapabilmeli, diğerlerini ancak karşı imza kuralına göre Başbakan veya ilgili bakanın imzasıyla gerçekleştirebilmelidir. (Özbudun, 2010:330 ve devamı). Buna göre yasama (örneğin TBMM'yi toplantıya çağırarak, kanunları yayımlamak, kanunları tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne geri göndermek) ve yargı (örneğin, Anayasa Mahkemesinin 14 üyesini seçmek, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini seçmek, Danıştay üyelerinin 1/4'ünü seçmek) ile ilgili işlemleri tarafsız devlet başkanı hüviyetiyle yaptığı için, tek başına yapabilmelidir, taraflı olan Bakanlar Kurulu bu tür yetki alanına dâhil edilmemelidir. Yürütme ile ilgili görev ve yetkilere gelince, burada Cumhurbaşkanının işlemlerinin "icrai" olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır (Özbudun, 2010: 332 ve devamı). "İcrai" nitelikte olmayan yetkilerini (örneğin gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya başkanlığı altında toplantıya çağırarak, Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını TBMM adına temsil etmek gibi) tek başına kullanabilmelidir. Çünkü bunlar timsalî ve temsilî yetki mahiyetini taşımaktadırlar. Fakat Cumhurbaşkanı "icrai" nitelik taşıyan ve idari bir boyutu bulunan işlemlerini (Yüksek Öğretim Kurulu üyelerini ve üniversite rektörlerini seçmek gibi) ancak Başbakan ve ilgili bakanın karşı imzaları ile birlikte yapmalıdır. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı "icrai" nitelik taşıyan işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olması hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir (Erdoğan, 2012: 189).

Görüldüğü gibi 1982 Anayasasına göre cumhurbaşkanı sorumsuz olmasına rağmen geniş yetkilere sahiptir. Özellikle olağanüstü rejimlerin ilanı ve bu dönemde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin çıkartılmasında bunlara karar verecek olan Bakanlar Kurulunun başkanlığı görevi kendisine tevdi edilmiştir (m.104). 12 Eylül İhtilalinden sonra anayasal düzen içerisinde Cumhurbaşkanının konumunun güçlendirilmesi tesadüfî değildir. Darbenin akabinde, ihtilali yapanlar güçlü, kutsal, toplumun üstünde yer alan bürokratik bir devlet tesis etmek istemişlerdir. 1961 Anayasası gibi 1982 Anayasası da genel oya kuşkuyla bakar. Onun



için toplumu, daha doğrusu “çevreyi”, depolitize ederek askeri ve sivil bürokrasinin vesayeti altına almıştır. Bununla birlikte askeri cunta Cumhurbaşkanlığı makamını bürokratik devletin temsilcisi olarak algıladığı için, onu “çevrenin” oylarıyla kurulacak olan parti hükümetinin karşısında geniş yetkilerle donatarak dengeleyici bir unsur haline getirmiştir.

Anayasayı yazarlar cumhurbaşkanlığını “merkezin” bir kalesi olarak düşündüklerinden onların öngörüsüne göre bu makama ancak laik düzenin resmi değerlerini benimsemiş şahısların gelmesi gerekiyordu. Bürokratik devletin yerleşmiş enformel geleneği gereği bu kişi evvel emirde asker kökenli olmalıydı. Cumhurbaşkanı ordu kökenli olmasa bile resmi ideolojiyi benimsemiş birisinin makama gelmesi “merkezin” menfaatlerini “çevreye” karşı etkin bir biçimde koruyabilmek için elzemdi.

Nitekim Abdullah Gül’ün Cumhurbaşkanı seçimi öncesi laik çevreler ve bürokratik devletin kurumları, evvel emirde Anayasa Mahkemesi, (Hakyemez, 2009: 100 ve devamı) “resmi görüşün” yaklaşımını ideolojik, hukuk dışı ve antidemokratik tavırlarıyla açık bir biçimde ortaya koydular. “Çevreden” birisinin “merkezin” geniş yetkilerle donatılmış önemli bir müessesinin başına geçmesini kabullenemediler.

Bu ve buna benzer ideolojik önyargılı yaklaşımlar parlamenter sistemin sağlıklı işlemlerini önlemektedir. Aslında “saf parlamenter sistemlerde” Uluşahin’in de belirttiği gibi devlet başkanı, timsali ve temsili birtakım görevler üstlendiği için yürütme içinde “siyasi-icrai” nitelikte yetkilerle donatılmadığından güçlü bir konuma sahip değildir. Uluşahin bundan ötürü “iki başlıktan” ziyade “iki kanatlıktan” bahsedilmesi gerektiğini söylemektedir (Uluşahin: 2013: 325 ve devamı). Fakat ülkemizde 1982 Anayasa koyucusu bilerek “iki başlı” bir hükümet sistemi kurmuştur. Sebebi yukarıda belirtildiği gibi “bürokratik merkezin” önemli bir kurumu olarak algıladığı devlet başkanlığı makamını “çevrenin” nüfuzuna girme ihtimali yüksek olan “parti hükümetini” dengelemek ve denetim altına almaktır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının yetkilerinin artırılması, yürütmeyi güçlendirmekten ziyade, bürokratik-

laik devleti koruma refleksidir. Böyle bir yaklaşımın parlamenter sistemde birtakım aksaklıklara yol açacağı ortadır. Fakat bu eksikliklere rağmen 1982 Anayasasının getirdiği sistem saf olmasa da 2007 Anayasa değişikliği öncesinde yukarıda belirtildiği gibi bir parlamenter rejim olarak nitelendirilebilir.

Yürütmenin yetkisinin güçlendirilmesi için öngörülen diğer bir husus da Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisinin verilmesidir. Ayrıca hükümet göreve başlarken yapılacak güven oylamasında sadece toplantıya katılanların salt çoğunluğunun aranması, yani Bakanlar Kurulunun tesis edilmesinin kolaylaştırılması da parlamentarizmin rasyonelleşmesine bir misal teşkil eder (m. 96). Bu amaca uygun başka bir düzenleme de hükümetin düşürülebilmesi amacıyla yapılan güvensizlik oylamasında üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyunun aranması ve oylamada sadece güvensizlik oylarının sayılmasıdır (m. 99). Böylece hükümetin düşürülmesi zorlaştırılmış olmaktadır (Gözler, 2000: 33).

## **2. 2007 Anayasa Değişikliği Sonrası**

2007 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte artık Cumhurbaşkanı parlamento değil, halk tarafından seçilecektir. Bu durum öğretide hükümet sisteminin değişip değişmediği konusunda birtakım tartışmalara yol açmıştır (Gözler, 2011: 299 ve devamı; Özbudun, 2013: 354-355; Atar: 2011, 152-153; Uluşahin, 2013: 326 ve devamı; Bilir, 2013: 305-306). Doktrinın genel kanaati 2007 sonrası hükümet sisteminin gerçek karakterinin ancak yeni düzenlemenin uygulaması görüldükten sonra belirlenebileceğine dairdir. Daha doğrusu halkın Cumhurbaşkanlığı ile parlamento seçimlerinde gösterecekleri siyasal tercihlerin Meclis aritmetiği ve diğer politik makamlara yansımaları sonucunda hükümet sisteminin Fransa'da olduğu gibi başkanlık ile parlamenter rejimi özellikleri arasında gidip gelebileceği yönündedir.

Teorik olarak bakıldığında 2007 değişikliğinden sonra Türkiye'deki hükümet sisteminin yarı başkanlık ile parlamenter sistem arasında yer aldığı söylenebilir. Cumhurbaşkanı her ne kadar halk tarafından seçilecek olsa ve azımsanmayacak kadar yetkilerle donatılmış olsa da genellikle

yarı-başkanlık rejimlerindeki kadar geniş yetkilere sahip değildir. Olağan üstü hal rejimlerinde sahip olduğu etkin ve icrai konuma olağan yönetim dönemlerinde sahip değildir. Kaldı ki yukarıda da belirtildiği gibi 1982 Anayasası Başbakanın yürütmenin içindeki konumunu da pekiştirmiştir. Ülkenin genel siyasetini belirleme yetkisini Cumhurbaşkanından ziyade Başbakana vermiştir.

Fakat gerçek durumun nasıl gelişeceğini gelecek uygulamalar gösterecektir. Eğer meclis çoğunluğuna hakim bir partinin güçlü lideri Cumhurbaşkanı olursa sistem bir açıdan yarı-başkanlık, hatta başkanlık özelliği gösterebilir. Eğer seçilen şahıs Mecliste çoğunluğa sahip olmayan bir partinin lideri ise daha çok parlamenter sisteme yakın bir yönetim şekli belirir. Aynı durum, tarafsız birinin, yani herhangi bir partinin üyesi olmayan bir adayın seçilmesi durumunda da geçerli olacaktır. Fakat bu son iki durumda eğer seçilen kişi halktan doğrudan doğruya demokratik bir meşruiyet aldığından dolayı mevcut hükümet ile siyasi rekabete girse siyasal sürtüşmelere veya hükümet istikrasızlığına yol açabilir. Çünkü 2007 öncesinden farklı olarak hem yasama organı hem de Cumhurbaşkanı halk tarafından doğrudan seçilecekleri için sistem çift meşruiyetli bir parlamenter sisteme dönüşmüştür (veya dönüşecektir). Uluşahin, 2007 Anayasa değişikliği ile birlikte oluşan bu yönetim biçimini “bozulmuş parlamentarizm” olarak nitelendirmektedir (Uluşahin, 213:326 ve devamı). Böyle bir yapı yukarıda izah edildiği gibi Cumhurbaşkanı makamı ile hükümeti siyasal açıdan karşı karşıya getirebilir. Normal parlamenter sistemlerden farklı olarak (yarı başkanlık sistemindeki kadar olmasa da) devlet başkanına geniş yetkiler verildiği için bu tehlike, yani olası siyasi anlaşmazlıklar ve sorunlar, uzak bir ihtimal olmasa gerektir.

## SONUÇ

Yukarıda de belirtildiği gibi hükümet sistemleri daha çok ülkede mevcut tarihi, siyasi, demokratik, hukuki ve iktisadi kültüre bağlı olarak şekil alır, iyi veya kötü bir biçimde fonksiyon icra eder. Cumhuriyetin ilanı ile birlikte yeni-ilerici ve laik bir toplum kurmak amacıyla kabul edilen pozitivist-seküler reformların yukarıdan aşağıya “devletin demir

yumruğuyla” topluma kabul ettirilebilmesi için bazı anayasal kurumlar tesis edilmiş ve kullanılmıştır. Bu yaklaşım sebebiyle anılan organlar temel işlevlerine karşı “yabancılaşmışlardı”. Böylece devletin müesseseleri asıl görevlerini etkin bir şekilde yerine getiremediğinden siyasal sistemde veya idari alanda birtakım sorunlar meydana gelmiştir. Bir taraftan devletin müesseseleri ile halk arasında bir uzaklaşma gözlemlenirken diğer taraftan da siyasal, ekonomik, akademik ve hukuki hayat bir ideolojik kirlenmeye maruz kalmıştır. Siyasal, demokratik ve hukuki kurumlara kendi asıl fonksiyonlarının dışında birtakım ideolojik görevlerin verilmesi uzun vadede anayasal sistemde derin krizlere, bu da toplumda sosyal ve ekonomik çatışmalara yol açabilir.

Nitekim ülkemizin siyasi tarihine baktığımızda, bu durumu 1909’dan itibaren gözlemleyebiliriz. 100 yılı aşkındır toplum çoğu zaman bunalımlarla boğuşmaktadır. Cumhuriyetten sonra da sorunlar dinmek bilmemiş, hatta daha da artmıştır. Sık sık anayasa değişikliklerinin gündeme gelmesi veya yeni anayasaların yapılması isteği, ülkenin, “aşağıdan yukarıya doğru” bir anlayışla, hürriyetler lehine ve “insan merkezli” bir tasavvurla yönetilememesinden kaynaklanmaktadır. Tam tersine, ülke topluma yabancı kurumlar ve değerlerle idare edilmek istenmektedir. Bir hükümet sistemi eğer toplumun ihtiyaçlarından yola çıkılarak tesis edilirse sağlıklı işler ve siyasal istikrarsızlığa ve hükümet bunalımlarına pek yol açmaz. Buna bağlı olarak, uygulanan hukuk sistemi de hukukun evrensel ilkeleri dikkate alınarak toplumun ihtiyaçlarına göre tesis edilmelidir. Diğer taraftan demokratik kaygılar da ihmal edilmemelidir. Yani bir ülkede sağlıklı bir demokrasi ve eksiksiz bir hukuk devleti ilkesi tesis edilmediği müddetçe hangi hükümet sistemi kabul edilirse edilsin siyasal sorunlar ve istikrarsız hükümetler kamuoyunun gündemini meşgul etmeye devam edecektir.

Dolayısıyla 1982 Anayasasının sorunlu alanları olan demokrasi ve hukuk devleti alanında etkin reformlar yapılmadığı müddetçe, hangi hükümet sistemi kabul edilirse edilsin kurumlar asli işlevini yerine getiremediğinden hükümette ve siyasal alanda istikrarsızlıklar sürüp gidecektir. Bilhassa buna zemin hazırlayan siyasi, hukuki ve akademik

alandaki ideolojik kirlilik giderilmelidir. Çünkü resmi söylem olgulara gerçekçi ve faydacı gözle değil, ideolojik bir gözlükle bakıyor. Diğer bir deyimle 1982 Anayasasının kaygısı toplumsal sorunlara çözüm bulmaktan ziyade resmi ideolojiyi ve devlet otoritesini hakim kılmaktır. Anayasada ideoloji insandan, insan onurundan ve insan haklarında önce gelmektedir. Mevcut anayasal düzende bilhassa insan hakları, yani negatif, pozitif ve aktif statü hakları, devletten ve resmi ideolojiden daha üstün değildir. Bunlar devletin adeta birer lütfudurlar; anayasa veya devlet “öncesi” veya “üstü” bir konumları yoktur. Devletin kurumları ile idari işlem ve eylemler meşruiyetini temelde demokrasi ve hukuk devleti ilkesinden almamaktadırlar; bilakis pozitivist “resmi ideolojiden” alıyorlar. 82 Anayasasında yapılan onca değişikliğe rağmen Başlangıç Hükümleri ile Genel Esaslar kısmında demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri lehine köklü değişikliklere gidilmediği için, siyasal sisteme ve hukuk düzenine halen otoriter ve ideolojik bir renk hâkimdir. Ülkede halen ideoloji ve otorite merkezli bir devlet anlayışı (hakim devlet) mevcut iken, hükümet sistemleri üzerinde tartışmak en iyimser bakışla, öncelik-sonralık kargaşasının yaşandığına delalettir. Örneğin, bahsedilen bu yasakçı ve baskıcı anlayışın tipik örneğini teşkil eden Siyasi Partiler Kanununu değiştirmeden hükümet sistemleri tartışmaları yapılmaktadır.

Siyasi, hukuki ve demokratik istikrarsızlığa yol açan 1982 Anayasasının otoriter, anti liberal ve ideolojik yapısını değiştirmeden hükümet sisteminde yapılacak olan bir değişiklik, yani yarı-başkanlık veya başkanlık sistemini kabul etmek, ülke sorunlarını gidermez ve istenilen hükümet istikrarını da sağlayamaz. Hükümet sistemi değişikliğinden önce hukuk devleti ve demokrasinin sağlıklı işleyebilmesi için gerekli anayasal, hukuki ve politik reformların yapılması gereklidir.

### **KAYNAKLAR**

- ATAR, Yavuz; **Türk Anayasa Hukuku**, Konya, Mimoza Yayınevi, 6. Baskı, 2011.
- BARRINGTON, Lowell; **Comparative Poltics: Structure and Choices**, Boston, Cengage Learning, 2010.
- BECEREN, Ertan, KALAĞAN, Gökhan; Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemi; Türkiye’de Uygulanabilirliği Tartışmaları, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 6, Sayı 11, 2007/2, s. 163-181.
- BERGMAN, Torbjörn ve diğerleri; Democratic Delegation and Accountability, **Cross-national Patterns, Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies**, Ed. Kaare Strom, Wolfgang C. Müller, Torbjörn Bergman, Oxford University Press, Oxford New York, 2003, s. 109-221.
- BİLİR, Faruk; Hükümet Sistemleri Tartışmaları Bağlamında Hükümet Sistemimiz ve Partili Cumhurbaşkanlığı, **Yeni Türkiye**, Sayı 51: Başkanlık Sistemi Özel Sayısı, 2013, s. 303-308.
- DERDİMAN, Cengiz; **Anayasa Hukuku**, İstanbul, Alfa Aktüel Yayınları, 2. bs. 2011.
- ERDOĞAN, Musatafa; **Türkiye’de Anayasa ve Siyaset**, Ankara, Liberte Yayınları, 8. bs., 2012.
- ERGÜL, Ozan; **Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara, Adalet Yayınları, 2007.
- GÖZLER, Kemal; **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Yayınevi, 2011.
- GÖZLER, Kemal; Türkiye’de Hükümetlere Nasıl İstikrar ve Etkinlik Kazandırılabilir? (Başkanlık Sistemi ve Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm Üzerine bir Deneme), **Türkiye Günü**, Sayı 62, Eylül-Ekim 2000, s.25-47.

- GÜLSOY, Mehmet Tefrik; Hükümet Sistemlerini Karşılaştırmak: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, **Yeni Türkiye**, 51 Özel Sayı: Başkanlık Sistemi, 2013, s. 257-269.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki; **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- ISHIYAMA, John T.; Comparative Politics: Principle of Democracy and Democratization, Wiley-Blackwell, 2011,
- JOHNSTON, Larry; **Politics: An İntroduction to the Modern Democratic State**, University of Toronto Press, 4. Edition, 2012.
- KALAYCIOĞLU, Ersin; Türkiye’nin Başkanlık Sistemi ile İmtihanı, **TÜSİAD 40 Görüş Dergisi**, sayı 72, Şubat 2012, s. 46-51.
- KARATEPE, Şükrü; **Anayasa Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınları, 2013.
- KARATEPE, Şükrü; Hükümet Sistemleri ve Türkiye, **Yeni Türkiye**, Sayı 51: Başkanlık Sistemi Özel Sayısı, 2013, s. 223-235.
- KUZU, Burhan; Her Yönü ile Başkanlık Sistemi, İstanbul, Babıali Kültür Yayıncılığı, 2. bs., 2012.
- MARDİN, Şerif; Türk Siyasasını Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez – Çevre İlişkileri, **Türkiye’de Politik Değişim ve Modernleşme**, Ed. Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay, 2000, s.79-105.
- MULLER, Wolfgang C.; Governments and Bureaucracies, **Comparative Politics**, Ed. Daniele Caramani, Oxford University Press, Oxford New York, 2008, s.189-217.
- PARLA, Taha; **Türkiye’nin Siyasal Rejimi 1980-1989**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2. bs., 1993.
- ROBBINS, Joseph W.; Presidentialism Versus Parliamentarism, **21st Century Political Science: A Reference Handbook**,

- Editors: John T. İshiyama, Mrijke Breuning, Volume 1, 2011, s. 177-186.
- SHARMA, Urmila, SHARMA, S.K.; **Principles And Theory in Political Science**, 2.c., Atlantic Publishers & Distributors, 2007.
- SHUGART, Mathew Soberg; Comparative Executive-Legislative Relations, **The Oxford Handbook of Political Institutions**, Ed: Roderick A. W. Rhodes, Sarah A. Binder, Bert A. Rockman, 2006, s. 344-366.
- SHUGART, Matthew Soberg; Semi-Presidential Systems: Dual Executive And Mixed Authority Patterns, **French Politics**, 2005, 3, s. 323-351.
- ULUŞAHİN, Nur; Türkiye’de Mevcut Hükümet sisteminin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemine Kaymasının Getireceği Tehdit ve Tehlikeler, **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, Cilt 3, No 1, 2011, s. 29-38.
- ULUŞAHİN, Nur; Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Siyasal Sistemimize Etkileri: Türkiye’de Hükümet Sisteminin Geçirdiği Dönüşüm ve Geleceğe Yönelik Beklentiler, **Yeni Türkiye**, 51 sayı: Başkanlık Sistemi Özel Sayısı, 2013, s. 319-332.
- YAVUZ, Bülent; Geçmişten Günümüze Türkiye’de Hükümet Sistemleri, Uluslararası Anayasa Kongresi, Metinler Kitabı 3, Ed. Murat Yanık, Hüseyin Özcan, Ahmet Akcan, 2012, s.66-72.
- YOKUŞ, Sevtap; Türkiye’de Hükümet Sistemi Tartışmaları: Yarı Başkanlık Rejimi mi? Başbakanlı Parlamentar Rejim mi?, **Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan**, 2009, s. 573-595.
- ZIPPELIUS, Reinhold; **Allgemeine Staatslehre** , 16. Baskı, Beck, Münih, 2010.
- ZIPPELIUS, Reinhold; **Deutsches Staatsrecht**, 32. Baskı, Beck, Münih, 2008.



## AN EVALUATION OF EARLY CODIFICATION ATTEMPTS OF THE LAWS OF WAR AND THE INFLUENCE OF CIVIL WAR

Yrd.Doç.Dr. Joseph Zand\*

### **Abstract:**

The laws of war were the first part of international law to be codified. Until the mid-nineteenth century the laws of war had existed in different form as today namely; in custom, in broad principles, in military manuals and the national laws as well as religious teachings. Although the laws regulating the conduct of hostilities were recognised in many early cultures, the theories of the laws of war are essentially considered “Eurocentric.” As a result of the creation of modern European state system in the seventeenth century the laws of war were the first branch of international law to be developed in any depth. Multiplicity of factors led to their re-statement and development in the second half of the nineteenth century. However, this article argues that contrary to the popular belief the development of this branch of international law was also influenced by some major civil wars too. The topic of civil war will be dealt with in chronological order with references made to some of the most important conflicts such as the American Civil War which have contributed to development of rules and regulations governing internal armed conflict and as a consequence to the laws of war.

**Keywords:** International Law, Codification of Laws of War, the Influence of Civil War.

---

\* Faculty of Law, Inonu University, Malatya, Turkey; Joseph.zand@inonu.edu.tr.

## SAVAŞ HUKUKU VE İÇ SAVAŞIN ETKİLERİNE YÖNELİK İLK YASAL DÜZENLEME GİRİŞİMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

### Özet:

Savaş hukuku, uluslararası hukukun kodifiye edilen ilk kısmıdır. Savaş hukuku Ondokuzuncu Yüzyılın ortalarına kadar varlığını bugünkünden farklı olarak; gelenek, genel ilkeler, askeri kılavuzlar ve ulusal kanunlar, hatta dini öğretiler olarak sürdürdü. Düşmanca hareketleri düzenleyen hukuk kurallarının birçok erken kültürde varlığı bilinse de, savaş hukuku teorilerinin “Avrupa Merkezci” olduğu kabul edilir. Modern Avrupa devlet sisteminin oluşturulmasının bir sonucu olarak savaş hukuku, uluslararası hukukun geliştirilen ilk dalıydı. Birçok faktör Ondokuzuncu Yüzyılın ikinci yarısında yeni söylemlere ve gelişmelere sebep oldu. Ancak bu makale, genel anlayışın aksine, uluslararası hukukun bu dalının bazı büyük iç savaşlardan da etkilendiğini savunuyor. Makalede iç savaş konusu, silahlı iç çatışmaya ilişkin kural ve düzenlemeler ile savaş hukukunun oluşmasına katkısı bulunan Amerikan iç savaşı referans alınarak kronolojik olarak tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Hukuk, Savaş Hukukunun Yasalaştırılması, İç Savaşın Etkisi

### Introduction

Emmerich de vattel the Swiss jurist in the eighteenth century wrote:

‘It is a question very much debated whether a sovereign is bound to observe the common laws of war towards rebellious subjects who have openly taken up arms against him? A flatterer, or a prince of a cruel and arbitrary disposition, will immediately pronounce that the laws of war were not made for rebels, for whom no punishment can be too severe’<sup>1</sup>.

The above quote encapsulates the traditional attitude by sovereigns towards rebellious subjects and civil war<sup>2</sup>. In contrast to regulations

---

<sup>1</sup> Emmerich De Vattel, ‘Law of Nations: Principle of Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns’, J. Chitty & E.D. Ingraham, Published by T. & J.W. Johnson, 1867 original from Harvard University Digitized, Aug 24, 2007, Book III, pp. 421-428.

<sup>2</sup> Oeter, S., “Civil War”, in ‘Encyclopaedia of Public International Law: Use of Force; War and Neutrality; Peace Treaties’, vol. 4, Bernhardt, R. (ed.), North Holland, 1982, pp.

regarding international law the legal rules concerning internal armed conflict are relatively late in origin<sup>3</sup>. Some observers have noted that before any civil conflicts could be considered as true wars, a crucial conceptual step was necessary to be taken to somehow place insurgents on a legal par with the government they were rebelling against, at least in matters relating to the conflict itself<sup>4</sup>. The genesis of this doctrine could be traced to the Islamic law which took a long step in that direction in the Middle Ages, with its distinction between *Bughat* and ‘ordinary criminals – with *Bughat* referring to persons who fought as a patriot for a cause than mere personal enrichment<sup>5</sup>.

The development in the laws of war in the second half of the nineteenth century was brought about mainly because of an era of great belief in human progress in general<sup>6</sup>. This also heralded the birth of an era of multilateral treaties setting out principles in this area of international law for states to follow<sup>7</sup>. The most important aspect of this period was the passion the international community developed for codification of rules and regulations of the laws of war<sup>8</sup>.

---

597-603. For a study of some rebellions, see Russell, D.E.H., ‘Rebellion, Revolution and Armed Forces, London, 1974.

<sup>3</sup> Castren, E., ‘Civil War’, SUOMALAINEN TIEDEAKATEMIA, 1966, pp. 38-96.

<sup>4</sup> Neff, S., ‘War and the Laws of nations: A General Story’, Cambridge University Press, 1<sup>st</sup> ed., 2005, p. 251.

<sup>5</sup> Generally see Marcel Boisard, ‘On the probable influence of Islam on western public and international law’, *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 11, 1980, pp. 429-50; Majid Khaduri, ‘War and Peace in the Law of Islam’, The Law Book Exchange Ltd., 1<sup>st</sup> ed., 2006, pp. 65-66, 74-80; Khaled Abou El Fadl, ‘Rebellions and Violence in Islamic Law’, Cambridge University Press, 2001, p. 32; Joel L. Kraemer, ‘Apostates, Rebels and Brigands’, *Israel Oriental Studies* 10 (1980): p. 34-73.

<sup>6</sup> Schindler, D., Toman, J., ‘The Laws of Armed Conflicts’, 3<sup>rd</sup> ed., Martinus Nijhoff Publishers/Henry Dunant Institute, Dordrecht/Geneva, 1988, p. VII; also see Coker, C., ‘War and the 20<sup>th</sup> Century: A Study of War and Modern Consciousness’, University of Michigan Press, 1994, p. 5.

<sup>7</sup> also see Rwelamira, M.R., ‘The Significance and Contribution of the Protocols to the Geneva Conventions of August 1949’, pp. 227-236, in Swinarski, C. (ed.), ‘Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles’, In Honor of Jean Picet, ICRC, Geneva, 1984, p. 8.

<sup>8</sup> Greenwood, C., ‘Historical Development and Legal Basis’ in Fleck D. & Bothe, M., ‘The Handbook of International Humanitarian Law’, Oxford University Press, 2007, pp. 15-27.

In order to follow this important element of international law the following historical references will act as a catalyst to promote appreciation of developments and values of the laws of war, which like so much else in international law derive originally from Roman law<sup>9</sup>. We will follow its chronological development from inception starting with the 1856 Paris Declaration on Maritime Law which was duly followed by the 1868 St Petersburg Declaration through to the two Hague Conventions (1899 and 1907), which arguably made the greatest contribution to elucidation of the laws of war in the nineteenth and the early twentieth century, in particular, the vital issue of who should be considered as a lawful combatant. In the latter part we also consider how much of influence major civil wars in the nineteenth century had on the shaping of the laws of war.

### **Historical Background**

For centuries war had been the standard method of settling disputes between nations and satisfying their ambitions, territorial or otherwise<sup>10</sup>. For many millennia the concept of humanity in land warfare was a rarity and did not play a part in the evolution of mankind. The captured soldier was aware that the fate that awaited him was either death or enslavement. From the time of primitive caveman to biblical times and the following centuries, the winner in war helped himself not only to the material belongings of the vanquished but also his women and children. At the end of each battle the victor could treat them as they saw fit, the Roman motto of '*Vae Victis*' – Woe to the conquered, perfectly encapsulating this predicament<sup>11</sup>. Ever since history has registered the activities of organised groups, war has been one of its principle preoccupations<sup>12</sup>. All civilizations have fought wars according to rules designed to make them

---

<sup>9</sup> See Bederman, D.J., 'International Law in Antiquity', Cambridge University press, 2<sup>nd</sup> ed., 2002.

<sup>10</sup> See Edmunds, S.E., 'The Laws of War: Their Rise in the Twentieth Century and Their Collapse in the Twentieth', 15 *Va. L. Rev.* 321-349.

<sup>11</sup> The maxim '*Vae Victis*' implied that a vanquished nation or individual could expect little or no mercy, Detter, I., 'the Law of War', Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> edition, 2000, p. 151.

<sup>12</sup> Archer, C.I., 'History of Warfare', Unp - Nebraska, 2002, p. 9.

marginally less bloody. During the reign of Cyrus the first king of Persia (7<sup>th</sup> century BC) agreements to treat prisoners of war existed and he is best remembered for his unprecedented tolerance and magnanimous attitude towards those he defeated<sup>13</sup>.

The history of alleviation of suffering of war could also be traced to ancient Chinese and Indian civilisations<sup>14</sup>. Sun Tsu, back in the fourth century AD, writing in his much referred to book 'The art of war'<sup>15</sup> and the Manu Smriti<sup>16</sup> (laws of Manu), dating between 200BC and 200AD in India, both prohibited the slaughter of prisoners of war as well as presenting an alternative of absorbing the captured prisoners into the ranks of one's own army<sup>17</sup>.

Furthermore, the civilisations of antiquity are to be credited with serious attempt to observe some restraint during state of war and even to subject it to the rule of legal principles. Thucydides refers to war as "most lawful act when men take vengeance upon an enemy and an aggressor."<sup>18</sup> Throughout its history, the laws of war were heavily influenced by religious and philosophical notions. The evidence of which could be found in the literature of the religious leaders and philosophers, in agreements and treaties, and articles of war issued by military commanders and in the rules of chivalry. It is believed that the first code of military conduct was devised by Saracens based on the Koran<sup>19</sup>. In

---

<sup>13</sup> Holland, T., 'Persian Fire: The First World Empire, Battle for the West', Little and Brown Publications, 1<sup>st</sup> ed., 2006.

<sup>14</sup> Amerasinghe, C.F., 'History and Sources of the Law of War', 16 *Sri Lanka J. Int'l L.* 263 2004; Wright, Q., 'The Outlawry of War and the Law of War', 47 *Am.J. Int'l L.* 365 1953.

<sup>15</sup> Sun Tsu, 'The Art of War', Translated by S. B. Griffith, Oxford University Press, 1971.

<sup>16</sup> Manu Smriti is regarded as an important work of Hindu and ancient Indian society.

<sup>17</sup> This practice was followed by Mao Tse-Tung's Communist army after the defeat of the Chinese nationalists under the command of Chiang Kai-Shek in 1949, and by Kim Il-Sung's Communist troops in North Korea during their early successes in the Korean War in 1950.

<sup>18</sup> Fitzgerald, A., 'Peace and War in Antiquity' Scholartis Press London), 1st ed., 1931, pp. 11.

<sup>19</sup> The following statement concerning the treatment of prisoners could be found in the Koran, 'When you meet in battle those who have disbelieved, smite their neck, and after the slaughter tighten fast the bonds, until war lays aside its burdens.' Then either release them as a favour or in return for ransom.' The Koran, Surah xlvi, paragraph 4; also see, Khadduri, M., War and Peace in the Law of Islam 83-137 (1955).

recent years much has also been written about laws of war which can be identified in African customary traditions<sup>20</sup>.

### **The Judeo-Christian Influence**

It remained to the Christians to give material content to the formal concept of *justum bellum* (the doctrine of war) of the Romans, through Christian tradition of St Augustine which forbade attacks on women and the wounded, and influences of heralds on medieval city states<sup>21</sup>. In early days, the institution of war and its legitimacy was challenged by the early church, since war was held to be a consequence of the original sin and the church was of the opinion that once the world had converted to the faith; perpetual peace would be achieved<sup>22</sup>. The Christians assertion on ‘the existence of a residual or background condition of peace in world affairs’ was based on ‘a powerful strain of radical pacifism inherent in Christian doctrine ...’<sup>23</sup>. According to Brownlie, ‘the early Christian Church refused to accept war as moral in any circumstances and until A.D. 170 Christians were forbidden to enlist<sup>24</sup>. As Christianity and the influence of the church grew, it became essential for it to deal with the *Realpolitik* of war, hence, the stigma which the originally pacifist spirit of the church had attached to war gradually disappeared<sup>25</sup>. Consequently, the concept of ‘just war’ was developed by St Augustine, 5<sup>th</sup> Century North African bishop in which under certain conditions, war was recognised in accordance with the precepts of the new religion<sup>26</sup>. To achieve this, St

---

<sup>20</sup> Bello, E., ‘African Customary Humanitarian Law’, Oyez Publishing, 1980, pp. 1-62.

<sup>21</sup> Russell, F. H., ‘The Just War in the Middle Ages’, Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1977, 292-308.

<sup>22</sup> O. Engdal & P. Wrangle (eds.), ‘Law of War: the Law as It Was and the Law as it should be’, Brill, 2008, P. 23.

<sup>23</sup> Neff, ‘War and the Law of Nations’, *op. cit.*, p. 31.

<sup>24</sup> The period of extreme pacifism lasted for three centuries after Christ. Brownlie, I., ‘International law and the Use of Force by States’, Clarendon Press, Oxford, 1963, p. 5

<sup>25</sup> Friedman, L., (ed.) ‘the Law of War: A Documentary History’, Greenwood Publishing, 1972, p. 7.

<sup>26</sup> Von Elbe, J., ‘The Evolution of the Concept of the Just War in International Law’ 33 *Am. J. Int’l L.* 665 1939 p. 667.

Augustine developed an argument based on his education in Roman and Greek philosophy and law<sup>27</sup>.

Nevertheless, it is claimed that early Christian writers were heavily influenced by Greek and Roman beliefs; and to a lesser extent to the laws of war accepted by other and older civilization.<sup>28</sup> Some scholars have noted that early Christian writers embraced many of the biblical restraints on the conduct of war contained in the Old Testament and discussed by early Jewish scholars<sup>29</sup>. In fact, analysis of Jewish law and scholarly writings reveal that modern accepted principles on the conduct and regulation of war are remarkably similar to early Judaic concepts of rules restraining or proscribing certain conducts during war<sup>30</sup>.

### **The Euro-Centric Nature of the Modern Law**

Hugo Grotius, the prominent early 17<sup>th</sup> century scholar and theorist largely referred to as the father of international law is credited with the greatest contribution to collection and examination of the various laws and customs of war<sup>31</sup>. He, in fact, adopted much of *neo-scholastic* doctrine and throughout his work explicitly cited the Spanish *neo-Scholastics* Navarro and Covarrubias, even more explicitly following the Spanish scholastic of the sixteenth century, including highly influential Dutch

---

<sup>27</sup> Nussbaum, 'A Concise History of the Law of Nations', Revised Edition, Macmillan London, 1962, p. 35.

<sup>28</sup> See Phillipson, C., 'The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome 166-384', Macmillan, London, vol. II, 1911. Viswanatha, S., 'International Law in Ancient India', Longmans Green, Bombay, 1925, 108-200; Wells, H., 'Ancient South East Asian Warfare', London: Bernard Quaritch, 1952.

<sup>29</sup> See Wilkes, G., 'Judaism and Justice in War', in Robinson, P.F., 'Just War in Comparative Perspective', Ashgate, pp. 9-23.

<sup>30</sup> Roberts, G. B., 'Judaic Sources of and Views on the Laws of War' 37 *Naval L. Rev.* 221 1988; Solomon, N., 'Judaism and the ethics of war' *International Review of Red Cross* Vol. 87 No. 858 June 2005

<sup>31</sup> Draper, G.I.A.D. (1990) "Grotius' Place in the Development of Legal Ideas about War", In "Hugo Grotius and International Relations, Bull, H., et al., Clarendon Press, 1992, pp 177-207; also generally see Onuma Yasuaki (ed.), 'A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius', Oxford university Press, 1993.

Jesuit Leonardus Lessius (1554-1623)<sup>32</sup>. Grotius published a book entitled *De Jure Belli ac Pacis (On the Laws of War and Peace)*<sup>33</sup>, mainly as a reaction to religious wars of the sixteenth and seventeenth centuries, probably the most devastating European conflict since the fall of the Roman Empire, that constitutes the most dominant event of that era which was concluded by the Peace of Westphalia, much cited as a land mark in the development of international law<sup>34</sup>.

Grotius considered what principles which should governed the behaviour of nations towards each other. However, the text was concerned as much with causes as to the conduct of war; spelt out in the convenient technical language of *jus ad bellum* and *jus in bello*. Not only was Grotius concerned with the question of how men should behave in the heat of the battle but he also dealt specifically with the question of whether they should be fighting at all in the first place. In other words for Grotius, the rights and wrongs of engaging in war at all was as much a concern as how the war should be conducted. It is also crucial to remember that Grotius had no doubt that waging war could be necessary and virtuous as long as it was conducted by the fighting men whose business it was to bring the war to its military conclusion without inflicting undue harm to non-combatants. Some scholars have even cited the work of Grotius as:

‘...Of special importance in the story of mankind’s endeavour to restrain warfare, because his contribution to it was set in rock as solid as the idea of civilisation itself,... the work as a whole is often regarded as a landmark not simply in the development of the laws of war but, beyond that, of public international law in general and of the idea of society of states which sustains it’<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Chroust, Anton-Hermann, ‘Hugo Grotius and the Scholastic Natural Law Tradition’ *New Scholasticism*, Vol. 17: 101-133, printed in Dunn and Harris (ed.) Grotius, Edward Elgar Publishing, 1<sup>st</sup> ed., 1997.

<sup>33</sup> Grotius’ book is considered the inaugural text of the law of nations. Hugo Grotius, ‘The Laws of War and Peace (*De Jure belli ac Pacis*)’, New Translation, Published for classic club by W. J. Black (1949).

<sup>34</sup> Gross, L., ‘The Peace of Westphalia 1648-1948’ 42 *AJIL*, 1948, p. 20.

<sup>35</sup> Best, G., ‘War and Law since 1945’, Oxford University Press, 1<sup>st</sup> ed., 1994, p. 28-29



It was during this period that legal scholars gradually turned their attention to the issue of civil war. However they would not accept that insurgents could be on legal par with the legal sovereigns whom they were trying to overthrow or secede from. Even Grotius, a loyal Dutchman who had lived through the Dutch war of independence from Spain conceded that civil wars were not true wars. He was of the opinion that subjects of a sovereign had no right to wage war or challenge the legitimacy of his power no matter how good their cause for their discontent. Nonetheless, he made a series of qualifications in this regard; for instance he suggested that a foreign sovereign may wage war on behalf of those subjects in removing the oppressive ruler. The furthest he went in including civil wars in the general framework of the laws of war was to describe them as “mixed wars”, a conflict involving a government on the one side pitted against a private party on the other<sup>36</sup>.

In this regard, Thomas Hobbes was at the forefront of elucidating another approach towards a sovereign and his subjects in that a subject’s loyalty to a sovereign persisted as long as the sovereign reciprocated that loyalty<sup>37</sup>. In other words, if the ruler was to turn from a protector to an oppressor he automatically forfeited his duties as a sovereign, hence, releasing his subjects from any duty of loyalty by the operation of the law<sup>38</sup>.

The notable exponents of this new approach to civil war were the Swiss natural law writer Jean Jacques Burlamaqui and the German scholar Christian Wolff. Burlamaqui stated that civil war was a true war in which

---

<sup>36</sup> H. Grotius, ‘Of the Right of War and Peace’, *op. cit.*, p. 91

<sup>37</sup> Indeed, in the years that followed, this idea found its way into the main general stream of natural-law and inspired many legal scholars in the eighteenth century in Europe. See Thomas Hobbes, Richard Tuck (ed.), “Leviathan”, Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1996

<sup>38</sup> On this crucial point Heirbaut states that it would be an error to interpret this process merely as a contract between a sovereign and his subjects because in his opinion the true position is that Hobbes merely presented it as a forfeiture of his duties towards his subjects on the part of the ruler. Heirbaut, D., “The Belgian Legal tradition: Does it Exist?” in “Introduction to Belgian Law”, Bocken, H. & De Bondt, W. (ed.), The Hague: Kluwer Law international, 2001, p. 20; Neff, S.C. ‘War and the Law of Nations’, *op. cit.*, p. 254.

the oppressed subjects should be able to obtain justice, since in such a situation they were no longer in the relation of sovereign and subject but on the contrary they were ‘in a state of nature and equality, trying to obtain justice by their own proper strength, which we understand properly by the term ‘war’<sup>39</sup>. Wolff on the other hand articulated the difference between a mere rebellion and a civil war by suggesting that the difference existed in presence or absence of a *Justa Causa* which was at the heart of this distinction<sup>40</sup>. In other words, in his opinion a civil war could be described as a just struggle of subjects against their sovereign obtaining justice whereas a mere rebellion lacked that legitimacy<sup>41</sup>.

But it was only during the age of the enlightenment that something recognizable like our modern international law took shape, in that it found its way into the common discourse of the ruling elites of the whole European state-system<sup>42</sup>. This has mainly attributed to the literature produced by the philosophers and thinkers of the time such as Jean Jacques Rousseau who was an ardent advocate of citizen-soldier and national self-determination, some of the most influential ideas in creating the French revolutionary ‘nation-in-arms’ launching it into total war<sup>43</sup>.

In 1772, in ‘*Le Contrat Social*’ he wrote:

‘War then is a relation, not between man and man, but between state and state, and individuals are enemies only accidentally, not as men, nor even as citizens, but as soldiers; not as member of their country, but as its defender....’<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Jean Jacques *Burlamaqui*, ‘The Principles of Natural Law and Politic Law’, Trans. Thomas Nugent (ed.), Indianapolis, Liberty Fund, 2006, Chapter III: of Different Kinds of Wars, p. 173, Available at: <<http://oll.libertyfund.org>>.

<sup>40</sup> C. Wolff, ‘*Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*’, vol. II (translation), J.B. Scott (ed.), Classics of International Law, Carnegie Endowment for International Peace, 1934, p. 514.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Starkey, A., ‘War in the Age of Enlightenment: 1700 – 1789’, Praeger Publishers, 2003, p. 214.

<sup>43</sup> Hoffman, S., and Fidler, P., ‘Rousseau on International Relations’, Oxford University Press, 1<sup>st</sup> ed., 1991

<sup>44</sup> Rousseau, J.J., ‘*Le Contrat Social*’, English Translation by Maurice Cranston, Penguin Classics, 1968, Book 1, Chapter 4.

This played an important part in the emergence of humanitarian considerations which he referred to as an admixture of reason and sentiment.<sup>45</sup> The object of war then according to Rousseau is merely the destruction of a hostile state and the integrity and protection of non-combatants and combatants should be guaranteed and their status clearly distinguished<sup>46</sup>.

But it was left to the Swiss jurist and philosopher, Emmerich de Vattel to make the most telling contribution in refining these rules. He devised a three-fold classification, namely: rebellion, insurrection and civil war which later became the legal basis for further deliberation in the nineteenth century<sup>47</sup>. To de Vattel a rebellion was an unlawful uprising which lacked a just cause and the rebels were considered as criminals<sup>48</sup>. Thus it was within the right of the established government to treat captured participants as ordinary criminals. Secondly, insurgents involved in an insurrection had 'some cause' for their taking up arms against the sovereign but crucially did not challenge the legitimacy of the sovereign to rule over them. Insurrectionist therefore in de Vattel's words, only 'wanting in patience rather than in loyalty'<sup>49</sup>. However the third category of de Vattel's classification, 'civil war' has proved the most troublesome especially in the nineteenth century in which the subjects intended to overthrow and supplant the central government or alternatively secede and form a separate state as illustrated by creation of states which came into existence as a result of the crumbling of the Ottoman Empire during that period<sup>50</sup>. De Vattel's legalistic rational was based upon the fact that in the case of a civil war he considered both the insurgents and the central

---

<sup>45</sup> Draper, G.I.A.D., 'The Status of Combatants and the Question of Guerrilla Warfare', 45 Brit. Y.B. Int'l L. 173 1971, p. 175.

<sup>46</sup> Generally see, Allen Rosas, 'Rousseau and the Law of Armed Force', in 'Law at War: the Law as it was and the Law as it should be', Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 219-230.

<sup>47</sup> De Vattel, 'Law of Nations', *op. cit.*, pp. 421-428.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Finkel, C., 'Osman's Dream: the Story of Ottoman Empire 1300-1923', John Murray Publishers, 1<sup>st</sup> ed., 2006, p. 531. Also see Yapp, M.E., 'The Making of the Modern Near East', London and New York: Longman, 1987.

government as two distinct ‘*de facto*’ nations in which case the conflict between them becomes equivalent of a war between two sovereign nations:

‘When a nation becomes divided into two parties absolutely independent, and no longer acknowledging a common superior, the state is dissolved, and the war between the two parties stands on the same ground, the very respect as a public war between two nations’<sup>51</sup>.

### **The Traditional classifications of Civil Conflict**

De Vattel’s three-tiered approach in civil war formed the guideline in international law according to which the international community dealt with the issue of civil war<sup>52</sup>. Traditional international law has always acknowledged a distinction between international and civil war (or its contemporary guise: internal armed conflict)<sup>53</sup>. This dichotomy is based upon the core legal principle of state sovereignty which has been the cornerstone of international order since the Peace Treaty of Westphalia in 1648<sup>54</sup>.

Therefore, the only condition for rebels or insurgents to be recognised as lawful combatants was to be recognised either by the central governments they were fighting against or other states especially regional or great world powers, in other words to become a legal fact<sup>55</sup>. The phenomenon of civil war has never been an entirely domestic issue mainly due to inter-relatedness of world economic and political life, it is such that

---

<sup>51</sup> De Vattel, ‘Law of Nations’, *op. cit.*, p, 427.

<sup>52</sup> For general information see G.I.A.D. Draper, ‘Humanitarian Law and Internal Armed Conflicts’, *GA. J. Int’L & Comp. L.* 253 (1983); Moir, L., “The Historical Development of the Application of Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts to 1949”, *47 Int’l & Comp. L. Q.* 337 1998.

<sup>53</sup> For example see Baty, T. and Morgan, J.H., ‘War: Its Conduct and legal Results’, Murray, 1915, p. 289 and Walker, W.L. and Grey, F.T., ‘Pitt Cobbett’s Leading Cases on International Law, 5<sup>th</sup> ed., Sweet and Maxwell, 1937, vol. II, p.6.

<sup>54</sup> Shaw, M.N., ‘International Law’, (5<sup>th</sup> ed., Cambridge University Press, 2003), p. 25; see also Moir, L., ‘Towards the Unification of International Humanitarian Law?’ in ‘International and Security Law: Essays in Memory of Hilaire McCoubrey’ edited by Burchill, White and Morris, Cambridge University Press, 2005, pp. 108-128, p. 109.

<sup>55</sup> Levie, H.S., ‘History of the Law on Land’, *International Review of Red Cross* No. 838, pp. 339-350.

more often than not governments tend to be rather sceptical about change of regime in other countries mindful of encouraging dissent at home<sup>56</sup>.

However, in western thoughts, there has been a long tradition of regarding civil conflict as fundamentally distinct from true war<sup>57</sup>. This attitude was prevalent in internal conflicts of considerable dimensions occurring in the period of the eighteenth to the nineteenth century in which insurgents were without any rights<sup>58</sup>. In spite of the state-centric nature of international law civil wars were not completely forgotten by classical international law. But the laws of war were not automatically applicable to internal armed conflict even as way back as the nineteenth and early twentieth centuries internal conflicts and uprisings were believed to be purely internal matters of sovereign states<sup>59</sup>.

But crucially, during the nineteenth century civil war was given a different legal perspective into something resembling the mainstream of legal analysis, mainly due to the crumbling of older conceptions of legitimacy and realization by many peoples in that period of democracy and self-determination.<sup>60</sup> Abi-Saab has noted that in that period a dramatic change in international context mainly due to stabilization of the global balance of power and the rise of positivist doctrine of the states both in municipal and international law led to crystallization of the traditional separation of internal and international wars<sup>61</sup>. He points to the fact that the legal dichotomy between internal and international conflict was not observed as rigorously in practice, he notes:

‘one can cite numerous instances, both before, and particularly after Napoleonic wars, of intervention by major European powers against

---

<sup>56</sup> Falk, R.A., ‘the international Law of Civil War’, The Johns Hopkins Press, 1<sup>st</sup> ed., 1971, p. 1.

<sup>57</sup> Green, L., ‘The Contemporary Law of Armed Conflict’, Manchester U.P., 3<sup>rd</sup> ed., 2008, pp. 26-65.

<sup>58</sup> J.J. Reid, ‘the Crisis of the Ottoman Empire: Prelude to Collapse 1839-1878’, Steiner, 2000, p. 109.

<sup>59</sup> Draper, G.I.A.D., ‘Implementation and Enforcement of Geneva conventions’, 1 *Receuil des cours* 1979 III, p. 26.

<sup>60</sup> Cassese, A., ‘Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal’, Cambridge University Press, 1998, p. 32.

<sup>61</sup> Abi-Saab, G., ‘Conflicts of a Non-international Character’, in ‘International Dimensions of Humanitarian Law’, UNESCO, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 218

democratic uprisings in Europe, not to speak of their increasing interest in conflicts arising in different parts of the Ottoman Empire, and in the extra-European spheres of influence as a prelude to their formal colonization; or of the intervention of the United States in the frequent internal upheavals in Latin America'<sup>62</sup>.

Therefore, a body of law on the recognition of belligerency was devised by the international community to deal with the so-called 'insurgency'<sup>63</sup>. This attitude emerged in the European law and practice manifesting itself through the recognition that insurgent forces could be and should be regarded as *de facto* entities as long as they met certain conditions namely; control of the territory as well as discharging of the governmental functions; carrying out their military operation according to the laws of war; and circumstances exist that make it necessary for third states to make their stance clear by recognition of belligerency<sup>64</sup>.

Thus under one condition the laws of war were applicable to internal armed conflicts in case of recognition of belligerency; which depended very much on the government facing an rebellion on its territory and if the government was prepared to unequivocally declare its intention to observe the laws of war in relation to the rebels<sup>65</sup>. But as long as the onus of recognition of belligerency was firmly upon the central government, it had very little chance of occurring which according to Cassese:

'The whole approach of international law to civil war rests on an inherent clash of interests between the 'Lawful' government on the one side (which is interested in regarding insurgents as mere bandits devoid of any international status) and rebels on the other side (eager to be internationally legitimized). Third states may, and actually do, side with

---

<sup>62</sup> *ibid.*

<sup>63</sup> Menon, P.K., 'the Law of Recognition in International Law, Lewiston, N.Y., 1994, pp. 109-137.

<sup>64</sup> Draper, 'Humanitarian Law and Internal Armed Conflicts', *op. cit.*, p. 275; see also Lauterpacht, H., 'Recognition in International Law', Cambridge University Press, 1947, p. 176.

<sup>65</sup> See Roth, B.R., 'Governmental Illegitimacy in International Law', Oxford university Press, 1999.

either party, according to their own political and ideological leanings, and this of course, further complicates the question<sup>66</sup>.

Hence, in traditional international law, an armed and violent challenge which pitted insurgents against the established government within a state was divided into three different stages according to the scale and intensity of the conflict with different legal consequences flowing from each namely; rebellion, insurgency and belligerency<sup>67</sup>.

### **The American War of Independence**

The American war of independence of 1775-83, provided an early example of an internal conflict with inter-state characteristic<sup>68</sup>. Certain actions taken by both sides contributed greatly for the rebels to achieve *de facto* status<sup>69</sup>. First, there was a Declaration of the Causes and Necessity of Taking up Arms in July 1775, released by the leaders of the rebellion in which they stated their grievances, effectively declaring war on their British colonial rulers<sup>70</sup>. Indeed, the rebels carried out their military operations in a state-like manner, with organised, uniformed and disciplined army<sup>71</sup>. On the part of the British government the recognition of belligerency came in a shape of a statute adopted by the British parliament in 1777, granting the rebel forces status to a state army<sup>72</sup>.

This pattern also continued in the early nineteenth century in relation to many rebellions in the South American colonies of Spain, rebels buoyed by their North American predecessors' success organised themselves in the same manner as disciplined European armies<sup>73</sup>.

---

<sup>66</sup> Cassese, A., 'International Law', Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 2004, p. 429.

<sup>67</sup> Wilson, H., 'International Law and the Use of force by National Liberation Movements', Oxford, 1<sup>st</sup> ed., 1988, pp. 22-29

<sup>68</sup> Kalyvas, S.N., 'The Changing Character of Civil Wars, 1800-2009, in H. Strachan & S. Scheipers, 'The Changing Character of War', Oxford University Press, 2011, pp. 202-219, p. 206.

<sup>69</sup> French, D., 'the British Way in Warfare: 1688-2000', Routledge, 1<sup>st</sup> ed., 1990, p.62.

<sup>70</sup> See Perry, R.L., (ed.), 'Sources of Our Liberties', New York: McGraw-Hill, 1959, p. 295-300

<sup>71</sup> Neff, "History of war", *op. cit.*, p. 255.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> See generally H. Herring, 'History of Latin America from the Beginning to the Present', Knopf Publications, 3<sup>rd</sup> ed., 1968; M.C. Burkholder & D.S. Chandler, 'From

Significantly, their belligerency was also recognised by the Spanish government through a series of written agreements with the rebel groups in which both sides agreed to abide by the laws of war<sup>74</sup>.

Nevertheless, in spite of its history the process of bridging the gap between the early customary rules of war to present day codification of the laws of war has not been easy. The road towards universality was potholed with regional, cultural, and class exclusiveness<sup>75</sup>. As for the European regional practice, by the eighteenth century the laws and customs of war were deeply imbedded in every major state's military practice, from noblemen and generals down to professional officers and common soldiers<sup>76</sup>. This unwritten code became the byword of officers and gentlemen, not because their respective nations had signed treaties which bound them but it was their religious belief that compelled them to do so<sup>77</sup>. However, the birth of modern warfare is attributed to industrial developments in the nineteenth century and rapid technological advancement of the great European armies<sup>78</sup>. Hence mindful of this the great powers turned their attention to the need for codification of laws of war which gained considerable momentum in the latter part of the nineteenth century.

As early as dawn of industrial revolution and technological advancements, allied to the growth of international economic relations, there began to be heard an increasingly strong voice to demand for making war less barbarous and cruel, less destructive and ruinous<sup>79</sup>. As a consequence of this the topic of the laws of war became one of the main concerns of jurists in the nineteenth century to protect the so-called "government of laws", under the pretext that everyone is equal, and the

---

Impotence to Authority: Spanish Crown and the American Audiencias, 1687-1808', University of Missouri Press, 1<sup>st</sup> ed., 1977.

<sup>74</sup> Columbia-Spain, Convention of Truxillo, 26 Nov. 1820, 71 CTS 281

<sup>75</sup> See Howard, M., 'War in European History', Oxford University Press, 2001.

<sup>76</sup> Coker, C., 'War and the 20<sup>th</sup> Century: A Study of War and Modern Consciousness', Michigan U.P., 1994, p. 5.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Archer, 'World History of Warfare', *op. cit.*, p. 422.

<sup>79</sup> Trainin, I. P., 'Question of Guerrilla Warfare in the Law of War' 40 *Am. J. Int'l L.* 534 1946.



power of the state rests with “neither to the rich nor to the poor “ but to all citizens<sup>80</sup>.

### **The Nineteenth Century and Codification**

The nineteenth century saw the ideas which had gained acceptance in regards to the laws of war in the late eighteenth century given practical effect<sup>81</sup>. In the second half of the nineteenth century international conferences dedicated to the codification of laws and customs of war became more frequent and it was during this period that the issue of the people in time of war in the form of hostile uprisings and guerrilla warfare was also raised by the international community<sup>82</sup>. The development in the laws of war in the second half of the nineteenth century was brought about because of an era of great belief in human progress in general<sup>83</sup>. This heralded the birth of an era of creating multilateral treaties setting out principles in this area of international law for states to follow.

Starting with 1856 Paris Declaration on Maritime Law was duly followed by a series of very important declarations in the latter part of the nineteenth century. The very first multilateral treaty in regards to laws of war was the Declaration of Paris though intended to end the Crimean War (1853-1856), it also included a Declaration of ground rules for maritime economic warfare, signed by France and Great Britain, the great maritime powers. Both states recognised that they would not confiscate enemy goods or neutral goods on enemy vessels. This was largely due to the dominance of the issue of regulation of maritime commerce in wartime which had long been the subject of deplorable disputes between major European powers. Most states complied with the Declaration, barring the United States which withheld its formal adherence based on the belief that there had to be a complete exemption of private property from capture at

---

<sup>80</sup> *ibid*

<sup>81</sup> Nabulsi, K., ‘Evolving Conceptions of Civilian and Belligerents: One Hundred Years after the Hague Peace Conferences’ in ‘Civilians In War’, Chesterman, S., (ed.), Lynne Rienner Publishers, 2001, p. 15.

<sup>82</sup> In fact, during the period of 95 years (between 1815 and 1910), there were 148 different international meetings. Ten of those meetings were held in the first half of the nineteenth century, and ninety in the first ten years of twentieth century.

<sup>83</sup> Schindler & Toman, ‘The Laws of Armed Conflicts’, *op. cit.*, p. VII.

sea<sup>84</sup>. This was also followed by other main branches of the laws of war which were codified in 1860s.

### **The Phenomenon of Guerrilla Warfare**

The Franco-Prussian war of 1870-71 brought about a disquieting new trend in warfare to the attention of generals and statesmen conflicts involving guerrilla and partisan fighters<sup>85</sup>. This mainly came about due to civilians taking the initiative to take up arms against an invading army and fighting in irregular manner, certainly a far cry from professional model armies. The issue of *levee en masse*<sup>86</sup>, the local citizens rising up in their own immediate area to pick up arms in order to resist invaders became a source of debate amongst international lawyers and diplomats<sup>87</sup>. In this regard the legal scholar Droop states:

‘All that can be learnt from the precedents of Napoleon’s wars is that each belligerent, when invaded, appealed to the peasantry to rise and expel the invader, without caring how much they suffered, provided they did some harm to the enemy; but when the same nation became in its turn an invader it did not scruple to treat the enemy’s peasants as brigands’<sup>88</sup>.

It is worth mentioning that in successive peace conferences in the latter part of the nineteenth century the idea of *levee en masse* and its legitimacy was mostly supported by smaller European states such as Belgium, Switzerland and the Netherlands, however, at the time did not meet universal approval especially by more powerful states such as

---

<sup>84</sup> *ibid*, p.787.

<sup>85</sup> Howard, M., ‘the France-Prussian War: the German Invasion of France, 1870-1871’, London, new edition, 1979.

<sup>86</sup> *Levee en Masse* is a distinct type of resistance, the collective uprisings, revolt, and insurrection against occupying force. Although, the scope of the concept was later truncated by diplomats but its practice by civilian populations was less controllable; for an historic appraisal of *Levee* see: Rousseau, C., ‘*Le Droit des Conflicts Armes*’, Paris, 1983; Lytle, S., ‘Robespierre, Danton, and the *Levee En Masse*’, *The Journal of Modern History*, vol. 29-30, 1957, pp. 325-337.

<sup>87</sup> See Nabulsi, K., ‘Tradition of War: Occupation, Resistance and the Law’, Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 2005.

<sup>88</sup> Droop, H., ‘On the relations between invading army and the inhabitants, and the conditions under which irregular troops entitled to the treatment as regular soldiers’, *Transactions of the Grotius Society* (London: Macmillan, 1911), 722 cited in Nabulsi, ‘Traditions of War’, *op. cit.*, p.17.

Germany<sup>89</sup>. Yet, ironically the greatest contribution to the laws of armed conflict was made by an expatriate Prussian across the Atlantic as a result of a civil war in the United States<sup>90</sup>.

### **The American Civil war & the Importance of the Lieber Code**

This contribution was made by Franz Lieber, an eminent immigrant Prussian professor of law at Columbia College (now Columbia University), who was commissioned by President Lincoln's Union government to produce for its armies a codification of basic principles and rules of war on land. Lieber's background was steeped in military tradition<sup>91</sup>. He was a veteran of combat in Europe whose own family had been divided by the American civil war. He, as a youth of fifteen, had fought against Napoleon in *Ligny* (close to Waterloo) and participated in the Greek war of independence<sup>92</sup>. Due to political persecution in his native Prussia initially he left his homeland for London in 1826, from there he then immigrated to the United States in 1827. In 1835 he became a professor of History and Political Science at South Carolina College, subsequently he was appointed professor of History and Political Science at Columbia College (now Columbia University) in 1857<sup>93</sup>. A vehement abolitionist, from the beginning of the American civil war, during what some historians consider to be the first war of the modern era, Lieber backed the Union army and in 1861-62, he advised them on issues ranging

---

<sup>89</sup> Nurick, L. & Barrett, R.W., 'Legality of Guerrilla Forces Under the Laws of War', 40 *Am. J. Int'l L.* 563 1946, pp. 565-6.

<sup>90</sup> See generally Hoffman, M.H., 'the Customary Law of Non-International Armed Conflict', 30 *Int'l. Rev. Red Cross* 322 (No. 277, July-August 1990).

<sup>91</sup> Johnson, J.T., 'Lieber and the Theory of War' in 'Francis Lieber and the Culture of the Mind', Mack, C.R., & Lesesne, H.H., (ed.), University of South Carolina Press, 2005, pp. 61-68.

<sup>92</sup> Carnahan, B. M., 'Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity', 92 *Am. J. Int'l L.* 213 1998, at 214; Frank Friedel, *Francis Lieber: Nineteenth Century Liberal*, Baton Rouge: Louisiana University Press, 1<sup>st</sup> ed., 1947, pp. 408-9.

<sup>93</sup> The range of Lieber's writing is exceptional, he made important contribution to military law, U.S. Constitutional law, international law, political science, penal law and educational policy. Through his international law essays he advocated the importance of international arbitration and international copyright. See Francis Lieber, 'the Miscellaneous Writings of Francis Lieber: Reminiscences, Addresses and Essays (1881)', Nabu Press, 2010.

from treatment of Confederate prisoners and other related issues<sup>94</sup>. His argument was based on the rationale that by allocating the Confederate soldiers the status of combatant for humanitarian reasons, it would crucially not recognize the legitimacy of their government. Hence, resolving a difficult problem for Lincoln's government which was conscious of not recognising the *de facto* government of the south. Eventually, Lieber and four general officers who were lawyers in their civilian lives were appointed to a commission to oversee the draft for "a code of regulations for the government of armies in the field, as authorized by the laws and usages of war"<sup>95</sup>.

This codification was issued as 'General Orders No. 100, Instructions for the Government Armies of the United States in the Field', more commonly known as the "Lieber Code"<sup>96</sup>. This constituted the first comprehensive codification of the rules and regulations concerning land warfare which expressly protected the civilian population<sup>97</sup>. It is also worth noting that the main reason for Lincoln to commission such a codification was that he was rather concerned about his army's inexperienced officers and the men in charge of the Union's militias compare to the more experienced officers on the Confederate side. This was primarily due to the rapid expansion of the Union's army in which thousands of newly recruited inexperienced officers were in dire need of some instruction when faced with legal issues ranging from the drafting of court martial charges to conditions upon which parole of prisoners of war could be administered. So the code became a useful guidance to all the

---

<sup>94</sup> For General information on the American Civil War see, David J. Eicher, 'The Longest Night: A Military History of the Civil War', Simon & Schuster, 2002; Thomas E. Greiss, 'American Civil war', (West point Military History Series), Avery, 2000.

<sup>95</sup> U.S. War Department, Special Orders No. 399, Dec. 17, 1862, para. 5.

<sup>96</sup> See, e.g., Davis, G. B., 'Doctor Francis Lieber's Instructions for the Government of Armies in the Field', 1 *Am. J. Int'l L.* 13 January and April 1907; Meron, T., 'Francis Lieber's Code and Principles of Humanity', 36 *Colum. J. Transnat'l L.* 269 1998; Paust, J. J., 'Dr Francis Lieber and the Lieber Code', 95 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 112 2001; Shepard, W. S., 'One Hundredth Anniversary of the Lieber Code', 21 *Mil. L. Rev.* 157 1963;

<sup>97</sup> Richard S. Hartigan, 'Lieber's Code and the Laws of War', Transaction Publishers, 1985, pp.48-52.

officers and military personnel serving in the Union army. The most outstanding contribution of the Lieber Code to the U.S. army has been noted by Carnahan, that notes, ‘this unsatisfactory situation stimulated various reforms, including raising the status and expanding the powers of the Army’s chief legal officer (the Judge Advocate General) and deploying judge advocate officers to the staffs of field commanders’<sup>98</sup>.

That is why President Lincoln was of the opinion that all volunteers and serving officers were in need of all the help they could get to fight the war in a more civilised manner<sup>99</sup>. This is significant in light of the fact that at the beginning of the civil war the leaders of the North were of the opinion that the conflict might be resolved by peaceful constitutional means and were very anxious to keep the option of future peace and reconciliation alive<sup>100</sup>. Like many of his successors President Lincoln also intended to leave a lasting legacy by which he could be remembered<sup>101</sup>.

Nevertheless, the Lieber Code’s greatest theoretical contribution to the modern laws of war was identification of military necessity as a general legal principle to limit violence in the absence of any other rule<sup>102</sup>. The Lieber Code distinguishes the applicability of the rules of land warfare in both international and internal armed conflicts:

‘When humanity induces the adoption of the rules of regular war towards rebels, whether the adoption is partial or entire, it does in no way whatever, imply a partial or complete acknowledgement of their government, if they have set up one, or of them, as an independent and sovereign power.... Nor does the adoption of the rules of war towards

---

<sup>98</sup> Carnahan, ‘Lincoln, Lieber and the Laws of War’, *op. cit.*, p. 214.

<sup>99</sup> More importantly, the President was determined to found his policies on human reason and conduct the hostilities with all possible propriety, consequently raising any avoidable obstacle for future restoration of peace and harmony in the whole of the United States. Best, ‘War and Law’, *op. cit.*, p. 41.

<sup>100</sup> Epperson, J.F., ‘Causes of the Civil War’, OTTN Publishing, 2005, p. 64

<sup>101</sup> So it is fair to conclude that not only may the Lieber Code be considered the crowning glory of the nineteenth century movement to humanize war through the application of reason but also a lasting legacy for President Lincoln. See Paludan, P.S. ‘The Presidency of Abraham Lincoln (American Presidency Series), University of Kansas Press, 1<sup>st</sup> ed., 1994.

<sup>102</sup> Carnahan, ‘Lincoln, Lieber and the Laws of War’, *op. cit.*, p. 213.

rebels imply an engagement with them extending beyond the limits of these rules.... Treating, in the field, the rebellious enemy according to the law and usages of war has never prevented a legitimate government from trying the leaders of the rebellion or chief rebels for high treason, and from treating them accordingly, unless they are included in a general amnesty'<sup>103</sup>.

Although the Code was a national document, not applicable to other countries, it soon achieved international recognition and it became one of the sources of international trend which were to follow. The main reason for its universal acceptance was the fact that Lieber drew most of his inspiration from his past military experience in Europe and also the culmination of his long interest in the history of the laws of war. In other words, the final draft of the Lieber Code very much reflected an articulation of theories put into practice by the great European military forces and their officers in the first half of the nineteenth century. Kalshoven notes:

‘Although technically a purely internal document written to be applied in a civil war, the Lieber Code has served as a model and a source of inspiration for the efforts, undertaken later in the 19<sup>th</sup> century on the international level, to arrive at a generally acceptable codification of the laws and customs of war. It thus has exerted great influence on these subsequent developments’<sup>104</sup>.

In the meantime, enthused by Lieber’s work international lawyers in Europe came to the conclusion that what was good for the Union army across the ocean was also useful for them<sup>105</sup>. Indeed, this prompted a considerable number of international lawyers to establish themselves as a distinct profession and turned their attention to the subject of the laws of

---

<sup>103</sup> ‘Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field’, General Order 100, War Department, Adjutant General’s Office (Washington, April 24, 1863), Paras. 152, 153, 154.

<sup>104</sup> Kalshoven, F. and Zegveld, L., ‘Constraints On the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law’, International Committee of Red Cross, 2001, p.20

<sup>105</sup> Kurtz, L.R., Turpin, J.E., ‘Encyclopaedia of Violence, Peace and Conflict’, Academic Press Publishing, 1999, p. 326.

war and its subsequent codification<sup>106</sup>. As a result, this had a profound influence on most of the military manuals that were prepared around the same time mainly in Europe<sup>107</sup>. It is also worth mentioning that in the 1870-90s, due to brutality of modern warfare in the age of technology (as exemplified in the American Civil war and the France-Prussian war) progressive lawyers, statesmen and military practitioners turned their attention to humanizing the concept of war.

### **The Geneva Convention of 1868**

While Franz Lieber was hard at work on the first codification of the laws of war, a year earlier in 1862, Henry Dunant had published *Un Souvenir de Solferino*<sup>108</sup>, an eye-witness account of extreme suffering endured by wounded soldiers on the field during the Austro-Italian war, which inspired a small group of citizens of Geneva to establish the very foundation of the International Red Cross movement in 1863 which was eventually followed by the first Geneva Convention on treatment of the sick and wounded in 1864<sup>109</sup>. In fact, this reflected a general trend in the second half of the nineteenth century in which time there was a greater emphasis on codification of the laws of war in the shape of treaties. As stated above, in 1864 reacting to an initiative by the Swiss government 16 countries attended a conference held in Geneva to draw up a Convention for Amelioration of the Condition of the Wounded in armies in the Field<sup>110</sup>. The Additional Articles of 1868 were also adopted at a diplomatic Conference organized by the Swiss Federal Council in order to clarify some of the provisions of 1864 and also to extend the scope of this Convention to naval forces. Although the Convention never came into

---

<sup>106</sup> Friedman, L., (Compiled by), 'The Law of War: A Documentary History', Greenwood Publishing Group, 1972, p. 192.

<sup>107</sup> Raymond, G.A., 'Lieber and International Laws of War', in 'Francis Lieber and the Culture of the Mind', Mack, C.R., & Lesesne, H.H., (ed.), University of South Carolina Press, 2005, pp. 69-78.

<sup>108</sup> Henry Dunant, 'A Memory of Solferino', International Committee of Red Cross, English Translation, 1986

<sup>109</sup> Gallatin-Love, A., 'the Geneva Red Cross Movement: European and American Influence on its Development', Medical Field Service School, 1942, p. 26.

<sup>110</sup> Ibid.

force and never was ratified during the Franco-Prussian war of 1870-71 and the Spanish American war of 1896 the parties to the conflicts agreed to observe their provisions<sup>111</sup>.

### **The St Petersburg Declaration 1868**

The St Petersburg Declaration of 1868 played an instrumental role in development of the laws of war<sup>112</sup>. Nevertheless, the first inter-state agreement aimed at alleviating the undesirable effects of war was drawn up at the end of the Crimean War by the signatories of the peace treaty marking the end of that war in 1856<sup>113</sup>.

Russia's defeat in the Crimean War in 1856 convinced her that some reforms also urged by other European powers were necessary to alleviate the scourge of war<sup>114</sup>. The invention of a type of a bullet manufactured by the Russian Imperial Army in 1863 that exploded on contact with any hard surface which was subsequently modified in 1867 to allow the bullet to explode and shatter even on contact with soft targets such as soldiers inflicting particularly serious wounds. Ironically, this prompted the Russian government to call for an international conference, since it deemed the use of such weapons to be inhumane<sup>115</sup>. In fact, the St Petersburg declaration, which proclaimed 'renouncing the use, in time of war, of explosive projectiles under 400 grams in weight contains the famous statement of principles: 'the only legitimate object which states should endeavour to accomplish during war is to weaken the forces of the enemy state'<sup>116</sup>. Although this sentence on the surface seems rather simple, it has been found to be quite problematic in the twentieth

---

<sup>111</sup> Schindler and Toman, 'The Laws of Armed Conflicts', *op. cit.*, p. 285.

<sup>112</sup> Boothby, W.H., 'Weapons and the Laws of Armed Conflict', Oxford University Press, 2009, pp. 141-144.

<sup>113</sup> *ibid.*, p. 787

<sup>114</sup> Neumann, I.B., 'Russia and the Idea of Europe: A study in Identity in International Relations', Routledge, 1996, p. 47.

<sup>115</sup> Schindler and Toman, 'The Laws of Armed Conflicts', *op. cit.*, p. 101.

<sup>116</sup> Roberts, A. and Guelff, G., 'Documents on Laws of War', Oxford University Press, 1<sup>st</sup> ed., 1989, p. 30-31.



century<sup>117</sup>. Moreover, the reason the Russian government advocated in the first place a limitation of armaments, was mainly due to financial and other domestic reasons<sup>118</sup>.

The St Petersburg Declaration, heralds the beginning of a significant chapter in the codification of the laws of war.<sup>119</sup> In fact, its significance goes far beyond its proclaimed objective of banning the use between the ‘contracting parties’, of a new and nasty new invention-explosive and/or incendiary bullets. According to Best, not only is it a famous landmark in the long history of ‘forbidden weapons’, its preamble (which was longer than the instrumental part of the text itself), provides a summary of the philosophy of laws of war that has never been equaled by any other document in the history of laws of war ever-since<sup>120</sup>. In a nut shell, the Declaration of St Petersburg provided an impetus for the international community to embark upon adoption of further declarations of a similar nature at the two Hague conferences of 1899 and 1907<sup>121</sup>.

### **The Brussels Conference of 1874**

The Declaration of the Brussels Conference of 1874, an international conference organised by the Czar Alexander II of Russia which met in Brussels for the purpose of discussing the practicalities of framing an acceptable code of the laws of war on land<sup>122</sup>. This was the first serious attempt by the international community to define laws of war compulsory to all<sup>123</sup>. All nations represented in the conference had in recent memory fought one another and had suffered greatly in human

---

<sup>117</sup> Roberts, A., ‘Land Law from Hague to Nuremburg’ in ‘The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World’ edited by Howard, M., et.al., Yale University Press, 1<sup>st</sup> ed., 1994, p.119

<sup>118</sup> Nussbaum, A., ‘A Concise History of the Laws of Nations’, Macmillan, 1<sup>st</sup> ed., 1947, p. 240.

<sup>119</sup> Solis, G.D., ‘the Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War’, Cambridge U.P., 1<sup>st</sup> ed., 2010, p. 49.

<sup>120</sup> Best, ‘War and Law’, *op. cit.*, p. 42; also see Schindler and Toman, ‘The Laws of Armed Conflicts’, *op. cit.*, p.101.

<sup>121</sup> Borsinger, N., ‘125<sup>th</sup> Anniversary of the 1868 Declaration of St Petersburg: Summary of Proceedings’, International Committee of Red Cross, 1994.

<sup>122</sup> Schindler and Toman, ‘The Laws of Armed Conflicts’, *op. cit.*, p. 25.

<sup>123</sup> Oppenheim, L. & McNair, A.D., ‘International Law: Disputes, War and Neutrality’, Longmans, Green & Company, 1926, p. 78.

terms<sup>124</sup>. The Conference adopted the draft commissioned by the Russian government which was prepared under the supervision of the chairman of the committee on codification, the Swiss Jurist Johann Casper Bluntschli, with few alterations<sup>125</sup>. But due to a lack of political unanimity amongst the Great European Powers and the fact that they could not accept it as a binding convention it was not ratified<sup>126</sup>.

In reality though, the project marked a major moment by the international community for the codification of the laws of war<sup>127</sup>. From the beginning of the Brussels Conference, it was recognised that in times of war the population of a state is divided into three separate categories: firstly, the regular army; secondly, irregular military units such as militias (irregular forces) which at the time of invasion by the enemy had no time to organise themselves into a regular force; and lastly the civilian population.

However the most controversial topic of discussion was whether the laws of war should extend to irregular units and to members of civil population who had taken part in military activities. This also extended to the right of civilian population to self-defence in occupied territories which attracted particular scrutiny<sup>128</sup>. The most interesting aspect of this discussion was based on the difference of opinion that arose on this question between the patriotic school smaller European states with militia or semi-militia systems<sup>129</sup> (such as Belgium and Switzerland) and delegates representing the great military powers of Europe which represented the military school, such as Germany which were the most vociferous voice against the idea<sup>130</sup>. At the heart of Germany's legal

---

<sup>124</sup> For example, in Crimea, France alone had suffered 90000 casualties.

<sup>125</sup> Dhokalia, R.P., 'the Codification of Public International Law', Manchester University Press, 1970, p. 49.

<sup>126</sup> Schindler and Toman, 'The Laws of Armed Conflicts', *op. cit.*, p. 25.

<sup>127</sup> Oppenheim, L. & McNair, A.D., 'International Law: Disputes, War and Neutrality', *op. cit.*, p. 78.

<sup>128</sup> Trainin, 'Question of Guerrilla Warfare in the Law of War', *op. cit.*, pp. 542-543.

<sup>129</sup> For General information about the concept of the Militia system see: Whisker, J. B., 'The Militia', Edwin Mellen Press, 1<sup>st</sup> ed., July 1992.

<sup>130</sup> Trainin, 'Question of Guerrilla Warfare in the Law of War', *op. cit.*, p. 543.

argument was the point that by recognising the right of peoples to self-defence against an aggressor it would be “retrogression to barbarism” and would result in chaos and disorder<sup>131</sup>. This attitude by Germany stemmed mainly from their experience of the Franco-Prussian War of 1870-1 which had significantly troubled the German (Prussian forces) marching onto Paris. As alluded to earlier, the said war also represents the first major modern conflict in which guerrilla fighters and partisans had taken part<sup>132</sup>. In fact, the Germans delegation maintained that it was admissible within the laws of war to execute captured the so-called *francs-tireurs* as irresponsible armed non-combatants<sup>133</sup>.

A formal legalistic argument was put forward by Germany, based on the premise that a legal right always emanates from some sovereign state authority and as soon as that former state’s legal authority no longer exists as in the case of an occupied territory, then the legal right which is linked with it loses its force. Hence, the legal rights of the citizens of the former state lose its real substance and the citizen’s of the former state who are mere spectators in the conflict can be deprived of their homeland nationality as a result. However this abstract legalistic argument was rejected by the Brussels Conference, on the basis that no invaded territory is regarded as conquered until the end of the war; until which time the occupant merely exercises in such territory only a *de facto* power and essentially provisional in character. So if the population of which territory were to rise in insurrection it is within the right of the occupying force to suppress it but it must not deny the rights of prisoners of war to the insurgents. Eventually yielding to the will of smaller states with militia systems the Article 9 of the Brussels Declaration states:

‘The laws, rights, and duties of war apply not only to armies; but also to militias and volunteer corps fulfilling the following conditions: (1) that they be commanded by persons responsible for their subordinates; (2) that they have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance; (3)

---

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> Neff, S.C., ‘War and the Law of Nations’, *op. cit.*, p. 164.

<sup>133</sup> Trainin, ‘Question of Guerrilla Warfare in the Law of War’, *op. cit.*, p. 543.

that they carry arms openly; and (4) that they conduct their operations in accordance with the laws and customs of war<sup>134</sup>.

Significantly, it goes on to say that ‘in countries where militia constitutes the army, or form part of it, they are included under the denomination army’<sup>135</sup>. Clearly the abovementioned article is intended to extend the laws of war not only to regular army but also other irregular forces as long as they meet the four conditions mentioned above<sup>136</sup>. The main reason for this was that the drafters were very much mindful of the military realities prevalent at that time in Europe<sup>137</sup>. This was in light of the fact that indeed all the irregular and volunteer corps would eventually come under the military high command of the respective countries and the drafters did not deem it necessary to create special rules for them.<sup>138</sup> Moreover, Article 10 of the Brussels Declaration seemingly goes some way to appease states with militia system and deals with specific situations in which the civilian population can take up arms against the invading force, it says:

‘The population of a territory which has not been occupied, who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading troops without having had time to organize themselves in accordance with Article 9, shall be regarded as belligerents if they respect the laws and customs of war’<sup>139</sup>.

Hence, rejecting the legalistic notion put forward by Germany which in effect would have criminalised the right of self-defence of a people against an aggressor, subject to punishment from the point of view of international law<sup>140</sup>. However, the Brussels Conference attempted (under pressure from Germany) to adopted a more restrained attitude towards the issue of guerrilla/partisan forces, in the shape of a draft

---

<sup>134</sup> Schindler and Toman, ‘The Laws of Armed Conflicts’, *op. cit.*, p. 28.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Trainin, ‘Question of Guerrilla Warfare in the Law of War’, *op. cit.*, p. 544.

<sup>137</sup> Trainin, ‘Question of Guerrilla Warfare in the Law of War’, *op. cit.*, pp. 541-542.

<sup>138</sup> Bailey, S.D., ‘Prohibitions and Restraints in War’, Oxford University Press, 1972, p. 83.

<sup>139</sup> Schindler and Toman, ‘The Laws of Armed Conflicts’, *op. cit.*, p. 29.

<sup>140</sup> Trainin, ‘Question of Guerrilla Warfare in the Law of War’, *op. cit.*, pp. 540.

Article 46 which stated, ‘persons from the local population of an area in which the authority of the enemy is already established, who rebel against it with arms in hand may be brought before a court and are not considered as prisoners of war’<sup>141</sup>. In spite of its well-meaning intention the final declaration of the Brussels conference was never ratified, however, since not all governments were willing to accept it as a binding agreement.

### **The Oxford Manual of the Laws and Customs of War, 1880**

In the very same year the Institute of International Law, at its session in Geneva commissioned a committee of international jurists led by Gustave Moynier to assess the Brussels Declaration and submit its findings on the subject to the Institute<sup>142</sup>. It was an attempt by the Institute of International Law to move the process of codification forward especially in light of the fact that the Brussels Conference Declaration had not been ratified by any of the fifteen European states who had taken part in it<sup>143</sup>. Three years later the end product of this study ultimately led to the adoption of the Manual of the Laws and Customs of War at Oxford in 1880. The Preface states:

‘The Institute too, does not propose an international treaty, which might perhaps be premature or at least very difficult to obtain; but, being bound by its by-laws to work, among other things, for the observation of the laws of war, it believes it is fulfilling a duty in offering to governments a manual suitable as the basis for international legislation in each state, and in accord with both the progress of juridical science and the need of civilized armies’<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> The draft Article 46 was subsequently withdrawn by the Brussels Conference due to sharp protest from smaller European powers such as Belgium, Holland and Switzerland.

<sup>142</sup> Pearce-Higgins, A., ‘the Hague Peace Conferences and other International Conferences Concerning the Laws and Usage of War: Text of the Conventions with Commentaries’, Stevens & Sons, Limited, 1904, p. 29.

<sup>143</sup> Eyffinger, A., ‘the 1899 Hague Peace Conference: ‘The Parliament of Man, the Federation of the World, Kluwer Law International’, The Hague, 1999, p. 270.

<sup>144</sup> The Laws of War on Land, Manual Published by the Institute of International Law (Oxford Manual), reprinted in Schindler and Toman, ‘The Laws of Armed Conflicts’, *op. cit.*, p. 35.

Nevertheless, the most significant aspect of the Oxford Manual is that it is mainly based on the Declaration of Brussels Conference, which specifically deals with the question of occupied territory as discussed above a point of contention between Germany and some of the smaller European powers in the Brussels Conference<sup>145</sup>. Both the Brussels declaration and the Manual of the Laws and Customs of War at Oxford in 1880 made great contributions to the codification of the laws of armed conflict culminating in the two Hague Conventions on land warfare annexed to them.

Nevertheless, the issue of irregular forces and the question of the right of peoples to take up arms (*levee en masse*) and self-defence against an aggressor was raised twenty five years later in The Hague Peace Conference of 1899, almost word by word based on the universally rejected Brussels Declaration of 1874<sup>146</sup>. Consequently, the efforts to achieve legal limitation of violence in armed conflict between states made great progress during the second half of the nineteenth century, culminating in the two Hague Conventions of 1899 and 1907<sup>147</sup>. However, the issue of internal armed conflict remained outside the scope of international law, at least in principle, in spite of its regularity and the great suffering they caused. It is worth noting that prior to the proposal by Count Mouravieff, Russian Foreign Minister for the convening of an international Peace conference, the issue of revision and codification of the laws of war had been on the agenda of international community for more than thirty years<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> Article 41 of the Oxford Manual of the Laws and Customs of War, 1880.

<sup>146</sup> *Levee en Masse* is a distinct type of resistance, the collective uprisings, revolt, and insurrection against occupying force. Although, the scope of the concept was later truncated by diplomats but its practice by civilian populations was less controllable; Solis, 'The Law of Armed Conflict', *op. cit.*, p.200; for an historic appraisal of *Levee* see: Rousseau, C., '*Le Droit des Conflicts Armes*', Paris, 1983; Lytle, S., 'Robespierre, Danton, and the *Levee En Masse*', *The Journal of Modern History*, vol. 29-30, 1957, pp. 325-337.

<sup>147</sup> Greenspan, M., 'the Modern Law of Land Warfare', University of California Press, 1959, p. 62-64.

<sup>148</sup> Letter of 24 August 1898, the Text of many documents concerning the Conference can be found in the International Peace Conference, Netherlands Ministry of Foreign

### **The Hague Regulations of 1899 & 1907**

It was in the late nineteenth and early twentieth century that attempts to produce an internationally accepted definition of combatant came to fruition, culminating in the two Hague Regulations of 1899 and 1907<sup>149</sup>. Although the Peace conferences of 1899 and 1907 were almost entirely concerned with international armed conflicts but the final regulations drew tangible influence from the Lieber Code, which ironically, as stated above came about as a result of the American Civil War<sup>150</sup>.

The first Hague Peace Conference of 1899 was organised at the behest of Russia mainly due to its reluctance to keep up with advancement in armament in Western Europe particularly in Britain and Germany. Notwithstanding the fact that some idealistic motives such as limiting the scourge of war as an instrument of national policy played a role in organizing the conference.

It has to be said that both 1907 and 1899 Hague Conventions reflected the attitude of the international community towards war which was considered as an instrument of national policy and the exclusive province of, and a state of affairs between states<sup>151</sup>. This is best illustrated by international lawyers and military analysts such as Von Clausewitz, wars were fought between organised armies of sovereign states, to the exclusion of their civilian population. It is also worth mentioning that according to the customs and laws of war, combatant status was also granted to militias and volunteer corps (which ultimately came under the states' army high command) as well as *levee en masse*, notwithstanding

---

Affairs, 1907, Scott, J.B., 'The Hague Peace conferences of 1899 and 1907: A Series of Lectures Delivered Before the Johns Hopkins University in the Year 1908', Published by The Johns Hopkins University, 1909; text available at:

<<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/150?OpenDocument>>;

<<http://www.icrc.org/ihl.nsf/0/1d1726425f6955aec125641e0038bfd6>>.

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> See Abi-Saab, R., 'Humanitarian Law and Internal Conflicts: The Evolution of Legal Concern' in A. Delissen and G. Tanja (ed.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Dordrecht: Nijhoff, 1<sup>st</sup> ed., 1991

<sup>151</sup> See Von Clausewitz, C., 'On War', Penguin Classics, 3<sup>rd</sup> ed., 1982.

the fact that the latter had aroused a lot of controversy in the past. Indeed, this approach was firmly engrained in the notion that war was a political reality and routine means of achieving state policy which could not be eradicated but needed to be regulated<sup>152</sup> In other words, the coercive use of force was the preserve of a sovereign government which held an exclusive monopoly over military and its use of force. In turn, an army answerable to the government went into battle supported by the citizens of that state.

For the purpose of this article we will deal with Convention II and its successor the 1907 Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land (hereafter Convention IV) and the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land annexed to it (hereafter Regulations). In reality, Convention IV and its Regulations mirror to a large extent the provisions of its predecessor, Hague Convention II of 1899 and its attached Regulations since they were revised in the Second Hague Peace Conference in 1907. According to Schindler and Toman, ‘the provisions of the two Conventions on land warfare, like most of the substantive provisions of the Hague Conventions of 1899 and 1907, are considered as embodying the rules of customary international law<sup>153</sup>. As such they are binding on states which are not parties to them<sup>154</sup>. With regard to the importance of the Hague Regulations of 1907 both the Nuremberg International Military Tribunal in 1946, and the International Military Tribunal for the Far East in 1948, regarded them as declaratory of the laws and customs of war recognised by all civilized nations<sup>155</sup>.

Although the second Hague Peace Conference of 1907 is of more relevance to this study, the First Hague Peace conference was not without some noteworthy achievements. The most significant of which was an issue on the Laws and Customs of War on Land known as Convention II

---

<sup>152</sup> M. Van Creveld, ‘The Transformation of War’, New York, the Free Press, 1991, pp. 35-42.

<sup>153</sup> Schindler and Toman, ‘The Laws of Armed Conflicts’, *op. cit.*, p. 63.

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup>“Judicial Decisions: International Military Tribunal (Nuremberg)”, reprinted in *AJIL* vol. 41, 1947, pp. 248-9.



and its attached Regulations that for the first time successfully managed to codify the laws of land warfare<sup>156</sup>.

As such, Hague Convention II and its attached regulations have been heralded as the most striking accomplishment of the First Peace Conference.<sup>157</sup> As the delegates from forty-four countries including two Muslim states of Persia and Turkey representing the Islamic world gathered in the Hague for the Second Peace Conference from 15 June to 18 October in 1907, one of the main issues on the agenda was to ‘revise the general laws and customs of war, either with a view to defining them with a greater precision or to confirming them within such limits as would mitigate their severity as far as possible’<sup>158</sup>.

As a result, the Hague Regulations of 1899 and 1907, for the first time in the history of codification of the laws of armed conflict set out who are to be considered “belligerents”<sup>159</sup>. Article 1 specifies that: ‘[t]he laws, Rights and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps’ fulfilling the four conditions of being commanded by a person responsible for his subordinates; having a fixed distinctive emblem recognizable at a distance; carrying arms openly; and conducting their operation in accordance with the laws and customs of war<sup>160</sup>. Furthermore, Article 2, extends the belligerent status to the *levee en masses*, that is to say in situations where the citizens of a country which is

---

<sup>156</sup> Other important achievements included producing a convention for the Pacific Settlement of Disputes which in turn resulted in the establishment of the Permanent Court of Arbitration; as well as a convention concerning Maritime Warfare.

<sup>157</sup> For general information on the 1899 Hague Peace Conference see C. Greenwood, ‘International Humanitarian Law (Laws of War) – Revised Report for the Centennial Commemoration of the First Hague Peace Conference 1899’, in F. Kalshoven, ed., *The Centennial of the First International Peace Conference – Reports & Conclusions* (The Hague, Kluwer Law International 2000, pp. 166-172; Eyffinger, ‘The 1899 Hague Peace Conference’, *op. cit.*, p. 271; William I. Hull, ‘The Two Hague Conferences and their Contribution to international Law, Ginn & Company, Boston, 1908; Reprinted Co., New York, 1970.

<sup>158</sup> Preamble to Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907).

<sup>159</sup> Lesaffer, R.C.H. (ed.), ‘Peace Treaties and International Law in European History: from the Late Middle Ages to World War One’, Cambridge University Press, 2008, p. 410.

<sup>160</sup> Schindler and Toman, ‘the Laws of Armed Conflict’, *op. cit.*, p. 75.

being invaded by a foreign power spontaneously take up arms to stem the tide of the invading army, without having had the time to organize themselves according to Article 1, providing they carry their arms openly and respect the laws and customs of war. The inclusion of the first condition that *levee en masses* had to carry their arms openly was the only alteration to the 1899 Regulations. The significance of Article 1 and 2 of the Regulations were that they very much reflected the state of the customary international law, from which basis the contemporary international regulations of combatant status developed.

As a result, this attitude indicated a clear distinction between who was entitled to use force and who was not, in what the regulations identify as “belligerents” (or the more contemporary terms, combatants). It is also worth noting that this dichotomy between combatants and non-combatants even persisted during the peace time, in which the interaction between private citizens and army as an institution were generally discouraged<sup>161</sup>. But during the period under consideration the doctrine of distinction was not without its critics, Wheaton states:

‘If the separation of armies and peaceful inhabitants into two distinct classes is perhaps the greatest triumph of international law, all that need to be said is that the progress of events has nullified the triumph, and that, probably, it is just as well to abolish a distinction, in itself illusory and immoral. The idea of war as affecting only certain elements of the population is probably an incentive to war’<sup>162</sup>.

However, in the opinion of the majority of scholars and military practitioners of that period only conflicts between states brought *jus in bello* into operation<sup>163</sup>. Thus the issue of internal armed conflict regardless of their intensity remained the concern of sovereign states and rebels were spared no protection and subjected to the domestic legal system of that

---

<sup>161</sup> *ibid.*, pp. 38-41.

<sup>162</sup> Wheaton, H.B., *International Law*, London, 1944 (7<sup>th</sup> English ed., by A.B. Keith), p. 171.

<sup>163</sup> *ibid*

state, except by the virtue of recognition of belligerency<sup>164</sup>. This was very much reflected by the state practice at the time. As Neff noted:

‘In this area, the inheritance of nineteenth century remained very much in evidence, most notably in the retention of the traditional bias in favour of established governments and against insurgents. Recognition of belligerency and of insurgency was little in evidence, at least on the surface; but it was likely that they were merely sleeping and not dead.’<sup>165</sup>

### **The Martens Clause**

Another important development of note in regards to the two Hague Regulations was the so-called Martens Clause which was based upon and took its name from a declaration presented to the first Hague Peace Conference of 1899, by the Russian delegate Professor Von Martens<sup>166</sup>. The Clause declares:

‘Until a more complete code of laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirement of the public conscience.’

He came up with this declaration as a compromise on the issue of treatment of *franc-tireurs* between the great powers such as Germany who advocated summary execution of such individual who had spontaneously taken up arms against an invading army and smaller European countries who advocated that they should be treated as lawful combatant<sup>167</sup>. However, some scholars such as Cassese, the clause tantamount to mere

---

<sup>164</sup> Moir, L. ‘The Historical Development of Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts’, *op. cit.*, pp. 338-350.

<sup>165</sup> Neff, S.C., ‘War and the Law of Nations’, n. 3 above, p. 357

<sup>166</sup> Pustogarov, V.V., ‘Fyodor Fyodorovich Martens: a Humanist of Modern Times’, *International Review of Red Cross*, 312, 1996, pp. 300-314

<sup>167</sup> For the historical background see Pustogarov, V.V., ‘The Martens Clause in International Law’, 1 *J. Hist. Int’l L.* 125 1999.

diplomatic manoeuvring designed to overcome political difficulties in the international arena<sup>168</sup>.

Added to this lack of universality, there is also a lack of accepted interpretation of the Martens Clause among international lawyers. The real essence of the Clause is encapsulated by Greenwood who states that at its most restricted, the Clause would act as a reminder of the fact that customary international law continues to apply even after adoption of a treaty norm<sup>169</sup>. Nonetheless, it has been noted that although original purpose of the clause was to settle particular disputes<sup>170</sup>, but significantly it has subsequently been used in similar versions in later instruments regulation armed conflict<sup>171</sup>.

This universal aspiration came to an abrupt end by the concept of total war and the advent of more destructive weaponry with the outbreak of the First World War in 1914<sup>172</sup>. In the aftermath of the Great War, the international community turned its attention rather to restriction of *jus ad bellum* rather than the development of the laws of war through instruments such as the Covenant of the League of Nations (1919), and the Kellogg-Briand Pact (1928), which condemned recourse to war as a solution for international disputes<sup>173</sup>. In the intervening years between the two World Wars and as a reaction to the First World War, the 1929 Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and

---

<sup>168</sup> Cassese, A., 'The Martens Clause: Half a Loaf of Simply Pie in the Sky?' *EJIL* (2000), Vol. 11 No. 1, pp. 187-217, p. 217.

<sup>169</sup> Greenwood, 'Historical Development and Legal Basis', *op. cit.*, p. 28.

<sup>170</sup> Ticehurst, R., "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", *IRRC*, no. 317, 1996, pp. 125-134; see also Meron, T., "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience", 94 *Am. J. Int'l L.* 78, 2000.

<sup>171</sup> The subsequent treaties which adopted martens Clause include: Preamble, 1907 Hague Convention (IV) respecting the laws and customs of war on land, in Roberts and Guelf, 'Documents of Laws of War', *op. cit.*, p. 45; The Four 1949 Geneva Conventions for the Protection of war victims (GC I: Art. 63; GC II: Art. 62; GC III: Art. 142; GC IV: Art. 158), pp. 169-337; 1977 Additional Protocol I, Art. 1(2), p. 390, and 1977 Additional Protocol II, 1980 Weapons Convention, Preamble, p. 473.

<sup>172</sup> Roger, A.V.P., 'Law on the Battlefield', Manchester University Press, 3<sup>rd</sup> edition, 2012, p. 1.

<sup>173</sup>Reydams, L., 'A la guerre comme a la guerre: patterns of armed conflict', 88 *International Review of Red Cross* 729 (2006), p. 736.

Sick in Armies in the Field was adopted<sup>174</sup>. Hitherto the international community had only been specifically concerned with inter-state wars between sovereign states. The abovementioned instruments were almost entirely concerned with international armed conflicts, much of which was subsequently revised and refined through the Geneva Conventions of 1949 and its additional Protocol of 1977. Therefore, the law of war was paradigmatically inter-state law and not applicable to internal armed conflicts in the nineteenth as well as the early twentieth centuries. Some states may have observed them through the doctrine of recognition of belligerency but were mostly done out of self-interest and practical purposes, rather than adhering to international law<sup>175</sup>. However in the aftermath of the Second World War, civil wars achieved a more prominent place on the international agenda and it is here that the laws of war have been described at their weakest<sup>176</sup>. But the modern approach to ‘internal armed conflict’ is contained in common Article 3 of the Geneva Convention 1949 supplemented by the Additional Protocol II of 1977<sup>177</sup>. This has been described as one of the most significant expansions of the laws of war in the realm of civil war in the second part of the twentieth century<sup>178</sup>. The law of war which evolved into International Humanitarian Law is the best example of the humanizing wave that swept through Public International Law after the establishment of the United Nations in

---

<sup>174</sup> Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field (27 July, 1929), 47 Stat. 2074, 118 L.N.T.S. 303. The 1929 Convention replaces a previous update of the 1864 Convention adopted in 1906 (Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field, (Aug, 22, 1864), 18 *Martens Nouveau Recueil* (ser. 1).

<sup>175</sup> Moir, L., ‘The Law of Internal Armed Conflict’, 1<sup>st</sup> ed., Cambridge U.P., 2002, p. 17

<sup>176</sup> This was inevitable because in that period most of the conflicts around the globe were taking place within states as opposed to between states; i.e. From inter-state to intra-state; Greenwood, C., ‘International Humanitarian Law (Laws of War)’ in ‘The Centennial of the First International Peace Conference: Reports and Conclusions’ edited by Frits Kalshoven, Kluwer Law International, 1<sup>st</sup> ed., 2000, p.226

<sup>177</sup> There are also a number of other treaties which also apply to internal armed conflict; see the Hague Convention for the protection of Cultural Property, 1954, Art. 19, the Amended Protocol II to the Conventional Weapons Convention, the Chemical Weapon Convention, 1993 and the Mines Convention, 1997.

<sup>178</sup> For a general survey see Moir, L., ‘The Law of Internal Armed Conflict’, *op. cit.*, pp. 45-97.

1945. The apparent paradox besetting the Law of War throughout its history could be explained albeit in simplified terms between those who call for it and those who formulate and had to implement it.

**Conclusion:**

The second part of the nineteenth century heralded the period in which the codification of the laws of war took place. This was mainly as a reaction to rapid developments in armament, massive industrialization and advancement in weaponry in Europe as well as emergence of a more humanist approach in order to limit the scourge of war. Prior to this period, due to the state-centric nature of traditional international law, civil wars had largely been overlooked and remained a tacit concern of sovereign states.

However, due to the political reality of such conflicts and emergence of national liberation movements in Europe and the Latin Americas as a result of crumbling Ottoman and Spanish Empires in the nineteenth century the international community led by the great powers (mainly to protect their own commercial interests), had to devise rules to deal with the phenomenon of civil war in the shape of the three tiered approach according to the intensity of the conflicts, namely: rebellion, insurgency and recognition of belligerency.

The role which civil war played in codification of Laws of war in nineteenth century is somewhat understated. However, as the present author has endeavoured to illustrate the civil wars referred to throughout this article were mostly of high intensity in nature so much so that they resembled inter-state conflicts as in the case of the American Civil War in which both armies were well-organized and disciplined. The Lieber Code devised by the Prussian jurist Francis Lieber which came about as a result of the American Civil War became a major catalyst for the subsequent codification of the Laws of war in Europe. This is rather ironic since in spite of the tangible contribution of the Lieber Code in the codification process in the latter part of the Nineteen century which culminated in the two Hague Regulations, as before, due to the state-centric nature of

international law the issue of civil war in spite of its political reality was largely side-stepped by the international community.

**Bibliography:**

- Abi-Saab, G., ‘Conflicts of a Non-international Character’, in ‘International Dimensions of Humanitarian Law’, UNESCO, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 218
- Abi-Saab, R., ‘ Humanitarian Law and Internal Conflicts: The Evolution of Legal Concern’ in Delissen, A. and Tanja, G. (ed.), Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 209-223.
- Amerasinghe, C.F., ‘History and Sources of the Law of War’, 16 *Sri Lanka J. Int’l L.* 263 2004.
- Archer, C.I., ‘History of Warfare’, Unp - Nebraska, 2002.
- Bailey, S.D., ‘Prohibitions and Restraints in War’, Oxford University Press, 1972.
- Baty, T. and Morgan, J.H., War: Its Conduct and legal Results, Murray, 1915.
- Bederman, D.J., ‘International Law in Antiquity’, Cambridge University press, 2<sup>nd</sup> ed., 2002.
- Bello, E., ‘African Customary Humanitarian Law’, Oyez Publishing, 1980.
- Best, G., ‘ War and Law since 1945’, Oxford University Press, 1<sup>st</sup> ed., 1994.
- Boisard, M., “On the probable influence of Islam on western public and international law”, *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 11, 1980.
- Brownlie, I., ‘International law and the Use of Force by States’, Clarendon Press, Oxford, 1963.
- Burkholder, M.C. & Chandler, D.S., ‘From Impotence to Authority: Spanish Crown and the American Audiencias, 1687-1808’, University of Missouri Press, 1<sup>st</sup> ed., 1977.
- Burlamaqui, J.J., ‘The Principles of Natural Law and Politic Law’, Trans. Thomas Nugent (ed.), Indianapolis, Liberty

- Fund, 2006, Chapter III: of Different Kinds of Wars, Available at: <<http://oll.libertyfund.org>>.
- Carnahan, B. M., ‘Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity’, 92 *Am. J. Int’l L.* 213 1998.
- Cassese, A., ‘International Law’, Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 2004.
- Cassese, A., ‘the Martens Clause: Half a Loaf of Simply Pie in the Sky?’ *EJIL* (2000), Vol. 11 No. 1, pp. 187-217.
- Castren, E., ‘Civil War’, SUOMALAINEN TIEDEAKATEMIA, 1966.
- Chroust, A-H., ‘Hugo Grotius and the Scholastic Natural Law Tradition’ *New Scholasticism*, Vol. 17: 101-133, printed in Dunn and Harris (ed.) Grotius, Edward Elgar Publishing, 1<sup>st</sup> ed., 1997.
- Coker, C., ‘War and the 20<sup>th</sup> Century: A Study of War and Modern Consciousness’, University of Michigan Press, 1994.
- Columbia-Spain, Convention of Truxillo, 26 Nov. 1820, 71 CTS 281
- Davis, G. B., ‘Doctor Francis Lieber’s Instructions for the Government of Armies in the Field’, 1 *Am. J. Int’l L.* 13 January and April 1907.
- Detter, I., ‘the Law of War’, Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> edition, 2000.
- Draper, G.I.A.D., ‘Humanitarian Law and Internal Armed Conflicts’, *GA. J. Int’L & Comp. L.* 253 (1983).
- Dhokalia, R.P., ‘the Codification of Public International Law’, Manchester University Press, 1970.
- Draper, G.I.A.D. (1990) ‘Grotius’ Place in the Development of Legal Ideas about War’, In ‘Hugo Grotius and International Relations’, Bull, H., et al., Clarendon Press, 1992.
- Draper, G.I.A.D., ‘Implementation and Enforcement of Geneva conventions’, 1 *Receuil des cours* 1979 III.



- Draper, G.I.A.D., "The Status of Combatants and the Question of Guerrilla Warfare", 45 Brit. Y.B. Int'l L. 173 1971.
- Edmunds, S.E., "The Laws of War: Their Rise in the Twentieth Century and Their Collapse in the Twentieth", 15 *Va. L. Rev.* 321-349.
- Eicher, D.J., 'the Longest Night: A Military History of the Civil War', Simon & Schuster, 2002.
- Emmerich De Vattel, "Law of Nations: Principle of Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns", J. Chitty & E.D. Ingraham, Published by T. & J.W. Johnson, 1867 original from Harvard University Digitized, Aug 24, 2007, Book III.
- Engdal, O. & Wrangé, P., (eds.), 'Law of War: the Law as It Was and the Law as it should be', Brill, 2008.
- Epperson, J.F., "Causes of the Civil War", OTTN Publishing, 2005.
- Eyffinger, A., 'the 1899 Hague Peace Conference: The Parliament of Man, the Federation of the World,' Kluwer Law International, The Hague, 1999.
- Falk, R.A., 'the international Law of Civil War', The Johns Hopkins Press, 1<sup>st</sup> ed., 1971.
- Finkel, C., 'Osman's Dream: the Story of Ottoman Empire 1300-1923', John Murray Publishers, 1<sup>st</sup> ed., 2006.
- Fitzgerald, A., 'Peace and War in Antiquity' Scholartis Press (London), 1st ed., 1931.
- Francis Lieber, 'the Miscellaneous Writings of Francis Lieber: Reminiscences, Addresses and Essays (1881), Babu Press, 2010.
- Frank Friedel, Francis Lieber: Nineteenth Century Liberal, Baton Rouge: Louisiana University Press, 1<sup>st</sup> ed., 1947.
- French, D., "the British Way in Warfare: 1688-2000", Routledge, 1<sup>st</sup> ed., 1990.
- Friedman, L. (ed.), 'the Law of War: A Documentary History', Greenwood Publishing, 1972.

- Friedman, L., (Compiled by), “The Law of War: A Documentary History”, Greenwood Publishing Group, 1972, p. 192.
- Gallatin-Love, A., ‘the Geneva Red Cross Movement: European and American Influence on its Development’, Medical Field Service School, 1942.
- Green, L., ‘The Contemporary Law of Armed Conflict’, Manchester U.P., 3<sup>rd</sup> ed., 2008, pp. 26-65.
- Greenspan, M., ‘the Modern Law of Land Warfare’, University of California Press, 1959.
- Greenwood, C., ‘International Humanitarian Law (Laws of War) – Revised Report for the Centennial Commemoration of the First Hague Peace Conference 1899’, in F. Kalshoven, ed., The Centennial of the First International Peace Conference – Reports & Conclusions (The Hague, Kluwer Law International 2000).
- Gross, L., ‘The Peace of Westphalia 1648-1948’ 42 *AJIL*, 1948, p. 20..
- Lesaffer, R.C.H. (ed.), ‘Peace Treaties and International Law in European History: from the Late Middle Ages to World War One’, Cambridge University Press, 2008.
- Greenwood, C., “Historical Development and Legal Basis” in Fleck D. & Bothe, M., “The Handbook of International Humanitarian Law”, Oxford University Press, 2007.
- Heirbaut, D., “The Belgian Legal tradition: Does it Exist?” in “Introduction to Belgian Law”, Bocken, H. & De Bondt, W. (ed.), The Hague: Kluwer Law international, 2001.
- Henry Dunant, ‘A Memory of Solferino’, International Committee of Red Cross, English Translation, 1986.
- Herring, H., ‘History of Latin America from the Beginning to the Present’, Knopf Publications, 3<sup>rd</sup> ed., 1968;

- Hoffman, M.H., “The Customary Law of Non-International Armed Conflict”, 30 *Int’l. Rev. Red Cross* 322 (No. 277, July-August 1990).
- Hoffman, S., and Fidler, P., ‘Rousseau on International Relations’, Oxford University Press, 1<sup>st</sup> ed., 1991
- Holland, T., ‘Persian Fire: The First World Empire, Battle for the West’, Little and Brown Publications, 1<sup>st</sup> ed., 2006.
- Howard, M., ‘the France-Prussian War: the German Invasion of France, 1870-1871’, London, new edition, 1979.
- Howard, M., ‘War in European History’, Oxford University Press, 2001.
- Hugo Grotius, ‘The Laws of War and Peace (*De Jure belli ac Pacis*), New Translation, Published for classic club by W. J. Black (1949).
- Hull, W.I., ‘The Two Hague Conferences and their Contribution to international Law, Ginn & Company, Boston, 1908; Reprinted Co., New York, 1970.
- Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field, General Order 100, War Department, Adjutant General’s Office (Washington, April 24, 1863).
- Johnson, J.T., ‘Lieber and the Theory of War’ in ‘Francis Lieber and the Culture of the Mind’, Mack, C.R., & Lesesne, H.H., (ed.), University of South Carolina Press, 2005.
- Judicial Decisions: International Military Tribunal (Nuremberg), reprinted in *Am. J. Int’l L.* vol. 41, 1947.
- Kalshoven, F. and Zegveld, L., ‘Constraints On the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law’, International Committee of Red Cross, 2001.
- Kalyvas, S.N., ‘The Changing Character of Civil Wars, 1800-2009, in H. Strachan & S. Scheipers, ‘The Changing Character of War’, Oxford University Press, 2011.
- Khadduri, M., ‘War and Peace in the Law of Islam’, Luzac & Company, 1940.

- Kraemer, J.L., ‘Apostates, Rebels and Brigands’, *Israel Oriental Studies* 10 (1980): p. 34-73.
- Kurtz, L.R., Turpin, J.E., “Encyclopaedia of Violence, Peace and Conflict”, Academic Press Publishing, 1999.
- Lauterpacht, H., ‘recognition in international law’, Cambridge University Press, 1947, p. 176.
- Khaled Abou El Fadl, ‘Rebellions and Violence in Islamic Law’, Cambridge University Press, 2001.
- Levie, H.S., ‘History of the Law on Land’, *International Review of Red Cross* No. 838, pp. 339-350.
- Lytle, S., ‘Robespierre, Danton, and the *Levee En Masse*’, *the Journal of Modern History*, vol. 29-30, 1957.
- Menon, P.K., ‘the Law of Recognition in International Law, Lewiston, N.Y., 1994.
- Meron, T., ‘Francis Lieber’s Code and Principles of Humanity’, 36 *Colum. J. Transnat’l L.* 269 1998.
- Meron, T., “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience”, 94 *Am. J. Int’l L.* 78, 2000.
- Moir, L., “The Historical Development of the Application of Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts to 1949”, 47 *Int’l & Comp. L. Q.* 337 1998.
- Moir, L., ‘The Law of Internal Armed Conflict’, 1<sup>st</sup> ed., Cambridge U.P., 2002.
- Moir, L., ‘Towards the Unification of International Humanitarian Law?’ in ‘international and Security Law: Essays in Memory of Hilaire McCoubrey’ edited by Burchill, White and Morris, Cambridge University Press, 2005.
- Nabulsi, K., ‘Tradition of War: Occupation, Resistance and the Law’, Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 2005.
- Nabulsi, K., “Evolving Conceptions of Civilian and Belligerents: One Hundred Years after the Hague Peace Conferences” in “Civilians in War”, Chesterman, S., (ed.), Lynne Rienner Publishers, 2001.

- Neff, S., ‘ War and the Laws of nations: A General Story’, Cambridge University Press, 1<sup>st</sup> ed., 2005, p. 251.
- Neumann, I.B., ‘Russia and the Idea of Europe: A study in Identity in International Relations’, Routledge, 1996.
- Nurick, L. & Barrett, R.W., ‘Legality of Guerrilla Forces Under the Laws of War’, 40 *Am. J. Int’l L.* 563 1946.
- Nussbaum, A., ‘A Concise History of the Law of Nations’, Revised Edition, Macmillan London, 1962.
- Nussbaum, A., ‘A Concise History of the Laws of Nations’, Macmillan, 1<sup>st</sup> ed., 1947.
- Oeter, S., “Civil War”, in “Encyclopaedia of Public International Law: Use of Force; War and Neutrality; Peace Treaties”, vol. 4, Bernhardt, R. (ed.), North Holland, 1982.
- Onuma Yasuaki (ed.), ‘A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius’, Oxford university Press, 1993.
- Oppenheim, L. & McNair, A.D., ‘International Law: Disputes, War and Neutrality’, Longmans, Green & Company, 1926.
- Paludan, P.S. ‘The Presidency of Abraham Lincoln (American Presidency Series), University of Kansas Press, 1<sup>st</sup> ed., 1994.
- Paust, J. J., ‘Dr Francis Lieber and the Lieber Code’, 95 *Am. Soc’y Int’l L. Proc.* 112 2001.
- Pearce-Higgins, A., ‘the Hague Peace Conferences and other International Conferences Concerning the Laws and Usage of War: Text of the Conventions with Commentaries’, Stevens & Sons, Limited, 1904.
- Perry, R.L., (ed.), ‘Sources of Our Liberties’, New York: McGraw-Hill, 1959.
- Phillipson, C., ‘The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome 166-384, Macmillan, London, vol. II, 1911.
- Pustogarov, V.V., “The Martens Clause in International Law”, 1 *J. Hist. Int’l L.* 125 1999.

- Pustogarov, V.V., 'Fyodor Fyodorovich Martens: a Humanist of Modern Times', *IRRC*, no. 312, 1996.
- Raymond, G.A., 'Lieber and International Laws of War', in 'Francis Lieber and the Culture of the Mind', Mack, C.R., & Lesesne, H.H., (ed.), University of South Carolina Press, 2005.
- Reid, J.J., 'the Crisis of the Ottoman Empire: Prelude to Collapse 1839-1878', Steiner, 2000.
- Reydams, L., 'A la guerre comme a la guerre: patterns of armed conflict', 88 *International Review of Red Cross* 729 (2006).
- Richard S. Hartigan, "Lieber's Code and the Laws of War", Transaction Publishers, 1985.
- Roberts, A. and Guelff, G., 'Documents on Laws of War', Oxford University Press, 1<sup>st</sup> ed., 1989.
- Roberts, A., 'Land Law from Hague to Nuremburg' in 'The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World' edited by Howard, M., et.al., Yale University Press, 1<sup>st</sup> ed., 1994.
- Roberts, G. B., 'Judaic Sources of and Views on the Laws of War' 37 *Naval L. Rev.* 221 1988.
- Roger, A.V.P., 'Law on the Battlefield', Manchester University Press, 3<sup>rd</sup> edition, 2012.
- Rosas, A., 'Rousseau and the Law of Armed Force', in 'Law at War: the Law as It Was and the Law as it should be', Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Roth, B.R., 'Governmental Illegitimacy in International Law', Oxford university Press, 1999.
- Rousseau, C., '*Le Droit des Conflicts Armes*', Paris, 1983; Lytle, S., "Robespierre, Danton, and the *Levee En Masse*", *The Journal of Modern History*, vol. 29-30, 1957.
- Rousseau, J.J., '*Le Contrat Social*', English Translation by Maurice Cranston, Penguin Classics, 1968, Book 1, Chapter 4.

- Russell, F. H., 'The Just War in the Middle Ages', Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1977.
- Rwelamira, M.R., 'the Significance and Contribution of the Protocols to the Geneva Conventions of August 1949', pp. 227-236, in Swinarski, C. (ed.), 'Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles', In Honor of Jean Picet, ICRC, Geneva, 1984.
- Solis, G.D., 'the Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War', Cambridge U.P., 1<sup>st</sup> ed., 2010.
- Schindler, D., Toman, J., 'The Laws of Armed Conflicts', 3<sup>rd</sup> ed., Martinus Nijhoff Publishers/Henry Dunant Institute, Dordrecht/Geneva, 1988.
- Shaw, M.N., 'International Law', 5<sup>th</sup> ed., Cambridge University Press, 2003.
- Scott, J.B., 'The Hague Peace conferences of 1899 and 1907: A Series of Lectures Delivered before the Johns Hopkins University in the Year 1908', Published by The Johns Hopkins University, 1909.
- Shepard, W. S., 'One Hundredth Anniversary of the Lieber Code', 21 *Mil. L. Rev.* 157 1963;
- Solomon, N., 'Judaism and the ethics of war' *IRRC* Vol. 87 No. 858 June 2005
- Sun Tsu, 'The Art of War', Translated by S. B. Griffith, Oxford University Press, 1971.
- Tanja, G., (ed.), 'Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead', Dordrecht: Nijhoff, 1<sup>st</sup> ed., 1991
- Thomas E. Greiss, 'American Civil war', (West point Military History Series), Avery, 2000.
- Thomas Hobbes, Richard Tuck (ed.), 'Leviathan', Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1996.
- Ticehurst, R., 'The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict', *IRRC*, no. 317, 1996.

- Trainin, I. P., 'Question of Guerrilla Warfare in the Law of War' 40 *Am. J. Int'l L.* 534 1946.
- Van Creveld, M., 'The Transformation of War', New York, the Free Press, 1991.
- Viswanatha, S., 'International Law in Ancient India', Longmans Green, Bombay, 1925. Wells, H., Ancient South East Asian Warfare, London: Bernard Quaritch, 1952.
- Von Clausewitz, C., 'On War', Penguin Classics, 3<sup>rd</sup> ed., 1982.
- Von Elbe, J., 'The Evolution of the Concept of the Just War in International Law' 33 *Am. J. Int'l L.* 665 1939.
- Walker, W.L. and Grey, F.T., 'Pitt Cobbett's Leading Cases on International Law, 5<sup>th</sup> ed., Sweet and Maxwell, 1937, vol. II.
- Wheaton, H.B., International Law, (7<sup>th</sup> English ed., by A.B. Keith), London, 1944.
- Whisker, J. B., 'The Militia', Edwin Mellen Press, 1<sup>st</sup> ed., July 1992.
- Wilkes, G., 'Judaism and Justice in War', in P.F. Robinson, 'Just War in Comparative Perspective', Ashgate, 2003.
- Wilson, H., 'International Law and the Use of force by National Liberation Movements, Oxford, 1<sup>st</sup> ed., 1988.
- Wolff, C., '*Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*', vol. II (translation), J.B. Scott (ed.), Classics of International Law, Carnegie Endowment for International Peace, 1934.
- Wright, Q., 'The Outlawry of War and the Law of War', 47 *Am.J. Int'l L.* 365 1953.
- Yapp, M.E., 'The Making of the Modern Near-East', London and New York: Longman, 1987.



# BİLİRKİŞİ RAPORU ÜZERİNDE GERÇEKLEŞTİRİLEN SAHTECİLİK FİİLLERİNİN NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Güneş Okuyucu Ergün\*

## ÖZET

Belgede sahtecilik suçları, TCK'nın 204 ilâ 212. maddeleri arasında; *"Yargı mercileri veya suçtan dolayı soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişi"* nin gerçeğe aykırı mütalâada bulunması ise, TCK'nın 276/1. maddesinde düzenlenmektedir. Bilirkişi raporları üzerinde, gerek bilirkişinin kendisi gerekse üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen sahteciliklerin nasıl cezalandırılması gerektiği meselesini tartışmak gerekir. Ancak bunun için öncelikle, bilirkişinin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı ve bilirkişi raporunun niteliğinin, yani resmi belge mi yoksa özel belge mi olduğunun belirlenmesi uygun olacaktır. Bilirkişiler, ceza kanunlarının uygulanması bakımından, kamu görevlisidir. Bu nedenle, bilirkişi raporları da birer resmi belgedir. Dolayısıyla, bilirkişi raporları üzerinde gerçekleştirilen sahtecilik fiilleri, resmi belgede sahtecilik niteliğinde olacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Bilirkişi, bilirkişi raporu, resmi belge, resmi belgede fikri sahtecilik, resmi belgede maddi sahtecilik

## NATURE OF THE ACTS OF FORGERY ON EXPERT REPORTS

### ABSTRACT

The crimes of forgery on documents are regulated in articles 204 to 212 of the Turkish Criminal Code, while the crime of *"untruthful statement of an expert appointed by judicial authorities or a person or board authorized to investigate a crime or to hear a witness testifying*

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

*under oath*" is regulated in article 276/1 of the Turkish Criminal Code. This paper examines the question of how the crimes of forgery on official documents, be it committed by the expert himself/herself or a third person, should be punished. An analysis of this matter primarily requires answering the question of whether an expert is a public official and whether an expert report qualifies an official document as opposed to a private document. For the purposes of the implementation of the criminal codes, experts are considered as public officials. Therefore, the crime of forgery on expert reports constitute the crime of forgery on official documents.

**Keywords:** Expert, expert report, official document, content forgery on official document, material forgery on official document

## I- GİRİŞ

Belgede sahtecilik suçları, TCK'nın 204 ilâ 212. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalâada<sup>1</sup> bulunması ise, ayrıca TCK'nın 276/1. maddesinde gerçeğe aykırı bilirkişilik suçu olarak öngörülmüştür. Buna göre, "*Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalâada bulunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*"

Yukarıda belirtilen bu düzenlemeler ışığında, bilirkişi raporu üzerinde, gerek bilirkişinin kendisi gerekse üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen sahteciliklerin nasıl cezalandırılması gerektiği meselesini tartışmak gerekir. Ancak bunun için öncelikle, bilirkişi raporunun niteliği, yani resmi belge mi yoksa özel belge mi olduğu belirlenmelidir. İşte bu sorunun çözümü ise, aslında bilirkişinin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağına bağlı olduğundan; önce, bilirkişinin kamu görevlisi olup olmadığı değerlendirilmelidir.

---

<sup>1</sup> Bilindiği üzere mütalaa, hem yazılı hem de sözlü biçimde olabilir. Ancak bu çalışma, yazılı mütalaa şeklindeki bilirkişi raporları üzerindeki sahtecilikleri konu almaktadır. Dolayısıyla, çalışmada, TCK m. 276/1'in terminolojisinden farklı olarak, sadece yazılı mütalaaaları ifade etmek üzere rapor tabiri kullanılmaktadır.

## II- BİLİRKişİ RAPORU RESMİ BELGE MİDİR?

Bilindiği üzere kamu görevlisi, 5237 sayılı TCK'nın “Tanımlar” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre, “*Ceza kanunlarının uygulanmasında; ... Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette, sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır. Kamusal faaliyet kavramının ve söz konusu kamu görevlisi kategorisinin kapsamı oldukça tartışmalıdır<sup>2</sup>. Bu tartışmaların ayrıntısına girmeksizin belirtmek gerekir ki kamusal faaliyet, kamu görevi; kamu görevlisi de kamu görevi gören kişi şeklinde anlaşılmalıdır<sup>3</sup>. Kamu görevi ise, kamu gücü ya da başka bir deyişle devlete has iktidar ve yetkinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyettir<sup>4</sup>. Buna göre, yargı görevi, kamu görevinin en tipik olanlarından biridir<sup>5</sup>. Sadece bir hukukî tasarrufu ya da fiili gerçekleştirecek olan asıl devlet organının faaliyetini tamamlayanların faaliyeti değil, bunlara kamu hukuku usulleri uyarınca

<sup>2</sup> Bkz. *Erman*, S.: “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, SBOD, yıl: 1947, c. II, sy. 1-2, ss. 235-276, s. 243 vd.; *Okuyucu-Ergün*, G.: Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008, s. 13 vd.; *Okuyucu-Ergün*, G.: “Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi”, in, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, ss. 527-542; *Özen*, M./*Tozman*, Ö.: “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.42, S. 4, Aralık 2009, ss. 25-57; *Tezcan*, D./*Erdem*, M. R./*Önok*, M.: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2013, s. 848-856.

<sup>3</sup> *Toroslu*, N.: Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2013, s. 276; *Özbek*, V. Ö./*Kanbur*, M. N./*Doğan*, K./*Bacaksız*, P./*Tepe*, İ.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 936; *Okuyucu-Ergün*, Zimmet, s. 40; Kamusal faaliyet kavramının kamu görevi ile sınırlı olacak şekilde anlaşılamayacağına dair bkz. *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 851 vd.; *Özgenç*, İ.: Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 103; *Önok*, R. M.: Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006, özellikle 398-399; *Soyaslan*, D.: Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 2005, s. 494; *Artuk*, M. E./*Gökçen*, A./*Yenidünya*, C.: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011, s. 472.

<sup>4</sup> Bkz. *Keyman*, S.: “Memurin Muhakematı Kanunu”, AÜHFD, yıl: 1962, c. XIX, sy. 1-4, ss.173-200, s. 185; *Erman*, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, s. 250; *Özgenç*, İ.: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s. 134; *Önok*, s. 393 -398; AYMK. E. 1987/18, K. 1988/23, T. 22.06.1988, RG. 26.11.1988, sy. 20001 (Kazancı veri tabanı); AYMK. 15.12.2006, E. 111, K. 112, RG. 30.12.2006, sy. 26392 (Kazancı veri tabanı); Yarg. CGK., 25.11.1985, E. 1-410, K. 595, YKD, C. 12, sy. 3, yıl: 1986, s. 411.

<sup>5</sup> *Okuyucu-Ergün*, Zimmet, s. 14 ve 16.

yardım ve iştirak edenlerin faaliyeti de kamu görevi sayıldığından<sup>6</sup> teknik bilgisi ve uzmanlığı ile hâkime yardımcı olan bilirkişiler<sup>7</sup> de kamu görevlisidir<sup>8</sup>. Belirtmek gerekir ki bilirkişilerin davadan davaya değişmesi, bu görevi ifa ettikleri sırada kamu görevlisi sayılmalarına engel değildir<sup>9</sup>. Çünkü daha önce de ifade edildiği üzere, TCK m. 6/1-c uyarınca, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi kamu görevlisidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki TCK m. 252/7'nin, ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilen rüşvet alma suçu ile ilgili olarak "*Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin;.. bilirkişi,.. olması halinde, verilecek ceza*"nın artırılacağını düzenleyen hükmü, TCK'nın bilirkişileri de kamu görevlisi olarak kabul ettiği anlamına gelmektedir. Ayrıca, bunlara ek olarak, HMK m. 284'te "*Bilirkişi, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir.*" denilmek suretiyle, bilirkişinin kamu görevlisi olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Mahkeme tarafından seçilen bilirkişiden farklı olarak, tarafların (CMK m. 67/6 uyarınca) seçtiği uzmanlar kamu görevlisi sayılmaz<sup>10</sup>. Herşeyden önce, tarafların seçtiği uzmanların kamu gücü veya devlete has iktidar veya yetki kullandıkları ya da bunlara kamu hukuku usûlleri uyarınca yardım ve iştirak ettikleri söylenemez. Zira söz konusu uzmanlar

---

<sup>6</sup> *Erman*: "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", s. 251; *Yarg. CGK*, 25.11.1985, E. 1-410, K. 595. (Kazancı veri tabanı).

<sup>7</sup> *Toroslu N./Fezyoğlu M.*: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2013, s. 201; *Hakeri*, H.: Tıp Hukuku, Ankara 2007, 520.

<sup>8</sup> *Erman*: "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", s. 267; *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, s. 472; *Okuyucu-Ergün*, *Zimmet*, s. 14, dn. 27; *Tanrıver*, S.: "Bilirkişinin Sorumluluğu", *TBB*, Sayı 56, 2005, ss.133-166, s.154-155; *Yokuş-Sevük*, H.: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", *İÜHF*, yıl: 2006, c. LXIV, sy. 1, ss. 49-107, s. 101; *Dönmez*, B.: "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, ss.1145-1177, s. 1152; *Gürel*, A.: "Bilirkişinin Cezai, Hukuki ve Etik Açıklarından sorumluluğu", in *TBB Bilirkişilik Sempozyumu*, Samsun, 9-10 Kasım 2001, ss.456-476, s. 461.

<sup>9</sup> *Okuyucu-Ergün*, *Zimmet*, s. 15, dn. 27.

<sup>10</sup> Aksi yönde bkz. *Okuyucu-Ergün*, *Zimmet*, s. 15, dn. 27. Her ne kadar, *Zimmet* konulu bu çalışmada tarafların seçtiği uzmanların da kamu görevlisi olduğunu kabul etmiş olsam da daha sonra yaptığım incelemeler, beni bunların kamu görevlisi olmadığı sonucuna götürmüştür.

sadece taraflarca seçilmekte, hatta raporlarını mahkemeye veya savcılığa değil, taraflara iletmekte, uzmanlık görevini kabul etmemeleri veya kabul ettikleri görevi zamanında ya da hiç yerine getirmemeleri, bilirkişilerden farklı olarak, herhangi özel bir müeyyide ile karşılanmamaktadır. Kaldı ki kanunkoyucu bilinçli bir tercihin sonucu olarak bunları bilirkişi olarak adlandırmamakta, söz konusu kişiler için uzman tabirini kullanmaktadır. Dolayısıyla, kanunoyucunun tarafların seçtiği uzmanları aslında bilirkişi olarak kabul etmediği rahatlıkla söylenebilir. Aynı bilinçli tercihin sonucu olarak TCK m. 276/1 sadece " *Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalâada bulunması*"nı suç saymakta, tarafların seçtiği uzmanların bu tür fiillerini kapsam dışı bırakmaktadır. Bunun sonucu olarak, eğer uzmanlar kamu görevlisi kabul edilecek olursa, bunların gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi TCK m 276/1 kapsamına alınmadığından, kamu görevlisinin resmi belgede fikri sahteciliği suçunu oluşturacaktır. Oysa gerçeğe aykırı rapor düzenlemeleri halinde, bilirkişileri daha hafif bir cezayı öngören TCK m. 276/1'den sorumlu tutarken; uzmanları TCK m. 204/2 uyarınca daha ağır bir ceza ile cezalandırmak hem çelişkili hem de çok aşırı bir çözüm olacaktır. Kaldı ki TCK m. 252/7'de ve HMK m. 284'te sadece bilirkişiden bahsedilirken, uzmanlar hariç bırakılmıştır.

Bilirkişinin kamu görevlisi olduğu tesbit edilince, bilirkişi mütalaaasını içeren raporun resmi belge niteliğinde olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Çünkü resmi belge, kamu görevlisi tarafından görevi nedeniyle düzenlenen belgedir<sup>11</sup>. Bilirkişi raporu da bilirkişinin görevi nedeniyle düzenlediği belge olduğuna göre, bunun resmi belge olduğu kuşkusuzdur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) da bilirkişi mütalaaasını içeren raporu resmi belge kabul etmektedir<sup>12</sup>. Ayrıca, TCK m.

<sup>11</sup> *Güngör, D.*: Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçları, Ankara 2010, s. 53; *Toroslu*, s. 227; *Gökçen, A.*: Belgede Sahtecilik Suçları, Ankara 2010, s. 66; *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, s. 471; *Erman, S./Özek, Ç.*: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1996, s. 373; *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 736; *Hafizoğulları, Z./Özen, M.*: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar, Ankara 2012, s.166; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız /Tepe*, s. 757.

<sup>12</sup> Yarg. CGK. 1.5.2007, E. 11-59, K. 105. (Kazancı Veri Tabanı).

276'da bilirkişilerin gerçeğe aykırı mütalaada bulunmalarının düzenlenmesi de TCK'nın bilirkişileri kamu görevlisi ve bilirkişi mütalaalarını içeren raporları resmi belge olarak kabul ettiğinin bir göstergesidir. Zira "gerçeğe aykırılık, fikri sahteciliği ifade eder"<sup>13</sup> ve fikri sahtecilik de TCK m. 204 uyarınca, sadece resmi belgeler bakımından kabul edilen bir durumdur<sup>14</sup>.

### **III- BİLİRKİŞİ RAPORUNDA SAHTECİLİĞE İLİŞKİN BAZI TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER**

Bilirkişi raporunda sahteciliğe ilişkin tesbit ve değerlendirmelere geçmeden önce belirtmek gerekir ki TCK m. 204 uyarınca, resmi belgede, esas itibariyle, maddi sahtecilik ve fikri sahtecilik olmak üzere, iki tür sahtecilik söz konusu olur. Maddi sahtecilik, belgenin sahit olmaması; başka bir deyişle belgenin düzenleyeni görünen kişi veya kurumdan başka bir kişi ya da kurum tarafından düzenlenmiş olması yahut belge düzenleyeni görünen kişi tarafından tamamlandıktan sonra belgede değişiklik yapılmasıdır. Fikri sahtecilik ise, sahit bir belgenin doğru olmayan, gerçeğe aykırı beyanlar içermesidir<sup>15</sup>. TCK m. 204'te yer alan "sahte olarak düzenleme" ve "aldatacak şekilde değiştirme" ibareleri maddi sahteciliği; "gerçeğe aykırı olarak düzenleme" ibaresi ise, fikri sahteciliği ifade eder<sup>16</sup>.

Bilirkişinin bizzat kendisi tarafından gerçeğe aykırı rapor düzenlenmesi, aslında kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen resmi belgede fikri sahtecilik niteliğindedir. Ancak TCK m. 276'da bu durum, "Yargı mercileri veya suçtan dolayı soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişi"ler bakımından ayrıca ve açıkça düzenlendiğinden, söz konusu bilirkişiler, özel normun önceliği ilkesi

---

<sup>13</sup> *Toroslu*, s. 232.

<sup>14</sup> *Erman*, S.: Sahtecilik Suçları, Ticari Ceza Hukuku C. III, İstanbul 1987, s. 292; *Hafizoğulları/Özen*, s. 170; *Gökçen*, s. 181; *Güngör*, s. 76; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, s. 771.

<sup>15</sup> *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 741-743; *Toroslu*, s. 230-232.

<sup>16</sup> *Toroslu*, s. 232; *Güngör*, s. 75; *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 741, 743; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, s. 770.

gereği, TCK m. 276 uyarınca cezalandırılacaktır<sup>17</sup>. Buna karşın, yukarıda da belirtildiği üzere, TCK m. 276/1 tarafların seçtiği bilirkişileri kapsamamaktadır. Dolayısıyla, tarafların seçtiği bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi TCK m. 276/1'de öngörülen gerçeğe aykırı bilirkişilik suçunu oluşturmayacaktır<sup>18</sup>.

Üçüncü bir kişinin, bilirkişi adına gerçeğe aykırı mütalaa içeren rapor düzenlemesi halinde; yani bilirkişinin imzasını taklit etmek suretiyle, sanki bilirkişi tarafından yazılıp imzalanmış gibi bir rapor oluşturması halinde, özel kişinin resmi belgede maddi sahteciliği söz konusu olur ve TCK m. 204/1 uyarınca cezalandırılır.

Bilirkişi raporunu tamamladıktan, ancak ilgili makamın (mahkeme veya savcılık gibi) kayıtlarına girmeden önce, üçüncü bir kişi tarafından söz konusu rapor üzerinde değişiklik yapılırsa, TCK m. 204/1 uyarınca, resmi belgede özel kişinin maddi sahteciliği gerçekleşmiş olur. Örneğin, bilirkişinin mütalaaasını içeren raporu yazıp imzalayıp mahkemeye ulaştırması için özel ofisindeki sekreterine vermesine rağmen, sekreterin mahkemeye teslim etmeden önce, rapor üzerinde birtakım değişiklikler yapması, örneğin suçlu ibaresini suçsuz şeklinde değiştirmesi, resmi belgede özel kişinin maddi sahteciliği olacak ve TCK m. 204/1'e göre cezalandırılacaktır.

Bilirkişinin bizzat kendisi de resmi belgede maddi sahtecilik suçunu işleyebilir. Örneğin, bilirkişi olarak görevlendirilen üç kişilik heyette yer alan bir bilirkişi, raporu kendisi hazırlayıp diğer ikisinin de imzasını atacak olursa, bu fiili, kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede maddi sahtecilik suçunu oluşturur.

Bilirkişinin, mütalaaasını içeren raporu yazıp imzalayıp tekemmül ettirdikten sonra, yırtıp yeniden yazması halini ise ayrıca değerlendirmek gerekir. Burada, TCK m. 205'te düzenlenen belgeyi bozma, yok etme veya gizleme suçunun oluşacağı akla gelebilirse de bu, doğru bir çözüm olmaz. Zira bilirkişi raporu, ilgili makamlara sunuluncaya kadar düzenleyen

<sup>17</sup> Gerçeğe aykırı bilirkişilik suçu için bkz. Ünver, Y: Adliye Karşı Suçlar, Ankara 2010, s. 202 vd.

<sup>18</sup> Ünver, s. 207; *Hakeri*, s. 521

tasarrufu altındadır. Örneğin, hazırladığı bilirkişi raporunu mahkemeye sunmadan önce son bir kez daha gözden geçirirken fark ettiği hataları gidermek amacıyla ya da mütalaasını yeterli bulmadığı için baştan yazmak amacıyla yahut son anda aklına gelen bir durum nedeniyle görüşü/ulaştığı sonuç değiştiği için raporunu yırtıp yeni bir rapor düzenleyen bilirkişiyi TCK m. 205'ten dolayı cezalandırmak çok aşırı ve hayatın olağan akışıyla bağdaşmayan bir çözüm olacaktır. Dolayısıyla, bilirkişinin mütalaasını içeren raporunu henüz ilgili makamlara sunmadan, raporunun üzerinde değişiklikler yapması; o raporu iptal edip yeni baştan düzenlemesi suç oluşturmaz.

#### IV- SONUÇ

Bilirkişiler, ceza kanunlarının uygulanması bakımından, kamu görevlisidir. Bu nedenle, bilirkişi raporları da birer resmi belgedir. Dolayısıyla, bilirkişi raporları üzerinde gerçekleştirilen sahtecilik fiilleri, resmi belgede sahtecilik niteliğinde olacaktır. Buna göre, *"Yargı mercileri veya suçtan dolayı soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişi"*nin gerçeğe aykırı rapor vermesi, bu durumu ayrıca düzenleyen özel hüküm gereği TCK m. 276/1'deki bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması suçuna vücut verecektir. Bilirkişi raporu üzerinde, gerek bizzat bilirkişi gerekse başkaları tarafından gerçekleştirilen diğer sahtecilik fiilleri ise, kim tarafından gerçekleştirdiğine göre, özel kişilerin resmi belgede maddi sahteciliği veya kamu görevlisinin resmi belgede maddi sahteciliği suçlarını oluşturacaktır.



## KAYNAKÇA

- Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, C.:* Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2011.
- Dönmez, B.:* "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, ss. 1145-1177.
- Erman, S./Özek, Ç.:* Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1996.
- Erman, S.:* "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", SBOD, yıl: 1947, c. II, sy. 1-2, ss. 235-276. ("Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur")
- Erman, S.:* Sahtecilik Suçları, Ticari Ceza Hukuku C. III, İstanbul 1987.
- Gökçen, A.:* Belgede Sahtecilik Suçları, Ankara 2010.
- Güngör, D.:* Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçları, Ankara 2010.
- Gürel, A.:* "Bilirkişinin Cezai, Hukuki ve Etik Açılımlarından sorumluluğu", in TBB Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun, 9-10 Kasım 2001, ss. 456-476.
- Hafizoğulları, Z./Özen, M.:* Ceza Hukuku Özel Hükümler, Toplum Karşı Suçlar, Ankara 2012, s.166.
- Hakeri, H.:* Tıp Hukuku, Ankara 2007.
- Keyman, S.:* "Memurin Muhakematı Kanunu", AÜHF, yıl: 1962, c. XIX, sy. 1-4, ss.173-200.
- Okuyucu-Ergün, G.:* "Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi", in, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, ss. 527-542.
- Okuyucu-Ergün, G.:* Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008. (Zimmet).
- Önok, R. M.:* Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006.
- Özbek, V. Ö./Kanbur, M. N./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.:* Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.

- Özen, M./Tozman, Ö.:* "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Amme İdaresi Dergisi*, C.42, S. 4, Aralık 2009, ss. 25-57.
- Özgenç, İ.:* *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara 2002.
- Özgenç, İ.:* *Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, Ankara 2005.
- Soyaslan, D.:* *Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Ankara 2005.
- Tanrıver, S.:* "Bilirkişinin Sorumluluğu", *TBBĐ*, Sayı 56, 2005, ss.133-166.
- Tezcan, D./Erdem, M. R./Önok, M.:* *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2013.
- Toroslu N./Fezlioğlu M.:* *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2013.
- Toroslu, N.:* *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2013.
- Ünver, Y.:* *Adliyeye Karşı Suçlar*, Ankara 2010.
- Yokuş-Sevük, H.:* "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", *İÜHFİM*, yıl: 2006, c. LXIV, sy. 1, ss. 49-107.

## RECEPTUM NAUTARUM

Yrd.Doç.Dr. Kadir GÜRTEN\*

### ÖZET

Roma Devleti'nde, deniz ticareti son derece büyük önem arz etmiş, bu nedenle, hukuk metinlerinde, deniz taşımacılığına ilişkin hükümlere oldukça geniş bir şekilde yer verilmiştir. Gemi işletenlerin sorumluluğunun esas dayanağını *locatio conductio operis* (istisna sözleşmesi) oluşturmaktadır. Ne var ki, bu sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ile *praetor*'lar tarafından tanınan bazı diğer dava haklarının yetersiz kalması üzerine, yolcuların ya da iş sahiplerinin bu kişilere güveninin sağlanması ve böylece gemi işletenlerin de yolcuları kendilerine çekebilmesi için, yine *praetor* tarafından *receptum* adı verilen bir garanti sözleşmesi tanınmıştır. Başlangıçta, gemi işletenin sorumluluğu için *receptum*'un yapılmasına yönelik ifade olan "*salvum fore recipere* (malların güvende olacağını üstlenmek)"nin varlığı aranmış olup, Iustinianus Dönemi'nde, bu şart ortadan kalmış, gemi işletenin sorumluluğu kanundan kaynaklanır hale gelmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *receptum*, *nauta*, deniz hukuku, *pacta praetoria*, sorumluluk, gemi işletenin sorumluluğu

### ABSTRACT

Maritime commerce has a great importance in Rome, therefore, in legal texts, provisions regarding carriage by sea were given large publicity. The sea carriers' responsibility was based on *locatio conductio operis* mainly. However, since the responsibility arising from this contract and some other rights to suit were inadequate, a guarantee contract was brought by, again, the praetor, in order to make the passengers or *locators*

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

trust in them and thus let the sea carriers have the passengers. Initially, the phrase "*salvum fore recipere*", which is used for *receptum*, was required for the sea carrier to be responsible. In the time of Justinian, however, this requirement did not exist and the responsibility of the sea carrier had its source in the law.

**Keywords:** *receptum, nauta, sea law, pacta praetoria, liability, liability of the sea carriers*'

## İ.GİRİŞ

Roma Devleti'nde erken dönemdeki denize ilişkin kavramsal ve hukuki boşluğu inkâr edemesek de, Pön Savaşları ile birlikte Romalıların, yalnızca deniz yolculuğu yapan kişiler haline gelmekle kalmayıp, aynı zamanda denizlerde oldukça geniş bir alanda mutlak hakimiyet sağlamış oldukları göz ardı edilemez bir gerçektir. Pön Savaşları neticesinde tüm Akdeniz'i ele geçiren Romalılar açısından, deniz hukuku tartışmasız bir ihtiyaç haline gelmiştir. Ancak, bahsetmiş olduğumuz üzere, bu alanda var olan boşluk, Roma Devleti'ni, başka kaynaklara yöneltmiştir<sup>1</sup>. Gerçekten Roma'da, deniz hukukuna olan ihtiyaç karşısında Rodos Kanunları uygulama alanı bulmuş; nihayet bu kanunlar, İmparator *Augustus* zamanında resmen kabul edilmiştir<sup>2</sup>.

Ancak, diğer yandan, *Ulpianus* ve hatta daha öncesinde, *Gaius* tarafından kaleme alınan metinlerden, *praetor*'un deniz hukukuna ilişkin uygulamalarının var olduğu; dolayısıyla, Roma'da, denizle bağlantılı hukukun esasında -çok geniş bir yelpazede olmasa da - varlık gösterdiği ve bunun mutad olarak uygulanagelen hukuktan net bir şekilde ayrılmış olduğu görülmektedir<sup>3</sup>. Hancı ve ahırcı ile birlikte, gemi işletenlerin sorumluluğuna ilişkin bir kurum olan *receptum, praetor pactum*'larından biri olarak karşımıza çıkar.

---

<sup>1</sup> *Lobingier, S. C.*: "The Maritime Law of Rome (Magisterial Address Before The Riccobono Institute of Roman Law at Washington, May 15, 1934)", *Juridical Review*, Sa. 47, 1935, s. 5.

<sup>2</sup> *Lobingier*, s. 7-8.

<sup>3</sup> *Lobingier*, s. 9.

Roma Hukuku'nda, gemi işletenlerin, insan ve eşyaların gemi ile taşınmasından kaynaklanan sorumlulukları, esas itibariyle, yolcular ile gemi işletenler arasında yapılan asıl sözleşme olan *locatio conductio operis*'ten kaynaklanmaktadır<sup>4</sup>. Bu sözleşme ile, gemi işleten, taşınacak eşyayı ve insanları sağlam bir şekilde varış yerine ulaştırma yükümlülüğü altına girer<sup>5</sup>.

Zaman içerisinde, bir *praetor pactum*'u olarak ortaya çıkan *receptum nautarum cauponum stabulariorum*, gemi, han ve ahır işletenlerin, mücbir sebep halleri hariç olmak üzere, müşterilerinin eşyasını sağlam bir şekilde iade etmelerine yönelik bir anlaşmadır<sup>6</sup>. Bu anlaşmanın ortaya çıkış süreci, kuruluş şekli ve unsurları aşağıda detaylı şekilde ele alınacaktır.

## II. RECEPTUM NAUTARUM'UN ORTAYA ÇIKIŞ SÜRECİ VE VARLIK NEDENLERİ

*Receptum nautarum*'un ortaya çıktığı tarih tam olarak bilinmemektedir. Ancak, *receptum'un locatio conductio operis*'i tamamlayan nitelikte bir *pactum* olması nedeniyle, *locatio conductio*'dan ve gemi işletenin yanında çalışanların fiillerinden kaynaklanan zarardan dolayı sorumlu tutulmasına ilişkin dava olan *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios*'tan sonra tanındığı kabul edilmektedir<sup>7</sup>.

*Locatio conductio operis*'ten kaynaklanan sorumluluk ve buna bağlı dava hakları ile *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones,*

<sup>4</sup> Zimmermann, R.: The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford New York, 1996, sa. 518; Somer, P.: Roma Hukukunda İstisna Akdi (*Locatio Conductio Operis*), İstanbul, 2008, s. 120; Söğütü Erişgin, Ö.: Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (*Quasi Delicta*), Ankara, 2002, s. 99, 110; Tahiroğlu, B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2012, s. 267 (dipnot no: 283); Erdoğan, B.: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s.120 (dipnot no: 199).

<sup>5</sup> Söğütü Erişgin, s. 99.

<sup>6</sup> Umur, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1983, s. 180.

<sup>7</sup> Söğütü Erişgin, s. 115 – 116; Zimmermann, s. 518; Zilelioğlu, H.: Roma Hukukunda Gözetim (*Custodia*) Sorumluluğu, (*Custodia*), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1985, s. 202.

*stabularios*'un varlığına rağmen, *receptum*'a neden ihtiyaç duyulduğu hususunda ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Schulz, doktrinde genel kabul gördüğünün aksine, hancıların kötü şöhretinin *praetor*'u dava hakkı tanımaya iten neden olmadığını, esasında gemi işletenlerin zaten böyle kötü bir şöhretinin bulunmadığını, dolayısıyla bu kurumun varlık nedeninin bu şekilde açıklanamayacağını, *actio de recepto*'nun, gemi işleteni, *locatio conductio operis*'ten kaynaklanandan daha sıkı bir sorumluluk altına sokmak için tanındığını ifade etmektedir. Gemici ile yapılan sözleşmenin bir *locatio conductio* olduğunu ve gemicilerin bu sözleşme dolayısı ile *custodia* kapsamında sorumlu olduğunu belirten Schulz, devamında, otelde konaklayan bir kişinin kendi odasına eşyasını getirmesi halinde, *locator*'un *custodia* kapsamında sorumlu olmayacağını ifade ederek, Klasik Hukuk Dönemi'nde dahi *actio locatio* veya *actio conductio*'nun yeterli bir çözüm olmadığını altını çizmiştir<sup>8</sup>. Ancak Zimmermann, bu teorideki daha kapsamlı sorumluluk hususunun gerçeği yansıttığını kabul etmekle beraber, Schulz'un bu görüşünün, *Labeo* zamanından sonra neden hala *receptum*'a ihtiyaç duyulduğunu açıklamakta yetersiz olduğu görüşündedir<sup>9</sup>.

Yine, Zimmermann, De Robertis'in, Schulz'un, *locatio conductio*'nun daha eski tarihli olduğu ve *conductor operis*'lerin *custodia*'dan sorumlu olduğu yönündeki görüşlerine katılmakla beraber, Schulz'un aksine, *receptum*'un, sorumluluğu artırmak için değil, tam aksine, sınırlandırmak için yapıldığını; böylece gemi işletenin, yalnızca *receptum*'un akdedildiği hallerde *custodia*'dan sorumlu olacağı görüşünde olduğunu ifade etmektedir<sup>10</sup>.

Ayiter de, benzer şekilde, sorumluluğu kabul etmek anlamına gelen *receptum*'un, yalnızca *receptum nautarum*'a özgü olmak üzere, daha hafif bir sorumluluğu kabul etmek anlamına geldiği görüşünü benimsemiştir<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Schulz, F.: Classical Roman Law, Oxford, 1951, s. 565.

<sup>9</sup> Zimmermann, s. 518.

<sup>10</sup> Zimmermann, s. 518.

<sup>11</sup> Ayiter, K.: "Receptum Nautarum'un Klasik Hukuktan Sonraki Tekamülü ve Grenfell II. 108 Papyrus'u", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Sa. 3-4, Ankara

Ayrıca, *receptum'un Edictum'da* düzenlenmesinden sonra *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios'un* varlığını sürdürmesini, *receptum'un* bir zorunluluk olmaması nedeniyle gerçekleştirilmediği hallere dayandırmaktadır<sup>12</sup>.

Zimmermann'ın aktardığı şekli ile, Brecht'e göre, yalnızca, yolcunun kişisel eşyaları *receptum'a* konu teşkil etmektedir. Brecht, bu bağlamda, *locatio conductio'nun*, yalnızca yolcunun şahsına yönelik olduğunu; bu nedenle de *custodia'nın* bir anlam ifade etmeyeceğini belirtmiştir. Bu durumda, yolcunun eşyalarının gerektiği gibi muhafazası söz konusu olamayacaktır. Brecht, *receptum'un*, bu özel durum için akdedildiğini ve *praetor'un* da bu kapsamda dava hakkı tanıdığını ifade etmektedir<sup>13</sup>.

Thomas ise, deniz taşımacılığını sağlayan tek sözleşmenin *locatio conductio operis* olmadığını, bunun, aynı zamanda, *locatio conductio rei'ye* dayanarak da gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. Bu ikinci durumda, gemi işleten *locator'dur* ve *custodia'dan* sorumlu tutulamaz. *Locatio conductio operis* halinde dahi, gemi işleten kendiliğinden böylesi bir sorumluluk altına girmez. Zira gemi işletenin işi, eşyanın taşınmasında, kendisine verilen eşyayı taşımak dışında başka herhangi bir hususa ilişkin değildir. Bu nedenle, Thomas'a göre, gemi işletene yalnızca taşımak değil aynı zamanda taşınan eşyayı varış yerinde hazır etmek yükümlülüğünü getiren, esasında, *locatio conductio operis* sözleşmesinin altında, *receptum'dur*<sup>14</sup>.

Karadeniz Çelebican, Klasik Hukuk Dönemi'nde, gemi işletenlerin sorumluluğunu yaptırımı bağlayan *actio locati'nin*, *actio de receptio'ya* ihtiyaç duymadığını; Klasik Sonrası Dönem'de ise, *actio locati'den* kaynaklanan sorumluluğun kusur sorumluluğuna dönüşmesi nedeni ile kusur dışında ve beklenmeyen halleri de içeren bir sorumluluğun

1955, s. 322; ancak, Ayiter, daha sonra, sorumluluğun genişlemesi için *Ius Honorarium'a* göre bir *receptum* taahhüdünün bulunması gerektiğini ifade etmiştir; Ayiter, s. 323.

<sup>12</sup> Ayiter, s. 323.

<sup>13</sup> Zimmermann, s. 518.

<sup>14</sup> Thomas, J.A.C.: "Carriage by Sea", (1960) 7 RIDA s. 497.

belirlenmesinin istenmesi halinde, *receptum* anlaşmasının yapılması gerektiğini savunmaktadır<sup>15</sup>.

Gemi işletenlerin, yolcuları ile yapmış oldukları *locatio conductio*'dan bağımsız olarak, bir *preator pactum*'u olan *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* ile yolcuların yanlarında getirdikleri eşyalar için sorumlu olduğunu ifade eden Kaser, sorumluluğun genişletilmesinde, gemi, han ve ahır işletenlerin kötü şöhretinin etken olduğu görüşündedir<sup>16</sup>.

Zilelioğlu, Klasik Hukuk Dönemi'nde, *locatio*'dan doğan sorumluluk ile *receptum*'dan doğan sorumluluğun birbirinden çok farklı olmadığını belirterek, Klasik Sonrası Dönem'de, *custodia*'nın kusur sorumluluğuna dönüşmesi nedeni ile gemi işletenlerin sorumlu tutulabilmesi için *receptum*'a başvurulduğunu, bu şekilde, *custodia* sorumluluğunun artık sözleşmeden doğar hale geldiğini ifade etmiştir<sup>17</sup>.

Zimmermann'a göre ise, eğer tüm *conductor*'lar, *locatio conductio operis* kapsamında, yalnızca *culpa* nedeniyle sorumlu tutulabiliyorlarsa, *receptum*'la elde edilmek istenen amaç, gemi işletenin sorumluluğunu *custodia*'ya genişletmek olmalıdır. Bununla beraber, tüm *conductor operis*'lerin, yalnızca *culpa*'dan değil, *custodia*'dan sorumlu olduğunun kabul edilmesi halinde ise, bu teorinin mevcut duruma uygulanmasının mümkün olamayacağını; zira, genel olarak, hırsızlık veya zarar riskinin sözleşmenin doğası gereği var olduğu hallerde ve bu nedenle borçlunun, eşyanın kendisine karşı tarafın bu risklere rızası ile teslim edildiği hallerde *custodia* sorumluluğunu uygulamanın uygun olmayacağını ifade etmektedir<sup>18</sup>.

Ayrıca, aşağıdaki metinde de görüleceği üzere, *locatio conductio*'da yalnızca *culpa*'nın varlığı halinde, vedia sözleşmesinde ise yalnızca

---

<sup>15</sup> Karadeniz Çelebican, Ö.: Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara, 1976, s. 186.

<sup>16</sup> Kaser, M.: Roman Private Law, Being the Translation of Römisches Privatrecht (Çev. Dannenbring, R.), Durban Butterworths, 1965, s. 197.

<sup>17</sup> Zilelioğlu, (Custodia), s. 203.

<sup>18</sup> Zimmermann, s. 519.



dolus'un varlığı halinde gemi işleten sorumlu tutulabilirken, *receptum* anlaşmasının varlığı halinde, böylesi bir şart aranmamaktaydı<sup>19</sup>.

**D. 4. 9. 3. 1. (Ulp.):** "... nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur..."

**D. 4. 9. 3. 1. (Ulp.):** "... Praetor, bu durumu, bu işlerle uğraşan kişilerin güvensizliği gidermekle yükümlü olduklarını bilmeleri gereği ile açıklıyor. Çünkü, *locatio conductio*'dan kaynaklanan sorumluluk tüm kusurlar içindir, *depositum*'dan kaynaklanan sorumluluk ise yalnızca kasıtlıdır..."

Zimmermann'ın da ifade etmiş olduğu üzere, müşterinin eşyasının gemide çalınması ya da zarara uğraması halinde, müşteriye *praetor* tarafından tanınan *actio furti ve damno aut furto adversus nautas, caupones stabularios* olmak üzere iki imkân daha mevcuttur<sup>20</sup>. Ancak bu eski çözüm yolları, iki özel duruma işaret ederken, *actio de recepto*, bu iki özel hükümden kaynaklanan ve tecrübeye dayanarak geliştirilen genel bir hüküm olan *salvum fore recipere*'ye dayanmaktaydı<sup>21</sup>.

Nitekim, *receptum* halinde, *actio furti* de, hasarı üzerine almış bulunan gemi işletenlere bir dava hakkı olarak tanınmıştır<sup>22</sup>.

**D. 47. 5. 1. 4. (Ulp.):** "*Quod si receperit salvam fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo non dominus rei subcustodiae subit.*"

**D. 47. 5. 1. 4. (Ulp.):** "Hancı ve gemiciler yükümlülüğü üstlenmek için *receptum* yaparlarsa, malın çalınması halinde,

<sup>19</sup> Smith, W.: A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, Boston, 1870, s. 985; Ne var ki, *locatio conductio*'ya ilişkin kusur hususu değerlendirilirken, daha derin bir inceleme yapılması gerekmektedir. Zira, Klasik Hukuk Dönemi'nde, *custodia* sorumluluğu geçerli olup; bu durum karşısında, yukarıdaki metnin *interpolatio* gördüğü kabul edilmektedir, *Söğütlü Erişgin*, s. 113.

<sup>20</sup> Zimmermann, s. 517; *Karadeniz Çelebican*, s. 185.

<sup>21</sup> Zimmermann, s. 517.

<sup>22</sup> Zilelioğlu, (*Custodia*), s. 199-200.

malik değil, bu kişiler *actio furti* hakkına sahip olurlar; zira *receptum* ile *custodia* sorumluluğunu üstlerine almışlardır."

**D. 47. 2. 14. 17.:** " ...*vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit. et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis: nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet.*"

**D. 47. 2. 14. 17.:** " ...eğer malın gözetimini üzerlerine almışlar veya ücret kabul etmişlerse, bu nedenle durumları gemi işletenler ve hancıların durumu ile aynı olur. Yani, kendilerine *actio furti* hakkı verilir; zira hasar meydana geldiğinde onlara aittir."

Özetle, taşıma ve taşınan eşyayı muhafaza etme görevlerini birleştirmek; *receptum* ve *conductio* sorumluluklarını birbirine yakınlılaştırarak ve zamanında *accidentale negotii* olarak var olan hususun, deniz taşımacılığı için yapılan sözleşmenin doğası gereği var olduğu şeklinde bir değerlendirme yapmak yönünde bir eğilim olduğu görülmektedir. Bu bağlamda kesinlik kazanamayan tek nokta, bunun ne zaman ve ne şekilde gerçekleştiğidir<sup>23</sup>.

Gerçekten de, Klasik Hukuk Dönemi'nde gemi işleten *custodia* sorumluluğu altındadır<sup>24</sup>.

**D. 4. 9. 5. (Gai.):** "*Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non puo custodia, sed nauta, ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud edum stabularis: et tamen custodiae nomine tenentur. Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locatio tenentur.*"

**D. 4. 9. 5. (Gai.):** "Gemi, han ve ahır sahipleri ücreti başkalarının mallarını korumak için değil, gemi sahibi yolcuları taşımak için, han sahibi yolcuları barındırmak karşılığında ve ahır sahibi yük ve çeki hayvanlarının ahırında kalması karşılığında alırlar. Bununla

---

<sup>23</sup> Zimmermann, s. 520.

<sup>24</sup> Zilelioğlu, (*Custodia*), s. 186, 195, 197.

birlikte *custodia*'dan sorumlu olurlar. Zira temizleyici ve terziler, başkalarına ait malları korumak için değil, sanatları karşılığında ücret alırlar. Yine de *custodia* kapsamında sorumludurlar."

Ancak, beklenmeyen halleri kapsamakla beraber, mücbir sebepleri kapsam dışında bırakan<sup>25</sup> bu sorumluluk, yukarıdaki metinden de anlaşılacağı üzere, yalnızca taşımayı üstlendiği eşyanın ve yolcuların sağlam bir şekilde varış yerine ulaşmasına ilişkin olup<sup>26</sup>; yolcuların yanlarında getirdiği, taşınması *locatio conductio operis*'e doğrudan doğruya konu edilmeyen kişisel eşyalarının çalınması ya da üçüncü bir kişi tarafından zarara uğratılması gibi durumlarda, *locatio conductio operis*'ten kaynaklanacak şekilde gemi işleteni sorumlu tutmak mümkün değildir<sup>27</sup>.

Bu durum karşısında, hancıların, handa çalışanlarla işbirliği yaparak taşınan malın ya da yolcunun eşyasının çalınmasına ya da zarara uğramasına neden olduğu yönünde yayılan ünleri<sup>28</sup> ve gemi işletenlerin genellikle yabancı kişiler olmalarının yaratmış olduğu, zarar halinde takip ile farklı tabiiyetteki kişilerden zararın tazmini hususunda yaşanan zorluklar karşısında<sup>29</sup>, praetor tarafından gemi işletenlerin, hancıların ve ahırcıların, çalıştırdığı kişilerin, yolcuların malına zarar vermesinden sorumlu tutulacağı yönünde bir düzenlemeye gidilmiştir<sup>30</sup>.

**D. 47. 5. 1. pr. (Ulp.):** "*In eos, qui naues cauponas stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum, quosue ibi habebunt furtum factum esse dicitur, iudicium datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea nauis nauigandi causa esset.*"

**D. 47. 5. 1. pr. (Ulp.):** "Gemi, han veya ahır işletenlere karşı, işletmesinde bulunanlar tarafından hırsızlık yapıldığının söylenmesi halinde, hırsızlığın, eşyanın ya da geminin sahibinin

<sup>25</sup> Karadeniz Çelebican, s. 189.

<sup>26</sup> Smth, s. 984.

<sup>27</sup> Söğütlü Erişgin, s. 111.

<sup>28</sup> Söğütlü Erişgin, s. 111; Kaser, s. 197;

<sup>29</sup> Zilelioğlu, (*Custodia*), s. 196.

<sup>30</sup> Söğütlü Erişgin, s. 111.

ya da sefer için gemide bulunanların yardım ve isteğiyle yapılıp yapılmadığı önem arz etmeksizin, bir dava hakkı tanıyacağım."

Ayiter, gemi işletenin, yanında çalışanların fiillerinden sorumlu tutulur hale gelmesini izah ederken, sorumluluğun kapsamında bir genişleme olmadığını; bu durumun, işin mahiyetinden kaynaklandığını ifade etmektedir<sup>31</sup>.

Ne var ki, bu düzenleme de, üçüncü kişiler tarafından verilen zararları kapsayabilecek nitelikte olmamıştır. Bu durum karşısında, *praetor* tarafından bir *Edictum* çıkarılarak, gemi işletenlere teslim aldıkları eşyayı aynı şekilde iade etmesi ya da teslim etmesi hususunda dikkat ve özen göstermesi yükümlülüğünü getiren, kısa bir anlatımla, *locatio conductio operis*'ten kaynaklanan sorumluluğa ilişkin hususları tamamlayan, *receptum* düzenlenmiştir<sup>32</sup>.

**D. 4. 9. 1. pr. (Ulp.):** "*Ait praetor: Nautae caupones stabularii quod cuisque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo.*"

**D. 4. 9. 1. pr. (Ulp.):** "*Praetor, gemi, han ve ahır işletenlerin teslim aldıkları ve aldıkları şekli ile koruma yükümlülüğü altına girdikleri eşyayı iade etmemeleri halinde, gemi, han ve ahır işletenlere karşı bir dava hakkı tanıyacağını söylüyor.*"

**D. 4. 9. 1. 1. (Ulp.):** "*Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere.*"

**D. 4. 9. 1. 1. (Ulp.):** "Bu *Edictum*, böyleleri insanlara güvenebilmek ve eşyanın onların gözetimi altında olmasını sağlamak konusundaki yaygın ihtiyaç nedeniyle son derece yararlıdır."

Gerçekten de, gemi işletenler – ve metinlerde birlikte değerlendirildikleri gözetilerek, han ve ahır işletenler – saygın kişiler olarak kabul edilmiyorlardı ve bu kişilerin meslekleri, kötüye kullanımlara olanak verecek nitelikteydi. Ayrıca, yukarıda da açıklamış olduğumuz

---

<sup>31</sup> Ayiter, s. 323.

<sup>32</sup> Söğütü Erişgin, s. 111 – 112, 115.

üzere, zarar halinde, gemi işletenlere karşı takip ve tazmin güçlüğü mevcuttu<sup>33</sup>. Buna rağmen, eşyasının deniz vasıtasıyla taşınmasını isteyen bir kişi, eşyasını gemideki yetkili kişinin muhafazasına bırakmak; bu nedenle, her halükarda onlara güvenmek zorundaydı. Eşyanın kaybolması ya da başka herhangi bir şekilde zarara uğraması halinde ise, zararın, gemi işletenin ya da çalıştırdığı kişilerin kusuruna atfedilebilir olup olmadığının tespiti; ya da zarara neden olan üçüncü kişinin tespiti<sup>34</sup> oldukça güçtü. Bu durum karşısında, *praetor* tarafından yapılabilecek en temel şey, gemi işletenin potansiyel müşterilerini kendine çekebilmesini ve müşterilerin gemi işletene güvenmesini sağlayabilmek için, bağlayıcı niteliği bulunan bir garanti tanımaktı<sup>35</sup>.

### III. RECEPTUM NAUTARUM'UN AKDEDİLMESİ VE SORUMLULUĞUN KAPSAMI

Yukarıda yer alan metinlerin ilkinden<sup>36</sup> de anlaşılacağı üzere, bir şekle bağlı olmayan<sup>37</sup> *receptum* anlaşmasının geçerliliği, *salvum fore recipere* ifadesinin kullanılmasına bağlı kılınmıştı<sup>38</sup>. *Salvum fore recipere*, “malların güvende olacağını üstlenmek” anlamına gelmekte olup,<sup>39</sup> bu ifadenin sözleşmeye eklenmesi ile, gemi işletenin, kendisi, çalışanları ya da üçüncü kişilerce yolcuların eşyasının çalınması ya da başka herhangi bir şekilde zarara uğratılmasından, kusuru olsun ya da olmasın,<sup>40</sup> sorumlu tutulabilecek hale gelirdi<sup>41</sup>.

Klasik Hukuk Dönemi'nde, *receptum* yapılması bir zorunluluk arz etmemiştir. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere, bu dönemde, *locatio conductio operis*'e ilaveten *salvum fore recipere* ifadesi ile sözleşmeye dayalı bir sorumluluk altına girilirken, Iustinianus Dönemi'nde, *receptum*,

<sup>33</sup> Zilelioğlu, (Custodia), s. 196.

<sup>34</sup> Ayiter, s. 323.

<sup>35</sup> Zimmermann, s. 516.

<sup>36</sup> D. 4. 9. 1. pr. (Upl.)

<sup>37</sup> Ayiter, s. 321; Lobingier, s. 9.

<sup>38</sup> Söğütlü Erişgin, s. 104; Ayiter, s. 320, 312.

<sup>39</sup> Zimmermann, s. 515.

<sup>40</sup> Zimmermann, s. 515.

<sup>41</sup> Söğütlü Erişgin, s. 105; Rado, T.: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1982, s. 165.

kanundan kaynaklanan bir yükümlülük haline dönüşmüş; eşyanın kabulü, sorumluluğun doğması için yeterli hale gelmiştir<sup>42</sup>.

Klasik Hukuk Dönemi'nde, gemi işletenlerin, *custodia*'ya kadar varan sorumluluğu, *vis maior* hallerini kapsamadığı gibi<sup>43</sup>, yolcuların kişisel eşyalarının korunması için de yeterli değildi.<sup>44</sup> *Labeo*'nun tanıdığı olduğu *exceptio*'dan anlaşılabilir üzere, *receptum*'dan kaynaklanan *actio de recepto* ise, başlarda mücbir sebep hallerini de kapsar durumdaydı<sup>45</sup>.

**D. 4. 9. 3. 1. (Ulp.):** " ... *ad hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit, inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari...*"

**D. 4. 9. 3. 1. (Ulp.):** "... Ancak, bu *Edictum* gereğince malı kabul ve aldığı şekli ile iade edeceğini taahhüt eden kişi, kendi kusuru olmaksızın ortaya çıkan bütün zarar ve kayıplardan, bu zarar veya kayıplar hiçbir şekilde önlenemez bir olay nedeniyle ortaya çıkmadığı sürece, sorumludur. Bu noktada, *Labeo*, geminin batması, karaya oturması ya da korsanların saldırması nedeniyle eşyanın kaybolması halinde, gemiciye bir def'i hakkı tanımanın haksız olmayacağını söyler..."

Bu metne ilişkin kabul gören görüş, metnin orijinal halinin *vis maior* hallerini de kapsayacak şekilde olduğu, *Labeo*'nun tanıdığı definin *compiler*'lar tarafından metne dahil edildiği ve daha sonra han ve ahır işletenleri de kapsayacak şekilde genişletildiği yönündedir<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> *Söğütlü Erişgin*, s. 105; *Erdoğan*, s. 120; *Koschaker*, P./*Ayiter*, K.: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukun Ana Hatları, Ankara, 1977, s. 250 – 251; *Ayiter*, s. 324; *Rado*, s. 166.

<sup>43</sup> *Zilelioğlu*, (*Custodia*), s. 198.

<sup>44</sup> *Söğütlü Erişgin*, s. 113.

<sup>45</sup> *Zimmermann*, s. 515.

<sup>46</sup> *Söğütlü Erişgin*, s. 114; *Zimmermann*, s. 515; *Zilelioğlu*, "...de *receptis* şartının sorumlulukla ilgili cümleden sonra gelmesi"nin, metnin bu kısmının *interpolatio* olduğu yönünde şüphe uyandırdığını ifade etmektedir, *Zilelioğlu*, (*Custodia*), s. 198 (dipnot no 220).

Ancak Ayiter, bu metnin bir *interpolatio* eseri olmadığı, *praetor*'un, *receptum*'un, kendisi ile hedeflenen amacın dışına çıkması üzerine ortaya çıkan kötüye kullanımları engellemek adına bu yönde bir *exceptio* tanıdığı görüşündedir<sup>47</sup>.

*Labeo* tarafından tanınan bu *exceptio*'nun, deniz yolu ile ticaretin genişlemesi, Roma'nın ihtiyaçlarının ciddi bir kısmının deniz yolu ile sağlanması ve bu nedenle deniz ticaretinin son derece büyük önem arz etmesi ve korsanların artık gemi işletenlerle işbirliği yapacak kişiler olmaktan çıkıp, ticareti engelleyen kişiler haline gelmesi ve bu nedenle, gemi işletenler üzerindeki ağır sorumluluğun azaltılması ve böylece deniz ticaretinin teşvik edilmesi yönündeki toplumsal neden ile açıklanması mümkündür<sup>48</sup>.

*Receptum*'a dayalı sorumlulukta, gemi işleten, fiili gerçekleştiren kim olduğu ya da bu fiilin gerçekleştirilmesinde gemi işletenin sorumluluğunun varlığı ya da zararın nedeni önem arz etmeksizin sorumluydu<sup>49</sup>; zira burada önemli olan husus, eşyanın güvende olacağı yönünde verilen taahhüt idi.<sup>50</sup> Bu bağlamda, gemi işleten, fiil kim tarafından işlenirse işlensin, sorumlu tutulabilirdi<sup>51</sup>.

**D. 4. 9. 1. 8. (Ulp.):** " ...*Et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum*"

**D. 4. 9. 1. 8. (Ulp.):** "...Kanaatimce, eşyayı, her zaman, gemiye yerleştirildiğinde güvende tutmak için alır ve yalnızca denizcilerin fiillerinden değil, yolcuların fiillerinden de sorumlu olmalıdır."

Ancak, gemi işletenin bu halde gerçek faile karşı rücu etmek hakkı bulunmaktaydı<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Ayiter, s. 324.

<sup>48</sup> Söğütlü Erişgin, s. 114; Ayiter, s. 324.

<sup>49</sup> Söğütlü Erişgin, s. 116.

<sup>50</sup> Zimmermann, s. 515; Söğütlü Erişgin, s. 116.

<sup>51</sup> Söğütlü Erişgin, 116.

<sup>52</sup> Söğütlü Erişgin, s. 120.

**D. 4. 9. 4. pr. (Paul.):** "*Sed et ipsi nautae furti actio competit, cuius sit periculo, nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur, aut alio subripiante ipse nauta solvendo non sit.*"

**D. 4. 9. 4. pr. (Paul.):** "Ancak, riski üstlenen kişi olan gemi işleten, kendisinin çaldığı bir eşyayı daha sonra bir başkasının ondan çalması söz konusu olmadığı sürece, ya da başkasının çaldığı ve gemi işleten ödeme yapılmadığı hallerde, hırsızlıktan kaynaklanan bir dava hakkına sahiptir..."

Gemi taşımacılığına ilişkin olarak, karşımıza beş ayrı kavram çıkmaktadır: *exercitor navis*, *nauta*, *magister navis*, *dominus navis* ve *gubernator*<sup>53</sup>. Gemi işleteni tam karşılayan kavram, mülkiyeti kendisine ya da bir başkasına ait olan bir gemiyi kendi hesabına ve her türlü riski de kendisine ait olmak üzere ticari açıdan kullanan kişi anlamına gelen *exercitor navis*'tir<sup>54</sup>. Bazı metinlerde yer alan *nauta* kavramı da, *exercitor navis* ile örtüşmektedir<sup>55</sup>. Gemi işletenin sorumlu tutulabilmesi için, malik olması şartı aranmamaktadır<sup>56</sup>.

**D. 4. 9. 1. 2. (Ulp.):** "*Qui sunt igitur, qui teneantur, videndum est. Ait praetor "nautae". Nautam accipere debemus eum qui navem exercet: quamvis nautae appellantur omnes, qui navis navigandae causa in nave sint*"

<sup>53</sup> Söğütü Erişgin, s. 107; Ayrıntılı bilgi için bkz. Küçük, E.: Roma Hukuku'nda *Exercitor Navis*'in Donatanın *Actio Exercitoria*'dan Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2007, s. 72 vd.

<sup>54</sup> Söğütü Erişgin, s. 107 – 108. D. 14. 1. 1. 15. (Ulp.): "*Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit sive a domino navem per averisionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum*"; D. 14. 1. 1. 15. (Ulp.): "Gemi ile ilgili tüm menfaat ve gelirler kendisine ait olan kişiye *exercitor* denir; bu kişi, geminin maliki olabileceği gibi, gemiyi malikten belirli bir süreliğine ya da sürekli şekilde kiralayan kişi de olabilir."; Küçük, s. 73.

<sup>55</sup> Söğütü Erişgin, s. 108; "Gemide bulunan herkese genel olarak *nautae* ismi veriliyordu. Bu kelime tekil olarak kullanıldığında, yani *nauta* olduğunda *exercitor navis*'i ve çoğul olarak kullanıldığında, yani *nautae* olduğunda teknik anlamda, yelkenlerin manevrasını ve geminin diğer donanımını idare etmekle görevli denizcileri ifade ediyordu.", Küçük, s. 81.

<sup>56</sup> Söğütü Erişgin, s. 107, 115.



**D. 4. 9. 1. 2. (Ulp.):** “Şimdi kimin sorumlu tutulduğunu değerlendirelim. *Praetor*, “denizciler” diyor. Her ne kadar, gemiyi kullanmak amacıyla gemide bulunan herkese denizci deniyor olsa da, “denizci”den, geminin yönetimindeki kişiyi anlamalıyız...”

Bir geminin birden fazla işleteninin var olması halinde, açılacak davada, her bir işleten kendi payı kadarıyla sorumlu tutulur.<sup>57</sup>

**D. 4. 9. 7. 5. (Ulp.):** "*Si plures nauem ecerceant, unusquisque pro parte qua naven exercet, convenitur.*"

**D. 4. 9. 7. 5. (Ulp.):** "Birden fazla kişi geminin yönetimindeyse, her biri kendi payı ile orantılı olarak dava edilir."

**D. 14. 1. 4. pr. (Ulp.):** "*Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videbuntur 'videntur'.*"

**D. 14. 1. 4. pr. (Ulp.):** "Ancak, gemi birden fazla kişi tarafından ayrı ayrı idare ediliyorsa, hiç biri diğeri için efendisi durumunda olmadığı için, her biri kendi payı oranında dava edilebilir."

Ancak, bu kişilerin gemiyi birlikte işletmeleri halinde, her biri, bütün miktar üzerinden dava edilebilir<sup>58</sup>.

**D. 14. 1. 1. 25. (Ulp.):** "*Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest,*"

**D. 14. 1. 1. 25. (Ulp.):** "Gemiyi birden fazla kişi işletiyorsa, her biri bütün miktar için dava edilebilir,"

Gemiyi işletenin, muhafaza kaydıyla teslim aldığı eşyayı bir başka işletene devretmesi halinde, bunların tamamı, eşit şekilde sorumlu olur.

**D. 4. 9. 4. 1. (Paul.):** "*Si nauta nautae, ..., receperit, aequae tenebitur.*"

**D. 4. 9. 4. 1. (Paul.):** "Gemi işletenin, bir başka gemi işletenin eşyasını güvenli bir şekilde muhafaza etmek kaydıyla teslim alması halinde, ..., ikisi de eşit şekilde sorumlu olurlar."

<sup>57</sup> Söğütlü Erşgin, s. 108; Anderson, H. E. III: "Risk, Shipping And Roman Law", Tulane Maritime Law Journal, Sa. 34, 2009, s. 199.

<sup>58</sup> Anderson, s. 199.

#### IV. RECEPTUM NAUTARUM'UN ÖZELLİKLERİ

*Receptum*'un varlığı halinde açılabilir olan dava olan *actio de recepto*, *actio de damno aut furto adversus nautas*, *caupones stabularios*'un aksine, eşyanın gemide bulunması şartına bağlanmamış<sup>59</sup>; *receptum* yapılmış olması yeterli kabul edilmiştir<sup>60</sup>.

*Receptum*'a dayalı sorumlulukta, gemi işletenin ödemekle yükümlü olduğu miktar, zararın miktarı kadardır<sup>61</sup>.

*Receptum*'a dayanan dava olan *actio de recepto*, bir sözleşmeye dayanan dava olması nedeniyle, genel olarak sözleşmeden kaynaklanan davaların özelliklerini taşımaktadır. Bu nedenle, davanın gemi işletenin mirasçılara karşı açılabilmesi de mümkündür<sup>62</sup>.

*Receptum* anlaşmasının yapılmış olması, *locatio conductio*'dan kaynaklanan davalar ile *actio de recepto*, *actio de damno aut furto adversus nautas*, *caupones stabularios*'un açılmasına engel oluşturmazdı; ne var ki, zarar gören, ilgili davalardan bir tanesini seçmek zorundaydı<sup>63</sup>.

**D. 4. 9. 3. 5. (Ulp.):** " *Novissime videndum, an eisudem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit: et Pomponius dubitat: sed magis est, ut vel officio iudicis vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat.*"

**D. 4. 9. 3. 5. (Ulp.):** "Son olarak, çalınan ya da zarar gören mal için *praetor* tarafından tanınan davalar ile hırsızlıktan kaynaklanan davaların birlikte açılıp açılmayacağı sorusu söz konusu olmaktadır: *Pomponius* bu konuda şüphelidir. Ne var ki, doğru görüş ya hakim kararıyla ya da def'i ileri sürerek davacının yalnızca bir dava ile yetinmesidir."

---

<sup>59</sup> D. 4. 9. 7. pr. (Ulp.)

<sup>60</sup> *Söğütlü Erişgin*, s. 117.

<sup>61</sup> *Söğütlü Erişgin*, s. 117.

<sup>62</sup> *Söğütlü Erişgin*, s. 118.

<sup>63</sup> *Söğütlü Erişgin*, s. 117 – 118.

## V. RECEPTUM NAUTARUM'UN IUSTINIANUS DÖNEMİ'NDEKİ GÖRÜNÜMÜ

Iustinianus Dönemi'nde, *locatio conductio*'dan kaynaklanan sorumluluk, *custodia* sorumluluğundan kusur sorumluluğuna; *receptum* sorumluluğu ise, mücbir sebep hallerinin bir kısmını da içeren sorumluluktan<sup>64</sup>, yalnızca casus'u kapsayan sorumluluğa dönüşmüştür<sup>65</sup>.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, Iustinianus Dönemi'nde, *receptum*, kanundan kaynaklanan bir yükümlülük haline gelmiş; eşyanın kabulü, sorumluluğun doğması için yeterli kabul edilmiştir<sup>66</sup>. *Iustinianus* Dönemi'ndeki bu kanuni sorumluluk, objektif ölçütlere bağlanmış olup, özel bir anlaşma yapılmadığı sürece *vis maior*'u da kapsar niteliktedir<sup>67</sup>. Zilelioğlu, *Iustinianus* Dönemi'nde, Klasik Hukuk Dönemi'ne ait olan tüm metinlerin olduğu gibi korunduğunu; *receptum*'un borçlunun sorumluluğunu artırmaya yönelik anlaşmalar haline geldiğini ifade etmektedir<sup>68</sup>. Ayiter ise, bu dönemde, kanundan kaynaklanan *receptum* sorumluluğu karşısında, sorumluluğun daraltılmak istenmesi halinde, buna yönelik bir sözleşme yapılması gerekliliğinin söz konusu olduğu görüşünü savunmaktadır<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Zilelioğlu, hiçbir hukuk döneminde, kişinin, *vis maior* nedeniyle sorumlu tutulmadığını ifade etmektedir, Zilelioğlu, H.: "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", (Sorumluluk), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 39, Sa. 1-4, 1982 - 1987, s. 243, 263.

<sup>65</sup> Söğütü Erişgin, s. 114 – 115; "Otel, gemi ve ahır sahipleri (*receptum nautae, caupones et stabularii*)'ne genel olarak güvenilmemesi nedeniyle sorumlulukları ağırlaştırılmıştır.", Zilelioğlu, (Sorumluluk), s. 261.

<sup>66</sup> Söğütü Erişgin, s. 105; Erdoğmuş, s. 120; Koschaker/Ayiter, s. 250 – 251; Ayiter, s. 324; Rado, s. 166.

<sup>67</sup> Ayiter, s. 324.

<sup>68</sup> Zilelioğlu, (*Custodia*), s. 208.

<sup>69</sup> Ayiter, s. 324.

### **KISALTMALAR:**

|        |  |
|--------|--|
| Bkz.:  | bakınız  |
| C.:    | Cilt   |
| Çev.:  | Çeviren  |
| D.:    | Digesta  |
| Gai.:  | Gaius  |
| Paul.: | Paulus   |
| pr.:   | principium                                     |
| RIDA:  | Revue internationale des droits de l'antiquité |
| s.:    | sayfa  |
| Sa.:   | Sayı   |
| Ulp.:  | Ulpianus                                       |
| vd.:   | ve devamı                                      |

### **KAYNAKÇA:**

ANDERSON, H. Edwin III: "Risk, Shipping And Roman Law", Tulane

Maritime Law Journal, Sa. 34, 2009

AYİTER, Kudret: "Receptum Nautarum'un Klasik Hukuktan

Sonraki Tekamülü ve Grenfell II. 108 Papyrus'u", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Sa. 3-4, Ankara 1955

ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2012

KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara, 1976

KASER, Max: Roman Private Law, Being the Translation of

Römisches Privatrecht (Çev. DANNENBRING, Rolf), Durban Butterworths, 1965.

KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukun Ana Hatları, Ankara, 1977

KÜÇÜK, Eşref: Roma Hukuku'nda Exercitor Navis'in Donatanın Actio Exercitoria'dan Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2007.

LOBINGIER, Sumner Charles:"The Maritime Law of Rome (Magisterial Address Before The Riccobono Institute of Roman Law at Washington, May 15, 1934)", Juridical Review, Sa. 47, 1935.

RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1982.

SCHULZ, Fritz: Classical Roman Law, Oxford, 1951.

SMITH, William: A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, Boston, 1870.

SOMER, Pervin:Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis), İstanbul, 2008.

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara, 2002.

TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2012.

THOMAS, J.A.C.: "Carriage by Sea", (1960) 7 RIDA, s. 497.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügati, İstanbul, 1983.

ZİLELİOĞLU, Hilal: Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, (Custodia), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1985.

ZİLELİOĞLU, Hilal: "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", (Sorumluluk), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 39, Sa. 1-4, 1982 – 1987.

ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford New York, 1996.

## İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NUN 12. MADDESİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

**Dr. Dilşat YILMAZ\***

### ÖZET

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesinde idari işlemlerden kaynaklanan zararların ne şekilde tazmin edileceği düzenlenmektedir. Maddede ayrıca, zararı gidermeye yönelik tam yargı davasının yanında, bu davanın öncesinde veya beraberinde zararı doğuran işlemin iptalini isteme hakkı da yer almaktadır. Anılan maddede bunun yanı sıra, zararın idari işlemin icrası ile doğduğu hallerde dava açma süresinin başlangıcı özel olarak düzenlenmiştir. 12. maddenin son cümlesinde ilaveten, idareye başvuru hakkı tanınmaktadır. Ancak düzenlemenin kaleme alınış şeklinden bu başvurunun kapsamı ve maddede sağlanan olanakların hangisine yönelik olduğunun anlaşılabilmesi; durumun değerlendirilmesini zorunlu hale gelmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Tam yargı davası, idari işlem, idari başvuru, iptal davası, idari işlemde kaynaklanan zarar.

### AN EVALUATION RELATED TO THE 12TH ARTICLE OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION PROCEDURAL ACT

#### ABSTRACT

The manner of compensation of damages arising from administrative act is regulated in the article 12 of Administrative Jurisdiction Procedural Act Furthermore administrative action for damages; this article also regulates the right of demanding annulment of the administrative act that causes damages. In addition all these

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

mentioned, the article also specially regulates the beginning of the tender period for the administrative acts that cause damage by application. Mentioned article also gives the right of administrative recours in the last sentence. But the manner of editing of this article does not allow to determine scope of the recours and if these recours are suitable for all the options in the article or only for acts that cause damages by application. Because of this fact, it seems compulsory to consider this article.

**Keywords:** Administrative action for damages, administrative act, administrative recours, action for annulment, damage arising from administrative act.

## I- GİRİŞ

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca; 1. "İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. 2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. 3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır". Söz konusu madde, idari işlemin muhataplarına iptal davası açmadan önce idareye başvurma konusunda imkân tanımakta ve "ihtiyari idari başvuru" şeklinde ifade edilmektedir.

İdari işleminden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesinde ise "İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci



*madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır" hükmü yer almaktadır. Söz konusu maddenin son cümlesinde aynı kanunun 11. maddesine yapılan atfın 12. maddenin tamamına mı yoksa son cümlesine mi yapıldığı, ayrıca yapılacak başvurunun anlamı ayrıca değerlendirilmek gerekmektedir. Konuya ilişkin yargı kararları ve bilimsel eserlere bakıldığında, bu konuda net bir değerlendirme yapılmadığı dikkat çekmektedir. Candan'ın ifadesiyle söz konusu 12. maddede "idare edilenlerin haklarını da ihlal eden idari işlemler dolayısıyla tam yargı davası açabilme yolları, idari işlemin hak ihlal edici etkisini gösterdiği; maddede geçen deyimlerle, zararın doğduğu ana göre çeşitlendirilmiştir"<sup>1</sup>..*

## **II- İDARİ İŞLEME KARŞI DOĞRUDAN TAM YARGI DAVASI AÇILMASI**

İYUK'un 12. maddesinde davacıya tanınan ilk olanak işleme karşı doğrudan tam yargı davası açılmasıdır. Söz konusu maddede ifade edilen idari işlem, maddenin sondan bir önceki cümlesindeki vurgu sebebiyle yapılmakla ve tebliğ edilmekle zarar doğuran idari işlemlerdir. Danıştay da ilk cümle ile son cümle arasındaki bu farka dikkat çekmektedir: "12. maddede belirtilen seçeneklerin dışında dördüncü bir seçeneği daha düzenlemiş bulunmakta ve ilgililerin "... bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlarından dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası" açabileceklerine işaret etmektedir. Tümcenin 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 71. maddesine, 1740 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerle eklenmiş olduğunu ve 2577 sayılı Yasanın 12. maddesinin 71. maddesinin değişik metninin aynen tekrarı niteliğinde bulunduğunu belirtmek gerekir. 12. maddenin sözü geçen tümcesinde yer alan "işlemin icrası" sözcükleriyle yasa koyucunun tesis edilmekle hemen zarara yol açmayan, başka bir ifadeyle, tesisi ile zarar doğurucu sonuçları yaratan uygulaması farklı zamanlara rastlayan halleri kaydettiğinde kuşkuya yer yoktur. 521 sayılı Yasanın 71. maddesinde 1740 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik gerekçesinde bu husus şöyle açıklanmaktadır: "Diğer taraftan, şahsın hakkının, her zaman, işlemin tesis edildiği tarihte ihlal edilmediği ancak,

<sup>1</sup> CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu", Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 454.

*işlemin icrası sırasında zararın meydana gelebildiği de bir vakiadır. Bu gibi hallerde açılacak tam yargı davasının süresinin başlangıcının nasıl tayin edileceği uygulamada tereddütleri mucib olduğundan bu hususta da maddeye açıklık getirilmiştir"<sup>2</sup>.*

Karavelioğlu 12. maddenin ilk cümlesine uyan bu işlemleri zararı "tesis ve tebliğ" ile doğuran işlemler olarak nitelemekte ve resen emeklilik işlemleri, idarenin bir başvuruya cevap vermemesi sonucu oluşan zımni red işlemleri, ruhsat vermeme işlemlerini bu kategoriye örnek olarak vermektedir<sup>3</sup>.

Danıştay'ın haklı olarak belirttiği bu saptama karşısında şu sonucu çıkarmak mümkündür: Mademki 12. maddenin getirdiği 1. ve 4. olasılık arasındaki temel fark, idari işlemin "hak ihlalini" yani "zararı" doğurma anlamına ilişkindir, o halde İYUK'un 12. maddedeki 4. olasılık bakımından uygulanması konusunda tereddüt olmayan İYUK'nun 11. maddesinin, 1. olasılıkta yani idari işleme karşı doğrudan tam yargı davası açılması halinde de uygulanabilmesi gerekmektedir<sup>4</sup>.

Maddenin son cümlesinde 11. maddeye yapılan atfın ilk olasılık bakımından söz konusu olabileceğini saptadıktan sonra, yapılacak başvurunun idari işlemin "kaldırılması, geri alınması ve değiştirilmesi" mi yoksa "işlemden doğan zararların tazmini" amacıyla mı yapıldığı tespit edilmelidir.

Candan'a göre, idari dava açma süresini durduracak olan bu başvuru, uğranılan maddi ya da manevi zararın tazminine yöneliktir<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> D5D ,E. 1989/1317, K. 1991/823, 02.05.1991, aynı yönde bkz. D5D E. 1993/5381,K. 1993/4279, 10.11.1993, www. kazancı.com., 27.09.2013.

<sup>3</sup> KARAVELİOĞLU Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, 2001, Cilt. 1, s. 616.

<sup>4</sup> Ancak Danıştay'ın bazı kararlarında aksi yönde ifadeler kullanılmaktadır: "Yukarıda içeriğine yer verilen düzenlemelere göre, ilgililerin haklarını ihlal eden bir idari işlemten dolayı doğrudan tam yargı davası açabilecekleri gibi iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri ya da iptal davasının karara bağlanması üzerine kararın tebliğinden itibaren dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilecekleri veya bir idari işlemin icrası nedeniyle doğan zararlardan dolayı da icra tarihinden itibaren Yasanın 11. maddesinde öngörülen başvuru yollarını da kullanmak suretiyle bu davaları açmaları mümkündür". D6D E. 2007/10161,K. 2009/9054, 05.10.2009, www. kazancı.com, 27.09.2013.

<sup>5</sup> CANDAN, s. 456.

Zabunoğlu da, söz konusu başvurunun ortaya çıkan maddi ya da manevi zararların tazminine yönelik olduğu görüşündedir<sup>6</sup>. Karavelioğlu da, bu başvurunun zararların tazminine yönelik olduğu fikrindedir<sup>7</sup>.

Danıştay kararlarında geçen ifadelerden anlaşılan Danıştay'ın da bu başvuruları, maddi ya da manevi zararın tazminine ilişkin algılamakta olduğudur: "*4046 sayılı Yasa kapsamında kalan kurumda 399 sayılı KHK eki 1 sayılı cetvelde yer alan görevdeyken davalı idareye aynı Yasa gereğince atanan davacı, yeni kurumundaki görevine başladığı tarihten itibaren, eski görevinin parasal haklarının şahsa bağlı olarak saklı tutulan unsurlarının memur maaş artışları eklenmiş tutarı ile diğerlerinin atama tarihindeki net tutarlarının toplamının kendisine ödenmesi, bir başka deyişle şahsa bağlı haklarının davacının eski görevinin parasal haklarına yansıtılması yolundaki 12.10.2005 tarihli başvurusunun reddine ilişkin 17.10.2005 tarihli işlemin iptali, davalı idarede göreve başladığı tarihten itibaren uğradığı zararın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açmıştır... Uyuşmazlık konusu olayda olduğu üzere, maaşın, her türlü zam yansıtılarak güncelleştirilmesi gerektiği iddiası gibi süreklilik arz eden parasal ödemeler veya kesintiler ile ilgili olarak belli bir uygulama tarihi esas alınarak istekte bulunulan davalarda, 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre uygulama tarihinden itibaren altmış gün içinde; uygulama üzerine davacı idareye başvurmuş ise 12. maddenin göndermede bulunduğu 11. maddeye göre idarenin bu başvuruya cevap vermemiş olduğu hallerde uygulama tarihinden itibaren en geç 120 gün, idarenin cevap verdiği durumlarda ise uygulama tarihinden başvuru tarihine kadar geçen süre de hesaba katılmak koşuluyla cevabın davacıya tebliğ tarihinden itibaren toplam altmış gün içinde idari davanın açılmış olması gerekir"<sup>8</sup>.*

Gerçekten de, tam yargı davası açılması süreci içinde davacıya idareye başvuru imkanı tanınmasının amacı, dava açılmadan önce sorunun çözümünü sağlamaktır. İYUK'un 11. maddesinde yer alan ifadelerin, yani

<sup>6</sup> ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku, Cilt 2, Ankara, Yetkin, 2012, s. 386,

<sup>7</sup> KARAVELİOĞLU, s. 617.

<sup>8</sup> D5D, E. 2007/5263, K. 2009/7237, 11.12.2009, www.kazancı.com, 27.09.2013.

idareye yapılan başvuruların idari işlemin "geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi" amacıyla yapıldığının kabul edilmesi halinde, sorunun dava öncesinde çözülmesi amacına sağlayacağı katkı tartışmalıdır.

#### a) İdari İşlemin Geri Alınması

Geri alma "*İdari işlemin geri alınması onun yapıldığı tarihten itibaren (ex tunc) hukuki hayattan silinmesi, çıkarılması demektir. Başka bir deyimle geri alma hukuka aykırı bir işlemin geriye yürür şekilde düzeltilmesini yapıldığı andan itibaren hukuki etkilerini ortadan kaldırmayı veya işlemin ilk yapıldığı andan itibaren hükümsüzlüğü sonucu, yapıldığı tarih ile geri alınması arasında doğurduğu hukuki durumların da 'gayri sahih ve gayri muteber' sayılmalarını gerektirir*"<sup>9</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Geri alma işleminin belirleyici iki özelliği hukuka aykırı işlemleri ortadan kaldırma amacında olması ve geriye etkili olmasıdır.

İlgililer, zarar doğuran işlemin daha sonra tekrar zarar doğurma olasılığını ortadan kaldırmak için, işlemin hukuki varlığına son verdirmek isteyebilirler. 11. maddedeki "geri alma" başvurusu imkânının 12. madde için kullanılabilir olup olmadığını tespit için, geri alınan hukuka aykırı işlemin ortaya çıkardığı zararı karşılayıp karşılamayacağı değerlendirilmelidir. Danıştay, idarenin geri alınan işlemde kaynaklanana zararları gidermek zorunda olduğu görüşündedir<sup>10</sup>. Hukuka aykırı bir idari işlemin zarar doğurması halinde 11. madde kapsamındaki başvurunun "geri alma" talebiyle olması söz konusu olabilse de, "objektif sorumluluk" idarenin kusuru olmasa da işlemlerinden doğan zararını tazmin etmesini gerekli kılmaktadır. Başka bir ifadeyle zarar doğuran işlemin "hukuka uygun" olması halinde, "geri alma" talebiyle başvuru söz konusu olamayacaktır. Ayrıca, zarar doğuran işlemin hukuka aykırı olması ihtimalinde de, işlemi geri alan idarenin, muhtemelen bu talepleri karşılayacak ödeneği olamayacağından, geri almış olduğu işlemde kaynaklı zararı talep edip etmeyeceği tartışmalıdır.

---

<sup>9</sup> TAN Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 5.

<sup>10</sup> D5D, E. 1981/1560, K.1985/1863, 12.06.1985 NAKLEDEN: GÜNDÜZ Ebru, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 216.

### **b) İdari İşlemin Kaldırılması**

Kaldırma, hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı idari işlemler için söz konusu olabilmektedir." İlga" olarak da adlandırılan "Kaldırma"da, idari işlemin varlığına idare tarafından geleceğe yönelik olarak son verilmektedir<sup>11</sup>. İdari işlemin kaldırılması halinde, idari işlemin hem geçmişte yarattığı sonuçlar hem de zararlar, varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Kaldırma, işlemin sadece gelecekteki varlığına ve doğurabileceği muhtemel zararların önüne geçebilecektir. O halde, idari işlemde kaynaklanan zararların tazmininin talebine yönelik dava esnasında, idari işlemin kaldırılması talebi ile idareye yapılan başvurunun bir anlamı olmayacaktır.

### **c) İdari İşlemin Değiştirilmesi**

İdari işlemin değiştirilmesi "*bir idari kararın aynı zamanda hem geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılması ve hem de onun yerine yeni bir kararın alınmasıdır*"<sup>12</sup>. Günday'ın ifade ettiği gibi, kaldırma idari işlemin geleceğe yönelik ortadan kaldırılması ve yeni bir karar alınması olduğundan<sup>13</sup>, tam yargı davasına konu edilmek istenen kaldırma öncesi doğurduğu zararların idarece karşılanmasına hizmet edecek nitelikte değildir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar da göstermektedir ki, İYUK'un 12. maddesinin son cümlesinde tanınan "idareye başvurma" hakkı, sadece "geri alma" koşullarına uygun yani "hukuka aykırı" işlemler bakımından anlam ifade edecektir, "kaldırma" ya da "değiştirme" talepleri ile idareye başvurulması, tam yargı davasına konu olacak uyuşmazlığın halline yönelik bir avantaj sağlamayacaktır<sup>14</sup>. Kaldı ki, geri alma halinde de, ödenek konusunda sıkıntı yaşayacak idarenin, geri alınan işlemde

<sup>11</sup> AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat- KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin, 2013, s. 411.

<sup>12</sup> GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara, İmaj, 2011, s. 182.

<sup>13</sup> GÜNDAY, s. 182.

<sup>14</sup> İlgili örneğin ruhsat talebinin reddi işleminde olduğu gibi, süreklilik arz eden bir işlemin aynı zamanda hukuk aleminde kaldırılmasını istiyorsa; bu işleme karşı önce iptal sonra tam yargı davası açabileceği gibi; her iki davayı birlikte de açabilecektir. Aynı durum, zararın işlemin icrası ile doğduğu haller için de geçerlidir.

kaynaklanan zararları tazmin etmesi şüphelidir. O halde söz konusu başvurunun, idari işlem den kaynaklanan zararın tazminine yönelik olduğu söylenebilir. Ancak daha önce geri alma noktasında da ifade edildiği üzere, ödenek yokluğundan dolayı bu başvurunun sonucu büyük olasılıkla menfi olacaktır.

### **III- İPTAL DAVASINI TAKİBEN TAM YARGI DAVASI AÇILMASI**

İYUK'un 12. maddesinde idari işlem den dolayı hakları muhtel olanlara sağlanan bir diğer imkân, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği üzerinde dava açmaktır. Haklı olarak ifade edildiği üzere, ilgilinin idari işleme karşı önceden iptal davası açıp, iptal kararı alabilmesi halinde, açacağı tam yargı davası daha sağlam bir zemine oturmuş olacaktır<sup>15</sup>.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, İYUK'un 11. maddesinde düzenlenen ihtiyari başvuru yolu, esasen iptal davasına yönelik olduğundan, tam yargı davasından önce açılacak olan iptal davasının öncülü olarak idareye başvuru yapılabilecektir. İdarenin söz işlemi geri alması halinde, kural olarak idarenin zararları tazmini de beklenecek ve ayrıca bir tam yargı davasına gerek kalmayacaktır<sup>16</sup>. Ancak idarenin kaldırma ya da değiştirme yoluna gitmesi halinde, geçmişte doğmuş zararlar varlıklarını devam ettirecekler ve bu zararlar bakımından tam yargı davası açma yolu açık olacaktır<sup>17</sup>. Yani, iptal davası öncesinde idareye yapılacak başvurunun

---

<sup>15</sup>DAL Emel- DEMİR Uğur Y., Tam Yargı Davaları, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2006-1/16.pdf>, 05.10.2013.

<sup>16</sup> Ancak, geri alma halinde; ödenek yokluğu ihtimali karşısında, uygulamada, zararın idarece tazmin edilip edilmeyeceği şüphelidir.

<sup>17</sup> Bu hallerde, geri alma, kaldırma ya da değiştirmeden sonra idareye başvurularak, ortadan kaldırılan işlemin doğurduğu zararların tazmini talep edilebilir. Başvurunun reddi ya da zımnı red cevabı, ayrıca dava konusu edilebilir. Bu red kararı da bir idari işlem olmakla beraber, işlevsellik bakımından açılacak dava tam yargı davası olmalı, öncesinde yapılacak başvuru da zararların tazminine yönelik olmalıdır. Burada iptal davası açılması süreci uzatırken ve iptal kararı verilmesi halinde uygulama şekli sorunlar yaratabileceğinden tam yargı davası sonuca ulaşma bakımından daha işlevsel görünmektedir.

anlamı, işlemin "geri alınması, kaldırılması ya da değiştirilmesi" şeklinde olabilecektir. Ancak, bu başvuru "kaldırma ve değiştirme talebi" noktasında işlevsel olmayacağı gibi, idarenin işlemini geri alması halinde de pratikte bu zararın karşılanıp karşılanmayacağı şüphelidir. Hatta uygulamaya bakıldığında yok denecek kadar azdır. İYUK'un 13. maddesi kapsamında idari eylemden kaynaklanan zararların tazmini için idareye yapılan zararın tazmini talepli başvuruların reddedildiği bilinmektedir. Başka bir ifadeyle idari işlemin "geri alınması, kaldırılması ve değiştirilmesi" talepleriyle yapılan başvuruların kabulü halinde dahi, zararların karşılanması bakımından ayrıca bir tam yargı davası gerekli olacaktır. Bu noktada, tam yargı davası açılması öncesinde idareye yapılabilecek başvurunun içeriğine gelince, idari işlemin hukuki varlığına daha önceden son verilmiş olması sebebiyle, "işlemden kaynaklanan zararların tazmini" istenecektir<sup>18</sup>.

İdareye yapılan "geri alma, kaldırma ve değiştirme" başvurusunun reddi halinde açılacak iptal davasında, işlemin hukuka aykırı bulunup iptal edilmesi halinde, idareden beklenen; iptal edilen işlemde kaynaklanan zararların tazminidir. Çünkü Anayasamızın 138. maddesi ile İYUK'un 28. maddeleri uyarınca, mahkeme kararlarının icaplarını gecikmeksizin yerine getirmek zorunludur<sup>19</sup>. Ancak uygulamada, muhtemelen ödenek sıkıntısı içinde olacak idarenin kendiliğinden, yargı kararının yerine getirilmesi kapsamında ödeme yapma olasılığı az görünmektedir<sup>20</sup>. Başka bir

<sup>18</sup> Aynı yönde bkz. KARAVELİOĞLU, s. 631.

<sup>19</sup> Anayasa m. 138/4: "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".

İYUK m. 28/1: "1.(Değişik:10/6/1994-4001/13 md.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare,gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.Ancak,haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında,bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir".

<sup>20</sup> Uygulamada, idarelerin; iptal edilen işlemde kaynaklanan zararları genellikle yargı kararlarının uygulanması kapsamında değerlendirmedikleri ve işlemin muhatapları için tam yargı davası açılmasını zorunlu kıldıkları bilinmektedir.

ifadeyle, hakları muhtel olanlar için zararın tazmininin tek yolu, iptale ilişkin yargı kararının tebliğinden itibaren dava açma süresi içinde, tam yargı davası açmaktır. Bu noktada, tam yargı davası açmadan önce işlemde kaynaklanan zararların tazmini talebiyle idareye başvurmaya engel bir hal yoktur ancak, iptal davası öncesinde işlemin kaldırılması, geri alınması ya da değiştirilmesi talebini reddeden idarenin, talep edilen zararı tazmini düşük bir olasılıktır.

Danıştay bir kararında, iptal kararından sonra açılacak tam yargı davası öncesinde yapılacak başvurunun içeriğine değinmektedir: "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 12. maddesinde "İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11. madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır." hükmü yer almaktadır.

*Yukarıda sözü edilen yasa hükmü uyarınca, uyuşmazlığa konu taşınmaza ilişkin iptal kararı üzerine, davalı idarece kanun yoluna başvurulması sonucu verilen temyiz isteminin süre aşımı nedeniyle reddi yolundaki idare mahkemesinin 26.4.1994 günlü, K: 1994/1 sayılı kararının davacıya tebliğ edildiği 2.5.1994 tarihini izleyen günden itibaren 2577 sayılı Yasanın 11. maddesi hükmü uyarınca davacı tarafından 17.5.1994 günü tazminat istemiyle davalı idareye başvurulduğu, istemin 2.6.1994 gününde reddedilmesi üzerine 30.6.1994 gününde ve süresi içerisinde bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşıldığından, idare mahkemesince davalı idarenin temyiz isteminin süre aşımı nedeniyle reddedilmiş olduğundan bahisle, dava açma süresinin iptal kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren başlatılmak*



*suretiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesinde yasal isabet görülmemiştir*<sup>21</sup>.

İptal davasının reddi yani dava konusu işlemin hukuka uygun bulunması halinde ise, objektif sorumluluk gereğince idarenin söz konusu zararları tazmini gerekebilir. Burada, işlem hukuka uygun olduğu için idareye yapılacak başvuru "geri alma" talepli olamayacaktır. İdari işlemin "kaldırılması" ya da "değiştirilmesi" de doğmuş bulunana zararları ortadan

<sup>21</sup> DİDDGK ,E. 1996/592, K. 1998/192, 17.04.1998. "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12 nci maddesinde ilgililerin haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açılacağı, bu halde de ilgililerin 11 inci madde uyarınca idareye başvurma haklarının saklı olduğu öngörülmüştür. Bu maddeye göre iptal davasının sonuçlanması üzerine açılacak tam yargı davalarında süre, iptal davasıyla ilgili kararın veya buna karşı kanun yollarına başvurulmuşsa kanun yolundan geçen kararın yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayacaktır. Anılan kanunun 12 nci maddesinde ilgililerin 11 inci maddeye göre idareye başvurma haklarının saklı olduğu belirtilmiştir. İlgililer tam yargı davası açmadan önce idareye başvurduklarında dava açma süresi bu başvurudan etkileneyecektir. Buna göre iptal davasının sonuçlanmasından sonra zararın tazmini için üst makama, üst makamın olmaması durumunda kararı veren, yani işlemi yapan makama dava açma süresi içinde başvuran ilgilinin istemi idare tarafından açıkça reddedilirse, bu ret kararının tebliği üzerine, 60 gün içinde cevap verilmezse bu sürenin dolmasından sonra 30 günlük sürede vergi mahkemesinde dava açılabilir". Aynı yönde bkz. D4D ,E. 1997/4648,K. 1998/1507, 21.04.1998, www. kazancı.com, 01.10.2013. "Davacı dava açma süresinin son günü olan...günü, yukarıda anılan 11. madde kuralına göre davalı idareye başvurarak iptal kararı doğrultusunda zararının tazminini istemiştir. Ancak davalı idare...sonuna kadar bir yanıt vermemiş olmakla davacının tazminat istemini reddetmiş sayılmaktadır. Yukarıda anılan 11. maddenin 3. bendinde yer alan "isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma gününe kadar geçmiş süre de hesaba katılır..." kuralı karşısında davacının dava açma süresinin son günü olan...günü idareye yaptığı başvuru gününün, bu sürenin hesabında gözönüne alınmayacağı ve davacının arta kalan bir işgünü daha dava açma süresinin var olacağı açıktır". D8D, E. 1987/313, K. 1987/416, 19.10.1987, NAKLEDEN: KARAVELİOĞLU, s. 636. "İptal kararına dayanarak tazminat davası açmak isteyen ilgililerin, dava açmadan önce, Kanun'un 70. maddesine göre idareye başvurabilme hakları saklı tutulmuştur. Başka bir deyişle, ilgili , dilerse doğrudan doğruya Danıştay'a dava açmak,; dilerse daha önce idareye başvurup, işlem sebebiyle uğradığı zararın tazminini oradan istemek olanağına sahiptir". ESİN Yüksel-DÜNDAR Erol, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap, Ankara, Balkanoğlu Matbaası, 1971, s. 279.

kaldırmayacağından<sup>22</sup> ve bu talep zaten idare tarafından en başından reddedildiğinden, ilgilinin "zararların tazmini" talebiyle idareye başvurabileceğini kabul etmek gerekir. Ancak, iptal davası öncesinde talebi reddeden idarenin, hukuka uygunluğu bir de yargı yerince saptanan işlemde kaynaklanan zararı pratikte tazmin etme olasılığı tartışmalıdır.

#### **IV- İPTAL VE TAM YARGI DAVASININ BİRLİKTE AÇILMASI**

İdari işleme karşı iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması halinde, işin doğası gereği, idareye dava açma süresi içinde bir kez başvuru olacaktır. Yasa koyucunun buradaki amacının hem hukuka aykırı işlemi hukuk aleminden çıkarmak hem de zararın tazminine yönelik olduğundan, idareye yapılan başvurunun "idari işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi" ve "işlemden kaynaklanan zararların tazmini" talebiyle yapılması gerekmektedir. İdari yargı yeri açılan iptal davasında işlemin hukuka aykırılığını saptarsa, işlemin iptaline karar verdikten sonra aynı karar kapsamında idarenin doğan zararları ödemesine de karar verir. Candan'ın da haklı olarak ifade ettiği üzere, iptal talebinin reddi, idarenin tazminata mahkûm edilmesine engel değildir. Çünkü daha önce de ifade edildiği üzere, idari işlemin hukuka uygun olması halinde dahi, kusursuz sorumluluk gereğince hakkı muhtel olana tazminat ödenmesi söz konusu olabilir<sup>23</sup>.

#### **V- İDARİ İŞLEMİN İCRASI İLE ZARARIN ORTAYA ÇIKMASI**

İYUK'un 12. maddesinin son fıkrasında tanınan, işlemde kaynaklanan zararın işlemin icrasından sonra ortaya çıkması halinde, tam yargı davasının icra tarihinden itibaren açılması, işlemin doğurduğu zararın işlemin yapılmasıyla değil icrasıyla doğduğu haller için söz konusudur. Anılan durumun klasik örneği yıkım kararıdır. İmar mevzuatına aykırı olduğu için bir taşınmaz hakkında yıkım kararı alınması halinde, işlemin yapılması ise hukuki etkisi ortaya çıkar. Ancak söz

---

<sup>22</sup> Kaldı ki, kaldırma ve değiştirme talebinin kabulü halinde, zaten idareden ayrıca zararların tazmini talep edilmek zorunlu olacaktır.

<sup>23</sup> CANDAN, s. 459.

konusu etkinin maddi aleme taşınıp, ilgilisi bakımından hakların muhtel olması yıkım kararının icrası ile birlikte söz konusu olacaktır. Dal- Demir bu duruma, sinema kapanma saatleri konusunda alınan kararı göstermektedirler<sup>24</sup>. Gerçekten; söz konusu karar alındığında değil, uygulamaya geçildiği aşamada sinema işletenler açısından zarar ortaya çıkaracaktır.

Bu son olasılıkta, idareye yapılacak başvurunun kapsamı; idari işleme karşı "doğrudan tam yargı davası açılması" hali ile aynı olacaktır. Pek çok kez ifade edildiği üzere, doğrudan tam yargı davası açılması ile 4. olasılık arasındaki fark, dava açma süresinin başlangıcına başka bir ifade ile zararın doğma anına ilişkindir.

Nitekim Danıştay da söz konusu başvurunun, işlemde kaynaklanan zararın tazmini talebiyle olduğu fikrindedir: *"Bu hükümler karşısında vekalet ücreti yönünden belli bir uygulama tarihi esas alınarak istekte bulunulan davalarda İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesine göre uygulama tarihinden itibaren altmış gün içinde; uygulama üzerine davacı idareye başvurmuş ise, 12. maddenin yollamada bulunduğu 11. maddeye göre idarenin bu başvuruya cevap vermemiş olduğu hallerde uygulama tarihinden itibaren en geç 120 gün, idarenin cevap verdiği durumlarda ise, uygulama tarihine kadar geçen süre de hesaba katılmak koşuluyla cevabın davacıya tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde idari davanın açılmış olması gerekir. Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından 16.1.1998-4.8.2006 tarihlerini kapsayan ve belli dönemler içerisinde mal müdürü olarak görev yaptığı süreler için kendisine vekâlet ücreti ödenmesi yolunda 18.12.2006 tarihinde kayıtlara geçen dilekçeyle yapılan başvurusunun 9.1.2007 tarihli işlemle reddedildiği, ret işleminin 17.1.2007 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, davanın da, hem bahsi geçen bireysel işlem hem dayanağı düzenleyici işlem hem de tazminat istemiyle 5.2.2007 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının en son vekalet ücreti ödenmediğini öğrendiği 15.8.2006 tarihinden itibaren 60 günlük süre*

<sup>24</sup> DAL-DEMİR, <http://www.ankarabarasu.org.tr/site/ankarabarasu/hgdmakale/2006-1/16.pdf>, 05.10.2013.

*içerisinde dava açması veya idareye başvuruda bulunması gerekirken 12.12.2006 tarihli olduğu davacı tarafından ileri sürülen kayıtlara 18.12.2006 tarihinde geçen başvurunun reddi üzerine 5.2.2007 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmaktadır"<sup>25</sup>.*

## **VI- SONUÇ**

İYUK'un 12. maddesinin son cümlesinde yer alan "bu halde de ilgililerin 11. madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır" ifadesinin maddenin bir önceki cümlesini mi yoksa maddenin tamamını mı kapsamakta olduğu ve söz konusu başvurunun içeriğinin ne şekilde olacağı, ne doktrin ne de yargı kararlarında detaylı bir şekilde incelenmemiştir. Ancak; Danıştay'ın verdiği birkaç kararındaki ifadelerden çıkan sonuç yüksek yargı yerinin yaklaşımının bu ifadeyi maddenin tamamına yaymak olduğu anlaşılmaktadır. Çalışmada da aktarıldığı üzere Danıştay, önce iptal davası bunun ardından tam yargı davasının açıldığı hallerde; tam yargı davasının açılmasından önce idareye "İYUK" un 11. maddesi bağlamında" ve "işlemden doğan zararların tazmini" talebiyle başvuru yapılabileceğini kabul etmektedir. Tam yargı davasının amacı, idarenin sorumluluğuna ilişkin temel kurallar ve temel idare hukuku bilgiler ile yapıla değerlendirme sonucunda, son cümlelerin 12. maddenin tamamına yönelik olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, bu ihtimal yine de söz konusu düzenlemenin karmaşık şekilde kaleme alındığı gerçeğini değiştirmemektedir. Doktrinsel olarak bu soruna çözüm bir şekilde bulunabileceği için, bu konuda yapılacak bir bilimsel çalışma İdare Hukukçuları için bir kayıp olmanın aksine yarar sağlamakla beraber, aynı durumun idari işlemden dolayı uğradığı zararların tazminini isteyen ilgililer bakımından söz konusu olduğu söylenemez. Aksine; söz konusu maddenin kaleme alınış şeklindeki muğlâklık ilgililer bakımından hesap yanlışlığı sebebiyle dava açma süresini kaçırma tehlikesini doğurabilecek niteliktedir. Bu sebeple, çalışmaları devam ettiği bilinen İdari Yargılama Usulü Kanunu çalışmalarında söz konusu maddeye de ilişkin bir düzenleme.

---

<sup>25</sup> D11D,E. 2007/1129,K. 2007/4528,T. 2.5.2007, www. kazanci.com, 01.10.2013.

## KAYNAKLAR

- AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat- KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013
- CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu", Ankara, Adalet Yayınevi, 2009
- DAL Emel- DEMİR Uğur Y., Tam Yargı Davaları, <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/hgdmakale/2006-1/16.pdf>, 05.10.2013.
- ESİN Yüksel-DÜNDAR Erol, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap, Ankara, Balkanoğlu Matbaası, 1971,
- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011
- GÜNDÜZ Ebru, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- KARAVELİOĞLU Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, 2001, Cilt. 1
- TAN Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970
- ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku, Cilt 2, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2012.



# HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMA NİTELİĞİNDEKİ DAVRANIŞLARININ DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN KILAVUZ TASLAĞI'NIN ELEŞTİRİSEL BİR DEĞERLENDİRMESİ

Ahmet Fatih ÖZKAN\*

## Özet

Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde düzenlenen ve yasaklanan hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak "Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı"nı hazırlamış ve kamuoyu görüşüne açmıştır. Avrupa Birliği Komisyon'u tarafından yayınlanan "Roma Antlaşması'nın 82. Maddesinin Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına Uygulanmasında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Rehber" ile gerek yapısal, gerekse içeriksel olarak büyük benzerlikler taşıyan Taslak, Türk rekabet hukukunda bugüne kadar taraflı davranışlar alanında hazırlanmış ilk ikincil düzenleme niteliğini taşımaktadır. Bu makalede Taslağın içeriği eleştirel bir bakış açısıyla incelenmektedir. Bu bağlamda Türkiye'de 6. madde alanında bir kılavuza ihtiyaç olup olmadığı sorusu cevaplandırılmakta, böyle bir ihtiyacın olması halinde hazırlanacak kılavuzun kapsamı ve hukuki rejiminin nasıl belirlenmesi gerektiği değerlendirilmekte, kılavuzda 6. madde ile izlenen veya izlenmesi gereken amacın tartışması yapılmakta ve kılavuza eklenmesi gereken diğer unsurlar ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Tek Taraflı Davranışlar, 6. Madde, AB Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Rehber, Kılavuzlar

---

\* Doktora Öğrencisi (Rekabet Hukuku, University of Sussex/İngiltere), LL.M. (Hukuk ve İktisat, Bilkent Üniversitesi), LL.B. (Hukuk, Bilkent Üniversitesi)

## A CRITICAL ANALYSIS OF THE DRAFT GUIDELINES ON THE ASSESSMENT OF ABUSIVE EXCLUSIONARY CONDUCT BY DOMINANT UNDERTAKINGS

### Abstract

*The Turkish Competition Authority has published and released for public consultation “the draft Guidelines on the Assessment of Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings” with regard to the prohibition of abuse of a dominant position under Article 6 of the Act on the Protection of Competition 1994. Having been prepared very similar to the European Commission’s “Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings” in terms of both structure and content, the draft Guidelines are the first formal piece of secondary legislation in the area of unilateral conduct in Turkish competition law. This article critically analyses the substantial content of the draft Guidelines. Within this context, it answers the question as to whether there is a need for guidelines under Article 6 in Turkey, discusses the prospective content and legal status of the guidelines in the event of such a need, comments on the objective that has been pursued or should be pursued under Article 6 in the guidelines and refers to any other elements that should be included in the future guidelines.*

**Keywords:** *Abuse of a Dominant Position, Unilateral Conduct, Article 6 of the Act on the Protection of Competition 1994, Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities, Guidelines*

### Ş. Genel Açıklamalar

Hakim durumun kötüye kullanılması alanında dünya çapında özellikle son yıllarda bir kılavuz yayınlama trendinin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Avrupa Birliği (AB) Komisyonu tarafından 2005 yılında “Roma Antlaşması’nın 82. Maddesinin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalara Uygulanması Hakkında Tartışma Metni”;<sup>1</sup> 2008 yılında ise “Roma

---

<sup>1</sup> DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses



*Antlaşması'nın 82. Maddesinin Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına Uygulanmasında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Rehber*" (AB Rehberi) yayınlanmıştır<sup>2</sup>. Yine 2008 yılında Amerikan rekabet hukukunda "*Sherman Yasası'nın 2. Bölümü Işığında Tek Taraflı Davranış*" başlıklı, Amerikan Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi'nin yorumlarını içeren bir kılavuz yayınlanmış, ancak bu kılavuz ertesini yıl geri çekilmiştir<sup>3</sup>. 2012 yılında Kanada rekabet hukukunda, Kanada Rekabet Bürosu "*Rekabet Yasasının 78. ve 79. Bölümlerinde Yer Alan Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hükümlerinin Uygulanması Hakkında Kılavuz*"u yayınlamıştır<sup>4</sup>. Bunlara ek olarak 2007 yılında Uluslararası Rekabet Ağı (*International Competition Network*) tek taraflı davranışlar alanında izlenen tüm amaçların bir değerlendirmesini yapmış<sup>5</sup>, 2008-2010 yılları arasında ise bazı spesifik kötüye kullanma halleri üzerine çeşitli raporlar yayınlamıştır<sup>6</sup>. Uluslararası Rekabet Ağı'nın, tek taraflı davranışlar alanında kapsamlı bir kılavuz (*ICN Workbook*) yayınlama çalışmaları halen devam etmektedir.

Bu global trend doğrultusunda, "*Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı*" (Taslak), 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun) 6. maddesinde düzenlenen ve yasaklanan hakim durumun kötüye kullanılması üzerine Türk rekabet

---

<sup>2</sup> *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings [2009] OJ C 45/7*

<sup>3</sup> *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*

<sup>4</sup> *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the Competition Act)*

<sup>5</sup> *ICN Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies, The Unilateral Conduct Working Group, 6th Annual Conference, Moscow 2007*

<sup>6</sup> Bkz. Uluslararası Rekabet Ağı Tek Taraflı Davranışlar Çalışma Grubu (*ICN Unilateral Conduct Working Group*) tarafından yayınlanan "*Dominance/Substantial Market Power Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws*" (2008), "*Report on Predatory Pricing*" (2008), "*Report on Single Branding/Exclusive Dealing*" (2008), "*Report on Tying and Bundled Discounting*" (2009), "*Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws*" (2009) ve "*Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws*" (2010)

hukukunda bugüne kadar hazırlanmış ilk düzenleme niteliğini taşımaktadır. Kanunun 20. maddesi uyarınca Türkiye’de mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde oluşturulması ve geliştirilmesinin temini ile rekabet mevzuatını uygulanmakla görevlendirilmiş Rekabet Kurumu’nun ikincil düzenlemeleri bugüne kadar Kanunun 4. ve 7. maddeleri üzerine yoğunlaşmış, bu bağlamda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile birleşme ve devralmalar alanlarına yönelik gerçekleştirilmiştir. Bu durum aslında 4054 sayılı Kanunun iktibas edildiği AB rekabet hukukunda da geçerli olup, AB rekabet hukukunda reform çalışmalarının son halkasını, 6. maddenin muadili olan Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma’nın (ABİDA) 102. maddesi (eski 82. madde) oluşturmuştur. Reform sürecinde AB Komisyonu 2008 yılının Aralık ayında önce internet sitesinde, 2009 yılının Şubat ayında ise AB Resmi Gazetesi’nde yukarıda adı geçen AB Rehberi’ni yayımlamıştır.

Taslağın incelenmesinde dikkati çeken ilk unsur Taslağın, gerek yapısal gerekse içeriksel olarak AB Rehberi’ne olan büyük benzerliğidir. Yapısı itibariyle Taslak 5 bölümden oluşmaktadır: “1. Giriş”, “2. Hakim Durum”, “3. Kötüye Kullanma”, “4. Haklı Gerekçe” ve “5. Kötüye Kullanma Halleri”. Taslakta öncelikle 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi tanıtılmakta ve Taslağın kapsamına yönelik açıklamalar yapılmaktadır. Bu bölümü ilgili pazar tanımı ve hakim durum analizini içeren 2. bölüm izlemekte, daha sonra ise 3. bölümde hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik genel hükümler gelmektedir. 4. bölümde kötüye kullanma hali oluşturmayan durumlar haklı gerekçe başlığı altında yer almakta, 5. bölümde ise uygulamada yaygın olarak görülen bazı spesifik kötüye kullanma halleri hakkında özel hükümler inceleme konusu yapılmaktadır. AB Rehberi’nde, sıralama aynı kalmakla birlikte, bölümlerin başlığında ufak değişiklikler bulunmaktadır. Örneğin AB Rehberi’nde, Taslaktaki 2. 3. ve 4. bölümler tek bir bölümde (*III. General Approach to Exclusionary Conduct*) incelenmiş, Giriş bölümünü (*I. Introduction*) takiben “Rehberin Amacı” başlıklı ek bir bölüm (*II. Purpose of this Document*) yer almış, spesifik kötüye kullanma hallerine ilişkin bölüm ise, Taslaktaki gibi, son bölüm (*IV. Specific Forms of Abuse*) olarak düzenlenmiştir.

İçeriksel olarak da Taslağın, AB Rehberi ile büyük ölçüde benzer, hatta neredeyse birebir aynı olduğu görülmektedir. Taslağın hükümlerinin çoğu AB Rehberi'nden doğrusuyla yanlıyla ancak oldukça düzgün yapılan bir tercüme suretiyle Türk rekabet hukukuna aktarılmaya çalışılmaktadır. Bu durumun avantajları olduğu kadar dezavantajları da olmaktadır. Öncelikle AB Rehberi'nin izlerinin Taslağa yansması sonucu, AB rekabet hukukunun engin birikiminden faydalanılmıştır. Zira AB rekabet hukukunda, ABİDA 102. maddeye etki-bazlı ve daha fazla ekonomik analize dayalı bir uygulama biçimi kazandırmaya yönelik reform süreci 2003 yılından 2009 yılına kadar sürmüş, bu süreçte çok büyük bir bilgi birikimi elde edilmiştir. AB Rehberi'nin kapsamındaki düzenlemeler, uzman rekabet hukukçuları ve ekonomistleri tarafından uzun bir tartışma ve yoğun bir eleştiri sürecinden geçirilmiş olup, tek taraflı davranışların ekonomik analizinde AB rekabet hukukunda bugün geline son noktayı temsil etmektedir. Ayrıca AB Rehberi'nin Türk rekabet hukukuna aynen alınması, mehzazla daha uyumlu ve paralel bir uygulama sağlanmasını beraberinde getirebilecektir. Bilindiği üzere AB'ye katılım süreciyle ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile Türkiye, AB müktesabatıyla (*acquis communautaire*) yoğun bir uyum sağlama yükümlülüğü altına girmiştir<sup>7</sup>.

Öte yandan AB Rehberi'nin aynen alınması, 15. yılını dolduran ve dünya çapında birçok ülkenin rekabet mevzuatından önce hazırlanan Türk rekabet hukuku uygulamasına aksaklıklar da yaşatabilecektir. Taslakla birlikte AB rekabet hukukunda tartışmalı ve karmaşık kavramlar Türk hukukuna aktarılacaktır. Aşağıda inceleneceği üzere, rekabet karşıtı piyasa kapama kavramı, detaylı maliyet analizleri, eş etkin rakip testi, tüketici zararının ispatı, indirim sistemlerinde talebin rekabete açık olan ve açık olmayan kısımları gibi hususlar uygulamada tereddütlere yol açabilecektir. Aynı zamanda, AB Rehberi'nin aynen alınması Türk rekabet hukukunda sorun teşkil eden alanların veya Türk rekabet hukukuna özgü alanların Taslakta kendilerine yer bulamamaları sonucunu da doğuracaktır. Örneğin Taslağın doğrudan Türk rekabet hukukuna özgü tek maddesinin, Kurul'un

---

<sup>7</sup> Council Decision No 1/95 of the EC-Turkey Association Council on implementing the final phase of the Customs Union [1996] OJ L 35/1, prg.39

hakim durum incelemesi yapmadan da kötüye kullanma analiziyle başlayabileceğini belirten 7. maddesi olduğu görülmektedir. Aynı şekilde, esasen üye devletlerin yerel mevzuatlarına bırakılan yaptırım, tazminat hakkı, ihtiyati tedbir vb. unsurların AB Rehberi'nin haklı olarak kapsamı dışında bırakılması, Türk rekabet hukukunda bu unsurların çıkarılacak kılavuzun kapsamının gereksiz yere dışında kalması sonucunu doğuracaktır.

Bu bilgiler ışığında Taslağın mevcut haliyle kabul edilmesi halinde iki farklı durum söz konusu olacaktır. Taslağın, Türk rekabet hukukunun Taslağa kadar süregelenmiş uygulanış biçimiyle olası bir tutarsızlığa yol açması durumunda uygulanmama riski doğacaktır. Böyle bir senaryoda, Taslağın hazırlanmasıyla ulaşılmaya çalışılan hukuki belirlilik ve şeffaflık hedeflerine tamamen zıt bir durum ortaya çıkacak ve Taslak, 6. madde üzerindeki mevcut duruma oranla daha karmaşık bir durum yaratabilecektir. Buna karşın, Taslaktaki düzenlemelerin bundan sonraki kararlarında Kurul'un temel dayanağı haline gelmesi durumunda, 6. madde uygulaması Taslak ışığında şekillenecektir. Böyle bir senaryoda ise, Kurul'un Taslaktaki düzenlemelerden farklı yorumlar içeren eski kararlarının, Kurul kararlarına itiraz mercii olan Ankara İdare Mahkemeleri ve Kurul kararlarının temyiz mercii olan Danıştay tarafından kendi kararlarına esas oluşturması ve böylece Taslağa aykırı kararlar verilmesi gündeme gelebilecektir. Hangi senaryo gerçekleşirse gerçekleşsin önce Türk rekabet hukukunda 6. madde alanında bir kılavuza ihtiyaç olup olmadığı sorusu cevaplanmalı, böyle bir ihtiyacın olması halinde hazırlanacak kılavuzun kapsamı ve hukuki rejimi incelenmeli, kılavuzda 6. madde ile izlenen veya izlenmesi gereken amaç tartışılmalı ve son olarak kılavuz taslağının içeriği eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilmelidir.

### **1. Türkiye'de 6. Madde Üzerine Bir Kılavuza İhtiyaç Var mıdır?**

Kılavuzlar (*guidelines*), idari otoritelerin gelecek uygulamalarında şeffaflık ve belirlilik sağlayan düzenlemelerdir. Kılavuzlar sayesinde gerek teşebbüsler gerekse teşebbüslerin rakipleri ve müşterileri, idari otoritelerin uygulamaları hakkında daha fazla bilgi sahibi olabileceklerdir. Rekabet politikasının şekillendirilmesinde kılavuzların önleyici amaçlarının

bulunduğu bilinmektedir. Kılavuzlar sayesinde teşebbüsler ticari hayatta yürüttüğü faaliyetleri sırasında hangi davranışlarının rekabet ihlali oluşturacağı konusunda daha fazla fikir sahibi olabilecek, öngörülen yaptırımlarla karşılaşmak istemeyen rasyonel teşebbüsler ise benzer türden davranışlar içine girmeyerek rekabet yasaları ile daha uyumlu hareket edebileceklerdir. Aynı şekilde teşebbüslerin davranışlarından zarar gören rakipleri veya müşterileri de idari otoritelere yapacakları ihbar ve şikâyetlerde kılavuzlardan yoğun olarak faydalanabilir, ilgili teşebbüslere karşı idari mekanizmalara veya yargı yoluna daha etkin başvurabileceklerdir.

Diğer taraftan idari otoriteler de kılavuzlar sayesinde eylem ve işlemlerinde şeffaf olduklarını iş dünyasına ve kamuoyuna gösterebilir, belli bir standartlaşmayı yakalayarak daha hızlı ve tutarlı bir karar alma mekanizması yaratabilirler. Ancak kılavuzlar, idari otoriteler için aynı zamanda taktir yetkilerinin gönüllü olarak sınırlanması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla idari otoriteler bir kılavuz çıkarma yoluna başvuracaksa, çıkarılacak kılavuzun içeriği titizlikle hazırlanmalı, ileride oluşabilecek olası tutarsızlıklar kılavuzlar henüz hazırlık sürecindeyken olabildiğince azaltılmalıdır. İdari otoritelerin bu bağlamda gerçekleştikleri bir uygulama da henüz taslak halindeyken kılavuzları kamuoyuyla paylaşıp görüş toplamak, daha sonra da bu görüşlerden yararlanarak taslak metinlere son şeklini vermektir. Rekabet Kurulu da uzun süreden beri çıkardığı kılavuz ve tebliğleri önce kamuoyu ile paylaşmakta ve kamuoyundan görüş talep etmektedir. Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin taslak da bunlardan biridir.

Kılavuzların teorik olarak değerlendirilmesinden sonra Türkiye'de 6. madde üzerinde bir kılavuza ihtiyaç olup olmadığı incelenmelidir<sup>8</sup>. Girişte de

---

<sup>8</sup> 6. madde üzerinde bir kılavuza ihtiyaç olduğu hususunda resmi bir tespit ve önerinin olduğu görülmektedir. Devlet Denetleme Kurulu'nun, Rekabet Kurumu'nun 2006, 2007 ve 2008 yılları arası faaliyet ve işlemleri hakkında hazırladığı 17.02.2010 tarihli ve 2010/7 sayılı Denetleme Raporu'nda, "hem AB ile uyum hem de teşebbüsler açısından hukuki belirliliğin artırılması ve Kanun'un etkin bir şekilde uygulanabilmesi bakımından... 4054 sayılı Kanunun en önemli ve tartışmalı hükümlerinden biri olan 6. madde kapsamındaki hakim durumun kötüye kullanılması konusunda kılavuz çıkarılması" önerilmiştir. Kaynak: <<http://www.tccb.gov.tr/ddk/ddk38.pdf>> Erişim tarihi: 06.09.2013

bahsedildiği üzere hakim durumun kötüye kullanılması alanı bugüne kadar Rekabet Kurulu'nun ikincil düzenleme yapmadığı tek alan olarak kalmıştır. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile özellikle birleşme ve devralmalar alanlarında Kurul birçok ikincil düzenlemeye imza atmış, bu alanlar sürekli gelişmiştir. Bunun bir sebebi de iş dünyasından gelen hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve şeffaflık taleplerinin bu alanlarda daha yoğun olarak görülmesidir. Örneğin Kurul'un rekabet ihlallerine karşı izlediği ceza politikasının ayrıntıları, bu bağlamda cezaların hesaplanması, hafifletici ve ağırlaştırıcı sebepler, tekerrür, zamanaşımı vb. unsurlar, pişmanlık başvurularında uygulanacak usul ve esaslar, birleşme ve devralmalarda eşikler ve ciroların hesaplanma yöntemleri vs. hakkında iş dünyası tarafından Kurula yöneltilen bilgi istekleri ve görüşler Kurul'un, Kanununun 4. ve 7. maddesi alanında çok sayıda ikincil düzenleme yapmasına neden olmuştur.

İkincil düzenlemelerin ağırlıklı olarak 4. ve 7. madde alanında gerçekleştirilmesinin en önemli sebeplerinden biri de bu düzenlemelerin nispeten “mekanik” bir nitelik taşımaları, teorik hususlar yerine doğrudan pratiğe yönelen unsurlar içermeleridir. Buna karşın, 6. maddenin hukuki ve ekonomik yönleri son derece karmaşık olup, doktrinde farklı yorumlara açıktır. Bu bağlamda ekonomistlerin üzerinde birleştiği genel geçer tek bir kötüye kullanma teorisi bulunmamaktadır. Hakim durumun tek taraflı davranışlarla kötüye kullanılması son derece tartışmalı bir kavram olup, kimi rekabet hukuku rejimleri bu alanda esnek (tüketici refahı odaklı) bir politika tercihinde bulunurken, kimileri daha müdahaleci (rakiplerin ve müşterilerin ekonomik özgürlüklerini koruyucu) bir yaklaşım benimsemektedirler. Dolayısıyla hazırlanacak kılavuz, Kurul'un tek taraflı davranışlara karşı yaklaşımı hakkında aydınlatıcı olacaktır. Kılavuzun hükümleri ve kılavuza hakim olan genel anlayıştan, Kurul'un hakim durumun kötüye kullanılması iddialarına karşı esnek mi yoksa müdahaleci mi bir politika benimseyeceği hakkında gerek hakim durumdaki teşebbüsler gerekse bu teşebbüslerin rakipleri ve müşterileri bilgi sahibi olabileceklerdir. Bu bağlamda hazırlanacak bir kılavuz Türk rekabet hukukuna katkıda bulunacaktır.

6. madde üzerine bir kılavuzun çıkarılmasında dikkate alınması gereken başka bir unsur Taslağın belli bir birikime dayanılarak ve yeterli sayıda Kurul ve mahkeme kararı gözetilerek hazırlanıp hazırlanmadığıdır. AB Rehberi'nin aynen alınması sonucu Taslaktaki düzenlemelerin kaynağı AB rekabet hukukundaki içtihatlar olacaktır. AB Rehberi incelendiğinde pek çok noktada Genel Mahkeme (*General Court*) ve Adalet Divanı'nın (*Court of Justice of the European Union*) kararlarına atıf yapıldığı görülmektedir. Taslağın incelenmesinde ise tek bir Danıştay kararı ile birkaç Kurul kararına yer verildiği anlaşılmaktadır<sup>9</sup>. Söz konusu kararlara yapılan atıfların ise hakim durumun tespiti üzerine olduğu, kötüye kullanma unsurunda hemen hemen hiçbir atfın bulunmadığı görülmektedir<sup>10</sup>. Bu bağlamda rekabete aykırı piyasa kapama, etkinlik savunması<sup>11</sup>, maliyet kavramları gibi Taslağın

<sup>9</sup> Taslakta bazı Kurul kararlarına ve tek bir Danıştay kararına dipnotlarda yer verilmekle birlikte, bunlara sadece Taslağın hükümlerine uygun düştüğü ölçüde yer verildiği; Taslaktaki düzenlemeler ile bağdaşmayan kararlardan çıkan sonuçların hiç dikkate alınmadığı düşüncesi oluşmaktadır.

<sup>10</sup> Bir akademik çalışmada 6. madde kapsamındaki Danıştay kararlarının, 6. madde alanında çıkarılabilecek bir kılavuza kaynaklık edebilecek nitelikte olmadığı iddia edilmiştir. Bu bağlamda Danıştay kararlarının gerekçelerinin oldukça kısa olduğu, Danıştay'ın benzer konulardaki içtihadına ve mehzaz mevzuat çerçevesinde alınan kararlara ya da doktrindeki tartışmalara hiç atıf yapmadığı, Kurul kararlarında kötüye kullanma davranışına ilişkin olarak ortaya konan genel çerçeveye itiraz etmeksizin sadece fiili durum özelinde değerlendirmeler yaptığı, dışlayıcı kötüye kullanmanın ne olduğu noktasında belli davranış türlerini örnek vermektense öteye gidemediği ve sadece değerlendirmenin somut olay bazında yapılması gerekliliğini vurguladığı ileri sürülmüştür. *Demiröz A ve Tunçel Ç*, Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği, Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu-II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2011

<sup>11</sup> Esasen etkinlik savunması (*efficiency defence*) Kurul'un birkaç kararında açıkça kabul görmüştür. Buna göre, hakim durumdaki teşebbüsün "*haklı gerekçeleri varsa ve/veya eylemlerini kendi iç etkinliği ile ilişkilendirebiliyorsa, bu durumda eylemler rakipler aleyhine rekabet şartlarını bozuyor olsa bile, uygulamanın normal karşılanması ve kötüye kullanma olarak değerlendirilmemesi*" gerektiği Kurul tarafından ifade edilmiştir. 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı. Benzer bir duruma 23.12.2009 tarihli ve 09-60/1490-379 sayılı **Turkcell GSM Kampanyaları** kararında da değinilmiştir: "*...hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yapılacak değerlendirmelerde göz önünde bulundurulması gerekli unsurlar, inceleme konusu eylem ya da sonuçların objektif ya da haklı ticari, ekonomik (etkinlik, üstün ürün) ve teknik (teknik imkansızlık) sonuçlara bağlı olup olmamasıdır.*" Yeni tarihli bir kararında Kurul, bunlara ek olarak ölçülük ilkesini de etkinlik savunmasının bir koşulu olarak göstermiştir. 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474

getirdiği yeni düzenlemelerde atıf bulunmamaktadır. Bu durumdan çıkan sonuç ise, bu düzenlemelerin AB Rehberi'nden aynen alındığı ve Türk rekabet hukukuna yeni olduğudur<sup>12</sup>. Dolayısıyla Ankara İdare Mahkemeleri'nin veya Danıştay'ın hukuki yorumlarını değil, bir idari mercii olan Rekabet Kurumu'nun “kendi kurallarını” göstermektedir.

Bu noktada Kurul'un kararlarındaki uygulamalar ile Ankara İdare Mahkemeleri veya Danıştay'ın kararlarındaki yorumların farklı yönlerde olması halinde Taslakla ulaşılmak istenen hedeflere ulaşılamama riski doğabilecektir. Benzer bir durum henüz Taslak kamuoyu görüşüne sunulmadan daha bir hafta önce ortaya çıkmıştır. Yukarıda adı geçen Taslağın 7. maddesine göre Kurul, hakim durum analizi yapmadan da kötüye kullanma unsurunun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırabilecektir. Ancak Ankara 11. İdare Mahkemesi, inceleme konusu Kurul kararını bozma gerekçelerinden biri olarak Kurul'un ilgili teşebbüsün hakim durumda olup olmadığını incelemeyi doğrudan kötüye kullanma niteliğindeki eylemlerin bulunup bulunmadığını incelediğini belirtmiş, bunun da “*doğru sonuçlara varılmasını engelleyece[ğine]*” karar vermiştir<sup>13</sup>. Bu karar, Taslağın 7. maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırıdır. Halbuki usul ekonomisine de uygun bu uygulama Kurul'un uzun süreden beri başvurduğu bir yöntemdir. Kurul'un uzun süreden beri uyguladığı, esasen pratik de olan, bir uygulamaya dahi aykırı karar verebilen itiraz merciinin,

---

sayılı **U.N. RO-RO** kararı (“[H]âkim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirilen eylem, ileri sürülen haklı gerekçe veya etkinlik için gerekli ve aynı zamanda orantılı olmalıdır.”) Söz konusu kararlara çıkarılacak kılavuzda atıf yapılması uygun olacaktır.

<sup>12</sup> Ancak Kurul'un Taslaktan önceki bazı kararlarında dahi AB Rehberi'ndeki düzenlemelere göndermede bulunduğu da görülmektedir. Örneğin 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı **Doğan Yayın Holding** kararında Kurul, AB Rehberi'ndeki rekabet karşıtı piyasa kapama kavramına atıfta bulunularak, hakim durumdaki teşebbüsün davranışlarının “*rekabet karşıtı dışlama/kapama potansiyeline sahip olmasının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırılık teşkil edeceği*” sonucuna varmıştır. Hatta aynı kararda, inceleme konusu olan hakim durumdaki teşebbüs bile yazılı savunmasında AB Rehberi'ne gönderme yapmış ve AB rekabet hukukundaki gelişmeler karşısında Kurul'un “*salt önceki döneme ait kararların emsal alınmasının doğru kabul edilmemesi*” gerektiğini savunmuştur. Başka bir kararda Kurul, yine AB Rehberi menşeli bir analiz olan, yıkıcı fiyatlamının değerlendirilmesinde eş etkin rakip testini (*as efficient competitor test*) uygulamış ve AB Rehberi'ndeki maliyet kavramlarını esas almıştır. 06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı **Kale Kilit** kararı

<sup>13</sup> Ankara 11. İdare Mahkemesi, 11.07.2013, E.2012/1727, K.2013/1083



Taslağın yepyeni ve nispeten karmaşık düzenlemeleri karşısında, Taslağın hükümlerine aykırı başkaca kararlar verebilmesi evleviyetle (*a fortiori*) mümkündür. Bu durumun göz ardı edilmemesi gerektiğine rağmen yine de kılavuz çıkarılmasına engel olmayacağı düşünülmektedir.

Son olarak, Taslak AB Rehberi'nden aynen alınmak suretiyle hazırlandığına göre, AB Rehberi'nin çıkarılmasında etkili olan nedenlerin Türk rekabet hukuku açısından da geçerli olup olmadığı üzerinde durulabilir. AB Rehberi, ABİDA 102. maddenin reform sürecinde çıkarılmış bir metin olup, yıllardır AB Komisyonu'na yöneltilen, kararlarının şekilci (*formalistic*) olduğu ve hatalı pozitiflere (*false positives*) yol açtığı eleştirilerine karşı bir bakıma AB Komisyonu'nun cevabıdır. AB Rehberi'ndeki düzenlemeler, AB Komisyonu'nun tüketici refahı odaklı bir yaklaşım benimsemesi sonucu, etki-bazlı incelemeler ve ağırlıklı olarak ekonomik analizler yapılmasını öngörmektedirler. Dolayısıyla bu düzenlemeler AB rekabet hukukunda oluşan bir ihtiyacın sonucunda AB Rehberi'nde yer almıştır. Bildiğimiz kadarıyla, bugüne kadar Rekabet Kurulu'na 6. madde alanında böyle eleştirilerde bulunulmamış, kararlarda daha somut kanıtların kullanılması talebi hariç tutulursa, daha fazla ekonomik analizin yapılması yönünde AB'deki gibi ciddi talepler gelmemiştir.

Daha fazla ekonomik analizin yapılması yönünde tutarlı ve ciddi bir talep bulunmadan Kurul'un kendiliğinden böyle bir yaklaşım izleyeceğini Taslakta ifade etmesi Türk rekabet hukukunun gelişim sürecinde geldiği başarılı noktayı gösterse de<sup>14</sup>, dosya konusu tek taraflı davranışın pazarda yol açtığı rekabet karşıtı etkilerin daha ayrıntılı incelenecek olması, Kurul'un karar alma sürecinde daha fazla kaynak kullanımı gerektirecek ve bunun da bir maliyeti olacaktır. Buna ek olarak, Kurul tarafından daha fazla ekonomik

---

<sup>14</sup> Ekonomik analiz yapılması konusunda Kurul'un daha duyarlı olmaya başladığı ve rekabet ekonomisi açısından daha detaylı analizlerin Kurul kararlarında yer almaya başladığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, Kurul kararlarında basit korelasyon veya fiyat ya da girdi çıktı analizlerinden ekonometriye bir geçiş yaşandığı ve Kurum bünyesinde çalışan sanayi ekonomisi doktorası sahibi personelin sayısında artış görüldüğü kaydedilmiştir. Hatta Kurul'un da daha detaylı ekonomik analizler istediğini net olarak belirttiği iddia edilmiştir. Şenyücel O, 2011 Yılında Türk Rekabet Hukuku ve İktisadındaki Güncel Gelişmeler ve 2012'ye Bakış, Rekabet Hukuku ve İktisadında Güncel Gelişmeler Sempozyumu X, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2012

analiz yapılsa dahi, benzer bir yaklaşımın Ankara İdare Mahkemeleri ve Danıştay tarafından benimsenmesi, bu mahkemelerin mevcut iş yükleri ve rekabet hukukundaki uzmanlık seviyeleri dikkate alındığında, kolay olmayacaktır. Ayrıca çıkarılacak kılavuz, Kurul'un 6. madde alanındaki taktir yetkisini de sınırlandıracaktır. Sonuç olarak Kurul, 6. madde kılavuzuyla ulaşacağı hukuki belirlilik, şeffaflık ve önleyicilik hedeflerini terazinin bir tarafına; taktir yetkisinin kısıtlanmasını ve daha fazla kaynak kullanma sonucu oluşan maliyetleri terazinin diğer tarafına koyarak bir fayda-maliyet analizi yapmalıdır. Düşüncemize göre çıkarılacak kılavuzun faydaları bu terazide daha ağır basacaktır. Kurul zaten hâlihazırda etki-bazlı bir inceleme yöntemi kabul etmiş olup, isabetli olarak dışlayıcı eylemin amacı yerine etkilerini incelemektedir<sup>15</sup>.

## 2. 6. Madde Kılavuzunun Kapsamı Nasıl Belirlenmelidir?

Kılavuzlar düzenledikleri alanlara yönelik olarak belli bir kapsamda hazırlanırlar. Kılavuzların kapsamı genellikle giriş paragraflarında açıkça belirtilir. Kılavuzların kapsamlarının dar veya geniş olması bir politika tercihi olsa da kapsamın belirlenmesinde kılavuzun hangi gerekçelerle dar tutulduğu veya geniş bir kapsama sahip olduğunun açıklanması, kılavuzun uygulanabilirliğini ve inandırıcılığını artıracak bir etkiye doğuracaktır. Kapsam bakımından Taslak, AB Rehberi'ne paralel olarak, sadece dışlayıcı kötüye kullanmalarla (*exclusionary abuses*) sınırlı tutulmuş olup, sömürücü

<sup>15</sup> Bkz 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı (“[E]ylemlerin gerçekten kötüye kullanma olup olmadığını ortaya koymak için sadece “zorlaştırma niyeti” olduğunun ortaya konulması yeterli değildir. Bu bağlamda doğru değerlendirme yapmak için, bu eylemlerin gerçekleştiğinin ve sonucunda pazardaki rekabetçi süreç üzerinde olumsuz olarak fiili veya potansiyel etkiler gösterdiğinin ortaya konulması gerekmektedir.”); 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı (“[D]ışlayıcı karakterdeki bir eylemin varlığından bahsedilmesi, hakim durumdaki teşebbüsün incelemeye konu davranışının pazarda yaratacağı etkilerin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle öncelikle fiyat sıkıştırması ve yıkıcı fiyat iddiaları kapsamında ihlal olduğu öne sürülen fiillerin değerlendirmeleri etki bazlı bir analiz neticesinde yapılmıştır.”); 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı **Doğan Yayın Holding** kararı (“[K]ararda ilgili pazar, ilgili pazardaki indirim sistemlerinin uygulandığı reklam tarifeleri ve söz konusu indirim sistemleri pazarın bütününe kapsayacak şekilde ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuş, ardından Doğan Medya Grubu indirim sistemleri gerek dışlama potansiyeli gerek etki bakımından oldukça kapsamlı ve nitelikli analizlere tabi tutulmuştur.”)

(*exploitative abuses*) ya da ayrımcılık yoluyla kötüye kullanma (*discriminatory abuses*) halleri konusunda sessiz kalmaktadır. Taslakta niçin böyle bir tercihte bulunulduğu üzerinde düşünülmelidir. Dışlayıcı kötüye kullanmalar, diğer iki tür kötüye kullanmalara göre uygulamada daha yaygın olarak görülmekte ise de bu durum, söz konusu diğer iki tür kötüye kullanma hallerinin Taslakta yer almaması için bir gerekçe olmamalıdır.

Sömürücü kötüye kullanmaların çıkarılacak bir taslakta yer alması düşünülebilir. Öncelikle sömürücü kötüye kullanmalar tüketici refahını doğrudan etkilemekte; fiyat artışlarına, ürün çıktı seviyesinde düşümlere, ürün çeşitliliğinin azalmasına, teknolojik ilerlemenin durmasına vb. neden olmaktadır. Neoklasik ekonomi tekel konumundaki teşebbüsün yol açacağı bu türden zararlı sonuçlara işaret etmektedir. Sömürücü kötüye kullanmalarla mücadelenin ve bu bağlamdaki yaptırım politikasının rekabet hukukunda en zor alanlardan biri olduğu bilinmektedir. ABD rekabet hukukunda sömürücü kötüye kullanmalar, etkinliğin ve rekabetçi yarışta önde gelmenin bir sonucu olarak, rekabet ihlali olarak nitelendirilmemekte; AB rekabet hukukunda ise teorik olarak böyle bir bakış açısı bulunmamakla birlikte, eski tarihli birkaç kararın dışında genel olarak müdahale konusu olmamaktadır. Bu doğrultuda sömürücü kötüye kullanmalar, AB Rehberi'nin kapsamı dışında da tutulmuştur. Elbette bu durum bir rekabet politikası tercihidir, ve ABD ve AB rekabet hukukunda hakim olan bir anlayışın doğrudan Türk rekabet hukukunda da geçerli olacağı savı doğru değildir; Türkiye'nin gerekleri farklılaşabilmektedir.

Türkiye'de uzun süre hakim olmuş devletçi anlayış sonucu piyasalarda kamu tekelleri yoğun olarak görülmektedir. Kamu işletmeciliğinde sıkça rastlanan maliyet etkinsizliği (*x-inefficiency*) sonucu, halen kamunun elinde kalmış teşebbüsler açısından aşırı fiyatlamanın gündeme geleceği düşünülebilir. Ayrıca, tarihi ve kültürel birtakım toplumsal özelliklerimiz sonucu sömürücü kötüye kullanmalar ve özellikle fahiş fiyatlar Türk toplumunda tarih boyunca hoş karşılanmamıştır. Aşırı fiyatlama etkinliğin bir sonucu ya da rekabette kazanmanın bir ödülü olarak hiçbir zaman nitelendirilmemiş, tam tersine kamu vicdanı ile bağdaşmayan bir uygulama olarak algılanmıştır. Türkiye tarihinde ambargolarla ve gıda

darlıklarıyla karşılaşmış, sık sık görülen karaborsa uygulamaları sonucu tüketici refahı zedelenmiştir. Türk toplumunun bu yönü Türk rekabet hukuku uygulaması tarafından içselleştirilmeli ve Taslağın son hali verilirken üzerinde tekrar durulmalıdır<sup>16</sup>. Örneğin Taslakta hakim durumdaki teşebbüsün tekel (*monopoly*) veya tekele yakın (*quasi-monopoly*) konumda bulunduğu, ilgili pazarın regüle edilmediği ve sömürücü kötüye kullanmanın esasen pazar yapısı sonucu gerçekleşmediği durumlarda, sınırlı bir müdahalede bulunulabileceği belirtilebilir.

Ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmalar konusunda da Taslağın, Kurul'un yaklaşımını ve yorumunu gösteren bilgiler içermesi faydalı olacaktır. Dışlayıcı kötüye kullanmalardan farklı olarak ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmaların ayırt edici özelliği ikinci seviye zarara (*secondary line injury*) neden olmaları, başka bir deyişle hakim durumdaki teşebbüs ile rekabet içerisinde olmayan dağıtıcıları veya müşterileri arasında rekabeti bozma potansiyelleri bulunmalarıdır. Bu durum gerek AB gerekse Türk rekabet hukukunda farklı sonuçlara yol açmış ve ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmalar, birincil seviye zarara (*primary line injury*) yol açan dışlayıcı kötüye kullanma hallerine de, örneğin indirim sistemleri, seçici fiyatlama, sözleşme yapma reddetme, çelişkili bir biçimde uygulanmıştır. Dikey entegre olan hakim durumdaki teşebbüsler ile dikey entegre olmayan hakim durumdaki teşebbüslerin, alt pazardaki müşterileri arasındaki rekabeti bozma istek ve motivasyonları aynı olup olmayacağı da bu alanda tartışmalı bir konudur<sup>17</sup>. Taslakta bu rekabet zararları hakkında bilgiler verilir, ayrımcılık

---

<sup>16</sup> Kurul özellikle ilk yıllarındaki kararlarında sömürücü davranışlarla mücadele etmişse de daha sonra sömürücü kötüye kullanmaların 6. maddenin ihlaline yol açtığına dair kararlar vermemiştir. 06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı **BELKO** kararında Kurul'un şu analizi dikkat çekicidir: "...rekabet hukukunun temel amacı, yoğunlaşmadan kaynaklanan sorunların ortadan kaldırılması ve özellikle toplumun aşırı fiyatlardan korunması olduğuna göre, buna sebep olan uygulamaların başında gelen tekelci fiyatlamasının tolere edilmesi bu amaca aykırıdır." Kısmen eski tarihli olan bu karar aynı zamanda bugüne kadar Kurul'un sömürücü kötüye kullanma alanında verdiği tek karar olma özelliğini taşımaktadır. Sömürücü davranışların ve bu arada aşırı fiyat uygulamanın, 6. maddeye aykırılık oluşturacağı Danıştay tarafından da kabul edilmiştir. Danıştay 13.D, 21.10.2011, E.2009/6978, K.2011/4589

<sup>17</sup> 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı **Sanofi Aventis** kararında Kurul, dikey entegre olmayan hakim durumdaki teşebbüsün ecza deposu faaliyeti yürüten müşterilerine farklı vadeler uygulamaya başlayarak satış koşullarını değiştirmesi sonucu 6. maddeyi ihlal

suretiyle kötüye kullanmaya karşı Kurul'un yaklaşımı tartışılabilir. Taslağın 23. maddesinde ifade edilen “*hâkim durumdaki teşebbüsün kendisiyle rekabet içerisinde bulunmayan müşterilerine yönelik olan davranışları sonucunda alt pazardaki teşebbüslerin bir kısmının pazardan dışlanması*” durumunun dışlayıcı kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi, Kurul'un ayrımcılık içeren davranışlara yönelik yaklaşımı hakkında bilgi vermekle birlikte Taslakta daha fazla açıklamanın yer alması yol gösterici olacaktır.

Ayrıca 6. maddenin (b) bendi “*eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürererek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması*”nı yasaklamaktadır. Bu madde ABİDA 102. madde (c) bendinden farklı olarak “rekabette dezavantajlı duruma düşme” koşulunu aramamaktadır. Ancak bu koşul olmadan, başka bir deyişle bir rekabet zararı bulunmadan, maddenin aslında rekabet yanlısı (*pro-competitive*) tek taraflı davranışlara da uygulanma riski doğmaktadır. Herhangi bir rekabet zararı olmaksızın, eşit durumdaki alıcılara farklı şartlar ileri sürmenin toplumsal refah üzerindeki etkilerinin mutlaka olumsuz olacağını söylemek yanlış olacaktır. Haklı olarak Kurul bir kararında ayrımcılık suretiyle kötüye kullanmanın üç şartı arasında “*uygulamanın alıcı konumundaki rakiplerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı hale getirmesi*” şartını aramıştır<sup>18</sup>. Madde metninden anlaşılamayan, Kurul'un kararlarında açıklığa kavuşan bu şartın ve ayrımcı kötüye kullanmaya ilişkin diğer şartların Taslakta yer alması Taslağı daha fazla yol gösterici hale getirecektir.

Kapsam konusunda üzerinde durulması gereken başka bir nokta da, 6. maddenin bizzat madde metninde adı geçen, hakim durumun birlikte kötüye kullanması ile hakim durumdaki teşebbüslerin başkaları ile yapacağı *anlaşmalar* suretiyle kötüye kullanılmasıdır. AB Rehberi hakim durumun

---

ettiğine karar vermişken, 20.03.2008 tarihli ve 08-25/261-88 sayılı **Gillette** kararında, yine dikey entegre olmayan hakim durumdaki teşebbüsün dağıtıcı konumundaki müşterilerinden bazılarının sözleşmelerini sonlandırması karşısında Kurul, söz konusu teşebbüs ile müşterileri arasında rekabet ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle 6. maddenin ihlal edilmediğini ifade etmiştir.

<sup>18</sup> 26.05.2005 tarihli ve 05-36/453-106 sayılı **Coca Cola/TAB Gıda** kararı

birlikte kötüye kullanılmasını kapsam dışı bırakmıştır. Hakim durumun başkaları ile yapılan anlaşmalar suretiyle kötüye kullanılması ise Türk rekabet hukukuna özgü ve tartışmalı bir kavramdır. Kılavuzun amacı hukuki belirlilik sağlama ise bu durum mutlaka açıklığa kavuşturulmalıdır. AB Rehberi'nin aynen alınması böylelikle Türk rekabet hukukunun gereklerini bu noktada görmezden gelecektir. Hakim durumdaki teşebbüslerin başkaları ile yapacağı anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine girip girmediği, neden girdiği veya girmediği belirtilmeli, ya da hangi hallerde 4. ve 6. maddenin beraber uygulanacağı açıklanmalıdır<sup>19</sup>. Hakim durumun birlikte kötüye kullanılması ise gerek AB gerekse Türk rekabet hukukunda fazla gelişmemiş ve üzerinde durulmamış bir alan olduğundan, bu kavrama Taslakta yer verilmemesi isabetli olmuştur.

Son olarak Taslağın 6. maddenin coğrafi olarak uygulama alanını belirten bir kapsam maddesi içermesi düşünülebilir. 4054 sayılı Kanun'un 2. maddesi her ne kadar Kanunun uygulama alanını açık ve net olarak belirtmiş olsa da, 6. madde üzerinde bir taslağın benzer bir hükmü içermesi, Kanun hükmünün tekrarı dahi olsa, daha kapsamlı ve açıklayıcı bir kılavuz olma özelliği kazandıracaktır. 6. maddenin madde metninde adı geçen "ülkenin bütününde ya da bir bölümünde" ifadesine işlerlik kazandırılabilir. Taslak daha çok 6. maddenin hâkim durum ve kötüye kullanma unsurları üzerinde durmakta ve bu unsuru ihmal etmektedir. Çıkarılacak kılavuzun genel olarak

<sup>19</sup> Kurul bir kararında dışlayıcı kötüye kullanmaları, "*davranışsal*" kötüye kullanma ile "*anlaşmalar kanalıyla*" kötüye kullanma şeklinde ikiye ayırmıştır. Davranışsal kötüye kullanmaların, "*davranış*" şeklinde kendilerini göstereceğini belirtmiş ve örnek olarak sözleşme yapmayı reddetme ve ayrımcılığı göstermiştir. "Anlaşmalar kanalıyla" dışlayıcı kötüye kullanmaların ayırt edici özelliğinin ise, ortada bir anlaşmanın var olması ve kötüye kullanmanın bu anlaşma hükümleri ile gerçekleşmesi olduğu belirtilmiştir. Yatay ya da dikey olabileceği öngörülen bu anlaşmaların, "*hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerini pazar dışına itmesi durumunda kötüye kullanma olarak*" değerlendirileceği kaydedilmiştir. 25.03.2004 tarihli ve 04-22/231-48 sayılı **Yemek Sepeti** kararı. Esasen çok da açıklayıcı olmayan bu değerlendirmelere yinede çıkarılacak kılavuzda yer verilmeli ve bu konu daha kapsamlı bir şekilde ele alınmalıdır. Düşüncemize göre anlaşmalar kanalıyla kötüye kullanmadan kastedilen aslında bayilerle olan münhasırlık ilişkisidir. Zira anlaşmanın bayiler yerine rakipler seviyesinde yapılması halinde 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin gündeme gelmesi gerekmektedir. Münhasırlık doğası gereği anlaşmalar suretiyle gerçekleştirilebilmektedir, ancak davranışsal ve anlaşmalar kanalıyla kötüye kullanma tarzı bir ayırım gereksiz yere karışıklık yaratmaktadır. En kesin çözümün 6. maddedeki "başkaları ile yapacağı anlaşmalar" ibaresinin kaldırılması olduğu düşünülmektedir.

bir 6. madde kılavuzu mu olacağı yoksa sadece kötüye kullanma kılavuzu mu olacağına dikkat edilmeli, düşüncemize göre 6. madde kılavuzu olmasına özen gösterilmelidir.

### 3. 6. Madde Kılavuzunun Hukuki Rejimi Nasıl Olmalıdır?

Hukuken kılavuzlar, idari otoritelerin uygulamaları hakkında yol gösterici bir özelliğe sahip yine bizzat idari otoritelerin kendileri tarafından çıkarılan ve bağlayıcı bir özellik taşımayan hukuki araçlardır. Çıkarıldıkları kılavuzlara bağlı kalmak idari otoritelerin taktir yetkisi altında olsa da kılavuzlara güvenerek ticari hayatta faaliyetlerini yürüten teşebbüsler açısından haklı beklenti (*legitimate expectations*) oluşturabileceğinden kılavuzlardan keskin dönüşler yapılması halinde idari otoriteler haklı gerekçe vermelidirler. Kimi durumlarda teşebbüslerin bu haklı beklentilerinin, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde yargı organları tarafından korunduğu görülmektedir<sup>20</sup>. Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun, kararlarında çıkarılacak kılavuzu içselleştirmesi ve kılavuzla bağlı kalması için Taslak titizlikle hazırlanmalıdır.

Daha önce de belirtildiği üzere Taslak, AB Rehberi'nden aynen Türk rekabet hukukuna alınmıştır. Taslağın, AB Rehberi'nden belki de en temel farkı hukuki niteliğidir. AB Rehberi adından da anlaşılacağı üzere bir “rehber”dir (*guidance*); bir “kılavuz” (*guidelines*) olarak çıkarılmamıştır. Bunun nedeni AB rekabet hukuku doktrininde, Genel Mahkeme ve Adalet Divanı'nın, AB Rehberi'nden önce verdiği kararlara bağlanmıştır. Komisyon AB Rehberi'ni etki-bazlı ve tüketici refahı odaklı olarak hazırlamış, ancak AB Mahkemeleri'nin eski içtihatları daha çok şekilci ve ekonomik özgürlükleri koruyucu bir biçimde şekillenmiştir. Komisyon ABİDA 102. madde reform çalışmalarında bu dar boğazla karşılaşmış ve meseleyi, AB Rehberi'ni “uygulama öncelikleri”ni (*enforcement priorities*) içeren bir metin olarak kaleme alarak aşmaya çalışmıştır. Böylece Komisyon, bundan sonra AB Rehberi'ndeki düzenlemeler ışığında 102. maddenin yorumlanması gerektiğini değil, yalnızca bu düzenlemelerde ifade edilen hallerde uygulamada harekete geçeceğini (*prioritisation*) vurgulamaktadır.

---

<sup>20</sup> Bu yönde bir karar için bkz. Case C-189/02 P, *Dansk Røerindustri and others v Commission* [2005] ECR I-5425

Benzer bir durum Türk rekabet hukuku açısından geçerli değildir. Hatta Türk hukukunda “rehber” ile “kılavuz” ayrımının birbirine göre ne ölçüde farklılaştığı bile kesin değildir. Türk rekabet hukuku, mehz AB rekabet hukukundan farklı bir şekilde, Rekabet Kurulu’nun kararları ile gelişmiş ve şekillenmiştir. Danıştay uzun bir süre Kurul kararlarını usuli yönlerden incelemiş, esas incelemesi son yıllar dışında sınırlı kalmıştır. 6352 sayılı Kanun<sup>21</sup> ile 2012 yılından bu yana Kurul kararlarına karşı itiraz mercii de değişmiş ve Ankara İdare Mahkemeleri olmuştur. Bu değişiklikle Kurul kararlarının yargısal denetimi görece uzmanlaşmış Danıştay 13. Dairesi’nin incelemesinden çıkarılmış (daha doğru bir ifadeyle Danıştay, Kurul kararlarına itiraz merciiinden, Kurul kararlarını temyiz mercii haline getirilmiş) ve Türk rekabet hukukunun gelişimi Kurul’un daha fazla inisiyatifine kalmıştır. Sonuç olarak Taslağın kılavuz ya da rehber olması Türk rekabet hukukunda fark yaratıcı bir sonuç doğurmayacaktır. Ancak Kurul’un daha önceki ikincil düzenlemeleriyle terim birliğinin sağlanması açısından “kılavuz” ifadesi yerindedir.

Taslağın incelenmesinden çıkan başka bir sonuç da, yine AB Rehberi’nden farklı olarak, Taslağın Kurul’un uygulama önceliklerini içermemesidir. Her ne kadar içeriği AB Rehberi ile aynı olsa da, Taslak maddi hükümler içermektedir. Başka bir deyişle, Taslakta birtakım kötüye kullanma durumlarının diğerlerine göre Kurul’un iş yükünde öncelikle ele alınmasına yönelik bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durum Rekabet Kurumu’nun iç işleyişine yönelik bir politika tercihi olup, düşüncemize göre isabetli bir tercihtir<sup>22</sup>. Ancak bu durum Taslağın çok iyi hazırlanmasını gerektirmektedir. Zira AB Rehberi uygulama önceliklerine girmeyen hallerde herhangi bir hakim durumun kötüye kullanılması olmayacağını ifade etmemektedir. Aksine AB Rehberi’nin kapsamına girmeyen ihlal

---

<sup>21</sup> 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Erteleenmesi Hakkında Kanun, RG 28344, 05.07.2012

<sup>22</sup> Bir çalışmada, Rekabet Kurulu’nun uygulama önceliklerini belirleyerek rekabetin en çok bozulduğu ve tüketicilerin en çok zarar gördüğü uygulamalara ağırlık vermesinin faydalı olacağı ileri sürülmüştür. *Madan Z, ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 85, Ankara, 2009*



iddiaları, AB üyesi devletlerin yerel mahkemelerinde ileri sürülebilmektedir. Rekabet ihlallerinin incelenmesinde idari kovuşturma yolunu uygulayan Türkiye için ise böyle bir durum söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle, Taslağın kapsamına girmeyen iddialar hakim durumun kötüye kullanılmadığı sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla, çıkarılacak kılavuzda hakim durumun kötüye kullanılması kavramı çok iyi bir şekilde tanımlanmaya çalışılmalıdır.

Bu ince ayrıntılardan ötürü Taslakta, kapsamlı ilgili bilgilerin bulunması faydalı olacaktır. Örneğin bu Taslağın sadece Rekabet Kurumu'nun 6. madde üzerine yorumlarını içerdiği, Ankara İdare Mahkemeleri ve Danıştay üzerinde herhangi bir bağlayıcı etkisinin bulunmadığı, bu mahkemelerin yorumlarının saklı kalacağı belirtilebilir. Buna ek olarak Taslağa göre hakim durumun kötüye kullanılmasına yol açmayan durumların, mesela tüketici zararı bulunmadan sadece rakiplerin dışlandığı davranışların, akıbeti açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu bağlamda “*Taslağın kapsamına girmeyen durumlar, 6. maddenin uygulamasını engellemez*” gibi bir ifadenin, Taslağın giriş kısımlarında yer alması isabetli olacaktır. Bu noktada, Taslağın 6. maddesinde Taslaktaki düzenlemelerin “*dosya bazında her olayın kendine has şartları dikkate alınarak uygulanacağı*[nın] *göz önünde bulundurul*[acağı]” ibaresi isabetli fakat yetersizdir.

#### **4. 6. Madde Kılavuzunda İzlenen veya İzlenmesi Gereken Amaç Ne Olmalıdır?**

Genel ve soyut bir norm olan 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi, tıpkı ABİDA 102. madde gibi, hakim durumun kötüye kullanılmasından bahsetmekte, bu bağlamda birkaç örnek saymakta, ancak hakim durumun kötüye kullanılması kavramını tanımlamamaktadır. Son derece muğlak olan bu kavramın yorumlanması, ABD rekabet hukuku geleneğinden gelen rekabet hukukunun bir olay hukuku (*case law*) özelliği taşıması sonucu, idari otoritelere ve yargı makamlarına bırakılmıştır. Esasen tek taraflı bir davranışın hakim durumun kötüye kullanılması sonucunu doğurup doğurmadığında belirleyici faktör, ilgili maddeyle izlenen amaç olacaktır. Bu bağlamda izlenen amaca aykırı veya zarar verici davranışlar, hakim

durumun kötüye kullanılması sayılarak ihlal olarak değerlendirilecektir. Hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan maddeler ile tüketici refahının artırılması, ekonomik özgürlüklerin korunması, hakkaniyet ve eşitliğin sağlanması, küçük veya orta ölçekli teşebbüslerin korunması, tek pazar entegrasyonun sağlanması, serbestleşme ve özelleştirmenin kolaylaştırılması vb. çok sayıda amaç izlenebilir. 4054 sayılı Kanun'un Genel Gereğesi'nde de rekabet hukukunun izlediği (veya izlemesi gerektiği) birçok amaç sayılmıştır<sup>23</sup>.

AB Rehberi'nin yayınlanmasının belki de en temel sebebi Komisyon'un ABİDA 102. madde ile izlenen amacın değişmesini sağlamaya çalışmasıdır. Kendisine yıllarca yöneltlen yoğun eleştiriler sonucu AB Komisyonu ABİDA 102. madde üzerine bir reform çalışması başlatmış ve geçmiş uygulamalarında genellikle hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin ve müşterilerinin ekonomik özgürlüklerini koruyan şekilci bir yaklaşımdan (*Ordoliberalism*), tüketici refahını koruyan etki-bazlı bir yaklaşıma doğru bir amaç değişikliği gerçekleştirmeye çalışmıştır. AB Rehberi aynı zamanda rakiplerin yerine, etkin bir rekabet sürecinin korunması gerektiğini; tüketicilere daha azını sunan teşebbüslerin piyasadan silineceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla AB Rehberi bizzat ABİDA 102. maddede yapılan bir amaç değişikliğine hizmet etmekte olup, amaç konusu

<sup>23</sup> Gereğçe'de genel kabul görmüş temel amacın “rekabet sürecinin ya da serbest rekabetin muhafazası” ve “etkin rekabetin korunması” olduğu ifade edilmiştir. Rekabet sürecinin korunması sonucu kaynakların etkin dağılımı ve “artan ekonomik verimlilik” ile birlikte “genel refaha” olumlu katkıların sağlanabileceği belirtilmiş, bu bağlamda “daha verimli üretim”, “daha az kaynak kullanımı”, “daha az maliyetle üretim yapılması” ve “teknolojik yenilikler ve gelişmeler” örnek olarak sayılmıştır. Böylece rekabetin “tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması sonucunu” doğuracağına vurgu yapılmıştır. Buna ek olarak Gereğçe'de, bazı “ikincil amaçlara” ulaşılmanın da hedeflendiği belirtilmiştir. Bu bağlamda “küçük işletmelerin korunmasına yardımcı olunması”, “piyasada doğruluk ve dürüstlüğün yaygınlaşmasına katkıda bulunulması”, “enflasyonun aşağıya çekilmesi” ve “girişimci ruhun yeniden canlandırılması” üzerinde durulmuştur. Gereğçe, 4054 sayılı Kanun'un bu amaçlardan hangisini benimsediği veya birinin diğerine tercih edilip edilemeyeceği gibi konularda sessiz kalmaktadır. Ayrıca bunların başlı başına birer “amaç” mı olduğu yoksa sadece rekabetin olumlu sonuçları mı olarak ele alındığı tartışılabilir. Düşüncemize göre en başta tüketici refahına ve toplumsal refaha yapılan vurgu, 4054 sayılı Kanunla refaha dayalı bir amaç (*welfarist*) benimsenmek istendiğini göstermektedir. Zira diğer amaçların “ikincil amaç” olarak nitelendirilmesi de bu düşünceyi pekiştirmektedir.

AB Rehberi ile birlikte büyük bir önem kazanmıştır. AB Rehberi'nin aynen alınması sonucu Taslakta izlenen amacın ve bu amacın Türk rekabet hukukuna uygunluğu tartışılmalıdır.

Taslakta 6. maddeye atfedilen amacın tüketici refahının korunması olduğu ilk bakışta görülmektedir. Taslağın 2. maddesi amaç konusunda bir hayli bilgi içermektedir. İlk olarak, hakim durumdaki teşebbüslerin “*tüketici refahını azaltıcı nitelikteki eylemleri*” hakim durumun kötüye kullanılması sonucunu doğurmakta olduğu ve 4054 sayılı Kanun tarafından yasaklandığı ifade edilmektedir. Böylelikle 6. maddeyle izlenen amacın tüketici refahının artırılması olduğu açıkça kabul edilmiştir. Yine Taslağın 22. maddesinde kötüye kullanma, “*hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak doğrudan ya da dolaylı olarak tüketici refahını azaltması muhtemel davranışlarda bulunmaları*” olarak tanımlanmıştır. Buna ek olarak 2. maddenin madde metninde, tüketici refahıyla yakından ilgili bir kavram olan “etkinlik” (*efficiency*) ibaresi de kullanılmakta ve hakim durumdaki teşebbüslerin “*kendi iç etkinlikleri sonucu rekabette ön plana çıkmaları*”nın hakim durumun kötüye kullanılması sonucunu doğurmayacağı vurgulanmaktadır<sup>24</sup>. Bu bağlamda hakkaniyetli

<sup>24</sup> Etkinliğin Kurul kararlarında hukuka uygun rekabet yanlısı tek taraflı davranış ile hakim durumun kötüye kullanılmasına yol açan hukuka aykırı tek taraflı davranış arasındaki sınırın çizilmesinde belirleyici bir rol oynadığı görülmektedir. Bkz. 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı (“*Rekabet Hukuku tarafından korunan temel husus hakim durumdaki teşebbüslerin bu hakim durumlarını kendi iç etkinlikleri ile sürdürdükleri durumlarıdır. Diğer yandan, bu teşebbüslerin kendi iç etkinliklerinden bağımsız yöntemlerle bu konularını korumaya veya güçlendirmeye çalışmalarının kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerekir...[B]ütün teşebbüslerin amacı pazarda tek ve en iyi olmaktır. Ancak teşebbüslerin bu amaçlarını etkinlikten bağımsız olan yöntemlerle rakiplerini dışlayarak gerçekleştirilmeye çalışmaları rekabetten beklenen faydalarla bağdaşmadığından anılan kapsamdaki eylemler Rekabet Hukukunda yasaklanmıştır.*”); 23.08.2002 tarihli ve 02-49/634-257 sayılı **Karbogaz** kararı-I (“*Rekabet teşebbüsleri arası bir yarış ise, teşebbüslere bu yarış ortamında kendi iç etkinlikleri ve dinamiklerinden kaynaklanan imkanlarını pazarda diğer rakiplerinin önüne geçmek üzere kullanma imkanı tanınmalıdır.*”); 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı **Sanofi Aventis** kararı (“*[T]eşebbüs kötüye kullanma olarak nitelendirilen fiilden ekonomik anlamda çeşitli faydalar elde etmeyi de bekleyebilir. Söz konusu ekonomik faydanın ise etkinlik analizi çerçevesinde ele alınması gerekmektedir... Bu analizde, elde edilmesi beklenen faydaların ortaya çıkan zararlarla karşılaştırılması yapılmak suretiyle uygulamanın net etkisi ortaya konulmaktadır.*”)

rekabetin (*competition on the merits*) hakim durumun kötüye kullanılmasına yol açmayacağı; etkinlik artışına yol açan davranışların, etkinlik artışı yerine rakibin ticari faaliyetlerini zorlaştırma amaçlı davranışlara göre hakkaniyetli rekabet teşkil edeceği de madde metnine eklenebilir<sup>25</sup>.

Esasen hakim durumdaki teşebbüslerin hiçbir etkinlik artışı yaratmayan sadece rekabetin kısıtlanması amacına yönelik tek taraflı davranışlarının rekabet karşıtı (*anti-competitive*) etkiler doğuracağı varsayımını içeren AB Rehberi'nin 22. maddesinin Taslağa alınmadığı görülmektedir. Ancak AB Rehberi'nin 22. maddesinde ifade edilen durum, Kurul'un AB Rehberi'nden önce verilmiş 2007 tarihli bir kararında kendine yer bulmuştur. Bu kararda Kurul, "*hakim durumdaki firmanın herhangi bir davranışı verimlilik artışına dönük değil de yalnızca rakiplerin faaliyetlerini ve piyasaya girişlerini zorlaştırma amaçlı ise*" bunun bir kötüye kullanma olduğunun varsayılacağını; söz konusu firmanın da bu varsayımı, "*uygulamalarının dışlamaya yol açmayacağını, verimlilik artışının tüketicilere nihai faydasının rekabetin engellenmesinin zararından fazla olacağını veya başka makul sebepler öne sürerek*" çürütebileceğini kaydetmiştir<sup>26</sup>. Bu noktada Taslağın 32. maddesinde "haklı gerekçe" başlığı altında etkinlik savunması yer almaktadır<sup>27</sup>. Taslağın AB Rehberi'nin aynen alınması suretiyle oluşturulması eleştirilse de, bu düzenlemenin Taslakta yer almasının 6. madde uygulamasında, rekabet karşıtı piyasa kapama kavramına göre daha somut ve bilimsel temelleri bulunan, "etkinlik"

<sup>25</sup> Benzer bir analiz yukarıda adı geçen *Frito Lay* kararında Kurul tarafından yapılmıştır: "[H]akim durumdaki teşebbüslerin objektif bir haklı gerekçeye dayanmaksızın ve hiçbir etkinlik kazancı ortaya koymaksızın gerçekleştirdikleri ve sınırlı olan rekabet koşullarını daha da olumsuz hale getiren eylemleri kötüye kullanma olarak görülüp yasaklanma riskiyle karşı karşıyadır."

<sup>26</sup> 21.03.2007 tarihli ve 07-26/238-77 sayılı **Bilsa** kararı

<sup>27</sup> Haklı gerekçe, Taslakta metodolojik olarak yanlış bir şekilde ayrı bir bölümde ele alınmıştır. Haklı gerekçeyle ilgili 4 maddenin ayrı bir bölümde incelenmesi yerine, bir üst bölümdeki kötüye kullanma başlığı altında incelenmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir. Zira bu sayede Taslak; giriş, hakim durum, kötüye kullanma ve spesifik kötüye kullanma halleri şekline dönüşecektir. Haklı gerekçenin bulunup bulunmaması kötüye kullanma başlığı altında incelenmesi gereken bir savunma olup, 6. maddenin öngördüğü bir metodoloji değildir.

kavramının ön plana çıkarılması ve ispat yükünün düzenlenmesi açısından fayda sağlayacağı düşünülmektedir.

Ancak maddenin hakim durumdaki teşebbüslerin “özel sorumluluğu”ndan (*special responsibility*) bahsetmesinin, tüketici refahının korunması amacıyla çeliştiği görülmektedir. AB rekabet hukukunda hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğu olduğu düşüncesi, her ne kadar AB Rehberi’nde kabul edilmişse bile, doktrinde eleştirilmekte ve bu kavramın eski müdahaleci yaklaşımın bir ürünü olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda esasen ekonomik özgürlüklerin korunması amacına hizmet eden özel sorumluluk kavramına, tüketici refahı amacıyla yer verilmemekte zira bu kavram herhangi bir ekonomik veya ekonometrik analiz yapılmadan, rakiplerin piyasadan dışlanması etkisinin görüldüğü durumlarda rekabet ihlalinin olduğu sonucuna ulaşmaya yarayan bir düşünceye dayanmaktadır. Taslakta bu kavrama yer verilmiş, hatta bir Danıştay kararına da (bu karar aynı zamanda Taslakta atıf yapılan tek Danıştay kararıdır) atıf yapılmıştır. Bu eleştiriler bağlamında hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğu olduğu düşüncesinin Taslaktan tamamen çıkarılması düşünülebilir. Zira mehzadaki uygulamanın aksine, Kurul’un bu kavrama fazla önem atfetmediği görülmektedir<sup>28</sup>.

Taslakta benimsenen amacın, AB rekabet hukukundan farklı olarak, Türk rekabet hukukuyla bağdaştığı görülmekte, bu bağlamda 6. maddeyle izlenen amacın tüketici refahının artırılması olduğu pek çok Kurul kararından anlaşılmaktadır. Öncelikle “4054 sayılı Kanun’un nihai amacının tüketici refahını artırmak olduğu” Kurul tarafından açıkça ifade edilmiştir<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı (“[H]er ne kadar hakim durumdaki teşebbüslerin pazardaki rekabeti sınırlandırmama gibi özel bir yükümlülük taşıdıkları söylenebilecekse de, bu prensip teşebbüslerin rekabet etme olanaklarının elinden alınması sonucunu doğuracak şekilde yorumlanmamalıdır.”); 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı (“Diğer yandan, hakim durumdaki teşebbüslerin bu özel sorumlulukları çerçevesinde nihai satış noktaları ile hiçbir şekilde yazılı veya sözlü münhasır anlaşma yapamayacağını ileri sürmek ve yaptığı belirli sayıda münhasır anlaşmayı bu satış noktalarından rakiplerin çıkartılması sonucunu doğurması gerekçesiyle “per se” bir yaklaşımla kötüye kullanma olarak değerlendirmek zaten sınırlı olan hareket alanını daha fazla sınırlandırma anlamına gelmektedir.”)

<sup>29</sup> 06.08.2009 tarihli ve 09-35/891-214 sayılı **Zincir Süpermarketler** kararı

Kurul bir kararında “rekabetin doğası gereği, piyasaya zaman içinde daha kaliteli ve daha ekonomik çözümler sunamayan teşebbüsler[in], rekabetçi diğer teşebbüsler tarafından piyasa dışına çıkarı[lacağı]nı” saptamış ve “önemli olan[in] piyasada küçük ya da büyük teşebbüslerin korunması değil, rekabetin korunması” olduğunu vurgulamıştır<sup>30</sup>. Başka bir kararında Kurul, ilgili pazarda yaşanan rekabet sonucu “etkin olmayan teşebbüslerin pazar dışında kalması[nın] son derece doğal bir durum” olduğunu belirtmiş ve “rekabet hukukunun amacı[nın] piyasadaki teşebbüsleri değil, rekabeti korumak” olduğunu altını çizmiştir<sup>31</sup>. Benzer şekilde, başka bir kararda “tüketici refahına zarar verecek rekabet karşıtı etkiler” inceleme konusu yapılmıştır<sup>32</sup>. Diğer bir kararında Kurul, küçük ölçekli satıcılar karşısında Media Markt ve Teknosa mağazalarının sahip olduğu “maliyet avantajlarını tüketicilere yansıtmaları[nın] serbest piyasa ekonomilerinde yaşanan fiyat rekabetinin doğal bir sonucu” olduğunu kabul ederek tüketici refahına vurgu yapmıştır<sup>33</sup>. Yakın tarihli bir kararında ise Kurul, hakim durumdaki teşebbüsün yıkıcı fiyat uyguladığı iddiası karşısında eş etkin rakip testini (*as efficient competitor test*) uygulayarak tüketici refahı amacına uygun bir uygulama içine girmiştir<sup>34</sup>.

Taslakta 6. maddenin amacının tüketici refahı odaklı olarak belirlenmesi gerek rekabet hukuku uygulamasında global trend olan tüketici refahının korunması eğilimine, gerekse 6. maddenin günümüze kadar uygulamasında ağırlıklı izlenen amaca uygun düşmüştür. Aynı zamanda Kurul’un hakim durumun kötüye kullanılması iddialarına karşı müdahaleci (rakiplerin ve müşterilerin ekonomik özgürlüklerini koruyucu) bir politika yerine, tüketici refahı odaklı bir yaklaşım benimseyeceğini göstererek hakim

<sup>30</sup> 28.07.2005 tarihli ve 05-49/702-190 sayılı **Nevşehir Neveksan Ekmek** kararı. Ayrıca bkz. 05.08.2010 tarihli ve 10-52/992-356 sayılı **Tarsus Belediyesi** kararı (“Serbest piyasa işleyişine göre verimsiz işletmelerin piyasadaki çekilmesi gerekirken mevcut [işletmelerin] lehine yeni ruhsatlandırmanın durdurulması doğal seleksiyona engel olacak; verimsiz ve etkinliktan uzak işletmeleri piyasaya girebilecek teşebbüslerin potansiyel rekabetinden koruyacaktır.”)

<sup>31</sup> 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1193-301 sayılı **Hilal Ekmek Fabrikası** kararı

<sup>32</sup> 09.10.2008 tarihli ve 08-57/912-363 sayılı **TTNET/AVEA** kararı. Aynı şekilde bkz. 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı

<sup>33</sup> 13.10.2011 tarihli ve 11-52/1321-472 sayılı **Media Markt/Teknosa** kararı

<sup>34</sup> 06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı **Kale Kilit** kararı

durumdaki teşebbüsler ve onların rakipleri ile müşterileri için yol gösterici olmuştur. Esasen Taslakta hiçbir şey yer almasa bile 6. maddenin amacına yönelik Kurul'un yaklaşımının gösterilmesi önem taşımaktadır. Zira Taslağın sonraki bölümlerinde yer alan spesifik kötüye kullanma halleri hakkında yapılan analizler, uygulamada somut olayın koşullarına göre değişiklik gösterebilir olsa da 6. maddeye atfedilen amaç değişiklik göstermeyecektir, göstermemelidir.

### **5. Taslakta Yer Alan Spesifik Kötüye Kullanma Halleri Hangi Düzenlemeler Getirmektedir?**

Taslakta hakim durumun belirlenmesinin ve kötüye kullanma ile genel bilgiler verilmesinin ardından uygulamada sıkça rastlanan birkaç spesifik kötüye kullanma davranışı hakkında daha detaylı analizler yer almaktadır. Taslağın, tıpkı AB Rehberi gibi, söz konusu spesifik kötüye kullanmalar hakkında oldukça uzun bir düzenleme içine girdiği; bu bağlamda toplam 94 paragraftan oluşan Taslakta, 61 paragrafın (prg.34-94) bu amaca ayrıldığı görülmektedir. Spesifik kötüye kullanma halleri olarak “sözleşme yapmayı reddetme”, “yıkıcı fiyatlama”, “fiyat/marj sıkıştırması”, “münhasırlık/tek marka anlaşmaları”, “indirim sistemleri” ve “bağlama” düzenlenmiştir. Bu kötüye kullanma hallerinin varlığı halinde, genel hükümlerdeki düzenlemelere ek olarak (prg.22-33), ilgili davranışın kapsamına girdiği kategorideki özel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu haller dışında kalan tek taraflı davranışlar için ise, örneğin ürün tasarımları veya fikri mülkiyet hakları suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması, sadece genel hükümler uygulanacaktır.

AB Rehberi'ne oranla Taslakta, spesifik kötüye kullanma hallerinde gerek sıralama gerekse içerik açısından birtakım farklılıklar bulunmaktadır. AB Rehberi'nin spesifik kötüye kullanmalarının incelendiği bölümü “münhasırlık” (*exclusivity*) ile başlarken, Taslakta ilk yer verilen davranışın “sözleşme yapmayı reddetme” (*refusal to deal*) olduğu görülmektedir. AB Rehberi'nde “münhasırlık” bölümünde, Taslakta bağımsız bir bölümde incelenen, “indirim sistemleri” (*rebates*) de yer almaktadır. AB Rehberi'nde “bağlama ve paketleme” (*tying and bundling*) düzenlenmişken, Taslakta sadece “bağlama” yer almaktadır. Ayrıca, AB Rehberi'nde bağlama başlığı

altında yer alan “paket indirimleri” (*multi product rebates*), Taslakta indirim sistemleri altında düzenlenmiştir. AB Rehberi’nde sözleşme yapmanın reddi başlığı altında ve son bölümde düzenlenen “marj sıkıştırması” (*margin squeeze*), Taslakta bağımsız bir bölümde incelenmekte, ayrıca AB Rehberi’ne oranla farklı düzenlemeler içermektedir. Sonuç olarak Taslaktaki “fiyat/marj sıkıştırması” dışındaki bölümlerin AB Rehberi’yle genellikle aynı olduğu görülmektedir.

Sözleşme yapmanın (veya mal vermenin) reddi, Türk rekabet hukukunda en fazla incelenen hakim durumun kötüye kullanılması durumu olup, bu bağlamda Taslakta ilk sırayı almıştır. Ancak Türk rekabet hukukunda yaygın bir uygulama alanı bulmuş “zorunlu unsur” doktrinine ve, esasen AB Rehberi’nden esinlenen bir karar dışında<sup>35</sup>, hiçbir Kurul kararına Taslakta yer verilmemesi şaşırtıcıdır. AB Rehberi’nden alınan bir terim olan “vazgeçilmezlik unsuru” (*objective necessity*), bu haliyle Türk rekabet hukukuna yabancıdır. Ayrıca Kurul’un bazı kararlarında mal vermenin reddi şartları arasında zorunluluk veya vazgeçilmezlik unsuruna yer verilmediği, haklı gerekçenin olmadığı durumlarda rekabet zararı da doğuruyorsa mal vermemenin yasaklanabileceği öngörülmektedir<sup>36</sup>. Dolayısıyla sözleşme yapmanın reddi kısmının AB Rehberi’nden aynen alınması yerine, bu alanda belli bir birikime kavuşmuş Türk rekabet hukukunun mevcut durumunun daha fazla içselleştirilmesi isabetli olacaktır. Taslağın kapsamına hakim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddettiği teşebbüs ile alt pazarda rekabet ediyor olması halinin de, AB Rehberi’nin aksine, dahil edilmiş olması isabetlidir. Ayrıca 36. ve 37. maddelerin tek bir madde olarak düzenlenmesi, 39. maddenin 41. maddenin sonuna eklenerek yine tek madde haline getirilmesi Taslaktaki akıcılığı artıracaktır.

Taslak sözleşme yapmanın reddinden sonra “yıkıcı fiyatlama”yı içermektedir. Yıkıcı fiyatlama rekabet hukukunda belki de üzerinde en fazla literatürün olduğu kötüye kullanma halidir. Rekabetçi düşük fiyatlama ile rekabet karşıtı yıkıcı fiyatlamanın birbirinden ayrılması dünya çapında yazarları uzun süre meşgul etmiştir. Modern ekonomi literatüründe ortalama

---

<sup>35</sup> 03.05.2012 tarihli ve 12-24/710-198 sayılı **Digitürk/Cine 5** kararı

<sup>36</sup> 26.08.2009 tarihli ve 09-39/949-236 sayılı **Anadolu Cam/Solmaz Mercan** kararı



kaçınılabılır ve uzun dönem ortalama artan maliyetlerin belirlenmesi ve eş etkin rakip testinin uygulanması trendi bugün için bu alanda gerek ABD gerekse AB rekabet hukuku uygulamasında hakim görüşü oluşturmaktadır. Taslakta, AB Rehberi'nin ilgili hükümlerinin aynen alınmasının da bir sonucu olarak, yıkıcı fiyatlamaya alanında hakim durumdaki teşebbüsün ortalama kaçınılabılır ve uzun dönem ortalama artan maliyetleri esas alınmış, ve eş etkin rakip testinin uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Düşüncemize göre Taslaktaki maliyet unsurlarına karşı bir itiraza gerek bulunmamaktadır<sup>37</sup>. Bizzat AB rekabet hukukunda içselleştirilmeye başlanılan bu yeni kavramların<sup>38</sup>, Kurul'un özellikle yeni tarihli kararlarında kabul edildiği ve uygulandığı görülmektedir<sup>39</sup>. Ancak aynı şey "hasat" (*recoupment*) unsuru açısından söylenemeyecektir; Kurul yıkıcı fiyatlamaya ilişkin birçok geçmiş kararında<sup>40</sup> hasatın varlığını zorunlu tutmuş ancak bu unsur, AB Rehberi'nin aynen alınması sonucu, Taslağın 58. maddesinde zorunlu bir unsur koşul çıkarılmıştır. Kılavuzda bu durum açıklığa kavuşturulmalıdır.

"Fiyat/marj sıkıştırması", AB Rehberi'nde sözleşme yapmanın reddi bağlamında değerlendirilmiş ve bağımsız bir ihlal türü olmaktan çıkarılmıştır. Esasen bu yaklaşım AB Rehberi'nden sonra verilen bir Adalet Divanı kararında eleştirilmiş ve fiyat/marj sıkıştırması AB Rehberi'nden

<sup>37</sup> Bir çalışmada Kurul'un yayımlayacağı bir kılavuz aracılığıyla fiyatlamaya ilişkin ihlal iddialarının değerlendirilmesinde nasıl bir yöntem izleyeceğinin ve kullanacağı maliyet kavramlarını açıklığa kavuşturulmasının gerektiği ileri sürülmüştür. *Özdemir Ü N*, Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 96, Ankara, 2010

<sup>38</sup> Bkz. Case C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrenterådet* [2012] ECR I-0000

<sup>39</sup> Bkz. 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı U.N. RO-RO kararı; 06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı **Kale Kilit** kararı

<sup>40</sup> 23.01.2004 tarihli ve 04-07/75-18 sayılı **Coca Cola** kararı; 14.08.2008 tarihli ve 08-50/720-280 sayılı **Toprak Mahsülleri Ofisi** kararı; 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı **TTNET Yaz Fırtınası** kararı; 06.08.2009 tarihli ve 09-35/891-214 sayılı **Zincir Süpermarketler** kararı; 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı **Turkcell BizBize Kamu** kararı; 17.06.2010 tarihli ve 10-44/772-254 sayılı **Kipa İzmir Çiğli AVM** kararı; 19.03.2013 tarihli ve 13-15/229-113 sayılı **Ajan Makina** kararı. Üstelik daha Taslağın kamuoyuna sunulduğu günde karara bağlanan bir olayda hasat unsuru yıkıcı fiyatlamasının koşulları arasında sayılmış ancak bu unsurun somut olayda bulunmadığına karar verilmiştir. 18.07.2013 tarihli ve 13-46/589-259 sayılı **Türkiye Şeker Fabrikaları** kararı

farklı bir şekilde değerlendirilmiştir<sup>41</sup>. Fiyat/marj sıkıştırması Taslakta bağımsız bir bölüm olarak düzenlenmekte ve bu bağlamda AB Rehberi'nde bulunmayan 3 madde içermektedir. Ancak fiyat/marj sıkıştırmasında Kurul'un hangi analizi yapacağı Taslağın 62. maddesinde öngörülmüş olup, bu maddedeki koşullar yine AB rekabet hukukundan alınmıştır<sup>42</sup>. Kurul'un fiyat/marj sıkıştırmasının 6. maddeye aykırı olduğu yönünde kararları bulunmaktadır<sup>43</sup>. Sektörel düzenleyicilerin de faaliyet alanlarına girebilmesi nedeniyle Kurul'un görev alanı konusunda hukuki belirsizlik yaratma olasılığı bulunan fiyat/marj sıkıştırmasının, Taslakta sözleşme yapmanın reddinden bağımsız bir ihlal türü olarak değerlendirilmesi düşüncemize göre isabetlidir. Zira fiyat/marj sıkıştırmasında önemli olan üst pazardaki fiyatların aşırı ya da alt pazardaki fiyatların yıkıcı olup olmaması değil, bu iki pazar arasındaki marjın alt pazarda karlı bir şekilde faaliyet göstermek için yetersiz olmasıdır. Ayrıca, Taslakta öngörülen analizler de yerindedir. Burada Taslağa eklenebilecek tek husus, marjın ve maliyetlerin hesaplanmasında hakim durumdaki teşebbüsün kendi maliyetlerinin hesaba katılacağı, bunun mümkün olmaması durumunda ise rakiplerin maliyetlerinin inceleneceğidir.

Taslakta düzenlenen başka bir ihlal türü de “münhasırlık/tek marka anlaşmaları”dır. Münhasırlık, ABİDA 102. madde uygulamasında en şekilci ve *per se* hukuka aykırı olarak değerlendirilen kararların verildiği alanlardan biri olmuş, ancak AB Rehberi'nde daha etki-bazlı bir yaklaşıma konu edilmiştir. AB Rehberi'nde münhasırlık birkaç madde ile düzenlenmiş ve aynı bölüm altında indirim sistemlerinin incelenmesine geçilmiştir. Taslakta ise münhasırlık ve indirim sistemleri farklı bölümlerde incelenmektedir. İndirim sistemlerinin temelini esasen münhasırlık oluşturmaktadır, ancak indirim sistemlerinde ekonomik analiz ve maliyet unsurları ön plana çıkmışken, münhasırlık anlaşmalarında daha çok davranışsal ve yapısal faktörler incelenmektedir. Düşüncemize göre Taslağın indirim sistemleri ile münhasırlığı ayrı ayrı değerlendirmesi isabetlidir. Münhasırlığın kapsamının

---

<sup>41</sup> Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* [2011] ECR I-0527

<sup>42</sup> Case C-280/08 *Deutsche Telekom AG v Commission* [2010] ECR I-9555

<sup>43</sup> 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı **TTNET Yaz Fırtınası** kararı. Bu karara Taslakta, fiyat/marj sıkıştırmasının tanımı yapılırken atıfta bulunulmuştur.

belirlenmesinde “fiili” münhasırlığa açıkça göndermede bulunulması da yerindedir, zira Türkiye uygulamasından görüldüğü üzere darp, şiddet ve tehdit gibi fiili eylemlerle de hakim durumdaki teşebbüsün çalışanları tarafından hukuki olmayan bir münhasırlığın sağlanmaya ya da güçlendirilmeye çalışıldığına şahit olunmuştur<sup>44</sup>. Ayrıca Taslakta münhasırlığın rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı etkileri iyi özetlenmiş, yerinde analizler yapılmış ve geçmiş Kurul kararlarına atıflar yapılmıştır.

Taslakta münhasırlıktan sonra “indirim sistemleri” yer almaktadır. Genel olarak Taslakta bu bölüm AB Rehberi’ndeki ilgili bölümden daha akıcı bir şekilde düzenlenmiştir. İndirim sistemlerinin türleri, rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı etkileri dipnotlarla birlikte iyi açıklanmıştır. Paket indirimleri (*bundled rebates*) Taslakta isabetli bir şekilde indirim sistemleri bölümünde incelenmişken, AB Rehberi’nde bağlama ve paketleme başlığı altında düzenlenmektedir. Tek ürün indirimlerinin analizinde kullanılan ortalama kaçınılabilir maliyetler ile uzun dönem ortalama artan maliyetlerin ve eşit etkin rakip testi AB Rehberi’nden esinlenmiştir. Bu kavramlar indirim sistemleri gibi ticari hayatta yaygın olarak kullanılan ve rekabet yanlısı etkilerinin hatalı olarak rekabet karşıtı olarak değerlendirilmemesi gereken uygulamalar açısından bir güvenli liman (*safe harbour*) oluşturmaları sebebiyle faydalıdır. Tek sorun, bu kavramların uygulamada hesaplanmalarının kolay olmaması ve detaylı ekonomik analizi, dolayısıyla kaynak kullanımını gerektirmeleridir. Ayrıca AB Rehber’inde yer almayan bir düzenleme olarak, tek ürün indirimlerinde satın alma koşulunun belli bir referans dönemine bağlanmadığı durumlarda yıkıcı fiyata ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmesi, ilgili durumda dışlayıcılık unsurunun bulunmaması sonucu, doğru bir tespittir. Son olarak paket indirimleri bağlamında etkin fiyata ilişkin Taslağın 80. maddesindeki 26. dipnot, 80. maddenin madde metnine dahil edilmelidir. Zira 77. maddede tek ürün indirimleri bağlamında kullanılan etkin fiyat tanımı madde metninde yer almaktadır.

---

<sup>44</sup> Bkz. 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı; 27.05.2008 tarihli ve 08-35/465-165 sayılı **Microsoft/Gelecek Bilişim** kararı; 06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı **Turkcell** kararı; 17.11.2011 tarihli ve 11-57/1476-532 sayılı **Mey İçki** kararı

Taslakta yer verilen spesifik kötüye kullanma hallerinden sonuncusu “bağlama” uygulamasıdır. AB Rehberi’nin aynen alınması sonucu Taslakta bağlama uygulamalarında pazar gücüne ve pazar gücünün bağlayan ürün pazarında bağlanan ürün pazarına aktarılmasına (*leveraging*) dayalı klasik teorilere ek olarak, tüketici zararı odaklı ve zorlama unsurunun yokluğunda iki ayrı ürün analizine yoğunlaşan modern teorilerin benimsendiği görülmektedir. Taslakta bağlama uygulamasının 6. maddeye aykırı olması için iki koşulun varlığı aranmaktadır: i) bağlayan ve bağlı ürünlerin iki farklı ürün olması, ii) bağlama uygulamasının rekabet karşıtı piyasa kapamaya sebep olmasının muhtemel olması. Kurul’un geçmiş kararlarında başka koşulların da varlığı arandığı, bu bağlamda karardan karara farklılıklar bulunduğu görülse de Taslaktaki iki koşulun yeterli olduğu düşünülmektedir<sup>45</sup>. Ancak AB Rehberi’nin aynen alınması sonucu, Taslakta bağlama uygulamalarının sömürücü kötüye kullanmaya yol açacağına hiç vurgu yapılmamış olsa da Kurul’un önceki kararlarında bağlamanın “tüketicilerin sömürülmesi”ne yol açabileceği kabul görmüştür<sup>46</sup>. Bu bağlamda Taslağa, bağlama uygulamasının sömürücü kötüye kullanma hali olarak da uygulamada ortaya çıkabileceğine yönelik düzenlemeler eklenmelidir. Son olarak bağlama uygulamasının 4. madde ihlaline de yol açabileceği, tıpkı münhasırlık/tek marka anlaşmaları bölümündeki gibi, Taslakta belirtilmelidir.

---

<sup>45</sup> Örneğin 09.12.2009 tarihli ve 09-58/1405-367 sayılı **TÜVTÜRK** kararında Kurul, bağlama uygulamasının 6. maddeye aykırı olması için i) iki ayrı ürünün bulunması, ii) ilgili teşebbüsün bu ürün pazarlarından birinde hakim durumda olması ve iii) bu iki ürün arasında bir ilişkinin olması gerektiğine karar vermiştir. 07.09.2006 tarihli ve 06-61/822-237 sayılı **TFF/Digitürk** kararında Kurul “üç noktaya dikkat edilmesi” gerektiğini ifade ederek bunları, i) ayrı ürünlerin varlığı, ii) ürünlerin bağlanması ve iii) hakim durumun bulunması şeklinde özetlemiştir. 09.10.2008 tarihli ve 08-57/912-363 sayılı **TTNET/AVEA** kararında ise Kurul bu koşulları dörde çıkarmış ve i) hakim durumun bulunması, ii) farklı veya bağımsız ürünlerin bulunması, iii) bağlamanın “anti-rekabetçi” etki doğurabilecek niteliği haiz olması ve iv) objektif bir haklı gerekçenin ve/veya etkinlik doğurucu bir uygulamanın bulunmaması koşullarını aramıştır.

<sup>46</sup> 05.08.2009 tarihli ve 09-34/787-192 sayılı **Garanti Bankası** kararı

## 6. Taslağın Kapsamına Başka Hangi Unsurlar Dahil Edilmelidir?

AB Rehberi'nden aynen alınması sonucu, Taslakta Türk rekabet hukukuna özgü bazı alanlar kendilerine yer bulamamışlardır. AB Rehberi, ulus üstü (*supra national*) bir özelliğe sahip olan AB rekabet hukukunun düzenlemelerini içermekte olup, üye devletlerin ulusal mevzuatlarına bırakılan unsurları içermemektedir. Ayrıca AB Rehberi'nde usuli hükümlere de yer verilmemiştir. AB Komisyonu'nun uygulama önceliklerini, başka bir deyişle Komisyon'un harekete geçeceği tüketici zararına yol açacak muhtemel halleri, içeren AB Rehberi açısından bu durum normaldir. Ancak AB Rehberi'nin aynen alınması, Türk rekabet hukukunda 6. maddenin uygulanmasıyla yakından ilgili ancak AB Rehberi'nde düzenlenmeyen alanların Taslakta kendilerine yer bulamamaları sonucunu doğuracaktır.

İlk olarak hazırlanacak kılavuzda Kurul'un, 6. maddenin (a) bendine ilişkin olarak nasıl bir yaklaşım benimsediği hakkında bilgi vermesi faydalı olacaktır (bu arada ilginç bir şekilde Taslakta 6. maddenin madde metnine dahi yer verilmemiştir.) Söz konusu bende ifade edilen “*rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*” son derece geniş bir ibaredir. Zira rekabette üstünlük sağlayacak her eylem rakiplerin faaliyetini zorlaştıracaktır. Bu bizzat rekabet olgusunun yarattığı bir sonuçtur. Kurul isabetli bir şekilde bu bendin dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiş ve ilgili pazardaki rekabetten kaynaklanan zorlaşma ile hakim durumdaki teşebbüsün rekabet karşıtı davranışlarından kaynaklanan zorlaşma arasında, her ne kadar bu iki durumun sınırları belirli olmasa da, bir ayırım yapmaya çalışmıştır<sup>47</sup>. ABİDA 102. maddenin madde metni gereği benzer bir sorun AB rekabet hukukunda bulunmamaktadır.

<sup>47</sup> Bkz. 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı **Frito Lay** kararı (“...‘zorlaştırma’ kavramının çok dikkatli irdelenmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Bu bağlamda, rakip faaliyetlerinin pazarda olması beklenen rekabetten kaynaklanan zorlaşması ile hakim durumdaki teşebbüsün rekabetçi olmayan bir takım eylemlerinden kaynaklanan zorlaşma arasında bir ayırma gitmekte yarar vardır. Böyle bir ayırma gidilmemesi durumunda, yapılacak olan müdahaleler ve yasaklamalar sadece hakim durumdaki teşebbüslerin cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır... ‘zorlaştırma’ kavramı tamamiyle iktisadi gerçeklere uygun olarak dar yorumlanmalı ve ancak rakiplerin fiilen rekabet edebilme

Aynı şekilde 6. maddenin (d) bendine ilişkin Kurul'un politikası da kılavuzda açıklanmalıdır. Söz konusu bende ifade edilen bir pazardaki hakim durumun diğer bir pazarda kötüye kullanmayı "amaçlayan" eylemler, her ne kadar geniş bir ibare olmasa da, bugüne kadar Danıştay tarafından son derece şekilci bir biçimde uygulanmıştır. Eylemi herhangi bir rekabet karşıtı etki doğurmasa bile, hakim durumdaki teşebbüsün birbirinden farklı iki ürün pazarında faaliyet gösterdiği hallerde Danıştay'ın durumu (d) bendi kapsamında ele aldığı görülmektedir<sup>48</sup>. Esasen Danıştay 6. maddenin bendlerinde örnek olarak sayılan hallere -ki 6. maddenin madde gerekçesi dahi bu durumu doğrulamaktadır- gereksiz bir önem atfetmektedir<sup>49</sup>. Bu

---

*imkanını önemli ölçüde azaltan veya tamamen ortadan kaldıran durumlar anılan kavram altında değerlendirilmelidir.”); 05.08.2010 tarihli ve 10-52/993-357 sayılı **Akkaya Buz** kararı (“*Rekabet hukukunda ‘rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması’ kavramına temkinli yaklaşılmaktadır... Bu nedenle rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin piyasanın gereği, arzu edilen rekabet sonucu mu yoksa hakim durumdaki teşebbüsün anti-rekabetçi eylemleri sonucu mu zorlaştığının sağlıklı saptanması gerekmektedir. Hakim durumdaki teşebbüsün kendi iç dinamikleriyle gerçekleştirdiği rekabetçi faaliyetlerin rakiplerinin faaliyetini zorlaştırması kaçınılmazdır.*”)*

<sup>48</sup> Örneğin Danıştay bir kararında, Digitürk tarafından Cine5'in Digitürk platformunda yayınlanmaması eylemine karşı soruşturma açılmasına yer olmadığına dair Kurul'un önaraştırma kararını iptal etmiş ve Kurul kararında, Digitürk'ün “dijital hizmetler pazarı”nda hakim durumda bulunduğu ve “televizyon yayıncılığı ve reklam yeri pazarlama hizmetleri pazarı”na Cine5'in girmesinin engellendiğinin belirlenmesi karşısında soruşturma açılması gerekirken “girişin engellendiği pazar bölümünün tüm pazara göre küçük, rekabeti sınırlayıcı etkisinin de az olduğu dikkate alınarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda verilen kararda hukuka uyarlık” bulunmadığını ifade etmiştir. Danıştay 13.D, 12.04.2011, E.2008/8249, K.2011/1525. Başka bir kararında Danıştay, Anadolu Cam'ın Solmaz Mercan adlı bir bayisine mal vermeyi durdurması eylemine karşı ilgili davranışın rekabeti kısıtlayıcı etki doğurmaması nedeniyle soruşturma açılmasına yer olmadığına dair Kurul'un önaraştırma kararını benzer bir şekilde iptal etmiş ve Anadolu Cam'ın “cam ambalaj pazarı”nda hakim durumda olması ve bu hakim durumunu mal vermeme suretiyle “cam ev eşyası pazarı”nda kötüye kullanması eyleminin, 6. maddenin (d) bendinde yer aldığı “kuşkusuz” olması sonucu “rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle tesis edilen işlemden hukuka uyarlık” bulunmadığına karar vermiştir. Danıştay 13.D, 07.02.2011, E.2007/13574, K. 2011/486

<sup>49</sup> Örneğin Danıştay bir kararında, “4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca hakim durumun kötüye kullanıldığına bulunup bulunmadığının incelenmesi için, şikayetin maddede sayılan kötüye kullanma halleri arasında bulunması gereklidir.” demiştir. Karara karşı oy yazan bir üye ise şunları kaydetmiştir: “...şikayetin maddede sayılan kötüye kullanma halleri arasında bulunması gerekli değildir. Çünkü maddede, uygulamada sık rastlanılan kötüye kullanma halleri örneklemek suretiyle sayılmıştır. Başka bir deyişle, hakim durumun kötüye kullanılması maddede belirtilen davranışlarla sınırlı değildir.”

bağlamda Kurul'un kılavuzuna, bu bendlerdeki "amaç" ibareleri karşısında teşebbüsün amacının hakim durumunu kötüye kullanma olduğu ancak eylemin rekabet karşıtı herhangi bir etki doğurmadığı hallerde doğrudan kötüye kullanmanın varlığından söz edilemeyeceğine yönelik bir dipnot düşmesi beklenilebilir<sup>50</sup>.

Taslak, 6. maddenin ihlali halinde ne olacağı, başka bir deyişle, hakim durumlarını kötüye kullanılması halinde hakim durumdaki teşebbüslerin ve/veya yöneticilerinin karşılaşacağı yaptırım(lar) (*sanctions*) hakkında hiçbir bilgi içermemektedir. Taslağın 3. maddesine göre Taslağın hedefi hakim durumdaki teşebbüslere ve onların rakipleri, müşterileri ve sağlayıcıları gibi diğer teşebbüslere "yol gösterici" olmasıdır. Yol gösterici olması hedeflenen bir kılavuzda, kılavuzun düzenlendiği hukuki normun ihlali halinde ilgililerin karşılaşacağı adli, idari, mali, cezai vb. yaptırımların belirtilmemesi büyük bir eksiklik olacaktır. Bu eksiklik sonucu kılavuzların rekabet politikası açısından önleyici amaçları da göz ardı edilmiş olacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere, çıkarılacak kılavuzun bir kötüye kullanma kılavuzu yerine 6. madde kılavuzu olmasının Türk rekabet hukuku açısından daha faydalı olacağı düşünülmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, 6. maddenin ihlali halinde ihlali gerçekleştiren teşebbüslere, Kurul'un nihai kararından bir önceki mali yıl sonunda oluşan, veya bunun hesaplanmasının mümkün olmadığı taktirde nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan, ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Aynı maddede idari para

---

Danıştay 13.D, 31.03.2008, E.2006/2308, K.2008/3417. Son derece yanlış bir yorumla yaratılan bu tartışma, mehz AB rekabet hukuku uygulamasında *Continental Can* kararıyla 1973 yılında sona ermiştir. *Case 6-72 Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission* [1973] ECR 215. Danıştay'ın 2008 tarihli bir kararında, üstelik 6. maddenin madde gerekçesi de son derece açık iken, hala bu tartışmayı yapması, Kurul kararlarının denetiminde gösterdiği uzmanlık konusunda şüphe uyandırmakta ve daha da önemlisi Kurul'un AB'yle örtüşen içtihat oluşturma çabalarına sekte vurmaktadır.

<sup>50</sup> Esasen doktrinde de tartışma konusu olan bu sorunun çözülmesinde, idari bir düzenleme olması sonucu, çıkarılacak kılavuz da tek başına yeterli olmayacaktır. Türk rekabet hukukunun şekilci yaklaşımlardan arındırılıp, etki-bazlı uygulanması arzu ediliyor ise 4054 sayılı Kanun'un bendlerinin tamamen yürürlükten kaldırılması değerlendirilmelidir.

cezasının miktarının belirlenmesinde birtakım hafifletici ve ağırlaştırıcı sebepler hakkında da açıklamalar bulunmaktadır. Bunun yanında, 16. madde uyarınca verilecek idari para cezalarının belirlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere çıkarılan “*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*” uyarınca, hakim durumunu kötüye kullanması halinde ilgili teşebbüse bir önceki mali yılı sonunda oluşan cirosunun binde beşi ile yüzde onu arasında temel bir idari para cezası verileceği ifade edilmektedir. Asıl bu hükümlerin Taslağa eklenmesi halinde Taslak teşebbüsler için yol gösterici ve önleyici olacaktır.

Yaptırım konusunda 4054 sayılı Kanun’daki başka bir düzenleme de hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüsün eylemlerinden zarar gören ilgililerin tazminat hakkıdır. Kanunun 57. maddesine göre hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüs ya da teşebbüsler, hakim durumun kötüye kullanılmasından “zarar görenlerin” her türlü zararını tazmin etmekle yükümlü kılınmıştır. 58. maddeye göre ise ortaya çıkan zararın üç katı oranda bir tazminata (*treble damages*) hükmedilebileceği belirtilmiştir. Rekabet ihlalinin özel hukuk alanındaki sonuçları ile ilgili olan bu hükümler, her ne kadar uygulamada kendilerine yer bulamamış ise de bu hükümlerin 6. madde kılavuzunda yer alması sonucu iş dünyasında bilinirlikleri artabilecek ve bu durum da uzun vadede bu hükümlere daha fazla işlerlik kazandırabilecektir. Böylece 6. maddenin caydırıcılığı da artacaktır.

Son olarak değinilmesi gereken bir uygulama da taahhüt ve uzlaşma suretiyle 6. madde dosyalarının sonuçlandırılmasıdır. 4054 sayılı Kanun’a göre Türk rekabet hukukunda hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüslerin Rekabet Kurumu ile uzlaşma suretiyle haklarında açılmış soruşturmaları sonlandırma yolu bulunmamaktadır. Bu konuda hazırlanan yasa tasarısı da henüz yasalaşamamıştır. 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü’nün<sup>51</sup> 9. maddesinde düzenlenen taahhütte bulunmak suretiyle uzlaşma yolu, AB rekabet hukukunda ABİDA 102. madde uygulamasında özellikle son yıllarda sıkça kendisine başvuru olan bir yol haline gelmiş, ancak yasal dayanağı

---

<sup>51</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L1/1



bulunmaması sonucu Türk rekabet hukukunda henüz uygulama alanı bulamamıştır. Kılavuza son şeklinin verilmesine kadar 4054 sayılı Kanun'un değiştirilerek uzlaşma yolunun Kanuna eklenmesi halinde hakim durumdaki teşebbüslerin haklarında açıldıkları soruşturmaları Rekabet Kurumu ile uzlaşmak ve taahhütte bulunmak suretiyle sona erdirebileceklerine, ve bunun usul ve esaslarına ilişkin bilgilerin Taslakta yer alması faydalı olacaktır.

### **Ş. Sonuç ve Değerlendirmeler**

Özellikle son yıllarda dünya çapında, rekabet otoriteleri ve uluslararası kuruluşlar tarafından tek taraflı davranışlar alanında kılavuz yayınlamaya yönelik bir trend olduğu görülmektedir. Türk rekabet hukuku da bu eğilimden nasibini almış ve hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarının incelenmesine yönelik Rekabet Kurulu'nun görüş ve yaklaşımlarını içeren bir kılavuz taslağı, AB Rehberi'nden tercüme suretiyle, hazırlanmıştır. Türkiye, AB'ye katılım sürecinde AB müktesebatıyla uyum noktasında 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 7. maddeleri alanında birçok ikincil düzenlemeyi AB rekabet hukukundan iktibas etmiş, bu bağlamda deyim yerindeyse sıra 6. madde alanındaki düzenlemelere gelmiştir. Kabul edilmesi halinde Taslak, Kurul'un 15 yılı aşkın 6. madde uygulamasında ilk düzenlemesi, tek taraflı davranışlar alanında görüşlerini ve yaklaşımlarını açıklayacağı ilk resmi belge olacaktır.

Teorik olarak, 6. madde üzerine bir kılavuzun Türk rekabet hukukunun gelişimine katkıda bulunacağı, AB rekabet hukukunda yapılan son düzenlemelerle daha uyumlu ve paralel bir uygulama doğuracağı, Kurul'un karar alma sürecinde şeffaflık, belirlilik ve öngörülebilirlik sağlayacağı, ve gerek hakim durumdaki teşebbüsler gerekse bu teşebbüslerin rakipleri ile müşterilerine yol gösterici olacağı ileri sürülebilir. Pratikte ise böyle bir kılavuzun Kurul'un taktir yetkisini sınırlayacak olması, Taslağın öngördüğü etki-bazlı incelemelerin ve detaylı ekonomik analizlerin Kurul bünyesinde ekstra kaynak gerektirecek olması ve bunun da bir maliyete yol açması, itiraz ve temyiz mercilerinin daha kapsamlı analizler içermeye başlayacak Kurul kararlarına karşı mevcut iş yükleri ve uzmanlık seviyeleri sonucu benimseyeceği yaklaşımların belli olmaması gibi unsurlar göz önünde bulundurularak bir fayda-maliyet analizi yapılması gerekmektedir.

Şurası bir gerçek ki Kurul, Taslağın hazırlanmasından önceki bazı kararlarında dahi AB Rehberi'ne açıkça göndermelerde bulunmuş ve AB Rehberi'ndeki düzenlemeler ışığında kendi analizini gerçekleştirmiştir. AB Rehberi'ne hakim olan ve AB rekabet hukukuna ABİDA 102. maddenin reform çalışmaları sırasında kazandırılan pek çok kavramın aslında Kurul'un geçmiş kararlarında uygulama alanı bulduğu, bu bağlamda tüketici refahı odaklı bir amaç izlendiği, rakiplerin değil rekabetin korunmasının vurgulandığı, etkinlik kavramının ön plana çıkarıldığı ve çoğu zaman dosya konusu dışlayıcı davranışların rekabet karşıtı etkilerinin incelendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca son yıllarda Rekabet Kurumu içerisinde daha fazla ekonomik analiz yapmaya yönelik talepler ve eğilimler de görülmeye başlanmıştır. Dolayısıyla Kurul'un, 6. madde alanında çıkarılacak bir kılavuzu hazırlamak ve uygulamak konusunda istekli ve donanımlı olduğu ileri sürülebilir.

Düşüncemize göre 6. madde alanında bir kılavuzun çıkarılması Türk rekabet hukukuna olumlu katkı sağlayacaktır. Ancak tek taraflı davranışlar alanının son derece yoruma açık, üzerinde görüş ayrılıkları bulunan ve farklı rekabet politikalarına göre farklı noktalara çekilebilecek bir özellik taşıması sonucu; çıkarılacak kılavuz, AB Rehberi ile birebir aynı olarak hazırlanmamalı, bu bağlamda Türk rekabet hukukunun 15 yıllık birikiminden yararlanılmalı ve Türkiye uygulamasına özgü alanlar içselleştirilmelidir. Son olarak Kurul, bir yandan çıkaracağı kılavuz ile tutarlı bir politika izlemeli, diğer yandan da itiraz ve temyiz mercilerinin kılavuz hakkında daha fazla bilgi sahibi olmalarını sağlamak için sempozyum, seminer, konferans vb. eğitim faaliyetlerinde bulunmalıdır. Rekabet savunculuğu faaliyetine büyük önem atfeden ve çalışmalarına başladığı günden bu yana Türkiye'de rekabet kültürü ve bilinci oluşturmaya ve geliştirmeye çalışan Kurul'un, bu konuda gereken çabayı göstereceğini söylemek mümkündür.

### **Kaynakça**

- Demiröz A ve Tunçel Ç, Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği, Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu-II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2011
- Madan Z, ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 85, Ankara, 2009
- Özdemir Ü N, Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 96, Ankara, 2010
- Şenyücel O, 2011 Yılında Türk Rekabet Hukuku ve İktisadındaki Güncel Gelişmeler ve 2012'ye Bakış, Rekabet Hukuku ve İktisadında Güncel Gelişmeler Sempozyumu X, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2012

### **Diğer**

- Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act
- Devlet Denetleme Kurulu, Rekabet Kurumunun 2006, 2007 ve 2008 Yılları Faaliyet ve İşlemlerinin Denetlenmesi, 17.02.2010 tarihli ve 2010/7 sayılı Denetleme Raporu
- DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses
- Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions (Sections 78 and 79 of the Competition Act)
- Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings [2009] OJ C 45/7

International Competition Network, Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies, The Unilateral Conduct Working Group, 6th Annual Conference, Moscow 2007

International Competition Network, Dominance/Substantial Market Power Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws, 2008

International Competition Network, Report on Predatory Pricing, 2008,  
International Competition Network, Report on Single Branding/Exclusive Dealing, 2008

International Competition Network, Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws, 2009

International Competition Network, Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws, 2010

International Competition Network, Report on Tying and Bundled Discounting, 2009

Rekabet Kurulu Kararları (kronolojik olarak)

06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı BELKO kararı

23.08.2002 tarihli ve 02-49/634-257 sayılı Karbogaz kararı-I

23.01.2004 tarihli ve 04-07/75-18 sayılı Coca Cola kararı

25.03.2004 tarihli ve 04-22/231-48 sayılı Yemek Sepeti kararı

26.05.2005 tarihli ve 05-36/453-106 sayılı Coca Cola/TAB Gıda kararı

28.07.2005 tarihli ve 05-49/702-190 sayılı Nevşehir Neveksan Ekmek kararı

06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı Frito Lay kararı

07.09.2006 tarihli ve 06-61/822-237 sayılı TFF/Digitürk kararı

21.03.2007 tarihli ve 07-26/238-77 sayılı Bilsa kararı

27.05.2008 tarihli ve 08-35/465-165 sayılı Microsoft/Gelecek Bilişim kararı

14.08.2008 tarihli ve 08-50/720-280 sayılı Toprak Mahsülleri Ofisi kararı

09.10.2008 tarihli ve 08-57/912-363 sayılı TTNET/AVEA kararı  
19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı TTNET Yaz Fırtınası kararı  
20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı Sanofi Aventis kararı  
06.08.2009 tarihli ve 09-35/891-214 sayılı Zincir Süpermarketler kararı  
26.08.2009 tarihli ve 09-39/949-236 sayılı Anadolu Cam/Solmaz Mercan kararı  
21.10.2009 tarihli ve 09-48/1193-301 sayılı Hilal Ekmek Fabrikası kararı  
09.12.2009 tarihli ve 09-58/1405-367 sayılı TÜVTÜRK kararı  
23.12.2009 tarihli ve 09-60/1490-379 sayılı Turkcell GSM Kampanyaları kararı  
04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı Turkcell BizBize Kamu kararı  
17.06.2010 tarihli ve 10-44/772-254 sayılı Kipa İzmir Çiğli AVM kararı  
05.08.2010 tarihli ve 10-52/992-356 sayılı Tarsus Belediyesi kararı  
05.08.2010 tarihli ve 10-52/993-357 sayılı Akkaya Buz kararı  
30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı Doğan Yayın Holding kararı  
06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı Turkcell kararı  
13.10.2011 tarihli ve 11-52/1321-472 sayılı Media Markt/Teknosa kararı  
17.11.2011 tarihli ve 11-57/1476-532 sayılı Mey İçki kararı  
03.05.2012 tarihli ve 12-24/710-198 sayılı Digtürk/Cine 5 kararı  
01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı U.N. RO-RO kararı  
06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı Kale Kilit kararı  
19.03.2013 tarihli ve 13-15/229-113 sayılı Ajan Makina kararı  
18.07.2013 tarihli ve 13-46/589-259 sayılı Türkiye Şeker Fabrikaları kararı

#### Danıştay Kararları

Danıştay 13.D, 31.03.2008, E.2006/2308, K..2008/3417  
Danıştay 13.D, 07.02.2011, E.2007/13574, K. 2011/486  
Danıştay 13.D, 12.04.2011, E.2008/8249, K.2011/1525  
Danıştay 13 D, 21.10.2011, E.2009/6978, K.2011/4589

#### Ankara İdare Mahkemesi Kararları

Ankara 11. İdare Mahkemesi, 11.07.2013, E.2012/1727, K.2013/1083

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

Case 6-72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission* [1973] ECR 215

Case C-189/02 P, *Dansk Rørindustri and others v Commission* [2005] ECR I-5425

Case C-280/08 *Deutsche Telekom AG v Commission* [2010] ECR I-9555

Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* [2011] ECR I-0527

Case C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* [2012] ECR I-0000

**1982 ANAYASASI'NDA MİLLETVEKİLİ SEÇİLME  
YETERLİLİĞİ  
ve  
MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DURUM**

**Hüseyin ŞİK\***

**ÖZET**

Demokratik toplumlarda halk, kendisi adına temsil görevini yürütmesi için vekiller tayin eder. Bu vekiller de halk adına temsil görevini yerine getirir ve kararlar alır. Demokrasi rejiminin ana çerçevesi olan bu sistem belli kurallara tabidir. Seçme ve seçilme hakkı için bir takım kurallar öngörülmüştür. Temsil konusu, hayati önemi haiz olduğu için toplum menfaatleri ön planda tutulmuştur. Bu makalenin konusu seçilme yeterliliğidir. Ana kural olan 1982 Anayasası'nın 76'ncı maddesi ve ilgili diğer mevzuat ışığında konu ele alınmıştır. Seçilme şartları tek tek ele alınmış, genel nitelikteki açıklamalar yapılmış ve sonrasında konuya ilişkin Yüksek Seçim Kurulu kararlarına da yer verilmiştir. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararlarına da yer verilmiştir. Konu sadece içi hukuk yönünden ele alınmamış, mukayeseli hukuktaki durum da incelenmiştir. İnceleme için ülkeler tercih edilirken farklı bölgelerden olmasına özen gösterilmiştir. Ancak Avrupa'daki demokrasi kültürü nazara alınarak yol gösterici olması amacıyla Avrupa örnekleri zengin tutulmuştur. Konuyu ilişkin olarak sorunlu alanlar tespit edilmiştir. Bu sorunlara ilişkin olarak da çözüm yöntemleri önerilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** 1982 Anayasası, Seçim Sistemi, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Milletvekili, Türk Vatandaşlığı, Kamu Hizmetlerinden Yasaklılık.

---

\* Kumluca/Antalya Cumhuriyet Savcısı(huseyinhukuk23@gmail.com)  
Doktora Öğrencisi

***ELIGIBILITY TO BE ELECTED AS A MEMBER OF PARLIAMENT  
WITHIN THE CONSTITUTION OF 1982  
&  
ITS SITUATION AT THE COMPARATIVE LAW***

**ABSTRACT**

In democratic societies the public elect deputies to represent them. These representatives carry out this duty and make decisions on behalf of the public. This system, which is the main framework of the regime of democracy, is subject to certain rules. Some rules have been regulated giving the right to vote and be elected. The issue to represent is vital for these societies and therefore is at the forefront. The subject of this paper is the eligibility to be elected. This issue is dealt with in the context of the main rule of article 76 of the 1982 Constitution and other relevant rules (laws, statutes, regulations etc.). Eligibility requirements and general definitions are outlined and the decisions of the Supreme Electoral Council are given in relation to this issue. In addition, the decisions of the Constitutional Court, the Supreme Court and the Council of State are mentioned. Topics are dealt with, not only in terms of domestic law but also in comparative law. Countries have been carefully selected from various zones. However, taking into consideration the culture of democracy in Europe, European examples are used more for guidance than others. Problematic areas have been identified in relation to the issue. With regard to these problems, the solution methods are proposed.

**Keywords** : The Constitution of 1982, Electoral System, Turkish Grand National Assembly, Member of Parliament, Turkish Citizenship, Banned From Public Services



## I. GİRİŞ

Bir toplumun kendisini temsil edecek, haklarında kararlar verecek temsilcileri seçtiği seçim mekanizmasında; gerek seçmenler gerekse seçilenler için birtakım yeterlilik ve şartlar aranmaktadır. İdeal demokrasiye ulaşma çabasında önemli bir araç olan seçimde, bu şartlar ve yeterlilikler insan onuruna en uygun hale doğru ilerleyiş içerisinde. Seçmenleri ikna çabası niteliğindeki seçimlerde, seçilenler için birtakım niteliklerin aranması ülkemizde de uygulanan bir usuldür.

Bu çalışmada, seçilenler arasında yer alan milletvekilleri için ne tür niteliklerin arandığı ayrıca mukayeseli hukuktaki genel durum incelenecektir.

## II. MİLLETVEKİLİ SEÇİLEBİLME ŞARTLARINI DÜZENLEYEN İÇ HUKUKTAKİ MEVZUAT HÜKÜMLERİ

1982 Anayasası'nın 67'nci maddesinde bireyin seçilme hakkı olduğu belirtilmiş, milletvekili seçilme hakkının bağlı bulunduğu şartlar 76'ncı maddede düzenlenmiştir.<sup>1</sup>

**Anayasanın 76'ncı maddesi** “Yirmibeş yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir. En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlular, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler. Hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet

---

<sup>1</sup> **Özbudun, Ergun;** Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 269

*bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve Silahlı Kuvvetler mensupları, görevlerinden çekilmedikçe, aday olamazlar ve milletvekili seçilemezler” şeklindedir.*

**2839 s. Milletvekili Seçimi Kanunu’nun “Seçilme Yeterliliği” başlıklı 10’uncu maddesi** “Yirmibeş yaşını dolduran her Türk vatandaşı milletvekili seçilebilir” şeklinde, **“Milletvekili Seçilemeyecek Olanlar” başlıklı 11’nci maddesi de** “Aşağıda yazılı olanlar milletvekili seçilemezler:

- a) İlkokul mezunu olmayanlar,
- b) Kısıtlılar,
- c) Yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar,
- d) Kamu hizmetinden yasaklılar,
- e) Taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar,
- f) Affa uğramış olsalar bile;

**1.** Basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olanlar,

**2.** Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının, birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahkûm olanlar,

**3.** Terör eylemlerinden mahkûm olanlar,

**4.** Türk Ceza Kanununun 536 ncı maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı eylemlerle aynı Kanunun 537 nci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yazılı eylemleri siyasi ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkum olanlar” **şeklinde olup, Anayasanın 76’ncı maddesi ile uyumludur.**

### III. MİLLETVEKİLİ SEÇİLEBİLME ŞARTLARI

Yukarıda belirtilen mevzuat çerçevesinde milletvekili seçilebilme şartları iç hukuk yönünden tek tek ele alınacak ve her şartın mukayeseli hukuk yönünden örnek uygulamalarına değinilecektir.

#### A. Vatandaşlık

Kişiyi devlete bağlayan hukukî ve siyasî bir ilişki<sup>2</sup> olarak tanımlanabilen *vatandaşlık*, hemen hemen ilk çağlardan beri siyasî haklardan yararlanabilmenin bir koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Milletvekilliğinin toplumun kaderi üzerinde söz sahibi olma hakkını sağladığı düşünülerek, kararları ve tercihleri ile topluma yön verecek olan temsilcinin toplumun bir ferdi olmasında fayda mülâhaza edilmiştir<sup>3</sup>.

1982 Anayasası'nın 67/1'inci maddesindeki "*Vatandaşlar.. kanunda gösterilen şartlara uygun olarak...seçilme.....hakkına sahiptir*" ifadesinden, 76/1'nci maddesindeki "*Yirmibeş yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir*" ifadesinden, gerekse 2839 s. Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 10'uncu maddesindeki "*Yirmibeş yaşını dolduran her Türk vatandaşı milletvekili seçilebilir*" ifadesinden, vatandaşlığın milletvekili seçiminde bir ön şart olduğu anlaşılmaktadır.<sup>4</sup> 1982 Anayasası'nın "*Türk Vatandaşlığı*" başlıklı 66'ncı maddesinde "*vatandaşlık*" tanımı; "*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür*"<sup>5</sup> şeklinde yapılmıştır<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> **Göger, Erdoğan;** "Çifte Vatandaşlık", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1-4, Y. 1995, s. 127

<sup>3</sup> **Arash, Oya;** Adaylık Kavramı ve Türkiye'de Milletvekili Adaylığı, Üniversitesi Yayınları No. 311, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 42, **Onar, Erdal-Tiryakioğlu, Bilgin;** "1982 Anayasasında Milletvekilliği Vatandaşlık İlişkisi(Merve Safa Kavakçı Olayı)", Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayın No. 8, Ankara, 1999, s. 561, **Teziç, Erdoğan;** Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 1997, s. 259, **Özbudun;** a.g.e., s. 269, **Ekici, Saim;** 1982 Anayasasında Seçme ve Seçilme Hakları(Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2009, s. 76, **Akbaba, Zeynep Burcu;** Milletvekili Seçilme Yeterliliği(Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010, s. 81,

<sup>4</sup> **Gözler, Kemal;** "Vatandaşlık ve Milletvekilliği", Liberal Düşünce, C.4, S.16, Y.1999, s. 90

<sup>5</sup> 66'ncı maddenin gerekçesi "Vatandaşlık önemli bir bağıdır. Bu bağı önemi ve niteliğini belirtme bakımından maddenin başlığı olan 1961 Anayasasındaki 54 üncü maddenin vatandaşlık başlığı "Türk vatandaşlığı" haline getirilmiştir. Bu suretle vatandaşlık bağı

Vatandaşlık tanımı; 1876 tarihli Kanunu Esasi'de<sup>7</sup>, 1924 Anayasası'nda<sup>8</sup>, 1961 Anayasası'nda<sup>9</sup> benzer şekilde olup, devletle olan irtibatı ırk, din, mezhep, etnik ve kültürel ayrılık gözetmeksizin tarif etmektedir.

Bu itibarla, mevzuatımızda yer alan “Türk” ibaresi sadece Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olmayı ifade edip, ırka dayalı bir sınıflandırma yapmamaktadır. Buna göre milletvekili seçilebilmede aranan şart Türk olmak değil, Türk vatandaşı olmaktır<sup>10</sup>.

---

ile Devlete bağlı olan herkes deyiminden Türk vatandaşlık bağı ile Devlete bağlı olan herkes Türk vatandaşdır demek istenmiştir. Bu şekilde vatandaşlık bağının Türklüğü kazandırmada daha kuvvetli bir bağ olduğu vurgulanmak istenmiştir....” şeklindedir. **Akad, Mehmet-Dinçkol, Abdullah;** 1982 Anayasası Madde Gereklileri ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 313

<sup>6</sup> 5901 s. Türk Vatandaşlığı Kanunu'un 3/1.ç. maddesindeki tanım “Türk vatandaşı: Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişiyi...ifade eder.” şeklindedir.

<sup>7</sup> 1876 tarihli Kanunu Esasi'nin 8'nci maddesi “Devleti Osmaniye tabiyetinde bulunan efradın cümlesine her hangi din ve mezhepten olur ise olsun bilâ istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihlal ve izae edilir.” şeklindedir.

<sup>8</sup> 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun 88'inci maddesi “Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla (Türk) ıtlak olunur.” şeklindedir.

<sup>9</sup> 1961 Anayasası'nın 54'üncü maddesi “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür.” şeklindedir.

<sup>10</sup> “...Anayasamız, Türk Devleti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi Türk sayan birleştirici ve bütünleştirici bir milliyetçilik anlayışına sahiptir. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, bu çağdaş milliyetçilik anlayışının belirgin niteliklerinden birini oluşturmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'ya göre, Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin hangi etnik gruptan olursa olsun Türk sayılması onun etnik kimliğini inkâr anlamında değil, devletine "Türk Devleti", ulusuna "Türk Ulusu" ve ülkesine "Türk Vatanı" denen ve toplum yapısında çeşitli etnik gruplar bulunan ülkede bütün vatandaşlar arasında eşitliğin sağlanması ve çoğunluk içinde bulunan etnik grupların azınlığa düşmesini önleme amacına yöneliktir. Bu nedenle, Anayasamıza göre siyasal açıdan önemli olan soy değil, ulusal topluluktan olmaktadır.Ulusal birlik, devleti kuran, ulusu oluşturan toplulukların ya da bireylerin etnik kökeni ne olursa olsun, yurttaşlık kurumu içinde ayrımsız birliktelikleriyle gerçekleşir...”(**Anayasa Mahkemesi, T. 13.03.2003, E. 1999/1, K. 2003/1, Resmi Gazete;** 19.07.2003/25173

Çoklu vatandaşlığı,<sup>11</sup> milletvekilliği seçilmeye engel bir durum olup olmadığı tartışılması gereken diğer bir konudur. Bireye, iki ayrı devletin hukuki statü tanınması, mahkemelerin uluslararası yetkisine tabi tutması ve diplomatik koruma sağlaması hali<sup>12</sup> olarak tanımlanabilen bu durumun Türk vatandaşlığına bir etkisi bulunmadığından milletvekili seçilmeye de bir mani teşkil etmediği açıktır. Zira gerek 1982 Anayasasında<sup>13</sup> gerekse seçim ve vatandaşlık kanunlarında buna dair bir engel bulunmamaktadır<sup>14</sup>.

Bir kimsenin milletvekili adaylığı döneminde Türk vatandaşlığı konusunda çıkan tereddütleri inceleme mercii Anayasa'nın 79'uncu maddesi uyarınca Yüksek Seçim Kurulu'dur. Bu durum, kişi milletvekili seçildikten sonra anlaşılrsa dahi, *tam kanunsuzluk* hali mevcut olduğundan yetkili mercii yine Yüksek Seçim Kurulu olacaktır<sup>15</sup>.

Tartışılması gereken diğer bir husus ise; milletvekili seçilen kişinin milletvekili iken Türk vatandaşlığı sıfatını kaybetmesi halidir. Örneği yasama tarihimizde mevcut olan, Merve Safa Kavakçı olayı ile bu tartışma somutlaşmıştır. 18 Nisan 1999 tarihli genel seçimde, İstanbul Milletvekili olarak seçilen<sup>16</sup> Merve Safa Kavakçı, Bakanlar Kurulu'nun 13/05/1999 tarih ve 99/12827 sayılı kararı<sup>17</sup> ile mülga 403 s. Türk

<sup>11</sup> 5901 s. Türk Vatandaşlığı Kanunu'un 3/1.b. maddesindeki tanım "Çok vatandaşlık: Türk vatandaşının aynı anda birden çok vatandaşlığa sahip olmasını... ifade eder." şeklindedir.

<sup>12</sup> **Göger**; a.g.e., s. 128

<sup>13</sup> 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun 12'nci maddesinde "...tabiiyeti ecnebiye iddiasında bulunanlar....mebus intihap olunamazlar." denilmek suretiyle, çifte vatandaşlık milletvekili seçilmeye engeller arasında sayılmıştır.

<sup>14</sup> **Gözler, Kemal**; Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2000, s. 266, **Onar-Tiryakioğlu**; a.g.e., s. 564

<sup>15</sup> "... seçimden önce var olan seçilme yeterliliğine engel bir tam kanunsuzluk halinin seçimden sonra herhangi bir yolla öğrenilmesi üzerine konunun Yüksek Seçim Kurulunca inceleneceği, seçimden sonra oluşacak bir yetersizlik nedeniyle alınacak kararın ise Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğunun kabulü gerekir." **Yüksek Seçim Kurulu, 1999/1585, akt., Ünlü, Ahmet Hamdi-ERBİL, Hasan**; Seçim Mevzuatı ve Yüksek Seçim Kurulu Kararları, HD Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 1103

<sup>16</sup> **Resmi Gazete**; 27.04.1999, Sayı:23678(Mükerrer)

<sup>17</sup> **Resmi Gazete**; 16.05.1999, Sayı: 23697

Vatandaşlığı Kanunu'nun 25/1.a<sup>18</sup> maddesine, yani izin almadan yabancı bir devlet vatandaşlığını edinmiş olmasına istinaden vatandaşlıktan çıkarılmıştır. Milletvekilliğinin devam edip etmeyeceği ve bu konuda karar vermeye yetkili olan organ tartışılmıştır.

Yüksek Seçim Kurulu, önüne gelen bu konu hakkında 17/05/1999 tarih ve 1585 K. sayılı kararında;

*“Anayasa'nın 76. maddesinde milletvekili seçilebilmek için Türk vatandaşı olmak, 30 yaşını doldurmuş bulunmak, askerlik hizmetini yapmış olmak, kısıtlı olmamak ve yine madde metninde sayılan cezalara hükümlü bulunmamak gerektiği belirtilmiş, 79. maddesinde de seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama yetkisi ve görevinin Yüksek Seçim Kuruluna ait olduğu açıklanmıştır. Madde metninde geçen yolsuzluk deyiminin seçimle ilgili tüm kanuna aykırılıkları ifade için kullanılan bir kavram olduğu açıktır. Ancak, Yüksek Seçim Kurulunun bu yetki ve görevinin uygulama zamanının belirlenmesi olayımızda önem kazanmaktadır. 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 42. maddesinde, bu kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde 298 sayılı Kanunun bu kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 130. maddesinin son paragrafında da, adaylığın kesinleşmesinden sonra adayın Türk olmadığına, yaşının kanunda gösterilenden küçük olduğuna, okur-yazar olmadığına veya seçilme yeterliğini kaybettiren bir mahkûmiyeti bulunduğuna ilişkin iddialarla itiraz olunabileceği hükme bağlanmıştır. Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere seçimden önce var olan seçilme yeterliğine engel bir tam kanunsuzluk halinin seçimden sonra herhangi bir yolla öğrenilmesi üzerine konunun Yüksek Seçim Kurulunca*

---

<sup>18</sup> Mülga 403 s. Kanun'un 25/1.a maddesi “Aşağıdaki kişilerin Türk vatandaşlığını kaybettiklerine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebilir.

a) İzin almaksızın kendi istekleriyle yabancı bir Devlet vatandaşlığını kazananlar,” şeklindedir.

*inceleneyeceği, seçimden sonra oluşacak bir yetersizlik nedeniyle alınacak kararın ise Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunun kabulü gerekir. Nitekim Anayasanın 127 nci maddesinde de mahalli idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatlarını kazanmaları ve kaybetmelerinin yargı kararı ile gerçekleşeceği belirtilmiş bu hükmün uygulanmasında organlık sıfatının kazanılmasına ilişkin seçimler ve seçim işlerinden çıkan uyuşmazlıklar Yüksek Seçim Kurulu ve alt seçim kurullarınca denetlendiği halde seçimden sonra oluşan seçilme yeterliğinin kaybına ilişkin uyuşmazlıklar sebebiyle organlık sıfatının kaybına 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun Ek-2 nci maddesi uyarınca Danıştay'ca karar verilmektedir. Yüksek Seçim Kurulu süregelen içtihatlarında yukarıda belirtilen ve tam kanunsuzluk olarak adlandırdığı iddialarla yapılan itirazları seçimden önce olmak koşuluyla süre kaydı aramaksızın incelemiştir. (Yüksek Seçim Kurulunun 11.02.1996 gün ve 71, 16.03.1999 gün ve 194 sayılı kararları) Olayda, Merve Safa KAVAKÇI'nın Türk vatandaşlığını kaybettiğine ilişkin 99/12827 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı aday listeleri kesinleştikten, 18 Nisan 1999 tarihinde Milletvekili Genel Seçimleri yapıldıktan sonra 16.05.1999 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunduğundan seçilme yeterliğinin kaybının seçimlerden sonra oluştuğunun kabulü gerekir. Bu durumda, Merve Safa KAVAKÇI'nın milletvekilliğinin düşürülme yetki ve görevinin Anayasanın 84. maddesi ışığında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğuna karar verilmelidir.”<sup>19</sup>*

Demek suretiyle yetkili organ olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni işaret etmiştir.

Anılan milletvekilinin vekilliği, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'nın vatandaşlığın yitirilmesine ilişkin bilgiyi Genel Kurul'a bildirmesi ile sonlanmıştır.

<sup>19</sup> <http://www.ysk.gov.tr/ysk/IlkeKararlari/1999/Kararlar/1999-1585-karar.htm>, Son Erişim Tarihi: 03/04/2013, **Ünlü-ERBİL**; a.g.e., s. 1103

Bu konuda yasal boşluk olduğunu belirten görüşün<sup>20</sup> yanı sıra uygulamanın doğru olduğunu dile getiren görüş<sup>21</sup> de mevcuttur.

<sup>20</sup> “...Ancak, milletvekili seçilen kişi, milletvekili seçildikten sonra Türk vatandaşlığını kaybederse ne olacaktır? Bu konuda Anayasada veya kanunlarda bir hüküm yoktur. Böyle bir durumda artık Yüksek Seçim Kurulunun yetkili olduğu söylenemez. Çünkü bu Kurul, esas itibarıyla milletvekilliği adaylığı ve seçilme işlemlerinde yetkili bir kuruldur. Kaldı ki, ne Anayasada, ne de diğer kanunlarda Yüksek Seçim Kuruluna böyle bir konuda karar verme yetkisi tanınmamıştır. Merve Kavakçı olayında da Yüksek Seçim Kurulu seçimden sonra meydana gelen olaylar ve işlemler konusunda yetkisiz olduğuna karar vermiştir. Yüksek Seçim Kurulu yetkisiz olduğuna göre, bu konuda Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkili olduğu ve “milletvekilliğinin düşmesi” kararı verebileceği akla gelebilir. Ancak, milletvekilliğinin düşmesi meselesini düzenleyen Anayasanın 84’üncü maddesi sınırlı sayıda düşme sebebi öngörmüştür. Bunlar istifa, kesin hüküm giyme, kısıtlama, milletvekilliği ile bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar etme, meclis çalışmalarına özürsüz ve izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim katılmama, partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olma hallerinden ibarettir. Bunların arasında Türk vatandaşlığını kaybetme hali sayılmamıştır. 84’üncü madde de sayılan sınırlı sayıdaki sebeplerin dışında kalan bir sebeple, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu, bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine karar veremez. Görevleri Anayasa ve İçtüzük ile belirlenmiş olan Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı veya Başkanlık Divanı da bu konuda tamamiyle yetkisizdir. Dolayısıyla bir milletvekilinin Türk vatandaşlığını milletvekili seçildikten sonra kaybetmesi durumunda ne olacağı Anayasada öngörülmemiştir. Keza Anayasa ve kanunlar bu konuda karar verme yetkisini bir organa veya makama vermiş de değildirler. Kendisine Anayasa ve kanunlar tarafından bir yetki verilmemiş bir kamu hukuku organının yetkisiz olduğu bir konuda karar vermesi mümkün değildir. O nedenle, Türk vatandaşlığı sıfatını sonradan kaybeden bir milletvekilinin milletvekilliğinin sona erdirilmesi olanaksızdır. Bu sonucu “otuz yaşını bitiren her Türk milletvekili seçilebilir” diyerek “vatandaşlık şartı”nı getiren Anayasanın 76’ncı maddesinin 1’inci fıkrası karşısında nasıl açıklayabiliriz? Bir kere denebilir ki, Anayasanın 76’ncı maddesinin 1’inci fıkrası müeyyidesiz bir normdur. Zira anayasa hukukunda “müeyyidesiz normlara” sıkça rastlanır. Bu hukuk dalındaki normların büyük çoğunluğu zaten müeyyidesizdir. O halde yapılabilecek birinci muhtemel açıklama, 76’ncı maddenin 1’inci fıkrasının müeyyidesiz bir norm olduğu yolundadır. Ancak, burada bu yorumu yapmaya da kanımızca gerek yoktur. Zira 76’ncı madde, “milletvekilliğinin devam şartlarını” değil, “milletvekili seçilme yeterliliği”ni düzenlemektedir. Zira 76’ncı madde esas itibarıyla “adaylık süreciyle” alakalıdır. O halde 76’ncı madde de, milletvekilliğinin devamı boyunca Türk vatandaşlığının muhafaza edilmesi şartını zaten aramamaktadır. Türk hukuk düzeninde, milletvekilliğinin devamını vatandaşlık şartına bağlayan bir norm yoktur. Hangi açıklama tarzı kabul edilirse edilsin, Türk vatandaşlığını milletvekili seçildikten sonra kaybeden bir milletvekilinin milletvekilliğini düşürme konusunda, bir organ, bir makam veya kişi Türk hukuk düzeninden yetki almamıştır. Ayrıca ve açıkça böyle bir yetki almamış olan makamların bu konuda bir işlem tesis etmeleri mümkün değildir. Merve Kavakçı olayında Yüksek Seçim Kurulunun ve Türkiye Büyük Millet



Kanaatimizce, yürütme organı olan Bakanlar Kurulu kararı ile bir milletvekilinin akıbetinin belirleniyor olması, gerek erkler arasındaki dengeye gerekse halkın iradesini temsil eden yasama gücüne müdahale eder niteliktedir. Bu haliyle dahi halk iradesinden yana olarak, en azından T.B.M.M. kararı ile bir nihayete varmak daha doğru olacaktır. Elbette ki bu belirsizliği çözmeye en etkili ve uygun yol gereken anayasal ve yasal düzenlemenin yapılmasıdır.

Mukayeseli hukuk yönünden incelendiğinde; vatandaşlığın bir çok ülkede milletvekili seçilebilme şartlarından olduğu görülmektedir<sup>22</sup>.

Amerika Birleşik Devletlerinde Temsilciler Meclisi üyesi olabilmek için 7 yıl, senato üyesi olabilmek içinse 9 yıldan beri ABD vatandaşı olmak<sup>23</sup>, İngiltere'de avam veya lordlar kamarasına seçilebilme için İngiliz, İrlanda yada İngiliz Ulusları Topluluğu vatandaşı olmak<sup>24</sup>, Fransa'da milletvekili seçilebilme için Fransız vatandaşı olmak<sup>25</sup>, Almanya Federal Meclisine seçilebilme için en az 1 yıldan beri Alman vatandaşı olmak<sup>26</sup>, İspanya'da senatoya ve temsilciler meclisine seçilebilme için İspanya vatandaşı olmak<sup>27</sup>, İtalya'da senatoya ve temsilciler meclisine seçilebilme için İtalya vatandaşı olmak<sup>28</sup>, Yunanistan'da seçilebilme için Yunan vatandaşı olmak<sup>29</sup>, Belçika'da senatoya ve temsilciler meclisine seçilebilme için Belçika vatandaşı olmak<sup>30</sup>, Mısır'da meclise veya şuraya seçilebilme için Mısırlı bir

---

Meclisi Başkanlığının topu birbirlerine atmalarının altında yatan gerçek de budur.”

**Gözler, Kemal;** Vatandaşlık ve Milletvekilliği..., s. 91

<sup>21</sup> **Onar-Tiryakioğlu;** a.g.e., 592

<sup>22</sup> **Akbaba;** a.g.e., s. 46

<sup>23</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2340\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2340_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>24</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2335\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2335_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2336\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2336_B.htm),

Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>25</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2113\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2113_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>26</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2122\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2122_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>27</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2294\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2294_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2293\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2293_B.htm),

Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>28</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2157\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2157_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2158\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2158_B.htm),

Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>29</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2125\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2125_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>30</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2029\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2029_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2030\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2030_B.htm),

Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

babadan olma Mısır vatandaşı olmak, sonradan vatandaşlık alanlar için en az 10 yıl geçmiş bulunması<sup>31</sup>, Japonya'da senato veya temsilciler meclisine seçilebilmek için Japonya vatandaşı olmak<sup>32</sup>, Çin'de de temsilci olarak seçilebilmek için Çin vatandaşı olmak<sup>33</sup>, Kolombiya'da<sup>34</sup> seçilebilmek için Kolombiya vatandaşı olmak, seçilme şartları arasında sayılmıştır.

Ülkelerin çifte vatandaşlık hususuna bakışını ele almak gerekirse, İsrail'in bu konuda katı bir düzenlemeye yer verdiği görülmektedir. İsrail'de oy kullanabilmek için, İsrail vatandaşı olmak yeterli kabul edilmiştir. Bu vatandaşlığın sonradan kazanılmasının dahi oy kullanabilmek açısından herhangi bir sakıncası bulunmamaktadır. Ancak İsrail parlamentosuna seçilebilmek için, İsrail vatandaşı olmanın yanı sıra, eğer aday olmak isteyen kişi başka bir ülkenin vatandaşlığına da sahip ise, yani çifte vatandaşlık durumu söz konusu ise, bu durumda aday olmak isteyen kişinin, diğer ülkenin vatandaşlığından ayrılması gerekmektedir. Aksi halde yeterlilik şartlarını taşımadığından aday olması mümkün olamayacaktır<sup>35</sup>. Kanada'da da seçilme yeterliliğine sahip olmak için başka bir devletin vatandaşı olmamak gerekmektedir. Kısacası Kanada, çifte vatandaşlığı seçilme engeli olarak kabul etmektedir. Bazı ülkeler ise, çifte vatandaşlığı açıkça seçilme engeli saymamakla birlikte, kanunlarında bu durumu daha farklı ele almışlardır. Gana'da, Kenya'da, Kamerun'da ve Dominik Cumhuriyeti'nde, yabancı bir ülkeye sadakat bağı ile bağlı olmak, seçilme engeli kabul edilmiştir. Böylece bu dört ülke, çifte vatandaşlık hususunu, daha geniş ve esnek bir düzenleme ile yasaklamışlardır<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2097\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2097_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2374\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2374_B.htm),  
Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>32</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2161\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2161_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2162\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2162_B.htm),  
Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>33</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2065\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2065_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>34</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2067\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2067_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>35</sup> Nijerya'da da başka bir ülke vatandaşlığını almak seçilme engeli olarak kabul edilmektedir. [http://ipu.org/parline-e/reports/2363\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2363_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>36</sup> Akbaba; a.g.e., s. 50, <http://ipu.org/parline-e/reports>.

## B. Yaş

İnsanın belli bir birikime sahip olmasının ana göstergesi olan yaş, hukukta belirli hakları kullanmada veyahut bazı haklara erişimde ayırıcı kıstas olarak kabul edile gelmiştir. İnsanın bazı tecrübe ve olgunluklara ulaşmasında temel varsayım olan yaş, tüm toplumlarda milletvekili seçilebilme şartları arasında sayılmıştır. Seçmen ile seçilenler için aranan yaş sınırları genel olarak farklı olup, seçilenler için yaş sınırı daha yüksek tutulmaktadır<sup>37</sup>.

Elbette ki olgunluğun tek göstergesi asgari yaş olmayıp liyakat ve tecrübe de önem arz etmektedir. Bu düzenlemeye yol açan “*toplumu yönetmek için senelerin getireceği bilgi ve tecrübelere sahip olmanın gerektiği*” yolundaki anlayış, gençlerin siyasî hayata ilgi duymaya başlamalarından sonra eleştirilere hedef olmuş ve gençler seçme yaşının yanında seçilme yaşının da indirilmesi için baskı yapma yoluna gitmişlerdir. Bu baskının özellikle gelişmekte olan ülkelerde, istenilenlerin elde edilmesini sağladığı söylenebilir<sup>38</sup>.

1924<sup>39</sup> ve 1961<sup>40</sup> Anayasaları'nın izinden giden 1982 Anayasası'nda, 30 olan seçilme yaşı, 17/10/2006 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe giren 5551 s. Kanunla<sup>41</sup> yapılan değişiklikle

<sup>37</sup> Araslı; a.g.e., s. 42, **Özbudun**; a.g.e., s. 269, **Teziç**; a.g.e., s. 259

<sup>38</sup> Araslı; a.g.e., s. 43

<sup>39</sup> 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun 11'inci maddesi “Otuz yaşını bitiren kadın, erkek her Türk mebus seçilebilir.” şeklindedir.

<sup>40</sup> 1961 Anayasası'nın 68'inci maddesi “Otuz yaşını dolduran her Türk Milletvekili seçilebilir.” şeklindedir

<sup>41</sup> Kanun'un 1'nci maddesi; “7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 76 nci maddesinin birinci fıkrasındaki “Otuz” ibaresi “Yirmibeş” olarak değiştirilmiştir.” şeklindedir.

Kanun gerekçesi; “Seçme ve seçilme haklarının kullanımına ilişkin yol ve yöntemler, sınırlamalar ve şartlar, rejimin demokratikliğinin derecesini yansıttığı kabul edilmiştir. Başta batı demokrasilerinde olmak üzere dünyanın çoğu ülkesinde seçme hakkıyla birlikte seçilme hakkı aynı yaş sınırlamasına tâbi tutulmuş ya da bu yaşın yalnızca birkaç yaş üzerinde bir sınır gösterilmiştir. Avrupa Birliğine aday olan ülkemizin adaylık konumunu güçlendirebilmesi için öncelikle üyesi bulunduğu Avrupa Konseyine ilişkin standartları yerine getirmesi yerinde olacaktır. Ülkemizin nüfusunun demografik yapısı da sosyolojik ve siyasî bir gerçeklik olarak seçilme yaş haddinin aşağı çekilmesini desteklemektedir. Toplumun demografik yapısına baktığımız zaman genç bir nüfusa sahip olduğumuz görülür. Çalışan kesimin çok önemli bir yüzdesini otuz yaş altındaki insanlar

25'e düşürülmüş olup, gençliğin dinamizmini meclise yansıtma bakımından da yerinde olmuştur.

Anayasada ve yasada belirtilen yaşın, baz alınacağı tarih seçimin yapılacağı gün olup, seçimden sonra yaş şartının yerine getirilmediği tespit edildiği takdirde Yüksek Seçim Kurulu "tam kanunsuzluk" gerekçesi ile tekrar müdahale etme yetkisine sahiptir<sup>42</sup>.

Mukayeseli hukuk yönünden incelendiğinde; belirlenen bir yaşın milletvekili seçilebilme şartlarından olduğu görülmektedir.

ABD'de Temsilciler Meclisi için 25, Senato için 30 ve Başkanlık için 35 yaşında olmak<sup>43</sup>, İngiltere'de lordlar ve avam kamarasına seçilebilmek için 21 yaşında olmak<sup>44</sup>, Fransa'da temsilciler meclisine seçilebilmek için 23, senatoya seçilebilmek için 30 yaşında olmak<sup>45</sup>, Almanya'da Federal Meclise seçilebilmek için 18 yaşında olmak<sup>46</sup>, İspanya'da meclise ve senatoya seçilebilmek için 18 yaşında olmak<sup>47</sup>, İtalya'da meclise seçilebilmek için 25, senatoya seçilebilmek için 40

---

oluşturuyorsa, toplum bu yaş kesiminin taleplerine bakarak bir ölçüde yönlennmeli, toplumun yönelişlerini de Türkiye Büyük Millet Meclisinde somutlaştırmalıyız. Gençliğin etkisinin, etkinliğinin ve katılım isteğinin çok arttığı bir çağda hele nüfusunun % 60'ının otuz yaş altında olduğu bir ülkede, milletvekilliği için otuz yaş tabanını çok yüksektir. Bu nedenle milletvekilliği seçilme yaşı otuzdan yirmibeşe indirilmelidir." şeklindedir.

<sup>42</sup> "...28.03.2004 tarihinde yapılan Mahalli İdareler Genel Seçiminde Aydın İli Bozdoğan İlçesi Yazıkent Beldesi Belediye Meclisi Üyeliğine seçilen Bilal YAYLAGÜL'ün, 09.10.1979 doğumlu olduğu, seçimin yapıldığı 28.03.2004 tarihi itibarıyla 25 yaşını doldurmadığı, Bozdoğan İlçe Seçim Kurulu Başkanlığınca Kurulumuza gönderilen 30.04.2004 günlü, 2004/282 sayılı yazıdan açıkça anlaşılmıştır. Bu durumda, Bilal YAYLAGÜL'ün 2972 sayılı Kanunun 31 inci maddesinde öngörülen koşula sahip olmadığı ve seçimin yapıldığı tarihte (28.03.2004) seçilme yeterliliği bulunmadığından tam kanunsuzluk hali nedeniyle tutanağının iptaline karar verilmelidir."**(Yüksek Seçim Kurulu, T.11.05.2004, K.2004/2023)**, <http://www.ysk.gov.tr/ysk/index.html>. Son Erişim Tarihi: 04.04.2013

<sup>43</sup> **Akbaba**; a.g.e., s. 52

<sup>44</sup> <http://ipu.org/parline-e/reports/2336> B.htm, <http://ipu.org/parline-e/reports/2335> B.htm, Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>45</sup> <http://ipu.org/parline-e/reports/2114> B.htm, <http://ipu.org/parline-e/reports/2113> B.htm, Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>46</sup> <http://ipu.org/parline-e/reports/2122> B.htm, Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>47</sup> <http://ipu.org/parline-e/reports/2293> B.htm, <http://ipu.org/parline-e/reports/2294> B.htm, Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

yaşında olmak<sup>48</sup>, Yunanistan'da temsilci seçilebilmek için 25 yaşında olmak<sup>49</sup>, Belçika'da temsilciler meclisi ve senatoya seçilebilmek için 21 yaşında olmak<sup>50</sup>, Mısır'da temsilciler meclisine seçilebilmek için 25, senato niteliğindeki şuraya seçilebilmek için 35 yaşında olmak<sup>51</sup>, Japonya'da temsilciler meclisine seçilebilmek için 25, senatoya seçilebilmek için 30 yaşında olmak<sup>52</sup>, Çin'de seçilebilmek için 18 yaşında olmak<sup>53</sup> seçilebilme şartları açısından asgari yaşlar olarak kabul edilmiştir. Genel uygulama asgari sınır koymak iken İran'da asgari ve azami sınırlar belirtilmiştir. Buna göre 25 ve 75 yaş aralığında olanlar temsilci olabileceklerdir<sup>54</sup>.

### C. Kısıtlılık

Kısıtlama, kanunda belirtilmiş sebeplerden biri nedeniyle korunmaları gereken ergin kişilerin fiil ehliyetlerinin mahkeme kararıyla sınırlandırılmasıdır<sup>55</sup>. 4721 s. Türk Medeni Kanunu(TMK)'nda kısıtlama halleri sınırlı sayıdadır. Bunlar akıl hastalığı veya akıl zayıflığı(TMK md 405)<sup>56</sup>, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü

<sup>48</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2157\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2157_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2158\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2158_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>49</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2125\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2125_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>50</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2029\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2029_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2030\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2030_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>51</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2097\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2097_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2374\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2374_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>52</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2161\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2161_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2162\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2162_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>53</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2065\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2065_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>54</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2149\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2149_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>55</sup> **Akıntürk, Turgut**; Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, 11. Bası, Beta Yayınları, Ankara, 2008, s. 481, **Ararış**; a.g.e., s. 47

<sup>56c</sup>..Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce doğrudan doğruya (resen) göz önünde tutulur. Davada davalının ruhsal rahatsızlığı nedeniyle tedavi gördüğü tanık beyanlarıyla belirlendiği ve bu iddia dosya arasındaki bir kısım delil ile doğrulanmış bulunmasına göre mahkemece yapılacak iş, Türk Medeni Kanununun 405 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 42.maddeleri uyarınca yetkili vesayet makamına yazı yazılması davalının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması ve bu hususun bir ön mesele sayılması, gerekirse Türk Medeni Kanununun 462/8. maddesi uyarınca işlem yapılması ve sonucuna kadar yargılamanın bekletilmesinin den ibarettir. Bu yön göz önünde tutulmadan yargılamaya devam olunarak işin esası

yaşama tarzı, kötü yönetim(TMK md. 406)<sup>57</sup>, bir yıl ve daha uzun özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olmak(TMK md. 407)<sup>58</sup> ve istek üzerine kısıtlamadır(TMK md. 408)<sup>59</sup>.

TMK'nın 411'nci maddesine kısıtlılığa karar vermede yetkili ve görevli makam, kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairesi olan sulh hukuk mahkemesidir. Burada kesin yetki söz konusudur. Vesayet işlerinde yetki, kamu düzenine ilişkindir<sup>60</sup>. TMK'nın 471'nci maddesine

---

hakkında karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır..."( **Yargıtay 2. H.D., T. 15.04.2003, E. 2003/2476, K. 2003/5444**)[**Açıklamalı Kanun İçtihat Programı**]

<sup>57</sup>cc..Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davalının, sürekli kumar oynadığı, bu alışkanlığı nedeniyle kendisini ve ailesini darlık ve yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açtığı anlaşılmış olup, Türk Medeni Kanunu'nun 406. maddesi koşulları oluşmuştur. İsteğin kabulü ile davalının kısıtlanmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır..."(**Yargıtay 2. H.D., T. 15.04.2008, E. 2008/5300, K. 2008/5387**)[**Açıklamalı Kanun İçtihat Programı**]

<sup>58</sup>cc...bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkum olması nedeniyle M.K.nun 407. maddesine göre vesayet altına alınması gerekir.Dava dilekçesi ve davetiyenin vasi yerine dava ehliyeti olmayan davalı asile tebliğ edilmesi geçersiz olup taraf teşkili tamamlanmamıştır.Bu nedenle davalının vesayet altına alınıp alınmadığının araştırılması, alınmış ise tayin olunan vasinin usulüne uygun olarak davetiye ile duruşmaya çağırılması,vesayet altına alınmamış ise vesayet makamına (Sulh Hukuk Mahkemesine) ihbarda bulunularak sonucunun beklenmesi ve vasi tayinine dair karar ilde edildikten sonra vasinin duruşmaya çağırılarak taraf teşkilinin sağlanması gerekir.Yazılı şekilde usulüne uygun olarak taraf teşkili sağlanmadan yargılama yapıp sonuca gidilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. .."(**Yargıtay 21.H.D., T.29.3.2004, E.2004/2222, K.2004/2937**) [**Açıklamalı Kanun İçtihat Programı**]

<sup>59</sup>cc... Vesayet altına alınmasını isteyen kimsenin ihtiyarlığı, maluliyeti veya tecrübesizliği yanında bu hallerin, işlerin gereği gibi görmekten alıkoymadığını da ispat etmesi gerekir. Bundan dolayı, hacrin kaldırılmasını isteyen kimse, hangi sebeple vesayet altına alınmışsa, dava tarihinde o sebebin kalktığına ispat edilmesi gerekir. Olayda davacı yaşlılığı sebebiyle hacir altına alınmıştır. Özetle davacının isteği üzerine yaşlılık sebebi ile işleri görebilme imkânına kavuştuğu ispat edilmelidir. Bozma gibi inceleme yapılmadan mücerret istek üzerine hacir kararının kaldırılmasına karar verilmesi yanlıştır." (**Yargıtay 2.H.D., T.25.11.1987, E.10862, K.11240**), **Şener, Esat**; Vesayet ve Velayet Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1996, s. 69

<sup>60</sup>cc...Medeni Kanununun 411. maddesi; vesayet işlerinde yetkinin küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet daireleri olduğunu, 412. maddesi de vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişinin yerleşim yerinin değiştirilemeyeceğini, yerleşim yerinin değişmesi halinde yetkinin yeni vesayet dairesine geçeceğini hükme bağlamıştır. Bu yetki kesindir. Mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. Bora ve Metin Bandırma Sulh Hukuk Mahkemesinin (vesayet makamının) 31.7.2002 gün ve 2002/346 sayılı kararı ile vesayet altına alınmıştır. Bu karar kaldırılmamıştır. Bir kişinin birden fazla vesayet dairesi bulunamaz. Mahkemece; daha önceki 2002/346-706 sayılı

göre; özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis halinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkarken, diğer durumlara özgü kısıtlılık halinin kalkmasına karar verecek olan, TMK'nın 472'nci maddesi uyarınca vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesidir.

TMK'nın 407'nci maddesine istinaden kısıtlanma halinde, özgürlüğü bağlayıcı ceza yani hapis cezası gerek şartla salıverme gerekse başka bir nedenle fiilen sona erdiği anda kısıtlılık da ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla şartla salıverilen kişinin dışarıda iken kısıtlı olması düşünülemez. Zira mülga 743 s. Türk Kanunu Medenisi'nin 415'nci maddesinde *“Hürriyeti salıp bir cezaya mahkûm olan kimse üzerindeki vesayet, hapsin hitamıyla nihayet bulur. Muvakkaten veya bir şart ile serbest bırakılmış olan mahpus vesayet altında kalır.”* denilmek suretiyle denetim süresi içinde dahi kısıtlılığın devam edeceği belirtilmiş olmasına karşın mer'i Türk Medeni Kanunu'nun 407'nci maddesinde böyle bir ibareye yer verilmeyerek eski uygulamadan vazgeçilmiştir.

Hemen hemen bütün ülkelerin seçim mevzuatlarına göre, kısıtlı kimselerin, siyasî hakları kullanmaları mümkün değildir. Bu durum, seçme-seçilme yeterliğini ortadan kaldıran bir hal olarak ortaya çıkmaktadır. Kendisini yönetmekten âciz olan bir kimsenin, toplumu yönetme hakkına sahip olması kabul görmemiştir<sup>61</sup>.

Anayasanın 76'ncı ve 2839 s. Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11'nci maddesinde kısıtlı kişilerin milletvekili olamayacakları belirtilmiştir. Anılan maddelerde kısıtlılığa ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Bu durumda kısıtlılık hali ile ilgili olarak, medeni hukuka müracaat etme zorunluluğu doğmuştur.

Kişi milletvekili seçildikten sonra kısıtlı duruma düşmüş ise bu durumda Anayasanın 84/2'nci maddesi uyarınca milletvekilliği, bu

---

dosyanın incelenmesi, bu dosya ile birleştirilmesi, deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Açıklanan husus üzerinde durulmaması usul ve yasaya aykırıdır....”(Yargıtay 2.H.D., T.30.03.2006, E.2005/19686, K.2006/4477) [Açıklamalı Kanun İçtihat Programı]

<sup>61</sup> Araslı; a.g.e., s. 47

husustaki kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurul'a bildirilmesiyle düşmüş olacaktır.

Kısıtlılık halinin seçilme engeli olarak düzenleme biçimine mukayeseli hukuk açısından bakıldığında;

İngiltere'de<sup>62</sup>, Çin'de<sup>63</sup> zihinsel bozukluk/akıl hastalığı(*insanity*), Fransa'da<sup>64</sup> Millet Meclisine ve Senatoya seçilmede ve Almanya'da<sup>65</sup>, Macaristan'da<sup>66</sup>, Finlandiya'da<sup>67</sup> vesayet altında olmak seçilme engeli olarak kabul edilmekte ve uygulanmaktadır.

#### D. Eğitim Durumu

Milletvekili yeterliliği için aranan bir başka koşul da belli bir öğrenim derecesine sahip olmaktır. Seçmenlik için aranmayan bu koşul<sup>68</sup>, milletvekilliği için zorunludur. Çünkü okuma yazma bilmeme milletvekilliği görevinin yerine getirilmesini imkânsız hale getirir. Günümüzde, öğretim görevini ülke çapında yaygınlaştırabilmiş gelişmiş ülkelerde böyle bir sorun söz konusu değildir. Milletvekili adaylarının, bu toplumlarda genellikle yüksek öğrenimlerini tamamlamış olmaları ayrıca dikkati çeken bir özelliktir. Buna karşılık öğretim olanaklarının tam anlamı ile gerçekleştirilemediği ülkelerde, adayların okuryazarlığı gerekli bir koşul olarak aranmaktadır<sup>69</sup>. 1982 Anayasası ve ilgili kanuna göre milletvekili adaylarının en az ilkokul mezunu olmaları gerekmektedir<sup>70</sup>.

222 s. İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 7'nci maddesinde 'ilköğretim'in tanımı yapılmış olup; *"1 inci maddede<sup>71</sup> belirtilen amacı*

<sup>62</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2335\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2335_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>63</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2065\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2065_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>64</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2113\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2113_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2114\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2114_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>65</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2121\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2121_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>66</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2141\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2141_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>67</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2111\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2111_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>68</sup> Araslı; a.g.e., s. 43

<sup>69</sup> Teziç; a.g.e., s. 259-260

<sup>70</sup> 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun 12'inci maddesi "...Türkçe okuyup yazmak bilmeyenler mebus intihap olunamazlar." şeklinde, 1961 Anayasası'nın 68/2'nci maddesi "Türkçe okuyup yazma bilmeyenler...milletvekili seçilemezler." şeklindedir.

<sup>71</sup> Kanun'un 1'inci maddesi "İlköğretim, kadın erkek bütün Türklerin milli gayelere uygun olarak bedeni, zihni ve ahlaki gelişmelerine ve yetişmelerine hizmet eden temel eğitim



*gerçekleştirmek için kurulmuş dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumudur.”* şeklindedir.

Bahse konu temel eğitimin bir şart olarak öngörülmesi seçilme hakkını ihlal eder nitelikte değildir ancak bunun daha ilerisini gerekli kılan şartın seçilme hakkını ihlal edebileceği değerlendirilmektedir. Şart olarak öngörülen ilköğretimin yurtiçi veyahut yurtdışında alınmış olmasına ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu haliyle yurtdışında doğup büyüyen Türk vatandaşlığını haiz ve ilköğretim mezunu bir kişinin Türkçe bilmeden milletvekili olması mümkündür.

Seçilme şartlarından olan eğitim, mukayeseli hukuk açısından ele alındığında, Guatemala Cumhuriyeti<sup>72</sup>, Boliviya<sup>73</sup> ve Brezilya'da<sup>74</sup> seçimlerde aday olabilmek için okur-yazar olmak yeterli olup herhangi bir öğrenim seviyesi aranmamıştır. Uganda'da<sup>75</sup> asgari yüksek öğrenim mezunu olmak, Kamerun'da<sup>76</sup> İngilizce ya da Fransızca okuyup yazabilme seçilme şartlarındandır. Gelişmiş ülkeler eğitim konusunu olağan bir süreç olarak tamamlamış bulduklarından seçilme konusunda asgari bir eğitim seviyesi koymamışlardır<sup>77</sup>.

### **E. Askerlik**

1982 Anayasasının, milletvekili seçilebilmek için öngördüğü şartlardan bir tanesi de askerlik hizmetini yapmış olmaktır<sup>78</sup>. Kadınlar ve askerlik hizmetini yapamayacak derecede özürülüler, askerlik vazifesinin yükümlüsü olmadıklarından bu şartın muhatabı değildirler. Askerliğini

---

ve öğretindir” şeklindedir. Ayrıca yine açıklayıcı mahiyetteki 3'üncü madde de “Mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter.” şeklindedir.

<sup>72</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2129\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2129_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>73</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2037\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2037_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2038\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2038_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>74</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2043\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2043_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2044\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2044_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>75</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2329\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2329_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>76</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2053\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2053_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>77</sup> Araslı; a.g.e., s. 43

<sup>78</sup> Araslı; a.g.e., s. 48, Özbudun; a.g.e., s. 269, Teziç; a.g.e., s. 260

usulüne uygun olarak erteletmiş olanlar seçilme hakkına sahip olamayacaklardır<sup>79</sup>. Milletvekili seçilme yaşınının 25'e düşürüldüğü seçim sistemimizde, askerlik hizmetini yapmış olmak şartı, seçilme hakkının daraltır bir nitelik arz etmektedir.

Milletvekili seçilen bir kimsenin seçilebilme şartlarından olan askerlik hizmetini yerine getirmediği tespit edildiği takdirde, “tam kanunsuzluk” gerekçesi ile Yüksek Seçim Kurulu karar verme yetkisine sahiptir<sup>80</sup>.

Fransa'da<sup>81</sup> askerlik hizmetini tamamlamak, Mısır'da<sup>82</sup> askerlik hizmetini tamamlamak yada bundan muaf olmak seçilme şartları arasında sayılmıştır.

#### **F. Kamu Hizmetlerinden Yasaklı Olmamak**

1982 Anayasası'nın 76'ncı maddesine göre milletvekili seçilebilmek için gerekli olan şartlardan bir tanesi de kamu hizmetlerinden yasaklı olmamaktır. Kamu hizmetlerinden yasaklılık, mahkeme kararı ile hükmedilen bir güvenlik tedbiridir.

“*Kamu hizmetlerinden yasaklılık*” halinin düzenlendiği 5237 s. Türk Ceza Kanunu'nun '**Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma**' başlıklı 53'üncü maddesi;

“(I) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve

---

<sup>79</sup> Teziç; a.g.e., s. 260

<sup>80</sup> Bilecik milletvekili Bahattin Şeker, T.B.M.M'nin 19'uncu döneminde milletvekili olarak görev icra edip, 20'inci dönemde yine milletvekili olarak seçilmiştir. Askerlik vazifesini yapmamış olduğu tespit edilmekle, milletvekili tutanağını Yüksek Seçim Kurulu tarafından 16 Mart 1999 tarihinde iptal edilmiştir. (Yüksek Seçim Kurulu, T. 16.03.1999, 1999/371-194) akt. Akbaba; a.g.e., s. 111

<sup>81</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2113\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2113_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2114\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2114_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>82</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2097\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2097_B.htm), [http://ipu.org/parline-e/reports/2374\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2374_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

*kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,*

*b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasî hakları kullanmaktan,*

*c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,*

*d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,*

*e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır.*

*(2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.*

*(3) Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.*

*(4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.*

*(5) Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet hâlinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan*

*yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.*

*(6) Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.”<sup>83</sup> şeklindedir.*

<sup>83</sup> 53’üncü maddenin gerekçesi “İşlediği suç dolayısıyla toplumda kişiye karşı duyulan güven sarsılmaktadır. Bu nedenle, suçlu kişi özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakların kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır. Madde metninde, işlediği suç dolayısıyla kişinin hangi hakları kullanmaktan yoksun bırakılacağı belirlenmiştir.

Ancak, bu hak yoksunluğu süresiz değildir. Cezalandırılmakla güdülen asıl amaç, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğuna göre, suça bağlı hak yoksunluklarının da belli bir süreyle sınırlandırılması gerekmiştir. Bu nedenle, madde metninde söz konusu hak yoksunluklarının mahkûm olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesi öngörülmüştür. Böylece, kişi mahkûm olduğu cezanın infazının gereklerine uygun davranarak bunun tamamlanmasıyla kendisinin tekrar güven duyulan bir kişi olduğu konusunda topluma da bir mesaj vermektedir. Bu bakımdan hak yoksunluklarının en geç cezanın infazının tamamlanması aşamasına kadar devam etmesi, suç ve ceza politikasıyla güdülen amaçlara daha uygun düşmektedir.

Bu sistemde süresiz bir hak yoksunluğu söz konusu olmadığı için, yasaklanmış hakların geri verilmesinden artık söz edilemeyecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkilerini kullanabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, dördüncü fıkrada, kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında mahkûm oldukları cezaya bağlı herhangi bir hak yoksunluğunun doğmadığı hüküm altına alınmıştır.

Maddenin beşinci fıkrasında, belli bir hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı suçlar dolayısıyla mahkûmiyet hâlinde, mahkûm olunan cezanın infazından sonra da etkili olmak üzere bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına ayrıca hükmedilmesi öngörülmüştür. Bu durumda mahkemenin belli bir hak ve yetkiyle ilgili olarak vereceği yasaklama kararı bir güvenlik tedbiri niteliği taşımaktadır.

Altıncı fıkrada, belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, yine güvenlik tedbiri olarak, belli bir süre için bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebileceği öngörülmüştür.” şeklindedir. **Özgenç, İzzet;** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi-Genel Hükümler, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 3. Bası, Ankara, 2006, s. 676

Ceza mahkemesi tarafından kasıtlı bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm olan kişi hakkında TCK'nın 53'üncü maddesinde yer alan güvenlik tedbirlerine hükmedilir. Maddenin ikinci fıkrasına göre; kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanincaya kadar mahrum bırakıldığı hakları kullanamaz. Genel kural olarak, sadece kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyet halinde belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaya karar verileceği belirtilmesine karşın, maddenin beşinci fıkrasında buna istisna getirilmiş olup buna göre; birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet hâlinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

Yeni ceza sisteminde hak yoksunlukları süresiz değildir. 53'üncü maddenin beşinci fıkrası saklı kalmak kaydıyla, hapis cezasının infazı tamamlanincaya kadar hak yoksunlukları devam edeceğinden ve anılan süre dolmakla tedbirler kendiliğinden kalkacağından, eski yasadaki memnu hakların iadesine benzer bir kuruma gerek görülmemiştir<sup>84</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği yaptırım teorisi gereği sürekli hak yoksunluğunun benimsenmemiş olduğu gerekçesiyle konuya ilişkin bir hükme, ne bu kanunda ne de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmiştir. Ancak diğer kanunlarda öngörülen sürekli hak yoksunluklarının hüküm ifade etmeye devam etmeleri nedeniyle, bu

<sup>84</sup> **Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer;** 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları-Madde Açıklamaları-Yargıtay Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları, Adalet Yayınları, Ankara, 2007, s.1313, **Bakıcı, Sedat;** 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri-Açıklamalar- Yargı Kararları-Örnekler-Tablolar, Adalet Yayınları, Ankara, 2007, s.1044

konuda tekrar bir düzenleme yapılması ihtiyacı ortaya çıkmış ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'na 13/A maddesi eklenmek suretiyle yeniden düzenlenmiştir<sup>85</sup>.

5352 s. Adli Sicil Kanunu'na, 19/12/2006 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe giren 5560 s. Kanun'un 38'inci maddesi ile eklenen 13/A maddesi;

*“(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,*

*a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması,*

*b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması,*

*gerekir.*

*(2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.*

*(3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.*

*(4) Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.*

---

<sup>85</sup> Arslan, Çetin; “Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.56, S. 4, Y. 2007, s. 4

(5) *Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümlü olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir.*

(6) *Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adli sicil arşivine kaydedilir.*

(7) *Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır.”Şeklindedir.*

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 s. TCK ve 5271 s. CMK'da düzenlenmeyen memnu hakların iadesi kurumu, anılan yeni yasaların uygulandıkları dönem içerisinde ihtiyaç olarak hissedilmiş olup Adli Sicil Kanunu'na ek bir madde ile eklenmiştir<sup>86</sup>.

#### **G. Belli Suçlardan Hüküm Giymemiş Olmak**

Genel çıkarlar hakkında karar veren, gerektiğinde toplumun uyacağı hukuk kurallarını ortaya koyan milletvekillerinin elbette ki herkesten önce hukuk kurallarına uygun bir yaşantıya sahip olması arzu edilir. Bundan dolayı toplumlar genellikle milletvekilliği için birtakım suçlardan dolayı hüküm giymemiş bulunmayı şart koşarlar<sup>87</sup>.

**1982 Anayasası'nın 76'ncı maddesinde** “...taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.....” ve **2839 s. Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11'nci maddesinde** “Aşağıda yazılı olanlar milletvekili seçilemezler:

e) *Taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar,*

<sup>86</sup> **Özgenç;** a.g.e., s. 683

<sup>87</sup> **Araslı;** a.g.e., s. 47

f) Affa uğramış olsalar bile;

1. Basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olanlar,

2. Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının, birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahkûm olanlar,

3. Terör eylemlerinden mahkûm olanlar,

4. Türk Ceza Kanununun 536 ncı maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı eylemlerle aynı Kanunun 537 nci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yazılı eylemleri siyasi ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkûm olanlar” **denilmek suretiyle hangi ceza miktarlarının ve suç türlerinden mahkûmiyetin milletvekili seçilmeye engel olduğu belirtilmiştir<sup>88</sup>.**

### **1. Taksirli Suçlar Hariç, Toplam Bir Yıl Veya Daha Fazla Hapis Veya Süresi Ne Olursa Olsun Ağır Hapis Cezasına Hüküm Giymiş Olanlar**

Ceza hukukunda genel kural suçların kasten işlenmesi ve buna göre sorumluluğun tayin edilmesi iken; kanun koyucu istisnai olarak bazı suçlar için taksirli halleri<sup>89</sup> de suç olarak düzenleme cihetine gitmiştir. Ancak taksirli suçların, kasıtlı suçlara oranla daha az önem ve daha az tehlikeli oldukları kabul edilir. Bunun sebebi kasti suçlarda failin toplum

---

<sup>88</sup> **Gül, Cengiz-Yavuz, Muhammed;**“Seçilmeye Engel Bir Suçtan Kesin Hüküm Giyme Nedeniyle Milletvekilliğinin Sona Ermesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2009, s. 76

<sup>89</sup> “...Yasa, toplum için bir takım zararlı sonuçlar doğurabilecek hareketlerde bulunanların, örneğin motorlu taşıt araçlarını kullananların, kuyu açanların, bina yapanların, daha özenli, dikkatli, basiretli davranmalarını, başkasının haklarına saygı göstermelerini ve başkalarının haklarını gözetmelerini istemiş, bu nedenle bazı taksirli hareketleri cezalandırmıştır.”(Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T.13.12.1993, E.1993/221, K.1993/317), **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner;** 5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 582



hayatı için zararlı veya tehlikeli fiili bilerek ve isteyerek işlemesi, taksirli suçlarda ise, failin iradesinin söz konusu düzen karşısında dikkat ve özen yükümlülüğüne riayetsizlik biçiminde görünüşündendir<sup>90</sup>. 5237 s. TCK'nın 22/2'nci maddesinde taksir; *“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir”* şeklinde tanımlanmıştır.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya; a.g.e., s. 582

<sup>91</sup> “Taksir” başlıklı 22'nci madde gerekçesi “Madde metninde taksire ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Suçlar, kural olarak kasten işlenirler. Ancak, istisnaen taksirle işlenen belli fiiller de kanunlarda suç olarak tanımlanmaktadır. Taksirli suçların belirgin özelliği, icrai veya ihmali şekilde olabilen iradi hareketin varlığı ve kanunî tanımında yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olmasıdır. Fakat bu öngörmemenin, “gerekli dikkat ve özen” yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ortaya çıkması gerekir. Çünkü gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için kanunda tanımlanmış olan neticenin gerçekleşeceği öngörülmemiştir. Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranışlarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir. Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır. Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeye ancak olay hâkimî tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak, normatif değerlendirmeyle hâkim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir. Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin ölümlü sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza, ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlâl edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığının belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak, bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. Bunun dışında, bilirkişi tarafından münhasıran hâkimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum, bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hâkimin yerine geçmeyi ifade eder. Hâkim, bu teknik veriler çerçevesinde somut olayda failin kusurlu olup olmadığını takdir edecektir. Failin kusurlu bulunması durumunda, kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurmak

Taksirli suçların, kasıtlı suçlara göre daha hafif olması milletvekili seçilme yeterliliğinde de göz önüne alınmış ve taksirli suçtan/suçlardan mahkûm olmanın adayıya engel teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir. Elbette burada Türk Medeni Kanunu'nun bir yılı aşan hürriyeti bağlayıcı

suretiyle suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedecektir. Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur. Taksirli suçun kanuni tanımında belirlenen netice birden fazla kişinin karşılıklı olarak işledikleri taksirli fiiller sonucunda gerçekleşmiş olabilir. Örneğin bir trafik kazasında sürücü ile yaya veya her iki sürücü de taksirle hareket etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir. Aynı şekilde birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın ölüm veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda, ameliyata katılan kişiler müştereken hareket etmektedirler. Ancak tıbbın gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işlenişi açısından suçta iştirak kuralları uygulanamaz. Kanunun suçta iştirake ilişkin hükümleri, kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerini belirlemektedir. Birden fazla kişinin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Bu tespitte diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınmaz. Maddenin üçüncü fıkrasında, bilinçli taksirin tanımı verilmiştir. Bilinçli taksiri basit taksirden ayıran özellik, fiilin neticesinin failce fiilen öngörülmüş ve fakat istenmemiş olmasıdır. Bilinçli taksir hâlinde hükmedilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Böylece bilinçli taksir, iş kazalarını, trafikte meydana gelen taksirli suçları önlemek bakımından caydırıcı etki yapacak ve suçların önlenmesinde yarar sağlayacaktır. Örneğin ülkemizde özellikle kırsal bölgelerde rastlandığı üzere, taksirli suçlarda failin meydana gelen netice itibarıyla bizzat kendisinin ve aile bireylerinin ağır derecede mağduriyete uğradıkları görülmektedir. Söz gelimi, köylü kadınların gündelik uğraşları ve hayat zorlukları itibarıyla, sayısı çok kere üç dörtten fazlasına varan küçük çocuklarına gerekli dikkati ve itina gösterememeleri sonucu, çocukların yaralandıkları veya öldükleri görülmektedir. Aynı şekilde meydana gelen trafik kazalarında da benzer olaylara rastlanmaktadır. Bu gibi hâllerde ananın taksirli suçtan dolayı kovuşturılmaya uğraması ve cezaya mahkûm edilmesi, esasen suçtan dolayı evladını kaybetmesi sonucu uğradığı ızdırabı şiddetlendirmekle kalmamakta, ayrıca, ailenin tümüyle ağır derecede mağduriyete düşmesine neden olmaktadır. Söz konusu fıkraya göre, hâkim suçlunun durumunu takdir ile ceza vermeyebilecektir. Elbette ki hâkim bu husustaki takdirini kullanırken suçlunun ekonomik durumunu, aile yükümlerini, söz gelimi diğer çocukların bakımını göz önünde bulunduracak, ona göre hüküm kuracaktır. Ancak, dikkat edilmelidir ki, bu fıkranın uygulanabilmesi için fiilden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı netice meydana gelmiş bulunmalıdır; böyle bir netice ile birlikte söz konusu durumlara ilişkin bulunmayan başka bir netice de meydana gelmişse fıkra uygulanmayacaktır. Fıkra yazılı suç bilinçli taksir hâlinde işlenirse ceza yarıdan üçte birine kadar indirilebilir.” şeklindedir. **Özgenç;** a.g.e., s. 305-307

durumlarda kısıtlanmayı gerektirir 407'nci maddesinin unutulmaması gerekmektedir.

Anayasanın 76'ncı ve 2839 s. Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11'nci maddesinde “*taksirli suçlar hariç*” ibaresi kullanılmak suretiyle kasten işlenen ve bu suçlardan mahkûm olunan toplam 1 yıl ve daha fazla süreli hapis cezasına işaret edilmiştir. 5237 s. TCK'nın 21/1'nci kast; “*suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>92</sup>.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 s. TCK'da “*ağır hapis*” şeklinde bir ceza türü yer almamaktadır. 5252 s. Türk Ceza Kanununun

<sup>92</sup> “Kast” başlıklı 21'inci madde gerekçesi “Kast, kişi ile işlediği suçun maddî unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur. Suç tanımında yer almakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan koşulların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda bu koşulun veya şahsî cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez. Madde metninde doğrudan kasttan ayrı olarak olası kast da tanımlanmıştır. Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir. Mevzuatımıza giren yeni bir kavram olan olası kastla ilgili uygulamadan bazı örnekler vermek yararlı olacaktır. Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; ancak kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpıp ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü, yaya geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüş; fakat buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü, meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları kabullenmiştir. Düğün evinde törene katılanların tabancaları ile odanın tavanına doğru ardi ardına ateş ettikleri sırada, bir kişinin aldığı alkolün de etkisi ile elinin seyrini kaybetmesi sonucu, yere paralel olarak yaptığı atışlardan bir tanesinden çıkan kurşun, törene katılanlardan birinin alınına isabet ederek ölümüne neden olur. Bu örnek olayda kişi yaptığı atışlardan çıkan kurşunların orada bulunan herhangi birine isabet edebileceğini öngörmüş; fakat buna rağmen silâhıyla atışa devam etmiştir. Burada da fail silâhıyla ateş ederken ortaya çıkacak yaralama veya ölüm neticelerini kabullenmiştir. Verilen bu örneklerde kişinin olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir. Suçun olası kastla işlenmesi durumunda temel cezada indirim yapılması öngörülmüştür. Kasten işlenebilen suçlar, ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Ancak, kanundaki tanımında “bilerek” ifadesine yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir. Örneğin iftira suçunda, failin suçsuz olduğunu “bilerek” kişiye suç isnat etmesi gerektiğinden, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.” şeklindedir. **Özgenç**; a.g.e., s. 280-281

Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6/1'inci maddesine göre, kanunlarda öngörülen "ağır hapis" cezaları "hapis" cezasına dönüştürülmüştür. 01.06.2005 tarihinden önce verilen "ağır hapis" cezaları da 5237 s. TCK'nın 7/2'nci maddesi uyarınca lehe kanun gereğince "hapis" olarak kabul edilecektir<sup>93</sup>. Buna göre seçilme yeterliliğinde baz alınacak olan toplam 1 yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkum olmamaktır. Cezaların tek seferde verilmesi şart olmayıp, farklı tarihlerde farklı suçlardan hükmedilmesi de mümkündür<sup>94</sup>.

Hükmedilen hapis cezası, 5237 s. TCK'nın 50'nci maddesinde yer alan seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmiş ise, anılan maddenin dördüncü fıkrasına göre uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğundan seçilmeye engel teşkil etmeyecektir.

Hükmedilen hapis cezası, 5237 s. TCK'nın 51'inci maddesi uyarınca ertelenmiş ise bu durumda TCK'nın 51/8'inci maddesinde yer alan "Denetim süresi yükümlülüklerine uygun veya iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır" şeklindeki ibareye istinaden ertelemenin artık bir infaz biçimi olduğu ve bu kabule göre de hapis cezasının bütün neticelerini doğuracağını kabul etmek gerekecektir.

5271 s. CMK'nın 231'inci maddesinde yer bulan "hükümün açıklanmasının geri bırakılması" halinde ise, ortada açıklanan bir hüküm bulunmadığından, askıdaki hükümün sonuç doğurması kabul edilemez. Zira 231/5'inci maddede "Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder." denilmek suretiyle bu husus gayet açık olarak ifade edilmiştir.

## 2. Belli Suçlardan Hüküm Giymiş Olma Durumu

1982 Anayasası'nın 76'ncı maddesinde;

"...zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla,

<sup>93</sup> Gül-Yavuz; a.g.e., s. 77

<sup>94</sup> Onar, Erdal; "1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi", Anayasa Yargısı, C.14, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1997, s. 415, Bilir, Faruk; Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi, Nobel Yayınları, Ankara, 2001, s. 48

*kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.....”*,

2839 s. Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11'nci maddesinde;

“Aşağıda yazılı olanlar milletvekili seçilemezler:

f) *Affa uğramış olsalar bile;*

1. *Basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal<sup>95</sup> ve istihlak<sup>96</sup> kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olanlar,*

2. *Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının, birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahkûm olanlar,*

3. *Terör eylemlerinden mahkûm olanlar,*

4. *Türk Ceza Kanununun 536 ncı maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı eylemlerle aynı Kanunun 537 nci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yazılı eylemleri siyasi ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkûm olanlar”* denilmek suretiyle bazı suçlardan dolayı mahkûmiyet halinde, mahkûmiyetin tür ve niceliğine bakılmaksızın milletvekili seçilmeye engel olduğu hususu belirtilmiştir.

“Yüz kızartıcı suç”<sup>97</sup> ibaresi mevzuatımızın birçok hükmünde<sup>98</sup> yer almasına karşın bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği konusunda

<sup>95</sup> **İstimal:** Kullanma,

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f7db6d7108cb4.69078705](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f7db6d7108cb4.69078705), Son Erişim Tarihi: 10.04.2013

<sup>96</sup> **İstihlak:** Tüketim,

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f7db6eda7cab9.86461523](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f7db6eda7cab9.86461523), Son Erişim Tarihi: 10.04.2013

<sup>97</sup> **Malkoç, İsmail;** “Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 4, Y.1989, s. 586 vd., **Bilir;** a.g.e., s. 43

<sup>98</sup> 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 76, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu md. 36, 50, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu md. 8, 2820

gerek anayasada gerekse diğer mevzuatta açıklayıcı bir norma rastlanmamaktadır. Burada tartışılması gereken sorun, “yüz kızartıcı suçlar”ın Anayasanın 76’ncı maddesinde sayılan zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas suçlarından mı ibaret olduğu yahut bunlara benzer başka suçların da bu “yüz kızartıcı suçlar” kapsamına girip girmeyeceğidir. Anayasanın 76’ncı maddesinin ifadesine bakarsak “gibi” sözcüğünün kullanıldığını görürüz. Dolayısıyla 76’ncı maddede sayılan suçların örnek olarak sayıldığı, bu suçların sınırlı sayıda olmadığı, “yüz kızartıcı suçlar” kapsamına bunlara benzer başka suçların da katılabileceği düşünülebilir. Ancak ceza hukukunda kıyas yasak olduğuna göre, ceza hukukuna ilişkin hükümlerin yorumlanmasında, “dar yorum” esası geçerlidir. Bu esastan hareket edilirse, “gibi” kelimesine dayanarak “yüz kızartıcı suçlar” kavramının kapsamını genişletmek mümkün değildir<sup>99</sup>.

Yüksek Seçim Kurulu, 25.12.1999 tarih ve 2493 sayılı kararında; *“Hırsızlık malını bilerek satın alma suçunun, seçilmeye engel teşkil edip etmeyeceği konusunun incelenmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 11 inci maddesine göre yüz kızartıcı suçtan dolayı mahkûmiyet affı uğramış olsa bile seçilmeye engeldir. Hangi suçların yüz kızartıcı suç olduğu 11 inci maddede bir bir ve sınırlı biçimde sayılmıştır. Maddede geçen “gibi” sözcüğünün örnekleme amacını taşımadığı, tersine orada sayılan suçları amaçladığı Yüksek Seçim Kurulu’nun yerleşmiş görüşlerindedir. Başka bir anlatımla sadece anılan maddede belirtilen suçlardan mahkûm edilenlerin seçilme yeterliliği bulunmamaktadır. Bu hüküm, benzetme yoluyla başka suçlardan*

sayılı Siyasi Partiler Kanunu md. 11, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu md. 11, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu md. 19, 45, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu md. 12, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu md. 16, 3563 sayılı Harp Akademileri Kanunu md. 11, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun md. EK 1, 4458 Sayılı Gümrük Kanunu md. 227, 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun md. 4, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu md. 8, 5525 sayılı Memurlar İle Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun md.1, 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu md.8 vb.

<sup>99</sup> **Gözler, Kemal;** Türk Anayasa Hukuku..., s. 270

*hüküm giyenlere uygulanamaz. Kurulun böyle bir görüşü benimsemesinin temelinde yatan asıl amaç, uygulama birliğini sağlamaktır. Aksi takdirde hangi suçun yüz kızartıcı suç olduğunun belirlenmesinde istikrar sağlanamaz”<sup>100</sup>*

Demek suretiyle, yüz kızartıcı suçların maddede ismen sayılanlarla sınırlı olduğu, “gibi” sözcüğünden hareketle bunların yenilerinin eklenemeyeceğine karar vermiştir.

Gerek Anayasanın 76'ncı ve gerekse 2839 s. Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11'nci maddesinde “*Affa uğramış olsalar bile*” ibaresi yer almaktadır. Genellikle siyasi tercihlerin egemen olduğu bir tasarruf olan af, hukuk terimi olarak kesinleşmiş veya kesinleşecek cezaların yetkili devlet organınca azaltılması veya kaldırılması anlamına gelmektedir.<sup>101</sup> Genel ve özel af 5237 s. TCK'nın 65'inci maddesinde düzenlenmiş olup, 1982 Anayasasının 87'nci maddesine göre af yetkisi konusunda yetkili makam Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir.<sup>102</sup> Ayrıca yine Anayasanın 104'ncü maddesine göre Cumhurbaşkanı da sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma yetkisine sahiptir.

Bu genel açıklamalar doğrultusunda Anayasanın 76'ncı ve 2839 s. Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11'nci maddesi ele alındığında;

- a) 2839 s. Kanun'un 11'nci maddesinde, en son değişiklik 02.01.2003 tarihinde yapılmış olduğundan madde metninde geçen “Türk Ceza Kanunu” ibaresinden anlaşılması gereken kanun, anılan dönemde yürürlükte bulunan mülga 765 s. TCK'dır. Bahse konu kanun, 01.06.2005 tarihinde yürürlükten kalkmış olup aynı tarihte 5237 s. TCK yürürlüğe girmiştir. Yeni TCK'nın uygulanması ve yürürlüğünü dezenleyen 5252 s. Türk Ceza Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında

<sup>100</sup> <http://www.ysk.gov.tr/ysk/index.html>, Son Erişim Tarihi:05/04/2013

<sup>101</sup> **Akbulut, İlhan;** “Türk Hukukunda Af”, Yargıtay Dergisi, C. 21, S. 4, Y.1995, s. 448

<sup>102</sup> Anayasanın 169/3'üncü maddesinde “..münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz.” denilmek suretiyle bazı suçlar yönünden af yetkisinin kullanılamayacağı belirtilmiştir.

Kanun'un 3'üncü maddesi "*Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır. Mevzuatta, yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun maddelerine yapılmış sayılır.*" şeklinde olup, 765 s. TCK'ya yapılan yollamaların tümünün mer'i 5237 s. TCK'ya yapılmış sayılmasında yasal zorunluluk bulunmaktadır. Buna göre maddede yer alan Türk Ceza Kanunu ibaresinden anlaşılması gereken yasa 5237 s. Türk Ceza Kanunu'dur.

- b) 11'inci maddenin f bendinin 1 numaralı alt bendinde sayılan basit ve nitelikli zimmet<sup>103</sup>, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya devlet sırlarını açığa vurma suçları 5237 s. TCK'da, kaçakçılık suçları ise 5607 s. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yer almaktadırlar. Kullanım ve tüketim niteliğindeki kaçakçılık eylemleri genel kaçakçılık suçlarından ayrı tutulmuş olup, bu tür kaçakçılık eylemlerinin milletvekilliği seçilebilme ehliyetine olumsuz etkisi bulunmamaktadır.
- c) 11'inci maddenin f bendinin 2 numaralı alt bendinde yer alan "*Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının, birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçu*" ibaresi 765 s. TCK'da Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler olup(765 s. TCK md.125-173), 5237 s. TCK'daki karşılığı 2'nci kitabın 4'üncü kısmının 4, 5, 6, 7 ve 8'inci bölümlerinde yer alan(5237 s. TCK md. 302-343) suçlardır.

---

<sup>103</sup> Türk Ceza Kanunu'nda yer alan zimmet suçu dışında, ayrıca 5411 s. Bankacılık Kanunu'nun 160'ncü maddesinde bankacılar için düzenlenmiş bulunan "zimmet" suçu mevcuttur. Bu da seçilmeye engel suçlar arasındadır.



- d) 11'inci maddenin f bendinin 3 numaralı alt bendinde yer alan terör eylemlerinden mahkûm olanlar ibaresini, 3713 s. Terörle Mücadele Kanunu kapsamında alınan mahkûmiyetler olarak anlamak gerekecektir.
- e) 11'inci maddenin f bendinin 4 numaralı alt bendinde yer alan kabahatler<sup>104</sup> ise, 5237 s. TCK'ya alınmamış olup, 5326 s.

104

**765 s. TCK'nın 536'ncı maddesi ;**

“Her kim, belediyeler, köy ihtiyar kurulları veya yasalarla yetkili kılınmış diğer makamlarca önceden ayrılmış ya da oturlan yerler dışında, o yerin en büyük mülkiye amirine yapılacak bir başvuru üzerine ayrılan yerlere, izin almaksızın veya verilen izne aykırı biçimde, basılı olan veya olmayan, elle yapılmış veya yazılmış her türlü resim, yazı ve işaretler veya bunları içeren kağıt, pano, pankart, bant ya da benzerlerini asar veya yapıştırırsa veya izne dayalı olsa bile bu yerleri boyar veya bu yerlere yazı yazar, resim ya da işaret yaparsa, eylem başka bir suç oluştursa bile ayrıca altı aydan bir yıla kadar hafif hapis ve bin liradan aşağı olmamak üzere hafif para cezasına çarptırılır.

Bu eylemler yukarıdaki fıkrada dışında kalan yerlerde veya kamuya ayrılmış veya kamuya açık veya herkes tarafından görülebilecek yerlerde veya her türlü taşıt araçları veya kamu hizmetlerine ait iletişim araçları veya kamu hizmetine ayrılmış veya özel kişi ve kuruluşlara ait işaret veya levhalar üzerinde işlenirse, eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca bir yıldan iki yıla kadar hafif hapis ve ikibin liradan az olmamak üzere hafif para cezasına çarptırılır.

(Değişik fıkra: 07/01/1981 - 2370/17 md.) Yukarıdaki fıkralarda gösterilen eylemler derneklerin veya benzeri kuruluşların veya kanun dışı vücuda getirilen veya kanuna aykırı faaliyetleri sebebiyle kapatılan dernek veya diğer kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle veya mensup olmasalar bile bu kuruluşların adına veya adları kullanılarak yapıldığı takdirde sözü edilen fıkralardaki cezalar iki katı olarak hükmedilir. Şu kadar ki hafif hapis cezası iki yılı aşamaz.

Yukarıdaki fıkralardaki eylemleri küçüklere veya ceza ehliyeti olmayan kişilere işletenlere yukarıdaki fıkralar uyarınca verilecek cezalar yarısı kadar artırılır.

Yukarıdaki fıkralardaki eylemler, siyasal veya ideolojik olmayan amaçlarla işlenir ve içeriği bakımından bir suçu oluşturmazsa yukarıdaki fıkralarda yazılı cezalar onda birine kadar indirilebilir.

(Mülga fıkra: 13/11/1996 - 4209/1 md.)

Bu maddede suç sayılan eylemlerin işlenmesinden dolayı sebebiyet verilen zararların tazminine ayrıca hükümlenir.

Görenek ve geleneklere göre asılacak kağıt, pano, pankart, bant ya da benzerleri bu madde hükümleri dışındadır.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun hükümleri saklıdır.”

**765 s. TCK'nın 537'nci maddesi ;**

“Her kim kamu hizmeti gören daire veya kurumlar veya her türlü eğitim ve öğretim kuruluşlarının yetkilileri tarafından duvarlara yapıştırılmış veya özel yerlerine konulmuş basılı olan veya olmayan her türlü belge, resim, el yazısı kağıt veya levhaları

Kabahatler Kanunu'nun 42'nci maddesinde düzenlenmiştir. Kabahatlerden dolayı mahkûmiyet yeni ceza sisteminde bulunmadığından işbu hükmün geçerliliğinin bulunmadığı kanaatindeyiz<sup>105</sup>. Zira aksi kabul, idare tarafından verilen bir idari yaptırım kararı ile seçilme yeterliliğinden mahrum

buldukları yerlerden çıkarır ya da yırtar veya tahrip eder veya bunları her ne biçimde olursa olsun okunamayacak veya içeriklerinin başka biçimde anlaşılmasına sebebiyet verecek şekillere veya işe yaramayacak hale sokarsa eylem başka bir suç oluşturursa bile ayrıca üç aydan altı aya kadar hafif hapse ve bin liradan az olmamak üzere hafif para cezasına mahkum edilir.

Kamu hizmetine tahsis edilmiş binaların veya mabetlerin veya anıt, büst ve heykellerin veya 1710 sayılı Eski Eserler Kanununda sayılı eski eser niteliğindeki taşınır veya taşınmazların, her türlü eğitim ve öğretim kurumlarının veya öğrencilerin toplu halde oturdukları yurt ve benzeri yerlerin veya bunların eklentilerinin herhangi bir yerine basılı olan veya olmayan, elle yapılmış veya yazılmış her türlü yazı, resim ve işaretleri veya bunları içeren kağıt, pano, pankart, bant ya da benzerlerini yetkili memur ve mercilerin önceden verilmiş yazılı müsaadesi olmaksızın asanlar veya koyanlar yahut bunlardan suç konusu teşkil edenlerin asılmasına veya konulmasına müsaade edenler, eylem başka bir suç oluşturursa bile ayrıca bir yıldan iki yıla kadar hafif hapis ve beşbin liradan az olmamak üzere hafif para cezasına mahkum edilir.

İkinci fıkra kapsamındakilerin herhangi bir yerini her ne suretle olursa olsun boyayanlar veya bunlara yazı veya resim ya da işaret yapanlar, yapıştıranlar hakkında da eylem başka bir suç oluşturursa bile ikinci fıkroda yazılı cezalar uygulanır.

Yukarıdaki fıkralarda gösterilen eylemler derneklerin veya benzeri kuruluşların veya kanun dışı vüde getirilen veya kanuna aykırı faaliyetleri sebebiyle kapatılan dernek veya diğer kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle veya mensup olmasalar bile bu kuruluşların adına veya adları kullanılarak yapıldığı takdirde sözü edilen fıkralardaki cezalar iki katı olarak hükmedilir. Şu kadar ki hafif hapis cezası iki yılı aşamaz.

Yukarıdaki fıkralardaki eylemleri küçüklere veya ceza ehliyeti olmayan kişilere işletenlere yukarıdaki fıkralar uyarınca verilecek cezalar yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(Mülga fıkra: 13/11/1996 - 4209/1 md.)

Bu maddede suç sayılan eylemlerin işlenmesinden dolayı sebebiyet verilen zararların tazminine resen hükmolunur.

Yukarıdaki fıkralardaki eylemler, siyasal veya ideolojik olmayan amaçlarla işlenir ve içeriği bakımından bir suç oluşturmazsa yukarıdaki fıkralarda yazılı cezalar üç aya kadar indirilebilir.

İkinci ve üçüncü fıkralarda gösterilen fiillerin eserlerini derhal ortadan kaldırmayan ve bunların yok edilmesi için gerekli işlemlere girişmeyen yetkililer hakkında bu Kanunun 230 uncu maddesinde yazılı cezalar uygulanır.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun hükümleri saklıdır.” **Şeklinde**dir.

<sup>105</sup> **Gül-Yavuz**; a.g.e., s.78-79

kalınacağı anlamı gelecek olup bunun da adil yargılanma hakkına uyarlık göstermeyeceği şüphesizdir.

Tüm bu açıklamalar ışığında; 2839 s. Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11'nci maddesinin f bendinin 1, 2 ve 3 numaralı alt bentlerinde yer alan suçlardan dolayı mahkûm olunması halinde, anılan mahkûmiyetler ve cezaları affa uğramış olsalar dahi milletvekili seçilmeye engel nitelik arz etmektedirler.

Yargıtay hak yoksunlukları açısından gerek Anayasanın 76'ncı maddesinde, gerekse bazı özel yasalarda yer alan “*affa uğramış olsa bile*” ibaresiyle sürekli hak yoksunlukları açısından genel affın kapsamına istisna getirilen hallerde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluyla bu hak yoksunluklarının ortadan kaldırılabileceğini kabul etmektedir<sup>106</sup>.

Yeni ceza sistemi ve öngörülen hak yoksunlukları ışığında, 2839 s. Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11'nci maddesinin f bendinin 1, 2 ve 3 numaralı alt bentlerinde yer alan suçlardan dolayı mahkûm olunması bir kimsenin hayatı boyunca seçilme hakkından mahrum kalacağı anlamına gelmemektedir. Gerek Yüksek Seçim Kurulu'nun 25.05.1985 tarih ve 313/203 sayılı kararı gerekse 21.04.2011 tarihli basın açıklamasında yer alan;

<sup>106</sup> **İçel, Kayıhan;** “Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme ve Ertelemeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 18, Yıl 2001, s. 215, “...Yerel mahkemece, ‘hükümlü Hüseyin’in ceza mahkûmiyetinden doğan müebbet memnuiyet ve müebbet ehliyetsizlikleri ‘1803 sayılı Af Yasasının 7/ B madde ve fıkrası gereğince kalktığı ve talep edene iadesi gereken bir hak kalmamış olduğu’ gerekçesiyle memnu haklarının iadesi talebinin reddine karar verilmişse de; ayrıntıları Ceza Genel Kurulu'nun 23.11.1987 gün ve 9-415/567 sayılı kararında açıklandığı gibi, ‘memnu hakların iadesi’ ve ‘Genel Af’ birbirinden farklı müesseseler olup, Anayasamızın 76. maddesindeki ve özel yasalardaki ‘Affa uğramış olsalar bile’ cümlesiyle başlayan suçlar arasında sayıldığı için ‘süresiz hak mahrumiyeti ve süresiz ehliyetsizlikler’ getiren hükümlerin sanık aleyhine etkisinin memnu hakların iadesi yoluyla ortadan kaldırılabileceği, esasen hiçbir ehliyetsizlik gerektirmeyen mahkûmiyetlerden dolayı da memnu hakların iadesinin istenebileceği göz önünde tutularak 1803 sayılı Yasadan yararlanan ve TCK. nun 122. maddesindeki süreleri geçirdikten sonra talepte bulunan iyi halli hükümlü Hüseyin’in memnu haklarının iade edildiğinin bir kararla tespit edilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi...” (Yargıtay 1.C.D., T.25.11.1992, E.1992/2532, K.1992/2604), Arslan; a.g.e., s. 25

“..Bu açıklamalardan sonra konuyu bir örnekle izah etmek gerekirse, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bir kişinin Anayasa'nın 76/2. maddesinde sayılan yüz kızartıcı suçlardan olan hırsızlık suçunu işlediğini, hakkında verilen hapis cezasının para cezasına çevrildiğini varsayalım. Bu durumda, Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesindeki hak yoksunluğu hapis cezasının sonucu olarak uygulandığından, bu kişi 53. madde çerçevesinde bir hak yoksunluğuna maruz kalmayacaktır. Ancak Anayasa'nın 76/2 ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11/f maddesi bu tür suçlardan verilen cezaların türüne ve miktarına bakılmaksızın affa uğramış olsa dahi ömür boyu seçilme hakkından yoksunluk getirmektedir. İşte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesi ile ilgisi bulunmayan ve seçim mevzuatından kaynaklanan bu yoksunluğun giderilmesi için yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumuna yeniden ihtiyaç duyulmuş ve ayrıca yine benzer biçimde, belirli mahkûmiyetlerden dolayı bazı mesleklerin icrası ve hakların kullanılmasının imkânsız hale geldiği anlaşılınca, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'na 13/A maddesi eklenmek suretiyle söz konusu kurum yeniden düzenlenmiştir. Sözü edilen maddenin ihdas amacı ise gerekçesinde; “5352 sayılı Adli Sicil Kanununun Geçici 2 nci maddesinde, diğer kanunlardaki kasıtlı bir suçtan dolayı belirli süreyle hapis cezasına veya belli suçlardan dolayı bir cezaya mahkum olan kişilerin, belli hakları kullanmaktan süresiz olarak yoksun bırakılmasına ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki çeşitli kanunlardaki süresiz hak yoksunluğu doğuran bu hükümlere rağmen, yasaklanmış hakların geri verilmesi yolunun kapalı tutulması, uygulamada ciddi sorunlara yol açacaktır. Bu sorunların çözümüne yönelik olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki çeşitli kanunlardaki kasıtlı bir suçtan dolayı belirli süreyle hapis cezasına veya belli suçlardan dolayı bir cezaya mahkûm olan kişilerin süresiz olarak kullanmaktan yasaklandıkları hakları tekrar kullanabilmelerine imkân tanıyan bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.”

şeklinde açıklanmıştır. İşte bu nedendir ki, 5352 sayılı Adli Sicil Yasasının Geçici 2. maddesinde, Anayasa'nın 76. maddesinde veya bazı özel yasalarda sayılan ve "affa uğramış olsa dahi" bazı görevleri üstlenmeyi veya bazı hakları kullanmayı engelleyen suç ve mahkûmiyetlerin adli sicil arşivinden silinemeyecekleri kabul edilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa ilişkin mahkûmiyetler yönünden ortaya çıkan duraksamaların giderilmesi açısından, 1 inci fıkradaki "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunlukları" ifadesi ile kast edilenin ne olduğu hususuna gelince: Kurulumuza intikal eden bazı taleplerde; anılan düzenleme ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki yasalarda düzenlenen suçlardan verilen cezalardan doğan hak yoksunluklarının düzeltilmesinin murad edildiği dile getirilmiş ise de, bu düşüncede isabet bulunmamaktadır. Esasen madde metninden ve gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, mahkûmiyet hangi yasadaki kaynaklanmış olursa olsun, (765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya herhangi bir özel yasa) şayet bu mahkûmiyet 5237 sayılı Yasa dışındaki herhangi bir yasa hükmü gereğince (örneğin; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48., 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 8/h, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5/a, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 7., 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununun 2/b, 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 3/2-a-2., 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun 10/d, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanunun 7/son ve Anayasa'nın 76/2 md.gibi) hükümlü yönünden süresiz hak yoksunluğu doğuruyorsa, bu yoksunluğun giderilmesi için, süre ve diğer koşullar gerçekleştiğinde yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilmesi mümkündür. Bütün bu açıklamalardan sonra bir kez daha vurgulanması gereken husus şudur: Anayasa'nın 76/2 maddesinde belirtilen nitelikte bir ceza mahkûmiyeti nedeniyle milletvekili seçilme hakkını yitirmiş bulunan kişiler, bu haklarına ancak ve sadece, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesi

*uyarınca, talepleri üzerine mahkemece verilecek «yasaklanmış hakların geri verilmesi» kararı ile kavuşabileceklerdir.”*

şeklindeki ifade nazara alındığında, yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu ile sorunun çözülebileceği kanaatindeyiz.

Mukayeseli hukukta, kamu hizmetlerinden yasaklılık, belli miktarda ve suçlardan cezaya mahkûmiyetin seçilme şartları arasındaki düzenleniş biçimine bakıldığında;

İngiltere’de<sup>107</sup> üzerinden iflas kararı kalkmamış müflislerin, 1 yılı aşkın cezaya mahkum olanların, Almanya’da<sup>108</sup> mahkeme kararı ile kamusal ve siyasal haklardan yararlanma hakkı elinden alınanların, Kıbrıs Rum Devleti’nde<sup>109</sup> ahlâki suçlardan ve seçim suçlarından mahkum olanların, İran’da<sup>110</sup> İslam Devrimi öncesindeki rejimi savunmada lider rol üstlenenlerin, geniş arazi sahiplerinin, yasadışı gruplara üye olanların, devlete karşı mütecaviz eylemlerden mahkum olanların, uyuşturucu bağımlılarının, Hindistan’da<sup>111</sup> üzerinden iflas kararı kalkmamış müflislerin, Kanada’da<sup>112</sup> seçimde hile yapan, seçimle bağlantılı yolsuzluk ya da birtakım yasal olmayan faaliyetlerde bulunan ve bir önceki seçimde seçim finansmanı raporu düzenlemede hata yapanların temsilci olarak seçilebilmeleri mümkün değildir.

#### **H. Seçilme Yeterliliğine Sahip Olup da İstifa Etmedikçe Aday Olamayanlar**

Seçim hukukunda, diğer olumsuz koşulları taşımamalarına rağmen kamuda görev ifa eden bazı kamu görevlilerinin belli şartları sağlamadıkça seçime katılamayacakları kabul edilmiştir. Bunun altında

---

<sup>107</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2335\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2335_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>108</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2121\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2121_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>109</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2081\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2081_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>110</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2149\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2149_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>111</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2145\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2145_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>112</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2055\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2055_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

yatan temel düşünce de, bu kişilerin sahip oldukları nüfuzu seçmenler üzerinde kullanarak oy alabilme ihtimalidir<sup>113</sup>.

Anayasanın 76'ncı maddesine göre, hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve Silahlı Kuvvetler mensupları, görevlerinden çekilmedikçe, aday olamazlar ve milletvekili seçilemezler.

### **2839 s. Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 18'inci maddesinde;**

*“Hakimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeleri, kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, aday olmak isteyen belediye başkanları ve subaylar ile astsubaylar, aday olmak isteyen siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyeleri, il genel meclisi üyeleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar, kamu bankaları ile üst birliklerin ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alanlar genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde yenileme kararının ilanından başlayarak yedi gün içinde görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamazlar ve aday gösterilemezler.” denilmek suretiyle,*

### **19'uncu maddede de;**

*“18 inci madde kapsamına girenlerin ayrılma istekleri en yakın amire verilecek bir dilekçeyle yapılır. Dilekçedeki imzanın sahibine ait olduğu, amir tarafından onanır ve doğruca bağlı bulunduğu bakanlığa veya kuruma derhal gönderilir. Dilekçe sahibine, dilekçenin alındığına*

<sup>113</sup> Araslı; a.g.e., s. 49, Kaya, Cemil; “Kamu Görevlilerinin Seçimlere Katılmak Üzere Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Y. 2005, s. 274

*dair bir belge ve mertebeler silsilesiyle amirlere de bilgi verilir. Aynı esaslar dairesinde telgrafla da müracaat yapılabilir.*

*Dilekçenin bakanlığa veya kuruma geldiği tarihten itibaren, en geç on gün içinde ayrılma isteğinin kabul edildiği dilekçe sahibine ve amirlerine tebliğ olunur.*

*Subay ve astsubayların savaş ve seferberlik hallerindeki ayrılma istekleri hariç olmak üzere, ayrılma hakkını kazanmış olanların, ayrılma istekleri reddedilemez. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası hükmü saklıdır. Ayrılma istekleri kabul edilen subay ve astsubaylardan milletvekili seçilmemiş olanlar sonradan bu isteklerinden vazgeçemezler ve silahlı kuvvetlerine dönemezler.*

*Ayrılma hakkını kazanmamış olduklarından dolayı, ayrılma istekleri reddedilenler, aday listesine giremezler ve adaylıklarını koyamazlar.*

*Ayrılma istekleri kabul edilenler, görev başında buldukları sürece propaganda mahiyetinde hiç bir harekette bulunamazlar. Subaylar ile astsubaylar ve görevleri gereği resmi elbise giyenler, resmi elbiseyle propaganda yapamaz ve bu mahiyette herhangi bir harekette bulunamazlar.”*

Denilmek suretiyle Anayasa hükmü tekrarlanmış ve uygulanacak usul anlatılmıştır.

Anayasanın 76. maddesinde, kamu görevlilerinin görevlerinden çekilmedikçe aday olamayacakları; Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 18'inci maddesinde ise, kamu görevlilerinin görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça aday olamayacakları ifade edilmiştir. Anayasa'da açıkça “çekilme” ibaresi geçtiğine göre, maddede sayılan kamu görevlilerinin milletvekili seçimlerine katılmak için görevlerinden “çekilmeleri” yani “istifa etmeleri” gerekmektedir. Ayrıca kamu personel hukukunda “ayrılma” diye bir hukuki müessese de bulunmamaktadır. Bu durumun çekilmeyi gerektirdiğinin bir diğer kanıtı da milletvekili görevi bittikten sonra göreve dönmenin, çekilenlerin yeniden atanmalarını düzenleyen hükümlere göre yapılacağıdır. O halde, milletvekili



seçimlerine katılan ve maddede sayılan kamu görevlileri seçimin başlangıcından 1 ay önce görevlerinden çekilmeli yani istifa etmelidir<sup>114</sup>.

Seçim münasebetiyle görevlerinden ayrılan bir kısım kamu görevlilerinin ne şekilde görevlerine geri dönecekleri 298 s. Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un Ek.7'nci maddesinde düzenlenmiştir<sup>115</sup>.

İngiltere'de<sup>116</sup> silahlı kuvvetler mensupları, polisler, kamu görevlileri, adli sorumluluğu olanlar, din adamları, İspanya'da<sup>117</sup> silahlı kuvvetler mensupları, İtalya'da<sup>118</sup> Anayasa Mahkemesi yargıçlarını içerecek şekilde kamu görevlileri, salt devlet veyahut devlet ortaklığı bulunan şirketlerin idarecileri, Yunanistan'da<sup>119</sup> silahlı kuvvetler mensupları, sermayenin yüzde elliden fazlası hükümetin denetiminde olan kamu kuruluşu idarecileri, belirli kamu görevlileri, Mısır'da<sup>120</sup> kamu görevlileri, yabancı şirketlerde çalışanlar, başka bir meclis üyesi olanlar, belediye başkanları, Azerbaycan'da<sup>121</sup> profesyonel askerler, yargıçlar, hükümet görevlileri, din görevlileri, Ermenistan'da<sup>122</sup> hükümet ve yargı mensupları, silahlı kuvvet mensupları, savcılık görevi icra edenler, ulusal güvenlik, vergi ve gümrüklerde görev alanlar, İsrail'de<sup>123</sup> devlet başkanı, hahambaşı, sivil ve dinsel mahkeme yargıçları, devlet denetçileri, maaşlı din görevlileri, bütün askerler, icra ettikleri görevler bakımından seçilme ve milletvekili vazifesi ile bağdaşmaz nitelikte kabul edilmiştir.

<sup>114</sup> Kaya; a.g.e., s. 277,

<sup>115</sup> Ek 7'nci madde "Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile Subay ve Astsubaylar hariç olmak üzere; milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler." şeklindedir.

<sup>116</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2335\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2335_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>117</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2293\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2293_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>118</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2157\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2157_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>119</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2125\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2125_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>120</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2097\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2097_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>121</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2019\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2019_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>122</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2013\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2013_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

<sup>123</sup> [http://ipu.org/parline-e/reports/2155\\_B.htm](http://ipu.org/parline-e/reports/2155_B.htm), Son Erişim Tarihi: 15.04.2013

## İ. Siyasi Yasaklı Olanlar

Seçilme yeterlilikleri arasında doğrudan sayılmamış olsa da, seçilme konusunda kısıtlama getiren diğer bir düzenleme ise 1982 Anayasası'nın 69/10'uncu maddesinde yer alan “*Bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamazlar.*” şeklindeki düzenlemedir.

Bu düzenlemeye paralel olarak 2820 s. Siyasi Partiler Kanunu'nun 95'inci maddesi de “*Kapatılan siyasi parti bir başka ad altında kurulamaz. Bir siyasi partinin kapatılmasına söz veya eylemleriyle neden olan kurucuları dâhil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamazlar. Siyasi partiler bu kişileri hiçbir suretle seçimlerde aday gösteremezler.*” şeklindedir.

Buna göre siyasi bir partinin kapatılmasına sebebiyet verenlerin seçimlerde siyasi partiler adına mücadele etmeleri mümkün değildir<sup>124</sup>.

<sup>124</sup> “...Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 69 § 6. maddesine dayalı olarak Faziletin “laiklik karşıtı faaliyetlerin odağı” haline geldiğine karar vermiş, bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin Faziletin kapatılması yönünde aldığı kararda yer alan gerekçeler aralarında başvuranın da yer aldığı kimi başkan ve yöneticilerin fiillerine etki etmiştir. İkinci bir yaptırım olarak da başvuran da dahil beş siyasetçiye beş yıllığına siyasi kısıtlamalar getirmiştir. AİHM, başvuranın siyasi haklarına getirilen geçici kısıtlamaların netice itibarıyla Türk siyasi rejiminin laik yapısının korunmasını amaçladığını not etmektedir. Bu ilkenin Türkiye'deki demokrasi açısından önemi dikkate alındığında, AİHM sözkonusu önlemin mevcut düzenin sağlanması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından meşru amaçları içerdiğine itibar etmektedir. AİHM, sözkonusu tedbirin orantılılığı hususunda başvuranın siyasi haklarından geçici olarak yoksun bırakılmasında demokratik düzeni zorlayıcı gerekçelerin mevcut olup olmadığını incelemeye alacaktır. Bu itibarla AİHM, Faziletin kapatılması sonucunda başvuranın siyasi haklarının sınırlandırılması doğrultusunda siyasi bir partinin feshine ilişkin anayasal gerekçelerin de dikkate alınması gerektiği kanısındadır (Selim Sadak vd. kararı ile karşılaştırınız). Olayların meydana geldiği dönemde yürürlükteki haliyle 69 § 9. Maddenin kapsamı oldukça geniştir. Parti üyelerinin tüm görüş ve fiilleri fesih kararına zemin hazırlayan Anayasa'ya aykırı eylemlerin odağı haline geldiği görüşünü destekler mahiyettedir. Sözü edilen faaliyetlerin derecelendirilmesinde bir ayrıma gidilmemiştir.

Ancak bağımsız olarak aday olmaları hususunda herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>125</sup>.

Yüksek Seçim Kurulu Karar 19.09.2002 ve 2002/610 K. sayılı kararında;

*“2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu”nun 95. maddesinde anılan kişilerin on yıl süre ile başka bir siyasi partiye alınamayacakları ve milletvekili için aday olamayacakları belirtilmiş iken anılan maddede 12.08.1999 günlü, 4445 sayılı Kanununun 14. maddesi ile yapılan değişiklikle sözü edilen hüküm madde metninden çıkarılmak suretiyle madde yeniden düzenlenmiş, bir siyasi partinin kapatılmasına söz ve eylemleriyle neden olan kurucu ve üyelerin Anayasa Mahkemesinin kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazete”de gerekçeli olarak yayınlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamayacakları ve siyasi partilerin bu kişileri hiçbir suretle seçimlerde aday gösteremeyecekleri öngörülmüştür. Böylece yapılan düzenleme ile Yasa koyucunun söz konusu kişiler için getirdiği yasaklamanın sadece bir siyasi parti içerisinde siyasi faaliyette bulunmamayı kapsayıp, bağımsız milletvekili adaylığı konusunda bir engelleme içermediği anlaşılmış olup, Fazilet Partisi”nin kapatılmasına neden olduğu gerekçesiyle Bekir SOBACI”nın bağımsız milletvekili adayı olamayacağı yolundaki*

Bu bağlamda, bazı parti üyelerinin ve özellikle parti genel başkanı ve yardımcısının başvuranın maruz kaldığı şekliyle bir yaptırıma uğramadıklarını belirtmek gerekir. AİHM'nin daha önce de ifade ettiği üzere siyasi hakların kısıtlanması ağır bir yaptırımdır. Yukarıda bahse konu saptamalar ışığında AİHM, Anayasa Mahkemesi tarafından başvuran hakkında verilen kararın öngörülen meşru amaçlar doğrultusunda orantılı olarak nitelendirilemeyeceği neticesine varmaktadır. Bu durumda, söz konusu müdahale başvuranın seçilme hakkını özü itibarıyla ihlalini oluşturmaktadır. Ek 1 no'lu Protokol'ün 3. maddesi ihlal edilmiştir....” (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin **İlcak/Türkiye Kararından**)

<http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/369.pdf>, Son Erişim Tarihi; 09/04/2013

<sup>125</sup> **Abdulahkimoğulları, Erdal**; “Tek Başına Seçim Kazanmak: Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, Y. 2008, s. 297

*itirazın reddine dair Tokat İl Seçim Kurulu'nun 17.09.2002 gün ve 2002/4 sayılı kararı usul ve hukuka uygun bulunmuştur.*<sup>126</sup>

Demek suretiyle siyasi yasaklı olmanın, bağımsız adaylığa bir engel teşkil etmediğini belirtmiştir.

#### IV. SONUÇ

Milletvekili seçilme yeterliliği ile ilgili iç hukuk mevzuatı ve uygulaması nazara alındığında bazı sorunlar bulunmaktadır. Öncelikle seçilme yaşının 25 olduğu bir düzenlemede, askerlik hizmetini yapmış bulunmanın seçilebilme şartları arasında yer alması anılan yaş sınırını uygulamada anlamsız kılmaktadır. Zira yüksek öğrenim almak isteyen bir kişinin bu eğitimini ikmal edip akabinde askerlik vazifesini yapması ve milletvekili seçilmesi oldukça zor bir süreçtir. Bir kısım suçları “affa uğramış olsalar bile” seçilme engeli olarak adeta ömür boyu bir yasaklılık olarak görmek gerek insan haklarına aykırı olup gerekse yeni ceza sistemimizin benimsediği sistem ile uygun düşmemektedir. Zira bu durum yeni ceza sistemine pek de uygun olmayan “yasaklanmış hakların geri verilmesi” kurumunu uygulamaya ve dahi mevzuat içinde düzenlemeye mecbur bırakmıştır. 2839 s. Kanun’un 11/1.f-4’üncü maddesinde yer alan kabahat nev’inden eylemler mevzuattan çıkarılarak tereddütler giderilmeli ve mevzuatın güncelliği sağlanmalıdır. Siyasi partilerin kapatılmasındaki kolaylık bir yana, anılan partilerin kapatılmasına sebebiyet veren kişilerin siyasi bakımdan yasaklanma süreleri de sorunlu bir diğer alandır. Bu yasakları bağımsız adaylıklar ile dolanma çabasına gerek bırakmayan yasal düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Bahsedilen sorunlar ve sair eksiklerin ikmali açısından yeni Anayasa çalışması büyük bir fırsat olup, mukayeseli hukuktan azami derece istifade edilmesi elzemdir.

---

<sup>126</sup> Ünlü-ERBİL; a.g.e., s. 594

## KISALTMALAR

- a.g.e.** :adı geçen eser  
**akt.** :aktaran  
**bkz.** : bakınız  
**C.** : cilt  
**C.D.** :Ceza Dairesi  
**E.** : esas  
**f.** : fıkra  
**H.D.** :Hukuk Dairesi  
**K.** : karar  
**md.** : madde  
**S.** : sayı  
**s.** : sayfa  
**TMK.** :Türk Medeni Kanunu

## KAYNAKÇA

- Abdulahakimoğulları, Erdal;** “Tek Başına Seçim Kazanmak: Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, Y. 2008, ,
- Akad, Mehmet-Dinçkol, Abdullah;** 1982 Anayasası Madde Gereçekleri ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkim Yayınevi, İstanbul, 1998,
- Akbaba, Zeynep Burcu;** Milletvekili Seçilme Yeterliliği(Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010,
- Akbulut, İlhan;** “Türk Hukukunda Af”, Yargıtay Dergisi, C. 21, S. 4, Y.1995,
- Akıntürk, Turgut;** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C. 2, 11. Bası, Beta Yayınları, Ankara, 2008,
- Araslı, Oya;** Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı, Üniversitesi Yayınları No. 311, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972,

- Arslan, Çetin;** “Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.56, S. 4, Y. 2007,
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner;** 5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006,
- Bakıcı, Sedat;** 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri-Açıklamalar- Yargı Kararları-Örnekler-Tablolar, Adalet Yayınları, Ankara, 2007
- Bilir, Faruk;** Türkiye’de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi, Nobel Yayınları, Ankara, 2001,
- Ekici, Saim;** 1982 Anayasasında Seçme ve Seçilme Hakları(Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2009,
- Göğer, Erdoğan;** “Çifte Vatandaşlık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1-4, Y. 1995,
- Gözler, Kemal;** “Vatandaşlık ve Milletvekilliği”, Liberal Düşünce, C.4, S.16, Y.1999(Vatandaşlık ve Milletvekilliği..),
- Gözler, Kemal;** Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2000(Türk Anayasa Hukuku..),
- Gül, Cengiz-Yavuz, Muhammed;**“Seçilmeye Engel Bir Suçtan Kesin Hüküm Giyme Nedeniyle Milletvekilliğinin Sona Ermesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2009,
- İçel, Kayıhan;** “Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme ve Ertelemeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 18, Yıl 2001,

- Kaya, Cemil;** “Kamu Görevlilerinin Seçimlere Katılmak Üzere Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Y. 2005,
- Malkoç, İsmail;** “Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 4, Y.1989,
- Onar, Erdal;** “1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi”, Anayasa Yargısı, C.14, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1997,
- Onar, Erdal-Tiryakioğlu, Bilgin;** “1982 Anayasasında Milletvekilliği Vatandaşlık İlişkisi(Merve Safa Kavakçı Olayı)”, Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayın No. 8, Ankara, 1999
- Özbudun, Ergun;** Türk Anayasa Hukuku, 8.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004,
- Özgenç, İzzet;** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi-Genel Hükümler, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 3.Bası, Ankara, 2006,
- Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer;** 5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları-Madde Açıklamaları-Yargıtay Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları, Adalet Yayınları, Ankara, 2007
- Şener, Esat;** Vesayet ve Velayet Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1996,
- Teziç, Erdoğan;** Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 1997,
- Ünlü, Ahmet Hamdi-ERBİL, Hasan;** Seçim Mevzuatı ve Yüksek Seçim Kurulu Kararları, HD Yayıncılık, Ankara, 2007.

## **BİLGİSAYAR PROGRAMLARI ve İNTERNET SİTELERİ**

Açıklamalı Kanun İçtihat Programı,

**<http://www.ysk.gov.tr/ysk/IlkeKararlari/1999/Kararlar/1999-1585-karar.htm>**,

**<http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/369.pdf>**,

**<http://ipu.org>**,

**<http://www.tdk.gov.tr>**.