



**İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

Inonu University Law Review

**Cilt : 7 – Sayı : 2
Temmuz – Aralık 2016**

**Vol. : 7 – No : 2
July – December 2016**



2010 Yılından itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren HEINONLINE tarafından taranan dergiler arasındadır.

EBSCOhost tarafından taranan dergiler arasındadır.

INDEX COPERNICUS tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren Cardiff Index to Legal Abbreviations tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren Directory of Research Journals Indexing tarafından taranan dergiler arasındadır.

2015 yılından geçerli olmak üzere ile InfoBase Index tarafından indekslenmeye başlamıştır.

2015-16 yılından geçerli olmak üzere ile International Scientific Journal tarafından indekslenmeye başlamıştır.

2010 yılından itibaren Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung WZB tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren asos academia social science index tarafından taranan dergiler arasındadır

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Tüm hakları saklıdır. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayınlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Journal of the Faculty of law of Inonu University
All rights reserved. No parts of the Inonu University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Inonu University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Inonu University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası

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/hukukdergi

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY

Yayın Kurulu Başkanı – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editörler-Editors

Doç. Dr. Tamer BUDAK İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç.Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Arş. Grv. Kürşat AKÇA İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt	School of Law, University of Exeter, United Kingdom
Prof. Dr. Alan C. Neal	School of Law, University of Warwick, United Kingdom
Prof. Dr. Neil Boister	School of Law University of Canterbury, New Zealand
Prof. Dr. Thom Brooks	School of Law, Durham University, United Kingdom
Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney	Faculty of Law, University of Calgary, Canada
Prof. Dr. Hakan Karan	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta	Atlanta's John Marshall Law School, USA
Prof. Dr. Jason Chuah	School of Law, City University London, United Kingdom
Prof. Dr. Jean Allain	School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zheng Sophia Tang	School of Law, Newcastle University, United Kingdom.
Prof. Dr. Maurizio Borghi	School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.
Prof. Dr. Tomoya Obokata	School of Law, Keele University, United Kingdom.
Prof. Dr. Petra Butler	Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand
Doç. Dr. Tamer Budak	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hayri Keser	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe 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	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. K.Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet ÖZCAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Talat CANPOLAT	Marmara 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. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Zariye ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. İbrahim ERMENEK	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Oğuz S. AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Mete ERDEM	İnönü 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, yayım yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayımlara yapılan atıflarda da aynı usul 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 yayımlarda 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.

PUBLICATION RULES

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The submissions must be delivered in both printed and electronic formats. The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
The articles may also be sent to the editorial board via hukuk@inonu.edu.tr.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.
Example: Inonu University, School of Law
11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER

Mesut AYDIN 1982 Anayasasına Göre Temel Haklar ve Ödevlerin Olağan Dönem Kanun Hükümünde Kararnameleriyle “Düzenlenmesi”	1-38
Ahmet BAĞRIACIK Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Menfaat İhlali	39-70
Ozan CAN Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Malvarlığı Haklarının Korunmasında Ticaret Şirketi Ortaklarının Başvurucu Sıfatının Değerlendirilmesi ve Tüzel Kişilik Perdenin Kaldırılması Teorisi	71-82
Beşir Fatih DOĞAN Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Mevzuat Değişikliklerinin Zaman Bakımından Uygulanması ve Yürütmenin Durdurulması Kararına Etkisi	83-110
Betül DÜRGEN Türkiye’deki Yabancı Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri	111-130
Kadir Berk KAPANCI Türk Ticaret Kanunu’nun 7. Maddesinde Öngörülen “Ticari İşlerde Teselsül” Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?	131-170
Ulaş KARADAĞ Birleşmiş Milletler Antlaşması’na Göre Meşru Müdafaa Hakkı	171-186
İslam Safa KAYA Chicago Sözleşmelerinin Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi	187-200
Hayri KESER – Selin HIŞIM Demokrasilerde Sivil Toplumun Rolü	201-224
Emin KOÇ Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı - İdare Hukuku Açısından Gözlemler ve Değerlendirme -	225-258
Öz SEÇER Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma	259-286
Adem Şahin Riskin Erken Teşhis Komitesi (TTK m.378 ve 625/1-e’nin Değerlendirilmesi	287-314
Ayhan UÇAR İstatistiki Verilerle Ulusal Basında Kadına Karşı Şiddet	315-364
Adem YELMEN Klinik Bilgi Sistemlerine İlişkin Lisans Sözleşmeleri Hakkında Değerlendirmeler	365-382
Ali Haydar YILDIRIM Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararları Aleyhine Toplantıda Hazır Bulunan Pay Sahibinin İptal Davası Açmasının Şartları ve Özellikle Muhalefet Şerhi	383-430

H. Gökçe ZABUNOĞLU	431-456
Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı	
H. Gökçe ZABUNOĞLU	457-482
Kolluğun Sivil Gözetimi	
ÇEVİRİ	
Pascal PICHONNAZ (Çeviren: Zafer KAHRAMAN)	485-504
İçtihat Değişikliğinin Geçmişe Etkisi: Metodolojik Açısından Bazı Düşünceler	

CONTENTS

Mesut AYDIN	
“Regulating” Fundamental Rights And freedoms by Decrees in Ordinary Times According to the 1982 Turkish Constitution	1-38
Ahmet BAĞRIAÇIK	
According to the Decisions by Danıştay Benefit Breach of in Judicial Administration:	39-70
Ozan CAN	
The Evaluation of The Applicant Status of The Commercial Company Partners for Protecting The Property Assets Rights Within The Content of European Human Rights Convention and The Removal The Ory of The Corporate Entity Curtain	71-82
Beşir Fatih DOĞAN	
Legislative Amendments Concerning the Unlicensed Electricity Generation, the Implementation of Ratione Temporis and the Impact on Stay of Execution	83-110
Betül DÜRGEN	
Having Real Property for Foreign Non-Muslim Foundations in Turkey.....	111-130
Kadir Berk KAPANCI	
“Presumption of Solidarity in Commercial Affairs” (Article 7 of the Turkish Commercial Code) Can Be Applied By All Means?	131-170
Ulaş KARADAĞ	
The Right of Self-Defense in Charter of The United Nations	171-186
İslam Safa KAYA	
Evaluation of Chicago Conventions in Terms of International Law	187-200
Hayri KESER – Selin HIŞİM	
The Role of Civil Society in Democracy	201-224
Emin KOÇ	
Small and Medium Enterprises Development and Support Administration Council - Observations and Evaluation in Terms of Administrative Law -	225-258
Öz SEÇER	
Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma	259-286
Adem Şahin	
The Early Detection of Risk Committee (Evaluation of 378 th and 625/1-e th of TCC).....	287-314
Ayhan UÇAR	
Violence Against Women in National Press With Statistical Data	315-364
Adem YELMEN	
Evaluations on License Contracts for Clinical Information Systems	365-382
Ali Haydar YILDIRIM	
Requirements to File a Challenging Action Against General Meeting Resolution of an Incorporated Company for Shareholder, who Participates the Meeting and Especially the Dissenting Opinion	383-430

H. Gökçe ZABUNOĞLU	
John Locke's State Thought in The Context of Social Contract	431-456
H. Gökçe ZABUNOĞLU	
Civilian Oversight of Law Enforcement	457-482
TRANSLATION	
Pascal PICHONNAZ (Translated by Zafer KAHRAMAN)	
The Retroactive Effect of Change in Jurisprudence: Some Reflections From the Standpoint of Methodolical Pluralism	485-504

1982 ANAYASASINA GÖRE TEMEL HAKLAR VE ÖDEVLERİN OLAĞAN DÖNEM KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİYLE ‘DÜZENLENMESİ’

Mesut AYDIN*

Özet

Hukukumuzda, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisi, ilk olarak, 1961 Anayasasında (m.64) tanınmıştır. 1982 Anayasasında da (m.91/1), önceki Anayasadaki hükme benzer bir şekilde KHK düzenlenmiş ve KHK yürütme organının düzenleyici işlemleri arasında sayılmıştır. Anayasanın 91. maddesinde, olağan dönem KHK'lerinin “düzenleme alanı” belirtilmektedir. Buna göre, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasal haklar ve ödevler KHK'lerle düzenlenemez. Buna karşılık, Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin, KHK ile düzenlenmesi konusunda herhangi bir yasaklama öngörülmemektedir. Bu çalışmada, olağan dönem KHK'leri ile temel hak ve ödevlerin “düzenlenmesi” konusu incelenmektedir. Bu bağlamda, temel haklar ve ödevler alanında KHK'lerle düzenleme yapılmasının sınırları üzerinde durulmaktadır.

Anahtar kelimeler: “Kanun hükmünde kararname”, “olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri”, “temel haklar ve ödevler”, “temel hakların sınırlanması”, “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler”.

‘REGULATING’ FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS BY DECREEES IN ORDINARY TIMES ACCORDING TO THE 1982 TURKISH CONSTITUTION

Abstract

The power to issue decrees was, for the first time, granted to the Council of Ministers by article 64 of the Turkish Constitution of 1961. As the 1961 Constitution, the 1982 Constitution lays down provisions on the decrees in art. 91 (1) of the 1982 Constitution and the decrees, *inter alia*, are regarded regulative power of the executive organ of the State. “Regulative scope” of the decrees is stated in article 91 of the 1982 Constitution. Accordingly, with the exceptions of martial law and states of emergency, decrees cannot be issued to regulate the fundamental rights, individual rights and duties included in the first and second chapters and the political rights and duties listed in the fourth chapter of the second part of the Constitution. However, there are no restrictions

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

with regard to social and economic rights and duties which are laid down in the third chapter of the second part of the 1982 Constitution. This study deals with regulating of fundamental rights and freedoms in the ordinary times. In this regard, limits of the decrees, on fundamental rights and freedoms, are touched upon.

Keywords: “Decree”, “ordinary times decrees”, “fundamental rights and duties”, “restriction of fundamental rights”, “social and economic rights and duties”.

GİRİŞ

Kuvvetler ayrılığının geçerli olduğu parlamenter hükümet sistemlerinde, yasama organı tarafından yürütme organına kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisi verilmektedir. Böylece, yasamaya ait kanun çıkarma yetkisi, yürütme organına tanınmaktadır. Yürütme organı tarafından çıkarılan KHK’lerle var olan kanunlar değiştirilebilmekte, yeni bir kanuni düzenleme yapılabilmekte ya da var olan kanunlar yürürlükten kaldırılabilmektedir. Böylece, güçlendirilmiş bir yürütme organı ile karşılaşılmaktadır.

KHK çıkarma yetkisinin yürütme organına verilmesinde; değişen hayat şartlarına göre mevzuatın acele bir şekilde değiştirilmesine ihtiyaç duyulmasının önemli bir payı bulunmaktadır¹. Ayrıca, yürütme organının, parlamento karşısında teknik ve ekonomik bilgisinin fazla oluşu, kitle iletişim araçlarının kontrolünü sağlaması ve hızlı karar alabildiği dikkate alındığında, ister istemez yürütme organı lehine bir üstünlük ortaya çıkmaktadır². Bu nedenle, acele durumlarda, yasamanın ağır işleyen yönteminden kurtulmak, etkili ve durumun gereklerine uygun karar almak ve uygulama olanağı oluşturmak amacıyla KHK tercih edilebilir³. Öte yandan, konunun yasama organınca gereği gibi düzenlenemeyecek derecede teknik olmasının ya da mevzuatın hızla değişen şartlara intibakını sağlayacak belli bir esneklik sağlanması ihtiyacının da KHK yoluna başvurulmasının nedenleri arasında bulunduğunu belirtmek

¹ Kuzu, Burhan, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s.174.

² Bkz. Kuzu (1985), s.174-175; ² Savaş, ayaklanma, buhran gibi ülkenin güvenliğini ve ekonomik gelişmesini tehlikeye sokan olağanüstü durumlarda, yürütme organının takdiri ve yetkisiyle düzenleme alanı genişlemektedir. Bkz. Oytan, Muammer, “Fransa, Almanya ve Türkiye’de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, *Onar Armağanı*, İÜHFY, İstanbul, 1977, s.543.

³ Gözübüyük, Şeref/Cahit Tutum, “Yasa Gücünde Kararnameler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.8, S.1, Mart 1975, s.3.

gerekir⁴. Buna ekonomik konularda alınacak tedbirlerin uzun süre askıda kalmasının sakıncalı olmasının da eklenmesi mümkündür⁵.

1982 Anayasasına göre (m.91/1), Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilebilir. Anayasada ayrıca, KHK’lerin düzenleme alanı konu bakımından sınırlandırılmaktadır. Buna göre, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasal haklar ve ödevler KHK’lerle düzenlenemez. Bu durumda, söz konusu temel haklar ve ödevler konusunda Meclis tarafından Bakanlar Kurulunun yetkilendirilmesi söz konusu olamayacaktır. Başka bir deyişle, KHK’lerle söz konusu alanda herhangi bir “düzenleme”nin yapılması mümkün değildir. Anayasada “düzenleme” kavramı kullanılmaktadır. Düzenleme kavramının seçilmiş olması ile ilgili şu tespitin yapılması mümkündür. Düzenleme kavramı sınırlamadan daha geniş ve farklı bir kavramdır. Şöyle ki, “*haklı sınırlayıcı düzenlemeler olabileceği gibi, haklı güçlendiren, onu daha etkili bir kullanıma kavuşturan, hatta ona, önceden sahip olmadığı belli bir içerik kazandıran düzenlemeler de söz konusu olabilir*”⁶ Bu durumda, temel haklar ve ödevler alanında sınırlamayı içeren bir düzenlemenin yürürlüğe konulamayacağını ancak bazı temel haklar bakımından haklı güçlendiren düzenlemelerin söz konusu olabileceğini belirtmek gerekir.

Bu çalışmada, olağan dönemde Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan KHK’ler ile temel hak ve ödevlerin “düzenlenmesi” konusu üzerinde durulmaktadır. Bu bağlamda, KHK’ler ile temel haklar ve ödevler alanında Bakanlar Kurulunun düzenleme yapma yetkisinin kapsamı incelenmektedir.

1. KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME

1.1. GENEL OLARAK

Ülkemizde, ilk kez, 1488 sayılı Kanunla⁷ 1961 Anayasasının 64. maddesinde yapılan değişiklikle, Bakanlar Kuruluna KHK düzenlemesi yapma yetkisi tanınmıştır. Söz konusu düzenlemeden önce, 1924 Anayasasında ve 1961 Anayasasının ilk şeklinde KHK düzenlemesine

⁴ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.258.

⁵ Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, 19. B., Ankara, 2013, s.261.

⁶ Sağlam, Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, AYYM, 1984, s.268.

⁷ RG.22.09.1971/13964.

rastlanılmamaktadır⁸. 1876 Anayasasında ise, farklı bir KHK düzenlemesi mevcuttu⁹. Anayasanın 64. maddenin değişiklik gerekçesinin incelenmesinden,¹⁰ kanun yapmanın uzun zaman aldığı ve gecikmeler oluşturduğu belirtilmek suretiyle, değişen iktisadi ve sosyal şartların bir gereği olarak bazı hukuk kurallarının konulması zarureti nedeniyle KHK kurumunun getirildiği anlaşılmaktadır. 1982 Anayasasında da KHK çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna tanınırken, 1961 Anayasasındaki düzenleme esas alınmıştır. Başka bir deyişle, Anayasadaki düzenlemenin bazı farklılıklar olmakla birlikte¹¹, 1961 Anayasasındaki düzenlemeye benzer bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir.

Kanun hükmünde kararnameyi, “*bakanlar kurulunun yasama organından veya anayasadan doğrudan doğruya aldığı sınırlı bir yetkiye dayanarak yaptığı, daha sonra yasama organının denetimine tâbi olan ve normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer alan bir düzenleyici işlem*”¹² şeklinde tanımlamak mümkündür. Söz konusu tanımda, KHK çıkarılması

⁸ Bkz. Özbudun, Ergun, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, *Anayasa Yargısı*, AYYM, 1985, C.2, s.227.

⁹ 1876 Anayasasının 36. Maddesinde şöyle denilmektedir: Madde 36: “*Meclisi Umumi mün'akit olmadığı zamanlarda devleti bir muhataradan veyahut emniyeti umumiyei halelden vikaye için bir zarureti mübreme zuhur ettiği ve bu bapta vaz'ına lüzum görünecek kanunun müzakeresi için meclisin celp ve cem'ine vakit müsait olmadığı halde Kanunu Esasi ahkâmına mugayir olmamak üzere heyeti viikelâ tarafından verilen kararlar Heyeti Mebusanın içtimaile verilecek karara kadar ba iradei seniye, muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetindedir*”.

¹⁰ 1961 Anayasasının 64. maddesinin değişiklik (20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun) gerekçesinde, “*Parlamenter rejimlerde, kanun yapmanın belli usullere uyulmak zorunluluğu sebebiyle, bir zaman aldığı ve gecikmeler meydana getirdiği bir gerçektir. Değişen iktisadi ve sosyal şartların gereği olarak, bazı hukuk kurallarının bu usuller dışında yürürlüğe konulabilmesi çağdaş Devlet anlayışının tabii bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasanın 5 nci maddesi hükmünün prensibini bozmamak ve her halde önceden yasama meclislerince esasları bir kanunla tesbit olunan sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla Hükümete kanun hükmünde kararnameler çıkarma yetkisinin verilmesi ve bu yetkiyi düzenliyen hükmün, Türkiye Büyük Millet Meclisinin genel olarak görev ve yetkilerini belirleyen 64 ncü maddesine eklenmesi uygun görülmüştür*” denilmiştir. Bkz. Cumhuriyet Senatosu Ve Millet Meclisi (430) Üyesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bâzi Maddelerinin Değiştirilmesi Ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Teklifi Ve Anayasa Komisyonu Raporu, (2/558), S.sayısı.419, s.11.

¹¹ Tan, Turgut, “Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.17, S.4, Aralık 1984, s.34.

¹² Gözler, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, s.2.

için bir yetkilendirilmeden söz edilmektedir. Bu yetkilendirme, Anayasal olarak doğrudan ya da yasama organı tarafından bir kanun çıkarılmak suretiyle yapılabilir. 1982 Anayasasına göre, olağan KHK çıkarılması için Meclis tarafından çıkarılacak bir kanunla Bakanlar Kurulunun yetkilendirilmesi gerekmektedir (AYm91/1)¹³.

Olağan dönemlerde KHK düzenlemesi yapma yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir. Bakanlar Kurulu Meclisten aldığı yetki ile KHK çıkarabilir. Doktrinde, söz konusu KHK’ye, “*olağan dönem kanun hükmünde kararnemeleri*”, “*olağan kanun hükmünde kararnemeler*”, “*kanun gücünde kararnemeler*”, “*kanun niteliğinde kararnemeler*” ya da “*kanun hükmünde kararnemeler*” denilmektedir¹⁴. Buradaki terimler aynı anlama gelmektedir. Çalışmanın konusu, Anayasanın 91. maddesine göre Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan KHK’lerin düzenleme alanı olduğundan, bu çalışmada bazı yazarlar tarafından belirtildiği gibi¹⁵, Anayasadaki “*kanun hükmünde kararname*” terimi kullanılmaktadır.

KHK’ler yürütme organı tarafından çıkarılan kanun gücünde düzenleyici işlemlerdir. KHK’nin yasama işlemi sayılıp sayılmaması konusunda ise, doktrinde farklı görüşler vardır. Bu durum, yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin niteliği ile ilgili kabul edilecek görüşle yakından ilgilidir¹⁶. Şöyle ki, bu yetki biraz daha genişletilmiş basit bir düzenleme yetkisi olarak kabul edilirse, KHK’ler düzenleyici (tüzük ve yönetmelik gibi) bir idari işlem sayılacaktır. Buna karşılık, KHK çıkarma yetkisi, yasama yetkisinin devri mahiyetinde (délégation) kabul edilirse, fonksiyonel anlamda bir yasama yetkisinden söz edilecektir¹⁷. *Birinci görüşe* göre, KHK adı verilen işlem türü, organik bakımdan idari, işlevsel yönden düzenleyici işlem mahiyetindedir¹⁸. Bu görüşü şu şekilde

¹³ Gözler (2000), s.2.

¹⁴ Konuyla ilgili bkz. Kuzu (1985), s.127; Gözler (2000), s.23; Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnemeler Rejimi*, Beta, İstanbul 1996, s.44; Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 20. B., Beta, İstanbul, 2016, s.35; Özbudun (2014) s.254; Özer, Atilla, *Türk Anayasa Hukuku, Türklerin Devlet Anlayışı ve Yapılanma*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.214; Çavuşoğlu, Naz, *Anayasa Notları*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, s.99; Gözübüyük/Tutum (1975), s.3.

¹⁵ Kuzu (1985), s.127.

¹⁶ Özbudun, (1985), s.228.

¹⁷ Özbudun (2014), s.217.

¹⁸ Duran, Lütfi, “Kanun Hükmünde Kararname”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.8, S.2, Haziran 1975, s.4.

eleştirmek mümkündür¹⁹. KHK'ler tüzük ve yönetmelikten farklıdır. Tüzükler ve yürütmenin diğer düzenleyici işlemleri, ancak kanunlara aykırı olmamak şartıyla yürürlüğe konulabilir. KHK'ler ise, kanun gücünde olduğundan yürürlükteki kanunları yürürlükten kaldırmakta ya da değiştirebilmektedir. Öte yandan, KHK'lerin yasama organı yönünden alelade kanun tasarısı olması da söz konusu değildir. Kanun tasarıları kanun haline gelinceye kadar hiçbir hak ve yükümlülük doğurmadığı gibi, bunlar birer hukuki işlem hüviyetinde de değildir²⁰. Yine, 1982 Anayasasında, 1961 Anayasasındaki gibi, yetki kanununda hangi kanunların yürürlükten kaldırılacağına yönelik bir zorunluluğa da yer verilmemiştir. KHK'lerin bunu yetki kanununa dayanarak yapması onun hukuki gücünü etkilemez. Bu durum, KHK'lerin idari bir işlem olmalarını açıklamayı oldukça zorlaştırır²¹. Ayrıca, KHK'nin Danıştay incelemesinden geçirilmesi gibi bir şart da söz konusu değildir²². Anayasa koyucu bunları sıradan bir işlem niteliğinde görmüş olsaydı bunlar için özel bir hüküm getirmez ve Anayasa Mahkemesi (AYM) denetimine tabi tutmazdı²³. Bizim de katıldığımız *ikinci görüşe* göre, KHK çıkarma yetkisi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin bir istisnası mahiyetindedir²⁴. Anayasanın 7. maddesinde, “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*”; 91. maddesinde ise, “*Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir*” denilmektedir. Burada, genel hüküm- özel hüküm ilişkisi söz konusu olup, yasama yetkisinin devredilmezliği kural olmakla birlikte, 91. madde ile bu kurala bir istisna getirilmektedir²⁵. Nitekim, Danışma Meclisi tarafından kabul edilen Anayasa tasarısında yasama yetkisinin devredilemeyeceği belirtildikten (m.7) sonra “*Anayasa ile Cumhurbaşkanına ve Bakanlar Kuruluna verilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi saklıdır*” cümlesi eklenmiştir. Böylece, Danışma Meclisi tarafından KHK'lerin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin bir istisnası olarak

¹⁹ Özbudun (2014) s.218.

²⁰ Özbudun (2014) s.218.

²¹ Bkz.Sağlam (1984), s.266.

²² Oytan (1977), s.594-596; Gözler (2000), s.113-114.

²³ Bkz. Oytan (1977), s.595-596.

²⁴ Özbudun (2014) s.217-220; Aynı yönde bkz. Gözler (2000), s.28, 32-34; Özer (2012), s.214.

²⁵ Bkz. Özbudun (2014) s.219-220.

değerlendirildiği görülmektedir²⁶. Söz konusu ifade Milli Güvenlik Konseyi (MGK) tarafından Anayasa tasarısından çıkarılmıştır. Ancak, MGK Anayasa Komisyonunun gerekçesinde “Zira bu yetkinin amaç ve kapsamı Anayasanın bu konularla ilgili maddelerinde açıkça belirtilmiş bulunmaktadır”²⁷ denilmek suretiyle bu hususun ayrıca tasrihine gerek bulunmadığı şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir²⁸. Burada, MGK tarafından yapılan değişikliğin KHK’lerin mahiyeti üzerindeki bir görüş ayrılığından ileri gelmediğini belirtmek gerekir²⁹. Yine denetim bakımından bakıldığında, KHK’nin denetimi idari yargı denetimine değil, anayasa yargısı denetimine bırakılmıştır. Konuyla ilgili olarak ileri sürülen *üçüncü bir görüşe* göre ise, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisinin verilmesi “yetki devri” niteliğinde değil, “yetki verme” veya “yetki tanıma” niteliğindedir³⁰. Ancak, bazı yazarlar tarafından haklı olarak, söz konusu görüşte dile getirilen yetki devri ile yetki verme arasında varsayılan ayrımın temelleri açıklanmamaktadır³¹. Ayrıca, bazı yazarlar tarafından belirtildiği gibi, bu tür bir ayrımın varlığının daha

²⁶ Özbudun (2014) s.219.

²⁷ MGK Anayasa Komisyonu, Esas No.1/397, Sıra S. 450, s.67.

²⁸ Bkz. Özbudun (2014) s.219-220.

²⁹ Özbudun (2014) s.219-220.

³⁰ Bkz. Gözler (2000), s.28; Bazı yazarlar Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisinin verilmesini “yetki tanıma” niteliğinde görmektedir. Buna göre, “Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisinin tanınması **yetki devri anlamına gelmeyip**, Bakanlar Kurulunu **yetkili kılma amacına yöneliktir**. 1961 Anayasasında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisinin tanınmış olması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini ortadan kaldırmamaktadır. Şöyle ki, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisinin verilmesi, kanunla düzenlenecek konuların yürütmenin düzenleme alanına sokulması, ya da yasama alanından çıkarılması (délégalisation) sonucunu doğurmamaktadır. Yasama organı verdiği yetkiyi her zaman bir kanunla geri alabileceği gibi, o alanda, daha sonra yasal düzenlemede de bulunabilir”. Bkz. Teziç (2016), s.37; Benzer görüşte olan başka bir yazara göre, “herhangi bir alanda aslı düzenleme yetkisi, yasama organında olduğu, yani yasama organının her an bizzat kendisinin düzenleyebileceği, işten tamamen el çekmediği süreç; yasama organının kendi denetimi altında, geçici bir süre için, bu alanı yürütme organının düzenlemesine izin vermesi yetki devri değildir. Dolayısıyla, Meclis’in bir alanı asıl düzenleme yetkisini kendisinde alıkoyarak, yürütme organına kendisinin belirlediği bir konuda ya da alanda, yine kendisinin denetimi altında, belirli bir süre için sonunda kendisinin son sözü söyleyebileceği bir yetki vermesi, yasama organının bu alandan elini çekmeyip her an bizzat düzenleyebilmesi koşuluyla, yetki yasama yetkisi niteliğinde de olsa, yetki devri olarak kabul edilemez”. Bkz. Yüzbaşıoğlu (1996), s.56.

³¹ Gözler (2000), s.29-30.

önceden ispat edilmedikçe, Meclisin Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi vermesinin bir yetki devri değil, bir yetki verme olduğunu söylemek anlamlı da değildir³².

AYM ise, konuyla ilgili olarak, önce Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilmesini yetki devri mahiyetinde görmüş³³ ancak daha sonra verdiği kararlarda, yasama yetkisinin Meclise ait olduğunu ve devredilemeyeceğini belirtmiştir³⁴.

1.2. ANAYASAL DÜZENLEME

Anayasanın 91. maddesi “*Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme*” başlığını taşımaktadır. Maddede şöyle denilmektedir:

“Madde 91- Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.

Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir.

Bakanlar Kurulunun istifası, düşürülmesi veya yasama döneminin bitmesi, belli süre için verilmiş olan yetkinin sona ermesine sebep olmaz.

Kanun hükmünde kararnamenin, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından süre bitiminden önce onaylanması sırasında,

³² Gözler (2000), s.29-30.

³³ AYM, 11.01.1985 T., 1984/6 E., 1985/1 K. sayılı Kararı, AYMKD, S.21, s.10-11.

³⁴ “*Anayasa'nın 7., 87. ve 91. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, yasama yetkisinin genel ve asli bir yetki olması, TBMM'ne ait bulunması ve devredilememesi karşısında KHK çıkarma yetkisinin kendisine özgü ve ayrık bir yetki olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu yetki, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde yaygınlaştırılıp genelleştirilmemelidir. ...KHK çıkartulmasına yetki verilmesi, Anayasa'da öngörülen koşullar ve sınırlar içinde kalmak kaydıyla yasama yetkisinin devri anlamına gelmez”.* Bkz. AYM, 20.3.2001 T, 2001/9 E., 2001/56 K. sayılı Kararı, RG. 19.01.2002/24645; Benzer yönde diğer kararlar için bkz. AYM, 6.2.1990 T., 1988/62 E., 1990/3 K. sayılı Kararı, AYMKD, S.26, s.103; AYM, 5.2.1992 T., 1990/22 E., 1992/6 K. sayılı Kararı, AYMKD, S.29, C.1, s.88; AYM, 5.5.1992 T., 1991/33 E., 1992/32 K. sayılı Kararı, AYMKD, S.29, C.1, s.132.

yetkinin son bulduğu veya süre bitimine kadar devam ettiği de belirtilir.

Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanının Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır.

Kanun hükmünde kararnemeler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir.

Kararnemeler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur.

Yetki kanunları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararnemeler, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonları ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşülür.

Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmayan kararnemeler bu tarihte, Türkiye Büyük Millet Meclisince reddedilen kararnemeler bu kararın Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte, yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnemelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmî Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer”.

Bakanlar Kurulu tarafından KHK çıkarılabilmesi için öncelikle Meclisin bir yetki kanunu çıkarması gerekmektedir. Başka bir deyişle, önceden bir yetki kanunu ile yetkilendirilmedikçe Bakanlar Kurulunun KHK çıkarması mümkün değildir. Ayrıca, Bakanlar Kurulu dışında yürütme organının bir başka unsurunun KHK çıkarması söz konusu olamayacağı gibi, yetki kanunu ile başka bir organa da bu tür bir yetki verilemez³⁵. Yetki kanununda, çıkarılacak KHK'nin, amacı, kapsamı, ilkeleri, kullanma süresi ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağı gösterilir (AYm.91/2). Yetki kanunda süresi içinde birden fazla kararname çıkarılmasına izin verilmesi, Anayasanın KHK ile düzenleme usulünü istisnai bir usul olarak görmediği şeklinde yorumlanabilir³⁶. Ayrıca, 1961 Anayasası döneminde, yetki kanununda, “yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi” (m.64/2) şartı söz konusu iken, 1982 Anayasasında bu tür bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Böylece, KHK ile uygulamada genel

³⁵ Özbudun (2014) s.254.

³⁶ Bkz. Gözler (2000), s.64.

tutulan yetkinin kapsamı, ilkesi ve amacı doğrultusunda istenilen kanun hükmünün değiştirilmesi imkânı bulunmaktadır³⁷. Bakanlar Kurulunun istifası, düşürülmesi veya yasama döneminin bitmesi, belli süre için verilmiş olan yetkinin sona ermesine sebep olmaz. KHK'nin, Meclis tarafından süre bitiminden önce onaylanması sırasında, yetkinin son bulunduğu veya süre bitimine kadar devam ettiği de belirtilir (AYm.91/3-4).

1982 Anayasasına göre (1961 Anayasasında olduğu gibi³⁸), Meclis KHK üzerindeki işlemlerini bir onay kanunu ile yaptığından, KHK kanun haline dönüşmektedir³⁹. Aksi halde, aynı konunun iki ayrı işlemle düzenlenmesi söz konusu olur ki, bunun hukuki olarak temellendirilmesi oldukça zordur⁴⁰. Anayasanın 91/son maddesinde yer verilen, “*bu kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte*” ibaresindeki “*karar*” deyimini sanki Meclisin KHK üzerindeki işlemlerini parlamento kararı ile yapacağını düşündürebilirse de⁴¹, aslında genel anlamda işin sonuçlandırılması şeklinde bir anlam da taşıyabilir. Nitekim Anayasanın 87. maddesinde “*para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek*”ten söz edilmekte ancak bu işlemler kanun şeklinde yapılmaktadır⁴². Öte yandan, parlamento kararları kural olarak yasama organının kendi işleyişi ve yürütme organı ile olan ilişkilerle ilgili olup, vatandaşlarla ilgili uyulması zorunlu bir

³⁷ Sağlam (1984), s.264.

³⁸ Bazı yazarlar, Meclis tarafından reddedilen KHK'nin karar biçiminde ortaya çıktığını, buna karşılık, değiştirilerek kabul edilen ya da aynen kabul edilen KHK'lerin kanun şeklinde ortaya çıkması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Duran (1975), s.6.

³⁹ Özbudun (1985) s.236; (2014) s.261; Tan (1984), s.42.

⁴⁰ Özbudun (2014) s.261.

⁴¹ Bazı yazarlar, KHK'nin reddi veya kabulü konusundaki Meclis iradesinin, “*kanun*” biçiminde değil, “*parlamento kararı*” şeklinde ortaya çıkması gerektiğini, çünkü bunun Meclisin yürütme organı ile ilişkileri çerçevesine girdiğini, bu ilişki çerçevesindeki bir işlemin ise kanunla değil, parlamento kararıyla yapılması gerektiğini, Meclisin ret veya kabul işlemlerinin parlamento kararı şeklinde olmasında hiçbir sakıncanın olmadığını, ret veya kabul kararlarının, vatandaşlar için yükümlülük getirmediğini, vatandaşlar için yükümlülüğü KHK'nin kendisinin oluşturduğunu, bu yükümlülüklerin kabul kararından önce de hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu belirtmektedir. Bkz. Gözler (2000), s.140-141.

⁴² Özbudun (2014) s.260-261; 1961 Anayasası döneminde de, Anayasanın 64/1. maddesinde, “*genel ve özel af ilanına*” ve “*ölüm cezalarının yerine getirilmesine*” karar verilmesinden söz edilmesine karşılık, uygulamada bu işlemler karar şeklinde değil, kanun şeklinde ortaya çıkmıştı. Bkz. Gözübüyük/Tutum (1975), s.6-7.

nitelik taşımaz⁴³. AYM’nin 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararda, Meclisin red veya değiştirilerek kabul biçiminde oluşturduğu metinlerin birer kanun olduğu belirtilmiştir⁴⁴. 1982 Anayasası döneminde de, Meclisin aynen veya değiştirilerek kabul biçiminde oluşturduğu metinlerin kanun olduğuna yönelik AYM kararının bulunduğu görülmektedir⁴⁵. Uygulamada da, Meclisin KHK’lerle ilgili olarak yaptığı ret, onay ve değiştirerek onay işlemleri “kanun” biçiminde yapılmaktadır⁴⁶.

KHK’lerin reddi halinde, red veya değişikliği içeren kanunun yayınlandığı tarihe kadar, KHK geçerliliğini korur. Bu durumda, KHK hükümlerine dayanılarak yapılmış uygulama işlemleri ve kazanılmış haklar korunmuş olur⁴⁷. KHK’nin reddi halinde, KHK ile kaldırılmış kanun hükümlerinin kendiliğinden uygulanıp uygulanmayacağı konusu ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar tarafından, KHK ile kaldırılan kanun hükmünün bir çeşit bozucu şarta bağlı olarak yürürlükten kaldırıldığı, kanunun uygulanabilirliğinin askıya alındığı ve yerine kendi düzenleyici işlemini koyduğu, Meclisin KHK’yi reddetmesiyle KHK’nin yürürlükten kalkacağı ve KHK’nin yürürlükten kaldırdığı kanun hükümlerinin kendiliğinden uygulanabilir duruma geleceği belirtilmektedir⁴⁸. Buna karşılık, hukukun genel teorisinde, kabul edildiği gibi, “bir kanunu ilga eden kanun başka bir kanunla ilga edilirse, ilk kanun tekrar yürürlüğe girmez⁴⁹. Öte yandan, Meclisin red kanununun AYM tarafından iptal edilmesi halinde, benzer şekilde ret kanunu ile yürürlükten kalkan KHK’nin tekrar yürürlüğe girmesi de söz konusu değildir⁵⁰.

⁴³ Teziç, Erdoğan, “Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.5, S.1, Mart 1972, s.10.

⁴⁴ AYM, 14.10.1975 T., 1975/145 E., 1975/198 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.13, s.558.

⁴⁵ AYM, 05.02.1992 T., 1990/22 E., 1992/6 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.29, C.1, s.91.

⁴⁶ Bazı yazarlarca, KHK’nin reddi işleminin kararla yapıldığı istisnai bir örneğin bulunduğu, 2.5.1983 tarih ve 63 sayılı Kararname ile bu Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair 6.09.1983 tarih ve 82 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kanunla değil, 17.10.1984 tarih ve 9 numaralı Karar ile reddedildiği ve Resmi Gazetede “*TBMM Kararı*” başlığı altında yayımlandığı (RG.03.01.1985/18624), ancak bu ret kararının, uygulamada istisna olarak kaldığı, diğer ret işlemlerinin kanun biçiminde yapıldığı belirtilmektedir. Bkz. Gözler (2000), s.144.

⁴⁷ Özbudun (2014) s.261-262.

⁴⁸ Duran (1975), s.5; Ayrıca bkz. Özbudun (2014) s.262.

⁴⁹ Özbudun (2014) s.262; Gözler (2000), s.147.

⁵⁰ Bkz. Gözler (2000), s.148-149.

KHK'ler, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir. Kararnameler, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün Meclise sunulur. Burada, Meclisin KHK üzerinde yapacağı siyasal denetimin önemi ortaya çıkar. Çünkü yayımlandıkları gün Meclise sunulan KHK'lerin Meclis tarafından görüşülmesi sonucunda, Anayasaya aykırı düzenlemelerin iptal edilmesi ya da değiştirilmesi söz konusu olacaktır. Yetki kanunları ve bunlara dayanan KHK'ler, Meclis komisyonları ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşülür (AYm.91/8). Ancak, KHK'lerin Mecliste görüşülüp karara bağlanması ile ilgili olarak bir süre öngörülmediği gibi, Bakanlar Kurulunun birden fazla KHK çıkarması halinde bunların hangi sıraya göre görüşüleceğine ilişkin bir hükme de yer verilmemiştir. Bu konuda, Meclisin çıkarılan KHK'lerden tarihi eski olanı görüşebileceği gibi, tarihi sonra olanı ya da istediğini de görüşebileceğini belirtmek gerekir⁵¹. Ancak, ilkinde değişiklik yapan KHK varsa bunların birlikte görüşülmesi gerekir⁵². Uygulamada, Meclisin istediği KHK'yi görüşmeye başladığı ve AYM'nin de bunu Anayasa'ya aykırı değerlendirmede görüşmektedir⁵³. KHK'lerin Meclis tarafından geç ele alınması ise, temel haklar ve ödevler alanında Anayasanın koyduğu güvencenin ihlaline yol açabilir. Yayımlandıkları gün Meclise sunulmayan kararnameler bu tarihte, Meclis tarafından reddedilen kararnameler ise, bu kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmi Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer (AYm.91/6-7 ve son).

Anayasada, Meclise sunulan KHK'nin Meclisin kararından önce geri alınıp alınmayacağı ve KHK üzerinde değişiklik yapıp yapılamayacağı konusunda herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. 1961 Anayasası döneminde, Meclise sunulan KHK ile Bakanlar Kurulunun ilişkisinin kesileceği ve kararnamenin geleceğinin Meclis tarafından belirleneceği ve Meclise sunulmuş KHK ile ilgili olarak Meclis kararı ortaya çıkmadan KHK üzerinde bir değişiklik yapılamayacağı

⁵¹ Gözübüyük/Tutum (1975), s.7.

⁵² Gözler (2000), s.134.

⁵³ Özbudun (1985) s.234.

savunulmuştu⁵⁴. 1982 Anayasası döneminde ise, 1961 Anayasasında olmayan, ancak 1982 Anayasasında kabul edilen yeni düzenlemeden yola çıkarak, yetki kanununda süresi içinde birden fazla KHK çıkarılmasına yetki verilmesi halinde, KHK'nin geri alınması ya da KHK üzerinde değişiklik yapılmasının mümkün olduğunu belirtmek gerekir⁵⁵. Çünkü, hukukta kural olarak bir işlemi yapmaya yetkili makam, onu değiştirme veya geri almaya da yetkilidir⁵⁶. Geri alınan KHK ise, geri alındığı tarihe kadar geçerli kalır.

KHK'ler Anayasaya uygunluk denetimine tabi kılınmışlardır. Buna göre, AYM, KHK'lerin Anayasaya şekil ve esas bakımından uygun olup olmadığını denetler (AYm.148). Burada, KHK'nin AYM tarafından denetlenebileceğine ilişkin Anayasa hükmünün, henüz Meclis tarafından onaylanmamış KHK'ler için geçerli olduğunu belirtmek gerekir⁵⁷. KHK'lerin denetiminde, öncelikle, KHK'lerin yetki kanunlarına uygunlukları ile ilgili olarak inceleme yapılmaktadır⁵⁸. Bu bağlamda, AYM, KHK'nin yetki kanununa ve içeriği yönünden Anayasa'ya aykırı bulunmasa bile, dayandığı yetki kanunu Anayasaya aykırı ise, bu nedenle iptalinin gerektiğini belirtmektedir⁵⁹. Ancak, bazı yazarlar tarafından, yetki kanunun iptali nedeniyle bu yetki kanununa dayalı olarak çıkarılan KHK'lerin de Mahkeme tarafından iptal edilmesi eleştirilmektedir⁶⁰.

⁵⁴ Gözübüyük/Tutum (1975), s.4-5; Yılmaz, Misket, “Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname”, *Prof. Dr. Bülent Nuri Esen Armağanı*, AÜHFY, Ankara, 1977, s.556.

⁵⁵ Bkz. Özbudun (2014) s.260.

⁵⁶ Özbudun (2014) s.260.

⁵⁷ Özbudun (2014) s.261.

⁵⁸ Gözler (2000), s.115-116; AYM, 5.5.2016 T., 2016/35 E., 2016/31 K. sayılı Kararı, RG.24.05.2016/29721, parag.11; Ayrıca bkz. AYM, 27.5.2015 T., 2015/33 E., 2015/50 K. sayılı Kararı, RG. 2.6.2015/29374; AYM, 13.11.2014 T., 2014/172 E., 2014/170 K. sayılı Kararı, RG. 10.1.2015/29232; AYM, 26.12.2013 T., 2013/63 E., 2013/163 K. sayılı Kararı, RG. 27.3.2014/28954.

⁵⁹ Bkz. AYM, 05.05.2016 T., 2016/34 E., 2016/30 K. sayılı Kararı, RG. 24.05.2016/29721, parag.12-13.; Ayrıca bkz. AYM, 27.5.2015 T., 2015/33 E., 2015/50 K. sayılı Kararı, RG. 2.6.2015/29374; AYM, 13.11.2014 T., 2014/172 E., 2014/170 K. sayılı Kararı, RG. 10.1.2015/29232; AYM, 26.12.2013 T., 2013/63 E., 2013/163 K. sayılı Kararı, RG. 27.3.2014/28954; AYM, 5.5.1992 T., 1991/33 E., 1992/32 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.29, C.1, s.135; AYM, 8.7.1994 T., 1994/53 E., 1994/48 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.30, C.1, s.315-316.

⁶⁰ Gözler (2000), s.121-123; Bazı yazarlar tarafından, AYM'nin 05.02.1992 tarih 1990/22 E, 1992/6 K. sayılı içtihadı doğrultusunda, 3479, 3911, 3987, 3990, 3991 ve 4113 sayılı Yetki Kanunlarına dayanılarak çıkarılmış yirmiden fazla KHK'nin, bunların içeriklerinin

Gerçekten, dayandığı yetki kanununun süresinin bitmesiyle KHK kendiliğinden nasıl geçerliliğini yitirmiyorsa, dayandığı yetki kanununun iptal edilmesiyle de, KHK'lerin geçerliliği etkilenmemelidir⁶¹. Öte yandan, KHK'lerle ilgili Anayasaya uygunluk denetiminde bulunulurken, Mahkemece Anayasada olmayan bazı şartların da arandığı görülmektedir⁶². Buna göre, Mahkeme tarafından, KHK'nin çıkarılması için “kısa süreli olmak”, “önemlilik”, “zorunluluk” ve “ivedilik” şartları aranmaktadır⁶³. Mahkeme, söz konusu şartları bir bütün olarak değerlendirmekte, birlikte kullanmakta ve her şart bakımından ayrı bir denetim yapmamaktadır⁶⁴. Doktrinde, Mahkemenin içtihadının aynen benimseyenler⁶⁵ olduğu gibi, eleştirenler⁶⁶ de mevcuttur. Burada, KHK'nin geçerlilik şartlarına, Anayasa metninde yer verilmeyen; “önemlilik”, “zorunluluk”, “ivedilik” ve “kısa sürelilik” gibi şartların eklenmesinin Anayasaya uygunluğu kuşkuyla olduğu belirtmek gerekir⁶⁷. Buna göre, “yürütme organına KHK çıkarma yetkisi verilmesi ihtiyacını doğuran, sadece konunun ivediliği değil, çoğu zaman konunun yasama organınca gereği gibi düzenlenemeyecek derecede teknik oluşu, ya da düzenlemede hızla değişen şartlara intibakı sağlayacak belli bir esneklik sağlaması gereğidir”⁶⁸. Bu durumda, KHK'ler için Anayasa metninde olmayan şartların Mahkeme tarafından getirilmiş olması, bir yetki gaspına yol açmaktadır⁶⁹.

Anayasaya aykırı olup olmadığına bakılmaksızın, sadece, dayandıkları yetki kanununun iptal edilmiş olması nedeniyle iptal edildiği belirtilmektedir. Bkz.Gözler (2000), s.120-121.

⁶¹ Gözler (2000), s.123; Karşı yönde görüş için bkz. Yüzbaşıoğlu (1996), s.139-142.

⁶² Bazı yazarlar tarafından, KHK üzerindeki denetiminin çok sıkı bir şekilde gerçekleştirildiği belirtilmekte ve AYM'nin 6 Ekim 1993 ile 8 Temmuz 1994 tarihleri arasında 9 aylık dönemde 27 adet KHK'yi iptal ettiği vurgulanmaktadır. Bkz. Gözler (2000), s.115.

⁶³ Bkz. AYM, 1.2.1990 T., 1988/64 E., 1990/2 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.26, s.63,68,73; Ayrıca bkz. Özbudun (2014) s.257-258.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.Gözler (2000), s.81 vd.;

⁶⁵ Yüzbaşıoğlu (1996), s.109.

⁶⁶ Özbudun (2014) s.258; Gözler (2000), s.97-100.

⁶⁷ Özbudun (2014) s.258.

⁶⁸ Özbudun (2014) s.258.

⁶⁹ Bkz.Gözler (2000), s.97-100.

2. TEMEL HAKLAR VE ÖDEVLERİN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER İLE DÜZENLENMESİ

2.1. GENEL OLARAK

Temel haklar ya da kamu hürriyetleri, “*insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan şeklini ifade eder*”⁷⁰. Anayasada (m.12/1), “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” denilerek, kişinin sahip olduğu hakların önemi ortaya konulmaktadır. Anayasa koyucu söz konusu hükmü, 1961 Anayasasının 10. maddesinden almıştır. Anayasanın 12. maddesiyle ilgili olarak sunulan gerekçede, “*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*”ni belirleyen bu maddenin ilk fıkrasında, bunların bir Devlet “*lütfu*” olmadığı; kişiliğin, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez bir unsurunu oluşturduğu vurgulanarak, Devletin, kişiye ayrılmış bu alana ilke olarak, hiçbir müdahalede bulunmamak, bu özel alan sınırları içine girmemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir⁷¹. Anayasanın temel haklar ve ödevler kısmı ile ilgili genel gerekçesinde de, önce temel hak ve hürriyetlerin genel niteliğinin belirlendiği, insanın insan olarak, doğuştan bazı temel hak ve hürriyetlere sahip bulunduğu, Devletin bu hak ve hürriyetler önünde “*müdahale etmez*”, “*çekimsen*” bir tutum benimsemesinin gerekliliği vurgulanmaktadır⁷².

Anayasada temel hakların kullanımı sınırsız bir şekilde düzenlenmemiştir. Başka bir deyişle, temel hakların kullanımı konusunda anayasal bir takım sınırlamalar söz konusudur. Bu bağlamda, Anayasada (m.12/2), temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva edeceği belirtilmiştir. Anayasanın temel haklar ve ödevler kısmı ile ilgili genel gerekçesinde de, temel hak ve hürriyetlerin, kişiye tanınmış sınırsız bir serbesti olmadığı; bunların kişi için bazı ödev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği, sınırlı bir serbesti demek olduğu, hak ve hürriyetlerin ilk sınırının,

⁷⁰ Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 5. B., AÜHFY, No.392, Ankara, 1976, s.14.

⁷¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu. (D. Meclisi : 1/463; M. G. Konseyi : 1/397), s.6.

⁷² Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu. (D. Meclisi : 1/463; M. G. Konseyi : 1/397), s.5.

bunların kendi bünyesi ve cevherinde yer aldığı ifade edilmektedir⁷³. Ancak burada, temel hak ve hürriyetlerin aynı zamanda başkalarına karşı ve topluma karşı ödevlerini de içerdiğine yönelik yapılan tanımlamanın insan hakları kavramı ile bağdaştırılması oldukça güçtür⁷⁴. Nitekim, Anayasadaki benimsenin düzenlemenin ulusalüstü alanda kabul edilen belgelerde kabul edilen formüllerle de uyumlu olmadığını belirtmek gerekir. Örneğin, Evrensel Bildirinin 29. maddesinde, Anayasanın 12. maddesinden farklı olarak, ödev ve sorumluluk, temel hakların tanımının bir unsuru olarak değil, fakat temel hakları kullanan kişilerin gözetmeleri gereken harici bir faktör olarak belirtildiği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (m.10/2) ise, sadece ifade özgürlüğündeki kayıt bakımından bu tür bir duruma işaret edildiği görülmektedir⁷⁵.

Anayasada, konu bakımından, olağan dönemlerde ve olağanüstü dönemlerde çıkarılacak KHK'lerle ilgili bir ayırım vardır. Bu ayırım basit bir ayırım değildir. Nitekim, olağan KHK ile olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'lerin düzenleme konuları ile ilgili çok önemli farklılıklar söz konusudur. Bu kapsamda, temel haklar alanında, olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'lerinin düzenleme alanı ile ilgili olarak, konu bakımından herhangi bir sınırlamanın yapılmadığı görülmektedir⁷⁶. Bu bağlamda Anayasada (m.91/1), “*Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere*” şeklinde bir ibareye yer verilmiştir. Söz konusu KHK'lerle, Anayasanın 15. maddesine⁷⁷ göre, “*durumun gerektirdiği*

⁷³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu. (D. Meclisi : 1/463; M. G. Konseyi : 1/397), s.5.

⁷⁴ Erdoğan, Mustafa, *İnsan Hakları, Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, Ankara, 2015, s.177.

⁷⁵ Erdoğan (2015), s.177.

⁷⁶ Özbudun (2014) s.264; Gözler, Kemal, “Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y.47, S.4, Ağustos 1990, s.581-582.

⁷⁷ Anayasanın 15. Maddesi şöyle düzenlenmiştir:

“**Maddesi 15-** Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.
(Değişik: 7/5/2004-5170/2 md.) Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini

*ölçüde” temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*⁷⁸. Başka bir deyişle, temel haklar ve ödevler alanında Anayasanın 13. maddesindeki mevcut güvenceler, olağanüstü dönemlerde geçerli olmayacak ve sadece Anayasanın 15. maddesi geçerli olacaktır⁷⁹. Bu bağlamda, Anayasanın 121/2. maddesinde, “119 uncu madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir” denilmektedir. Bu durumda, Anayasanın isteğinin kanunla saptanmış sistem çerçevesinde, “olağanüstü halin gerekli kaldığı konularda” uygulamaya yönelik KHK’lerin çıkarılması olduğu görülmektedir⁸⁰. Bunun aksini düşündüğümüzde, Anayasa ve olağanüstü hal kanunu dışında yeni bir olağanüstü rejimin oluşturulmasına izin verilmesi gibi bir durum söz konusu olur⁸¹. Başka bir deyişle, Anayasada olağan rejim dışında ne gibi olağandışı rejimlerin kurulacağı belirlendiği gibi, bunların statülerinin de kanunla düzenlenmesi emredilmiştir⁸². Ayrıca, olağan KHK’lerde öngörülen konu sınırlaması olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK’lerinde

açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”. Bu durumda, 15. maddede sayılan temel hak ve özgürlükler dışındaki hak ve özgürlükler bakımından, milletlerarası yükümlülüklerin ihlal edilmemesi ve ölçülülük ilkesine uyulması şartıyla bir sınırlamanın yapılması söz konusu olabilecektir. Bkz. Gözler (1990) s.577-578; (2000) s. 198; Ayrıca bkz. Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.214

⁷⁸ Bkz. Özbudun (2014) s.264.

⁷⁹ Bkz. Gözler (1990) s.565 vd.

⁸⁰ Turhan, Mehmet, “Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.25, S.3, Eylül 1992, s.27.

⁸¹ Turhan (1992), s.27.

⁸² Turhan (1992), s.27.

öngörülmemiştir⁸³. AYM de, olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'lerinin Anayasanın 91. maddesinde öngörülen konu sınırlandırmalarına tabi olmadığı görüşündedir⁸⁴.

Anayasanın 91. maddesinin 2. fıkrasında, çıkarılacak yetki kanununda, KHK'nin amacı, kapsamı, ilkelerinin gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir. Maddede KHK'nin konusu ile ilgili bir ibareye rastlanılmamaktadır. Ancak, bu durum, Bakanlar Kurulunun istediği her konuyla ilgili KHK çıkarması anlamı taşımaz⁸⁵. Şöyle ki, yasama organı tüm konuların düzenlenmesini Bakanlar Kuruluna bırakamayacak ve belli konularda bu yetkiyi verebilecektir⁸⁶. 1961 Anayasasında yer verilen "belli konularda" ifadesi, 1982 Anayasasında 91. maddenin metninde yer almamıştır. Doktrinde, konuyla ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, Anayasada belli konularda ifadesine yer verilmemesinin, yetki kanununda sınırları belli olmayan bir alanda Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisinin verilebileceği şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Buna göre, Anayasanın 87. maddesinde Bakanlar Kurulunun yetki ve görevleri içinde "*Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek*" ten söz edildiğinden, yetki kanununda KHK'nin amacı, kapsamı, ilkeleri gösterilmek zorunda olduğundan, yetkinin somutlaştırılmış bir alanda tanındığı sonucuna ulaşılır⁸⁷. AYM de bu görüşü benimsemektedir⁸⁸. Buna

⁸³ Aynı yönde bkz. Uygun, Oktay, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s.101-102; Gözler (2000), s.187; Çavuşoğlu (1997), s.105.

⁸⁴ Bkz. AYM, 10.01.1991 T., 1990/25 E., 1991/1 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.27, C.1, s.98.

⁸⁵ Gözler (2000), s.101.

⁸⁶ Kuzu (1985), s.323.

⁸⁷ Özbudun (1985) s.231; (2014) s.255.

⁸⁸ AYM'ye göre, "*Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisinin "belli konularda" verilebileceği 1961 Anayasası'nın 64. maddesinde açıkça belirtildiği halde, 1982 Anayasası'nın yetki yasasının sahip olması gereken öğelerini gösteren 91. maddesinde bu koşul yer almamaktadır. Ancak, "1982 Anayasası'nın TBMM'nin görev ve yetkilerini belirleyen 87. maddesinde "... Bakanlar Kuruluna belli konularda Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi vermek ..." kuralı bulunmaktadır. Bu nedenle 91. maddede "belli konularda" ifadesinin yer almaması bir noksanlık sayılamaz. 91. maddede bu sözcüklerin bulunmaması, yasama organının Bakanlar kuruluna herhangi bir boyutta bir yetki devrine olanak vermez. Çünkü, 87. madde, Bakanlar Kurulu'na verilecek KHK çıkarma yetkisinin ancak belli konularda olabileceğini çok açık göstermektedir. Bu durumda TBMM Bakanlar Kurulu'na ancak belli konularda bu yetkiyi verebilir; her*

karşılık, diğer görüşe göre, Anayasanın 87. maddesi, 91. madde karşısında, Meclisin görev ve yetkilerinin düzenlendiği genel bir hükümdür. Buna göre, 91. madde 87. madde karşısında özel bir hüküm niteliğinde olduğundan, 91. madde hükmü esas alındığında yetki kanununda konu unsurunun belirtilmesine gerek yoktur. Bu görüş ayrıca, bunun çok önemli bir sorun olmadığını, çünkü, yetki kanununda, amaç, kapsam ve ilkeler belirtileceğinden Meclisin Bakanlar Kuruluna verdiği yetkinin konusunun somut olarak ortaya çıkmış olacağını belirtmektedir⁸⁹. Diğer bir görüş ise, 1961 Anayasasındaki “*belli konularda*” ifadesinin metinden çıkarılmış olmasını, yetkinin geniş tutulması eğiliminin belirtisi olarak görmekte⁹⁰.

Uygulamada, KHK'nin konu sınırlamalarını ve yetki kanununun çeşitli kısıtlamalarını gerçekleştirmek ve denetlemek oldukça zordur⁹¹. Şöyle ki, KHK ile Anayasanın konu bakımından sınırlama getirdiği bir alanı da ilgilendiren bir düzenleme yapılması ihtimali vardır. Burada, KHK'nin yaptığı düzenlemeden etkilenen hak ve ödevlerin dikkatlice ele alınması gerektiğini belirtmek gerekir.

2.2. KANUN HÜKMÜNDE KARARNEMELERLE DÜZENLEME YAPILAMAYACAK TEMEL HAKLAR VE ÖDEVLER

2.2.1. GENEL OLARAK

Anayasanın 91. maddesinin 1. fıkrasında, KHK'lerin düzenleme alanı dışında bırakılan temel hak ve ödevlere yer verilmiştir. Buna göre, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasal haklar ve ödevler KHK'lerle düzenlenemez. Anayasa metnine bakıldığında, Anayasanın ikinci kısmında “*temel haklar ve ödevler*” ,

konuyu kapsayacak şekilde bir KHK çıkarma yetkisi veremez. Verilen yetkinin konusunun yasada gösterilmesi zorunluluğunun bu yasaya dayanılarak yürürlüğe konulan KHK'lerin yetki yasası kapsamı içerisinde kalıp kalmadıklarının hem yargısal hem de siyasal denetimlerinin yapılması bakımından da çok büyük önemi vardır. Yetki Yasası'nın kapsamı dışında yürürlüğe konulan veya başka bir anlatımla yasanın öngörmediği bir konuda düzenleme yapan bir KHK'nin Anayasa'ya aykırılığı kuşkusuzdur”. Bkz. AYM, 6.2.1990 T., 1988/62 E., 1990/3 K. sayılı Kararı, AYMKD, S.26, s.104.

⁸⁹ Gözler (2000), s.38-39.

⁹⁰ Sağlam (1984), s.264.

⁹¹ Duran (1975), s.7.

ikinci kısmın birinci bölümünde “*genel hükümler*”, ikinci kısmın ikinci bölümünde ise, “*kişinin hakları ve ödevleri*”, ikinci kısım dördüncü bölümde ise, “*siyasî hak ve ödevler*” düzenlenmektedir.

Öncelikle, 91. maddenin metni incelendiğinde, temelde Anayasadaki bölümlenme esas alınmak suretiyle hangi hak ve ödevlerin KHK ile düzenlenemeyeceği belirtilmektedir. Madde metninde “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri*” şeklinde bir ibare kullanılmaktadır. Burada Anayasadaki sistematik düzenleme dikkate alınarak, Anayasanın “*ikinci kısmının birinci bölümündeki (temel haklar ve ödevler) genel hükümler*”, “*ikinci kısmının ikinci bölümündeki kişi hakları ve ödevleri*” şeklinde bir ibareye yer verilmesi bizce daha yerinde olurdu. Böylece, Anayasadaki sistematik bütünlük gözetilmiş olurdu.

Burada, KHK ile düzenlenmesi yasaklanan hakların, Jellinek’in hak ve özgürlük tasnifine göre, olumsuz (negatif) statü hakları niteliğinde olduğu görülmektedir⁹². Nitekim, “*olumsuz statü haklarında yapılacak bir düzenlemenin çoğu kez aynı zamanda hakları sınırlama sonucu vereceğinden endişe edildiği içindir ki bu haklar, KHK’lerin düzenleme alanı dışında tutulmuşlardır*”⁹³. Ayrıca, maddede sayılan temel haklar ve ödevler alanının -iyileştirici ya da sınırlamaları kaldırıcı nitelik taşısa da-KHK’ye konu olması mümkün değildir⁹⁴.

KHK yoluyla düzenleme yapılamayacağı belirtilen temel haklara yönelik hüküm, Anayasanın 13. maddesi ile de uyumludur⁹⁵. Anayasanın 13. maddesinde, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir...*” denilmektedir. Anayasada ancak kanun ile sınırlama ilkesinin getirilmesi, hak ve özgürlüklerin korunması açısından son derece önemlidir. Kanunla sınırlama, kişiler için organik ve şekli bakımdan önemli bir güvence sağlar⁹⁶. Başka bir deyişle, sınırlamada kanuna başvurulması, keyfiliğin önlenmesi amacına yöneliktir⁹⁷. Nitekim, siyasal iktidarın kaynağının halk olduğu ve parlamentonun halkı temsil

⁹²Kapani (1976), s.6; Özbudun (2014) s.256; Gözler (2000), s.105.

⁹³Sağlam (1984), s.268.

⁹⁴Gözübüyük (2013), s.263.

⁹⁵Gözler (2000), s.101.

⁹⁶Kapani (1976), s.227.

⁹⁷Erdoğan (2015), s.156.

ettiği dikkate alındığında, bu konuda düzenleme yetkisinin yasama organına verilmesi gerekir⁹⁸. Ayrıca kanun, parlamentoda açık görüşme ve tartışma usulleri ile kabul edileceğinden, temel haklar ve ödevler alanında yapılacak bir kanuni düzenlemede, kamuoyunun denetimi söz konusu olacaktır. Yine, kanun herkes için geçerli kurallar koyacağından yapılacak kanuni düzenleme herkes için hüküm ve sonuç doğuracaktır⁹⁹. Bakanlar Kuruluna temel hakların her alanında hiçbir ayırım gözetilmeksizin KHK çıkarma yetkisinin tanınması ise, temel hak ve özgürlükler alanında olması gereken "kanun şartı"nın ortadan kaldırılmasına yol açar. Burada, temel haklar alanında KHK ile düzenleme yapılamayacağını belirtmesinin, bu alanda olası bir ihlali önleme amacına yönelik olduğu söylenilebilir.

AYM ise, KHK ile Anayasada düzenleme yapılamayacak temel haklar alanının belirtildiğini vurgulamak suretiyle söz konusu alan dışında KHK düzenlemesi yapılabileceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, "Anayasa'nın "Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme" başlıklı 91. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesi de "Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez" hükmünü içermektedir. Bu kurala göre, sıkıyönetim ve olağanüstü haller dışında, Anayasa'nın 12-40. maddeleriyle 66-74. maddelerindeki konular KHK ile değil, ancak yasayla düzenlenebilir. Daha açık bir anlatımla, ancak belirtilen maddelere ilişkin yasaklar dışında kalan bir konu KHK ile düzenlenebilecek; sıkıyönetim ve olağanüstü durumlarda ise her konuda KHK çıkartılabilecektir"¹⁰⁰. Diğer bir kararda ise, Anayasanın 91. maddesine atıf yapıldıktan sonra KHK'yle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda, KHK çıkarma yetkisinin verilebileceği belirtilmektedir. Kararda bu husus, " (14) Anayasa'da kimi konuların KHK'lerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "...sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi

⁹⁸ Kapani (1976), s.227.

⁹⁹ Kapani (1976), s.228.

¹⁰⁰ AYM, 16.5.1989 T., 1989/4 E., 1989/23 K. sayılı Kararı, AYMKD, S.25, s.244-245.

haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnemelerle düzenlenemez.” denilmiştir. Bu kural gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna ancak KHK’yle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda KHK çıkarma yetkisi verebilir”¹⁰¹ şeklinde ifade edilmektedir.

2.2.2. GENEL HÜKÜMLER

Anayasanın ikinci kısmı “*temel hak ve ödevler*” başlığını taşımaktadır. Bu kısım içinde yer alan birinci bölümün başlığı ise, “*genel hükümler*”dir. Genel hükümler bölümü içinde, temel hak ve hürriyetlerin niteliği (m.12), temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması (m.13), temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması (m.14), temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması (m.15) ve yabancıların durumuna (m.16) ilişkin hükümlerin yer aldığı görülmektedir.

Temel hak ve hürriyetlerin niteliği konusu, Anayasanın 12. maddesinde açıklanmaktadır. Maddede, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtildikten sonra, temel hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva edeceğine yer verilmektedir. Söz konusu hüküm temel haklar alanında çerçeve bir hükümdür. Burada, hem temel hak ve hürriyetlerin niteliği açıklanmakta, hem de hak ve özgürlüklerin ödev yönü vurgulanmaktadır. Başka bir deyişle, temel hak ve özgürlükler Devlete görevler yüklediği gibi, kişiler için bazı ödevler de ortaya koymaktadır. Hak ve özgürlüklerin bu iki yönü arasında bir ilişki ve denge olup, Evrensel İnsan Hakları Bildirisinde de (m.29) belirtildiği üzere, ödev, toplumun kişiye serbest ve tam gelişme sağladığı için vardır ve Devlet bu imkânı sağlamadıkça bir ödevden söz edilemez¹⁰².

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması konusu, Anayasanın 13. maddesinde düzenlenmektedir. Maddeye göre, temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun koyucunun yapacağı sınırlamalarda ise, sebebe bağlılık ilkesi geçerlidir. Kanun koyucu sınırlandırmalarda,

¹⁰¹Bkz. AYM, 05.05.2016 T., 2016/34 E., 2016/30 K. sayılı Kararı, RG. 24.05.2016/29721, parag.14; Ayrıca bkz. AYM, 27.5.2015 T., 2015/33 E., 2015/50 K. sayılı Kararı, RG. 2.6.2015/29374; AYM, 13.11.2014 T., 2014/172 E., 2014/170 K. sayılı Kararı, RG. 10.1.2015/29232; AYM, 26.12.2013 T., 2013/63 E., 2013/163 K. sayılı Kararı, RG. 27.3.2014/28954.

¹⁰² Uygun (1992), s.51.

Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı kalmak zorundadır. Öte yandan, yapılacak sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Maddede ayrıca, hakkın özüne dokunmama ölçütü benimsenmiştir. Bu ölçütün kanun koyucu tarafından yapılacak sınırlamalarda hak ve özgürlüklerin daha fazla güvence altında olmasını sağlamaya yönelik konulduğunu belirtmek gerekir. Anayasanın 13. maddesi dikkate alındığında, KHK ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, maddede bir temel hakkın ancak kanun ile sınırlanabileceği öngörüldükten sonra, bunu işlevsiz kılacak şekilde KHK ile sınırlama yapılabileceğini söylemek, Anayasa koyucunun temel haklar alanında getirdiği güvenceyi anlamsız kılabilir.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması konusu, Anayasanın 14. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması konusu, Anayasanın 15. maddesinde düzenlenmektedir. Hükümde, doğrudan olağanüstü dönemlerle ilgili uyulması gerekli bir düzenleme ortaya konulmaktadır. Olağanüstü dönemlerde, olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK’leri ile temel hak ve ödevlere ilişkin düzenlemede bulunulabilir. Ancak, söz konusu KHK’ler AYM denetimi (m.148) dışında bırakılmıştır. Bu durum ise, hukuk devleti anlayışından ciddi bir sapmayı ortaya koymaktadır¹⁰³.

Yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlanması konusuna ilişkin genel bir esasa ise, Anayasanın 16. maddesinde yer verilmektedir. Buna göre, temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilecektir.

¹⁰³ Bkz. Erdem, Fazıl H., “Hukuk Devleti ve 1982 Anayasası”, *Liberal Düşünce Dergisi*, S.16, (Güz 1999), <<http://www.libertedownload.com/LD/arsiv/16/04-fazil-husnu-erdem-hukuk-devleti-ve-1982-anayasasi.pdf>>, 01.01.2016, s.49.

Sonuç olarak, KHK ile Anayasanın ikinci kısmı birinci bölümünde temel haklar ve ödevler kısmı içindeki “*genel hükümler*”le ilgili düzenleme yapılamaz. Bu bölümde, temel haklar ve ödevler ile ilgili uyulması gereken genel esasların hukuki rejimi düzenlenmektedir¹⁰⁴. Bu nedenle, Anayasa koyucu KHK ile düzenleme yapılamayacak temel hak ve ödevlerden bahsederken, Anayasanın ikinci kısmı birinci bölümünü de buraya dâhil etmektedir.

2.2.3. KİŞİNİN HAKLARI VE ÖDEVLERİ

Anayasanın ikinci kısmı ikinci bölümünde (m.17-40) “*kişinin hakları ve ödevleri*”ne yer verilmektedir. Bu bölümde, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (m.17), zorla çalıştırma yasağı (m.18), kişi hürriyeti ve güvenliği (m.19), özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyeti (m.22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m.23), din ve vicdan hürriyeti (m.24), düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m.26), bilim ve sanat hürriyeti (m.27), basın hürriyeti (m.28), süreli ve süresiz yayın hakkı (m.29), basın araçlarının korunması (m.30), kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (m.31), düzeltme ve cevap hakkı (32), dernek kurma hürriyeti (m.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34), mülkiyet hakkı (m.35), hak arama hürriyeti (m.36), kanuni hakim güvencesi (m.37), suç ve cezalara ilişkin esaslar (m.38), ispat hakkı (m.39) ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasına (m.40) ilişkin düzenlemeler söz konusudur.

Burada, kişinin hakları ve ödevlerine yönelik oldukça uzun bir liste karşımıza çıkmaktadır. Bazı yazarlar, bu hakları “*özgürlük ve güvenlik hakları*” şeklinde sınıflandırmaktadır¹⁰⁵. Başka bir deyişle, kişilere Devlet karşısında hukuken korunmuş bir özgürlük ve güvenlik alanı sağlayan bu haklar aracılığıyla, onların tek başlarına ya da başkalarıyla birlikte kendilerini gerçekleştirme ve geliştirebilmeleri söz konusudur¹⁰⁶. Öte yandan, bu haklar bireyselliğin ve sivil toplumun temelini oluşturduğu gibi, aynı zamanda, anlamlı bir siyasal katılmanın ve demokratik siyasetin zorunlu ön şartları içinde de yer alır¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Uygun (1992), s.15.

¹⁰⁵ Erdoğan (2015), s.180 vd.

¹⁰⁶ Erdoğan (2015), s.180.

¹⁰⁷ Erdoğan (2015), s.180.

KHK ile “*kişi hakları ve ödevleri*” bölümü içinde yer alan haklarla ilgili herhangi bir düzenleme yapılamaz. Buna hak ve özgürlükleri güçlendirme amacıyla çıkarılacak KHK’ler de dâhildir. Çünkü KHK’lerle bu alanda herhangi bir düzenleme yapılması, aynı zamanda söz konusu hakların sınırlandırılmasına yol açabilecektir. Başka bir deyişle, bu bölüm içinde yer alan haklar negatif statü hakları niteliğinde olduğundan, negatif (olumsuz) statü hakları alanında yapılacak bir düzenleme de, ister istemez bu hak ve özgürlüklerin sınırlanması sonucuna yol açacaktır¹⁰⁸. Sonuç olarak, kişisel haklar olarak adlandırılan hak ve özgürlüklerle bireyin maddi ve manevi varlığının asgari biçimde güvenceleri sağlanmaktadır¹⁰⁹. Anayasa koyucu, bu alanda KHK ile düzenleme yapılmasını kesin bir şekilde yasaklamaktadır.

2.2.4. SİYASÎ HAKLAR VE ÖDEVLER

Anayasanın ikinci kısmı dördüncü bölümünde (m.66-74), “*siyasî haklar ve ödevler*”e yer verilmektedir. Bu bölümde, Türk vatandaşlığı (m.66), seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları (m.67), parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma (m.68), siyasî partilerin uyacakları esaslar (m.69), kamu hizmetine girme (m.70), mal bildirimini (m.71), vatan hizmeti (m.72), vergi ödevi (m.73), dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma haklarına (m.74) ilişkin düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir.

Vatandaşlar, siyasal haklar aracılığıyla Devlet yönetimine katılır. Başka bir deyişle bu haklar aracılığı ile vatandaşlar, siyasal toplumun yönetimine katıldıklarından, bu nitelikleri dolayısıyla bunları demokrasinin varlığını oluşturan haklar olarak nitelenebilir¹¹⁰. Aynı zamanda, bu haklar aracılığıyla Devlet yönetimini denetleme imkanı da söz konusudur¹¹¹. Bu grup içinde yer alan haklardan bazıları, nitelik bakımından ifade ve örgütlenme özgürlüklerinde olduğu gibi, sivil hakların uzantıları olarak da görülebilir¹¹². Söz konusu niteliklerinden dolayı siyasal hak ve ödevlerin KHK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Ancak, Anayasanın ikinci kısmı dördüncü bölümünde yer alan “*vergi*

¹⁰⁸ Bkz.Sağlam (1984), s.268.

¹⁰⁹ Donnelly, Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, (Çev. Mustafa Erdoğan/Levent Korkut), Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s.44.

¹¹⁰ Erdoğan (2015), s.255.

¹¹¹ Donnelly (1995), s.45.

¹¹² Erdoğan (2015), s.255.

ödevi” ile ilgili şu hususun altını çizmek gerekir. Öncelikle, vergi ve diğer mali yükümlerinin konulmasına ilişkin olarak, doğrudan KHK ile bir düzenleme yapılması söz konusu olamaz. Meclisin bizatihi kendisinin çıkaracağı kanunlarla vergilerle ilgili genel çerçevenin belirlenmesi gerekir. Ancak, vergi ile ilgili kanuni çerçeve belirlendikten sonra, belli konularda KHK düzenlemesinin yapılabilmesi mümkündür. Başka bir deyişle, kanunla verginin aşağı ve yukarı sınırları belirlendikten sonra Bakanlar Kurulunun bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla vergi oranlarını belirlemesi söz konusu olabilir¹¹³.

2.3.KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERLE DÜZENLEME YAPILABİLECEK TEMEL HAKLAR VE ÖDEVLER

Anayasada, KHK ile düzenlenemeyecek temel haklar ve ödevler arasında, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler sayılmamıştır. Bu durum, söz konusu haklar ve ödevlerin KHK ile düzenlenebilmesini mümkün kılmaktadır. Doktrinde de, KHK ile sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin düzenlenebileceğine yönelik ortak bir görüşün bulunduğu göze çarpmaktadır¹¹⁴. Hatta bu temel hak ve ödev alanında özenli bir şekilde KHK'nin çıkarılması söz konusu olduğunda, olumlu sonuçlar alınabileceği de belirtilmektedir¹¹⁵.

Sosyal ve ekonomik haklar olumlu (pozitif) statü hakları niteliğini taşırlar. Bu hakların gerçekleştirilebilmesinde Devletin olumlu bir edimine ihtiyaç duyulur. Böylece, Devletin pozitif bir düzenlemesi ile kişilerin bir talep hakkı kazanabileceği durumlarda, sosyal hakların ve sosyal devletin gerçekleştirilmesinde KHK önemli bir işlevi yerine getirebilir¹¹⁶.

¹¹³ Hukukumuzda, Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan kararnameler de söz konusudur. Söz konusu KHK'ler ise, kanun kuvvetinde kararnameler değil, alelade idari işlemler olarak değerlendirilmektedir. Bkz.Kuzu (1985), s.356-357; Öte yandan, Anayasanın 167/2. maddesinde “Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir” denilmek suretiyle, vergi koymak dışında, Bakanlar Kuruluna ek mali bir yükümlülük koyabilme yetkisinin verildiğini belirtmek gerekir.

¹¹⁴ Bkz. Sağlam (1984), s.268; Kuzu (1985), s.326; Özbudun (2014) s.256; Erdoğan (2015), s.157; Uygun (1992), s.112-114; Gözler (2000), s.105-107; Özer (2012), s.215.

¹¹⁵ Gözübüyük/Tutum (1975), s.5.

¹¹⁶ Sağlam (1984), s.268-269.

Anayasanın ikinci kısmı üçüncü bölümünde (m.41-65) “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*”e yer verilmiştir. Bu bölümde, ailenin korunması ve çocuk hakları (m.41), eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi (m.42), kıyılardan yararlanma (m.43), toprak mülkiyeti (m.44), tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması (m.45), kamulaştırma (m.46), devletleştirme ve özelleştirme (m.47), çalışma ve sözleşme hürriyeti (m.48), çalışma hakkı ve ödevi (m.49), çalışma şartları ve dinlenme hakkı (m.50), sendika kurma hakkı (m.51), sendikal faaliyet (m.52), toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı (m.53), grev hakkı ve lokavt (m.54), ücrette adalet sağlanması (m.55), sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması (m.56), konut hakkı (m.57), gençliğin korunması (m.58), sporun geliştirilmesi ve tahkim (m.59), sosyal güvenlik hakkı (m.60), sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler (m.61), yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları (m.62), tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması (m.63), sanatın ve sanatçının korunması (m.64), devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarına (m.65) ilişkin düzenlemeler söz konusudur.

KHK’lerle ilgili yapılan düzenlemede (m.91), anayasal bir yasaklamaya yer verilmemesi, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler konusunda KHK’lerle “*düzenleme*” yapılabilmesine imkan sağlamaktadır. Anayasa koyucunun bu alanla ilgili bir yasaklama getirmemesinin nedenini; Devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülükleri ile açıklamak gerekir. Şöyle ki, çağımızda Devletin toplum hayatında hayati ve vazgeçilmez rolü vardır. Nitekim, Devletin pozitif bir yükümlülükle yüklendiği sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilebilmesi için bu durum zorunludur denilebilir. Aksi takdirde, Devletin sosyal ve ekonomik ödevlerini beklentilerin uzağında bir hızda ve verimlilikte gerçekleştirilmesi söz konusu olur ki, bu durum Anayasanın 65. maddesinde belirtilen “*devletin iktisadi ve sosyal ödevleri*”nin yerine getirilememesi tehlikesini doğurabilir¹¹⁷.

Anayasada ayrı bir bölüm halinde “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” başlığı altında yer verilen haklar incelendiğinde, bu hakların bir kısmında Devletin pozitif bir müdahalesinin gerektiği, bir kısmında ise, Devletin pozitif müdahalesinin şart olmadığı görülmektedir. Başka bir deyişle, Anayasada “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” bölümü

¹¹⁷ Bkz.Sağlam (1984), s.268.

içinde yer alan bazı haklar, olumsuz (negatif) statü hakları mahiyetindedir. Bu bağlamda, çalışma ve sözleşme hürriyeti (m.48), sendika kurma hakkı (m.51), grev ve lokavt hakkı (m.54), yaşa, cinse, güce olmayan işlerde çalıştırma yasağı (m.50) sayılabilir¹¹⁸. Bu durumda, bu haklar KHK'lerle düzenlendiğinde, ister istemez bu haklara yönelik bir sınırlama gündeme gelecektir. Çünkü, olumsuz statü haklarına yönelik yapılacak her düzenleme, bir sınırlama yapılması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda, KHK ile istisnasız tüm sosyal ve ekonomik hakların düzenlenebileceğine yönelik global yaklaşımının yeterince açık ve başarılı olmadığı görülmektedir¹¹⁹. Bazı yazarlar, Devletin olumlu bir edimini gerektiren ve “*olumlu statü hakları*” niteliğini taşıyan hakların KHK ile düzenlenmesini, buna karşılık, nitelik itibariyle klasik ve siyasal haklardan hiçbir yapısal farkı bulunmayan ve “*olumsuz statü hakları*” niteliği taşıyan hakların (grev ve sendika hakkı, çalışma ve sözleşme özgürlüğü, yaşa, cinse ve güce uymayan işte çalıştırma yasağı), KHK ile düzenlenmemesi gerektiğini, Anayasada yer alan hiçbir temel hak ve özgürlüğün KHK ile sınırlanamayacağına yönelik mutlak bir kural olduğunu, Anayasanın 91. maddesinin birinci fıkrasına egemen olan düşüncenin Anayasanın 13. maddesi ile ele alınması sonucunda, başka bir sonuca ulaşılamayacağını belirtmektedir¹²⁰.

Ancak burada, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin içinde yer alan olumsuz statü hakları niteliğindeki bazı hakların KHK ile düzenlenemeyeceğinin ileri sürülmesinin mümkün olamayacağı düşünülmektedir. Çünkü, Anayasanın 91. maddesinde, söz konusu haklar ve ödevlerin KHK ile düzenlenemeyeceğine yönelik açık bir hükme yer verilmemiştir. Bu tür bir istisnanın öngörülmemiş olması nedeniyle “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” başlığı altında yer verilen haklar ve ödevlerin KHK ile düzenlenebileceğini belirtmek gerekir¹²¹.

Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin KHK ile düzenlenebilmesi, söz konusu hakların yürütme organı tarafından istenildiği gibi sınırlanabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Başka bir deyişle, sosyal ve ekonomik haklara yönelik sadece düzenleme yapılacak, sınırlama yapılmak istenildiği durumlarda ise, Anayasanın 13. maddesine uygun

¹¹⁸ Sağlam (1984), s.269.

¹¹⁹ Sağlam (1984), s.269.

¹²⁰ Sağlam (1984), s.269; Uygun (1992), s.114.

¹²¹ Bkz.Gözler (2000), s.106-107.

olarak kanuna başvurulacaktır. Böylece, bir temel hak ve ödevle (Anayasanın sosyal ve ekonomik hak ve ödevler kısmı içinde yer almış olsa da) ilgili olarak, KHK’ler ile değil kanunla bir sınırlama yapılabilecektir¹²².

Öte yandan, Anayasada sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlığı altında yer verilen haklarla ilgili olarak, “kanunla tespit edilir” (m.42/2, 44/1), “kanunla düzenlenir” (m.42/2,6, son, 43/2, 44/son, 47/2, 50/son, 51/5, 53/2, son, 54/1,4, 61/3, 63/son) “kanunla gösterilir” (m.46/1,2, 47/3, 51/3) “kanunla belirlenir” (m.47/son) “kanunla sınırlanabilir” (m.51/2), “kanunla kurulabilir” (m.56/son) şeklinde ifadelerin kullanıldığı görülmektedir.

Burada sayılan haklar bakımından madde metinlerinde kanunla düzenleme yapılması belirtilmektedir. Bazı yazarlar, sosyal ve ekonomik hakların diğer hak ve özgürlüklerden daha az önemli olduğunun iddia edilemeyeceğini vurgulamak suretiyle birinci bölümü oluşturan ve hakkında KHK’lerle düzenlemede bulunulamayacağı belirtilen temel haklara ait genel hükümler kısmının, sosyal ve ekonomik haklar için de geçerli olduğunu savunmaktadır. Onlara göre, Anayasada hiç olmazsa kanunla düzenlemede bulunulacağı açıkça belirtilen maddeler açısından, sosyal ve ekonomik haklar alanında da KHK’lerin çıkarılmaması gerekmektedir¹²³. Buna karşılık, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler alanında kanun ile düzenlemede bulunulacağı belirtilen haklar ve ödevlerin, kural olarak, KHK’lerle düzenlenebileceği de söylenilebilir. Burada, konuya KHK’ler açısından değil, genel olarak, idarenin düzenleme alanı açısından bakılarak, Anayasanın 13. maddesinde yer alan kanunla sınırlama şartının sadece KHK’leri değil, yürütme organının diğer düzenleyici işlemlerini de ilgilendirdiği ve kanunla sınırlama şartının o alanda idarenin hiçbir düzenleyici işlem yapamayacağı şeklinde yorumlamamak gerektiği belirtilebilir¹²⁴. Yine, münhasır kanun alanı ancak yetkinin kendine özgü niteliğinden ya da Anayasanın ilgili maddelerinin yazılış tarzından çıkarılabileceğinden, bu durumda, Anayasanın kanunla düzenleneceğini belirttiği alanlarda da, düzenleyici işlemlere ilişkin genel kurallara uyulması şartıyla, diğer düzenleyici

¹²² Gözler (2000), s.107.

¹²³ Yılmaz (1977), s.527-528.

¹²⁴ Bkz.Özbudun (1985) s. 231-232; (2014) s.257.

işlemler gibi KHK'lerin de çıkarılabileceği sonucuna ulaşılabilir¹²⁵. Ancak burada, Anayasanın 91. maddesinin birinci fıkrasında düzenleme dışında bırakılan hak ve ödevler ile ilgili bu tür durumun olmayacağına altını çizmek gerekir¹²⁶.

AYM de, Anayasanın 91. maddesinin birinci fıkrasında düzenleme dışında bırakılan hak ve ödevler bakımından KHK'lerle düzenleme yapılabileceğini belirtmektedir. Konuyla ilgili kararlarda, "(15) Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163. maddesinde olduğu gibi KHK çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe, KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz"¹²⁷; "Anayasa'nın, bir konunun yasayla düzenleneceğini öngördüğü durumlarda, o konu KHK ile ilgili özel hüküm olan 91. maddesinin sınırlaması dışında kalmadıkça ya da 163. maddede olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe KHK ile düzenlenebilir. Anayasa'nın genelde yasayla düzenlemeyi öngörmesi, ayrık kural olan 91. maddeyi gereksiz ve geçersiz kılamaz. Yasa ile KHK nin hukuksal yapıları, nitelik ve oluşum yöntemleri ayrı olsa da Anayasa, 91. maddesiyle açıkça KHK ile düzenlemeye olur vermiştir. Anayasa'nın 12-40. maddeleriyle 66-74. maddelerinin öngördüğü yasayla düzenleme yolu, 91. maddeyle korunarak bu konularda KHK. de çıkarılamayacağı kolaylığı getirilmiştir Bu durum karşısında, Anayasa'nın yasayla düzenleme yapılacağını öngören her maddesini, mutlak ve yalnız yasa çıkarılmasını gerektiren bir zorunluluk sayıp KHK. yi sakıncalı bulmak, 91. maddeyi bunlar dışında geçerli görmek olanaksızdır"¹²⁸ denilmektedir. Böylece, AYM Anayasa'nın kanunla düzenleme yapılacağını öngören her maddesinin, mutlak ve yalnız kanun çıkarılmasını gerektiren bir zorunluluk sayılmaması gerektiğini belirterek, KHK çıkarılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir.

¹²⁵ Bkz.Özbudun (1985) s. 231-232; (2014) s.257.

¹²⁶ Özbudun (2014) s.257.

¹²⁷ AYM, 05.05.2016 T., 2016/34 E., 2016/30 K. sayılı Kararı, RG. 24.05.2016/29721, parag.15; RG. 24.05.2016/29721; Ayrıca bkz. AYM, 27.5.2015 T., 2015/33 E., 2015/50 K. sayılı Kararı, RG. 2.6.2015/29374; AYM, 13.11.2014 T., 2014/172 E., 2014/170 K. sayılı Kararı, RG. 10.1.2015/29232; AYM, 26.12.2013 T., 2013/63 E., 2013/163 K. sayılı Kararı, RG. 27.3.2014/28954.

¹²⁸ AYM, 16.5.1989 T., 1989/4 E., 1989/23 K. sayılı Kararı, AYMKD, S.25, s.245.

Sonuç olarak, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler KHK ile düzenlenebilir. Ayrıca, münhasır kanun alanına girmeyen ve Anayasada “kanunla düzenlenir” denilen her konunun KHK ile düzenlenmesinin önünde de bir engel yoktur¹²⁹. Aksi halde, Anayasada, diğer temel hak ve ödevlerde olduğu gibi, açıkça sosyal ve ekonomik haklar alanında da, KHK’lerin düzenleme yapamayacağına yönelik bir istisnanın söz konusu olması gerekirdi.

2.4. KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİN DÜZENLEME YAPMA ALANININ SINIRLANDIRILMASI

Anayasanın 91. maddesi incelendiğinde, KHK ile düzenleme yapılamayacak temel haklar ve ödevler açıkça belirtilmiştir. Şöyle ki, Anayasaya göre, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasal haklar ve ödevler KHK ile düzenlenemez. Bu durumda, Anayasanın 91. maddesinde düzenleme yapılamayacak temel haklar ve ödevler alanı dışında KHK’lerle düzenleme yapılması mümkündür.

Ancak, KHK’lere kapatılan temel hak ve ödevler alanıyla, KHK düzenlemesi arasında, dolaylı da olsa bir bağlantının kurulması ihtimali bulunmaktadır¹³⁰. Örneğin, memur hukukuna yönelik bir düzenlemenin, bu hakkın özü ve kaynağı olan kamu hizmetine girme hakkı ile bir bağlantısının olduğu söylenilebilir¹³¹. Aslında, kural olarak, memur hukuku alanında KHK’lerle düzenleme yapılabilir. Başka bir deyişle, memur hukuku alanı KHK’nin düzenleme yapamayacağı alanın dışında bulunmaktadır. Ancak, KHK ile düzenlenemeyecek temel hak ve ödevler alanının geniş yorumlanması, memur hukukuyla bu tür bir bağlantı kurulabilmesini ortaya çıkarır. Bu şekilde, KHK’lere kapatılan bu alanla dolaylı da olsa bir ilginin kurulması, artık KHK’lerle herhangi düzenleme yapılmasını da engelleyebilir¹³². Bu tür bir durum, işlevsel olarak KHK’lerin kendisinden beklenen faydayı ortadan kaldırır.

AYM, KHK düzenlemesiyle KHK’lere kapatılan alan arasında dolaylı bir ilginin kurulması konusunda farklı kararlar vermiştir.

¹²⁹ Bkz. Gözler (2000), s.103; Özbudun (2014) s.257.

¹³⁰ Gözler (2000), s.108.

¹³¹ Duran (1975), s.7.

¹³² Gözler (2000), s.108.

12.3.1986 tarih ve 3268 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkındaki Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu”nun Anayasaya uygunluk denetimi sonucunda verilen kararda şöyle denilmektedir: “Anayasa’da kanunla düzenlemesi gereğine işaret edilmiş bir alanın kanunla düzenlenmesi, genelde uyulması gereken bir kural niteliğindedir. Düzenleme, temel hak ve hürriyetler ya da bunların sınırlandırılması ile ilgili ise düzenlemenin kanunla yapılması bir Anayasa buyruğudur. Nevar ki, Anayasa’nın 91. maddesiyle münhasıran kanunla yapılması gereken düzenlemeler dışında verilen yetkiye dayanılarak Bakanlar Kulunun kanun hükmünde kararname çıkarılmasına Anayasa’da engel bulunmamaktadır. Anayasa’nın 91. maddesinde hangi konularda kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı belirtilmiştir. Anayasa’nın 140. maddesi, 91. maddesinin kanun hükmünde kararname çıkarılmasını yasakladığı konuları içermemektedir. Dolaylı biçimde kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmeyecek bir düzenleme düşünmek oldukça güçtür. Bu nedenle de dolaylı bir ilginin varlığına dayanılarak sonuca gitmek isabetli sayılamaz”¹³³. Söz konusu kararda, dolaylı biçimde kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmeyecek bir düzenlemenin düşünülmesinin oldukça güç olduğunun belirtilmesi önemlidir. Çünkü, geniş bir yorumla, hakim ve savcılar ile ilgili konuların, hak arama hürriyeti (m.36) ve kanuni hakim güvencesi (m.37) ile dolaylı bir ilgisi kurulabilir¹³⁴ ve kanun iptal edilebilirdi. Buna karşılık, söz konusu karardan sonra, Mahkeme “dolaylı ilginin varlığına” dayanarak bir KHK’nin hükümlerini Anayasaya aykırı bulmuştur. 5.1.1988 günlü, 308 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanun Hükmünde Kararnameye Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname”nin Anayasaya uygunluk denetimi sonucunda verilen kararda şöyle denilmektedir: “Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, KHK ile düzenleme

¹³³AYM, 6.1.1987 T., 1986/15 E, 1987/1 K. Sayılı Kararı, AYMKD, S.23, s.11-12; Kararda satırlar arasındaki mevcut kayma tarafımdan düzeltilmiştir. Kararın yayınlanmış orijinal ifadesi şöyledir: “Anayasa’nın 91. maddesinde hangi konularda kanun hükmünde ka- maddesinin kanun hükmünde kararname çıkarılmasını yasakladığı konuların çıkarılamayacağı belirtilmiştir. Anayasa’nın 140. maddesi, 91. ları içermemektedir”. Bkz. AYM, 6.1.1987 T., 1986/15 E, 1987/1 K. Sayılı Kararı, AYMKD, S.23, s.12.

¹³⁴ Gözler (2000), s.109-110.

yapılamayacağı belirlenen konular kapsamında, Anayasa'nın İkinci Kısım'ının İkinci Bölüm'ünde hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. ve kanunî hâkim güvencesini belirleyen 37. maddesi de bulunmaktadır. KHK ile yargı yerinin gösterilmesi, Anayasanın 91. maddesine de aykırıdır. Kaldı ki, 308 sayılı KHK.'nin başlangıcında, dayanıldığı açıklanan 9.4.1987 günlü, 3347 sayılı Yetki Yasasının 1. maddesi, yargı kuruluşlarının, KHK, düzenlemesi dışında kalacağı bildirmiştir. Bu da, yetki olmadan yapılmış bir düzenlemeyi gösterdiğinden, incelenen fıkra bu yönden de Anayasa'nın 91. maddesine, aykırıdır. Açıklanan nedenlerle, KHK.'nin 45. maddesinin 3 ve 8 numaralı fıkraları iptal edilmelidir”¹³⁵. Bazı yazarlar burada, yargı yerinin gösterilmesi ile “hak arama özgürlüğü” (m.36) ve “kanuni hakim güvencesi” (m.37) arasında nasıl doğrudan bir ilgi olduğunun gösterilmediğini, Mahkeme, şayet içtihat değiştirmiş ve artık “doğrudan” ilgiyi aramıyorsa, “dolaylı” ilgiyi yeterli sayıyorsa, bunu niçin açıkça belirtmediğini haklı olarak dile getirmişlerdi¹³⁶. Buna karşılık, Mahkemenin sonraki kararlarında bu içtihadını değiştirdiği¹³⁷ ve “dolaylı ilginin varlığına” dayalı olarak sonuca gidilemeyeceğine karar verdiği görülmektedir. Buna göre, kararda şöyle denilmektedir: “Ne var ki, Anayasa'nın 127. maddesi, 91. maddenin yukarıya alınan birinci fıkrasının ikinci tümcesinin çizdiği sınır dışında kalmaktadır. Anayasa'nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının yasakladığı hükümlerle ilgili olmadıkça, KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı değildir. Anayasa'da, davacının savını doğrulayacak biçimde, söz konusu haklar ve ödevler dışındaki konular için KHK çıkarılmasını yasaklayan doğrudan ya da dolaylı bir sınırlama yoktur. Yasama organının yasayla yetki verirken özen göstermesi ve KHK lerin yasama organınca Anayasa'nın öngördüğü biçimde görüşülmesi aykırılık savıyla ilgili olmayan kimi sakıncaları ortadan kaldırır. Olayda, Bakanlar Kurulu'nun yerel yönetimler konusunda KHK çıkarmasının Anayasa'nın 127. ve 91. maddelerinde aykırı bir yönü bulunmamaktadır”¹³⁸.

Burada şu hususa dikkate edilmesi gerekir: Görünüşte KHK'nin düzenleme alanı içinde görülen, ancak Anayasanın yasakladığı bir temel

¹³⁵ AYM, 22.12.1988 T., 1988/5 E., 1988/55 K. Sayılı Kararı, AYMKD, S.24, s.506.

¹³⁶ Bkz. Gözler (2000), s.110-111.

¹³⁷ Gözler (2000), s.111.

¹³⁸ AYM, 08.02.1989 T., 1988/38 E., 1989/7 K. sayılı Kararı, AYMKD, S.25, s.78.

haklar ve ödevler alanının düzenlenmesi durumu ile karşılaşılabılır. Özellikle de, “kuramsal açıdan her ne kadar temel hak ve özgürlükler alanında kanun gücünde kararname çıkarılamaz denilirse de, özellikle kötü niyetli uygulamalarda temelde hak ve özgürlük alanına dokunulmaması düşünülemez. Çünkü hemen her sahada kökene inilirse karşımıza temel hak ve özgürlükler çıkar”¹³⁹. Örneğin, yargı konusu, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasal haklar ve ödevlerin dışında düzenlenmiştir. Ancak, yargı konusunda yapılacak bir düzenleme, KHK’ye kapalı alandaki hak arama hürriyeti (m.36), kanuni hakim güvencesi (m.37), suç ve cezalara ilişkin esaslar (m.38) ve ispat hakkına(m.39) ve KHK ile düzenleme yapılamayacak başka temel hak ve ödevlere yönelik ise, düzenlemenin bu kısmıyla Anayasaya aykırı olabileceğini belirtmek gerekir¹⁴⁰.

SONUÇ

1982 Anayasasında (m.91), 1961 Anayasasında olduğu gibi, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilmiştir. Şüphesiz, KHK çıkarma yetkisinin yürütme organına verilmesi ihtiyacının ortaya çıkışında; konunun sadece ivediliği değil, yasama organı tarafından konunun düzenlenemeyecek derecede teknik oluşu ya da hızla değişen şartlara kısa sürede uyum sağlanması ihtiyacı kadar, kanun çıkartmanın uzun bir zaman alması da etkilidir¹⁴¹.

Bakanlar Kuruluna tanınan KHK çıkarma yetkisi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin bir istisnası mahiyetindedir¹⁴². Çünkü, Bakanlar Kurulu Meclisten aldığı yetkiye dayanarak var olan kanunları değiştirebilmekte, yeni bir kanun koyabilmekte ve yürürlükteki kanunları iptal edebilmektedir. Ancak, AYM’nin yerleşmiş içtihatlarında, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisinin verilmesi, yasama yetkisinin devri mahiyetinde görülmemektedir. Mahkemeye göre, Meclis verdiği yetkiyi her zaman geri alabileceği gibi, kendisine sunulan KHK’leri aynen kabul, red ya da değiştirerek de kabul edebilir. Bu nedenle, bu tür bir yetkinin

¹³⁹ Yılmaz (1977), s.527.

¹⁴⁰ Bkz. Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 17. B., Ekin Yayınları, Bursa, 2014, s.363.

¹⁴¹ Özbudun (2014) s.258; Gözübüyük (2013), s.261.

¹⁴² Aynı yönde bkz. Özbudun (2014) s.219-220.

Bakanlar Kuruluna tanınması, Anayasa'nın 7. maddesinde öngörülen "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesini ortadan kaldırmaz¹⁴³. Ayrıca, KHK uygulamasının yaygınlaştırılması ile yasama organını devre-dışı kalıp kalmayacağı konusu da akla gelebilir¹⁴⁴. Burada, çağdaş demokrasilerde yürütme organının da aynı yasama organı gibi halk iradesinden kaynaklandığı, KHK'nin çıkarılma ve onaylanma sürecindeki yetkilerin yasama organında olduğu düşünöldüğünde, yasama organının gerekli gördüğü ölçüde KHK uygulamasının yaygınlaştırılabileceğini belirtmek gerekir. Yine, Anayasanın 91. maddesine göre sosyal ve ekonomik hak ve ödevler bir tarafa bırakılırsa, temel hak ve ödevler gibi birçok konunun KHK ile düzenlenmesi söz konusu olamayacağından, KHK uygulamasının yasama organını devre dışı bırakmayacağını belirtmek gerekir¹⁴⁵.

Anayasada (AYm.91) Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasal haklar ve ödevlerin KHK'lerle düzenlenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Maddede yer verilen KHK ile düzenleme yapılamayacak temel hak ve özgürlüklerin, olumsuz statü hakları niteliğinde olduğu görölmektedir¹⁴⁶. Bu durumda, söz konusu haklar alanında yapılacak KHK düzenlemesinin, ister istemez bu hakların sınırlanması sonucunu doğuracağından, Anayasada yer verilen düzenlemenin olumlu olduğunu belirtmek gerekir.

Anayasada, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin KHK'lerle düzenlenmesi konusunda herhangi bir yasaklama öngörölmemiştir. Anayasanın 91. maddesinde, KHK'lerin düzenleme yapamayacağı alan sayılırken, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerden bahsedilmemiştir. Bu durumda, söz konusu alanda KHK'lerle düzenleme yapılması mümkündür. Anayasanın 91. maddesinde, "düzenleme" ibaresi kullanılmaktadır. Bazı yazarlar tarafından belirtildiği üzere, hakkı sınırlayıcı düzenlemeler olabileceği gibi, hakkı güçlendiren, düzenlemeler de söz konusu olabilir¹⁴⁷. Anayasanın 91. maddesinde kullanılan

¹⁴³AYM, 5.2.1992 T., 1990/22 E., 1992/6 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.29, C.1, s.88; AYM, 5.5.1992 T., 1991/33 E., 1992/32 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.29, C.1, s.132.

¹⁴⁴Bkz. Özbudun (2014) s.258.

¹⁴⁵Bkz. Özbudun (2014) s.258.

¹⁴⁶Aynı yönde bkz. Kapani (1976), s.6; Özbudun (2014) s.256; Gözler (2000), s.105.

¹⁴⁷Sađlam (1984), s.268.

“düzenleme” kavramının ise, sınırlama kavramından farklı bir anlamda yani hakkı güçlendirici mahiyette kullanıldığını belirtmek gerekir. Çünkü, Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ancak kanunla yapılabilir. Ayrıca 91. maddede, herhangi bir ayırım yapılmadığından, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin tümünün KHK’lerle düzenlenmesi mümkündür. Bu bağlamda, çalışma ve sözleşme hürriyeti (m.48), sendika kurma hakkı (m.51), grev hakkı ve lokavt (m.54), yaşa, cinse, güce olmayan işlerde çalıştırma yasağı (m.50) gibi olumsuz statü hakları niteliğindeki sosyal ve ekonomik hakların da KHK’lerle düzenlenebileceğini belirtmek gerekir¹⁴⁸.

Son olarak, KHK’lerin düzenledikleri konular ile KHK düzenlemesine kapatılan alan arasında, dolaylı da olsa bir bağlantının kurulması ihtimalinin bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu tür bir bağlantının kurulması, KHK’lerle düzenleme yapılmasını güçleştirecek ve işlevsel olarak KHK’lerden beklenen faydayı azaltacaktır. Ancak, KHK’lere kapatılan bir alanın KHK’lerle düzenlendiği durumlarda, söz konusu düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu söylenilebilecektir¹⁴⁹.

KAYNAKÇA

- ÇAVUŞOĞLU, Naz, *Anayasa Notları*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997.
- DONNELLY, Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, (Çev. Mustafa Erdoğan/Levent Korkut), Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- DURAN, Lütfi, “Kanun Hükmünde Kararname”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.8, S.2, Haziran 1975, s.3-19.
- ERDEM, Fazıl H., “Hukuk Devleti ve 1982 Anayasası”, *Liberal Düşünce Dergisi*, S.16, (Güz 1999), <<http://www.libertedownload.com/LD/arsiv/16/04-fazil-husnu-erdem-hukuk-devleti-ve-1982-anayasasi.pdf>>, 01.11.2016.
- ERDOĞAN, Mustafa, *İnsan Hakları, Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, Ankara, 2015.
- GÖZLER, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.

¹⁴⁸ Aynı yönde bkz. Gözler (2000), s.106-107; Karşı görüş için bkz. Sağlam (1984), s.269.

¹⁴⁹ Bkz. Gözler (2014), s.363.

- GÖZLER, Kemal, “Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnemelerin Hukuki Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y.47, S.4, Ağustos 1990, s.561-590.
- GÖZLER, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 17. B., Ekin Yayınları, Bursa, 2014.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref-Cahit Tutum, “Yasa Gücünde Kararnemeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.8, S.1, Mart 1975, s.3-7.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, 19. B., Ankara, 2013.
- KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 5. B., AÜHFY, No.392, Ankara, 1976.
- KUZU, Burhan, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnemeler*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.
- METİN, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- OYTAN, Muammer, “Fransa, Almanya ve Türkiye’de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararneme Çıkarma Yetkisi”, *Onar Armağanı*, İÜHFY, İstanbul, 1977, s.541-616.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ÖZBUDUN, Ergun, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnemeler”, *Anayasa Yargısı*, AYYM, 1985, C.2, s.227-238.
- ÖZER, Atilla, *Türk Anayasa Hukuku, Türklerin Devlet Anlayışı ve Yapılanma*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- SAĞLAM, Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararneme Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, AYYM, 1984, s.261-271.
- TAN, Turgut, “Kanun Hükmünde Kararneme Uygulaması”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.17, S.4, Aralık 1984, s.33-47.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 20. B., Beta, İstanbul, 2016.
- TEZİÇ, Erdoğan, “Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnemeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.5, S.1, Mart 1972, s.3-14.
- TURHAN, Mehmet, “Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnemeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.25, S.3, Eylül 1992, s.13-36.
- UYGUN, Oktay, *1982 Anayasası’nda Temel Hak ve özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- YILMAZ, Misket, “Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararneme”, *Prof. Dr. Bülent Nuri Esen Armağanı*, AÜHFY, No.417, Ankara, 1977, s.505-561.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararnlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnemeler Rejimi*, Beta, İstanbul 1996.

Mahkeme Kararları

- AYM, 14.10.1975 T., 1975/145 E., 1975/198 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.13, s.535-620.
AYM, 11.01.1985 T.,1984/6 E., 1985/1 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.21, s.1-24.
AYM, 6.1.1987 T.,1986/15 E., 1987/1 K. Sayılı Kararı, *AYMKD*, S.23, s.3-17.
AYM, 22.12.1988 T.,1988/5 E., 1988/55 K. Sayılı Kararı, *AYMKD*, S.24, s.465-526.
AYM, 08.02.1989 T.,1988/38 E., 1989/7 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.25, s.43-96.
AYM, 6.2.1990 T.,1988/62 E., 1990/3 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.26, s.94-123.
AYM, 1.2.1990 T.,1988/64 E., 1990/2 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.26, s.51-93.
AYM, 16.5.1989 T.,1989/4 E., 1989/23 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.25, s.231-252.
AYM, 5.2.1992 T.,1990/22 E., 1992/6 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.29, C.1, s.28-99.
AYM, 10.01.1991 T.,1990/25 E., 1991/1 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.27, C.1, s.65-129.
AYM, 5.5.1992 T.,1991/33 E., 1992/32 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.29, C.1, s.110-141.
AYM, 8.07.1994 T.,1994/53 E., 1994/48 K. sayılı Kararı, *AYMKD*, S.30, C.1, s.302-323.
AYM, 20.3.2001 T., 2001/9 E., 2001/56 K. sayılı Kararı, RG. 19.01.2002/24645.
AYM, 26.12.2013 T.,2013/63 E., 2013/163 K. sayılı Kararı, *RG*. 27.3.2014/28954.
AYM, 13.11.2014 T.,2014/172 E., 2014/170 K. sayılı Kararı, *RG*. 10.1.2015/29232.
AYM, 27.5.2015 T.,2015/33 E., 2015/50 K. sayılı Kararı, *RG*. 2.6.2015/29374.
AYM, 05.05.2016 T.,2016/34 E., 2016/30 K. sayılı Kararı, *RG*. 24.05.2016/29721.
AYM, 5.5.2016 T., 2016/35 E., 2016/31 K. sayılı Kararı, RG.24.05.2016/29721

Diğer Kaynaklar

- Anayasa Mahkemesi Kararları*, <www.anayasa.gov.tr>, 01.11.2016
Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sistemi, <mevzuat.gov.tr>, 01.11.2016.
Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi (430) Üyesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/558), S.sayısı.419, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d03/c017/mm_03017156ss0419.pdf>, 01.11.2016.
GÖZÜBÜYÜK, Şeref, A./KİLİ, Suna, *Türk Anayasa Metinleri (1839-1980)*, 2. B., Ankara, 1982.
Resmi Gazete, <<http://www.resmigazete.gov.tr>>, 01.11.2016.
TBMM Meclis Tutanakları, <<https://www.tbmm.gov.tr>>, 01.11.2016.
YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, 7. B., Beta, İstanbul 2011.

DANIŞTAY KARARLARI IŐIŐINDA İDARİ YARGIDA MENFAAT İHLALİ

Ahmet BAŐRIAŐIK*

Özet

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde iptal davası; İdari işlemler(in)... iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmaktadır. İdari yargıda iptal davası açabilmek için, adli mahkemelerinden farklı bir şekilde ve doğası gereği bir genişleme kaygısı güdülmüŐtür. Gerekeçe ise, idari işlemin idare tarafından tek yanlı yapılması, yapılan işlemin icrai olması yani hemen uygulanabilmesi ve hukuka aykırılığı ispatlanana dek işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıdır. Tüm bu sebeplerden dolayı (ve tam yargı davasında aranan hak ihlali koşulu yerine) menfaat ihlali koşulunun aranması zorunluluk haline gelmiştir. Bu makalede menfaat ihlalinin anlamı, hukuksal rejimi ve tarihsel süreçte geçirdiği evreler ele alınacak olup; daha sonra somut yargı kararları ışığında çeşitli menfaat grupları açısından sorunlu alanlar göz önüne serilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler:İdari Yargı, İptal Davası, Menfaat İhlali, Menfaat Gruplarının Subjektif Dava Açma Ehliyeti.

ACCORDING TO THE DECISIONS BY DANIŞTAY BENEFİT BREACH OF IN JUDICIAL ADMINISTRATION

Abstract

Action for annulment of the Administrative Procedure Code, Article 2; Administrative actions (in) ... for cancellations by those interests are defined as violations of lawsuits. To open the annulment of the administrative jurisdiction, a court of a different nature and should concern the expansion is pursued in court. The reason for this to be done unilaterally by the management of the administrative process, so apply now to be executive of the transaction and the illegality is proven to benefit from the presumption, until compliance with the legal process. All these reasons (and instead sought infringement condition of full judicial proceedings) have become beneficiaries breach of condition must be sought. interest in this article means violation of the stage that had the legal regime of the historical process is to be addressed; then the problematic areas in terms of various

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi (35. Madde)

interest groups will be studied in the light of judicial decisions in laying concrete considered.

Keywords:Administrative Jurisdiction, Action for Annulment, Benefit Breach Of, On The Power Of The Case Of Interest Groups.

GİRİŞ

Hukuk devletini gerçekleştirme araçlarından birisi ve belki de en önemlisi idarenin hukuki denetimi ya da başka bir deyişle idarenin hukuka uygun işlem veya eylem yapması ve bu hususun yargı yoluyla denetlenebilmesidir. Böyle bir gereksinime duyulan ihtiyacın sebebi; idarenin tek yanlı ve icrai işlem yapma yetkisiyle donatılmış olmasıdır.

İdarenin işlem ve eylemlerinin hukuki denetimini sağlamak için yargı denetiminden bahsederken, hiç kuşkusuz en önemli problemlerden birisi bu davayı kimin ya da kimlerin açabileceği sorunsalıdır. Dava açma ehliyeti olarak kavramsallaştırılan ve herhangi bir davada ilk inceleme konusunu oluşturan bu koşul, idari yargının adli yargıdan ayrılan niteliklerinden de birisini oluşturmaktadır.

Adli yargıda dava açma ehliyeti, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 50 ve devamında düzenlenmiş ve taraf ehliyeti, dava ehliyeti, kanuni temsilci ile dava açabilme vs. gibi konulardüzenleme konusu yapılmıştır. Bahsedilen bu düzenlemeler dava açma ehliyetinin “objektif” kısmını oluşturmaktadır. İdari yargıda dava açma ehliyeti ile ilgili ikili bir düzenleme mevcuttur. İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m. 14 te ilk inceleme unsurlarından birisi olarak ehliyet sayılmıştır¹. İYUK m. 31 de ise ehliyetle ilgili HMK ya atıf mevcuttur². İYUK m. 14 düzenlemesi ve

¹ Madde 14 – 1. Dilekçeler Danıştay’da Evrak Müdürlüğüne kaydedilir ve Genel Sekreterlikçe görevli dairelere havale olunur.

2. Bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde dilekçeler, evrak bürosunca kaydedilerek ilgili mahkemelere havale olunur. Dilekçe sahibine evrakın tarih ve sayısını gösterir ücretsiz bir alındı kâğıdı verilir.

3. Dilekçeler, Danıştay’da daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından:

a) Görev ve yetki,

b) İdari merci tecavüzü,

c) *Ehliyet*,

d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,

e) Süre aşımı,

f) Husumet,

g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları,

Yönlerinden sırasıyla incelenir.

m. 31 uyarınca HMK hükümleri dava açma ehliyeti bakımından “objektif dava ehliyeti”ni düzenlemektedir. İYUK m. 2 de ise³ dava açma ehliyetinin “sübjektif” yönünü oluşturan, adli yargıdan bu anda ayrılan ve “menfaat ihlali” koşulunu öngören “sübjektif dava ehliyeti” düzenlenmiştir. Doktrinde savunulan genel fikir idari yargının adli yargıdan ayrılan yönlerinden birinin de menfaat ihlaline yüklenen anlamda saklı olduğu yönündedir⁴.

Çalışmanın konusu “sübjektif dava ehliyeti” ve tabii ki menfaat ihlali olacak olup, “objektif dava ehliyetine değinilmeyecektir⁵. Yeri gelmişken, çalışmanın içeriği bakımından, menfaat ihlali ile doğrudan bağlantılı olarak İYUK m. 2 de yapılan değişiklikler ve bunların içtihadı yansıması, çeşitli menfaat grupları açısından menfaat ihlalinin yargı organlarınınca değerlendirilmesi yapılacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, menfaat ihlali ve daha genel ifadeyle ehliyet meselesi içerisinden çıkılması zor bir meseledir. Dolayısıyla bu çalışmada menfaat gruplarında sınırlamaya gidilmiştir.

² Madde 31 – 1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakim in davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, *ehliyet*, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re ‘sen yapılır.

2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

³ Madde 2 – 1. İdari dava türleri şunlardır:

a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından

dolayı iptalleri için *menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan* iptal davaları.

⁴ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; Amerika Ve Türkiye’de İdarenin Kaza Denetlenmesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1961, s. 59; TEKİNSOY, Ali Orhan; İptal Davaları ve Dava Ehliyeti, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001, s. 148; YÜCESOY, Ayşe Aslı; İptal Davalarında Menfaat, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 48.

⁵ Objektif dava ehliyeti ile ilgili bkz. KAPLAN, Gürsel; Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, İÜHF M C. LXIX, S.1 -2, 2011, s. 349-390,

A- 2577 SAYILI İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NUN 2. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

İdari yargının adli yargıdan ayrılan en önemli özelliklerinden birisi olan iptal davası açabilme olasılığı ve bu davanın kendine özgü bir durumunu oluşturan “objektifliği”, yargılama usulünde bir genişleme eğilimi gösterilmesine yol açmış ve bu davayı açabilmek için hak ihlali yerine menfaat ihlali gibi daha geniş bir kavram öngörülmüştür⁶. Menfaat ihlali, açılacak bir davaya ilişkin olarak davacıyla işlem arasında kurulabilecek minimum ilgiyi ifade etmektedir⁷.

Danıştay’ın, ehliyetle ilgili kararlarında, eskiden olduğu gibi, yeni kararlarında da, kabul ettiği bazı ölçütler bulunmaktadır. Danıştay’a göre, iptal davası açacak olan kişinin ihlal edilen menfaatinin, “meşru”, “kişisel” ve “güncel” bir menfaat olması gerekmektedir⁸. “*Meşru menfaat, iptal davasını açan kişinin, hukuka uygun bir korunmadan faydalanmak istemesi anlamına gelmektedir.*”⁹ “*Güncel menfaat, davanın açılması sırasında var olan, aktüel ilgiyi, alakayı ifade etmektedir.*”¹⁰ Davanın açılması sırasında var olan, bu aktüel ilginin, dava sonuçlanıncaya kadar devam edip etmeyeceğine ilişkin olarak Danıştay kararlarında istikrar bulunduğu söylenemez. Danıştay, bazı kararlarında, davanın açıldığı anda var olan menfaatin yeterli olduğunu¹¹, davanın sona ermesine kadar

⁶ OKAY, Suphi N.; İdare Davalarında Görev Ve Yetki, Dava Ve Husumet Ehliyeti Süreşımı Ve Mercı Tecavüzü Meseleleri – Danıştay Karar ve İçtihatları, Kanaat Basımevi, Ankara 1946, s. 79; HANAĞASI, Emel; Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. Önsöz, X.

⁷ ALTUNDİŞ, Mehmet; İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007, s. 353-354; GÖZÜBÜYÜK, Şeref; Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 169; ÖZAY, İl Han; Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 154.

⁸ GÖZÜBÜYÜK, s. 175; DİDDK, E. 2008/860 , K. 2009/2836 , T. 10.12.2009 (Kazancı)

⁹ ALTUNDİŞ, s. 355.

¹⁰ ALTUNDİŞ, s. 356.

¹¹ “...gibi döneysel düzenleyici işlemlerin uygulandığı dönemde bu işlemlere karşı açılan davalarda kararın yürürlükten kaldırıldığından bahisle "karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi halinde bu gibi işlemlerin yargısal denetiminin yapılamaması sonucu doğacağından tesis edildikleri tarih itibarıyla yargısal denetimlerinin yapılması gerekir.” Detaylı bilgi için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (DİDDGK), 24.2.2005, E. 2002/494, K. 2005/63 (www.kazanci.com(Kazancı)); Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu (DVDDGK), 3.12.2004, E. 2004/122 K. 2004/149 (Kazancı); “*Davalı idarenin,*

devam etmesinin gerekmediğine karar vermiştir. Bazı kararlarında ise, ki bunlar genelde eski kararlardır, davanın açıldığı sırada var olan menfaatin, dava sonuçlanıncaya kadar devam etmesinin zorunlu olduğunu karara bağlamıştır¹². İlerde doğabilecek bir hak nedeniyle açılan davalarda da Danıştay menfaat ihlalini kabul etmemektedir¹³. Conseil d'Etat, dava açıldığı anda mevcut olan menfaatin dava sonuçlanıncaya kadar devam etmesini aramamaktadır¹⁴. Özellikle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) kararlarında, menfaatin güncel olması ve dava sona erene kadar devam etmesi içtihadı yerleşmiştir¹⁵. Aranılan menfaatin aynı zamanda kişisel olması gerekmektedir. “*Kişisel menfaat, kişinin doğrudan kendisiyle ilgili olmayan konularda dava açamaması anlamına gelmektedir.*”¹⁶ Menfaatin kişisel olması koşulu işlemin doğrudan dava açacak kişiye karşı yapılması zorunluluğunu gerektirmez. Doğrudan ilgili hakkında açılmasa da dolaylı olarak etkilenen kişi menfaatinin etkilendiğinden bahisle dava açabilir¹⁷. Başlarda Danıştay’ın kişisel menfaatin tespitinde daha sınırlayıcı bir uygulama içinde olduğu görülmekteydi. Ancak son yıllarda Danıştay’ın kişisel menfaatin

davacıyı, dava neticelenmeden daha üst düzeyde Genel Müdürlük Fen ve Teknik Kurulu Müşavirlik Üyeliğine atadığı ve bu nedenle dava ile bir illiyet rabitası kalmadığını iddia etmekte ise de, idari işlemler, tesis edildiği andaki hukuki durumlara göre kanuna aykırı olup olmadığı yönünde incelenir ve davacının da daha sonra başka bir göreve nakli, dava ile illiyet rabitasını kesmez” Danıştay (Dan.) 5. D, 21.05.1975, E. 1974/7154, K. 1975/2997, Amme İdaresi Dergisi, C. 8, S. 2, Haziran 1975, s. 221; Benzer yönde, Danıştay Dava Daireleri Kurulu (DDDK), 03.02.1967 E. 1966/499, K. 1967/166, Danıştay Kararları Dergisi, C. 111-114, s. 75; Dan. 10. D, 10.4.2000, E. 1997/6341, K. 2000/1372 (Kazancı)

¹² Dan. 6. D, 29.03.1967, E. 1963/1569, K. 1967/825, Danıştay 6. Daire Kararları, 1965-1977, s. 611.

¹³ Dan. 10. D, 4.6.1997, E. 1997/576 K. 1997/2171 (Kazancı); Dan. 10. D, 14.4.1997 E. 1997/1372, K. 1997/1314 (Kazancı)

¹⁴ ÇAĞLAYAN, Ramazan; İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2015, s. 403.

¹⁵ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) 3.D, 26.5.2004, E. 2003/266 K. 2004/885 (Kazancı); AYİM 1.D, 27.11.2007, E. 2007/806 K. 2007/1138 (Kazancı) Bu kararda karşı oy öncelikle okunmayı hak etmektedir. Menfaatin güncel olması ile ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. KAYA, Cemil; İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlamı Ve Kapsamı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2008.

¹⁶ ALTUNDIŞ, s. 356.

¹⁷ ÖZDEK, Yasemin; İptal Davalarında Menfaat Koşulu, Amme İdaresi Dergisi, C. 24, S. 1, 1991, s. 109.

tespitinde daha genişletici bir uygulama içine girdiği görülmektedir¹⁸. Özellikle çevre hukuku ve çevre hakkıyla ilgili davalar göz önüne alındığında kişisel unsurunun önemini yitirdiği gözlemlenmektedir¹⁹. Kolektif işlemler açısından ise Danıştay'ın menfaat ihlali içtihadı değişiklik göstermektedir. Kolektif bir işleme karşı, bu işleme muhalif kalanlar tarafından dava açabilmek için belirli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir²⁰.

Menfaat ihlali ile ilgili içtihatlarla geçmeden önce 2577 sayılı kanunda “menfaat ihlali”nin düzenlenmesine ve tarihi süreç içerisinde yaşadığı değişime bakmak gerekmektedir.

1- İYUK m. 2'nin İlk Hali

20/1/1982 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun ilk halinde “İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları” deniyordu ve menfaat ihlali için herhangi bir önkoşul öngörülmemekteydi.

1994 yılında yapılan değişikliğe kadar içtihat bu yönde oluşmuşken, menfaat ihlalinin bu kadar geniş yorumlanmasının idarenin istikrarını bozabileceği ve idarenin sürekli dava tehdidi altında kalacağı yönünde eleştiriler olmuş, nitekim bu durum bazı kararlara da yansımıştır²¹. İptal davasının objektif bir nitelik taşıması eleştirilere verilecek ilk cevap olacaktır. Ayrıca, idarenin sürekli dava tehdidi altında kalması yaptığı işlem hukuka uygun ise herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir. Eğer menfaatleri ihlal edilenlerin hakları ile idarenin istikrarının bozulması

¹⁸ YILDIRIM, Turan; İdari Yargı, 2. Baskı, Beta Yayını, 2010, s.387-393.

¹⁹ DEMİRKOL, Selami; İdari Yargılama Usulü’nde Ehliyet Olgusu (Sübjektif Ehliyet Bağlamında Menfaat İhlali Pratiğinin ‘Çevre Hakkı’ Duyarlılığı ile Bulduğu Yansıma)”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 15, S. 1, 2012, s. 12.

²⁰ Konuyla alakalı bir karar için bkz. Dan. 6. D, 4.4.2012, E. 2011/9148 K. 2012/1541 (Kazancı)

²¹ “...işçilerin çalıştığı kurumun özelleştirilmesine yönelik idari tasarruflarla menfaat ilgisi kurulabilmesi için ancak o işletmeye talip olmaları gerektiği, aksi yaklaşımın idari dava tehdidi nedeniyle idari istikrarı engelleyecek sonuçlar doğuracağı gerekçeleriyle davayı ehliyet yönünden reddeden mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır” Dan.10.D,09.06.1998,E.1997/2003,K.1997/2445http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet Erişim Tarihi: 13.12.2015

kıyas gerektirecek ve çatışan iki durum ise hukuk devletinin korunması adına istikrarın bozulmasına göz yumulmalıdır.

2- 4001 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik

İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 4001 Sayılı ve 10.6.1994 Kabul Tarihli Kanuna göre 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası; "*İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere, kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları*" şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişiklikte birlikte dava açma ehliyetine kısıtlı da olsa bir sınırlama getirilmiş ve belirli konular hariç olmak üzere idari yargıda iptal davası açabilmek için menfaat ihlalden çok daha dar kapsamlı olan kişisel bir hak ihlali yeni bir ölçüt olarak getirilmiştir. Bu dönemde açılmış bir davaya baktığımızda değişiklik gereği Danıştay bu ibareyi kararında işlemekle birlikte, istisnai hallere girmemesine rağmen dava açma ehliyetini geniş yorumlamıştır²².

İYUK m. 2'de yapılan değişikliğin gerekçesi oldukça ilginçtir. Değişiklik gerekçesinde hemen dikkati çeken husus, idari yargı adli yargı ayırımının en temel hususunun gözden kaçırılmasıdır. "*6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Yasası'nın 2. maddesi genel hukuk sistemine aykırı biçimde gelişmiştir. İdarî dâvalarda taraf ehliyeti*

²² "...iptal davasının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun değişik 2 nci maddesinin 1/ (a) bendinde idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlandığı: davacı Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı ile getirilen düzenlemeden dolayı kişisel haklarının ihlal edilmediği, iptali istenilen işlemle davacı arasında ciddi ve makul bir menfaat ilgisi olmadığı gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddine karar verildiği...davacı Türk Tabipleri Birliğinin kendi görev alanı ve yetkileriyle ilgili konularda dava açabileceği anlaşılmakta olup; Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelik ile getirilen düzenlemeler ile yukarıda belirtilen yükümlülükleri yerine getirmekle sorumlu Türk Tabipleri Birliği arasında menfaat alakasının bulunduğu kabulü gerektiğinden, davanın ehliyet yönünden reddi yolundaki kararda hukuki isabet görülmemiştir."DİDDGK, 8.3.1996, E. 1995/913 K. 1996/143 (Kazancı)

hususundaki usulsüzlük idari mahkemelerde ve Danıştay'da iş hacmini gereksiz biçimde artırmıştır. Bu durum, hususi hukuktaki hak ve ehliyetin tatbikatında da eşitsizlik doğurmuştur. Taraf ehliyeti, dâvada taraf olabilme yeteneğidir. Taraf ehliyeti, medenî hukuktaki medenî haklardan istifade ehliyetinin medenî usul hukukundaki büründüğü şekildir. Gerçekten kimlerin taraf ehliyetine sahip oldukları Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 38. maddesi ile Medeni Kanun'un 8. ve 46. maddelerinde açıklanmıştır. Bu genel kaideye rağmen 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı "İdarî Yargılama Usulü Kanunu"nun başta 2. maddesi olmak üzere ilgili maddelerinde dâva ve taraf ehliyeti yanlış değerlendirilmiş ve (menfaatleri ihlal edilenler) deyimi geniş yorumlanarak, esasta dâva ehliyetine sahip olmayan kişilerin de, idari yargıda iptal ve tam yargı dâvaları açma talepleri kabul edilmiş ve dâvalar buna göre görülerek hükme bağlanmıştır²³.

Bu değişiklik Anayasa'nın 2, 36, 125 ve 142. maddelerine aykırı olduğu savıyla Danıştay 5. Dairesi tarafından Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir. Anayasa mahkemesi verdiği kararda; "İtiraz konusu yasa kuralıyla, idari işlemlere karşı iptal davası açabilmek için, idare hukukunun genel esaslarına aykırı biçimde idari işlemin davacının "kişisel hakkını ihlal" etmiş olması koşulu getirilerek hak arama özgürlüğü kısıtlanmış ve birçok işleme karşı dava yolu kapatılmıştır. İdarî yargı denetimini sınırlayan itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesi ile bağdaştığı söylenemez... Anayasa'da sayılan ayırık durumlar dışında idarenin eylem ve işlemlerinden kimilerinin yargı denetimine bağlı olmaması sonucunu doğuracak nitelikteki bir yasal düzenleme, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasındaki buyruğa aykırı düşer. İtiraz konusu kuralla, idari işlemlerin kimileri hakkında davacı olabilme "kişisel hak ihlali" koşuluna bağlanarak Anayasa'nın 125. maddesine aykırılık oluşmuştur...1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Yasası'nın 21. maddesine göre, iptal davası açabilmek için "menfaat ihlali" yeterli iken, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Yasası'nın 2. maddesinin (1-a) bendinde yapılan değişiklik sonucu, bu Yasa'nın uygulanması bakımından, "kişisel hak ihlali"nin davacı olabilmenin koşulu olarak kabul edilmesi ile askerî ve sivil idari yargı düzeni arasında açıklanabilmesi olanaksız farklılık yaratılmıştır... İdarî işlemlere karşı

²³Anayasa Mahkemesi (AYM), E. 1995/46, T. 1995/49, K. 21/9/1995, RG. 27.12.1996, S. 22860.

dava açılabilmesi için "kişisel hakkın ihlal edilmesi" koşulunun getirilmesiyle soyut, genel ve gayri şahsî olan "düzenleyici tasarruflar"a karşı yargı yolu daraltılmıştır. Böylece, idarenin düzenleyici işlemlerine karşı uygulanmalarını beklemeden dava açılması güçleştirilmekle, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık oluşturulmaktadır²⁴" gerekçelerine yer vererek iptal kararı vermiştir.

İlgili karara yazılan karşı oyda, şu cümleler dikkate değer. "Böyle bir düzenlemeyle soyut, genel ve gayri şahsî olan "düzenleyici tasarruflar"a karşı yargı yolunun kapatıldığı düşüncesi de çoğunluk görüşünde yer almıştır. Yönetmelik, genelge ve tebliğ gibi düzenleyici metinlere karşı, çıktığı anda iptali için yargı yoluna başvuru kapatılsa bile daha sonraki uygulama evresinde somutlaşan kişisel hakların ihlali durumunda dava açma olanağı bulunmaktadır. Buradan dava açma yolunun kapatıldığı sonucu da çıkarılamaz." Böyle bir sonuç bizi, düzenleyici işlemlerin herhangi bir birel işlemle uygulanmadığı durumlarda yürürlüğe girmediğini kabul etmek gibi bir yanlışa sürükleyebilir. Bu nedenle yukardaki ifadeye katılmadığımı belirtmek isterim. Ancak Danıştay verdiği bir kararda benzer ifadelere yer vermiştir. "Bütçe Uygulama Talimatının 5.2.1 - 5.2.4 - 5.2.5 maddelerinde yer alan düzenleme ile devlet memuru olarak görev yapanlar ile bunların bakmakla yükümlü oldukları aile bireylerinin dış tedavilerine ilişkin usul ve esaslarla bu tedavi bedellerinin ödenmesine ilişkin hususlar belirlenmiştir." İlgili hükümlerin iptali için açılan davada, "ortada, gerek davacı ve gerekse bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri hakkında, dış tedavisinin yapıldığına veya böyle bir tedavi bedelinin ödenip ödenmeyeceğine dair hukuken başlatılmış ne bir süreç ne de bir uyumsuzluk bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu itibarla davacının, yukarıda anılan dava konusu Bütçe Uygulama Talimatıyla aktüel, kişisel menfaat ilgisi henüz kurulmuş değildir. Davacının, anılan düzenlemenin kendisi hakkında uygulanması halinde, uygulama istemiyle birlikte söz konusu düzenlemeyi de dava konusu edebileceği açıktır²⁵".

Anayasa Mahkemesi verdiği iptal kararının yürürlük tarihini, uygulamada boşluk oluşmaması adına 3 ay ertelemiş ve bu süre içerisinde yasa koyucunun yeniden düzenleme yapmasına imkan sağlamıştır. Ancak yasa koyucu yeni düzenlemeyi ancak 2000 yılında yapmış ve bu 1994-

²⁴ AYM,E. 1995/27, K. 1995/47, T. 21/9/1995 (Kazancı)

²⁵ Dan. 5. D, 28.7.2003 E. 2003/2079 K. 2003/3335 (Kazancı)

2000 yılları arasında boşluk doldurulamamıştır. Danıştay'ın bahsedilen bu süre zarfında nasıl kararlar verdiği önemlidir. Nitekim Danıştay bu dönemde verdiği kararlarda İYUK m. 2'nin ilk halini uygulamaya devam etmiş ve gerekçe olarak da “doktrin ve içtihada” vurgu yapmıştır. Örnek olması açısından Danıştay “*İdari dava türlerinden iptal davalarının tanımı ve tanımı kapsamındaki sübjektif ehliyet koşulu konusunda mevzuat boşluğu var olmakla birlikte: iptal davasının içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri göz önüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin ancak bu idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurulabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulü zorunludur*²⁶” değerlendirmesinde bulunmuştur²⁷.

3- 2000 Yılı “Eskiye Dönüş”

Anayasa Mahkemesinin yürürlük tarihini 3 ay ertelemesi ve yasa koyucunun düzenlemede gecikmesi sonucu oluşan boşluğu ve doğurduğu sonucu değerlendirdikten sonra 2000 yılında yapılan değişikliğe değinebiliriz. 8/6/2000 tarih ve 4577 sayılı kanunun 5. maddesiyle “İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları” yönünde değişiklik yapılmış ve deyim yerinde ise “eskiye dönüş” gerçekleşmiştir.

1994 yılında yapılan değişiklik ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında 2000 yılında yapılan düzenlemeyle birlikte ilk hale dönülmesinde yasa koyucunun, Danıştay'ın ısrarla bahsettiği “*İdare Hukuku alanında iptal davaları; idari işlemler hakkında, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır. İdari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetimini amaçlayan iptal davasının görülebilmesi için ön koşullardan olan davacının sübjektif ehliyetinin yargı yerince takdir*

²⁶ Dan. 10. D, 21.12.1998 E. 1996/4937 K. 1998/6853 (Kazancı)

²⁷ Anayasa Mahkemesinin ilgili iptal kararı özelinde menfaat ihlali değerlendirmesi için bkz. KOÇAK, Mustafa; Hukuk Devleti Kavramı Açısından İdari İptal Davalarında Menfaat İhlali veya Hak İhlali Koşulu, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 10, S. 1 – 3, 1996, s. 117 – 148.

*edilebileceği de açıktır*²⁸” içtihadına kıymet verdiği ve menfaat ihlalinin değerlendirilmesini yargıya bıraktığı sonucu çıkarılabilir.

4- İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağıyla İYUK m. 2’deYapılması Düşünölen Değişiklik

Adalet Bakanlığı tarafından 12.10.2015 tarihinde ilgili kurum ve kuruluşlara gönderilmek üzere hazırlanan “İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı”nda İYUK’da birçok değişiklik öngörölmüş ve m. 2 hükmü de bu değişikliklerden nasibini almış ve “2577 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine “menfaatleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “doğrudan” ibaresi eklenmiş” tir²⁹.

Gerekçeye göre; “...uygulamada menfaat kavramının çok geniş yorumlandığı ve bu durumun hakkın kötüye kullanımına neden olduğu görölmektedir. Bu itibarla maddeye eklenen “doğrudan” ibaresiyle iptal davası açılabilmesi, iptali istenilen işlemle idari işlemin kişiye olan etkisi arasında makul ve ciddi bir ilişkinin yanında aralarında kuvvetli bir bağın bulunmasına bağlı tutulmaktadır. Dolayısıyla iptal davası açacak olan kişi idari işlemin iptal edilmesinde menfaati olduğunu, söz konusu idari işlemin yarattığı hukuki durumun tarafı veya doğrudan yararlananı olduğunu ortaya koymak zorundadır.” İlgili gerekçede “çok geniş yorumlama” ve “hakkın (nasıl) kötüye kullanıldığı” yönünde doyurucu ifadelere rastlamak ne yazık ki mümkün değildir.

Yine gerekçeye göre; “...iptali talep edilen işlemde menfaati olumlu olarak etkilenen kişilerin varlığı da göz önüne alındığında idari işlemin iptalinde menfaati bulunanlar ile bulunmayanların haklarının korunmasında bir denge sağlanmış olacaktır.” Açıkçası bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Kanuna “doğrudan” ibaresinin eklenmesi ile menfaati ihlal edilen ile edilmeyen arasında kurulması planlanan dengenin bağlantısının kurulması güçtür. Ayrıca herhangi bir

²⁸Dan. 8. D, 16/05/1997 E. 1997/495, K. 1997 /1683 <http://www.kararara.com/danistay/dnsty9/dnstyk8432.html> Erişim Tarihi: 13.12.15

²⁹<http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/%C4%B0dari%20Yarg%C4%B1%20Kanun%20Tasar%C4%B1s%C4%B1%20Tasla%C4%9F%C4%B1%20ve%20Kar%C5%9F%C4%B1la%C5%9Ft%C4%B1rma%20Tablosu.pdf>, s. 2. Erişim Tarihi: 30.07.2016

idari işlem nedeniyle menfaatin ihlal edildiği iddia edildiği takdirde geriye dönüp kimlerin menfaati ihlal edilmemiş bir bakılım gibi bir matematik hesabına girilmesi pek tabidir ki hukuk mantığıyla uyuzmaz³⁰.

Değnilmesi gereken bir başka nokta ise, 4001 Sayılı ve 10.6.1994 Kabul Tarihli Kanunla İYUK m. 2’de yapılan ve yukarıda detaylı bir biçimde değnilen değışikliğin gerekçesi ile taslakta yapılmak istenen değışikliğin gerekçelerinin benzerlik taşıdığıdır. 1994’deki gerekçede geçen “iş yükünün artması” ibaresi ile taslağın başlığını oluşturan “İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla”ibaresinin aynılığı; her iki değışiklik gerekçesinde de “geniş yorumlamanın” yanlış uygulamalara sebebiyet verdiği vurgusu dikkatten kaçmamaktadır. Farklılık olarak ise 1994’deki değışiklikte argüman olarak adli yargıdan medet umulmuşken; taslakta dava sayısının azaltılması bağın kuvvetlenmesi yöntemiyle sağlanmaya çalışılmaktadır.

İlgili tasarı taslağı adı üstünde bir “taslak” olması ve uygulanabilir bir yeteneğe sahip olmamakla beraber, “menfaat” üzerine yapılması düşünülen bu değışikliğin arka planında yasa koyucunun ya da hükümetin konuyla ilgili endişelerinin devam ettiğinin ve idari yargı yerinde dava açılması olasılığını azaltma yönünde bir eğiliminin olduğu intibasını gözler önüne sermektedir. Bu endişeyle alakalı olarak Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB) Ankara Şubesi’nin Ulus Tarihi Kent Merkezi’nde Büyükşehir Belediyesi’nin çalışmalarıyla ilgili açtığı davayı

³⁰“Burada vurgulanması gereken birel işlemin muhatabı olan kişi ile işlemlerle ilgili bağı kurarak dava etmek isteyen kişi arasında bir çıkar çatışmasının bulunmasının gerekmediğidir. Soru, “açacağın dava sonucunda o kişinin o statüden yararlanmamasında veya ona daha az yükümlülük getirilmemesinde senin menfaatin ne?” sorusu değildir. Onun menfaati, bir başkasının menfaatini engellemekte değil, kendisiyle veya sahip olduğu bir nesne ile benzer durumda olan bir kişi ya da nesneye hukuk kuralları ile tanımlanmış statünün özelliklerini taşımamasına karşın ondan daha olumlu veya daha az olumsuz bir statünün verilmesini engellemek ve hukuk devletinin nesnel ve eşit uygulamasını talep etmektir. Bireylerin idare ile kurdukları ilişkide hedef, idarenin hukuka uygun davranması ve bireylerin anayasa ve yasalarla tanınan haklardan hukuka uygun biçimde yararlanmasıdır. Kişisel çıkarın korunması ancak bunun aracı olduğu oranda değerlidir.” KARAHANOGULLARI, Onur; Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgı Bağı Sorunu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, Y. 2007, s. 211.

reddetmesiyle alakalı olarak Büyükşehir Belediye Başkanı'nın sosyal medyadan verdiği mesaj örnek gösterilebilir³¹.

1994 tarihli değişiklik sonrası yaşananlar ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı ve aynı zamanda her iki değişikliğin yukarıda değinilen gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde denilebilir ki; bu taslakla getirilecek değişiklik benzer sebeplerle tartışma konusu olacak ve muhtemeldir ki Anayasa Mahkemesi tarafından yine benzer gerekçelerle iptal edilecektir. Ayrıca aynı senaryo gereği değişiklik ile iptal arasında geçecek süre içerisinde kanuna eklenecek “doğrudan³²” ifadesi gibi bir kelimeleliğin içtihat anlamında Danıştay'ın geçmiş deneyimi ve kültürü göz önünde bulundurulduğunda farklı yönde bir içtihadın en azından kısa süre içerisinde oluşacağına da ihtimal vermek güçtür.

B- MENFAAT GRUPLARININ DAVA AÇMA EHLİYETİ

İdari yargıda dava açma ehliyetinin içeriğini oluşturan öğelerden olan menfaat ihlalinin bulunması şartı belki de en fazla “menfaat grupları” söz konusu olduğunda tartışmalara neden olmaktadır. Belirli bir amaçla bir araya gelen kişi ya da mal topluluklarının kendisini veya üyelerini ilgilendiren konularda dava açabilmesi noktasında yargı yerleri maalesef çoğu zaman “ıctihat” diyebileceğimiz süreklilikte kararlar verememiştir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu kısımda menfaat gruplarının tamamını ele almamakla beraber, gündemi fazla meşgul eden gruplara yönelmiştir.

³¹ İlgili mesaj: “Danıştay'dan tarihi ve müthiş bir karar... Mimarlar Odası'nın dava açma ehliyeti yok... Hayırlı olsun”- Mimarlar Odası ve diğer odalar, artık şehirlerin gelişmesi önünde takoz olamayacak. “- Mimarlar Odası... Bundan sonra artık kendi işinize bakacaksınız... Tamam mı?”<http://www.milliyet.com.tr/danistay-mimarlar-odasi-nin-actigi-davayi-ankara-yerelhaber-1232069/>Erişim Tarihi: 30.07.2016

³² Benzer bir ifadeyi KKTC Anayasası'nda görmek mümkündür. KKTC Anayasası m. 152'ye göre; “...başvuru, sahip olduğu meşru bir menfaati, bu gibi karar veya işlem veya ihmali yüzünden olumsuz yönde doğrudan doğruya etkilenen kişi tarafından yapılabilir.” Detaylı bilgi için bkz. ERHÜRMAN, Tufan; Çevre Davalarında “Menfaat İhlali”: Danıştay Ve Ktcc Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 3, Y. 2011, s. 451-452.

1- Sendikalar

Sendikalar, 6356 sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre “İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır.” Sendikaların dava açma ehliyeti noktasında Danıştay tarafından tarihi süreç içerisinde aksi yönde pek çok karar çıkmıştır. Aksi yönde çıkan kararlar üzerine alınan içtihadı birleştirme kararı da bu yaraya merhem olamamış gibi gözükmektedir.

Bir kararında Danıştay, “4688 sayılı Yasa'nın 19/2-f. maddesinde; sendikaların, idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında üyelerini yargı organları önünde temsil etme veya ettirme, dava açma ve açılan davalarda taraf olma durumlarının, "hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıktığı haller" olarak kabul edilmiş olması ve bu gerekliliğin ortaya çıkması durumunda sendikaların, üyeleri adına dava açabileceklerinin açıkça hükme bağlanmış olması karşısında, Mahkeme'nin aksi yöndeki yorumuna katılmaya hukuken olanak bulunmamaktadır...davanın ehliyet yönünden reddinde hukuki isabet görülmemiştir³³” yönünde sendikaların dava açma ehliyetini kabul ederken; bir başka kararında, “4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun 19. maddesinin (f) bendinde, sendika ve konfederasyonların kuruluş amaçları doğrultusunda üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeydeki ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil edeceği veya ettireceği, dava açabileceği ve bu nedenle açılan davalarda taraf olabileceği kuralı getirilmiştir...isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan ve sadece davacının bireysel menfaatini ilgilendiren davanın, davacı veya davacı tarafından vekil tayin edilen avukat aracılığıyla açılması gerekirken, davacı adına Kültür ve Sanat Emekçileri Sendikası tarafından açılmasında usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır³⁴” diyerek tam aksi yönde karar verebilmiştir. Üstelik ilk kararda dava konusu, sendikanın kurucu üyesinin geçici görevlendirmesi iken ikinci kararda dava konusu olay, sendika üyesinin ücretinin değişen koşullara göre

³³ Dan. 5. D, 25.3.2003 E. 2002/3906, K. 2003/985 (Kazancı)

³⁴ Dan. 11. D, 16.3.2005 E. 2004/5740, K. 2005/1355 (Kazancı)

yeniden düzenlenmesi talebidir. İkisi de sendikanın tek bir üyesini ilgilendirirken acaba ilk kararda sendikanın “kurucu üyesi” olunması mı sonuca etki etmiş bilemiyoruz.

Nitekim bu ve benzeri kararlar sonrası Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararıyla konu açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. İlgili kararda Danıştay yukarıda bahsi geçen kararlara da atıfta bulunarak özetle, “4688 sayılı Kanununun 19/f maddesi uyarınca kamu görevlileri sendikalarına, üyelerinin haklarını korumak amacıyla tanınmış olan dava açma hakkının kullanımında sınırlamaya gidilmesi, Anayasanın hak arama hürriyetine ilişkin 36'ncı maddesi kuralına uygun düşmeyeceği gibi; 151 sayılı Sözleşmenin, yukarıda anılan 1'inci ve 3'üncü maddelerine de aykırılık oluşturacağı açıktır. Gerek metindeki terimlere bağlı olarak maddenin yorumu, gerekse madde gerekçesi ile konuya ilişkin tarihsel süreç ve mevzuatımızda yapılan değişiklikler dikkate alındığında, kamu görevlileri sendika ve üst kuruluşlarının, sendika üyesi olan kamu görevlisinin isteği üzerine, statüsü ve bu statüsünden kaynaklanan hak, yükümlülük, görev ve sorumlulukları ile atama, nakil, disiplin ve personel hukukuna ilişkin diğer düzenlemelere dayalı olarak, üyeleri hakkında tesis edilen bireysel (sübjektif) işlemlere karşı, üyelerini temsilen avukatları aracılığıyla dava açabilecekleri ve bu nedenle açılan davalarda taraf olabilecekleri sonucuna ulaşılmaktadır³⁵” diyerek, sendikaların üyeleri hakkında dava açabileceğine ve açılmış davalara yardımcı bulunabileceğine hükmetmiştir.

Anılan içtihadı birleştirme kararına rağmen Türkiye Sağlık ve Sosyal Hizmetleri Kolu Kamu Görevlileri Sendikası (Türk Sağlık Sen) tarafından İli genelinde 24 saat hizmet veren 112 acil sağlık istasyonlarında görev yapan sağlık personeline yiyecek yardımı yapılmasına dair başvurunun reddine dair işlemi ile dayanağı olan Sağlık Bakanlığı işleminin iptali istemiyle açılmıştır. Danıştay ilgili kararında özetle, “Davacı Sendikanın, ... İli'nde 24 saat kesintisiz hizmet veren 112 Acil Sağlık İstasyonlarında görev yapan personele Devlet Memurları Yiyecek Yardımı Yönetmeliği ve ilgili mevzuat uyarınca yiyecek yardımı yapılması yönündeki başvurusunun reddine dair işlem ile dayanağı olan işlemin iptali istemiyle temyizden incelenmekte olan davayı açtığı; dava dilekçesinde üyelerin isimlerinin yer almadığı; davacı konumunda Türkiye

³⁵ Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu (DİBGK),3.3.2006, E. 2005/1, K. 2006/1 (Kazancı)

Sağlık ve Sosyal Hizmetleri Kolu Kamu Görevlileri Sendikası (Türk Sağlık Sen)'nin bulunduğu ve sonuç olarak adı geçen Sendikanın bu davayı üyeleri adına açmadığı anlaşılmaktadır. Sendikanın dava açma ehliyeti bakımından, "kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması" koşulunun bulunması gerektiği tartışmasız olup; mensuplarının tümünü ancak ortak çıkarlar doğrultusunda temsil etme yetkisine sahip olan davacı Sendikanın, üyelerinin bir kısmını ilgilendiren bireysel bir işleme karşı dava açma ehliyeti bulunmamaktadır.³⁶” Yani içtihadı birleştirme kararına rağmen, sendikanın üyelerinin hak ve menfaatini ilgilendiren bir konuda dava açma ehliyetinin bulunmadığına karar vermiştir. Nitekim aynı kararın karşı oyunda da bu durum dile getirilmektedir. “Davacı Sendika, üyelerinin davaya konu işleme menfaatlerinin ihlal edildiğinden bahisle bu işlemin iptali istemi ile dava açmak suretiyle, ödenmesi gerektiğini iddia ettiği yemek bedellerinin ödenmesini sağlamayı amaçlamakta ve bu şekilde üyelerinin ortak hak ve menfaatlerini korumaktadır. Açıklanan nedenlerle, kamu görevlileri sendikalarının ödenmesi gerektiğini ileri sürdükleri bir bedelin ödenmemesine dair işlemin iptali istemiyle dava açabilecekleri, 4688 Sayılı Yasa'da yer verilen "Ortak hak ve menfaat" ibaresiyle bunun amaçlandığı, davada Sendika'nın, kişisel ve güncel menfaatinin mevcut olduğu, dolayısıyla dava açma ehliyetinin bulunduğu ve bu sebeple de davanın esasının incelenmesi gerektiği görüşüyle karara karşıyım.” Ancak ilgili kararda vurgunun “üye isimlerinin bulunmaması” nedeniyle ve dolayısıyla sendikanın tamamen kendi inisiyatifıyla dava açmış olduğunun da altını çizmek gerekir. Eğer içtihat üye isimlerinin dava dilekçesinde gösterilmesi kaydıyla sendikanın üyeleri hakkında dava açma ehliyetinin her halükarda kabul edileceği yönünde ilerleyecekse, yukarıdaki karara usul yönünden eksiklik nedeniyle göz yumulabilir.

2- Dernekler

5253 Sayılı Dernekler Kanununa göre dernek, “Kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır.” Yine aynı kanunun 4. maddesinde dernek tüzüğünde bulunması gerekenler arasında, “Derneğin amacı ve bu

³⁶ Dan. 5. D, 14.2.2013 E. 2012/382, K. 2013/1033 (Kazancı), Benzer yönde karar için bkz. Dan. 5. D, 11.4.2013, E. 2010/6874, K. 2013/2985 (Kazancı)

amacı gerçekleştirmek için dernekçe sürdürülecek çalışma konuları ve çalışma biçimleri ile faaliyet alanı” yer almaktadır.

Danıştay’ın derneklerin tüzüklerinde belirttikleri üzere üyeleri hakkında yapılan işlem nedeniyle derneğin menfaatinin ihlal edildiği noktasında tutarlı bir içtihadının olduğunu söylemek güçtür. Kimi kararlarında derneğin menfaat ihlalini kabul ederken, kimi kararlarında kabul etmemektedir. Ve bu iki farklı içtihadın görebildiğimiz kadarıyla hiçbir tutarlı açıklaması yoktur. Örneğin Danıştay, “3795 sayılı Bazı Lise, Okul ve Fakülte Bitirenlere Unvan Verilmesi Hakkında Kanununun 4 üncü maddesi uyarınca Yükseköğretim Kurulunca çıkarılan Teknik Öğretmenler İçin Düzenlenecek Mühendislik Programlarının Uygulama Esas ve Usulleri Yönetmeliğinin 3,4,5 ve 6/2 nci maddelerinin iptali istemiyle açılan davada, davalı idare tarafından Teknik Öğretmenler Derneğinin dava açma ehliyetinin olmadığı ileri sürülmekte ise de 2908 sayılı Dernekler Kanununun 39 uncu maddesinin kamu görevlileri için öngörülmüş olduğu, teknik öğretmenlerin tümünün kamu görevlisi olduğu düşünülemeyeceği gibi, tüm teknik öğretmenleri ilgilendiren böyle bir konuda derneğin dava açma ehliyetinin bulunduğu açık olduğu...”³⁷ na karar vermiştir. Yine benzer yönde, “Tekel Genel Müdürlüğü Yönetim Kurulunun kararı ile kabul edilen, TEKEL’de görev tahsisli konut verilecek unvanların yer aldığı (2) sayılı cetvelin yeniden düzenlenmesine ve (2) sayılı cetvelde başmüfettiş ve müfettiş unvanlarına yer verilmemesine ilişkin kararın iptali istemiyle açılan davada Danıştay, Tekel Müfettişleri Derneğinin Ana Tüzüğünde yer alan 3. maddesinde, derneğin amacı üyelerinin tüm demokratik, ekonomik, sosyal ve özlük haklarını koruyup geliştirerek birleşmelerini ve dayanışmalarını sağlamak, 4. maddesinin a fıkrasında da, üyelerinin tümünü ilgilendiren mesleki sorunların çözümlenmesi, üyelerinin personel hukukundan doğan haklarının savunulması ve yeni hakların elde edilmesi için çalışmak olarak belirlenen amacı ve faaliyeti göz önüne alındığında, dernek üyelerinin personel hukukundan doğan haklarını kısıtlayan niteliği ile doğrudan doğruya üyelerinin demokratik, ekonomik, sosyal ve özlük haklarını korumak amacıyla kurulan davacı derneğin faaliyet alanına giren ve bu dernek kişiliğinin hak ve çıkarlarını ilgilendiren konulardan olduğundan, anılan işleme karşı dava açmakta derneğin hukuki menfaati bulunduğu anlaşılmakta olup; davacı derneğin sübjektif ehliyetinin varlığı

³⁷ DİDDGK, 23.5.1996, E. 1994/610, K. 1996/323 (Kazancı)

kabul edilmek suretiyle davanın esasının incelenmesi gerekmektedir.³⁸ Bu son kararda Danıştay, dernek tüzüğünde geçen “üyelerinin tümünü ilgilendiren mesleki sorunların çözümlenmesi, üyelerinin personel hukukundan doğan haklarının savunulması ve yeni hakların elde edilmesi için çalışmak” ibaresini dava açmaya ehliyetli olmak olarak yorumlamıştır.

Yukarıda bahsedilen kararlara karşın bir başka kararda Danıştay, “*Bankalar Kanununun 14. maddesinin 3 numaralı fıkrası uyarınca Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan ... Bankası TAŞ. Nezdinde Bulunan Tasarruf, Ticari Kuruluşlar ve Diğer Kuruluşlar Mevduatının Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Ödenmesine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Kararı'nın 3. maddesinin "d" fıkrası 1. ve 3. bentlerinin, 3. maddesi "b" fıkrasının, 5, 6, 7, 8, 9 ve 11. maddelerinin iptali istemiyle açılan davada, davacı derneğin Tüzüğüünün 4. maddesinde, derneğin faaliyet konuları belirlenirken "i" fıkrasında, ... Bankası mağdurlarını bir araya toplamak, birlik ve beraberliği sağlamak, ... Bankası mağdurlarının hak ve hukuklarını korumak, açılan ve açılacak olan mahkemelere öncülük etmek, davaları takip etmek, gerektiğinde avukat tutmak, mağdurların paralarının alınabilmesi için her türlü kurum ve kuruluşlarla görüşmeler yapmak, Bakanlık veya yetkililerine derneği temsilen yönetim olarak görüşmek ve sorunların çözümü için gerekli projeleri hazırlayarak uygulamak, diğer faaliyet konuları arasında sayılmıştır... dava açma hakkının esas hak sahibine ait olacağı kuşkusuz olup, bu hakkın onlar adına üçüncü kişilerce kullanılması olanaklı değildir. Öte yandan her ne kadar davacı dernek, Tüzüğüünde, banka mağdurlarının hak ve menfaatlerini korumak amacıyla dava açma hak ve yetkisinin kendisine görev olarak verildiğinden bahisle bu davanın açıldığını belirtmekte ise de; davacı derneğe, banka mağdurları adına dava açma hakkı değil, açılmış ve açılacak olan davaların takibine yardım etmek görevinin verildiği görülmektedir³⁹” diyerek ilgili derneğin dava açma ehliyetinin olmadığına karar vermiştir. Bir önceki kararda tüzükte yer alan ibareyi geniş bir biçimde yorumlayarak ehliyetli olduğu yönünde karar verilmesine rağmen, bu karara konu olan dernek tüzüğünde geçen “... Bankası mağdurlarını bir araya toplamak, birlik ve beraberliği*

³⁸ DİDDGK, 26.5.2000, E. 1999/390, K. 2000/761 (Kazancı) Benzer yönde karar için bkz. Dan. 14. D, 24.10.2013, E. 2012/9094, K. 2013/7096 (Kazancı)

³⁹ Dan. 10. D, 27.9.2004, E. 2004/5645, K. 2004/6431 (Kazancı)

sağlamak, ... Bankası mağdurlarının hak ve hukuklarını korumak, açılan ve açılacak olan mahkemelere öncülük etmek, davaları takip etmek, gerektiğinde avukat tutmak, mağdurların paralarının alınabilmesi için her türlü kurum ve kuruluşlarla görüşmeler yapmak..." ibaresini dava açma ehliyeti olarak değil, açılacak davalara yardımcı olmak veya açılmış davalara yardımda bulunulması olarak algılamış olması düşündürücüdür.

3- Vatandaş Olmak

İdarenin tek yanlı ve icrai olarak işlem ve eylem yapabildiği ve aynı zamanda yapılan eylem ve işlemin herhangi bir yargı kararıyla aksi ispat edilene kadar hukuka uygunluk karinesinden faydalandığı ve aynı zamanda da iptal davalarının objektif niteliği göz önünde bulundurulduğunda, idarenin yapmış olduğu her işleme ya da her eyleme karşı herkesin dava açabileceğinin kabulü mantıklı olarak gözükmektedir. Günümüzde bu durum ideal olmakla birlikte imkânsızdır. Bunun nedenleri arasında, idarenin yoğun dava yüküyle karşılaşabileceği, istikrarının bozulacağı, mahkemelerin dava yükünün artacağı ve bu sebeple bir menfaat şartı arandığı yönünde savunmalar yapılmaktadır⁴⁰. Dolayısıyla Danıştay sırf vatandaş olmak sıfatıyla açılan davalarda kural olarak, menfaat ihlalinin bulunmadığına karar vermekle birlikte⁴¹, aksi yönde vermiş olduğu kararlarda mevcuttur.

Bahsi geçen taslak ile İYUK m. 2'ye "doğrudan" ibaresinin eklenmesi halinde, vatandaş olma durumunun dava açabilmek için

⁴⁰ ONAR, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, s. 1781. Konuyla ilgili bir karar için bkz. Dan. 4. D, 8.10.1998, E. 1998/4054, K. 1998/3514 (Kazancı)

⁴¹ "İstanbul Üniversitesince, Cumhurbaşkanına Onursal Doktorluk Unvanı verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı, idari işlemler hakkında çıkarları zedelenenler tarafından iptal davası açılabilirliği, zedelenen çıkarın da meşru ve kişisel olması gerektiği, uygulanmakta olan yasal düzenlemeye göre, Vatandaşlara, her idari işleme karşı salt vatandaş olması nedeniyle iptal davası açabilme hakkı tanınmadığı, Cumhurbaşkanına İstanbul Üniversitesince Onursal Doktorluk Unvanı verilmesine ilişkin işlem ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini 1941-1942 öğretim yılında bitiren davacının kişisel yarar ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle, 2577 sayılı Yasanın 15. maddesinin 1/b bendi uyarınca ehliyet yönünden reddeden İstanbul 5. idare Mahkemesinin 8.2.1991 gün ve E: 1991/90, K: 1991/254 sayılı kararının, 2577 Sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir... İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren başka bir neden de bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına 25.3.1992 gününde oybirliği ile karar verildi." Dan. 8. D, 25.3.1992, E. 1991/2225, K. 1992/525 <http://hukuk.istanbul.edu.tr/idarehukuku/wp-content/uploads/2014/11/kararlar.docx> Erişim Tarihi: 16.12.15

yetebileceği görüşünü savunmak hiç şüphesiz daha zor olacaktır. Taslakta yer alan gerekçede bahsedildiği gibi eğer amaç, işlem ile davacı arasında “daha sıkı bir bağ” aramak ise bu durum vatandaş olmanın dava açmaya yetmeyeceği anlamına gelecektir. Böyle bir düzenlemenin de hukuk devleti anlamında sınırlayıcı bir etkiye sahip olabileceği aşikârdır.

Bu yöndeki kararlardan birinde Danıştay; “*Hukuk devleti esasının tüm kurum ve kuralları ile yerleştirilmesinin, ülkede yaşayan herkesin menfaati gereği olduğundan, toplumun ve dolayısıyla bireyin menfaatini zedeleyen, hukuk devleti esaslarına aykırı uygulamalara ilişkin işlemlere karşı bireylerin dava açmakta menfaati bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Öte yandan, dava konusu Bakanlar Kurulu kararı ile yabancı silahlı kuvvetlerin yurda çağırılması olayını, savaşı doğurucu, kışkırtıcı bir unsur olarak gören her Türk vatandaşının, hem hukuk devleti ilkesini yerleştirme gereği olarak, hem de ülkede çıkabilecek bir savaş bakımından kişisel, meşru ve güncel bir menfaati bulunduğu*⁴²” menfaat ihlalinin bulunduğuna karar vermiştir. Yine benzer yönde, “... *dava konusu Bakanlar Kurulu kararı ile defin yapılacak olan yerdeki Süleymaniye Camii ve çevresinin İstanbul Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulu'nun kararıyla 'kentsel ve tarihi SİT, kentsel ve arkeolojik SİT alanı' olarak kabul ve ilan edilmiş olduğu iddiasıyla, söz konusu Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından her vatandaşın dava açmada menfaati bulunduğu kabulü gerekeceğinden, davacının vatandaş olarak, bir kişinin belediye mezarlığı dışında özel bir yere defnini öngören Bakanlar Kurulu kararının iptalini istemekte menfaati bulunduğu açık olup; davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır*⁴³”Yine serbest avukatın sırf vergi mükellefi olması dolayısıyla menfaatinin ihlal edildiği iddiasına önem atfeden bir başka kararında Danıştay; “*22.7.2007 tarihinde yapılacak Genel Seçimle yenilenecek Türkiye Büyük Millet Meclisinin halen üyesi olan milletvekillerine 15.7.2007 tarihinde üç aylık dönem için peşin olarak ödenek ve yolluk ödenmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada...Danıştay'ın yerleşik içtihatları uyarınca, iptal davalarında dava konusu edilen idari işlemler ile davacılar arasında meşru, kişisel ve*

⁴² Dan. 10. D. 13.10.1992, E. 1990/4944, K. 1992/3569, Danıştay Dergisi (DD), Y. 23, S. 87, 1993, s. 481.

⁴³ DİDDK, 19.10.2001, E. 2001/415, K. 2001/737 (Kazancı)

güncel bir menfaat ilgisi bulunması gerekmele birlikte, sübjektif ehliyet sorunu nedeniyle bir kısım işlemlerin hukuki denetim dışında kalma olasılığının bulunduğu durumlarda, menfaat ihlalinin idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek biçimde yorumlanması zorunludur. Bu durumda, yukarıda yer verilen açıklamalar da göz önünde tutularak, olayda 15.7.2007 tarihinde milletvekillerine üç aylık dönem için peşin olarak yapılan ödenek ve yolluk ödemelerinin kamu gelirlerinden karşılanan kamu harcaması niteliğinde ve davacının da, vergi mükellefi olmasının sübjektif ehliyet koşulunun sağlanması açısından yeterli olduğunun kabulü gerektiğinden, davanın ehliyet yönünden reddine karar veren idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir⁴⁴” değerlendirmesi yapmıştır.

Vatandaş olma sıfatıyla Danıştay’ın menfaat ihlalini en geniş anlamda kabul ettiği kararlardan ilkirücu edip etmeme noktasında idarenin takdir yetkisi savunması ile ilgilidir. “Bergamalı 10 yurttaşın, yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuruları sonucunda Türkiye aleyhine hükmedilen toplam... Euro tazminatın Hazine tarafından ödenmesi üzerine, bu tutarın ... yılından bu yana T.C. Hükümetlerinin Başbakanları ve... rücu eden ödetilmesi isteğiyle yaptıkları başvurunun reddine ilişkin ... tarihli işlemin iptali istemiyle açılmıştır... Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurularına bir engel bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum

⁴⁴ Dan. 11. D, 25.9.2007, E. 2007/6930, K. 2007/7002 (Kazancı); Çevre konusuyla ilgili vatandaşın açtığı bir davanın ehliyet yönünden kabulüyle ilgili bkz. Dan. 6. D, 2.3.2009, E. 2008/11449, K. 2009/1896 (Kazancı)

ödemek zorunda değildir... bu davada işin esasının incelenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir⁴⁵” diyerek sırf vergi mükellefi olması münasebetiyle herhangi bir vatandaşın bu davayı açabileceğine hükmetmiştir. Diğer bir karar ise Nazım Hikmet ile ilgilidir. Danıştay, “Dava, Şair Nazım Hikmet Ran'ın TC. Vatandaşlığından ıskatına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının geçersiz kaldığı ve uygulanamayacağı hususunun tespiti ile nüfus kaydında form düzenleterek ve düzenleyerek vatandaşlıktan ıskatın nüfus kütüğüne tesciline ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Nazım Hikmet Ran Türk dünyasının ve 20. Yüzyıl dünya edebiyatının en büyük şairlerinden olup, milletlerarası bir kurum olan UNESCO'nun, şairin 100. doğum yılı anısına 2002 yılını Nazım Hikmet Yılı ilan etmesi bu gerçeğin bir tasdiki olmaktadır. Nazım Hikmet'in Türk ve Doğu halklarının şiirini büyük ölçüde etkilemiş, şiirde yeni yollar açmış, geçmiş ve gelecek yüzyılların ebediyen yaşayacak bir klasiği olması itibarıyla, hakkındaki vatandaşlıktan ıskat kararının nüfus kütüğüne tesciline ilişkin işlemin iptali istemi ile açılan bu davada, davacının güncel menfaati bulunduğu gibi, adı geçen şairin, ulusal sınırları da aşarak dünya çapında kabul görmüş bir sanatçı olması nedeniyle, bir vatandaş olarak davacının kişisel ve meşru menfaatinin de ihlal edildiği anlaşıldığından, bakılan davada, davacının sübjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmek suretiyle davanın esasının incelenmesi gerekmektedir⁴⁶” diyerek vatandaş olmanın dava açmada menfaat ihlali için yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır.

4- İşlemin Yapıldığı Yerde Yaşıyor Olmak

Danıştay'ın semt ya da belde sakini olma sıfatıyla dava açmak için sübjektif ehliyetinin, daha doğrusu sırf semt ya da belde sakini olmanın menfaatini ihlal ettiği yönünde verdiği kararlar mevcuttur. İlgili kararlar incelendiğinde, Danıştay'ın özellikle, tıpkı 1994 tarihinde 4001 sayılı kanunla yapılan değişiklikte bahsi geçen “...çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere...” ibaresinde de olduğu gibi, imar, çevre ve kültürel değerler söz konusu olduğunda semt ya da belde sakini olma sıfatını, dava açmada menfaatin ihlal edilmesi için yeterli görmektedir. Nitekim bir kararında, “... mevkiî imar planı değişikliği

⁴⁵ Dan. 5. D, 3.6.2008, E. 2007/7369, K. 2008/3234 (Kazancı)

⁴⁶ DİDDGK, 6.10.2005, E. 2004/3, K. 2005/2371 (Kazancı)

işlerinin iptali istemiyle açılmış... işleminin iptali istemiyle belde sakini olarak davayı açtığı... gölün kirlenmesi dolayısıyla su ve çevre kirliliğinin artacağını ileri sürdüğü... Bu durumda, yürürlükte bulunan plana göre yapılaşmanın yerinde olup olmadığının incelenip karar verilmesi gerekirken, idare mahkemesince davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.⁴⁷” İlgili kararda çevre söz konusu olduğu için Danıştay menfaat ihlalinin gerçekleştiğine hükmetmiştir. İmar ile ilgili bir başka kararında ise yine benzer bir şekilde, “... mahallesi, ... sayılı taşınmazın imar planında değişiklik yapılmasına ilişkin belediye meclisi kararlarının iptali istemiyle açılmış...” mahkeme 1994 yılında 4001 sayılı kanunla yapılan ve Anayasa Mahkemesince iptal edilen⁴⁸ hükümde dahi çevre, tarihi ve kültürel değerler ve imar gibi kamu yararını ilgilendiren konuların ilgili değişiklikte ayrıksı tutulduğuna da atıfta bulunarak, “çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren konularda sübjektif ehliyet koşulunun, bu durum dikkate alınarak yorumlanması gerektiğine ilişkin Danıştay kararları yerleşik içtihat niteliği kazanmıştır. Bu saptamalar çerçevesinde uyumsuzluğa bakıldığında, imar planları kamu yararını ilgilendiren genel nitelikte düzenleyici işlemler olduğundan, semt sakini sıfatıyla menfaatinin ihlal edildiğinden bahisle dava açma hakkı bulunan davacının imar planı tadilatının iptali istemiyle açtığı bu davada dava açma ehliyetinin bulunduğu sonucuna varılmış, idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.⁴⁹”

Yine imar planı üzerine açılan bir davada Danıştay, davacının davasını semt sakini olması sıfatına değil, zilyetliğine dayandığından bahisle reddederek adeta davacıya yol göstermeye çalışmıştır diyebiliriz. İlgili mahkeme kararına değinerek bu bahsi kapatmak istiyoruz. “... parsel sayılı, mülkiyeti Hazine'ye ait taşınmazın arıtma tesisi alanı olarak ayrılmasına ilişkin belediye meclisi kararının ve bu işlemin değiştirilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddedilmesine ilişkin Belediye Başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılmış... mülkiyeti Hazine'ye ait olan bu taşınmazın zilyedi olduklarından bahisle bu davayı açtıkları ve dava açma ehliyetini belde sakini sıfatına değil, bu taşınmazın zilyedi olmaları nedeniyle ileride doğması ihtimali bulunan bir hak iddiasına

⁴⁷ Dan. 6. D, 15.12.1993, E. 1993/1858, K. 1993/5451 (Kazancı)

⁴⁸ AYM, 21/9/1995, E. 1995/27, K. 1995/47 (Kazancı)

⁴⁹ Dan. 6. D, 9.7.2003, E. 2003/1712, K. 2003/4221 (Kazancı)

dayandırdıkları...taşınmazın maliki olmayan davacıların beldenin arıtma tesisinin yer seçimi işlemine karşı dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı anlaşıldığından, uyumsuzluğun esasının incelenmesi suretiyle verilen idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.⁵⁰”.

5- Barolar

Barolar, yasal temelini Anayasanın 135. maddesinden alan ve “...belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen...” kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşudur.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 76. maddesinde ise barolar şöyle tanımlanmıştır. “Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.”Yine aynı Kanununun 95. maddesinin 21. bendinde ise baro yönetim kurulunun görevleri arasında, “Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak” düzenlenmiştir.

İlgili yasal düzenlemeler incelendiğinde baroların, idari yargıya özgü olan ve objektif olma özelliği ile meşhur iptal davalarına karşı dava açabilme noktasında, Danıştay içtihatları ışığında şu yorumu yapmak zor olmayacaktır. Tarih boyunca baroların dava açma ehliyeti kimi zaman geniş yorumlanmış, kimi zaman ise dar yorumlanmıştır. Baroların öteki meslek kuruluşlarına kıyasen gündemde daha çok yer almasının nedeni, kendisini *hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak* gibi ifadelerle her türlü hukuksuzluğa karşı menfaati ihlal edilebilen bir konumda görmesindedir.

⁵⁰ Dan. 6. D, 20.4.2005, E. 2004/6309, K. 2005/2411 (Kazancı)

Öncelikle ifade etmek gerekir ki barolar hemen her konuda idari yargıda iptal davası açma yoluna gitmişlerdir. Bu sebeple bu çalışmada bu davaların hepsini inceleme imkanı yoktur. Burada nispeten kamuoyunda çok fazla dillendirilen kararlara yer verilecektir.

"Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerde Yapılacak Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Yönetmelik" in 4. maddesinin, 5. maddesinin 2., 3., 4., 5. fıkralarının, 6. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin ve Geçici 1. maddesinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay... avukatlık mesleği ile ilgili bulunmayan, radyo ve televizyon yayınlarında halk arasında Türkçe dışında kullanılan dil ve lehçelerde yayın yapılmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Yönetmeliğin iptalini istemekte yukarıda sözü edilen anlamda menfaatinin bulunmadığı kanaatine ulaşıldığı... gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiştir.⁵¹" Bu kararda Danıştay "avukatlık mesleği ile alakası olmadığı için" radyo ve televizyon yayını ile ilgili uyuşmazlıkta baronun ehliyetli olmadığına karar vermiştir⁵². Bu kararın karşı oy yazısındaki ifadeler ise belki de olması gerekeni en iyi şekilde ifade etmektedir. "Açtığı iptal davası ile "menfaat" ilgisinin bulunup bulunmadığı hususunun, davacının idari faaaliyet karşısındaki tutumu, statüsü ve sıfatı belirlenerek, menfaat kavramı geniş anlamla tanımlanmak suretiyle belirlenmesi gerekir. Bakılan davada, Baro Başkanlığı hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak korumak ve kavramlara işlerlik kazandırmaya yönelik 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 76. ve 95/21. maddelerindeki görevine dayalı olarak hukukun üstünlüğü ve insan hakları ilkesini bertaraf edici nitelik taşıdığını öne sürdüğü Türk vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel olarak kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerde Yapılacak Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Yönetmeliğin iptali istemiyle dava açmıştır. Baro Başkanlıkları yürürlükte bulunan ilgili yasal düzenlemeler uyarınca, yargılama faaliyetinin savunma ayağını oluşturan avukatların meslek kuruluşu sıfatı nedeniyle, mesleki bir örgüt olmanın ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak işlevine de sahiptir.

⁵¹ DİDDGK, 17.3.2005, E. 2005/80, K. 2005/96 (Kazancı)

⁵² Baroların dava açma ehliyetinin olmadığı yönünde benzer yönde bir karar için bkz. DİDDK, E. 2006/4705, K. 2009/1863, T. 22.10.2009 (Kazancı); Yargıtay'ın baronun dava açma ehliyetini kabul etmediği farklı bir karar için bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2013/5359, K. 2013/7140, T. 10.05.2013 (www.hukukmedeniyeti.org)

Anılan işlevi nedeniyle de Baro Başkanlığının dava konusu yönetmelikle bir menfaat ilgisi olduğunun kabulü gerekir.”

Karar tarihleri incelendiğinde, yukarıda bahsi geçen karardan tam 20 gün sonra verilen bir başka karara bakıldığında ise Danıştay’ın baronun dava ehliyetine karşı (olmayan) tutumunu görmek pek mümkündür. İlgili dava, “Sağlık Bakanlığı Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin “Örgün Eğitim Dışına Çıkarma” başlıklı 41. maddesinin (d) bendinde yer alan “Fuhuş yapmak ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak” hükmü ile 46. maddesinde yer alan “Uyarma, Kınama ve Mahrumiyet cezalarına itirazda bulunulamaz” hükmünün iptali istemiyle açılmıştır.⁵³” Anlaşıldığı üzere dava kabaca öğrenci disiplin yönetmeliği ile ilgilidir. Bu davada Danıştay, “Kanunun Baro Yönetim Kurulunun görevlerinin sayıldığı 95. maddesinin 21. bendinde de, yönetim kurulunun, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğunun belirlenmiş olduğu, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmakla görevli bulunan Baronun, dava konusu Yönetmelik hükümleri ile Anayasanın eşitlik ilkesinin, kişinin dokunulmazlığı ilkesinin, özel hayatın gizliliği ilkesinin, kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesinin ihlal edildiğini, öğrenim özgürlüğünün engellendiğini öne sürerek bakılan davayı açtığı göz önünde bulundurulduğunda, iptalini istediği Yönetmelik hükümleri ile menfaat ilgisinin bulunduğu açık olduğu gerekçesiyle...” diyerek baronun ehliyetini kabul etmiş ve davayı incelemiştir. Dolayısıyla bu kararda Danıştay baronun mevzuattaki görevlerine atıfta bulunup açılan davanın “avukatlık mesleği ile ilgisini” tartışmamıştır. Bu iki davanın konusu ve verilen hüküm dikkate alındığında, ehliyet yönünden hukuka aykırılık görülmeyen ikinci kararın “toplum nezdinde infial yaratacak” bir konuda olduğu da dikkatten kaçmamalıdır. Dolayısıyla her ne kadar istemesek de Danıştay’ın bu fikirle yola çıktığını söylemek ne yazık ki zor değildir.⁵⁴

Gebze - Orhangazi - İzmir Otoyolu projesi için açılan iki davaya değinmek gerekmektedir. Burada yine Danıştay’ın baronun görev

⁵³ DİDDGK, 7.4.2005, E. 2003/417, K. 2005/234 (Kazancı)

⁵⁴ Danıştay’ın baroların dava açma ehliyetini kabul ettiği farklı kararlar için bkz. DİDDK, E. 2004/2163, K. 2004/788, T. 7.10.2004 (Kazancı); DVDDK, E. 1998/19, K. 1999/139, T. 26.2.1999 (Kazancı); Dan. 6. D, E. 2007/545, T. 20.5.2008 (Kazancı)

sorunsalıyla ilgili kafasının ne kadar karışık olduğunu görebiliriz. 2011 ve 2013 yıllarında verilen iki karardan birincisi kısaca Çevresel Etki Değerlendirmesiyle ilgili bir yönetmelik hükmünün iptali sebebiyle, ikinci ise yine projeye ilgili yargı kararının uygulanmaması nedeniyle açılmıştır. Danıştay ilk davayla alakalı olarak özetle, “*Baro Yönetim Kurulu'nun görevlerinin sayıldığı 95. maddesinde ise, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğu hükmüne yer verilmiştir...Baroların hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak konusunda yasal olarak yetkili kılındığı konusunda duraksama bulunmama ile birlikte, Baroların hukukun üstünlüğünü savunma görevinin avukatlık mesleğinin geliştirilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinden, Baronun avukatlık mesleğini ilgilendirmeyen ve avukatların ortak menfaatlerini koruma amacı dışında kalan işlemleri dava konusu etmesi durumunda, bu davaların sübjektif ehliyet koşulunun bulunmaması nedeniyle reddedileceği tabiidir*⁵⁵” diyerek baronun ehliyetinin olmadığına karar vermiş ve yine “avukatlık mesleğiyle alaka” içtihadını tekrar etmiştir. İkinci kararda ise yine özetle, “*Barolar, yargılama faaliyetinde bulunan avukatların bağlı olduğu meslek kuruluşu sıfatı ile, mesleki çalışmalarının yanında hukukun üstünlüğünü korumak ve savunmakla da yükümlü olduklarından, İzmir Barosu Başkanlığının, yargı kararının uygulanmadığını öne sürerek dava konusu işlemlerin iptali istemiyle açacağı davada menfaat ilgisinin olduğunun kabulü gerektiğinden, davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin Daire kararında hukuki isabet görülmemiştir*⁵⁶” diyerek ehliyetinin bulunduğuna karar vermiştir. Buradan çıkan sonuç ise; baronun (çevreyle ilgili olmasına rağmen⁵⁷)

⁵⁵ Dan. 14. D, 21.9.2011, E. 2011/13742, K. 2011/796 (Kazancı)

⁵⁶ DİDDGK, 25.12.2013, E. 2011/2123, K. 2013/4686 (Kazancı)

⁵⁷ Danıştay'ın herhangi bir yayınlanmış kararı olmamakla birlikte, (basından takip edildiği kadarıyla) Ankara Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisindeki park ve bahçelerde inşa edilen piknik alanlarında her türlü alkollü içecek içilmesinin yasaklanması ve bu yasağa uymayanlara müdahale edilmesi uygulamasının kaldırılması istemiyle başvuran davacı Ankara Barosu Başkanlığının talebinin cevap verilmemek suretiyle reddedilmesinin ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır... Ankara 9. İdare Mahkemesi davayı ehliyet yönünden kabul etmiş ve işlemi iptal etmiştir. Danıştay kararı ehliyetin olmaması nedeniyle bozmuş, ilk derece ilk kararında ısrar etmiştir. Şu an dava İdari Dava Dairesinde görüşülüyor. (Bu çalışma hazırlanırken karar

karayolu ile ilgili bir projenin usuli hükümlerine karşı dava açma ehliyeti yoktur. Ancak yine aynı projeyle ilgili alınan bir yürütmenin durdurulması kararı uygulanmamış⁵⁸ ve buna karşı dava açılmak isteniyorsa baronun dava açma ehliyeti mevcuttur.

6- İşlemin Yapıldığı Meskende Kiracı Olmak

Kiracının kiraladığı şeyle alakalı olarak ve bu sıfatı nedeniyle açtığı davalarda Danıştay, kiracının menfaat ihlalini genel itibariyle geçmişten günümüze kabul ettiğini söylemek güç olmayacaktır. Konuya yargı kararları ışığında baktığımızda, örneğin, "...kiracısı olduğu taşınmaz için, mal sahibi adına verilen inşaat ruhsatının iptali istemiyle açılan davanın, mal sahibi tarafından davacı aleyhine açılan tahliye davası sonucunda tahliyeye karar verildiği, Yargıtay'ca onanarak kesinleşen kararın icra edildiği... İhlal edilen menfaatin her halde maddi veya ekonomik olması gerekmediğinden, temyizen incelenen ısrar kararında belirtilen "davacının davaya devam etmekte hiç bir hukuki yararı kalmamaktadır. Çünkü dava sonucunda mahkememizce bir iptal kararı verilmiş olsa bile davacının tekrar kiracısı bulunduğu konutta oturmasına veya bir tazminat talebinde bulunmasına kesinleşen yargı kararları karşısında olanak yoktur." gerekçesi de yerinde değildir. Açıklanan nedenlerle, Danıştay Altıncı Dairesinin bozma kararına uyulmayarak davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin kararda ısrar edilmesi yerinde görülmediğinden davacının temyiz isteminin kabulü..."⁵⁹ne karar vermiştir. Kamulaştırma karşılığı kiracısı olduğu dükkânın idare tarafından takas olarak verilmesine ilişkin işlemin iptali için açılan davada Danıştay kiracının menfaatinin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁶⁰.

Başka bir kararda Danıştay, kiracısı olduğu taşınmaz ile ilgili malik tarafından hazırlanan ve koruma kurulunca düzeltilerek uygun bulunan restorasyon projesinin iptal edilmesiyle ilgili açtığı davada, "davacının, eski eseri korumaktan çok aleyhine açılmış olan tahliye davası sonucu tahliyesini önlemek ve 1981 yılından beri süregeldiği belirtilen kiracılık

yayınlanmadı)http://bianet.org/bianet/hukuk/151895-ankara-parklarındaki-alkol-yasagi-keyfi-bir-karar Erişim Tarihi: 20.12.15

⁵⁸ Yargı kararının uygulanmaması üzerine baronun menfaatinin ihlal edildiğinin kabul edilmesi üzerine başka bir karar için bkz. DİDDGK, 25.06.2014, E. 2012/2180, K. 2014/2784 (Kazancı)

⁵⁹ DİDDGK, 21.1.1988, E. 1987/47, K. 1988/3 (Kazancı)

⁶⁰ Dan. 6. D, 26.2.1990, E. 1990/55, K. 1990/169 (Kazancı)

ilişkinini devam ettirmek amacıyla, mülkiyet bağı da bulunmayan taşınmaza yönelik olarak bu davayı açtığı kanaatine ulaşıldığından, söz konusu taşınmazın kiracısı olan davacının, asıl malik tarafından hazırlatılan ve koruma kurulunca da düzeltilerek uygun bulunan restorasyon projesinin iptalini isteme konusunda, meşru bir menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken⁶¹” diyerek davayı açma sebebinin eseri korumak değil, tahliye davasından kurtulmak için olduğu için ehliyet yönünden reddine karar vermiştir. Kiracının dava açma sebebinin kiracılık ilişkisine dayandığı bir başka kararda ise Danıştay ehliyetin varlığını ve menfaatinin ihlal edildiğini ifade ederken, “...davacının taşınmaz ile kira sözleşmesinden kaynaklanan özel bir ilişkisinin bulunduğu, taşınmazın onarılması amacıyla masraf yaptığı, idare ile davacı arasında sulh protokolünün İmzalandığı, Samsun Büyükşehir Belediyesi'nin 12.03.2009 tarihli yazısında da taşınmazın kıyı kenar çizgisi içerisinde kalan dolgu alanı niteliğinde olduğunun belirtildiği hususları ve davacının diğer iddiaları dikkate alındığında dava konusu işlemle menfaat ilgisinin bulunduğu kabulü gerektiğinden⁶²” diyerek kiracının ilgili gayrimenkulün satılmasına ilişkin işleme karşı açtığı davada menfaatinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

Kiracısı olduğu yerin kamulaştırılması nedeniyle dava açan ve menfaatinin ihlal edildiğini öne süren kiracıya karşı Danıştay; “...belediyenin kendi mülkiyetinde bulunan bir taşınmazı üçüncü kişiye kamulaştırma karşılığı olarak vermesine ilişkin işleme karşı, taşınmazda aynı hak sahibi olmayan, kiracı sıfatını taşıyan davacının idari yargı yerinde dava açma olanağı sağlayan herhangi bir bağı, haklı ve geçerli bir nedeni olmadığı gerekçesiyle⁶³” dava açma ehliyeti olmadığına karar vermiştir. Nitekim 2001 yılında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 14. maddesinde 4650 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, dava açma hakkı

⁶¹ Dan. 6. D, 30.11.2004, E. 2003/1464, K. 2004/6125 (Kazancı)

⁶² Dan. 13. D, 1.7.2009, E. 2009/2640, K. 2009/7336 (Kazancı); Benzer yönde, “Yıkım kararı doğrudan yapıya yönelik olarak tesis edilen bir işlem olduğundan, adına işlem tesis edilen ve yapının maliki olan kişiler dışında, bu işlemde etkilenen kişiler tarafından da dava açılması olanaklıdır. Dava konusu işlemlerin icra edilmesi durumunda, bu yapıda kiracı olarak faaliyette bulunan davacı şirketin olumsuz etkileneceği açıktır” diyerek yine menfaat ihlalinin kiracı yönünden kabul etmiştir. Dan. 14. D, 18.4.2012, E. 2011/9654, K. 2012/2931 (Kazancı)

⁶³ Dan. 6. D, E. 1990/55, K. 1990/169, T. 26.2.1990 (Kazancı)

sadece malike tanınmıştır; “Kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından 10 uncu madde gereğince mahkemece yapılan tebligat gününden, kendilerine tebligat yapılamayanlara tebligat yerine geçmek üzere mahkemece gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal ve maddi hatalara karşı da adli yargıda düzeltim davası açılabilir.”⁶⁴”

SONUÇ

Dava açma ehliyeti ve özelde sübjektif ehliyet (menfaat ihlali) konusunda yukarıda anlatılanlardan sonra ortaya net bir biçimde sıralayabileceğimiz sonuçlar çıkarmayı umut ederdik. Ancak gerek mevzuatta yapılan değişikliklere gerekse Danıştay’ın vermiş olduğu kararlara bakıldığında; ne mevzuat ne de kararlar içtihat niteliğine ulaşabilecek süreklilikte ve olgunlukta değildir.

Mevzuatta yapılmak istenen düzenlemelere bakıldığında dava açma ehliyetine getirilmek istenen sınırlamalar malumdur. Bu noktada belki de söylenmesi gereken, menfaat ihlali noktasında mevzuatta yapılacak her düzenlemenin belirli sıkıntılara yol açabileceğidir. Bu sebeple bu alanla ilgili tasarrufu genel çerçeve çizdikten sonra yargıya bırakmak en doğrusu olacaktır. Bu fikri daha kuvvetli bir biçimde savunamamanın sebebi ise; verilen yargı kararlarında bir tutarlılığın hissedilememesidir.

Gerek dernekler gerekse barolar konusunda Danıştay hiçbir kural ve ilke gözetmeksizin aksi yönde kararlar verebilmiştir. Örneğin sendikalar konusunda Danıştay farklı yönde verilen kararlar ışığında içtihadı birleştirme kararı verme yoluna gitmiş ve içtihatları birleştirmiştir. Buna rağmen yukarıda anılan kararda da ifade edildiği üzere içtihadı birleştirme kararından sonra dahi sendikaların dava açma ehliyeti noktasında menfaatinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. İncelenen diğer menfaat grupları ise; kiracılar, semt-belde sakini, vatandaşır. Ve bahsi geçen bu gruplar içinde yine istikrarsız kararlara yer verilmiştir.

Kolektif işlemlere karşı muhalif kalanların dava açabilmesi için gerekli olan şartlar konusunda ise incelenen kararlar ışığında Danıştay’ın içtihat oluşturduğu gözlemlenmektedir. Menfaatin ihlal edilmesi için

⁶⁴ Kiracının dava açma ehliyeti ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. KAYA, Cemil; Kiracıların Sübjektif Dava Ehliyeti Konusunda Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. İl Han ÖZAY’a Armağan, C. 69, S. 1 – 2, Y. 2011.

gereken, menfaatin güncel olması noktasında ise farklı yönde verilen kararlar mevcuttur. Kimi kararlarında menfaatin dava açma sırasında var olmasını yeterli görürken, diğer bazı kararlarında ise dava açıldığı anda olan menfaati dava sonuçlanıncaya kadar aramıştır. Nitekim başka bazı kararlarda dava açma anında olmayan ve fakat ileride doğması muhtemel menfaati ise Danıştay korumamıştır.

“Özlenen odur ki, İdari Yargı, ne işin esasına girmek istemediği konuları sudan bir “menfaat” koşulu gerekçesine bağlı olarak başından atsın ne de bu kurumu bazı “dava hastası” kimselerin kişisel kaprisleri uğruna yargısal denetimi mekanizmasını işleyemez bir duruma getirme tutkularının bir tatmin aracı haline dönüştürsün⁶⁵”.

KAYNAKÇA

- ALTUNDİŞ**, Mehmet ; İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan; İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2015.
- DEMİRKOL**, Selami; Yasa Yapıcılar Yargı Yerlerinin Gerisinde, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 12, S. 1-3, 1991.
- DEMİRKOL**, Selami; İdari Yargılama Usulü'nde Ehliyet Olgusu (Sübjektif Ehliyet Bağlamında Menfaat İhlali Pratiğinin ‘Çevre Hakkı’ Duyarlılığı ile Bulduğu Yansıma)”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 15, S. 1, 2012.
- ERHÜRMAN**, Tufan; Çevre Davalarında “Menfaat İhlali”: Danıştay Ve Kktc Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 3, Y. 2011.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; Amerika Ve Türkiye’de İdarenin Kaza Denetlenmesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1961
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- HANAĞASI**, Emel; Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- KAPLAN**, Gürsel; Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, İÜHF M C. LXIX, S.1 -2, 2011.
- KARAHANOĞULLARI**, Onur; Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, Y. 2007

⁶⁵ ÖZAY, s. 155.

- KAYA, Cemil;** Kiracıların Sübjektif Dava Ehliyeti Konusunda Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. İl Han ÖZAY'a Armağan, C. 69, S. 1 – 2, Y. 2011.
- KAYA, Cemil;** İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlamı Ve Kapsamı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2008.
- KOÇAK, Mustafa;** Hukuk Devleti Kavramı Açısından İdari İptal Davalarında Menfaat İhlali veya Hak İhlali Koşulu, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 10, S. 1 – 3, 1996
- OKAY, Suphi N.;** İdare Davalarında Görev Ve Yetki, Dava Ve Husumet Ehliyeti Süreşımı Ve Mercî Tecavüzü Meseleleri – Danıştay Karar ve İçtihatları, Kanaat Basımevi, Ankara 1946.
- ONAR, Sıddık Sami;** İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III.
- ÖZAY, İl Han;** Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- ÖZDEK, Yasemin;** İptal Davalarında Menfaat Koşulu, Amme İdaresi Dergisi, C. 24, S. 1, 1991.
- TEKİNSOY, Ali Orhan;** İptal Davaları ve Dava Ehliyeti, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001.
- YILDIRIM, Turan;** İdari Yargı, 2. Baskı, Beta Yayını, 2010.
- YÜCESOY, Ayşe Aslı;** İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat (İdari Yargıda Sübjektif Dava Ehliyeti Koşulu), Seçkin Yay., Ankara 2016.
- Danıştay Altıncı Daire Kararları (1965-1977), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu, Ankara, 1979.

www.kazanci.com

www.bianet.org

www.hukuk.istanbul.edu.tr

www.hukukmedeniyeti.org

www.danistay.gov.tr

www.kararara.com

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA MALVARLIĞI HAKLARININ KORUNMASINDA TİCARET ŞİRKETİ ORTAKLARININ BAŞVURUCU SIFATININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE TÜZEL KİŞİLİK PERDENİN KALDIRILMASI TEORİSİ

Ozan CAN*

Özet

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bazı kararlarında, gerçekte ticaret şirketinin mağdur olduğu durumlarda şirket yerine ortakları da başvuru olarak kabul etmektedir. Bu, şirketler hukukunda sıklıkla uygulanan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya tüzel kişilik perdesinin aralanması olarak nitelendirilen durumdan başka bir şey değildir. Mahkeme, malvarlığı haklarına yönelik müdahalelerde istisnai olarak buna izin vermektedir. Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile birlikte ortağa başvuru sıfatının tanınması mağdurluk sıfatının genişletilmesi niteliğinde değerlendirilmemelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ticaret şirketi ortaklarının da dolaylı yönden zarara uğradığı hallerde ortaklara başvuru sıfatını tanınması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek 1 numaralı protokolde tanınan hakların etkin şekilde korunmasında önemli bir işleve sahiptir.

Anahtar Sözcükler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mülkiyet Hakkı, Şirketler Hukuku, Ticaret Şirketleri, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi.

THE EVALUATION OF THE APPLICANT STATUS OF THE COMMERCIAL COMPANY PARTNERS FOR PROTECTING THE PROPERTY ASSETS RIGHTS WITHIN THE CONTENT OF EUROPEAN HUMAN RIGHTS CONVENTION AND THE REMOVAL THEORY OF THE CORPORATE ENTITY CURTAIN

Abstract

The European Human Rights Court has accepted the shareholders instead of the company itself during some decrees when the commercial company has in fact suffered. In the Code of Companies. This is nothing else but to remove or to slightly open the door of the corporate entity curtain. Said court permits this procedure as an exception during interventions against property rights. However, the recognition of applicant status to the shareholder should not be evaluated as an extension of a sufferer condition or an unjust treatment status through removal of the corporate entity curtain. The recognition of applicant status to the shareholders by the European Human Rights Court under conditions

* Yrd. Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

when the commercial company shareholders induce indirect losses and therefore said court has a significant function in efficient protection of the rights which are granted by European Human Rights Court and the protocol issued in Annex 1.

Keywords: European Human Rights Court, Property Rights, Code of Companies, Commercial Companies, Theory regarding the removal of the corporate entity curtain.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesinde, mülkiyet hakkının ihlaline karşı tüzel kişilerin dava açma hakkı tanınmıştır. Tüzel kişilere bu hakkın tanındığı bir aşamada ortakların başvuru sıfatı söz konusu olmayacaktır. Başka bir ifadeyle, tüzel kişinin haklarına müdahale durumunda ortakların veya üyelerin husumet ehliyeti bulunmamaktadır. Bu durum tüzel kişiliğin, onu oluşturan gerçek kişilerden ayrı ve bağımsız bir malvarlığı ile hak ve borçlara ehil olmasının sonucudur.

Bu çalışmada tüzel kişilerden olan ticaret şirketlerinde tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı ve dolayısıyla tüzel kişinin mağdur olduğu hallerde ticaret şirketi ortaklarının başvuru sıfatına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları incelenecektir. Çalışmamızda öncelikle AİHS kapsamında malvarlığı hakları, başvuru sıfatını haiz olanlar, ticaret şirketlerinin söz konusu olduğu hallerde ortakların davacı sıfatı, yani tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi ve son olarak AİHM nezdinde örnek kararlar incelenecek ve ulaşılan kanaatimiz sonuç kısmında ortaya konulacaktır.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA MALVARLIĞI HAKLARI

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin açıkladığı hakların evrensel ve etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını hedefleyen¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak bu tarihli sözleşme, mülkiyet hakkına ilişkin olarak bir kural içermemekte idi². Mülkiyet hakkına ilişkin olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi'ne yollama yapılarak sorunun çözümü hususunda

¹ Bkz. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin Giriş Metni. (Türkçe tüm metin için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf) (E.T.: 12.5.2015).

² Güney Dinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007, s. 5.

uzlaşma sağlanamaması üzerine, mülkiyet hakkını da sözleşme kapsamına almak amacıyla 20 Mart 1952 tarihinde imzalanan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya İlişkin Ek Protokol yeterli onaylar sağlandıktan sonra, 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir³.

Türkiye, 19 Mart 1954 günlü ve 8662 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6336 sayılı yasa ile AİHS’yi, Ek 1 numaralı protokol ile birlikte onaylamak suretiyle mevzuatına kazandırmıştır. Ek protokolün mülkiyetin korunması başlığını taşıyan 1. maddesi şu şekildedir:

Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.

Sözleşme ve ek protokolün sağladığı korumadan yararlanabilmesi için, koruma altına alınan haklar nedeniyle ulusal düzeyde oluşan hukuk uyumsuzluklarının kesinleşen yargısal sonuçları, doğrudan doğruya veya koşulları varsa, Sözleşmenin 6. maddesinin birinci bendinde anılan, *medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklar* bağlamında AİHM’nin incelenmesine sunulmak zorundadır.

Dolayısıyla ek protokolün 1. maddesi ve sözleşmenin 6. maddesi bağlamında özel hukuk kişileri arasındaki parasal içerikteki tüm davalar, ticari ve iş hukuku ilişkileri, sözleşmelerden ve aile hukukundan kaynaklanan davalar, tazminatlar ve elde edilmiş mülkiyet hakkının kullanımı alanına girmektedir⁴.

Sözleşme ve ek protokol kapsamında mal ve mülk kavramı, dolayısıyla mülkiyet hakkı geniş şekilde yorumlanmaktadır. Bu bağlamda taşınır veya taşınmaz üzerindeki mülkiyet her koşulda mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilirken, ayrıca patentler, tahkim kararları, emeklilik

³ Dinç, *Malvarlığı Hakları*, s. 5.

⁴ Dinç, *Malvarlığı Hakları*, s. 26. Ayrıca medeni hak ve yükümlülüklerle bağlantılı olarak mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen uygulamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güney Dinç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma Hakkı*, İzmir Barosu Yayınları, İzmir 2006, s. 11 vd.

maaşları, kira hakları gibi bütün maddi haklar da buna dâhildir⁵. Yine, konumuz bağlamında, hisseler, yani şirketteki ortaklık payları da mülkiyet hakkı⁶ çerçevesinde kabul edilmekte ve korunmaktadır⁷. Hatta mahkeme, sadece fiziki malların mülkiyeti ile sınırlı bir anlamı kabul etmemektedir⁸. Hak veya menfaatin sözleşme ve protokol kapsamında mal ve mülk sayılabilmesi için ekonomik ve hesaplanabilir bir değere sahip olması yeterlidir⁹. Dolayısıyla fiziki olarak şirket hisselerinin bulunması dahi önem taşımamaktadır. Önemli olan şirketteki ortaklık statüsünün varlığıdır. Fakat şu unutulmamalıdır ki şirket ortaklarının her ne kadar ortaklıktan kaynaklı mülkiyet hakkı söz konusu olsa da şirkete yönelik bir işlem nedeniyle şirketin zarara uğradığı bir durumda, tüzel kişiliğin varlığı nedeniyle¹⁰ ortaklar, şirket adına dava açamamaktadır. Şirketin zararında şirket dava açmak suretiyle zararı önlemekte ve ortağın dolaylı zararı da bu çerçevede karşılanmaktadır¹¹.

II. AİHS KAPSAMINDA BAŞVURUCU SIFATI

AİHS'nin 34. maddesinde başvuru sifati hükme bağlanmıştır. Buna göre, “*İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Taraf Devletlerden biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında*

⁵Monica Carrs- Frisk, *Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, TBB Yayınları, Ankara 2005, s. 6.

⁶AİHS ve Ek 1 numaralı Protokol kapsamında mülkiyet hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul 2009; H. Gürbüz Sarı, *AİHS Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, Beta, İstanbul, 2006.

⁷ Bir ticaret şirketinin hissesi/payı üzerindeki mülkiyetin Ek Protokolün 1. maddesi kapsamına girdiği Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından 1982'deki 8588/79 ve 8589/79 Başvuru numaralı *Bramelid ve Malmström/İsveç*, davasında açıkça kabul görmüştür.

⁸Carrs-Frisk, s. 37.

⁹ Said Vakkas Gözlügöl, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi*, Ankara 2002, s.228.

¹⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, adi şirketin tüzel kişiliği bulunmadığından ortaklar, mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle doğrudan doğruya başvuru sifatiğine sahiptir.

¹¹ Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 128. maddesinin 7. fıkrasında, sermaye borcunu yerine getirmeyen ortağa yönelik olarak sadece şirketin dava açabileceği düzenlenmiştir. Bu durum aslında tüzel kişiliğin varlığının bir sonucudur (ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 2. Bs., Ankara 2013, s. 60; İsmail Kırca, Çelik Şehirli, Hayal Feyzan, Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1*, Ankara 2013, s. 357 vd.).

bulunan her hakiki şahıs, hükümet dışı her teşekkül veya her insan topluluğu Mahkemeye başvurabilir. Yüksek Taraf Devletler bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.”

AIHS, gerçek kişileri, hükümet dışı her teşekkülleri ve hükümet dışı her insan topluluğunu başvuru sıfatı olarak tanımıştır. Ek protokolün 1. maddesinde de, her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı bulunduğu belirtilmek suretiyle başvuru olarak gerçek ve tüzel kişiler sayılmıştır. Dolayısıyla AIHS ve Ek Protokol başvuru sıfatı bakımından paralel bir düzenleme sergilemektedir.

Aşağıda başvuru sıfatına sahip olanları konumuz çerçevesinde kısaca ele alacağız.

A. GERÇEK KİŞİLER

AIHS'nin 34. maddesinde, açıkça, tüm gerçek kişilere mahkemeye başvuru hakkı tanınmıştır. Bu bağlamda, gerçek kişinin, ihlalcı devletin vatandaşı olup olmaması, başka bir taraf devletin veya taraf olmayan bir devletin vatandaşı olması, vatansız olması, mülteci olması veya söz konusu kişinin ihlalcı devletin ülkesinde yasa dışı koşullar altında bulunması, başvurusu açısından önemli değildir¹². Ancak kural olarak, tüzel kişi içinde ortak veya üye sıfatına sahip olunan hallerde tüzel kişiliğe yönelik müdahalelerde gerçek kişi ortakların dava hakkı bulunmamaktadır¹³.

B. TÜZEL KİŞİLER

AIHM nezdinde başvuru sıfatı olarak tüzel kişiler de kabul edilmektedir. Ancak AIHS, tüzel kişiler ibaresini kullanmamış bunun yerine *hükümet dışı kuruluşlar* ibaresine yer vermiştir. Sözleşmenin 34. maddesindeki “hükümet dışı kuruluşlar” ifadesinden özel hukuk tüzel kişiliğine sahip şirketleri, siyasal partileri, sendikaları, vakıfları, dernekleri, meslek kuruluşlarını anlamak gerekir¹⁴.

Mülkiyet hakkına ilişkin ek 1 protokol bakımından tüzel kişiler bağlamında başvuru olarak dernekler, vakıflar ve ticaret şirketleri başta

¹²Mehmet Akif Poroy, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu Ve Mağdurluk Statüsü*, TBB Dergisi, S. 66, Yıl 2006, s. 123.

¹³Carrs-Frisk, s. 20

¹⁴Poroy, s. 123.

gelmektedir. Bu durum tüzel kişiliğin hak ve borçlara ehil olmasından hukuk düzeni tarafından ona kişilik tanınmasından kaynaklanmaktadır.

III. BAŞVURUCU OLARAK TİCARET ŞİRKETLERİ

Yukarıda ticaret şirketlerinin başvuru olarak kabul edildiğini ifade ettik. Bunun temel nedeni, şirketlerin tüzel kişiliğinin varlığının kabul edilmesi ve bu tüzel kişiliğin malvarlığı hakları üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmasıdır. Başka bir deyişle, esasında, şirketler hak ve borçlara ehil olup, şirketin edindiği mal üzerindeki mülkiyet, yani ortaklık malvarlığı şirkete aittir¹⁵. Ortakların malvarlığı üzerinde doğrudan bir hakkı bulunmamaktadır.

Ancak ticaret şirketini oluşturan ortaklar, gerçek kişi kapsamına girse de, şirketin taraf olduğu ihlallerde sadece ticaret şirketi dava açabilmektedir. Diğer yandan unutmamak gerekir ki, ticaret şirketleri her ne kadar TTK açısından tüzel kişi tacir olsa da ortakların şirket payları/hisseleri üzerindeki hakkı malvarlığı hakkı olarak değerlendirilmektedir. Bu açıdan hisseler mülkiyet hakkı kapsamındadır. Doğrudan doğruya hisselerle yönelik bir ihlal durumunda ise ortaklar başvuru olarak kabul edilebilmektedir. Örneğin devletin bir işlemi veya eylemi nedeniyle ortağın hisse senedinin değerinin aşırı derecede düşmesi veya ortadan kalkması gibi. Ancak yine ifade etmek gerekir ki ticaret şirketi ortağının tüzel kişi olduğu hallerde ise bu tüzel kişi ortak şirketin ortaklarının dava açması söz konusu olmayacaktır.

IV. BAŞVURUCU OLARAK TİCARET ŞİRKETLERİ ORTAKLARININ KABULÜ

Ek protokolün 1. maddesinde zikredilen tüzel kişiler içine ticaret şirketleri girmektedir. Bu kapsamda tüzel kişiler olarak şirketler, malvarlıklarına yönelik müdahalelerde hak talebinde bulunabilir. Dolayısıyla kural olarak ortaklara bir şirketin malvarlığındaki kayıplar ve zararlar nedeniyle doğrudan yargı yerlerine başvuru kabul görmemektedir. Ancak bunun istisnası *şirket örtüsünün delinmesi* başka bir deyişle *tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında* söz konusu olmaktadır.

AIHS'nin Sözleşmenin 34. ve Ek Protokolün 1. maddesi uyarınca, başvuru ancak sözleşme ve protokollerinde belirtilen haklarının taraf devletçe ihlâl edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden gerçek ve

¹⁵Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 10. B., İstanbul 2005, s. 98.

tüzel kişiler olmakla birlikte burada tüzel kişi ortaklarının kabulü ile teknik anlamda mağdurluk kavramı genişletilmemektedir. Çünkü mağdurluk sıfatının genişletilmesi sözleşmenin bir veya daha fazla maddesinin ihlaline ilişkin şikâyetlerin gerçek mağdur tarafından yapılmasının gerekliliğini belirten ilkenin bazı hallerde mağdur dışındaki kişilerce yerine getirilmesidir¹⁶. Mağdurluk sıfatının genişletilmesinin amacı, sözleşmenin geneli açısından bireysel hak ve özgürlüklerinin güvencesinin etkin bir şekilde yerine getirilmesi, kişi hak ve özgürlüklerinin mümkün olduğu ölçüde korunmasını sağlamaktır¹⁷. Her ne kadar tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesinde de temel amaç bu olsa da tüzel kişilik perdenin kaldırılması ilkesinde bu anlamda mağdurluk sıfatının genişletilmesi söz konusu değildir. Tüzel kişinin ortakları doğrudan zarara uğramış olmasa da tüzel kişinin hareketsiz kaldığı bir aşamada ortakların mağdur sıfatıyla dava açması halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gündeme gelmektedir.

A. ORTAKLARIN BAŞVURUCU OLARAK KABUL EDİLMESİNE DAYANAK BAKIMINDAN PERDENİN KALDIRILMASI TEORİSİ

Hukuk sistemlerince tüzel kişilik varsayımının kabulü ile birlikte üçüncü kişilere karşı tüzel kişilik ve bu tüzel kişiliği oluşturan kimselerin sorumluluğu gündeme gelmiş, özellikle sınırlı sorumluluk ilkesinin ekonomik hayatta getirdiği serbest hareket alanının doğurduğu sakıncalar tüzel kişiliği oluşturan ortaklarının da belli koşullarda sorumlu olması ile

¹⁶ Poroy, s. 126. Örneğin, “Y.F./Türkiye davasında başvuran, eşinin zorla jinekolojik muayeneden geçirilmesinin özel hayatın korunması hakkındaki sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmesine neden olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, hükümetin davanın hiçbir aşamasında başvuranın eşi adına şikâyette bulunmasını tartışmadığına dikkat çekmiş ve mağdurun yakın bir akrabası olarak eşinin, özellikle bu davanın özel şartlarında eşinin içinde bulunduğu hassas durum göz önüne alındığında, sözleşme maddelerinin ihlali hakkında başvuru yapmaya hakkı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme davanın mağdurluk statüsü hakkındaki durumu bakımından İlhan/Türkiye Kararı’na atıfta bulunmuş ve bu dava ile ilgili olarak, mağdurluk kavramını genişletmiştir”(Karara ilişkin değerlendirmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Poroy, s. 127; 22.7.2003 tarihli (24209/94) Y.F /Türkiye kararı). Bu tür mağdurluk sıfatının genişletildiği bir dava için bkz. 27.6.2000 tarihli (22277/93) İlhan-Türkiye kararı bkz.,www.echr.coe.int. (E.T.: 02. 01. 2016).

¹⁷ Poroy, s. 132.

bertaraf edilmeye çalışılmıştır¹⁸. Ticari hayatta ticaret şirketlerinin kuruluşu ile birlikte gündeme gelen ortaklıkta sınırlı sorumluluk ilkesinin bilinçli bir şekilde alacaklıların menfaatlerine zarar verecek şekilde kötüye kullanılması ihtimaline karşı alacaklıların haklarını korumak amacıyla *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması veya Aralanması* (Durchgriff) teorisi ortaya atılmıştır¹⁹. Bu teorinin özü, tüzel kişiliğin arkasına sığınarak tüzel kişiliği kötüye kullanan ortakları sorumlu tutma imkânının sağlanmasıdır.

Perdeyi kaldırma teorisi Alman hukuku başta olmak üzere Fransa ve ABD hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir²⁰. Örneğin, Fransa’da bir yabancı, yabancılara yasaklanmış ticari faaliyette bulunabilmek için, şirket tüzel kişiliğini kullanmak üzere bir ortaklık kurulması veya tek kişi ortaklığında tacirin kendi sorumluluğunu sınırlandırmaya çalışması hallerinde ABD ve Fransız hukuklarında ortağın sorumluluğu ve iflası yollarına da gidilmektedir²¹. Günümüzün gelişen ekonomik ilişkiler karşısında sadece şirketler hukukunda değil, birçok hukuk alanında bu ilkenin uygulandığına tanık olunmaktadır. Örneğin, bankacılık, kamu ihale, iş hukuku gibi birçok hukuk alanında perdenin kaldırılması teorisinin uygulama bulmaktadır²².

B. AİHS HUKUKU BAĞLAMINDA TEORİNİN GELİŞİMİ VE UYGULANMASI

1 numaralı protokolün 1. maddesinde tüzel kişilerin başvuruca sıfatına sahip olduğu belirtilmiştir. Bunu, maddenin her hakiki ve hükmü şahıs ibaresinden açıkça anlamaktayız.

Tüzel kişiler ve bu arada ticaret şirketleri²³ malvarlığına yönelik müdahaleler konusunda hak talebinde bulunabilirler. Ancak konumuz

¹⁸ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesinin getiriliş amaçları konusunda ayrıntılı bilgi için Sermaye “Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna Emrullah Kervankıran, *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*”, *EÜHFD*, C. XI, S. 3–4 (2007), 463 vd.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülören Tekinalp, Ünal Tekinalp, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, *Reha Poroy’a Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1995, s. 387 vd.

²⁰ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 98.

²¹ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 98.

²² Erol Ulusoy, “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, İstanbul 2008, s. 351 vd.

²³ Ticaret şirketleri, TTK’nin 124. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, kolektif, adi komandit, sermayesi paylara bölünmüş, komandit, anonim ve kooperatif şirket olarak

bağlamında belirtmek gerekirse, kural olarak ticaret şirketlerinin ortakları şirketin mal varlığındaki bir kayıp ve zarar nedeniyle doğrudan doğruya müracaat hakkına sahip değildir²⁴. İşte ticaret şirketinin muhatap olduğu bir uyuşmazlık nedeniyle ortakların zarara uğradığı hallerde zarar gören ortakların dava açabilmesinin tek istisnası tüzel kişilik perdesinin aralanması veya kaldırılması, şirket örtüsünün delinmesi hallerinde tanınmaktadır²⁵. Ancak peşinen belirtmek gerekir ki tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi istisnai hallerde uygulama bulmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini kabul eden AİHM, şirketin kendi organları veya tasfiye memurları eliyle hak iddiasında bulunulmadığı hallerde ortakların başvurusunu kabul etmektedir²⁶.

AİHM tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bağlamında önüne gelen ilk olayda, başvuruçular, Atina’da bir bira fabrikasında hissedar olup, bira fabrikasının bilinen parasal sorunlarını aşabilmek için iki arsayı satma kararı aldıktan sonra, Atina Konseyi arsayı kamulaştırmak için önlemler almaya karar vermiştir. Bunun üzerine bira fabrikası tasfiyeye gitmiş ve belirlenen tasfiye görevlileri dava yoluna gitmemiştir. Daha sonra başvuruçular gerçek kişi ortak, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na dilekçe göndererek alınan önlemlerin 1 numaralı protokolün 1. maddesinin ihlali olduğunu ileri sürmüştür. AİHM bu uyuşmazlıkta tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesini tartışmış ve ancak zorunlu koşullar altında, şirketin esas sözleşmesi uyarınca belirlenmiş organlar veya tasfiye memurları yoluyla hak iddia etmesinin olanaksız olduğunun açıkça belirlendiği durumlarda mümkün olacağını belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM, bu ilkeyi tanımakla birlikte bu koşulların somut olayda olmadığından bahisle başvuruya reddetmiştir²⁷.

AİHM, 2003 yılında önüne gelen diğer bir olayda (Creditandustrial bank v. The Czech Republic) ilk uyuşmazlığın aksine perdenin kaldırılması ilkesini kabul etmiştir. Çek Cumhuriyetinin davalı

belirlenmiştir. Adi şirketin ise, tüzel kişiliği bulunmamaktadır ve ticaret şirketi değildir. Avrupa hukukunda da bu şirket türleri aynı niteliktedir.

²⁴Carrs-Frisk, s. 20.

²⁵Marius Emberland, “The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *ZaöRV* 63 (2003), s. 945 vd.

²⁶Carrs-Frisk, s. 21.

²⁷Bkz. Agrotexim-Yunanistan davası, 1995. Ayrıca karar bağlamında başvuruçular ve mağdurluk sıfatına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Emberland, s. 945 vd.

olduğu bir uyuşmazlıkta Kredi ve Endüstri Bankasına devlet tarafından el konulmuş ve yönetim tamamen değiştirilmiştir. Bu işleme karşı bankanın önceki başkanı ve yöneticileri ile ortakları el koyma işlemine karşı dava açmışlar, Çek yargısı davacıların artık bankayı temsil etmedikleri ve dava açma yetkilerinin olmadığını ileri sürerek talepleri reddetmiştir. Yine AİHM önünde Çek Hükümeti, davacıların zarar gören kavramına girmediklerini ileri sürmüştür. Bunun üzerine AİHM, bankanın tüzel kişiliğinin devam ettiğini, başvuruçuların zorunlu yönetim atanması ile engellendiklerini, bankanın yalnızca zorunlu yönetimce temsil olunabileceğini kabul etmenin bireysel hak arama özgürlüğünü yararsız duruma düşüreceğini, eski yönetici ve ortakların çoğunluğunun bankanın yararına olan ve geçerli bir başvuru yaptığını kabul etmiştir. Yine kararda dikkati çeken olay, devletçe el konulan bir bankanın bu işleme karşı açtığı davaların yine devletçe atanan yöneticiler eliyle yürütülmesinin sakıncalarını dile getirmiştir.

Sonuç olarak her iki uyuşmazlıkta AİHM, şirket tüzel kişiliği söz konusu iken, ortakların da dava hakkını tanımış olmaktadır. Bu yönüyle mahkeme, şirketler hukuku öğretisinde kabul edilen ilkeyi uygulamayı benimsemiştir. Ancak Mahkeme, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolunu istisnai olarak tanımış olup²⁸ özellikle tüzel kişiliğın dava hakkının kullanılmasında bir engel niteliği taşıdığı hallerde söz konusu olacağını kabul etmiştir. Asıl olan tüzel kişilik yapısının korunması olduğundan²⁹ perdenin kaldırılması istisnai hallerde, ortakların AİHS kapsamında menfaatlerinin korunması için kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan başka bir yol bulunmadıkça mümkün olmaktadır.

²⁸Carrs-Frisk, s. 20.

²⁹Kervankıran, s. 472.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, istisnai nitelikte olmak üzere tüzel kişinin doğrudan zarara uğradığı hallerde şirket ortaklarının da mağdurluk sıfatını kabul etmekte ve onları başvuru olarak kabul etmektedir. Aslında şirketlerin doğrudan zararı, ortakların dolaylı zararı olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü şirketin zararı nihayetinde ortakların mal varlığı yönünden zarara niteliğindedir. Mahkemenin ticaret şirketleri ortaklarının da başvuru sıfatını kabul etmesi mağdurluk sıfatının genişletilmesi anlamına gelmemektedir. Tüzel kişi ortaklarının başvuru olarak kabulü şirketler hukuku alanında uygulanan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya aralanması uygulaması niteliğindedir. Mahkeme bunu mülkiyet hakkının etkin şekilde korunması bakımından kabul etmiş ve uygulamıştır. Ancak mahkeme bunu çok istisnai hallerde ve özellikle tüzel kişiliğin dava hakkının kullanılmasında bir engel niteliği taşıdığı hallerde uygulama eğilimindedir. Bu eğilimin doğru bir yaklaşım olduğu değerlendirilmektedir. Aksi takdirde tüzel kişiliğin bir anlamı kalmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Carrs- Frisk, Monica, *Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, TBB Yayınları, Ankara 2005.
- Dinç Güney, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 124, Ankara 2007 (Anılış: Malvarlığı Hakları)*.
- Dinç Güney, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma Hakkı*, İzmir Barosu Yayınları, İzmir 2006.
- Emberland Marius, "The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights", *ZaöRV* 63 (2003), s. 945 vd.
- Gemalmaz H. Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul 2009.
- Gözlügöl Said Vakkas, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi*, Ankara 2002.
- Kervankıran Emrullah, "Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", *EÜHFD*, C. XI, S. 3-4 (2007), 453 vd.
- Kırca İsmail, Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, Manavgat Çağlar, *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1*, Ankara 2013.

- Poroy Mehmet Akif, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü”, *TBB Dergisi*, S. 66, Yıl 2006, s. 121 vd.
- Poroy Reha, Tekinalp Ünal, Çamoğlu Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 10. B., İstanbul 2005.
- Pulaşlı Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 2. Bs., Ankara 2013.
- Sarı H. Gürbüz, *AİHS Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, Beta, İstanbul, 2006.
- Tekinalp Gülören, Tekinalp Ünal, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, *Reha Poroy’a Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1995, s. 387 vd.
- Ulusoy Erol, “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu*, İstanbul 2008, s. 351 vd.

Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Mevzuat Değişikliklerinin Zaman Bakımından Uygulanması ve Yürütmenin Durdurulması Kararına Etkisi

Beşir Fatih DOĞAN*

Özet

Elektrik piyasasının temel mevzuatı olan 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa göre elektrik üretim faaliyeti de dâhil olmak üzere, tüm piyasa faaliyetlerinde lisans alma zorunluluğu vardır. Kural bu olmakla birlikte, kanunda tahdidi olarak sayılan bir takım üretim faaliyetinde bulunacak gerçek veya tüzel kişilere lisans alma yükümlülüğü olmaksızın kendi ihtiyacını karşılamak üzere üretim faaliyetinde bulunma imkânı verilmiştir.

Lisanssız elektrik üretiminin düzenlendiği, Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmelikte ve Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğ'de Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından başvuru ve değerlendirme usûl ve esaslar ile bunlara ilişkin kriterlerde kapsamlı değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklikler, şebeke işletmecisi ile lisanssız elektrik üretimi başvurusunda bulunan kişi arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, başvuru sahibi lehine verilen yargı kararlarının, özellikle de yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmasında hukukî problemler doğurmuştur. Gerçekten de, böyle bir yargı kararı karşısında, mülga mevzuat hükümleri mi yoksa yeni mevzuat hükümleri mi uygulanacağı sorunsalı baş göstermektedir. Ayrıca yapılan bu kapsamlı mevzuat değişikliğinden bağımsız olarak ilgili şebeke işletmecisi ile başvuru sahibi arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüm merciinin tespiti de uygulamada ortaya çıkan problemlerden bir diğeridir.

Anahtar Kelimeler: Lisanssız elektrik üretimi, görevli yargı kolu, yürütmenin durdurulması, hukuki güvenlik, kazanılmış haklara saygı, imkânsızlık.

Legislative Amendments Concerning the Unlicensed Electricity Generation, the Implementation of Ratione Temporis and the Impact on Stay of Execution

Abstract

The fundamental legislation for the electricity market is 6446 numbered Code of Electricity Market. There is a requirement to get a license for all market activities including the production of electricity. These activities can be carried out by stock

* Doç. Dr. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

corporations. The conditions to obtain a license as well as the rights and obligations of the licensee is governed by the Electricity Market License Regulation. 6446 numbered Code also gives the opportunity to produce electricity without the requirement for obtaining a license. The objective of this is to meet the electricity need for consumers from the nearest production plant to the consumption site and to bring in small scale production plants to the country economy in obtaining security of supply. In this way, the efficient use of resources is achieved and the loss amount from the electricity network is decreased. The ones who can produce electricity without a license do so in order to meet its own electricity needs.

Detailed provisions for unlicensed electricity production is within the Unlicensed Electricity Production in the Electricity Sector Regulation and the Annunciation for the Implementation of this Regulation. In these secondary legislation, an extensive change has been made for the application and evaluation methods and merits by the supervisory and regulatory authority of the energy market which is the Republic of Turkey Energy Market Regulatory. In the conflicts between network operators and unlicensed electricity production applicants; these changes has led to legal problems in enforcement of the judgements which are given in favor of the applicant and especially the judgement to suspend execution. In all honesty, should the abrogated legislation provisions or should the new legislation provisions be implemented for these judgements. Additionally; independent from this extensive legislation change, another problem in the enforcement is the determination of the authority which has the jurisdiction to solve the problem in conflicts between the associated network operator and the applicant.

Keywords: Unlicensed electricity production, competent branch of the judiciary, suspension of execution, legal security, respect for acquired rights, impossibility.

Giriş

Üretim faaliyetinde bulunacak kişilerin lisans¹ alma ve sermaye şirketi olarak kurulma zorunluluğunun istinası lisanssız elektrik üretimidir (6446 sayılı Kanun m. 14). Lisanssız elektrik üretimi Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmelik²'te (Yönetmelik) ve. Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğ³,de (Tebliğ) düzenlenmiştir. Uygulamada, lisanssız elektrik üretiminde uyuşmazlıkların büyük bir bölümü, lisanssız elektrik üretimi başvuru sahiplerinin teknik ve esasa ilişkin kriterlere sahip olup olmadıkları hususunda ortaya çıkmaktadır. Uyuşmazlıklar,

¹ Lisansın bir izin veya ruhsat olup olmadığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖNEN, Yakup: Türkiye'de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü, Ankara 2011; KARAKILIÇ, Hasan: Hukukî Açından Elektrik Piyasası – Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği, İzmir 2006, s. 96 vd.

² RG., T. 02.10.2013, S. 28783.

³ RG., T. 02.10.2013, S. 28783.

başvuruları değerlendiren ilgili şebeke işletmecilerinden biri olan elektrik dağıtım şirketleri ile başvuru yapan kişiler arasında çıkmaktadır.

Elektrik dağıtım şirketleri tarafından yapılan değerlendirme sonucunda verilen red kararı nedeniyle yargı yoluna başvuru sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Bu sebeple EPDK, Yönetmelik⁴ ve Tebliğ⁵ hükümlerinde kapsamlı değişiklikler yapmıştır. Yargılaması devam eden uyuşmazlıklarda mahkemeler başvuru sahiplerinin birçoğunun talebini haklı bulmuş ve yürütmenin durdurulması kararları vermiştir. Bu davaların açılmasıyla birlikte, lisanssız elektrik üretimine ilişkin başvuruda bulunması gereken kriterler bakımından, ikincil mevzuatta yapılan değişiklikler sebebiyle, mülga mevzuat hükümlerinin mi yoksa değişiklik ve ek maddeler ihdas edilen yeni hükümlerin mi uygulanması gerektiği tartışması ortaya çıkmıştır.

Çalışmamızda öncelikle genel olarak lisanssız elektrik üretimi hakkında kısa bilgi verilmiştir. Daha sonra başvuru sahipleri ile ilgili şebeke işletmecisi arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüm yeri tespit edilmiştir. Bu inceleme ve tespitin yapılmasından sonra, yürütmenin durdurulması kararı nedeniyle başvuru sahibinin hukukî durumu ele alınmıştır. Bu kapsamda yürütmenin durdurulması kararının hukukî niteliği ve uygulanması hususu incelenmiştir. Son olarak, ikincil mevzuatta yapılan kapsamlı değişiklikler sebebiyle ilgili şebeke işletmecisi tarafından yapılacak olan işlemlerde, mülga hükümlerin mi yoksa değişiklik sonrası hükümlerin mi uygulanacağı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme, imkânsızlık sebebiyle yargı kararlarının uygulanamaması ile hukukî güvenlik ve kazanılmış haklara saygı ilkesi temelinde yapılmıştır.

I. Genel Olarak

Lisans alma ile şirket kurma muafiyeti, Yönetmeliğin 5.1. maddesinde düzenlenmiş ve lisans almadan elektrik üretimi yapabilecek tesisler tahdidi olarak sayılmıştır. Yönetmeliğin 5.2. maddesinde ise; yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik enerjisi üreten gerçek ve tüzel kişilerin ihtiyacının üzerinde ürettiği elektrik enerjisinin sisteme verilmesi

⁴ Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG., T. 23.03.2016, S. 29662.

⁵ Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ Yönetmelik, RG., T. 23.03.2016, S. 29662.

halinde, sisteme verilen elektrik enerjisinin ilgili görevli tedarik şirketi⁶ aracılığıyla YEKDEM⁷ kapsamında değerlendirileceği düzenlenmiştir.

Lisanssız olarak elektrik enerjisi üretmek isteyen gerçek ve tüzel kişiler, ilgili şebeke işletmecisine başvurmak zorundadır. Şebeke işletmecisi, ilgisine göre TEİAŞ, dağıtım şirketi veya OSB dağıtım lisansı sahibi tüzel kişidir (Yön. m. 4.1.). başvuru konusu tesisin iletim sistemine bağlanması durumunda ilgili şebeke işletmecisi, TEİAŞ iken, dağıtım sistemine bağlanacak olması durumunda ilgili şebeke işletmecisi dağıtım şirkettir (Yön. m.6.1 ve 6.4).

Yönetmeliğin 7. maddesine; lisanssız elektrik üretimi yapmak isteyen kişiler, başvurularına eklemesi gereken bilgi ve belgeler, üretim tesisinin hangi yenilenebilir enerji kaynağına dayalı olarak kurulacağına göre tek tek sayılmıştır. Başvurunun gerekli bilgi ve belgeleri ihtiva etmesi durumunda, ilgilinin talebi değerlendirmeye alınır. Eksik veya yanlış evrak içeren başvurularda eksikliklerin tamamlanması için on iş günlük süre verilir. Bu süre içerisinde belgelerin tamamlanması durumunda eksikliklerin giderildiği tarih itibariyle başvuru değerlendirilmeye alınır. Aksi halde başvuru reddedilir (Yön. m. 8.1).

Lisanssız elektrik üretimi faaliyetinde bulunmak isteyen kişilerin bilgi ve belgeleri eksiksiz olarak sunduğu belirlendikten sonra, öncelikle tesis hakkında teknik inceleme yapılır. Teknik değerlendirme sonuçları olumlu olan ve şebekeye bağlanması muhtemel olan başvurular öncelikle değerlendirmeye alınır. Teknik incelemeye ilişkin kriterler mevzuatta dağınık olarak düzenlenmiştir. Teknik incelemeyi tamamlayan ikinci aşamada, ilgili şebeke işletmecisi tarafından şebekeye bağlantı değerlendirmesi

⁶ Yönetmelikte bu terimin tanımına yer verilmemekle birlikte, görevli tedarik şirketi 6446 sayılı Kanunun “Tanımlar ve Kısaltmalar” başlıklı 3.1.i maddesinde; “*Dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin hukuki ayrıştırması kapsamında kurulan veya son kaynak tedariki yükümlüsü olarak Kurul tarafından yetkilendirilen tedarik şirketi*” olarak tanımlanmıştır.

⁷ Yönetmeliğin “Tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı 4.1.ü maddesinde, YEKDEM; “*Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Belgelendirilmesine ve Desteklenmesine İlişkin Yönetmelik kapsamındaki yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim faaliyeti gösteren üretim lisansı sahibi tüzel kişilerin bizzat ve bu Yönetmelik kapsamında yenilenebilir enerji kaynaklarından üretim yapan kişilerin bölgelerinde buldukları görevli tedarik şirketleri aracılığıyla faydalanabileceği fiyatlar, süreler ve bunlara yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasları içeren destekleme mekanizması*” olarak tanımlanmıştır.

yapılır (Yön. m. 8.4). Bu aşamada birçok husus dikkate alınır. Bunlardan bazıları; başvuruya konu üretim tesisinin yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı olması, üretim tesisinin kojenerasyon tesisi olması, başvuru sahibinin son bir yıl içindeki tüketim miktarının diğer başvurulardan yüksek olması⁸, üretim tesisinin tüketim tesisi ile aynı yerde olması, başvurunun tüketim birleştirme hükümleri kapsamında olması ve başvuru sahibinin önceden olumlu bağlantı görüşü verilmiş bir başvurusunun olmamasıdır. Başvuru sahiplerinin tüm kriterleri sağladığının tespiti halinde, tarih itibariyle önce başvuru yapan kişinin başvurusu önceliklidir.

Teknik ve esasa ilişkin diğer şartların başvuruda bulunmadığının tespiti halinde, ilgilinin başvurusu gerekçeleri de belirtilmek suretiyle reddedilir. Sadece bu şartları haiz olan başvurulara, olumlu bağlantı görüşüne istinaden “Bağlantı Anlaşması Çağrı Mektubu” verilir. “Bağlantı Anlaşması Çağrı Mektubu” gönderilen gerçek veya tüzel kişinin, üretim tesisinin inşaatına başlayabilmesi için, süresi içerisinde proje onayına başvurarak projesini onaylatması, rüzgar enerjisine dayalı başvurularda “Teknik Etkileşim İznine” ilişkin görüşü alması ve imar plan tadilatını yaptırması gerekmektedir. Bu süreçler tamamlandıktan sonra bağlantı anlaşması yapmak için ilgili şebeke işletmecisine başvurulur. Bu başvuru çağrı mektubu alındığı tarihten itibaren 180 gün içinde yapılmalıdır. Belirtilen şartlar gereği gibi yerine getirildiği takdirde ilgili şebeke işletmecisi başvuru sahibi ile bağlantı anlaşması imzalamakla yükümlüdür (Yön. m. 9.3). Bu durum, mevzuattan doğan bir sözleşme yapma yükümlülüğüdür⁹.

Söz konusu işlemler süresi içerisinde tamamlanamazsa ve bağlantı başvurusu reddedilir. Ancak bu durum başvuru sahibinin herhangi bir kusurundan kaynaklanmıyorsa, başvuru sahibine üç aylık ek süre verilir. Bu süre zarfında da gerekli işlemler bitirilemezse, başvuru sahibi bağlantı anlaşması imzalama hakkını kaybeder (Tebliğ m.12). Hukukî ve teknik mevzuat hükümlerinde yer alan şartları haiz olmayan başvuruya ilişkin

⁸ Lisanssız elektrik üretimi yapacak başvuru sahibinin tüketim tesisi olarak belirlediği yerin bir yıllık tüketiminin bulunması gerekmektedir. Bir yıllık tüketimi yoksa bu tüketime esas veri, bir aylık tüketim dikkate alınarak hesaplanır.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **AYRANCI, Hasan**, Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010, s. 280 vd.; “...Mevzuatla bir sözleşme kurma zorunluluğunun getirilmesi hâlinde, talebin reddedilebilmesi sadece mevzuatta belirtilen şartların dışına çıkılması veya özel haklı bir red sebebinin bulunmasına bağlıdır...” **AYRANCI, Hasan**: Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD Yıl 2003, C. 52, S. 3, s. 235 vd.

red kararı ilân edilir. Ayrıca başvuru sahibine ret gerekçesi yazılı olarak bildirilerek başvuru belgeleri iade edilir.

II. Lisansız Elektrik Üretimi Başvuru Sürecinde Yaşanan Sorunların Çözüm Mercii

Lisanssız elektrik üretimi yapmak isteyen kişilerin başvuruları mevzuat değişikliği öncesi, ilgisine göre şebeke işletmecisi olan TEİAŞ veya dağıtım şirketi tarafından incelenmekteydi. Mevzuat değişikliği sonrası başvurular, TEİAŞ, TEDAŞ ve dağıtım şirketini temsil edenlerden oluşan üç kişilik bir komisyon tarafından değerlendirmeye alınmaktadır. Bu değerlendirmede; lisanssız elektrik üretimi faaliyetinde bulunulabilmek için mevzuatta gerekli görülen kriter ve esasların üretim tesisi ile başvuru sahibinde bulunup bulunmadığı incelenmektedir.

Başvurusu dağıtım şirketince reddedilen kişinin¹⁰, bu red kararının hukukî sonuçlarını ortadan kaldırmak için nasıl bir yol izleyeceği, hangi yargı yoluna başvuracağı hususunda mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

EPDK lisanssız elektrik üretimine ilişkin olarak gerekli hukukî düzenlemeleri yapmıştır. Bu düzenlemelerle, lisanssız elektrik üretim faaliyetinde bulunmak isteyen kişinin nasıl ve nereye başvuru yapacağı, ilgili şebeke işletmecinin nasıl bir rol üstleneceği, başvuru sahibinin ihtiyacı dışındaki elektrik enerjisinin sisteme nasıl verileceği hususları düzenlenmiştir. Mevzuat incelendiğinde, düzenlemelerin sistematik ve lafzi yorumundan dağıtım şirketinin lisanssız elektrik üretimi ile ilgili olarak EPDK'ya bağlı bir birim gibi faaliyette bulunduğu, bunun yaparken da kamu hizmeti ifa ettiği görülmektedir. Diğer taraftan dağıtım şirketlerinin elektrik piyasasına ilişkin mevzuatın yanı sıra özel hukuk hükümlerine göre faaliyetlerini yürüttüğü de bilinmektedir. Hâl böyle olunca, dağıtım şirketinin red kararına karşı başvuru sahibi tarafından açılacak davanın; idari yargıda mı yoksa adli yargıda mı görüleceği önem arz etmektedir.

¹⁰ İdarenin bu süreçte ne şekilde işlem yapması gerektiği, başvurunun hangi açılardan inceleneceği ve sonuçta hangi nedenle reddedileceği mevzuatta öngörülmüştür. Bu sebeple, idarenin bir takdir yetkisi bulunmadığı ve bağlı yetkisinin olduğu düşünülebilir. İdarenin takdir yetkisi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **ÇAĞLAYAN, Ramazan**, Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, AÜEHFD C.7 S. 3-4, Aralık 2003, s. 171 vd; **AZRAK, Ali Ülkü**, İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi, İHİD Aralık 1985, Yıl 6, S. 1-3, s. 24 vd.

Taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın hangi yargı yerinde çözüleceği, kural olarak kanunla belirlenir. Nitekim Anayasa'nın 142. maddesine göre, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunlarla düzenlenir. Anayasa'nın bu kuralına uygun olarak idari yargının görev alanı da kanunlarda belirtilmiştir. Ancak bazı durumlarda uyuşmazlığın hangi yargı koluna girdiği kanunlardaki düzenlemelerden tespit edilememektedir¹¹. Bir uyuşmazlığın idari yargı koluna tabi olduğunun tespitinde gerek yargı kararları gerekse doktrinde; kamu gücü, kamu hizmeti, kamu yararı, idari işlem, idari eylem, idari sözleşme gibi kavramların ayrı ayrı veya birlikte ölçüt olarak kullanıldığı görülmektedir¹².

İdarenin kamu gücünü kullanarak yürüttüğü tüm işler, etkinlikler ve kurduğu işlemler, kamu gücü ölçütüne göre idari yargının görev alanına girmektedir. Kamu hizmeti ölçütüne göre ise, kamu hizmetlerinin görülmesi, idare hukukunun ilke, kural ve usullerine tabi olduğundan, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar da idari yargının görevindedir¹³.

Bununla birlikte doktrinde bu iki ölçütün birlikteliğinden kaynaklanan ve karma ölçüt adı verilen bir ölçüt de bulunmaktadır. Buna göre, idare, görevlerini yerine getirirken, esas itibarıyla kamu hukuku rejimi uyarınca hareket etmektedir. Fakat bir kısım işlemlerini, elverişli ve uygun bulunduğu için özel hukuk yöntemlerine göre de yürütmektedir. Birinci halde “*kamusal yönetim*”, ikinci halde ise “*özel yürütme*” söz konusudur. Kamusal yönetimin geçerli olduğu her durumda da ortaya çıkan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. İdarenin ve idari etkinliklerin konusu ve amacının kamu yararını sağlama, koruma ve sürdürme olduğu, bu nedenle de idari yargının görevinin belirlenmesinde kamu yararı ölçütünün kullanılması gerektiği doktrinde belirtilmişse de; bu ölçüt kamu yararı kavramının, geniş, soyut ve subjektif olması nedeniyle çok kabul görmemiştir. Yeni

¹¹ İdari yargıda görevin belirlenmesi konusunda mahkemelerin ve özellikle Anayasa Mahkemesi'nin rolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜZEL, Oğuzhan**, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında, İdari Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi, GÜHFD, C. XVII Yıl 2013, S. 1-2, s. 1483 vd

¹² **GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut**, İdare Hukuku, Cilt 2, Ankara 2014, (Cilt II), s. 129; **ZABUNOĞLU, Y. Kazım**, İdare Hukuku, Cilt 2, Ankara 2012, s. 165-166.

¹³ **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, Cilt II, s. 118 vd; **ZABUNOĞLU**, s. 165 vd.

kamu gücü ölçütünü savunanlara göre idari yargının görev alanı; yürütme erkinin ve de onun gövdesini oluşturan idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetki ve usullerle yürüttükleri tüm etkinlikler ile bu etkinliklere dayanılarak kurulan işlemler olarak ifade edilmektedir. İdare hukukunun tek bir ölçüte bakılarak temelden tepeye şekillendirilmesinin doğru olmadığı düşüncesinden hareketle daha çok ve daha az yetki ölçütü doktrinde ileri sürülmüştür. Bu ölçütü savunanlarca; idare hukukundaki kural ve usullerin belirgin özelliğinin kamu kuruluşlarına özel kişilerde bulunmayacak olan bir takım yetkiler tanınmış olmasından kaynaklandığı, idareye tanınan bu kamu gücü ayrıcalıkları niteliğindeki yetkinin kullanılması sonucunda idarenin yaptığı etkinliklerin, tesis ettiği işlemlerin ve işlerin idari yargıya tabi olduğu belirtilmiştir¹⁴.

Gelinen aşamada, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin, mutlaka ve kesinlikle idari yargı denetimine tabi olduğunu söylemek mümkün değildir. Aynı şekilde özel hukuk kişilerinin tüm iş ve işlemlerinin de özel hukuk alanında kaldığı, bu nedenle adli yargının görevli olduğunu söylemek de doğru olmayacaktır. Zira kamu hizmeti gören özel hukuk tüzel kişilerinin bu hizmetin ifası sırasında kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanarak işlem yaptığı görülmektedir. Doktrinde kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesi ve bu hizmetin ifası sırasında kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanılması koşullarının birlikte bulunması şartına bağlı olarak özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılan iş ve eylemlerin idari yargının görev alanına tabi olduğu savunulmaktadır¹⁵.

İdari yargı organlarınınca verilen kararlara bakıldığında; henüz çok açık ve sürekli olmamakla birlikte, özel hukuk tüzel kişilerinin kamusal yetki ve ayrıcalıklara dayanarak yaptığı işlemlerin idari yargıya tabi olduğu yönünde bir eğilim olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Danıştay 2009 yılında verdiği bir kararda¹⁶; özel hukuk tüzel kişilerine

¹⁴ İdari yargının görev alanını belirmemede kullanılan ölçütler hakkında geniş bilgi için bkz. **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, Cilt II, s. 118 vd., **ZABUNOĞLU**, s. 165 vd.

¹⁵ **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, Cilt II, s. 134, **ZABUNOĞLU**, s. 172.

¹⁶ “İdare işleviyle ilgili ve tek taraflı irade beyanına dayalı olarak hukuki sonuç doğuran tasarruflar olarak tanımlanan idari işlemler, kural olarak idari makamlarca tesis edilmektedir. Ancak idare işleyişiyle ilgili kamu yetki ve usullerini kullanmakla yetkili olduğu özel yasa düzenlemeyle istisnai olarak kabul edilen özel hukuk tüzel kişilerinin, tek taraflı irade beyanlarıyla hukuki sonuç doğuran, doğrudan uygulanabilir nitelikli işlemlerinin de idari işlem niteliği taşıdığı kabulü gerekir. Zira bir işlemin idari olup

kanunî bir düzenleme ile verilen yetkiye dayanarak, tüzel kişinin tek taraflı irade beyanı ile hukukî sonuç doğuran, doğrudan uygulanabilir nitelikli işlemlerinin de idari işlem niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.

6446 sayılı Kanun ve ikincil mevzuat uyarınca; elektrik dağıtım şirketlerine lisanslarında belirtilen bölgede dağıtım faaliyetinde bulunma hak ve yetkisi verilmiştir. Bu yetki kapsamında dağıtım şirketleri, kendi bölgelerindeki dağıtım tesislerini yenilemek, ikame etmek ve kapasite artırımı yatırımlarını yapmak, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm sistem kullanıcılarına, eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin elektrik enerjisi dağıtımını ve bağlantı hizmeti sunmak zorundadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında¹⁷; elektrik piyasası faaliyetlerinin niteliğini ayrı ayrı değerlendirmemiş ve dağıtım faaliyetinin de içerisinde bulunduğu elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğini haiz olduğu sonucuna varmıştır. Kaldı ki, dağıtım şirketlerine gerek 6446 sayılı Kanun gerekse ikincil mevzuat ile verilen yükümlülüklerden herhangi birinin yerine getirilmemesi doğrudan hizmetin aksamasına yol açabilecek niteliktedir. Bu sebeple, elektrik piyasası faaliyetlerinden biri olan dağıtım faaliyetinin de kamu hizmeti niteliği taşıdığını söylemek mümkündür¹⁸.

olmadığı konusunda asıl ayırt edici unsur, işlemin idare işleyişiyle ilgili bir alanda, kamusal yetki ve usuller kullanılarak yapılması, başka bir deyişle, idare hukukunun ilke ve kurallarına tabi olmasıdır.” Danıştay 10. D., 16.12.2009, E. 2009/5590, K. 2009/10533 sayılı ilamı için bkz. Danıştay Dergisi, Sayı: 124, s. 392 vd.

¹⁷ “... elektrik üretimi, iletimi, dağıtımını ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinliklerin, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksiniminin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir” Anayasa Mahkemesinin 09.12.1994 tarih ve 1994/43 E., 1994/42-2 K. sayılı kararı için bkz. RG, T. 24.01.2005, S. 22181.

¹⁸ “.....İdari işlemler, çeşitli hukukî etkiler doğurmak amacıyla yapılan tek yanlı ve icraî irade açıklamaları olarak tanımlandığında, "iradenin açıklanması" yönünden, bu iradenin sahibi durumunda olan "idari makam" kavramı önem kazanmaktadır. Bu noktada, yalnızca işlemi yapan merciye göre belirlenen organik ölçüt tek başına yeterli olmamaktadır. Yani idarenin her işlemi idari işlem olmadığı gibi, bütün idari işlemlerin kamu tüzel kişileri tarafından tesis edilmesi de söz konusu değildir. Bu açıdan, idari karar alma yetkisi ve gücüyle donatılmış olmalarına karşılık, gerek statüleri ve gerekse teşkilatlanmaları ve yönetimleri bakımından özel hukuk tüzel kişisi olup da, kamu hizmeti gören kuruluşlar, bu hizmetleri yerine getirirken kamu makamı gibi hareket etmekte ve işlemleri de idare hukuku kurallarına tabi olmaktadır. Kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olmayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu

Dağıtım şirketlerinin mevzuattan kaynaklanan dağıtım sisteminin işletilmesine ilişkin hak ve yükümlülüklerin yanı sıra, Yönetmelik ve Tebliğ hükümleri, lisanssız elektrik üretim tesisinin sisteme bağlantısını yapma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu faaliyet kamu yararı içermesi ve aynı zamanda kamu hizmeti olması nedeniyle özel faaliyetler için söz konusu olmayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi tutulmuştur. Zira dağıtım şirketleri EPDK tarafından oluşturulan yönetmelik ve tebliğ hükümlerinde kendisine verilen yetki ile hareket etmektedir. Kamu hizmeti niteliğinde bulunan elektrik üretiminin temini noktasında tek yanlı olarak dağıtım şirketi tarafından yapılan lisanssız elektrik üretimi başvurusunun reddi işlemi, ilgili başvuru sahibinin hukukî durumunda değişiklik meydana getiren etkili ve yürütülmesi zorunlu bir işlemdir. Bu sebeple dağıtım şirketi her ne kadar özel hukuk tüzel kişisi

otoritesi tarafından üstlenilen faaliyetler, kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmeti yerine getirilirken sahip olunan ayrıcalıklara dayanılarak, tek yanlı irade beyanıyla tesis edilen, hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir deyişle, kişilerin hukukî durumlarında değişiklik meydana getiren etkili ve yürütülmesi zorunlu işlemler iptal davasına konu edilebileceği gibi, bu işlemler nedeniyle uğranılan zararların tazmini için tam yargı davası açılması da mümkündür.

Bu itibarla, elektrik piyasası faaliyetlerinin, arz güvenliğini ve kamu hizmeti gerekliliklerini sağlayacak uyum içinde yürütülmesi adına düzenleme, denetleme ve kolluk faaliyetlerinde bulunma işlevlerinin kamu gücüyle yerine getirildiği bir kamu hizmeti faaliyeti olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, elektriğin kamu hizmeti özelliği, "dağıtım" faaliyeti açısından ele alındığında, 4628 sayılı kanun (m.2/4/c), dağıtım şirketlerinin lisanslarında belirtilen bölgelerdeki tesislerde yenileme, ikame ve kapasite artırım yatırımlarını yapma, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm sistem kullanıcılarına, eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin elektrik enerjisi dağıtım ve bağlantı hizmeti sunma yükümlülüğü getirmiştir. Kanun'da ve ilgili yönetmeliklerde "dağıtım" faaliyetini yerine getirecek işletmelerin uyması gereken yükümlülükler açıkça düzenlenmiştir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi doğrudan hizmetin aksamasına yol açacak niteliktedir. Bu nedenle elektrik piyasası faaliyetlerinden "dağıtım"ın kamu hizmeti niteliği taşıdığı görülmektedir.

.....
Bu durumda, özel faaliyetler için söz konusu olmayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş. tarafından, kamu hizmetinin yürütülmesini teminen tek yanlı olarak tesis edilen, ilgilinin hukukunda değişiklik yapan ve idarî işlem niteliğinde bulunan 29.12.2011 tarih ve 9653 sayılı ... Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü Eskişehir İl İşletme Müdürlüğü işleminin yargısal denetiminin idarî yargıda yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. Danıştay 13. D., 06.02.2013, E. 2012/1871, K. 2013/276 sayılı kararı.

olsa da, özel faaliyetler için söz konusu olmayacak ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi tutulduğu kanunî bir düzenlemede kendisine verilen yetkiye dayanarak işlem tesis ettiğinden, icraî nitelikteki bu işlem, idari yargı denetimine tabidir. Nitekim Danıştay 13. Dairesi 2016 yılında vermiş olduğu bir kararında¹⁹; lisanssız elektrik üretimi yapmak isteyen bir şirketin bağlantı başvurusunu reddeden dağıtım şirketine karşı açılmış olan davada, görevli yargı merciinin idari yargı olduğuna hükmetmiştir.

III. Mevzuat Değişikliğinin Yürütmenin Durdurulması Kararlarına Etkisi

Lisanssız elektrik üretimi faaliyetinde bulunmak isteyen kişinin başvurusunun, ilgili şebeke işletmecisi tarafından reddedilmesi

¹⁹ “... Davalı dağıtım şirketinin de belirli bölgeler dahilinde bölgesel tekel olarak elektrik enerjisinin dağıtımıyla görevli olduğu söz konusu kamusal hizmet kapsamında, lisanssız elektrik üretimine ilişkin bağlantı başvurularının 02.10.2013 tarih ve 28783 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmelik ve Yönetmelik uyarınca çıkarılan Tebliğ çerçevesinde dağıtım şirketlerince yapılacağı belirtilmiştir. Yönetmeliğin “Bağlantı ve Sistem Kullanımına İlişkin Hükümler” başlıklı bölümünde, bağlantı esasları, bağlantı başvuru süreci, bağlantı başvurularının değerlendirilmesi ve sonuçlandırılması ve bağlantı ve sistem kullanım süreci, bu süreçte dağıtım şirketinin yetki ve sorumluluğu, her aşamada hangi idari işlemlerin nasıl tesis ettiği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Olayda; davacı şirketin yapmış olduğu bağlantı başvurusu bahse konu Yönetmelik uyarınca yapılan teknik değerlendirme sonucunda, hat kapasitesi nedeniyle olumsuz sonuçlandırılmış, bunun üzerine söz konusu işlemin iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

Bu itibarla, her ne kadar temyize konu mahkeme kararında, uyuşmazlığın esasının özel hukuk hükümlerine göre icra edilen ticari bir faaliyet olan elektrik dağıtım faaliyetinden kaynaklandığı, bahse konu davalı şirketin özel hukuk tüzel kişisi ve dava konusu işlemin de icaba davet mahiyetinde özel hukuk işlemi olduğu ifade edilmişe de, özel faaliyetler için söz konusu olamayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan, yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davalı ile davacı şirket arasındaki ilişkinin ticari bir ilişki olarak değerlendirilemeyeceği, bu kapsamda kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade açıklamasıyla tesis edilen dava konusu işlemin yargısal denetiminin idari yargı merciine ait olduğu sonucuna ulaşıldığından, uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı yerlerince yapılacağından bahisle davanın görev yönünden reddine ilişkin temyize konu mahkeme kararında usul hükümlerine uygunluk görülmemiştir.” Danıştay 13. D., 09.05.2016, E. 2016/917, K. 2016/1515 sayılı ilamı, (Yayımlanmamış Karar). Benzer yöndeki kararlar için bkz. Danıştay 13. D., 09.05.2016, E. 2016/909, K. 2016/1513; E. 2016/916, K. 2016/1514; E. 2016/918, K. 2016/1516; E. 2016/919, K. 2016/1517; E. 2016/920, K. 2016/1518 sayılı ilamları (Yayımlanmamış Kararlar).

durumunda, bu ret işleminin idari yargı denetimine tabi olacağını belirtmiştik. Başvuru sahibi tarafından bağlantı talebinin mevzuatın mülga hükümlerine göre reddine ilişkin kararın iptali ve yürütmesinin durdurulması talebi ile açılan davada mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı vermesi üzerine, yeni problemler ortaya çıkmaktadır. Zira başvurunun reddine ilişkin işlem hakkında verilen yürütmenin durdurulması kararı sonrası, başvuru sahibinin ve üretim tesisinin gerekli şartlara sahip olup olmadığı konusunda yeniden bir değerlendirme yapıp yapılmayacağı, değerlendirme yapılacak ise bu değerlendirmede dikkate alınacak teknik kriterler ile diğer esasa ilişkin şartların, mevzuat değişikliği öncesi mi yoksa sonrasında mı yer alan düzenlemelere göre yapılacağı ve nihayetinde yeniden yapılacak değerlendirme sonrasında bağlantı başvurusunun kabulü halinde mülga hükümlerin mi yoksa yeni düzenlemelerin uygulama alana bulacağı sorusu gündeme gelmektedir.

1. Bağlantı Başvurusunun Reddi İşlemi Hakkında Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararının Hukukî Niteliği ve Uygulanması

Yürütmenin durdurulmasına ilişkin olarak idari yargı organları tarafından verilen kararlar, iptali istenen işlemin hüküm ve sonuçlarının doğmasına engel olan, idari işlemin uygulanmasını erteleyen kazai bir işlemdir²⁰. Yürütmeyi durdurma kararının verilmesi ile birlikte; iptali talep edilen idari işlemin icraî niteliğinin yanı sıra, kanunilik niteliği de geçici olarak askıya alınmaktadır²¹. Ancak, askıya alınma; işlemin varlığının hukuk düzeninden kaldırılması neticesini doğurmadığı gibi işlemin kesin olarak hukuka aykırılığını da göstermemektedir. Bu durumda idare yürütmenin durdurulması kararı ile birlikte kendiliğinden uygulama gücü duran ya da ertelenen işlemi uygulamamalıdır²². Nitekim Danıştay da,

²⁰) ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2004, s.211; ASLAN, Zehrettin, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994, s.34; DOĞAN, Beşir Fatih, “*Elektrik Piyasasında TRT Payı Ödenmesi Konusundaki Hukuki Gelişmeler*” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S.1, Y. 2013, s. 49.

²¹ ÖZAY, İlhan, İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim, İstanbul 1994, s. 343.

²² GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. I, Ankara 2011, (Cilt I), s. 1055; GÜNDAY, Metin, idare Hukuku, Ankara 1997, s. 20; DOĞAN, s. 50.

yürütmenin durdurulması kararlarının icraî kuvveti durduran koruyucu bir tedbir olduğunu kabul etmiştir²³.

Yürütmenin durdurulması kararının, iptali istenen işlemin sonuçları üzerindeki etkileri konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte; bir görüş; yürütmenin durdurulması kararı ile iptal kararı arasında nitelik olarak bir fark görmekle birlikte, etkilerinin aynı olduğu görüşünü savunmakta ve yürütmenin durdurulması kararının iptal kararları gibi iptali istenen işlemi, işlemin yapıldığı tarihten itibaren ortadan kaldırdığını ileri sürmektedir²⁴. Başka bir ifade ile yürütmenin durdurulması kararı, iptali talep edilen işlemin hiç yapılmamış olması sonucunu doğurmakta ve tasarrufun önceki durumunu geri getirmektedir. Bu durumda idare, yürütmesi durdurulan işlemi uygulamayarak, işlemden önceki duruma göre hareket etmelidir. Danıştay da vermiş olduğu kararlarında²⁵, yürütmenin durdurulması kararının geçmişe etkili sonuç doğurduğu ve işlemin yapıldığı zamandan itibaren tüm hüküm ve sonuçları ile birlikte ortadan kalktığını belirtmektedir.

Yürütmenin durdurulması kararının, iptali istenen işlemin sonuçları üzerindeki etkileri konusundaki diğer bir görüşe göre; dava sonunda iptal kararı ile elde edilebilecek bir sonuç, yürütmenin durdurulması kararı ile ortaya çıkamaz. Zira yürütmenin durdurulması kararı nihai bir karar değildir. Bu karar idari işlemi ortadan kaldırmayacağı gibi, onun sakatlığı ya da kanuna aykırılığını göstermemektedir. Bu karar sadece dava konusu

²³“..... yürütmenin durdurulması kararları ise, dava konusu işlemi ortadan kaldırmamakla birlikte, bir işlemin icra safhasına intikali önler. Bir başka bir ifade ile, yürütmenin durdurulması kararları taalluk ettikleri işlemin hukuki varlığına son vermeyip, sadece icraî vasfına tesir ederler ve bu kararlar sebebiyle dava sonuna kadar işlemin icra mevkiine sokulması mümkün olmaz....” Danıştay 12. D., T. 01.12.1969, E. 69/1362.

²⁴ **ÇAĞLAYAN**, s. 212, **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, Cilt I, s. 1057; **GÜNDAĞ**, s. 20; **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 1998, s. 506; **KABAOĞLU**, Ö. İbrahim, “Yürütmenin Durdurulması”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1976, C. 33, S. 4. S. 642; **ULER**, Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s. 4; **TEKİNSOY**, M. Ayhan, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Ankara 2013, s. 153.

²⁵ Danıştay 8. D., 21.10.1982, E. 81/551, K. 82/1996 için bkz. Danıştay Dergisi, S. 50-51, s. 354; aynı nitelikteki Danıştay 8. D., 09.02.1978, E. 76/1492, K. 78/658 için bkz. Danıştay Dergisi, S. 32-33, s. 585); Danıştay 5. D., 20.09.1994, E. 94/4960, K. 94/4062 için bkz. Danıştay Dergisi, S. 90, s. 605)

olan işlemin icrasını sağlayan müteakip işlemler ve eylemlerin dava sonuna kadar durdurulması anlamına gelmektedir²⁶.

İşlemin niteliğine göre çözüm olarak nitelendirilebilecek diğer bir görüşe göre; hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilen işlemin niteliğine göre bir ayırımı gidilmesi gerekir. Şayet maddi anlamda etkisini gösteren idarenin bir işlemi söz konusu ise, yürütmenin durdurulması kararı geriye yürümeyecektir. İdarenin tesis ettiği işlem maddi alemde değişiklik meydana getirmeyen bir işlem ise verilen yürütmenin durdurulması kararı geçmişe etkilidir²⁷.

Görüldüğü üzere yürütmenin durdurulması kararının hukukî etkileri bakımından gerek doktrinde gerekse yargı kararlarındaki hâkim görüş; bu kararın geçmişe etki sonuç doğurduğu ve işlemin yapıldığı tarihten itibaren doğurduğu tüm hüküm ve sonuçları ile birlikte ortadan kalktığı yönündedir.

Yürütmenin durdurulması kararın geçmişe etkili olması sebebiyle bu kararın sonucunun hukuk alanında nasıl tesis edileceği, başka bir ifade ile eski durumun geri gelmesi için idarenin yeni bir işlem yapmasına gerek olup olmadığı ise idari işlemin niteliğine göre değişkenlik arz etmektedir. 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 sonuçlarını doğurmaktadır²⁸. Bu hâlde idarenin ayrıca bir işlem yapmasına ihtiyaç kalmamaktadır. Önceki durumun ne zaman kendiliğinden, ne zaman idarenin yeni bir işlemi ile geri geldiği konusunda kesin bir kıstas konulamayacağından, dava konusu olan her bir işlemin niteliğine ve etkilerine bakarak sonuca ulaşmak gerekmektedir.

Kanaatimizce; lisanssız elektrik üretimi faaliyetinde bulunmak isteyen kişinin başvurusunun reddi hakkında verilen yürütmenin durdurulması kararı; ilgili şebeke işletmecisince verilen bu kararın, alındığı tarihten itibaren ortadan kalkmasını ve işlemin tesisinden önceki hukukî durumun geri gelmesini sağlar. Başka bir ifadeyle verilen yürütmenin durulması kararı ile ilgili şebeke işletmecisi tarafından tesis

²⁶ ONAR, S: Sami, İdare Hukuku Umumi Esasları, C. III, İstanbul 1966, s. 1971-1973; TEKİNSOY, s. 153-154; ÇAĞLAYAN, s. 214.

²⁷ KAYIŞOĞLU, Bahaettin, “Danıştay’da Yürütmenin Durdurulması”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1974, C. 31, s. 1114; ÇAĞLAYAN, s. 214.

²⁸ ASLAN, s. 114.

edilen red kararı, başvuru sahibi hakkında hiç verilmemiş gibi sonuç doğurur. Bu noktada, bir boşluk meydana gelmekte, bu boşluğun giderilmesi için de ilgili şebeke işletmecisi tarafından başvuru sahibi hakkında yeni bir işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Zira lisanssız elektrik üretim mevzuatı uyarınca, ilgilinin başvurusu, öncelikle teknik değerlendirmeye tabi tutulur. Bu teknik değerlendirmenin olumlu olması durumunda Yönetmeliğin 8.4 maddesinde sayılan kriterlere sahip olunup olunmadığı hususu da sırasıyla değerlendirilmektedir. Yürütmenin durdurulması kararı sonrası lisanssız elektrik üretimi faaliyetinde bulunacak kişinin başvurusunun hukukî durumunun tespiti gerekmektedir. Bu noktada, başvurunun şebeke işletmecisi tarafından hangi gerekçe ile reddedildiği de önem taşımaktadır.

Lisanssız elektrik üretim faaliyetinde bulunmak isteyen kişinin başvurusu, teknik kriterleri taşımadığı gerekçesi ile reddedilmiş ve bu red kararı hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmiş ise, artık başvuru sahibi hakkında yapılacak olan değerlendirme; bir sonraki aşama olan Yönetmeliğin 8.4 maddesinde sayılan kriterlere sahip olup olmadığı konusunda olacaktır. İlgilinin başvurusu, teknik kriterleri taşımakla beraber Yönetmeliğin 8.4 maddesine göre yapılan değerlendirme sonucunda bu maddenin bentlerinde belirtilen kriterlerden biri gerekçe gösterilerek reddedilmiş ve bu red kararı hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmiş ise artık başvuru sahibi hakkında yapılacak değerlendirmede, teknik kriterlere haizliği yeniden incelenmeksizin, bir sonraki bent veya bentler bakımından aranan şartların mevcut olup olmadığı değerlendirilmelidir. Nitekim İdare Mahkemesi tarafından verilmiş olan bir yürütmenin durdurulması kararında²⁹; dağıtım şirketi

²⁹ Çorum İdare Mahkemesinin 31.08.2016 tarih ve 2016/699 sayılı Kararı, Yayınlanmamış Karar; Benzer şekilde Çorum İdare Mahkemesi 31.08.2016 tarih ve 2016/700 sayılı Yürütmenin Durdurulması Kararında; “*Dava konusu olayda;, davacı şirket tarafından lisanssız güneş enerji üretimi projesi kapsamında güneş enerjisine dayalı olarak elektrik üretmek amacıyla Obruk HES TM-Oğuzlar 3x477 MCM Enerji Nakil Hattına bağlantısı yapılabilmesi hususunda davalı şirkete 14.10.2015 tarihinde başvuruda bulunulduğu, Mahkememizin 2015/799 esas sayılı dosyası üzerinden açılan dava kapsamında Mahkememizce tesis edilen 17.02.2016 tarihli karar ile davacı şirket ile diğer başvuru sahiplerinin başvuruların yapıldığı 2015 Yılı, Ekim Ayına ait elektrik faturalarının birlikte dikkate alınması suretiyle takip eden Kasım Ayının yirminci gününe kadar davalı şirketçe sıralamaya ilişkin yeniden değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesi ile işlemin yürütmesinin durdurulmasına ve devamında ise Mahkememizin 08/04/2016 tarih ve E:2015/799, K:2016/297 sayılı kararı ile işlemin iptaline karar*

tarafından tesis edilen lisansız elektrik üretimi başvuru talebinin reddine ilişkin işlemin yapılan yargılama sonucunda iptal edildiğini, dağıtım şirketinin bu doğrultuda yeniden değerlendirme yaptığını, yapılan başvuruyu Yönetmelikte yapılan değişiklik ile birlikte değerlendirerek yeni düzenlemelerde aranan şartları ihtiva etmediği gerekçesi ile red ettiğini, oysa ki, lisansız elektrik üretimi başvurusunda bulunan kişinin yaptığı başvuru tarihi ile başvurunun reddine ilişkin işlemlere ilişkin mahkeme kararının tesis edildiği tarih itibariyle yürürlükte olmadığını, bu nedenle sonradan yapılan değişikliklere istinaden verilen red işleminin hukuka uyarlılık arz etmediğini ifade etmiştir.

2. Mevzuat Değişikliğinin Yürütmenin Durdurulması Kararına Etkisi

Yürütmenin durdurulması kararı, geçmişe etkili sonuç doğurma ve işlemin yapıldığı zamandan itibaren tüm hüküm ve sonuçları ile birlikte ortadan kalkması sonucunu doğurduğu için, başvuru sahibi hakkında kaldığı yerden devam etmek suretiyle yeniden bir değerlendirme yapılacaktır. Yapılan bu değerlendirme sonucunda, ilgili şebeke işletmecisi tarafından başvuru sahibi hakkında işlem tesis edilecektir. Bu durumda başvuru sahibi hakkında yapılacak olan değerlendirmenin yönetmeliğin mülga hükümlerin mi yoksa yeni düzenlemelerin mi dikkate alınarak yapılacağı ve değerlendirme yapılırken başvuru sahibinin durumunun, mevcut koşullar ve başvurular ile birlikte mi yoksa red işleminin tesis edildiği dönemdeki koşullar ve başvurulara göre mi değerlendirileceği önem taşımaktadır. Zira, mevzuatta yapılan değişiklik ile birlikte, lisansız elektrik üretimi faaliyetinde bulunmak isteyen kişiler

verildiği, davalı şirketçe her ne kadar dava konusu işlemin Mahkememizce verilen yürütmeyi durdurma kararı üzerine yeniden yapılan değerlendirme neticesinde tesis edildiği belirtilmekte ise de, davalı şirket tarafından davacı şirketin yaptığı başvuru tarihi ile başvurunun reddine ilişkin işlemlere ilişkin Mahkememizce tesis edilen karar tarihi itibariyle yürürlükte olmayan, bilakis sonradan yapılan değişikliklerle ilgili yönetmeliğin 6. maddesine eklenen 10. ve 12. fıkraları gerekçe gösterilmek suretiyle davacı şirketin başvurusunun reddine karar verildiği, başka bir ifadeyle Mahkememizce tesis edilen kararların gerekçeleri de dikkate alınmak suretiyle davalı şirketçe eksiksiz uygulanması gerekirken, aksine davalı şirket tarafından Mahkememizce tesis edilen kararların görünüşte uygulandığı hususları birlikte göz önüne alındığında; davacı şirketin başvurusunun Elektrik Piyasasında Lisansız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmeliğin 6. maddesinin 10. ve 12. fıkraları gereğince reddine ilişkin işleme yapılan itirazın reddine ilişkin dava konusu 31.05.2016 tarih ve 2950 sayılı işlemde hukuka uyarlılık bulunmamaktadır.” denilmiştir.

ile üretim tesisi bakımından esasa ilişkin yeni kriterler getirilmiştir. Bu kriterlerden bazıları olan mesafe, trafo kapasitesi ve bağlantı sözleşme gücü limitleri, Yönetmeliğin Geçici 9. maddesi³⁰ uyarınca bağlantı anlaşması çağrı mektubu alma hakkı kazanmış başvurular bakımından aranmayacaktır.

a. Hukukî Güvenlik ve Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi Temelinde Konunun Değerlendirilmesi

Hukuk devletinin olmazsa olmazı, uygulanacak olan hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilme ve hukukî işlemlerini bu kurallara göre yapma imkânına sahip olma hakkının bireylere tanınmasıdır. Bireylere bir dönemde henüz tesis edilmemiş bir idari işlemi uygulamak veya mevcut bir düzenlemeye dayanarak yapılan işleme gelecekte alınacak bir kararı uygulamak hukukî güvenliği sarsacaktır³¹. Bir mahkeme kararında³² hukuki güvenlik ilkesi "*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*" şeklinde tanımlanmıştır.

Tesis edildiği dönem itibariyle hukuka uygun olarak yapılan bir işlem, işlemin yapıldığı tarihten sonra kabul edilen veya değiştirilen bir düzenleyici işlem nedeniyle veya işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin yürürlüğünün sona ermesi sebebiyle hukuka aykırı hale gelebiliyorsa ya da doğurduğu hüküm ve sonuçlar değişebiliyorsa, bireylerin hukukî güvenliği sarsılacaktır. Bu nedenle, düzenleyici bir işlemin yürürlükte olduğu dönemde, işlemin hukuk aleminde geçerli bir şekilde mevcut olması durumuna güvenerek, söz konusu düzenleyici

³⁰“6 ncı maddenin sekizinci, onuncu ve on ikinci fıkraları ile 31 inci maddenin yirmi birinci fıkrası hükmü bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle bağlantı anlaşması çağrı mektubu almaya hak kazanıldığı İlgili Şebeke İşletmecisinin internet sayfasında ilan edilen başvurular için uygulanmaz.”

³¹**BİRTEK**, Fatih, Kazanılmış Hak Bağlamında İdari İşlemin geri Alınması, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 2008/2, s.762-763; **AKSOYLU**, Özge, “Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda “Kazanılmış Hak Kavramı”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galataray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No. 4, İstanbul 2003, s 66; **DOĞAN**, s. 54.

³² Ankara 15. İdare Mahkemesi 17.03.2010 tarih ve 2009/919 E., 2010/355 K.

işlemin hükümlerine uygun olarak işlem yapan kişilerin, bu güveninin sarsılmaması ve korunması gerekmektedir.

Hukukî güvenlik ilkesinin şartlarından biri olan geriye yürümezlik/geçmişe etki yasağı ilkesi de idari işlemlerin kural olarak tesis edildikleri tarihten önceki hukukî işlemlere uygulanmamasını gerektirir³³. Bir diğer ifadeyle geriye yürümezlik ilkesi, bir hukukî ilişkinin vuku bulunduğu ya da meydana geldiği dönemdeki mevzuat hükümlerine tabi kalmaya devam edeceğini ifade eder. Sonradan çıkan kanun, tüzük, yönetmelik veya düzenleyici diğer idari işlemler ile düzenleyici işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması kararları kural olarak yürürlüğünden veya alındığı tarihten önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Bir işlemin etkisi, işlemin yapılmasından sonra ortaya çıktığı için işlemten önceye etki etmeyecektir. Bu sebeple idare, sadece geleceğe yönelik olarak işlem yapabilir³⁴. Aynı şekilde düzenleyici işlemin yürürlüğünün sona ermesi veya hükümlerinde değişikliğe gidilmesi halinde, geleceğe yönelik olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmalı ve düzenleyici işlemin geçerli olduğu dönemde bu işleme dayanarak yapılan işlemlerin, düzenleyici işlemde yapılan değişikliklerden etkilenmemesi gerekmektedir.

Hukukî güvenlik ilkesinin bir diğer görünümü kazanılmış haklara saygı ilkesidir. Doğumu anında yürürlükte olan kurallara uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş bir işlemin, daha sonra yapılan düzenleyici işlem değişikliğinden veya idari işlemin geri alınmasından/yürütmesinin durdurulmasından etkilenmeksizin hukuk düzenince korunur³⁵. Kazanılmış hak kısaca, kanunî şartlara uygun olarak tesis edilmiş hak olarak da ifade edilebilir. Danıştay 1992 yılında verdiği bir kararda³⁶ kazanılmış hakkı; “Eski kanun

³³ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. I, Bursa 2009, (İdare), s. 126 vd; GÖZLER, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, Bursa 2003, (Giriş), s. 102, 103; BİRTEK, s. 764; DOĞAN, s. 54.

³⁴ GÖZLER, Giriş, s. 931.

³⁵ OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003, s. 28; KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak, www.idare.gen.tr, 29.04.2016, s. 3; BİRTEK, s. 760; GÖZLER, İdare, s. 1098; AKSOYLU, s. 73-74; DOĞAN, s. 55.

³⁶ Danıştay 1. D., 13.07.1992, E. 1992/224, K. 1992/238 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi S. 87, s. 62.

yürürlükte iken, kesin bir surette kazanılan yani hukukça korunmakta bulunan ve bir iddia haline gelen haklar” olarak tanımlamıştır.

Kazanılmış haklara saygı gösterilmesi, hukukî istikrar ilkesinin bir unsuru ve hukuki güvenlik ilkesinin vazgeçilmez bir şartıdır. Zira hukukî istikrar ve güvenlik ilkesinin bir gereği olarak kişi, hukuka uygun davranışlarının doğuracağı sonuçların tanınacağına ve korunacağına güvenebilmek istemektedir³⁷. Hukukî güvenlik ilkesi kişilerin, yürürlükteki mevzuatın ve idarenin düzenleyici işlemlerinin ve düzenlemelere göre verilmiş hukuka uygun kararların ve yapılan işlemlerin süreceğine güven duymasını sağlamaktadır. Zira hukukî güvenlik ilkesi, kuralı koyan merciinin koymuş olduğu kurala, kuralın muhatapları yanı sıra kendisinin de saygı duyup, uygun davranması zorunluluğunu ifade eder. Hukukî 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. Nitekim Anayasa Mahkemesi³⁸ de; *“Anayasa'nın 2. maddesinde yazılı niteliklere sahip bir hukuk devletinde, mevcut kanunlara göre kazanılmış hakların sonradan çıkacak kanunlarla tanınmasının zorunlu olduğu şüphesizdir.”* görüşünü benimsemektedir.

İdare hukukunda kazanılmış hak kavramı, hukukî bir işlem sonucu oluşan hakka ilişkin durumu, statüyü desteklemek ve sürekliliğini sağlamak için kullanılır. Dolayısıyla, birel işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemlerde yapılan değişiklikler birel işlemleri doğrudan etkilenmezler³⁹.

³⁷ GÖZLER, İdare, s. 1126; BİRTEK, s. 763 DOĞAN, s. 55.

³⁸ Anayasa Mahkemesinin 20.05.1998, E. 1998/10, K. 1998/418 sayılı kararı için bkz RG., T. 12.12.1998, S. 24551, s.3.

³⁹ DOĞAN, s. 55; *“...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 kararlarla iptal edildiği gerekçesiyle iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır...”* Danıştay 6. D., 14.1.2009, E. 2008/8668, K. 2009/200 sayılı kararı

Bir kazanılmış haktan bahsedebilmek ve hukuk tarafından korunmasını talep edebilmek için genel düzenleyici işlemin bireyin şahsında somutlaşmış sonuçlar doğurması gerekmektedir⁴⁰. Tamamlanmamış olan işlemlerde, bir hakkın doğumundan kesin surette bahsetmek mümkün olmadığından, kazanılmış haktan söz etmek mümkün değildir. Zira, kazanılmış haktan söz edebilmek için mutlak surette hukuka uygun olarak kazanılmış, hukukun korunmasına değer hale gelmiş bir hakkın varlığı gerekir⁴¹. Danıştay bir kararında⁴²; cezaevi katipliği sınavını kazanan kişinin ataması yapılmadan önce değişen yönetmelik gerekçesiyle atamasının yapılmamasını hukuka aykırı bularak, sınavın kazanılması ile birlikte işlemin tamamlandığı ve atama konusunda idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu karar vermiştir.

Kanaatimizce; lisanssız elektrik üretimi faaliyetinde bulunmak isteyen kişinin hakkında verilen bağlantı red kararının yürütmesinin durdurulması ile birlikte, bu red kararı tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kalkacağından ve o işlemin tesisinden önceki hukukî duruma dönülmesi gerekeceğinden, başvuru sahibi hakkında verilen red kararı hiç verilmemiş gibi işlem tesis edilecektir. Lisanssız elektrik üretimine ilişkin mevzuat uyarınca, ilgilinin başvurusu, öncelikle teknik değerlendirmeye alınacaktır. Teknik değerlendirmenin olumlu olması durumunda başvuru sahibinin Yönetmeliğin 8.4 maddesinde sayılan kriterlere sahip olup olmadığı hususu sırasıyla incelenecektir. Başvuru sahibinin red işleminin tesis edildiği tarihteki durumunun tespiti önem arz etmektedir. Bu şekilde başvuru sahibinin durumu tespit edildikten sonra, lisanssız elektrik üretim faaliyeti ile iştigal etmek isteyen kişinin başvurusu hakkında, hukukî güvenlik ve kazanılmış haklara saygı ilkesi gereği, başvurunun yapıldığı tarihteki durumu, bu konudaki diğer başvurular ve o tarihteki mevzuat dikkate alınarak işlem tesis edilmelidir. Zira yürütmenin durdurulması kararı verilen red kararı o tarihte verilmemiş olsa idi, lisanssız elektrik üretimi talebiyle başvuran kişinin bağlantı talebi şayet mevzuatta sayılan diğer kriterleri de taşıyorsa, bağlantı anlaşması çağrı mektubu almaya hak kazanan kişilerden biri olacaktır. Bunun sonucunda da, üretim tesisinin inşaatına başlanabilmesi için proje onayı ve Teknik Etkileşim İznine

⁴⁰ OĞURLU, s. 89; BİRTEK, s. 766; AKSOYLU, s. 74.

⁴¹ BİRTEK, s. 767; AKSOYLU, s. 75.

⁴² Danıştay 12. D., 20.11.1996, E. 1995/2432, K. 1996/3661 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, S. 93, s. 582.

ilişkin belgeleri İlgili Şebeke İşletmecisine eksiksiz olarak sunma yükümlülüklerini ifa ederek, bağlantı anlaşması imzalayabilecek konuma gelebilecektir.

Başka bir ifade ile yürütmenin durdurulması kararı sonrası ilgili başvuru sahibinin başvurusunun hukukî durumu, ilgili şebeke işletmecisi tarafından red kararı verildiği tarihteki şartlar ve mevzuat hükümleri uyarınca tespit edilmelidir. Yapılan bu değerlendirme sonucunda da ortaya çıkan durum lisanssız elektrik üretimi faaliyeti ile işgal etmek isteyen kişi bakımından kazanılmış hak olarak kabul edilerek, hukukî güvenlik ve kazanılmış haklara saygı ilkesi gereğince korunmalıdır. Zira başvuru sahibi, başvurusunu yaparken, yürürlükte olan mevzuat hükümlerinde bir değişikliğin olmayacağı inancı ile başvurusunu, lisanssız elektrik üretimi faaliyetinde bulunmak için o tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerinde aranan şartlara sahip olduğu için yine o tarihteki Yönetmelik ve Tebliğ hükümlerindeki usul ve esaslara uygun olarak yapmıştır. Bu bağlamda, başvuru sahibi tarafından bağlantı talebinin reddine ilişkin kararın iptali talebiyle açılan davanın yargılama aşamasında, mevzuat hükümlerinde yapılan değişiklik ile getirilen gerek belge ve bilgi sunumu gerekse başvurunun değerlendirilmesine ilişkin ek yükümlülük ve kriterlerin yürütmenin durdurulması kararı sonrası ilgili başvuru bakımından aranmaması gerekmektedir.

b. Yargı Kararlarının İmkânsızlık Nedeniyle Uygulanmaması Temelinde Konunun Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 138. maddesi⁴³ ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesi⁴⁴ hükümleri açık olup, idare, mahkeme kararın gereklerini vakit geçirmeksizin yerine getirmek durumundadır. Kararın uygulanmaması veya değiştirilerek uygulanması mümkün olmadığı gibi, uyulmasındaki zorunluluk yönünden, iptal kararları ile yürütmenin

⁴³1982 Anayasası'nın 138. maddesi; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve yerine getirilmesini geciktiremez." Hükmüne havidir.

⁴⁴ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. Maddesi "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." Hükmüne havidir.

durdurulması kararları arasında fark yoktur⁴⁵. Ancak idare, kararı uygulamak isterse de kimi zaman elinde olmayan nedenlerle, başka bir ifade ile imkânsızlık nedeniyle bunu gerçekleştiremeyebilir.

İmkânsızlık, içinde bulunulan durumun ve mevcut olan koşulların elverişli olmaması, belirli bir şeyin gerçekleşme olanağının bulunmaması şeklinde tanımlanabilirken, idare hukuku açısından imkânsızlık kavramını, mahkeme kararlarının uygulanmasına engel olan durumlar olarak anlaşılmalıdır⁴⁶. İmkânsızlık hali, mahkemeyi değil kararı uygulama mevkiinde olan idareyi ilgilendiren bir husustur. Mahkemeler, işlemin tesis edildiği anda hukuka aykırılık taşıdığını tespit ettiklerinde kararın uygulanabilir olup olmadığını göz önüne almaksızın işlemin iptaline karar verir⁴⁷. Gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında imkânsızlık; hukukî ve fiili imkânsızlık olmak üzere ikiye ayrılmakla birlikte, her iki imkânsızlık hali de sonuçları itibarıyla aynıdır. Hem hukukî imkânsızlık hem de maddi imkânsızlık, idareyi bu durumu kanıtlaması koşuluyla kararın yerine getirilmesi zorunluluğundan kurtarmaktadır⁴⁸.

İdari yargı kararlarının uygulanamamasına yol açan imkânsızlık hallerinden biri olan fiili (nesnel, maddi) imkânsızlık; nesnel alandaki engeller nedeniyle yargı kararının uygulanamamasıdır⁴⁹. Fiili imkânsızlığa ilişkin olarak akla gelebilecek ilk örnek iptal davası sonuçlanmadan yıkım kararının uygulanması halidir. İdarenin tarafından tesis edilen yıkım kararının iptali için ilgilisi tarafından açılan dava devam ederken yıkımın gerçekleştirilmesi halinde iptal davası sonucunda verilecek olası bir iptal kararının uygulanması fiilen imkânsız hale gelecektir. Ancak bu halde bile iptal davasına devam edilmesinde ve sonrasında yıkım işleminin iptaline karar verilmesinde davacının bir menfaati vardır. Yıkım kararının hukuka

⁴⁵ ALİEFENDİOĞLU, Ali, “Danıştay Kararlarına Uyulması”, Danıştay Dergisi, Y. 1975, S. 16-17, s. 18.

⁴⁶ GÖK, Hasan, “Danıştay Kararlarından Hareketle İdari Yargı Kararlarının İmkânsızlık Nedeniyle Uygulanmadığı Haller”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. LXXI, S. 1, s. 548.

⁴⁷ KAYA, Cemil, İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay’ın Yaklaşımı, İstanbul 2011, s. 63.

⁴⁸ PINAR, İbrahim, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması ve Anayasa Mahkemesince İptal Edilen Hükümlerin Yeniden Yürürlüğe Konulması, Ankara 2008, s.105; GÖK, s. 549.

⁴⁹ ULER, s. 99; GÖK, s. 555.

aykırılığının ispatı üzerine tam yargı davası açılabilir veya yıkılan yapının yerine yeni bir bina yapma konusunda menfaat ortaya çıkabilir⁵⁰.

Bir yargı kararının yerine getirilmesi mevzuat hükümleri çerçevesinde mümkün olmadığında ortada hukukî imkânsızlık hali vardır. Başka bir ifade ile yargı kararının uygulanamaması başka bir hukuk kuralının engellemesi sonucu ortaya çıkmaktadır⁵¹. Yargı kararlarının hukukî imkânsızlık nedeniyle yerine getirilememesi çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bu sebeple hukukî imkânsızlık hallerinin, her olayın kendi özelliğine göre ortaya çıkacağı ve genelleme yapılamayacağı doktrinde belirtilmekle⁵² birlikte, hukukî imkânsızlık hallerinden birinin de mevzuattan kaynaklanan imkânsızlık halleri olarak adlandırılan dava devam ederken mevzuatın değişmesidir⁵³.

Dava sonunda idari işlemin iptal edilmesi halinde, işlem hiç yapılmamış gibi, eski hukukî durumu tesis etmekle mükellef olan idare, yapılan mevzuat değişiklikleri nedeniyle bu kararı uygulama imkânı bulamayabilir. İdari işlemin hukuka aykırı olduğu mahkeme kararı ile tespit edilmesine rağmen, idarenin bu işlemi mevzuat değişikliği nedeniyle tüm sonuçlarıyla ortadan kaldıramaması durumunda doktrinde, idarenin “*kusursuz sorumluluğu*”na yol açacağı ileri sürülmektedir⁵⁴. Danıştay da vermiş olduğu bir kararda, hukukî imkânsızlık sebebiyle yargı kararının uygulanmadığı durumda idarenin tazminat ödemesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁵.

Her ne kadar, yürütmenin durdurulması kararı, iptali talep edilen idari işlemin icraî niteliğinin yanı sıra, kanunilik niteliği iptal kararlarından farklı olarak geçici olarak askıya alsa da; yürütmenin durdurulması kararı, iptal kararları gibi, talep edilen işlemin hiç yapılmamış sayılması sonucunu doğurmakta ve tasarrufun önceki durumunu geri getirmektedir. Bu sebeple; iptal kararlarında olduğu gibi yürütmenin durdurulması kararlarında da hukukî imkânsızlık söz konusu olabilecektir.

⁵⁰ GÖK, s. 555.

⁵¹ ULER, s. 99; GÖK, s. 549.

⁵² ALTAY, Evren, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 2004, s. 196; GÖK, s. 549.

⁵³ GÖK, s. 551.

⁵⁴ KAYA, s. 78; GÖK, s. 557; ULER, s. 99; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 1059.

⁵⁵ Danıştay 5. D., 19.11.1998, E. 1996/503, K. 1998/2723.

Lisanssız elektrik üretimine ilişkin mevzuatta değişiklik yapılmasından önce, ilgili başvuru sahibi tarafından bağlantı başvurusunun reddine ilişkin karar hakkında iptal davası açılmış ve bu davada yürütmenin durdurulması kararı verilmiş olabilir. Bu durumda, mahkeme kararının ivedilikle yerine getirilmesi gerektiğinden, ilgili başvuru sahibinin değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir. Davalı olan ilgili şebeke işletmecisi, mevzuat değişikliği olduğundan bahisle hukukî imkânsızlıktan dolayı yürütmenin durdurulması kararının yerine getiremeyeceğini ileri sürememelidir. Zira lisanssız elektrik üretimine ilişkin mevzuattaki değişiklik, başvuru ve başvurunun değerlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile lisanssız elektrik üretimi faaliyetinde bulunacak olan kişilerin hak ve yükümlülüklerine ilişkindir ve halen lisanssız elektrik üretimi başvurusunda bulunmak kanunen mümkündür. Ancak, ilgili başvuru sahibi hakkında yürütmenin durdurulması kararı sonrası yapılacak değerlendirmenin usul ve esasları ayrı olmak üzere, yargılama aşamasında yapılan mevzuat değişikliği ile artık mevzuatın mülga hükümlerinin uygulanması hukukî imkânsızlık kapsamındadır. Başvurunun reddine ilişkin olarak verilen yürütmenin durdurulması kararı sonrası, ilgili başvuru sahibinin red kararı tarihindeki hukukî durumu; o tarihteki mevcut şartlara ve mevzuat hükümlerine göre tespit edilecek, bu tespitten sonra, ilgili kişi yargılama aşamasında değişikliğe gidilen mevzuat hükümlerine tabi olacaktır ve hakkında mevcut düzenlemelere göre işlem tesis edilecektir. Bu sebeple ilgili şebeke işletmecisi tarafından verilen ret gerekçesi ilgilinin hukukî durumunun tespitinde ve bu tespit sonrası yönetmelikte yapılan değişikliklerin hangisine tabi olduğu konusunda büyük önem arz etmektedir.

Mevzuatta düzenlemiş bulunan teknik kriterlerden birinin mevcut olmadığı gerekçesi ile verilen red kararına ilişkin yürütmenin durdurulması kararı sonrasında, başvuru sahibi hakkında mevzuatın mülga hükümleri uyarınca değerlendirme yapılacağından, yargılama aşamasında mevzuatta yapılan değişiklik ile getirilen esasa ilişkin şartların başvuruda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, başvurunun bir sonraki aşama olan Yönetmeliğin 8.4 maddesinde sayılan kriterleri taşıyıp taşımadığı konusunda ilk başvurunun yapıldığı tarihteki duruma göre değerlendirme yapılacaktır. Şayet ilgilinin başvurusu, teknik kriterleri taşımakla beraber Yönetmeliğin 8.4 maddesine göre yapılan değerlendirme sonucunda bu maddenin bentlerinde belirtilen kriterlerden biri gerekçe gösterilerek

reddedilmiş ve bu red kararı hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmiş ise artık başvuru sahibi hakkında yapılacak değerlendirmede, yeniden teknik kriterlere sahip olup olmadığı incelenmeksizin, bir sonraki bent veya bentler bakımından aranan şartların mevcut olup olmadığı değerlendirilecektir.

Örneğin, teknik şartlara sahip bir başvuru, Yönetmeliğin 8.4 maddesinin c bendinde; *“Başvuru sahibinin son bir yıl içindeki tüketim miktarının diğer başvurulardan yüksek olması,”* şeklinde ifade edilen kriter nedeniyle ret edilmiş ise, bu red kararına ilişkin olarak verilen yürütmenin durdurulması kararı sonrası, bu bentte ve diğer bentlerde belirtilen kriterlerin başvuru sahibinde bulunup bulunmadığı sırasıyla tespit edilecektir. Bu şekilde yapılan değerlendirme sonucunda lisanssız elektrik üretimi faaliyetinde bulunmak isteyen kişinin bu şartların hepsini taşımadığının tespiti halinde, bağlantı başvuru talebi reddedilecek; aksi durumunda *“Bağlantı Anlaşması Çağrı Mektubu”* almaya hak kazanan bir kişi olarak kabul edilerek, bu aşamadan sonra da mevzuatta yapılan değişikliğe tabi olarak hakkında işlem tesis edilecektir.

SONUÇ

Kural olarak lisans alma ve şirket kurma yükümlülüklerine tabi olarak ifa edilebilecek olan elektrik üretim faaliyetinin bu yükümlülüklerden muaf olarak yapılabileceği bizzat elektrik piyasası mevzuatında düzenlenmiştir. Mevzuat uyarınca tahdidi olarak sayılan üretim tesisleri ile yapılabilecek olan bu faaliyete ilişkin başvuru ve başvurunun değerlendirilmesinde kullanılacak usul ve esaslar lisanssız elektrik üretimine ilişkin ikincil mevzuatta düzenlenmiştir.

Lisanssız elektrik üretiminde bulunacak kişinin başvurusunun ret edilmesi durumunda, ilgili başvuru sahibinin hakkında tesis edilen ret işleminin yürütmesinin durdurulmasını ve iptalini idari yargıda talep etme hakkı mevcuttur. Zira özel hukuk hükümlerine tabi olarak faaliyette bulunan ilgili şebeke işletmecisi, özel faaliyetler için söz konusu olamayacak ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi olarak lisanssız elektrik üretimine ilişkin mevzuat gereğince, bu mevzuatın verdiği kamusal yetki ve ayrıcalıklara sahip olarak işlem tesis etmektedir.

Lisanssız elektrik üretimine ilişkin mevzuatta yapılan kapsamlı değişiklik sonucunda, başvuru esnasında sunulması gereken bilgi ve belgeler ile başvurunun değerlendirilmesine ilişkin usul ve esaslarda gerek

başvuru sahibi bakımından gerekse lisanssız elektrik üretiminde bulunulacak tesis bakımından ek yükümlülükler getirilmiştir. Mevzuatta yapılan bu değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle yapılacak olan başvurulara uygulanacak olması tartışmasıdır. Ancak, bağlantı başvurusunun mevzuatın mülga hükümleri uyarınca ret edilmesi nedeniyle bu red kararının iptali talebiyle idari yargıda dava açılması ve açılan bu davada mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı vermesi durumunda, başvuru sahibi hakkında yeniden bir değerlendirme yapılacak olmakla birlikte, bu değerlendirmenin mevzuatın mülga hükümlerine göre mi yoksa yeni düzenlemeye göre mi yapılacağına tespiti önem arz etmektedir.

Lisanssız elektrik üretimi faaliyetinde bulunmak isteyen gerçek ve tüzel kişi hakkında verilen red kararının yürütmesinin durdurulması ile birlikte, bu red kararı tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kalkacağından ve o işlemin tesisinden önceki hukuki duruma dönülmesi gerekeceğinden, başvuru sahibinin, ret işleminin tesis edildiği tarihteki hukuki durumu tespit edilmelidir. Başvurunun hukuki durumu ise, ilgili şebeke işletmecisi tarafından red kararı verildiği tarihteki şartlar ve mevzuat hükümleri uyarınca tespit edilmeli ve yapılan bu değerlendirme sonucunda da ortaya çıkan durum lisanssız elektrik üretimi faaliyeti ile iştigal etmek isteyen kişi bakımından kazanılmış hak olarak kabul edilerek, hukuki güvenlik ve kazanılmış haklara saygı ilkesi gereğince korunmalıdır. Zira başvuru sahibi, başvurusunu yaparken, yürürlükte olan mevzuat hükümlerinde bir değişikliğin olmayacağı inancı ile başvurusunu, lisanssız elektrik üretimi faaliyetinde bulunmak için o tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerinde aranan şartlara sahip olduğu için yine o tarihteki Yönetmelik ve Tebliğ hükümlerindeki usul ve esaslara uygun olarak yapmıştır. Bu nedenle, başvuru sahibi tarafından bağlantı talebinin reddine ilişkin kararın iptali talebiyle açılan davanın yargılama aşamasında, mevzuat hükümlerinde yapılan değişiklik ile getirilen gerek belge ve bilgi sunumu gerekse başvurunun değerlendirilmesine ilişkin ek yükümlülük ve kriterlerin, yürütmenin durdurulması kararı sonrası, ilgili başvuru bakımından aranmaması gerekmektedir.

Başvurunun hukuki durumu, başvurunun yapıldığı tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümleri uyarınca tespit edildikten sonra, lisanssız elektrik üretim faaliyetinde bulunmak isteyen gerçek veya tüzel

kişi hakkında yeni mevzuat hükümleri uygulanmak suretiyle işlem tesis edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU, Ali : “*Danıştay Kararlarına Uyulması*”, Danıştay Dergisi, Yıl 1975, Sayı 16-17.
- ALTAY, Evren : İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 2004.
- AKSOYLU, Özge : “*Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda “Kazanılmış Hak Kavramı*”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galataray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No. 4, İstanbul 2003
- ASLAN, Zehrettin : İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994.
- AYRANCI, Hasan : Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010.
- AYRANCI, Hasan : Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD Yıl 2003, C. 52, S. 3.
- AZRAK, Ali Ülkü : İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi, İHİD Aralık 1985, Yıl 6, S. 1-3.
- BİRTEK, Fatih : Kazanılmış Hak Bağlamında İdari İşlemin geri Alınması, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 2008/2.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan : İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2004.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan : “*Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*”, AÜEHFD C.7 S. 3-4, Aralık 2003.
- DOĞAN, Beşir Fatih : “*Elektrik Piyasasında TRT Payı Ödenmesi Konusundaki Hukuki Gelişmeler*” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S.1, Y. 2013.
- GÖK, Hasan : “*Danıştay Kararlarından Hareketle İdari Yargı Kararlarının İmkansızlık Nedeniyle Uygulanmadığı Haller*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2013, Cilt LXXI, Sayı 1.
- GÖNEN, Yakup : Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü, Ankara 2011.
- GÖZLER, Kemal : İdare Hukuku, Cilt I, Bursa 2009. (İdare)
- : İdare Hukukuna Giriş, Bursa 2003. (Giriş)

- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut, : İdare Hukuku, Cilt 2, Ankara 2014. (Cilt II)
..... : İdare Hukuku, Cilt 1, Ankara 2011 (Cilt I)
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref : Yönetim Hukuku, Ankara 1998.
- GÜNDAY, Metin : İdare Hukuku, Ankara 1997.
- GÜZEL, Oğuzhan : “*Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında, İdari Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi*”, GÜHFD, C. XVII Yıl 2013, S. 1-2
- KABAOĞLU, Ö. İbrahim : “*Yürütmenin Durdurulması*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1976, Cilt 33, Sayı 4.
- KAPLAN, Gürsel : İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak, www.idare.gen.tr, 29.04.2016.
- KARAKILIÇ, Hasan : Hukukî Açından Elektrik Piyasası – Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği, İzmir 2006.
- KAYA, Cemil : İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay’ın Yaklaşımı, İstanbul 2011.
- KAYIŞOĞLU, Bahaettin : “*Danıştay’da Yürütmenin Durdurulması*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1974, C. 31.
- OĞURLU, Yücel : İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003.
- ONAR, S. Sami : İdare Hukuku Umumi Esasları, C. III, İstanbul 1966.
- ÖZAY, İ. Han : İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim, İstanbul 1994.
- PINAR, İbrahim : İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması ve Anayasa Mahkemesince İptal Edilen Hükümlerin Yeniden Yürürlüğe Konulması, Ankara 2008.
- ULER, Yıldırım : İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970.
- TEKİNSOY, M. Ayhan : İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Ankara 2013.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım : İdare Hukuku, Cilt 2, Ankara 2012.

TÜRKİYE'DEKİ YABANCI CEMAAT VAKIFLARININ TAŞINMAZ MAL EDİNMELERİ

Betül DÜRGEN*

Özet

Azınlık vakıfları olarak da anılan cemaat vakıfları, Türk Medeni Kanunu'nda zikredilen vakıflardan oldukça farklıdır. Osmanlı döneminde padişah fermanları ile kurulan cemaat vakıflarının diğer vakıflarda olduğu gibi vakıf senetlerinin bulunmaması, bu vakıflara ait taşınmaz malların tapu sicillerine kaydını da güçleştirmiştir. 1912 yılına kadar tüzel kişilikleri de tanınmayan bu vakıflar, Cumhuriyet döneminde Lozan Antlaşması'nın imzalanması ve Türkiye'nin azınlık haklarını genişleteceği yönünde taahhüt vermesi neticesinde önem kazanmıştır. 1935 tarihli Vakıflar Kanunu'nda birtakım şartlarla cemaat vakıflarının taşınmaz mallarının tapuda tescil edilebilmeleri sağlanmıştır.

Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde Vakıflar Kanunu'nda çeşitli değişiklikler yapılmış, fakat değişikliklerin yeterli olmadığı görülerek 2008 yılında yeni bir Vakıflar Kanunu yürürlüğe girmiştir. Düzenleme belirli şartlar dâhilinde, belirtilen tarihlerde tasarruflarında bulunduğu belgelendirilen taşınmaz malların kaydını içerse de, kamuoyunda geniş bir yankı bulmuştur.

Anahtar Kelimeler: 36 Beyanname, Azınlık, Cemaat Vakıfları, Lozan Antlaşması, Taşınmaz Mal Edinme, Yabancı, Vakıflar Kanunu.

HAVING REAL PROPERTY FOR FOREIGN NON-MUSLIM FOUNDATIONS IN TURKEY

Abstract

Non-Muslim foundations - also called minority foundations- are quite different from the foundations mentioned in the Turkish Civil Law. In the Ottoman Empire period the foundations which raised by sultan's imperial edict has not got foundation settlement deed as the other foundations make difficult to enter an estate at the register of deeds Office. These foundations, which were not recognized as legal entities until 1912, gained importance in signing the Treaty of Lausanne in the Republican period and pledging that Turkey would expand minority rights. Under the Foundations Law of 1935, it was ensured that the realproperty's of non-Muslim foundations could be registered in the land register. Several amendments have been made to the Foundation Law in the process of harmonization to the European Union, but a new Law on Foundations was enacted in 2008 in view of the insufficiency of the amendments. Even though the regulation included the recording of the registered properties that have been at their disposal on the specified dates and under certain circumstances, it has found a wide response to the public.

Keywords: 36 Declaration, Minority, Non-Muslim Foundations, Treaty of Lausanne, Having Real Property, Foreign, Foundation Law.

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Giriş

“Vakıf” Arapça bir kelime olup “va-ka-fe” kökünden gelmektedir. Sözlük anlamı ise hapsedmek ve alıkoymak demektir, çoğulu “evkaf”tır. Teknik olarak vakıf kelimesi “vakfedilen mal” demektir¹.

Türk Medeni Kanunu² (TMK) m. 101’e göre *vakıflar*; gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.

Cemaat vakıfları ise Vakıflar Kanunu³ m. 3’te tanımlanmıştır. Buna göre *cemaat vakıfları*, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye’deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflardır.

Cemaat vakıflarını, 1926 yılından önce kurulmuş olan, Türkiye’de yaşayan Türk vatandaşı gayrimüslim cemaatlere ait olan, cemaat tarafından ve cemaat arasından seçilen kişi ya da heyetlerce yönetilen, tüzel kişiliği olan ve bu nedenle de tüzel kişilerin bütün hak ve borçlarına sahip olan ve Vakıflar Kanunu hükümlerine tabi bulunan vakıflar şeklinde tanımlamak da mümkündür⁴.

Azınlık vakıfları olarak da adlandırılan cemaat vakıfları, ilk defa 1935 yılında kabul edilen Vakıflar Kanunu ile kanuni bir düzenlemeye kavuşmuştur⁵.

Cemaat vakıfları, Cumhuriyetten önce kurulan gayrimüslim vakıflarıdır. Cumhuriyetle birlikte çok hukuklu şer’i sistem yürürlükten kaldırılmış, tek hukuklu laik sisteme geçilmiştir. Bugünkü laik hukuk sistemimizde böyle bir vakıf kurmak mümkün değildir⁶. Cemaat vakıfları TMK m. 101/4’te belirtilen belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını

¹ ÖZKAYA, Eraslan, Eski Vakıf Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 22; ÖZKURT, Mustafa, *Yeni Vakıflar Yasası ve Getirdikleri*, <http://www.kocaeliaydinlarocagi.org.tr/Yazi.aspx?ID=444> (Erişim Tarihi: 12.11.2015).

² RG: 8.12.2001-24607.

³ RG: 27.02.2008-26800.

⁴ İMAMOĞLU, M. Altuğ, Azınlık Vakıfları ve Yabancıların Taşınmaz Edinimleri, Yazıt Yayınları, Ankara 2006, s. 49; ÇAĞATAY, Mustafa, *Geçmişten Günümüze Azınlık Vakıflarının Mal Edinmeleri Sorunu*, TBB Dergisi, S. 96, 2011, s. 113.

⁵ ÇAĞATAY, s. 113.

⁶ AYTAŞ, Gülseren S. “*Vakıflar Kanunu Bir Ayrıcalık Belgesidir*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 2008/2, s. 786.

desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı kuralının⁷ bir istisnasıdır. Bu istisnanın dayanağı ise Lozan Antlaşması m. 42/3'te yer alan ibaredir⁸. Ancak yine de belirtelim ki, TMK'ya göre azınlıkların vakıf kurması yasak değildir, sadece kendi cemaatlerine mensup olanları desteklemek amacıyla vakıf kurmaları yasaktır. Söz konusu düzenlemenin gerekçesinde, bu yasağın Anayasa'da yer alan ilkeler ışığında getirildiği ifade edilmiştir⁹.

Vakıfların tabiiyetinin belirlenmesi, yabancılik unsurunun ortaya konması ise diğer bir sorundur. Konu Dernekler Yönetmeliği¹⁰ m. 4'te düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre yabancı vakıf, merkezi yurt dışında bulunan vakıftır. Dolayısıyla merkezi Türkiye'de olup kurucuları yabancı gerçek kişilerden oluşan vakıflar yabancı vakıf sayılmamalıdır¹¹, “yabancı vakıf” ile “yabancılar tarafından Türkiye'de kurulan vakıf” birbirine karıştırılmamalıdır¹². Nitekim Vakıflar Kanunu m. 5/4 ile yabancılar, Türkiye'de fiili ve hukuki mütakabiliyet esasına göre yeni vakıf kurabilirler. Yabancılar tarafından Türkiye'de Vakıflar Kanunu'na dayanılarak kurulan vakıflar, aslında kuruluş yeri esasına göre, Türk tabiiyeti niteliğine haizdir¹³.

⁷ Bu kural ilk kez 743 Sayılı Eski Türk Kanunu Medenisi m. 74'ün değiştirilmesi ile getirilmiştir: Kanun numarası: 903, Kabul Tarihi: 13.07.1967, RG. 24.07.1967/ 12655.

⁸ m. 42/3: *Türkiye Hükümeti söz konusu azınlıkların Kiliseleri, Havraları, mezarlıkları ve öteki dinsel kurumlarına her türlü koruyuculuğu göstermeyi yükümlenir. Bu azınlıkların bugün Türkiye'de bulunan Vakıflarına ve dinsel ve yardım kurumlarına her türlü kolaylığı gösterecek ve izinleri verecek ve yeni dinsel ve yardım kurumları kurulması için, benzeri öteki özel kurumlara sağlanmış olan gerekli kolaylıklardan hiçbirini esirgemeyecektir.*

⁹ Nuray, Yargıtay, Danıştay ve AİHM Kararları Işığında Cemaat Vakıflarının Mülkiyet Sorunları, Beta Yayınları, İstanbul 2011,

¹⁰ RG. 31.03.2005-25772.

¹¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 4449 E., 4399 K., 06.07.1971 T.: “...“Görülüyor ki, Türk olmayanların meydana getirdikleri tüzel kişiliklerin gayrimenkul iktisapları men edilmiştir...” (Karara konu olan vakıf Balıklı Rum Hastanesi Vakfı Hıristiyan Ortodoks mezhebinden Türk vatandaşlarının Türkiye'de kurdukları bir vakıftır.)

¹² EKŞİ, Nuray, Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 166.

¹³ EKŞİ, Nuray, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 146.

1. Cemaat Vakıflarının Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri Tarihsel Süreç

1.1. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi

Osmanlı hukuk sisteminde 1912 yılına kadar vakıflara tüzel kişilik tanınmamış, ancak padişah fermanları ile Osmanlı İmparatorluğu sınırları içinde yaşayan azınlıkların genelde ibadet yerlerinin bakımı ve korunması için, bunun dışında okul ve hastane gibi faaliyetleri yürütmelerine müsaade edilmiştir. Yalnız tüzel kişiliği bulunmadığı için cemaat vakıfları edindikleri malları güvendikleri gerçek kişiler veya hayatta olmayan dini veya tarihi kişiler üzerine kaydettirmişlerdir¹⁴.

Vakıfların taşınmaz mal edinmeleri 13 Cemaziyelâhir 1231 (11.05.1816) tarihli bir fermana konu olmuştur. Divân-ı Hümâyûn, Esbak Şeyhü’l-İslâm Dürrizâde Abdullah Efendi’nin verdiği bir fetvaya dayanarak, 11.05.1816 tarihinden itibaren manastır veya kilise fukarâsı için nükuttan başka mülk ev (menzil), dükkân, bahçe, tarla ve çiftlik gibi gayrimenkul akarların vakfedilmesi yasaklanmıştır¹⁵.

1912 yılında Eşhas-ı Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarrufu Hakkında Kanun yürürlüğe konarak vakıflara tüzel kişilik verilmiştir. Yalnız kanun metninde “vakıf” adı veya sözü geçmemiş, sadece Müessesat-ı Hayriye ifadesine yer verilmiştir. Fakat tapuda başkaları adına kayıtlı mallarını kendi adına kaydettirme olanağı vermesi bu kuruluşların tüzelkişilik kazanmaları anlamına gelmektedir¹⁶. Türk hayır kurumları tarafından şimdiye kadar “*namı müstear*” ile tasarruf edilmiş taşınmazların kanunun yayımından başlayarak altı ay içinde başvurmaları halinde, kurumlar adına tescil edileceği, altı ay içinde tapuya başvurmayan veya davayı gerektiren bir hâl var olmasına rağmen davaya konu yapılmayan yerler hakkında, bundan sonra kurumlara ait olduğu yolundaki iddiaların dinlenemeyeceği kanunun geçici maddesi ile

¹⁴ Cemaat vakıflarının tasarrufunda bulunan taşınmazların tapuda adlarına kaydedildikleri gerçek kişilere “*nam-ı müstear*”, artık hayatta olmayan tarihi ve dini kişilere ise “*nam-ı mevhum*” denilmektedir; ŞİMŞEK, Suat, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Edinimi*, TBB Dergisi, S. 88, 2010, s. 30.

¹⁵ ÖZTÜRK, Nazif, *Azınlık Vakıfları*, Altinküre Yayınları, Ankara 2003, s. 63.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 27.12.2002 tarihli 2002/146 E., 2002/201 K. sayılı kararı, karşı oy yazısı.(Leges içtihat programı).

<http://legeshukuk.com/sonuc.php?bolum=ictihat&daire=3#205034> (Erişim Tarihi: 07.11.2015).

bildirilmiştir. Bildirilen altı aylık süreler 1914 ve 1918 yıllarında yürürlüğe konulan kanunlarla altışar ay daha uzatılmıştır¹⁷.

1.2. Lozan Antlaşmasında Durum

Lozan Antlaşması'nın "Siyasal Hükümler" başlıklı Birinci Bölümünün Üçüncü Kesimi (m. 37-45) "Azınlıkların Korunması" başlığını taşımaktadır. İlk olarak m. 37'de Türkiye'nin bu kesimde yazılı belirtilen hükümleri temel yasalar (*Les Lois fondamentales*) olarak tanınmasını ve hiçbir yasa, hiçbir yönetmelik ve hiçbir resmi işlemin bu hükümlerle çelişkili ya da onlara aykırı olmamasını ve hiçbir yasanın, hiçbir yönetmeliğin ve hiçbir resmi işlemin söz konusu hükümlere üstün saymamasını belirtmiştir.

Doğum, milliyet, dil, soy ve din ayrımcılığının önüne geçilmesi amacıyla kaleme alınan m. 38'de Türkiye'nin hiçbir ayırım yapmaksızın yaşam ve özgürlükleri en geniş biçimde koruyacağı hüküm altına alınmıştır.

Müslüman olmayan azınlıklar konusu m.39 ila 44'de düzenleme alanı bulabilmiştir. Türkiye, Müslüman olmaya azınlıklardan olan Türk vatandaşlarına Müslümanlarla aynı medeni ve siyasi hakları vermekle yükümlüdür. Ayrıca Türkiye'nin tüm halkının din ayrımı yapmaksızın kanun önünde eşit olacağı da m. 39'da belirtilmiştir. Bu kişilerin hukuken ve fiilen diğer Türk vatandaşlarına uygulanan işlemler ve sağlanan güvencelerden aynen yararlanacakları ve özellikle, harcamaları kendilerince yapılmak üzere, her türlü yardım, dinsel ya da sosyal kurumları, her türlü okul ve benzeri öğretim ve eğitim kurumları kurma, yönetme ve denetleme ve buralarda kendi dillerini özgürce kullanma ve dinsel ayinlerini serbestçe yapma bakımından eşit bir hakka sahip bulunacakları ise m. 40'ta dile getirilmiştir.

Türkiye'nin Müslüman olmayan azınlıkların aile hukuku ve kişi hakları konusundaki sorunlarının, bu kişilerin örf ve adetleri dikkate alınarak çözülmesini kolaylaştıracak hükümlerin getirilmesi gerektiği m. 42'de belirtilmiştir, Söz konusu azınlıklara ait kiliselere, havralara, mezarlıklara ve diğer dini kurumlara her türlü korumayı sağlamayı yükümleneceği; aynı azınlıkların bugünkü durumda Türkiye'de var olan vakıflarına ve dini ve hayri kurumlarına her türlü kolaylık ve müsaadenin

¹⁷ EM, Ali, Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 37; ŞİMŞEK, s. 29-31.

gösterileceği ve yeni din ve hayır kurumlarının kurulması için bu gibi özel kurumlara sağlanmış olan gerekli kolaylıklardan hiçbirini esirgemeyeceği bu madde kapsamında ele alınmıştır. Ancak bazı azınlıklar bu haklarından feragat ettiklerini çeşitli tarihlerde Adalet Bakanlığına verdikleri dilekçelerle bildirmişlerdir¹⁸. Yargıtay'ın bir kararına konu olan davada, azınlıkların bu feragatlerinin 42. maddede öngörülen haklardan yalnızca aile hukuku ve şahsın hukuku açısından özel hükümlere tabi tutulmama isteği olarak algılanması gerektiği belirtilmiştir¹⁹.

Lozan Antlaşması m. 43'te, gayrimüslim azınlıkların inançlarına zıt veya ibadetlerini bozan herhangi bir işleme zorlanamayacakları, hafta tatili günlerinde herhangi bir resmi işlemi yerine getirmeye zorlanamayacakları hükmü yer almaktadır. Son olarak m. 44'te gayrimüslim azınlıklara ilişkin Antlaşma hükümlerinin uluslararası çıkarları içeren yükümlülükler oluşturduğu ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Milletler Cemiyetinin güvencesi altına konulmasını kabul ettiği belirtilmiştir.

Bu kesimde bildirilen hükümlerin Yunanistan tarafından, topraklarında bulunan Müslüman azınlıklar bakımından da uygulayacağı konusu ise m. 45'te ele alınmıştır. Maddenin mütakabiliyet öngörüp öngörmediği hususunda iki ayrı görüş bulunmaktadır; doktrinde bazı yazarlar²⁰, söz konusu maddenin mütakabiliyet öngördüğünü ve

¹⁸ Yahudiler 25.09.1925, Ermeniler 17.10.1925 ve Rumlar 27.11.1925 tarihlerinde dilekçelerini vermişlerdir (REYNA, Yuda- ZONANA, Ester Moreno, Son Yasal Düzenlemelere Göre Cemaat Vakıfları, Gözlem Gazetecilik Basın ve Yayın A.Ş., İstanbul 2003, s. 61).

¹⁹ Y.7. HD. 10.04.1962 tarih, E: 1962/2775, K: 1962/3567 "...Lozan Muahedenamesinin 42. maddesinin üçüncü fıkrasında: 'Türkiye Hükümeti ekalliyetlere ait kiliselere, havralara, mezarlıklara vesair müessesatı diniyeye her türlü himayeyi bahşeylemeyi taahhüt eder' denilmiştir. Davalı kiliselerin temsil ettikleri ekalliyetlerin mümessilleri işbu maddede derpiş edilen bir kısım haklardan feragat etmişeler de, bu feragat aile hukukuyla ahkamı şahsiye hakkında hususi hükümler konulmasına dair selahiyetlere münhasırdır...".

²⁰ 24 Temmuz 1923 tarihinde imzalanan Lozan Antlaşması ile yabancıların taşınmaz mal edinmelerinde, o güne kadar Safer Kanunu ile benimsenmiş olan ve vatandaş ile yabancı arasında, haklar konusunda tam bir eşitliğin kabul edilmesi anlamına gelen "tebaya temsil" sistemi terk edilerek "karşılıklık" koşulunun arandığı sisteme geçilmiştir.": LEVİ, Selim, Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 59; ÇELİKEL, Aysel-GELGEL ÖZTEKİN, Günseli, Yabancılar Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 109-110; AYTAŞ, s. 787; SOMUNCUOĞLU, Sadi,

Yunanistan’ın kendi ülkesindeki Türk azınlığının haklarına ne kadar riayet ediyorsa, Türkiye’nin de o oranda azınlık haklarına ilişkin yükümlülüklerine uyması gerektiğini ileri sürmektedirler. Yunanistan’ın 07.02.2008 tarihinde yürürlüğe koyduğu yeni Vakıflar Kanunu’nda²¹ “mütekabiliyet” terimini kullanması bu görüşte olanların ellerini güçlendirmiş görünmektedir²². Diğer taraftan aksi görüşte olan yazarlar ise²³; cemaat vakıflarının Lozan Antlaşması’na göre “Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk uyruğu” kabul edilerek, vatandaşlık statüsü içine alındıkları için mütekabiliyet nitelendirmesinin uygun olmadığını bildirmişlerdir. Mütekabiliyet esasının, o devletin vatandaşları açısından uygulama alanı bulamayacağını dile getiren yazarlar Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne de dikkat çekmişlerdir²⁴. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda Lozan antlaşması m. 45’i mütekabiliyet esası olarak kabul etmiştir²⁵. Nitekim uygulama iki ülke arasında mütekabiliyet esasına göre yapılagelmiş, bunun doğal bir sonucu olarak Vakıflar Kanunu m. 2’de “*Bu Kanunun uygulanmasında milletlerarası mütekabiliyet ilkesi saklıdır*” hükmüne yer verilmiş ve TBMM’de kanun

Vakıflar Kanunu Lozan’a aykırı mı?, <http://bilgeninotagi.blogcu.com/vakiflar-kanunu-lozan-a-aykiri-mi/3061770> (Erişim Tarihi: 13.11.2015).

²¹ Batı Trakya Müslüman Azınlığı Vakıflarının ve Bunların Malvarlıklarının Yönetimi ve İşletilmesine İlişkin Kanun’un detayları için bkz. CİN, Turgay, *3647 Sayılı ve 2008 (3647/2008) Tarihli Yunanistan Vakıflar Yasası ve Uygulamaları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, S. 2, 2013, s. 82.

²² SOMUNCUOĞLU, Sadi, *Vakıflar Kanunu Lozan’a aykırı mı?*, <http://bilgeninotagi.blogcu.com/vakiflar-kanunu-lozan-a-aykiri-mi/3061770> (Erişim Tarihi: 13.11.2015).

²³ ÖKTEM, Emre, “*Yeni Vakıflar Kanununun Cemaat Vakıflarına İlişkin Hükümleri Hakkında Uluslararası Hukuk Açısından Bazı Gözlemler*”, Ergun Özbudun’a Armağan, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, ss. 548-558; ÇAĞATAY, s. 105.

²⁴ Türkiye’nin imzalamadığı fakat uluslararası teamül kuralı olarak uygulanan 23.05.1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi kişilere karşı misillemeyi yasaklamaktadır. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 60/5 insanların korunmasına ilişkin hükümler içeren uluslararası antlaşmaların esaslı bir ihlale konu olması halinde bile bu nitelikteki antlaşmaların, ona taraf olan diğer devletlerce yürürlükte tutulması ve uygulamaya devam olunması gerektiğini bildirmektedir.

²⁵ Anayasa Mahkemesi 1979/1 E., 180/1 K., 08.05.1980 T.: “*Lozan Barış Antlaşması’nın ‘III. Fası’ hükümleriyle gayrimüslim azınlıkların varlığı tanınmış ve yararlanacakları hak ve ayrıcalıklar belirtilmiştir. Konferansta uzun tartışmalar sonunda saptanan bu hükümler ‘mütekabiliyet’ esasına dayanmakta...*”

görüşmeleri sırasında, bundan kastedilenin Yunanistan'daki Vakıflar Kanunu olduğu ifade edilmiştir²⁶.

Belirtmek gerekir ki, Lozan Antlaşması'nın azınlıkların korunması konusundaki hükümlerinde cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmesi ile ilgili bir düzelleme bulunmamaktadır. Esasen böylesi bir düzenleme olmaması bir eksiklik teşkil etmemektedir. Çünkü 1912 yılında yürürlüğe girmiş olan kanun ile cemaat vakıflarına taşınmaz mal edinme hakkı tanınmıştır²⁷.

1.3. Pozitif Düzenleme

Lozan Antlaşması'nın yansımalarını pek çok kanunda görebilmek mümkündür Her ne kadar Tapu Kanunu²⁸ m. 35'te yabancı gerçek kişiler ve yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş ticaret şirketleri dışında kalan hiçbir tüzel kişiliğin Türkiye'de taşınmaz edinmeyeceği açıkça belirtilmiş olduğundan, cemaat vakıflarının Türkiye'de taşınmaz edinmeyeceği anlaşılabilir, Tapu Kanunu m. 3'te varlıkları Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nce tanınmış olan yabancılara ait dini, ilmi, hayri müesseselerin fermanlara ve hükümet kararlarına dayanarak edindikleri taşınmazların, bu belgelerin sınırları dışına çıkmamak ve Hükümet'in izni alınmak şartı ile müesseselerin tüzel kişilikleri adına tescil edilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Cemaat vakıflarının yeni bir taşınmaz edinebilmeleri bu hükme göre mümkün görünmezken, önceden edindikleri taşınmazların tescili kazanılmış haklara saygı ilkesine göre güvence altına alınmış görünmektedir.

Aşağıda konuya ilişkin temel düzenlemeler sırasıyla incelenmiştir.

a. 2762 Sayılı Vakıflar Kanunu

1935 yılında yürürlüğe giren 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, cemaat vakıflarının Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne mal beyannamesi sunmalarını gerektirmiştir. 2762 sayılı Vakıflar Kanunu m. 44'e göre; cemaat vakıflarından, en az 15 yıldan beri tasarruflarında olduğu belgeleriyle ispatlanmak koşuluyla mallarının listesi istenmiş, beyanname vermek için 3 aylık kesin süre verilmiştir. Dolayısıyla cemaat vakıflarının mal edinilebilecekleri son tarih, açıkça "1920" yılı olarak belirlenmiş, 1921 yılında edinilen mülkler dahi cemaat vakıflarına ait kabul

²⁶ ÇAĞATAY, s. 107-108.

²⁷ EKŞİ, Cemaat, s. 55.

²⁸ RG. 29.12.1934-2892.

edilmemiştir²⁹. '36 Beyannamesi' olarak bilinen bu mal bildirim belgeleri, 1960'lı yıllardan itibaren, devlet tarafından vakıf senedi olarak değerlendirilmiştir³⁰. 1936 düzenlemesindeki amaç o tarihe kadar, varlık gösteren resmî veya gayri resmî tüzelkişilikleri, Müslim-gayrimüslim ayrımı yapmadan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün denetimi altına almaktır³¹.

Yargıtay'ın 1942 yılında verdiği bir kararda³², nam-ı mevhum veya nam-ı müstear olarak tapuya tescil edilmiş bulunan bir taşınmaz malın cemaat vakfı adına tescili için tapuda malik görünen kişilerin rıza ve muvafakatlerine ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. 1956 yılında ise cemaatlerin büyük bir kısmının ortadan kalktığı veya azaldığı; ellerindeki gayrimenkulleri satarak, tasfiye ederek Türkiye'den ayrılmak isteyenlerin olduğu; fakat buna bazı kanunların, bilhassa Tapu Kanunu m. 3'ün engel teşkil ettiği öne sürülerek TBMM'nin aldığı bir tefsir kararı ile Yargıtay'ın 1942 yılındaki kararı önemini yitirmiş; nam-ı müstear ya da nam-ı mevhum adına kaydedilen taşınmazların vakıf adına tapu tescilinin yapılabilmesi için kayıt sahibinin onayının istenmesi uygulaması son bulmuştur³³.

Vakıflar Genel Müdürlüğü 1960 yılında cemaat vakıflarından, tasarruflarında bulunan taşınmazlara yasal olarak sahip olduklarını kanıtlamaları için vakıf senetlerini sunmalarını istemiştir. Ancak cemaat vakıflarının vakıf senedi bulunmadığı için 36 Beyannameleri vakıf senedi olarak değerlendirilmiştir³⁴.

²⁹ AYTAS, s. 783.

³⁰ <http://adilhafiza.org/?p=5252> (Erişim Tarihi: 12.11.2015).

³¹ ALKAN, Mustafa, *Azınlık Vakıfları (Tarihî Arkaplanı, Hukukî Yapısı ve İç Analizi)*, Akademik Bakış, C. 2, S. 4, 2009, s. 100.

³² Y. İBK. 02.12.1942 tarih, E: 1942/8, K: 1942/24: "Kaldı ki mezkur 44. madde vakıf oldukları tapuda müseccel bulunmayan gayrimenkullerin şu veya bu şahıs tarafından vakfedilmiş olduğunun ispatıyla vakıf olarak tescil edilmesini istihdaf etmiştir. Nitekim maddede o gibi gayrimenkullerin vakıf kütüğüne ve sonra da vakıf olmak üzere tapu siciline kayıt edilecekleri bildirilmektedir. İçtihadın tevdihi müzakeresine arzedilen hadiselerde ise münazaalı gayrimenkullerin esasen vakıf oldukları tapu sicilinde yazılı ve batı hakiki şahısların icareteyn yahut mukataa suretiyle bu vakıf gayrimenkullere mutasarrıf bulundukları kayıtlıdır. Demek ki hadiselerdeki ihtilaf rakabenin vakfiyetine taalluk etmeyip ancak tasarrufun davacı hükmi şahıslara mı, tapuda isimleri yazılı hakiki kimselere mi ait olduğuna mütealliktir." (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

³³ TBMM Tutanaklar Dergisi, 10. Dönem 13. Cilt 84. Birleşim, s. 15.

³⁴ <http://adilhafiza.org/?p=5252> (Erişim Tarihi: 12.11.2015).

Taşınmazların vakıflar adına tescilini sağlayan düzenlemeler bu vakıfların tüzel kişilik kazandığının bir göstergesi sayılsa da; 25.10.1967 tarihinde İçişleri Bakanlığı, İstanbul Valiliği'ne, oradan da İstanbul Tapu Grup Sicil Müdürlüğü'ne “çok gizli” ibareli bir yazı göndererek Ermeni vakıflarının, vasiyet yoluyla kendilerine hibe edilen taşınmazları, tüzel kişilikleri bulunmadıkları gerekçesiyle kabul etmeye yetkili olmadıkları belirtilmiştir³⁵.

Daha önce Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından 36 *Beyannameleri* vakıf senedi yerine değerlendirilen cemaat vakıflarının bu beyannameleri 1971 tarihli bir Yargıtay kararında da vakıf senedi olarak tanınmıştır. Beyannamelerde açıkça bağış kabul edebileceklerine dair bir ibare olmaması dolayısıyla da doğrudan ya da vasiyet yoluyla gayrimenkul edinemeyecekleri hükme bağlanmıştır³⁶. Bu karar 1974 yılında Hukuk Genel Kurulunda onaylanarak emsal karar niteliği kazanmıştır. Bu karardan sonraki 25 yıllık süreçte art arda açılan davalarla cemaat vakıflarının 1936 yılından itibaren edindikleri taşınmazların büyük çoğunluğu ellerinden alınmıştır³⁷.

b. AB ile Uyum Sürecinde Yapılan Değişiklikler

Cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri konusunda Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde 2002, 2003 ve 2008 yıllarında önemli yasal değişiklikler yapılmıştır. 2002 yılında 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesine eklenen fıkralarla yapılan değişikliklerle³⁸, cemaat vakıflarının vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilmelerine ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilmelerine olanak sağlanmıştır. Maddenin devamında “*Bu vakıfların dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere, her ne suretle olursa olsun, tasarrufları altında bulunduğu, vergi kayıtları, kira sözleşmeleri ve diğer belgelerle belirlenen taşınmaz mallar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde başvurulması hâlinde vakıf adına tescil olunur. Cemaat vakıfları adına bağışlanan veya vasiyet olunan taşınmaz mallar da bu madde hükümlerine tâbidir.*” denmiştir. Böylelikle

³⁵ <http://adilhafiza.org/?p=5252> (Erişim Tarihi: 12.11.2015).

³⁶ Y.2. HD. 06.07.1971 tarih, E: 1970/4449, K: 1971/4399.

³⁷ <http://adilhafiza.org/?p=5252> (Erişim Tarihi: 12.11.2015).

³⁸ RG: 09.08.2002-24841.

cemaat vakıflarının taşınır veya taşınmaz mal edinmelerinin önündeki engeller kaldırılmış, diğer vakıflarla eşit hâle getirilmişlerdir. Ayrıca söz konusu kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar “*her ne suretle olursa olsun tasarruflarında bulunan*” taşınmazlarını vakıflarına katma imkânını elde etmeleri, altı çizilmesi gereken noktalardan bir diğeridir. Bu yasanın iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuru, beş oya karşılık altı oyla reddedilmiştir³⁹.

Vakıflar Kanunu m.1’de 2002 yılında yapılan değişiklik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin m. 14. “*ayırıcılık yasağı*” ile Ek 1 nolu Protokol m. 1. “*mülkiyetin korunması*” hükümleriyle uyum sağlama amacı gütmektedir. Ayrıca 2001 AB Katılım Belgesi Orta Vade Planlarından Genişletilmiş Siyasi Diyalog ve Siyasi Kriterler başlığı altında yer alan “*Tüm bireylerin, herhangi bir ayırım yapılmaksızın ve dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi görüş, felsefi inanç ve dine bakılmaksızın tüm insan hakları ve temel özgürlüklerinden tam olarak yararlandırılmasının temini*” beklentisi karşılanmaktadır⁴⁰.

Diğer yandan 2002 yılında yapılan değişiklikle ilgili uygulama, usul ve esasları belirtmek amacı ile Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Bunlar Üzerinde Tasarruflarda Bulunmaları Hakkında Yönetmelik⁴¹ yürürlüğe konmuştur.

2003 yılında yapılan değişiklik⁴² ile cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinebilmeleri için Bakanlar Kurulu yerine Vakıflar Genel Müdürlüğü’nden izin almaları gerektiği hükmü getirilmiştir. Bunun yanı sıra cemaat vakıflarının mülk edinme ve tasarruf etme başvurularının süresi on sekiz ay uzatılmıştır⁴³.

³⁹ Anayasa Mahkemesi 27.12.2002 tarih, E: 2002/146, K: 2002/201 sayılı kararı: “2762 sayılı Kanun kapsamındaki cemaat vakıfları ile diğerleri ve Türk Medeni Kanunu’na göre kurulan vakıflar aynı hukuksal durumda bulunmadıklarından bunların farklı kurallara bağlı tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.

2762 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 1. maddesine 4771 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (A) fıkrasıyla eklenen kurallarla mülkiyet hakkı konusunda kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunulmamakta, kimi taşınmazları elinde bulundurup da çeşitli nedenlerle bunları üzerlerine tescil ettiremeyen cemaat vakıflarına yeni bir olanak getirilmektedir.(...)”

⁴⁰ <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/s/t/stgp-web-derneklerkanunudegisiklik.doc> (Erişim Tarihi: 14.11.2015).

⁴¹ RG: 04.10.2002-24896.

⁴² RG: 11.01.2003-24990.

⁴³ RG: 19.07.2003-25173.

36 *Beyannameleri* hakkındaki uygulama Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından hukuka aykırı bulunmuştur. Cemaat vakıflarının el konan mülklerini ilgilendiren davalarda verdiği ilk kararda⁴⁴, Türkiye devletinin, Fener Rum Lisesi Vakfı'nın mülkiyet hakkını ihlal ettiğini hükme bağlamıştır. Bu karar diğer davalar için de emsal teşkil etmiş, Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı'nın el konan mülkleri için açılan dava da Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır.

Kopenhag Paketi olarak bilinen 2003 yılı Dördüncü Uyum Paketi ile yürürlüğe giren Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Üzerine Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik⁴⁵ ile cemaat vakıflarına Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izni ile taşınmaz edinme hakkı getirilmiş ise de, bu Yönetmelik, Vakıflar Yönetmeliği⁴⁶ m.183'e dayanılarak 2008 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte "*Faaliyette Bulunan Cemaat Vakıfları*"nın listesine yer verilmesi listede adı olmayan vakıflar açısından sıkıntı yaratmış; bu durum bir Danıştay kararına da konu olmuştur⁴⁷.

⁴⁴ 09.01.2007 tarihli karar ; <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=7528> (Erişim Tarihi: 10.11.2015).

⁴⁵ RG. 24.01.2003-25003.

⁴⁶ RG. 27.09.2008-27010.

⁴⁷ Danıştay 10. Dairesi 2003/2272 E., 2005/674 K., 15.11.2005 T: *Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Üzerine Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik'in taşınmaz edinimi için gösterdiği listede adı yer almayan bir cemaat vakfı, kullanımında olan taşınmazın vakıf adına tescili talebi, listede yer almama sebebiyle reddedilince, bu eksikliğin giderilmesi ve taşınmazın vakıf adına tescilinin reddine ilişkin işlemin iptali için yargıya başvurmuştur. Vakıf, 1938 yılında Üsküdar'da bulunup kapatılmış olan Skolya-Tıbradun vakfının ihya edilmesi suretiyle ve 1953 yılında devletin bilgisi dâhilinde kurulduğunu, vakfa bağlı okula da ruhsat verildiğini açıklamıştır. Vakıflar Genel Müdürlüğü ise söz konusu vakfın mevzuat uyarınca vakıf beyannamesi vermemiş olduğunu, vakfiyesi bulunmayan vakfın, "vakıf tüzel kişisi" sayılmayacağını, bu nedenle listede vakfın adının gözükmeyeceğini ve bu şartlar altında taşınmazın vakıf adına tescilinin kabulünün mümkün olmadığını belirterek iddialara cevap vermiştir. Davaya ilişkin inceleme yapan Danıştay savcısı, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu uyarınca 1926 tarihinden sonra cemaat vakfı kurulamayacağı, bu tarihten sonrası için ancak Türk Medeni Kanunu hükümlerine tâbi olacak vakıfların kurulabileceği, bu durumun Lozan Antlaşması'nın 39. maddesinde belirtilen gayrimüslim Türk vatandaşlarının Müslümanların yararlandıkları medeni haklardan aynen yararlanacakları ve*

c. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu

2008 yılında 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanunda yapılan düzenlemeyle⁴⁸ önceki hükümlerden farklı olarak, cemaat vakıflarına herhangi bir makamdan izin almaksızın ve vakıf amacıyla öngörülen hizmetleri gerçekleştirme koşulu aramaksızın mal edinme olanağı sağlanmıştır. Cemaat vakıfları, 36 *Beyannamelerinde* kayıtlı olan ve halen tasarruflarında bulunan nam-ı müstear ve nam-ı mevhumları adına tapuda kayıtlı taşınmazları, tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte Geçici m. 7'nin yürürlüğe girdiği 27.02.2008 tarihinden itibaren on sekiz ay içinde; 36 *Beyannamelerinde* kayıtlı olup malik hanesi açık olan taşınmazlar ile 36 *Beyannamelerinde* kayıtlı olup

gayrimüslimlere ait cemaat vakıflara her tür kolaylık ve izin sağlanacağına dair hükmüne aykırılık teşkil etmediği, zira Müslüman olmayan azınlıkların Türk Medeni Kanunu'na tabi olmayan yeni cemaat vakfı kuramayacakları ve Lozan Antlaşması'nda da zaten böyle bir hak verilmediği yönünde görüş bildirmiştir. Savcı ayrıca, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'na göre bir vakfın cemaat vakfı sayılması için gerekli ön koşulun "vakfın 01.10.1926 tarihinden önce kurulmuş olması" olduğu gerekçesiyle somut olaydaki vakfın 1926'dan önce kurulduğunu ispatlayamamış olmasının da davanın reddini gerektirdiğini belirtmiştir.

Danıştay incelemesinde, Lozan Antlaşması'nın 39. maddesinde Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk uyruklarının Müslümanlarla eşit medeni haklardan yararlanacakları esasını kabul etmiş, bu çerçevede bu azınlıkların Türkiye'deki vakıflarına her tür kolaylığın ve iznin sağlanacağını belirtmiştir. Bundan sonra, söz konusu vakfa ait okulun aldığı ruhsatın tek başına o vakfın "cemaat vakfı" sayılmasını gerektirmeyeceğini; fakat bu kuruluşun Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce ve İstanbul Valiliği'nce 1985 yılına dek "vakıf" olarak kabul edildiğini ve her tür işlemin buna uygun yürütüldüğünü; vakfın taşınmaz edindiğini ve mahkemelerde "tüzel kişi" sıfatıyla davacı konumunda bulunduğunu ortaya koyan mahkeme, vakfın yaptığı taşınmaz tescil talebinin reddine ilişkin işlemi iptal etmiştir.

⁴⁸ **Madde 12:** Vakıflar; mal edinebilirler, malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilirler.

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait akar mallar ile hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesine, paraya çevrilmesine veya değerlendirilmesine Meclis yetkilidir.

Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıflara, başlangıçta özgülünen mal ve haklar, vakıf yönetiminin başvurusu üzerine, haklı kılan sebepler varsa, Denetim Makamının görüşü alınarak mahkeme kararı ile sonradan iktisap ettikleri mal ve hakları ise bağımsız ekspertiz kuruluşlarının düzenlenecek rapora dayalı olarak vakıf yetkili organının kararı ile daha yararlı olanları ile değiştirilebilir veya paraya çevrilebilir.

Vakıf yöneticileri, iktisap ettikleri veya değiştirdikleri taşınmaz malları tapuya tescil tarihinden itibaren bir ay içerisinde Genel Müdürlüğe bildirirler.

Kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların, taşınmaz mal edinmeleri hakkında, 22/12/1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesi uygulanır.

kamulaştırma, satış ve trampa dışındaki nedenlerle Hazine, Vakıflar Genel Müdürlüğü, belediye ve il özel idaresi adına kayıtlı taşınmazlar ile kamu kurumları adına tescilli olan mezarlıklar ve çeşmeleri tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte Geçici m. 11'in yürürlüğe girdiği 27.08.2011 tarihinden itibaren on iki ay içinde müracaat edilmesi halinde Vakıflar Meclisinin olumlu kararından sonra tapu sicil müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescil edilir.

36 *Beyannamelerinden* sonra satın alınan veya kendilerine vasiyet edilen veya bağışlanan, beyannamede kayıtlı olmayan ve mal edineme gerekçesiyle halen Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğü ya da vasiyet eden veya bağışlayan adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar ise Geçici m. 7'nin yürürlüğe girdiği 27.02.2008 tarihinden itibaren on sekiz ay içinde müracaat edilmesi halinde Meclisin olumlu kararından sonra tapu sicil müdürlüklerince bu vakıflar adına tescil edilir.

Cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde mal edineme gerekçesiyle Hazine veya Genel Müdürlük adına tapuda kayıt edilen taşınmazlardan üçüncü şahıslar adına kayıtlı olanların ise Geçici m. 11/2'ye⁴⁹ göre cemaat vakıfları adına tescil edilemez; bu taşınmazların rayiç bedelleri Maliye Bakanlığı tarafından tespit edilip, bu bedel Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından hak sahibi cemaat vakıflarına ödenir.

d. 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun Geçici 11. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

Geçici m. 11'in uygulama usul ve esaslarının belirlenmesi amacıyla 01.10.2011 tarihinde bir yönetmelik yürürlüğe konmuştur⁵⁰. Yönetmeliğe göre cemaat vakıflarının tasarruflarında olan taşınmazlar ikiye ayrılmış; bir kısım taşınmazların tescili kabul edilirken, bir kısmının tescili yerine bedellerinin ödenmesi kabul edilmiştir. Yönetmelikte geçici m. 11/1'de bildirilen taşınmazlar⁵¹ için yapılacak başvuruların süresi 27.08.2011

⁴⁹ Ek: 22/8/2011-KHK-651/17 m.

⁵⁰ RG: 01.10.2011-28071.

⁵¹ "...a) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup malik hanesi açık olan taşınmazları,
b) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup kamulaştırma, satış ve trampa dışındaki nedenlerle Hazine, Vakıflar Genel Müdürlüğü, belediye ve il özel idaresi adına kayıtlı taşınmazları,
c) 1936 Beyannamesinde kayıtlı olup kamu kurumları adına tescilli olan mezarlıkları ve çeşmeleri..."

tarihinden itibaren on iki ay olduğu, ikinci fıkrada bildirilen taşınmazlar⁵² için herhangi bir süre bulunmadığı bildirilmiştir. Tescil için başvuru yapılırken Yönetmeliğin ekinde bulunan formun doldurularak gerekçeli vakıf yönetim kurulu kararı, taşınmazın işaretlendiği 1936 Beynamesi, taşınmaza ait tapulama tutanağı veya kadastro beynamesi dâhil tüm tapu tedavül kayıtları ile birlikte vakfın bağlı olduğu vakıflar bölge müdürlüğüne verilmesi gerektiği Yönetmelik m. 6'da bildirilmiştir. Bölge müdürlükleri inceledikleri başvuruları Vakıflar Genel Müdürlüklerine gönderip gelen kararı başvuran cemaat vakıflarına tebliğ ederler. Olumlu karar çıkması durumunda cemaat vakıfları m. 8'de belirtildiği üzere kendilerine verilen yetki belgesi ile tapu sicil müdürlüklerine başvuru yaparlar, bu başvuru altmış gün içinde sonuçlandırılır.

Diğer taraftan cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edineme gerekçesiyle Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tapuda kaydedilen taşınmazlardan üçüncü şahıslar adına kayıtlı olan taşınmazların cemaat vakıfları adına tescili imkânı verilmemiş, Yönetmelik m. 9'da bu taşınmazlar *bedelleri ödenecek taşınmaz* mal olarak nitelendirilmiştir. Ödenecek bedel rayiç değer olup, gerekçeli vakıf yönetim kurulu kararı, taşınmaz satın alma yoluyla edinilmişse satın almaya ilişkin belgeler, vasiyet yoluyla edinilmişse vasiyetname, varsa tenfiz kararı, bağış yoluyla edinilmişse bağışı tevsik edici belgeler veya mahkeme kararı, taşınmaza ait tapulama tutanağı veya kadastro beynamesi dâhil tüm tapu tedavül kayıtları ile birlikte vakfın bağlı olduğu vakıflar bölge müdürlüğüne verilmesi gerektiği Yönetmelik m. 10'da bildirilmiştir. Yine bölge müdürlükleri inceledikleri başvuruları Vakıflar Genel Müdürlüklerine gönderip gelen kararı başvuran cemaat vakıflarına tebliğ ederler. Olumlu karar çıkması durumunda ilgili bölge müdürlüğü m. 12'de belirtildiği üzere taşınmazın ödemeye esas kıymet takdirinin yapılması taşınmazın bulunduğu illerde defterdarlıklardan, ilçelerde mal müdürlüklerinden ister. Taşınmazların rayiç değerlerinin tespitinin Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik⁵³ hükümlerine göre oluşturulan bedel tespit komisyonlarınca yapılacağı ve

⁵² "...Cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edineme gerekçesiyle Hazine veya Genel Müdürlük adına tapuda kayıt edilen taşınmazlardan üçüncü şahıslar adına kayıtlı olanların..."

⁵³ RG. 19.06.2007-26557.

rayiç değerin otuz gün içinde belirlenerek bölge müdürlüklerine bildirileceği m. 13'te yazılıdır. Tespit edilen bu değer ilgili cemaat vakfına bölge müdürlüğüne on beş gün içinde tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde bedele itiraz edilebilir. İtirazın gerekçeli olması gerektiği, bölge müdürlüklerinin itirazı on beş gün içinde değerlendirerek defterdarlığa bildirmesi gerektiği ve itirazın en geç kırk beş gün içinde rapora bağlanıp vakfa tebliğ edilmesi gerektiği ise aynı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmektedir.

Bedellerin ödenmesi noktasında Yönetmelik m. 14 bedel konusunda uzlaşmanın sağlanmış olması bir başka deyişle bedele itiraz edilmemiş olması yahut itirazın sonuçlanmış ve karara bağlanmış olması ile ihtirazi kayıt ile bedelin kabul edilmiş olması yani itiraz edilmiş fakat sonradan doğabilecek hakları saklı kalmak üzere belirlenen bedeli kabul eden vakıflar açısından bir ayrıma gitmemiş; her iki halde de bedelin ödenebileceği hükmünü getirmiştir. Maddede söz konusu olan tek ayırım taşınmazın kim tarafından satıldığı ile ilgilidir. Buna göre, taşınmaz Hazine tarafından satılmış ise defterdarlık tarafından, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından satılmış ise vakıflar bölge müdürlüğü tarafından başvuru tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde cemaat vakfına ödenecektir.

e. Özel Öğretim Kurumları Kanunu

Türkiye'deki azınlık okulları ve bunların Türkiye'de taşınmaz mal edinmesi konusu ile ilgili düzenlemeler ise Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda⁵⁴ düzenlenmiştir. Özel Öğretim Kurumları Kanunu m. 5'te yabancı okullar ile azınlık okulları düzenlenerek azınlıkların eğitim kurumu sahibi olmalarına olanak tanımıştır. Yabancı okulların Bakanlar Kurulunun izni ile yeni arazi edinebileceği ve kapasitelerini en fazla beş misline kadar artırabileceği, üzerinde kuruldukları araziler genişletilmemek şartı ve Bakanlığın izni ile mevcut arazi üzerindeki bina, öğrenci ve donanım kapasitelerini en çok bir mislini geçmemek üzere artırabileceği veya yenileyebileceği aynı maddede hüküm altına alınmıştır.

Özel Öğretim Kurumları Kanunu m. 5/c'de "*Rum, Ermeni ve Musevî azınlıklar tarafından kurulmuş, Lozan Antlaşması ile güvence altına alınmış ve kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin devam ettiği okul öncesi eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim*

⁵⁴ RG: 14.02.2007-26434.

özel okulları” olarak tanımlanan azınlıklara ait okulların tabi olacağı statünün bu konuda çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiş ise de Kanun’un uygulanmasını göstermek amacı ile çıkarılan Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği’nde⁵⁵ bu okulların taşınmaz edinmeleri ile ilgili özel bir hüküm yer almamıştır. Yönetmelikte belirtilmeyen hususlarda resmî okullar mevzuatı uygulanacağı ilgili bentte bildirildiğinden bu okulların taşınmaz mal edinmelerinde resmî okullara uygulanan mevzuatın uygulanacağı gibi bir sonuç doğmaktadır.

SONUÇ

Osmanlı İmparatorluğu döneminden günümüze önemini yitirmemiş, zaman zaman değişik uygulamalara ve tartışmalara neden olan cemaat vakıfları konusu 2008 yılında yürürlüğe konulan Vakıflar Kanunu ile çözüme kavuşturulmuştur. Türkiye’deki azınlık vatandaşlar tarafından kurulmuş olan cemaat vakıfları, TMK’da düzenlenen vakıflardan farklı bir statüye tabi olup, uluslararası hukukta Lozan Antlaşması ile mütekabiliyet esasına dayandırılmak suretiyle ele alınmıştır.

Tüzel kişilikleri 1912 yılında tanınan bu vakıflar, padişah fermanları ile kurulduğundan diğer vakıflar gibi vakıf senetleri bulunmamaktadır. Tüzel kişilik tanınmadığı için cemaat vakıfları edindikleri taşınmaz malları tapu siciline kendi adlarına tescil edememişler; ya güvendikleri üçüncü kişilere ya da tarihi/dini önemi bulunan ve hayatta olmayan kişiler üzerine tescil ettirmişlerdir. 1912 yılında vakıflara tüzel kişilik tanıyan kanuni düzenleme yürürlüğe girince, bir başkası adına tapuda kayıtlı olmakla birlikte vakıflar tarafından tasarruf edilen malların, kanunda bildirilen süre içerisinde bildirim yapılması suretiyle vakıf adına tescil edilebilmesi imkânı getirilmiştir. Böylelikle vakıf senetlerinde kayıtlı taşınmaz malların tescil edilebilmesi sağlanmıştır.

1923 yılında imzalanan Lozan Antlaşması ile Türkiye, tabiiyetindeki azınlıkların haklarını genişletmeyi, bu hakların kullanımını kolaylaştıracak kanuni düzenlemeleri yürürlüğe koymayı taahhüt etmiştir.

⁵⁵ RG: 20.03.2012-28239.

Bundan sonraki ulusal düzenlemeler bu antlaşma hükümlerine uygun şekilde kaleme alınmıştır.

1935 yılında kabul edilen 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile vakıfların en az on beş yıldır ellerinde bulundurdukları malları beyan etmeleri gerekmiştir. 36 Beyannameleri olarak bilinen bu beyannameler 1960 yılında yapılan düzenleme ile vakıf senedi bulunmayan cemaat vakıfları için vakıf senedi olarak sayılmıştır.

2000`li yılların başında AB uyum sürecine girilmiş ve kabul edilen düzenlemeler bu doğrultuda olmuştur. 2002 yılında 2762 sayılı Vakıflar Kanunu m. 1`e eklenen fıkra ile cemaat vakıfları ile diğer vakıflar arasındaki farkların kaldırılarak vakıflar arasında bir eşitlik olması amaçlanmıştır. Taşınmaz edinebilmek için Bakanlar Kurulu`ndan izin almaları gereken vakıfların taşınmaz mal edinmelerini kolaylaştırmak için 2003 yılında yapılan değişiklikle izni Vakıflar Genel Müdürlüğü`nden almaları gerektiği hükme bağlanmıştır.

Cemaat vakıflarına herhangi bir makamdan izin almaksızın ve vakıf amacıyla öngörülen hizmetleri gerçekleştirme koşulu aramaksızın mal edinme olanağı sağlayan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ise 2008`de yürürlüğe girmiştir. Birçok tartışmayı da beraberinde getiren bu kanunla cemaat vakıflarının edinebilecekleri taşınmazlar 36 Beyannamelerinde gösterilmiş ve hâlen tasarruflarında bulunan *nam-ı müstear* ve *nam-ı mevhumları* adına tapuda kayıtlı taşınmazları, tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte 27.02.2008 tarihinden itibaren on sekiz ay içinde; 36 *Beyannamelerinde* kayıtlı olup malik hanesi açık olan taşınmazlar ile 36 Beyannamelerinde kayıtlı olup kamulaştırma, satış ve trampa dışındaki nedenlerle Hazine, Vakıflar Genel Müdürlüğü, belediye ve il özel idaresi adına kayıtlı taşınmazlar ile kamu kurumları adına tescilli olan mezarlıklar ve çeşmeleri tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte 27.08.2011 tarihinden itibaren on iki ay içinde müracaat edilmesi gerekmekteydi.

Sonuç olarak, pozitif hukuk kuralları çerçevesinde yeni bir cemaat vakfı kurulması mümkün olmadığı gibi, mevcut cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri de mümkün değildir.

Kaynakça*

- ALKAN, Mustafa, *Azınlık Vakıfları (Tarihî Arkaplanı, Hukukî Yapısı ve İç Analizi)*, Akademik Bakış, C. 2, S. 4, 2009, ss. 93-111.
- AYTAŞ, Gülseren S. *“Vakıflar Kanunu Bir Ayrıcalık Belgesidir”*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 2008/2, ss. 779-801.
- CİN, Turgay, *3647 Sayılı ve 2008 (3647/2008) Tarihli Yunanistan Vakıflar Yasası ve Uygulamaları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, S. 2, 2013, ss. 63-121.
- ÇAĞATAY, Mustafa, *Geçmişten Günümüze Azınlık Vakıflarının Mal Edinmeleri Sorunu*, TBB Dergisi, S. 96, 2011, ss. 91-148.
- ÇELİKEL, Aysel-GELGEL ÖZTEKİN, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- EKŞİ, Nuray, *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, (Yabancılar).
- EKŞİ, Nuray, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, (Taşınmaz).
- EKŞİ, Nuray, *Yargıtay, Danıştay ve AİHM Kararları Işığında Cemaat Vakıflarının Mülkiyet Sorunları*, Beta Yayınları, İstanbul 2011, (Cemaat).
- EM, Ali, *Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- İMAMOĞLU, M. Altuğ, *Azınlık Vakıfları ve Yabancıların Taşınmaz Edinimleri*, Yazıt Yayınları, Ankara 2006.
- LEVİ, Selim, *Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.
- ÖKTEM, Emre, *“Yeni Vakıflar Kanununun Cemaat Vakıflarına İlişkin Hükümleri Hakkında Uluslararası Hukuk Açısından Bazı Gözlemler”*, Ergun Özbudun’a Armağan, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, ss. 548-558.
- ÖZKAYA, Eraslan, *Eski Vakıf Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- ÖZTÜRK, Nazif, *Azınlık Vakıfları*, Altınküre Yayınları, Ankara 2003.
- REYNA, Yuda- ZONANA, Ester Moreno, *Son Yasal Düzenlemelere Göre Cemaat Vakıfları*, Gözlem Gazetecilik Basın ve Yayın A.Ş., İstanbul 2003.
- ŞİMŞEK, Suat, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Edinimi*, TBB Dergisi, S. 88, 2010, ss. 29-54.

TBMM Tutanaklar Dergisi, 10. Dönem, 13. Cilt, 84. Birleşim.

* Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan göndermelerde kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

İnternet Adresleri

<http://adilhafiza.org/?p=5252>

<http://bilgeninotagi.blogcu.com/vakiflar-kanunu-lozan-a-aykiri-mi/3061770>

<http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/s/t/stgp-web-derneklerkanunudegisiklik.doc>

<http://www.kocaeliaydinlarocagi.org.tr/Yazi.aspx?ID=444>

Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen “Ticari İşlerde Teselsül Karinesi” Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?

Kadir Berk KAPANCI*

ÖZET

Yakın zamanda yürürlüğe giren 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda (“TTK”) (m. 7), tıpkı 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu'nda (“eTTK”) olduğu gibi, ticari işler nedeniyle birlikte borç altına girmede ve ticari işlerden doğan borçları temin etmek için sağlanan kefaletlerde (gerek asıl borçluyula kefil, gerekse de birden fazla kefil varsa, kefillerin kendi aralarında) teselsül esasının uygulama alanı bulacağını kabul etmiştir. Diğer taraftan yine yakın zamanda yürürlüğe giren 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) da, bu kez 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'ndan (“eBK”) biraz daha farklı olarak kefalet sözleşmeleri ve teminat amacıyla -sadece gerçek kişilerin teminat veren konumunda oldukları- müteselsil borçluluk (ve borca katılma) halleri bakımından özel bazı geçerlilik şekli düzenlemeleri sevk etmiştir. Buna göre TBK m. 583 bizzat kefalet sözleşmeleri özelinde, TBK m. 603 ise genel olarak gerçek kişilerin teminat veren konumunda oldukları diğer kişisel teminat sözleşmelerinde (dolayısıyla teminat amaçlı müteselsil borçluluk ve borca katılmada) bazı geçerlilik şekli düzenlemeleri öngörmektedir. Durum böyle olunca, TTK m. 7'nin öngördüğü teselsül karinesinin bu düzenlemeler karşısındaki durumu açıklığa kavuşturulması ve her zaman uygulanabilir durumda olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. İşbu çalışmanın amacı, öğretide ve yargı kararlarında konu ile ilgili olarak ileri sürülen farklı düşüncelerin ayrıntılarıyla ele alınması ve söz konusu maddeler (TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603) arasındaki ilişki ve etkileşimin ne yönde olması gerektiğinin tespit edilmesidir.

Anahtar Kelimeler: *Ticari işlerde teselsül karinesi, müteselsil kefalet, müteselsil birlikte kefalet, teminat amacıyla müteselsil borçluluk ve borca katılma, geçerlilik şekli.*

“Presumption of Solidarity in Commercial Affairs” (Article 7 of the Turkish Commercial Code) Can Be Applied By All Means?

ABSTRACT

Art. 7 of the New Turkish Commercial Code N. 6102 (“New TCC”), provides a presumption of solidarity in commercial affairs, as the Old Turkish Commercial Code N. 6762 (“Old TCC”). According to this presumption, unless it is otherwise stipulated by the parties, where there is plurality of debtors in commercial affairs or a suretyship (if there are more than one surety, also with regard their relation among themselves) is provided for any debt that is arisen thereof, joint and several indebtedness or joint and several

* **Yrd. Doç. Dr. MEF Üniversitesi** Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, berk.kapanci@mef.edu.tr.

suretyship rules apply. On the other hand, New Turkish Code of Obligation N. 6098 (“New TCO”), regulated the suretyship agreement differently from the Old Turkish Code of Obligations N. 818 (“Old TCO”), which amounted to a thorough reform of the related provisions. Accordingly, with regard to our subject matter, Art. 583 and 603 of the New TCO stipulate compulsory form requirements with regard to both surety contracts and all other types of personal securities (among other types, joint and several indebtedness and adhesion to an existing debt included thereto as well) provided by real persons. In this context, the interrelation of the Art. 7 of the New TCC and Art. 583 and 603 of the New TCO must be enlightened and the question whether Art. 7 of the New TCC can be applied by all means must be answered. This work aims to go in detail with regard the different views put forward both in the legal doctrine and court decisions; and accordingly to analyze the outcomes of the interactive relation of these mentioned provisions.

Keywords: *Presumption of solidarity in commercial affairs, joint and several suretyship, collective joint and several suretyship, joint and several indebtedness and adhesion to an existing debt for security purposes, validity form requirements.*

I. Genel Bakış

6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun¹ (“TTK”) 7. maddesi, tıpkı 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu² (“eTTK”) m. 7) kapsamında olduğu gibi ticari işler bakımından genel bir teselsül karinesi öngörmektedir. Buna göre, ticari işlerden doğan bir borcun birden fazla borçlusu olduğunda bunlar arasındaki birlikte borçluluk türü, aksi öngörülmedikçe müteselsil borçluluk; benzer şekilde ticari işlerden doğan borçlar için verilen kefaletler de aksi öngörülmedikçe müteselsil kefalet, birlikte kefaletler de birlikte müteselsil kefalet olarak kabul edilecektir.

Diğer taraftan, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun³ (“TBK”) kefalet sözleşmesine ilişkin bölümü ise, 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu’ndakine⁴ (“eBK”) göre, ciddi bir reforma tabi tutulmuştur. İnceleme konumuzu doğrudan ilgilendiren bağlamda bakıldığında, gerek müteselsil kefalette gerekse de gerçek kişilerin teminat veren konumunda olduğu kişisel teminat ilişkilerinde (özellikle teminat amacıyla müteselsil borçluluk ve borca katılmada), teminat vereni koruyucu “yeni ve özel” bazı geçerlilik şekli düzenlemelerinin (TBK m. 583 ve 603) getirilmiş olduğu görülür: İlgili düzenlemelere riayet edilmemesi, yapılmak istenen kişisel teminat sözleşmesini geçersiz hale getirmektedir.

¹ Bkz. *Resmi Gazete* N. 27846, 14 Şubat 2011.

² Bkz. *Resmi Gazete* N. 9353, 9 Temmuz 1956.

³ Bkz. *Resmi Gazete* N. 27836, 4 Şubat 2011.

⁴ Bkz. *Resmi Gazete* N. 366, 8 Mayıs 1926.

Söz konusu kanunların herhangi birinde, bu iki “set” düzenlemeden hangisinin diğerine göre öncelikli uygulama alanına sahip olacağına dair açık bir belirtmede bulunulmamıştır. İşbu çalışmamızın amacı, söz konusu hükümler arasındaki ilişkinin ve etkileşimin tam olarak açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu bağlamda, öncelikle ticari işler bakımından öngörülen teselsül karinesine genel olarak değinilecek, karinenin TTK m. 7 uyarınca gündeme gelecek temel uygulama şartları, kapsamı ve getiriliş gerekçesi ele alınacak (II), ardından müteselsil kefalet ve -gerçek kişilerin teminat veren konumunda oldukları- teminat amacıyla müteselsil borçluluk (ve borca katılma) bakımından söz konusu olan geçerlilik şekli düzenlemelerinin (TBK m. 583 ve 603) getirisi gözden geçirilecek (III), hemen akabinde de bu hükümler arasındaki ilişki ve etkileşime yönelik öğretide ileri sürülen farklı görüşlere (IV) ve son olarak konuyla ilgili öznel değerlendirmelerimize (V) yer verilecektir.

II. TTK m. 7’de Öngörülen “Ticari İşlerde Teselsül Karinesi”nin Temel Uygulama Şartları, Kapsamı ve Getiriliş Gerekçesi

TTK m. 7’ye göre *“İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar. (...) / Ticari borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur,”*.

Hükmün inceleme konumuz bağlamında bizi özellikle ilgilendiren iki bölümünün olduğu söylenebilir. İlki (f.1 c.1) ticari iş dolayısıyla bir kişiye karşı birden fazla kişinin birlikte borç altına girmesi hali, ikincisi (f.2) ise ticari borçlar için kefalet teminatı sağlanması halidir. Her iki halde de teselsül esasları uygulama alanı bulur.

Peki, söz konusu maddenin uygulama alanı bulması hangi şartlarda söz konusu olacaktır? Bunun tespitinde öncelikle “ticari iş” kavramının açıklığa kavuşturulması lazım gelir. Ticari işten önce de daha geniş bir içeriğe sahip “iş” kavramından hareket edilecek olursa, bunun içine fiillerin, işlemlerin ve dar anlamda iş kavramlarının dahil olacağı da

gözden kaçırılmamalıdır⁵. Ticari bir işten söz açılabilmesi için ise, ya Türk Ticaret Kanunu'nda doğrudan düzenlemesi olan bir iş söz konusu olmalı, ya da ortada herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendiren bir iş bulunmalıdır⁶ (bkz. TTK m. 3).

- **İlk olasılıkta** belirlenen kıstas kapsamındaki işlerde (işlem, fiil ve dar anlamda işler), özel olarak işin niteliğine veya herhangi bir ticari işletme ile ilgili olup olmadığına bakılmasına gerek bulunmamaktadır, söz konusu işin Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olması gerekli ve yeterlidir⁷. Hatta iş, özünde “*ticari*” olarak değerlendirilebilecek herhangi bir özellik göstermese bile ticari olarak kabul edilir. Bu yönleriyle, “*mutlak anlamda ticari işler*” olarak da adlandırılabilir söz konusu ticari işlere örnek olarak taşımacılık işleri, sigorta işleri, hisse senetlerine ilişkin işlemler, haksız rekabet halleri, kambiyo senetleri vb. sayılabilir. Buna karşılık diğer kanunlarda yer alan ticari hükümler kapsamındaki işler için doğrudan aynı şeyler söylenemeyecektir. Bu sonuçların ticari iş olup olmadıklarının tespitinde ister istemez yine hemen aşağıda anılacak diğer (ikinci) kıstastan (ticari işletmeyle ilgili olma) hareket edilmek gerekir.
- **İkinci olasılıkta** belirlenen kıstas kapsamında ise, ticari işletme kavramı merkeze alınmıştır. Söz konusu kıstas kapsamında ticari işletmeyle ilgili olabilecek, onunla öyle ya da böyle, yani doğrudan doğruya veya dolaylı olarak uygun bir nedensellik

⁵ Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, BATİHAЕ, Ankara, 2014, s. 64; Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 76;

⁶ Arkan, s. 64; Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, s. 64; İnal, Tamer, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ve Yenilenen Diğer Mevzuata Göre Hazırlanmış Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 63-64; Aslan, Yılmaz, Ticaret Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2014, s. 23.

⁷ Arkan, s. 64; Poroy/Yasaman, s. 74; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 64; İnal, s. 68; Aslan, s. 24; İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıklar – Kıymetli Evrak), 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 17; Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre), Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 748.

ilişkisi içindeki işler (işlem, fiil ve dar anlamda işler) ticari kabul edilecektir⁸. Bu şekilde geniş yorumlanan “*ticari işletme ile ilgili olma*” kıstası, kapsamına sadece bizzat görülen işleri değil, işletmenin iştiğal sahasına giren bir işin hazırlıklarının yapılması veya bu işin görülmesinin kolaylaştırılmasına yol veren faaliyetleri ve bizzat işletmenin kendisinin konusunu oluşturduğu işleri de alır⁹.

Yine bunlardan başka bir tacirin¹⁰ borçlarının¹¹ ticari olduğuna ilişkin karine de bir işin ticari olup olmadığı konusundaki tespitte ayrıca dikkate alınabilir. Buna göre gerçek kişi tacirlerin borçlarının ticari olması asıldır (bkz. TTK m. 19 f.1), ancak tacir işlem yapılırken karşı tarafa işlemin ticari işletmesiyle ilgili bulunmadığı bildirir veya halin gereğinden böyle bir ilginin olmadığı tespit edilebilir durumda ise, borç adı bir borç olarak dikkate alınır¹²,¹³. Tüzel kişilerde ise durum daha farklıdır. Tüzel

⁸ **Poroy/Yasaman**, s. 75; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 64; **İnal**, s. 70; **Aslan**, s. 24; **İmregün**, s. 18.

⁹ **Arkan**, s. 64; **İmregün**, s. 18.

¹⁰ Hükümde ticari işletmenin (*objenin*) değil de tacirin (*süjenin*) esas alınması, objektif sistemi benimseyen kanun yapısına uymaması bakımından eleştiri konusu edilmiştir (Bkz. **Arkan**, s. 65).

Bu konuda eleştiride bulunmaksızın sadece aynı yöndeki tespiti için bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 75.

Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan'a (s. 65) göre ise, kanun ticari işletme kavramı üzerinden değil, ticari iş/faaliyetler üzerinden kurgulanmıştır, bu anlamda bir grup ticari işin tanımlanmasında tacir kavramından hareket edilmesi çok da isabetsiz görülemez.

¹¹ Sözü edilen karine sadece tacirin borçları bakımındandır, tacirin alacakları karinenin kapsamında değerlendirilmez (Bkz. **Ağca Toplandı, Pınar**, “*Teselsül Karinesi*”, TBB Dergisi, Yıl: 2010, S. 90, s. 379-394, s. 386). Bunların ticari olup olmadıklarının değerlendirilmesinde 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“*HMK*”, bkz. **Resmi Gazete N. 27836, 4 Şubat 2011**) m. 190'da (ayrıca bkz. ve karşı. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (“*TMK*”, bkz. **Resmi Gazete N. 24607, 8 Aralık 2001**) m. 6) belirlenen ispat yükü dağılımı asıldır; yani iddia edilen bir vakiyaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi yararına hak çıkararak kişi ispatla yükümlü tutulur.

¹² **Arkan**, s. 65; **Poroy/Yasaman**, s. 76; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 65; **Aslan**, s. 25; **İmregün**, s. 18-19.

¹³ Yalnız burada TTK m. 19 f.1 ve f.2 arasındaki ilişki de gözetilerek şu sınırlandırmanın yapılması kaçınılmazdır: İşlemin bir tarafını oluşturan gerçek kişi tacir, işin kendisi açısından ticari nitelikte olmadığını karşı tarafa bildirirse (veya halin icabı böylesini gerektirse) bile, eğer söz konusu iş bu sonuncu açısından ticari ise, TTK m. 19 f.2 nedeniyle, bu iş bizzat bildirimde bulunmuş olan (veya halin icabının aksini gerektirdiği)

kişi tacirin herhangi bir suretle adi alanının olmadığı kabul edilir, böyle olunca da onun bütün borçlarının ticari olması kaçınılmazdır¹⁴, ¹⁵. Görüldüğü gibi, ticari iş karinesi gerçek kişiler bakımından aksi ispat edilebilir bir “*adi karine*”¹⁶ özelliği gösterirken, tüzel kişiler söz konusu olduğunda aksi ispat edilemez bir “*kesin karine*”¹⁷ düzeyine yükselmektedir¹⁸. Bilindiği üzere, karine kurallarında her durumda bilinen bir olgudan (*karine temeli*) bilinmeyen bir olguya (*karine sonucu*) ilişkin (bu sonuncunun varlığı veya yokluğu hakkında) sonuç çıkarılmaktadır¹⁹. Ayrıca karinelerde, ister adi özellikte olsun isterse de kesin, karine temeli ve karine sonucu arasındaki ilişki çoğunlukla somut yaşam gerçeğine uygunluk arz eder²⁰. Burada karine temeli, tacir olan kişinin içinde olduğu iş, karine sonucu ise bu işin ticari olmasıdır. Somut durumda da söz konusu ilişkinin gerçeği yansıttığı aşikârdır. İlginç olan, duruma göre karinenin özelliğinin değişkenlik göstermesidir. Oysa normal şartlarda bir karine ya adi ya kesin olma özelliği sergiler.

Son olarak ticari işin tespitinde yarar sağlayacak bir başka düzenleme, bir taraf için ticari olan bir işin diğer taraf için de ticari sayılmasıdır²¹ (bkz. TTK m. 19 f.2). Bu şekilde işin ticari özelliği sanki

gerçek kişi tacir bakımından da ticari olarak kabul edilecektir. Sözün özü, TTK m. 19 f.2, anılan türden durumlarda TTK m. 19 f.1’i deyim yerindeyse “*bloke*” eder ve devre dışı bırakır (Bu konuda bkz. **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 66; **Aslan**, s. 26).

¹⁴ **Arkan**, s. 66; **Poroy/Yasaman**, s. 76; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 65; **Aslan**, s. 25; **İmregün**, s. 19.

¹⁵ Bu noktada, aşağıda çalışmanın izleyen kısmında ele alınacak diğer hususlar saklı kalmak kaydıyla, konumuzu ilgilendirecek şu ön tespit rahatlıkla yapılabilir: Tacir sıfatını haiz tüzel kişilerin (birlikte) borçları için her durumda TTK m. 7 devreye girecektir.

¹⁶ **Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm – Kişiler Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 22; **Oğuzman Kemal / Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 326.

¹⁷ **Serozan**, s. 21; **Oğuzman/Barlas**, s. 325.

¹⁸ Dolaylı olarak bu yönde bkz. **Domanıç, Hayri**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 38; **Aslan**, s. 25.

¹⁹ **Pekcantez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre, Medeni Usûl Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 426; **Serozan**, s. 21.

²⁰ **Serozan**, s. 21.

²¹ **Poroy/Yasaman**, s. 77; **İnal**, s. 72; **Aslan**, s. 25.

diğer tarafa²² da “yayılmış” gibi olmaktadır²³. Buna göre bir tacirin ticari işletmesiyle ilgili olarak taraf olduğu sözleşmenin karşı tarafı bakımından da, bu sözleşmeyle ilgili konularda ticari işe dair hükümler ve dolayısıyla TTK m. 7 de devreye girer²⁴. Yalnız anılan TTK m. 19 f.2 hükmünün uygulamasında iki ayrı önkoşulun bulunduğuna dikkat çekilmelidir. İlk önkoşul, taraflar arasındaki ilişkinin münhasıran sözleşmesel nitelikte olmasıdır, yani yukarıda anılan diğer durumlardan farklı olarak burada ilişki haksız fiile veya sebepsiz zenginleşme temeline dayandığında TTK m. 19 f.2 devreye girmez²⁵. İkinci önkoşul ise, kanunda aksi yönde bir yönde hükmün bulunmamasıdır²⁶. Buna şöyle bir örnek verilebilir: Eğer diğer taraf bir tüketici ise, onun açısından işlem bir tüketici işlemi teşkil edecek ve bu söylenenler uygulama alanı dışında kalacaktır²⁷. Yani tacir sıfatını haiz alacaklı karşısında, birden fazla tüketici sıfatını haiz borçlu olduğunda kısmi borçluluk hükümleri uygulanır, yoksa -TTK m. 19 f.2 uyarınca uygulama alanı bulacak- TTK m. 7 f.1 bağlamında müteselsil borçluluk hükümleri değil. Bundan başka tüketicinin bir tacir olan bir alacaklı karşısında yer aldığı hukuki işlemde doğan borcu için kefalet veya herhangi türden bir teminat (teminat amacıyla müteselsil borçluluk yahut borca katılma) sağlayan üçüncü kişinin sağladığı teminat, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁸ (“TKHK”) m. 4 f.6 c.1 karşısında (“Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır,”) ister istemez bir “adi kefalet” olarak kabul edilebilecektir; aksi de zaten hükmün açık ifadesi de gözetildiğinde mümkün olmayacaktır²⁹.

²² Taraf tacir olmayan bir kişi ise, hüküm bu kişinin aleyhine olarak görülebilir, zira özellikle faiz bakımından ticari işlerde işleyecek oran daha yüksek şekilde belirlenmiştir (Bkz. Arkan, s. 66; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 66).

²³ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 65.

²⁴ Arkan, s. 66.

²⁵ Arkan, s. 67; Poroy/Yasaman, s. 77; İmregün, s. 19.

²⁶ İnal, s. 72.

²⁷ “Tüketici işlemi” kavramıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Gümüş, Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu Şerhi, Cilt 1, Madde 1-46, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 9-10.

²⁸ Bkz. Resmi Gazete N. 28835, 28 Kasım 2013.

²⁹ Arkan, s. 70; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 71-72; Gümüş, Tüketici Hukuku, s. 43 vd.; Önder, Fahrettin / Özkul, Burcu, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence: Adi Kefalet Sözleşmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi

Bir işin buraya kadar açıklanan dört ayrı kıstastan herhangi birinin kapsamına girip girmediğine göre belirlenecek ticari iş bir kez tespit edildikte, bu işlerden doğan borçlar bakımından -aşağıda anılacak diğer şartların da gerçekleşmesiyle- söz konusu olacak birlikte borçluluğun müteselsil borçluluk, bu borçlar için verilecek kefaletin müteselsil kefalet ve yine birlikte kefaletin de müteselsil birlikte kefalet olacağı belirtilmelidir.

Öyleyse şimdi, ticari işlerdeki teselsül karinesinin devreye girebilmesi için diğer şartların ne olduğuna kısaca bakalım ve ardından da hükmün somut getirisine geçelim. Borçlarda teselsül karinesinin söz konusu olabilmesi için, bir defa ticari işten doğan bir borç ilişkisinde alacaklının karşısında birden fazla borçlu bulunmalıdır³⁰. Ticari iş özelliğinin ise, sadece bu borçlulardan biri için söz konusu olması kafidir; yoksa borçluların hepsi açısından bu özelliğin gerçekleşmesi bir zorunluluk değildir³¹. Aslında, genel olarak bilindiği üzere, borçlar hukukunda iki veya daha fazla kişinin bir alacaklıya karşı birlikte borçlu oldukları kurguda, asıl olan kısmi borçluluktur³². Kısmi borçlulukta alacaklı, borçlulara yalnızca onların kendi üzerlerine düşen borç kısımları bakımından başvurabilir³³. Alacaklının borçlulardan her birine borcu tamamı için başvurabildiği müteselsil borçluluk ise istisnaidir, yani ancak taraf iradesi ya da buna ilişkin özel bir kanun hükmü varsa söz konusu olabilir³⁴. İşte TTK m. 7 f.1, tam da sözü edilen tarzda istisnai bir kanun

ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2013, C.18, S.3, s. 25-46, s. 32; **Yener, Mehmet Deniz**, “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt 7, Sayı 13, Temmuz 2015, s. 409-436, s. 432-433.

³⁰ **Ağca Toplandı**, s. 387; **Kılıçoğlu**, s. 748; **Kapanıcı, Kadir Berk**, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 52.

³¹ **Arkan**, s. 69; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 69.

³² **Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm** (çev. Ferid Ayiter), İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Art. 110-183 OR, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1950, Art. 143-150 OR Giriş, N. 2; **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 456; **Arkan**, s. 68; **Aslan**, s. 26; **Kılıçoğlu**, s. 744; **Canyürek, Murat**, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 10; **Akantürk, Turgut**, Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971, s. 14; **Kapanıcı**, Birlikte Borçluluk, s. 19.

³³ **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 450; **Arkan**, s. 68.

³⁴ **Poroy/Yasaman**, s. 79; **İmregün**, s. 20.

hükmüdür³⁵. Bu durumun teselsülün borçlular bakımından öngördüğü ağır sonuçlardan kaynaklandığı rahatlıkla söylenebilir. Öte yandan, öğretide ağırlıkla kabul edilen görüşe göre, TTK m. 7 f.1'in uygulanabilmesi için, işlemin bir tarafını oluşturacak birden fazla sayıdaki kişiler aynı anda (aynı işlemle) borç altına girmiş olmalıdır³⁶. Yani eğer farklı zamanlarda yapılan işlemler neticesinde bir birlikte borçluluk ilintisi içine giren kişiler söz konusu ise, bunlar açısından teselsül karinesi uygulama alanı bulmaz. Böyle bir durumda, ortada ticari bir iş söz konusu olsa da, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, asıl olan yine kısmi borçluluk olacaktır³⁷. Pek tabii, kanunda özel olarak düzenlemesi olan olasılıklardaki durum saklı kalır. Buna yaygın olarak verilen örnek kambiyo ilişkilerine ilişkin TTK m. 724 f.1'dir ("*Bir poliçeyi düzenleyen, kabul eden, ciro eden veya o poliçeye aval veren kişiler hamile karşı müteselsil borçlu sıfatıyla sorumludurlar,*"). Hüküm kapsamında, farklı tarihlerde farklı işlemlerle borç altına giren asıl borçlu ve müracaat borçluları hamil karşısında müteselsilen sorumlu tutulmuştur³⁸. Yine sonradan borca katılma durumunda müteselsil borçluluğun oluşacağını belirten TBK m. 201 hükmünün ("*Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. / Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.*") böyle bir istisnayı oluşturacağı kabul edilmektedir³⁹. Diğer yandan borçlarda teselsül karinesinin işlerlik kazanabilmesi için aranan bir diğer şart, bir işlem yapıldığı kurguda tarafların aksi yönde bir anlaşma yapmamış olmalarıdır⁴⁰. Sonuçta, teselsül karinesinin aksinin öngörülmesine herhangi bir engel yoktur. Eğer böyle bir öngörü varsa, karine temeline dayalı karine sonucu hiçbir suretle devreye girmez.

Yine borçlar hukuku anlamında bir kişinin bir başkasının borcu için kefalet teminatı verdiği kurguda, bu kişinin özel olarak müteselsil kefil olacağı (hatta TBK m. 583 f.1 c.2 uyarınca nitelikli yazılı şekilde)

³⁵ **Tekinay, Selahattin Sulhi**, "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi", Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları N. 197, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964, s. 509-518, s. 510; **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 52.

³⁶ **Tekinay**, s. 516; **Ağca Toplandı**, s. 387-388; **Arkan**, s. 68 dn. 1.

³⁷ **Tekinay**, s. 516.

³⁸ **Ağca Toplandı**, s. 388; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 69.

³⁹ **Arkan**, s. 68 dn. 1; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 69.

⁴⁰ **Kılıçoğlu**, s. 749; **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 52.

belirtilmediyse, asıl olan adi kefalettir⁴¹ (bkz. TBK m. 586 f.1). Müteselsil kefilin, adi kefilin faydalanabileceği iki temel defiden (önce asıl borçluya başvurulmasına ilişkin “*tartışma defî*” ve şayet varsa önce rehin teminatına başvurulmasına ilişkin “*önce rehnin paraya çevrilmesi defî*”) faydalanamıyor olması bu kefalet türünün şartlarını kefil bakımından ciddi şekilde ağırlaştırmaktadır. Bu nedenle de kanun sistematüğinde varlığı asıl olarak kabul edilen kefalet türü, adi kefalet olmuştur. Aynı şekilde, aynı borç için birlikte kefalet verenlerin varlığı durumunda⁴² da adi birlikte kefaletin⁴³ asıl olduğu kabul edilir; yoksa müteselsil birlikte kefaletin değil⁴⁴ (Bkz. TBK m. 587 f.1). TTK m. 7 f.2 ise, bu kuralları farklılaştırmış ticari işlerden doğan borçlar bakımından sağlanacak kefaletin müteselsil kefalet ve ortada birden fazla -birlikte hareket eden-kefil bulunuyorsa bunlar tarafından sağlanacak teminat da müteselsil birlikte kefalet⁴⁵ (bu kefalet türünde yukarıda bireysel kefalet bakımından

⁴¹ **Özen, Burak**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 277; **Gümüş, Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 372; **Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan**, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 483; **Aslan**, s. 27; **İmregün**, s. 20.

⁴² Birlikte kefalet, bağımsız toplu kefaletten ayırt edilmelidir. TBK m. 587 f.4 kapsamında öngörülen bu kefalet türünde birden fazla kefil, birbirlerinden habersiz şekilde asıl borçluya kefil olmaktadır. Bu kefillerden bazıları adi bazıları müteselsil kefil olabilir, buna herhangi bir engel yoktur (Bu konuda bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 330 vd.; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 407 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 485; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 789; **Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak**, Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 1435-1436; **Uygur, Turgut**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, m. 237-649, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 2550). Pek tabii, TTK m. 7'nin öngördüğü karine kuralına göre (*bu haliyle uygulanabilir olduğu, aşağıda (IV) altında ele alacağımız tartışmalardan ari olarak bir an için kabul edilirse*), ticari işlerden doğan borçlara bağımsız toplu kefalet verilmesi durumunda, bağımsız toplu kefillerin her biri müteselsil kefil sayılacaktır.

⁴³ Bu birlikte kefalet türünün özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldırım, Efcan**, Birlikte Kefalet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 17 vd.; **Özen**, Kefalet (2014), s. 338 vd.; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 400 vd.

⁴⁴ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 71.

⁴⁵ Burada kastedilen tam anlamıyla müteselsil birlikte kefalettir; söz konusu birlikte kefalet türünde hem asıl borçluyla birlikte kefiller, hem de birlikte kefillerin kendi aralarında teselsül ilintisi söz konusu olur (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldırım**, s. 46 vd.; **Özen**, Kefalet (2014), 342 vd.; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 403 vd.).

anılan diğer iki definin yanında, adi birlikte kefillere özel olarak tanınan “bölme defininden” de fayda sağlanamaz) olacağını öngörmüştür⁴⁶. TTK m. 7 f.1'in uygulamasında olduğuna benzer şekilde, karinenin uygulama alanı bulabilmesi için işin sadece asıl borçlu bakımından ticari nitelikte olması yeterlidir. Yoksa kefil (veya kefiller) için de işin mutlaka bu niteliği taşıması aranmaz⁴⁷. Bu arada, TTK m. 7 f.1'e koşut şekilde, kefalet teminatının ancak ve ancak asıl borç ile birlikte (aynı işlem dolayısıyla) sağlandığı olasılıklarda, TTK m. 7 f.2'nin devreye gireceği kabul edilmektedir⁴⁸. Bir başka deyişle, kefalet teminatı sonradan verilmişse, karine hükmü uygulama alanı bulmaz⁴⁹.

Sözün özü, TTK m. 7 kapsamında karine kuralı olarak öngörülmek istenen müteselsil borçluluğun ve müteselsil kefaletin (ve müteselsil birlikte kefaletin) hukuk uygulamasında dışa yansıyan yararı, alacaklının alacağını elde edemediğinde, onun borçlular, kefil veya kefiller arasında bir öncelik-sonralık sırası gözetmeksizin arzu ettiğine doğrudan⁵⁰ başvurulabilmesidir.

Peki, borçlar hukuku birden fazla kişinin -bölünebilir bir edim yükümlülüğü bakımından- birlikte borç altına girdiği hallerde kısmi borçluluğu, alelade bir borcun teminat altına alındığı hallerde adi kefaleti ve kefalet veren kefillerin birden fazla olmaları halinde adi birlikte kefaleti esas olarak kabul ederken, neden ticari işlerden doğan borçlarda bütünüyle teselsül esası öngörülmüştür? Bunun sebebi şöylece açıklanabilir: Ticaret hayatında “kredi ilişkileri” çok önemlidir. Öyle ki ticari hayat, büyük oranda krediler üzerinden yürütülür. Kredi düzeninin sağlıklı ve süratli şekilde işleyebilmesi için ise kredi verenlere (yani alacaklılara), adi işlerdeki göre daha fazla teminat sağlanmalı, bu kişilerin durumu borçlulara göre daha fazla ve öncelikli olarak

⁴⁶ Tekinay, s. 516; Poroy/Yasaman, s. 80; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 70.

⁴⁷ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 70.

⁴⁸ Tekinay, s. 517.

⁴⁹ Tekinay, s. 517.

⁵⁰ Gerçi burada yapılan genelleme bakımından küçük bir parantez açmak gerekebilir: Söz konusu olan müteselsil kefalet olduğunda, TBK m. 586 f.1 c.2'ye göre kefile başvuruda bulunulabilmesi için “ (...) borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.”

gözetilmelidir⁵¹. Zira bunlar kendilerini güvende hissetmedikçe, istenen işlem hayatı sürati sağlanamayacak, durağanlaşan bir yapıya mahkum olunacaktır⁵². Bu arada alacaklının içinde bulunduğu borç ilişkisindeki “*pasif teselsül*” düşüncesi⁵³ sayesinde kendisini güvende hissetmesi ve hareket kabiliyetinin artması, bu düşüncenin öngördüğü yapıda borcun ifa edil(e)memesi rizikosu bütünüyle onun omuzlarında olmamasından ileri gelir, öyle ki söz konusu rizikonun borçlulara da teşmil etmesi (yayılmaması) sağlanmıştır⁵⁴. Böylece alacaklı birinci derecede menfaati gözetilen kişi olacak, nihai olarak katlanması gerekenden fazlasını ifa eden (birlikte) borçlu ise diğeriyle ancak “*ikinci perdede*” yani diğeriyle aralarında oluşacak rücu ilişkisi⁵⁵ kapsamına hesaplaşabilecektir. Diğer taraftan ticari hayatta birlikte borç altına girilmesinde veya bir başkasının borcuna kefalet teminatı sağlanmasında, birlikte borçluların⁵⁶ kendi aralarında, yüksek bir olasılıkla adi işlere oranla daha kuvvetli ve sıkı bir menfaat birliğinin bulunduğu söylenebilir⁵⁷. Bu da ticari işlerden doğan borçlarda ve ticari borçlara verilen kefaletlerde teselsülü (ve birden fazla kefil bulunması halinde kefillerin kendi aralarındaki ilişkilerde) gerekli kılmış;

⁵¹ Bu konuda bkz. **Tekinay**, s. 510, 514; **Arkan**, s. 68; **Poroy/Yasaman**, s. 79; **Ağca Toplandı**, s. 382; **İnal**, s. 142.

⁵² **Ağca Toplandı**, s. 382.

⁵³ Bu ifadeyle borç ilişkisinin pasif (edilgen) yanını oluşturan borçlular arasındaki teselsül kastedilmektedir (Bu kullanım (*pasif teselsül=solidarité passive*) için ayrıca bkz. **Romy, Isabelle**, Art. 143-150 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529, Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003, Art. 143 CO, N. 1)

⁵⁴ **Dalci Özdoğan, Nurcihan**, Mütessesil Sorumluluk (Özellikle TBK m. 61 ve m. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 62-63; **İnal**, s. 142; **Oser / Schönberger (çev. Ayiter)**, ZürKom., Art. 143 OR, N. 1.

⁵⁵ Rücu ilişkileriyle ilgili olarak bkz. **Kapanacı**, Birlikte Borçluluk, s. 355 vd.; **Canyürek**, s. 115 vd.; **Dağdelen, Ahmet Hakan**, 818 Sayılı ve 6098 Sayılı borçlar Kanunu’nda Borçlular Arası Teselsül, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 155 vd.; **Romy, Isabelle**, Art. 143-150 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529, Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003, Art. 148 CO, N. 6 vd.; **Oser / Schönberger (çev. Ayiter)**, ZürKom., Art. 148 OR, N. 2.

⁵⁶ Burada birlikte borçluluk kavramını hem mütessesil borçluluğu hem de kefalet sözleşmesiyle oluşan birlikte borçluluk (asıl borçlu ile kefil arasında) için kullandığımızı belirtmek isteriz. İlk durumda *gerçek anlamda birlikte borçluluk*tan (aynı hukuki sebebe dayalı) söz açılırken, ikinci durumda *gerçek olmayan anlamda bir birlikte borçluluk* ilişkisi (farklı hukuki sebeplere dayalı) söz konusudur. Birlikte borçluluk kavramı ve bahsi geçen ayırım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kapanacı**, Birlikte Borçluluk, s. 3 vd.

⁵⁷ **Tekinay**, s. 510.

kanun koyucuyu ticari hayatın olağan akışına daha uygun özellik gösteren “teselsül” düşüncesini bir karine kuralında somutlaştırmaya itmiştir⁵⁸, ⁵⁹. Vurgulanmalıdır ki, bu karine, niteliği itibariyle aksi ispatlanabilir/öngörülebilir bir adi karinedir⁶⁰.

Böylece teselsül karinesinin TTK m. 7’de öngörülen uygulama şartlarını ve getirisini etraflıca ele almış olduk, bu noktada karşılaştırma yapacağımız ve etkileşimlerini özel olarak ele alacağımız TBK m. 583 ve m. 603 kurallarını incelemeye geçelim.

III. Müteselsil Kefalet ve Teminat Amacıyla Müteselsil Borçluluğa (ve Borca Katılmaya) İlişkin “Özel” Geçerlilik Şekli Düzenlemeleri (TBK m. 583 ve 603)

1. TBK m. 583’ün Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şekli Bakımından Getirisi

TBK m. 583, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun kefaletin şekli bakımından getirdiği önemli ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu’ndaki benzerine (bkz. eBK m. 484⁶¹) göre yenilikler içeren bir düzenlemedir⁶².

⁵⁸ Tekinay, s. 510; Arkan, s. 68; Poroy/Yasaman, s. 80.

⁵⁹ Kanunen teselsülün öngörüldüğü haller sadece ticari işler alanıyla sınırlı kalmaz; benzer şekilde alacaklının korunması düşüncesinin ağır bastığı ve borçluların arasında da sıkı menfaat birliğinin olduğu kabul edilebilecek diğer bazı durumlarda da ayrı teselsül karinelerinin kabul edildiği görülmektedir. Örnek olarak birlikte vekil olanların (TBK m. 511), birlikte vedia alanların (TBK m. 567), birlikte ödünç alanların (TBK m. 382), adi ortakların (TBK m. 638 f.3) da aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil borçlu konumunda olacakları öngörülmüştür. Bu konuda ayrıca bkz. Tekinay, s. 510; Kapancı, Birlikte Borçluluk, s. 50 dn. 217; Canyürek, s. 21-22; Akıntürk, s. 124 vd.; Dağdelen, s. 23 vd.; Romy, CoRo., Art. 143 CO, N. 9; Oser / Schönenberger (çev. Ayiter), ZürKom., Art. 143 OR, N. 6.

⁶⁰ Adi karine kavramı için bkz. Serozan, s. 22; Oğuzman/Barlas, s. 326.

⁶¹ eBK m. 484’e göre kefaletin geçerli olabilmesi için, kefilin azami sorumluluk miktarının da içinde yer alacağı adi yazılı şekle riayet edilmesinin gerektiğini belirtmekteydi. Bu yönüyle de ilgili düzenlemenin gerçek olmayan anlamda nitelikli yazılı şekli öngördüğü kabul edilmekteydi. Öyle ki gerçek anlamda nitelikli yazılı şekilde, yazılı şeklin özel bir suretle gerçekleştirilmesi (örneğin el yazısı ile) aranırken; burada ise farklı olarak, kanunun öngördüğü şeklin özel bir suretle meydana getirilmesi aranmamakta ve fakat yazılı şeklin içeriğinde belli bir noktanın (azami sorumluluk tutarı) mutlaka yer alması gerekmekteydi (Bu konuda ayrıca bkz. Özen, Kefalet (2014), s. 214 vd.; Gümüş, Borçlar Hukuku, s. 352; Barlas, Nami, “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Ed. M. Murat İnceoğlu, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 349-361, s. 354; Bilgen, Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 25).

TBK m. 583 f.1'e göre “*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.*”

Her şeyden önce belirtilmelidir ki, kefalet sözleşmesi bakımından getirilen bu geçerlilik şekli düzenlemesi, herhangi bir geçerlilik şekli düzenlemesinden farklı bir yöne sahiptir. Şöyle ki normal şartlarda geçerlilik şekli düzenlemeleri, yapılan işlemin taraflarını oluşturan bütün kişileri korur ve gözetir⁶³. Kefaletin şekli ise, sadece ve tek taraflı olarak

⁶² Bu düzenlemenin yapılmasında esas itibarıyla esin alınan İsviçre Borçlar Kanunu (“İsv. BK”) m. 493’tür. Ancak TBK m. 583, İsv. BK m. 493’le tam olarak örtüşmemekte hatta bu sonuncudan ciddi şekilde ayrılmaktadır. Öyle ki, İsv. BK m. 493’te, üç farklı olasılık için birbirinden farklı şekil kuralları öngörmüştür. Buna göre gerçek kişilerin kefil olduğu ve azami sorumluluk tutarının 2000 frangı aştığı kefalet sözleşmeleri resmi şekilde yapılmalı (1); yine gerçek kişilerin kefil olduğu ve sorumluluk tutarının 2000 frangın altında olduğu kefalet sözleşmeleri ise bazı unsurların (sorumluluğun azami tutarı ve varsa müteselsil kefil olma iradesi) kefilin el yazısıyla belirtildiği yazılı şekilde (nitelikli yazılı şekil) gerçekleştirilmeli (2); son olarak tüzel kişilerin (ve tüzel kişiliği bulunmayan kolektif ve komandit şirketlerin) kefil olduğu veya gerçek kişilerin kamu hukuku kökenli borçlar için kefil olduğu olasılıklarda ise kefalet sözleşmesi adi yazılı şekilde (ama bu adi yazılı şekil içerisinde mutlaka azami sorumluluk sınırını ve varsa müteselsil kefalet iradesini de gösterir biçimde) yapılmalıdır (3). Bu bağlamda TBK m. 583’ün esas itibarıyla sözü geçen ikinci olasılığı esas aldığı ve herhangi bir ayırım gözetmeksizin genele yaydığı tespiti yapılabilir (Bu konuda ayrıca bkz. **Meier, Philippe**, Art. 492-512 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529, Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003 Art. 493 CO, N. 11 vd.; **Özen**, Kefalet (2014), s. 218 vd.; **Barlas**, s. 354-355; **Bilgen**, s. 26-27; **Haznedar, İbrahim Murat / Gürses**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Yıl 2012, s. 135-167, s. 138; **Acar, Özlem**, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 158-159).

Hükümün İsv. BK m. 493’ten bu şekilde ayrılmasının eleştirisi için ayrıca bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 221.

⁶³Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 271; **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 143; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 264.

kefili korumayı amaçlamaktadır⁶⁴. Yani, salt kefilin irade beyanının TBK m. 583 hükmünün öngördüğü şekilde yapılması gerekli ve yeterlidir⁶⁵. Aslında kefalet sözleşmesinin kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ve kefilin de tek başına borç altına girdiği düşünülecek olursa bu husus, “yalnızca borç altına girenlerin” geçerlilik şekline riayet etmesini yeterli bulan TBK m. 14 f.1 kapsamında olağan olarak algılanabilir⁶⁶. Ancak söz konusu durum, TBK m. 583’ün anılan ayrık özelliği nedeniyle, kefalet alacaklısı kefalet ediminin karşılığında başka bir edim (karşı edim) yüklendiğinde bile değişmez, alacaklının bu karşı edimi yüklediğine ilişkin irade beyanının kefalet sözleşmesinin şekli içinde yer almasına gerek olmaz⁶⁷.

Söz konusu geçerlilik şekli düzenlemesi, türü itibariyle de gerçek anlamda nitelikli yazılı şekil olarak anılabilir⁶⁸, ⁶⁹. Öyle ki, genel itibariyle

⁶⁴ **Özen**, Kefalet (2014), s. 213 ve özellikle dn. 147; **Reisoğlu, Seza**, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s. 72-73; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 352; **Ayan, Serkan**, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 149; **Acar**, s. 156.

⁶⁵ **Özen**, Kefalet (2014), s. 213; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 352 **Acar**, s. 156.

⁶⁶ **Özen**, Kefalet (2014), s. 213; **Eren**, Borçlar Özel, s. 785.

⁶⁷ Bu anlamda söz konusu düzenlemenin anılan özel amacı çerçevesinde, TBK m. 14 f.1’in istisnasını oluşturduğu söylenebilir. Ayrıca bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 213; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 352.

Farklı görüşte bkz. **Acar**, s. 157. Yazara göre, TBK m. 14 f.1’e bu şekilde bir istisna tanıma lüzumu yoktur, bu bağlamda eğer kefalet alacaklısı karşı edim yükümlülüğü altına girecek olursa, onun da şekil zorunluluğuna uyması gerekecek, pek tabii bu şekil sadece adi yazılı bir şekil olacaktır.

⁶⁸ **Özen**, Kefalet (2014), s. 218; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 352; **Barlas**, s. 355; **Aydoğdu, Murat / Kahveci Nalan**, Türk Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, İleri Kitabevi, İzmir, 2013, s. 708; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1418-1419; **Gündüz, Deren Ş.**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 20; **Acar**, s. 161; **Eren**, Borçlar Genel, s. 283; **Oğuzman/Barlas**, s. 200.

⁶⁹ Kefalet sözleşmesinin resmi şekilde noterde yapıldığı olasılıkta bile nitelikli yazılı şekilden ödün verilemez, el yazısıyla belirtilmesi gereken hususların noterin hazırladığı senede kefil tarafından el yazılı olarak işlenmesi gerekir. Bu yönde bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 218.

İleri sürdüğümüz bu düşüncenin temelinde nitelikli yazılı şeklin resmi şekle göre daha ağır bir düzenlemeyi içermesi yatar (Bu konuda ayrıca bkz. **Kapanıcı, Kadir Berk**, “Türk Borçlar Kanunu’nun 14. maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 1, 2012, s. 403-430, s. 406-407).

(yani asıl borcun belirlenmesi, kefil olma iradesi başta olmak üzere objektif ve sübjektif bütün esaslı noktaları içerir biçimde) adi yazılı şekilde yapılması ve kefil tarafından imzalanması gereken kefalet sözleşmesi; aynı zamanda her durumda kefalet tarihini ve kefilin sorumluluğunun azami tutarını (kefalet limiti) kefilin el yazısıyla içermelidir⁷⁰. Bu unsurları belirtildiği şekilde içermeyen kefalet sözleşmesi geçersiz, Türk Hukuku'nda ağırlıklı kabul edilen görüşe göre kesin hükümsüz, olacaktır^{71, 72}.

Müteselsil kefalette ise, bu anılanlardan başka müteselsil kefil olma iradesinin de ayrıca kefilin el yazısıyla belirtilmiş olması gereklidir⁷³. Bu nokta, aşağıda⁷⁴ ele alacağımız TBK m. 583'ün TTK m. 7 ile etkileşimi bakımından özellikle önem taşıyacaktır. Bu unsurun anılan geçerlilik şekli gerekliliği içinde belirtilen suretle yer almaması durumunda ise, yukarıdaki paragraftakinde anlatılandan farklı olarak kefalet sözleşmesi

Aksi görüşte bkz. **Barlas**, s. 356; **Baş, Ece**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, İÜHFM, C. LXX, S. 2, Yıl: 2012, s.115-144, s. 130; **Haznedar/Gürses**, s. 138. Yazarların görüşüne göre ise, resmi şekil başlı başına kefilin korumak için yeterlidir, ayrıca nitelikli yazılı şekil gerekliliklerinin noter senedine yansıtılmasına yer ve lüzum bulunmamaktadır.

⁷⁰ **Bilgen**, s. 27; **Reisoğlu**, s. 73; **Eren**, Borçlar Özel, s. 785; **Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 688; **Aral/Ayrancı**, s. 477; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 709; **Uygur**, s. 2530-2531; **Günay, Cevdet İlhan**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 1539; **Haznedar/Gürses**, s. 137; **Gündüz**, s. 90 vd.; **Acar**, s. 162.

⁷¹ **Özen**, Kefalet (2014), s. 243; **Reisoğlu**, s. 93; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 365; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1421; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 687; **Yavuz, Nihat**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 2, m. 339-649, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 2992; **Çelik, Ahmet**, Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 40; **Demir, Şamil**, “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, TBB Dergisi, 2013, S: 108, s. 88-122, s. 91.

Ayrıca bu konuda yapılan geçersizlik türü tartışması ve ileri sürülen diğer görüşler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 307 vd.; **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 157; **Eren**, Borçlar Genel, s. 289 vd.

⁷² Bu geçersizliğe kefil bilerek ve isteyerek sebep olmuşsa duruma göre, alacaklı ondan TBK m. 49 f.2 veya *culpa in contrahendo* (kıyas yoluyla uygulanacak TBK m. 112) esasına dayalı olarak tazminat talebinde bulunabilecektir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 245-246; **Reisoğlu**, s. 96; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 365.

⁷³ **Özen**, Kefalet (2014), s. 216; **Reisoğlu**, s. 77; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 352; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 708; **Günay**, s. 1539; **Acar**, s. 171; **Çelik**, s. 42; **Baş**, s. 134; **Gündüz**, s. 86.

⁷⁴ Bu konuda bkz. aşağıda (IV) altındaki açıklamalarımız.

kesin hükümsüz olmaz; ve fakat müteselsil özellik de gösteremez, yani adi bir kefalet olmaktan öteye geçemez⁷⁵.

Bu arada TBK m. 583, yukarıda anılan getirisiyle, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin kefil konumunda olacağı kefalet sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulacaktır⁷⁶. Yalnız özellikle tüzel kişilerin nitelikli yazılı şekilde, yani el yazısıyla ifade edilmesi gereken unsurları içeren kefalet sözleşmesi kısmını nasıl oluşturacakları şüphe uyandırmaktadır. Bu noktada, tüzel kişinin yetkili organını oluşturan (onu temsil etme yetkisini haiz olan) gerçek kişinin el yazısının esas alınacağı kabul edilmektedir⁷⁷. Eğer organı oluşturan kişilerin ancak yetkili birden fazla kişinin aynı anda hareket etmesi (*elbirliğiyle (ortaklaşa) temsil*⁷⁸) yoluyla işlem yapılabilmesi mümkün ise, bu durumda nitelikli yazılı şeklin nasıl gerçekleştirileceği tartışmaya açılabılır⁷⁹. Bir yaklaşım tarzı, birlikte hareket etmesi gereken kişilerin her birinin ilgili unsurları teker teker el yazısıyla belirtmelerini aramak yönünde olabilir. Bir diğer yaklaşım tarzında ise, birlikte hareket etmesi gerekli olan kişilerden her birinin kefalet sözleşmesini imzalaması kaydıyla bunlardan sadece birinin söz konusu unsurları el yazısıyla belirtmesi yeterli görülebilir. Bu yaklaşımlardan ikincisinin daha yerinde olduğu düşüncesindeyiz⁸⁰.

TBK m. 583 kuralının getirisi, müteselsil birlikte kefaleti⁸¹ de aynı şekilde etkiler, bu teminat türüne yönelik iradenin de birlikte kefillerin el yazısıyla kefalet sözleşmesi metnine dercedilmesi gerekecektir⁸². Bundan başka, yine ilgili şekil zorunluluğu bağlamında müteselsil birlikte kefalet

⁷⁵ **Özen**, Kefalet (2014), s. 231; **Reisoğlu**, s. 88; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 360; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 709.

⁷⁶ **Özen**, Kefalet (2014), s. 216; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1419; **Haznedar/Gürses**, s. 139; **Acar**, s. 159; **Çelik**, s. 38.

⁷⁷ **Özen**, Kefalet (2014), s. 221.

⁷⁸ Bu kavramla ilgili olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 662 vd.

⁷⁹ Bu konuda özellikle bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 220.

⁸⁰ Aynı yönde bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 220; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 353; **Barlas**, s. 357; **Haznedar/Gürses**, s. 139; **Acar**, s. 161.

⁸¹ Burada kastedilen TTK m. 7 f.2 kapsamında söz konusu olması öngörülen *tam anlamıyla müteselsil birlikte kefalettir*, eksik anlamda müteselsil birlikte kefalet (sadece kefiller arasında teselsül ilintisinin bulunması durumu) inceleme konusu kapsamına doğrudan girmediği için göz ardı edilmiştir. *Eksik anlamda müteselsil birlikte kefaletin* özellikleri için bkz. **Yıldırım**, s. 58 vd.

⁸² **Özen**, Kefalet (2014), s. 343.

açısından özel bir noktaya daha ayrıca dikkat gösterilmek icap eder: Her müteselsil birlikte kefil, birlikte sorumlu olduğu kefalet tutarının tamamını da yine TBK m. 583'e uygun olacak şekilde el yazısı ile kefalet sözleşmesi metninde belirtmelidir⁸³. Yoksa sadece iç ilişkide (ve şartları oluştuğunda dış ilişkide) müteselsil birlikte kefilin sorumlu olacağı tutarın belirtilmesi anılan şekil zorunluluğunun gerçekleştirilebilmesi için kafi gelmez⁸⁴.

Diğer taraftan TBK m. 583'ün, hemen aşağıda ele alacağımız TBK m. 603 kuralıyla ciddi bir “organik” bağ içinde olduğunu belirtmek gerekir. Öyle ki, temel itibariyle bir yollama (atıf) kuralı⁸⁵ oluşturan TBK m. 603'ün getirisi ve bu getirinin içeriğinin tespit edilmesi, öncelikle TBK m. 583'ün ifadesinin “*ete kemiğe büründürülmesine*” muhtaçtır. Bu noktada söz konusu faaliyet tamamlandıkta, TBK m. 603'ün incelemesine geçilebilir.

2. TBK m. 603'ün Gerçek Kişilerin Teminat Veren Konumunda Oldukları Teminat Amacıyla Müteselsil Borçluluğun (ve Borca Katılmanın) Geçerlilik Şekli Bakımından Getirisi

Kefalet sözleşmesinin düzenlendiği bölümün son maddesini oluşturan, “*Uygulama Alanı*” kenar başlıklı TBK m. 603'e göre “*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır,*”⁸⁶.

⁸³ Bu konuda bkz. Yıldırım, s. 54.

⁸⁴ Yıldırım, s. 54.

⁸⁵ Bu kural türü ile ilgili olarak bkz. Serozan, s. 16-17.

⁸⁶ 6098 sayılı kanunun tasarı olarak yayımlandığı ilk halinde söz konusu hüküm (TBK Tasarı m. 608) yine aynı başlık altında, “*Kefili koruyan hükümlerden kurtulmak amacıyla, gerçek kişilerle başka ad altında yapılan sözleşmeler de kefalet hükümlerine tabidir,*” olarak kaleme alınmıştı. Düzenleme bu haliyle kişisel teminat hukuku alanı üzerinde ciddi bir baskı yaratacak bir görünüme sahipti. Zira madde temel prensibin sözleşme özgürlüğü olduğu borçlar hukuku alanında teminat borçlusunu korumak adına, buna ciddi bir müdahaleyi amaçlıyordu. Nitekim bu durum, Galatasaray Üniversitesi tarafından hazırlanan Değerlendirme Raporu'nda (TBK Tasarı m. 608'e ilişkin açıklamalarda), şöyle eleştiriyeye tabi tutulmuştur: “*Bu hüküm, Tasarının kefalete ilişkin düzenlemeleri içinde en hatalı ve anlamsız olanıdır. Zira taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde her türlü kişisel teminat sözleşmesini akdedebilirler. Bu hüküm kanunlaşırrsa, uygulamada hakimler özellikle garanti sözleşmesi olarak kaleme alınan ve gerçekten bu nitelikte olan sözleşmeleri de kefalet hükümlerine tabi tutma eğilimine*

Bir defa hemen belirtilmelidir ki, söz konusu olan tüzel kişiler olduğunda, düzenleme uygulama alanı bulmaz; getiri sadece gerçek kişiler bakımındandır⁸⁷. Bu anlamda hükmün kaleme alınmasında, tüzel kişilerin gerçek kişilerden farklı olarak, hatta medeni hukuk ve ticaret hukuku tüzel kişisi olmalarına göre bir ayırım da yapılmaksızın, belirli bir organizasyon bütünlüğüne sahip bir yapı oluşturacakları, bu nedenle bu denli bir korumaya ihtiyaç duymayacakları düşüncesinin ağır bastığı tespiti yapılabilir. Halbuki konu kefalet sözleşmesi olduğunda TBK m. 583 tüzel kişiler bakımından herhangi bir ayırım gözetmemiş, gerçek kişilere sağlanan genel korumadan tüzel kişileri de aynen faydalandırmıştır⁸⁸.

Diğer taraftan TBK m. 603'ün doğru şekilde yorumlanması ve anlaşlandırılmasında, “*kişisel güvence*”den ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi elzemdir⁸⁹, ⁹⁰. Bu yorum, dar kapsamda tutularak sadece hukuki sebep bakımından bir inceleme yapılabilir, böylece sadece hukuki sebebini (işlemi tipikleştiren kazandırma amacı) “*teminat sebebi*” oluşturan hukuki işlemler kapsama sokulabilir. Bilindiği üzere, teminat sebebini taşıyan hukuki işlemler, kendisine teminat sağlanan kişinin belirli bir riskin gerçekleşmesine karşı korunmasını sağlarlar. Teminat sözleşmesinin adeta kalbini oluşturan risk kavramı da gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tam olarak belli olmayan zarar verici bir olay olarak tanımlanabilir⁹¹. Ancak böyle bir yaklaşım, kavramcı olarak

girebilirler ki bu son derece tehlikeli bir yaklaşım olur.” Bu konuda bkz. **Kuntalp, Erden / Barlas, Nami / Ayanoğlu Morali, Ahu / Çavuşoğlu Işıntan, Pelin / Yaşar, Mert / Koç, Sedef**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 273. Tasarının kanunlaşmadan önceki halinde ise, eleştiriler dikkate alınarak madde bugünkü haline getirilmiş, dolayısıyla eskiye göre daha kabul edilebilir bir “*kimliğe*” büründürülmüştür.

⁸⁷ **Özen**, Kefalet (2014), s. 48; **Reisoğlu**, s. 323; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 370; **Bilgen**, s. 101; **Yavuz, Nihat**, Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 334; **Yavuz, Şerh**, s. 3109; **Günay**, s. 1591; **Uygur**, s. 2594; **Aral/Ayrancı**, s. 472; **Baş**, s. 139; **Demir**, s. 89, 97.

⁸⁸ Bu konuda özellikle bkz. yukarıda (III,1) altındaki açıklamalarımız.

⁸⁹ Hükmün içeriğinin doldurulmasına ilişkin önerileri için ayrıca bkz. **Demir**, s. 101.

⁹⁰ Hiç şüphesiz en başta “ayni teminatların” kapsam dışında kalacağı açıktır (Bkz. **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 369).

⁹¹ Tabii burada hedef alınan ve teminat sebebi taşıyan sözleşmeler, kefalet ile bir başkasının borcunun yerine getirilmemesi riskini konu almaları bakımından mutlaka benzerlik göstermelidir, aksi takdirde her türlü riski konu alabilecek başkaca işlemlerin (*sigorta sözleşmeleri, saf garanti sözleşmeleri vb.*) maddenin uygulama alanına sokulması çok da isabetli olmaz. Aksi takdirde maddeye amacı dışında bir getiri

görülüp eleştirilebilir, zira böyle bir durumda teminat amacıyla müteselsil borçluluk ve borca katılma maddenin getirisinin dışında kalacaktır. Oysa, her ne kadar bu sonunculara, yapılan hukuki işlemin sebebi tek ve bizzat teminat verilen “*asıl*” borcun sebebi olsa da⁹², “*olağan*” bir müteselsil borçluluk yapısından ciddi şekilde uzaklaşmaktadır⁹³. Hiç şüphesiz olağan müteselsil borçluluğun da bir oranda teminat işlevini bünyesinde taşıdığı söylenebilir; sonuçta bu yapıda alacaklı, karşısında birlikte borç altına giren birden fazla borçluların her birinden alacağına tamamını talep edebilmek gibi ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Teminat amacıyla girilen müteselsil borçlulukta (ve borca katılmada) ise bunun daha da ötesine geçen bir teminat sağlama işlevi bulunmaktadır. Öyle ki salt teminat sağlama amacıyla yapılan bu işlemlerde, teminat amacıyla müteselsil borç altına girenin (veya borca katılanın) asıl işlemde, alacaklıya bu işlemin borçlusunun borcunu yerine getirememesi riskine ilişkin teminat

atfedilmiş olur ki bu da kabul edilemez. Sonuçta hüküm kefaletin şekline ilişkin emredici düzenlemelerden sıyrılmak isteyen olası teminat alacaklılarının bu hedeflerine ulaşmalarını bertaraf etmek için getirilmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. **Kapancı, Kadir Berk**, Satış Hukukunda Ayrıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 118 dn. 118; **Baş**, s. 139.

⁹² Bu konuda bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 7-8; **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 23, 67; **Romy**, CoRo., Art. 143 CO, N. 3.

⁹³ Burada bir noktaya önemle dikkat çekilmelidir: Hiç şüphesiz, müteselsil borçlulukta (ve borca katılmada) borcun hukuki sebebinin (*causa*) tek ve aynı olmasında kastedilen ilişki, müteselsil borçluluğu bütünüyle taşıyıcı mahiyetteki geniş anlamdaki borç ilişkisidir. Ayrıca bu husus, müteselsil borçlulukta alacaklıyla olan dış ilişkide, tartışmalı olsa da günümüzde ağırlıklı kabul edilen ve kanunda da ciddi yansımaları bulunan “*çokluk teorisi*”ne göre, borçlu sayısı kadar dar anlamda borç ilişkisi olduğu düşüncesiyle herhangi bir çelişki de arz etmez. Yine de bu iki noktanın birbiriyle karıştırılmamasına da özen gösterilmelidir: Zira ilk durumda -tek bir hukuki sebebi olan- organizma şeklindeki geniş anlamda borç ilişkisinden, ikinci durumda ise bu ilkinden -çokluk teorisine göre- doğacak (*ki geniş anlamda borç ilişkisinden sadece dar anlamda borçların değil, bunların yanında yenilik doğuran haklar, defiler, yetkilerin vb. başkaca münferit unsurların da doğduğu gözden kaçırılmamalıdır*) kısmen bağımsız dar anlamda borç ilişkilerinden söz edilmektedir. (Müteselsil borçlulukta dış ilişkide kaç tane dar anlamda borç ilişkisi bulunduğuna ilişkin tartışma ve bu konuda ileri sürülen farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 26 vd. **Canürek**, s. 11-12; **Aküntürk**, s. 48 vd.; **Dağdelen**, s. 10 vd.; **Romy**, CoRo., Art. 143 CO, N. 3.

Müteselsil borçlulukta tek bir hukuki sebebi bulunan “*taşıyıcı*” geniş anlamda borç ilişkisi ve dar anlamda borç ilişkileri ayırımına ilişkin olarak burada yaptığımız vurgunun daha farklı şekilde ifadesi için özellikle bkz. **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 26 dn. 106.

sağlamaktan başka herhangi bir beklentisi bulunmamaktadır. Öğretide de, maddede geçen “*kişisel güvence verilmesi*” lafzının içine teminat amaçlı müteselsil borçluluğun ve borca katılmanın da gireceği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁹⁴.

Pek tabii, burada iş sadece hükmün uygulama alanına girecek işlem yapılarını bulmakla bitmez. Bir diğer taraftan da, hükmün getirisinin “maddi içeriğinin” tam olarak nelerden ibaret olacağına açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira TBK m. 603’de, renksiz bir ifadeyle sadece kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve evli kişilerin kefil olmasında eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerin sağlayacakları kişisel güvenceler bakımından da tatbik edileceği belirtilmiş, ama bunun tam olarak nasıl gerçekleştirileceği konusunda herhangi bir açıklığa yer verilmemiştir. Bizi burada asıl ilgilendiren “*şekil*” kısmı olduğundan özellikle bu noktaya yoğunlaşılacaktır. Zaten konumuzu ilgilendiren teminat amaçlı müteselsil borçluluk ve borca katılma bakımından diğer noktaların uyarlanması noktasında bir belirsizliğin veya tereddüdün olacağı da söylenemez. Tek cümleyle yalnız tam ehliyetliler -teminat veren sıfatıyla- bu tarzda işlemleri yapabilirler ve yine evli olan kişilerin de bu işlemlere eşlerinin rızalarının sağlanması şarttır⁹⁵.

“*Şekil*” konusuna geri dönülecek olursa, bir defa burada sözü edilen her iki işlemin de geneli bakımından adi yazılı şeklin uygulanması bir gerekliliktir. Ama bunun bile ötesinde nitelikli yazılı şeklin aranacağı noktalar da olacaktır⁹⁶. İlgili noktalar, her şeyden önce azami teminat

⁹⁴ Bu konuda özellikle bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 49 vd.; **Reisoğlu**, s. 323; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 369; **Eren**, Borçlar Özel, s. 785; **Bilgen**, s. 102; **Yavuz**, Kefalet, s. 335; **Yavuz**, Şerh, s. 3107, 3109; **Uygur**, s. 2594; **Aral/Ayrancı**, s. 473, 506; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 702; **Gündüz**, s. 170; **Baş**, s. 140; **Demir**, s. 107.

Farklı görüşte bkz. **Develioğlu, Hüseyin Murat**, İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. I, Yıl: 3, S. 1, 2004/1, s. 293-322, s. 320.

⁹⁵ **Özen**, Kefalet (2014), s. 49 vd.; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 370; **Yavuz**, Kefalet, s. 335; **Demir**, s. 92 vd.

⁹⁶ Farklı görüşte bkz. **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 371. Yazarın görüşüne göre, teminat amaçlı müteselsil borçluluk ve borca katılmanın durumu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Teminat amaçlı müteselsil borçlulukta sözleşmenin salt adi yazılı şekilde yapılması yeterli olur. TBK m. 603 hükmü çerçevesinde, bu adi yazılı şeklin içine yansıtılacak “*müteselsil borç altına girme iradesi*” dışında, ne “*azami sorumluluk tutarının*” ne de “*teminat verilen tarihin*” özel olarak gösterilmesi bir zorunluluk olarak görülemez.

sorumluluğu miktarı ve teminatın sağlandığı tarihin el yazısı ile belirtilmesidir⁹⁷. Bunlardan başka, özellikle aşağıda⁹⁸ ele alacağımız TTK m. 7 ile olan etkileşim bakımından asıl önemi arz edecek şu hususlara da sözü edilen nitelikli yazılı şekil gerekliliği bağlamında dikkat edilmelidir:

- **Teminat amaçlı müteselsil borçluluk**, müteselsil kefalete göre bağımsız ve daha kuvvetli bir teminat güvencesi sağlayacağından (sonuçta müteselsil borçlu, müteselsil kefinden farklı olarak “asıl” borç altına girenin kişisel savunmalarına dayanamayacak, bunlardan fayda sağlayamayacaktır⁹⁹), buna ilişkin şekil düzenlemelerinin evleviyetle diğerine de uyarlanmak suretiyle tatbik edilmesi gerekecektir¹⁰⁰. Sözün özü, yapılan işlemde teminat amacıyla müteselsil borç altına giren, bu iradesini kendi el yazısıyla ifade etmelidir. Ama mutlaka müteselsil olarak borç altına girildiğinin, adlı adınca yazılmasına gerek yoktur; bu durumun başka şekilde de -yine el yazısıyla olmak suretiyle- belirtilmesi kâfidir.

Borca katılmada ise, durum biraz daha farklıdır; bu yapı dahilinde, “teminat verilen tarihin” mutlaka belirtilmesi ve “*teselsül iradesinin*” de adi yazılı şekle herhangi bir suretle yansıtılması dışında, geri kalan noktalar bakımından -tıpkı teminat amaçlı müteselsil borçlulukta olduğu gibi- salt adi yazılı şekille yetinilmesi TBK m. 603 çerçevesinde kafi gelecektir.

⁹⁷ Söz konusu teminat yapıları özelinde, “*teminat tarihi*” bakımından aynı düşünceyi paylaşan **Özen** (Kefalet (2014), s. 51, 52), “*teminat miktarının belirtilmesinin*” ise, önemli olmadığı ve hatta teminat verenler bakımından da herhangi bir anlam ifade etmeyeceği kanaatindedir. Bu sebeple de, ilgili hususta nitelikli yazılı şekle gerek duyulmayacaktır. Yazarın bu görüşünü şu nedenle tam olarak paylaşmıyoruz: Teminat amacıyla müteselsil borçluluk (ve borca katılma), kendisine teminat sağlanan borcun sadece bir kısmını ilgilendirebilir. Yani müteselsil borçlulukta, borç tutarları arasında farklılık meydana getirilebilir. Böyle durumlarda teselsülün en düşük borç tutarı kadar olacak, bu tutarı aşan kısım bakımından tek kişi borçluluğu hükümleri uygulama alanı bulacaktır (Bu konuda özellikle ve ayrıca bkz. **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 54, 140). Bu anlamda, teminat verenin bu husustaki iradesini de el yazısıyla göstermesi gereği, onun layıkıyla korunabilmesi açısından elzemdir.

⁹⁸ Bu konuda bkz. aşağıda (IV) altındaki açıklamalarımız.

⁹⁹ **Tandoğan, Halûk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 4. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 702-703.

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Özen**, Kefalet (2014), s. 52; **Gündüz**, s. 172.

- **Borca katılma** ise, teminat amaçlı müteselsil borç altına girmeden ufak bir fark arz eder: O da yapılan işlemin başlangıçta katılma gerçekleşene kadar ferî özellik göstermesi, akabinde ise bağımsızlaşmasıdır¹⁰¹. Dolayısıyla ilgili aşamadan sonra, tıpkı baştan teminat amacıyla müteselsil borç altına giren bir kişi gibi, borca katılan da “asıl” borçlunun kişisel savunmalarından borca katılan fayda sağlayamaz¹⁰². Bu anlamda burada sağlanan teminat güvencesinin de tıpkı diğeri gibi, buna göre bir miktar daha hafif kalsa da, müteselsil kefaletten daha kuvvetli olduğu açıktır; dolayısıyla müteselsil kefalete ilişkin nitelikli yazılı şekil düzenlemelerinin borca katılma bakımından da yine uyarlanarak tatbik edilmesi şarttır. Borca katılma iradesi, genel olarak buna işaret edecek şekilde yani özel bir terim gerekliliği aranmadan, borca katılanın el yazısı ile gösterilmelidir¹⁰³.

Buraya kadar geline nokta, içinde bulunduğumuz başlık altında varılan ara-sonuçlar kısaca özetlenecek ve netleştirilecek olursa, bir defa TBK m. 603 sadece gerçek kişiler (kişisel) teminat veren konumunda olduğunda uygulanır. Bunun yanında TBK m. 603, yine sadece teminat amaçlı müteselsil borçluluk (ve borca katılma) bakımından bir getiri öngörür; yoksa olağan (yalın) bir müteselsil borçluluk bakımından değil.

¹⁰¹ **Kapancı**, Birlikte Borçluluk, s. 66; **Özen**, Kefalet (2014), s. 10; **Tandoğan**, s. 702, 841; **Reisoğlu**, s. 109; **Aral/Ayrancı**, s. 471; **Gündüz**, s. 172.

Farklı görüşte bkz. **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 331 ve özellikle dn. 1757. Yazarın görüşüne göre, borca katılmada aynı (tek) hukuki sebepten doğan borçlar söz konusu olduğu için, bunlar arasında hiçbir suretle/aşamada aslilik-ferilik ilintisi kurulamaz. Burada özellik arz eden ve katılanın borcunun sanki “ferî bir borç” gibi değerlendirilmesine yol açan husus, bizzat katılınacak ilk borcun geçerli olarak varlığının, buna sonradan katılan kişinin borcunun geçerliliği bakımından da bir zorunluluk teşkil etmesinden ileri gelir.

¹⁰² **Özen**, Kefalet (2014), s. 10; **Tandoğan**, s. 702; **Reisoğlu**, s. 109.

¹⁰³ **Özen**, Kefalet (2014), s. 51; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 609. Farklı görüşte bkz. **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 371; **Demir**, s. 108.

IV. Mevcut Durumda TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603 Hükümleri Arasındaki İlişki ve Etkileşim Nasıl Değerlendirilmelidir?

1. Genel Olarak

TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603 hükümlerinden her birinin genel plandaki, kendi öznel getirilerini yukarıda belirttik. Peki, bu hükümlerin birbirleriyle olan ilişkisi ve etkileşimini nasıl değerlendirilmek en uygunu olacaktır? Bilindiği üzere birbiriyle ilişki içinde olabilecek aynı normlar hiyerarşisi sırasındaki iki hukuk kuralı (örneğin somut durumdaki gibi aynı seviyede bulunan iki ayrı kanunda yer alan kurallar) bazen hiçbiri birbirinden etkilenmeden yani çatışmadan yan yana var olabilir; böyle bir durumda bu kurallar birbirlerini tamamlayıcı özellik gösterirler. Bazı diğer durumlarda ise, bu tarzda iki kuralın getirileri birbirleriyle kesişebilir ve içerdikleri farklılıklar bir zıtlama ve çatışma oluşabilir. Bu noktada hangi kuralın veya diğer bir ifadeyle hangi kanun hükmünün önceliğe sahip olduğunun tespit edilmesi gerekir¹⁰⁴.

Maalesef TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603 hükümleri birbirlerinin etki çeperlerine değmeksizin tam olarak yan yana var olabilen hükümler değildir; dolayısıyla bunların özellikle çatışma halinde oldukları kısım

¹⁰⁴ Bu konuda bazı temel ilkeler yapılacak tespitte yardımcı olabilir. Söz konusu temel ilkelerden ilki önceki hüküm – sonraki hüküm’e ilişkindir. Buna göre aynı zaman dilimi içinde yürürlükte bulunan iki ayrı hüküm, aynı olay için uygulama alanı bulurken, farklı ve birbirleriyle çatışma gösteren hükümler içerirlerse en son yürürlüğe giren hüküm öncelikli uygulama alanına sahiptir, bir diğer ifadeyle diğerini (yani öncekini) dışlar ve engeller (*Lex posterioris derogat legi priori*). Bir diğer temel ilke, özel hüküm – genel hüküm’e ilişkindir. Buna göre, mahiyeti itibariyle herkese veya her olaya uygulanması gereken hükümler, genel hükümler olarak anılmakta, buna karşılık sadece kapsamı belirlenmiş özel olaylara uygulanacak hükümlere özel hükümler denilmektedir. Kural olarak özel hüküm genel hükme göre öncelikli uygulama alanına sahiptir, yani genel hüküm dışlar ve engeller (*Lex specialis derogat legi generali*). Bununla birlikte, kimi zaman da bu iki ilkenin birlikte ele alınması (kombine edilmesi) ve daha farklı sonuçlara ulaşılması gerekebilir (Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Çağa, Tahir**, “*Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?*”, TBB Dergisi, Yıl: 1991, S.3, s. 366-375, s. 366 vd.; **Serozan**, s. 180 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 82-83).

Konuya TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603 özelinde değinilecek olursa, hemen belirtilmelidir ki, gerek TTK gerekse de TBK aynı gün yürürlüğe girdiklerinden (bu konuda bkz. TTK m. 1534, TBK m. 648) ilgili hükümler arasında bu şekilde (önceki hüküm – sonraki hüküm) bir ilinti kurulabilmesi söz konusu olmaz. Yine söz konusu hükümler arasında, genel hüküm – özel hüküm ilintisinin kurulabilip kurulamayacağı ise, aşağıda (IV) ve akabinde (V) bölümleri altında ayrıntılarıyla değerlendirilecektir.

tespit edilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Esas itibarıyla söz konusu hükümler arasındaki çatışma, TBK m. 583 ve 603'ün -genel olarak- müteselsil kefalet (ve müteselsil birlikte kefalet) ve -gerçek kişilerin teminat veren konumunda oldukları- teminat amacıyla müteselsil borçluluk (ve borca katılma) bakımından getirdikleri nitelikli yazılı şekil kuralından ileri gelmektedir. Eğer bu anılan geçerlilik şekli kurallarına öncelik verilirse, bir karine kuralı getiren TTK m. 7'nin uygulanabilmesi zorlaşmakta ve kapsamı daraltılmakta, dolayısıyla bu son hüküm bir bakıma işlevsizleşmektedir.

Yalnız asıl tartışma¹⁰⁵ yaratan bu noktaya geçilmeden belirtilmelidir ki, TBK m. 583 ve 603'ün kefalet ve teminat amaçlı müteselsil borçluluk (ve borca katılma) bakımından getirdikleri genel nitelikteki geçerlilik şekli zorunlulukları, TTK m. 7'den ayrı olarak, ticari işlerden doğan borçlar özelinde söz konusu olan (teminat amaçlı) birlikte borçlanma ve kefaletlerde de aynen geçerli olacaktır¹⁰⁶. Yani somutlaştırılıp detaylandırılacak olursa;

¹⁰⁵ Öğretide tartışmanın asıl odaklandığı nokta, TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisidir; dolayısıyla yapılan araştırma kapsamında TBK m. 603 ve TTK m. 7 f.1 ilişkisine dair herhangi bir tartışmanın yapıldığına rastlanmamıştır. Bununla birlikte bahsi geçen ikinci konu, ilkiyle gösterdiği benzerlik, koşutluk ve yakın ilgi nedeniyle, onunla birlikte ele alınmaya ve çözümlenmeye muhtaçtır. Ayrıca TBK m. 583'le ilgili değerlendirme, ister istemez TBK m. 603 bakımından alınacak tavrı da ortaya koyacaktır. Bu bağlamda burada ve daha sonra aşağıda verilecek açıklamalarda TTK m. 7 karşısında bu iki hüküm hep birlikte ele alınacaktır.

¹⁰⁶ Aynı şeyler, kefaletin geçerliliği bakımından aranan genel nitelikli kefilin ehliyet koşulu (bkz. TMK m. 449) ve -kısmen- evli kişilerin kefil olabilmesi için aranan eşin rızası koşulu (TBK m. 584 f.1) için de geçerlidir. Buna göre bir defa, söz konusu olan ticari işler olduğunda dahi, her durumda ancak tam ehliyetli olanlar kefil olabilir. Kefil olacak evli kişilerin eşlerinin izninin alınması bakımından ise TBK m. 584 f.3 ayrık kuralı da gözetilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Öyle ki bu son fıkra çerçevesinde, evli kişilerin kefil olabilmesi bakımından getirilen eşin rızası (izni) gerekliliği "ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredisi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredisi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için" aranmayacaktır. Dolayısıyla evli bir kişinin eşinin rızası (izni), yalnızca bu son anılan istisna hükmünün

- **TBK m. 583'e göre**, her durumda kefalet sözleşmesinin genel olarak adi yazılı şekilde yapılması, nitelikli yazılı şeklin öngörüldüğü kefalet sorumluluğunun azami miktarının ve kefalet tarihinin kefilin el yazısı ile yazılmış olması gerekir. Aksi takdirde, yapılan işlem bütünüyle geçersiz (ağırlıklı görüşe göre kesin hükümsüz¹⁰⁷) olur. Diğer bir ifadeyle, aşağıda yer verilecek görüşler bağlamında, TTK m. 7'nin TBK m. 583'e göre üstünlük arz ettiği görüşünün kabul edildiği olasılıkta dahi, TBK m. 583'ün burada sözünü ettiğimiz genel getirisi her durumda, bu ilişkinin/etkileşimin dışında ve ondan bağımsız olarak uygulama alanı bulacaktır. Sonuçta, TTK m. 7 f.2 sadece -bir karine kuralıyla, aksi de kararlaştırılabilir veya ispat edilebilir şekilde- kefaletin (ve birlikte kefaletin) “*müteselsil*” olarak kabul edilmesi konusu özelinde hüküm sevk etmektedir. Yoksa madde, ticari işlerden doğan borçlara kefalette (ve birlikte kefalette) genel bir “*şekil muafiyeti*” düzenlemesi içermemektedir.
- **TBK m. 603 bakımından** da benzer şeyler söylenebilir, bir defa teminat amacıyla müteselsil borçluluğa (ve borca katılmaya) ilişkin birlikte borçlu irade beyanının genel olarak adi yazılı şekilde düzenlenmesi, yukarıda¹⁰⁸ kabul ettiğimiz görüş kapsamında müteselsil olarak borç altına girilen tarihin

kapsam dışında kalan ticari işlerden doğan borçlara verdiği kefalet teminatı bakımından zorunludur.

İbre, TBK m. 603'ün teminat amaçlı müteselsil borçluluk (ve borca katılma) bakımından getirisine doğru çevrildiğinde de, -büyük oranda- kefalet açısından söylenene benzer şeyler söylenebilecektir. Sonuçta, TBK m. 603, şekil dışında ehliyet ve eşin rızası konularında da genel bir yollamada bulunmuştur. Buna göre yine yalnızca tam ehliyetli olanlar bu türden işlemleri yapabilirler. Eşin rızası bakımından ise, eğer TBK m. 584 f.3'ün getirdiği istisnanın buraya da “*uyarlanarak*” uygulanması gereği kabul edilirse, yapılacak açıklamalar yukarıdaki paragraftakiyle birebir aynı olacak; yok eğer söz konusu istisnanın sadece kefaletleri ilgilendirdiği ve TBK m. 603'ün eşin rızası yaptığı yollamanın esas itibarıyla genel kuralı koyan TBK m. 584 f.1 ve f.2 ile sınırlı olduğu kabul edilecek olursa, ticari işlerden doğan borçlar için sağlanan teminat amacıyla müteselsil borçluluk (ve borca katılma) teminatları bakımından her durumda eşin rızasının aranacağı sonucuna ulaşılabacaktır.

¹⁰⁷ Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 307 vd.; **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 157; **Eren**, Borçlar Genel, s. 289 vd.

¹⁰⁸ Bu konuda bkz. yukarıda (III,2) altındaki açıklamalarımız.

ve müteselsil borçluluk tutarının -teminat veren konumundaki-birlikte borçlunun el yazısı ile yazılması şarttır. Aksi takdirde, yapılan işlem, tıpkı kefalet bakımından olduğu gibi, bütünüyle geçersiz (ağırlıklı görüşe göre kesin hükümsüz¹⁰⁹) olur.

Diğer taraftan TTK m. 7'nin TBK m. 603 ile olan ilişkisi bağlamında şu hususa da özellikle değinilmelidir: TTK m. 7 f.1, “*teminat amacıyla*” olanların yanında “*olağan*” müteselsil borçluluk hallerini de kapsamına alan bir düzenleme getirmiştir; bu anlamda TBK m. 603 kapsamında var olduğunu iddia ettiğimiz şekilde bir ayrımı ihtiva etmemektedir. Oysa yukarıda¹¹⁰ da değinilmiş olduğu üzere, kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, “*olağan*” olan müteselsil borçluluk halleri zaten bütünüyle TBK m. 603'ün kapsamı dışında kalmaktadır. Söz konusu hallerde TTK m. 7 f.1 ise, doğrudan ve hiçbir şüphe gözetilmeksizin, tek başına uygulama alanı bulur.

Bir diğer nokta da şudur: Hatırlanacağı üzere, TTK m. 7 f.1'in uygulanması için genel kabul¹¹¹, ticari bir işten doğan borcun altına birden fazla kişinin “*aynı anda ve aynı işlemle*” girmesidir. Yani madde, bu kabul çerçevesinde, sonradan borca katılma olasılığında bir karine avantajı sunmamaktadır. Hiç şüphesiz borca katılma, zaten TBK m. 201 kapsamında müteselsil borçluluk meydana getirmektedir, ancak bu müteselsil borçluluğun geçerli olabilmesi -yine yukarıda kabul ettiğimiz görüş kapsamında¹¹²- TBK m. 603'teki geçerlilik şartlarının yerine getirilmesiyle mümkün olabilecektir.

Son olarak TBK m. 603'ün sadece gerçek kişileri ilgilendiren bir düzenleme olduğu da dikkatten kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla söz konusu olan tüzel kişiler olduğunda, ticari işler alanında gerek “*teminat amaçlı*” gerekse de “*olağan*” müteselsil borçluluk halleri bakımından amir olacak hüküm TTK m. 7 f.1 olacaktır.

¹⁰⁹ Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 307 vd.; **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 157; **Eren**, Borçlar Genel, s. 289 vd.

¹¹⁰ Bu konuda bkz. yukarıda (III,2) altındaki açıklamalarımız.

¹¹¹ Bu konuda bkz. yukarıda (II) altındaki açıklamalarımız.

¹¹² Bu konuda bkz. yukarıda (III,2) altındaki açıklamalarımız.

TTK m. 7 ve TBK m. 583, 603'ün asıl etkileşime girdikleri ve çatıştıkları nokta, “*müteselsil kefil (veya birlikte kefil) olma*” ve “*teminat amacıyla müteselsil borç altına girme (veya borca katılma)*”ya dair irade beyanının teminat verenin el yazısı ile ifade edilmesine ilişkin kısımdır. Bu noktada TTK m. 7'ye öncelik verilirse, böyle bir lüzum aranmayacak, bu anlamda söz konusu hüküm TBK m. 583, 603'ün bir istisnası olarak kabul edilecek; buna karşılık TBK m. 583, 603'e öncelik verilirse şekil düzenlemesi olduğu gibi uygulanacak ve TTK m. 7'nin uygulama sahası daralacaktır. Sözü geçen yaklaşımlar ve bu bağlamda ileri sürülen görüşler, aşağıda gerekçeleriyle birlikte ele alınmıştır¹¹³.

Yine bu görüşlere geçmeden hemen belirtmek gerekir ki, bu maddeler arasında kanun koyucu tarafından nasıl bir etkileşim meydana getirilmek istenildiği noktasında da, herhangi bir bilinçli tercih oluşturulmamıştır. Bu husus özellikle TTK m. 7'nin gerekçesinden de anlaşılabilir, nitekim gerekçede hiçbir suretle kefalet ve/veya kişisel teminat sözleşmeleri bakımından öngörülen geçerlilik şartlarına bir istisna yaratılmak istenilip istenilmediği hususuna yer verilmemiştir:

“Madde 7- Maddenin birinci fıkrasında kullanılan “müştereke” sözcüğü yanlış anlaşılmalara yol açtığı, özellikle kefaleti çağrıştırdığı için “birlikte” sözcüğü ile değiştirilmiştir. Ayrıca, metne “kanunda” sözcüğü eklenerek öğretilen bir eksiklik giderilmiştir,”¹¹⁴.

Aynı şekilde TBK m. 583'ün gerekçesine bakıldığında da, ticari işler alanında öngörülen şekil kuralı bakımından bir farklılaşmaya gidilmesi gerektiğinin sinyalini veren herhangi bir bulguya rastlanılmamaktadır:

¹¹³ Diğer taraftan öğretide kimi yazarlar, bu konuyu bir sorun başlığı dahi olarak ele almamış, konuyu bu yönde gözetmemişlerdir (Bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 79-80; **İnal**, s. 138-139). Esasen bu tavır, belki bir ihtimal, dolaylı olarak (örtülü bir anlamda) TTK m. 7'nin tek başına ve öncelikli uygulanabilirliğini destekleyici olarak da görülebilir.

Yine bazı diğer yazarlar ise, soruna işaret etmiş ancak herhangi bir çözüm önerisinde bulunmamışlardır (TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında olmak üzere bu şekilde bkz. **Arkan**, s. 70).

¹¹⁴ **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri**, Başlangıç, Madde 7, s. 3. Gerekçe metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> [Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016].

“Madde 583- Tasarının üç fıkradan oluşan 583 üncü maddesinde, kefalet sözleşmesinin şekli düzenlenmektedir. / 818 sayılı Borçlar Kanununun 484 üncü maddesinde kullanılan “muayyen bir miktar” şeklindeki ibare, Tasarıda “azamî miktar” şeklinde değiştirilmiştir. / Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına, kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın ve kefalet tarihinin sözleşmede belirtilmiş olmasına bağlanmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 484 üncü maddesinde yapılan düzenlemeden farklı olarak kefalet tarihinin de sözleşmede belirtilmesi, geçerlilik koşulu hâline getirilmiştir. Çünkü, Tasarının 589 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen hüküm uyarınca, kefil, sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadıkça borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. Belirtilen hükmün uygulanabilmesi ve Tasarının 600 üncü maddesinde öngörülen süreli kefaletin sonunun belirlenebilmesi bakımından, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihin sözleşmeden açıkça anlaşılması şarttır. / Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu cümlede, kefilin, kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğu hususlar açıklanmıştır. Buna göre, kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olduğu azamî miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise, müteselsil kefil sıfatının veya bu anlama gelen herhangi bir ifadenin yer alması gerekmektedir. / Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Buna göre, kefil, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verecekse ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunacaksa, aynı şekil koşullarına uymak zorundadır. Aynı fıkranın son cümlesinde tarafların, yazılı şekle uyarak, kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilecekleri öngörülmüştür. / Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 484 üncü maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin, kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılması da geçerlilik koşulu olarak kabul edilmiştir. / Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 493 üncü

maddesinin birinci, ikinci ve altıncı fıkraları göz önünde tutulmuştur,"¹¹⁵.

2. "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi (TTK m. 7), Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumdur," Görüşü

Bu görüşe göre, TTK m. 7, ticari işler bakımından TBK m. 583 ve 603'ün getirisinden bütünüyle sıyrılarak uygulanmalıdır. Bu anlamda TTK m. 7, ticari işler alanında TBK m. 583 ve 603'e göre görüş taraftarlarından bazılarına göre bir özel hüküm¹¹⁶ veya diğer bazılarına göre ise bir istisna¹¹⁷ hükmü ihtiva etmektedir. Görüş taraftarları, eğer belirttikleri türde bir kabulde bulunulmazsa, TTK m. 7 hükmünün büyük

¹¹⁵ **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gereçekleri**, Onbeşinci Bölüm, Kefalet Sözleşmesi, Madde 583, s. 236. Gerekeçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> [*Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016*].

¹¹⁶ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bu yönde bkz. **Baş**, s. 134; **Ayan**, s. 52; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1421. Aynı bağlamda, dolaylı olarak bu yönde değerlendirilebilecek açıklamaları için ayrıca bkz. **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 71.

Yine TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bu görüşü savunan **Gündüz'e** (s. 89) göre ise, genel olarak Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu'na göre özel bir kanun özelliği gösterir; bu nedenle de öncelikle uygulanması gerekir.

Ayrıca bkz. ve karş. **Aral/Ayrancı**, s. 485; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 714; **Eren**, Borçlar Özel, 788; **Zevkililer/Gökayla**, s. 700; **Uygur**, s. 2545. Yazarlar, müteselsil kefalet sözleşmesine ilişkin olarak verdikleri açıklamalarında anılan hükümler arasında açık olarak bir ilişki kurmamış, buna karşılık TTK m. 7 f.2'nin ticari işlerde müteselsil kefalet hükümlerinin uygulanmasını sağlayacağını kesin ifadelerle belirtmişlerdir.

Aşağıda (**IV,3**) altında yer vereceğimiz diğer görüşe katılan **Reisoğlu** (s. 35) da, TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında, TTK m. 7'nin ticari işler alanında varlık gösteren bir özel hüküm olduğunu kabul etmekte, ancak maddenin kendi içinde geçen "*kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe*" ifadesinden hareketle TBK m. 583'ün öncelikli uygulama kabiliyeti bulunduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bkz. aşağıda (**IV,3**) altındaki açıklamalarımız.

¹¹⁷ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bu yönde bkz. **Haznedar/Gürses**, s. 141.

Ayrıca bkz. ve karş. **Özen**, Kefalet (2014), s. 279 dn. 6, s. 317. Yazar, aynı eserinin bir önceki versiyonunda hemen aşağıda (**IV,3**) altında yer vereceğimiz ikinci görüşten yani TBK m. 583'ün üstün tutulması gerektiği görüşünden tavır almış (bu hususla ilgili olarak bkz. **Özen, Burak**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 260 dn. 578, s. 295), sonradan bu şekilde bir görüş değişikliğinde bulunmuştur. Aslında yazar, aşağıda (**IV,3**) altında yer vereceğimiz diğer görüşün gerekçelerini haklı bulduğunu belirtmekte, buna karşılık uygulamanın aksi yönde gelişeceği kanaatinde olduğunu iletmektedir.

oranda işlevsiz/anlamsız hale geleceğine işaret etmektedirler¹¹⁸. Yine görüş taraftarlarından bazıları, Alman Hukukundaki ticari işlerden doğan borçlar için verilen kefaletin herhangi bir şekilde uyulmadan yapılmasına olanak veren -kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin Alman Medeni Kanunu ("BGB") § 766'ya istisna oluşturan- Alman Ticaret Kanunu ("HGB") § 350 düzenlemesini örnek göstererek, ticari işler alanında böyle bir gerekliliğin bulunduğu da işaret etmektedirler¹¹⁹. Aynı yazarlara göre, ticaret hukukunun özel bir alanı düzenlemesi, süratli hareket etme ihtiyacı, kredi ilişkilerinin ve düzeninin korunması ihtiyaçları burada TBK m. 583'ün uygulanmasına engel olmalıdır¹²⁰.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında, TBK m. 583'e (veya 603'e) hiç değinilmeksizin TTK m. 7'nin -müteselsil kefalet sözleşmesi bağlamındaki 2. fıkrasının¹²¹- tek başına uygulandığı görülmektedir, ilgili bağlamda mahkemenin bu hükümleri dikkate almayan tavrından -açık olarak belirtilmese de- TTK m. 7'ye öncelik verdiği yorumu yapılabilir. Yüksek Mahkeme'nin aldığı bu tavra, aşağıda bu kararların ilgili kısımlarından örnekler verilmiştir:

*"Dava, davacı banka ile dava dışı şirket arasında akdedilen ve davalıların müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla imzaları bulunan genel kredi sözleşmeleri uyarınca kullanılan kredilere dair alacağın tahsili amacıyla başlatılan icra takibine vâki itirazın iptali istemine ilişkindir. / Takibe dayanak yapılan ve davalıların kefil olarak imzaladıkları genel kredi sözleşmesinin tarafı olan davacı banka ile dava dışı asıl borçlu *X* Ltd. Şti. tacirdir. / Müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla davaya konu genel kredi sözleşmesini imzalayan davalılar tacir olmasalar bile, tacirler arasındaki yetki sözleşmesi 6102 Sayılı TTK'nun 7. maddesinde öngörülen teselsül karinesi uyarınca davalıları bağlar. Bu durumda, mahkemece sözleşme uyarınca Ankara icra dairelerinin*

¹¹⁸ Baş, s. 134; Ayan, s. 52.

¹¹⁹ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bu yönde bkz. Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/ Nomer/Ertan, s. 71.

¹²⁰ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bu yönde bkz. Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/ Nomer/Ertan, s. 71.

¹²¹ TTK m. 7 f.1'in benzer uygulamasını içerir bir karara araştırmamız kapsamında rastlanmamıştır.

yetkili olduğu gözetilmeden, yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde davanın usulden reddi doğrudur,¹²².

“İhtiyati haciz talebi, genel kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacağa dayanmaktadır. *X* Ltd. Şti. olup, *Y* ile *Z* ise bu şirketin aldığı krediye müteselsil kefil olmuşlardır. / Talep eden banka ile karşı taraf asıl borçlu şirket arasındaki kredi sözleşmesi ticari nitelikteki genel kredi sözleşmesidir. Bir şirketin tüketici olarak kabulü Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan “tüketici” tanımına uygun düşmez. Öte yandan, 6102 sayılı TTK'nın 7/2. maddesi uyarınca ticari borçlara kefalet halinde ticari teselsül karinesi gereğince bu kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. O halde somut olay bakımından işin ticari niteliği gözetilerek işin esası hakkında inceleme yapıp bir karar verilmesi gerekirken yanlışlı gerekçelerle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir,¹²³.

Davalı, davacının alacağı temlik aldığı banka ile dava dışı *X* arasında düzenlenen banka genel kredi sözleşmesini kefil olarak imzalamıştır. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 Sayılı TTK'nun 7. maddesinde öngörülen ticari teselsül karinesi karşısında davalının kefaletinin müteselsil kefalet kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Bu durumda mahkemece somut olay bakımından davaya Tüketici Mahkemesi Sıfatıyla bakılmayacağı ve bu sebeple görev yönü gözetilmeden işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir,¹²⁴.

Görüşün kabulü halinde, TTK m. 7 öncelikle uygulama alanı bulacağından, TBK m. 583 ve 603'ün getirisi, gerek teminat amacıyla müteselsil borçlulukta (ve borca katılmada) gerekse de kefalet (ve birlikte kefalet) sözleşmelerinde salt iradi olarak teselsülün öngörüldüğü hallerde hasredilmiş olacaktır. Dolayısıyla ticari işlerde teselsül karinesi 6762 eTTK ve 818 sayılı eBK zamanında olduğu gibi tam anlamıyla uygulanabilir.

¹²² Yarg., 19. HD., E. 2015/17736, K. 2016/6115, T. 7.4.2016. (www.kazanci.com) [Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016].

¹²³ Yarg., 19. HD., E. 2015/478, K. 2015/11100, T. 16.9.2015. (www.kazanci.com) [Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016].

¹²⁴ Yarg., 19. HD., E. 2014/16022, K. 2015/3695, T. 17.3.2015. (www.kazanci.com) [Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016].

3. “Türk Borçlar Kanunu’yla Getirilen Geçerlilik Şekli Düzenlemeleri (TBK m. 583 ve 603), Ticari İşlerde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7) Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda Olmasına Engel Teşkil Eder,” Görüşü

Bu görüş uyarınca ise, her şeyden önce TBK m. 583 ve 603’ün geçerlilik şekli düzenlemeleri, buna karşılık TTK m. 7’nin ispat hukukuna ilişkin bir düzenleme olduğu dikkate alınmalı ve buna göre bir belirleme yapılmalıdır¹²⁵. Öyle ki, bu hükümlerin emredici mahiyette olma noktasındaki ağırlıkları ve özel koruma amaçları dikkate alındığında, TBK m. 583 ve 603’ün öncelikli uygulama alanına sahip olması gerektiği hususu izahtan varestedir¹²⁶. Yani bir diğer deyişle, salt olarak bir karine öngören ispat hukuku kuralı, koruyucu ve emredici nitelikteki bir geçerlilik şekli kuralını bertaraf edemez¹²⁷. Sonuçta TBK, en kapsamlı değişikliklerden bir kısmını kefalet alanında yapmış, kefaletin geçerlilik şeklini de kefilini korumak amacıyla ciddi şekilde değişikliğe tabi tutmuştur¹²⁸. Hatta bununla da yetinmemiş bir de gerçek kişilerin teminat veren oldukları kurguda TBK m. 603’ü sevk ederek, koruma çeperinin kapsamını daha da genişletmiştir. Burada TTK m. 7’nin üstün tutulması, kanun koyucunun sözü edilen amacıyla da doğrudan doğruya çelişki gösterecektir¹²⁹. Dolayısıyla her ne kadar TTK m. 7 bakımından teselsül kanundan kaynaklanıyor olsa da, TBK m. 583 ve 603 ticari işlerden - bizzat teminat sağlanması kapsamında- doğan birlikte borçluluk ilişkileri (teminat amacıyla müteselsil borçluluk ve borca katılma) ve ticari borçlara verilen kefalet (ve birlikte kefalet) teminatları bakımından da uygulanmalıdır. Pek tabii, eğer bahsi geçen şekil zorunluluğuna ilişkin doğrudan bir istisna öngörülmüş olsaydı durum farklı olurdu, ve fakat böyle bir şey söz konusu değildir¹³⁰.

Görüş taraftarlarından bazıları, TTK m. 7’deki “kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse” ifadesinden hareketle, TBK m. 583’ün

¹²⁵ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Acar**, s. 172.

¹²⁶ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Acar**, s. 172; **Gümüş**, Borçlar Hukuku, s. 388 ve özellikle dn. 2030; **Yıldırım**, s. 53.

¹²⁷ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Yıldırım**, s. 52-53.

¹²⁸ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Yıldırım**, s. 53.

¹²⁹ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Yıldırım**, s. 53.

¹³⁰ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Bilgen**, s. 134.

(ve 603'ün) hükmün uygulanmasına kanuni bir istisna oluşturduğunu belirtmektedir¹³¹.

Görüşün kabulü halinde, TTK m. 7, bir ölçüde ilk fıkrası, ama özellikle de ikinci fıkrası bakımından işlevsizleşen bir karine hükmü olarak kalacak; ancak sınırlı bir alanda uygulama alanı bulabilecektir.

V. Konuyla İlgili Olarak İleri Sürülen Farklı Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Ticari işlerde teselsül karinesinin tam anlamıyla uygulanabilir olup olmadığıyla alakalı farklı görüşler yukarıda ayrıntılarıyla ve gerekçeleriyle aktarıldı. Biz, bu konuda, ileri sürülen ikinci görüşe katılıyoruz ve dolayısıyla maddeler arasındaki etkileşimin de ilgili görüş kapsamında sözü edilen şekilde, yani TBK m. 583 ve 603'ün TTK m. 7'ye göre öncelikli olarak uygulanması yönünde değerlendirilmesi gerektiği kanaatini paylaşıyoruz. Diğer bir deyişle TTK m. 7'nin tam anlamıyla uygulanabilir durumda olmadığına dikkat çekmek istiyoruz.

Bu görüşü kabul etmemize temel teşkil eden gerekçeleri şöyle sıralayabiliriz:

- Öncelikle belirtilmelidir ki, TBK m. 583 ve 603 teminat verenleri koruma amacını güden geçerlilik şekli düzenlemeleri iken, TTK m. 7 sadece ispat hukukuna ilişkin bir karine düzenlemesidir. Şekle ilişkin düzenlemeler, emredici mahiyet ve kamu düzenine ilişkin özellik arz edip, doğrudan kişileri koruma amacı taşıırken¹³², karine düzenlemeleri sadece pratik açıdan yarar sağlamaya yöneliktir. Bu bakımdan bu düzenlemeler arasında ne genel hüküm – özel hüküm, ne de kural – istisna ilişkisi kurulabilir. Eğer TTK m. 7'nin herhangi

¹³¹ TBK m. 583 ve TTK m. 7 f.2 ilişkisi bağlamında bkz. **Reisoğlu**, s. 34-35; **Bilgen**, s. 134.

Ayrıca bkz. ve karşı. **Özen** (Kefalet (2014), s. 279 dn. 6, s. 316), her ne kadar uygulamanın yukarıda **(IV,2)** altında yer verdiğimiz diğer görüş çerçevesinde gelişeceği kanaatinde olsa da, aslında bağlı metinde geçen bu gerekçeyi de yerinde bulduğunu ayrıca belirtmektedir.

¹³² Gerçi kefalet bakımından durum daha farklıdır. Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin TBK m. 583 özel ve salt olarak kefilî korumaya yöneliktir (*keza bu kuralı -deyim yerindeyse- kişisel teminat sözleşmelerine genişleten TBK m. 603 de aynı şekilde sadece kişisel teminat veren gerçek kişileri korumayı hedef tutar*) ama buradaki kefilî koruma amacının da özünde bir şekilde, geniş anlamda kamu düzenini ilgilendirdiği söylenebilir. Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda **(III,1)** ve **(III,2)** altındaki açıklamalarımız.

bir düzenleme (veya düzenlemelere) göre özel hüküm sayılacağı veya istisna hükmü teşkil edeceği kabul edilecekse, bu düzenlemeler birlikte borçlulukta -aksi anlamından- kısmi borçluluğun asıl olacağını kabul eden TBK m. 161 ile kefalet teminatı verilmesinde adi kefaletin asıl olacağını kabul eden TBK m. 586 (ve birlikte kefalet halinde adi birlikte kefaletin asıl olacağını kabul eden TBK m. 587) düzenlemeleridir. Zira söz konusu düzenlemeler arasında ispat hukuku anlamında bir mantık koşutluğu bulunur, bu da anılan ilişkinin kurulabilmesine imkân verir.

- Bir an için bu durum göz ardı edilerek, TTK m. 7'nin lafzının ötesinde işlemin şekli konusunda da muafiyet sağlayıcı bir istisna düzenlemesi olarak kabul edilebilmesi ise yine mümkün olamaz. Zira bilindiği üzere, temel bir prensip olarak var olan istisnalar bile -kural olarak¹³³- dar yorumlanır (*singularia non sunt extendenda*), ki burada geçerlilik şekli konusunda kanunda yer almayan ciddi bir istisna “sıfırdan” yaratılmak, adeta “yoktan var edilmek” istenmektedir. Böyle bir çabanın sözü edilen ilke ile evleviyetle çeliştiği de ortadadır. Pek tabii, hiç şüphesiz, çok istisnai bazı durumlarda, çeşitli menfaatlerin korunabilmesi veya dengelenmesi için bu ilkedен de ödün verilebilir¹³⁴, benzer şekilde istisnası mevcut olmayan kurala “sıfırdan” bir istisna da öngörülebilir. Ancak somut inceleme konumuz bağlamında böyle bir farklılık meydana getirilmesini gerektirir haklı bir neden bulunmamaktadır. Sonuçta, sözü geçen şekil düzenlemelerinin (gerçek kişi tüzel kişi demeden) tüm kefilleri ve diğer (gerçek kişi) -kişisel- teminat verenleri koruyucu özelliği ve eski düzenlemeye oranla bilhassa farklılaştırılan yapısı gözetildiğinde, sadece pratik maksatlarla böyle bir çabaya girişilmesi pek de kabul edilebilir bir gerekçelendirme olarak görülemez. Zaten kanun koyucu, diğer teminat verenler bakımından olmasa da, kefalet verenler arasında gerçek kişi – tüzel kişi bile ayrımı bile yapmaksızın yeknesak bir şekil koruması (nitelikli yazılı şekil) sağlamak istemiş, bunu yaparken de, tüzel kişilerin belirli bir

¹³³ Bu konuda bkz. **Serozan**, s. 152.

¹³⁴ **Serozan**, s. 152.

organizasyon bütünlüğüne sahip bir yapı oluşturacakları, bu nedenle bu denli bir korumaya ihtiyaç duymayacakları düşüncesine bile itibar etmemiştir¹³⁵.

- Kaldı ki doğrudan TTK m. 7’de geçen, kanunda aksi yönde bir düzenleme bulunmadığı takdirde hükmün uygulanabilir olduğuna ilişkin kısım, düşüncemize ayrıca destek olur mahiyettedir; öyle ki bu tümce parçası TTK m. 7’nin TBK m. 583 ve 603’ün şekil düzenlemeleri karşısında -biz zaten kabul edemesek de- bir istisna olarak değerlendirilmesine doğrudan engel teşkil eder.
- Diğer taraftan aksi görüş taraftarlarından bazılarının TTK m. 7 hükmünün -kısmen- işlevsiz kalacağı için katıldıkları yönde bir yorum tarzını kabul ettikleri beyan etmeleri de, bizce kolaylıkla kabul edilebilir bir gerekçe değildir. Zira sadece belirli bir kanun hükmüne uygulama sahası yaratmak amacıyla, diğer hususlar da dikkate alınmaksızın hareket edilmesi uygun olmaz. Sonuçta herhangi bir yorum faaliyeti, yürürlükteki farklı hükümlere kıyasıya bir “uygulama sahası yaratmak” için değil, hakça, adaleli bir uygulama için yürütülmektedir.
- Son olarak aksi görüş taraftarlarından bazılarının göndermede bulunduğu Alman Hukukundaki HGB § 350’nin, ticari işler bakımından kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin BGB § 766’ye teşkil ettiği istisna hükmüne göz gezdirelim ve bu hükümler bağlamında hukukumuzla ne ölçüde paralellik kurulabileceğini denetleyelim. Belirtilmelidir ki söz konusu HGB § 350 hükmü, TTK m. 7’den farklı olarak ispat hukukuna ilişkin adi bir karine düzenlemesi oluşturmaz. Hüküm, bunun çok ötesinde ticari işlerden doğan borçlar için

¹³⁵ TBK m. 603 bakımından durum farklıdır, bu konuda bkz. yukarıda (III,2) altındaki açıklamalarımız. Böyle bir farklılığın yaratılması belki şöyle izah edilebilir: Kefalet dışındaki diğer kişisel teminat daha ağır bir yapıyı davet edeceklerinden tüzel kişiler bunlara karşı daha büyük bir özen ve dikkatle hareket ederler; kefalet ise daha yaygın ve bu ilk anılanlara göre olağan yapıda kişisel teminat oluşturur; dolayısıyla hafife alınıp göz ardı edilmesi daha büyük olasılıkla söz konusu olabilir. İşbu yaptığımız değerlendirme, “*Küçük şeylere ilişkin konular, her zaman daha ciddi bir değerlendirmenin konusu edilmelidir,*” yönündeki felsefi düşünceyle de koşutluk arz eder.

verilecek kefaletlerde, doğrudan doğruya kefaletin şekline ilişkin düzenlemeye (BGB § 766) bir istisna sevk etmekte, dolayısıyla işlemin şekli bakımından genel bir serbesti sağlamaktadır¹³⁶. Bu anlamda Alman kanun koyucusu, bu noktada şüpheye mahal vermeksizin davranarak, açık ve bilinçli bir istisna sevki düzenlemesinde bulunmuştur. Söz konusu düzenlemenin yapılaş mantığı, bizdeki durumla özdeşleştirilemez, yukarıda da belirtildiği üzere bizdeki durumda kanun koyucu bu durumu bilinçli olarak meydana getirmemiş veya şayet getirdiyse de ardında buna dair açık bir bulgu bırakmamıştır¹³⁷.

Sözün özü, durum böyleyken, yapılacak olan TBK m. 583 ve 603 düzenlemelerini öne çıkartmak ve bu suretle -her ne kadar karine kuralı kısmen işlevsizleşecek olsa da- TTK m. 7'ye göre öncelikli olarak uygulamaktır. Eğer bu noktada ticari işler alanında farklı bir ihtiyacın mutlak ve açık şekilde duyulması söz konusu ise, kanun koyucu harekete geçmeli ve anılan düzenlemelere doğrudan bir istisna düzenlemesi sevk etmelidir. Ancak böyle bir istisna düzenlemesi, TTK m. 7'deki teselsül karinesinin 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu dönemindeki (= eTTK m. 7) işlevselliğini geri kazandırabilir. Yoksa uygulamanın böyle açık bir hükmün eksikliğinde, aksi yöndeki (yukarıda değinilen ilk görüş çerçevesinde) yorum tarzı bağlamında gelişerek “kemikleşmesi”, düşüncemize göre andığımız gerekçeler bağlamında pek de uygun olarak kabul edilemez.

KAYNAKÇA

- Acar, Özlem**, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Ağca Toplandı, Pınar**, “*Teselsül Karinesi*”, TBB Dergisi, Yıl: 2010, S. 90, s. 379-394.
- Akıntürk, Turgut**, Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan**, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

¹³⁶ Bu konuda bkz. **Schmidt, Karsten**, §§343–354a HGB, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, 3. Aufl., §§ 343–406 HGB, Handelsgeschäfte, Verlag CH Beck / Verlag Franz Vahlen, München, 2013, § 350 HGB, N. 18.

¹³⁷ Bkz. yukarıda (IV,1) altındaki açıklamalarımız.

- Arkan, Sabih,** Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, BATİHAİE, Ankara, 2014.
Aslan, Yılmaz, Ticaret Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2014.
Ayan, Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Aydoğdu, Murat / Kahveci Nalan,** Türk Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, İleri Kitabevi, İzmir, 2013.
- Barlas, Nami,** “*Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Ed. M. Murat İnceoğlu, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 349-361.
- Baş, Ece,** “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*”, İÜHFİM, C. LXX, S. 2, Yıl: 2012, s.115-144.
- Bilgen, Mahmut,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Canyürek, Murat,** Mütelsel Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.
- Çağa, Tahir,** “*Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?*”, TBB Dergisi, Yıl: 1991, S.3, s. 366-375.
- Çelik, Ahmet,** Mütelsel Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Dağdelen, Ahmet Hakan,** 818 Sayılı ve 6098 Sayılı borçlar Kanunu’nda Borçlular Arası Teselsül, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- Dalci Özdoğan, Nurcihan,** Mütelsel Sorumluluk (Özellikle TBK m. 61 ve m. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Demir, Şamil,** “*Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı*”, TBB Dergisi, 2013, S: 108, s. 88-122.
- Develioğlu, Hüseyin Murat,** İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. I, Yıl: 3, S. 1, 2004/1, s. 293-322.
- Domaniç, Hayri,** Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. (“*Borçlar Genel*”)
- Eren, Fikret,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014. (“*Borçlar Özel*”)
- Gümüş, Alper,** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu Şerhi, Cilt 1, Madde 1-46, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. (“*Tüketici Hukuku*”)
- Gümüş, Alper,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. (“*Borçlar Hukuku*”)
- Günay, Cevdet İlhan,** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Gündüz, Deren Ş.,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Haznedar, İbrahim Murat / Gürses,** “*Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler*”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Yıl 2012, s. 135-167.

- İmregün, Oğuz,** Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıklar – Kıymetli Evrak), 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- İnal, Tamer,** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ve Yenilenen Diğer Mevzuata Göre Hazırlanmış Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Kapancı, Kadir Berk,** "Türk Borçlar Kanunu'nun 14. maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 1, 2012, s. 403-430. ("Şekil")
- Kapancı, Kadir Berk,** Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. ("Birlikte Borçluluk")
- Kapancı, Kadir Berk,** Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012. ("Ayıp ve Garanti")
- Kılıçoğlu, Ahmet,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre), Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- Kuntalp, Erden / Barlas, Nami / Ayanoğlu Morali, Ahu / Çavuşoğlu Işintan, Pelin / Yaşar, Mert / Koç, Sedef,** Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- Meier, Philippe,** Art. 492-512 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529, Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003. ("CoRo.")
- Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami,** Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. ("C. I")
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. ("C. II")
- Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm (çev. Ferid Ayiter),** İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Art. 110-183 OR, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1950. ("ZürKom.")
- Önder, Fahrettin / Özkul, Burcu,** "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence: Adı Kefalet Sözleşmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2013, C.18, S.3, s. 25-46.
- Özen, Burak,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. ("Kefalet (2012)")
- Özen, Burak,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. ("Kefalet (2014)")

- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre, Medeni Usûl Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi,** Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Reisoğlu, Seza,** Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013.
- Romy, Isabelle, Art.** 143-150 CO, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529, Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003. (“*CoRo.*”)
- Schmidt, Karsten,** §§343–354a HGB, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, 3. Aufl., §§ 343–406 HGB, Handelsgeschäfte, Verlag CH Beck / Verlag Franz Vahlen, München, 2013. (“*MünKom.*”)
- Serozan, Rona,** Medeni Hukuk, Genel Bölüm – Kişiler Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Tandoğan, Halûk,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 4. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi,** “*Ticari İşlerde Teselsül Karinesi*”, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları N. 197, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964, s. 509-518.
- Uygur, Turgut,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, m. 237-649, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsün,** Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak,** Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Yavuz, Nihat,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 2, m. 339-649, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. (“*Şerh*”)
- Yavuz, Nihat,** Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009. (“*Kefalet*”)
- Yener, Mehmet Deniz,** “*6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler*”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt 7, Sayı 13, Temmuz 2015, s. 409-436.
- Yıldırım, Efecan, Birlikte** Kefalet, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- Zevkililer, Aydın / Gökyayla, Emre,** Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com. [Son Erişim Tarihi: 20 Kasım 2016]

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NA GÖRE MEŞRU MÜDAFAA HAKKI

Ulaş KARADAĞ*

Özet

Uluslararası hukukta kuvvet kullanımına dair en önemli tartışma meşru müdafaa hakkının kullanımı ile ilgilidir. Meşru müdafaa hakkı her ne kadar Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 51. Maddesinde düzenlenmişse de *silahlı saldırının* tanımına, *önleyici meşru müdafaa* kavramına ve dolayısıyla da kuvvet kullanımı içeren somut olaylar ve antlaşmayla düzenlenen meşru müdafaa hakkı arasındaki ilişkiye dair farklı yorumlar getirilebilmektedir. Makale bu bağlamda 51. Maddedeki düzenlemeyi incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: kuvvet kullanımı, meşru müdafaa hakkı, silahlı saldırı, önleyici meşru müdafaa, Reagan doktrini, Bush doktrini.

THE RIGHT OF SELF-DEFENSE IN CHARTER OF THE UNITED NATIONS

Abstract

The most distinctive debate about use of force in international law is related to the right of self-defense. Although the right of self-defence has been arranged by Article 51 of UN Charter, there are different approaches and interpretations regarding definition of *armed attack*, the concept of *preventive self-defense* and also the relationship between the right of self-defense which included in the Charter and concrete cases which include use of force. In this context the study aims to analyse Article 51.

Keywords: use of force, the right of self-defense, armed attack, preventive self-defense, Reagan doctrine, Bush doctrine.

GİRİŞ

Uluslararası hukukta münferiden kuvvet kullanımına dair en önemli tartışma meşru müdafaa hakkının kullanımına dairdir. Bu tartışmanın içeriğini ise devletlerin BM'nin ilgili organının yetkisi olmaksızın kuvvet kullanmalarının uluslararası hukuka uygun olup olmadığı sorusu belirler. BM antlaşmasının kabulünden bu yana on yıllar geçmesine rağmen, sorun tam olarak netliğe kavuşturulamadığı gibi, tartışmaların ve düzenlemenin aksi yönündeki fikirlerin sayısının arttığı gözlemlenmektedir¹. Özellikle

* İnönü Üniversitesi Huk. Fak. Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Sertaç Başeren, *Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Basım Evi, 2003, s. 1.

uluslararası siyasi konjonktür göz önüne alınırsa, meşru müdafaa tartışmalarının daha uzun yıllar süreceği ve bu konunun uzunca bir süre daha güncelliğini koruyacağı rahatlıkla söylenebilir. Konuyla ilgili kritik bir önem taşıyan silahlı saldırı kavramının, gelişen teknolojinin etkisiyle de farklı yorumlara tabi olması meşru müdafaa olduğu iddia edilen eylemleri bütünüyle tartışmaya açmaktadır. Güçlü devletlerin, özellikle de ABD'nin, küresel düzeydeki siyasi amaçlarının dış siyaset eliyle gerçekleştirilmeye çalışılması² kuşkusuz bu eylemlerin hukukiliği sorununu da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda uluslararası hukukta, o veya bu devletin hegemonya mücadelesine eklenilebilen bir anlayışın karşısında adil ve gerçekten hukuki bir dönüşümün sağlanabilmesi açısından meşru müdafaa hakkının üzerinde çalışılması gereken bir konu olduğu rahatlıkla söylenebilir.

BM antlaşmasında yer alan açık düzenleme yapılmadan önce meşru müdafaa, özellikle de Briand - Kellog Paktı (1928) imzalanana kadar ki dönemde, savaş egemenlik hakları arasında yer aldığından, “varlığını koruma”, “zorunluluk hali” gibi kavramlarla bir arada değerlendiriliyordu³. Nitekim İlhan Akipek'in de belirttiği gibi “meşru müdafaa problemi, harbin meşruiyeti problemine sıkı sıkıya bağlıdır”⁴. Devletlerin, kuvvet kullanımına keyfi olarak başvurmaları (ya da en azından öyle görünmek) istememeleri sonucunda; varlığını koruma (*self protection, self preservation*), meşru müdafaa, zorunluluk hali, hayati çıkarların korunması, hakların ihlali gibi iddialara dayanarak savaşa başvurmaları ve bu hususlarda açık düzenlemelerin olmayışı, ilgili örf ve adet hukuk kurallarını karmaşık bir hale getirmiştir⁵. Briand - Kellog Paktı bu noktada, BM antlaşması yapılmadan önce kuvvet kullanımına dair net bir sınırlama getirmektedir. Paktın 1. Maddesinde şöyle denmektedir:

“Yüksek Âkit taraflar milletlerarası uyuşmazlıkların çözümü için savaşa başvurmayı red ve takbih ettiklerini ve birbirleriyle

² Farklı bağlamlar üzerinden bu konu üzerine yoğunlaşan bir yayın için ayrıca bkz. Cihan Aksan & Jon Bailes (Haz) *Güçlünün Silahı: Amerikan Devlet Terörü Üzerine Söyleşiler*, İstanbul: Metis Yayınları, 2014.

³ Başeren, s. 22.

⁴ İlhan Akipek, *Devletlerarası Hukuk Bakımından Meşru Müdafaanın Mahiyeti Ve Benzeri Müesseselerden Farkı*, Ankara: Son Havadis Matbaası, 1955, s. 18.

⁵ Başeren, s. 21.

ilişkilerinde savaşı milli siyasetin bir aracı olarak görmekten vazgeçtiklerini milletleri adına resmi surette beyan ederler”⁶.

Paktın 2. Maddesinde ise “Yüksek Âkit Taraflar, mahiyeti ve kaynağı ne olursa olsun, aralarında ortaya çıkabilecek bütün uyuşmazlıkların veya ayrılıkların hiçbir surette barışçı araçlar dışında çözümlenmeye veya giderilmeye çalışılmayacağı konusunda mutabıktırlar” denilerek, taraflara açıkça uyuşmazlıkların çözümünün barışçıl yollarla gerçekleştirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir⁷. Öyleyse Briand - Kellog Paktı, kuvvet kullanma yasağı bağlamında BM Antlaşmasından önceki en önemli gelişmedir ve bu nedenle de 1945’e kadar sözleşmede ifade edilen yükümlülüklerle birçok atıfta bulunulmuştur⁸.

Fakat bu dönem için göz önüne alınması gereken bir diğer durum, Briand - Kellog Paktı’nın kuvvet kullanımına dair bir yasak getirmesine rağmen, devletlerin özellikle meşru müdafaa ile ilgili güçlü çekinceler ileri sürmeleridir⁹. Pakt öncesindeki diplomatik yazışmalarda aslında meşru müdafaa hakkı çekince olarak öne sürülmüş ve devletlerin uygulamalarına bakıldığında 1929-1939 arasında, meşru müdafaa hakkı bir devletin kendisine karşı kuvvet kullanılmasına ya da tehdidine karşı reaksiyon olarak anlaşılmıştır¹⁰. Nitekim bu dönemde, daha öncesinde de olduğu gibi, meşru müdafaa hakkının varlığını koruma hakkı gibi bir hakla özdeşleştirilmesi Briand - Kellog Paktı’nın varlığı sebebiyle hukuki olamazdı. Dolayısıyla 1929-1939 arasındaki dönemde, meşru müdafaa devletin kendisine karşı kuvvet kullanılmasına ya da tehdidine karşı reaksiyon olarak anlaşılması, devlet uygulamalarıyla da desteklenmiştir¹¹.

I. BM ANTLAŞMASI’NDA MEŞRU MÜDAFAA HAKKI

1.1. BM ANTLAŞMASI’NDA KUVVET KULLANMA YASAĞI

1945’ten günümüze kadar ulaşan zaman dilimi için söyleyecek olursak, uluslararası hukukta kuvvet kullanımına dair getirilen en temel

⁶ Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 105.

⁷ Gündüz, s. 105.

⁸ Başeren, s. 29. Bununla birlikte söz konusu kuvvet kullanma yasağının etkisini azaltmak ya da sınırlamak için ileri sürülen görüşler için bkz Başeren, s. 28.

⁹ Bu çekincelerle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Başeren, s. 39 vd.

¹⁰ Başeren, s. 44.

¹¹ Başeren, s. 46.

düzenleme BM Antlaşması'nda yer almaktadır. Turgut Tarhanlı'nın ifadeleriyle;

“Birleşmiş Milletler düzeninde devletler, Milletler Cemiyeti düzeninden farklı olarak, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçlarıyla bağdaşmayacak şekilde herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Bunun tek istisnası, meşru müdafaa durumudur ve devletler bakımından ‘doğal bir hak’ olarak nitelenir”¹².

Gerçekten de Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 2/4'te şu ifadeler yer almaktadır:

“Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletlerin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar”¹³.

M. 2/3'te ise yine aynı Briand - Kellog Paketi'nde olduğu gibi “Tüm üyeler, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarını uluslararası barış ve güvenliği ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek biçimde, barış yollarla çözerler”¹⁴ denilerek uyuşmazlıkların barışçıl bir biçimde çözülmesi yükümlülüğü getirilmiştir.

Böylece Briand - Kellog Paketi'nden sonra, İkinci Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkisi bütünlüklü bir sistem içinde yeni bir kuvvet kullanma yasağı düzenlemesini gerektirmiştir. Yukarıdaki madde ile ifade edilmiş olan *jus cogens* kuralı kuvvet kullanma yasağının tek istisnası ise BM Antlaşması'nın “Barışın Tehdidi, Bozulması Ve Saldırma Fiili Halinde Yapılacak Hareket” başlıklı yedinci bölüm m. 51'deki meşru müdafaa hakkıdır.

1.2. M. 51: MEŞRU MÜDAFAA HAKKI

BM Antlaşması'nın 51. Maddesindeki düzenlemede şöyle söylenmektedir:

¹² Turgut Tarhanlı, *Kuvvet Kullanma, Meşruiyet Ve Hukuk*, (Erişim Tarihi: 30.11.2016). http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg20/ttarhanli.pdf

¹³ Gündüz, s. 110.

¹⁴ Gündüz, s. 110.

“Bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler Üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel veya ortak müdafaa hakkına hanel getirmez. Üyelerin bu meşru müdafaa hakkını kullanırken aldıkları önlemler derhal Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez”¹⁵.

Görüleceği gibi 51. Maddede düzenlenen eylemin meşru müdafaa sayılabilmesi için bir takım şartların söz konusu eylemde bulunması gerekmektedir. Bunların ilki, silahlı bir saldırının varlığıdır. Devletlerin kendilerine karşı yönelmiş silahlı bir saldırı var olmaksızın kuvvet kullanmaları BM antlaşmasına göre meşru müdafaa olarak tanımlanamamaktadır. İkincisi ise görüldüğü gibi, söz konusu tedbirlerin Güvenlik Konseyi'ne bildirilmesi gerekliliği ve Güvenlik Konseyi'nin gerekli tedbirleri almasına kadar geçen zamanla meşru müdafaa hakkının sınırlandırılmasıdır. Üçüncü, aslında bir şart değil de niteleme olan husus ise, meşru müdafaa hakkının tabii hak olarak sunulmasıdır. Öyleyse bu unsurları tek tek incelemek yerinde olacaktır.

1.2.1. SİLAHLI SALDIRI

Meşru müdafaa hakkının ön şartı, ortada meşru müdafaa hakkının kullandığını iddia eden devlete yönelmiş bir silahlı saldırının varlığını gerektirir. Diğer bir deyişle, meşru müdafaa eylemiyle savunma hakkını kullanan devletin, bu eylemini meşrulaştıracak silahlı bir saldırının olması gerekmektedir. Bu noktada tartışma olan husus, “silahlı saldırı” kavramının açıkça tanımlanmamasından kaynaklanmaktadır. Bu durum hangi eylemlerin silahlı saldırı olarak değerlendirilecekleri noktasında belirsizlik yaratabilmektedir. BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1974 tarih ve A/3314 sayılı “Saldırının Tanımı” kararında yer alan hüküm bu konuyla ilgili atıfta bulunulan önemli kaynaklardır. Bu karara göre aşağıda sayılan fiiller saldırı niteliğinde olan fiillerdir:

¹⁵ Gündüz, s. 118.

“a- Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istila etmesi veya ona hücum etmesi veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istiladan veya hücumdan ileri gelen herhangi bir askeri işgal veya kuvvet yoluyla başka bir Devletin ülkesinin veya bir bölümünün ilhaki;

b- Bir devletin silahlı kuvvetlerinin, başka bir Devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir Devletin diğer bir devletin ülkesine karşı herhangi bir şekilde silah kullanması;

c- Bir Devletin liman veya kıyılarının diğer bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması;

d- Bir Devletin silahlı kuvvetleriyle başka bir Devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz veya hava filolarına saldırması;

e- Bir Devletin başka bir Devlette sonuncusuyla yapılan bir anlaşmaya göre bulunan silahlı kuvvetlerinin o anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı bir şekilde kullanılması veya bu silahlı kuvvetlerinin varlığının bu ülkede anlaşmanın sona ermesinden sonra da sürdürülmesi;

f- Ülkesini başka bir Devletin emrine veren bir Devletin, ülkesinin o Devlet tarafından üçüncü bir Devlete karşı saldırı amacıyla kullanılmasına izin vermesi;

g- Bir Devlet tarafından veya bir Devlet adına diğer bir devlete karşı yukarıda listesi verilen fiillere varan veya o ölçekte olan silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde karışılması (müdahil olunması)”¹⁶.

Bu saldırı biçimlerinden ilk beşi doğrudan kuvvet kullanımının, son ikisi ise dolaylı saldırının örneklerini oluşturmaktadır¹⁷. Her ne kadar aynı kararın 4. Maddesinde burada sayılan fiillerin tüketici olmadığı belirtilse de, sayılan saldırı tanımları büyük önem taşımaktadır.

Ayrıca, Uluslararası Adalet Divanı'nın 27 Haziran *Nicaragua* kararında (*Case Concerning The Military and The Para-Military Activities In and Against Nicaragua*) bir devletin başka bir devlette eylem

¹⁶ Gündüz, ss. 141-2.

¹⁷ Fatma Taşdemir, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*, Ankara: USAK, 2006, s. 144.

gerçekleştiren silahlı gruplara silah, lojistik veya başka türlü destekler sağlanmasının silahlı saldırıyla eş değer olmayacağı belirtilmiştir¹⁸.

Silahlı saldırı unsurunun bir diğer boyutuna göre ise hukuken meşru müdafaa sayılacak olan müdahalenin silahlı saldırıyı ve saldırganı (*armed attacker*) hedef alması gerekmektedir¹⁹. Ek olarak müdahalenin gelecek saldırıları da önleme amacı taşıması gerektiği söylenebilir²⁰.

Tüm bunlarla birlikte son zamanlarda ilgi çekici bir tartışmanın gerçekleştiğine de değinmemiz gerekiyor. Söz konusu tartışma siber saldırı (*cyber-attack*), bilgisayar ağı saldırısı (*computer network attack*) gibi kavramlar ve bunların 51. Maddedeki silahlı saldırı unsuru altında değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri noktasında gerçekleşmektedir. Hukukun uluslararası alanda güce başvurmayı, planlanabilir siber stratejileri hesaba katmadan düzenlediği görüşü buradaki temel sorulardan birini ifade etmektedir²¹.

1.2.2. GÜVENLİK KONSEYİ

BM Antlaşması m. 51 gereğince meşru müdafaa halinde tedbirlere başvuran devletin aldığı bu tedbirlerin derhal Güvenlik Konseyi'ne bildirilmesi gereklidir. Bu gerekliliğin ilk amacı “BM'nin bunların yerine alacağı kolektif tedbirleri olabildiğince çabuk almasını sağlamaktır”²².

Bununla birlikte maddeden çıkarılabilecek bir diğer husus, meşru müdafaa hakkının BM uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gereken kolektif tedbirleri aldığı anda meşru müdafaa hakkının sonra ereceğidir. Diğer bir deyişle, meşru müdafaa BM'nin gerekli tedbirleri almasına kadar geçen zamanla sınırlanmış durumdadır.

BM'nin aldığı tedbirlerin meşru müdafaa hakkını kullanan devletin mağduriyetini giderecek ölçüde olması gerekir. Bu bağlamda BM'nin

¹⁸ Sözü edilen karar için bkz.

<http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&code=nus&p1=3&p2=3&case=70&k=66&p3=5>.
Yine bu görüşün eleştirisiyle ilgili daha fazla bilgi için bkz. Taşdemir, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*, s. 149.

¹⁹ Mary Ellen O'Connel, “American Exceptionalism And The International Law Of Self-Defense”, *Denver Journal Of International Law And Policy*, Issue 1, Fall 2012, s. 45.

²⁰ O'Connel, s. 45.

²¹ Sean Watts, “Low-Intensity Computer Network Attack And Self-Defense”, *International Law Studies Series*, US Naval War College, Vol. 87, 2011, s. 75.

²² Başeren, s. 139.

meşru müdafaa hakkına son verecek olan tedbirlerinin²³ niteliği Sertaç Başeren'in ifadeleriyle şu şekilde özetlenebilir:

“meşru müdafaa hakkının amaçlarının silahlı saldırıyı savuşturmak, öncelikle saldırganı mağdur devletin ülkesinden çıkartmak ve tekrar kullanmasını ya da tehdidine başvurmasını önlemek olduğu hatırlanırsa, bu hakka son verecek olan kolektif tedbirlerin niteliği daha iyi tasavvur edilebilir”²⁴.

1.2.3. DOĞAL HAK VE M. 51 İLE ÖRF-ADET HUKUKUNDAKİ MEŞRU MÜDAFAA ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bir koşul olmaktan çok açıklayıcı bir ibare olarak 51. Maddede yer alan “doğal hak” kavramı esasen meşru müdafaa hakkının aynı zamanda bir örf ve adet hukuku kuralı olarak da kabul edilmesi anlamına gelir. Burada örf ve adet hukukundaki meşru müdafaa kavramı ile m. 51'deki düzenleme arasındaki ilişki üzerine doktrinde farklı yorumlar yapılmıştır²⁵. Fakat burada bu konuyla ilgili sadece Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nicaragua* davasında ifade ettiği görüşe yer verilecektir. UAD'ın bu iki grup kuralın birbirinden farklı olduğunu ispat etmek için öne sürdüğü fikirleri Sertaç Başeren üç grupta toplamıştır²⁶.

Bunlardan ilki, doğal hak kavramına yapılan vurgudan hareketle, m. 51'de örf ve adet hukukuna işaret edilmesidir. İkinci olarak oranlılık ilkesine m. 51'deki düzenlemede yer verilmediği söylenmiştir. Üçünü olarak ise yine silahlı saldırının tanımına yer verilmediği belirtilmiştir. Dolayısıyla, m. 51'deki düzenleme ile örf ve adet hukuku kuralları aynı konumda değildir. Yine de BM Antlaşmasında doğal meşru müdafaa hakkından söz edilmesiyle, “BM Antlaşması'nı hazırlayanlar, meşru müdafaa'nın hiç değilse esasen saklı tutmayı arzu ettikleri daha önceden mevcut örfi nitelikte bir hak olduğunu teslim etmişlerdir”²⁷.

1.2.4. ZAMAN BAĞLANTISI VE ORANLILIK

BM Antlaşması'nın 51. Maddesindeki düzenlemede yer almasa da meşru müdafaa'dan söz edebilmek için, meşru müdafaa'nın amacı doğrultusunda, silahlı saldırı ile meşru müdafaa tedbiri arasında bir zaman

²³ Bu tedbirlerle ilgili daha fazla bilgi için bkz. Başeren, s. 140.

²⁴ Başeren, ss. 143-144.

²⁵ Başeren, s. 113.

²⁶ Başeren, s. 118.

²⁷ Başeren, s. 118.

bağının bulunması gerekir. Bu bağlamda meşru müdafaa fiilinin silahlı saldırıdan hemen sonra olması gerekir. Fakat meşru müdafaa hakkını kullanacak devlet saldırıya hemen cevap verebilecek durumda değilse, “hemen karşılık vereceğini gösterir ve sonra da önemli bir ara vermeden vereceği karşılığı icra ederse, silahlı saldırıyla mukabil meşru müdafaa fiili arasındaki bağ kopmamış demektir”²⁸.

Bununla birlikte yine m. 51'deki düzenlemede yer almadığı halde önemli olan bir husus oranlılık ilkesidir. Meşru müdafaa üzerine yazılan kimi makalelerde bu ilke bağlamında “sadece gerektiği kadar ve oranlı güç kullanımı” (*only necessary and proportional force*) unsurundan söz edildiği görülmektedir²⁹. Oranlılık ilkesi gereği mağdur devletin meşru müdafaa fiili ile silahlı saldırı arasında oranlılık bulunmalıdır. Burada amaç silahlı saldırı fiilinin failini durdurmak olduğu için, oranlılığın ölçülmesi bu amaç doğrultusunda gerçekleşmelidir.

Fakat meşru müdafaa hakkı eğer silahlı çetelerin saldırılarına karşı kullanılacaksa bu noktada mağdur devlet, sadece silahlı çetelere karşı değil, bu çeteleri destekleyen devletlere karşı da kuvvet kullanabilir. Yine oranlılığa dair farklı bir durum olarak, bir devletin başka bir devlete, ülkesinin tümünü feshetmek amacıyla ya da rejimini ya da hükümeti düşürmeye varan büyüklükte saldırıyorsa, mağdur devlet sadece saldırıyı durdurmak ve geri püskürtmek için değil, saldırgan devletin ülkesine girip aynı amaçlarla kuvvet kullanabilir. Fakat bu durumda bile, o devletin halkına kendi egemenlik iradesini dayatmak durumunda değildir³⁰.

1.2.5. MÜŞTEREK MEŞRU MÜDAFAA

Meşru müdafaa için şu ana kadar saydığımız tüm koşullar müşterek meşru müdafaa için de geçerlidir. Müşterek meşru müdafaanın, meşru müdafaadan farklı tek koşulu mağdur devletin kendisine silahlı saldırıda bulunulduğu ve dolayısıyla meşru müdafaa hakkını kullanma yetkisinin doğduğu tespitini yapmasıyla, öteki devletlere yardım için çağrıda bulunmasıdır³¹.

Müşterek meşru müdafaanın bu ek koşulu, örf ve adet hukukundan kaynaklanmakla birlikte Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nicaragua*

²⁸ Başeren, s. 134.

²⁹ Mary Ellen O'Connel, “Lawful Self-Defense To Terrorism”, *University Of Pittsburgh Law Review*, Vol. 63, Issue 4, Summer 2002, s. 902.

³⁰ Başeren, s. 138.

³¹ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 524.

kararında da doğrulanmıştır. Üçüncü devletlerin mağdur devletin çağrısı olmaksızın meşru müdafaa hakkını kullanmaya yönelmeleri hukuki olmayacaktır.

Bununla birlikte müşterek meşru müdafaa hakkına dayanılarak yapılan müdahale, mağdur devletin var olan saldırıdan korunmasıyla sınırlı olmalıdır. Aksi durum ise yukarıda sözü edilen oranlılık ilkesinin ihlali anlamına gelir. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı da *Nicaragua* kararında Amerika Birleşik Devletleri'nin orantısız tedbirlere başvurduğunu belirtmiştir.

Müşterek meşru müdafaa için söyleyeceğimiz son husus ise BM Antlaşması'nın 52. Maddesi ile ilgidir. Burada müşterek meşru müdafaa ve bölgesel örgütlenmelerin güvenlik tedbirlerinin sağlanması arasında hukuki bir iş birliği sağlanmaktadır. Bu madde ile örneğin bölgesel bir antlaşmanın tarafı olan devlet eğer bir saldırıya uğrarsa, bu saldırı taraf devletlerin tümüne yapılmış bir saldırı olarak kabul edilecek ve taraf devletler müşterek meşru müdafaa haklarını kullanabileceklerdir.

1.3. REAGAN DOKTRİNİ ve NİCARAGUA DAVASI

Amerika Birleşik Devletleri, başkan Ronald Reagan döneminde uluslararası terörizm iddiasına ve demokrasi adına üçüncü dünya ülkelerindeki baskıcı rejimlere karşı mücadele eden gruplara yardım iddiasına dayanarak uluslararası politikada yeni bir doktrin geliştirdi.

Nikaragua'da 1979 yılında sağ Somoza rejimi sol Sandinista devrimcileri tarafından yıkılınca, ABD başkanı Sandinista rejimiyle yönetilen Nikaragua'ya, El Salvador'daki gerillalara yardım edildiği gerekçesiyle ekonomik yardımını kesti³². Sandinista rejimi, El Salvador'daki rejim karşıtlarına yardımda bulunmakla suçlanıyordu. Bununla birlikte ABD, Sandinista rejimine muhalif olan silahlı gruplara askeri ve ekonomik yardımlarda bulundu. Nikaragua ABD'nin, "iç sularına ve karasularına mayın dökmek, Nikaragua ticaret gemileriyle yabancı gemilere zarar vermek ve Nikaragua'nın limanlarına, petrol tesislerine ve bir donanma üssüne saldırmak suretiyle kendisine karşı" uluslararası teamüllere aykırı bir biçimde güç kullandığını iddia etti³³. Bu doğrultuda Uluslararası Adalet Divanı'na ABD aleyhine açtığı davada ABD'nin kuvvet kullanımını bir an önce bırakarak ihlalleri nedeniyle

³² Gündüz, s. 156.

³³ Gündüz, s. 156.

tazminat ödemesini talep etti. ABD ise fiillerini müşterek meşru müdafaa hakkına dayandırıyordu.

Meşru müdafaa ve kimi unsurlarıyla ilgili emsal teşkil eden bu davada Uluslararası Adalet Divanı, ABD'nin muhalif (kontra) grupları eğiterek, destekleyerek ve bunlara yardım ederek Nikaragua Cumhuriyeti'ne karşı iç işlerine karışmama yükümlülüğünü; kuvvet kullanımı içeren müdahalelerde bulunarak kuvvet kullanmama yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar verir³⁴. Aynı zamanda, El Salvador (ve Kosta Rika ile Honduras) herhangi bir yardım çağırısında bulunmadığı için de, ABD'nin müşterek meşru müdafaa savunması kabul edilmemiştir. Dolayısıyla Divan'a göre, ABD'nin müşterek meşru müdafaa iddiasıyla gerçekleştirdiği fiiller hukuka aykırıdır. Divan ayrıca ABD'nin parasal destek sağlamasının iç işlerine karışma olarak değerlendirilebileceğini ve fakat kuvvet kullanma teşkil etmediğini belirtmiştir³⁵.

2. ÖNLEYİCİ MEŞRU MÜDAFAA

2.1. GENEL DEĞERLENDİRME

Önleyici meşru müdafaa konusu esasen, BM Antlaşması m. 51'de öngörülen meşru müdafaa hakkının geniş yorumlanmasıyla ilgilidir. Burada silahlı saldırının varlığı, aynı zamanda silahlı saldırının olması ihtimalinin yüksekliğiyle eş tutularak yorumlanmaktadır. Bu görüş, m. 51'in, doğal hak olan meşru müdafaaya dair getirdiği düzenlemenin örf ve adet hukukundaki meşru müdafaa hakkını saklı tuttuğunu savunmaktadır³⁶.

Gerçekten de BM Antlaşması öncesinde gelişen örf ve adet hukukunda meşru müdafaa hakkı önleyici meşru müdafaa hakkını da kapsamaktaydı. Bu halde, önleyici meşru müdafaa hakkı gereklilik, oranlılık ve zaman bağlantısı ilkelerine uygun olması kaydıyla, silahlı saldırı fiilinin mutlaka gerçekleşmiş olmasını gerektirmiyordu. Bu bağlamda, m. 51'deki düzenlemede, “doğal olan meşru müdafaa hakkı” denildiği için söz konusu madde hükmünde örf ve adet hukukundaki meşru müdafaa hakkının saklı tutulup tutulmadığı konusu tartışmalı bir hal almıştır. Yine doktrinde önleyici meşru müdafaanın hukuken mümkün

³⁴ Gündüz, s. 163.

³⁵ Gündüz, s. 160.

³⁶ Fatma Taşdemir, “Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa”, *Uluslararası Hukuk Ve Politika Dergisi*, Cilt 2, Sayı 5, 2006, s. 81.

olduğunu savunan yazarlardan bir grup da, bu iddiasını, saldırının gerçekleşeceğine, hazırlandığına dair delillerin varlığı durumunda saldırının olduğu kabulüne dayandırmaktadır. Ne var ki, aynı madde hükmünde silahlı saldırının gerçekleşmiş olması koşulu da açıkça beyan edilmiştir. Bu nedenle cümlenin olağan anlamından önleyici meşru müdafaa hakkına izin verilmediği ortadadır³⁷.

51. maddenin önleyici meşru müdafaaı yasakladığı düşüncesi maddenin katı yorumu olarak da düşünülebilir. Bu yoruma göre bir saldırı tehlikesi meşru müdafaaı m. 51 kapsamında hukuki kılmayacaktır³⁸. Hans Kelsen, Louis Henkin, Ian Brownlie gibi hukukçular da bu yoruma katılmaktadırlar³⁹. Ayrıca henüz gerçekleşmemiş bir saldırı doğrultusunda önleyici meşru müdafaa ile oranlılık ilkesini birlikte düşünmek oldukça zordur. Meşru müdafaa eyleminin oranlılığını belirlemek saldırı henüz gerçekleşmediği için mümkün olmayacaktır. Burada Doğal hukuka ve meşru müdafaa hakkının egemen her devlette kendiliğinden içerildiği düşüncesine referansla karşıt yorum ise, silahlı saldırının mutlaka gerçekleşmiş olmasına gerek olmadığını, saldırının yakında gerçekleşeceğine dair ikna edici delillerin varlığı durumunda meşru müdafaa hakkının kullanılabileceğini belirtir.

2.2. CORFU BOĞAZI DAVASI

Önleyici meşru müdafaa konusuyla ilgili Uluslararası Adalet Divanı'nın *Corfu* davasındaki görüşleri farklı yorumlara sebep olmuştur. 1946 yılının mayıs ayında Korfu Boğazı'nda İngiliz mayın gemilerine ateş açılması sonucu aynı yılın ekim ayında İngilizler geçiş haklarını kullanmak için boğaza, sahile ateş açmamış fakat kendilerine ateş açılması tehlikesine karşı hazırlıklı olan dört savaş gemisi göndermiştir⁴⁰. Divan'ın “[a]maç, yalnızca Arnavutluk'un tutumunu denemek değil fakat aynı zamanda geçen gemilere tekrar ateş açmaktan kaçınmasını sağlayacak ölçüde bir kuvvet gösterisi yapmaktır. Bununla beraber, yukarıda açıklanan olayla ilgili bütün durumlar göz önünde tutulduğunda, Divan, Birleşik Krallık makamları tarafından alınan bu tedbirleri Arnavutluk

³⁷ Başeren, s. 126.

³⁸ Josef Kunz'tan *Aktaran* Horace B. Robertson, Jr., “Self-Defense Against Computer Network Attack Under International Law”, *International Law Studies Series*, US Naval War College, Vol. 76, 2002, s. 123.

³⁹ Robertson, Jr., s. 123.

⁴⁰ Başeren, s. 126.

egemenliğinin ihlali olarak nitelendirmeyecektir”⁴¹ ifadeleri doktrinde bir grup tarafından önleyici meşru müdafaaaya izin verildiği şeklinde yorumlanmıştır. Oysa burada Divan İngiltere'nin geçiş hakkını kullanması ve güç gösterisi yapmasından söz etmektedir. Dolayısıyla kararda önleyici meşru müdafaaanın onaylandığı söylenemez. *Nicaragua* davasında ise Divan bu hususu tartışmayacağını açıkça belirtmiştir.

Yine bu husustaki Birleşmiş Milletler uygulamaları da önleyici meşru müdafaaanın onaylanmadığını kanıtlamaktadır. Başeren'den aktaracak olursak;

“İsrail'in, nükleer silahlar geliştireceği gerekçesiyle Irak'ın Osirak reaktörünü bombalaması, bu konuda daha belirgin sonuçlara yol açmıştır. BM Güvenlik Konseyi İsrail'i oy birliğiyle takbih etmiştir.”⁴².

2.3. BUSH DOKTRİNİ

11 Eylül 2001'de ABD'ye yapılan terör saldırılarından bir yıl sonra Bush yönetimi tarafından ilan edilen Ulusal Güvenlik Stratejisi (*National Security Strategy*) ABD'nin uluslararası politikasında bir dönüm noktasını temsil etmektedir ve kuşkusuz uluslararası hukukta önleyiciliğe dayanan güç kullanımı tartışmalarını yoğunlaştırmıştır. Nitekim çoğu analiste göre Ulusal Güvenlik Stratejisi'nin en önemli boyutu ABD'nin belirli tehditlere karşı önleyici askeri hareketlere girişeceğini duyurması olmuştur⁴³. ABD'nin bu stratejiye dayanarak, önce Afganistan'a sonra da Irak'a karşı askeri operasyon düzenlemesi ve kuvvet kullanması, bu müdahalelerin uluslararası hukuka uygunluğu tartışmasını doğurmuştur.

Amerikan dış politikasının yeni-muhafazakâr (*neoconservative*) vizyonunu ve içeriğini oluşturan Bush doktrini temel olarak ABD'nin dünyanın tek süper gücü olduğu yönündeki görüşe ve geleceğe dönük olarak kendi hegemonyasını tesis etme amacına dayanmaktadır⁴⁴. Yeni-mufazakarlara göre düzenli ve barışçıl bir dünya düzeni için Amerikan

⁴¹ Aktaran Taşdemir, “Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa”, s. 83.

⁴² Başeren, s. 128.

⁴³ Ben Lombardi, “The ‘Bush Doctrine’: Anticipatory Self-Defence and The New US National Security Strategy”, *The International Spectator*, 37-4, 2002, s. 94.

⁴⁴ Brian C. Schmidt & Michael C. Williams, “The Bush Doctrine and The Iraq War: Neoconservatives versus Realists”, *Security Studies*, 17:2, 2008, ss. 194-5.

hegemonyası gerekli bir ön şarttır⁴⁵. Yeni-muhafazakâr görüş bu bağlamda ABD'nin, esasında uluslararası teamüllerden farklı olarak, şartlar gerektirdiğinde önalıcı kuvvet kullanabileceğini düşünür⁴⁶. Realistler ise yeni-muhafazakâr görüş tarafından geliştirilen argümanlarını kabul etmemişler ve (örnek vermek gerekirse) Irak Savaşı'nda kuvvet kullanımının gerekli olmadığını belirtmişlerdir⁴⁷.

Bush doktrini temel olarak “ön alıcı vuruş” (*preemptive strike*) ve “önleyici savaş” (*preventive war*) adı verilen iki önemli kavramı içermektedir. Ön alıcı vuruş bir düşmandan kaynaklanan ve gerçekleşmesi muhtemel bir saldırının önceden bastırılması ya da hafifletilmesi için kuvvet kullanımını; önleyici savaş ise gelecekte gerçekleşebilecek bir saldırının –bu yönde herhangi bir emare olmasa bile- önlenmesi, diğer bir deyişle bu ihtimalin ortadan kaldırılması amacıyla kuvvet kullanımı ifade eder⁴⁸. ABD'nin uluslararası hukuka bakışını da belirleyen Ulusal Güvenlik Stratejisi'nin bu perspektifi, yukarıdaki unsurlarla birlikte düşünüldüğünde 51. Maddeyle ciddi bir biçimde çelişmektedir. ABD'nin bu kavramlar doğrultusunda ve terörizme karşı savaş bağlamında, doğrudan devletlere karşı kuvvet kullanması ise yine ciddi bir çelişkiyi beraberinde taşımaktadır. Çünkü yabancı devlet tarafından kontrol edilmediği/yönlendirilmediği sürece “terörist saldırı” (*terrorist attack*) o yabancı devletin silahlı saldırısı (*armed attack*) olarak değerlendirilemez⁴⁹. BM Antlaşmasındaki düzenlemeye göre meşru müdafaa hakkı, daha önce de belirtildiği gibi, gerçekleşmiş bir silahlı saldırı unsurunu gerektirmektedir. Bununla birlikte uluslararası örf-adet hukuku kuralları bakımından da önleyici meşru müdafaa'nın söz konusu olabilmesi için muhtemel silahlı saldırı tehdidinin yakın olması gerekmektedir. Dolayısıyla Bush Doktrinin uluslararası hukuku yok sayan ve hukuksal olmaktan çok siyasal-hegemonik bir perspektifle geliştirildiği açıktır.

⁴⁵ Brian C. Schmidt & Michael C. Williams, s. 195.

⁴⁶ Brian C. Schmidt & Michael C. Williams, s. 196.

⁴⁷ Brian C. Schmidt & Michael C. Williams, ss. 193, 201.

⁴⁸ Bülent Sarper Ağır, “Bush Doktrini: Küresel Bir Hegemonik İstikrar Arayışı mı?”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 3, Sayı 12, ss. 85-6.

⁴⁹ Ian Brownlie, “International Law and The Use of Force by States Revisited”, *Australian Year Book of International Law*, 2, 2000. (Erişim Tarihi: 30.11.2016). <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUYrBkIntLaw/2000/2.html>.

SONUÇ

Görüldüğü gibi meşru müdafaa hakkı, hakkındaki ilk açık ve net düzenlemenin ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası oluşturulması ve bu zamana kadar örf ve adet hukukundaki uygulamalar yoluyla anlaşılması dolayısıyla oldukça tartışmalı bir konudur. Söz konusu tartışmalar, uluslararası konjonktürde kuvvet kullanılan her tekil/somut durumda farklı yorumların ortaya atılması ve pozitif düzenlemelerin değişik gerekçelerle farklı yorumlanması şeklinde tezahür edebilmektedir. Bu tartışmalar, devletlerin birbirlerine herhangi bir siyasal amaçla saldırımları öncesinde ya da sonrasında fiilin meşru müdafaa istinaden haklı gösterilmek istenmesi⁵⁰ dolayısıyla, hayati önem taşımaktadır. Özellikle de silahlı saldırı kavramının ve önleyici meşru müdafaa'nın söz konusu siyasal amaçlar doğrultusunda yeniden yorumlanması, meşru müdafaa hakkı düzenlemesini tümüyle tartışmaya açan bir işlev görmektedir. Diğer yandan uluslararası hukukun, gelişen teknoloji çerçevesinde silahlı saldırı kavramının yeniden tanımlanmasına, dolayısıyla da 51. Maddenin yeniden düzenlemesine ihtiyaç duyup duymadığı sorusu ise tartışmanın bir başka boyutudur. Fakat belirtmek gerekir ki Uluslararası Adalet Divanı, BM Antlaşması ve BM uygulamaları uluslararası sistemin işleyişinin adaleti açısından belirleyici bir potansiyele sahiptir. Hukuki düzenlemelerin politik amaçlar için kullanılmasının hukuksal ve siyasal düzeyde engellenmesi yönündeki çabalar, uluslararası düzendeki adil uygulamaların ve ilişkilerin gelişebilmesi açısından her zaman önemli olacaktır.

⁵⁰ Akipek, s. 20.

KAYNAKÇA

- Ağır, Bülent Sarper. (Kış 2006-07). “Bush Doktrini: Küresel Bir Hegemonik İstikrar Arayışı mı?”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 3, Sayı 12, ss. 71-100.
- Akipek, İlhan. (1955). *Devletlerarası Hukuk Bakımından Meşru Müdafaaın Mahiyeti Ve Benzeri Müesseselerden Farkı*, Ankara: Son Havadis Matbaası.
- Aksan, Cihan; Bailes Jon (Haz). (2014). *Güçlünün Silahı: Amerikan Devlet Terörü Üzerine Söyleşiler*, İstanbul: Metis Yayınları.
- Başeren, Sertaç. (2003). *Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Basım Evi.
- Brownlie, Ian. (2000). “International Law and The Use of Force by States Revisited”, *Australian Year Book of International Law*, 2. (Erişim Tarihi: 30.11.2016). <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUYrBkIntLaw/2000/2.html>.
- Gündüz, Aslan. (2015). *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar*, İstanbul: Beta Yayınları.
- Lombardi, Ben. (2002). “The ‘Bush Doctrine’: Anticipatory Self-Defence and The New US National Security Strategy”, *The International Spectator*, 37-4, ss. 91-105.
- O’Connel, Mary Ellen. (Fall 2012). “American Exceptionalism And The International Law Of Self-Defense”, *Denver Journal Of International Law And Policy*, Issue 1, ss. 43-57.
- O’Connel, Mary Ellen. (Summer 2002) “Lawful Self-Defense To Terrorism”, *University Of Pittsburgh Law Review*, Vol. 63, Issue 4, ss. 889-908.
- Pazarcı, Hüseyin. (2015). *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Robertson, Jr. Horace B. (2002). “Self-Defense Against Computer Network Attack Under International Law”, *International Law Studies Series*, US Naval War College, Vol. 76, ss. 121-145.
- Schmidt, Brian C.; Williams, Michael C. (2008). “The Bush Doctrine and The Iraq War: Neoconservatives versus Realists”, *Security Studies*, 17:2, 2008, ss. 191-220.
- Tarhanlı, Turgut. (Erişim Tarihi: 30.11.2016). *Kuvvet Kullanma, Meşruiyet Ve Hukuk*, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg20/ttarhanli.pdf.
- Taşdemir, Fatma. (2006). “Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa”, *Uluslararası Hukuk Ve Politika Dergisi*, Cilt 2, Sayı 5, ss. 75-89.
- Taşdemir, Fatma. (2006). *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*, Ankara: USAK.
- Watts, Sean. (2011). “Low-Intensity Computer Network Attack And Self-Defense”, *International Law Studies Series*, US Naval War College, Vol. 87, ss. 59-87.

CHICAGO SÖZLEŞMELERİNİN ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İslam Safa KAYA*

Özet

Sivil havacılık hukukunun çok eski bir geçmişi yoktur. İlk dönemlerde uluslararası teamül hukuku çerçevesinde şekillenen sivil havacılık, daha sonra konuya ilişkin akdedilen sözleşmelerle bugünkü modern yapısına kavuşmuştur. Bu süreçteki en önemli aşama ise Chicago Sözleşmeleri'nin yürürlüğe sokulmasıdır. 1944 tarihli bu sözleşmeler grubunun 1947 yılında imzaların tamamlanmasıyla yürürlüğe girmesi, hava hukukunda yeni bir dönemi başlatmıştır.

Sözleşme, hava sahasını ulusal ve uluslararası olarak ayırırken, hava araçlarını da devlet araçları ve sivil araçlar olarak kategorize etmiştir. Temel kural olarak öncelikle taraf devletlerin haklarını koruyan, bunun yanında diğer hava hukuku aktörlerine de çeşitli imkanlar tanıyan sözleşme, kabotaj hakkının taraf devletin uhdesinde olduğunu ve aynı zamanda her bir taraf devletin çeşitli sebeplerle uçuşa yasak alanlar ilan etme yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hava hukuku, Chicago Sözleşmeleri, sivil havacılık, uluslararası hukuk.

EVALUTION OF CHICAGO CONVENTIONS IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

Abstract

There is not a very old history of civil aviation law. Civil aviation that formed in the framework of international customary law in early periods, afterwards it has attained today's modern structure with in relation to the subject contingent contracts. The most important milestone in this process is putting into effect of the Chicago Conventions. These contracts group dated as 1944 started a new period to air law through putted into effect in 1947 with completion of signatures.

The contract, categorizing the air vehicles as state vehicles and civilian vehicles while dividing the airspace nationally and internationally. As basic rule, the contract firstly protects the rights of the states parties and also provides various opportunities for other air law actors expressed that party state has the right of cabotage and each party state have authority that declaring prohibited areas for flights with various causes.

Keywords: Air law, Chicago Conventions, civil aviation, international law.

* Yrd. Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk ABD Öğretim Üyesi, islamsafakaya@kku.edu.tr

1. Giriş

Hava hukuku, uluslararası hukukun önemli bir parçasıdır. Önceleri uluslararası teamüllere dayanan bu hukuk dalı, 20. Yüzyılın ortalarında yazılı hukuk kurallarıyla düzenli bir yapıya kavuşmuştur. Bu şekilde başlayan düzenleme süreci, yeni teknolojik gelişmeler ve artan güvenlik ihtiyacı ile sürekli yenilenmekte ve güncel gelişmelerle uyumlu şekilde revize edilmektedir.

Sivil havacılık hukukunun en önemli hukuki dayanağı Chicago Sözleşmeleri'dir. 1944'te başlayan süreç, 1947'de imzaların tamamlanmasıyla son bulmuştur. Daha sonra 11 Eylül saldırılarından sonra Sözleşme'ye birçok ek getirilmiş, bu sayede sivil havacılıkta güvenlik önlemleri daha da artırılmıştır. Sözleşme hava sahalarının niteliği ve kabotaj konularında da önemli düzenlemeler getirmiştir.

Çalışmamızda öncelikle Chicago Sözleşmeleri'nin genel özelliklerinden bahsedilmiş olup, Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi, uluslararası hukuk kaideleri bakımından değerlendirilmiştir. Bu çerçevede Sözleşme'de yer alan hava sahalarının hukuki statüsü, devlet uçakları, sivil havacılığın kötüye kullanılması, kabotaj ve sınırlamalar konuları irdelenmiştir. Ayrıca Sözleşmeler, egemenlik ve serbestlik teorileri bakımından ele alınarak çeşitli açılardan yorumlamaya tabi tutulmuştur. İlâveten, sivil uçuş güvenliği ve hava trafik hizmetleri konularında da değinilmiş olup, özelde Sözleşme ve ekleri ile getirilen düzenlemeler ortaya konulmuştur.

2. Chicago Sözleşmeleri

İlk balon uçuşunun gerçekleşmesi ile beraber havacılık kuralları oluşmaya başlasa da bu kurallar birer uluslararası teamül haline gelmeden önce çok taraflı sözleşmeler yoluyla uluslararası, genel ve özel nitelikteki kurallar haline almıştır. Hava hukukunu uluslararası rejim haline dönüştüren ve halen 190 devletin taraf olduğu Chicago Sözleşmesi'nden önce akdedilen Varşova, Roma, Paris ve Havana Sözleşmeleri de havacılığa yön veren çok taraflı sözleşmelerdir¹. Bu yönüyle çok taraflı sözleşmelerin hava hukukunun en mühim kaynağı olduğu ifade edilmelidir².

¹ Kılınç, Salih Uygur, Avrupa Birliği Eurocontrol Sivil Havacılık Düzenlemeleri ve Türkiye, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 41-42.

² Diederiks Verschoor, An Introduction To Air Law, Kluwer Law International, Netherlands, 2006, s. 4.

Chicago Sözleşmeleri'ne hakim olan uluslararası hukuk prensipleri şöylece ifade edilebilir³:

- Her bir devletin kendi hava sahasında egemenliği,
- Açık denizlerde uçuş serbestisi,
- Taşıyıcı hava araçlarının uyrukluğu,
- Devlet hava sahasındaki uçuşlara getirilen özel limitler.

Chicago Sözleşmeleri, dört Sözleşme'yi bünyesinde taşımaktadır⁴:

- Uluslararası Sivil Havacılık Geçici Sözleşmesi,
- Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi,
- Uluslararası Hava Servisleri Transit Sözleşmesi,
- Uluslararası Hava Ulaşım Sözleşmesi.

Bu sözleşmelerden 1944 tarihli Chicago Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi, bu sözleşme grubu içerisinde ana sözleşme olarak kabul edilmektedir. Taraf devletlerin 1947 yılında imzaları tamamlamasını müteakip yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin yürürlüğe girmesine kadar geçen sürede ise 1945 Chicago Uluslararası Sivil Havacılık Geçici Sözleşmesi yürürlüğe sokulmuştur. Chicago Sözleşmeleri, sivil havacılık rejimini modern anlamda geliştirmiş ve taraf tüm devletlerin hava sahalarındaki seyrüseferi tanzim eden Kurul'larda eşit şartlarda temsil edilmesinin yolunu açmıştır.

Uluslararası Hava Servisleri Transit Sözleşmesi'nde öne çıkan hüküm, taraf devletlerin tarifeli servisler bakımından birbirlerine tanıdıkları serbestidir. Buna göre taraf devletler birbirlerine,

- Yere inmeden ülkesi üzerinden geçme hakkı,
- Ticari olmayan sebeplerle ülkesine inme hakkı tanımaktadır.

Uluslararası Hava Ulaşım Sözleşmesi ise uluslararası tarifeli uçuşlar bakımından taraf devletlere beş temel serbesti tanımaktadır. İlk iki serbesti, Transit Sözleşmesi ile aynı hakları vermektedir. Diğer üç serbesti ise şunlardır:

³ Cooper, John Cobb, "The Chicago Convention -- After Twenty Years", 19 U. Miami L. Rev. 333, 1965, s. 334.

⁴ 03.12.1977 tarih ve 16128 sayılı Resmi Gazete.

- Hava aracının uyuğunda bulunduğu devletin ülkesinden almış olduğu yolcu ve eşyayı ülkesine indirme hakkı,
- Hava aracının uyuğunda bulunduğu devletin ülkesinden almış olduğu yolcu ve eşyayı ülkesinden alma hakkı,
- Herhangi bir taraf devlet ülkesinde indirme hakkı.

Sözleşme, son serbestiye çekince koyulabileceğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda Türkiye, bu hükme çekince koymuştur.

3. Chicago Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi'nin Uluslararası Hukuk Kaideleri Bakımından İncelenmesi

A. Hava Sahalarının Hukuki Statüsü

Hava sahaları ulusal ve uluslararası olmak üzere iki türdür. Ulusal hava sahası, devletlerin kara ülkesi ve karasuları ile iç suları üzerindeki hava sahasıdır. Uluslararası hava sahası ise sözü edilen ulusal hava sahası dışında kalan hava sahasıdır. Ulusal hava sahasının hukuki rejimi, ilgili devletin tam ve münhasır egemenliğine dayanır. Uluslararası hava sahasında ise serbesti prensibi esastır⁵.

Her ne kadar devletlerin tanınması, var olabilmeleri için gerekli olan bir hukuki koşul olmasa da⁶, hava sahasının kullanımı bakımından önem taşımaktadır. Zira tanınmayan bir devletin hava sahasında uçuş yapılabilmesi de uluslararası uyumsuzluk çıkartabilir. Bu konuda Kıbrıs örneğini vermek mümkündür. Bir İngiliz-Galler Mahkemesi, İngiltere'den Ercan Havalimanı'na direk uçuş yapılamayacağını, böyle bir uçuşun Chicago Sözleşmesi'nin birçok hükmünü ihlal edeceğini ifade etmiştir⁷. Gerekçe olarak da "Kıbrıs Cumhuriyeti"nin aslında adanın kuzeyindeki egemenliğini de sürdürdüğü, Ercan Havalimanı'nın ise "Kıbrıs Cumhuriyeti" tarafından Sözleşme'nin 15. Maddesi çerçevesinde hiçbir zaman tanınmadığı belirtilmiştir⁸.

⁵ Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 298-299.

⁶ Bozkurt, Enver, Kütükçü, Mehmet Akif ve Poyraz, Yasin, Devletler Hukuku, Nobel Yayınları, Ankara, 2003, s.101.

⁷ The Court of Appeal of England and Wales, Case R, Kıbrıs Turk Hava Yolları & CTA Holidays) v Secretary of State for Transport (Republic of Cyprus), [2009] All ER (D) 295 (Jul). [2009] EWHR 1918.

⁸ Erotokritou, Chrystel, "Sovereignty Over Airspace: International Law, Current Challenges, and Future Developments for Global Aviation", Inquiries, Social Science, Arts and Humanities, Vol. 4, NO. 05, 2012, S. 109.

B. Devlet Uçakları

Chicago Sözleşmesi, hava araçlarını devlet araçları ve sivil araçlar olmak üzere iki sınıfa ayırmaktadır. Bu sözleşmenin kapsamına sadece sivil hava araçları girmektedir. Sözleşmeye göre devlet hava araçlarının kullanımı, devletlerin kendi aralarında yapacakları bağımsız ikili sözleşmelerle mümkün olabilecektir. Bunun yanında, gerek sivil hava seyrüseferinin gerekse tüm devlet uçaklarının ilgili devlet tarafından kontrol edilmesi, devletin egemenliğine de zarar verilmemesini temin etmektedir.

C. Sivil Havacılığın Kötüye Kullanılması

Devletlerin, sivil havacılık üzerinde var olan yetkilerini çeşitli saiklerle kötüye kullanma ihtimali mevcuttur. Bu durum, siyasi sebeplerle olabildiği gibi çeşitli uluslararası kuruluşların baskısı ile de gerçekleşebilmektedir. Sonuçta, Chicago Sözleşmesi de teknik, hukuki ve egemenlikle ilgili ilkeler açısından ihlal edilebilmektedir⁹. Sözleşme, böyle bir fiili durum oluşturulmasını engellemek amacıyla, taraf devletlerin sivil havacılığı sözleşmenin amaçlarıyla bağdaşmayacak şekilde kullanamayacağını ifade etmiştir.

D. Kabotaj

Türk Sivil Havacılık Kanunu'na göre, Türkiye Cumhuriyeti ülkesi içinde, iki nokta arasında havayolu ile ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşımaları Türk hava araçları ile yapılır. Kabotaj hakkı olarak ifade edilen bu hak, devletin kendi hava seyrüseferini koruyabilmesi amacıyla tanınmıştır¹⁰. Chicago Sözleşmesi de buna benzer bir hükme yer vererek, taraf devletlerin ülkesinin bir noktasından diğer noktasına ücretli olarak yük, posta ve yolcu taşıma iznini yabancı hava araçlarına vermeyebileceğini ifade etmiştir.

Kabotaj hakkının bir diğer fonksiyonu da bir devletin hava limanında iki ayrı yabancı uçağın birbirine yük ve yolcu aktarmasına müsaade edilmemesidir. Örneğin, bir Qatar Airlines uçağı, Doha-İstanbul seferini yaparken Ankara'da alana inerek Lufthansa Airlines uçağına yolcu aktaramaz.

Chicago Sözleşmesi, kabotaj hakkı konusunda eşitlik prensibi çerçevesinde haksız bir rekabet durumunun da önüne geçmek istemiştir.

⁹ Kılınç, s. 47.

¹⁰ Diederiks ve Verschoor, s. 23.

Bu çerçevede eğer taraf devletlerden biri yabancı bir devlete kabotaj izni verirse, fiili bir tekel oluşmasına sebebiyet veremez. Yani böyle bir durumda ilgili devlet, yabancı devletlerden sadece birine veya sadece tek bir havayolu şirketine imtiyaz tanıyamaz.

E. Sınırlamalar

Chicago Sözleşmesi'ne göre taraf devletler, hava sahasında yasak alanlar ilan etme yetkisine sahiptir. Bu yetkiye dayanarak hava trafiğinin de akışının değiştirilmesi mümkündür. Getirilen bu hükümle devletlerin egemenliği ilkesinden de taviz verilmemiştir. Ancak bahsi geçen sınırlamaların Sözleşme'de belirtilen ve aşağıda açıklanan sebeplere dayandırılması gerekir.

a. Zabıta ve Gümrük Konularında Getirilmiş Sınırlamalar

Sözleşme'ye göre devletlerin hava sahalarına giriş noktalarını, gümrük ve zabıta denetiminin yapılacağı hava alanlarını tespit etme yetkisi vardır. Taraf devletlerin, irtifa seviyesi önem arz etmeksizin hava ülkesindeki rotaları belirleme yetkisi mevcuttur¹¹. Bu çerçevede devletler, bir uluslararası havayolu firmasının aracının ülkesi dahilindeyken izleyeceği rotaları ve kullanabileceği hava alanlarını da tayin edebilir.

b. Kamu Güvenliğine Yönelik Sınırlamalar

Chicago Sözleşmesi'ne taraf devletler, kamu güvenliği sebebiyle ülkesi dâhilinde bazı bölgelerde yasak, tehlikeli veya uçuşa kapalı bölge ilan edebilirler. Aynı şekilde olağanüstü veya istisnai durumlarda hava sahasında uçuşu kısmen veya tamamen de yasaklayabilir. Bu konuda da eşitlik ilkesine dikkat edilmeli, uygulama tüm devletlere eşit şekilde uygulanmalıdır.

c. Askeri İhtiyaçlar Sebebiyle Getirilen Sınırlamalar

Taraf devletler, askeri ihtiyaçlardan ötürü de geçici olarak hava sahasını kısmen veya tamamen uluslararası uçuşlara kapatabilecektir. Aynı amaç doğrultusunda ilgili havacılık otoriteleri ve hava meydanları tarafından Notice to Air Men (NOTAM)¹² de yayımlanabilir.

d. Kamu Sağlığına İlişkin Sınırlamalar

Chicago Sözleşmesi, bir salgın hastalık olması durumunda taraf devletlerin bu hastalığın sivil havacılık araçları ile yaygınlaşmasını

¹¹ Bilsel, Cemil, Milletlerarası Hava Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1948, s. 278.

¹² NOTAM, havacılara uçuş ve yer güvenliğiyle alakalı bazı önemli durumlar hakkında bilgi vermek için yayımlanan bildirimdir.

engelleme yükümlülüğü ve bu doğrultuda salgın hastalık taşıyan kimselerin ülke içerisine almama hakkı bulunduğunu ifade etmektedir.

4. Chicago Sözleşmeleri'nin Egemenlik ve Serbesti Teorileri Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıdan beri ifade ettiğimiz hususlara bakıldığında, Chicago Sözleşmesi'nin devletlerin egemenliği kuralı doğrultusunda düzenlemelere yer verdiği görülmektedir. Ancak sözleşmede taraf devletlerin hava ülkesindeki egemenliğinin dikey irtifa seviyesinin ne olduğuna dönük bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu yönüyle konuya ilişkin yaklaşımların da irdelenmesi gerekir.

Hava hukukunun önde gelen isimlerinden olan Fauchille'e göre gökyüzü tüm insanlığa aittir ve bu alanda serbesti rejimin esas olması gereklidir. Bu teze göre devlet, gökyüzünde kontrol sağlayamaz ve bu nedenle devletin bu bölgedeki egemenliği de mümkün değildir. Sonuçta eğer devlet, bir bölgede kontrol sağlayamıyorsa o bölgeye de sahip olamayacaktır¹³.

Fauchille'in 19. Yüzyılda bu görüşü ileri sürdüğü dikkate alındığında, dönemin teknolojik koşullarının bu görüşün ortaya çıkmasını sağladığı anlaşılmaktadır. Zira o dönemde henüz devletler gökyüzünde hava araçları vasıtasıyla kontrolü sağlayamamaktadır. Ancak günümüzde elbette böyle bir görüşün kabul edilebilir tarafı yoktur.

Askeri amaçlı ilk uçak, 1909 yılında Amerika Birleşik Devletleri tarafından uçurulmuştur. 1. Dünya Savaşı'nda ilk uçak ise İtalyanlarca Trablusgarp Savaşı'nda kullanılmıştır. Bu gelişmeler sonrasında serbesti rejiminden egemenlik yaklaşımına doğru evrilme başlamıştır. Bu evrilme neticesinde ikili bir ayırım tercih edilmiştir. Buna göre, devletin güvenliğinin tesisi için gerekli olan hava sahası ilgili devlete ait olmalı, daha üst irtifadaki alanlarda ise serbesti rejimi esas alınmalıdır. Geline aşamada, 1500 feete kadar olan bölgede egemenlik ilkesinin, daha yukarı noktalarda ise serbesti ilkesinin geçerli olması benimsenmiştir¹⁴. Bu yaklaşım değişikliğinin o dönem için olması gereken bir değişiklik olduğunu söyleyebiliriz. Zira teknolojik gelişmelerle paralel şekilde teorik yenilemelerin olması da kaçınılmazdır. Bu doğrultuda sürecin aşama aşama egemenlik rejimine dönüşmesi doğaldır.

¹³ Kılınç, s. 43.

¹⁴ Bilsel, s. 143-144.

Yaşanan hava sahası irtifa sınırı tartışmalarının, hava hukukuna ilişkin Paris, Madrid, Havana Sözleşmeleri ve nihayet Chicago Sözleşmelerindeki “devletin hava ülkesindeki tam ve münhasır egemenliği” hükmü ile son bulduğu düşünülse de günümüzde halen bu tartışma devam etmektedir. Zira artık günümüzde uzayda birçok devlete ait hava araçları mukim veya seyir halindedir. Uzay sahası da hava sahasının bittiği yerde başlamaktadır. Uzay hukukuna ilişkin yaşanan gelişmeler neticesinde hava sahasının dikey sınırına ilişkin günümüzde geçerli olan teoriler ise şunlardır¹⁵:

Uçuşa izin veren hava tepkisinin sona erdiği nokta,

- Atmosfer tabakasının sona erdiği nokta,
- Yer çekiminin sona erdiği nokta,
- Devletin hava ülkesi üzerinde etkili denetiminin sona erdiği nokta,
- Uydu yörüngelerinin dünyaya en yakın noktası,
- Devletin güvenliğinin gerekli kıldığı nokta.

Kanaatimizce bu yaklaşımlar arasında üzerinde durulması gerekenler, “devletin hava ülkesi üzerinde etkili denetiminin sona erdiği nokta” ve “devletin güvenliğinin gerekli kıldığı nokta” yaklaşımlarıdır. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, her iki yaklaşım birbirine yakın amaç taşımaktadır. Zira bir devletin amacı, güvenliğinin gerekli kıldığı noktalarda etkin denetim sağlamaktır. Bu yönüyle devletlerin dikey hava sahasının, güvenlik kıstası ile sınırlanması yanlış değildir. Peki, eğer bir devlet kendi güvenliğinin olması gerekenden çok daha yüksek bir irtifayı korumakla mümkün olabileceğini ifade ederse ne yapılacaktır? Kanımızca böyle bir durumda güvenlik kriterinin objektif şekilde diğer tüm devletlerce kabul edilecek şekilde tespit edilmesi şarttır. Aksi takdirde, bir devlet kendisine uzay sahasından dahi saldırı gelebileceğini iddia ederek uzayda da belli bölgelerde hak iddia edecektir ki bu uzayda yapılan faaliyetlerin de ruhuna aykırıdır. Zira uzaydaki çalışmalar sadece belli bir bölgede sabit durarak yapılan çalışmalar değildir. Örneğin bir uzay keşif aracı yörüngeye girene kadar ve girdikten sonra sayısız noktadan geçebilmektedir. Devletlerin bahsi geçen şekilde bir yaklaşımı benimsemesi, birçok devletin hava sahasının ihlal edilmesi anlamına

¹⁵ Pazarci, s. 306.

gelecektir. O halde güvenlik kriterinin benimsenmesi yanlış olmasa da bazı hallerde muğlaklığa sebep olabilmektedir.

Etkili denetim kriterinin de bir kesinlik taşıdığını söylemek doğru olmayacaktır. Zira bu konuda da her devletin teknolojik imkânlarının gelişmişliği birbirinden farklıdır. Bu yönüyle diğer devletlerin, o devletin dikey hava sahası sınırını da önceden bilmesi mümkün olmayacaktır. Bunun yolu yalnızca ilgili devletin kendi dikey hava sahası sınırını ilan etmesidir. Böyle bir durumda da ilgili devlet bunu suistimal ederek, aslında etkili denetim yapabileceği seviyeden daha yüksek bir irtifayı sınır olarak ilan edebilecektir.

Her ne kadar her iki kriter muğlaklık taşısa da diğer kriterlere nazaran en kabul edilebilir olanlarıdır. Zira diğer yaklaşımlar günümüz gerçeklik koşullarıyla çok da bağdaşır nitelikte değildir. Yapılması gereken bu iki kriterin bir arada değerlendirilerek, en objektif ve belirli özellikte yeni bir yaklaşımın ortaya çıkarılmasıdır.

5. Chicago Sözleşmeleri'nin Sivil Uçuş Güvenliği Bakımından Değerlendirilmesi

Chicago Sözleşmeleri'nin sivil uçuş güvenliği konusunda egemenlik ilkesine zarar vermeden çeşitli tedbirleri aldığını yukarıda vermiş olduğumuz bilgilerden anlıyoruz. Sözleşmelerin yürürlüğe girmesinden bu yana geçen süreç içerisinde yaşanan terör hadiseleri güvenlik algısının yeniden ele alınarak değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya koymuş ve bu doğrultuda Uluslararası Sivil Havacılık Teşkilatı (ICAO) tarafından Sözleşme'ye ek güvenlik önlemleri kabul edilmiştir. Bu çerçevede 2002'de kabul edilen "Güvenlik: Kanunsuz Girişimlere Karşı Uluslararası Sivil Havacılığın Korunması" başlıklı 17 nolu Ek hükümlere bakıldığında egemenlik ilkesinin güvenlik bağlamında daha da sıkılaştırıldığı görülmektedir.

Yeni hükümler kapsamında ilk olarak uluslararası uçuşlarda uygulanan tüm güvenlik önlemlerinin iç hat uçuşlarında da uygulanmasına karar verilmiştir¹⁶. Bu yolla olası teröristlerin uluslararası bölgelere girişi her yolla engellenmeye çalışılmıştır. Bunun yanında, önleyici tedbirler

¹⁶ Assembly-35th Session Executive Committee, Aviation Security, s. 1. http://www.icao.int/Meetings/AMC/MA/Assembly%2035th%20Session/wp071r_en.pdf (24.10.2016).

kapsamında resmi izni olmayan kişilerin kokpite girememesi için tüm devletlerin gerekli tedbirleri alması gerektiği ifade edilmiştir.

Uçuşa alınması yasak olan maddelerin denetiminin daha sıkılaştırılarak bagajların tam ve etkin şekilde denetlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bagajların denetiminin ise,

- Buhar detektörleri,
- Patlayıcı keşif sistemleri,
- Fiziksel arama,
- X-ray cihazları vasıtasıyla yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

2003 yılında kabul edilen ilave güvenlik önlemlerinden bir diğeri ise biometrik pasaport uygulamasıdır. Bu çerçevede ülkemiz de dahil olmak üzere pasaportlar değiştirilmiş ve yeni karara uygun hale getirilmiştir.

6. Chicago Sözleşmeleri'nin Hava Trafik Hizmetleri Bakımından Değerlendirilmesi

Chicago Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi'nin 11, 12 ve 15 nolu Ekleri ile uçuş güvenliğinin tesisi için bazı hava trafik hizmetlerinin verileceği ifade edilmiştir. Bunlar,

- Hava trafik denetimi hizmeti,
- Uçuş bilgi hizmeti,
- Uyarı hizmeti,
- Havacılık bilgi hizmeti,
- Arama kurtarma hizmeti

olarak belirlenmiştir.

Tüm bu hizmetlerin ifası için hava sahaları, çeşitli yetkilerin de verildiği sorumluluk bölgelerine ayrılmıştır. Bu bölgeler içerisinde uçuş bilgi bölgesi (FIR-Flight Information Region) en öne çıkarılmaktadır. Bu bölge, uçuş bilgi ve uyarı hizmetlerinin verildiği hava alanıdır. Uçuş bilgi hizmetleri kapsamında ulaşımaya yönelik doğal tehlikeler, bölge hava durumu ve havaalanı bilgileri verilmektedir. Uyarı hizmetleri ise kaybolan ya da tehlike altında olan hava araçlarını arama-kurtarma çalışmaları için yetkili mercilere bildirme işlemini kapsar¹⁷.

¹⁷ Pazarcı, s. 302.

Uçuş bilgi bölgesi ulusal hava sahası için geçerli olabileceği gibi uluslararası hava sahası için de geçerli olabilir. Bu konuya ilişkin 11 sayılı Ek'te bir hüküm mevcuttur. Bu hükme göre, bir devletin ulusal hava sahasındaki uçuş bilgi hizmetlerini verme yükümlülüğü o devletin sorumluluğundadır. Ancak bu yetki ve görev bir üçüncü devlete devredilebilir. Bu hüküm, ilk bakışta egemenliğin devri gibi yorumlanabilir. Zira hava sahası, devleti oluşturan üç temel unsurdan olan "ülke"nin bir boyutudur. Ancak böyle bir devir, kısmi bir devir niteliğinde olması ve devletin egemenlik hakkını ortadan kaldıracak nitelikte kapsamlı bir devir olmaması sebebiyle egemenliğin devri olarak kabul edilemez. Zira bu devir sadece bilgi verme yükümlülüğünü kapsamaktadır. Genellikle böyle bir devrin sebebi de ilgili devletin uçuş bilgi hizmetlerini verebilecek teknolojik kapasitede olmayışıdır.

Yine aynı Ek'in bir başka hükmüne göre aidiyeti belli olmayan kara ülkeleri üstündeki hava sahasında ve açık denizler üzerindeki hava sahasında uçuş bilgi bölgeleri bölgesel nitelikli uluslararası antlaşmalar ile belirlenecektir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde Chicago Sözleşmesi'nin, uçuş hizmetlerinde herhangi bir aksaklık yaşanmaması için boşluk oluşturmama gayretini taşıdığı anlaşılmaktadır.

7. Sonuç

Hava hukukuna ilişkin ilk çok taraflı sözleşmeler; Varşova, Roma, Paris ve Havan Sözleşmeleri'dir. Bu sözleşmelerden sonra 190 devletin taraf olduğu Chicago Sözleşmeleri akdedilmiştir. Chicago Sözleşmeleri; Uluslararası Sivil Havacılık Geçici Sözleşmesi, Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi, Uluslararası Hava Servisleri Transit Sözleşmesi ve Uluslararası Hava Ulaşım Sözleşmesi olmak üzere toplam dört adet sözleşmeyi içermektedir. Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi, bunlar arasında en ön planda olanıdır.

Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi'ne göre hava sahaları, ulusal ve uluslararası olmak üzere iki türdür. Sözleşmenin kapsamına sadece sivil hava araçları girmektedir. Sözleşmeye göre devlet hava araçlarının kullanımı, devletlerarası ikili sözleşmelerle mümkün olabilir. Sözleşme, egemenlik ihlaline ilişkin fiili durum oluşturulmasını engellemek için, taraf devletlerin sivil havacılığı sözleşmenin amaçlarıyla bağdaşmayacak nitelikte kullanamayacağını belirtmiştir. Bu hususlara ilave olarak sözleşmede, taraf devletlerin, ülkesinin bir noktasından diğer

noktasına ücretli olarak yük, posta ve yolcu taşıma faaliyetlerini kendi uhdelelerinde bırakabilecekleri ifade edilmiştir.

Chicago Sözleşmesi'ne göre taraf devletler, hava sahasında yasak alanlar ilan edebilir; hava trafiğinin akışını değiştirebilir. Ancak bu neviden sınırlamaların zabıta ve gümrük, kamu güvenliği, askeri ihtiyaçlar ve kamu sağlığı gerekçelerinden birine dayanması şarttır.

Chicago Sözleşmesi devletlerin egemenliği kuralı doğrultusunda hükümler içermektedir. Ancak sözleşmede taraf devletlerin hava ülkesindeki egemenliğinin dikey irtifa seviyesine ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır. Doktrinde, bu konuya ilişkin ortaya konulan birçok yaklaşım olmasına karşın kanaatimizce bunlar arasında değerlendirilmesi gerekenler, "devletin hava ülkesi üzerinde etkili denetiminin sona erdiği nokta" ve "devletin güvenliğinin gerekli kıldığı nokta" yaklaşımlarıdır. Her iki yaklaşımın amacı birbirine yakındır. Zira bir devletin amacı, güvenliğinin gerekli kıldığı noktalarda etkin denetim sağlamaktır. Bu yönüyle devletlerin dikey hava sahasının, güvenlik kıstası ile sınırlanması yanlış değildir. Ancak güvenlik kriterinin objektif şekilde diğer tüm devletlerce kabul edilecek şekilde belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde, bir devlet kendisine uzay sahasından dahi saldırı gelebileceğini iddia ederek uzayda da belli bölgelerde hak iddia edecektir ki bu durum, hukuki olmaktan uzaktır. Zira devletlerin bahsi geçen şekilde bir yaklaşımı benimsemesi, birçok devletin hava sahasının ihlal edilmesi anlamına gelecektir. O halde güvenlik kriterinin benimsenmesi yanlış olmasa da bazı hallerde muğlaklığa sebep olabilir.

Etkili denetim kriteri de bir kesinlik taşımamaktadır. Zira, her devletin teknolojik imkanlarının gelişmişliği muhtelifdir. Bu açıdan diğer devletlerin, o devletin dikey hava sahası sınırını da önceden bilmesi mümkün olmayacaktır. Bunun yolu yalnızca ilgili devletin kendi dikey hava sahası sınırını ilan etmesidir. Böyle bir durumda da ilgili devlet bunu suistimal ederek, aslında etkili denetim yapabileceği seviyeden daha yüksek bir irtifayı sınır olarak ilan edebilecektir. Neticede, yapılması gereken bu iki kriterin birlikte ele alınması ve bu yolla, objektif ve net bir yeni yaklaşımın ortaya çıkarılmasıdır.

11 Eylül başta olmak üzere sözleşmelerin yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşen terör olayları, güvenlik anlayışının tekrar değerlendirilmesi zorunluluğunu açığa çıkarmış ve bunun sonucunda Uluslararası Sivil Havacılık Teşkilatı (ICAO) tarafından Sözleşme'ye ek

güvenlik önlemleri yürürlüğe sokulmuştur. 2002’de yürürlüğe giren “Güvenlik: Kanunsuz Girişimlere Karşı Uluslararası Sivil Havacılığın Korunması” başlıklı 17 nolu Ek hükümler incelendiğinde egemenlik ilkesinin güvenlik özelinde daha da sıkılaştırıldığı görülmektedir.

Son olarak, Chicago Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi’nin 11, 12 ve 15 nolu Ekleri ile uçuş güvenliği amacıyla Hava trafik denetimi hizmeti, Uçuş bilgi hizmeti, Uyarı hizmeti, Havacılık bilgi hizmeti ve Arama kurtarma hizmetinin taraf devletlerce verileceği ifade edilmiş, bu yönüyle de hava trafiği daha sağlam ve sistemli bir yapıya kavuşturulmuştur.

KAYNAKÇA

- Assembly-35th Session Executive Committee, Aviation Security, http://www.icao.int/Meetings/AMC/MA/Assembly%2035th%20Session/wp071r_en.pdf (24.10.2016).
- Bilsel, Cemil, Milletlerarası Hava Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1948.
- Bozkurt, Enver, Kütükçü, Mehmet Akif ve Poyraz, Yasin, Devletler Hukuku, Nobel Yayınları, Ankara, 2003.
- Cooper, John Cobb, “The Chicago Convention -- After Twenty Years”, 19 U. Miami L. Rev. 333, 1965.
- Diederiks Verschoor, An Introduction To Air Law, Kluwer Law International, Netherlands, 2006.
- Erotokritou, Chrystel, “Sovereignty Over Airspace: International Law, Current Challenges, and Future Developments for Global Aviation”, Inquiries, Social Science, Arts and Humanities, Vol. 4, NO. 05, 2012.
- Kılınç, Salih Uygur, Avrupa Birliği Eurocontrol Sivil Havacılık Düzenlemeleri ve Türkiye, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- The Court of Appeal of England and Wales, Case R, Kibris Turk Hava Yollari & CTA Holidays) v Secretary of State for Transport (Republic of Cyprus), [2009] All ER (D) 295 (Jul). [2009] EWHR 1918.

03.12.1977 tarih ve 16128 sayılı Resmi Gazete.

DEMOKRASİLERDE SİVİL TOPLUMUN ROLÜ

Hayri KESER*
Selin HIŞİM**

Özet

Bu çalışmanın konusu, demokrasilerde sivil toplumun nasıl bir rol üstlendiğidir. Bu çalışmada, öncelikle, demokrasi ve sivil toplum kavramları ayrı ayrı incelenmiştir. Sonrasında ise demokrasi ve sivil toplum ilişkisi genel olarak açıklanmış olup, özelde ülkemiz bakımından demokrasi ve sivil toplumun gelişimi ele alınmıştır. Nihayet, çalışma sırasında edinilen kanaatlere ‘Sonuç’ kısmında yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Demokrasi, sivil toplum, siyasal kültür, demokrasi-sivil toplum ilişkisi.

THE ROLE OF CIVIL SOCIETY IN DEMOCRACY

Abstract

The subject of this article is “the role of civil society in democracy”. In this article, firstly, the concepts of democracy and civil society has separately been examined. Afterwards, it explains the relationship of civil society and democracy. In addition, development of democracy and civil society has been discussed in terms of Turkey. Finally, the conclusions reached in the article are presented in the part of ‘Result’ section.

Keywords: Democracy, civil society, political culture, the relationship between democracy and civil society.

I. DEMOKRASİ VE SİVİL TOPLUM KAVRAMI

A. Demokrasi Kavramı

Demokrasi hemen her kitapta rastladığımız etimolojik tanımıyla, eski Yunancada halk anlamına gelen *demos* ve yönetmek anlamına gelen *kratos* sözlüklerinden oluşmuş *demokratia*, yani halkın yönetimi anlamında kullanılmıştır¹.

* Doç. Dr. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ UYGUN, Oktay; Demokrasi (Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar), On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 10; YILMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Yorum Matbaacılık-Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 1982, s. 111

Demokrasi pek çok ayrıma tabi tutulmakla birlikte, genel olarak iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. Bu ayrım, iki demokrasi teorisinden söz etmektedir. Normatif demokrasi teorisi, sözlük anlamından çıkılarak, ideali yani olması gereken durumu karşılar. Bu teori bakımından demokratik bir rejimden söz edebilmek için, halkın isteklerinin karşılanması gereğinden söz edilebilir. Teorinin temel amacı, iktidar biçimi olarak demokrasinin ikna ediciliğini incelemektedir². Bu idealin varlığı reddedilmemekle birlikte, demokrasiler bakımından bu idealle tanım yapılması doğru görülmemektedir. Diğer demokrasi teorisi ise ampirik demokrasi teorisidir. Ampirik demokrasi teorisi, normatif demokrasi teorisinin aksine ideali değil, bu ideale yaklaşan gerçek demokrasileri temel almaktadır. Olması gereken değil, somut durumda var olan demokrasilere bakmaktadır. Teori, demokratik olarak ifade edilen rejimlerin ortak özelliklerini tespit ederek, bunları ortaya koymaktadır³.

Demokrasi kişisel ve müşterek hürriyetlerin kamusal kurumlarca tanınmasına dayanır. Kişisel ve müşterek hürriyetlerin, yönetenlerin yönetilenlerce serbest seçimler aracılığıyla belirlenmemesi ve kamusal kurumların oluşumuna, değişimine katılımın sağlanmaması durumunda var olamayacağı düşünülmektedir⁴.

Demokrasi üzerine çalışmalarda demokrasinin başkaca birçok ayrıma tabi tutulduğu da görülmektedir. Egemenliğin kullanılması bakımından demokrasinin, doğrudan demokrasi, temsili demokrasi ve yarı doğrudan demokrasi olarak farklı ifadelerinin olduğu söylenebilir. Temelindeki amaca göre ise demokrasinin, klasik (çoğulcu) demokrasi, çoğunlukçu (mutlak) demokrasi, marksist demokrasi, liberal demokrasi,

² **GÖZTEPE**, Ece; “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğulcu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler”, Kamu Hukukçuları Platformu Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5-6 Haziran 2010, s. 143, Normatif demokrasi teorisinde halkın, halk tarafından, halk için yönetilmesi şeklinde ifade edilmektedir.

³ Ampirik demokrasi teorisinin minimum şartları olarak 1. Etkin siyasal makamların seçimle belirlenmesi 2- Seçimlerin düzenli aralıklarla tekrarlanması 3- Seçimlerin serbest olması 4- Birden çok siyasal partinin bulunması 5- Muhalefetin iktidar olma şansının olması 6- Temel kamu haklarının tanınmış ve güvence altına alınmış olması ileri sürülmektedir. **GÖZLER**, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 17. Baskı, Bursa 2014, s. 60-61.

⁴ **TOURAINÉ**, Alain; Demokrasi Nedir? (Çev: Olcay Kunal), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2004, s. 54.

sosyal demokrasi, plebisitçi demokrasi, radikal demokrasi, siber demokrasi, düşük yoğunluklu demokrasi, militan demokrasi, uzlaşmacı demokrasi, delegasyoncu demokrasi, Westminster modeli demokrasi⁵, oydaşmacı demokrasi, koruyucu demokrasi, kalkınmacı demokrasi, plüralist demokrasi, kompleks demokrasi, eleştirel demokrasi, seçkinci demokrasi, endüstriyel demokrasi ve son dönemde üzerinde fazlaca durulan müzakereci demokrasi sayılabilmektedir⁶.

Demokrasi, seçmenlerin oyları neticesinde çoğunluğu sağlayanların yönetimi olarak görülmektedir⁷. Söz konusu çoğunluğun yönetme hakkının mutlak veya sınırlı olup olmaması bakımından iki demokrasi anlayışı mevcuttur.

Çoğunlukçu demokrasi anlayışına göre, devlet yönetimi, halkın çoğunluğunun iradesine göre gerçekleştirilmelidir. Toplumu yönetme hakkı, çoğunluğa aittir. Bu anlayışa göre, çoğunluğun yönetme hakkı mutlak olup, sınırlandırılmamalıdır. Bu nedenle, çoğunluğu kararlarını sınırlandıran çift meclis, azınlık hakları, kuvvetler ayrılığı, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi gibi araçlar da bu anlayışta uygun görülmemektedir⁸. Çoğunlukçu demokraside, alınan kararların muhatapları bakımından, onlar için önemli olan hususların dikkate alınmadan gerçekleştirilmesi ve hatta istekleri ile ters düşen kararların alınması sonucunu doğurabilmektedir⁹.

Çoğulcu demokrasi anlayışına göre de, toplumu çoğunluğun yönetme hakkı vardır. Ancak bu hak mutlak olmayıp, azınlık hak ve hürriyetleri ile sınırlıdır. Azınlığın hakları, çoğunluğun iktidarına karşı korunmalıdır. Bu anlayışta toplum için ortak iyiye, yine toplum içinde gerçekleştirilen özgür münazara ve müzakereler ile ulaşılabilir. Bu

⁵ **LJPHART**, Arend; *Demokrasi Motifleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları* (Çev. Güneş AYAS ve Utku Umut BULSUN), Salyangoz Yayınları, İstanbul 2005, s. 21-37.

⁶ **TUNÇ**, Hasan; "Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s.1117-1124; **SCHMIDT**, Manfred G.; *Demokrasi Kuramlarına Giriş* (Çev: M. Emin KÖKTAŞ), Vadi Yayınları, Ankara 2002, s. 116-205.

⁷ **ÖZBUDUN**, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 15. Bası, Ankara, 2014, s. 91.

⁸ **GÖZLER**, Kemal; *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 7. Baskı, Bursa 2015, s. 94.

⁹ **GÖZTEPE**, s. 161.

sebeple, demokraside bu ortamı yaratacak, çoğunluğun iradesini sınırlandıran kurumların varlığı gereklidir¹⁰. Bu demokrasi anlayışının, uzlaşma kültürüne sahip bir ortama, uzlaşmaya açık bir siyasal iklime ihtiyaç duyduğu belirtilmektedir¹¹. Dolayısıyla çoğunluk yönetimini sınırlandıran hukuki araçlar çoğulcu demokrasi anlayışı ile uyum göstermektedir.

Demokrasi kavramı türlere ayrılmakla ve bahsedilen teorilerle açıklanmaya çalışılmakla birlikte, sürekli daha iyi bir tanım yapmak adına bir uğraş gösterilmiştir. Madison, “Bir demokraside halk bir araya toplanır ve şahsen icraya hükümet eder, bir cumhuriyette ise halk, devlet idaresini kendi temsilcileri ve vekilleri vasıtasıyla sağlar. Bundan dolayı bir demokrasi küçük bir saha ile mahdut kalır, bir cumhuriyet ise daha geniş bir sahaya yayılabilir”¹² demekle temsili demokrasi tanımını cumhuriyet ile karşılaştırarak ifade etmeye çalışmıştır.

Cooper, “Halk için halk hükümeti” deyimini kullanmıştır. Webster ise 1830 yılında senatodaki bir konuşmasında demokrasiyi tarif ederken, “Halk için kurulmuş, halk tarafından kurulmuş ve halka karşı mesul halk hükümeti” ifadelerini dile getirmiştir. Bu tariften daha önceki bir tarihte yine Amerika’da Yüksek Mahkemede, 1819 yılında, mahkeme başkanı John Marshall, ABD Hükümeti için “sureti-katiyede ve hakiki bir halk hükümeti olduğunu, iktidarın halktan geldiğini ve doğrudan halk tarafından ve halk menfaatine olarak istimal edildiğini” söylemiştir¹³.

Protestan vaizi olan Teodor Parker, 1850 yılında “bütün halkın, bütün halk tarafından, bütün halk lehine idaresi” şeklinde bir demokrasi tanımı yapmıştır¹⁴. Bu tanıma benzer olarak 1863 yılında Gettysburg Söylevi’nde Abraham Lincoln, demokrasiyi “halkın, halk tarafından, halk için yönetimi” şeklindeki klasik tanımlamasını yapmıştır¹⁵.

¹⁰ GÖZLER, Genel, s. 264-265.

¹¹ UYGUN, Oktay; “Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tanışmanın Analizi”, Kamu Hukukçuları Platformu Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5-6 Haziran 2010, s. 53.

¹² DAVİES, Powell; İnsanlığın Engin Geleceği (Bir Demokrasi Tanımı), Çev. Hamide Topçuoğlu, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından, S. 107, Kültür Matbaası, Ankara 1957, s. 6-7.

¹³ DAVİES, s.7.

¹⁴ DAVİES, s.7.

¹⁵ UYGUN, s. 174.

Mustafa Kemal Atatürk ise, demokrasiyi tarif ederken “Demokrasi esasına müstenit hükümetlerde, hâkimiyet, halka, halkın ekseriyetine aittir. Demokrasi prensibi, hâkimiyetin millete ait olduğunu, başka yerde olmayacağını iltizam eder. Bu suretle, demokrasi prensibi, siyasi kuvvetin, hâkimiyetin menşesine ve meşruiyetine temas etmektedir”, “Yöneticiler, iktidara saltanat sürmek için değil, millete hizmet için getirilmişlerdir. Ulusa karşı olan görevlerini kötüye kullandıkları takdirde, şu ya da bu biçimde ulusal iradenin kendi haklarında vereceği kararlar karşılığında, ulus tarafından, ulus adına devleti yönetmeye yetkili kılınanlar, gerektiğinde ulusa hesap vermek zorunda olduklarını bilmelidirler.” demektedir¹⁶.

B. Sivil Toplum Kavramı

Sivil toplum, sözlük anlamıyla, devletin denetimi altında olmayan, kararlarını bağımsız olarak vererek toplumsal etkinliklerde bulunan kişiler topluluğu olarak tanımlanmaktadır¹⁷.

Sivil toplum ile devlet arasındaki ilişkiye ilişkin tartışmalar Eski Yunan’a kadar geriye götürülebilmektedir. Aristo, ‘societas civilis’ terimini kullanmış olmakla birlikte, bu kavramı hem toplum hem de devlet karşılığı olarak, örgütlenmiş güç anlamında kullanmıştır¹⁸.

Sivil toplum kavramının günümüzdeki anlamı ile kullanılmaya başlanması, on yedinci yüzyılın sonları ile on sekizinci yüzyılın başlarına rastlamaktadır. Kavram, bu dönemin geleneği, siyasal yapısı ve düzeninde meydana gelen gelişmelerin etkisiyle ortaya çıkmıştır¹⁹.

Siyasal işleve sahip bir kamunun varlığı ilk olarak, on sekizinci yüzyılda, İngiltere’de görülmüştür. Devlet iktidarının kararlarını etkileyerek, taleplerinin karşılık bulmasını isteyen güçler, akıl yürüten kamusal topluluğu araç olarak görmüşlerdir. Bu uygulama ile ilişkili olarak, zümre meclisi modern bir parlamentoya dönüşerek varlığını devam ettirmiştir²⁰.

¹⁶“Demokrasi Üzerine Özlü Sözler”, Derl. Prof. Dr. Coşkun Can Aktan, <http://www.canaktan.org> (20.08.2016).

¹⁷Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://tdk.gov.tr>, (23.08.2016)

¹⁸ DOĞAN, İlyas; Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler, Astana Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 40.

¹⁹ ÇAHA, Ömer; Aşkın Devletten Sivil Topluma, Gendaş Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 23.

²⁰ HABERMAS, Jürgen; Kamusalın Yapısal Dönüşümü, İletişim Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2015, s. 135.

Modern egemenlik kuramının kurucusu olarak bilinen Bodin, egemenliğin bölünmezliği ilkesi ile devletin bütünlüğünün sağlanacağını düşünmüştür. Bu bakımdan Bodin'in sivil toplum anlayışının da, sivil toplum devletin bir parçası olarak görülmektedir. Bodin sivil toplumu devletten bağımsız ve özerk bir alan olarak değil, fakat devletin bir parçası, bir ögesi olarak nitelendirilmiştir²¹.

Hegel ilk kez devlet ve toplum ayrımını yapmış olup, bir yanda sivil toplumun diğer yanda ise siyasal toplumun var olduğundan, siyasal toplumun ötesinde bir sivil toplum alanının varlığından bahsetmektedir²². Ancak Hegel, sivil toplumu modern dünyanın bir getirisi, tarihsel bir dönüşüm sürecinin bir ürünü olarak görmektedir. Sivil toplumda kişiler ihtiyaçlarını karşılamayı hedefler ve birbirlerine ihtiyaç duyarlar²³.

Marks ise Hegel'in aksine siyasal toplum ile sivil toplumun ayrı olmadığını düşünmektedir. Marks'a göre sivil toplum, tüm tarihi dönemlerde var olup, üretici güçler tarafından yönlendirilen sınıf ilişkileri türüdür. Devlet topluma bağımlı olduğundan, devletin sivil toplumca gerçekleştiği düşünülür²⁴.

Sivil toplum, sözlük anlamıyla devletin denetimi altında olmayan, kararlarını bağımsız vererek toplumsal etkinliklerde bulunan kişiler topluluğudur²⁵. Björn Beckman, sivil toplumu “gönüllü, kendi kendini yaratan, büyük ölçüde kendi ayakları üzerinde duran, devletten özerk örgütlü toplumsal yaşam alanı” şeklinde tanımlamaktadır²⁶.

Gramsci, sivil toplumu, sosyal bir gurubun toplumun tümü üzerinde yürüttüğü kültürel bir hegemonya olarak nitelendirmektedir. Devleti ise siyasal bir hegemonya olarak tanımlamaktadır²⁷. Ona göre, sivil toplum ikna, diyalog ve uzlaşmaya dayanmaktadır. Oysa Devlet ve siyasi otoriteler, denetim gücü, yaptırım ve baskı araçları ile kendini topluma dayatma

²¹ DOĞAN, s. 92-93.

²² ÇAHA, s. 29-32

²³ DOĞAN, s. 153.

²⁴ DOĞAN, s. 207-209.

²⁵ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://tdk.gov.tr>, (23.08.2016)

²⁶ BECKMAN, Björn; “Demokrasiyi Açıklamak: Sivil Toplum Kavramı Üzerine Notlar”, (Ed. E. Özdalga, S. Persson), Sivil Toplum, Demokrasi ve İslam Dünyası, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 1998, s. 1-10'dan Aktaran ARSLAN, Seyfettin; “Demokrasi Bağlamında Sosyal Sermaye ve Sivil Toplum İlişkisi”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. IX, Y. 2012, S. 20, s. 51.

²⁷ ÇAHA, s. 38-39.

düşüncesine dayanmaktadır²⁸. Gramsci'nin tespitine göre, doğu dünyasında devlet o derece önemlidir ki, bir yandan devletin izin vermemesi diğer yandan sosyal ve ekonomik duruma uygun şartları sağlamaması nedeniyle sivil toplum gelişme gösterememiştir. Batı dünyasında ise, devletin, sivil toplum ile devlet arasında dengeli bir ilişki alanını kapsadığı, yine sivil toplum dışındaki alanın devleti ifade ettiğini, sivil toplumun özerkliğini sınırlayan bir organizasyon olarak görülmektedir²⁹.

Locke'a göre sivil toplum, kişilerin rasyonel tercihlerin kamu politikasına yansımaları ifade etmektedir. Kişilerin rasyonel tercihlerinin kamusal alanda devlete kadar ulaşması ile politikalar belirlenmektedir. Locke, genel irade ilkesini, sosyal gruplar nezdinde parçalara ayırarak, iktidar dışında bir alan oluşturmuştur³⁰.

Habermas' a göre de sivil toplum, "yurttaşların bir araya gelerek gruplar oluşturmaları, devletin etki ve ekonomi alanının dışında gönüllü olarak bir araya gelen sosyal ilişkilerde üretilen ve oluşturulan iletişim yapıları"dır³¹. Habermas sivil toplum için, "toplumsal sorunların özel yaşam alanlarında doğurduğu yankıyı kaydederek yoğunlaştırır ve yüksek sesle siyasi kamuoyuna aktarırlar" demektedir³². Sivil toplumun kurumsal çekirdeğini ise, toplumu ilgilendiren sorunların çözümüne yönelik tartışmaları ve kamusal alanlar çerçevesinde kurumsallaştıracak yapıları ise, "kiliselerden, kültür derneklerinden ve akademilerden bağımsız medyaya, spor ve boş zaman derneklerine, tartışma kulüplerine, vatandaş forumlarına ve yurttaş inisiyatiflerinden meslek birliklerine, siyasal partilere, sendikalara ve alternatif kurumlara dek uzanan devlet dışı ve ekonomi dışı gönüllü birliktelikler" oluşturmaktadır³³.

²⁸ LEARS, Jackson; "The Concept of Cultural Hegemony", Antonio Gramsci: Intellectual and Political Context, Critical Assessments of Leading Political Philosophers (Ed. James MARTİN), Vol. 1, Taylor and Francis Publishing, Newyork 2002, s. 324-325.

²⁹ DOĞAN, s. 249-250.

³⁰ ÇAHA, s. 46.

³¹ DOĞAN, s. 307.

³² HABERMAS, Jürgen; Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1992'den Aktaran EMBACHER, Serge; Avrupa'da Sivil Toplum ve Sosyal Demokrasi Güncel Gelişmeler ve Normatif Perspektifler, s. 2, library.fes.de/pdf-files/bueros/tuerkei/08060.pdf, (17.08.2016).

³³ HABERMAS, s. 52.

Keyman'a göre sivil toplum, "toplumsal sorunlara etkili ve uzun dönemli çözüm bulma sürecine aktif olarak katılan ve bu temelde de siyasi aktörleri bu çözümleri yaşama geçirecek politikalar üretmeye yönlendirmek için çalışan farklı gönüllü örgütlerin devlet denetimi dışında kurduğu ortak alan"dır³⁴. Bu ortak alan, kişilerin kendi kaderlerini belirleyebildiği, kişilerinin katılımının yaygın olduğu, kişi hürriyetlerinin en yüksek düzeyde sağlanmasının amaçlandığı demokratik bir toplum alanıdır³⁵. Bu bakımdan sivil toplumun gerçekleşmesi için demokratik bir toplumun var olması öncelikli şart olarak görülmektedir.

Sivil toplum, öncelikle sivil alanda faaliyet göstermektedir. Bu alanda var olan gönüllü örgütler, sendikalar, dernekler, hükümet-dışı kuruluşlar, sosyal hareketler ve düşünce platformlarından meydana gelmekte olup, toplumun her kesimini kapsamayı amaçlamaktadır. Sivil toplum ile hukuk veya salt kişilerin gündelik ihtiyaçlarının sağlanması amaçlanmamakta; dinsel, ahlaki ve entelektüel hayatı kapsayan daha geniş bir alan kastedilmektedir³⁶.

Keane toplumsal birliklere, toplumsal eşitliğin ve hürriyetlerin genişletilmesini sağlama ve devletin yeniden yapılandırılarak demokratikleştirilmesini gerçekleştirme işlevi yüklemektedir³⁷.

Sivil toplum, örgütlü toplumu ifade etmektedir. Kişiler, devlet içinde, sosyal, ekonomik yahut siyasal konulardaki amaçları için örgütlenerek, çeşitli gruplar oluşturmaktadır. İşbu gruplar, ortak menfaatlerinin korunması ya da başka amaçlarla kurulabilmektedir³⁸. Kişiler tek başlarına düşüncelerini siyasi otoritelerin uygulama ve kararlarına karşı bir duruş gösterememekle birlikte, örgütlendikleri takdirde verilen yahut verilecek olan kararlara karşı tepkilerini gösterebilmektedir. Örgütlenerek seslerini duyurmakta ve hatta siyasi

³⁴KEYMAN, E. Fuat; "Avrupa'da ve Türkiye'de Sivil Toplum", <http://www.siviltoplunakademisi.org.tr>, (9.8.2016).

³⁵ÇAHA, Ömer; "İslam ve Sivil Toplum", İslam, Sivil Toplum, Piyasa Ekonomisi, Liberte Yayınları, Ankara 1999, s. 116.

³⁶ULUÇ, A. Vahap; "Türkiye'de Sivil Toplum ve Demokrasi İlişkisi", Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. XIV, Y.2013, S. 1, s. 401.

³⁷HABERMAS, s. 52.

³⁸KAPANİ, Münci; Kamu Hürriyetleri, Yetkin Basımevi, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 271.

otoritelerin kararlarını etkileyebilmektedir³⁹. Devletin de, faaliyetlerini gerçekleştirirken, bu grupların ve örgütlenmelerin haklı isteklerini göz önüne alması gerekmektedir⁴⁰.

Sivil toplumun, Batı ülkelerindeki gibi gelişebilmesi için bir ülkede iki temel unsurun sağlanmış olması ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki hukuk devleti ilkesinin varlığıdır. İkincisi ise devlet iktidarının gerçek anlamında sınırlandırılması yani sınırlı devletin gerçekleşmesidir⁴¹.

Hukuk devleti ilkesine kısaca hukukla kuşatılmış devlet denebilir. Bu ilke, kişilere temel hak ve hürriyetlerinin tanınması ve tanınan hakların uygulanmasında eşitliği ihtiva etmektedir. Yani hukukun eşit ve güvenceli uygulanmasını temin etmeyi amaçlamaktadır. Devletin sınırlı olması ise, devletin toplumsal kesimlere bırakamayacağı konularda faaliyet alanını sınırlaması, toplumsal kesimlere de bunun dışında faaliyet alanı tanınması olarak görülmektedir⁴². Ayrıca, özerk zorlama araçlarını kontrolü altında tutan iktidarların, kamu politikalarından kopuk kalmaları oranında demokratikleşmelerinin olanaksızlığı ifade edilmektedir⁴³. Bu doğrultuda demokratik bir ülkede, kamuoyunun oluşmasını sağlayacak olanak ve araçların var olması gerekir. Kamuoyunun oluşması için öncelikle ülkedeki iletişim kanallarının açık olması ve haberleşme hürriyetinin sağlanmış olması gerekir. Ülkede gerçekleşen olaylar ve bunların neticeleri hakkında serbestçe düşünme, yorum ve eleştiride bulunabilme imkânlarının da mevcut olması gerekmektedir. Kamuoyu ancak düşüncelerin, farklı fikirlerin, yorumların açıkça ortaya konulabildiği ve serbestçe tartışılabildiği bir ortamda gelişebilir. Bu bakımdan kamuoyunun temelinde düşünce ve ifade hürriyeti önemli bir yer tutmaktadır⁴⁴. Bu bakımdan, kişi hürriyeti ve güvenliğinin, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme, dernek kurma, sendika kurma gibi 1982 Anayasasında da güvence altına alınmış haklar kamuoyunun belirlenmesi bakımından belirleyici bir rol oynamaktadır⁴⁵.

³⁹ **ATAR**, Yavuz; “Çağdaş Demokrasinin Siyasal Boyutu: Türkiye’de Demokratikleşme ve Anti-Demokratikleşme Gösterileri”, Yeni Türkiye Dergisi, Y. 1997, S. 17, s. 90’dan Aktaran **ULUÇ**, s. 402.

⁴⁰ **KAPANİ**, s. 271.

⁴¹ **ÇAHA**, s. 58.

⁴² **ÇAHA**, s. 59-60.

⁴³ **TİLLY**, Charles; Demokrasi, Phoenix Yayınevi, Ankara 2011, s.132.

⁴⁴ **KAPANİ**, s. 267.

⁴⁵ **KAPANİ**, s. 267.

Günümüz koşullarında, siyasete ve siyasal iktidarlara karşı güvensizliğin arttığı ileri sürülmektedir. Çevre sorunları, kadın hakları, patent haklarında reform yapılması talepleriyle ortaya çıkan hareketler, belirli bazı sorunlar etrafında örgütlenen çıkar grupları ve yakın dönemde İsveç ve Almanya’da siyasi parti olmaksızın bir hareketi ifade eden Korsanlar Partisi gibi oluşumlar bu güvensizliğin artması ile orantılı olarak siyasi hayata doğrudan katılım yollarının sağlanmasını talep etmektedir⁴⁶.

Bahsi geçen ülkelerdeki hareketlere benzer hareketler Türkiye’de de görülmektedir. Türkiye’de siyanürle altın aranmasına karşı çıkan Bergama köylülerinin mücadelesi kamuoyunda destek bulmuştu. Son yıllarda özellikle kadın cinayetlerinin artması dolayısıyla kadın cinayetlerine karşı sivil toplum örgütleri ve oluşturulan platformlarla⁴⁷ halkın ve siyasi iktidarın gerekli önlemleri alması bakımından dikkat çekici olmuştur. Yine kurulacak hidroelektrik ve nükleer santrallere karşı çevreye verilen zararın önlenmesine yönelik girişimler⁴⁸ ve hak mücadeleleri de dikkat çekmektedir⁴⁹. Söz konusu hareketlerin hemen hepsinin ortak yönünü, vatandaşlarının siyasi arenada göz ardı edildikleri ve çıkarlarının yeterince temsil edilemediği düşüncelerinin rol oynadığı söylenebilir⁵⁰.

⁴⁶ÇELEBİ, Aykut; “Doğrudan Demokrasi ya da Temsili Hükümet Modelinin Demokratikleştirilmesi Üzerine”, Demokratik Anayasa (Haz. Ece GÖZTEPE ve Aykut ÇELEBİ), İstanbul 2012, s. 468.

⁴⁷Kadına karşı şiddet ve kadın cinayetlerinin önlenmesine ilişkin pek çok hareket söz konusu olmakla birlikte “Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu”(https://www.kadincinayetleridurduracagiz.net/), “Kadın Hakları Platformu”(http://kadinhaklari.org/), “Kadın Haklarını Koruma Derneği”(http://kadinhaklarinikorumader.org/), “Kadın ve Demokrasi Derneği”(http://kadem.org.tr/), “Mor Çatı Kadın Sığınma Vakfı”(https://www.morcati.org.tr/tr/) sayılabilmektedir.

⁴⁸Fosil Yakıt Karşıtı İnisyatifi, Derelerin Kardeşliği Platformu (derelerinkardesligi.org), GreenPeace(greenpeace.org) ve termik santrale karşı Bakırçay İnisyatifi bu konu üzerine çalışan sivil toplum örgütlerinden sayılabilir.

⁴⁹ÇELEBİ, s. 468.

⁵⁰MERKEL, Wolfgang; “Volksabstimmungen: Illusion und Realität”, Aus Politik und Zeitgeschichte, C. 61(44-45), s. 47’den Aktaran ÇELEBİ, s.468.

II. DEMOKRASİ VE SİVİL TOPLUM İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Günümüzde devletler meşruluğunu yalnızca temel hak ve hürriyetleri güvence altına almakla tesis edememektedir. Devletin meşruluğunu elde edebilmek için toplum içindeki farklılık taleplerine, azınlık isteklerine cevap verebilir durumda olması da gerekmektedir⁵¹.

Tilly, ‘Demokrasi’ isimli kitabında *güven ağları* kavramından bahsetmektedir. Ona göre, güven ağları, “kollara ayrılmış kişiler arası bağlantıları içeren, esas olarak güçlü bağlardan mürekkep, içinde insanlığın değerli, önemli, uzun vadeli kaynakları ve girişimleri, ötekilerin suiistimali, hataları ya da başarısızlıkları karşısında riske attığı ağlardır⁵²”. Ağdaki kişiler arasında bir bağlantı kabul edilmiş olup, bunlar arasında etnik, dini, sosyal, kültürel, siyasal bir bağ olabileceği düşünülmüştür. Farklı kişilerin, grupların ya da yapıların arasındaki birbirlerini dikkate almayı teşvik eden ilişkilerden bahsetmektedir⁵³.

Demokrasilerin, varlığı kabul edilen bu güven ağları ile kamusal politikaların kısmen bütünleşmesini zaruri olarak başarmış olduğu görülmektedir. Aksi takdirde kolektif taleplerinin karşılıksız kaldığı, kamu politikalarına yansımadığını gören vatandaşların, bir süre sonra politika veya çözüm üretmede heveslerini kaybedecekleri, ancak toplumsal ilişkilerini politik müdahaleden korumak için ise kısıktırılmış duruma gelecekleri düşünülmektedir⁵⁴.

Halkın iradesine dayalı temsili demokrasilerde, kararların halk tarafından seçilen temsilciler, milletvekilleri tarafından alınması günümüzde zaruret olarak görülmektedir⁵⁵. Ancak demokrasi sadece düzenli aralıklarla seçimlerin yapılması ile temsilcilerin belirlenmesinden ibaret değildir. Demokrasiyi salt seçimlerin gerçekleştirilmesinden ibaret gören elitist yaklaşım⁵⁶ bir yana, katılımcı demokrasi, vatandaşların siyasi süreçlere sürekli olarak katılımının gerekliliğini vurgulamaktadır.

⁵¹KEYMAN, E. Fuat; “Kamusal Alana ve Cumhuriyetçi Liberalizm”, Türkiye’de Demokrasi Sorunu, Doğu-Batı Dergisi, Y. 2, S. 5, s. 58-59.

⁵²TİLLY, s. 145-146.

⁵³TİLLY, s. 149.

⁵⁴TİLLY, s. 151.

⁵⁵HEWLETT, Nick; Democracy in Modern France, Continuum International Publishing Group, Newyork 2005, s. 1-8.

⁵⁶UYGUN, s. 190.

Demokrasi için seçim dönemlerinin dışında da gösteri ve yürüyüş hakkını kullanarak, protesto ve diğer etkinlikler ile siyasal etkinlikte bulunmak gerekli görülmektedir. Zira demokrasi siyasal etkinlik hissiyatının var olduğu siyasal bir kültürü de gerektirmektedir⁵⁷.

Ampirik demokrasi teorisine göre demokratik bir devletten söz edebilmesi için, öncelikle etkin siyasi makamların seçimle iş başına gelmesi ve birden çok partinin katıldığı serbest seçimlerin düzenli aralıklarla tekrarlanması gerekmektedir. Ayrıca muhalefetin iktidar olma şansının mevcut olması ve temel kamu haklarının tanınmış ve güvence altına alınmış olmasına gereksinim duyulmaktadır⁵⁸. Bunlara ek olarak açık toplum, açık yönetim ve sivil toplumun varlığının da eklenmesinin gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁹. Günümüzde özellikle sivil toplumun varlığı demokrasinin zaruri şartı olarak görülmektedir.

Sivil toplumun ideal anlamda varlığı için toplumda bulunması gereken bir takım koşullara ihtiyaç duyulmaktadır. Öncelikle toplumda bir takım kültürel, dinsel, ideolojik, etnik, cinsiyete dayalı farklılaşma var olmalıdır. Toplumsal yaşayıştaki bu farklılıklar tek tipleştirilmeye uğraşılmamalıdır⁶⁰. İkinci olarak bu alanlarda politika üretebilecek bir sosyal örgütlenmenin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu örgütlenme gönüllü gerçekleşmeli ve miting, protesto, yürüyüş gibi siyasi faaliyetlerle baskı mekanizmasını işletmeleri gerekmektedir. Bunun gerçekleşebilmesi için de devlet kontrolü dışında alanların olması, örgütlenmenin faaliyetlerini ve kendi politikalarını serbestçe belirledebilmelidir.

Sivil toplumun varlığından ve gerçekliğinden bahsedebilmesi için demokratik bir toplumun gerekliliğini belirtmiştik. Sivil toplum için yine devletin, hukuk devleti olması yani hukukla sınırlanmış ve temel hak ve hürriyetleri tanıyan bir yapıyı kurması gerekmektedir⁶¹. Siyasal işlev gören bir kamunun varlığı, hukuk devleti ilkesini, temel hak ve hürriyetlerin tanınmasının yanı sıra, halkın özgürlüğe alışık bir siyasal kültüre sahip olması da gerekmektedir⁶².

⁵⁷ ULUÇ, s. 404.

⁵⁸ GÖZLER, Türk, s. 61-63.

⁵⁹ ERDOĞAN, Mustafa; Anayasal Demokrasi, Siyasal Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2015, s. 287-312.

⁶⁰ ULUÇ, s. 402.

⁶¹ ÇAHA, s. 58-60.

⁶² HABERMAS, s. 51.

Demokratik devletin önemli özelliklerinden birisi de, ideolojik yönden tarafsız olmasıdır. Bu durumda devlet vatandaşlarına kendi dünya görüşlerince yaşama olanağı sağlamaktadır. Günümüzde modern toplumlarda farklı ideolojiler ve yaşam tarzlarının varlık gösterebildiği görülmektedir. Demokrasi, kuvvetler ayrılığını, kişisel hakların koruma altında olmasını ve özel hayatın güvence altına alınmasını ve korunmasını sağlamalıdır. Ayrıca düşüncelerin ve menfaatlerin çeşitliliğini kabul etmelidir. Düşünce çeşitliliğine saygı duyulmalıdır. Bu durum demokratik yönetimlerin çoğunluğun azınlık görüş ve düşüncelerine baskı kurmaması anlamına geldiği hususunda bir fikir oluşturmaktadır⁶³.

Sivil topluma karşı devlet, hukuk devleti ilkesi ile hareket etmelidir. Ancak bunun yanında sivil topluma serbest hareket edebileceği bir alan tanınmalı, sivil toplum devlet karşısında özerk bir kimliğe sahip olmalıdır. Bu sivil toplum kuruluşlarının özgürce hareket edebilmesi ve politikalarını sürdürmesi için önemli görülmektedir. Buradaki özgürlük alanı politik hareket olduğu kadar, ekonomik anlamda da gerçekleşmelidir. Zira devlet yardımlarına bağımlı durumda olan, devlet tarafından sağlanan ödenek ve yardımlarla faaliyette bulunan sivil toplum örgütlenmeleri sivil toplum tanımına çok uygun düşmemektedir⁶⁴. Sivil toplum örgütlenmesi, demokrasinin de pekiştirilmesi bakımından devleti tanımalı ancak özerkliğini kaybetmeden devlet ile ilişkisini sürdürmelidir⁶⁵.

Demokrasi ve sivil toplum ilişkisini açıklamak bakımından demokrasi türlerinden müzakereci demokrasi kavramını ayrıca ele almak faydalı olacaktır. Müzakereci demokrasi anlayışı, devletin kurumlarının oluşturulmasında, kararların alınmasında ve her türlü problemlerin çözüme kavuşturulmasında karşılıklı görüşmeyi yani müzakere etmeyi ve katılımı esas gören bir yaklaşımdır⁶⁶.

⁶³ **BAYHAN**, Vehbi; “Demokrasi ve Sivil Toplum Örgütlerinin Engelleri: Patronaj ve Nepotizm”, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. XXVI, Y. 2002, S. 1, s. 2.

⁶⁴ **ULUÇ**, s. 401-402.

⁶⁵ **YILDIRIM**, İbrahim; Demokrasi, Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim, Ankara 2004, s. 107-108’den Aktaran **USTA**, Sefa/**AKINCI**, Abdülvahap; “Müzakereci Demokrasilerde Sivil Toplum Kuruluşlarının Rolü”, Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, C. VIII, Y. 2012, S. 2, s. 92; **ÇAHA**, s. 64.

⁶⁶ **DERDİMAN**, R. Cengiz; Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni, Alfa Aktüel Yayınevi, Bursa 2006, s. 117.

Günümüz koşullarında liberal demokrasi, karşılaşılan toplumsal sorunların çözümünde yetersiz görülmektedir. Alınan kararlardaki meşruiyet sıkıntısı yarattığı düşüncesinin, alternatif olarak müzakereci demokrasi modelini öne çıkardığı düşünülmektedir. Liberal demokrasinin, kaynakların dengeli dağıtımı, azınlık hakları, artan suç oranına karşı tedbir alınması, cinsiyete dayalı ayrımcılık konusu ve etnik farklılıklardan kaynaklı sorunlara çözüm üretmediği, temsilcilerin bakış açıları ile vatandaşların bakış açılarının farklılık gösterdiği ve seçim dışında vatandaşların kendileri adına alınan kararlara etkilerinin oldukça az olduğu, seçimler sonucu çoğunluk sağlayamamış farklı görüş ve eğilimdeki kişi gruplarının siyasal sürecin dışında bırakıldığı be nedenlerle demokrasinin aksadığından bahsedilmektedir⁶⁷.

Eleştirilen liberal demokrasi anlayışına alternatif olarak görülen müzakereci demokrasi, sorunların kamuya açık olarak tartışıldığı, vatandaşların sorunlar hakkında bilgilendirildiği ve toplumla ilgili fikirlerini ileri sürerek siyasal süreçlere dâhil edilebileceği bir model olduğu ifade edilmektedir⁶⁸. Bu model vatandaşların aktif olarak siyasal karar alma sürecine dahil olması gereğini öne sürmekteyse de, sivil toplumun liberal demokratik prensibe dayandığını da kabul etmektedir. Sivil toplum ve siyasal kurumların çeşitli güçlerin istismarına uğradığı düşünülmektedir. Bu yaklaşım bakımından sivil toplumun tercihleri siyasal yapının dışında fakat ona uzak da değildir⁶⁹.

Müzakereci demokrasi açısından ise her türlü görüşün müzakerelere katılımı arzulanmakta olup, bu görüşlerin sivil toplum örgütlerince öne sürülmesi düşünülmektedir. Sivil toplum kuruluşları görüşleri ileri sürecektir olup, devlet yalnızca müzakerecinin sınırlarını belirleyecektir⁷⁰. Müzakereci demokrasi ile sivil toplum, diyalog, kamu adına ortak iyi ve konsensüs kavramları açısından bir araya gelmekte ve buluşmaktadırlar. Vatandaşların ortak menfaatlerine ulaşması gayesi ile tartışarak uzlaşma

⁶⁷ **SİTEMBÖLÜKBAŞI**, Şaban; “Liberal Demokrasinin Çıkılmazlarına Çözüm Olarak Müzakereci Demokrasi”, Akdeniz İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2005, S. 10, s. 139-142; **TUNÇ**, s. 1124-1125.

⁶⁸ **SİTEMBÖLÜKBAŞI**, s. 145; **TUNÇ**, s. 1125.

⁶⁹ **SİTEMBÖLÜKBAŞI**, s. 141.

⁷⁰ **TOSUN**, Gülgün; “Türkiye’de Devlet-Sivil Toplum İlişkisi Bağlamında Demokrasinin Pekişmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım”, Ege Akademik Bakış Dergisi, C. I, Y. 2001, S. 1, s. 229, <http://www.onlinedergi.com/eab/>, (27.08.2016).

sağlamaları bakımından sivil toplum kuruluşlarının rolü göz ardı edilmemelidir⁷¹.

Müzakereci demokrasi anlayışı, toplumu oluşturan kişilerin görüşlerinin ortaya konması ve karşılıklı görüşme ile kararların alınması bakımından ideal bir model olarak görülmektedir. Ancak günümüz koşullarına bakıldığında hâlihazırda yoğun olan ve sürekli olarak artan nüfus, bu nüfusun ihtiyaçları ve küreselleşmenin kendiliğinden getirdiği sorunlar düşünüldüğünde modelin uygulama kabiliyeti olmadığı da ileri sürülmektedir⁷².

Modern demokrasiler, demokrasiyi seçimlere indirgeyerek vatandaşların sorumluluğunu salt 3-5 yılda bir gerçekleştirilen seçimlere katılım olarak değerlendirmektedir. Bu da günümüzde sosyal ve siyasal sorunlara ilgi duymayan bir vatandaş modelini ortaya çıkarmaktadır. Vatandaşlık bu bakımdan sürekli bir kimlikten ziyade sadece seçim zamanı alınan bir kimlik olarak görülmektedir. Sadece seçimlere katılım ile kişinin kendisini sorumlu bir vatandaş olarak görülmemelidir⁷³.

Vatandaşlık kimliğinin sürekli ve ciddi anlamda duyumsanabilmesi için, önemli konularda vatandaşların kararlara katılımı sağlanmalıdır. Halkoylaması gibi yarı doğrudan demokrasi kurumları ile vatandaşın siyasete ve sosyal sorunlara ilgisi sağlanmalıdır. Vatandaşların da siyasi, sosyal ve ekonomik kurumlara ve örgütlenmelere katılımı özendirilmelidir. Bu durum kişiler için psikolojik bir ihtiyaçtır. Katılım, bilinçli, sorumlu ve akılcı bir kişilik için zaruret teşkil etmektedir⁷⁴.

Yine sivil toplum, özerk grup faaliyetleri aracılığıyla gerçekleştirilen işbirliği ve fikir alışverişi olarak da nitelendirilebilir. Bu bakımdan sivil toplum, idari anlamda, kişi ve devlet arasında uyumsuzlukları çözmeye ve üyelerinin davranışlarını devletin yaptırım gücü kullanılmadan kontrol etmeye ehil bir ara tabaka oluşturmaktadır. Bu tabaka ayrıca toplumsal sorunlara barışçıl çözüm getirmek noktasında teşvik edilmelidir⁷⁵.

⁷¹ USTA/AKINCI, s. 92.

⁷² TUNÇ, s. 1130.

⁷³ UYGUN, s. 192.

⁷⁴ UYGUN, s. 193.

⁷⁵ SCHMITTER, Philippe C/KARL, Terry Lynn; "Demokrasi Nedir..Ne Değildir", Demokrasinin Küresel Yükselişi(Derl. Larry DIAMOND ve Marc F. PLATTNER), Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s.71.

B. Türkiye Bakımından Demokrasi ve Sivil Toplum İlişkisi

Batı Avrupa’da yaşanan gelişmeler sivil toplumun varlığı için demokrasinin varlığı, demokrasinin varlığı için de sivil toplumun varlığının zaruri olduğunu gözler önüne sermektedir. Liberal düşünce ve değerlerin var olduğu Batı Avrupa ülkelerinde demokrasi ve sivil toplum birlikte gelişme göstermiştir. Sosyalist düşüncenin yer aldığı Doğu Avrupa ülkelerinde ise sivil toplum da demokrasi de gelişme gösterememiş, ancak 1980’den sonra özgürlükçü değerlerin etkisi ile bu ülkelerde sivil toplum oluşumuna özen gösterilmiştir. Türkiye bakımından ise Batı Avrupa ülkelerine benzer olarak, sivil toplum ve demokrasi birlikte gelişme gösterme sürecini başlatmıştır. Sivil toplum örgütlenmeleri Türkiye’nin demokratikleşmesine katkı sağlarken, demokratikleşme süreçleri ile sivil topluma gelişme olanakları tanınmıştır.

Osmanlı devletinde sivil toplum unsurları, ekonomik, kültürel yahut idari olarak merkeze bağlı kalmıştır. Bu bakımdan, devlet otoritesi karşısında yer alan ve nispi özerkliğe sahip sivil toplumun varlığını Osmanlı Devleti döneminde tam olarak görememekteyiz. Ancak Sivil toplumun varlığına ilişkin Halil İnalcık, Osmanlı Devletinde dört farklı sosyal grubun varlığını ifade etmektedir. Bunlar kalem ve kılıç ehli ile çiftçi ve vergi memurları olarak sayılmaktadır⁷⁶.

Cumhuriyetin ilanından sonra, özellikle tek parti döneminde, ülkenin siyasal yapısına bakıldığında, entelektüel-bürokratla özdeşleşmiş olan devletçi elitin siyasal kurumlardaki hâkimiyetine rastlanmaktadır. Bu kesimin, kendi referanslarını başlangıç kabul ederek, yeni kurulan devlette ortak iyiyi toplum adına sunmuştur. Bu dönemde öncelikli sorunun yeni bir ulusal kimlik yaratılması olduğu, bu sifirdan oluşturulmak istenen ulusal kimliğe engel görülen her konunun göz ardı edildiği ve yaratılmak istenen ulusal kimliğin dışındaki tüm kimlikler dışlanmıştır. Etnik, dinsel, sınıfsal, cinsel, kültürel tüm sosyolojik sınıfların bu dönemde bir kenara itilmesi işte bu politik gelişmenin bir sonucudur⁷⁷.

1961 Anayasası, özgürlükçü yapısı ile pek çok temel hak ve hürriyeti tanımış ve koruma altına almıştır. Ayrıca, kişilerin örgütlenmesine olanak sağlamıştır. Ancak anayasal yapı, bürokratik kurumlara egemenliklerini devam ettirebilecekleri bir takım dokunulmaz

⁷⁶ ÇAHA, s. 158-161.

⁷⁷ ÇAHA, s. 188-189, 193.

alan tanıyarak, millet egemenliğine hukuki ve siyasi sınırlamalar da getirmiştir⁷⁸. 1961 Anayasasının getirdiği özgürlükçü ortam uzun sürmemiş ve 12 Mart 1971 tarihinde gerçekleştirilen askeri müdahale ile hürriyetlere getirilebilecek sınırlama sebepleri artırılmıştır⁷⁹. Muhtıra sonrası anayasada yapılan değişiklikler ile yürütme güçlendirilmiş, yargı denetimine bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Bu dönemde temel hak ve hürriyetlere de bir takım sınırlamalar getirilmiş olup, bütün hak ve hürriyetler bakımından genel bir sınırlama hükmü getirilmesi yanında özellikle devlet memurlarının sendika kurma hakkının ortadan kaldırılmasının konumuz bakımından önem taşımaktadır⁸⁰.

Cumhuriyetin kuruluşundan 1980 askeri müdahalesi dönemine kadar genel olarak devletin otoriter anlayışı hüküm sürmüştür. Ancak 1961 askeri müdahalesinden sonra ikinci askeri müdahaleye kadar geçen yirmi yıl içinde ülkemizdeki demokratik oluşumlar gelişmiştir. 1961 Anayasası ile tanınan hürriyetlerin alanı genişletilmiş olup, kişilerin siyasi tercih olanakları artmıştır. Gönüllü örgütlenmeler artmış olup, kişilerin kendini ifade etmesinin yolu açılmıştır. İşçi sendikalarının varlığı ve işçilerin haklarının savunulmasındaki konumunun vazgeçilmez oluşu toplum nezdinde genel kabul görmüştür. Sağ ve sol gruplarca pek çok dernek kurulmuştur⁸¹.

24 Ocak 1980 tarihinde, dönemin hükümeti⁸² “24 Ocak Kararları” olarak anılan mevcut ekonomik sistemi piyasa ekonomisine çeviren bir takım kararlar alınmıştır. Bu kararların alınması ile başlayan süreçte ekonomide ciddi bir canlanma olmuştur. Ancak bu süreç şahsileşme ve geleneksel toplum kalıplarının da çözülmesini beraberinde getirmiştir. Bu gelişmeler neticesinde 1980’lerin ortalarından başlayarak liberalleşenin

⁷⁸ **KALAYCIOĞLU**, Ersin; “1960 Sonrası Türk Politik Hayatına Bir Bakış: Demokrasi Neo-Patrimonyalizm ve İstikrar”, Türkiye’de Politik Değişim ve Modernleşme, Ersin **KALAYCIOĞLU** ve Ali Yaşar **SARIBAY** (Ed.), İstanbul 2007, s. 471-500’den Aktaran **ULUÇ**, s. 408.

⁷⁹ **ÖZBUDUN**, s.47.

⁸⁰ **ÖZBUDUN**; s. 47; **TANÖR**, Bülent/**YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi; 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım, 8. Bası, İstanbul 2006, s.14.

⁸¹ **ULUÇ**, s. 409.

⁸² 14 Ekim 1979 Ara Seçimlerini Adalet Partisi kazanmış olup, seçim neticesinde 42. Hükümet düşmüş ve 43. Hükümet yani Demirel Hükümeti kurulmuştur. Seçim sonuçları için bkz. <http://www.tesav.org.tr/eskisite/1979.htm>, (25.08.2016).

etkisi ile sivil toplum ve toplumsal etkinlikler değer olarak görülmeye başlanmıştır⁸³.

1980 Anayasasının başlangıç kısmının ilk halinde “Hiçbir düşünce ve mülahazanın” koruma görmeyeceği söylenirken, ilgili kısım “faaliyetler” olarak değiştirilmiştir. Anayasada yapılan değişikliklerle birlikte, kolektif hak ve hürriyetler ile ilgili olarak, dernek, sendika, kooperatif, vakıf ve meslek kuruluşları ile alakalı kısıtlamalar ve işbirliği yasakları kaldırılmış, kamu personelinin sendikal hakları tanınmıştır. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri hususunda mülki amirlere tanınan erteleme ve yasaklama yetkileri geri alınmıştır⁸⁴. 1980 müdahalesinin sonrasında, farklı nitelikteki sivil toplum oluşumları kamusal alanda örgütlenmeye başlamıştır. Ekonomi, insan hakları alanındaki örgütlenmelerin yanında, çevreci hareketler ile kadın hareketleri ve savaş karşıtı hareketler kendini göstermiştir. Yeni bir takım toplumsal hareketler ile dini gruplar, örgütlenerek kendi politikalarını üretmiş, kamuoyu baskısı oluşturmuştur⁸⁵.

Feminist hareketler, aile içi şiddet, aile içi iktidar, ailedeki eşit olmayan işbölümü gibi kadınlara ait sorunları toplumun ve siyasetçilerin önüne sunmuştur. Siyasi parti ve siyasal iktidarların bu konularda politika geliştirmesini sağlayacak kamuoyu baskısını oluşturmuştur. İnsan hakları kuruluşları, hak ihlallerine karşı uluslararası kuruluşlar ile birlikte çalışarak siyasal iktidarın politikalarını etkileyecek kuvvete ulaşmıştır. Çevreci örgütlenmeler, çevre sorunları hakkında tedirginliklerini ifade edebilmekte, topluma ve devlete karşı sesini duyurabilmektedir. Çevre kirliliğine sebep olan faaliyetlere, termik santral kurulması, maden çıkarılması nedeniyle doğaya verilen zararlar ile ilgili uluslararası örgütlerin işbirliği ile hükümetin çevre politikaları üzerinde etki sahibi olunabilmiştir⁸⁶.

Günümüzde internet teknolojisinin gelişmesi ile devlet ve topluma ilişkin kavramların da tekrar tartışılmaya başlandığı görülmektedir. Dünya genelinde yaygın olarak kullanılan sosyal medya araçları (facebook, twitter, instagram vb.) ile artık siyasi sınırları aşan bir toplum olgusunu

⁸³ ULUÇ, s. 411.

⁸⁴ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU; s. 39-40,42-43,50.

⁸⁵ ULUÇ, s. 412.

⁸⁶ ULUÇ, s. 412-413.

ortaya çıkarmıştır⁸⁷. Kişiler şahsi veya toplumsal sorunlarına ilişkin olarak sosyal medyayı kullanarak ulusal ve uluslararası ortamda kitlelere ulaşabilmektedir. Bu bakımdan ulusal sınırların dışından da kamusal alana katılımın mümkün olması ile ulusal sınırlarından dışından sağlanan destek sayesinde ulusal anlamda sivil toplumun güçlendiği görülmektedir.

Yakın tarihte yaşadığımız 15 Temmuz 2016 Darbe Kalkışması sırasında da sosyal medyanın yoğun olarak kullanıldığı görülmektedir. 15 Temmuz gecesi ilk olarak İstanbul Boğaziçi ve Fatih Sultan Mehmet köprülerinin askeri araçlarla kapatılmış, Ankara’da bir süre şehir üzerinde alçak uçuş yapan jetler daha sonra Genel Kurmay Başkanlığı, Ankara Emniyet Genel Müdürlüğü ve Türkiye Büyük Millet Meclisini bombalamış ve sonrasında TRT’yi işgal eden Fetullahçı Terör Örgütü üyesi oldukları anlaşılan Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları spiker Tijen Kardeş’a tehdit yoluyla darbe bildirisini okutmuşlardır. Bu olaylar yaşanırken Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan, görüntülü arama ile televizyon kanallarına bağlanarak; yaşananların belli bir azınlıkçı ve ayrılıkçının gerçekleştirdiği, darbe girişimi karşısında tüm Türk halkını meydanlara davet etmiştir. Cumhurbaşkanı’nın konuşması kısa sürede büyük yankı bulmuş olup, yaptığı davet ile halk sokaklara dökülmüştür. Bu bakımdan yapılan görüşme, darbe girişiminin sonunu getiren en kritik eylem olmuştur. Bu görüşmenin videosu süratle, sosyal medya ağları üzerinden topluma yayılmıştır⁸⁸.

⁸⁷ DOĞAN, s. 325.

⁸⁸ DEMİR, Sertaç Timur; “15 Temmuz Darbe Girişiminde Medya (Analiz)”, SETA Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, S. 161, Ağustos 2016, s. 9-10, <http://www.setav.org/>.

SONUÇ

Sivil toplum, siyasi iktidarın karşısında, kendine özgü etki mekanizmaları ile siyaset üzerinde etkili olan ve siyasi otoritelerin meşruiyetini temin ettiği bir alandır. Sivil toplumun belirleyici yanı, öncelikle devletin karşısında olması, özerk bir alana sahip olup herhangi bir şekilde devlete bir bağımlılığının olmaması ve gönüllü örgütlenmelerle gerçekleştirilmesidir.

Sivil toplum, demokrasinin bir süreç olarak devam etmesinin de bir sonucudur. Demokrasi ile sivil toplumun karşılıklı etkileşimi söz konusu olup, devletin demokratik olmasının sonucunda sivil toplum gelişmektedir. Sivil toplumun gelişmiş olması da yine meşruiyetini bu alandan alan siyasi otoritelerin ve demokrasinin ilerlemesini sağlamaktadır.

Sivil toplumun demokrasinin gelişmesinde bir takım katkıları söz konusudur. Bunlardan en önemlisi devlet iktidarının sınırlandırılmasıdır. Nasıl ki kuvvetler ayrılığı ve serbest seçimlerin düzenli aralıklarla gerçekleştirilmesi demokrasiye hizmet ediyor demokratik toplumun vazgeçilmez unsuru olarak görülüyorsa sivil toplum da bu bakımdan vazgeçilmez niteliktedir.

İktidarda olmayan azınlık kesimlerin devletten talep ve beklentileri ancak sivil toplum aracılığıyla ve örgütlenmenin sağladığı birliktelik gücüyle sağlanmaktadır. Bu bakımdan özellikle çoğulcu demokrasi bakımından sivil toplumun katkısı yadsınamamaktadır.

Sosyal medyanın sivil toplum açısından birleştirici gücü de günümüzde yadsınamamaktadır. Yakın zamanda Bozcada koylarının yapılacak ihaleyle işletmeye açılacağı duyulması üzerine, halk ihalelere karşı sosyal medya üzerinden #bozcaadabizim etiketi ile tepki göstermiştir. Nihayetinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile yapılan görüşmeler ile koy ihalelerinin iptali söz konusu olmuştur.

Yine Türk Ceza Kanunu'nun 'Cinsel İstismar' başlıklı 103'üncü maddesinin değiştirilmesine yönelik yasama girişimine yönelik kamuoyunda tepkiler doğmuştur. Kamuoyunda, kadın ve çocuğa yönelik tecavüz, cinsel istismar, taciz ile mücadele eden sivil toplum örgütlerinde, çocuğa yönelik cinsel istismar vakıalarında mağdur çocuğun rıza yaşının 15'ten 12'ye düşürüldüğü yönünde kaygı ve tepki oluşmuştur. Oluşan kamuoyu ve sivil toplum örgütlerinin tepkisi ile ve Cumhurbaşkanı'nın müdahalesi ile önerge geri çekilmiştir.

Azınlık yahut toplumdaki diğer grupların örgütlenerek isteklerini siyasi iktidara iletmesi ile devlet ile vatandaşlar arasındaki bağın güçlenmesi de olasıdır. Böylece fertler devletin kendisine uzak olmadığını düşünebilecektir. Bireysel olarak başbakanlık bünyesinde çalışmakta olan BİMER (Başbakanlık İletişim Merkezi)⁸⁹ ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bağlı olarak çalışmalarını yürüten Kamu Denetçiliği Kurumu⁹⁰ ile de devlet, kişi üzerinden bunu sağlamayı, kişilerin sorun ve görüşlerine ulaşmayı hedeflemektedir. Ancak daha geniş toplum kitlelerinin örgütlenmeleri ile şahsi sorunlardan ziyade devlet işleyişine ilişkin olarak, örgütlenme tarafından iletilen görüşlerin, devlet nazarında daha dikkate değer olduğu açıktır.

Kişiler sivil toplum aracılığıyla kendilerini ifade etme özgürlüğüne de sahip olmaktadır. Sivil toplum, toplumdaki çok sesli yapının gelişmesini, fikirlerin özgürce buluşmasını ve çoğalmasını da sağlamaktadır. Bu bakımdan ifade özgürlüğü ile de yakından alakalı olup, devlete karşı kişinin ifade özgürlüğünü korumakta ve güçlendirmektedir.

Sivil toplum, günlük ihtiyaçları dâhilinde siyasetten uzaklaşan kişilerin toplumsal sorunlar karşısında bir rolü olduğunu hatırlatarak vatandaşlar ile devlet arasındaki mesafeyi azaltmak bakımından da işlev görmektedir. Zira seçimler sonrasında kendisinde devlete karşı bir sorumluluk görmeyen şahsın vatandaşlık bağının zamanla zayıflayacağı düşünülmektedir. Bunun önüne ise sivil toplum örgütlenmeleri ile vatandaşlık bağının artması sağlanarak geçilebileceği düşünülmelidir.

⁸⁹ TBMM'de yapılması öngörülen ekleme “*Cebir, tehdit, hile veya iradeyi sakatlayan başka bir neden olmaksızın 16.11.2016 tarihine kadar işlenen cinsel istismar suçunda mağdurla failin evlenmesi durumunda koşullarına bakılmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hüküm verilmiş ise cezanın infazının ertelenmesine karar verilir*” şeklindedir. <https://www.turkiye.gov.tr/bimer-basvuru>

⁹⁰ <http://www.ombudsman.gov.tr/>

KAYNAKÇA

- ARSLAN**, Seyfettin; “Demokrasi Bağlamında Sosyal Sermaye ve Sivil Toplum İlişkisi”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. IX, Y. 2012, S. 20, ss. 45-58.
- BAYHAN**, Vehbi; “Demokrasi ve Sivil Toplum Örgütlerinin Engelleri: Patronaj ve Nepotizm”, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. XXVI, Y. 2002, S. 1, ss. 1-13.
- ÇAHA**, Ömer; Aşkın Devletten Sivil Topluma, Gendaş Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul 2000.
- ÇAHA**, Ömer; “İslam ve Sivil Toplum”, İslam, Sivil Toplum, Piyasa Ekonomisi, Liberte Yayınları, Ankara 1999, ss. 115-126.
- ÇELEBİ**, Aykut; “Doğrudan Demokrasi ya da Temsili Hükümet Modelinin Demokratikleştirilmesi Üzerine”, Demokratik Anayasa (Haz. Ece GÖZTEPE ve Aykut ÇELEBİ), Metis Yayınları, İstanbul 2012, ss.467-497.
- DEMİR**, Sertaç Timur; 15 Temmuz Darbe Girişiminde Medya (Analiz), SETA Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, S. 161, Ağustos 2016, <http://www.setav.org/>, (17.08.2016).
- DERDİMAN**, R. Cengiz; Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni, Alfa Aktüel Yayınevi, Bursa 2006.
- DOĞAN**, İlyas; Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler, Astana Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2015.
- ERDOĞAN**, Mustafa; Anayasal Demokrasi, Siyasal Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2015.
- DAVİES**, Powell; İnsanlığın Engin Geleceği (Bir demokrasi tarifi), Çev. Hamide Topçuoğlu, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından, S. 107, Kültür Matbaası, Ankara 1957.
- EMBACHER**, Serge; Avrupa’da Sivil Toplum ve Sosyal Demokrasi Güncel Gelişmeler ve Normatif Perspektifler, library.fes.de/pdf-files/bueros/tuerkei/08060.pdf, (17.08.2016).
- GÖZLER**, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 17. Baskı, Bursa 2014.
- GÖZLER**, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 7. Baskı, Bursa 2015.
- GÖZTEPE**, Ece; “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğulcu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler”, Kamu Hukukçuları Platformu Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5-6 Haziran 2010, ss. 130-173.
- HABERMAS**, Jürgen; Kamusalın Yapısal Dönüşümü, İletişim Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2015.

- HEWLETT, Nick;** Democracy in Modern France, Continuum International Publishing Group, Newyork 2005.
- KAPANİ, Münci;** Kamu Hürriyetleri, Yetkin Basımevi, 7. Baskı, Ankara 2013.
- KEYMAN, E. Fuat;** Avrupa’da ve Türkiye’de Sivil Toplum, <http://www.siviltoplumakademisi.org.tr>, (9.8.2016).
- KEYMAN, E. Fuat;** “Kamusal Alana ve Cumhuriyetçi Liberalizm”, Türkiye’de Demokrasi Sorunu, Doğu-Batı Dergisi, Y. 2, S. 5.
- LEARS, Jackson;** “The Concept of Culturel Hegemony”, Antonio Gramsci: Intellectual and Political Context, Critical Assessments of Leading Political Philosophers (Ed. James MARTİN), Vol. 1, Taylor and Francis Publishing, Newyork 2002.
- LIJPHART, Arend;** Demokrasi Motifleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları (Çev. Güneş AYAS ve Utku Umut BULSUN), Salyangoz Yayınları, İstanbul 2005.
- ÖZBUDUN, Ergun;** Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 15. Bası, Ankara, 2014.
- SCHMIDT, Manfred G.;** Demokrasi Kuramlarına Giriş (Çev: M. Emin KÖKTAŞ), Vadi Yayınları, Ankara 2002.
- SCHMITTER, Philippe C/KARL, Terry Lynn;** “Demokrasi Nedir.Ne Değildir”, Demokrasinin Küresel Yükselişi(Derl. Larry DIAMOND ve Marc F. PLATTNER), Yetkin Yayınları, Ankara 1995, ss. 67-81.
- SİTEMBÖLÜKBAŞI, Şaban;** “Liberal Demokrasinin Çıkılmazlarına Çözüm Olarak Müzakereci Demokrasi”, Akdeniz İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2005, S. 10, ss. 139-162.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi;** 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım, 8. Bası, İstanbul 2006.
- TEZİÇ, Erdoğan;** Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım, 10. Baskı, İstanbul 2006.
- TİLLY, Charles;** Demokrasi, Phoenix Yayınevi, Ankara 2011, s.132.
- TUNÇ, Hasan;** “Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, ss. 1113-1132.
- TOSUN, Gülgün;** “Türkiye’de Devlet-Sivil Toplum İlişkisi Bağlamında Demokrasinin Pekışmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım”, Ege Akademik Bakış Dergisi, C. I, Y. 2001, S. 1, <http://www.onlinedergi.com/eab/>, (27.08.2016).
- TOURAINÉ, Alain;** Demokrasi Nedir? (Çev: Olcay Kunal), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2004.

- UYGUN, Oktay;** Demokrasi (Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar), On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- UYGUN, Oktay;** “Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi”, Kamu Hukukçuları Platformu Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 5-6 Haziran 2010, ss.23-76.
- ULUÇ, A. Vahap;** “Türkiye’de Sivil Toplum ve Demokrasi İlişkisi”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. XIV, Y.2013, S. 1, ss. 399-418.
- USTA, Sefa/AKINCI, Abdülvahap;** “Müzakereci Demokrasilerde Sivil Toplum Kuruluşlarının Rolü”, Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, C. VIII, Y. 2012, S. 2, ss. 86-98.
- YILMAZ, Ejder;** Hukuk Sözlüğü, Yorum Matbaacılık-Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 1982.
- “Demokrasi Üzerine Özlü Sözler”, Derl. Prof. Dr. Coşkun Can Aktan, <http://www.canaktan.org> (20.08.2016).

<http://tdk.gov.tr>, (23.08.2016)

<http://www.tesav.org.tr/eskisite/1979.htm>, (25.08.2016).

<https://www.turkiye.gov.tr/bimer-basvuru>, (25.08.2016)

<http://www.ombudsman.gov.tr/>, (25.08.2016)

<http://www.derelerinkardesligi.org/>, (25.08.2016)

<http://www.greenpeace.org/international/en/>, (25.08.2016)

<https://www.kadincinayetleriniidurduracagiz.net/>, (25.08.2016)

<http://kadinhaklari.org/>, (25.08.2016)

<http://kadinhaklarinikorumader.org/>, (25.08.2016)

<http://kadem.org.tr/>, (25.08.2016)

<https://www.morcati.org.tr/tr/>, (27.08.2016)

<https://www.tbmm.gov.tr/>, (23.08.2016)

**KÜÇÜK VE ORTA ÖLÇEKLİ İŞLETMELERİ GELİŞTİRME VE
DESTEKLEME İDARESİ BAŞKANLIĞI
- İDARE HUKUKU AÇISINDAN GÖZLEMLER VE
DEĞERLENDİRME -**

Emin KOÇ*

ÖZET

Küçük ve orta ölçekli işletmelerin desteklenmesi ekonomik kamu düzeninin bir gereğidir. Bu amaçla hukukumuzda kamu tüzel kişiliğine sahip Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı kurulmuştur. Bu idari birim kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirirken, kullandığı araç, tabii olduğu hukuk açısından bazı özellikleri taşımaktadır. Bu çalışmada Kurumun yapısı idare hukuku prensipleri açısından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdare, İdare Hukuku, Ekonomik Kamu Düzeni, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı

**SMALL AND MEDIUM ENTERPRISES DEVELOPMENT AND
SUPPORT ADMINISTRATION COUNCIL
-OBSERVATIONS AND EVALUATION IN TERMS OF
ADMINISTRATIVE LAW-**

ABSTRACT

Supporting of small and medium-sized enterprises is a requirement of economic public order. For this goal in our legal system, Small and Medium Enterprises Development and Support Administration Council which has a public legal personality is established. This administrative unit has some features in fulfilling its duties by law, the tools used and the law applied to it. In this study, the organization structure of institution is examined in terms of administration law principles.

Keywords: Administration, Administration Law, Economic Public Order, Small and Medium-Sized Enterprises, Small and Medium Enterprises Development and Support Administration Council

* Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, emin.koc@deu.edu.tr.

GİRİŞ

Küçük ve orta büyüklükte işletmelerin (KOBİ) ekonomik hayata katkıları büyüktür. KOBİ'lerin dünya ekonomilerinde; işletme sayısının % 95'inden fazlasını, istihdamın % 60'ından fazlasını, yatırımların % 40'ından fazlasını, katma değer % 40'ından fazlasını oluşturduğu ifade edilmektedir¹. Bu kapsamda da “iktisadi faaliyetleri geniş alana yayarak; bölgesel kalkınmada, istihdam yaratmada, göçü, sağlıksız şehirleşmeyi önlemede, toplum içinde sosyal barışın sağlanması ve korunmasında önemli rol oynadığı” vurgulanmaktadır². Bu çerçevede KOBİ'lerin iktisadi hayata etkileri ve bu etkiler çerçevesinde günlük hayat, toplumsal hayat, iş yaşamı vb. birçok konuda yansımaları yer almaktadır³. Bu nedenle bu çalışmada KOBİ'lerin geliştirilmesi ve desteklenmesi için kurulmuş bir kamu kurumu olan **Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB)** incelenmeye çalışılmıştır.

1. GENEL OLARAK

1.1. KÜÇÜK VE ORTA BÜYÜKLÜKTE İŞLETME KAVRAMI

Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı'nın temel konusu olan işletmeler, hacmine göre “küçük” ve “orta büyüklükte” şeklinde bir ayrıma tabi tutulsa da en nihayetinde işletme, hukuken tanımlanabilir bir kavramdır. İşletme kavramının ticari

¹ **Öğüt** Mehmet, KOSGEB - Sanayide Enerji Verimliliği Kapsamında Enerji Verimliliği Etüt-Danışmanlık ve Eğitim Destekleri, www.mmo.org.tr/resimler/dosya_ekler/a205ca3230d64da_ek.pdf?dergi=854, (07.06.16).

² **Öğüt**, http://www.mmo.org.tr/resimler/dosya_ekler/a205ca3230d64da_ek.pdf?dergi=854, (07.06.16).

³ KOBİ'lerin farklı boyutlarına için bkz. **Müftüoğlu** Tamer, Türkiye'de Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi İşletmeleri Sorunlar Öneriler, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1989, s. 1 vd.; **Öztürk** Özkan, İstihdam Konusunda KOBİ'lerin Önemi ve KOBİ Alanında Eğitim İstihdam İlişkisi Açısından Kamu İstihdam Kurumunun Rolü, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye Dış Kurumu Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, Ankara, 2007, s.1 vd.; **Uludağ** İlhan, Gümrük Birliği Sürecinde KOBİ'ler ve Risk Sermayesi Şirketleri Modeli, İstanbul, İTO Yay., Ekim 1996, s. 1 vd.; KOSGEB, “Türkiye’de KOBİ Anlayışının Dünü Bugünü ve Geleceği”, Türkiye’de KOBİ Anlayışının Dünü Bugünü ve Geleceği Paneli, ODTÜ Kültür ve Kongre Merkezi, 19 Eylül 2000, s. 1 vd.; **Durman** Mustafa/ **Önder** Hüseyin, Ekonominin Minik Devi KOBİ'ler ve KOSGEB Teşvikleri, İstanbul, Alfa Aktüel Yay, 2007, s. 1 vd.; **Tas** H. Yunus, Avrupa Birliği ve Türkiye’de KOBİ'lerin İstihdam Artırıcı Etkileri, İstanbul, İTO Yayın No:2010-39, 201, s. 1 vd.

işletme hukuku açısından tanımı Türk Ticaret Kanunu ile yapılmıştır: “Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir” (TTK,m.11/1). Konumuz olan 3624 Sayılı Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun’a⁴ dayalı olarak çıkarılan “Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik”te⁵ de işletme kavramı tanımlanmıştır. Yönetmeliğe göre işletme; “yasal statüsü ne olursa olsun, bir veya birden çok gerçek veya tüzel kişiye ait olup bir ekonomik faaliyette bulunan birimleri veya girişimleri” ifade eder (m.4-a).

Bu tanımda, işletme kavramı ekonomik faaliyeti yürüten gerçek kişileri ve tüzel kişileri kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Faaliyeti yürütenler bakımından ise “birim veya girişim” terimleri kullanılarak olabildiğince geniş ele alınmaya çalışılmıştır. İşletme tanımı Kanun’da yer almamakla birlikte 3143 Sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un ek 1’inci maddesine göre belirlenen küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri (KOBİ) ifade edeceği belirtilmiştir (m.2). Ancak 3143 sayılı Kanun, 635 Sayılı Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır. 635 Sayılı KHK ise KOBİ’leri sayma usulü belirlememiş, genel bir tanımlama ile “Küçük ve orta büyüklükteki işletmeler kısaca "KOBİ" olarak adlandırılır” ifadesine yer vererek diğer hususların ise yönetmelikle düzenleneceğini belirtmiştir (m.28).

Kuruluş Kanunu’nda ise “girişimci” özel olarak tanımlanmaktadır. Buna göre girişimci, “bir iş fikrine dayalı olarak kendi işini kurmak isteyen gerçek kişileri” ifade eder(m.2). Bu kanun koyucunun girişimciye verdiği önemin bir göstergesi niteliğindedir. Çünkü amaç olabildiğince küçük boyuttaki iktisadi teşebbüslere destek olmak ve gelişmelerini sağlamaktır.

Tanım Yönetmeliği’nde işletmelerin niteliği belirlenirken “yasal statüsü ne olursa olsun” vurgusu yapılmıştır. Bu vurgu öncelikle tüzel kişilerinin niteliğinin önemli olmadığını göstermektedir. Diğer yandan düzenleme uyrukluğa dair de yol gösterici niteliktedir. Birim veya

⁴ Kısaca “Kuruluş Kanunu/KK” olarak adlandırılacaktır.

⁵ Kısaca “Tanım Yönetmeliği” olarak adlandırılacaktır.

girişimci gerçek kişi Türk vatandaşı ya da yabancı uyruklu olabileceği gibi, tüzel kişi de özel veya kamu tüzel kişisi olabileceği gibi yabancı uyruklu da olabilir.

İşletme kavramının yanı sıra, Tanım Yönetmeliği bağımsız olarak KOBİ'yi de tanımlamıştır. Buna göre küçük ve orta büyüklükte işletme (KOBİ); “ikiyüzelli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri kırk milyon Türk Lirasını aşmayan ve bu Yönetmelikte mikro işletme, küçük işletme ve orta büyüklükteki işletme olarak sınıflandırılan ekonomik birimleri veya girişimleri” ifade eder(m.4). Bu tanım ile bir işletmenin KOBİ olarak adlandırılabilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle işletmede **iki yüz elli kişiden az yıllık çalışan istihdam edilmesi** gerekir⁶. Bu çalışanlar bir yıl boyunca işletmede veya işletme adına çalışması gerekir. Çalışan kişi hesabı yıllık iş birimi çerçevesinde belirlendiğinden çalışmanın yarı veya tam zamanlı yahut mevsimlik olmasının bir önemi olmayacaktır. Bu nedenle çalışan sayısı değişken olacaktır.

İkinci şart olarak **yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri kırk milyon Türk Lirasını aşmama gerekir**. Bu şart ise ekonomik kazancı esas almakta ve net satış hasılatı veya mali bilançoya göre belirlenmektedir. Bu iki veri/şart alternatif niteliktedir⁷. Bu iki gereklilikten birine sahip olmak yeterlidir. Üçüncü olarak ise, işletmenin **yönetmelikte mikro işletme, küçük işletme ve orta büyüklükteki işletme olarak sınıflandırılan ekonomik birim veya girişimlerden**

⁶ Bir işletmede çalışanların toplam sayısı, o işletmedeki yıllık iş birimlerinin toplam sayısına göre belirlenir. Hangi süre ile olursa olsun, yılın veya günün belirli bölümlerinde veya mevsimlik işlerde çalışan kişiler yıllık iş biriminin kesirlerini oluştururlar. Doğum izni ve birinci dereceden yakınların ölümü veya hastalık sebebiyle kullanılan izinler hesaba katılmaz. (Bu) Yönetmeliğin uygulanmasında; a) İlgili işletmede çalışan işçi, işveren vekilleri ve işverenler ile işletme sahipleri, b) İşletmede düzenli olarak bir iş gören ve bunun karşılığında bir ücret alan ortaklar, çalışan olarak dikkate alınır. Çıraklık ve mesleki eğitim sözleşmesi kapsamında işletmede mesleki eğitim gören çıraklar ve staj yapan öğrenciler çalışan sayısına dâhil edilmez(Tanım Yönetmeliği, m.14).

⁷ Yıllık net satış hasılatı ve mali bilanço da Yönetmelik ile tanımlanmıştır. Net satış hasılatı, “*bir işletmenin brüt satışlarından satış iskontoları ve iadeleri ile diğer indirimlerin düşülmesi sonucu bulunan tutarı*”, ifade ederken; mali bilanço ise “*bir işletmenin belirli bir tarihte sahip olduğu varlıklar ile bu varlıkların sağlandığı kaynakları gösteren mali tablo*” olarak tanımlanmaktadır(Tanım Yönetmeliği, m.4).

birisi olması gerekir. Bu ise ekonomik büyüklüğü esas almaktadır. Yönetmelik ile mikro- küçük ve orta büyüklükte işletmelerin nitelikleri belirlenmiştir⁸.

Yukarıda üç sınıf halinde belirlenen KOBİ'lerin sınıf değiştirmesi mümkündür. Bu bazen teknik şartları yönetmelikte belirtildiği gibi (m.6) gireceği sınıfın şartlarını kazanma bazen de bulunduğu sınıfın şartlarını yitirerek bir alt sınıfa düşme şeklinde olabilir. Mikro işletme vasfını dahi kazanamayacak şekilde şartlarını yitiren işletmelerin ise KOBİ vasfı ortadan kalkar.

İşletmeler, diğer işletmeler ile olan sermaye veya oy hakkı ilişkilerine göre de üç gruba ayrılmaktadır. Bu tasnif ise işletmelerin çalışan sayılarını ve mali bilgilerini tespit etmeye yöneliktir. Bu üç grup ise “bağımsız işletmeler”⁹, “ortak işletmeler”¹⁰ ve “bağlı işletmeler”¹¹ olarak yönetmelikte düzenlenmiştir.

⁸ Bu ayırım ise şu şekilde düzenlenmiştir: a) Mikro işletme: On kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hâsılatı veya mali bilançosundan herhangi biri bir milyon Türk Lirasını aşmayan işletmeler. b) Küçük işletme: Elli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri sekiz milyon Türk Lirasını aşmayan işletmeler. c) Orta büyüklükteki işletme: İkiyüzelli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri kırk milyon Türk Lirasını aşmayan işletmeler (Tanım Yönetmeliği, m.5).

⁹ Bağımsız işletme “gerçek veya tüzel kişilerin sahip olduğu ve (*bu*) Yönetmeliğe göre ortak veya bağlı işletme sayılmayan bir işletme” olarak tanımlanmaktadır (m.8). Bağımsızlığı sağlamanın gereği olarak başka işletmeler ile arasındaki ilişkiler açısından yönetmelik bazı negatif şartlar da belirlemiştir (Tanım Yönetmeliği, m.8).

¹⁰ Ortak işletme ise bir işletmenin başka bir işletmenin belirli bir sermayesi veya oy hakkına sahip olması ile kurulur. Bu şart bir işletmenin “bir işletmenin tek başına veya bağlı işletmeleriyle birlikte hâkim etki yaratmayacak şekilde, başka bir işletmenin oy hakları veya sermayesinin yüzde yirmibeş ve fazlasına ve yüzde ellisi ve daha azına sahip olması” şeklinde olabileceği gibi “kendisinin oy hakları veya sermayesinin yüzde yirmibeş ve fazlasına ve yüzde ellisi ve daha azına başka bir işletmenin hâkim etki yaratmayacak şekilde sahip olması” şeklinde de olabilir (m.9). Belirtilen yüzde yirmibeşoranı; a) Üniversiteler, üniversitelerin kurduğu vakıflar ve kâr amacı gütmeyen araştırma merkezleri, b) Bölgesel kalkınma fonları da dâhil kurumsal yatırımcılar, c) Yıllık bütçesi yirmibeşmilyon Türk Lirasından az olan veya nüfusu beş binden az olan yerlerdeki belde belediyeleri dahil tüzel kişilikleri, tarafından aşılsa bile bu işletme bağlı işletme ilişkilerine sahip olmaması şartıyla bağımsız işletme sayılır (Tanım Yönetmeliği, m.9/2).

¹¹ Bağlı işletme ise, bir işletmenin oy hakkı ve sermaye bakımından başka bir işletmeye bağlı olmasını ifade eder. Sermaye veya oy çoğunluğuna sahip olan işletmeye hâkim

1.2.EKONOMİK KAMU DÜZENİ VE İDARENİN EKONOMİK HAYATA MÜDAHALESİ

KOSGEB Kuruluş Kanunu, kurumun üç temel amaç çerçevesinde kurulduğuna işaret etmektedir: “Ülkenin ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarının karşılanmasında küçük ve orta ölçekli işletmelerin payını ve etkinliğini artırmak”, “rekabet güçlerini ve düzeylerini yükseltmek”, “sanayide entegrasyonu ekonomik gelişmelere uygun biçimde gerçekleştirmek”(m.1). İdarenin işletmelere destek olması, rekabet şartlarını iyileştirmesi ve ekonomik entegrasyonu sağlaması “ekonomik kamu düzeni”nin bir gereğidir. Öncelikle Anayasa’mızın 48. maddesinde “çalışma ve sözleşme hürriyeti” anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir: **“herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”**. Anayasa bu hükmü ile kişilere girişim özgürlüğü hakkını vermiştir. Girişim özgürlüğü çerçevesinde bireyler eşitlik ilkesi çerçevesinde piyasalarda hareket edebilir, diğer kişilerle yarışabilir¹². Anayasa’mızın 48/II. maddesine göre ise **“Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”**. Bu maddeye göre devlet özel teşebbüslerin sağlıklı bir şekilde yasaması için gerekli önlemleri almak yükümlülüğündedir. Teşebbüslerin sağlıklı bir şekilde yürümesi ise sağlıklı bir rekabet ortamı gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Ayrıca Anayasa’nın **“piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi”** başlıklı 167. maddesi de dikkat çekmektedir. Bu maddeye göre de **“Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda füllü veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler”**. Düzenlemeye göre devlet, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı bir şekilde işlemesi için gerekli olan önlemleri, piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemesi için gerekli tedbirleri almak yükümlülüğündedir. Bu madde ekonomik kamu düzenini sağlama konusunda devlete açıkça yetki vermektedir¹³.

işletme diğerine de bağlı işletme denir. Hâkim işletmeye de bağlı işletmeye ilişkin hükümler uygulanır (Tanım Yönetmeliği, m.10)

¹² Bkz. **Kaboğlu** İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitapevi, İstanbul 1996, s. 236.

¹³ **Akancı** Müslüm, Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, S. 5, Ankara 2001, s.5.

Anayasa'nın planlama başlıklı 166. maddesi ülke kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılması ile ekonomik kalkınmanın gerçekleştirilmesi hususunda devlete yükümlülük yüklemektedir: **“Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayinin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir”**. Devletin planlama alanında yaptığı bu düzenleme ekonomik düzenin korunmasını gerekli kılmaktadır. Yine Anayasa'nın 172. maddesinde tüketicilerin korunması yönünde devlete yükümlülükler getirilmiştir. Bu maddeye göre **“Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder”**. Bu madde ile ekonomik kamu düzeninin sosyal faydasına vurgu yapılmaktadır. Çünkü rekabetin en önemli faydalarından birisi de tüketicilerin korunmasıdır. Bu sayede mal ver hizmet piyasalarında birbiriyle yarışan işletmeler az maliyet ile daha maksimize kararlar almanın yanında daha kaliteli mallar üretmeye çalışacaklardır. Son olarak Anayasa'nın 173. maddesi ile de devlete, esnaf ve sanatkârı koruyucu ve destekleyici tedbirleri alma yükümlüğü getirilmiştir. Yukarıda saydığımız hükümler devletin ekonomik hayata müdahalesini öngören tedbirleri içermekte ve devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenleme, gerektiğinde bu alana müdahale etmekle görevini vurgulamaktadır. Bu değerlendirmeler çerçevesinde KOSGEB'in de ekonomik kamu düzenini gerçekleştirmeye yönelik ekonomik hayata müdahalesi/katkısı karakteri ön plana çıkmaktadır. Söz konusu genel çerçeveye uygun olarak KOSGEB'in görevleri Kuruluş Kanunu ile sayılmıştır(m.4). KOSGEB bu görevleri bağlamında birçok faaliyetin yürütülmesinde teşvik edici, yönlendirici, destekleyici tasarrufları bulunmakta, bunun yanı sıra bazı faaliyetleri kendisi yapabileceği gibi yapılmasını da sağlayabilmektedir.

2. KOSGEB'İN HUKUKSAL YAPISI

2.1. HUKUKİ KİŞİLİĞİ

KOSGEB Kuruluş Kanunu ile “tüzel kişiliğe haiz”¹⁴ olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak bu tüzel kişiliğin hukuki biçimi belirtilmemiş onun yerine “kamu kuruluşu” olduğu vurgulanmıştır. Bizim hukukumuzda

¹⁴ Burada bir hususu belirtmekte fayda var ki doğru kullanım “tüzel kişiliği haiz” veya “tüzel kişiliğe sahip” olması gerekirdi.

“kamu kuruluşu” tabiri birçok yerde geçse de¹⁵ hukuken doğrudan anlam yüklenen teknik bir kavram/terim değildir. Ancak bunun yanında devlet tüzel kişiliği ve bu tüzel kişilik içinde yer alan idari birimler, yerel yönetimler, hizmetsel kuruluşlar teknik olarak “kamu kuruluşu” tabiri içine girmeseler de günlük söyleyiş kolaylığı içerisinde kamu kuruluşu tabiri altında ifade edilebilmektedir. KOSGEB, “başkanlık” terimini kullanan ve kuruluş kanunu ile de “kuruluş” terimi ile kendisini ifade eden bir idari birimdir.

Kuruluş Kanunu’nda ile “kamu tüzel kişiliği” ifadesi geçmese de hem “tüzel kişi” hem de “kamu kuruluşu” olduğunun vurgulanması kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunu sonuçlar. Diğer yandan Kuruluş Kanunu düzenlemeleri incelendiğinde Başkanlığın “Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na bağlanma, mallarını devlet malı statüsüne sahip olması, muafiyet ve istisnalara tabi olma, düzenleyici işlem yapma gibi”¹⁶ birçok kamu gücü ayrıcalığına¹⁷ sahip olduğu görülmektedir. Kamu gücü ayrıcalıkları ölçütleri çerçevesinde de Kurum’un kamu tüzel kişisi olması teyit edilmektedir. Kamu tüzel kişisi olması nedeniyle merkezi idare ile bütünlüğü sağlamaya yönelik merkezin idari vesayetine tabi olduğunu görmekteyiz. İdari vesayet anayasal bir ilke olarak merkezden yönetimin yerinden yönetimi idareleri üzerindeki denetimidir. Yine idarenin kanuniliği ilkesi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır¹⁸. İdari vesayet gereği merkez ile ilişkisinde KOSGEB’in çalışma alanının merkezi idare tarafından belirlendiğini söylemek gerekir. Örneğin KOSGEB “tarafından verilecek hizmetler ve desteklerden yararlanacak işletmelere ilişkin sektörel ve bölgesel öncelikler, günün ekonomik ve sosyal şartlarına göre Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir”(KK, m.3) düzenlemesi buna işaret etmektedir.

¹⁵ Örneğin 1982 Anayasası m. 130, m.165, 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun, Mülga 2974 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Borçlarının Tahkimi Hakkında Kanun, 2946 Sayılı Kamu Konutları Kanunu, 5283 Sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun.

¹⁶ Örneğin, 3624 sayılı Kanun, m. 9, 17,18.

¹⁷ Kamu gücü ayrıcalıkları için bkz. **Gözler** Kemal, İdare Hukuku, C.II, Bursa 2009, Ekin Yayınları, s. 87-91.

¹⁸ Bkz. **Giritli İsmet/Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun**, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 190-194; **Atay** Ender Ethem,İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.129-135; **Gözübüyük A. Şeref/Tan Turgut**, İdare Hukuku, Ankara 2001, s.173-179.

Başkanlığın sahip olduğu en önemli kamu gücü ayrıcalıklarından birisi vergi muafiyetidir. Bu bağlamda Başkanlık, “kurumlar vergisinden, (iktisadi işletmeler hariç), yapılacak bağış ve yardımlar nedeni ile veraset ve intikal vergisinden, yapacakları her türlü muameleler dolayısıyla lehte tahakkuk edecek faizler banka ve sigorta muameleleri, vergisinden, (Kanununun 14. maddesinde sayılan) gelirleri ile bu gelirlerle ilgili olarak yapılan bütün işlemler, sahibi olduğu taşınmaz mallar her türlü vergi, resim ve harçtan, muaftır”(KK,m.17/I)¹⁹.

2.2. TABİ OLDUĞU HUKUK

Kuruluş Kanunu'nun 1. maddesi ile Başkanlığın bütün işlemlerinde özel hukuka tabi olduğu belirtilmektedir. Öncelikle bir kişiliğin hem kamu tüzel kişisi hem de özel hukuka tabi olması hukuken mümkündür. Bir tüzel kişiliğin hukuki statüsü ile tabi olduğu hukuk birbirinden farklıdır. Bizim hukukumuzda kamu iktisadi teşebbüsleri, meslek örgütleri vb. örneklerinde olduğu gibi birçok kamu tüzel kişisinin birçok faaliyeti özel hukuka tabi kılınmıştır²⁰. Kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tabi olması ise Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyecektir. Çünkü “idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir(m.123/I)” hükmü idarelerin tabi olduğu hukuku belirleme bakımından kanun koyucuya takdir hakkı vermektedir. KOSGEB açısından bunu tercih etmesinin gerekçesi olarak, pozitif hukuk tespitinin yanında kanun koyucunun ‘KOSGEB’in doğrudan vatandaşlara yönelik bir kamu hizmeti yürütmesinden ziyade daha çok küçük ve orta büyüklükte işletmeler ile iktisadi bir ilişki kurması, bu ilişkinin daha çok serbestlik, eşitlik prensibi çerçevesinde oluşması’ düşünülebilir.

Bu noktada “bütün işlemleri” terimini daha da somutlaştırmak gerekir. En nihayetinde bir kamu tüzel kişisinin bütün işlemleri özel hukuka tabi olamaz. Bu kamu tüzel kişiliğin kuruluşu, merkez ile ilişkisi, personeli, malları öncelikli olarak kamu hukukunun alanına girer ve ona tabidir. Bütün işlemleri terimini kanun ile idare hukukuna tabi olduğu

¹⁹Yine kuruluş amacı çerçevesinde kurulan Araştırma Merkezi, Enstitü, Teknoloji Merkezleri ve Teknoparklar, Yatırımlar için, Kalkınmada Birinci Derecede öncelikli Bölgelere uygulanan teşviklerden, Araştırma ve geliştirme faaliyetleri için gerekli teçhizat, malzeme, laboratuvar ve atelye araçları ve hammaddelerin imali, satın alımı veya ithali ile araştırma ve geliştirme faaliyetlerinden sağlayacakları kazançları için gelir vergisi, kurumlar vergisi veya gümrük vergisi indirim veya istisnalarından ve düşük faizli kredi, hibe ve diğer teşviklerden, yararlandırılır(KK,m.17/II).

²⁰ Bkz. **Gözler**, C.II, s.177-178.

vurgulananlar ve anayasa gereği zorunlu olanlar haricindeki bütün işlemleri olarak anlamak gerekir. Bu durumda Başkanlık faaliyetlerinin özel hukuka tabi olması kural kamu idare hukukuna tabi olması istisnadır denilebilir. Başkanlık faaliyetleri için özel hukuka tabi alan geniş yoruma tabi iken, idare hukuku alanı dar yoruma tabi olmalıdır. Bir faaliyetin hangi hukuka tabi olduğu konusunda tereddüt olması durumunda özel hukuk lehine yorum yapılmalıdır. Diğer yandan Başkanlık açısından birçok hususun serbestlik prensibi çerçevesinde değil idarenin üstünlüğü ilkesi ve idarenin belirlediği çerçevede yürütüldüğünü de unutmamak gerekir.

2.3. KOSGEB'İN İÇYAPISI

2.3.1. Genel Kurul

KOSGEB'in içyapısı üç organdan oluşmaktadır: Genel Kurul, İcra Komitesi, Başkanlık. Bu üçlü yapıda bütün kurumlarda olan genel karar alma organı, karar-yürütme organı ve kurumun temsilcisi -yürütme organı *üçlü yapısının* yer aldığını görmekteyiz.

Genel kurul; başbakan, ilgili bakanlar, ilgili müsteşarlar²¹, ilgili kurum temsilcileri, ilgili meslek örgütü temsilcileri, ilgili banka genel müdürleri ve gündem özelinde başbakanın belirleyeceği kişilerden oluşmaktadır²². Kurulun genel yapısına bakarsak kamu kurumları olduğu

²¹Kurul'un üyelerinden birisi de Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarı'dır. Ancak Devlet Planlama Teşkilatı kaldırılmış, bu teşkilatın görev ve fonksiyonları yeni kurulan Kalkınma Bakanlığı'na devredilmiştir. Kalkınma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile de Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarına yapılan atıfların (Kalkınma) bakanlık müsteşarına yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

²²Genel Kurul, Başbakanın veya görevlendireceği Devlet Bakanının başkanlığında, Başbakanın görevlendireceği ekonomi ile ilgili Devlet Bakanlarından biri, Maliye Bakanı, Milli Eğitim Bakanı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, Sanayi ve Ticaret Bakanı, “Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarı”, Hazine Müsteşarı, Dış Ticaret Müsteşarı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Müsteşarı, Yüksek Öğretim Kurulunca kuruluş tarihleri itibarıyla 2 yıl sürelerle ve sırayla tayin edilecek Teknik Üniversite Rektörlerinden biri, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Başkanı, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanı, Milli Prodüktivite Merkezi Genel Sekreteri, Türk Standartları Enstitüsü Başkanı, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yönetim Kurulu Başkanı, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Başkanı, Makina Mühendisleri Odası Başkanı, Elektrik Mühendisleri Odası Başkanı, Kimya Mühendisleri Odası Başkanı, Metalurji Mühendisleri Odası Başkanı, İnşaat Mühendisleri Odası Başkanı, Mimarlar Odası Başkanı, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu Başkanı, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Kefalet Kooperatifleri Birlikleri Merkez Birliği Genel Başkanı, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği

kadar özel kurum temsilcilerinin de yer aldığı bu anlamda çoğunlu-
geniş temsilli bir kurul oluşturulmak istendiğini ifade etmek gerekir²³.

Genel kurul yılda en az bir defa toplanır. Bu toplantı daveti başbakan tarafından yapılır. Yılda bir defa toplanılması zorunludur. Bu toplantının yeri ve zamanı kanun ile belirlenmemiştir. Bu durumda bu hususlarda takdir yetkisi davet sahibi olan başbakana aittir. Genel kurul salt çoğunluk ile toplanır, salt çoğunluk ile karar alır. Oyların eşitliği halinde başkanın oyu çift sayılır. Genel kurulun sekretarya işleri başkanlıkça yürütülür(KK, m.6). Genel Kurul'un temel amacı ve görevi işletmelerin teknolojik gelişme serbest rekabet ortamına uyumunu sağlamaktır. Bu maksatla genel kurul işletmelere ilişkin geliştirme ve destekleme kararları alma, uygulamaları planlama ve koordinasyonu sağlama bakımından tedbirleri alma, düzenleyici direktifler verme, Başkanlığın yıllık faaliyet raporlarını inceleme, yıllık çalışma raporlarını tespit etme ve önerilerde bulunma gibi temel görevlerini yerine getirir. Genel kurul bu görevlerini kalkınma plan ve programlarına uygun ve bu plan ve programlar doğrultusunda yürütmek zorundadır. Bu plan ve programlar ise Kalkınma Bakanlığı tarafından yürütülmektedir(KK, m.7).

Yönetim Kurulu Başkanı, Türkiye Bankalar Birliği Başkanı, Türkiye Halk Bankası Genel Müdürü, Türkiye Kalkınma Bankası Genel Müdürü, Başbakanlıkça uygun görülecek diğer banka genel müdürleri, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Genel Kurulunca seçilecek sanayi odası, ticaret odası ile ticaret ve sanayi odası yönetim kurulu başkanları arasından en az birer tane olmak üzere toplam 5 yönetim kurulu başkanı, Organize Sanayi Bölgeleri Üst Kuruluşu Başkanı, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu Genel Kurulunca belirlenecek 2 Birlik Başkanı, Madeni Eşya Sanatkarları Federasyonu Başkanı, Elektrik-Elektronik ve Benzeri Teknisyenleri Esnaf ve Sanatkarları Federasyonu Başkanı, Ağaç İşleri Federasyonu Başkanı, Türkiye Seyahat Acentaları Birliği Başkanı ve Türkiye Orta Ölçekli İşletmeler Serbest Meslek Mensupları ve Yöneticiler Vakfı Başkanı ve Genel Kurul gündemi dikkate alınarak Başbakan tarafından belirlenebilecek diğer bakanlar, kamu ve özel sektör temsilcilerinden meydana gelir(KK,m.6).

²³ Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere “Kuruluşun fonksiyonunun çok yönlü ve çeşitli alanlarda yapacağı etkiler nazara alınarak, verimli şekilde görev yapabilmesi ve diğer kuruluşların görevlerinin yerine getirilmesinde bekleneni verebilmesi için, en fazla işbirliği yapacağı kuruluşların üst derecedeki görevlilerinin bir araya gelmesi” amaçlanmıştır(3624 sayılı Kanun Madde Gereççeleri, m.6),

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c043/tbmm18043102ss0402.pdf>,(10.12.16).

2.3.2. İcra Komitesi

Kurum'un bir diğer organı ise icra komitesidir. İcra komitesi hem icra/yürütme hem de karar organıdır. Bir taraftan genel kurul kararları doğrultusunda yeni kararlar alabilirken diğer yandan alınan kararlar doğrultusunda yürütme, uygulamaya koyma gibi icrai yetkilere sahiptir. Örneğin “Genel Kurulun belirlediği politikalar, amaçlar, hedefler ve ilkeler istikametinde işletmelerin geliştirilmesi ve desteklenmesine ilişkin uygulama kararlarını almak ve yürütmek” görevi hem karar alma hem de icrai yetkisini birlikte barındırmaktadır.

İcra komitesi “Sanayi ve Ticaret Bakanının Başkanlığında, ‘Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarı’, Hazine Müsteşarı, Maliye ve Gümrük Bakanlığı Müsteşarı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Müsteşarı, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yönetim Kurulu Başkanı, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu Başkanı, Genel Kurulda temsil edilen Teknik Üniversite Rektörü, TÜBİTAK Başkanı ile İdare Başkanından oluşur”(KK, m.8). İcra Komitesi, Komite Başkanının çağrısı üzere en geç iki ayda bir toplanır. İcra Komitesi Başkanı ise Sanayi ve Ticaret Bakanı'dır. Komite, iki ay süresine bağlı olmadan da toplanır. Komite, başkanın daveti ile toplanır, en geç iki ayda bir toplanılması gerektiği göz önüne alınırsa başkanın daveti üzerine uygun gördüğü zaman ve yerde toplanması da mümkündür. Toplantı yeter sayısı üye tam sayısının yarısından bir fazlasıdır. Karar yeter sayısı ise toplantıya katılanların salt çoğunluğudur. Oyların eşitliğinde icra komitesi başkanın oyu çift sayılır. İcra komitesinin sekretarya işleri ise idare başkanlığında yürütülür(KK, m.8). İcra Komitesinin aldığı kararlar Başkanlık tarafından uygulanır(KK, m.12).

2.3.3. Başkanlık

Kuruluş'un bir diğer organı ise başkanlıktır. Başkanlık kuruluşun yürütme organıdır. Başkanlığın yürütme organı sıfatı olmasının bir sonucu olarak hem icracı makam hem de Kurum'u temsil etme karakteri ön plana çıkmaktadır. Başkan müşterek kararname ile atanır. Başkan yardımcıları, başkanın teklifi ve icra komitesinin onayı ile atanır. Diğer personel ise başkanın onayı ile atanır(KK, m.11).

“Başkan, Başkan Yardımcıları ve Başkanlığın her kademesindeki yetkililer, sınırları açıkça belirtilmek şartı ile yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir. Ancak, yetki devri, yetkiyi devreden sorumluluğunu kaldırmaz”(KK, m.11). Kanunun yetki devri düzenlemesi

3046 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında... Kanun Hükmünde Kararname’de yer alan düzenleme ile uyum içerisindedir²⁴. Yetkinin devredilmesi sorumluluğunun da devredilmesi anlamına gelmez. Yetkiyi devreden makam yetkiyi devralan makamın işlemlerden dolayı sorumlu olmaya devam eder. Özellikle yetki devrinin hiyerarşik üstten asta yapıldığı düşünülürse hiyerarşik denetim sorumluluğunun önemine dikkat çekmek gerekir.

Kuruluş Kanunu ile başkanın atama yetkisini bir alt kademeye devredebileceği özel olarak düzenlenmiştir(KK, m.11/2). Kanun “bir alt kademe” ifadesini kullanmaktadır, bu noktada bir alt kademe bir kamu görevlisi olabileceği gibi icra komitesi gibi bir makam da olabilir. Atama yetkisinin bir kamu görevlisine verildiği ve genel devir ile devredilebilecek yetkilerden olmadığı, yetki devrinin içtihadı prensiplerine göre atama yetkisinin devredilemeyeceği²⁵ düşünülürse bu devrin kanun ile özel olarak düzenlenmesi yerindedir.

Başkanlığın görevleri Kuruluş Kanunu ile düzenlenmektedir(KK, m.12). Bu madde ile genel olarak bakıldığında başkanlığın icra/yürütme makamı kimliği etkili bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Birçok kararın uygulanması, tedbirlerin alınması, planlanması malların edinilmesi, faaliyetlerin gerçekleştirilmesi vb. gibi başkanlık görevlerinin düzenlendiği görülmektedir. İcra yetkisinin hem görev hem de yetki olabileceği düşünüldüğünde, her ne kadar kanun başlığı “başkanlığın görevleri” olarak düzenlense de aynı madde ile başkanlığın birçok yetkisi de düzenlenmiştir(KK, m.12)²⁶.

²⁴ 3046 Sayılı KHK’dan farklı olarak devre ilişkin “yazılılık” vurgusu yapılmamıştır. Ancak yetki devrinin en önemli şartlarından birisi yazılılıktır. Yetki devri kurumu için bkz. **Gözler**, C. I, s.759–782; **Akıymaz** Bahtiyar/**Sezginer** Murat/**Kaya** Cemil, Türk İdare Hukuk, Ankara 2009, Seçkin Yayınları, s. 180–185; **Günday** Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011, İmaj Yayıncılık, s.140–142; **Gözübüyük/Tan**, s.433–445.

²⁵ **Anayasa Mahkemesi**, E:1992/37, K:1993/18, K.T.:27.04.1993, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, (10.12.16).

²⁶ Konumuzla doğrudan ilgili olmamakla birlikte belirtmek gerekir ki kanun koyucunun, hem Kanun’un genelinde hem de bu madde özelinde- muhtemelen evrensel terminoloji ile koşut olma düşüncesinden hareketle- olabildiğince Türkçe’de karşılığı olabilecek terimlerde bile yabancı kelimeleri tercih ettiği görülmektedir. Örneğin, Başkanlığın görevlerinden birisi de “... mevcut küçük ve orta ölçekli işletmeleri, kalkınma politikalarına göre rehabilite, reorganize ve entegre etmek” olarak düzenlenmiştir(KK, m.12-d).

Başkanlığın küçük ve orta büyüklükte işletmelere ilişkin faaliyetleri teşvik, destekleme, danışmanlık yapma veya doğrudan temin etmek gibi çeşitli şekilde yürütülmektedir. Başkanlık içerisinde konularına göre birçok ana hizmet birimleri bulunmaktadır. Başkanlığın ana hizmet birimleri, KOBİ Araştırmalar ve Proje Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, KOBİ Finansman Dairesi Başkanlığı, KOSGEB Müdürlükleri Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, Teknoloji ve Yenilik Destekleri Dairesi Başkanlığı, AB ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı(KOSGEB Organlarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, m.25). Bu başkanlıkların görev alanları Yönetmelik ile detaylı olarak sayılmıştır (m.26-30). Bunun yanında başkanlık danışma ve denetim birimleri²⁷, yardımcı hizmet birimleri²⁸ de bulunmaktadır(m.31).

3. KOSGEB PERSONEL REJİMİ

3.1. İSTİHDAM EDİLEN PERSONELİN NİTELİĞİ

Başkanlık personel sayısı, kadrolar öncelikli olarak genel kurul tarafından hazırlanır. Bu personel kadroları komitenin onayına tabidir. Yine personele ödenecek gündelik miktarları onaylamak komitenin görevleri arasındadır(KK, m.9-b). Kurum'da istihdam edilecek personelin görev ve kadroları ile ücret esasları, çıkarılacak yönetmelikler, Başkanlık tarafından icra komitesine tavsiye edilir(KK, m.12-r).

Danıştay'a göre kadroların icra komitesi kararı ile belirlenmesi Kanuna aykırıdır: “*Davalı yönetimce Süreç Danışmanlığı kadrosunun iptal edilerek KOBİ Uzmanı unvanının uygulamaya konulmasının, daimi ve aslilik arz eden görevler ile bunların unvan ve adetlerinin belirlenmesine ilişkin olduğu ve bu tür bir düzenlemenin, 3624 Sayılı Yasanın 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ancak Yönetmelik ile yapılabileceği anlaşıldığından, Kurum Personel Yönetmeliğinde bu tür bir düzenleme yapılmaksızın, davalı idare İcra Komitesi Kararı ile Süreç Danışmanlığı kadrosunun iptal edilerek, bu kadroda görev yapan davacının KOBİ Uzmanı kadrolarına atanmasında hukuka ayarlık*

²⁷ Bu birimler, Rehberlik ve Denetim Kurulu Başkanlığı, İç Denetim Birim Başkanlığı, Hukuk Müşavirliği, Strateji Geliştirme ve Mali Hizmetler Dairesi Başkanlığı, Bilgi Yönetimi ve Karar Destek Dairesi Başkanlığı, Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü (m.31-37).

²⁸ Başkanlığın Yardımcı Hizmet Birimleri de, İnsan Kaynakları Dairesi Başkanlığı, Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı, Özel Kalem Müdürlüğü olarak sayılmıştır(m.38-41).

*bulunmadığı sonucuna ulaşılmış*²⁹. Danıştay'ın bu kararı yerindedir, çünkü Kuruluş Kanunu'nun 9. maddesi ile personel kadrolarının başkanlık tarafından hazırlanarak, icra komitesi tarafından onaylanacağı vurgulanırken 13. maddesi ile de bunun yine başkanlığın hazırlayacağı, icra komitesinin onaylanacağı “yönetmelikler” ile yapılabileceği düzenlenmiştir. Özel düzenleme olan 13. madde ile düzenleyici işlem olarak yönetmelik vurgusu yapılmıştır. Bu nedenle personele ilişkin düzenlemelerin yönetmelik ile yapılması gerekmektedir. Ancak karşıt bir görüş olarak, yönetmeliklerin de yine icra komitesi kararı ile çıkabileceği, icra komitesi kararlarının da düzenleyici işlem niteliğinde olduğu ve bu işlemlerin yönetmeliklerin hukuki rejimine tabi olduğu ve bu nedenle Danıştay'ın kararının yerinde olmadığı argümanı ileri sürülebilirse de aynı hukuki rejime tabi olan adsız düzenleyici işlemlerden ismen zikredilen ile idari düzenlemelerin yapılması öncelikli ve gereklidir.

Başkanlığın asli personeli, idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli olarak istihdam edilir(KK, m.13). Başkanlık, bir kamu tüzel kişisi olarak ihtiyaç duyduğu personeli kamu hukuku kurallarına tabii olarak istihdam edebilir. Anayasa'mızın 128. maddesinde yer alan “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” hükmüne istinaden Başkanlık'ta da memur veya diğer kamu görevlileri istihdam edebilir. Ancak Kuruluş Kanunu Başkanlık'ta kamu görevlisi istihdam tercihini sözleşmeli personelden yana kullanmaktadır. Asli ve sürekli hizmetlerin bunun dışında bir istihdam modeli veya personel temini yolu ile giderilmesi mümkün değildir. Uygulamada, Başkanlığın uzmanlık gerektiren aslı ve sürekli görevleri, “nitelikli personel hizmet alımı” adı altında ihale yöntemiyle istihdam ettiği kişilere gördürdüğü işaret edilmektedir³⁰. Haliyle bu yöntem Anayasa'nın 128. maddesi ile öngörülen kamu personel sistemimize aykırıdır. Çünkü Anayasa'nın bu hükmü içeriğinde yer alan kamu personeli istihdam esas ve usulleri haricinde farklı bir istihdam şeklini yasaklamaktadır.

²⁹ Danıştay, 5. D., E. 2009/3059, K. 2009/7290, T. 14.12.2009, www.lexpera.com, (10.06.16).

³⁰ Bkz. T.C Sayıştay Başkanlığı- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB)-2014 Yılı Sayıştay Denetim Raporu, s. 7, www.sayistay.gov.tr, (05.10.16).

Başkanlığın çalıştıracağı personelin 657 sayılı Kanuna tabi olmayacağı açıkça düzenlenmiştir(KK, m.18). Bu şekilde Kanun, tek istihdam modelinin sözleşmeli personel olduğu, memur istihdam türüne tamamen kapalı olduğunu bir kez daha hüküm altına almıştır. Söz konusu düzenleme ile sözleşmeli personel rejiminin emsallerinde olduğu gibi 657 sayılı Kanuna gönderme yapılmadan düzenlendiği görülmektedir. Sözleşmeli personel hukuki rejimine 657 sayılı Kanunu'nun genel uygulama alanını bulmamasının getirdiği/getirebileceği sıkıntıların da bağımsız olarak yönetmelik ile düzenlenerek giderilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu bağlamda istihdam edilen personelin özlük haklarına ilişkin düzenlemeler içeren Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı İnsan Kaynakları Yönetmeliği önemlidir. Yönetmeliğe göre Başkanlığın asli personeli idari hizmet sözleşmeleri ile istihdam edilecektir(m.2,12). Düzenleme gereği ise asli personel olanlar ve olmayanlar ayrımının yapılması gerekmektedir. İlgili maddeye göre “başkanlığın daimi ve asililik arz eden görevleri” yönetmelik ile belirlenir. Yönetmelik göndermesi personeli değil de ‘göreve’dir. “Daimilik ve asililik” kriterinin kamu görevlileri eliyle yürütülecek faaliyetlerin anayasal çerçevesi ile uyum içerisinde olduğunu da belirtmek gerekir. Ancak Kanun, “Başkanlığın daimi ve asililik arz eden görevleri ile bunların unvan ve adetleri, bu görevlerde çalışacak personelin tabi olacakları idari, sosyal ve ücret hükümleri, Başkanlığın hazırlayıp İcra Komitesinin onayı ile yürürlüğe konacak yönetmelik ile düzenlenir” hükmü ile Başkanlıkta çalışacak kamu görevlilerinin statüsüne ilişkin düzenlemelerin yönetmelik ile yapılabileceğini hüküm altına almaktadır(KK, m.13). 1982 Anayasası'nın kamu hizmeti görevlilerine ilişkin hükümlerine göre “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”(m.128/2). Anayasa'nın ilgili açık hükmü çerçevesinde 3624 Sayılı Kuruluş Kanunu'nun yukarıda zikredilen hükmü Anayasa'ya aykırıdır. Kanun ile yönetmelik ile düzenleneceğinin hüküm altına alınması da kanunilik şartını yerine getirmez. Kadro, görev, sosyal ve mali haklar ile benzer konular muhakkak doğrudan kanun ile düzenlenmelidir.

Başkanlık'ta kamu görevlilerinin yanı sıra özel hukuk sözleşmesi ile de personelin istihdam edilmesi mümkündür. Geçicilik veya belli bir ihtisas gerektiren nitelikteki hizmetler Başkanlıkça tespit ve tayin edilir.

Söz konusu faaliyetlerde çalışacak personel hakkında vekâlet veya istisna akdi³¹ hükümleri uygulanır(KK, m.13/3). Bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir ve geçicilik ve uzmanlık ölçütü çerçevesinde uygulama alanları Başkanlık tarafından belirlenir. İlgili sözleşmeler çerçevesinde istihdam edilecek kişilerin Sosyal güvenlik kuruluşlarından almakta oldukları aylıkları kesilmez³². Aslında 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gereği emekli aylığı alanların aylıklarının kesilmesi gerekir. Ancak 3624 sayılı Kanun bu kurala bir istisna getirmektedir. Danıştay kararına konu olan bir olayda “Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı’nda görev yapmakta iken isteği üzerine emekliye sevk edilen kişi, KOSGEB’de Merkez Müdürü olarak göreve başlamış, bu dönemdeki emekli aylıklarının tarafına borç çıkarılması nedeniyle de bu işleme karşı idare mahkemesinde dava açmış, idare mahkemesi de davayı ret etmiştir. İdare mahkemesi ret gerekçesinde merkez müdürlüğü görevinin geçici değil asli bir görev olduğu, 3624 sayılı Kanun’un aradığı anlamda ihtisası gerektiren bir görev olmadığını ifade etmiştir³³. Danıştay haklı olarak KOSGEB merkez müdürlüğünü istisna hükümlerinden faydalanabilecek geçicilik veya belli bir ihtisas gerektiren nitelikteki hizmetlerden biri olarak görmemiştir.

Hangi hizmetlerde işçi istihdam edileceği Başkanlıkça tespit ve tayin edilir. Ancak laboratuvar, atelye gibi mal üretimini gerektiren işlerde işçi çalıştırılabilir. Bu hizmetlerin aslilik ve daimilik gösteren hususlarda olmadığı dikkate alınırsa idari hizmet sözleşmesi ile istihdam edilecek

³¹Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği bir sözleşmedir(TBK, m. 502/I). İstisna sözleşmesi ise yükleniciden bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir(TBK, m.470). Bkz. **Aydoğdu Murat/Kahveci** Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İleri Kitabevi, İzmir 2013, s.608 vd, s.655 vd.

³² Madde gerekçesi ile bu tercihin sebebi emekli olan uzman kişilerden yararlanma isteği olarak belirtilmiştir : “Kuruluşta çalışacak personelin daha önce Emekli Sandığına tabi olarak çalışmalarının da değerlendirilmesi halinde görev almalarını ileri sürebilecekleri nazara alınarak, bu durumda ve kuruluş için bilgi ve tecrübelerinden faydalanılması kaçınılmaz olanlardan faydalanılmasına imkân vermek için, Emekli Sandığı ile ilgili kazanılmış hakların özel olarak korunmasına yer verilmiştir”(3624 sayılı Kanun Madde Gerekçeleri,m.13),

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c043/tbmm18043102ss0402.pdf>,(10.12.16).

³³**Danıştay**, 10.D., E.1996/6077, K.1998/6857,T.21.12.1998, www.lexpera.com, (09.10.16).

personel rejimi ile uyumlu olduğunu söylemek gerekir. Kurum'da çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde yabancı uzmanların da çalıştırılması mümkündür(KK, m. 13/6). Daimi bir istihdam modeli olmamakla birlikte gerekli görülen durumlara Başkanlık tarafından desteklenen araştırma, geliştirme, tasarım ve yenilik faaliyetlerine ilişkin görev yapmak üzere 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu çerçevesinde öğretim elamanı görevlendirilebilir. Yine aynı faaliyet alanlarına ilişkin kamu görevlileri ile hizmetinden yararlanılacak kişilerin görevlendirilmesi mümkündür. Bu kişiler için yapılacak harcamalar, Başkanlık bütçesinden ödenir. Görevlendiren öğretim elamanlarının asli görevlerine ait mali hakları ödenmeye devam eder(KK, ek md.1). Son olarak belirtmek gerekir ki idari hizmet sözleşmesi ile istidam edilen personele ilişkin uyuşmazlıklar, sözleşmenin idari sözleşme olması nedeniyle idari yargıda görülecektir.

3.2. PERSONEL DİSİPLİN REJİMİ

Başkanlık personel disiplin rejimine göre “Personele ilişkin disiplin hükümleri 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun disiplin hükümlerine uygun olarak düzenlenir”(KK, m.13). Kanun disiplin rejimini doğrudan düzenlemediği gibi 657 sayılı Kanuna atıfta da bulunmamaktadır. Yapılacak düzenlemelerin 657 sayılı Kanun esas alınarak yapılacağını belirtmektedir. Hatta bir önceki cümlede personele ilişkin düzenlemelerin yönetmelik ile yapılacağını belirtilirken devam cümlesinde sadece “düzenlenir” ifadesi yer almaktadır. Ancak uygulamada bu düzenleme “Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Disiplin Yönetmeliği” ile yapılmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa’nın “memur ve diğer kamu görevlilerinin... diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” hükmü kamu görevlilerinin disiplin rejimini de kapsamaktadır³⁴. Bu nedenle Kanun’un düzenleme yapmadan idari işleme gönderme yapması Anayasa’ya aykırıdır. Diğer yandan disiplin rejiminin öncelikle kanunla düzenlenmesi gereği suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasa’nın 38. maddesinin gereği olduğu kadar, temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanması(bazı disiplin cezalarının temel hak ve özgürlükleri sınırlama kuvveti olduğu dikkate alınır) rejimini belirleyen Anayasa’nın 13. maddesinin de gereğidir. Kaldı ki disiplin hukuku açısından kanunilik ilkesi Anayasa Mahkemesi’nin verdiği güncel bir karar ile daha da katı hala gelmiştir³⁵. Anayasa

³⁴ Bkz. *Akyılmaz/Sezginer/Kaya*, s. 603-604.

³⁵ *Anayasa Mahkemesi*, E:2014/100, K:2015/16, K.T.:14.01.2015,

Mahkemesi 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'na ilişkin verdiği kararı ile "hem disiplin cezaları hem de bu cezaların verilmesine neden olabilecek fiiller ile soruşturma usulü, zamanaşımı, disiplin amir ve kurullarının oluşumu gibi konuların kanunla düzenlenmesi" gerektiği yolunda karar alarak kanunilik ilkesinin alanını genişleterek daha da mutlak hale getirmiştir³⁶.

Kanunilik prensibi çerçevesinde eleştirilerimiz saklı tutarak, Disiplin Yönetmeliği'ne baktığımızda ise birkaç temel hususun düzenlendiğini görmekteyiz. Öncelikle Yönetmelik sadece "idari hizmet sözleşmesi" ile istihdam edilenleri kapsamaktadır(m.2). Başkan personelin en üst disiplin amiridir. Başkanlık içerisinde disiplin amirleri, disiplin amirleri cetveli ile gösterilmiştir. Disiplin cezaları bakımından "657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125 inci maddesinde yer alan Devlet memurlarına yönelik disiplin cezaları ile bu cezaların uygulanacağı fiil ve hallere ilişkin hükümlerin Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı'nda görevli personele de uygulanması

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150407-15.pdf>, (22.09.16).

³⁶ "Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun "açıkça" suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir. Dava konusu kural bu hâliyle disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamakta, disiplin cezalarını gerektiren hâl ve durumları belirlememektedir. Ayrıca kuralda, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konuların hiçbiri ile ilgili kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kapsama dâhil personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, tüm bu işlemlerin Yükseköğretim Kurulunca düzenlenmesini öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 38., 128. ve 130. maddeleriyle bağdaşmamaktadır". **Anayasa Mahkemesi**, E:2014/100, K:2015/16, K.T.:14.01.2015, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150407-15.pdf>, (22.09.16).

esastır” hükmünü taşımaktadır³⁷. Kısmen yukarıda da açıkladığımız üzere disiplin cezalarının kanun ile düzenlenmesi gerekir, disiplin cezalarının kanuni düzenleme olmadan idari işlem ile başka bir kanuna yollamada bulunularak düzenlenmesi disiplin cezalarının kanunla belirlenmesi ilkesine³⁸ aykırıdır. Bu bağlamda Yönetmeliğin 6. maddesinin ikinci fıkrası ile bağımsız olarak kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını düzenlemesi, bu cezanın-657 sayılı Kanun’dan farklı olarak- 5510 Sayılı 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çerçevesinde uygulanacağını belirtilmesi Anayasal düzenlemelere aykırıdır.

3.3. PERSONELE İLİŞKİN DİĞER DÜZENLEMELER

Başkanlık personeline ilişkin detaylı düzenlemeler, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı İnsan Kaynakları Yönetmeliği ile yapılmıştır³⁹. Yönetmelik, “daimilik ve aslilik arz eden görevlerde idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli olarak istihdam edilen asli personeli” kapsamakta, vekâlet veya istisna akitleri ile istihdam edilenleri, işçileri, yabancı uzmanları ise kapsamamaktadır.

³⁷Örneğin yargı kararına konu olan bir olayda DMK’nın aylıktan kesme cezasının uygulanma şekli Başkanlık personeli için de uygulanmıştır: “*Afyonkarahisar Hizmet Merkezi Müdürü olarak görev yapan davacının, İzmir Güney Hizmet Müdürlüğü emrine KOBİ uzmanı olarak atanmasına ilişkin 30.10.2012 gün ve 14555 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; 657 Sayılı Kanun’un 132. maddesinde, aylıktan kesme cezası alanların, İl Müdürlüğü görevi yapamayacakları şeklindeki düzenleme karşısında, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte 1/30 oranında aylıktan kesme cezası verilmiş bulunan ve Afyonkarahisar Hizmet Merkezi Müdürlüğü görevinin Bakanlık İl Müdürlüğüne eşit seviyede bir görev olması nedeniyle Hizmet Merkezi Müdürlüğü görevine atanma niteliğini kaybeden davacının, bu görevden alınarak KOBİ uzmanı olarak atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı..*”. **Danıştay**, 5.D., E. 2015/2796 K. 2015/7756 T. 12.10.2015, www.lexpera.com,(10.06.16).

³⁸ Tartışmalar için bkz. **Akıymaz** Bahtiyar, Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6_9.pdf, (11.12.16); **Karahanogulları** Onur, Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/memurdisiplinhukuku.pdf>, (11.12.16).

³⁹ Yönetmeliğin “insan kaynakları” tabirini kullanması ilginçtir. En nihayetinde Başkanlık bir kamu tüzel kişisidir ve kamu tüzel kişilerinde çalışan personel idare ile hukuki bağı dikkate alınmaksızın en geniş tanımıyla kamu görevlisi niteliğindedir. Bu tercihi son dönemde idari faaliyetleri özel hukuka tabi kılma, işletmecilik esaslarına göre faaliyette bulunma tercih ve eğiliminin bir sonucu olarak görmek mümkündür.

Yönetmelik ile insan kaynakları (sözleşmeli personel istihdamı) politikasının temel çerçevesi düzenlenmiştir. Yönetmelik, sözleşmeli personeli kapsadığı ve sözleşmeli personelin de Anayasa gereği diğer kamu görevlileri kapsamına girdiğine göre bu personelin hukuki statülerine ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması Anayasa'nın bir gereğidir⁴⁰. Çünkü Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre “memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”. Bu düzenleme kapsayıcı ve detaylı içeriği ile kanunla düzenlenmesi gereken hususları açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu nedenle Başkanlık'ta istihdam edilen sözleşmeli kamu personele ilişkin düzenlemelerin doğrudan kanunla düzenlenmesi gerekir. Kanunla düzenlemeden anlaşılan Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere kanuni düzenlemenin temel ilkeleri koyması, çerçeveyi belirlemesi, yürütme organına belirsiz soyut yetki vermemesi olarak anlaşılır⁴¹. Kuruluş Kanunu'nda personelin hukuki statüsüne ilişkin doğrudan düzenleme olmadığı gibi düzenleyici işlem ile belirlenecek hususların temel ilkelerinin, kapsamının, sınırının vb. özlük işlerinin de düzenlenmediğini görmekteyiz. Anayasal düzenleme nasıl kanun koyucunun düzenlemesi gereken hususları detaylı ve kapsamlı bir şekilde düzenliyorsa, kanunun da aynı şekilde -doğrudan kanunla düzenlenmesi gereken hususlar saklı kalmak kaydıyla- düzenleyici işlem ile düzenlenecek hususların ilkelerini, kapsamını, çerçevesini belirlemesi gerekir. Sonuç olarak, kanunilik ilkesine uyulmadığı, kanunla düzenlenmesi gereken atama yetkisi, şartlar, atamalarda aranacak şartlar gibi birçok hususun doğrudan yönetmelik ile düzenlendiği görülmektedir. Kanunilik ilkesi açısından yönetmeliğe getirdiğimiz eleştiriler saklı kalmak kaydıyla Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı İnsan Kaynakları Yönetmeliği düzenlemelerini şu başlıklar altında değerlendirebiliriz:

⁴⁰ Kanunilik ilkesinin kamu görevlileri bakımından değerlendirilmesi için bkz. **Akbulut** Emre, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, İstanbul 2013, Beta Yayınevi, s. 137-148

⁴¹ Bkz. **Anayasa Mahkemesi**, E:2005/152, K:2009/14, T.29.01.2009, www.anayasa.gov.tr, (06.10.16); **Anayasa Mahkemesi**, E:2004/55, K:2008/118, T.12.06.2008, www.anayasa.gov.tr, (06.10.16). Kararların değerlendirmesi için bkz. **Akbulut**, s.137 vd.

• **İstihdam Kaynakları ve Atama Yetkisi (m.7,8):**

Başkanlık içerisinde istihdam edilecek kişiler atama şartlara sahip olmak koşuluyla açıktan veya KPSS sınav sonuçlarına göre atanabilir. Özel düzenlemeler tabi personel bakımından ilgili düzenlemeler çerçevesinde, istisnai pozisyonlara ise özel koşullar aranmaksızın atama yapılabilir (İKY,m.7). Kuruluş Kanunu'na göre, Başkan müşterek kararname ile Başkan yardımcıları, Başkanın teklifi İcra Komitesinin onayı ile diğer personel ise Başkanın onayı ile atanır. Başkan ve başkan yardımcıları tek taraflı diğer personel iki taraflı hukuksal bağ ile atanmaktadır. Bu nedenle diğer personel için Kanun “Başkanın onayı”, Yönetmelik “Başkan tarafından” atanacağı ifadesini kullansa da bunu sözleşmenin bir tarafı olarak, sözleşmeyi kabul edip imzalamak olarak anlamak gerekir.

• **Atamada Aranacak Şartlar(m.9):**

Atamada aranacak şartlar bakımından 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun esas alındığı görülmektedir⁴². Başkanlık özelinde ise dikkat çeken şart ise mecburi kamu hizmeti yükümlülüğüne ilişkindir. Buna göre “diğer kuruluşlara mecburi hizmet yükümlülüğü bulunmamak, mecburi hizmet borcunu ödemeyi kabul etmiş olduğunu tevsik etmek veya diğer kuruluşun ve KOSGEB'in muvafakati ile mecburi hizmet süresini KOSGEB'de tamamlamayı taahhüt etmiş bulunmak” bir atanma şartıdır. Ancak bu şart Kanun ile düzenlenmese dahi mecburi yükümlülüğü olan bir kişinin önceliğinin bu yükümlülüğün gereklerini yerine getirmesi veya muvafakatini alması, kamu personel hukukunun genel ilkelerinin bir

⁴² Atamada aranacak genel şartlar: md. 9 – (1) Bu Yönetmeliğe tabi olarak çalıştırılacak personelin aşağıdaki şart ve nitelikleri haiz olması gereklidir. a) Türk vatandaşı olmak, b) Kamu haklarından mahrum bulunmamak, c) 18 yaşını bitirmiş olmak, ç) Askerlikle ilgisi bulunmamak; askerlik çağına gelmemiş veya askerlik çağına gelmiş ise muvazzaf askerlik hizmetini yapmış yahut erteletmiş veya yedek sınıfa geçirilmiş olmak veya sağlık nedenleri dışında muaf olmak, d) Atanacağı görevin gerektirdiği nitelikleri haiz olmak, e) (Değişik:RG-1/6/2011-27951) Görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığı bulunmamak, f) 26/9/2004 tarihli ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak, (....).

gereğidir. Yine bir diğer şart ise “İlk defa KOSGEB bünyesinde istisnai pozisyonlarda görev almak isteyenler hariç olmak üzere görev almak isteyenlerde, kamu kurum ve kuruluşlarında 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’na, diğer personel Kanunlarına veya İş Kanunu’na tabi olarak görev yapmış olmak veya ilk defa atanacaklar için yapılacak sınavda Başkanlık tarafından belirlenen asgari puanı almış olmak”. Böylece daha önce kamu veya özel sektörde ilgili mevzuatlar çerçevesinde çalışmış olanlar Başkanlığa atanabileceği gibi ilk defa kamu görevine girecekler de KPSS puan şartını yerine getirerek atanabilecektir.

• **Başvuru, Atamaya Esas Belgeler, Sözleşmeler (m.10,11,12)**

“KOSGEB’de açık bulunan bir pozisyonda görev almak isteyenlerin Başkanlıktan temin edecekleri iş talep formunu, kendi el yazıları ile anlaşılır ve doğru olarak doldurmak suretiyle Başkanlığa başvurmaları gerekir. Bu şekilde yapılan başvurular atamanın yapılacağı pozisyonun gerektirdiği nitelikler ile diğer şartların taşınmasının yanı sıra Başkanlığın hizmet ihtiyaçları dikkate alınmak suretiyle personel işlemlerini yürüten Daire Başkanlığı tarafından değerlendirilir ve sonuç Başkana sunulur. Bu formu doldurmuş olmak, kişilere müktesep hak doğurmaz. Açıktan ataması gerçekleştirilmiş olanların dilekçelerinde, atamaya esas belgelerinde veya iş talep formlarında gerçeğe aykırı bir durum tespit olunursa, tazminat ödenmeksizin görevlerine son verilir”(m.10). Söz konusu başvuru ve başvuru sonucu değerlendirme yönteminin kamu hizmetine ilk defa Başkanlık bünyesinde başlayacak olup KPSS sınav sonucuna göre açıktan atananlar haricindekiler için uygulanması gerektiğini belirtmek gerekir. Çünkü merkezi yöntem ile personel atanmasında, belirlenmiş şartlar ve puanlar çerçevesinde atamanın yapılması beklenir. Yine idareye başvuruda bulunmasının başvuru açısından kazanılmış hak yaratmayacağı hukukun genel ilkelerindedir. Özellik olarak düzenlenmesine gerek yoktur. Son olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunması bu beyana dayalı işlemleri geçersiz hale getirir. Bu işlem yok hükmünde kabul edilir, idare de bu işlemi her zaman süre koşuluna bağlı olmadan geri alabilir⁴³. Bu durumda da kazanılmış hak yaratmayacağı için idare açısından bir tazmin yükümlülüğü doğmaz.

⁴³ Bkz. **Kalabalık** Halil, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 2004, s. 170-171; **Çağlayan** Ramazan, İdari İşlemin. Geri Alınması Üzerine, http://eski.uzuncarsili.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000_1_4.pdf, (11.12.16).

Başvuru sonucunda atanması uygun görülenlerden atanma şartlarına sahip olduğunu gösteren Yönetmelik'te belirtilen belgeler istenir. Gerekli değerlendirmeler tamamlandıca daimilik ve aslilik arz eden görevlerde başvuru ile idari hizmet sözleşmesi imzalanır. Bu sözleşmenin bir nüshası ilgiliye, bir nüshası personel işlerinden sorumlu daireye, bir diğer ise personel özlük dosyasına konulur.

- **İşe Başlama ve Adaylık (13,14):**

“Atama kararı ilgiliye yazılı olarak tebliğ edilir. İlgili, tebellüğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde idari hizmet sözleşmesini imzalayıp göreve başlamak zorundadır. Aksi halde atama işlemi ve idari hizmet sözleşmesi geçersiz sayılır”(m.13). Her ne kadar bu düzenlemede ve önceki düzenlemelerde “atama” terimi kullanılsa da atama idarenin tak taraflı işlemi ile istihdam ilişkisinin kurulması durumları için kullanılır⁴⁴. Sözleşmeli personel istihdamı bakımından ise atama terimini aday ya da başvuru atanma şartlarını sahip olduğunu, sözleşme imzalama isteğini ve sözleşmenin tarafı olan idarenin sözleşmeyi imzalaması olarak anlamak gerekir. Diğer yandan sözleşmesi ile hukuksal bağ kurulmadan işe başlanması düşünülemez. İki taraflı bir ilişkinin hukuksal etki ve sonuç doğurabilmesi karşılık irade beyanı ve kabule ihtiyaç vardır. Tarafın birisinin imza atmaması durumunda sözleşmenin geçerli olması mümkün olmayacağı için bu hususun açıkça düzenlenmesine gerek yoktur. Atama işleminin geçersizliğini de sözleşme imzalama çağrısının geçersizliği olarak anlamak gerekir.

Başkanlık'ta göreve başlayacak personel öncelikle aday olarak atanır. Adaylık süresi 657 sayılı Kanun'a paralel olarak 1 yıldan az, iki yıldan çok olamaz. Adaylık süresinde başarılı olamayan adayların sözleşmeleri feshedilir. Adaylık süresini başarılı olarak tamamlayanlar kendiliğinden asli olarak atanırlar.

- **KOBİ Uzman ve Uzman Yardımcıları, Müfettiş ve Müfettiş Yardımcıları (m.15,16)**

KOBİ uzman ve uzman yardımcıların esasları KOSGEB Kobi Uzmanlığı Yönetmeliği ile düzenlenmiş başkanlıkta idari hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen personel olarak tanımlanmıştır(m.4)⁴⁵.

⁴⁴ Giritli /Bilgen/ Akgüner, s.457-458.

⁴⁵ Bu kadro tipi öncesinde “süreç danışmanlığı” kadrolarının yer aldığı ifade etmek gerekir. Ancak daha sonra Devlet Denetleme Kurulu, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teftiş Kurulu

Uzman ve uzman yardımcılarına ilişkin detaylı düzenlemeler KOSGEB Kobi Uzmanlığı Yönetmeliği ile yapılmıştır.

Yine İnsan Kaynakları Yönetmeliği ile müfettiş ve müfettiş yardımcılarını düzenlenmiş, hukuksal statülerine ilişkin esasların yönetmelik ile düzenleneceği belirtilse de bağımsız bir yönetmeliğe konu olmamıştır. Her iki kamu görevlisi kategorisi de Kanun'la doğrudan düzenlenmemiştir. Her ne kadar Kanun'un 13.maddesi istihdam edilecek kamu görevlileri için genel bir kanuni dayanak olsa da kanunilik prensibi gereği özel olarak kanun ile düzenlenmesi daha doğru olurdu.

• Diğer Düzenlemeler

Personelin yararlanacağı yıllık izin, mazeret izni, hastalık izni, ücretsiz izin ve saatlik izin olarak düzenlenmiştir(m.37). İzinlerin düzenlenişinde 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu büyük ölçüde esas alınmıştır. Kanun'da izne ilişkin düzenleme olmadan doğrudan Yönetmelik ile düzenlemelerin yapılması yerinde değildir. Yönetmelik ile Başkanlık faaliyetleri çerçevesinde hizmet içi eğitim, bu eğitimin hedefleri, ilkeleri, programları, stajyer öğrenci kabulü gibi hususlar düzenlenmiştir (m.17,18,19,25,35,36).

Yönetici sıfatına sahip kamu görevlilerine ilişkin vekâlet ve tedviren atama kurumları⁴⁶da Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Yetkinin kamu düzeninin bir parçası, egemenlik yetkisinin uzantısı olduğu göz önüne alınınca vekâlet ve tedviren atama kurumlarının doğrudan kanunla düzenlenmesi gerekirdi.

Yönetmeliğin devam maddeleri ile Başkanlık bünyesinde çalışan kamu görevlilerinin tabi olduğu hukuka ilişkin diğer düzenlemeler bulunmaktadır. Genel olarak tekraren söylediğimiz eleştiriler bu noktalarda da geçerlidir, kanunilik şartı gereği kanunla düzenlenmesi gereken birçok hususun Yönetmelik ile düzenlendiği görülmektedir. Kanunilik şartı yerine gelmediği gibi Yönetmelik birçok hususta diğer kanunlara göndermede bulunmaktadır. Düzenleyici işlemin bir kanuna

Başkanlığı raporlarında "Kamu kurumları ve Emekli Sandığı uygulamalarında yer almayan görev, unvan ve kadroların kamu genel kadro tanımlarına uygun hale getirilmesi" yönündeki tavsiye kararlarına dayanılarak uzman ve uzman yardımcılığı modeline geçilmiştir. Bkz. **Danıştay**, 5. D., E. 2009/3059 K. 2009/7290 T. 14.12.2009, www.lexpera.com, (10.06.16).

⁴⁶ Bkz. **Gözler**, C.I, s. 783; **Gözübüyük/Tan**, s.981; **Günday**, s.141.

görmede bulunabilmesi için ilgili hususa ilişkin kanuni düzenlemeye sahip olması gerekmektedir.

4. BAŞKANLIĞA İLİŞKİN DİĞER HUSUSLAR

4.1. İŞLEMLER

KOSGEB kamu tüzel kişiliğine sahip bir birim olarak bireysel veya düzenleyici işlemler yapabilir. Bu işlemler KOSGEB içyapısı gereği farklı organlar eliyle yürütülebilir. Öncelikle KOSGEB, kamu tüzel kişiliğini haiz bir idare olarak yönetmelik çıkarabilir. KOSGEB yönetmelikleri başkanlıkça hazırlanır. Başkanlık tarafından hazırlanan yönetmelik taslakları icra komitesi tarafından incelenerek karara bağlanır ve yürürlüğe konur(KK, m.9-c). Kanun'da yönetmelik çıkarma yetkisi özellikle Kurum'un kurulması ile birlikte acilen ihtiyaç duyulan ve bir an önce çıkarılması gereken yönetmelikler esas alınarak formüle edilmiştir. Buna göre "Bu Kanuna göre Başkanlıkça hazırlanan, KOSGEB organlarının çalışma usul ve esasları, görev ve yetkileri ile diğer Yönetmelik taslaklarını incelemek ve uygun göreceği Yönetmelikleri karara bağlayarak bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay süre içinde yürürlüğe koymak" icra komitesinin görevlerindedir. Ancak Başkanlık ihtiyaç duyduğu her konuda Anayasa'nın 124. maddesi ve yasal yetkinin gereği olarak farklı konularda da yönetmelik çıkarabilir. Kanun'da geçen 6 aylık süreyi öncelikli olan yönetmelikler bakımından Kurum'un hızlı hareket etmesini sağlamaya yönelik süre olarak anlamak gerekir.

Kurum'un düzenleyici işlem yapma yetkisi yönetmelik ile sınırlı değildir. Konusu ve amacına uygun olarak farklı adlar altında birçok düzenleyici işlem yapabilir. Bu anlamda Genel Kurul'un düzenleyici direktifler vermesi, yıllık çalışma programları esaslarını belirlemesi (m.7), İcra Komitesi'nin uygulama kararları alması(m.9) bu yetkisine örnek verilebilir. Özellikle uygulama kararlarının önem arz ettiğine vurgu yapmak gerekir, çünkü Genel Kurul'un belirlediği politikalar, amaçlar, hedefler ve ilkeler istikametinde işletmelerin geliştirilmesi ve desteklenmesine ilişkin kararlar bu şekilde alınmaktadır. Uygulama kararlarının Genel Kurul kararlarına uygun olması gerekir, bu çerçevede genel kurul kararları ile uygulama kararları arasında çatışma çıkması durumunda genel kurul kararları uygulanır. Komite uygulama kararlarını aldığı gibi yine kendisi icra eder.

4.2. BÜTÇE

Bütçe başkanlık tarafından hazırlanır, hazırlanan bütçe icra komitesinin onamasına tabidir(KK, m.9-b). Başkanlık bütçesinin hangi gelirden oluştuğu 14. madde ile sayılmıştır⁴⁷. Bu gelir kalemlerinin önemli bir kısmının yine küçük ve orta ölçekli işletmelere ilişkin kurum aidatlarından oluştuğu dikkat çekmektedir. Bu aidatlar ilgili kurumların kârının belirli bir yüzdesinden oluşmaktadır. Aidat verecek kurumlar arasında “233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye tabi teşekkül, müessese ve bağlı ortaklıklar, Sermayesinin yüzde 50’sinden fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait bankalar, Türkiye Esnaf ve Sanatkârlar Konfederasyonunu, Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği”⁴⁸ bulunmaktadır. Bu aidatlar Başkanlığın belirleyeceği bir banka hesabına her yıl mayıs ve ekim ayında iki taksit halinde ödenir. Bu ödemeler, ödemeyi yapan kurum ve kuruluşlarca matrah hesabına gider olarak kaydedilir. Başkanlık bütçesinin gelirleriyle ilgili alacaklarda da 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uygulanır.

⁴⁷Başkanlık bütçesi aşağıdaki gelirlerden oluşur: a) Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekler, b) 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye tabi teşekkül, müessese ve bağlı ortaklıkların yıllık ve kurumlar vergisi matrahına esas kârlarının binde 1’i nispetinde ödeyecekleri aidatlar, c)Sermayesinin yüzde 50’sinden fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait bankaların kurumlar vergisine matrah olan yıllık kârlarının yüzde 2’si nispetinde ödeyecekleri aidatlar (4603 SayılıKanuna tâbi bankalar hariç), d)Türkiye Esnaf ve Sanatkârlar Konfederasyonunun yıllık gelirinin yüzde 2’si nispetinde ödeyeceği aidat, e)Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliğinin yıllık gelirinin yüzde 2’si nispetinde ödeyeceği aidat, f) Başkanlık tarafından verilecek hizmetler karşılığında alınacak ücretler, g)Organize sanayi bölgeleri müteşebbis heyetlerince yapılan arsa satış hasılatlarının yüzde 1’i oranında ayrılacak pay, h)Dış kaynaklardan sağlanan krediler, i)Başkanlığa yapılacak bağış ve yardımlar ile Başkanlığın sahip olduğu mal ve haklardan kaynaklanan sair gelirler(KK,m14/2).

⁴⁸ Türkiye Esnaf ve Sanatkârlar Konfederasyonunu ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği aidatları kurumun en önemli gelir kalemlerindedir. Bu kurumlar yıllık gelirlerinin %2’si nispetinde aidat ödeme yükümlülüğü altındadır. Bu kurumlar bu aidatı miktarını hesaplamaya esas yıllık gelir kalemlerini de belirterek göndermelidir. Sadece belirli bir miktarın gönderilmesi yeterli, değildir. Bkz. T.C Sayıştay Başkanlığı- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB)-2014 Yılı Sayıştay Denetim Raporu, s. 7, www.sayistay.gov.tr, (05.10.16).

4.3.MALLARIN DURUMU

Başkanlık, kamu tüzel kişiliğini haiz olmasının bir sonucu olarak hak ve borçlara sahip olabilir. Başkanlığın ihtiyacı olan taşınmazların edinilmesi, idaresi ve gerektiğin satılması konusunda yetki İcra Komitesi'ne aittir. Taşınmazların satımında Genel Kurul'un onayına ihtiyaç vardır. Kuruluş Kanunu ile Başkanlığın "bütün işlemlerinde özel hukuka tabi" olduğu vurgulanmaktadır(m.1). Bu durumda Başkanlığın kamulaştırma yetkisine sahip olup olmadığı hususu üzerinde durmak gerekir. Kanun'un, Başkanlığın bütün işlemlerinde özel hukuka tabi olduğunu vurgulaması, kamulaştırma yapma yetkisine de bir sınır getirme arzusunda olduğu izlenimi doğurmaktadır. Ancak 1982 Anayasası ile düzenlenen kamulaştırma yetkisi, kamu tüzel kişilerine "kamu yararının gerektirdiği hallerde", özel mülkiyette yer alan taşınmazların bedelleri ödenmek koşuluyla mülkiyetine geçirme yetkisi vermektedir(m.46). Kamulaştırma Kanunu da kamulaştırmanın şartlarını belirleyen ilgili maddesinde "İdareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, ...bedellerini... ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilir" hükmü ile kamu tüzel kişilerine bu hakkın verilmiş çerçevesini ortaya koymaktadır. Kuruluş Kanunu ile de Başkanlığın amacının "ülkenin ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarının karşılanmasında küçük ve orta ölçekli işletmelerin payını ve etkinliğini artırmak, rekabet güçlerini ve düzeylerini yükseltmek, sanayide entegrasyonu ekonomik gelişmelere uygun biçimde gerçekleştirmek" olduğu vurgulandığı dikkate alınrsa bu kamusal amaçlar çerçevesinde başkanlığın kamulaştırma yetkisine sahip olduğunu ifade etmek gerekir. Kaldı ki anayasal bir hak olan kamulaştırma yetkisi "özel hukuka tabi kılma" ile kaldırılamayacağı gibi açık açık kanun ile bu yetki kamu tüzel kişilerin elinden alınsa dahi bu durum ise Anayasa'ya açıkça aykırılık teşkil edecektir.

Kanun ile Başkanlık mallarının "devlet malı" hükmünde olduğu hüküm altına alınmıştır(KK, m.18). "Devlet" teriminden merkezden yönetim anlaşıldığı, başkanlığın merkez dışında kurulmuş bir kamu tüzel kişisi/hizmetler kuruluş olduğu göz önüne alındığında kanun koyucunun "devlet malı hükmünde" terimini bilinçli olarak kullandığını kabul etmek gerekir. Bu durumda bu malların hukuki rejimi kamu hizmetine tahsis/kamu hizmetinde kullanılma- özel mal ölçütleri çerçevesinde belirlenmektedir. Özellikle kamu malları hukuki rejiminin en önemli

prensiplerinden birisi olan haczedilemezlik prensibi⁴⁹ üzerinde durmak ve bu prensibin Başkanlık malları açısından da irdelenmesi gerekir. Kamu mallarının haczedilemeyeceğini ilişkin genel kural İcra-İflas Kanunu'nun 82. maddesinden kaynaklanmaktadır. İlgili maddeye göre “Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar” haczedilemez. Bu hükümde hiç ayırım yapılmaması nedeniyle devletin özel-kamusal bütün mallarının haczedilemezlik kapsamında içinde olduğu kabul edilmektedir⁵⁰. Uygulamada ise bu hüküm genel ve katma bütçeli idare malları olarak anlaşılmıştır⁵¹. Ancak 5018 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile ilgili ayırım ortadan kalkmış, katma bütçeli kuruluşların bir kısmı genel bütçe bir kısmı ise özel bütçeli idareler arasına girmiştir⁵². Bu bağlamda 5018 sayılı Kanun çerçevesinde özel bütçeli idarelerin mallarının “devlet malı hükmünde” olduğu ve özel-kamu ayırımı yapılmadan bütün mallarının haczedilemeyeceği şeklinde ifade edilebilir⁵³. Başkanlığın 5018 sayılı Kanun çerçevesinde özel bütçeli bir idare olarak düzenlendiği dikkate alınırsa bu yönde bir yorumun başkanlık için de yapılabileceğini söylenebilir. Ancak Kuruluş Kanunu'nda yer alan “KOSGEB, ... bütün işlemlerinde özel hukuk hükümlerine tabidir” hükmü ve haczedilemezlik prensibinin varlık nedeni birlikte düşünüldüğünde, başkanlığın kamu hizmetine tahsis edilen/doğrudan kamu hizmetine sunulan malları için haczedilemezlik prensibinin geçerli bunun haricindeki özel mallarının ise haczedilebileceğini kabul etmek daha doğru bir yorum olacaktır.

Başkanlık mallarının özel cezai korumaya sahip olduğunu da belirtmek gerekir. Bu mallar yanı sıra Başkanlığın sahip olduğu para ve para hükmündeki evrak ve senetleri aleyhine suç işleyen personel bu suçlarından dolayı Devlet Memurları gibi cezalandırılır(KK, m.18). Başkanlık mallarının korunmasına yönelik bu açık hükme benzer bir hükmün başkanlık mallarının haczi konusunda da düzenlenmesi yerinde olurdu. Son olarak belirtmek gerekir ki Başkanlık, alım-satım, kiralama ve sair işlemlerde 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabi değildir(KK, m.18).

⁴⁹ Bu prensip için bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.554; **Gözler**, C.II, s.873-881; **Gözübüyük/Tan**, s.119.

⁵⁰ **Gözler/Kaplan**, s. 695.

⁵¹ **Gözler/Kaplan**, s. 695.

⁵² **Gözler/Kaplan**, s. 695.

⁵³ Bkz. **Gözler/Kaplan**, s. 696.

4.4. DENETİM

Başkanlığın her türlü hesap ve işlemleri, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'na denetlenir. Ancak 03.10.2010 tarihli 6085 Sayılı Sayıştay Kanunu'nun 82. maddesi ile “24.6.1983 tarihli ve 72 Sayılı Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile ek ve değişiklikler” kaldırılmış, geçici 4. maddesi ile de “3346 sayılı Kanun ve diğer kanunlarda Başbakanlık Yüksek Denetleme Kuruluna yapılmış olan atıflar Sayıştay'a yapılmış sayılır” hükmü kabul edilmiştir. Bu durumda başkanlık Sayıştay'ın denetimine tabidir⁵⁴. Kanun'da “her türlü hesap ve işlemi” tabiri geçse de Sayıştay'ın anayasal bir denetim organı olduğu dikkate alınırsa denetimin kapsamı sadece mali konular olacaktır. 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanun ile de KOSGEB, II sayılı cetvelde özel bütçeli kuruluşlar arasında sayılmıştır. Diğer yandan Başkanlığın doğrudan ve dolaylı birçok açıdan idari denetime tabi olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin, hiyerarşi ile iç denetim, idari vesayet ile merkezden yönetim denetimi, idari başvuru yoluyla işlem muhataplarının denetimine tabi olduğunu belirtmek gerekir. Yine vesayetine tabi olduğu Bakanlık yoluyla dolaylı olarak meclis denetimine, Cumhurbaşkanının gerekli görmesi durumundan Devlet Denetleme Kurulu'nun denetimine, Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde bilgi edinme hakkı ile bilgi isteyen kişilerin denetimine, şikâyet üzerine Kamu Denetçiliği Kurumu'nun denetimine tabi olduğunu ayrıca vurgulamak gerekir.

⁵⁴ Bu noktada belirtmek gerekir ki kurumun 5018 sayılı Kanun ile merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında sayılması onun merkezi yönetimin bir parçası haline getirmeyeceği gibi kamu tüzel kişiliğine de bir etkisi olmayacaktır. Doktrinde de vurgulandığı üzere 5018 sayılı Kanun anayasal idari yapı ve terminoloji ile çelişen terminoloji ve hükümler taşımaktadır. İlgili tartışmalar için bkz. **Gözler** Kemal, “5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine: 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve 6085 Sayılı Yeni Sayıştay Kanununda Kullanılan ‘Genel Yönetim’, ‘Merkezî Yönetim’, ‘Kamu İdareleri’ Terimleri Hakkında Bir Eleştiri”, AÜHF, Yıl: 2011, C. 60, S. 4, s.837-917, <http://www.law.ankara.edu.tr/dergi/AUHF-60-04/AUHF-60-04-gozler.pdf>, www.anayasa.gen.tr/gozler-5018-6085.pdf, (05.10.16); **Pınar** Burak, “Kamu Mali Yönetiminde Tüzel Kişilik Sorunu: 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun Tüzel Kişiliğe Etkisine İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 12, s.91-121, <http://www.idare.gen.tr/pinar-tuzel-kisilik.pdf>, (05.10.16).

4.5. UYUŞMAZLIKLAR VE BAŞVURU YOLLARI

Başkanlığın faaliyetleri bağlamında hem iç işleyişi bakımından hem de üçüncü kişiler ile arasındaki ilişkiler bakımından uyuşmazlık çıkabilir. Başkanlığın iç işleyişi ve idari sözleşme ile istihdam edilen personeli bakımından kamu hukuku geçerlidir ve bu hukuksal bağdan doğan uyuşmazlıklar idari yargıda görülür⁵⁵. Bu uyuşmazlıklarda ilgililer- uyuşmazlığın niteliğine göre- idari dava açmadan önce idareye başvurarak dava konusu işlemin (veya sözleşmeden ayrılabilir işlemin) kaldırılmasını, geri alınmasını, değiştirilmesini veya yeni bir işlem yapılmasını isteyebilir. Bu yöntem ihtiyari bir başvuru olarak uyuşmazlığın yargı-dışı bir mekanizma ile çözülmesini olanaklı hale getirir. Yine Başkanlığın tek taraflı, bireysel veya düzenleyici nitelikte işlemleri olabilir. Bu durumda uyuşmazlıklar idari yargıda görülür. Başkanlığın üçüncü kişiler ile olan ilişkileri bağlamında ise daha önce de değinildiği üzere özel hukuka tabilik söz konusudur. Bu durumda Başkanlığın üçüncü kişiler ile olan destek sağlama, temin etme, hizmet verme, eğitim gerçekleştirme, kaynak sağlama, mal edinme vb faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda görülecektir.

⁵⁵ Örneğin Afyonkarahisar Hizmet Merkezi Müdürü olarak görev yapan davacının, İzmir Güney Hizmet Müdürlüğü emrine KOBİ uzmanı olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava Afyonkarahisar İdare Mahkemesi'nde görülmüştür. **Danıştay**, 5. D., E. 2015/2796 K. 2015/7756 T. 12.10.2015, www.lexpera.com, (10.06.16).

SONUÇ

Ekonomik kamu düzenin sağlanması, idarenin ekonomik hayata dair kolluk yetkisinin bir gereğidir. Bunun yanında devletçi politikaların yerine serbest piyasa ekonomisi tercihinin ön plana çıkması ile ekonomik hayatın dinamikleri kamu sermayesinden çok özel sermayenin alanına açılmıştır. Özel sermayenin ve teşebbüslerin piyasada aktif hareket etmesi ile birlikte bu alanın idare tarafından denetlenmesi gereği yanı sıra teşvik edilmesi ve desteklenmesi de zaruri hale gelmiştir. Ekonomik hayatın serbestlik, eşitlik prensiplerine dayanması, iç işleyişinin özel hukuka tabii olması, bu alanı denetleyen Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı'nın kamu hukuku prensiplerine göre kurulması, Başkanlığı hem kamu hukuku/idare hukukuna göre hem de özel hukuka göre hareket etmeye zorlamaktadır. Bu nedenle Başkanlık bir kamu tüzel kişisi olsa da özel hukuka tabiliği esastır. Kanun ile de bu husus Başkanlığın bütün işlemlerinin özel hukuka tabi olduğu şeklinde vurgulanmıştır. Bir kamu tüzel kişisinin özel hukuka tabi olması, kamu tüzel kişilerinin kamu hukukuna tabiliği prensibinden ayrılmaya yol açacağından, yürüttüğü işlemler, sahip olduğu personel, mülkiyetindeki veya edinecekleri mallar bakımından idare hukuku prensiplerinden sapmalar oluşturabilmektedir. KOSGEB'in bu yöndeki birçok faaliyeti idare hukuku prensipleri ile yorumlanma zarureti oluşturmaktadır. Yetkinin kamu düzenin bir parçası olduğu göz önüne alındığında Başkanlığın birçok yetkisinin kanun ile düzenlenmediği, var olanların ise eksik düzenlendiği, Başkanlığın mal, personel, faaliyet, içyapı rejiminin kendine has özellikler taşıdığı görülmektedir. Özellik gösteren bu hususlara ilişkin düzenlemelerin eksik ve yetersiz olması birçok hukuki problemi yaratacak niteliktedir. Diğer yandan Başkanlık mevzuatının eksikliğinin yanı sıra diğer mevzuata yollamada bulunma yetersizliği/özensizliği de ayrı bir noksanlık olarak kendini göstermektedir. Bu nedenle Başkanlık mevzuatının yeniden ele alınması, kamu hukuku ve özel hukuk alanlarının, yine bu hukuk alanlarının prensipleri doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut Emre,** Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- Akıncı Müslüm,** “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, Rekabet Dergisi, S. 5, Ocak –Şubat – Mart 2001.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer** Murat/**Kaya Cemil,** Türk İdare Hukuk, Seçkin Yayınları, Ankara 2009,
- Akyılmaz Bahtiyar,** Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6_9.pdf, (11.12.16),
- Aydoğdu Murat/Kahveci** Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İleri Kitabevi, İzmir 2013.
- Atay Ender Ethem,** İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Çağlayan Ramazan,** İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine, http://eski.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000_1_4.pdf, (11.12.13);
- Durman Mustafa/ Önder** Hüseyin, Ekonominin Minik Devi KOBİ’ler ve KOSGEB Teşvikleri, Alfa Aktüel Yay, İstanbul 2007.
- Giritli İsmet/Bilgen Pertev/Akgüner** Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006.
- Gözler Kemal,** İdare Hukuku, C.I, Ekin Yayınları, Bursa 2009.
- Gözler Kemal,** İdare Hukuku, C.II, Ekin Yayınları, Bursa 2009.
- Günday Metin,** İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 2011.
- Gözübüyük A. Şeref/Tan** Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Gözler Kemal,** “5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine: 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve 6085 Sayılı Yeni Sayıştay Kanununda Kullanılan ‘Genel Yönetim’, ‘Merkezî Yönetim’, ‘Kamu İdareleri’ Terimleri Hakkında Bir Eleştiri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2011, Cilt 60, Sayı 4, s.837-917, <http://www.law.ankara.edu.tr/dergi/AUHF-60-04/AUHF-60-04-gozler.pdf>, www.anayasa.gen.tr/gozler-5018-6085.pdf, (05.10.16)
- Kaboğlu İbrahim,** Özgürlükler Hukuku, İmge Kitapevi, İstanbul 1996.
- Kalabalık Halil,** İdare Hukuku Dersleri, Değişim Yayınları, İstanbul 2004.
- Karahanoğulları Onur,** Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/memurdisiplinhukuku.pdf>, (11.12.16).
- Müftüoğlu Tamer,** Türkiye’de Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi İşletmeleri Sorunlar Öneriler, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1989.

- Öğüt Mehmet**, KOSGEB - Sanayide Enerji Verimliliği Kapsamında Enerji Verimliliği Etüt-Danışmanlık ve Eğitim Destekleri, http://www.mmo.org.tr/resimler/dosya_ekler/a205ca3230d64da_ek.pdf?dergi=854, (07.06.16).
- Öztürk Özkan**, İstihdam Konusunda KOBİ'lerin Önemi ve KOBİ Alanında Eğitim İstihdam İlişkisi Açısından Kamu İstihdam Kurumunun Rolü, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye Dış Kurumu Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, Ankara, 2007.
- Pınar Burak**, “Kamu Mali Yönetiminde Tüzel Kişilik Sorunu: 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun Tüzel Kişiliğe Etkisine İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2010, Cilt 12, s.91-121, <http://www.idare.gen.tr/pinar-tuzel-kisilik.pdf>,
- Tas H. Yunus**, Avrupa Birliği ve Türkiye’de KOBİ’lerin İstihdam Artırıcı Etkileri, İstanbul, İTO Yayın No:2010-39, 2010.
- T.C Sayıştay Başkanlığı- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB)-2014 Yılı Sayıştay Denetim Raporu, www.sayistay.gov.tr, (05.10.16).
- Uludağ İlhan**, Gümrük Birliği Sürecinde KOBİ’ler ve Risk Sermayesi Şirketleri Modeli, İstanbul, İTO Yay., Ekim 1996; KOSGEB, “Türkiye’de KOBİ Anlayışının Dünü Bugünü ve Geleceği”, Türkiye’de KOBİ Anlayışının Dünü Bugünü ve Geleceği Paneli, ODTÜ Kültür ve Kongre Merkezi, 19 Eylül 2000.

İÇTİHA TLAR

- Danıştay**, 5. D., E. 2009/3059 K. 2009/7290 T. 14.12.2009, www.lexpera.com, (10.06.16).
- Danıştay**, 5.D., E. 2015/2796 K. 2015/7756 T. 12.10.2015, www.lexpera.com,(10.06.16)
- Danıştay**, 5. D., E. 2009/3059 K. 2009/7290 T. 14.12.2009, www.lexpera.com, (10.06.16).
- Danıştay**, 10.D., E.1996/6077, K.1998/6857,T.21.12.1998, www.lexpera.com, (09.10.16).
- Anayasa Mahkemesi**, E:2004/55, K:2008/118, T.12.06.2008, www.anayasa.gov.tr, (06.10.16).
- Anayasa Mahkemesi**, E:2005/152, K:2009/14, T.29.01.2009, www.anayasa.gov.tr, (06.10.16).
- Anayasa Mahkemesi**, E:2014/100, K:2015/16, K.T.:14.01.2015, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150407-15.pdf>, (22.09.16).
- Anayasa Mahkemesi**, E:1992/37, K:1993/18, K.T.:27.04.1993, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, (10.12.16).

ANLAŞMALI BOŞANMADA EŞLERİN YAPTIKLARI ANLAŞMA

Öz SEÇER*

Özet

Evlilik birliğini sonlandırmak isteyen eşlerin dayanabileceği boşanma sebeplerinden birisi de anlaşmalı boşanmadır. Anlaşmalı boşanmaya hükmedilmebilmesi için eşlerin boşanmanın mali sonuçlarına ve çocuğun durumuna ilişkin bir anlaşmayı hâkimin onayına sunması ve hâkimin de bu anlaşmayı onaylaması gerekmektedir. Anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarından biri olan bu anlaşmanın yapılabilmesi için hem eşler hem de boşanma kararı verecek hâkim bakımından bazı koşulların yerine getirilmiş olması gerekir. Çalışmanın konusunu eşler arasında yapılan anlaşmanın incelenmesi oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anlaşmalı Boşanma, Eşler, Anlaşma, Hâkimin Onayı

THE AGREEMENT OF THE SPOUSES IN DIVORCE BY JOINT REQUEST

Abstract

The divorce by joint request is one of the ground for divorce for the spouses who want to terminate the marital union. The divorce decree can be issued with condition that the spouses submit a comprehensive agreement on the consequences of divorce along with any necessary documents and with joint applications in respect of the children and the judge will approve this agreement. This agreement which is one of the material conditions of the divorce by joint request, can be made by the fulfilment of the certain conditions by the spouses and the judge. The subject of this study is the examination of the agreement between the spouses.

Keywords: The divorce by joint request, spouses, agreement, judge approval.

GİRİŞ

Boşanmalarda meydana gelen artış, toplumda meydana gelen evrimleşme ile yakından ilgilidir. Buna sebep olarak kadının özgürleşmesi ve toplumda mutluluğu bireysel olarak arama yolunda artan eğilim gösterilmektedir¹. Boşanmanın sonuçlarına ilişkin düzenleme yapılması ihtiyacı, mevcut evliliklerin yüksek oranda başarısız olmasından

* Yrd. Doç. Dr. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

¹ **Arnaud**, F. Philippe, Planification du divorce et conventions, PJA 2007, s. 1241.

kaynaklanmakla birlikte aynı zamanda sürprizleri ortadan kaldırma yolundaki çağdaş ihtiyaçların da bir ifadesi niteliğindedir².

Eşlerin özgür iradeleriyle kendi aralarındaki evlilik ilişkisine son vermelerine anlaşma suretiyle boşanma adı verilmektedir³. Anlaşmalı boşanmaya ilişkin hüküm, TMK m. 166/f. 3'te yer almaktadır. Bu fıkrada yer alan hüküm, kusur unsuruna yer vermeyen ve evlilik birliğinin sarsılmasını boşanma sebebi olarak kabul eden bir hükümdür. Anlaşmalı boşanmayla, eşlere, basit ve önceden belirledikleri koşullarda, çabuk bir şekilde evlilik birliğini sona erdirmek olanağı tanınmaktadır⁴.

Çalışmamızın konusunu anlaşmalı boşanmada eşlerin yaptıkları anlaşma oluşturmaktadır. Çalışmada anlaşmalı boşanmanın koşulları genel olarak incelendikten sonra eşler arasında yapılan anlaşmanın koşulları ve içeriği ele alınmıştır. Çalışmanın son kısmında yapılan anlaşmanın sonuçları üzerinde durulmuştur.

I. ANLAŞMALI BOŞANMANIN KOŞULLARI

Anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin boşanmak üzere birlikte başvurmaları veya bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi, hâkimin tarafları bizzat dinlemesi ve tarafların yapmış oldukları anlaşmanın hâkim tarafından uygun bulunması olmak üzere dört aşamanın gerçekleşmesi gerekmektedir.

A. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması

Anlaşmalı boşanmada aranan ilk koşul, evlilik birliğinin en az bir yıl sürmesidir⁵. Evlilik en az bir yıl sürmemiş ise, hâkim açılan boşanma davasını diğer şartları incelemeye gerek görmeden reddetmelidir⁶.

² Arnaud, s. 1241.

³ Seçer, Öz, İsviçre ve Türk Hukuklarında Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Kasım Aralık 2009, S. 63-64, s. 40.

⁴ Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 692.

⁵ Bir yıllık sürenin aranması konusunda farklı görüşler için bkz: Seçer, s. 45.

⁶ Kılıçoğlu, Ahmet, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 141; Yılmaz-Bilgin, Esra Pınar, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2016, s. 37; Ergün, Ömer, TMK'nin 166'ncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Y. 3, S. 6, Eylül 2005, s. 450; Kanun koyucunun böylece bir taraftan çeşitli saiklerle çok kısa süreli bir evlenme yaparak, hemen sonra boşanma imkânının elde edilmesini ortadan kaldırmak diğer taraftan yeni evlenenlere birbirlerini biraz daha iyi tanımaları için bir fırsat daha vermek istediği yolundaki ifade için bkz: Öztan, Aile Hukuku, s. 694.

Anlaşmalı boşanma için dava açıldığında henüz bir yıllık süre dolmamış, ancak yargılama süresi içinde henüz karar verilmeden önce bir yıllık süre dolmuş ise yargılamaya devam edilecek ve boşanma kararı verilecektir⁷.

Bir yıllık sürenin tespitinde evliliğin başlangıcı esas alınmalıdır. TMK m. 142'ye göre evlenme tarafların olumlu ve sözlü cevaplarını bildirmeleri ile tamamlanmış olacağından bir yıllık süre de bu andan itibaren işlemeye başlamış olur⁸.

B. Eşlerin Mahkemeye Birlikte Başvurması veya Bir Eşin Diğerinin Açtığı Boşanma Davasını Kabul Etmesi

Her iki eş boşanma isteklerini aynı dilekçede belirtip imzalayabilir ve duruşmada imza ve taleplerini tekrarlayabilirler. Ayrıca eşlerin birlikte başvurusunun da vekilleri aracılığıyla mahkemeye iletilmesi mümkündür⁹. Burada önemli olan boşanma iradelerinin aynı anda ve duruşmada hâkime beyan edilmesidir¹⁰. TMK m. 166/f. 3'e göre, bir eşin açmış olduğu dava diğer eş tarafından kabul edilerek de anlaşmalı boşanılabilir¹¹.

Diğer eşin herhangi bir aşamada kabul etmesi halinde boşanma talebi anlaşmalı boşanmaya dönüşecektir. Taraflardan birinin açtığı boşanma davasını diğer eşin davanın başında ve yasal cevap süresi içinde kabul ettiğini açıklaması zorunlu değildir. Davanın ve yargılamanın her aşamasında kabul beyanı ileri sürülebilir¹².

C. Hâkimin Eşleri Dinlemesi

Eşlerin hâkim tarafından dinlenmesiyle, tarafların boşanma hususunda hazır olup olmadıklarının ve yapılan anlaşmanın onaylanabilir olup olmadığının incelenmesi amaçlanmaktadır¹³. Böylece bir eşin (veya üçüncü kişinin) diğer eşin baskı altında tutup tutmadığı veya caiz olmayan bir şekilde onun iradesini etki altına alıp almadığı saptanmak

⁷ Seçer, s. 45.

⁸ Yılmaz-Bilgin, s. 42.

⁹ Köseoğlu Bilal/Kocaağa Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011, s. 111.

¹⁰ Köseoğlu/Kocaağa, s. 111.

¹¹ Bir eşin diğerinin açtığı davayı kabul etmesi, hem evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı davalarda hem de özel boşanma sebebine dayalı davalarda söz konusu olabilmektedir. Seçer, s. 47.

¹² Seçer, s. 48.

¹³ Rumo-Jungo, Alexandra, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2012, Art. 111 N. 15-16.

istenmektedir¹⁴. Hâkim, evlilik birliğini çekilmez kılan nedeni araştırmakla yükümlü değildir¹⁵.

Hâkimin eşleri dinlemesi, anlaşmalı boşanmanın zorunlu şartlarından biridir. Hâkim, eşleri, tek bir celsede dinleyebileceği gibi birden fazla celsede de dinleyebilir. Birden fazla celsede eşlerin dinlenebilmesi için ilk celseden sonra eşlerin serbest iradelerini açıklayıp açıklamadıkları ve anlaşmanın onaylanabilir olup olmadığı hususlarında mevcut şüphenin devam etmesi gerekmektedir¹⁶. Yargıtay, bir kararında¹⁷ kocanın anlaşmalı boşanmayı kabul ettiği beyanını yeterli görerek anlaşmalı boşanmaya hükmeden yerel mahkemenin kararını, kocanın temyiz dilekçesinde boşanmak istediğini belirtmesi karşısında kocanın dinlenip davaya çekişmeli boşanma davası olarak devam etmek isteyip istemediğinin sorulmadığı gerekçesiyle bozmuştur. Gerçekten de anlaşmalı boşanma davalarında hâkimin eşleri dinleyip serbest iradelerinin oluşup oluşmadığına karar verirken gerekli her türlü özeni göstermesi gerekmektedir.

¹⁴ Akıntürk, Turgut/Ateş- Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, İstanbul 2014, s. 270; Kılıçoğlu, s. 144; Fankhauser, Roland, Scheidung Band I: ZGB/Band II: Anhang, 2011, Art. 111, N. 10; Rumo-Jungo, Art. 111 N. 15.

¹⁵ Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller, Regina, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2014, N. 10.176.

¹⁶ Rumo-Jungo, Art. 111 N. 17.

¹⁷ Y. 2HD, T. 30.1.2012, E. 2012/135, K. 2012/1693 “Türk Medeni Kanunu 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanma kararı verilebilmesi için; yasadaki diğer koşullar yanında boşanmanın mali sonuçları hususunda taraflarca kabul edilecek bir düzenlemenin mevcut olması ve hâkimin de bu düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Davacı kadın son oturumdaki beyanında, herhangi bir nafaka maddi-manevi tazminat talebi bulunmadığını bildirmiş; ancak davalı kocanın bu konulardaki beyanı alınmamıştır. Mahkeme davalı kocanın önceki oturumlardaki boşanmanın mali sonuçlarını içermeyen, boşanmak istediğini, açılan boşanma davasını kabul ettiğine ilişkin beyanını yeterli görerek; herhangi bir delil de toplamadan anlaşmalı boşanmaya hükmetmiştir. Bu durumda; Türk Medeni Kanununun 166/3. maddedeki anlaşmalı boşanma koşullarının gerçekleşmiş olduğundan söz edilemez. Mahkemece, davalı koca temyiz dilekçesinde boşanmak istemediğini bildirdiğinden; davacı kadına, davaya Türk Medeni Kanunu 166/1-2 madde uyarınca çekişmeli boşanma davası olarak devam etmek isteyip, istemediğinin sorulması; devam etmek istemediği takdirde davanın reddine; devam etmek istediğinde ise, taraflara delil bildirme imkânı sağlanarak bildirildiğinde delillerin toplanması ile gerçekleşecek sonuca göre karar verilmesi gerekir. Açıklanan hususlar gözetilmeden; yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup; bozmayı gerektirmiştir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Eşlerin aynı celsede veya farklı celselerde dinlenmesi mümkündür¹⁸. İsviçre Hukuku'nda Türk Hukuku'ndan farklı olarak, hâkim boşanmak isteyen eşleri önce ayrı ayrı sonra birlikte dinlemektedir¹⁹. Eşlerin bizzat dinlenmesi gerekmektedir. Temsilci aracılığıyla dinlenme mümkün değildir²⁰. Eşlerin ayrı ayrı hâkim tarafından dinlenmesi sırasında diğer eşin avukatı hazır bulunmamaktadır²¹.

Beyanların serbest irade ürünü olup olmadığı hususunda hâkimin gerekli her türlü araştırma ve incelemeyi yapma yükümlülüğü vardır. Bu hususta hâkimin geniş bir takdir yetkisi mevcuttur. Hâkim, bu takdir yetkisini kullanırken gerekli özeni göstermelidir²².

II. EŞLERİN ANLAŞMASI

A. Genel Olarak

TMK m. 166/f. 3'e göre, anlaşmalı boşanma talebinde bulunan eşlerin bu istemlerinin sonuç doğurabilmesi için, boşanmanın yan sonuçlarına, bu bağlamda mali konulara ve çocukların durumuna ilişkin bir düzenlemeyi de hâkimin onayına sunmak zorundadırlar²³. Mali sonuçlar bakımından, eşler maddi ve manevi tazminat talepleri ile nafaka hususunda anlaşmalıdırlar²⁴. Çocuklar bakımından ise, eşlerin, velayet, iştirak nafakası ve kişisel ilişki kurulması konusunda anlaşmaları gerekmektedir²⁵. Tarafların boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşmaları

¹⁸ Yılmaz-Bilgin, s. 61.

¹⁹ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Familienrecht, N. 10.176.

²⁰ Rumo-Jungo, Art. 111 N. 18; Kılıçoğlu, s. 144.

²¹ Rumo-Jungo, Art. 111 N. 19.

²² Yılmaz-Bilgin, s. 57.

²³ Özdemir, Nevzat, Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003, s. 155; Elçin-Grassinger, Gülçin, sBoşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı 1997, C. LV, S. 3, 237; Steck, Daniel, Scheidungsplanung?-Gedanken zur Rechtsnatur und Bindungswirkung der Scheidungsvereinbarungen, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Private Law (Band I)- national global comparative (Band II), Bern 2011, s. 1627.

²⁴ Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2010, N. 10.08; Saleh, Muhsen Abdulkader, Türk ve Irak Hukukunda Genel Sebeplere Dayanarak Boşanma ve Sonuçları, Ankara 2014, s. 92; Rumo-Jungo, Art. 111 N. 11; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Familienrecht, N. 10.172; Kılıçoğlu, s. 142.

²⁵ Saleh, s. 92.

için her şeyden önce ilgili kişilerin boşanmadan sonraki döneme ait yaşam ilişkilerinin özenli bir şekilde planlanması gerekmektedir²⁶.

Kanun koyucu, böyle bir anlaşmanın varlığını aramakla boşanma davasında hâkimin işini kolaylaştırmak ve eşler arasındaki gereksiz tartışmaları önlemek istemiştir²⁷.

Taraflar, gerek boşanma davasından önce, gerekse boşanma davası sırasında boşanma anlaşması yapabilirler²⁸. Her bir durumda, hangi andan itibaren anlaşmanın taraflar için bağlayıcı olduğunun belirlenmesi gerekmektedir²⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulması, geçerliliği ve hükümlerine ilişkin hükümleri, boşanma hukukunda aksine bir hüküm olmadıkça boşanmaya ilişkin anlaşma bakımından da geçerlidir³⁰. Borçlar Hukuku'nun genel hükümleri uyarınca bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için tarafların iradelerinin sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşması gerekmektedir. Kural olarak iradelerin uyuşması özel bir şekil şartına tabi olmamakla birlikte³¹ boşanma anlaşmasının örtülü irade beyanıyla yapılması mümkün değildir³². Sankt-Gallen Kanton Mahkemesi'nin bir kararında³³, eşlerden biri tarafından mahkemeye sunulan dilekçede, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin düzenleme kapsamında ödenecek tutarın yatırılması gereken banka hesabının gösterilmesinin boşanmaya ilişkin bir irade beyanı sayılmayacağı belirtilmiştir. Mahkeme, eş mahkemeye tarafından sunulan dilekçede anlaşarak boşanmak istendiğine ilişkin açık iradenin bulunmasını aramaktadır.

B. Anlaşmanın Hukuki Niteliği ve Şekli

TMK m. 166/f. III'e göre yapılacak anlaşma, hâkimin katılımı bulunsun veya bulunmasın, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için

²⁶ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 10.08.

²⁷ Çakın, Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 2007, s. 71.

²⁸ Elçin-Grassinger, s. 237; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Familienrecht, N. 10.171.

²⁹ Geiser, Thomas, Verbindlichkeit von Scheidungskonventionen, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Private Law (Band I)- national global comparative (Band II), Bern 2011, s. 546.

³⁰ Geiser, s. 549.

³¹ Rumo-Jungo, Art. 111 N. 6.

³² Geiser, s. 554.

³³ TC SG, 23.04.2003, RSJ 100 (2004), s. 269.

bulunması gereken maddi unsurlardan birisidir³⁴. Eşlerden birinin bu anlaşmadan vazgeçmesi, anlaşmalı boşanma kararı verilmesi için gerekli unsurlardan birinin yokluğu sonucunu doğurur.

Eşler arasında yapılan anlaşma, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen ve hâkimin özel onay şartına bağlı özel hukuk sözleşmeleridir³⁵.

İsviçre Hukuku'nda, eşlerin Anglo-Sakson geleneğinde bazen yapıldığı gibi evlenme sırasında bir boşanma anlaşması yapmaları hususunda bir engel bulunmadığı belirtilmektedir³⁶. Bununla birlikte bir eşin, koşullar değiştiğinde veya zamanında verilmiş tavizlerin artık bulunmadığı durumunda, davanın açılmasından uzun yıllar önce böyle bir anlaşmanın yapılmasına rıza göstereceğini düşünmenin çok zor olduğu belirtilmektedir.

Taraflar, hâkime bu hususta yazılı bir protokol sunabilecekleri gibi, sözlü olarak da beyanda bulunabilirler³⁷. Sözlü beyanın zapta geçirilmesi gerekmektedir³⁸. Anlaşmanın infaz edilecek şekilde hüküm fıkrasında yer alması gerekmektedir³⁹. Özdemir⁴⁰, yazılı şeklin avantajları göz önüne alındığında, eşler arasındaki anlaşmanın boşanmanın maddi koşullarından biri olduğu düşünüldüğünde, anlaşmanın yazılı olmasının yerinde olduğunu, madde metninde düzenleme kelimesinin kullanılmış olmasının Kanun Koyucunun da yazılı şekli tercih ettiğini düşündürdüğünü, yazılı şeklin açıklığı sağladığı gibi aynı zamanda hâkimin denetim görevini de daha iyi yapabilmesini olanaklı kıldığını, başvuru ile birlikte yazılı bir metin verilmesinin, eşlerin dinlenmesi öncesinde hâkimin anlaşmayı inceleyebilmesi açısından da önemli olduğunu belirtmektedir.

Kanaatimizce, anlaşmalı boşanmaya hükmedilebilmesi içinde lege feranda tarafların yaptığı anlaşmanın geçerli olması bakımından yazılı şekilde yapılmasını aramak daha uygun düşecektir. Zira hâkimin,

³⁴ Özdemir, s. 156; Öztan, Aile Hukuku, s. 695.

³⁵ Yılmaz-Bilgin, s. 72.

³⁶ CR CC I-Sandoz, Art 111 N. 7.

³⁷ Öztan, Aile Hukuku, s. 694; Akıntürk/Ateş- Karaman, s. 271; Saleh, s. 92; Gençcan, Ömer Uğur, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2010, s. 602; Kılıçoğlu, s. 142.

³⁸ Ergün, s. 450.

³⁹ Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş M. Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2014, s. 122.

⁴⁰ Özdemir, s. 170; aynı yönde bkz: Yılmaz-Bilgin, s. 76.

anlaşmalı boşanmaya hükmedebilmesi için tarafların boşanmanın bütün sonuçları üzerinde anlaşmış ve iradelerini serbestçe açıklamaları şarttır. Yazılı şekil şartının, kanunen geçerli şekil şartı haline getirilmesi, tarafları anlaşmalı boşanma yoluna giderken daha dikkatli düşünmeye sevk edecek, bu hususta acele ile bir karar almalarını önleyecektir.

İsviçre Hukuku'nda hükmün mehazı olan İMK m. 111'de yapılacak anlaşmanın şekline ilişkin bir düzenleme yoksa da, uygulamada anlaşma yazılı şekilde yapılmaktadır⁴¹. İsviçre'de boşanma hukuku üzerine çalışan yazarların çoğu⁴², yazılı şeklin gerekli olduğu görüşünü benimsemişlerdir. Federal Mahkeme, bugüne kadar bu hususta herhangi bir görüş açıklamamıştır⁴³. Yazılı şeklin gerekli olduğunu süren tüm yazarlar, TMK m. 166/f. 3'ün mehazı olan İMK m. 111'de bu gerekliliğin açıkça düzenlenmediğini belirtmektedirler. Bununla birlikte hükümde yer alan boşanmanın bütün sonuçları üzerinde anlaşılmasının yazılı şekli gerektirdiğini ileri sürmektedirler.

C. Serbest İradelerin Uyuşması

Kanun koyucu, eşlerin boşanma anlaşmasını iradelerini serbestçe açıklayarak yaptıkları hususunda hâkimin inceleme yapmakla yükümlü olduğunu açık bir dille ifade etmektedir. Kanun koyucu, bu incelemenin yapılmasının tarafların dinlenmesiyle mümkün olacağını öngörmektedir⁴⁴. Yargıtay, bir eşin iradesini tehdit altında açıklamış olması durumunda serbest iradesinin bulunmadığını ve bu sebeple anlaşmalı boşanma kararı verilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁵.

⁴¹ BSK ZGB I-Gloor, Art. 111 N. 4.

⁴² Bkz. Geiser, s. 555 dph 60'da yer alan yazarlar; Rumo-Jungo, Art. 111 N. 11.

⁴³ Geiser, s. 555.

⁴⁴ Geiser, s. 553.

⁴⁵ Y. 2HD, T. 19.11.2012, E. 2012/23500, K. 2012/27564 "Davalı, temyiz dilekçesinde kocasının tehdit ve baskısı nedeniyle boşanma davasını kabul ettiği yönünde beyanda bulunduğunu, bu kabulüne bağlı olarak anlaşmalı boşanmalarına karar verildiğini ileri sürerek, hükmün bozulmasını istemiş, tehditle ilgili savcılıkça yapılan soruşturma evrakını delil olarak göstermiştir.

Geri çevirme kararı üzerine dosyaya alınan Konya 6. Sulh Ceza Mahkemesinin 12.06.2012 tarihli ve 2012/189-1068 sayılı kararından; davacının boşanma davasını kabul etmesi için davalıyı tehdit ettiği; davalının; eşinin tehdit ve korkutması sonucu boşanma davasının 27.12.2011 tarihli oturumuna gelip davayı kabul ettiği ve davacıdan maddi ve manevi tazminat ile nafaka istemediği yönünde beyanda bulunduğu sabit kabul edilerek davacının tehdit suçundan sonuç olarak beş ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği

Buna karşılık, Kanunda bu serbest iradenin hangi anda var olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmelerin kurulması ile ilgili borçlar hukukuna ilişkin genel hükümlerden, bu serbest iradenin sözleşmenin meydana geldiği anda var olması gerektiği sonucu çıkarılmaktadır⁴⁶.

Tarafların anlaşmalı boşanma hususunda en son ne zaman anlaşma yapabileceklerinin belirlenmesi gerekmektedir. Yargıtay, açılmış olan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin davada verilen kararın temyizen incelenmesine geçilmesinden önce tarafların Yargıtay'a göndermiş oldukları dilekçeden tarafların anlaşmalı boşanmaya ilişkin düzenleme yapmış olduklarının anlaşılması halinde tarafların beyanları dikkate alınarak karar verilmesi gerektiği görüşündedir⁴⁷. Yüksek Mahkeme, taraflar arasında başka bir sebepten dolayı boşanma davası açılmış ve boşanmaya hükmedilmiş olsa bile, boşanma kararı kesinleşinceye kadar eşlerin anlaşmalı boşanma hususunda karar verebilecekleri görüşünü benimsemektedir.

Akıl hastası bir eşin anlaşmalı boşanma ile boşanması söz konusu değildir⁴⁸. Akıl hastası eşin vasisinin de iradesini boşanma doğrultusunda

görülmüştür. Bu karar 28.06.2012 tarihinde kesinleşmiştir. Ceza mahkemesinin cezai sorumluluğu tespit eden kararı, hukuk hakimini bağlar. (BK. m. 53, 6098 s. TBK. m. 74/1) Bu karar karşısında davalının anlaşmalı boşanma hükmüne esas alınan "davayı kabul" yönündeki irade açıklamasının tehdit ve davacının baskısı altında alındığı ve serbest iradesini yansıtmadığı kabul edilmelidir. Davalının hükme esas alınan irade beyanı "tehdit ve korkutmayla" elde edildiğine göre, tarafların boşanma ve fer'ilerinde anlaşma içinde oldukları kabul edilemez. Böyle bir durumda da, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesine göre boşanma kararı verilemez. Öyleyse, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde gösterecekleri deliller toplanarak Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesi şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği saptanıp, ulaşılabilecek sonucuna göre karar verilmelidir. Bu yönde işlem yapılmak ve karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁶ Geiser, s. 553.

⁴⁷Y. 2HD, T. 3.11.2015, E. 2015/5653, K. 2015/19986 "Taraflar Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir. Boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşler kanunun çizdiği sınırlar içerisinde dava hakkında diledikleri tasarrufa gidebilirler, bu durumu engelleyici bir yasal hüküm bulunmamaktadır. Somut olayda, taraflar 14.10.2015 tarihli dilekçe ile anlaşmalı boşanma konusunda anlaşmalarına işbu dilekçeye, kararlaştırılan protokol evrakını da eklemek suretiyle imzalamışlardır. Bu durumda mahkemeye protokol konusunda tarafların beyanları alınarak sonucuna göre bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁸ Köseoğlu/Kocağa, s. 114.

açıklamasının boşanma talebinin şahsa bağlı haklardan olması sebebiyle anlaşmalı boşanmayı sağlaması mümkün değildir⁴⁹. Cezaevinde bulunan bir hükümlünün de bizzat dinlenmesi söz konusu olamayacağından ve davası vasi tarafından sürdürüleceğinden boşanma hükmünün anlaşmalı boşanma hükmü olmayacağı belirtilmektedir⁵⁰. Kanaatimizce, cezaevinde bulunan kimsenin mahkemeye getirilerek bizzat dinlenmesi mümkün olabileceğinden onun anlaşmalı boşanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

D. Anlaşmanın İçeriği

a. Zorunlu İçerik

aa. Mali Konular

Eşler arasındaki düzenlenecek mali konulara, ilk olarak eşlerin birbirlerinden talep edebileceklerini belirttikleri maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası talepleri girmektedir⁵¹.

Tarafların yaptıkları anlaşmada tazminat haklarını saklı tuttuklarını belirtmeleri, bu sorunun ileride çözülmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Bu durumda eşler arasında çekişmeli durum devam etmektedir⁵². Taraflar arasında mali konularda anlaşmanın olmadığı bu durumda hâkim tarafından anlaşmalı boşanmaya hükmedilmesi mümkün değildir.

⁴⁹ Y. 2HD, T. 12.01.2005, E. 2004/16916, K. 2005/363 "... Toplanan delillerden davacının akıl hastalığı sebebiyle vesayet altına alındığı anlaşılmaktadır. Hâkim huzurunda vasinin iradesini boşanma doğrultusunda açıklamış olması, boşanma isteğinin şahsi bağlı haklardan olması sebebiyle sonuç doğurmaz. Asilin dinlenme olanağı da yoktur. Bu gibi hallerde tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp Türk Medeni Kanunu'nun 166. Maddesinin 1.2 fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır..." (Köseoğlu/Kocağa, s. 123).

⁵⁰ Köseoğlu/Kocağa, s. 114.

⁵¹ Özdemir, s. 159.

⁵² Y. 2HD, T. 13.1.2015, E. 2014/16344, K. 2015/169 "Tarafların irade beyanları esas alınarak boşanmalarına karar verilebilmesi için, diğer şartların yanında boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda tam olarak anlaşmış olmaları, hâkimin de taraflarca kabul edilen düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Tazminat haklarının saklı tutulması, bu husustaki ihtilafın devam ettiğini ve bu ihtilafın çözümünün ileriye bırakıldığını gösterir. Başka bir ifade ile "tazminat hakları saklı tutulmak" suretiyle anlaşmalı boşanma kararı verilemez. Bu husus nazara alınmadan "tazminat haklarının saklı tutulması" suretiyle Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesi gereğince boşanma kararı verilmesi doğru bulunmamıştır. Taraflar boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşamadıklarına göre, gösterdikleri deliller toplanarak davanın Türk Medeni Kanununun 166/1-2 maddesi çerçevesinde değerlendirilip, hâsıl olacak neticesine göre karar verilmesi gerekirken, bu yön nazara alınmadan hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Tarafların yaptığı anlaşmada mali sonuçlara ilişkin bir hüküm olmamasına rağmen, hâkim boşanmaya karar vermiş ve bu karar kesinleşmişse, tarafların daha sonra tazminat veya yoksulluk nafakası talep edip edemeyecekleri tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş⁵³, mali konulara ilişkin düzenleme, davanın maddi koşulunu oluşturduğu için, hâkimin davanın koşulu olmadan boşanmaya karar vermesi ve kararın kesinleşmesi halinde, tarafların maddi tazminat ve yoksulluk nafakası talep edebileceğini ileri sürmektedir. Diğer bir görüşü savunan Özdemir⁵⁴ ise, boşanma kararından sonra açılacak bir dava ile bu taleplerin ileri sürülebilmesinin mümkün olmadığını, burada eşlerin boşanma öncesinde, bu tür talepler konusunda bir anlaşmaya varmış oldukları ve bu taleplerden vazgeçmiş olduklarının düşünülmesi gerektiğini, mali konularda anlaşılmış olmasının anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarından biri olduğunu, boşanma sırasında bu taleplerin, muhtemelen eşler arasında gündeme gelmiş ve talepte bulunmama yolunda bir ortak karara varılmış ve bu karar da hâkimin denetiminden geçen anlaşmaya yansımış ise, artık anlaşmalı boşanma kararından sonra, bir dava yolu ile maddi, manevi tazminat veya yoksulluk nafakası istenilememesi gerektiğini ileri sürmektedir. Hakim, iştirak nafakası hususunda serbestçe karar verebilmelidir. Yazara göre, mali konular ihmal edilerek boşanma kararı verilmesi durumunda ise eşlerin sonradan talepte bulunmaları mümkündür.

Anlaşmalı boşanma kararına ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra, eğer eşler arasında yapılan anlaşmada mali sonuçlara ilişkin bir düzenleme yoksa bu tarafların mali sonuçlara ilişkin talepte bulunmaktan vazgeçtikleri anlamına gelmemektedir. Anlaşmalı boşanma kararı verilebilmesi için, daha önceden de açıklanmış olduğu üzere hâkimin tarafları dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklanmış olduğuna kanaat getirmesi gerekmektedir. Hâkimin bu hususta geniş bir takdir yetkisi olup, gerekli her türlü araştırmayı ve incelemeyi yapabilmekte, uzmanlardan bu hususta yardım alabilmektedir. Hâkimin iradelerin özgürce açıklanmış olduğuna bu şekilde karar vermesi durumunda, eşlerce mali sonuçlara ilişkin talepte bulunulması söz konusu olmamalıdır. Bununla birlikte mali konulara ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen hâkim tarafından bu

⁵³ Öztan, Aile Hukuku, s. 697.

⁵⁴ Özdemir, s. 160.

durumun ihlal edilerek boşanma kararı verilmesi halinde, eşlerin daha sonradan mali konulara ilişkin talepte bulunması mümkün olmalıdır.

bb. Çocukların Durumu

Çocukların durumu ile kastedilen, boşanmadan sonra çocuğun velayetinin hangi tarafta kalacağı, velayet kendisine kalmayan eş ile çocuk arasında ne şekilde kişisel ilişki kurulacağı ve çocuk için ödenecek iştirak nafakasıdır⁵⁵.

Özdemir⁵⁶, anlaşmalı boşanma taleplerinde hâkimin çocuk veya çocukların durumuna ilişkin takdir hakkını kullanırken zorlanabileceğini, çünkü anlaşmalı boşanma istemi dışında, boşanma davalarında, boşanma nedeni kanıtlanırken, birtakım maddi vakıaların hâkim önüne getirildiğini ve hâkimin boşanma nedeninin varlığının yanı sıra, eşler, ana-baba çocuk ilişkileri hakkında da bir bilgiye sahip olduğunu ve gerekirse velayetin verilmesi konusunda da bir ek araştırma yaparak velayet konusunu çözüme bağladığını belirtmektedir. Yazar, anlaşmalı boşanma ile ilgili yargılamalarda hâkimin önünde eşler arasındaki evlilik birliğinin sarsılmasına neden olan olaylar getirilmediği için hâkimin velayet konusunda karar verirken dolaylı da olsa yararlanabileceği veriler bulunmadığından, bu gibi durumlarda hâkimin, özellikle çocuğun yararını gözeterek resen araştırma yapması ve çocuğun geleceğini belirlemesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁷.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında⁵⁸, taraflarca yapılan anlaşmada çocuğun velayeti hususunda bir düzenlenme bulunmadığı

⁵⁵ Seçer, s. 54; Öztan, Aile Hukuku, s. 698; Özdemir, s. 162.

⁵⁶ Özdemir, s. 166.

⁵⁷ Özdemir, s. 166; aynı yönde: Kılıçoğlu, s. 143.

⁵⁸ Y. 2HD., T. 3.3.2015, E. 2015/4801, K. 2015/3328 “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde, boşanmaya hükmolunur. Bu halde, tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz. (TMK. m. 166/3). Buna göre, eşlerin serbest iradesiyle boşanma kararı verilebilmesi için, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda tarafların anlaşmış olmaları, taraflarca kabul edilen düzenlemenin de hâkim tarafından uygun bulunması zorunludur. Aksi halde, anılan hüküm gereğince boşanma kararı verilemez. Yargıtay, kanunun açık maddesine (TMK. md. 166/3)

takdirde, hâkimin tarafları bizzat dinleyip bu hususta anlaşma olup olmadığı hususunda serbest iradelerin açıklanmış olduğuna kanaat getirmesi gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, aksi takdirde anlaşmalı boşanmanın mümkün olamayacağı kanaatindedir.

Taraflar arasında çocukla kişisel ilişki kurulması bakımından bir düzenleme yapılmayıp bu hususun mahkemenin takdirine bırakıldığı ve mahkemenin verdiği karar üzerine davacı kadın tarafından kişisel ilişki yönünden uzman raporu alınmadığı gerekçesiyle hükmün temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay, bu durumda mahkemece yapılacak işin, kişisel ilişki konusunda taraflara bir öneride bulunmak, kabul edildiği takdirde buna göre karar vermek, kabul edilmediği ve taraflarca anlaşmaya varılarak bir düzenleme de yapılmadığı takdirde, davanın Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesi uyarınca çekişmeli boşanma olarak sürdürülmesi, 4787 Sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince uzman kişilerden yardım alınması, taraflarla ve çocukla da görüşme sağlanarak rapor hazırlanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek karar verilmesinden ibaret olduğu yolunda görüş belirtmektedir⁵⁹.

Taraflar arasında yapılan anlaşmada eşlerden birinin ileride velayetin kaldırılması davası açamayacağı veya açılacak bir dava ile kişisel ilişkinin genişletilmesini talep edemeyeceğini belirten bir hükmün yer alması halinde, bu hüküm, yükümlülük altına giren eşin kişilik

muhalif gördüğü diğer sebeplerle hükmü bozabileceğinden (HUMK. md. 439/2), hükmün boşanma bölümünün davalı tarafından temyiz edilmemesi hukuksal bir sonuç doğurmaz. Mahkemece yapılacak iş, velayet düzenlemesi yapılmayan ortak çocuk 04.01.1998 doğumlu S.'nin velayeti hakkında tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Aralarında boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hususunda tam anlaşma olmadan, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanma kararı verilemeyeceğinden, velayet konusunda eşler arasında anlaşma olmadığı ve mahkemece getirilen öneri kabul edilmediği takdirde; davaya çekişmeli boşanma olarak devam edilerek taraflara iddia ve savunmalarının dayanağı bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini içeren beyan ile iddia ve savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın ispatını sağlayacak delillerini sunmak ve dilekçelerin karşılıklı verilmesini sağlamak üzere süre verilip ön inceleme yapılarak tahkikata geçildikten sonra usulüne uygun şekilde gösterilen deliller toplanarak gerçekleştirilecek sonucu uyarınca karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁹ Y. 2HD, T. 9.5.2016, E. 2015/17609, K. 2016/9479 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

hakkına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle kesin hükümsüz olacaktır. Yargıtay da bir kararında⁶⁰ aynı görüşü benimsemektedir.

⁶⁰Y. 2HD, T. 4.2.2014, E. 2013/11644, K. 2014/1866 "...Taraflar, kural olarak bir sözleşmenin içeriğini, kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. (e.BK. m. 19, 6098 s.TBK. m. 26) Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı hükümsüz olur. (e.BK. m. 19/2, 20, 6098 s. TBK. m. 27) Borçlar Kanununda yer alan, sözleşme özgürlüğüne getirilen genel nitelikteki bu sınırlamalar, boşanma anlaşmaları için de evleviyetle geçerlidir. Çünkü Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanununun beşinci kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır. (6098 s. TBK. m. 646) O halde hakim, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkansız olan hükümler taşıyan bir boşanma protokolünü esas alarak boşanma kararı veremez ve böyle bir protokolü tasdik edemez.

Taraflarca düzenlenip hâkime sunulan, hâkim tarafından da "aynen tasdikine" karar verilen protokolde; tarafların karşılıklı boşanma davalarında aşağıdaki şartlarla anlaşmış oldukları belirtildikten sonra; "kocanın eşi aleyhine açtığı boşanma davasından feragat edeceği, kadının açtığı boşanma davasını işbu protokoldeki koşullar çerçevesinde kabul edeceği; müşterek çocukların velayetinin anneye verileceği, çocuklarla baba arasında protokolde gösterilen günlerde ve saatlerde kamuya açık mekanlarda ve gözetim altında kişisel ilişki tesis edileceği, bunun dışında çocuklar on sekiz yaşını bitirinceye kadar babanın internet, telefon veya sair olanakları kullanarak iletişim kuramayacağı veya tesadüfî olarak şahsi münasebet tesis edemeyeceği, yine çocuklar ergin oluncaya kadar velayet hakkının annedan alınması veya kaldırılması ve kişisel ilişki süresinin genişletilmesi için talepte bulunmayacağı, çocuğun babaannesini ve halasının, babaya tanınan süre zarfında çocuğu görebilecekleri, babanın çocuklar için anneye protokolde gösterilen miktarlarda iştirak nafakası ödeyeceği, tarafların birbirlerinden maddi ve manevi tazminat olarak herhangi, bir talepte bulunmayacakları, şahsi eşyaları da dahil olmak üzere eşyalarını paylaştıkları, birbirlerinden bu hususta bir hak ve alacak talep etmeyecekleri" belirtilmiştir. Protokolde yer alan "velayet kaldırılması ve kişisel ilişkinin genişletilmesi davası açılmayacağına" ilişkin medeni hakları kullanmaktan feragat ilişkin taahhütler, medeni hakları kullanma ehliyetinden önceden vazgeçme niteliğinde olup, Medeni Kanununun 23. maddesi ve çocukların yüksek yararlarına açıkça aykırıdır. Bu hükümler olmaksızın ortak irade ile boşanmanın gerçekleşmeyeceği açıkça belli olduğuna göre, içerdiği şartlardaki kısmi hükümsüzlük boşanma protokolünün tamamını hükümsüz kılar. Bu şekildeki düzenlemenin bir sebebi olsa bile, boşanma tarafların ortak iradelerine dayandığından bu sebebin varlığı ve doğruluğu araştırılmayacaktır. Anlaşmalı boşanma talebiyle kendisine başvuran eşler arasında, gerçekte bir boşama sebebinin var olup olmadığını, aralarında yaptıkları düzenlemede yer verdikleri hususların geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığını ve bunların doğru olup olmadığını hâkim araştırmakla yükümlü değildir. Önceden delil toplanmış olsa bile, bu delilleri değerlendirerek bunlardan sonuç

cc. İhtiyari İçerik

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin TMK m. 166/f. 3 hükmünde boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda anlaşma yapılması gerektiği belirtilse de, Kanun Koyucunun anlaşmada bulunması gerekli hususlar bakımından asgari bir düzenleme getirmiş olduğu kabul edilmelidir⁶¹. Buna göre, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda belirtilmiş sınırlar çerçevesinde serbestçe düzenleyebileceklerdir. Bu şekilde kanunun izin verdiği başka hususlarda da düzenleme yapılması mümkün olmaktadır.

Doktrinde mal rejiminin tasfiyesi hususunda anlaşılmamış ise, anlaşmalı boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunda görüş birliği mevcut değildir. Doktrinde bir görüş⁶² uyarınca, TMK m. 166/f. III, c. 2'de açıkça boşanmanın mali sonuçları ile ilgili düzenlemenin uygun bulunmasından söz edildiği, mal rejiminin tasfiyesinin boşanmanın mali sonuçlarından olduğu, mal rejiminin tasfiyesi konusunda sözleşilmemiş ise anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmeyeceği, yoksa Kanunu'nun mali sonuçları ifadesi yerine fer'i sonuçları ifadesini kullanacağı belirtilmektedir. Bizce de doğru olan diğer bir görüş⁶³ ise, boşanmanın diğer yan sonuçları üzerinde bir anlaşma sağlanmış olmasına karşın, mal rejiminin tasfiyesi konusunda taraflar arasında bir ihtilafın bulunması

çıkaramaz ve yargısını çıkardığı bu sonuca dayandıramaz. Böyle bir durumda hâkimin, taraflarca getirilen düzenlemeye müdahale ederek bunu değiştirmek ve önereceği değişikliğin taraflarca kabulü halinde Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince tarafların boşanmalarına karar vermesi gerekir. Böyle yapılmayıp, kanuna ve kamu düzenine aykırı hükümler ihtiva eden protokole dayanılarak boşanma kararı verilmesi ve protokolün tasdiki doğru olmamıştır. Öyleyse mahkemece yapılacak iş; protokolün bu haliyle uygun bulunmadığının taraflara bildirilip, tarafların ve çocukların menfaatini göz önünde bulundurarak protokolde gerekli değişikliği yapmak, bu değişikliğin taraflarca kabulü halinde Kanunun 166/3. maddesi çerçevesinde boşanmaya karar vermek; kabul edilmemesi, diğer bir ifade ile tarafların kendi belirledikleri şartlar dâhilinde boşanma kararı istemekte ısrar etmeleri halinde davaya "çekişmeli" boşanma olarak devam etmek ve toplanan delillerin Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesi çerçevesinde değerlendirilerek hâsıl olacak sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Açıklanan hususlar gözetilmeden hüküm kurulması doğru bulunmamıştır..."(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶¹ Yılmaz-Bilgin, s. 74.

⁶² Köseoğlu/Kocağa, s. 112.

⁶³ Özdemir, s. 168; Şıpka, Şükran/Özdoğan, Ayça, Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, İstanbul 2015, s. 321; Kılıçoğlu, s. 142.

durumunda, bu durumun anlaşmalı boşanma kararı verilmesine bir engel oluşturmayacağı, mal rejimi tasfiyesinin ileriye bırakılabileceği yönündedir⁶⁴. Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin konular, boşanmanın fer'isi niteliğinde olmadığından tarafların bu konuda anlaşması ve bu konuları protokole geçirmek zorunlulukları bulunmamaktadır⁶⁵. Zaten taraflar arasında aksine düzenlemenin bulunmadığı durumda tasfiyenin nasıl yapılacağı TMK'da düzenlenmiştir.

Tarafların anlaşmalı boşanmada, mal rejiminin tasfiyesi konusunda anlaşmaları durumunda eşler arasındaki anlaşmada tek tek malvarlıklarının yazılmasının gerekli olup olmadığı belirlenmesi gerekmektedir. Bir görüş uyarınca taşınmazların ada ve parsel numaraları ile bağımsız bölüm numaraları, iş yeri gibi mallar ile araçların plakaları, taşınır malların nitelikleri gibi hususların anlaşmada yer alması

⁶⁴Y.HGK., T. 24.2.2010, E. 2010/2-96, K. 2010/106 "...Bu genel açıklamalardan sonra, Türk Medeni Kanunu'nun 166/3 maddesine dayalı anlaşmalı boşanma davasında taraflar arasında akdedilmiş olan boşanma protokolünde boşanmanın mali sonuçlarının kararlaştırılması kavramına, mal rejiminin tasfiyesinin dahil olup olmadığı; böyle bir kararlaştırma varsa bunun sonuçlarının ne olacağına irdelenmesi gerekmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesine dayalı olarak açılan boşanma davalarında, evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek protokolü uygun bulması şarttır. Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı (TMK.md. 184/3) hükmü uygulanmaz" (TMK.md. 166/3)

Taraflar tek bir konuda anlaşmamış olsalar dahi, Türk Medeni Kanunu'nun 166/3.maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemez. Bu gibi hallerde tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 1, 2. ve 4. fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır.

Anılan maddede, boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşma şartı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 174.maddesinde düzenlenen boşanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat, 175.maddesinde düzenlenen yoksulluk ve 182. maddesinde düzenlenen iştirak nafakası talep haklarına ilişkindir. Anlaşmada ayrıca yer verilmemişse tarafların aralarındaki akdi ilişkiyi tasfiye ettikleri kabul edilemez.

Görüldüğü üzere, mal rejiminin tasfiyesi anlaşmalı boşanma kapsamında değildir. Başka bir anlatımla boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenleme, mal rejiminin tasfiyesine yönelik istemleri içermez..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁵ Şipka/Özdoğan, s. 321.

gerekmektedir⁶⁶. Yargıtay da bir kararında aynı görüşü benimsemektedir⁶⁷. Bununla birlikte, Yargıtay, genelde anlaşmalı boşanma protokolünde mal rejiminden doğan alacaklardan feragat edildiğinin belirtilmesi halinde mal rejiminin tasfiye edildiğini kabul etmektedir. Doktrinde bir diğer görüşü savunan yazarlarca⁶⁸, tarafların anlaşmalı boşanma protokolünde tek tek malvarlıklarını belirtmeleri halinde, bu sayılanlar dışındaki malvarlıkları ile ilgili tasfiye talebinde bulunmaları mümkün olmakla birlikte, genel olarak tüm malvarlıklarının tasfiye edildiği ve tarafların karşılıklı olarak katılma alacağı, değer artış payı alacağı ve başkaca alacaklardan feragat ettiklerinin belirtilmesi halinde artık taraflar arasında yeni bir mal rejiminin tasfiyesi davası açılmayacağını belirtmektedirler.

Eşlerin hâkime sundukları anlaşmada mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir düzenleme yapmış olmaları ihtimalinde, bu düzenlemenin ne şekilde yapıldığının hâkim tarafından ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir. Eğer eşlerin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin birbirlerinden talepte bulunmayacakları belirtilmiş ise, bu durumda hakim eşleri de dinleyerek gerçekten iradelerinin bu doğrultuda olduğuna kanaat getirirse, anlaşmalı boşanma kararı verecektir. Bu durumda eşlerin sonradan

⁶⁶ **Uluç**, Yusuf, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara 2014, s. 568.

⁶⁷ Y8 HD, T.19.09.2013, E. 2013/827, K. 2013/12674 “Somut olayda; davacı H.D11.04. 2011 tarihli boşanma dava dilekçesinde”...herhangi bir nafaka veya tazminat talebinde bulunmamaktadır. Mal ve eşya paylaşımı ile ilgili herhangi bir isteği yoktur” şeklinde beyanda bulunmuş, 02.06.2011 tarihli yargılama oturumunda da, dava dilekçesini tekrar ettiğini, herhangi bir nafaka, tazminat ve eşya talebinin olmadığını bildirmiş, Mahkemece, taraflar arasındaki protokolün uygunluğu saptanmadan boşanmaya karar verilmiş ve hüküm temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Protokole yönelik yukarıdaki açıklamalar ışığında davacının boşanmanın fer’ilerinden olan maddi, manevi tazminat, yoksulluk nafakası vb. açıkça feragat ettiği sabit ise de, mal rejiminin tasfiyesine konu olan evlilik birliği içinde edinilen taşınır veya taşınmazlardan kaynaklanan haklarından feragat ettiği kabul edilemez. Anlaşmalı boşanma protokolünde mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenlemelerin bulunması ve bu yöndeki anlaşmanın geçerli olabilmesi için düzenlemenin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin olduğunun duraksamaya yer vermeyecek şekilde tek tek ve ismen sayılmak suretiyle açıkça belirlemiş olmaları gerekir. Uyuşmazlık konusu protokolün bu haliyle mal rejiminin tasfiyesini de kapsadığını söylemek güçtür. Hangi hususları içerdiği muğlak olan protokolün TMK’nun 166/3 maddesine uygunluğu kabul edilmeyeceğinden davacının boşanma davasına ilişkin dava dilekçesi ve yargılama oturumundaki beyanları esas alınarak aleyhine karar verilemez”.

(**Şıpka/Özdoğan**, s. 324).

⁶⁸ **Şıpka/Özdoğan**, s. 325.

birbirlerinden talepte bulunmaları söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık mal rejiminin tasfiyesine ilişkin genel bir feragatin bulunmadığı durumda, anlaşmalı boşanma kararının kesinleşmesinden sonra da eşlerin bu hususta birbirlerinden talepte bulunmaları mümkün olmalıdır.

Anlaşmalı boşanma nedenine dayalı olarak boşanan eşlerin, aile konutuna ilişkin olarak bir anlaşma yapabilmelerinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁶⁹. Böylece, anlaşmalı boşanmalarda, boşanma sonrasında da aile konutu kurumu ile Kanun koyucunun gerçekleştirmek istediği amacın kanun boşluğuna karşın sağlanabileceği ileri sürülmektedir⁷⁰. Eşlerin arasında anlaşma olmadığı durumda, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eşin konut üzerinde serbestçe tasarruf etme olanağı bulunmaktadır.

Yapılan anlaşma ile eşlerden birinin diğer eşin kalan kredi taksit borçlarını onun adına ödemeyi üstlenmesi de kararlaştırılabilir. Yükümlülük altına giren eşin bu şekilde ödemeyi kabul etmesi, borcun iç üstlenilmesi niteliğindedir⁷¹ (TBK m. 195).

E. Eşlerin Yaptıkları Anlaşmayı Hâkimin Uygun Bulması

Eşler tarafından yapılan anlaşma, hâkim tarafından onaylanmadıkça hukuki sonuçlarını doğurmayacaktır⁷². Hâkim, tarafların ve çocukların yararlarını dikkate alarak taraflarca sunulan düzenlemede gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir⁷³.

⁶⁹ Özdemir, s. 169.

⁷⁰ Özdemir, s. 169.

⁷¹ Y. 2HD., T. 25.2.2014, E. 2014/1890, K. 2014/3858 "...Tarafların "boşanma ve mali sonuçlarında anlaşmalarına" dayanılarak, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmalarına karar verilmiş, aralarında düzenledikleri 1.2.2005 tarihli protokol tasdik edilmiş, karar 1.2.2005 tarihinde kesinleşmiştir. Boşanma anlaşmasıyla davacı "davalı adına A... Bankası Gayrettepe şubesinden alınan kredinin kalan taksitlerini ödemeyi kabul ve taahhüt etmiştir. Boşanma anlaşmasında yer alan bu hüküm, kalan borç miktarı bakımından borcun iç üstlenilmesi (818 Sayılı B.K. 173,6098 Sayılı T.B.K. 195) niteliğindedir. Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek borçluyu borcundan kurtarma yükümlüğü altına girmiş olur..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷² Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 10.09; Rumo-Jungo, Art. 111 N. 24.

⁷³ Öztan, Aile Hukuku, s. 695; Akıntürk/Ateş- Karaman, s. 271; Gençcan, s. 614; Öztan Bilge, Türk Medeni Kanunu'na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 724; Yılmaz-Bilgin, s. 82.

Bununla birlikte, eşler, hâkimden anlaşmanın onaylanmamasını talep ettikleri durum hariç, yapılan anlaşma ile bağlıdır⁷⁴. Buna karşılık, hâkim bu taleplerle bağlı değildir⁷⁵ ve eşlerden birinin arzusu hilafına anlaşmayı onaylayıp boşanma kararı verebilir⁷⁶.

Hâkimin anlaşmayı uygun bulması için onu özenle incelemesi gerekmektedir. Bu incelemeyi yaparken uygun bilgi, belgelerden⁷⁷ (tarafarca getirilmiş veya mahkeme tarafından talep edilmiş) yararlanmalı, gerektiğinde diğer ispat araçlarına başvurmalı, tarafların kişiliğini, somut yaşam tarzlarını ve ekonomik ilişkilerini dikkate almalıdır⁷⁸. Hâkim, irade beyanlarının karşılıklı olarak uyuşup uyuşmadığını, taraflarca yapılan düzenlemenin kanunlara uygun olup olmadığını, yapılan anlaşmanın irade sakatlığı ile malul olup olmadığını, anlaşmanın açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınıp alınmadığını vb. incelemelidir⁷⁹.

Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda, hâkimin tarafların malvarlığı hakkında ayrıntılı araştırma yapmasını istemiştir⁸⁰. Toplumda mali

⁷⁴ **Elçin-Grassinger**, s. 237; **Arnaud**, s. 1243; **Geiser**, Thomas, III. Familienrecht/Ehe-und Scheidungsrecht/Bedüren Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung?, Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinrecht und allgemeinen Privatrecht, Bern 2002, s. 229.

⁷⁵ **Köseoğlu/Kocağa**, s. 111.

⁷⁶ **Arnaud**, s. 1243; **Rumo-Jungo**, Art. 111 N. 13.

⁷⁷ Bu belgelere örnek olarak banka hesap bilgileri, tapu belgeleri gösterilebilir. **Rumo-Jungo**, Art. 111 N. 13.

⁷⁸ **Jakob**, Marion, Prüfung und Genehmigung der Scheidungskonvention durch das Gericht, AJP 2009, s. 171.

⁷⁹ **Jakob**, s. 171.

⁸⁰ Y. 2HD., T. 11.1.1990, E. 1990/2006, K. 1990/8171 “..Medeni Kanun’un 3444 sayılı Kanunla değişik 134/3 maddesinin öngördüğü temel ilke ve bu gibi durumlarda hakimin görevi, gerekli müdahalede bulunmak ve tarafların yararları ile çocukların korunması açısından adil, mantıklı ve hakkaniyete uygun mali şartları belirleyerek kalıcı bir dengeyi gerçekleştirmektir. İşte hâkimin zorunlu ve çok önemli böyle bir görevi yerine getirebilmesi için, taraflarca hazırlanacak ayrıntılı anlaşmanın yani projenin mahkemeye sunulması veya tutanağa geçirilmiş olması kaçınılmazdır. Çünkü eşlerin eksiksiz tüm malvarlıkları bilinmedikçe, taşınır ve taşınmaz malların ayrıntılı bir dökümü yapılmadıkça, tarafların tekliflerinin ne ölçüde adil ve hakkaniyete uygun olduğunun belirlenmesi mümkün değildir. Aksi halde hâkim gerekli araştırmayı yapmış sayılmaz. Kamu düzenine yönelik olarak hâkime doğrudan araştırma ve karar verme yetkisi tanıyan bu hükmün, mahkemelerce gereği gibi kullanılmaması halinde mal varlığını

durumu yerinde olanların vergi sorumluluğu gibi çeşitli sebeplerle mal ve mülklerinin açıkça ortaya konmasını istemeyecekleri, maddi durumu iyi olmayanların böyle bir proje sunmalarının da mümkün olmadığı belirtilmektedir⁸¹.

TMK m. 166/f. 3'e göre, hâkim, eşlerin önüne getirdikleri düzenleme ile kural olarak bağlı değildir⁸². Ancak bu bağlı olmamadan, hâkimin eşler tarafından yapılan anlaşmada takdir hakkı çerçevesinde, eşlerin ve çocukların menfaatlerine bir aykırılık bulunduğunu vicdanen inanması halinde bağlı olmamanın anlaşılması gerekmektedir⁸³. Hâkim, tarafların yaptığı düzenlemeyi uygun bulmaması halinde, tarafların ve çocukların menfaatini göz önünde bulundurarak gerekli olan değişiklikleri yapar⁸⁴. Anlaşma, ancak tarafların bu değişiklikleri kabul etmesi halinde geçerli olacaktır⁸⁵. Anlaşmanın hükümlerinin de hüküm fıkrasına geçirilmesi gerekir.

mahkemeden, hatta bütün bir evlilik boyunca diğerinden gizleyen kötü niyetli eşe hukuki himaye sağlanmış olup iyiniyetli eş açısından gelecekte çok ciddi ve önemli sakıncalar doğar. Öyle ise Medeni Kanunu'nun 3444 Sayılı Kanun'la değişik 134/3. maddesine dayalı davalarda boşanmaya karar verilebilmesi için ve hatta yargılamaya devam olunabilmesi için, hâkimin değerlendirme yapmasına imkân tanıyacak, tarafların tüm mal varlıklarını ve buna bağlı olarak bunların paylaşılma ya da istifade yollarını ayrıntılı olarak gösteren yeterli bir anlaşmanın mahkemeye tevdi edilmesi veya tutanağa geçirilmiş olması kaçınılmaz bir zorunluluktur" (Çakın, s. 71-72).

⁸¹ Çakın, s. 72.

⁸² Özdemir, s. 171.

⁸³ Özdemir, s. 171.

⁸⁴ Çocukların velayetine ilişkin düzenleme yapılırken çocuğun duygusal tatmini ve ana ve baba ile ilişkisinin bu doğrultuda düzenlenmesi gerekmektedir. İştirak nafakasının ise her somut olayda çocuğun temel ihtiyaçları ile, bakım ve giderleri ile eğitim masrafları göz önünde tutularak aleyhine nafaka kararı verilecek kişinin maddi durumu göz önüne alınarak belirlenecektir. Yılmaz-Bilgin, s. 86.

⁸⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 122; Saleh, s. 92.

Y. 2HD., T. 11.6.2007, E. 2006/20740, K. 2007/9728 "Evlilik en az bir yıl sürmüşse eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin, tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini gözönünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükümlenir. (TMK. 166/3)

Taraflar anlaşmalı boşanma talebiyle mahkemeye başvurmuşlar, aralarında yaptıkları protokolü de hâkime vermişlerdir. Taraflar, duruşmada kişisel ilişki tesisini

Hâkimin taraflar arasındaki anlaşmanın hangi bölümünü neden kabul etmediğini açıklaması ve taraflardan gerekli gördüğü değişiklikleri yapmasını istemesi gerekmektedir.⁸⁶

F. Eşler Arasında Yapılan Anlaşmanın Eşlerden Biri Tarafından Sona Erdirilmesi

Eşler arasında yapılan anlaşmanın eşlerden biri tarafından sözleşmeden dönmek suretiyle tek taraflı olarak sona erdirilmesi Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca mümkün değildir. Zira Türk Borçlar Kanununda, özel hükümlerle getirilen dönme hükümleri hariç tutulursa, genel hükümler kapsamındatek taraflı sözleşmeden dönmeye olanak tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay, anlaşmalı boşanma kararı kesinleşinceye kadar eşlerden birinin tek taraflı olarak anlaşmalı boşanmaya ilişkin irade beyanından dönebileceği görüşünü benimsemiştir.⁸⁷ Yargıtay, bir kararında⁸⁸ irade sakatlığına

hâkimin takdirine bıraktıklarını ifade etmişlerdir. Bu halde, hâkimin; düzenlemeyi düşündüğü kişisel ilişki tesisini taraflara açıklayıp, bunun taraflarca kabulü halinde boşanmaya karar verilmesi gerekirken, bu yönde işlem yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁶ Y. 2HD., T. 04.10.2004 , E. 9760, K. 11194 ”Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için hakim tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına dair kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususlarında taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Taraflar 18.5.2004 tarihli son oturumda mahkemeye sundukları 15.5.2004 tarihli protokol uyarınca boşanmalarına karar verilmesini istemişlerdir. Mahkemece üçüncü kişileri ilgilendirdiği gerekçesi ile 3.3 ve 3.4 maddelerde belirtilen hususlar dışında protokolün tasdikine karar verilerek, protokolde gösterilen diğer hususlara uygun boşanma hükmü kurulmuştur. Üçüncü kişileri ilgilendirdiğinden bahisle, protokolün 3.3 ve 3.4 maddelerine hükümde yer verilmemesi, protokolde değişiklik yapılması niteliğindedir. Bu konuda tarafların beyanlarının alınması zorunludur. Mahkemece yapılan bu değişiklik hakkında taraflardan bir beyan alınmamış olması nedeniyle Türk Medeni Kanununun 166/3. Madde koşulları gerçekleşmediğinden, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (Gençcan, s. 615).

⁸⁷ Y. 2HD., T.23.2.2015, E. 2015/342, K. 2015/3299 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 2HD., T.3.3.2015, E. 2014/10998 K. 2015/3147 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁸ Y. 2HD., T.24.12.2012, E. 2012/14467, K. 2012/31520 “Mahkemece; tarafların "boşanma ve fer'lerinde anlaşmış olmalarına" dayanılarak Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanmalarına karar verilmiş, kararı davacı temyiz etmiştir. Davacı temyiz dilekçesinde boşanma davasından feragat ettiğine ilişkin bir beyanda bulunmaması, eşi tarafından tazminatsız ve nafakasız olarak boşanma konusunda

uğramış olması durumunda eşin irade beyanından dönebileceğini belirtmiştir. Yargıtayın eşin bu şekilde irade beyanından dönebileceği yolundaki görüşünü, eşin irade beyanının sakatlandığı durumlarda ona sözleşmeyi iptal olanağı verilmesi gerektiği şeklinde anlamak gerektiği kanaatindeyiz. Diğer bir deyişle, irade sakatlığına uğrayan eş, tek taraflı olarak anlaşmayı iptal edebilmelidir.

III. ANLAŞMANIN MAHKEME İLAMININ SONUÇ KISMINDA YER ALMASI

Anlaşmalı boşanma şartları yerine getirildiği takdirde, evlilik birliğinin sarsılmış olduğu ve taraflar bu konuda mutabık olduğu için, evlilik birliğinin getirdiği ortak hayatın da her iki taraf açısından çekilmez olduğu varsayılır⁸⁹.

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin kararda, eşlerin üzerinde uzlaştıkları ve hâkimin onayından geçen düzenlemenin, karar sonucunda açık ve icra edilebilir bir şekilde⁹⁰, boşanan eşlerin hak ve yükümlülüklerini hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde gösterir bir biçimde ve yine herhangi bir şarta bağlı olmaksızın yer alması gereklidir⁹¹. Mahkemeye verilecek karar, eşlerin anlaşmış oldukları konuları da içerecek ve bu anlamda bir eda

kandırıldığını, ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar, davacının bu yöndeki irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir durumda davaya, çekişmeli olarak devam edilmesi, buna bağlı olarak taraflara delil göstermeleri için imkân tanınması, göstermeleri halinde delillerinin toplanması ve Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesinde yer alan boşanma sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediği saptanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Açıklanan yönde araştırma ve inceleme yapılmak üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁹ Hüseyin **Hatemi**/Burcu **Kalkan Oğuztürk**, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004, s. 122; **Rumo-Jungo**, Art. 111 N. 24; **Saleh**, s. 93.

⁹⁰ Y. 2HD, T. 4.10.2010, E. 2009/14223, K. 2010/15954 “...Mahkemeye, tarafların Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince anlaşmalı boşanmalarına karar verilmiş, kararda 1.11.2008 tarihli protokol ile ilgili hüküm kurulmamıştır. Anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi halinde bu yönde oluşturulacak hükmün taraflar arasında düzenlenen ve uygun görülen protokoldeki eda, hükmü içeren bölümlerin edayı sağlayıcı şekilde tesis edilmesi zorunludur. Taraflar arasında düzenlenen ve mahkemeye sunulan 1.11. 2009 tarihli protokolün 6. ve 7. maddesinde gösterilen taşınmaza ve aracın tapu ve trafik kaydı getirilmediği gibi; hüküm de edayı sağlayacak şekilde oluşturulmamıştır. Açıklanan hususlar gözetilmeden yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹¹ **Seçer**, s. 59.

kararı olacaktır⁹². Yargıtay, eşler arasındaki anlaşma hükümlerinin mahkeme ilamının hüküm fıkrasına geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁹³.

Eşlerce mahkemeye sunulan düzenlenmenin hâkim tarafından uygun görülmüş ve bu hususun tutanağa ve gerekçeye geçmiş olmasına rağmen hâkim tarafından bu düzenlemede yer alan hususlar, karar sonucunda yer almamış ve sadece düzenlemenin onaylandığından bahisle düzenlemeye atıf yapılarak karar verilmişse, tarafların hak ve borçlarının hüküm sonucunda yer almadığı gerekçesiyle icra edilmesinin mümkün olup olamayacağını değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hususta Özdemir⁹⁴, söz konusu ihtimalde kararın infazının mümkün olduğu, kısa kararda düzenlemeye atıf yapılmasına rağmen gerekçeli kararda düzenlemenin açık bir şekilde tarafların haklarını ve borçlarını gösterecek şekilde kararın sonucunda yer alması halinde sorun bulunmadığını, ancak gerekçeli kararda dahi sonuç kısmında düzenlemeye onaylandığından bahisle atıf yapılmakla yetinilmiş olması halinde bir tereddüt oluşabileceğini, bu halde de düzenlemenin kararın bir parçası olduğunu kabul etmek ve böylece düzenlemenin infazını sağlayabilmenin mümkün olduğunu belirtmektedir. Yazar, tarafların kanunun aradığı her hususta anlaşmış oldukları düzenlemelerin varlığı halinde bu söylenenlerin bir geçerliliğinin bulunduğunu ileri sürmektedir⁹⁵. Eğer böyle bir anlaşma durumu yoksa anlaşmalı boşanma kararına karşı istinaf yoluna başvurulması yerinde olacaktır.

⁹² Seçer, s. 59.

⁹³ Y. 2.HD., T.29.11.2010, E. 2009/17648, K. 2010/19842 “Protokolün mahkemece de uygun görüldüğü ve tasdik edildiği verilen ara kararla zapta geçirilmiştir. Anlaşmalı boşanmaya karar verilirken, protokolün (anlaşma) tasdiki hükmü yanında, protokol hükümlerinin de hüküm fıkrasına geçirilmesi gerekir. Ne var ki, velayeti anneye verilen çocukla baba arasında kurulan kişisel ilişki protokole uygun olarak düzenlenmediği gibi; protokolün 4. maddesine de hükümde hiç yer verilmemiştir. Mahkemece kendiliğinden yapılan kişisel ilişki değişikliğini kabul edip etmediklerinin taraflardan sorulması, değişikliği kabul ettikleri takdirde; protokolün 4. maddesine de yer verilerek Türk medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi gereğince anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi; anlaşamamaları halinde ise, Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2. maddesi gereğince taraflardan delilleri sorulup, gösterildiği takdirde delillerin toplanması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁴ Özdemir, s. 182.

⁹⁵ Özdemir, s. 182.

Kanaatimizce anlaşmalı boşanma hükmünün infazının sağlanabilmesi bakımından düzenlemenin açık bir şekilde tarafların haklarını ve borçlarını belirtmiş olarak kararın sonucunda yer alması gerekmektedir. Ancak bu şekilde kararın infazında tereddütün giderilmesi ve eşler arasında menfaat dengesinin sağlanması mümkün olacaktır. Anlaşmalı boşanmaya ilişkin gerekçeli kararda düzenlemeye atf yapılmakla yetinilmesi hükmün infazını sağlamak bakımından yeterli değildir.

Anlaşmalı boşanma protokolünde mülkiyeti üçüncü kişiye ait olan bir taşınmazın eşlerden biri tarafından satın alınarak diğer eşe veya çocukların adına tapuya tescil ettirileceğine dair hüküm koyulması ve daha sonra yükümlülük altına giren eşin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi üzerine diğer eşin açacağı davada, Yargıtay, tarafların anlaşma protokolüne mülkiyeti üçüncü kişiye ait olan taşınmazın tapuda tescilini amaçlayan madde koymalarının, mülkiyet sahibi üçüncü kişiyi infaza zorlama olanağı bulunmadığından doğru olmadığını, boşanma protokolüne uygulama açısından duraksama yeni davaların açılmasına neden olabilecek hükümlerin konulmamasının asıl olduğunu, ortaya çıkan bu durumdan anlaşmada yükümlülük altına giren eşin sorumlu olduğunu belirtmektedir⁹⁶. Bu durumda anlaşma ile yükümlülük altına giren eş, sübjektif ifa imkânsızlığı sebebiyle diğer eşin uğramış olduğu zararı TBK m. 112 uyarınca tazmin etmelidir.

⁹⁶ Y. 2HD, 2010/5101 E, 2010/8238 K, 26.4.2010 T (Köseoğlu/Kocaağa, s. 115).

SONUÇ

TMK m. 166/f. 3'e göre, anlaşmalı boşanma talebinde bulunan eşlerin bu istemlerinin sonuç doğurabilmesi için, boşanmanın yan sonuçlarına, bu bağlamda mali konulara ve çocukların durumuna ilişkin bir düzenlemeyi de hâkimin onayına sunmak zorundadırlar.

Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulması, geçerliliği ve hükümlerine ilişkin hükümleri, boşanma hukukunda aksine bir hüküm olmadıkça boşanmaya ilişkin anlaşma bakımından da geçerlidir. Eşler arasında yapılan anlaşma, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen ve hâkimin özel onay şartına bağlı özel hukuk sözleşmeleridir.

Anlaşmalı boşanmaya hükmedilebilmesi açısından de lege feranda tarafların yaptığı anlaşmanın geçerli olması bakımından yazılı şekilde yapılmasını aramak daha uygun düşecektir.

Anlaşmalı boşanma kararına ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra, eğer eşler arasında yapılan anlaşmada mali sonuçlara ilişkin bir düzenleme yoksa bu tarafların mali sonuçlara ilişkin talepte bulunmaktan vazgeçtikleri anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte mali konulara ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen hâkim tarafından bu durumun ihlal edilerek boşanma kararı verilmesi halinde, eşlerin daha sonradan mali konulara ilişkin talepte bulunması mümkün olmalıdır.

Eşlerin hâkime sundukları anlaşmada mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir düzenleme yapmış olmaları ihtimalinde, bu düzenlemenin ne şekilde yapıldığının hâkim tarafından ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir. Eşlerin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin birbirlerinden talepte bulunmayacakları belirtilmiş ise, bu durumda hâkim eşleri de dinleyerek gerçekten iradelerinin bu doğrultuda olduğuna kanaat getirirse, anlaşmalı boşanma kararı verecektir. Bu durumda eşlerin sonradan birbirlerinden talepte bulunmaları söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık mal rejiminin tasfiyesine ilişkin genel bir feragatin bulunmadığı durumda, anlaşmalı boşanma kararının kesinleşmesinden sonra da eşlerin bu hususta birbirlerinden talepte bulunmaları mümkün olmalıdır.

Yargıtayın eşin tek taraflı olarak anlaşmalı boşanmaya ilişkin irade beyanından dönebileceği yolundaki görüşünün, eşin irade beyanının sakatlandığı hallerle sınırlı olmak üzere kabulü mümkündür.

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin kararda, eşlerin üzerinde uzlaştıkları ve hâkimin onayından geçen düzenlemenin, karar sonucunda açık ve icra edilebilir bir şekilde⁹⁷, boşanan eşlerin hak ve yükümlülüklerini hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde gösterir bir biçimde ve yine herhangi bir şarta bağlı olmaksızın yer alması gereklidir⁹⁸. Mahkemece verilecek karar, eşlerin anlaştıkları konuları da içerecek ve bu anlamda bir eda kararı olacaktır⁹⁹. Yargıtay, eşler arasındaki anlaşma hükümlerinin mahkeme ilamının hüküm fıkrasına geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ-KARAMAN, Derya:** Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, İstanbul 2014.
- ARNAUD, F. Philippe:** Planification du divorce et conventions, PJA 2007, s. 1241-1251.
- ÇAKIN Akın:** Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 2007.
- DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ M. Alper:** Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2014.
- ELÇİN-GRASSINGER, Gülçin:** Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı 1997, C. LV, S. 3, s. 235-242.
- ERGÜN, Ömer:** TMK'nin 166'ncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Y. 3, S. 6, Eylül 2005, s. 431-457.
- FANKHAUSER, Roland:** Scheidung Band I: ZGB/Band II: Anhang, 2011.

⁹⁷ Y. 2HD, T. 4.10.2010, E. 2009/14223, K. 2010/15954 "...Mahkemece, tarafların Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince anlaşmalı boşanmalarına karar verilmiş, kararda 1.11.2008 tarihli protokol ile ilgili hüküm kurulmamıştır. Anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi halinde bu yönde oluşturulacak hükmün taraflar arasında düzenlenen ve uygun görülen protokoldeki eda, hükmü içeren bölümlerin edayı sağlayıcı şekilde tesis edilmesi zorunludur. Taraflar arasında düzenlenen ve mahkemeye sunulan 1.11. 2009 tarihli protokolün 6. ve 7. maddesinde gösterilen taşınmaza ve aracın tapu ve trafik kaydı getirtilmediği gibi; hüküm de edayı sağlayacak şekilde oluşturulmamıştır. Açıklanan hususlar gözlemlenmeden yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁸ Seçer, s. 59.

⁹⁹ Seçer, s. 59.

- GEISER Thomas:** III. Familienrecht/Ehe-und Scheidungsrecht/Bedüren Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung?, Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinrecht und allgemeinen Privatrecht, Bern 2002 (Eheverträge).
- GEISER Thomas:** Verbindlichkeit von Scheidungskonventionen, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Private Law (Band I)- national global comparative (Band II), Bern 2011, s. 545-560.
- GENÇCAN, Ömer Uğur:** Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2010.
- GLOOR Urs:** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB (Honsell-Vogt-Geiser (Hrsg.)), 4. Auflage, Basel 2010.
- HATEMİ Hüseyin/KALKAN-OĞUZTÜRK Burcu:** Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004.
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MULLER, Regina:** Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2010.
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MULLER, Regina:** Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2014 (Familienrecht).
- JAKOB, MARION:** Prüfung und Genehmigung der Scheidungskonvention durch das Gericht, AJP 2009, s. 169-190.
- KILIÇOĞLU, Ahmet:** Aile Hukuku, Ankara 2015.
- KÖSEOĞLU Bilal/KOCAAĞA Köksal:** Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011.
- ÖZDEMİR Nevzat:** Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003.
- ÖZTAN Bilge:** Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- ÖZTAN Bilge:** Türk Medeni Kanunu'na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 713-728 (Evliliği Sona Erdiren Sebepler).
- RUMO-JUNGO, Alexandra:** CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2012.
- SALEH Muhsen Abdulkader:** Türk ve Irak Hukukunda Genel Sebeplere Dayanarak Boşanma ve Sonuçları, Ankara 2014.
- SANDOZ Suzette:** Commentaire Romand Code Civil I Art. 1-359 CC Commentaire (Pichonnaz-Foex (Editeurs), Bale 2010.
- SEÇER Öz:** İsviçre ve Türk Hukuklarında Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Kasım Aralık 2009, S. 63-64, s. 39-69.

- STECK, Daniel:** Scheidungsplanung?-Gedanken zur Rechtsnatur und Bindungswirkung der Scheidungsvereinbarungen, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Private Law (Band I)- national global comparative (Band II), Bern 2011, s. 1623-1635.
- ŞIPKA Şükran/ÖZDOĞAN, Ayça:** Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, İstanbul 2015.
- ULUÇ, Yusuf:** Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara 2014.
- YILMAZ-BİLGİN, Esra Pınar:** Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2016.

Elektronik Kaynaklar

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

RİSKİN ERKEN TEŞHİS KOMİTESİ (TTK m.378 ve 625/1-e'nin Değerlendirilmesi)

Adem ŞAHİN*

ÖZET

Kanun koyucu ilk kez TTK m.378 ve 625/1-e'de anonim şirketler ve limited şirketlerde risk yönetimine özel önem vererek, ilgili yönetim organlarına riskin erken teşhisi görevini vermiştir. Bu görev kapsamında ilgili yönetim organları bir riskin erken teşhisi komitesi kurmak zorundadırlar. Bu çalışmada komitenin şirket türlerinde uygulama alanı, komitenin hukuki yapısı, çalışma esasları, görevleri ve denetimi mukayeseli hukuktaki örnekleri göz önünde bulundurularak hukuki açıdan incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, limited şirket, yönetim kurulu görevleri, riskin erken teşhisi komitesi, risk yönetimi, kurumsal yönetim.

THE EARLY DETECTION OF RISK COMMITTEE (Evaluation of 378th and 625/1-eth of TCC)

ABSTRACT

The legislative gave particular importance on risk management in joint-stock and limited companies by 378th and 625th articles of Turkish Commercial Code for the first time, thereby giving the duty of early detection of risk to the respective managing bodies of companies. Within the context of this duty, respective managing bodies shall establish an early detection of risk committee. In this work, area of application of committee in different types of companies, legal structure of the committee, working principles, duties and audit of the committee are analyzed in a legal perspective by taking comparative law into consideration.

Keywords: Joint-stock Company, limited company, duties of board of directors, early detection of risk committee, risk management, corporate governance.

I. GİRİŞ

A. Genel olarak

Günümüzde şirketlerin birçoğu kurulduktan kısa bir süre sonra sona ermektedir. Sona erme sebeplerinin temelinde ekonomik krizler, sermaye yetersizliği, finansman kaynaklarındaki problemler, şirketin iyi yönetilmemesi ve ortaklar arasındaki ihtilaflar gibi değişik sebepler yatmaktadır. Şirketlerin geleceğini tehdit eden bu tehlikeler şirketin

* Av. Dr. İstanbul Barosu

faaliyet alanına, ülkenin ekonomik, sosyal ve siyasi yapısına göre farklı türde ve yoğunlukta ortaya çıkabilir. Özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde bu tür risklerin gerçekleşme olasılığı yüksektir. Ülkemizin de gelişen ülkeler arasında yer almasından dolayı şirketleri tehdit eden risklerin ve gerçekleşme ihtimallerinin yüksek olduğu görülmektedir. Türk Ticaret Kanunumuzun (TTK) genel gerekçesinde¹ belirtildiği üzere ülkemizde bir çok şirket, faizlerdeki sık dalgalanmalar, devlet bonoları ve tahvilleriyle yapılan işlemler, yatırımların kredilerle finanse edilip, öz varlık/yabancı para rasyosuna dikkat edilmemesi, döviz üzerine spekülasyon yapılması ve özellikle dövizde açık pozisyon ve benzeri sebeplerle doğrudan ve ciddi risk altındadır. Sanayileşmiş ve istikrarlı ülkelerde pek rastlanılmayan bu tür riskler Türk işletmeleri yönünden, darboğaza girme ve hatta iflâs tehlikesini kolaylıkla beraberinde getirebilmektedir.

Netice olarak şirketlerin geleceğini tehdit eden bu riskler genelde bir günde değil, belirli bir süre içerisinde olgunlaştıktan sonra ortaya çıkmaktadır. Bunların önceden tespit edilmesi ve onlara karşı önlem alınması şirketler için hayati önem arz etmektedir. Özellikle sermaye şirketleri sermaye yapıları ve piyasaya katkılarında dolayı diğer şirket türlerine nazaran daha çok risk altındadırlar. Örneğin anonim şirketler, küçük yatırımcıların sermayelerini bir araya getirerek kurdukları ve ülke ekonomisine katkıları büyük olan şirketlerdir. Bu önemine binaen kanun koyucu anonim şirketler için özel koruyucu hükümler öngörmüştür. Özellikle devletin ilgilenmesi, şirketin malvarlığının korunması ve dışardan denetlenmesi gibi ilkelerle şirketin varlığının korunması hedeflenmiştir. Bu ilkeler sayesinde aynı zamanda şirket alacaklılarının ve ortaklarının da koruması söz konusudur². Bu açıdan yönetim kurulu görevlerini ifa ederken tedbirli bir yönetici sorumluluğuyla hareket ederek piyasalardaki şirketi etkileyebilecek tüm gelişmeleri yakından takip etmek durumundadırlar.

Yukarıdaki kısaca izah edilen sebeplere istinaden kanun koyucu kurumsal yönetim ilkeleri doğrultusunda bazı anonim ve limited

¹ **Memiş**, Tekin/**Bozbel**, Savaş, Karşılaştırmalı, Gerekçeli, İçtihatlı ve Kavram İndeksli 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Cilt I, TTK Genel Gereğçeler Nr. 127, s.44.

² Detaylı bilgi için bkz. **Pulaşlı**, Hasan, Yeni Şirketler Hukuk Genel Esaslar, s.277; **Çeker**, Mustafa, Ticaret Hukuku, s.213; **Şener**, O. Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, s.311; **Bilgili**, Fatih, Şirketler Hukuku, s.216vd.

şirketlerde yönetim kurulu üyelerine/müdürlerine özel olarak ilk kez TTK m. 378'de ve 625/1-e'de riskin erken teşhisi görevi vermiştir. Bu komitenin kurulması, şirketin varlığının muhafaza edilebilmesi ve risk yönetimi için atılan ilk adım olacaktır. Bu çalışmada bu komitenin hukuki alt yapısı, kurulması, işleyişi, görevleri ve denetimi gibi önemli hususları mukayeseli hukuktaki örneklerden de istifade ederek ele alınacaktır. Böylece bu komitenin şirketler hukukundaki önemini ortaya çıkarmayı hedeflemekteyiz. Ancak çalışmamızda şirketleri tehdit eden somut riskler hakkında ayrıntılı değil, genel bilgiler verilecektir. Bu açıdan konunun sadece hukuki açıdan değerlendirilmesi yapılacaktır.

B. Risk Kavramı ve Şirketleri Tehdit Eden Riskler

Risk kavramı hakkında genel kabul görmüş tek bir tanım yoktur. Her bilim alanında farklı tanımlar yapılmaktadır. İşletme bilim alanında bir olayın beklenenden farklı olarak gerçekleşebilme olanağına risk denir³. Bu tanıma göre işletmenin planlanan amaçlarını gerçekleştirebilmesine mani olacak her olay risk kabul edilmektedir. Ancak konumuzla alakalı ilk risk kavramı Riskin Erken Saptanması ve Komitesi Hakkında Denetçi Raporuna İlişkin Esaslar'ının⁴ 4. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre risk; şirketin varlığını, gelişmesini ve sürekliliğini tehdit edebilecek gelişmelerin ortaya çıkma ihtimalidir. Ticari işletmelerde görülebilecek riskler genel olarak şu şekilde sınıflandırılabilir⁵:

- **Finansal riskler** (faiz, kur, türev ve fiyat gibi piyasa riskleri, kredi ve likide riskleri, sermaye, borç ve varlık dengesi gibi sermaye yapısını ilgilendiren riskler, bütçe, planlama, rapor değerlendirme gibi finansal raporlama riskler),
- **Operasyonel riskler** (fiyatlama, müşteri memnuniyeti, verimlilik vs),
- **Stratejik riskler** (piyasa şartları, yönetimle, ortaklarla ve müşterilerle ilgili riskler),
- **Dış çevre riskleri** (hukuki ve politik riskler).

Bu risklerden sadece şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşürecek nitelikte olanların erken tespit edilmesi gerekmektedir.

³ Balıkcı, Yalçın, İşletmelerde Risk Yönetimi, s.33.

⁴ Kamu Gözetim Kurumu tarafından 18.03.2014 tarihinde çıkartılmıştır. Çalışmamızın devamında kısaca "Denetçilerin Raporuna İlişkin Esaslar" olarak ifade edilecektir.

⁵ Kara, Suat, İç Denetimde Risk yönetimi, s.63 vd.

C. Anonim Şirketlerde İç Denetim ve Risk Yönetimi

Anonim şirketlerde dış denetimin yanında, iç denetim sisteminin kurulmasına da engel olunmamıştır (TTK m.398). Bundan dolayı yönetim kurulu TTK m.366/2 gereğince takdir yetkisini kullanarak iç denetim amacıyla komisyon veya komite kurabilir. Ancak kanun koyucu iç denetimle alakalı iki komitenin kurulmasını zorunlu kılmıştır. Bunlardan biri TTK m.375' e göre kurulması gereken denetim komitesidir. Bu komite yönetim kuruluna muhasebenin, finans denetiminin ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde finansal planlama ilkelerini tespit etme görevi verilmiştir⁶. Diğer komite ise riskin erken teşhisi komitesidir. Bu komite gerçekte finans denetimi ve denetim komitesi (auditing committee) yanında bir diğer iç kontrol mekanizmasıdır⁷. Riskin erken teşhisi komitesi sadece risklere odaklanmıştır ve risk teşhisi gelecek ve geleceğin yorumuyla ilgilidir⁸. Oysaki diğer iç denetim mekanizmalarının görevi, yönetimin yapmış olduğu işleri denetlemektir. Ayrıca bunların şirketin geleceğini tehdit eden gelişmelerin önceden tespit edilebilmesinde herhangi bir fonksiyonu yoktur.

D. Mukayeseli Hukukta Risklerin Erken Teşhisi

1. Almanya

Alman şirketler hukukunda “risklerin erken teşhisi” (Risikenfrüherkennung) kavramı ilk kez Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG) § 91/2'de yapılan bir değişiklikle düzenlenmiştir⁹. Yapılan değişiklikle anonim şirketlerde yönetim kurulu, şirketin varlığını tehdit eden gelişmeler için elverişli tedbirleri almak ve özellikle bir kontrol sistemini (Überwachungssystem) kurmakla yükümlü kılınmıştır. Bununla yönetim kurulu üyelerinin riskler konusunda daha bilinçli ve dikkatli

⁶ Pulaşlı, s.277

⁷ Memiş/Bozbel, TTK Genel Gereççeler Nr. 127, s.44.

⁸ Memiş/Bozbel, TTK Madde Gereççeleri, m.378, s.553.

⁹ 01.05.1998 tarihinde Şirketler Alanında Kontrol ve Şeffaflık Kanunu (Das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) 9. maddesiyle Paylı Ortaklıklar Kanununun AktG § 91. maddesine yeni bir fıkra eklenerek, yönetim kuruluna risklerin erken teşhisi yeni bir görev olarak verilmiştir. AktG § 91/2 metni şu şekilde kaleme almıştır:

„Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“ (http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/_91.html), s.e.t. 28.03.2016.

olmaları amaçlanmıştır. Bu sayede şirketin varlığını etkileyen olumsuz gelişmeler zamanında tespit edilerek, bunlarla mücadele edilmesinde kolaylık sağlanacaktır¹⁰.

AktG § 91/2, düzenleniş tarzı sebebiyle birçok açıdan eleştirilmektedir. Özellikle bu madde kapsamında riskin erken teşhisi sisteminin yanında bir risk yönetimi sistemi de kurulmalı mıdır sorusu doktrinde tartışılmıştır. Bu konuda işletme bilim alanındaki uzmanlar, kanunun gerekçesinde kullanılan “angemessenen Risikomanagement” (risk yönetimi) kavramından hareketle ve pratik hayattaki ihtiyacı da dikkate alarak yönetim kurulunun bir risk yönetim sistemi de kurması gerektiğini ifade etmişlerdir¹¹. Ancak hukukçulara göre burada genel bir risk yönetiminden bahsedilmediğini ve yönetim kurulunun öncelikle şirketin varlığını tehdit eden gelişmelerin erken teşhisi için gereken sistemi kurması gerektiğini ifade etmişlerdir (Früherkennungssystem)¹². Bu sistemin kurulması, risk yönetiminin sadece ön hazırlığını oluşturur.

Diğer tartışılmalı husus ise; bu sistemin sadece pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde mi zorunlu olarak kurulması gerektiği

¹⁰ **Kort**, Michael in Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar AktG Nr.22 zu §91; **Krieger/Sailer-Coceani** in Schmidt, K./Luther, M. Kommentar zum AktG Nr.6 zu §91; **Hüffer**, Uwe/**Koch**, Jens, Kommentar zum AktG Nr.1 zu §91; **Mertens** Hans-Joachim/**Cahn**, Andreas, Kölner Kommentar zum AktG Nr.13 zu §91; **Fleischer** in **Spindler**, Gerald/**Stilz**, Eberhard/**Fleischer**, Kommentar zum AktG Nr.29 zu §91; **Spindler**, Gerald in **Wulf**, G./**Habersack** M./**Kalss**, Susanne, MünchKomm zum AktG Nr.20 zu §91; **Bürgers/Israel**, in **Bürgers**, Tobias/**Körber**, Torsten, Kommentar zum AktG Nr.9 zu §91; **Müller-Michaels**, in **Hölter**, Wolfgang, Kommentar zum AktG, Nr.4 zu §91.

¹¹ **Lück**, Wolfgang, Betriebwirtschaftliche Aspekte der Einrichtung eines Riskomanagementsystem und eines Überwachungssystem, in Dörner/Menold/Pflitzer, Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und der Prüfung, s.329 vd; **Wolf**, Klaus/**Runzheimer**, Bodo, Risikomanagement und KonTraG, s.27 vd.

¹² **Zimmer/Sonnerborn** in **Lange**, Knut Werner/**Wall**, Friederike/**Kindler**, Peter/**Pahlke**, Anne-Kahrin, Risikomanagement nach dem KonTraG, s.3 vd; **Dreher**, Meinrad, Die Vorstandsverantwortung im Geflecht von Risikomanagement, Compliance und interner Revision, in Festschrift für Uwe Hüffer, s.161 vd; **Mertens/Cahn**, Kölner Kommentar zum AktG Nr.14 zu §91; **Spindler**, in Goette./Habersack/Kalss, Müncher Kommentar zum AktG Nr.16 zu §91; **Fleischer** in Spindler/Stilz/Fleischer, Kommentar zum AktG Nr.34ff zu §91; **Kort**, Großkommentar AktG Nr.22a zu §91; **Hüffer/Koch**, Kommentar zum AktG Nr.9 zu §91.

hususudur¹³. Çünkü HGB § 317/4¹⁴ ve § 321/4¹⁵ 'e göre denetçiler, sadece pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerin AktG § 91/2'de belirtilen sisteminin kurup kurulmadığını denetleyeceği öngörülmüştür¹⁶. Bu sebeple maddenin metninden sanki diğer anonim şirketlerde riskin erken teşhisi sisteminin kurulmasında bir zorunluluk yokmuş gibi anlaşılmaktadır. Ancak doktrinde ağır basan görüş, bu yükümlülüğün tüm anonim şirketler için öngörüldüğünü ve Ticaret Kanununda belirtilen hususun ise sadece pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde denetimin bir parçası olduğu yönündeki görüştür¹⁷.

Yönetim kurulunun risklerin erken teşhisi için alacağı tedbirler, riskler meydana gelmeden önce uygun bir zamanda tespitini yapabilecek nitelikte olmalıdır. Hangi tedbirlerin alınacağı hususu yönetim kuruluna takdir yetkisi bırakılmıştır¹⁸. Bu tedbirler şirketin büyüklüğüne, faaliyet alanına ve ilgili pazardaki risk potansiyeline göre belirlenmelidir. Bu

¹³ **Kort**, Großkommentar AktG Nr.26 vd zu §91; **Mertens/Cahn**, Kölner Kommentar zum AktG Nr.20 zu §91; **Bürgers/Israel**, in Bürgers/Körber, Kommentar zum AktG Nr.13 zu §91; **Hüffer/Koch**, Kommentar zum AktG Nr.5 zu §91; **Bihr** Dietrich/ **Kalinowsky**, Marc, Risikofrüherkennungssystem bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften-Haftungsfälle für Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer, DStR, s.620.

¹⁴ HGB §317/4 “*Bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft ist außerdem im Rahmen der Prüfung zu beurteilen, ob der Vorstand die ihm nach § 91 Abs. 2 des Aktiengesetzes obliegenden Maßnahmen in einer geeigneten Form getroffen hat und ob das danach einzurichtende Überwachungssystem seine Aufgaben erfüllen kann.*” (http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_317.html), s.e.t. 01.03.2016

¹⁵ HGB § 321/4 “*Ist im Rahmen der Prüfung eine Beurteilung nach § 317 Abs. 4 abgegeben worden, so ist deren Ergebnis in einem besonderen Teil des Prüfungsberichts darzustellen. Es ist darauf einzugehen, ob Maßnahmen erforderlich sind, um das interne Überwachungssystem zu verbessern.*” (http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_321.html), s.e.t. 01.03.2016.

¹⁶ Bu madde kapsamında yapılan denetim yerindelik denetimi değil, aksine bir sistem denetimidir. Denetçiler alınan tedbirlerin uygunluğu ve işleriği hakkında bir denetim yapmaktadır.

¹⁷ **Fleischer** in Spindler/Stilz/Fleischer, Kommentar zum AktG Nr.38 zu §91; **Bürgers/Israel**, in Bürgers/Körber, Kommentar zum AktG Nr.13 zu §91; **Kort**, Großkommentar AktG Nr.23 zu §91.

¹⁸ **Mertens/Cahn**, Kölner Kommentar zum AktG Nr.19 zu §91; **Hüffer/Koch**, Kommentar zum AktG Nr.6 zu §91; **Kort**, Großkommentar AktG Nr.46 zu §91; **Bürgers/Israel**, in Bürgers/Körber, Kommentar zum AktG Nr.10 zu §91; **Fleischer** in Spindler/Stilz/Fleischer, Kommentar zum AktG Nr.33 zu §91.

tedbirler, çalışanlara ve şirketin yönetim teşkilatına ilişkin olabileceği gibi teknik alanda olabileceği ifade edilmiştir¹⁹.

Bu madde kapsamında yönetim kurulunun diğer görevi ise bir kontrol sistemi (Überwachungssystem) kurmasıdır. Ancak bu kontrol sisteminin zorunlu olup olmadığı hususu madde metnindeki “*özellikle*” (*insbesondere*) kelimesinin kullanılmasından dolayı doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Kanunun gerekçesini dikkate alan ve ağır basan görüşe göre; bu kontrol sisteminin kurulması ihtiyari değil, zorunludur²⁰. Bu görüşü savunanlara göre bu kontrol sistemin görevi şirketin varlığını tehdit eden gelişmeleri erken teşhis etmek değil, bilakis yönetim kurulunun almış olduğu tedbirlerin uygulanıp uygulanmadığını denetlemektir. Yine bu görüşe göre yönetim kurulu risklerin erken teşhisi için zaten elverişli tedbir ne ise onu almakla yükümlüdür ve bu bağlamda özellikle iç kontrol sistemlerinin kurulması (Interne Revision und Controlling) gerektiğini ifade etmişlerdir. Diğer görüş²¹ ise kontrol sisteminin görevlerinin bu şekilde sınırlandırılmasını doğru bulmamaktadır. Kanun koyucu burada risklerin erken teşhisi için elverişli bir tedbir olarak bu kontrol sisteminin kurulmasını örnek olarak göstermiştir. Bu kontrol sisteminin sadece alınan tedbirlerin uygulanmasının denetimini değil, aynı zamanda tüm risklerin teşhis edilmesine de hizmet etmesi gerektiği ifade edilmiştir.

2. İsviçre

İsviçre Borçlar Kanununda (Obligationengesetz-OG) şirketlerde riskin erken teşhisi ve risk yönetimi ile alakalı bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak genel hükümler çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri şirketin geleceğini tehdit eden riskleri erken teşhis etmek ve yönetmekle yükümlüdürler. Çünkü anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri *business judgment* ilkelerine uygun özen yükümlülüğü çerçevesinde karar verirler (OG §717). Bu yükümlülüğüne istinaden yönetim kurulu üyelerinin karar

¹⁹ **Kort**, Großkommentar AktG Nr.47 zu §91.

²⁰ **Spindler**, in Goette/Habersack/Kalss, MünchKommentar zum AktG Nr.25 zu §91; **Krieger/Sailer-Coceani**, Kommentar zum AktG Nr.13 zu §91; **Hüffer/Koch**, Kommentar zum AktG Nr.8 zu §91; LG Berlin, AG 2002, 3.7.2002, 2 O 358/01, AG 2002, s.682.

²¹ **Spindler**, in Goette/Habersack/Kalss, MünchKommentar zum AktG Nr.26 zu §91; **Mertens/Cahn**, Kölner Kommentar zum AktG Nr.26 zu §91.

vermeden önce konuyla alakalı tüm riskleri de kapsayacak şekilde detaylı bir araştırma yaptıktan sonra karar vermeleri gerekmektedir²².

Bununla birlikte anonim şirketlerde, şirketi etkileyebilecek olumsuz gelişmeleri önceden tespit etme adına 01.01.2008 tarihinde kanunda yapılan değişiklikle bir iç kontrol sisteminin (internes Kontrollsystem) zorunlu olarak kurulması öngörülmüştür (OG §728a/1/3). Doktrindeki bir görüşe göre, bu iç kontrol sisteminin görevi sadece muhasebenin ve defterlerin hukuka uygun bir şekilde tutulmasını sağlamakla sınırlıdır²³. Diğer görüşe göre ise; bu maddenin geniş yorumlanması gerekir ve riskleri de göz önünde bulundurmamak suretiyle finansal raporların, şirketin operasyonel işlemlerinin ve stratejilerinin de hukuka uygunluğu denetlemesi gerekir²⁴.

Netice olarak İsviçre hukuk sisteminde risklerin erken teşhisi ile ilgili uygulanabilir standart kriterler mevcut değildir. Somut olaya göre yönetim kurulu üyeleri özen borcu kapsamında şirketin faaliyet alanına, büyüklüğüne ve pazar şartlarına uygun tedbirleri almak zorundadır²⁵.

II. TTK'YA GÖRE RİSKİN ERKEN TEŞHİSİ KOMİTESİ

A. Kavram

Uygulamada önem arz etmemesine rağmen, kavramsal bütünlüğün sağlanması amacıyla öncelikle bu komitenin adının net olarak belirlenmesi gerekir. Çünkü mevcut kanuni düzenlemelerde komitenin adında “Teşhis” ve “Saptama” kelimelerinin birlikte kullanıldığını görmekteyiz. Örneğin TTK m.378’in madde başlığında riskin erken “saptanması” ifadesi kullanılmasına rağmen, maddenin metninde “saptama” kelimesinin yerine eş anlamlısı olan “teşhis” kelimesi kullanılmıştır. Kurumsal Yönetim Tebliği’nde de (KYT)²⁶ benzer şekilde

²² Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, N. 588 ff. zu § 13; Staub, Leo, Überlegungen zur Erfassung und Steuerung rechtlicher Risiken im Unternehmen, CCZ, 2009, s.122.

²³ Staub, s.124.

²⁴ Schmidt, M./Stebler, W., Risikobasiertes internes Kontrollsystem. Risikoidentifikation von grundlegender Bedeutung, in: ST 81/ 2007, s.645.

²⁵ Staub, s.125.

²⁶ II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği’i, son olarak 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve yeni TTK uyum kapsamında hazırlanarak 3 Ocak 2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Önceki Seri:IV, No:56 sayılı “Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ” ile Seri:IV, No:41 sayılı “Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Olan Anonim Ortaklıkların Uyacakları Esaslar Tebliği” aynı zamanda yürürlükten kaldırılmış ve söz konusu iki tebliğdeki hususlar yeniden düzenlenmiştir.

her iki kavramın birlikte kullanıldığını görmekteyiz. TTK m.625/1-e'de ise komitenin adında net olarak “teşhis” kavramını kullanılmıştır. Maddenin metniyle uyumlu olması ve kavramsal bütünlüğün sağlanması için biz “teşhis” kelimesini kullanacağız²⁷.

Kavramla ilgili diğer bir problem ise, komitenin adı görevleriyle tam manasıyla örtüşmemektedir. Çünkü kanuni düzenlemelerde “yönetim” kelimesinin “ve” bağlacıyla birlikte kullanılması, bu komitenin görev alanına risk yönetiminin de girip girmediği hususunda tereddütlere yol açmaktadır. Çalışmamızın “komitenin görevleri” başlığı altında daha detaylı izah edileceği üzere, komitenin asıl görevi şirketi tehdit eden gelişmelerin erken teşhis edilmesidir. Bu sebeple bu komitenin adı sadece “Riskin Erken Teşhisi Komitesi” olarak ifade edilmelidir.

B. Komitenin Amacı

Şirketin varlığını tehdit eden tehlikelerden kurtulabilmesi veya en az zararla süreci atlatabilmesi için, bu tehlikelerin önceden tespit edilmesi gerekmektedir. Bu manada riskin erken teşhisi komitesinin ve sistemin kurulması, şirketi tehdit eden tehlikelerle mücadele konusunda atılan önemli bir adımdır ve günümüz piyasa şartlarında artık zorunludur. Amaç; yönetimi, yönetim kurulunu ve genel kurulunu şirketi bekleyen tehditler hakkında devamlı teyakkuz altında tutmak, gereğinde organlarca derhal etkili önlemlerin alınmasını sağlamaktır²⁸. Böylece şirketlerin beklenmedik bir anda kolayca sona ermesine veya büyük oranda zarar görmesine engel olunacaktır. Ayrıca yönetim kurulu bu komite sayesinde risklerle zamanında müdahale ederek şirketin, ortakların ve alacaklılarının zarara uğramasına engel olarak, kendilerine yöneltilecek sorumluluk davalarının önüne geçmiş olacaktır.

Bunun yanı sıra şirket ortaklarına ve diğer ilgili kişilere şirketin durumu hakkında bilgi verecektir. Netice olarak şirket ortaklarının ve alacaklıların da menfaatleri korunacaktır.

²⁷ Benzer kullanım için bkz. **Pulaşlı**, s.438; **Tekinalp**, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Nr.12-33, s.240; **Karahan/Arslan**, Şirketler Hukuku, s.402; **Şener**, s.447; **Bilgili**, s.378.

²⁸ **Memiş/Bozbel**, TTK Madde Gereçekleri, m.378, s.553.

C. Kanuni Düzenlemeler ve Uygulama Alanları

1. Anonim Şirketlerde

Anonim şirketlerde riskin erken teşhisi komitesi hem TTK'da hem de KYT'de düzenlenmiştir. TTK m.378'de bu komitenin kurulması ve sistemin işletilmesi görevi yönetim kuruluna verilmiştir. Buna göre;

- (1) *Pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür. Diğer şirketlerde bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulur ve ilk raporunu kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verir.*
- (2) *Komite, yönetim kuruluna her iki ayda bir vereceği raporda durumu değerlendirir, varsa tehlikelere işaret eder, çareleri gösterir. Rapor denetçiye de yollanır.*

Ayrıca KYT m.4.5'de riskin erken teşhisi komitesi (**bankalar hariç**), yönetim kurulu bünyesinde oluşturulması gereken komitelerden biri olduğu belirtilmiştir. Komitenin görevleri ise KYT'nin m.4.5.12'de TTK m.378 ile uyumlu bir şekilde düzenlenmiştir²⁹. TTK m.378'den farklı olarak risk yönetim sisteminin yılda en az bir kez gözden geçirilmesi görevi verilmiştir. Buna göre;

“Riskin erken saptanması komitesi; şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşürebilecek risklerin erken teşhisi, tespit edilen risklerle ilgili gerekli önlemlerin alınması ve riskin yönetilmesi amacıyla çalışmalar yapmakla sorumlu olup, risk yönetim sistemlerini en az yılda bir kez gözden geçirir.”

Her iki düzenlemeye göre riskin erken teşhisi komitesi sadece pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için zorunlu olarak

²⁹Diğer Komiteler “Denetimden Sorumlu Komite”, “Kurumsal Yönetim Komitesi”, “Aday Gösterme Komitesi”, “Ücret Komitesi” dir.

öngörülmüştür³⁰. Pay senetleri borsada işlem gören şirketler halka açık anonim şirketlerdir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus her halka açık anonim şirketin pay senetlerinin borsada işlem görmemesidir. Çünkü anonim ortaklıklarda halka açıklık statüsünün kazanılması ya payları borsada işlem görmesine ya da pay sahibi sayısının beş yüzü aşmasına bağlamıştır (SerPK m.16). Bundan dolayı bu komitenin kurulması her halka açık anonim şirkette değil, sadece pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde zorunlu olarak kurulmalıdır. “Sermaye piyasası araçları borsada veya SerPK m.66 da belirtilen teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören şirketler” kavramı pay senetleri borsada işlem gören şirketlerle aynıdır³¹.

Halka açık olmayan ve halka açık olup da paylarının borsada işlem görmeyen anonim şirketlerde bu komitenin kurulmasında kural olarak bir zorunluluk yoktur³². Bu şirketlerde, komitenin kurulması denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi şartına bağlanmıştır. Denetçinin gerekli görmesi halinde bu komitenin kurulması zorunlu hale gelmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, denetçilere ilişkin hükümlerde 6335 sayılı ve 26.6.2012 tarihli Ticaret Kanunda değişiklik yapılarak, sadece bazı şirketlerin bağımsız denetime tabi tutulmasıdır dolayı riskin erken teşhisi sistemi sadece dış denetime tabi şirketlerde, denetçinin uygun görmesi halinde zorunluymuş gibi

³⁰ Şu şirketler Kurumsal Yönetim Tebliği'ne tabi değildir:

- a) Payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıklar.
- b) Payları Ulusal Pazar, İkinci Ulusal Pazar veya Kurumsal Ürünler Pazarı dışındaki diğer pazar, piyasa veya platformlarında işlem gören ortaklıklar.
- c) Paylarının ilk defa halka arz edilmesi ve/veya borsada işlem görmeye başlaması için Kurula başvuran/başvurulan ortaklıklardan; payları Ulusal Pazar, İkinci Ulusal Pazar veya Kurumsal Ürünler Pazarı dışındaki diğer pazar, piyasa veya platformlarında işlem görecektir olanlar.
- ç) 7/8/1989 tarihli ve 89/14391 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karara göre dışarıda yerleşik sayılan ortaklıklar.

³¹ Pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketler de pay senetleri borsada işlem şirkettir. SerPK'da payların borsada işlem görebilmesi için Borsa İstanbul A.Ş. Kotasyon Yönetmeliğindeki kotasyon şartlarını da sağlaması gerekir. bkz **Memiş, Tekin/Turan, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku**, s.92.

³² Payları borsada işlem görmeyen anonim ortaklıklar, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvurmak zorundadırlar. Aksi durumda, Kurul, bu payların borsada işlem görmesi veya ortaklığın halka açık ortaklık statüsünden çıkarılması için ortaklığın talebini aramaksızın gerekli kararları alır (SerPK m.16/2).

anlaşılmaktadır. Oysaki TTK m.378, kanunumuzun ilk yürürlüğe girdiği haliyle mevcudiyetini korumaktadır ve riskin erken teşhis sistemini o anki sisteme göre, yani tüm anonim şirketleri kapsayacak (tüm anonim şirketler bağımsız denetime tabiydi) şekilde kaleme almıştır. Dış denetim kapsamı dışında kalan şirketlerin ise nasıl denetleneceği belirsizliğini korumaktadır. Çünkü Gümrük ve Ticaret Bakanlığı halen TTK m.397/5’de belirtilen ilgili yönetmeliği çıkarmamıştır. Bu sebeple dış denetime tabi olmayan anonim şirketlerde riskin erken teşhisi sisteminin nasıl ve ne zaman kurulacağı belirsizdir. Kanaatimizce bu komitenin kurulmasında denetçinin devre dışı bırakılarak tüm anonim şirketlerde kurulmasının mecburi hale getirilmesi gerekmektedir.

TTK m.378’in daha birçok açıdan tartışmaya açık olduğu kanaatindeyiz. Öncelikle pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler zaten KYT’ye tabi olduğu için TTK’da bu hükmün tekrarlanması isabetli olmamıştır³³. Hatta bu komitenin sadece pay senetleri borsa işlem gören şirketlere özgülenmesi tartışmaya açıktır. Maddenin gerekçesinde “*tüm anonim şirketler için öngörölmüş bulunan finans denetimi ve denetim komitesi yanında bir diğer iç kontrol mekanizmasıdır*” ifadesi kullanılmıştır³⁴. Yani örnek verilen diğer zorunlu komitelerin yanında bu komitenin de tüm anonim şirketlerde kurulması gerektiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan gerekçenin son paragrafında KYT’de belirtilen komitelerin bütün anonim şirketlere teşmil eden bir uygulamanın henüz dünyada mevcut olmadığı ifade edilmiştir³⁵. Öyleyse TTK’da pay senetleri borsada işlem gören şirketler hiç dâhil edilmeden düzenlenmeliydi. Kanaatimizce komitenin yukarıda ifade edilen önem ve amacı dikkate alındığında anonim şirketler arasında böyle bir ayrıma gidilmemesi daha doğru olacaktır. Hatta limited şirketlerde (küçük ölçekliler hariç) kurulması zorunlu olan bu komitenin, yukarıda belirttiğimiz gerekçeyi de göz önünde bulundurularak denetçinin görüşüne ihtiyaç duyulmaksızın istisnasız tüm anonim şirketlerde zorunlu olarak kurulması gerektiği kanaatindeyiz.

2. Limited Şirketlerde

Limited şirketler için riskin erken teşhisi komitesi TTK m.625/1-e’de düzenlenmiştir. Anonim şirketlerden farklı olarak komitenin kurulmasını küçük ölçekliler haricinde diğer tüm limited şirketlerde

³³ Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s.402.

³⁴ Memiş/Bozbel, TTK Madde Gerekçeleri, m.378, s.553.

³⁵ Memiş/Bozbel, TTK Madde Gerekçeleri, m.378, s.553.

müdürlerin devredilemez ve vazgeçilemez görevleri arasında saymıştır (TTK m.625/1/e)³⁶. Sermaye şirketlerin bu şekilde sınıflandırılması TTK m.1523'e göre belirlenecektir. Yani orta ve büyük ölçekli limited şirketlerde müdürler denetçiye bağlı olmaksızın zorunlu olarak riskin erken teşhisi komitesini kurmakla yükümlüdür³⁷. Küçük ölçekli limited şirketlerde ise mevcut düzenleme dikkate alındığında bu komitenin kurulması hususunda bir zorunluluk görülmektedir. Ancak müdürler özen yükümlülükleri kapsamında ihtiyaca binaen bu komitenin kurulmasına karar verebilirler.

TTK m.625'te komitenin göreviyle alakalı herhangi bir açıklama yoktur. Maddenin gerekçesinde; limited şirketlerde müdürlerin devredilemez ve vazgeçilemez görevlerinin TTK m.375 ile uyum içerisinde olduğu için TTK m.375' in gerekçesine bakılması gerektiği ifade edilmiştir³⁸. Oysaki bu görev anonim şirketlerde devredilemez ve vazgeçilemez görevler arasında değil, TTK m.378'de düzenlemiştir. Her ne kadar gerekçe TTK m.375'i işaret etse de, biz limited şirketlerde oluşturulacak riskin erken teşhisi komitesi hakkında TTK. m.378'deki hükmü ve gerekçeleri dikkate almamız gerekir. Bu sebeple anonim şirketler için izah edilen hususlar limited şirketler için de geçerli olacaktır.

Alman hukuk sisteminde limited şirketlerin (GesmbH) bu komiteyi kurmasının zorunluluğuna ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme yoktur. Ancak AktG § 91' in gerekçesinde riskin erken teşhisi sisteminin diğer şirket türlerinde, şirketin büyüklüğüne ve yapısına göre uygulanabileceğini ifade etmiş ve bunu doktrine bırakmıştır³⁹. Hâkim görüşe göre limited şirketlerde yöneticilerin özen borçları (GesmbH § 43)

³⁶Bu sınıflandırmanın detayları Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımına, Niteliklerine ve Sınıflandırılmasını Hakkındaki Yönetmeliği'nin 5. Maddesinde düzenlemiştir. Detaylı bilgi için bkz.

(http://www.kosgeb.gov.tr/userfiles/file/kobi_tanimi.pdf), s.e.t. 30.03.2016.

³⁷Farklı görüş için bkz. **Eminoğlu**, Cafer, Türk Ticaret Kanununda Kurumsal Yönetim, s.331.

³⁸**Memiş/Bozbel**, TTK Madde Gerekçeleri, m.625, s.878.

³⁹**BergRegE KonTraG BT-Drucks**, 13/9712, s.15,

(<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/097/1309712.pdf>); **Mertens/Cahn**, Kölner Kommentar zum AktG Nr.17 zu §91; **Spindler/Stilz/Fleischer**, Kommentar zum AktG Nr.40 zu §91.

kapsamında şirketin büyüklüğünü de dikkate alarak bu sistemin kurulmasına karar vermesi gerekmektedir⁴⁰.

3. Diğer Şirket Türlerinde

Diğer şirket türlerinden sadece sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde riskin erken teşhisi komitesinin zorunlu olarak kurulması gündeme gelebilir. Çünkü TTK m.570'e göre anonim şirketlerin yönetim kurulunun görevleriyle sorumluluklarına ilişkin hükümleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yönetici olan komandite ortaklar hakkında da geçerlidir. Ancak mevcut düzenlemelere göre sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin halka açılma imkânları olmadığından dolayı, bu komitenin kurulmasında bir zorunluluk yoktur⁴¹. Ancak denetçinin gerekli görmesi halinde bu komitenin zorunlu olarak kurulması gerektiği kanaatindeyiz⁴².

4. Şirketler Topluluğunda

Bir veya birden fazla şirketin hâkim şirkete doğrudan ve dolaylı olarak yasada öngörülen kontrol ölçütüne veya bir sözleşmeye uygun olarak hâkim şirketle birlikte oluşturulan topluluğa “şirketler topluluğu” denir⁴³. Buna göre şirketler topluluğu bünyesinde bulunan hâkim teşebbüsün (ana şirketin) kendisi ve bağlı şirketler (yavru şirketler); anonim, limited veya sermayesi paylara bölünmüş komandit gibi şirketlerden oluşuyorsa her biri, şirket türüne göre kanundaki aranan şartları gerçekleştirmeleri halinde bu komiteyi kurmak zorundadırlar.

Burada, asıl cevaplanması gereken soru şudur: Hâkim teşebbüs tarafından şirketler topluluğunu kapsayacak şekilde bir komitenin kurulmalı mıdır? Alman hukuk sisteminde şirketler topluluğunun (Konzern)⁴⁴ bütününe kapsayacak nitelikte bir riskin erken teşhisi sistemi kurulmasına ilişkin açık düzenleme yoktur. Ancak AktG § 91/2' in gerekçesinde şirketler topluluğunda mali durumunu, malvarlığını ve kazançlarını etkileyecek olan gelişmelerin erken tespit edilmesi gerektiği

⁴⁰Mertens/Cahn, Kölner Kommentar zum AktG Nr.17 zu §91; Spindler/Stilz/Fleischer, Kommentar zum AktG Nr.40 zu §91.

⁴¹SerPK m.3/e'ye göre halka açık ortaklık kavramı, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıkları kapsar.

⁴²Anonim şirketlere denetime ilişkin hükümler, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler içinde geçerlidir (TTK m.565/2).

⁴³Pulaşlı, s.159.

⁴⁴Alman hukuk sisteminde şirketler topluluğu ülkemizden farklı olarak ticari işletme esasına göre kurulur. Detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, s.161.

ifade edilmiştir⁴⁵. Doktrin sözleşmeye dayalı şirketler topluluğunda (Vertragskonzern) ana işletmenin yavru işletmeler üzerinde sözleşmeden kaynaklanan talimat verme ve gözetleme yükümlülüğü olduğundan hareketle riskin erken teşhisi sisteminin zorunlu olarak kurulması gerektiğini kabul etmiştir⁴⁶. Ancak bu görüş, bunun hukuki dayanağı olarak AktG § 91/2'yi değil, AktG § 309'uncu maddesini göstermiştir. Fiili şirketler topluluğunda (faktische Konzern) ise ana işletmenin yavru işletmelerden doğrudan bilgi alması sınırlıdır. Bu sebeple ana işletmenin yavru işletmeleri kontrol sistemine dâhil etmeleri gerekir. Aksi takdirde ana işletmenin bağlı işletmeler hakkında sadece kamuya duyurulan bilgilerle yetinmesi gerekir. Bu sebeple şirketler topluluğunu kapsayacak bir riskin erken teşhisi sistemi kurulmasında bir zorunluluk söz konusu değildir⁴⁷.

Kanunumuzdaki şirket topluluğu Alman hukuk sisteminden farklı olarak ticari işletme değil, şirketler esas alınarak hazırlanmıştır. Ayrıca hukuk sistemimizde belirleyici unsur olarak kontrol sistemi esas alınmakla birlikte hâkimiyet ve tek elden yönetim ilkesinin de yansımaları görülmektedir⁴⁸. Doğal olarak hâkim teşebbüs ile bağlı şirket arasında daha sıkı bağlılık ilişki vardır. Örneğin TTK m.199/4'e göre hâkim şirketin yönetim kurulu üyeleri bağlı şirketler hakkında bilgi alma hakkı düzenlenmiştir. Netice olarak bağlı şirketteki önemli gelişmeler hâkim teşebbüsün varlığını, gelişmesini ve devamlılığını etkileyecektir. Bağlı şirketlerden gelebilecek tehlikelerin önceden tespit edilmesi hâkim teşebbüs için önem arz etmektedir. Bu sebeple hâkim teşebbüsün şirket topluluğunu (hem sözleşmeye dayalı hem de fiili şirketler topluluğunu) kapsayacak şekilde riskin erken teşhisi komitesi kurmasının gerektiği kanaatindeyiz.

⁴⁵ BergRegE, e, BT-Drucks, 13/9712, S.15.

⁴⁶ **Krieger/Sailer-Coceani**, Kommentar zum AktG Nr.10 zu §91; **Spindler/Stilz/Fleischer**, Kommentar zum AktG Nr.38 zu §91; **Bürgers/Israel**, in **Bürgers/Körber**, Kommentar zum AktG Nr.41 zu §91; **Kort**, Großkommentar AktG Nr.40 zu §91; **Spindler**, in **Goette./Habersack/Kalss**, Müncher Kommentar zum AktG Nr.40 zu §9.

⁴⁷ **Müller-Michaels**, in **Hölter** Kommentar zum AktG, Nr.8 zu §91; **Spindler**, in **Goette./Habersack/Kalss**, in MünchKomm zum AktG, Nr.40,41 zu §91; **Kort**, Großkommentar AktG Nr.40vd zu § 91.

⁴⁸ **Memiş/Bozbel**, Karşılaştırmalı, Gerekçeli, İçtihatlı ve Kavram İndeksli 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Cilt I, s.360; **Pulaşlı**, s.160; **Karahan/Arslan**, Şirketler Hukuku, s.130 vd.

5. Özel Şirket Türlerinde

Banka, sigorta, finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri anonim şirket şeklinde faaliyette bulunan ve kendilerine ait özel kanunları bulunan şirketlerdir. Bu şirketler göstermiş oldukları faaliyetler nedeniyle sürekli “risk” kavramıyla karşı karşıya olduklarından kendi kanunlarında risk yönetimi özel olarak düzenlenmiştir.

Bankacılık Kanunu (BankK) m.29’a göre; “Bankalar, maruz kaldıkları risklerin izlenmesi, kontrolünün sağlanması, faaliyetlerinin kapsamı ve yapısıyla uyumlu ve değişen koşullara uygun, tüm şube ve konsolidasyona tâbi ortaklıklarını kapsayan yeterli ve etkin bir iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemi kurmak ve işletmekle yükümlüdürler”⁴⁹. İlgili hukuki düzenlemelerde özel olarak riskin erken teşhisi komitesinden bahsedilmemektedir. Ancak zorunlu olan risk yönetim komitesinin görevleri arasında risklerin tespiti, ölçümü, izlenmesi ve raporlanması gibi riskin erken teşhisine yarayacak görevleri de vardır. Genel hükümler çerçevesinde ise bankanın pay senetleri borsada işlem görüyorsa, TTK m.378 gereğince riskin erken teşhisi komitesi kurması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak tarih olarak daha sonra yürürlüğe giren KYT’i, bankaları riskin erken teşhisi komitesinin kurulmasını konusunda açıkça muaf tutmuştur. Bundan dolayı payları borsada işlem gören bankalar riskin erken teşhisi komitesini kurmak zorunda değildirler. Diğer bankalar için ise denetçinin uygun görüş bildirmesi halinde bu komitenin kurulması gerekir.

Sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri de; tüm iş ve işlemlerinin, sigortacılık mevzuatı ve ilgili diğer mevzuata, şirketin iç yönergeleri ile yönetim stratejisi ve politikalarına uygunluğunun sürekli kontrol edilmesi, denetlenmesi ile hata, hile ve usulsüzlüklerin tespiti ve önlenmesi amacıyla risk yönetim sistemleri de dahil olmak üzere etkin bir iç denetim sistemi kurmak zorundadır (Sigortacılık Kanunu m.4/8)⁵⁰. İlgili kanuni düzenlemelerde “risk yönetim” sisteminden bahsedilmesine rağmen, özel

⁴⁹Bankalardaki bu iç sistemler Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik’te detaylı ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. (https://www.bddk.org.tr/websitesi/turkce/Mevzuat/Bankacilik_Kanunu/15405411_sayili_bankacilik_kanunu.pdf) ve (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120628-17.htm>), s.e.t. 04.04.2016.

⁵⁰ Bu iç sistemler, Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin İç Sistemlerine İlişkin Yönetmeliği’nde kapsamlı ve detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili yönetmelik için bkz. (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/06/20080621-7.htm>), s.e.t. 30.03.2016.

olarak riskin erken teşhisi komitesiyle ilgili herhangi bir ifade yoktur. Bu risk yönetim sisteminin, risklerin erken teşhisi fonksiyonu gören görevleri de vardır⁵¹. Genel hükümler çerçevesinde ise; bu şirketlerin pay senetleri borsada işlem görüyorsa KYT m.4.5 ve TTK m.378 gereğince yönetim kurulları, riskin erken teşhisi komitesini kurmak zorundadır. Eğer bu şirketlerin pay senetleri borsada işlem görmüyorsa, riskin erken teşhisi komitesinin kurulması, denetçinin gerekli görmesine bağlıdır. Finansal kiralama kanununa (FKK) tabi olan şirketler için de sigorta şirketlerine benzer bir sistem söz konusudur⁵². Netice itibariyle bu şirketlerin ihtiyari olarak riskin erken teşhisi komitesini kurmalarında hiçbir engel yoktur.

D. Yönetim Kurulunun Görevi ve Sorumluluğu

Yönetim kurulu üyeleri yabancı bir malvarlığı yönettikleri için görevlerini ifa ederken özen borcu kapsamında tüm dikkat ve çabalarını şirketin işleri için sarf etmekle yükümlüdürler. Bu bağlamda yönetim kurulu üyeleri, şirketin varlığını etkileyebilecek olumlu veya olumsuz tüm gelişmeleri önceden tespit etmelidir. Kanun koyucu yönetim kurulunu özellikle şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşürecek sebepleri erken teşhis etmek ve bunun için gereken gerekli önlenmeleri almak, çareleri uygulamakla yükümlü kılmıştır. Yönetim kurulu bu görevine istinaden zorunlu olarak TTK m.378 belirtilen riskin erken teşhisi komitesinin kurulmasını ve bu sistemin çalıştırılmasını ve geliştirilmesini sağlamalıdır⁵³. Bu komitenin kurulması görevi her ne kadar TTK m.378'de sayılmış olsa da, TTK 375/1-b kapsamında şirketin yönetim teşkilatının belirlenmesi konusuna girer. Bundan dolayı, bu görevin yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilmez görevlerinden

⁵¹Örneğin yönetmeliğin 23. maddede riskin yönetim sisteminin görevleri arasında “bir işleme girilmeden önce risklerin anlaşılmasını ve yeterli değerlendirmenin yapılmasını sağlama” görevi vardır.

⁵²FKK m.14'de göre bu şirketler, maruz kaldığı risklerin izlenmesi, kontrolünün sağlanması, faaliyetlerinin yapısı ve kapsamıyla uyumlu ve değişen koşullara uygun bir şekilde yeterli ve etkin bir sistem kurmak ve işletmekle yükümlüdür.

⁵³Alman hukuk sisteminde ise bu görev tüm yönetim kuruluna üyelerine tümüne aittir. Eğer yönetim kurulu üyeleri arasında bir görev paylaşımı olsa bile, diğer yönetim kurulu diğerleri bu madde kapsamında sorumluluktan kurtulamaz. **Hüffer/Koch**, Kommentar zum AktG Nr.3 zu §91.

kabul etmek gerekir⁵⁴. Kaldı ki, limited şirketlerde bu görev, müdürlerin devredilemez yetkileri arasında sayılmaktadır.

Komitenin yetki alanın giren görevlerde ise TTK m.367'deki gibi bir yetki devri söz konusu değildir. Bilakis komite, yönetim kuruluna daha dikkatli karar alabilmesi için yardım eder ve aralarında bir işbölümü ilişkisi vardır⁵⁵. Bu sebeple komite tarafından kullanılan yetkilerden dolayı sorumluluk da yönetim kuruluna aittir⁵⁶. Limited şirkette ise bu görev müdürlere aittir.

E. Komitenin Oluşumu ve Çalışma Esasları

Riskin erken teşhisi komitesinin oluşumu ve çalışma esasları hakkında TTK m.378'de herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak maddenin gerekçesine göre riskin erken teşhisi ve yönetimi komitesi bazı yönetim kurulu üyelerinin görevlendirilmeleri suretiyle kurulabileceği gibi, bu komitenin tamamen üçüncü kişilerden de oluşabileceği belirtilmiştir⁵⁷. Netice olarak yönetim kurulu bu komitenin görev alanını, çalışma esaslarını ve hangi üyelerden oluşacağını belirleyecektir.

Payları borsada işlem gören şirketler için komitelerin oluşumu ve çalışma esasları hakkında KYT'nin 4.5.2 ve devamında bazı özel hükümler öngörülmüştür. Buna göre komitenin en az iki üyeden oluşması gerekir. İki üyeden oluşması halinde her ikisinin, ikiden fazla üyesinin bulunması halinde üyelerin çoğunluğunun, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinden oluşması zorunludur. Komitelerin başkanları, bağımsız yönetim kurulu üyeleri arasından seçilir. İcra başkanı/genel müdür komitelerde görev alamaz. Bir yönetim kurulu üyesinin birden fazla komitede görev almamasına özen gösterilir. TTK m.378'in gerekçesinde riskin erken teşhisi ve yönetimi komitesinin aynı zamanda bir iç denetim fonksiyonu olduğu için komitenin tüm

⁵⁴Aynı görüş için bkz. **Demir**, Erdal H., Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri, s.135.

⁵⁵**Pulaşlı**, s.437; **Doğan**, Beşir F., Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, s. 77; **Karahan/Arslan**, s.401.

⁵⁶**Doğan**, s.79; **Demir**, s.139.

⁵⁷Komitenin yönetim kurulu üyelerinden meydana gelmesi veya bu üyelerinden bir kaçının da komitede bulunması halinde Amerika Birleşik Devletleri'nde geçerli olan board sisteminde executive/non-executive üye ayırımına benzer bir durum ortaya çıkabilir. **Memiş/Bozbel**, TTK Madde Gerekçeleri, m.378, s.553.

üyelerinin bağımsız ve uzman olması halinde komitenin daha verimli çalışacağı kanaatindeyiz⁵⁸.

Komitelerin görevlerini yerine getirmeleri için gereken her türlü kaynak ve destek yönetim kurulu tarafından sağlanır. Komiteler, gerekli gördükleri kişiyi toplantılarına davet edebilir ve görüşlerini alabilir. Komiteler, faaliyetleriyle ilgili olarak ihtiyaç gördükleri konularda bağımsız uzman görüşlerinden yararlanır.

F. Komitenin Görevleri

1. Genel Olarak

Mevcut hukuki düzenlemelerin kaleme alınış tarzı nedeniyle bu komitenin görevlerinin kapsamı tartışmaya açıktır. Bu komitenin asli görevi; şirketin varlığını, gelişmesini ve sürekliliğini tehdit edebilecek nitelikte olan risklerin erken teşhisidir. Bu görev, risklerin erken teşhisi için gerekli önlemleri belirlemek ve bu önlemlerin uygulanmasını da kapsamaktadır.

Komitenin görev alanına risk yönetiminin girip girmediği tartışmaya müsaittir. Risklerin erken teşhisi ile risk yönetimi birbirinden farklıdır⁵⁹. Risklerin erken teşhisi, şirketlerin varlığını etkileyecek olan, ama henüz mevcut olmayan olumsuz gelişmelerin tespit çalışmalarını ifade eder. Buna karşın risk yönetimi ise şirketlerin karşılaştığı mevcut risklerle mücadele edilmesine yönelik önlem ve politikaların belirlenmesini ifade eder⁶⁰. İlgili maddelerin başlıklarına bakıldığında komitenin görev alanına risk yönetiminin de girmiş gibi anlaşılmaktadır. Örneğin TTK m.378'de "riskin erken teşhisi ve yönetimi", TTK m.625/1-e bendinde "riskin erken teşhisi ve yönetimi komitesi" kavramları kullanılmıştır. Bu kavramlardan "riskin erken teşhisi ve riskin yönetimi" anlaşılabilirliği gibi, "riskin erken teşhisi ve riskin erken teşhisinin yönetimi" de anlaşılabilirlikindedir. Bunun sebebi "yönetim" kelimesinin "ve" bağlacıyla birlikte kullanılmasıdır. TTK m.378'in madde metninde de "... **ve riskin yönetilmesi amacıyla**" ifadesi kullanılmıştır. Burada ise "**amacıyla**" kelimesi, maddenin farklı şekillerde yorumlanmasına sebep olmaktadır. Bu ifadeden "riski yönetmek" anlaşılabilirliği gibi "risk yönetimine yardımcı olmak için" de

⁵⁸ Aynı yönde görüş için bkz. **Demir**, s. 137; **Memiş/Bozbel**, TTK Madde Gerekçeleri, m.378, s.553.

⁵⁹ **Tekinalp**, Nr.12-33, s.240.

⁶⁰ Benzer görüş için bkz. **Tekinalp**, Nr.12-44, s.245.

anlaşılabilir. KYT m.4.5.12’de ise “... risklerin erken teşhisi, tespit edilen risklerle ilgili gerekli önlemlerin alınması ve **riskin yönetilmesi amacıyla çalışmalar yapmakla sorumlu olup...**” cümlesi kullanılarak daha net ifade edilmiştir. Yani komitenin asli görevi risk yönetimi olmadığı, bilakis risk yönetimine yardımcı olmak olduğu anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere kanuni düzenlemelerdeki bu kavramlara farklı manalar yüklemeye müsaittir. Bunun sebebi ise kanunumuzun genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi; riskin yönetiminin uygulama ve öğreti tarafından bilinen, ancak kanunda henüz yerini bulmamış bir kavram ve uzmanlık gerektiren bir konu olmasıdır⁶¹. Netice olarak yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde bu komite, öncelikle şirketi tehdit eden risklerin erken teşhis edilmesini sağlamakla yükümlüdür ve sadece bu konuya odaklanmalıdır. Risk yönetimi görevi ise komitenin değil, yönetim kurulunun şirketin üst düzeyde yönetimini ilgilendiren asli bir görevi olduğu kanaatindeyiz (TTK 375/1-a)⁶². Komite risk yönetimi hususunda sadece yönetim kuruluna yardımcı olmak amacıyla hareket edecektir. Bu komitenin görevlerine riskin yönetimini de dâhil edilerek geniş görev tanımlaması yapılması, bu komitenin görevini ağırlaştıracaktır.

Alman hukuk sisteminde ise yukarıda açıkladığımız bu iki görev arasındaki fark net bir şekilde çizilmiştir. Alman AktG § 91/2’de belirtilen kontrol sistemi, işletme bilimi uzmanlarının aksine genel nitelikli bir risk yönetim sisteminin kurulmasını değil, sadece şirketin varlığını etkileyen olumsuz gelişmelerin tespit edilmesi için bir “Risk Yönetim Sistemi”nin kurulmasını öngörmüştür⁶³. Ancak şirketin faaliyet alanı, büyüklüğü gibi özellikler dikkate alınarak, gerekli görüldüğü durumlarda yönetim kurulunca genel görev ve sorumluluk kuralları çerçevesinde kapsamlı bir risk yönetim sisteminin kurulabileceği kabul edilmiştir.

⁶¹ **Memiş/Bozbel**, TTK Genel Gereğçeler Nr. 127, s.44.

⁶² Farklı görüş için bkz. **Tekinalp**, Nr.12-44, s.245.

⁶³ **Mertens/Cahn**, Kölner Kommentar zum AktG Nr.14 zu §91; **Spindler**, in **Goette./Habersack/Kalss**, Müncher Kommentar zum AktG Nr.16 zu §91; **Spindler/Stilz/Fleischer**, Kommentar zum AktG Nr.34ff zu §91; **Kort**, Großkommentar AktG Nr.22a zu §91; **Hüffer/Koch**, Kommentar zum AktG Nr.9 zu §91; **Seibert**, Ulrich, Die Entstehung des §91 Abs.2 AktG im KonTraG-“Riskomangement oder Frühwarnsystem”, in FS Gerold Bezenberger, 2000, s.427.

2. Risklerin Erken Teşhisi Görevi

a. Genel Olarak

Komitenin asli görevi şirketin varlığını, gelişmesini ve sürekliliğini tehdit edebilecek muhtemel risklerin erken teşhisi faaliyetleridir. Erken teşhis faaliyetleri kapsamına hangi faaliyetlerin olduğu Denetçi Raporuna İlişkin Esaslar'ının 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre riskin erken teşhisi faaliyetleri şunlardır:

- Riskin teşhisi, analiz edilmesi, bildirilmesi;
- Riskin erken saptanması sistemi çerçevesinde gerekli görev ve sorumlulukların dağıtılması;
- Riskin erken saptanması komitesinin raporlama faaliyetleri.

Denetçiler yönetim kurulunun bu görevlerini yerine getirip getirmediğini denetleyecek ve rapor tutacaklardır.

b. Risklerin Erken Teşhisi

Komitenin asli görevi yukarıda ifade edilen risklerden sadece şirketin varlığını, gelişmesini ve sürekliliğini tehdit edebilecek nitelikte olan risklerin erken teşhisidir. Alman hukuk sisteminde ise şirketin varlığını tehdit eden gelişmeleri ifade ederken “*den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen*” kavramı kullanmıştır. “*Fortbestand*” kelimesi şirketin varlığını ve devamlılığını ifade eden geniş bir kavramdır. Kanunun gerekçesinde şirketin malvarlığını, mali ve hasılat durumunu etkileyen gelişmelerin, şirketin varlığını tehdit eden gelişmelere örnek göstermiştir. Somut olarak da; şirketin riskli işlemleri, vadeli işlemleri, kanun hükümlerine aykırı davranışları ve muhasebenin usulüne uygun tutulması örnek gösterilmiştir⁶⁴. Bir görüş bu tür olumsuz gelişmelerin sadece mevcut olmasını, şirketin varlığını tehdit etmeye yeterli görmüştür⁶⁵. Hâkim olan diğer görüşe göre ise, bu gelişmeler ancak şirketin iflas etmesine sebep olacaksa veya iflas etme riskini artıracak nitelikte ise önemlidir ve bir tehdit olarak algılanabilir. Çünkü kanun koyucu “*şirketin varlığını*” (*fortbestand der Gesellschaft*) tehdit eden gelişmeleri açıkça ifade etmiştir⁶⁶. Bu sebeple tüm olumsuz gelişmelerin

⁶⁴ BergRegE, e, BT-Drucks, 13/9712, s.15.

⁶⁵ Hüffer/Koch, Kommentar zum AktG Nr.6 zu §91; Spindler/Stilz/Fleischer, Kommentar zum AktG Nr.32 zu §91.

⁶⁶ Spindler/Stilz/Fleischer, Kommentar zum AktG Nr.32 zu §91; Mertens/Cahn, Kölner Kommentar zum AktG Nr.23 zu §91; Krieger/Sailer-Coceani, Kommentar zum AktG

değil, sadece şirketin iflasına sebep olacak nitelikte olanların erken tespit edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ülkemizde de bu şekilde bir yorum yapılmasına, yani sadece şirketin sona ermesine veya iflas etmesine sebep olacak nitelikteki risklerin erken teşhis edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak TTK m.378’de açıkça belirtildiği üzere bu risk grubunun yanı sıra şirketin gelişmesini engelleyen (karlılık oranını etkilemesi) veya şirketin geçici olarak faaliyetlerine engel olacak nitelikteki (grev gibi) şirketin sürekliliğini etkileyen risklerin de erken teşhis edilmesi gerekmektedir.

“Erken teşhis” kavramı göreceli bir kavram olup somut risklerin türüne, şirketin yapısı göre değişecektir. Alman hukuk sisteminde yönetim kurulu tarafından alınacak tedbirlerin, risklerin meydana gelmesinden önce yani “zamanında” (rechtzeitig) tespit edebilecek nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁷ Buna göre risklerin, şirketin varlığını tehdit edecek potansiyeli varsa tespit edilmelidir⁶⁸. TTK’nın gerekçesinde benzer ifadeler kullanarak risklerin erken teşhisi; yönetim kurulunu ve genel kurulu devamlı uyanıklık (teyakkuz) altında tutacak, gereğinde organlarca derhal etkili önlemlerin alınmasını sağlayacak şekilde kurulması gerektiği vurgulanmıştır⁶⁹. Denetçi Raporuna İlişkin Esaslar’ın 8. maddesinde risklerin zamanında teşhisi, analizi ve ilgili birimlere bildirimlerin (komite tarafından yönetim kuruluna yapılan raporlamalar dâhil) yönetimin bu risklere uygun bir karşılık vermesine imkân sağlayacak şekilde zamanında yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Yani komitenin yaptığı çalışmalar sonucunda yönetim kurulu bu risklere uygun bir karşılık vermesine imkân sağlıyorsa risk, erken teşhis edilmiş olacaktır. Yönetim kuruluna yapılan bildirimden sonra riskle mücadele için artık çok geç kalınmış ise yapılan teşhis, erken teşhis olmayacaktır.

c. Risklerin Analiz Edilmesi, Raporlanması ve Bildirilmesi

Şirket içi yapılan çalışmalar sonucunda öncelikle muhtemel risklerin değerlendirilmesi yapılarak tanımlanması gerekmektedir. Bu bağlamda risklerin gerçekleşme olasılığı ve zarar miktarı hakkında bir değerlendirme yapılarak risklerin şirketin varlığına, gelişmesine ve

Nr.9 zu §91; **Müller-Michaels**, in Hölter Kommentar zum AktG, Nr.6 zu §91; **Bürgers/Israel**, in **Bürgers/Körber**, Kommentar zum AktG Nr.9 zu §91.

⁶⁷BergRegE, e, BT-Drucks, 13/9712, s.15; **Krieger/Sailer-Coceani**, Kommentar zum AktG Nr.11 zu § 91.

⁶⁸ **Kort**, Großkommentar AktG Nr.45 zu §91.

⁶⁹ **Memiş/Bozbel**, TTK Madde Gereççeleri, m.378, s.553.

devamına etki edecek nitelikte olup olmadığı tespit edilmelidir. Şirketi tehdit eden risklerin gerçekleşme olasılıklarına göre kategorilere ayrılabilir.

Komite yönetim kuruluna yaptığı analizler sonucunda tespit edilen muhtemel riskler hakkında iki ayda bir vereceği raporda durum değerlendirilmesi yapmak zorundadır (TTK m.378/2). Payları borsada işlem görmeyen şirketlerde ise bu komite ilk raporunu kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verir (TTK m.378). Bu raporlar ayrıca denetçiye de yollanır. Komite, riskler hakkında tutulan raporda varsa tehlikelere de işaret eder. Örneğin edimlerde veya ödemelerde gecikmeler, muhtemel zararlar, kâr kaybı veya sözleşmelerin fesih edilme ihtimalleri gibi kapsamlı komitenin amacına uygun değerlendirme yapılmalıdır. Ayrıca bu raporlarda, risklerin yönetimi için gerekli olan çareleri gösterir. Bu sayede bir sonraki aşama olan risklerin yönetiminde kolaylık sağlayacaktır. Bu çareler riskleri ortadan kaldıracak, transfer edilmesi, dengelenmesi veya riskin gerçekleşme ihtimalini azaltacak nitelikte olması gerekmektedir. Hatta ileride bu risklerin tekrar meydana gelmesini önleyici tedbirler de belirtilmelidir. Yapılan bildirim sonrasında riskler ve çareler hakkında gerçek bir değerlendirmeyi, yani tespit edilen risklerin şirketin varlığını, gelişmesini ve devam etmesini tehdit edip etmediğine dair değerlendirmeyi yönetim kurulu yapacaktır.

3. Gerekli Önlemlerin Alınması ve Uygulanması

Komite, TTK m.378 göre riskin erken teşhis etmek için gerekli tedbirler ne ise onu almalı ve bunları uygulamak zorundadır. Yani bahsi geçen tedbirler risklerle mücadele için gerekli olan çareler değildir. Alınacak tedbirler hususunda komite şirketin büyüklüğünü ve faaliyet alanını göz önünde bulundurması gerekir. Bu çerçevede öncelikli olarak çalışanların riskler hakkında bilinçlendirilmesi, çalışanlar arasında görev ve sorumluluk dağıtımı yapılabilir. Örneğin şirketteki her bölümünden, kendi bölümleri ile ilgili riskleri tespit etmesi istenebilir. Sonuç olarak komite tarafından alınan tedbirler, risklerin meydana gelmesinden önce uygun bir zamanda bunları tespit edebilecek nitelikte olmalıdır.

Alman hukuk sisteminde risklerin tespiti için hangi tedbirlerin alınması gerektiği hususu yönetim kurulunun takdir yetkisine bırakılmıştır⁷⁰. Yönetim kurulu şirketin büyüklüğüne, yapısına, faaliyet

⁷⁰ **Spindler**, in Goette./Habersack/Kalss, MünchKomm. zum AktG Nr.24zu §91.

alanına, büyüklüğüne, organizasyonuna, çalışanlarına ve faaliyet gösterdiği pazarın şartlarına göre elverişli tedbirler (geeignete Maßnahme) alacaktır⁷¹. Elverişli bir sistemden kast edilen; alınan tedbirlerin sayesinde yönetim kurulunun, şirketi tehdit eden gelişmeler hakkında zamanında bilgi sahibi olmasıdır. Bu açıdan yapılan riskin değerlendirilmesi ve bilginin diğer ilgili kişilere iletilmesi için açık ve net değerlendirmeler olmalıdır ki, buna göre yönetim kurulu gerekli önlemleri zamanında alabilsin. Elverişli tedbir olarak iç denetim ve kontrol sisteminin (Interne Revision und Controlling) kurulmasını örnek gösterilmiştir⁷². Başka bir örnek olarak şirketin ödeme gücüne düşme riski var ise, bir tasfiye planının hazırlanması elverişli bir tedbir olarak gösterilebilir. Ancak hangi tedbir alınırsa alınsın bunun yazılı olarak tutanak altına alınması gerekmektedir⁷³.

G. DENETİM

Kanun riskin erken teşhisine önem verdiği için, bu konuda denetçileri de TTK m.398/4' te özel olarak görevlendirmiştir. Buna göre; denetçi, yönetim kurulunun şirketi tehdit eden veya edebilecek nitelikteki riskleri zamanında teşhis edebilmek ve risk yönetimini gerçekleştirebilmek için TTK m.378'inci maddede öngörülen sistemi ve yetkili komiteyi kurup kurmadığını, böyle bir sistem varsa bunun yapısı ile komitenin uygulamalarını açıklayan, ayrı bir rapor düzenleyerek, denetim raporuyla birlikte, yönetim kuruluna sunar. Denetçi, söz konusu sistem ve komitenin anılan madde çerçevesinde işleyip işlemediği hakkında bir yeterlilik denetimi yapmaktır. Ancak riskin erken teşhisi komitesi tarafından risklere karşı gösterilen çarelerin yerindeliği ve riskler karşısında yönetim tarafından yapılan uygulamalar denetimin kapsamında değildir (Denetçinin Raporlarına İlişkin Esaslar m.3).

Denetçi ilk olarak açık bir biçimde yanlış olmadıkça risk tespiti faaliyetlerine ilişkin şirket tarafından hazırlanan kayıtlara dayanarak söz konusu faaliyetleri belirler (Denetçinin Raporlarına İlişkin Esaslar m.7). Bu kapsamda, şirketin varlığını, gelişmesini ve sürekliliğini tehdit edebilecek muhtemel risklerin zamanında teşhisi, analizi ve ilgili birimlere bildirimlerin yönetimin bu risklere uygun bir karşılık vermesine

⁷¹BergRegE, e, BT-Drucks, 13/9712, s.15; **Krieger/Sailer-Coceani**, Kommentar zum AktG Nr.12 zu §91; **Kort**, Großkommentar AktG Nr.46vd zu §91.

⁷²**Spindler**, in **Goette./Habersack/Kalss**, MünchKomm. zum AktG Nr.25 zu § 91.

⁷³LG München I, NZG 2008, s.319; VG Frankfurt a. M. AG 2005, s.264 vd.

imkân sağlayacak şekilde zamanında yapılıp yapılmadığı belirlenir. Ayrıca denetçi; komitenin, risk saptama faaliyetlerine uygunluğu sağlamaya yönelik izleme fonksiyonunu icra edip etmediğini de değerlendirir. Denetçi bu değerlendirme çerçevesinde öncelikle, finansal tabloların bağımsız denetimi ve yaptığı bu denetim sırasında edindiği bilgilere dayanarak farkına vardığı önemli risklerin sistem tarafından teşhis edilip edilmediğini dikkate alır. Değerlendirme aynı zamanda, teşhis edilmiş risklerle bunlara karşılık olarak önerilen çarelerin komite tarafından zamanında raporlanıp raporlanmadığını da içerir. Şirket tarafından gerçekleştirilen risk saptama faaliyetleri, denetlenen yıl boyunca sürekli olarak uygulanıp uygulanmadıkları açısından incelenir (Denetçinin Raporlarına İlişkin Esaslar m.8).

Denetçi TTK m.402/6'ya göre sistemin şirketin varlığını, gelişmesini ve sürekliliğini tehdit edebilecek gelişmeleri önceden saptamak için yeterli olup olmadığını değerlendirir ve -varsa- yetersiz gördüğü hususlara raporunda yer verir. Denetçi, sistemin iyileştirilmesine yönelik somut önerilere raporunda yer verebilir. Denetlenen şirket tarafından sisteme ilişkin belgelendirmenin yapılmaması durumunda bu husus da raporda ifade edilir(Denetçinin Raporlarına İlişkin Esaslar m.10/2).

III. SONUÇ

Sermaye şirketlerinin piyasadaki öneminden dolayı, şirket yöneticileri şirketin varlığını tehdit eden risklere karşı daha duyarlı olması gerekmektedir. TTK m.378 ve 625/1-e' de kurulması öngörülen riskin erken teşhisi komitesi ve sistemi bu risklerin önlenmesinde ve bunlarla mücadele edilmesinde önemli bir adım olmuştur. Ancak bu düzenlenmelerin kaleme alınış şekline göre bazı konular tartışmaya açıktır. Öncelikle komitenin görev alanının sınırlarının net bir şekilde belirlenmesi gerekir. Yukarıda izah ettiğimiz gibi komitenin, sadece risklerin erken teşhis edilmesine odaklanması gerekmektedir. Bunun dışında komiteye yüklenen görevler, komitenin asıl görevine tam yoğunlaşamamasına sebep olabilir.

Ayrıca pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için konuyla ilgili hem KYT m.4.5'te hem de TTK m.378'de düzenleme yapılmıştır. KYT daha özel bir düzenleme olduğu için, TTK'daki

hükümden pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler dâhil etmeden tekrar düzenlenmesi daha doğru olacaktır.

Diğer bir husus ise pay senetleri borsada işlem görmeyen anonim şirketlerde bu komitenin kurulmasının denetçinin uygun bulmasına bağlanmasıdır. Bu durumda sadece bağımsız denetime tabi sınırlı sayıdaki anonim şirketlerde bu komitenin zorunlu olarak kurulması gerekir. Kanunumuzun mevcut durumunda bağımsız denetim dışında kalan şirketlerin denetimi hususu, halen belirsizliğini korumaktadır. Sonuç olarak ilgili başlıklar altında izah ettiğimiz gibi bu komite denetçiler devreye girmeden istisnasız tüm anonim şirketlerde zorunlu olarak kurulması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Balıkçı, Yalçın,** İşletmelerde Risk Yönetimi, Cinius Yayınları, 2009.
- Bihr, Dietrich/Kalinowsky, Marc,** Risikofrüherkennungssystem bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften-Haftungsfälle für Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer, DStR, 2008, s.620-627.
- Bilgili, Fatih,** Şirketler Hukuku, 9.Basım, 2013.
- Böckli, Peter,** Schweizer Aktienrecht, 2009.
- Bürgers, Tobias/Körber, Torsten,** Kommentar zum AktG, 3. Auflage, 2014 (Bürgers, Tobias/Israel, Alexander, Bearbeiter von § 91).
- Çeker, Mustafa,** Ticaret Hukuku, 2.Baskı,2015.
- Demir, Erdal H.,** Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki, Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri, 1. Baskı-İstanbul 2013.
- Doğan, Beşir F.,** Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2.Baskı, 2011.
- Dreher, Meinrad,** Die Vorstandsverantwortung im Geflecht von Risikomanagement, Compliance und interner Revision, in Festschrift für Uwe Hüffer, 2010, s.161-178.
- Eminoğlu, Cafer,** Türk Ticaret Kanununda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), 12 Levha, 2014.
- Hirte, Heribert/Mülbart, Peter O./Roth, Markus,** Großkommentar, 5. Auflage, 2014 (Michael Kort, Bearbeiter von § 91).
- Hölter, Wolfgang,** Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, 2014 (Müller-Michaels, Bearbeiter von § 91).
- Hüffer, Uwe/Koch, Jens,** Becksche kurz-Kommentar zum AktG, 10. Auflage, 2014.
- Kara, Suat,** İç Denetimde Risk yönetimi, Doktora Tezi, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), 2011.
- Karahan, Sami(Edit),** (Bölüm Yazarı, **Arslan, İbrahim**) Şirketler Hukuku, 2. Baskı, 2013.

- Lück**, Wolfgang, Betriebwirtschaftliche Aspekte der Einrichtung eines Risikomanagementsystem und eines Überwachungssystem, in Menold, Dieter/Pflitzer, Norbert/Oser, Peter, Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und der Prüfung, 2. Auflage, 2003, s.329-366.
- Memiş**, Tekin/**Bozbel**, Savaş, Karşılaştırmalı, Gerekçeli, İçtihatlı ve Kavram İndeksli 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Cilt I, 2013.
- Memiş**, Tekin/**Turan**, Gökçen: Sermaye Piyasası Hukuku, 1.Baskı, 2015.
- Mertens** Hans-Joachim, /**Cahn**, Andreas, Kölner Kommentar zum AktG, 3.Auflage, Band 2/1, 2010.
- Preußner**, Joachim/Becker, Florian, Ausgestaltung von Risikomanagementsystemen durch die Geschäftsleitung - Zur Konkretisierung einer haftungsrelevanten Organisationpflicht, NZG 2002, s.846-851.
- Pulaşlı**, Hasan, Yeni Şirketler Hukuk Genel Esaslar, Güncellenmiş 4. Baskı, Adalet, 2016.
- Pulaşlı**, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarı'sına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, Baitder, Cilt XXIV, Sayı:1, Mart 2009, s.27-63.
- Schmidt**, Karsten./Luther, Marcus, Kommentar zum AktG, 3. neu bearbeitete Auflage, 2015 (Krieger/Sailer-Coceani, Bearbeiter von § 91).
- Schmidt**, M./**Stebler**, W., Risikobasiertes internes Kontrollsystem. Risikoidentifikation von grundlegender Bedeutung, in: Schweizer Treuhänder (ST) 81/ 2007, s.642-646.
- Seibert**, Ulrich, Die Entstehung des §91 Abs.2 AktG im KonTraG- "Riskomangement oder Frühwarnsystem", in FS Gerold Bezenberger, 2000, s.427-439.
- Spindler**, Gerald/Stilz, Eberhard/**Fleischer**, Kommentar zum Aktiengesetz, Band I, 3.Auflage, 2015.
- Staub**, Leo, Überlegungen zur Erfassung und Steuerung rechtlicher Risiken im Unternehmen, CCZ, 2009, s.121-132.
- Şener**, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı, 2.Bası, Ankara 2015.
- Tekinalp**, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, 2015.
- Wulf**, Goette/ **Habersack** M./**Kalss**, Susanne, Münchener Kommentar zum AktG, Band II, 3. Auflage, 2008 (Spindler, Bearbeiter von § 91).
- Wolf**, Klaus/**Runzheimer**, Bodo, Risikomanagement und KonTraG, 4. Auflage, 2003.
- Zimmer/Sonnerborn** in **Lange**, Knut Werner/**Wall**, Friederike/**Kindler**, Peter/**Pahlke**, Anne-Kahrin, Risikomanagement nach dem KonTraG, 2001.

İnternet Adresleri

- http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/_91.html, s.e.t. 30.03.2016
- http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_317.html, s.e.t. 30.03.2016
- http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_321.html, s.e.t. 30.03.2016
- http://www.kosgeb.gov.tr/userfiles/file/kobi_tanimi.pdf, s.e.t. 30.03.2016

https://www.bddk.org.tr/websitesi/turkce/Mevzuat/Bankacilik_Kanunu/15405411_sayili_bankacilik_kanunu.pdf, s.e.t. 04.04.2016.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120628-17.htm>, s.e.t. 04.04.2016.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/06/20080621-7.htm>, s.e.t. 30.03.2016.

<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/097/1309712.pdf>, (BergRegE KonTraG BT-Drucks, 13/9712)

KISALTMALAR

AktG: Aktiengesetz

Bkz.: Bakınız

HGB: HAndelsgesetzbuch

KYT: Kurumsal Yönetim Tebliği

Nr.: Paragraf Numarası

OG: Obligationengesetz

s. sayfa

s.e.t.: Siteye erişim tarihi

SerPK: Sermaye Piyasa Kanunu

TTK: Ticaret Kanunu

vd.: ve devamı

İSTATİSTİKİ VERİLERLE ULUSAL BASINDA KADINA KARŞI ŞİDDET

Ayhan UÇAR*

ÖZET

Kadına karşı şiddet, günümüzde giderek artan bir oranda gündemi işgal etmeye başlamış ve artık insan hakları bağlamında sözü edilen temel bir kavram haline gelmiştir. Ulusal ve uluslararası belgelerdeki kadına yönelik şiddet tanımları incelendiğinde, yapılan tanımların şiddetin sadece fiziksel boyutunu değil, aynı zamanda psikolojik, cinsel ve ekonomik olmak üzere farklı türlerini de kapsadığı görülmektedir. Bu çalışmada da kadına yönelik şiddet, yapılan uluslararası antlaşmaların içeriğinin irdelenmesi, iç hukuka nasıl yansıtıldığına incelenmesinin yanında istatistiki verilerle de desteklenerek sosyolojik boyutuyla beraber ele alınmıştır. Toplumun da en önemli yapı taşlarından birinin aile olduğu düşünüldüğünde, bu çalışma aile kavramının öğretilerinde nasıl ele alındığını da tahlil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kadın, Şiddet, Kadına Karşı Şiddet, Aile, Eş.

VIOLENCE AGAINST WOMEN IN NATIONAL PRESS WITH STATISTICAL DATA

ABSTRACT

Violence against women, increasingly started to come to the fore nowadays and finally became a fundamental concept within the context of human rights. When some definitions of the term of violence against women that are situated in national and international documents are examined, it is seen these definitions involve not just the physical aspect of violence, also involve psychological, sexual, economical and some other types of it. In this paper, the term of violence against women is considered with an examination of international treaties' content, transposition to domestic law and some statistical data together with its sociological aspect. When it is taken into account that family is one of the significant elements of the society, this study also analyzes how the term of family is examined in the literature.

Keywords: Woman, Violence, Violence Against Women, Family, Spouse.

* Yrd. Doç. Dr. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Tarihin bütün süreçlerinde Türk milleti sahip olduğu değerleri itibarıyla aileye ve özellikle de kadına çok büyük önem vermiş ancak toplumsal yaşamda bu değer özellikle 21. yüzyılın ilk çeyreğinde kadınlarımıza bire bir karşılık olarak yansımamıştır. Günümüzde kadın insan hakları ve kadına karşı şiddet, aile içi şiddet ulusal ve uluslararası alanda bütün ülkelerin en önemli sorunlarından birisini oluşturmaktadır. Sorunun ve çözümünün siyasi, sosyal, ekonomik, kültürel, coğrafi ve eğitsel birçok boyutu bulunmaktadır. Kökeninde başta kadına karşı bakış açısı kaynaklı olmak üzere, yasal düzenlemelerdeki eksiklik ve yetersizlikler ülkemizde¹ ve dünyada birçok kadının şiddet görmesine sebep olmaktadır². Bu şiddet ne yazık ki sadece kadınla sınırlı kalmamakta, diğer aile bireylerine de doğrudan veya dolayısıyla yansımakta, aile içerisinde yaşayan diğer bireyler ve özellikle de çocuklar bu şiddetten büyük zararlar görmektedirler³. Yapılan araştırmalar

¹ Ailenin korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana geçen 1,5 yıllık sürede 128 kadın eşi tarafından öldürüldü. 92 erkek de şiddet olaylarında hayatını kaybetti. 2013' ün ilk yedi ayında 43 bin aile içi şiddet vakası yaşandı. Mağdurların çok büyük bir bölümünü yine kadınlar oluşturdu. Çocuklar ve yaşlı ebeveynler de mağdur olarak kayıtlara geçti. Şiddet türleri arasında, darp, yaralama ve cinsel taciz ilk sırada yer aldı. '7 Ayda 43 bin Aile İçi Şiddet', Bugün Gazetesi, 30 Ağustos 2013, s.1,5.

² "Dünya genelinde kadına karşı şiddeti yansıtan çarpıcı istatistikler bulunmaktadır. Bu bağlamda Avrupa Konseyi, 16 - 44 yaş arası kadınların ölüm ve sakatlanmalarının asıl sebebinin aile içi şiddet olduğuna ve bunun kanser ya da trafik kazalarındaki ölüm ve sakatlanma oranının bir hayli önünde yer aldığına dikkati çekmiştir. BM Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörünün raporlarına göre 1999'da ABD'de aile içi şiddete uğrayanların %85'ini kadınlar oluşturmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), öldürülen kadınların yaklaşık % 70'inin faillerinin erkek partnerleri olduğunu rapor etmiştir". Bk., KOÇAK, Mustafa, Oturum Açılış Konuşma Metni, Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl:2012, C.8, S.97-98, Ekim 2012, 43. Bu konuda ileride ayrıntılı olarak bilgi verilecektir. Bk., İkinci Bölüm, III. Kadına Karşı Şiddetin Yaygınlığı, (Türkiye'de ve Dünya' da).

³ Çocuklara yönelik şiddet ülkemizde en çok çocuk istismarı şeklinde görülmekte ve yılda en az 150 bin çocuk cinsel istismara maruz kalmaktadır. Bunların yüzde 60'ı kız çocukları yüzde 40'ı ise erkek çocuklarından oluşmaktadır. Uzmanlara göre ise bu çocuk istismarının ancak %10'u adli makamlara yansımakta diğerleri karanlık altında kalmaktadır. Bu korkutucu sonuçlarla hâlihazırda Türkiye uluslararası alanda çocuk istismarı konusundaki sıralamada 3. Sırada yer almaktadır. 'Çocuk İstismarına Karşı Broşür', Haber Türk Gazetesi, 22 Aralık 2012, s. 20; Genç Hayat Vakfı'nın 49 ilköğretim okulunda yaptığı araştırma, sokaklara taşan şiddetin kaynağının ev olduğunu ortaya koydu. Araştırmaya göre 100 çocuktan 73'ü en az bir kez duygusal ya da fiziksel

neticesinde Türkiye’de her iki çocuktan birinin şiddete maruz kaldığı tespit edilmiştir. Şöyle ki; “aile içi şiddetten en fazla etkilenen kuşkusuz çocuklar olmaktadır. Ailede kim, kime uygularsa uygulasin, hangi yaşta olurlarsa olsunlar şiddetten en çok çocuklar etkilenmektedirler. Fiziksel istismar çocuğun sosyal, bilişsel, duygusal ve davranışsal gelişiminde uzun vadeli büyük hasarlar yaratmaktadır”⁴. Şiddet, bir yandan aile içinde yaşayan kadını bir yandan çocuğu ve diğer aile bireylerini, diğer yandan da aile ve toplumu vurmaktadır.

Kadına karşı şiddet olgusu dünyada ve özellikle ülkemizde, uzun yıllar özel yaşam ve aile mahremiyeti içerisinde algılanmış ve bu nedenle de gerek uluslararası gerekse ulusal düzeyde, kadının insan hakları gündemine geç girmiştir. Ulusal ve uluslararası düzeyde 1980’li yıllarda görünüm kazanan bu olgu ancak 1990’lı yıllardan sonra toplumsal bir sorun ve insan hakkı meselesi olarak görülmeye ve gündeme gelmeye başlamıştır. Kadın - erkek eşitliğinin sağlanması ve aile içi şiddetle mücadele konusunda verilen uluslararası taahhütler, kadın insan hakları konusundaki ulusal ve uluslararası alanda yaşanan gelişmeler, kadın hakları ve kadına yönelik şiddete karşı duyarlılığın artmasına ve bu alanda farklı politikaların üretilmesine vesile olmuştur.

Ailenin korunması ve kadına karşı şiddet sorununun siyasî, sosyal, ekonomik, kültürel, coğrafi ve eğitsel birçok boyutu bulunmaktadır. Ülkemiz ve dünya için bu devasa sorunun çözümü; özellikle görsel ve yazılı basın kullanılmak suretiyle eğitici ve aydınlatıcı tarzda, bilimsel olarak hazırlanmış anket ve istatistikî çalışmalarla desteklenmiş ulusal ve uluslararası uzun soluklu, kapsamlı çalışmaların yapılmasını gerektirmektedir.

Çalışmamızda hangi türde olursa olsun şiddet eylemlerinin en fazla mağduru konumunda bulunan kadın dikkate alınmak suretiyle, özellikle

şiddete maruz kalıyor. Birçok çocuk için evi ne yazık ki sığınacağı ve sevgi göreceği bir yuva olmaktan uzak. Araştırmada yer verilen rakamlara göre, çocukların % 73.4’ü en az bir kez duygusal veya fiziksel şiddet yaşıyor, % 67.9’u en bir kez duygusal, % 37’i en az bir kez fiziksel, % 25.7 ihmal edildiğini düşünüyor ve % 13.4’ü de evdeki diğer çocuklardan şiddet görüyor. İhmal edilme algısı ise erkekler de kızlardan daha yoğun olarak hissedilmekte bunun sebebi de ailelerin erkek çocuklarla duygusal ilişkilerini daha sınırlı tutmaları neticesine varılmıştır. ‘Her 100 Çocuktan 73’ü Evde Şiddet Görüyor’, Haber Türk Gazetesi, 23 Nisan 2012, s.17.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bk., “Türkiye’ de Her İki Çocuktan Biri Şiddete Maruz Kalıyor”. Hürriyet Gazetesi, 16 Haziran 2012, s. 6

aile ve kadının ulusal ve uluslararası düzenlemelerle korunmaya çalışıldığı şiddet olgusu ve kapsamı, basında yer alan konuyla ilgili haberler, resmi ve sivil kurumların çalışmalarına ilişkin istatistikî veriler ışığında aydınlatılmaya çalışılacaktır. Müteakiben, çalışmada konuyla ilgili ulusal ve uluslararası yasal düzenlemelere genel olarak değinilerek, incelememiz konuya ilişkin görüş ve önerilerimizin sunulduğu sonuç bölümüyle tamamlanacaktır.

ŞİDDET KAVRAMI - KAPSAMI VE KONUYLA İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

I. ŞİDDET - KADINA YÖNELİK ŞİDDET - EV İÇİ ŞİDDET VE KONUYLA İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR

Kadın hakları konusu, Batı dünyasındaki gelişmelere paralel olarak özellikle 19. yüzyıl ikinci yarısından itibaren Türkiye'nin gündemine gelmeye başlamıştır. Günümüzde, ev içi şiddete ve kabadayılığa maruz kalmak, toplumsal ve kültürel baskı, eğitim - öğretim imkânları ile çalışma hakkından yoksun bırakılma, iş yerinde ayrımcılık ve gelir adaletsizliği gibi konular Türkiye'de kadınların başlıca sorunlarını oluşturmaktadır. Bu sorunların en önemlisi ise şüphesiz uğranılan zararlar açısından telafisi en zor ve hatta çoğu zaman imkânsız olanı dünyada ve ülkemizde de çok yaygın olarak görülen kadına yönelik şiddettir. Bu şiddet, doğum öncesinde; erkek çocuk tercihi nedeniyle kız gebeliklerin sonlandırılması veya doğum öncesi annenin şiddete uğraması sonucunda etkilenme ile başlayıp ergenlik çağında ensestle, erişkin döneminde namus, töre adı altında işlenen cinayetlerle, evlilik içi zorla cinsel ilişkilerle, kadın ticaretine zorlanma, çalışma hayatında istismar ve sömürülme ile sürdürülmektedir⁵. Kanun koyucu, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 2. maddesinde, şiddet, kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddet⁶ şeklinde üç'lü

⁵ ÖZKARA / CAN, 'Kadına Yönelik Şiddetle İlgili Güncel Yasal Değişiklikler ve Adli Tıp', TBBD., Mart-Nisan 2012, Yıl:25, S.99, s.342; SARI, Kibar Seyhun, 'Ailenin Korunmasına Dair kanun ve Aile Mahkemeleri Bağlamında Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet', YLT., Ankara 2010, s. 3 vd.

⁶ 'Aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet, kapsam itibarıyla aynı şey değildir. Fakat kadına yönelik şiddet en fazla aile içinde yaşandığı için, aile içi şiddetin önlenmesi halinde kadına yönelik şiddetinde önenebileceği söylenebilir'. NUHOĞLU, Ayşe, 'Kadına Yönelik Şiddet', Kazancı Hukuk dergisi, Yıl: Ekim 2012, C.8, S.97 - 98, s.63.

bir ayırım yaparak bu kavramları tanımlanmaktadır. Söz konusu kavramlar, uygulandıkları alan, birey ve kapsamları bakımından birtakım farklılıklar arz etmektedir. Şöyle ki:

Şiddetin önlenmesini hedef alan kanunda ‘kadın ve erkek’ sözcükleri değil, ‘şiddet mağduru’, ‘şiddet uygulayan’ veya ‘uygulanma ihtimali bulunan’⁷ ifadeleri bulunmaktadır. Bakanlık, özellikle can güvenliği tehlikesi bulunan ve kalacak yeri olmayan şiddet mağdurlarına sunulan barınma hizmetlerinden erkeklerin de yaralanmasını amaçlamaktadır. Bu amaçla özellikle kadına yönelik şiddetin önlenmesi için uygulamaya konulan Adana ve Bursa’daki ‘Elektronik Destek Sistemi Pilot Uygulaması’ndan erkeklerde yararlanabilmektedir. Bu uygulama kapsamında Adana’da bir erkeğe panik butonu verilmiştir. Kanunla ayrıca 45 erkeğe de koruma sağlanmıştır. 23 erkeğe de pilot uygulaması sürdürülen ‘Şiddet Önleme ve İzleme Merkezi (KOZA)’ da ihtiyaç duydukları hizmetler verilmiştir⁸.

A. Şiddet Kavramı

6284 sayılı Kanununun 2, Uygulama Yönetmeliğinin ise 3.maddesinde şiddet; ‘kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketler, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışlar’ olarak tanımlanmaktadır. Sözlük anlamı itibarıyla da şiddet; sertlik, karşıt görüşte olanlara, inandırma ya da uzlaştırma yerine onlara kaba kuvvet kullanma, (duygu ya da davranış için) aşırılık anlamına gelmektedir⁹.

⁷ ‘...hukukta ihtimal üzerine hüküm kurulmaz, ancak kadın şiddete uğradıktan sonra o tedbirin uygulanması halinde beklenen faydayı vermeyecek olması nedeniyle ‘şiddete uğrama ihtimali bulunan kadınların’ kanunda sayılan tedbirlerden faydalanması yerinde bir hükümdür’. TOSUN, Kerim, ‘6284 Sayılı Yasa Hakkında inceleme’, Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl: Ekim 2012, C.8, S.97-98, s.99; Şiddete uğrama tehlikesi veya şiddet uygulama ihtimali konusunda ayrıntılı bilgi için bk., UĞUR, Hüsamettin, (Kadın), s.348 vd.

⁸ ‘Şiddet Gören 45 Erkeğe Koruma’, Vatan Gazetesi, 8 Nisan 2013, s.3.

⁹ Fiil, isim ve zarf olarak ayrıntılı şiddet tanımlamaları için bk.,

<http://www.turkcebilgi.com/sozluk/%C5%9şiddet:http://tr.superglossary.com/Anlaml%C4%B1lar/%C5%9Eiddet.html>

Uygulayıcısı her kim olursa olsun şiddet eylemleri toplumsal yaşamda, uygulayıcısı tarafından diğer bireyler üzerinde üstünlük sağlamak, hâkimiyet kurmak, muhatapları belli davranış modellerinde davranmaya zorlamak, maddi ve manevi çıkarlar elde etmek amacıyla icra edilmektedir. Bu amaca ulaşmak için de, bir takım fiziksel, psikolojik, ekonomik ya da cinsel içerikli eylemlerde bulunmaktadır. Bu tür eylemler, bütün dünyada olduğu üzere kamu ve özel hayatın her alanında örneğin, evde, iş yerinde, okulda, sokakta, araçlarda hülâsa hayatın her bir alanında; bireyin kendisine ya da bir topluluğa, bireylerin diğer bireylere (aile içi şiddet), toplulukların birbirlerine (savaşlar), bir topluluğun bireylere karşı gerçekleştirdikleri hukuka aykırı eylemlerdir¹⁰. Toplumsal yaşamda ne yazık ki şiddet eyleminin muhatabı bireyler kadar hayvanlar da olabilmektedir.

Şiddet aslında; cinnet halinin bir yansıması olarak şahsın yaşam ve beden bütünlüğü hakkına yönelmiş olan toplumsal bir sağlık sorunudur¹¹. Genel olarak algılandığı üzere şiddetin toplumsal yaşamda yalnızca ‘fiziksel zarar’ kavramı ile açıklaması doğru değildir. Zira şiddetin çok farklı boyutları da bulunabilmekte, ruhsal anlamda bireyde değişken sürelerde hatta kalıcı etkilere dahi yol açabilmektedir. Hangi biçimde ya da hangi sıklıkta yaşanır yaşınsın, ulusal ve uluslararası yapılan araştırmalardan çıkan neticelere göre dünyada ve ülkemizde toplum ve aile içerisindeki şiddet eylemlerinden en çok etkilenenler çoğunlukla kadınlar ve kız çocukları olmaktadır. Bu durumda ne yazık ki ülkemizde kadın-erkek çocuk suçlu sayısının her geçen gün artmasına vesile olmaktadır.

¹⁰ Şiddet toplumsal yaşamda fiziksel, duygusal - psikolojik, sözel, cinsel, ekonomik ve daha pek çok davranış, biçimiyle karşımıza çıkmaktadır Genel bir sınıflandırma ile kişinin kendine uyguladığı şiddet, kişiler arası şiddet (aile içi şiddet), örgütlü (organize) şiddet (savaşlar), şiddetin belirli tiplerini oluşturmaktadırlar. Bk. ATMAN, Ümit Cihan, Kadına Yönelik Şiddet; Cinsel Taciz / Irza Geçme, sted, 2003 • cilt 12 • sayı 9 • 333 : (<http://www.tb.org.tr/STED/sted0903/kadin.pdf>)

¹¹ Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) Kuruluş Sözleşmesi’nde şöyle denilmektedir: “Erişilebilir en yüksek sağlık standardına ulaşmak, herhangi bir ırk, din, siyasal görüş, ekonomik ya da toplumsal koşul ayrımı yapılmaksızın her insanın temel haklarından biridir.” Kadına yönelik şiddet dünyada en yaygın, ancak en az tanımlanmış insan hakları ihlalidir. DSÖ. 49. Dünya Sağlık Asamblesi’nde şiddetin tüm boyutları ele alındığında halk sağlığı önceliklerinden biri olduğunu kabul etmiştir. Bk. ATMAN, 333 vd.

B. Kadına Yönelik Şiddet Kavramı

Kadına yönelik şiddetin evrensel düzeyde kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Kimi insan hakları aktivistleri yoksulluk, sağlık ve eğitim hizmetlerine erişimde eşitsizlik gibi yapısal şiddet türlerini de kapsayacak tarzda geniş tabanlı bir şiddet tanımını tercih ederken; diğer bir grup, betimsel gücünü yitirmemesi amacıyla daha sınırlı bir tanımın kullanılmasını savunmuşlardır.

Bu konuda Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda, Aralık 1993'te kabul edilmiş olan Birleşmiş Milletler Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi büyük önem arz etmektedir. Söz konusu Bildirge, kadına yönelik şiddet konusunda ilk uluslararası belge olup, aynı konuda ilerleyen dönemde gerçekleştirilecek çalışmalara öncü olması bakımından çığır açıcı olarak kabul edilmektedir. Bildirge'de yer alan kadına yönelik şiddet tanımı¹², AB, Avrupa Konseyi¹³, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) gibi uluslararası kuruluşların kadına yönelik şiddet tanımlarını da doğrudan etkilemiş, uluslararası alanda kabul görmüş bir tanımdır.

6284 sayılı Kanununun 2. maddesinde, “kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışlar” kadına yönelik şiddet olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Kadına yönelik şiddet, dünya genelinde ağır

¹² Bk. Birleşmiş Milletler, 20.12.1993 T, 44 / 104 sayılı. ‘ Kadınlara Yönelik Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri’nin 1. maddesinde kadınlara yönelik şiddet: “... İster kamusal isterse özel yaşamda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel ve psikolojik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayanan bir eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi özgürlükten yoksun bırakma’ olarak tanımlanmış ve 2. maddesinde ise kadınlara karşı şiddet teşkil eden eylemlerden örnekler verilmiştir.

¹³ Avrupa Konseyi Sözleşmesinde, ‘kadına yönelik şiddet; ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik acı ve ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayalı her türlü eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma’ olarak tanımlamakta ve bir insan hakkı ihlali olarak kadınlara yönelik ayrımcılığın bir biçimi olarak görülmektedir.

¹⁴ Kanundaki her türlü tutum ve davranışın yöneldiği ‘ kadına yönelik şiddet ‘ tanımı gerek Birleşmiş Milletler Bildirisi gerekse İstanbul Sözleşmesindeki tanımlamadan çok daha geniş ve kapsayıcı mahiyettedir. Zira kanundaki tanımlamadan farklı olarak Birleşmiş Millet Bildirisindeki tanımlama ve verilen örneklerdeki şiddet tanımlaması ‘ekonomik ve sözel şiddet’ i kapsamamakta, İstanbul Sözleşmesinde ise şiddetin bir türü olarak sözel şiddete yer verilmemektedir. Bk. UĞUR, Ömer, s.346.

bir insan hakkı ihlali, ciddi bir toplumsal sorun teşkil etmektedir. Bu sorun günümüzde, kültürel, ekonomik, dini, coğrafi sınır tanımaksızın oldukça yoğun olarak varlığını sürdürmekte ve bireylerin mevcut potansiyellerinin gelişiminin önünde büyük engeller teşkil etmektedir. Şöyle ki; dünyada her üç kadından biri hayatında en az bir kez aile içi şiddete maruz kalmakta ve G-20 üyesi olan ülkemizde ise bu oran gelişmiş ülkelere nazaran neredeyse yarısı olmak üzere çok daha yüksek bir boyuta ulaşmaktadır¹⁵.

T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü yayınladığı bildirmede, kadına yönelik şiddeti “ister kamusal, isterse özel yaşamda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan, cinsiyete dayanan bir eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma” şeklinde tanımlamaktadır. Bu tanımlamada kadına yönelik şiddetin toplumsal cinsiyet temellerine özellikle vurgu yapılmaktadır. Kadınların elindeki tek yasal ve bağlayıcı araç olan ve tüm kadınların ‘evrensel hukuku’ ya da ‘kadınların anayasası’ olarak nitelendirilebilecek 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW) incelendiğinde ise Belge’nin toplumsal cinsiyet temelli şiddete değinmeden yürürlüğe girmiş olduğu görülmektedir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi’nce, 1992 tarihinde kabul edilen 19 No’lu Tavsiye Kararında cinsiyete dayalı şiddet; “kadınların, erkeklerle eşit olarak hak ve özgürlüklerini kullanmalarını ciddi şekilde engelleyen bir ayrımcılık biçimi” olarak ifade edilmektedir.

1995 yılında Pekin’de gerçekleştirilen ve bir taahhütler konferansı olarak nitelendirilen Dördüncü Dünya Kadın Konferansı sonunda, Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu adlı belgeler kabul edilmiştir. Pekin Eylem Platformu’nda, kadına yönelik şiddetin, kadınların temel hak ve özgürlüklerini kullanması önünde engel oluşturduğu belirtilmiş, erkek hâkimiyeti ve kadına karşı ayrımcılığa yol açtığı, kadınlara erkek arasında

¹⁵ DSÖ tarafından yapılan araştırma kadınların üçte birinin şimdiki ya da eski eşleri tarafından fiziksel ya da cinsel şiddete maruz kaldığını ortaya çıkarmıştır. Araştırmaya göre, aile içi şiddet en çok Afrika, Ortadoğu ve Güneydoğu Asya’da görülmüştür. Birleşmiş millet verilerine göre; 600 milyondan fazla kadın aile içi suç görülmedi ülkelerde yaşamaktadır. ‘3 Kadından 1’i Şiddet Kurbanı’, ‘Kadını Mutlu Eden 20 Şey’, Haber Türk Gazetesi, 20.06.2013, s.4.

çağlardır süregelen eşit olmayan güç ilişkilerinin bir yansıması olduğu vurgulanmıştır.

Bu tanımlar göz önünde bulundurularak kadına yönelik şiddetin; kadın ve erkek arasında eşit olmayan güç ilişkilerinden kaynaklanan ve ataerkil ilişki sistemini sürdürmede başvurulan evrensel bir araç olduğunu söylemek pek de yanlış olmayacaktır.

C. İç Hukukta Kadına Yönelik Ev (Aile) İçi Şiddet Kavramı

Aile içi şiddet; kadının yuva olarak nitelendirdiği ve toplumdaki en güvenilir yapı olarak kabul edilen ‘aile’ içinde gerçekleşen, kadın üzerinde hâkimiyet ve baskı kurmayı amaçlayan, fiziksel-psikolojik-cinsel-ekonomik zararlar sonuçlanan ya da sonuçlanması mümkün olan her türlü eylemi ve tehdidi kapsamaktadır¹⁶. Bu eylem, kişinin eşine, çocuklarına, anne babasına, kardeşlerine ve/veya yakın akrabalarına yönelik uyguladığı her türlü saldırgan davranışı ifade etmekte bu tür bir şiddetin kurbanı yalnızca aynı evde oturan kişiler değil, eski eş, kız veya erkek arkadaş ya da nişanlı da olabilmektedir¹⁷. Bu bağlamda aile içinde yaşanan şiddet; şiddete maruz kalanın büyük oranda kadın, uygulayanın ise erkek olduğu cinsiyetçi bir suçtur¹⁸. Şiddet uygulayan erkek, çoğu durumda kadının kan bağı ile bağlı olduğu ya da güven ilişkisi içinde bulunduğu koca, partner, baba, kayınbaba, amca, dayı, oğul ve diğer erkek akrabalar olabilmektedir. 6284 sayılı Kanun’dan önce yürürlükte bulunan eski 4230 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda aile içi şiddet cezalandırılmasına rağmen bu kavram söz konusu kanunda tanımlanmış değildir. Yeni kanununun 2. maddesinin b. fıkrasında ev içi şiddet: ‘şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti olarak tanımlanmaktadır.

¹⁶ UNICEF Innocenti Araştırma Merkezi’ aile içi şiddeti; “beraber yaşanan kişi de dâhil olmak üzere, yakın yaşam arkadaşı tarafından ve(ya) diğer aile bireyleri tarafından ev sınırlarının içinde ya da dışında olmasına bakılmaksızın kadına uygulanan şiddet” şeklinde tanımlamaktadır. Domestic Violence against Women and Girls. Italy:UNICEF, 2000.

¹⁷ ÖZKARA/CAN, s.343.

¹⁸ Bk., IŞIK, S. N. (2008). Kadına Yönelik Şiddet Konusunda İdeolojik Yaklaşımlar, I. Kadın Sağlığı Kongresi-Kadına Yönelik Şiddet, Başak Matbaacılık, Ankara 2008, s.50 - 55.

Kanuna ilişkin bir takım tanımlamaların yer aldığı yeni 6286 sayılı Kanunun 2. maddesinde de ev içi şiddet tanımlamasında sadece aile mensubu ifadesi geçmektedir¹⁹. Oysa ne söz konusu tanım ne de Kanunun 2. maddesinin de yer alan diğer tanımlamalarda evli (eş) olma, aile bireyi olma gibi bir unsura yer verilmemektedir. Düzenlemede kadın ve aile bireyi gibi sınırlandırmalardan bilinçli olarak kaçınılmakta, tanımlamada kişi ibaresi kullanılmak suretiyle farklı cinsten olan kişilerle birlikte ‘tek taraflı ısrarlı takip mağdurlarının’²⁰ da bu kanun kapsamında korunması amaçlanmaktadır. Kapsam içerisinde kimlerin olduğu konusunda gerek eski gerekse yeni kanun bakımından birtakım tartışmalar bulunmaktadır. Bu konudaki bir görüşe göre²¹, ‘kadının 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ile korunabilmesi için, evli - evlenmemiş - boşanmış - genç - genç olmayan - engelli - engelsiz - dini nikâhlı - eşcinsel olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Yeter ki korunacak olan kadın şiddete uğramış ya da şiddete uğrama tehlikesi bulunan bir kadın olsun. Kanun, korunacak kadınlara yönelik sosyolojik, biyolojik, fiziksel, dinsel, ekonomik, bölgesel özellikler ile cinsel tercihler, siyasal görüş, kültürel rol, medeni hal, toplumsal statü,

¹⁹ Bir görüşe göre, burada sözü edilen aile, hepsi doğum veya evlilik sonucu oluşan bir akrabalık ilişkisini paylaşan bireylerin oluşturduğu sosyal, toplumsal bir yapılanmadır. Bu bağlamda aile içi şiddetin mağdur ve failleri, bahsedilen bu akrabalık ilişkisi içindedirler. Var olan bu akrabalık ilişkileri içinde aile içi şiddetin eşe, çocuğa, aynı çatı altındaki kardeşe ve ebeveynlere karşı şiddet olarak tanımlanması mümkündür. Bk., İÇLİ, Tülin Günşen, Ailede Kadına Karşı Şiddet ve Kadın Suçluluğu, Bizim Büro Basımevi, Ankara 1995, s.1 vd.

²⁰ 6284 Sayılı Kanunun 2. maddesinin e. fıkrasında, ‘bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişileri şiddet mağduru olarak saymaktadır. Yine aynı kanunun, Uygulama Yönetmeliğinin 3. maddesinin ş. fıkrasında ise; ‘Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranış’ tek taraflı ısrarlı takip olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlama gereğince, arkadaşlık ya da beraberlik teklif edilen kişiler teklifi kabul etmedikleri için şiddet görmeleri durumunda, tek taraflı ısrarlı takip mağdurları sıfatıyla bu kanun kapsamında korunmaları söz konusu olabilecektir. Bk. UĞUR, Ömer, s.347.

²¹ Bk., GENÇCAN, Ömer Uğur, ‘Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununun Amaç ve Kapsamı’, Kazancı Hukuk dergisi, Yıl: Ekim 2012, C.8, S.97 - 98, s. 92 - 93.

etnik kimlik gibi hiçbir ayrıma yer vermemiştir'. Keza bu kanun ile bir çocuğun korunabilmesi için de; erkek, kız, üvey, evlilik içi, evlilik dışı, engelli, engelsiz, soy bağı ilişkisi kurulmuş, kurulmamış olunmasının da bir önemi bulunmamaktadır²². Bu konuda ileri sürülen bizim de katılmadığımız aksi yöndeki diğer bir görüşe göre ise²³, 'birçok toplumda olduğu gibi ülkemizde de resmi olarak evli olmasa da birlikte yaşayan şiddet mağduru kadınlar bulunmakta ve bunlar 6284 sayılı Yasa koruması kapsamı dışında kalmaktadır²⁴. Oysaki realite olarak karşımıza çıkan bu olgu karşısında ne yapılacağı, evlilik bağı olmayan, şiddet mağduru kadının rolünün nasıl güçlendirileceği hususundaki belirsizlik ve çaresizlik devam etmektedir. Bu hususta ki hukuksal boşluğun da sözleşme yükümlülüklerine uygun şekilde bir an önce giderilmesi gerekmektedir'.

Aile içi şiddet, Türk kamuoyunda sıklıkla gündeme gelen toplumsal bir sorun olduğu gibi, hukuksal alanda da pek çok farklı hükümle

²² '6284 sayılı Kanun'un görüşüldüğü komisyonlarda, Mecliste ve öğretilerde en çok Kanun'da geçen 'aile' veya 'ailenin korunması' kavramları eleştirilmiş, yasanın sadece resmi devlet nikâhıyla evli olanları koruduğu, imam nikâhli eşleri, aralarında resmi nikâhı olmaksızın birlikte yaşayan sevgilileri veya eşcinsel birliklikleri kapsamadığı öne sürülmüştür. Oysa tam tersine kanun adında 'Ailenin Korunması' ibaresi geçse de, kanun metninin hiçbir yerinde toplumun temeli olan, bu açıdan korunması gereken bir 'değer' olarak 'ailenin korunmasına' yer verilmemiştir. Kanunun amaç, kapsam ve temel ilkeler (m.1) ile tanımlarına (m.2) bakıldığında koruma kapsamı altındaki kişilerin belirtilmesiyle yetinilmeyerek, Anayasa ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle özellikle Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemelerin de esas alınacağı vurgulanmıştır. Yapılan tanımlarda da aile fertleri ve kadının yanında cinsiyetleri ne olursa olsun 'bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişilerin' tümü şiddet mağduru sayılmaktadırlar'. Bk., UĞUR, Hüsamettin (Kadın), s.343 vd.

²³ Bk., EMİROĞLU, Turgut, '6284 sayılı Yasaya Genel Bakış', Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl: Ekim 2012, C.8, S.97 - 98, s.106 vd.

²⁴ Adalet komisyonu Raporu'nda; "Tasarı salt evlilik birliğinden kaynaklanan şiddetin engellenmesini amaçlamamakta, aksine 4721 sayılı Kanun uyarınca kurulmuş evlilik birliğine dayalı şiddet mağdurları ile evlilik birliği olmasa dahi kapsamda yer alan şiddet mağdurlarını koruma amacına yöneliktir. Kaldı ki, 4320 sayılı Kanunun adı 'Ailenin Korunmasına Dair Kanun' iken tasarının adı 'Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı' olduğundan, Tasarı ile sadece aile içi şiddetin engellenmesinin amaçlandığı ve kadının korunmadığı yönündeki iddialar doğru değildir. Tasarı bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu yöndeki yanlış algılama ve psikolojik direncin yersiz olduğu görülecektir' ifadesi yer almaktadır.

düzenlenmeye çalışılan bir konudur²⁵. Özellikle aile şiddet kavramı geniş bir kapsama sahip olup TCK' da ki pek çok suçta aile içi şiddetin izleri bulunmaktadır. Ailenin korunması ve aile içi şiddet konusunda Ceza Kanununda da bir takım düzenlemeler bulunmaktadır. Aile içi şiddete ilişkin önemli ve tarihsel geçmişi olan düzenleme kasten adam öldürme suçudur. TCK 82/2-d de nitelikli adam öldürmede, üstsoy ve altsoy'un suçun faili ve mağduru olması cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmektedir. Aile içi şiddetin bir diğer belirgin örneği ise, TCK. 102/2. madde düzenlemesi gereği cinsel saldırının eşe karşı işlenmiş olmasıdır. Cinsel taciz ile ilgili 105/2. madde de aile içi ilişkinin kötüye kullanılması ortaya konulmuştur. Cinsel tacizin aile içi nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi suçu etkileyen ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilmiştir. Cinsel suçlarla ilgili ve aile içi ilişkiyi göz önünde bulunduran bir diğer suç biçimi ise fuhuştur. Cinsel ilişkinin ticari bir uğraş haline gelmesini belirten fuhuş cezalandırıldığı gibi failin aile içindeki kişilerden biri olması durumunda ceza arttırılmaktadır. Aile bireylerinin göz önünde tutulduğu bir başka suç da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçudur. Bu suç üstsoya, altsoya ve eşe karşı işlendiği takdirde ceza bir kat daha arttırılmaktadır. Dilencilik suçunda da aile içi ilişkilerin belirlendiği saptanmaktadır. Bu eylemin üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi cezayı etkileyen ağırlaştırıcı bir sebep olarak öngörülmüştür. Keza aile içi şiddet TCK.232-234. maddelerinde doğrudan doğruya ele alınmıştır. TCK m.232' de 'Kötü Muamele', TCK.m.233'de 'Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması' suçları bu durumun belirgin bir örneğini oluşturmaktadır²⁶. Buna karşılık,

²⁵ Hâkimler ve savcılar Yüksek Kurulu 18.11.2011 gün 18 sayılı Genelgesi ile Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleyerek tüm teşkilata duyurmuştur. Genelgede birçok husus ve onların yerine getirilmesinden bahsedilmiştir. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un uygulanmasına ilişkin işlemde HSYK teftiş kurulu Yönetmeliğinin 'Tavsiyeler Listesi' başlıklı 32'nci yine aynı yönetmeliğin 'Performans Değerlendirme ve Geliştirme Formları' başlıklı 33 ve 34. maddeleri gereğince denetim kapsamında olan işlemlerdir. 'YILDIZ, Selim, 'Aile İçi Şiddet', Kazancı Hukuk dergisi, Yıl: Ekim 2012, C.8, S.97 - 98, s.78 vd.

²⁶ "İngiltere, çocuklarına şiddet uygulayan ve sevgi göstermeyen ailelere yasal yaptırımlar uygulamayı öngörüyor. Yasa tasarısı hazırlanan İngiltere'de, çocuklarına sevgi ve hoşgörü göstermeyen, şiddet uygulayan anne-babalara 10 yıla kadar hapis cezası verilebilecek. Tasarının yeni değişikliklerle Haziran ayında yasalaşması bekleniyor. 'Külkedisi Kanunları' olarak adlandırılan yasaya ilişkin açıklamanın Kraliçe Elizabeth

TCK' nın malvarlığına ve adliyeye karşı suçlar bölümünde aile içi ilişkiler daha çok cezasızlık nedeni olarak kabul edilmiştir. Aile içi şiddet ve ailenin korunmasıyla ilişkili olarak Türk Ceza Kanununda yer alan başlıca düzenlemeler şunlardır: TCK.m.97 (Terk), TCK.m.98 (Yardım ve Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi), TCK.m.232/1 (Kötü Muamelede Bulunma), TCK.m.232/2 (Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması), TCK.233/2 (Gebe Kadını Terk), TCK.m.233/3 (Çocuğun Ahlak, Güvenlik ve Sağlığını Tehlikeye Sokma) suçlarıdır²⁷.

Yıkılması güç bir tabu olarak varlığını sürdüren aile içinde kadına yönelik şiddet, toplumun erkek egemen yapısından kaynaklanmakta ve toplumsal cinsiyet rollerine göre şekillenmektedir. Aile içi şiddet eylemleri, cinsiyetler arasındaki güç ilişkilerinin eşitlik temeline dayanmadığı toplumlarda, sosyalleşme süreci ile öğrenilen davranış biçimleridir. Aile içinde kadına yönelik şiddet, sürdürülebilir kalkınma açısından büyük önem taşıyan toplumsal istikrar ve refahın sağlanması önünde ciddi bir engel teşkil etmektedir. Cinsiyet ayrımcılığı ile yakından ilişkili olan aile içi şiddet kavramı, kadının yuva olarak nitelendirdiği ve toplumdaki en güvenilir yapı olarak kabul edilen 'aile' içinde gerçekleşen, kadın üzerinde hâkimiyet ve baskı kurmayı amaçlayan, fiziksel-psikolojik-cinsel-ekonomik bir zararla sonuçlanan ya da sonuçlanması mümkün olan her türlü eylemi ve tehdidi kapsamaktadır. Bu şiddet türlerinden fiziksel şiddet, kadının itilip kakılması, tartaklanması, dövülmesi (tekme, yumruk, tokat vb.), kesici veya vurucu aletlerle bedenine zarar verilmesi, psikolojik şiddet: kadının hakaret uğraması, aşağılanması, aldatılması, tehdit edilmesi, istediği insanlarla görüştürülmesinin engellenmesi, cinsel şiddet ise kadının isteği dışında

tarafından yapılacağı belirtiliyor. İngiliz hükümeti tasarıyı hazırlarken pedagogların hazırladığı raporların dikkate alındığını, yetkililerin şiddet gören çocukların gelişmelerinin etkilendiğini ve ileriki yaşlarda ruhsal problemler yaşadıklarını, ailelerin bu nedenle çocuklarına sevgi vermeleri gerektiğini ifade etmişlerdir". 'Çocuğuna Kötü Davranan Ailelere 10 Yıl Hapis Geliyor', Haber Türk Gazetesi, 1 Nisan 2014, s.19.

²⁷ Bu suçlarla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bk., BAYRAKTAR / EROĞLU, 'Aile İçi Şiddete İlişkin Ceza Kanunu Çerçevesinde Genel Bir İnceleme', YÜHFD, C.VIII, S.2 (2011)-YÜHFD C.IX, S.1 (2012), s.69 vd.; ŞEN, Ersan, 'Kadın ve Çocuğun Korunması', Kazancı Hukuk dergisi, Yıl: Ekim 2012, C.8, S.97 - 98, s.85 vd.; CİRİT, İsmail Rüştu, 'Türkiye'de Aile İçi Şiddetle Mücadele' Tebliğ Metni, Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl: Ekim 2012, C.8, S.97 - 98, s.102; UĞUR, Hüsamettin, 'Aile Bireyleri ve Kadının Şiddete Karşı Korunması', (Aile Bireyleri), Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl: Ekim 2012, C.8, S.97 - 98, s.110 vd.

istemediği şekil ve ortamda cinsel ilişkiye zorlanması şeklinde gerçekleşmektedir²⁸.

UNICEF Innocenti Araştırma Merkezi'nin tanımı; “beraber yaşanılan kişi de dâhil olmak üzere, yakın yaşam arkadaşı tarafından ve / ya diğer aile bireyleri tarafından ev sınırlarının içinde ya da dışında olmasına bakılmaksızın kadına uygulanan şiddet” şeklindedir (UNICEF, 2000). Bir görüşe göre aile; hepsi doğum veya evlilik sonucu oluşan bir akrabalık ilişkisini paylaşan bireylerin oluşturduğu sosyal ve toplumsal bir yapılandırma. Bu bağlamda aile içi şiddetin mağdur ve faileri, bahsedilen bu akrabalık ilişkisi içindedirler. Var olan bu akrabalık ilişkileri içinde aile içi şiddetin eşe, çocuğa, aynı çatı altındaki kardeşe ve ebeveynlere karşı şiddet olarak tanımlanması mümkündür.

DSÖ tarafından 2005 yılında, kadına yönelik aile içi şiddet konusunda gerçekleştirilen çalışmada yakın ilişkilerde kadınların şiddet mağduru olma riskinin diğer tüm ortamlara göre çok daha yüksek olduğunun ve bu doğrultuda ev - aile olgusunun, dünyada birçok kadın için güvenli bir liman olarak kabul edilemeyeceğinin altı çizilmektedir²⁹. Yapılan çalışmalardan ortaya çıkan istatistikî verilerde bunu bu düşüncüyü doğrular gözükmektedir. Şöyle ki: Türkiye İstatistik Kurumunun Yaşam Memnuniyeti konulu yaptığı bir araştırmaya göre de kadınlar hem evde hem de sokakta erkeklere nazaran çok daha fazla güvenlik endişesi yaşamaktadırlar. Araştırma neticesine göre bireylerin % 80.8'i kendini evinde güvende hissetmekte, bu kişilerin % 17.8'i kendi evinde çok güvenli, % 12'lik kesimi ise orta güvende hissetmektedirler. Güvensiz ve çok güvensiz hissedenlerin oranı ise % 7.2'ye tekabül etmektedir. Cinsiyete göre değerlendirme yapıldığında ise kadınların erkeklere nazaran evde kendilerini çok daha az güvende hissettikleri dikkati çekmektedir. Kadınların % 10.5'i kendisini evde güvensiz ya da çok güvensiz hissederken erkeklerde ise bu oran % 3.8'e kadar gerilemektedir. Yine cinsiyete göre durum değerlendirildiğinde kadınlar, evde olduğu gibi sokakta da erkeklere nazaran kendilerini daha az güvende hissetmektedirler. Kadınların % 34.2'si kendini çevrede güvensiz ya da

²⁸ Bk., BAYDUR / ERTEM, ‘Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları’, TBB Dergisi, S.65, 2006, s.90-91.

²⁹ Bk.,LOGAR, R. (2006). Boşlukların Giderilmesi - İyi Niyetten İşbirliğine: Aile İçi Şiddetle Mücadelede Etkili Çok Kurumlu İşbirliği El Kitabı, Viyana: Avrupa Komisyonu Darphane Programı, s.1 vd.

çok güvensiz hissederken bu oran erkeklerde % 12.3'e düşmektedir. Çevrede güvenli ya da çok güvenli hissedenenlerin oranı kadınlarda % 47.1'e gerilerken erkeklerde bu oran % 70.9'u bulmaktadır³⁰. Yapılan araştırmalarda ortaya çıkan verilerden de anlaşılacağı üzere ülkemizde kadın için ev ya da sokak ortamı erkeğe nazaran çok da güvenli bir liman olarak görünmemektedir.

Aile içinde yaşanan şiddet; şiddete maruz kalanın büyük oranda kadın, uygulayanın ise erkek olduğu cinsiyetçi bir suçtur. Şiddet uygulayan erkek, çoğu durumda kadının kan bağı ile bağlı olduğu ya da güven ilişkisi içinde bulunduğu koca, partner, baba, kayınbaba, amca, dayı, oğul ve diğer erkek akrabalar olabilmektedir (UNICEF, 2000). Kadınların aile içi şiddete en fazla uğradığı ülkeler listesinde Türkiye hâlihazırda 9. sırada bulunmaktadır. Bu listeye göre, Türkiye'nin üzerinde başta Etiyopya olmak üzere sırasıyla Zambia, Tanzanya, Solomon Adaları, Kolombiya, Peru, Bangladeş, Samoa adaları gelmektedir. Görüldüğü üzere bu sıralamada bir Avrupa ülkesi olarak Türkiye ne yazık ki 3. Dünya ülkeleri görünümündeki Afrika ülkeleriyle ilk sıraları paylaşmakta aynı grupta yer almaktadır³¹. Görünen acı tablo şudur ki; 2008 yılında ülkemizde 20.383 kişi, 2009'da 26.132, 2010'da 29.334, 2011'in ilk dokuz ayında ise 25.596 kişi aile fertlerinin kötü muamelesine maruz kalmış ya da dayak yemiştir³².

D. Şiddet Uygulayan Kavramı

6284 sayılı Kanunun 2, Uygulama Yönetmeliğin ise 3. maddesinde şiddet uygulayan kavramının: bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişileri' ifade ettiği belirtilmektedir. 4320 sayılı Kanun' un ilk halinde suçun faili olarak

³⁰ Bk. "Her 10 Kadından 1'i Evinde Kendini Güvende Hissetmiyor", Haber Türk Gazetesi, 1 Nisan 2013, s. 13.

³¹ 'Dayak Liginde İlk 10'a Girdik', Posta Gazetesi, 7 Mart 2012; Aile Bakanlığı'nın Türkiye genelinde 12.056 hanede 23.379 kişi ile yaptığı "Türkiye'de Aile Yapısı Araştırması"na göre çiftlerin boşanma sebebini % 27.3 oranıyla 'İlgisizlik ve sorumsuzluk', % 12'sini ev geçimi, % 11.7'sini aldatma ve % 11.4'ünü dayak ve kötü muamele takip etmiştir. Bk., 'İlgisizlik Ayırıyor', Takvim Gazetesi, 27 Şubat 2012, s.6; Bir boşanma sebebi olarak aldatma fiili İngiltere İstatistik Kurumu'nun yaptığı neden evli kalmıyoruz konulu bir araştırmaya göre ülkede gerçekleşen her 14 boşanmadan birinin gerekçesini oluşturmaktadır. Aldatan taraf ise genellikle erkekler olmaktadır. 'Neden Evli Kalmıyoruz', Haber Türk Gazetesi, 21 Nisan 2012, s.2.

³² 'Emniyetten Ürküten Rapor', Posta Gazetesi, 9 Aralık 2011, s.6.

‘kusurlu eş’, mağdurları olarak ise ‘diğer eş veya çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri’ olarak gösterilmişti. Söz konusu düzenlemede 5636 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bu tanımlamaya diğer aile bireyleri ibaresi de eklenmek suretiyle ‘suçun faili, kusurlu eş veya diğer aile bireyleri’ olarak yeniden düzenlenmiş bu tanımlamayla suç faili kavramının kapsamı genişletilmiştir³³.

Şiddetin toplum yönetiminde merkezi bir konum taşıması ve eril (erkeğe has) bir değer olarak ülkemizde algılanması ölümü de yüceltmıştır. Öldüreni haklı, öleni de hak ettiği cezaya çarptırılmış olarak kurgulayan bu bakış açısı, şiddeti toplumun her kademesinde ve kurumunda yaygın bir olgu haline getirmiştir. Erkeklikle de ilişkilendirilen şiddet kolaylıkla kadına yönelmiştir. Bu anlayış sonucu kadın, erkeğin tayin ettiği kurallara ve rollere zorlanmış, sınırları aştığında ise şiddete maruz kalmış ve bu durum da makul olarak karşılanmıştır. Şiddet, kültürümüzde ne yazık ki yüceltilen bir değer olarak uzun bir süreden beri kabul görmektedir. Erkek egemen bir toplum anlayışının sonucu olarak, erkek her zaman şiddet uygulayabilme hakkına sahip, kadın da ona tabi bir varlık olarak kendine düşen payı almak zorunda kalan bir varlıktır. ‘Kadının sırtından sopayı, karnından sıpayı almak zorunda etmeyeceksin’ sözü de ülkemize has bu kültürel ortamın bir ürünüdür³⁴.

Şiddet uygulayan kişi kavramı konusunda yapılan bir çalışmaya göre, kadın cinayetlerinin % 70’i eşleri ya da sevgilileri tarafından gerçekleştirilmektedir³⁵. Bu gerçeği göz önünde tutan bir kısım akademisyen ve sanatçıya göre kadın cinayeti, mağdurlar tarafından yapılan bir adlandırma olup mağdurlar da sadece kadınlardan oluşmamaktadır³⁶. Taciz, tecavüz olayları ya da travesti cinayetlerinde

³³ Bk. UĞUR, Hüsamet, s.336 vd.

³⁴ ‘Cehalet ve Faşizm’, Bugün Gazetesi, 27 Kasım 2012, s.7; Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformunun bildirisine göre, 2013 Eylül ayında 18 kadının erkekler tarafından öldürüldü. Kadınları öldüren erkeklerin % 33 koca, % 6’ sı eski koca, % 11 sevgilisi, % 11 eski sevgili, % 11 ise babasıdır. Kadınların % 22’ si ise katilini tanımamaktadır. En büyük cinayet sebebi ise, % 28 ile ayrılma - boşanmadır. Bunu sırasıyla: Kıskaçlık: % 22, Bilinmiyor: % 22, Kadının hayatına dair karar vermek istemesi: % 17, Reddetme: % 5.5, Ekonomik sebepler: % 5.5 oluşturmaktadır. ‘Eylülde 18 Kadın Öldürüldü’, Haber Türk Gazetesi, 6 Ekim 2013, s.4.

³⁵ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bk, ‘8Mart’ın 157. Yılında Dünya Kadınları Acı Çekmeye Devam Ediyor’, Star Gazetesi, 8 Mart 2014, s.12.

³⁶ Fransa’da yayınlanan ‘Philosophie Magazine’ dergisinin mayıs ayındaki kapak konusu ‘Kadınlar erkeklerden daha fazla mı ahlaklı? Konusu olmuştur. Araştırmaya göre

de³⁷ görülmektedir ki suçları işleyenlerin hepsi erkektir dolayısıyla kadın cinayeti kavramı yerine erkek cinayeti kavramının kullanılması çok daha uygun olacaktır³⁸.

E. Şiddet Mağduru Kavramı

Eski 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda 5636 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle suçun mağduru kavramı, ‘eşlerden biri veya çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden biri veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan diğer aile bireyleri’ şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Başta Anayasa olmak üzere ülkemizin taraf olduğu Uluslararası sözleşmeler, özellikle de Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’yle 6284 sayılı Kanunun 2 ve Yönetmeliğin 3. maddesinde koruma altına alınan bireylerin kapsamı genişletilmiştir. Şöyle ki; tüm bu düzenlemeler dikkat alındığında, ‘mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde

Fransa’da cinayetlerin %85’i, cinsel suçların yüzde 98’i erkekler tarafından işleniyor. Aile içi suçlarda kurbanların %84’ü ise kadındır. Bu rakamlardan sonra şu ilginç görüşe yer verilmektedir : ‘canlı türlerinin hiçbirinde, erkeklerin bu kadar dişiyi öldürmesi örneğine rastlanmaz. Çünkü hayvanlar, dişileri öldürmenin, o türün devamını tehlikeye sokacağını bilir’. Kadınlar neden erkeklere göre daha az suç işliyor? Hayatı koruma içgüdüsünden mi, erkeğe göre fiziki olarak daha güçsüz olduğundan mı yoksa daha erdemli olduğu için mi! 1971 yılında Stanford Üniversitesi’nde yapılan bir araştırmada öğrenciler 2 gruba ayrılmış ve bir gruptakilere mahkûm, ötekilerine gardiyan rolü verilmiş. İki-üç gün sonra feci bir durum ortaya çıkmış. Mahkûm rolü yüklenen öğrenciler giderek daha boyun eğen, sinmiş bir karaktere bürünürken gardiyan rolü yüklenenler giderek sadistleşmeye başlamışlardır. En ilginç sonuç ise her iki grup tada kız ve erkek öğrencilerin davranışları arasında bir farklılaşma gözlenmemiştir. Netice olarak gözlemlere gelince kadınlar sosyal hayata giderek daha fazla girdikçe görüyoruz ki, yok aslında birbirimizden farkımız hatta iş hayatında daha acımasız kadınlara da rastlamıyor değiliz. ‘Önce Kadınları Vurmak Lazım’, Hürriyet /Gündem Gazetesi, 1 Haziran 2012, s.19.

³⁷ ‘Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun tasarısı mecliste görüşülürken bir siyasi partinin transseksüeller, lezbiyenler, gay ve eşcinsellerin de koruma kapsamında tasarıya eklenmesine ilişkin bir öneri sunmuş ancak bu önerge kabul edilmemiştir. Bir siyasi tarafından tasarı da transseksüel kadın kadınlardan bahsedilmediğini belirterek trans kadın cinayetlerinin nasıl engelleneceği, cinsiyet kimliğinin yok sayıldığından bahisle kanunu eleştirmektedir. Bk. ‘Kadınlara en Güzel Hediye Meclisten’, Posta Gazetesi, 8 Mart 2012, s.19.

³⁸ ‘Kadın Cinayeti Değil Erkek Cinayeti Diyelim’, Haber Türk Gazetesi, 6 Mart 2013, s. 21.

uyruğuna bakılmaksızın, aile fertleri ve kadınla birlikte cinsiyeti ne olursa olsun kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve o davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunanlar ile şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişiler şiddet mağduru olarak kanun tarafından korunacaktır' denilmektedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu şiddet mağduru tanımlamasında şiddetten mutlak surette etkilenme değil etkilenme olasılığını bile yeterli göreyerek koruma alanını genişletmiştir. Söz konusu bu korumadan yalnızca nikâh bağına dayalı aileler değil aynı çatı altında yaşayan müşterek çocuklar ve mağdurun babası ile birlikte sürekli yaşayan nikâhsız eşler / aileler de bu korumadan faydalanabileceklerdir³⁹.

II. KONUYLA İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR

Günümüzde halen yürürlükte bulunan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 'Tanımlar' başlığını taşıyan 2. ve Yönetmeliğin 3. maddesindeki düzenlemede; kanunda adı geçen kurumlarla birlikte şiddet, kadına yönelik şiddet, ev içi şiddet, şiddet mağduru ve şiddet uygulayan kavramları açıkça tanımlanmış bulunmaktadır. Bu kavramların tafsilatıyla incelenilip, anlaşılabilmesi için öncelikle bu kavramlarla yakından alâkalı olan aile, eş ve kadın, yasal ve yasal olmayan evlilik kavram ve kurumların da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

A. Aile Kavramı

Aile kavramı, zamana, yere ve toplumdan topluma göre değişkenlik gösteren⁴⁰, tarihi gelişim süreci içerisinde değişik ilişkileri belirtmek üzere kullanılan bir kavramdır. Bir toplumun temel taşı olan, toplumun dirliğinin, düzenin ve barışın sağlanmasında etkin rol oynayan, toplumun

³⁹ Bk. Yargıtay 7.CD., 7.4.2009 T, 2006 / 3351 E., 2009 / 4849 K, Terazi Dergisi, Haziran-2009; UĞUR Hüsamettin, Uluslararası Sözleşmeler ve AİHM Kararları Işığında Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Gayri resmi Evlilikler Hakkında Yargıtay kararı (Sözleşmeler), Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 34, Haziran 2009.

⁴⁰ 'Osmanlı ailesi kavramı tıpkı Osmanlı kültürü kavramı gibi oldukça geniş bir anlamı ifade etmektedir. Her şeyden önce bu aile Türk ve Müslüman aile ile sınırlı olmayıp imparatorluk bünyesinde farklı coğrafya ve iklimlerde yaşamlarını sürdüren hangi sosyal kökenden ve dinden gelirse gelsin varlığı üyesi olduğu kompartımanın varlığıyla anlam kazanan zımni ya da Müslüman tüm unsurları içermektedir. Ve bu aile kuruluşundan itibaren çeşitli dönemlerde değişimler yaşamıştır'. TURAN, M.Sinan, 'Osmanlı Devletinde Aile Birliğinin Kuruluşu', MHB, Yıl 19 - 20, Sayı:1-2 /1999 - 2000, s. 936 vd.

gelişmesinde ve ilerlemesinde en önemli müesseselerden biri olan aile hususunda net bir tanım yapmak güçtür⁴¹.

Bu kavram, kimi zaman, bir soydan gelenleri, bir sülaleyi, kimi zaman, babaerkil bir yapı içerisinde yaşayan dede, nine, çocuklar, torunlar, torun çocukları, hizmetçiler, işçi ve bakıcılar, aşçı, bahçıvan, bekçi, şoför gibi kişilerin tümünden oluşan birliği⁴², kimi zaman ise, dar manada karı-koca ve çocukları⁴³ hatta sadece eşlerden oluşan bir birliği ifade etmek üzere kullanılmıştır⁴⁴. Medeni Kanun'un Aile hukukunu düzenleyen hükümleri göz önünde tutulduğunda, aile kavramının her üç anlamda da kullanıldığı görülmektedir⁴⁵. Çağımızdaki ailenin, Roma Hukukunun baba egemenliğine dayanan 'ev birliği' esasından farklı olarak⁴⁶ geçerli bir kadın-erkek beraberliğinin ve bunlardan doğan çocukların oluşturduğu doğal bir ilişki olan kan bağına (hısımlığına) dayandığı söylenebilir⁴⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, ailenin öncelikle eşler ve çocuklardan oluştuğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre, bunların dışında, aile kavramı, dede ile torun gibi ailede önemli rol oynayan yakın hısımlar arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır. Ayrıca, evli olmayan ana ile çocuk arasındaki ilişki de sözleşmenin 8. maddesi kapsamında aile olarak değerlendirilmiştir⁴⁸. Aile, kadın ve erkek olmak üzere iki ayrı,

⁴¹ AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1996, s.4 - 5.

⁴² MK.'un 'Ev Düzeni' kenar başlıklı 367. maddesinde bu anlamda yani en geniş anlamda aile düzenlenmiştir. Bu anlamdaki aile, Anayasa'nın 41. maddesinde belirtilen aileyi karşılamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 41. maddesi, sadece dar ve geniş anlamda aileyi değil en geniş anlamda aileyi de koruma altına almaktadır. Bk., AYAN, s.19.

⁴³ Doktrinde 'velayet ailesi' olarak ta tanımlanan bu anlamdaki aile, MK.'un 282-363. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Aile kavramının biraz daha modernleşmiş hali 'evlilik birliği' dediğimiz dar anlamda ailedir. Aile Konutu'nun nitelendirilmesinde söz konusu olan aile de, bu tanıma uyan ve yasal bir 'evlilik birliği' oluşturan ailedir. ŞIPKA, s.75, 77.

⁴⁴ Çocukların dâhil olmadığı bu anlamdaki aile 'Evlilik Hukuku' başlığı altında MK. 118 - 281. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk, FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Aile Hukuku, 2.B., İstanbul 1979, s.4 vd.

⁴⁵ Bk., MK.m.185, 186, 189 - 191, 195, 335, 367 - 370.

⁴⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., ŞAHİN, s.16 vd.; ÖZDAMAR, s.41 vd.

⁴⁷ ÖZDAMAR, s.41.

⁴⁸ Bk., AYAN, s.19, dn.66; AİHM 1986 tarihli Johnston kararından beri tutarlı ve yerleşik bir şekilde evlilik dışı yaşam beraberliklerinin m.8 anlamında bir 'aile' oluşturduğunu belirtmektedir. Nitekim anılan Johnston kararında Mahkeme, on beş yıldır evlilik dışı

karşıt cinsin sürekli bir birliktelik amacıyla oluşturdukları toplumun temelini teşkil eden toplumsal bir müessesedir⁴⁹. Aile müessesesinin, insanlığın iki ayrı, karşıt cinsinin birlikteliğinden oluşacağına dair bu temel kural⁵⁰, günümüzde birçok hukuk sisteminin aksine, bazı hukuk sistemlerince aynı cins kişilerin evlenmelerine müsaade edilmek suretiyle bu kuraldan ayrılırmıştır⁵¹.

birliktelik yaşamakta olan başvurucların bu birlikteliğinin ‘aile’ kavramına girdiğine hükmetmiştir. Yine, Keegan vakasında açıkça, m. 8’deki aile kavramının sadece evliliğe dayanan birlikteliklere hasredilemeyeceği, çiftlerin birlikte yaşadığı de facto aile ilişkilerini de içerdiği belirtilmiştir. AIHM, X,Y ve Z davasında önceki içtihadını tekrarladıktan sonra evlilik dışı bir yaşam birlikteliğinin m.8 anlamında ‘aile’ teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde: çiftlerin birlikte yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerin uzunluğu, birbirine olan bağlılıklarını örneğin, birlikte çocuk sahibi olarak ya da diğer yollarla gösterip göstermedikleri ölçütlerinin dikkate alınacağını ifade etmiştir. Bu konuyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bk., ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları’, Gülay Aslan Öncü, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Saygı Konferansı, Seri No: 1 Ceza Hukuku, s.46 vd.

⁴⁹ Evlenme iki ayrı cinsin birleşmesini ifade ettiğinden, hukukumuzda göre, aynı cinsten iki kişinin birleşmesiyle evlilik doğmaz. MK..m.134 de ‘birbirleriyle evlenecek erkek ve kadından’, daha sonraki maddelerde ise erkek ve kadının evlenmesinden ve yapacakları işlemlerden söz edilir. Bu düzenlemelerden çıkan dolaylı anlam, bu birliğin karşıt iki cins arasında kurulacağını ortaya koymaktadır. Bu nedenle aynı cinsten kişiler arasında yasada belirtilen diğer tüm koşullar yerine getirilip yetkili memur önünde nikâh kıydırılrsa dahi ortada yasal bir evlilik bulunmaz. Hukukumuzda göre bu durumda yok bir evlenme söz konusu olur ve bu birleşmeden hiçbir hukuki sonuç doğmaz. (ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s.266 - 267). Kanaatimizce, evlilik gibi, aile hukukunun esasını oluşturan evlilik müessesesinin diğer müesseselerden farklı olarak kapsamlı bir tanımının yapılp, açıkça unsurlarının belirlenmemiş olması kanun yapma tekniği bakımından bir eksiklik teşkil etmektedir.

⁵⁰ “Aileden söz edebilmek için ‘karşı cinslere’ mensup iki kişinin bir kadın ve erkeğin bir araya gelmeleri gerekir (Evlilik Birliği)-TMK.m.185/1). Bu birliğin tüzelkişiliği yoktur. Eşler arasında hısımlık da doğmaz. Ne var ki bu birlikteliğin dünyaya gelmelerine vesile olduğu kişiler (altsoy) arasında ve bu altsoy ile bir araya gelen erkek ve kadın arasında hısımlık doğar. Bu birliğin kurtulmuş sayılabilmesi için Pozitif Hukuk sistemlerine göre belirlenen bir şekil, bir alenileşme unsuru da aranmaktadır (TMK.m.185/1). HATEMİ/KALKAN/OGUZTÜRK, Aile Hukuku, 2.Bası.,İstanbul 2013, s.3.

⁵¹ Almanya da 2001 tarihinde kabul edilen bir kanunla, eşcinsellerin birbirleriyle evlenmelerine müsaade edilmek suretiyle birliktelikleri yasal hale getirilmiştir. Bu husustaki eleştirii için bk, HATEMİ/SEROZAN, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s.6.

Kanaatimizce bu kabul, aile müessesinin kutsallığını ve işlevini bertaraf eden⁵² genel ahlak anlayışına aykırı, toplumun ve insanlığın geleceğini son derecede olumsuz yönde etkileyebilecek nitelikte bir anlayış olup, Türk hukuk sisteminde olduğu gibi birçok hukuk sistemince de tasvip görmemiştir. Aile bir toplumun esasını teşkil eder. Feyzioğlu'na göre⁵³ 'aile esasına dayanmayan bir toplum, harçsız yapılmış bir bina gibidir; en küçük bir sarsıntıya dayanamaz; öyle bir toplumda yaşayan insanlar, rüzgârın esintisine göre yön değiştiren, sokaklarda sürüklenen yapraklar gibidir. Bu tür kişilerin oluşturduğu toplumlar ise, düzenden, faziletten, ümit ve çalışma azminden yoksun olurlar⁵⁴.

Çağdaş toplumlar aileye ve kadına her zaman önem vermişler ve bu hususta gerekli düzenlemeleri yapmışlardır. Türk kanun koyucusu da Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 41. maddesinde; 'Aile Türk toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır; teşkilatı kurar' diyerek güçlü bir devletin ve toplumun oluşmasında ailenin önemini ve bunun için Devletin aile ile ilgili sorumluluğu vurgulanmıştır⁵⁵.

B. Eş ve Koruma Kapsamı Altındaki Kadın Kavramı

Medeni Kanun'un 185. maddesi hükmüne göre, evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulacağından, taraflar ancak evlenme işleminin yapılmasından itibaren eş sıfatını kazanırlar⁵⁶. Bu sebeple de, nişanlılar

⁵² Feyzioğlu'na göre, 'ailenin üç tür işlevi bulunmaktadır. Birincisi, kadın ile erkeğin yasal birleşmesi ve neslin devamının sağlanması, ikincisi, ekonomik işlevi olup aile bireylerinin geçinme, oturma, yeme-içme, eğitim ve giyim gibi ihtiyaçlarına cevap vermek ve nihayet ahlaki bir işlev olarak yetişen çocukların iyi bir eğitim ve görgü süzgecinden geçirilerek büyütülmesini sağlamak amacını taşımaktadır', Bk., FEYZİOĞLU, s.2; Kanaatimizce, bu işlevlere, bir devletin ve toplumun ilelebet yaşayabilmesi için elzem olan, vatanını ve milletini sevip, koruyan, erdemli bir gençliğin yetiştirilmesi ve bu ülkeye kazandırılması yönündeki ailenin toplumsal işlevi de eklemek gerekir. Zira aile toplumun bir temel taşı olarak, gençliğin söz konusu tarzda yetiştirilmesin de bir okul işlevi görmektedir.

⁵³ Bk., FEYZİOĞLU, s.1.

⁵⁴ Aile müessesesi, önemi ve tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı ilgi için Bk., AKINCI, Şahin, Medeni Kanunda Kadın ve Aile, GÜHFD, Haziran - Aralık 2004, C.VIII, 1-2; ŞIPKA, s.1 vd.; FEYZİOĞLU, s.11 vd.

⁵⁵ AKINCI, s.18.

⁵⁶ Bk., ŞIPKA, Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, 2. Bası, İstanbul 2004, s.76.

arasında ve evlilik dışı birlikte yaşamalarda, tarafların kanunen eş sıfatı bulunmamaktadır. Ancak 6284 sayılı Kanun bakımından koruma altındaki kadın sadece evlenme işleminin yapılmasından sonra eş sıfatı kazanan kadından ibaret değildir⁵⁷. Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin tanımlar ve kısaltmalar başlığını adını taşıyan 3. maddesinin j. fıkrasında ‘korunan kişi’ tanımlamasında yer alan düzenlemede “tedbir kararı kapsamında korunan şiddet mağduru⁵⁸ ve varsa beraberindeki çocukları, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurlarının da” koruma altında olduğu ifade edilmiştir. Keza, ‘Kadınlara Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinin f. fıkrasındaki düzenleme uyarınca kadın ibaresi 18 yaş altı kız çocuklarını da kapsadığından, söz konusu korumadan on sekiz yaş altı çocuklarda kadın sıfatıyla yararlanabileceklerdir.

C. Yasal ve Yasal Olmayan Evlilik Kavramı

Medeni Kanun’un 185. maddesi hükmünce, evlenmenin akdedilmesiyle birlikte eşler arasında bir ‘evlilik birliği’ kurulur. Bu birlik, eşlere çeşitli haklar tanımakla birlikte bir takım yükümlülükler de yükleyen, tüzel kişiliği bulunmayan buna mukabil çeşitli mülahazalarla hem Anayasa hem de Medeni Kanunda özel olarak korunan bir birlikteliktir⁵⁹.

Evlenme neticesinde eşler arasında kurulan bu birlikteliğin hukuki niteliğine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, evlilik birliğine ilişkin hükümlerden, söz konusu birliğin niteliği

⁵⁷ “Ankara’da yaşayan Ayşe PAŞALI isimli bir kadın, boşandığı eşinden ölüm tehdidi almış korunması amacıyla başvurduğu mahkeme ise evlilik sona erdiği için kadına koruma sağlanamayacağına karar vermiştir. Adı geçen kadın 17 Aralık 2010 tarihinde kocası tarafından öldürülmüştür. Yeni kanunda Ayşe PAŞALI örneğinden hareket edem kanun koyucu kanuna koyduğu özel bir madde ile ‘şiddet gören kadının koruma altına alınabilmesi için ‘evlilik bütünlüğünün devam etmesi’ şartının aranmayacağı, boşanmış olsalar dahi nişanlı olanlar ve yakın aile ilişkisi içerisinde yaşayanların da koruma altına alınabileceğini düzenlemiştir. Söz konusu bu düzenleme toplumda Ayşe PAŞALI maddesi diye anılmaktadır. Bk., ‘Şiddete Kelepçe’, Posta Gazetesi, 20 Temmuz 2011, s.13; ‘Her şey Onunla Başladı’, Posta Gazetesi, 8 Mart 2012, s.19.

⁵⁸ “Ankara 11. Aile Mahkemesi Ailenin Korunmasına Dair Kanun’ un hükümlerinin, nikâhsız yaşayan eşler arasında da uygulanmasına dönük bir karar vermiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve eleştiri için Bk. Sabah Gazetesi, 9 Aralık 2011, s. 22.

⁵⁹ Bk., T.C. Anayasası m. 41; TMK.m.118 - 281.

çıkarılabilir⁶⁰. Evlenmenin hukuki mahiyeti hakkında doktrinde birbirinden farklı üç görüş ileri sürülmektedir.

Sözleşme (akıt) görüşünü savunan yazarlara göre evlenme de, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı iradeleri ile oluştuğuna, bundan da hak ve borçlar doğduğuna göre, onu da sözleşme saymak gerekir. Ancak bu sözleşmede borçlar hukuku nitelikli sözleşmelerde esas olan parasal özellik bu sözleşmede bulunmadığından bu sözleşmeyi ‘kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesi’ olarak kabul etmek gerekir.

Şart - tasarruf adı verilen diğer bir görüşe göre ise, evlenmenin kuruluş koşulları, hukuki sonuçları ve sona ermesini yasa belirlediğinden, eşler sadece iradelerini açıklamakta ve neticesinde isteklerine bağlı olmaksızın yasanın belirlediği statü ve koşullara tabi olmaktadırlar.

Nihayet bizimde katıldığımız kurum (müessese) görüşüne göre ise, evlenme ile birlikte aile denilen kurum meydana gelmekte ve bu kurumun, aileyi meydana getiren eşlerden bağımsız bir varlığı ve çıkarları bulunmaktadır. Evlenmeyle birlikte eşler, bu birlik içerisinde artık kendi arzu ve isteklerine göre değil, kurumun çıkarları doğrultusunda davranmak zorundadırlar. MK.’un 185 ve devamı madde hükümlerinde bu yükümlülük, her iki eşe birlikte yüklenmiş asli bir yükümlülüktür.

Aile hukukuna hâkim olan temel ilkeler, özellikle ‘ailede birlik, devletin müdahaleciliği ve düzenleme serbestisinin bulunmaması’ ilkeleri ile birlikte, evliliğin birlik olma niteliğinin ön plana çıkarıldığı MK.’un 185, 186, 188, 189, 192, 195-201. madde hükümleri hep birlikte göz önünde tutulduğunda, bu görüşün, evliliğin hukuki mahiyetinin izahında daha tutarlı bir görüş olduğu söylenilebilir⁶¹.

Evlilik birliğinin kurulması, çeşitli hukuk sistemlerinde dini nikah, resmi nikah şeklinde farklı şekil şartlarına tabi kılınmıştır. Hatta bazı hukuk sistemleri, şekil şartı aramaksızın, ‘fiili evlilik, evlilik dışı yaşam birlikteliği, serbest birleşme, nikâhsız beraberlikler’ şeklinde isimlendirilen tarafların bu tür birlikteliklerine de, evlilik birliğine ilişkin hukuki sonuçlar bağlamışlardır⁶². Türk hukuk sistemi, evliliği resmi şekle

⁶⁰ AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s.14.

⁶¹ Bu hususta Bk., ZEVLİLİLER/HAVUTÇU, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, Ankara 2002, s.220 vd.; AYAN, s.14 vd.

⁶² Bk., KÖTELİ, M.Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991, 99 vd., 134 vd.; Eski Roma Hukukunda evlenme monogram evliliğidir. Evlenme de

tabi kıldığından bu tür birliktelikler, özellikle ülkemizde sıkça karşılaşılan imam nikâhı evlilikler, yasal olmayan evlik statüsündedirler. Ancak kanun koyucu, bu tür birlikteliklere de tamamen kayıtsız kalmamıştır. Özellikle fiili beraberlikler neticesinde, evlilik dışı doğan çocukların neseplerinin idari yoldan düzeltilmesine ilişkin yasalar çıkarmak suretiyle, bir bakıma bu tür beraberliklere yasal neticeler bağlamıştır⁶³.

Aileyi; kadın, çocuk ve diğer aile bireylerini şiddetten korumayı hedefleyen 6284 sayılı Kanun'un tanımlar başlığını taşıyan 2. maddesinin e. fıkrası hükmü gereğince kanun koyucu, adı geçen kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan her kişi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan herkesi şiddet mağduru olarak kabul etmektedir. Kanun koyucunun bu kabulünden hareketle, kişinin yasal veya yasal olmayan bir evlilik bağıyla kurulan bir ilişkinin tarafı olup olmamasının onun kanun kapsamında korunması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁶⁴.

nişanlanma gibi, şekle bağlı değildir. İsteğe bağlı (rızaî) bir sözleşmedir. Roma hukukunda evlilik genellikle manus'lu ve manus'suz evlilik diye ikiye ayrılmıştır. Ancak Roma Hukukunda evliliğin tek bir yolu vardı, o da tarafların consensus'una (niyetine, uyuşmasına) dayanan evlilikti. Manus gibi başka bir unsur kendiliğinden evlilik ile ilgili değildi. Kadının başka birisinin – bilhassa malvarlığı bakımından – ailesine girmesi idi. Buna bir nevi adaptio gözü ile bakılabilir. Bk., ÇELEBİCAN, Özcan KARADENİZ, Roma Hukuku, 3.Bası, Ankara 1986, 215 vd. ; ÖZDAMAR, Demet, Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002, s. 44-45; AKINCI, Şahin, Medeni Kanunda Kadın ve Aile, GÜHFD, Haziran - Aralık 2004, C.VIII, 1 - 2, s.20 - 21.

⁶³ Af yasaları olarak ta adlandırılan ve sonuncusu 16.05.1991 tarihinde yürürlüğe giren ve 3716 sayı ile çıkarılan yasada '... karı - koca gibi birlikte yaşama iradelerinin varlığı ve bunun dışı yansması biçimi' esas alınmıştır. Bk., KÖTELİ, M.Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991, s. 109; ŞIPKA, s.77.

⁶⁴ '4320 sayılı kanun'da sadece eş, çocuk, aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri, mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin şiddete maruz kalması halinde Kanun uygulama alanı bulacak idi. Bu durumun özellikle serbest birleşme olarak ifade edilen nikâhsız birliktelikler bakımından ciddi sorunlar yarattığını belirtmek gerekir. Bu anlamda 6284 sayılı Kanun'un yaklaşımı daha isabetlidir. BACAKSIZ, Pınar, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının Korunması', Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Saygı Konferansı, Seri No: 1 Ceza Hukuku, s.18.

III. Genel Olarak Ulusal ve Uluslararası Hukukta Kadına Yönelik Şiddete İlişkin Kanuni Düzenlemeler

A. *Türk Hukukunda*

Ailenin ve kadının korunmasına ilişkin son düzenleme olan 6286 sayılı Kanun, 4 maddelik eski kanuni düzenlemeden farklı olarak, 1'i geçici olmak üzere toplam 25 maddeden müteşekkil, ayrıntılı bir düzenlemedir⁶⁵. Söz konusu bu düzenleme, 08.03.2012 tarihinde kabul edilip, 28239 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Birinci bölümde ilk iki madde düzenlemesinde; Amaç, Kapsam, Temel İlke ve Tanımlar, İkinci bölümde; Koruyucu ve önleyici tedbirlere ilişkin hükümler (m. 3-13), Üçüncü bölümde ise Merkezlerin Kurulması, Destek Hizmetleri ve Kurumlar arası koordinasyon (m.14 vd), yürürlük ve yürütme hususları düzenlenmiş bulunmaktadır. Amaç başlığını taşıyan 1. madde düzenlemesinde, kanunun amacının, kanunda öngörülen kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi olduğu ifade edilmektedir. Bu amaçla 18 Ocak 2013 tarih, 28532 sayılı Resmi Gazete de 5 bölüm 47 maddeden oluşan 6284 sayılı Kadının Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin bir de uygulama yönetmeliği neşredilmiştir.

Kanunun 2. maddesinde şiddet ve türleri tanımlanmış, şiddete ilişkin olarak 3. maddede öngörülen koruyucu ve önleyici tedbirlerden bir veya birkaçını birlikte alma görevi mülki amire verilmiştir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde evrakın en geç kararın alındığı tarihi takip ilk iş günü içerisinde mülki amirin onayına sunmak kaydıyla madde 2 fıkra 1' (a) ve (ç) bentlerinde yer alan tedbirler ilgili kolluk amirince de alınabilecektir. Mülki amir tarafından 48 saat içerisinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkacaktır. Aile mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlar koruyucu ve önleyici tedbir kararları olmak üzere iki kısımdır⁶⁶. Hâkim, korunan kişilere ilişkin olarak kanunun

⁶⁵ Kabul tarihi: 08.03.2012

⁶⁶ Koruyucu tedbir kararları, şiddete uğrayan veya uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması amacıyla verilen kararlardır. 4320 sayılı kanunda koruyucu tedbir kararlarına yer verilememişken 6284 sayılı Kanun'un 3. maddesinde mülki amir, 4. maddesinde ise aile mahkemesi hâkimi tarafından verilebilecek koruyucu tedbir kararları örnek kabilinden sayılmıştır. Önleyici tedbir kararları ise ancak hâkim tarafından şiddet uygulayan kişiler hakkında verilebilen kararlardır. Koruyucu tedbir kararları, şiddet mağdurlarını

4. maddesinde öngörülen ‘koruma tedbirlerinden’ yine aynı şekilde 5. madde de öngörülen (a-ı) ‘önleyici tedbirlerden’ birine ya da birkaçına karar verebilecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (a-d) bentlerinde yer alan tedbirler ilgili kolluk amirince alınabilecek ancak bu evrak en geç kararın alındığını izleyen ilk iş günü içinde hâkimin onayına sunulacaktır. Hâkim tarafından 24 saat içerisinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkacaktır. Hâkim söz konusu tedbirlerle birlikte 5295 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu, destekleyici tedbirler ile 4721 sayılı TMK.’da velayet⁶⁷, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında karar de verebilecektir. Şayet şiddet uygulayan, ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan biri ise MK. hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla, mağdurun yaşam düzeyi göz önünde tutularak mağdur tarafından talep edilmemiş olsa dahi mağdur için tedbir nafakasına hükmedebilecektir.

Söz konusu tedbir kararı, ilgilinin, Bakanlık ya da kolluk görevlilerinin ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilebilir. Tedbir kararının süresi ilk defasında en fazla 6 aydır. Bu kararlar en çabuk en ulaşılabılır yer hâkiminden, mülki amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilecektir. Ancak şiddetin devamı ya da uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hallerde resen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk kuvvetlerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değişmesine, kaldırılmasına veya aynen devamına karar verilebilecektir. Koruyucu tedbir kararının verilebilmesinde şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmayacaktır. Önleyici tedbir kararı kanunun amacını tehlikeye düşürmeyecek şekilde, gecikmeksizin

korumaya yönelik iken, önleyici tedbir kararları şiddet uygulayanın şiddetini önlemek veya şiddetin tekrarlanmamasını sağlamaya yöneliktir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., UĞUR, Hüsamettin, (Kadın), s.350 vd.

⁶⁷ “Velayet; küçüklerin ana ve babalarının ortaklaşa eğitim, nerde bulunmalarını belirleme, gözetim ile bakım konularında hak ve görevlerini içeren bir durumdur. Velayet bir hak olduğu kadar ana babaya bir de görev yüklemektedir. Ana - babanın, çocuğun gelişimini, psikolojisini, yaşamını, sağlığını etkileyebilecek tutum ve davranışlardan kaçınmaları gerekir. Bu hak gereği gibi yerine getirilmediği takdirde devletin müdahale hakkı bulunmaktadır. Çocuk Koruma Kanunu hükümleri gereğince, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, sağlık, barınma konularında alınacak tedbirleri ihtiva etmektedir. TMK. hükümleri gereğince anne babadan ayırma ise çocuğun korunması için uygulanan en ciddi önlemdir.” Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk.,İNCEOĞLU, Burçe, ‘Aile İçi Şiddet ve Velayet’, Hukuk Gündemi, Bahar 2007, S.7, s.89 vd.

verilmek zorundadır. Tedbir kararı korunan kişiye ve şiddet uygulayana tefhim ve tebliğ edilir. Bu tefhim ve tebliğ işlemlerinde tedbir kararlarına aykırılık halinde şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsinin⁶⁸ uygulanacağı ihtar yapılır. Bu kararlara tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgiler tarafından aile mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz halinde verilen karar kesindir. Tedbir kararlarının uygulanmasında hâkim kararı ile teknik araç ve yöntemler kullanılabilirse de bu suretle kişilerin ses ve görüntülerin dinlemesi, izlenmesi ve kayda alınması yasaktır. Tedbir kararın gereklerine aykırı hareket⁶⁹ başka bir suç oluştursa dahi ihlal edilen tedbirin niteliğine göre ihlalde bulunan kişiye üç günden on güne kadar zorlama hapsi⁷⁰ cezası verilebilecek, her tekrarı

⁶⁸ Zorlama hapsi ya da tazyik hapsi, disiplin hapsi gibi cezalar içeren hükümler CMK' nun 60 ve 203. maddeleri ile HMK' nun 151/2 ve 253/2. Maddelerinde mevcut olup tanıklıktan veya yeminden sebepsiz çekinen tanığa ve duruşmanın düzenini bozan kişilere disiplin hapsi öngörülmüştür. İşte 6234 sayılı Kanunda da şiddet uyguladığı için hakkında tedbir kararı verilen kimsenin bu karara aykırı hareket etmesi halinde fiili bir suç oluştursa dahi ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla zorlama (tazyik) hapsine tabi tutulabilecektir. Zorlama hapsine tabi tutulan husus ise tedbire, koruma kararına aykırı davranmaktır. Zorlama hapsine karşı bir kanun yolu (itiraz) veya başka türlü bir denetim mekanizması öngörülmemiştir. Kanun koyucu eğer zorlama hapsinin herhangi bir kanun yoluna tabi olmamasını düşünüyorsa bunu açıkça belirtmeliydi. Zira hukukta açıklık ve belirlilik ilkesi çok önemlidir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bk., UĞUR, Hüsamettin, s. 119 vd.

⁶⁹ “4320sayılı Kanun'da suç olarak düzenlenen tedbir kararına aykırılık, 6284 sayılı Kanun ile suç olmaktan çıkarılmış, yerine zorlama hapsi getirilmiştir”. UĞUR, Hüsamettin, (Kadın), s.342.

⁷⁰ “Kişinin belirli bir yükümlülüğe aykırı davranmamak konusunda kural olarak mecburiyeti bulunmamaktadır. Ancak kişi, bazı durumlarda bir yükümlülüğe uygun davranmaya belli ölçüde icbar edilebilmektedir. Böyle bir icbar yükümlülüğü nitelikte 6284 sayılı Ailenin Korunması Kanununun tedbir kararlarına Aykırılık başlığını taşıyan 13. maddesinde öngörülmektedir. Şiddet uygulayan kişinin fiili suç oluştursa dahi bu zorlama hapsi yine de uygulanacak kişi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir. Bu hapse ise ancak aile hâkimi karar verebilecektir. Bu kararlar, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirilir ve bu kararlar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının ilgili il ve ilçe müdürlüklerine de bildirilir. Zorlama hapsi bakımından bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bunun ifade ettiği anlam şudur: Kişinin belli bir yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, bu yükümlülüğe uygun davranmasını sağlamak amacıyla hakkında zorlama hapsine karar verilmektedir. Bu bakımdan kişiye yüklenen yükümlülük devam ettiği sürece bu yükümlülükle ilgili olarak hakkında zorlama hapsine karar verilebilecektir”. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bk., ÖZGENÇ, İzzet, ‘Şiddet Uygulayan Kişinin Zorlama Hapsine Tabi Tutulması’, Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl: Ekim 2012, C.8, S.97 - 98, s.59 vd.

halinde ihlal edilen tedbirin niteliği ve aykırılığına göre bu zorlama süresi 6 ayı geçemeyecektir⁷¹.

Adı geçen Kanun şiddet gören kadın ve aile bireylerinin korunmasına yönelik önemli yenilikler getirmiştir⁷². Şöyle ki bu Kanunla; Töre cinayetlerinin önlenmesine yönelik etkili tedbirlerin alınmış ve etkin kurumsal yapılar oluşturularak kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik katkılar sağlamıştır. Son Anayasa değişikliği ile kabul edilen kadınlara ilişkin pozitif ayrımcılık düzenlemesinin hayata geçirilmesi için tedbirler alınarak, şiddet mağdurlarına ve çocuklarına, ‘maddi yardım ve ücretsiz sağlık yardımı’ yapılmış, şiddet mağdurlarına 7 gün 24 saat esasına göre hizmet veren ‘Şiddet İzleme Merkezleri’ kurulmuştur. Amaca ulaşabilmek için bu kanunla, koruyucu tedbir kararlarına aykırı davranan, şiddet uygulayan veya uygulama ihtimali olan kişinin zorlama hapsine tabi tutulabileceği⁷³, sosyal güvencesi olmayan şiddet mağdurları ile şiddet uygulayan ya da uygulama ihtimali bulunan kişilerin rehabilitasyon ve tedavi hizmetlerinden yararlanmasına karar verilenlerin sağlık giderlerinin de

⁷¹ Kanunda öngörülen tedbirlere ilişkin esaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bk., BACAKSIZ, 20 vd.; NUHOĞLU, s.71 vd.

⁷² Bununla birlikte Şiddete Son Kadın Platformu’nu oluşturan 237 kadın örgütü, Mecliste kabul edilen şiddet yasasını yeterli bulmadıklarını, uğradığı aleyhte yapılan değişikliklerden şu gerekçelerle rahatsız olduklarını basına ilan etmişlerdir. ‘Öncelikle Yasanın adının kadın değil aileyi koruma üzerine düzenlenmiş olması, şiddete uğrayan kadınların tek adımda yardım ve korunma alabileceği 7 gün 24 saat ve tek adım ilkesiyle çalışacak merkezlerin teşkilat, görev ve kadrolarının kadın örgütlerinin talepleri doğrultusunda düzenlenmemiş olması, yasa da sığınaklar ve cinsel şiddet kriz merkezlerinin yer almamış olması; kadın örgütlerinin şiddet ve cinayet davalarına müdahilliğinin kabul edilmemiş olmasını eleştirerek itiraz yasa üzerinde mutabık kalınan noktalarda artık herhangi bir değişiklik yapılmamasını talep etmişlerdir. Bk., ‘Yetmez Ama Evet’, Posta Gazetesi, 8 Mart 2012, s.19.

⁷³ “...mahkemenin mehabetine (saygınlığına) ters davranan kişiler için hakim bir tedbir olarak bu kişilere disiplin cezası olarak zorlama hapsi verebilmesi anlayışı yasa da ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasa da, 6284 sayılı yasa da aile hakimlerine bir tedbir türü olarak bu seçenek tanınmış bulunmaktadır. Kadına karşı şiddetin önlenmesinde bu tedbir şüphesiz önemli bir adımdır. Zira bunun mevzuatımıza girmesi şiddete karşı mücadelenin etkinlik kazanması yönünden çok açık bir anlayışı simgelemektedir. Ancak AİHM kararlarına göre m.5 anlamında AİHM içtihatlarını hâkimin dikkate alması gerekir”. TEZCAN, Durmuş, Oturum Açılış Konuşması Metni, Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl: 2012, C.8, S.97-98, Ekim 2012, s.47.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir⁷⁴.

B. Uluslararası Hukukta

Tarihin en eski çağlarından beri var olan kadına yönelik şiddetin bir sorun olarak görülüp, önlenmesi ve mağdurun korunmasına dair hukuki düzenleme ve toplumsal bilinçlendirme çalışmalarının başlaması dünyada uzak değil, yakın tarihlerde 1970’li yıllardan sonra başlamaktadır. İnsan haklarının evrensel bir değer olarak tanınması ve geliştirilmesiyle birlikte dünyada olduğu gibi ülkemizde de ailede ve toplumda kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın kaldırılması çalışmaları başlatılmış; uluslararası sözleşmelere taraf olunmuş ve bu konuda iç hukukta da bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Kadına yönelik şiddet konusunda dünya genelinde, uluslararası alanda en önemli farkındalık 25 Kasım 1960 tarihinde yaratılmıştır. Şöyle ki: Dominik Cumhuriyeti’nde diktatörlüğe karşı mücadele eden üç kız kardeş (Mirabel Kardeşler) tecavüz edilerek öldürülmüş ve bu bir trafik kazası gibi gösterilmiştir. Durumu öğrenip 1981 yılında Latin Amerika ve Karayipler’den gelen kadın grupları bu tarihi “Kadına Yönelik Şiddete Hayır Günü” olarak ilan etmiş ve her yıl bu tarihin tüm dünyada ‘Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması İçin Uluslararası Mücadele Günü’ olarak kutlanmasına vesile olmuşlardır. Bu farkındalık uluslararası alanda ve iç hukuk alanında hızla bir takım kanuni çalışmalara dönüşmüştür. Kronolojik sıralamasıyla Türkiye’nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler⁷⁵ ve düzenlemeler aşağıdaki şekilde ele alınabilir:

⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., ‘Şiddete Kelepçe’, Posta Gazetesi, 20 Temmuz 2011, s.13; ‘Kadınlara En Güzel Hediye Meclis’ten’, Posta Gazetesi, 8 Mart 2012, s.19; HATEMİ /OĞUZTÜRK, Aile Hukuku, İstanbul 2013, s.188 vd.; MOROĞLU, Nazan, ‘Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi’, Kazancı Dergisi, Yıl: 2012, C.8, S.97 - 98, Ekim 2012, s.35 vd. ; NUHOĞLU, s.69 vd.; UĞUR, Hüsamettin, (Kadın), s.339 vd.

⁷⁵ Avrupa birliğine katılma sürecinde ülkemizde birçok uyum yasaları çıkarılmış. Bunlardan en önemlisi Anayasamızın 90. maddesinde yapılan değişiklik olmuştur. Uluslararası belgelerin iç hukukumuzda etkin hale gelmesi, Anayasa’nın “Milletlerarası Antlaşmaları Uygun Bulma” başlığını taşıyan 90. maddesi ile mümkündür. 90. madde, uluslararası antlaşmaların onaylanmasında izlenecek usulün temel çerçevesini belirlemekte ve 2004 yılında eklenen son fıkrasında da usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmaların kanun niteliğini kazanacağını, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla iç hukuk düzenlemelerinin aynı konuda

1. Uluslararası Sözleşmeler - Politika Araçları - İlke ve Tavsiye Kararları

a. Sözleşmeler

aa. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW) 19794

CEDAW, doğrudan doğruya kadına yönelik şiddetle alakalı bir sözleşme değildir. Kaldı ki sözleşme de kadına yönelik şiddet de tanımlanmış değildir. Ancak içerdiği düzenlemeler bakımından bir bakıma kadına yönelik şiddetle dolayısıyla alakalı bir sözleşme olduğu söylenilebilir⁷⁶.

Sözleşmenin 1. maddesinde ‘kadınlara karşı ayrımcılık’; ‘kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın - erkek eşitliğine dayalı olarak temel hak ve özgürlüklerin tanınması, kullanılması ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama olarak tanımlanmaktadır. ‘Hukuki Alanda Tedbirler Alma Yükümlülüğü’ başlığını taşıyan 2. maddesinde ise taraf devletlere; Anayasalarına veya diğer mevzuatlarına kadın-erkek eşitliği ilkesini dâhil etme, kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı yasaklayan ve gerektiği takdirde yaptırımlar getiren gerekli mevzuatı çıkarma ve ilgili diğer tedbirleri alma sorumluluğu yüklenmektedir.

CEDAW, hem yasalardaki hem de gerçek yaşamdaki ayrımcılığın ortadan kaldırılması, kamu yaşamında olduğu gibi özel yaşamda ve özellikle de aile ilişkilerinin ayrımcı kalıp yargı ve davranışlardan arındırılmasını öngörmektedir. Bu bağlamda, kadına yönelik aile içi şiddetle mücadelede, şiddeti yaratan ve besleyen eşitsizlik temeline

farklı hükümler içermesi halinde çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşmanın esas alınacağı ifade edilmektedir. Bk., CİRİT, s.101.

⁷⁶ O tarihlerde kadına yönelik aile içi şiddet konusunda henüz farkındalık oluşmamış olduğundan Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi’nde, kadına yönelik aile içi şiddet de düzenlenmemiştir. MOROĞLU, Nazan, ‘6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi’, s.359-360 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1169>); ‘Uluslararası alanda, özellikle kadın araştırmaları alanında, İngilizce adının baş harflerinden oluşan CEDAW olarak anılan sözleşme, dünya nüfusunun yarısı olan kadınların insan haklarına odaklanması nedeniyle diğer insan hakları sözleşmeleri arasında özel ve önemli bir yere sahiptir’. Uluslararası sözleşmeler hususunda ayrıntılı bilgi için bk., MOROĞLU, Nazan, ‘Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi’, Kazancı Dergisi, Yıl: 2012, C.8, S.97 - 98, Ekim 2012, s.22, 24 vd.

odaklanıldığından, düzenlemenin kadına yönelik şiddetle dolaylı alakalı bir sözleşme olduğu söylenilebilir. Bu sözleşme, 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilerek, 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe konmuş, ülkemizde ise 1985 yılında onaylanıp, 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

bb. CEDAW Ek İhtiyari Protokol-1999 İhtiyari Protokol,

CEDAW'ın taraf devletlerce uygulanmasının etkin ve etkili hale getirilmesi için hazırlanan ve 2000 yılında yürürlüğe giren yasal bir araçtır. 21 maddeden oluşan bu Protokol, temel olarak öngörülen iki denetim mekanizmasının nasıl işlediği ile CEDAW Komitesi'nin yetki ve görevlerini düzenlemektedir. Protokol, Genel Kurulun 6 Ekim 1999 tarih ve 54/4 (A/RES/54/4) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 10 Aralık 1999'da imzaya açılarak, 22 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Türkiye' de ise bu Protokol 8 Eylül 2000'de imzalamış, 29 Ekim 2002 tarihinde de yürürlüğe girmiştir.

cc. İstanbul Sözleşmesi

Avrupa Konseyi'nce kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda kararlı yeni bir adım atılmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzaya açılan "Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşme" uluslararası hukukta kadına karşı şiddet ve aile içi şiddet konusunda yaptırım gücü olan ilk sözleşme niteliği taşımaktadır. Sözleşme, İstanbul'da imzaya açılmış olması nedeniyle İstanbul Sözleşmesi olarak anılmaktadır. İlk defa bağlayıcı ve kadına yönelik şiddetin insan hakları ihlali olduğunun vurgulandığı bu sözleşmede, ayrıca bağımsız bir denetim mekanizması kurulmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Sözleşme'de, şiddetin kadın erkek eşitsizliğinin bir sonucu olduğu vurgulanmıştır. Bu sözleşme hem CEDAW'ın güçlenmesine hem de CEDAW'da düzenlenen ayrımcılığın kaldırılmasına eşitliğin sağlanmasına destek oluşturacak niteliktedir. Türkiye, imzaya açılma töreninde 13 ülkenin imzaladığı Sözleşme'ye imza koyan ve onaylayan ilk ülke olmuştur.

Türkiye'nin hazırlığına öncülük ettiği ve parlamentosundan ilk olarak Türkiye'nin geçirdiği sözleşmeye göre; her türlü şiddet vakalarına dair ayrıntılı istatistikî veriler toplanacak, kadın erkek eşitliği, her türlü şiddetle mücadele konusu resmi eğitim ve öğretim müfredatlarına yerleştirilecek, failleri eğitmeyi hedefleyen programlar oluşturulacaktır. Mağdurlara, özellikle kadın ve çocuklarına güvenli konaklama sağlayan,

kolayca ulaşılabilir sığınaklar hazırlanması için gerekli tedbirler alınacak. Şiddete uğrayanlara danışmanlık hizmeti vermek için ülke çapında 24 saat kesintisiz, ücretsiz telefon destek hattı kurulacak. Mağdurlara yönelik tıbbi ve adli muayene, travma desteği ve danışmanlık sağlamak üzere⁷⁷, tecavüz, kriz ve ya cinsel şiddet yönlendirme merkezleri kurulacak⁷⁸. Şiddet eylemlerinin gerçekleşmesine tanık olanların yetkili makamlara ihbarı teşvik edilecek. Şiddet mağdurlarına yeterli hukuksal başvuru yolları sağlanacak. Şiddete uğrayanlar için tazminat ödenmesi sağlanacak. Taraf devletler, kültür, örf ve adet, din, gelenek veya sözde namusu, şiddet eylemlerinin bir gerekçesi olarak kabul edemeyecek. Bütün şiddet biçimlerine karşı sorumlu emniyet güçleri, mağdurlara yeterli ve acil koruma verilecek. Şiddet suçları mağdurun şikâyetine ve ifadesine bağlı olmayacak. Mağdur, şikâyetini geri çekse de soruşturma ve kovuşturma sürecek. Bir yetişkin veya çocuğu evliliğe zorlamak suç olacak. Zorla

⁷⁷ ‘Şiddet mağduru kadının medikolegal (adli tıp) değerlendirilmesi sırasında mağdurun hassasiyetlerine özen gösterilerek, güvenliği sağlanarak yapılacak çok dikkatli bir muayenenin ardından ilgili disiplinlerin de işbirliğiyle mümkünse bir defada işlemlerin yapılarak bulguların rapora aktarılması sağlanmalıdır. Günümüzde cinsel saldırı mağdurları için önerilen her işlemin tek bir merkezde yürütüldüğü (rape crisis center) modelin kadına yönelik şiddet olgularında da yararlı olacağı açıktır. Ülkemizde bu şiddetin yaygınlığı göz önüne alındığında böylesi merkezlerin ne kadar gerekli olduğu da anlaşılacaktır’. ÖZKARA / CAN, s.345.

⁷⁸ Türkiye’de ilk defa hukuk, psikolojik ve tıbbi alanda hizmet veren Kadına Yönelik Şiddet Tanı ve Rehabilitasyon Merkezi Dr. Sadi Konuk eğitim ve Araştırma Hastanesi’nde Bakırköy’de açılmıştır. 200 kadının takip altına alındığı merkezde, mağdur kadınlara yönelik aktiviteler düzenlenmektedir. Kadına yönelik şiddetin önüne geçmek için açılan merkezde şiddet mağduru kadınların, tüm muayeneleri yapılmakta, adli tıp raporunun düzenlenmesinin ardından hukuki ve danışmanlık hizmeti verilmektedir. Merkezde kadınların sosyal hayata yeniden kazandırılması için haftalık aktiviteler düzenlenmekte, bütün tedavilerinin ücretsiz olarak gerçekleştirildiği merkezde şiddet mağduru kadınlar ilk tıbbi, hukuksal ve psikolojik desteklerini aldıktan sonra randevularla da takip edilmektedir. Merkez’e her türlü şiddet gören kadınlar müracaat edebilmektedir. Bu merkez İstanbul Kalkınma Ajansı’nın desteğiyle 670 milyar TL bütçeyle kurulmuş bir merkezdir. Bu merkez Türkiye’de şiddet gören kadınlara sağlık hizmetinin yanında hukuksal ve psikolojik destek de veren ilk merkez olma özelliğini kazanmıştır.” Hastanede psikiyatri, acil tıp uzmanı, adli tıp uzmanı, aile hekim uzmanları ile proje kapsamında 1 hukukçu, 2 de psikolog çalışmakta da mağdur kadınlara hizmet vermek için bir de araç kiralanmıştır. Şu an itibarıyla 200’e yakın kadının takip altında tutulmaktadır. Bk.,<http://www.milliyet.com.tr/siddet-magduru-kadinlara-ozel-merkez-istanbul-yerelhaber-154824/>

gerçekleştirilen evliliklerin mağdura aşırı mali ve idari yük olmaksızın feshi, iptali ve sonlandırılması sağlanacaktır⁷⁹.

b. Politika Araçları, İlke ve Tavsiye Kararları

Kadına yönelik aile içi şiddet konusunda kabul edilen tavsiye kararları CEDAW'da yer alan hükümlerin yorumlanmasına ve daha net anlaşılmasına hizmet etmekte; diğer politika araçları ise devletlere kadına yönelik şiddetle mücadeleye ilişkin yapılması gerekenler konusunda çerçeve oluşturmakta, yol göstermekte, çeşitli sorumluluklar vermektedir.

aa. CEDAW Komitesi'nin 19 No'lu Tavsiye Kararı

Komite'nin 1992 yılında yayımlanan 19 No'lu Tavsiye Kararı ile CEDAW'ın kabulünden yaklaşık 13 yıl sonra, kadına yönelik aile içi şiddetle mücadelenin devletin yükümlülüğünde olduğu resmen kabul edilmiştir. Karar'da aile içi şiddetin, kadınlara yönelik şiddetin en gizli şekillerinden biri olduğu ve her toplumda yaygınlığı vurgulanarak, kadınların sağlığını riske attığı ve sosyal yaşama ve aile yaşamına katılma becerisini ihlal ettiği belirtilmiş; bu konuda devlet tarafından alınması gereken önlemler ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Karar ile taraf devletler toplumsal cinsiyet temelli şiddetin bütün türlerine karşı uygun ve etkin tedbirleri almaya davet edilmiş, ilgili kanunların tüm kadınlara etkin koruma sağlaması gerektiğinin altı çizilmiştir.

bb. Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi (1993)

Genel Kurul tarafından 1993'te ilan edilen Bildirge, özel olarak kadına yönelik şiddet konusuna odaklanan ilk insan hakları belgesidir. Belge'nin 1. ve 2. maddelerinde kadına yönelik şiddetin tanım ve türleri arasında aile içinde uygulanan şiddete vurgu yapılarak 4. maddede devletlerin şiddeti tasfiye etme konusundaki sorumlulukları düzenlenmiştir.

⁷⁹ 'Kadına Yönelik Şiddet Sözleşmesi Birçok Yükümlülük Getiriyor', Zaman Gazetesi, 26 Kasım 2011, s.31; İstanbul Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bk. YENİSEY, s.10 vd.; Bk., MOROĞLU, Nazan, 'Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi', Kazancı Dergisi, Yıl: 2012, C.8, S.97 - 98, Ekim 2012, s.30 vd.

**cc.Birleşmiş Milletler Dördüncü Dünya Kadın Konferansı,
Pekin⁸⁰ Deklarasyonu ve Eylem Platformu (1995)**

Kadına yönelik şiddet gündemine ilişkin hukuki ve siyasal çerçevenin daha da netlik kazanmasına hizmet eden ve bir taahhütler konferansı olarak nitelendirilen Dördüncü Dünya Kadın Konferansı'nda ele alınan temel konular arasında kadına yönelik şiddet de yer almıştır. Konferans sonunda kabul edilen Pekin Deklarasyonu'nda, kadınlara ve kız çocuklarına yönelik her türden şiddeti önleme ve ortadan kaldırma konusundaki kararlılık dile getirilirken, Eylem Platformu'nda aile içinde gerçekleşen de dâhil olmak üzere kadına yönelik şiddeti önleme konusunda devletlerin sorumluluk alması gerektiği vurgulanarak bu alanda stratejik hedefler ve bu hedefler altında gerçekleştirilmesi öngörülen eylemler belirlenmiştir.

çç. Pekin+5 Siyasi Deklarasyonu ve Sonuç Belgesi (2000)

BM Genel Kurulu'nun 10 Haziran 2000 tarihli toplantısında A/RES/S-23/3 sayılı kararı ile kabul edilen Pekin+5 Sonuç Belgesi'nde Pekin Eylem Platformu'nun 12 kritik alanında elde edilen başarılar ve karşılaşılan engeller ortaya konmuş; bu çerçevede de hükümetler, bölgesel ve uluslararası kuruluşlar ile diğer kurum ve kuruluşlarca yapılması gerekenler ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Sonuç Belgesi'nde; aile içi şiddetin birçok ülkede halen aileye özel bir konu olarak görüldüğü, şiddet türlerinin yok edilmesi için gerekli yasal önlemlerin halen birçok ülkede zayıf kaldığı ve toplumsal cinsiyet eşitliği bakış açısını tam olarak yansıtmadığı özellikle vurgulanmıştır. Sonuç Belgesi ile kadına yönelik aile içi şiddetle mücadele konusunda, hükümetler tarafından ulusal düzeyde gerekli yasal tedbirlerin alınması ve diğer mekanizmaların kurulması, güçlendirilmesi, izlenmesi ve etkin şekilde uygulanması gerektiği özellikle vurgulanmıştır.

**dd. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 52/86 Sayılı
"Suçun Önlenmesi ve Ceza Adaleti Alanında Kadına
Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması İçin Önlemler"
Başlıklı İlke Kararı-1998**

Söz konusu İlke Kararı, suçun önlenmesi ve ceza adaleti alanında kadına karşı şiddetin önlenmesi için model strateji ve pratik önlemleri ayrıntılı olarak; ceza kanunu, ceza muhakemesi usulü, mağdura yönelik

⁸⁰ Konferansın sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bk., ÇETİNKAYA, s.586 vd.

destek ve danışmanlık hizmetleri, sosyal hizmetler, eğitim, araştırma ve değerlendirme, suç önleme araçları, uluslararası işbirliği, izleme çalışmaları başlıkları altında düzenlemiştir.

**ee. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 58/147 Sayılı
"Kadınlara Karşı Aile İçi Şiddetin Ortadan
Kaldırılması" Başlıklı İlke Kararı-2003**

58/147 sayılı İlke Kararı; kadına yönelik şiddetin tanımı ve türleri, kaynağı ve sonuçları konusunda öncüllerine benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Bu karar doğrudan kadına yönelik aile içi şiddete odaklanması ve devletin bu konudaki özen yükümlülüğünü önleme, koruma, cezalandırma ve tazmin başlıkları altında ayrıntılı olarak belirlemesi bakımından önem arz etmektedir.

**ff. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Kadına Yönelik
Her Türlü Şiddetin Ortadan Kaldırılması Çabalarının
Yoğunlaştırılması Konulu 61/143 Sayılı Genel Kurul
Kararı-2006**

BM Genel Kurulu'nun bu Kararı devletleri, kadına yönelik ayrımcılığa meydan veren ya da kadınlar üzerinde ayrımcılık etkisi yaratan tüm kanunlarını, politikalarını, uygulamalarını ve geleneklerini gözden geçirmeye ve uygun olduğu hallerde düzeltmeye; yasal sistemlerini ayrımcılık yapmama ilkesi de dâhil uluslararası insan hakları taahhütleri ve ilkeleriyle uyumlu hale getirmeye davet etmektedir.

**gg. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Kadına Yönelik
Her Türlü Şiddetle Mücadelenin Yoğunlaştırılması
Konulu 63/155 Sayılı İlke Kararı-2008**

BM Genel Kurulu'nun 63/155 sayılı İlke Kararı da diğer Genel Kurul kararlarına paralel bir yaklaşım sürdürmekte ve devletleri, kadına yönelik her tür şiddetin ortadan kaldırılmasında daha sistematik, kapsamlı, çok sektörlü ve sürdürülebilir bir yaklaşım geliştirmeye davet etmektedir.

c. Avrupa Konseyi Bünyesinde Kabul Edilen Belgeler

**aa. Bakanlar Komitesi'nin Aile İçinde Şiddet Konulu ve
No. R (85) 4 Sayılı Tavsiye Kararı ile Aile İçi Şiddete
İlişkin Sosyal Önlemler Konulu No. R (90) 2 Sayılı
Tavsiye Kararı**

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin bu iki Tavsiye Kararı incelendiğinde her ikisinin de öncelikli olarak aile içi şiddetin daha fazla görünürlük kazanmasına ve bu olgunun kabul edilemez olduğuna dair

toplumsal farkındalığın artırılmasına odaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca, belgelerin her ikisinin de asıl olarak aile içi şiddetle mücadelenin yalnızca bir boyutunu oluşturan ‘koruyucu önlemler’ üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Bunda, belgelerin yürürlüğe girdiği dönemin kadına yönelik aile içi şiddetin aile mahremiyeti kapsamında çıkararak yeni yeni görünürlük kazanmaya ve tartışılmaya başladığı yıllara denk düşmesi büyük pay sahibidir.

bb. Demokratik Bir Avrupa’da Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Politikaları Konulu Deklarasyon-1993

1993 Deklarasyonu, Avrupa Konseyi’nin kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda yürütülen çalışmalarını bir üst düzeye taşımıştır. Belge’nin aile içi şiddet de dâhil şiddetin her türü ile mücadelede daha sistematik ve kapsamlı bir çerçeve oluşturduğu görülmektedir. Kadın-Erkek Eşitliği Üstüne III. Bakanlar Konferansı’nda kabul edilen Deklarasyon’da, ister ev içinde ister iş yerinde ya da kamusal alanda kim tarafından uygulandığına bakılmaksızın kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda kapsamlı bir eylem planı hazırlanarak acilen uygulamaya konulması konusunda karara varılmıştır.

cc. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Kadınların Şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Rec (2002)5 Sayılı Tavsiye Kararı

Bakanlar Komitesi’nin (2002)5 sayılı Tavsiye Kararı, kadına yönelik şiddeti önleme konusunda geniş kapsamlı bir çerçeve çizen ve küresel bir strateji oluşturan ilk uluslararası doküman olarak kabul edilmektedir. Belge hem temel ilkeler konusunda hem de şiddetle mücadele konusunda alınacak yasal, politik önlemler, veri toplama, bilinç artırma ve eğitim faaliyetleri, şiddet uygulayana yaklaşım gibi mekanizmalar konusunda konsensusa dayanmaktadır.

çç. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele: Bir Avrupa Konseyi Sözleşmesine Doğru” Konulu 1635 (2008) Sayılı İlke Kararı

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin Kararı’nda, kadına yönelik şiddetle mücadeleye dönük çalışmaların yoğunlaştırılması gerektiğine vurgu yapılmakta, devletler eski eşleri de kapsayacak şekilde eşler arası şiddeti ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemeye, şiddet uygulayan aile bireyini evden uzaklaştırmayı da kapsayacak şekilde

koruma tedbirleri düzenlemeye davet edilmektedir. Karar, yasaların uygulanmasını sağlamak üzere devletlerin yeterli bütçeyi ayırması gerektiğini vurgulaması bakımından ayrıca dikkat çekmektedir.

d. Avrupa Birliği İlerleme Raporları

Avrupa Birliği'ne (AB) üyelik süreci, adalet sistemimizin ihtiyaç duyduğu reformların gerçekleştirilmesinde büyük önem arz etmektedir. Kadın erkek eşitliğinin AB'nin temel ilke ve hedeflerinden olduğu göz önünde bulundurulduğunda, AB sürecinin kadının insan haklarının geliştirilmesi ve güçlendirilmesi konusunda iç hukukumuzda etkisi daha net ortaya çıkmaktadır. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Türkiye için 1998'den beri yayımlanan ilerleme raporları, Birlik ile Türkiye arasındaki ilişkileri tanımlamakta, üyelik için siyasi kriterler ve ekonomik kriterler açısından Türkiye'deki durumu incelemekte, Türkiye'nin üyelik yükümlülüklerini üstlenme kapasitesini gözden geçirmektedir. 2006-2007-2008 ve 2009 İlerleme Raporları İlerleme incelendiğinde; dördünde de gerekli yasal düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte, uygulamada sorunlar yaşanmaya devam ettiği; töre cinayetleri, erken evlilikler ile aile içi şiddetin halen ciddi boyutlarda olduğu ve ilgili konularda yeterli veri olmadığı; sığınma evi sayısının yetersiz olduğu konularına özellikle vurgu yapıldığı açıkça görülmektedir (Avrupa Komisyonu 2006, 2007, 2008, 2009). Çok daha güncel olan 2009 İlerleme Raporu'nda, Ailenin Korumasına Dair Kanun'a göre şiddet tehdidi ile karşılaşan kadınlar lehine koruma kararı çıkarılmasının uzun zaman aldığı, bu durumun da kadınların daha fazla mağdur olmasına neden olduğunun belirtilmiş olması dikkat çekicidir. Yine 2009 Raporu'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 09/06/2009 tarihli (AİHM) Opuz/Türkiye davasına ilişkin kararına atıfta bulunulmuş olması önemlidir. Zira söz konusu karar ile Türkiye, aile içi şiddeti engelleyemediği ve kadına karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için gerekli önlemleri hayata geçiremediği gerekçesiyle suçlu bulunmuştur⁸¹.

⁸¹ Bk., European Court of Human Rights [ECHR] Application no: 33401/02, 2009; Aile içi şiddete ilişkin bir dava ise yakın tarihli olan ve Türkiye'yi oldukça yakından ilgilendiren Opuz v. Türkiye davasıdır. Söz konusu davanın olguları, Türk kamu makamlarının aile içi şiddete yaklaşımını ortaya koymaktadır. Bu davada mahkeme göre, aile içi şiddet tüm taraf devletleri ilgilendiren genel bir sorundur ve genellikle kişisel ilişkilerde ve kapalı çevrelerde gerçekleştiği için her zaman açığa çıkmamaktadır. Aile içi şiddetin mağdurlarının sadece kadınlar olmadığına, erkekler ve çocukların da bu olgunun mağduru olduğuna dikkati çekmiş mahkeme somut olayı aile içi şiddetin ağırlığını akılda

SONUÇ

Kadına yönelik şiddet olgusu, 1980'lerde önce kadın hareketinin daha sonrasında ise Türkiye'nin gündemine girmiştir. Sonraki yıllarda gerçekleştirilen açık oturumlar, konferanslar vb. bilimsel çalışma ve araştırmalar, yapılan istatistikî faaliyetlerle konu görsel ve yazılı basında daha fazla gündemde tutulmuş, halkın ilgisi bu yöne çekilerek kadın insan hakları ve kadına yönelik şiddetin boyutları çok daha görünür hale getirilmiştir.

Şiddet ve aile kavramları çağdaş bir toplumda asla yan yana gelmemesi gerek iki farklı kavramdır. Birinin olduğu yerde diğere asla yer yoktur. Toplumun güçlü tutulması; içerisinde yer alan aile mekanizmasının iyi işlemesi ve onun güçlü tutulmasına bağlıdır. Her bireyin öncelikle yakın çevresi başta olmak üzere toplumun diğer bireyleriyle de iyi ilişkiler kurup, mutlu bir birey olarak hayatına devam etmesi hem bireyin kendisine hem de sosyal bir hukuk devleti olmanın bir gereği olarak devletin bireyine karşı sağlaması gereken sorumluluklarından birisini oluşturmaktadır. Günümüzde başta işsizlik, ekonomik sorunlar⁸²,

tutarak değerlendirmiştir. Mahkemece verilen kararda aile içi şiddet vakalarının savcılık tarafından resen kovuşturulmasının gerekli olup olmadığı meselesi gündeme gelmiş ve şiddet vakalarında mağdurun şikâyetini geri alması durumunda da kavuşturmaya devam edilmesinin gerekli olup olmadığının üzerinde durularak bu konuda karar verilirken dikkate alınması gereken (suçun ağırlığı, mağdurun yaralarının fiziksel mi yoksa psikolojik mi olduğu, failin silah kullanıp kullanmadığı gibi) on ayrı faktör belirlenmiştir. Bu konuda taraf devletin mağdurun m.2 ve m. 3 hakları ile m.8 hakları arasında bir denge kurması yönünde bir yükümlülüğün varlığını not ederek, mahkeme muhatap devletin ceza sisteminin somut olayda başvurusunun ve annesinin kişisel bütünlüğünü koruyamadığını ve dolayısıyla da sözleşmenin 2 ve 3. maddelerini ihlal ettiğini vurgulamıştır. Türkiye'deki yargının genel ve ayrımcı pasifliğine ilişkin önceki bulgusu ışığında başvurusunun ve annesinin maruz kaldığı şiddetin kadına karşı ayrımcılığın bir biçimini teşkil eden toplumsal cinsiyete-dayalı şiddet olduğunu belirterek m.2 ve 3 ile bağlantılı olarak m. 14'ün ihlal edildiğine karar vermiştir. Bk., Opuz v. Turkey, (App.No.33401/02), Judgment of the ECtHR of 9 June 2009, paras. 199 - 200. Bu konuyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bk., 'ÖNCÜ, s.51 vd.; UĞUR, Hüsamettin, 'Kadın Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri', (Kadın), TBB Dergisi, 2012 (101), s.337 vd.

⁸² 'Son ekonomik kriz aile kurumunu teğet geçmedi ve derin yara açmıştır. Krizin aile kurumunda yarattığı hasar evlenme sayısındaki düşüş ve boşanmalardaki keskin artışla kendini ortaya koymuştur. Nüfus artışına rağmen evlenme sayısı, kriz öncesinin altında kalmıştır. Buna karşın boşanmalar kriz öncesinin oldukça üzerinde gerçekleşmiştir. Kriz, evlenme sayısını düşürürken boşanmalarda hızlı bir artışa neden olmuştur. 2008'de % 5.8 artan boşanmalar, 2009'da % 14.6 gibi bir sıçrama kaydetmiştir. 2008'de 1000 kişi

kentleşme, göç, sanayileşme gibi çevresel etkenler olmak üzere birçok nedene dayalı olarak⁸³ devletin temel direği konumundaki aile kurumunda büyük sarsıntılar yaşanmaktadır⁸⁴. Sorunların tespiti ve çözüm yollarının bulunması için Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı birlikte geleceğe dair özellikle eğitim alanında birtakım planlama ve çalışmalar yapmaktadırlar. Yerinde bir uygulama olarak özellikle Aile Ombudsmanlığı modeliyle şiddet de dâhil olmak üzere hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın ülkemiz için

başına evlenme sayısı 9.03 iken 2011’de 8.00 olmuş değişim ise - 11.41, 1000 kişi başına boşanma sayısı 2008’de, 1.40 iken 2011’ de 1.61’ e çıkmış ve artış 15.27’ ye yükselmiştir. ‘Evlilik, Kriz Yarasını Hala Kapatamadı’, Haber Türk Gazetesi, 14 Nisan 2012, s.19.

⁸³ Aile ve Sosyal politikalar Bakanlığı’nın 12.056 hanede “Türkiye’ de Aile Yapısı Araştırması” konulu 18 yaş üstü 10.362 erkek, 13.017 kadın denek ile yapılan görüşmelerde ilginç sonuçlar ortaya çıkmıştır. Araştırmanın en çarpıcı sonucu: Türk halkının ihaneti kesinlikle affetmediği ve boşanmanın ilk nedeni saydığıdır. Araştırmada, erkekler için ilk on boşanma sebepleri sırasıyla: İhanet, suça karışmak, içki-kumar, kötü muamele (dayak, hakaret, sorumsuzluk ve ilgisizlik, kadının ailesinin çok karışması, kadının ailesi ile anlaşamamak, ev işlerini gereğince yapamaması, çocuk doğuramaması ve tedavisi güç hastalığa yakalanması, kadın için ilk on boşanma sebebi ise: İhanet, suça karışmak, içki-kumar, kötü muamele (dayak, hakaret), sorumsuzluk ve ilgisizlik, erkeğin evin geçimini sağlayamaması, erkeğin ailesinin çok karışması, erkeğin ailesi ile anlaşamamak, çocuğunun olmaması ve tedavisi güç bir hastalığa yakalanması sebepleri olmuştur. Her iki grup içinde boşanma sebebi olarak dayaktan önce ilk sırada ihanet gelmektedir. İlginç bir diğer sonuçta boşanma oranlarında görülmektedir. Verilere göre ilk evlilikteki boşanma oranı % 5, ikinci evlilikte % 11.5, üçüncü evlilikte % 28.5, dördüncü evlilikte % 55.7 ve beşinci evlilikte bu oran % 28.7 olmuştur. Bu verilerden de anlaşılacağı üzere, beş ve daha yukarı yapılan evlikler dışındaki evlilikler hariç birden fazla ki evliliklerde her defasında boşanma sayıları katlanarak artmaktadır. Bk., ‘İhaneti Affetmiyoruz’, Posta Gazetesi, 26.4.2012, s.6: Amerika’da boşanan insanların % 93’ü tekrar evlenmekte, evlenenlerin % 76’ sı ise tekrar boşanmaktadır. O boşananların % 93’ü ise tekrar evlenmektedir. Bk., ‘Evliliğin Sırrı İyi İnsan Olmakta’, Zaman Gazetesi, Cumartesi Eki, s.4: Bk., EFE / AYZ, s.27.

⁸⁴ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın yurt genelinde ‘Türkiye’de Aile Yapısı Araştırması’nın sonuçları çok çarpıcı çıkmıştır. Ankete göre, görücü usulüyle evleniyor, sorumsuzluk ve ilgisizlik yüzünden boşanıyoruz. Kitap okumuyor, sinemaya gitmiyor, internete girmiyoruz. Genel olarak mutluuz. Ailede önemli kararları ise kadın veriyor. Yine bu araştırmaya göre, boşanma sebepleri arasında ilk sırayı sorumsuz ve ilgisiz davranma: kadın % 28.2, erkek % 26.6, 2. Sırada evin geçimini sağlayamama: kadın % 7.9, erkek 15.4, 3. sırada aldatma: kadın 5.7, erkek % 16.8, dördüncü sırada ise: kadın 0.4, erkek 20.8 ile dayak / kötü muamele / şiddet almaktadır. Bk., ‘İşte Türkiye’, Posta Gazetesi, 26 Nisan 2012, s.1.

büyük bir sorun teşkil eden boşanmaların önüne geçilmesi hedeflenmektedir⁸⁵.

Bakanlıkça bu konuda hâlihazırda iki örnek proje çalışması yürütülmektedir. Bu projelerden ilki ‘Aile Avukatlığı’ projesi bir diğeri ise ‘Aile Sosyal Destek Programı’dır. Projeye aile içi sorunlara büyümeden müdahale edilmesi, şiddet, töre cinayeti, çocuk istismarı, yaşlılara kötü muamele ve boşanma gibi sorunların⁸⁶ önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Program dâhilinde, öğretmen, doktor, hemşire, imam, muhtar gibi vatandaşlarla bire bir muhatap olan meslek grupları, sosyal konularda karşılaştıkları olayları Sosyal Hizmetler Merkezine bildireceklerdir. Sosyal Hizmet Uzmanları ise sosyal çalışmacı, psikolog, sosyolog, çocuk gelişimcisi, öğretmen, psikolojik danışman, rehber öğretmen ile aile ve tüketici bilimleri bölümü mezunu olan meslek mensupları arasından seçilecektir. Projeye her bir ailenin bir sosyal destek uzmanının olması sağlanacaktır⁸⁷. Seçilecek Sosyal Destek Uzmanları arasında yeteri kadar ekonomist ve akademisyen din görevlisinin yer alması projenin amacına ulaşılmasında oldukça faydalı olur kanaatindeyim. Ülkemizde yaşanan birçok sorunun çözümünde genelde uygulanan metot; sorun çıktıktan sonra çözüm üretilip, sorunun çözülmesi metodudur. Oysa sorun daha henüz çıkmadan aileye sağlanacak hukuksal ve psikolojik vb. diğer desteklerle sorunun kaynağında kurutulması, bastırıcı tedbirlerden ziyade alınacak önleyici tedbirlerle bu

⁸⁵ Kasım 2012 itibarıyla 5 ilde ‘Aile Ombudsmanlığı’ geliştirilerek, pilot uygulamalar kapsamında sunulan danışmanlık hizmetleri yoluyla boşanmaya karar vermiş her 25 çiftten 5’i ikna edilerek boşanmadan vazgeçirilmiştir. Söz konusu rakam hiçte küçümsenecek bir rakam olmayıp ilerisi için umut vermektedir. Bk. Zaman Gazetesi, 25 Kasım 2012, s.6.

⁸⁶ Bakanlığın boşanmaları azaltmak için şu an için 5 pilot ilde çalıştığı projeye göre, boşanmak isteyen çiftler, sosyal hizmet merkezlerinde her biri 90 dakika süren 4 seanslık psikolog ve sosyolog görüşmesinden geçecek. Çiftlere boşanma öncesi, dava sırası ve boşanma sonrasında danışmanlık hizmeti verilecek. Bu merkezler aile mahkemeleriyle işbirliği içersinde çalışacaktır. Şimdiye kadar Türkiye’de 416 Sosyal Hizmet Merkezinin açılması için çalışmalar başlatılmış, Kasım 2013 itibarıyla 89, yılsonuna kadar 114 Sosyal Hizmet Merkezinin hizmete sokulması planlanmaktadır. ‘Devlet 360 Dakikada Evlilik Kurtaracak’, Milliyet Gazetesi, 19 Kasım 2013, s.14.

⁸⁷ ‘Sosyal Destek Uzmanları, Aile İçi Sorunları Kangren Olmadan Çözecek’, Zaman Gazetesi, 9 Aralık 2013, s.21.

uygulamada olduğu gibi sorunun daha ilk baştan çözümlenmesi çok daha işlevsel ve amaca uygun bir metot olacaktır⁸⁸.

Anket çalışmalarından çıkan sonuca göre aile içinde yaşanan şiddetin ve dolayısıyla da boşanmaların en önemli sebeplerinden birisi de aile içerisinde yaşanan ekonomik buhran; evin geçiminin sağlanmasında yaşanan zorluklardır⁸⁹. Toplumsal yaşamda resmen olmasa da evin reisi olarak hâlâ erkek görülmekte ve evin geçindirilmesi yükümlülüğü erkeğe ait bir görev olarak telâkki edilmektedir. Bu anlayışın toplumda baskın olarak kabul görmüş olması, birçok kadının ekonomik gücünü elde edememesi, istihdama katılamaması ve dolayısıyla da evde kocasına bağımlı bir birey olarak yaşamasına vesile olmaktadır⁹⁰. Bu olumsuz durum neticede ekonomik bir buhran olarak kadına ve diğer aile bireyelerine şiddet olarak geriye dönmektedir⁹¹. Ülkemizde kadın istihdam

⁸⁸ Bir görüşe göre, “kadına karşı şiddetin önlenmesinde, asıl olan yaşamı kurtarmaktır. Bunun için, zarar doğmadan önce, yakın ve somut bir tehlike varsa, bunun algılanması, ‘şiddet riskinin değerlendirilmesi’, derhal müdahale edilerek, ‘riskin yönetilmesi’ ve istenmeyen zararlı neticenin önlenmesi gerekir”. Kadına karşı şiddet tehlikesinin, istenmeyen zarar doğmadan önce algılanmasının, Uluslararası Sözleşmelerde nasıl düzenlendiği hakkında ayrıntılı bilgi için bk., ‘YENİSEY, s.10 vd.

⁸⁹ İngiltere İstatistik Kurumu’nun yaptığı neden evli kalmıyoruz konulu bir araştırmada para bitince aşkın da bittiği ve çocukların ilişkiyi etkilediği ortaya çıktı. Para bitince aşk da bitiyor, ilişkiler ekonomik zorlukların üstesinden gelmeyi başaramıyor. Boşanmaların yarısının nedeni ekonomik sorunlar. ‘Neden Evli Kalmıyoruz’, Haber Türk Gazetesi, 21 Nisan 2012, s.2.

⁹⁰ Türkiye’de genç işsiz sayısı 822 bine ulaştı. Her 3 gençten 1’i eğitim almıyor, çalışmıyor, evde oturuyor. Kadınların ise çalışma hayatında adı yok. Çalışan erkekler ile kadınlar arasındaki makas gittikçe açılmakta, kadın ve genç işsizliği alarm vermektedir. 15 - 29 yaş grubundaki her 100 gençten 32’si eğitim almıyor ve çalışmıyor. Kadın istihdamı ile erkek istihdamı arasında arasındaki fark ise gittikçe açılmaktadır. 2012 itibarıyla 100 erkekte 65’i çalışırken, kadınlarda bu rakam 26’da kalmıştır. Bu oranla Türkiye, istihdamda cinsiyet açığı bakımından, merkez ve Güneydoğu Avrupa’da birinci sıradadır. Kayıt dışı istihdam oranı % 35 olup bu oranda 8 milyon 900 bin kişiye karşılık gelmektedir. TÜİK’in 2013 Kasım ayına ait işgücü anketi sonuçlarına göre kadınlar arasındaki kayıt dışı istihdam oranı % 50.42 iken erkeklerde bu oran %28.62’ye düşmektedir. Ülkemizde kayıt dışılık ise en fazla tarım sektöründe görülmektedir. ‘Gençlerde Korkutan Tablo’, Posta Gazetesi, 21 Nisan 2014, s.8.

⁹¹ Şiddete maruz kalan kadınların eğitim ve sosyoekonomik düzeylerinin düşük olması ve gelir getiren herhangi bir işte çalışmamları şiddetin artmasına yol açan etkenlerden birini oluşturmaktadır. Okuryazar olmayanların, eşi çalışmayanların ve ekonomik durumları kötü olanların daha çok şiddete maruz kaldıkları gözlemlenmektedir. Bk., EFE / AYZ, s.27.

oranının ve girişimci sayısının artırılması, ekonomik kalkınma kadar, sosyal kalkınma bakımında da bir zorunluluk arz etmektedir. Yapılan bir araştırmaya göre hâlihazırda Türkiye’de 200 bini aşkın kadın esnaf ve sanatkâr, 90 binden fazla da kadın tacir bulunmaktadır. Bu rakamlar bize kayıtlı esnafın % 10’luk kısmının, kayıtlı tacirlerin ise % 6,5’luk bir bölümünün kadın olduğunu göstermektedir⁹². Söz konusu rakamlardan da anlaşılacağı üzere erkek egemenliğinin tartışılmaz önde olduğu bu alanda kadın istihdam oranı oldukça çok düşük kalmaktadır. Oysa kadın tarih boyunca toplumda üstlendiği rolle toplumsal başarıların önemli bir mimarı olmuştur. Gerek ailede şiddetin gerekse hızla artan boşanmaların önüne geçilebilmesi için kadının istihdamı önündeki bütün engellerin kaldırılması hatta pozitif ayrımcılık yapılarak kadınların özel ve kamu çalışma hayatında istihdam ve üretime katılmaları daha çok teşvik edilmelidir⁹³. Bu amaç doğrultusunda sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak devlet, kendi organizatörlüğünde olmak üzere üretime dönük kadın kooperatiflerin kurulması ve işletilmeleri teşvik edilmelidir. Keza devlet, kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yaparak gerekirse istihdamda kadınlar lehine kotalar koyarak, kadınların kamu ve özel sektörde istihdama katılım oranının yükselmesine vesile olacak etkili tedbirler⁹⁴ almalı,

⁹² ‘Kadınların Etkinliği Artmalı’, Posta /Esnaf Gazetesi, 8 Mart 2012, s.11; “Son yıllarda iş dünyasında kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık, meyvelerini vermeye başladı. Meslek odalarında, derneklerde ve şirketlerde çalışan ve görevli kadın sayısı her geçen gün artıyor. Ama tablo hala istenilen düzeyde değil. 2012 verilerine göre, Ege’nin 8 kentinde toplam sigortalı çalışan sayısı 2.5 milyon. Bunun sadece % 25’i kadın. Bu oran Avrupa ortalamasının çok gerisinde bulunmaktadır. Ancak yakın zamanda kadın sayısının bölgede % 30’ları geçmesi bekleniyor. Kadın dostu şirketler bunun için yoğun mesai harcıyor. Otomotiv yan sanayinin önde gelen firmalarından birinde çalışan kadın sayısı oranı % 80’e ulaşmıştır. Ege’de bazı kadın dostu şirketler şu an için çalıştırdıkları kadın sayısı ile % 40’ları yakalayarak Avrupa’yı bile sollamış durumdadırlar’. Bk., ‘Kadınlar: Biz de Varız’, Hürriyet Gazetesi / Ege’den, 30 Nisan 2014, s.9.

⁹³ ‘Türkiye’de kadın girişimci sayısı hızla artıyor. Son dönemde KOSGEB olmak üzere birçok kuruluş kredi musluklarını açmakta hatta buna kadınlara özel pozitif ayrımcılığı da ekleyerek iş hayatına atılan kadın girişimci sayısının artmasına vesile olmaktadır. 2000’li yılların başında 20 binlerde dolaşan kadın girişimci sayısı 2012’de 100 bin sınırını geçmiştir. Kadınların Türk ekonomisindeki hacmi milyar dolarla ifade edilmeye başlanmıştır. Yarattıkları istihdam gücü ise 1.5 milyon kişiye ulaşmıştır’. ‘İş Dünyası Kadınlarla Güzel’, Takvim Gazetesi, 8 Mart 2012, s.5.

⁹⁴ Eğitim düzeyi yükseldikçe kadınların işgücüne katılım olanakları da artmaktadır. Örneğin, Türk Üniversiteli Kadınlar Derneği üyeleri arasında istihdam oranı % 66.5; yani Avrupa Birliği Lizbon hedefi olan % 60 kadın istihdam oranından bile daha yüksek

istihdam noktasında dünyada⁹⁵ ve OECD ülkeleri arasında en düşük düzeyde bulunan ülkemiz kadınlarının ekonomik bağımsızlıklarını elde etmelerine imkân sağlamalıdır⁹⁶.

Şiddetin önemli sebeplerinden birisi de, gerek kadın ve erkeklerden gerekse devlet ve özel sektörün yanlış uygulamalarından kaynaklanan sebeplerle ülkemizde kadın, evlilik ve aile kurumu saygınlığının gün geçtikçe zayıflıyor olmasıdır⁹⁷. Özellikle şiddet içerikli haberler, kültür ve ananelerimize aykırı yerli ve yabancı program ve filmler, magazin haberleri, diziler hatta küçük yaştaki çocukları şiddetle tanıştıran, onları şiddete özendirilen çizgi filmler, oyunlar, ülkemizde aile kurumu ile birlikte kadının saygınlığının da gün geçtikçe azalmasına ve toplumun birçok alanda bir şiddet toplumu haline dönüşmesine vesile olmaktadır. Örneğin, hâlihazırda ülkemiz televizyonlarında kadına karşı şiddeti oldukça normal ve sıradan bir olaymış gibi gösteren, şiddetle mutlu olan erkek ve bayan karakterlerinin yer aldığı dizi filmler hala gösterilmektedir. Keza haberlerde yerde yaralı yatan, öldürülen şiddet gören kadınlar, yazılı ve özellikle de görsel basında söz konusu şiddet sahnesiyle birlikte, alenen gösterilmektedir. Bu tür bir uygulama aslında,

bir rakama ulaşılmıştır. ‘Türkiye’de Kadın Olmak Zor İş - Eğitim Sıralarında Eşit Sayıdalar’, Milliyet Akademi Gazetesi, 7 Mart 2014, s.7.

⁹⁵ Dünya ortalamasına göre kadın istihdam oranı % 51, Türkiye’de ise bu oran % 28.2. Türkiye dünya sıralamasında 135 ülke arasında 120. sırada bulunmaktadır. TÜİK verilerine göre 15 ve daha yukarı yaştaki nüfus içerisinde işgücüne katılma oranı % 47.5. Erkeklerde bu oran % 69.2, kadınlarda ise % 25.9’ da kalmaktadır. ‘Türkiye’de Kadın Olmak Zor İş’, Milliyet Akademi Gazetesi, 7 Mart 2014, s.7.

⁹⁶ “Ülkemiz kadın istihdamı konusunda OECD ülkeleri arasında % 30 oranıyla en düşük düzeydedir. Kadının çalışma hayatıyla ilgili hükümet tarafından atılacak yeni adımlar işverenler tarafından ‘böyle giderse kadın işçi çalıştırmayız’ diye karşılanmıştır. Kadına ayrımcılık had safhadadır. Öyle ki bakanlıklar, genel müdürlükler, üst kurumlar yani kamu da çalışan kadınların oranı % 36.11’dir. Ki bu oran gelişmiş ülkelerde % 60 civarındadır”. ‘Paketten Kadın Çıkmadı’, Hürriyet Gazetesi, 1 Ekim 2013, s.10.

⁹⁷ ‘14 Şubat Sevgililer Günü’ öncesi Gezici Araştırma Şirketinin yapmış olduğu bir ankete göre; Türkiye’ de her 100 kadından 47’si evleneceği kişinin kim olacağına kendisi karar vermiş. Bu oran erkeklerde % 72. Her 3 kadından 2’si ‘Yeniden Doğsam şimdiki eşimle evlenmem’ diyor. Evli her 3 kişiden biri eski sevgilisini özlüyor. Her 100 erkekte 83’ü, her 100 kadından 78’i, ‘Evlenirken kadın bakire olmalı’ diyor. Her 100 kişiden 68’i ekonomik sıkıntılarını aşkı bitireceği görüşünde. Her 100 kadından 48’i, ‘Ailem izin vermezse aşkımdan vazgeçerim diyor’. Erkeklerde bu oran ise % 28’dir. “ Türkiye’de 3 Kadından İki Yeni Doğsam Şimdi ki Eşimle Evlenmem’ Diyor ”, Posta Gazetesi, 12 Şubat 2014, s.1.

kadının mahremiyet alanına girmek⁹⁸, şiddeti sıradan bir olaymış gibi gösterip, onu afişe ederek şiddet eylemini özendirmekten başka bir şey değildir. Ülkemiz medyası öncelikle, Ulusal Basın Mevzuatı ve Uluslararası düzenlemelere uygun, basın etik kuralları doğrultusunda kadının saygınlığını azaltan değil, tam tersine onun saygınlığını arttıran programlar üretmeli ve bu tür şiddeti özendiren zararlı yayınlarına süratle son vermelidir. Keza devlet de bir an önce sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak alacağı etkili, önleyici yasal tedbirlerle bu tür zararlı medya uygulamaların önüne geçmeli, toplumsal yaşamda bir öğretmen, bir anne, bir eş, bir kız kardeş olan kadının, özellikle medyada ticari bir meta olarak kullanılmasını engellemelidir⁹⁹. Aksi takdirde kadınsız bir demokrasi nasıl ki düşünülememektedir, sağlıklı kadınlardan oluşan ailelerin ve bir devletin de yarınlarında başarılı ve mutlu olma şansları bulunmamaktadır.

Şiddetin temelinde yatan görünürdeki en büyük sorun kadın - erkek arasındaki cinsiyet ayrımcılığıdır. Türkiye hâlihazırda, Dünya Cinsiyet Ayrımı sıralamasında 135 ülke arasında 124. sırada bulunmaktadır. Siyasette kadın erkek eşitliğinin en yüksek olduğu ülkeler sırasıyla İzlanda, Finlandiya, Norveç, İsveç ve Nikaragua gelmektedir. Kadınlara parlamenter olma hakkını ilk kez tanıyan ülke 1924 yılında Danimarka'dır. Türkiye ise birçok modern devletten daha önce, 20 Mart 1930' da belediye seçimlerinde kadınlara seçme, 1933'de muhtar olma ve parlamento seçimlerinde oy kullanma¹⁰⁰, 5 Aralık 1934'de ise seçilme hakkını tanımıştır. Parlamenter oranı açısından incelendiğinde Türkiye, 135 ülke arasında 98. sırada kendine yer bulmaktadır. Bu anlamda ülkemizden çok daha kötü konumda bulunan ülkelerde bulunmaktadır. Örneğin, Suudi Arabistan'da kadınlar hala oy kullanamamaktadırlar. 2011 de çıkarılan bir kararla ancak 2015'teki seçimlerde sandık başına

⁹⁸ Bk., 'Kadının Saygınlığı Arttırılmalı', Haber Türk Gazetesi, 10 Şubat 2014, s.4.

⁹⁹ 'RTÜK, dünyaca ünlü kadın şarkıcının klibini yayınlayan iki TV kuruluşuna ceza kesmiştir. Gerekçeli kararında RTÜK, klipte iki sanatçının yanı yatak içersinde, açık saçık giysilerle, özel yakınlık sergileyen erotik danslarının eşcinselliği çağrıştırdığı, çocuk ve gençlere kötü örnek, kötü rol ve model oluşturabilecek türden olduğu belirtilmiştir'. Bk., 'Eşcinsellik Çağrışımı Ceza getirdi', Hürriyet Gazetesi /Magazin Ek'i, 30 Nisan 2014, s.2. Bu uygulama, Anayasa'nın devlete yüklediği asli bir görevinin yerine getirilmesinden ibaret olup, ailenin kutsallığı ve korunması, ülkemizin baskın toplumsal ahlak ve değer anlayışının da zaruri bir gereğini oluşturmaktadır.

¹⁰⁰ Kadınlara oy verme hakkı ilk olarak 1776 yılında Amerika'nın New Jersey eyaletinde tanınmış ancak bu hak 1807 yılında erkekler tarafında kadınların elinden geri alınmıştır.

gidebileceklerdir¹⁰¹. 1945 ila 2005 yılları arasında dünyadaki kadın parlamenter sayısının 4.5 kat arttırılmış olması, bu alanda kadına karşı yapılan ayrımcılığın giderilmesi bakımından sevindirici olmakla birlikte, bu oran kadın erkek eşitliği konusunda dünyada geniş bir konsensüsün sağlandığı günümüzde arzu edilen rakamdan oldukça uzaktır¹⁰².

Aile içerisindeki şiddetten kaynaklanan mutsuzluk çoğu ailede cinayetler de dâhil olmak üzere kimi zaman telâfisi imkânsız kimi zaman da telafisi çok zor olan büyük zararlara sebebiyet vermektedir¹⁰³. Bu olumsuz durumdan kamu düzeni de olumsuz olarak etkilenmekte, devlet de ekonomik açıdan önemli zararlara uğramaktadır. Şiddet ve neticesindeki mutsuzluğa dayalı olan boşanma gerçeği her toplumda, tabiri caizse doğal bir afet olan deprem olayında gibi hem kişisel hem de toplumsal manada maddi ve manevi farklı türde büyük kayıplara sebebiyet vermektedirler. Yakın tarihte devlet deprem konusunda zorunlu deprem sigortası düzenlemesi yaparak sigorta şirketleri marifetiyle yıllardır deprem dolayısıyla bireylerin ve devletin uğradığı zararların önüne geçmiş, etkili ve süratli bir tarzda bu tür zararların tazmini sağlamıştır. Aynı yöntem ailenin korunması ve kadına karşı şiddetle mücadelede de öngörülebilir. Kaldı ki hâlihazırda özel bir sigorta şirketi

¹⁰¹ Star Gazetesi, ‘8 Mart’ın 157. Yılında Dünya Kadınları Acı Çekmeye Devam Ediyor’, 8 Mart 2014, s.12; BM Kadın Birimi ve Parlamentolar arası Birlik tarafından hazırlanan ‘2012 Siyasette Kadın Haritası’nda Türkiye, kadınlar Meclis’te temsil edilme oranında % 14.2 ile 143 ülkeden 55’ ini geride bırakarak 88. Sırada yer alırken, 2014 yılında 98.sıraya inmiştir. Listede 2012 yılı için 550 sandalyeli Mecliste kadın sayısının 78 olduğu belirlenmiştir. Kadınların kabinede temsil edilme oranlarına bakıldığında ise Türkiye %4 oranıyla 90. sırada bulunmaktadır. Listeye göre 7 ülkenin (Suudi Arabistan ve Katar ile kimi pasifik ülkelerinin oluşturdu bir kısım ülkelerin) meclislerinde ise hiç kadın bulunmamakta, dünyada sadece 8 ülkede kadın devlet başkanı ve 17 ülkede de kadın başbakan bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., ‘Kadın Milletvekili Sayısında Dünyanın 88. Ülkesi Olduk’, Haber Türk Gazetesi, 4 Mart 2012, s.21.

¹⁰² Kadınlar parlamentoların sadece % 21.4’ ünü oluşturmaktadır. Halen 547 sandalyesi dolu olan TBMM’ de bulunan kadın milletvekili sayısı 79, oransal olarak kadın belediye başkanı binde 8.8, 30 Mart 2014 de yapılan olan yerel seçimlerde kadın aday sayısı % 5’in altında kalmaktadır. ‘Kadının Günü var Ama Adı Yok’, Sabah Gazetesi, 8 Mart 2014, s.15.

¹⁰³ “Türkiye’de yılbaşından bu yana 50’ yi aşkın kadın, boşanma veya aile içi şiddet nedeniyle cinayete kurban gitmiştir. Kadınları öldüren katil zanlılarından bazılarının intihar etmesi veya intihar girişiminde bulunması ise dikkat çekicidir”. ‘Ürküten Bilanço: 4 Ayda 50 Kadın Öldürüldü’, Posta Gazetesi, 27 Nisan 2014, s.15.

de buna ilişkin bir uygulamayı ülkemizde başlatmış bulunmaktadır¹⁰⁴. Devletin de bu uygulamayı tıpkı zorunlu deprem sigortası uygulamasında olduğu gibi ailede şiddetle mücadelede de öngörmesi ve tıpkı bireysel emeklilikte olduğu gibi teşvik amacıyla belli bir oranda sigorta primlerinin ödenmesine katkıda bulunmak suretiyle bu uygulamayı bir an önce başlatıp, teşvik etmesi gerekir. Böylesi bir düzenlemenin ileride hem bireylerin hem de şiddet dolayısıyla devletin uğrayacağı maddi ve manevi kayıpların tazmini açısından çok faydalı bir düzenleme olacağı kanaatindeyim.

Kadına karşı şiddet konusundaki sorun sadece uygulamada, kurumlarda, toplum ve kişilerde değil aynı zamanda konuyu düzenleyen temel kanuni düzenlemede de bulunmaktadır. Şöyle ki; ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi amacıyla yürürlüğe konulan son 6284 sayılı Yasa, Uluslararası Bildirge ve Sözleşmeler dikkate alınmak suretiyle düzenlenen bir yasa olmasına karşın, yasada yasa yazım tekniği açısından bir takım gramer hatalarıyla birlikte anlam ve mantık hataları da bulunmaktadır. Örneğin, İstanbul Sözleşmesinde şiddet tanımlanırken, ‘ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin’ ifadesi yeterli görülmüşken 6284 sayılı Yasanın 2. maddesinde bu ifadeye toplumsal kelimesi de eklenmek suretiyle zaten anlam itibarıyla toplumsallığı ifade eden özel ve kamusal alan şeklindeki ifadeye gereksiz bir ekleme yapılmıştır.

Kadın sorunu sırf kadının değil aynı zamanda toplumun da bir sorunudur. Bütün bu sorunların üstesinden gelinebilmesi, şiddetin önlenebilmesi için öncelikle kadına yönelik toplumsal negatif anlayışın, olumsuz bakış açısının değiştirilmesi şarttır¹⁰⁵. Bunun sağlanması için de

¹⁰⁴ Türkiye İsrافی Önleme Vakfı (TİSVA) ile Güneş Sigorta AŞ. Arasında yapılan bir protokolle Aile İçi Şiddeti de kapsayan bir ‘mikro sigorta’ uygulaması çalışmaları başlatılmıştır. Bu uygulamaya göre, poliçe ücreti sembolik denecek bir rakamdan haftalık 25 kuruş, ayda 1 TL, yılda 12 TL’ den oluşmaktadır. Hasar bedeli ise 10 bin TL’ye kadar çıkmaktadır. Bu tür bir mikro kredi uygulaması aslında dünyada birçok zorunludur. Hedef kitle mikro kredi kullanan 55 bin kişi ile birlikte bütün kadınlardır. Mikro krediyle kendi ayakları üzerinde durabilen yoksul kadınlar, bir de özel sigorta güvencesine kavuşacak ve bu sigorta aynı zamanda ‘aile içi şiddet’i de kapsayacaktır. Üstelik ilk 6 aylık ilk bedel de sponsor şirketler tarafından ödenecektir. ‘Aile İçi Şiddete Karşı Mikro Sigorta Yapacak’, Hürriyet / Ekonomi Gazetesi, .16 Aralık 2011, s.12.

¹⁰⁵ Bir görüşe göre, kadına karşı şiddeti azaltmanın yolu yeni yasal düzenlemeler getirmekten veya yasaları değiştirmekten çok toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadeleden geçmektedir. Bu sorun ancak, toplumsal cinsiyet eşitliği ve ayrımcılık

sadece kadınların değil erkeklerin de aile, evlilik¹⁰⁶, çocuk ve kadın hakları, çocuk istismarı ve şiddet gibi konularda eğitime tabi tutulması ve bu eğitimin de onlara ileriki safhalarda değil, deyim yerindeyse daha ağaç yaşken ta ilkökul sıralarında verilmesi gerekir. Ancak bu konudaki eğitim de tek başına yeterli değildir. Ayrıca söz konusu eğitim çalışmalarının, kadınların güçlendirilmesi, eğitim ve istihdamları konusunda onlara pozitif ayrımcılık yapılması, siyaset ve karar mekanizmalarında hak ettikleri yer ve değerlerin verilmesi suretiyle de desteklenmesi gerekir. Bu anlayış, devlet tarafından da bir devlet politikası olarak benimsenmeli ve bu konuda çalışma kurulları oluşturularak, bütçe tahsis edilip, sivil toplum örgütlerinin ve özellikle de üniversitelerin desteği sağlanmak suretiyle işlevsel yöntemlerle, sözde kalmayan, devlet ve millet birlikteliğiyle gerek aile içi gerekse toplumsal şiddetle etkin bir şekilde mücadele edilmelidir¹⁰⁷. Aksi takdirde, deyim yerindeyse pansuman tedbirlerle tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de kangren bir sorun haline gelen şiddetin azaltılması ya da arzu edilen asgari seviyeye düşürülmesi mümkün görünmemektedir.

yasağı ile birlikte ele alınarak çözümlenebilir. Kanun koyucu yasal düzenlemeleri yaparken kadına karşı şiddetle mücadelede samimi olduğunu vurgulamalı, popülist yaklaşımlarla, uluslararası organların baskısıyla aceleye getirerek yasal düzenlemeler yapmaktan vazgeçmelidir. Kadın birey olarak tanımlanmalı ve pozitif ayrımcılığın ailenin temelini zayıflatmaya yönelik bir uygulama olduğu anlayışından da vazgeçilmelidir. Bk., CENTEL, s.12 vd.

¹⁰⁶Harville Handrix, boşanma oranlarının artmasını evliliğin bitmesi şeklinde yorumlayanların tersine, evliliğin sığınılacak güvenli bir liman olduğunu gelecek nesillerin bunu daha iyi anlayacağı düşüncesindedir. Yazara göre, 'insan haklarının yayılması gibi, kadınların, zencilerin haklar kazanması gibi, evlilikle ilgili insanların bilinç seviyelerinin artırılması, evliliğin sağlıklı ilişkiler demek olduğunu hatırlatmak ve bunu onlara nasıl başaracaklarını göstermek gerekir. Din, insanları günahlardan uzaklaştırmak isterken evlilik ise iyileştirmek istemektedir. Oysa çocukluktan kalan yaralar evlikle iyileştirilebilir. Bk., 'Evliliğin Sırrı İyi İnsan Olabilmekte', Zaman Gazetesi Cumartesi Eki, s.4.

¹⁰⁷...aile içi şiddetin önüne geçmenin bir yandan aile bazında bir takım önlemleri gerektirirken, bir yandan da toplumsal düzeyde bir takım önlemlerin alınmasını gerektirmektedir. Alınacak önlemlerle aile içi şiddetin tamamen ortadan kalkacağı söylenemez ancak bu olgunun minimum düzeye indirilmesi mümkündür. Aile birliğine halel getirmeden aileyi bir sevgi, saygı ve karşılıklı hoşgörü ortamı haline getirmek sadece kadın ve aile konusunda üretilecek politikalarla değil aynı zamanda o topluma hâkim olan kültürel değerler ile sağlanabilir. Başka bir deyişle aile içindeki şiddet ancak toplumdaki şiddetin çözülmesiyle önlenir. Alınması gereken tedbirler hususunda ayrıntılı bilgi için bk., ÇAHA, s.4.

Netice olarak önemle ifade etmek gerekir ki; ülkemizin geçmişte yaşadığı acı tecrübeler ve günümüzün gerçekleri göz önünde tutulduğunda; toplumsal sorunların çözümünde salt kanuni düzenlemeler, polisiye tedbirler, sosyal, ekonomik ve toplumsal sorunların çözümünde yetersiz kalmakta, aksine gün geçtikçe sorunları daha da grift bir hale getirmektedir. Ülkemiz, hak ve özgürlükler başta olmak üzere gecikmeksizin her alanda kanun, polis devleti görünümünden hızla kurtularak benimsediği hukuk devletinin gereklerini biran önce yerine getirmek zorundadır. Bu bağlamda, çağdaş kanuni düzenlemelerle birlikte, işleyen ve toplumun büyük bir kesimince güven duyulan bir yargı sisteminin oluşumu için daha çok çaba sarf edilmeli ve en önemlisi de halkı, hak ve sorumlulukları konusunda bilinçlendirmek için gerekli olan tüm tedbirler alınmalıdır. Kanuni düzenlemeler yapılırken de ihtiyaçlar azami ölçüde yerinde ve özenle tespit ve tahlil edilmeli, cezalandırmaktan ziyade önleyici, kucaklayıcı ve çözüm odaklı çağdaş düzenlemeler yapılmalıdır. Başka bir ifadeyle ‘bataklıkta sivrısinekler değil bataklık kurutulmalıdır’. Basında da sıkça yer alıp tartışıldığı üzere, son yıllarda ülkemizde hem toplumsal hem de onun en küçük bir birimini oluşturan aile kurumu ölçeğinde çeşitli türde şiddet olayları hızla artmaktadır¹⁰⁸. Doğaldır ki sevgi, saygı, hoşgörü, başarı ve mutluluğun değil, sevgisizliğin, hoşgörüsüzlüğün ve şiddetin gün geçtikçe arttığı, toplumsal yaşama ve aileye arzu edilmeyen bu tür değerlerin hâkim olduğu hiç bir ailenin ve ülkenin mutluluğu, başarıyı ve ekonomik refahı sağlayabilmeleri mümkün değildir. Her türlü sorunun çözümü, kanuni

¹⁰⁸ “ Kadınlar, işçiler derken şimdi de çocuklar öldürülüyor. Bir ülkede, 20 yaşına henüz basmış binlerce gencin dağlarda ölümü ana haber bültenlerinde ancak 40 saniye haber oluyor 30 yılın ardından vicdanlar şehit haberini magazin haberine bağlayacak kadar uyusabiliyorsa, bir ülkede istinasız her bayram tatilinde karayollarında kan gölüne dönüyor ve bayramın ertesi günü o ülkede hayat kaldığı yerden devam ediyorsa, bir ülkede işçi ölümlerinde Avrupa’da birinci, dünyada üçüncü olduğu halde işçiler ölmeye devam ediyorsa, bir ülkede okulda şiddet, evde şiddet, sokakta şiddet, statta şiddet, askerde şiddet, karakolda şiddet, hastanede şiddet, mecliste hala şiddet varsa. Velhasıl bir ülkede ölüm bu kadar kanıksanmış, şiddet böylesine her yere nüfuz etmişse o ülkede insan asarak ancak yeni bir ölüm ve şiddet dalgası başlatabilirsiniz. Türkiye’nin en büyük halk sağlığı sorunu ne sigaradır ne de obezite. Şiddet! Ülkede derhal şiddet seferberliği aşılatılmalıdır. Zira bu toplum en az kalp hastalıkları, kanser kadar vahim bir şiddet ile karşı karşıyadır. En üstten en aşağıya kadar herkes şiddetten payını alıyor. Kimi mağdur oluyor kimi mağdur ediyor”. ‘Şiddet Salgını’, Posta Gazetesi, 1 Mayıs 2014, s.13.

tedbirlerden ziyade amaca uygun çağdaş ve köklü bir eğitim uygulamasından geçmektedir. Bir atasözünde de yerinde olarak ifade edildiği üzere gerçekten; ‘ağaç yaşken eğilmektedir’. Çalışma konusunun içeriğini oluşturan kadına karşı şiddet sorununun çözümü de kanuni tedbirlerden ziyade kadın - erkek ve çocukların tabiri caizse daha yaşken (küçükken) onların eğitimleriyle bire bir bağlantılıdır.

KLİNİK BİLGİ SİSTEMLERİNE İLİŞKİN LİSANS SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER

Adem YELMEN*

Özet

Bu çalışmanın konusu “Klinik Bilgi Sistemlerine İlişkin Lisans Sözleşmeleri Hakkında Değerlendirmeler”dir. Çalışmada öncelikle klinik bilgi sistemlerine gelen süreç ele alınmıştır. Akabinde klinik bilgi sistemlerinin ne olduğu ve işlevleri izah edilmiştir. Daha sonra klinik bilgi sistemlerinin lisans sözleşmelerine konu olması açıklanmıştır. Bu kapsamda öncelikle lisans sözleşmeleri hakkında genel bilgi verilmiştir. Bunun ardından klinik bilgi sistemlerine ilişkin lisans sözleşmelerinde yer alan hükümler incelenmiş ve tavsiyeler sunulmuştur. Nihayet çalışma sırasında edinilen kanaatlere topluca sonuç kısmında yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Klinik bilgi sistemleri, hastane bilgi yönetim sistemleri, dijital hastane, lisans sözleşmesi, EMRAM.

EVALUATIONS ON LICENSE CONTRACTS FOR CLINICAL INFORMATION SYSTEMS

Abstract

The subject of this study is "Evaluations on License Contracts for Clinical Information Systems". In the study, firstly, the process that came to the clinical information systems was discussed. After that, clinical information systems and their functions are explained. It is then explained that the clinical information systems are subject to license agreements. In this context, general information about licensing agreements was given first. Subsequently, the provisions in the license contracts for clinical information systems have been reviewed and recommendations have been made. Finally, the opinions obtained during the study were collectively included in the conclusion.

Keywords: Clinical Information Systems, Hospital Information Management Systems, Digital Hospital, License Contract, EMRAM.

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Arş. Gör. adem.yelmen@inonu.edu.tr.

I. GİRİŞ

Sağlık Bakanlığı 2013-2017 Stratejik Planında “Bakanlığa ve bağlı kuruluşlarına ait tesislerde dijital hastane kavramını oluşturmak ve yaygınlaştırmak” hedefine yer vermiştir¹. Bu hedefle Bakanlığın ulaşmak istediği birtakım noktalar vardır. Bunlardan ilki, tüm hastanelerde insan kaynaklı hata oranlarının ciddi ölçüde azalmasıdır. Bir diğeri, iş ve işlemler için bekleme sürelerinin kısılmasıdır. Nihayet sağlık hizmetlerinde verimliliğin artması da amaçlar arasındadır. Bu hedeflerin kurumsal takibi ve dijital/kâğıtsız hastane süreciyle ilgili çalışmaları gerçekleştirilmesi için Bakanlık bünyesinde Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü kurulmuştur.

Dijital hastane, bir hastanede bulunan bilgi sistemlerinin birbirleriyle bütünleşik olarak çalıştığı; her türlü tıbbi cihazın bilgi yönetim sistemine ağlar ve sensörler aracılığıyla veri/bilgi gönderebildiği; çalışanların ve hastaların yetki ve onayları dâhilinde bu sistemdeki veri/bilgiye hastaneden veya uzaktan erişebildiği bir hastane modelidir². Bilişim teknolojilerinin hasta ve çalışan yararına kullanıldığı bu hastane modeline geçiş; ilk başta elle yapılan kayıt işlemlerini ortadan kaldırarak kâğıt, röntgen filmi gibi malzemelerin kullanımını ve çalışanların dokümantasyona ayırdığı süreyi azaltmaktadır. Hastaya ve süreçlere dair her türlü veri ve bilginin doğru ve eksiksiz olarak kayıt altına alınması, işlenmesi ve ilgili kişi ve birimlerin kullanımına sunulması tıbbî hataları azaltarak hastaların tanı, tedavi ve izlenmesi kaliteyi artıracaktır.

Hastanenin dijitallik seviyesinin belirlenmesi, HIMSS³ tarafından geliştirilen bir model olan EMRAM⁴ ile ölçülmektedir. EMRAM ile

¹ Bkz. <https://sgb.saglik.gov.tr/content/files/stratejikplan20132017/index.html>, (E.T. 12.12.2016).

²Bkz. <http://dijitalhastane.saglik.gov.tr/TR,5006/saglik-bakanligi-dijital-hastane-degerlendirme-calismal-.html>, (E.T. 12.12.2016).

³ HIMSS (Healthcare Information and Management Systems Society - Sağlık Bilgi ve Yönetim Sistemleri Topluluğu): HIMSS 1961 yılında kurulmuş; Amerika, Avrupa ve Asya’da yapılanmaları bulunan ve kâr amacı gütmeyen bir organizasyondur. Bilgi teknolojilerinin, sağlık hizmetlerinin sunumunda ve geliştirilmesinde en uygun ölçüde kullanımını sağlamayı hedefler. HIMSS, kendine başvuruda bulunan hastanelerin dijital süreçlerini değerlendirerek, geldikleri seviyeyi tespit etmek için dünyaca kabul edilen akreditasyon ve standart modelini (1 ile 7 arası) kullanmakta ve dijital süreçlerini altıncı ve yedinci seviyeye kadar tamamlamış olan hastaneleri ise ödüllendirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://himssturkiye.com/tr/anasayfa/>, (E.T. 12.12.2016).

⁴ Electronic Medical Record Adaption Model: Elektronik Tıbbi Kayıt Uygunluk Modeli.

hastanelerin dijitallik seviyeleri analiz edilerek 1’den 7’ye kadar puan verilmekte ve akredite edilmektedir⁵.

Dijital hastane niteliğini haiz olmak için hastane bilgi yönetimi sistemleri geliştirilmiştir. Lakin hastane bilgi yönetim sistemleri, hastanenin dijitallik seviyesini 7’ye çıkarmak için yeterli olmamaktadır. Hastane bilgi yönetim sistemleri, bünyesinde hasta kayıt kabul modülü, poliklinik modülü, hasta yatış, yatan hasta takip ve hasta çıkış işlemleri modülü, vezne modülü, eczane modülü, laboratuvar modülü, stok takip, satın alma ve demirbaş işlemleri modülü, döner sermaye, fatura ve finansman işlemleri modülü, personel işlemleri modülü, bilgi yönetimi, istatistik ve raporlama işlemleri modülü hemşire gözlem ve girişim modülü, ameliyathane modülü, ağız ve diş sağlığı modülü, hemodiyaliz modülü, sağlık kurulu modülü, dosya ve arşiv modülü, kan merkezi modülü, diyet modülü, cihaz takip modülü, sterilizasyon modülü ve danışma modülünü barındırmaktadır. Bununla birlikte, klinik bilgi sistemleri, hastane bilgi yönetim sistemleri içerisinde tam yer bulmuş değildir. İşte bu noktada, EMRAM 7. seviye dijital hastane niteliğine sahip olmak için klinik bilgi sisteminin, hastane bilgi yönetim sistemine uyumlu bir şekilde kurulması gerekir. Şu halde bahsedilen öneme sahip klinik bilgi sistemlerini açıklamak gerekmektedir.

II. KLİNİK BİLGİ SİSTEMLERİ

Klinik, kelime anlamıyla, “hasta tedavi edilen yer, hekim olarak talebelerin ders yaptığı hasta koğuşu, muayenehane, muayene sırasında

⁵ 7. Seviye: Tıbbi kayıt tümüyle elektronik, sağlık kuruluşu EMR'nin yan ürünü olarak CCD'ye (bakım devamı) katkı yapıyor; veri depolama aktif kullanımda.

6. Seviye: Doktor dokümantasyon (yapısal şablonlar), CDSS (klinik veri/karar destek sistemi, farklılık ve uyum) ve R-PACS.

5. Seviye: Kapalı Devre İlaç Yönetim Sistemi.

4. Seviye: CPOE (Bilgisayarlı Doktor İstek Girişi), CDSS (klinik protokoller).

3. Seviye: Klinik Dokümantasyon (akış belgeleri), CDSS (hata kontrol), Radyoloji dışında PACS mevcut.

2. Seviye: Klinik Veri Belleği, Kontrollü Medikal Vocab., Klinik Veri Destek Sistem, Doküman görüntüleme de olabilir.

1. Seviye: Yardımcı hizmetler (Laboratuvar, Radyoloji ve Eczane) dijital ortamda.

0. Seviye: Yardımcı hizmetlerin üçü de dijital olarak sağlanmıyor.

Bkz. <http://dijitalhastane.saglik.gov.tr/TR,4872/electronic-medical-record-adaption-model-emram.html>, (ET. 12.12.2016).

görülen hastalık belirtisi”⁶, “hastane bölümü, incelemeyle ilgili”⁷ anlamlarında kullanılmaktadır. Klinik bilgi, hastalıkların tanı ve tedavisiyle ilgili kararların alınmasına yardımcı olan değerli bir varlık olarak tanımlanabilir. Klinik Bilgi Sistemi de, sağlık hizmeti sunum süreci için önemli olan mevcut klinik bilgileri toplamak, depolamak, işlemek, yönetmek için tasarlanmış yazılım⁸ ve donanım⁹ unsurları olan bilgisayara dayalı bir sistemdir.

Hastaya ilişkin klinik bilgilerin toplanması, depolanması, işlenmesi ve yönetilmesi için bu sistem, verileri tıbbî cihazlardan almaktadır. Tıbbi cihazlara, hastabaşı monitörü¹⁰, ekg cihazı¹¹, infüzyon pompası¹², anestezi cihazı¹³, diyaliz cihazı¹⁴, ventilatör¹⁵, defibrilatör¹⁶, holter¹⁷, küvöz¹⁸,

⁶ Doğan, D. Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, Ankara 1996, s. 662; Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.584e4a5d54eba6.37395962 (E.T. 12.12.2016).

⁷ Bkz. <http://doktordanhaberler.com/klinik/>, (E.T. 12.12.2016).

⁸ Yazılım, elektronik aygıtların belirli bir işi yapmasını sağlayan programların tümüne verilen isimdir. Bir başka deyişle, var olan bir problemi çözmek amacıyla bilgisayar dili kullanılarak oluşturulmuş anlamlı anlatımlar bütünüdür. Yazılım, değişik ve çeşitli görevler yapma amaçlı tasarlanmış elektronik aygıtların birbirleriyle haberleşebilmesini ve uyumunu sağlayarak görevlerini ya da kullanılabilirliklerini geliştirmeye yarayan makine komutlarıdır. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Yaz%C4%B1m>, (E.T. 12.12.2016).

⁹ Donanım, bir aygıt/cihazı/bilgisayarı vs. oluşturan fizikî parçaların genel adıdır. Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgisayar_donan%C4%B1m%C4%B1, (E.T. 12.12.2016).

¹⁰ Hastabaşı monitörlerinde kan basıncı ölçümü (tansiyon), Oksijen saturasyonu (kandaki oksijene bağlanmış hemoglobinin toplam hemoglobine oranı), vücut ısısı ölçümü, Ekg (Elektrokardiyografi, kalp kasının ve sinirsel iletim sisteminin çalışmasını incelemek üzere kalpte meydana gelen elektriksel faaliyetin kaydedilmesi. Bu kayıt ile elde edilen grafiğe Elektrokardiyogram, kullanılan alete de Elektrokardiyograf denir.), nabız ölçümü yapılmaktadır. Bkz.

http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Hasta%20Ba%C5%9F%20Monit%C3%B6r%20Kurulumu.pdf, (E.T. 12.12.2016).

¹¹ Elektrokardiyografi, kalp kasının ve sinirsel iletim sisteminin çalışmasını incelemek üzere kalpte meydana gelen elektriksel faaliyetin kaydedilmesi. Bu kayıt ile elde edilen grafiğe Elektrokardiyogram, kullanılan alete de Elektrokardiyograf denir. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Elektrokardiyografi>, (E.T. 12.12.2016).

¹² İnfüzyon pompası hastaya damar yoluyla verilecek ilaç veya solüsyonların set yardımıyla belirli miktar ve sürede gönderilmesini sağlayan cihazlara denir. Bkz. <http://www.genmedikalog.com/infuzyon-pompasi-nedir/>, (E.T. 12.12.2016).

¹³ Anestezi uygulamalarında, hasta için gerekli oksijen ve diğer medikal gazlar ile inhalasyon ajanlarının kontrollü ve gereken yoğunlukta verilmesine olanak sağlayan,

fototerapi cihazı¹⁹, kolposkop²⁰, kan ve serum ısıtıcı, laboratuvar cihazları, röntgen, MR, ultrason örnek gösterilebilir. Bunlardan ülke genelinde yaygın olarak hastane bilgi yönetim sistemi kapsamında laboratuvar cihazları, röntgen, MR, ultrasondan elde edilen bilgilere elektronik sistem üzerinden ulaşılabilen, işlenebilen, depolanabilen ve yönetilebilmektedir. Diğer tıbbi cihazlardan veri alışı Türkiye’de çok yaygın değildir. Hâlbuki klinik bilgi sistemleri, tüm tıbbî cihazlardan bilgi alabilir niteliktedir. Şuan yerli bir şirket, ilk yerli klinik bilgi sistemi geliştirmiş ve İnönü Üniversitesi Turgut Özal Tıp Merkezi Karaciğer

hastaya yapay solunum yaptırabilen, cihazın içinde bulunan ya da sonradan cihaza uyumu sağlanan monitörler ile hayati fonksiyonların yakından izlenmesini sağlayan anestezinin temel ekipmanına anestezi cihazı denir. Bkz. http://megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Anestezi%20Cihaz%C4%B1%20Ve%20Yard%C4%B1mc%C4%B1%20Ekipmanlar.pdf, (ET. 12.12.2016).

¹⁴ Böbrek yetmezliği olan kişilerde, vücutta biriken fazla sıvı ve atık maddelerin yarı geçirgen bir membran (zar) aracılığıyla temizlenmesi işlemini yerine getiren cihazdır. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Diyaliz>, (ET. 12.12.2016).

¹⁵ Yapay solunum cihazları; ameliyathane, yoğun bakım, acil servis ve hasta nakil araçlarında kullanılmaktadır. Yoğun bakım ünitelerinin vazgeçilmez bir cihazı olan yapay solunum cihazının görevi, hasta solunumuna yardımcı olmak veya hastanın durumuna göre solunum fonksiyonunu tamamen üstlenmektir. Bkz. [http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Yapay%20Solunum%20\(ventilat%C3%B6r\)%20Cihazlar%C4%B1.pdf](http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Yapay%20Solunum%20(ventilat%C3%B6r)%20Cihazlar%C4%B1.pdf), (ET. 12.12.2016).

¹⁶ Defibrilatör, kalbin normal dışı atımını tekrar normal kalp ritmine dönmeye sağlayan araçtır. Kalpteki VF/VT türü ritim bozukluklarının tedavisinde kullanılır. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Defibrilatör>, (ET. 12.12.2016).

¹⁷ Kalbin elektriksel aktivitesini (Elektrokardiyogram, EKG) 24 saat süreyle kaydeder. Kalpteki ritim bozuklukları seyrek oluşuyorsa 2-3 gün gibi daha uzun süreli kayıtlar gerekebilir. Daha uzun süreli kayıtlar için Holter cihazı uygun değildir. Bu gibi durumlarda “hadise kaydedici” adı verilen cihazlar hastaya bağlanır. Hasta ritim bozukluğunu hissettiği zaman cihazın düğmesine basarak kaydı başlatır. Bkz. <http://www.medsalus.com.tr/holter-takibi>, (ET. 12.12.2016).

¹⁸ Küvöz temel olarak, şeffaf kapaklı kabin bölümü; küvözün ısıtma, havalandırma, nemlendirme gibi işlevlerini yürüten denetleyicisi ve gövde bölümlerinden oluşur. http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/K%C3%BCvezler.pdf, (ET. 12.12.2016).

¹⁹ Fototerapi cihazı Yeni Doğan servislerinde, yenidoğan sarılığının tedavisinde kullanılır. Bkz. <http://www.genmedikalog.com/fototerapi-cihazı/>, (ET. 12.12.2016).

²⁰ Serviks, vagina ve vulva dokularını bir büyüteç gibi genelde 4 ile 12 arasında büyütürken incelenmesine olanak sağlayan ve tarama amacıyla kullanılan aletin adına "kolposkop", yapılan işleme ise "kolposkopi" adı verilmektedir. Kolposkopi uygulayan jinekolog hekime de "kolposkopist" adı verilir. <http://www.ortadoguhastanesi.com.tr/kolposkopi- nedir.html>, (ET. 12.12.2016).

Nakil Merkezine bu sistemi deneme amaçlı kurmuştur. Ve sistem aşağıda özet olarak belirtilen işlevlerini hâlihazırda yerine getirmektedir. İlerleyen günlerde bunun hastane geneline hatta ülke geneline yayılacağı tahmin edilmektedir.

Klinik bilgi sistemlerinin özellikleri ve işlevleri hakkında şunlar söylenebilir: Yukarıda açıklanan tıbbî cihazların işlevlerine göre sağlamış oldukları, özellikle hastanın sağlık değerlerine ilişkin bilgileri alabilir. Hastanın tüm bu bilgilerini sistem otomatik olarak takip edip hekim veya sağlık personeline aktarır, uyarılarda bulunur. Hastaya uygulanan her türlü işlemi/tedaviyi ve verilen ilaçları takip eder, kaydeder ve saklar. Bu işlemlerin kim tarafından, ne zaman, hangi süreyle, ne miktarda, nerede(yataklı serviste/yoğun bakımda/ayakta/ameliyathanede) yapıldığını kontrol edilebilir şekilde kayıt eder. Apache II skorlaması yapabilir²¹. Ameliyat raporları hazırlayabilir. Mobil olarak sisteme erişim imkânı tanır. Dolayısıyla hastane içinde her yerde ve hastane dışında yetkilendirilmiş hekim veya sağlık personeli sisteme erişebilir ve takiplerini yapabilir. Tıbbî malzeme ve ilaçların tüketimini takip edebilir. Hastaya, hastalığa, tedavilere, hekimlerin etkinliğine, kullanılan tıbbî malzemelere ilişkin istatistikî raporlar sunabilir. Hastanın önceki kayıtlarına erişip, uygulanacak tedavide karar alma sürecine yardımcı olabilir. Yanlış tedavilerde veya uygun olmayan dozajlarda ilaç kullanımında ya da yanlış ilaç kullanımında uyarı verebilir. Dolayısıyla hastaya doğru ilaç ve onun doğru dozajda uygulanmasını sağlar. Tek bir merkezden tüm hastaların anlık durumlarına ilişkin bilgileri takip imkânı tanır. Sağlık politikalarının belirlenmesine, kamu sağlığının korunmasına,

²¹ “Acute Physiology and Chronic Health Evaluation (APACHE)” skorlaması yoğun bakım ünitelerinde mortalite hızının belirlenmesi ve tedavi etkinliğinin değerlendirilmesinde kullanılan sistemlerden biridir. Yoğun bakım ünitelerinde 1985 yılından beri APACHE sisteminin bir versiyonu olan APACHE II kullanılmaktadır. APACHE II için 12 fizyolojik değişkenin yoğun bakımdaki ilk 24 saate ait en kötü değerleri ile yaş ve kronik sağlık değerlendirmesi kullanılır. Fizyolojik değişkenler; ortalama arter basıncı, kalp atım hızı, solunum sayısı, vücut ısısı, serum sodyum, potasyum ve kreatinin konsantrasyonları, arter pH’sı, alveoler arteriyel oksijen gradienti, hematokrit, lökosit sayısıdır ve Glasgow koma skorudur. Bu sistem, kısa zamanda yoğun bakıma kabulde, planlamada, kaliteyi değerlendirmede ve üniteler arası karşılaştırmada kullanılan skorlama sistemi haline gelmiştir. Yoğun bakım ünitelerinde skorlama sistemleriyle hastaların durumunu ve hastalığın şiddetini objektif olarak değerlendirerek hayatta kalmayı önceden belirlemek giderek önem kazanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.solunumhastaliklari.org/pdf/pdf_SHD_340.pdf, (E.T. 12.12.2016).

koruyucu hekimliğe, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesine, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanmasına ve yönetimine hizmet eder.

III. KLİNİK BİLGİ SİSTEMLERİNİN LİSANS SÖZLEŞMELERİNE KONU OLMASI

A. Genel Olarak

Klinik bilgi sistemi, yukarıda izah edildiği üzere, donanım ve yazılım unsurları olan bir bilgisayar programıdır. “Bilgisayar programları”²² ise, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda “eser” kategorileri kapsamında yer almaktadır. Gerçekten de, FSEK. m. 2/I’e göre, her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları, ilim ve edebiyat eseridir. Eser ise, FSEK. m. 1/B-a)’ya göre; “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*” ifade etmektedir. Dolayısıyla eser, fikri hakların konusunu teşkil eder²³. FSEK. m. 48, sadece eser sahipliğine tanınan mali hakların değil, bunların kullanım hakkının da üçüncü kişilere devredilebileceğini düzenlemektedir. Bir eserin (fikri bir hakkın) kullanımının devri ise, lisans sözleşmelerine konu olmaktadır.

Lisans sözleşmesi, lisans verenin fikri veya sınai bir haktan ya da diğer maddî olmayan bir maldan belirli veya belirli olmayan bir süre için yararlanmayı, bedelsiz veya ödeyeceği bir bedel karşılığında lisans alana devretmeyi üstlendiği sözleşmedir²⁴. Lisans sözleşmesinin konusunu, fikri²⁵ ve sınai²⁶ haklar veya maddî olmayan mallar²⁷ oluşturur²⁸.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, M. Fadıl, Standart Bilgisayar Programı Devir Sözleşmeleri, İstanbul 1999; Aksu, Mustafa, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul 2006; Şahan, Gökhan, Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi, Ankara 2016.

²³ Arbek, Ömer, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2005, s. 104; Kılıçoğlu, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s. 113; Başpınar, Veysel/Kocabey, Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara 2007, s. 47; İzmirli, Lale Ayhan, Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlâli ve Korunması, Ankara 2012, s. 107.

²⁴ Arbek, s. 65-66; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 929; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 6. Basım, İstanbul 2008, s. 63.

²⁵ Fikri haklar, FSEK. m. 2-6’ya göre; ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri, işlemler ve derlemelerdir.

B. Sözleşmelerde Yer Alana Hükümlerin İncelenmesi

1. Genel Olarak

Sözleşmenin en temel hükmünü, malumu üzere taraflar ve konu teşkil etmektedir. Söz konusu sözleşmenin tarafları, lisans veren ve lisans alanıdır. Lisans veren, eserin hak sahibi; lisans alan ise eserin kullanım hakkını alan kişidir.

Lisans veren, eserine genellikle kendi markasını ihtiva eden bir isim vermektedir. İsimlendirilen klinik bilgi sisteminin de sözleşmede tanımı yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeye konu olan klinik bilgi sistemi, unsurları ve işlevleriyle sözleşmede açıklanmaktadır. Sözleşmenin konusunu da, izahı, unsurları ve işlevleri belirtilen eserin, lisans veren tarafından kararlaştırılan bedel mukabilinde lisans alanın istifadesine sunulması oluşturmaktadır.

Sözleşmede genellikle yetkiye ilişkin hükme de yer verilmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşmeden dolayı bir ihtilaf meydana çıktığında hangi yer mahkemelerinin yetkili olacağı belirtilmektedir. Keza, uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna gidileceğine de yer verilebilmektedir.

Taraflar arasındaki iletişimin hangi araçlarla/yollarla yapılacağına ilişkin hükümler de, sözleşmede yer alan diğer bir düzenleme konusu teşkil edebilmektedir. Bu kapsamda tebligat adresleri, adres değişikliklerinin bildirim usulü ve iletişimin hangi araçlar vesilesi ile kurulacağı ifade edilmektedir. Yazılı bildirimlerde fiziki adreslere posta yoluyla, e-posta aracılığıyla veya telefon ya da diğer iletişim mekanizmalarının hangi şartlarda ne amaçlarla kullanılacağı kararlaştırılmaktadır.

²⁶ Sınai haklara örnek olarak, patentler (551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK.), markalar (556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK.), endüstriyel tasarımlar (554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK), coğrafi işaretler (555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK), entegre devre topografyaları (5147 Sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun), yeni bitki çeşitleri ıslahçı hakları (5042 Sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun) gösterilebilir.

²⁷ Maddi olmayan mallara, know-how, üretim, iş ve işletme sırları, veri bankası, henüz tescil edilmemiş buluşlar örnek gösterilebilir. Arbek, s. 68-70; Eren, 930.

²⁸ Arbek, 66-70; Eren, s. 930.

2. Lisans Süresi

Lisans süresini belirleyen faktör tarafların iradesidir. Klinik bilgi sistemlerinde genel eğilim sözleşmenin belirli olmayan süreli/süresiz olarak kurulmasıdır. Çünkü sistemi kullanmak isteyen lisans alan, niteliği gereği herhangi bir süreye tâbi olmadan sürekli olarak sistemden istifade etmek istemektedir. Çünkü yukarıda izah edildiği üzere, sistemin çok önemli faydaları bulunmaktadır. Bu faydalardan yararlanma isteği ise sürekli dir. Bununla birlikte, lisansın belirli süreli olarak kararlaştırılması da tercih edilebilmektedir.

Lisansın belirli süreli olarak tercih edilmesinin sebepleri çeşitlilik gösterebilir. Bunların başında, lisans bedeli gelmektedir. Zira lisans bedelinin bir yıllık miktarı ile süresiz olanın miktarı arasında on kattan daha fazla bir fark olabilmektedir. Klinik bilgi sistemlerine ilişkin lisans bedeli ise, lisansın kapsamına göre çok yüksek meblağlara ulaşabilmektedir. Bu sebeple lisans alan, bir taraftan sistemin faydalarından sürekli istifade etme isteği ile diğer taraftan da bunun maliyetini azaltma eğilimi ile baş başadır. Uzun vadeli düşünüldüğünde on-onbeş yıllık ücret karşılığında sürekli kullanım hakkına sahip olmak cazip gözükebilir. Lakin ilerleyen yıllarda pazara başka aktörlerin de girmesi, yeni teknolojik gelişmeler vs. sebepler ile sistemin lisans bedelinin ucuzlaması gündeme gelebilir. Bunun yanında, süresiz lisanslarda da belirli periyotlarda bakım anlaşmalarının yapılması kararlaştırılmakta ve gerekmektedir. Söz konusu bakım anlaşmalarının da lisans alana bir maliyeti olmaktadır. Yine gelecekte imkânların, teknolojinin, tıbbî cihazların vs. gelişmesiyle daha üstün özelliklere sahip klinik bilgi sistemlerinin geliştirilmesi de söz konusu olabilir. Netice itibariyle bu sadece tercih meselesidir. Lisans alan kendi hal, şart ve beklentilerini göz önünde tutarak, lisans süresi konusundaki iradesini oluşturacaktır.

3. Lisansın Kapsamı

Lisans veren ile lisans alan, eserin münhasır olmayan kullanımını yani basit lisansı ihtiva eden sözleşme kurmaktadır. Basit lisans sözleşmesinde lisans veren, fikri veya sınai hakkı ya da maddi olmayan malı üzerinde yalnız lisans alana değil, başkalarına da yararlanma hakkı verebilir²⁹. Dolayısıyla lisans veren, aynı klinik bilgi sistemini üçüncü

²⁹ Eren, s. 933; Kılıçoğlu, s. 282; Tandoğan, 63.

şahıslara verme ve mali/telif haklarını dilediği biçimde kullanma hakkını uhdesinde tutmaktadır. Bu sebeple, eserin telif ve mülkiyet hakları lisans verene aittir.

Klinik bilgi sisteminin ilk kuruluşu lisans veren tarafından gerçekleştirilmektedir. Kuruluş akabinde, sistemi kullanacak olan kişilere eğitim verilmektedir. Klinik bilgi sisteminin işleyişi ile ilgili ayrıca kullanım kılavuzu hazırlanmakta ve lisans alanın ve onun bünyesindeki çalışanların istifadesine sunulmaktadır.

Lisans alan, klinik bilgi sisteminin donanım kısmı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olamamaktadır. Lisans veren, ister belirli süreli olsun ister süresiz olsun sistemin donanım kısmının mülkiyetini genellikle kendinde bırakmaktadır. Lisans alana devredilen ise, kural olarak yazılımdan yararlanmadır.

Klinik bilgi sistemi, sadece kullanım alanı sözleşmede belirtilmiş yer/tesis/kısım/bölüm/alanda kullanılabilir. Bu bakımdan kapsama alanının genişletilmesi için mutlaka ek bir paket veya ek lisans alınması gereklidir. Ayrıca sistem, yetkilendirilmiş kişiler dışında hiçbir kimseye kullanılamaz.

Klinik bilgi sistemini kullanım hakkı, taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen şartlar kapsamında sadece sözleşmenin tarafı olan lisans alana ait olmaktadır. Lisans alan, aksi kararlaştırılmadıkça sözleşme konusu eseri sadece kendisi kullanabilir. Dolayısıyla böyle bir durumda lisans alan, sözleşmeden doğan haklarını kısmen veya tamamen üçüncü kişilere devredemez, sözleşme konusu esere ilişkin yeni bir lisans/kira/satım gibi şahsî veya aynî hak ihtiva eden sözleşmeler yapamaz. Taraflar arasındaki sözleşmede bu hususun da göz önünde tutulması önemlidir.

4. Sorumluluğa İlişkin Hükümler

Taraflar arasında sorumluluğa ilişkin hükümler sözleşmede hüküm altına alınırken göz önünde tutulması gereken bazı hususlar/durumlar mevcuttur. Bunlara ilişkin düzenlemelerin, klinik bilgi sistemlerine ilişkin lisans sözleşmelerinde yer verilmesi, hukukî ilişkinin sıhhati açısından önem arz etmektedir. Bunların başlıca örneklerini;

- a. Klinik bilgi sisteminin bağlı olduğu ve veri aldığı cihazlardaki arızalardan, söz konusu arıza dolayısıyla iletilen yanlış verilerden, arıza olmasa dahi iletilen yanlış verilerden,
- b. Kullanıcı hatalarından,

- c. Kullanıcı hataları neticesinde oluşacak bilgi ve yazılım kayıplarından,
- d. Voltaj dalgalanması, elektrik kesilmesi, virüs bulaşması ve benzeri çevresel faktörlerden ve mücbir sebeplerden kaynaklanan hatalardan,
- e. Klinik bilgi sisteminin usulüne uygun olarak kullanılmamış olmasından,
- f. Klinik bilgi sisteminin çalışmasını etkileyen diğer yazılım ve/veya donanım değişikliği ve uygulamalardan,
- g. Ağla ilgili ortaya çıkacak zararlardan,
- h. Uzaktan erişim ağı ve bağlantı hatalarından,
- i. Klinik bilgi sisteminin çalışmasıyla ilgili oluşan hata ve/veya arızalarla başlayıp, destek hizmeti verilip sorunun giderilmesine kadar olan süreçte, oluşacak kayıplardan, alınmayacak verilerden ve hizmetin kesintiye uğramasından,
- j. Lisans verenin kendi kontrolü dışında meydana gelen ve yasada sayılan mücbir sebep hallerinden dolayı oluşabilecek herhangi bir gecikme veya yükümlülüklerin ifa edilememesinden,
- k. Klinik bilgi sisteminin, kullanım kılavuzunda tarif edilen şekilde kullanılmamasından
- l. Klinik bilgi sisteminin özellikle donanım kısmının elverişli şartlarda bulundurulmasının, kullanılmasının ve korunmasının sağlanmamasından,

ortaya çıkacak her türlü durum ve zarardan sorumluluğa ilişkin düzenlemelere yer verilmesi teşkil eder.

5. Sürüm/Versiyon Değişimi

Bilgisayar yazılımı temelli olduğu için klinik bilgi sistemleri, sürüm/versiyon değişikliklerine veya güncellemelere ihtiyaç duyar. Bu değişiklik veya güncellemeler yazılım, donanım veya dokümanlar üzerinde olabilir. Bunu yerine getirmek, lisans verenin yükümlülüğü altındadır. Lakin lisans veren, lisans alandan söz konusu değişiklik veya güncellemeler için bedel talep edebilmektedir. Bedel talep edilip edilmemesini belirleyen kıstas ise, değişiklik veya güncellenmenin kapsamı ve niteliğidir. Yazılım güncellemesi, kural olarak bedel talep edilmesi

neticesini doğurmazken, sistemin donanım değişiklikleri³⁰ bedel talep edilmesini gerektirebilmektedir.

Sisteme ilişkin söz konusu değişiklik veya güncellemeler meselesinde dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. Bunlardan ilki, eski sürümle işlenmiş verilerin yeni sürüme sorunsuz aktarılmasının gerçekleştirilmesidir. Bunu yerine getirmek için lisans veren, gereken altyapıyı hazırlamalı ve tedbirleri almalıdır. Diğer husus ise, lisans veren, genellikle sürüm/versiyon değişikliği veya güncelleme yapma yetkisini tek taraflı olarak uhdesinde tutmaktadır. Dolayısıyla lisans alanın iradesine ihtiyaç duymaksızın ilgili değişiklik veya güncellemeleri yapmaktadır. Bunun akabinde ise, lisans veren sözleşmelerinde, üretimden kalkan sürümlerin destek hizmetinin kesileceğine yer vermektedir. Bunun en büyük sakıncası şudur: lisans alan mevcut sürümden memnun olabilir. Dolayısıyla lisans alan, hâlihazırda sorunsuz çalışan ve memnun olduğu yazılımın mevcut sürümünün iradesi dışında değiştirilmesi ile karşı karşıya kalabilir. Bu ise en başta mevcut sürüme adaptasyon gerektirebilir. Ayrıca donanım değişikliği söz konusu olduğunda ise, lisans alan bunun bedelini ödemek durumunda kalabilir. Bunlara rağmen, yazılımın geliştirilmesi ve iyileştirilmesi için yapılan bu işlemler gereklidir ve bunlara özellikle klinik bilgi sistemleri açısından ihtiyaç vardır.

6. Destek ve Danışmanlık Hizmetleri

Eserin kullanıldığı alan ve niteliği göz önünde tutulduğunda, lisans verenin en önem arz eden yükümlülüklerinden biri de destek ve danışmanlık hizmetleridir. Bu itibarla lisans veren, gerek rutin kullanım için gerekse arızalar ve/veya hatalar oluşması durumlarının giderilmesini temin için 7/24 destek ve danışmanlık hizmeti sunmalıdır. Bunu sağlamak için lisans verenin öncelikle 7/24 hizmet veren bir çağrı merkezi kurması gerekir. Lakin çağrı merkezinin sağlayacağı destek her zaman yeterli olmayabilir. Bu sebeple, lisans veren ayrıca sistemin kurulduğu tesise servis olarak gelebilecek 7/24 nöbette teknik ekip bulundurmalıdır.

7. Gizlilik

Yukarıda izah edildiği üzere, klinik bilgi sistemleri kişisel sağlık bilgilerini tutmakta ve işlemektedir. Hal böyle olunca kişisel sağlık bilgilerinin korunması için gerekli tedbirler alınması büyük önem arz

³⁰ Genellikle, donanımın mülkiyetinin lisans alana geçtiği durumlar bakımından gündeme gelir.

etmektedir. Aksi takdirde kişilik haklarının ihlali neticesini doğuran olaylar gündeme gelir. Bu noktada da gizliliğin sağlanması için dikkat edilmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır.

Riayet edilmesi gereken söz konusu hususları lisans veren ve lisans alan açısından ayrı ayrı ele almakta fayda vardır. Burada her iki açıdan da göz önünde tutulması gereken temel ölçüt, Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi Ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik³¹’te yer alan standartlara ve kriterlere uygunluktur. Çünkü Yönetmelik, kişisel sağlık verilerini tutup işleyen özelliği olmasından dolayı klinik bilgi sistemleri bakımından doğrudan uygulama alanı bulan niteliği haizdir.

Lisans veren her şeyden önce sisteme erişimi kısıtlamalı, yalnızca yetkili kişinin, yetkisiyle orantılı erişimine izin verecek yazılımı geliştirmelidir. Bu sebeple, yetkisiz erişim kesinlikle engellenmelidir. Bunun için lisans veren, Sağlık Bakanlığı ve Kişisel Verileri Koruma Kurulunun belirlemiş olduğu standartlara uygun sistemin kurulmasından ve işletilmesinden, güvenlik ve mahremiyetinin sağlanmasından ve ileri düzeyde şifreleme programlarının kurulmasından sorumludur.

Lisans veren, klinik bilgi sistemini Sağlık Bakanlığı merkezi sağlık veri sistemi ile de bağlantılı kılmalıdır. Söz konusu bağlantı için de gerekli güvenlik mekanizmalarının oluşturulması gerekmektedir.

Lisans veren, sisteme giriş yapan yetkilendirilmiş kişilerin, söz konusu giriş çıkışlarıyla ilgili her türlü kaydı tutan bir program da oluşturmalıdır. Böylece, kimin hangi gün hangi saatte giriş yaptığı, ne zaman sistemden çıktığı, sistemde yapılan işlemleri, görüntülenen ekranları vb. kayıt altına alınmış olur. Böylelikle de bir ihlâl durumunda, ihlâlin kaynağı hemen tespit edilebilir.

³¹ RG., T. 20.10.2016, S. 29863.

Yönetmeliğin amacı; kişisel verilerin korunması ve veri mahremiyetinin sağlanmasına, kişisel sağlık verilerini toplama, işleme, aktarma, bu verilere erişim için kurulacak sisteme, kişisel sağlık verisi kaydı tutulan sistemlerin güvenliği ve denetimi ile sağlık hizmeti sunumundaki personel hareketlerinin Bakanlığa bildirilmesine ilişkin işlemlerde uyulacak usul ve esasları düzenlemektir.

Yönetmelik;

- a) Sağlık hizmeti sunucuları,
- b) Kişisel sağlık verileri işlenen gerçek kişiler,
- c) Sağlık hizmet sunucularına ait bilgi işlem sistemleri yazılım ve donanımı ile dosyalama sistemi gibi hizmetleri sunan gerçek ve tüzel kişiler,
- ç) Bunlar dışında kalan ve bir mevzuat çerçevesinde kişisel sağlık verilerini işleyen kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk gerçek ve tüzel kişiler ile ilgili hükümleri kapsar.

Lisans veren, sistemin güvenliği ve geliştirilmesi, lisans alanın güvenliği, kendi yükümlülüklerinin ifası ve bazı istatistiki değerlendirmeler için kayıt tutabilir, işleyebilir, muhafaza edebilir, yedekleyebilir, mevzuata uygun olarak yurt içine, yurt dışına veya iştiraklerine transfer edebilir. Lisans veren bunu yaparken, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etmeli, bu işlemleri belirli, açık ve meşru amaçlara dayandırmalıdır. Bu amaçlara örnek olarak, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi gösterilebilir.

Lisans alan, sisteme giriş yapmak için yetkilendireceği personelinin sınıflandırılmalıdır. Yapılacak bu sınıflandırmaya uygun olarak giriş yetkileri oluşturulmalı ve personelin yetkisine göre erişim kısıtlanmalı veya genişletilmelidir.

Sisteme erişilmesi için girilmesi gerekli her türlü kullanıcı adı, şifre ve benzeri verilerin doğruluğundan, güvenliğinden, saklanmasından ve üçüncü kişilerin bilgisinden uzak tutulmasından lisans alan sorumludur. Söz konusu verilerdeki yanlışlıklardan ve/veya bu bilgilerinin bir başkası tarafından ele geçirilerek/öğrenilerek kullanılması veya lisans alan adına sisteme ya da sistem üzerinden ulaşılan yerlere erişim yapılmasından lisans alan sorumludur.

Lisans veren ve lisans alan arasındaki sözleşmede ayrıca gizli bilgi tanımı yapılmaktadır. Buna göre, klinik bilgi sistemine ilişkin yazılı, sözlü, görsel, elektronik veya manyetik formatta ya da başka bir şekilde, iş geliştirme projesi ile ilgili fikir, iş, metot, ilerleme, ticarî sır veya diğer yasal korunmaya konu olan ya da olmayan her türlü yenilik, tüm ticarî, malî ve teknik bilgiler, bütün fikri ve sımai haklar, pazarlama ve ürün planları, iş stratejileri, stratejik ittifaklar ve ortaklar, faaliyetlere ilişkin bilgiler ve veri analizleri gizli bilgidir. Lisans alanın söz konusu gizli bilgilerle ilgili birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır.

Lisans alan, öncelikle tüm gizli bilgileri gizli tutmalıdır. Kendi teşkilatı içerisinde gizli bilgilerin yetkili kişi olmayan kişilere verilmemesini sağlamak için gerekli tedbirleri almalıdır. Kendi kontrolünde bulunan gizli bilgilerin çalınmaya veya yetkisiz erişime karşı güvenle korunmasını sağlamak için makul ölçülerde elinden gelen çabayı göstermeli ve her halükarda gizli bilgilerin güvenliği, bütünlüğü ve gizliliğini en azından kendi gizli bilgilerine uyguladığı standart ile aynı

standarda göre sağlamalıdır. Gizli bilgilerin içerdiği herhangi bir yazılım üzerinde ters mühendislik işlemi yapmamalı, yaptırmamalı veya bunlara teşebbüs etmemelidir.

Lisans alan, klinik bilgi sisteminin gerek donanım gerekse yazılım kısımlarında, kullanım amacı dışında oynamalar, işlemler, kopya alma, inceleme, donanımlarına erişme, yazılım kodlarını tespit etme gibi eser sahibinin fikri ve mülkiyet haklarını zedeleyici hiçbir işlemi yapamaz. Dolayısıyla lisans alan eseri, hukuka aykırı, amacı dışında kullanamaz veya bunları yapması için herhangi bir üçüncü şahsa izin veremez ve bu yöndeki bir fiile iştirak edemez.

Bunların dışında, kişisel sağlık bilgilerine erişimi olan tüm yetkilendirilmiş kişilerin (lisans veren veya lisans alan bünyesinde fark etmez) sır saklama yükümlüğü altında olduklarının bilincinde olmaları gerekir.

IV. SONUÇ

Klinik bilgi sistemleri, yukarıda anlatılan özellikleri ve işlevleri ile insan/toplum sağlığı açısından çok büyük bir öneme sahiptir. Sistemin yaygın ve etkin bir şekilde kullanımı, sağlık hizmetlerinin kalitesini artıracak, süresini hızlandıracak, etkin teşhis ve tedavide büyük roller üstlenecektir. Hastalıkla mücadelede, sistemden elde edilen analizler aracılığıyla yol haritaları, politikalar, eylem planları kolayca oluşturulabilecektir. Hastalıklarla ilgili etkili, hızlı ve kesin önleyici tedbirlerin alınması mümkün hale gelecektir. Çünkü sistem muazzam bir bilgi birikimine sahip olacaktır. Meselâ hastanelere gelen hastaların ilk değerleri, uygulanan tedavi süreçleri, bunların akabinde geline noktaların hepsi kayıt altında olup, analize ve raporlamaya elverişli olduğu için, yeni hastalar geldiğinde ve sağlık değerleri okuduğunda sistem geçmiş muazzam bilgisi çerçevesinde hekime yol gösterebilecektir.

Sistemin bu önemi karşısında çok da uzun olmayan bir zaman içerisinde Ülke genelinde yaygınlaşacağı öngörülmektedir. Bu noktada sistemin hastanelere kurulumu da lisans sözleşmeleri kapsamında gerçekleşecektir. İşte, klinik bilgi sistemlerine ilişkin lisans sözleşmeleri kurulurken de göz önünde tutulması gereken önemli hususlar bulunmaktadır. Bu çalışma ile bunlara değinmiş bulunmaktayız. Elbette ki burada izah edilen, üzerinde durulan hususlar dışında başka meseleler, problemler de doğacaktır. Lakin başlangıç aşaması olarak biz bu çalışmayla bir ışık tutmaya çalıştık. Tabi ki, konu başka çalışmalarla gelişecek ve kapsamını artıracaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz.	: Bakınız
EMRAM	:Electronic Medical Record Adaption Model: Elektronik Tıbbi Kayıt Uygunluk Modeli
FSEK.	: 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
E.T.	: Erişim Tarihi
HIMSS	: Healthcare Information and Management Systems Society: Sağlık Bilgi ve Yönetim Sistemleri Topluluğu
KHK.	: Kanun Hükümünde Kararname
m.	: madde
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
vb.	: ve benzeri
vs.	: vesaire

BİBLİYOGRAFYA

Aksu, Mustafa	:Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul 2006.
Arbek, Ömer	:Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2005.
Başpınar, Veysel/Kocabey, Doğan	:İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara 2007.
Eren, Fikret	:Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016.
İzmirli, Lale Ayhan	:Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlâli ve Korunması, Ankara 2012.
Kılıçoğlu, Ahmet M.	:Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006.
Şahan, Gökhan	:Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi, Ankara 2016.
Tandoğan, Haluk	: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 6. Basım, İstanbul 2008.
Yıldırım, M. Fadıl	:Standart Bilgisayar Programı Devir Sözleşmeleri, İstanbul 1999.

<https://sgb.saglik.gov.tr/content/files/stratejikplan20132017/index.html>, (E.T. 12.12.2016).

<http://dijitalhastane.saglik.gov.tr/TR,5006/saglik-bakanligi-dijital-hastane-degerlendirme-calismal-.html>, (E.T. 12.12.2016).

<http://himssturkiye.com/tr/anasayfa/>, (E.T. 12.12.2016).

<http://dijitalhastane.saglik.gov.tr/TR,4872/electronic-medical-record-adaption-model-emram.html>, (ET. 12.12.2016).

- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.584e4a5d54eba6.37395962, (E.T. 12.12.2016).
- <http://doktordanhaberler.com/klinik/>, (E.T. 12.12.2016).
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Yaz%C4%B1%C4%B1m>, (ET. 12.12.2016).
- https://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgisayar_donan%C4%B1m%C4%B1, (ET. 12.12.2016).
- http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Hasta%20Ba%C5%9F%C4%B1%20Monit%C3%B6r%20Kurulumu.pdf, (ET. 12.12.2016).
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Elektrokardiyografi>, (ET. 12.12.2016).
- <http://www.genemedikalog.com/infuzyon-pompasi-nedir/>, (ET. 12.12.2016).
- http://megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Anestezi%20Cihaz%C4%B1%20Ve%20Yard%C4%B1mc%C4%B1%20Ekipmanlar.pdf, (ET. 12.12.2016).
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Diyaliz>, (ET. 12.12.2016).
- [http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Yapay%20Solunum%20\(ventilat%C3%B6r\)%20Cihazlar%C4%B1.pdf](http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Yapay%20Solunum%20(ventilat%C3%B6r)%20Cihazlar%C4%B1.pdf), (ET. 12.12.2016).
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Defibrilator>, (ET. 12.12.2016).
- <http://www.medsalus.com.tr/holter-takibi>, (ET. 12.12.2016).
- http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/K%C3%BCvezler.pdf, (ET. 12.12.2016).
- <http://www.genemedikalog.com/fototerapi-cihazı/>, (ET. 12.12.2016).
- <http://www.ortadoguhastanesi.com.tr/kolposkopi-nedir.html>, (ET. 12.12.2016).
- http://www.solunumhastaliklari.org/pdf/pdf_SHD_340.pdf, (E.T. 12.12.2016).

ANONİM ORTAKLIK GENEL KURUL KARARLARI ALEYHİNE TOPLANTIDA HAZIR BULUNAN PAY SAHİBİNİN İPTAL DAVASI AÇMASININ ŞARTLARI VE ÖZELLİKLE MUHALEFET ŞERHİ

Ali Haydar Yıldırım*

ABSTRACT

The shareholders of incorporated companies are granted several rights. One of these rights is the ability to file a challenging action against the general meeting resolutions. The shareholder's right to file a challenging action against the general meeting resolutions is regulated in Article 446 of Turkish Code of Commerce. In order to file an action, it is enough to have a single share. Principally, the shareholder aiming to file an action must have participated in the m. Under which circumstances a shareholder, who participated in the meeting, can file an action challenging a resolution is the topic of this study. In this study, it is especially be discussed under which conditions the dissenting opinion is required, in order to file an action challenging a resolution, as well as the characteristics of dissenting opinion. This paper is not limited only to the theoretical domain. Many Supreme Court decisions that have been subjected to discussions and directed the study were also examined.

Keywords: 1. Incorporated Company 2. Shareholder 3. Action challenging a resolution 4. General Meeting 5. Dissenting opinion

REQUIREMENTS TO FILE A CHALLENGING ACTION AGAINST GENERAL MEETING RESOLUTION OF AN INCORPORATED COMPANY FOR SHAREHOLDER, WHO PARTICIPATES THE MEETING AND ESPECIALLY THE DISSENTING OPINION

ÖZET

Anonim ortaklık pay sahiplerine tanınan çeşitli haklar bulunmaktadır. Bu haklardan bir tanesi de genel kurul kararları aleyhine iptal davası açmaktır. Pay sahibinin genel kurul kararları aleyhine iptal davası açma hakkı Türk Ticaret Kanunu'nun 446. maddesinde düzenlenmiştir. Dava açmak için tek bir paya sahip olmak yeterlidir. Dava açmak isteyen pay sahibinin kural olarak toplantıda hazır bulunması gerekir. Toplantıda

* Yrd. Doç. Dr. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

hazır bulunan pay sahibinin hangi koşullar altında iptal davası açabileceği bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu çalışmada özellikle iptal davası açılması için hangi durumlarda muhalefet şerhinin aranacağı ve muhalefet şerhinin özellikleri üzerinde durulacaktır. Çalışma sadece teorik bir alanla sınırlı değildir. Çalışmaya yön veren ve tartışma konusu yapılmış olan birçok Yargıtay kararı da incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: 1. Anonim ortaklık 2. Pay sahibi 3. İptal davası 4. Genel kurul 5. Muhalefet şerhi

GİRİŞ

Anonim ortaklıkta pay sahiplerine tanınan en önemli haklardan biri genel kurul kararları aleyhine iptal davası açma hakkıdır. Bu hak vazgeçilemez niteliktedir. Pay sahibinin iptal davası açması için kural olarak toplantıda hazır bulunması gerekir. Toplantıda hazır bulunmayan pay sahibininse kural olarak iptal davası açması mümkün değildir. Toplantıda hazır bulunan pay sahibinin iptal davası açabilmesi içinse belli şartları yerine getirmiş olması gerekir. Şartlar içerisinde yer alan olumsuz oy verme ve muhalefet şerhi özel önem taşımaktadır. Özellikle olumsuz oy verme ve muhalefet şerhinin birlikte aranıp aranmayacağı noktasında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Daha açık olarak ifade etmek gerekirse, olumsuz oy yanında muhalefet şerhi aranacak mıdır? Yoksa olumsuz oy verenin kim olduğunun belli olması durumunda ayrıca muhalefet şerhine gerek olmayacak mıdır? Bir diğer özel önem taşıyan nokta, muhalefet açıklamasının karardan sonra verilmesinin zorunlu olup olmadığıdır. Tüm bu sorunlar teorik bir alana hapsolup kalmış değildir. Bu sorunlar uygulamada pay sahibinin dava açma hakkına doğrudan etki etmektedir. Daha da somutlaştırmak gerekirse, gündemin bir maddesinin görüşülmesi sırasında yönetim kurulu teklifini sunduktan sonra, söz alıp muhalefet açıklamasında bulunan pay sahibi, birkaç dakika içinde yapılan oylamadan sonra karara muhalif kaldığını belirtmezse, dava açma hakkını kaybedecek midir?

Bu sorunlar ve inceleme konumuzun tamamına ilişkin yapılacak açıklamalar sadece anonim ortaklıklar ile de sınırlı değildir. TTK 565'in yaptığı atıf gereğince, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık ortaklarının iptal davası açma hakları bakımından anonim ortaklık hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Yine TTK 622 atfı gereğince limited ortaklık ortaklarının genel kurul kararları aleyhine açacakları iptal davası bakımından anonim ortaklık hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Ayrıca 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 53. maddesinde toplantıda

hazır bulunan üyelerin hangi şartlar altında iptal davası açabilecekleri TTK 446/1-a'ya çok benzer şekilde düzenlenmiştir.

I. YASAL DÜZENLEME, ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKLARINDAKİ DURUM

Anonim ortaklık genel kurul kararlarının iptalinde kimlerin davacı sıfatına sahip olacağına ilişkin temel düzenleme TTK 446'da yer almaktadır. Bu düzenlemede iptal davası açabilecekler bakımından dört ayrı grup sayılmıştır. İlk olarak; toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini toplantı tutanağına geçiren pay sahipleri. İkinci olarak, toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın çağrının usulüne uygun yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisine sahip olmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına veya oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve bu sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri. Üçüncü olarak, yönetim kurulu, kurul olarak karar almak kaydıyla genel kurul kararı aleyhine iptal davası açabilir. Son olarak da kararın yerine getirilmesi, kişisel sorumluluğuna neden olacaksa yönetim kurulu üyelerinden her biri iptal davası açabilir.

Alman hukukunda iptal davası açma yetkisi AktG § 245'de düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrasında toplantıda hazır bulunan pay sahibinin iptal davası açma hakkı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, pay sahibinin iptal davası açabilmesi için ilk olarak genel kurul toplantısına çağrıdan önce ortak sıfatını kazanmış olmalıdır. İkinci olarak, karara muhalefet ettiğini açıklaması gerekir. Alman düzenlemesi birçok açıdan Türk hukukundaki düzenlemeye benzemektedir. Bununla birlikte Alman hukukunda toplantıda hazır bulunan pay sahibinin iptal davası açması için açıkça olumsuz oy verme şartı aranmamıştır. Bunun yanı sıra bu hukuk düzeninde, ancak çağrıdan önce pay sahibi sıfatını kazanan kişi iptal davası açabilecektir.

İsviçre hukukundaysa iptal davası açma yetkisi OR Art. 706'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre pay sahibi, kanuna veya esas sözleşmeye aykırı genel kurul kararları aleyhine iptal davası açabilecektir. Dikkat edilirse İsviçre düzenlemesi Türk hukukundan farklı olarak toplantıda hazır bulunup bulunmama şeklinde bir ayırım yapmadığı gibi, toplantıda

hazır bulunan pay sahibinin olumsuz oy vermesi veya muhalefet açıklamasında bulunması gibi bir şart da aramamıştır.

II. TOPLANTIDA HAZIR BULUNAN PAY SAHİBİNİN İPTAL DAVASI AÇMASI İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

TTK 446/1 çerçevesinde toplantıda hazır bulunan pay sahibinin iptal davası açma hakkını kullanabilmesi için dört şartı yerine getirmesi gerekmektedir. Bunlar: a. Pay sahibi sıfatına sahip olma b. Toplantıda hazır bulunma c. Gündem maddesiyle ilgili olumsuz oy kullanma d. Muhalefetini toplantı tutanağına geçirtme. Özellikle muhalefetin toplantı tutanağına geçirilmesinin ayrı bir şart olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususuna aşağıda ayrıntılı olarak temas edilecektir.

A. PAY SAHİBİ SIFATINA SAHİP OLMA

1. Pay Sahipliği Sıfatı

Bir kimsenin TTK 446 çerçevesinde iptal hakkını kullanabilmesi için kural olarak, pay sahibi sıfatına sahip olması gerekir. Bu nedenle pay sahibi sıfatına sahip olmayan alacaklılar ve intifa senedi sahipleri iptal davası açma hakkına sahip değildir.

Hem gerçek kişi hem de tüzel kişi pay sahiplerinin iptal davası açması olanaklıdır. Tüzel kişilerde bizzat tüzel kişinin kendisi dava açar. Tüzel kişinin ortak veya üyelerinin dava açma yetkisi yoktur¹. Pay sahibinin iptal davası açabilmesi için tek bir paya sahip olması yeterlidir. Yoksa onun ortaklık içindeki payının oranının bir önemi bulunmamaktadır. Elbette toplantı öncesinde tüm paylarını devredip ortaklıktan ayrılan pay sahibinin iptal davası açması mümkün değildir. Yine toplantı öncesinde hakim ortaklık TTK 208'de kendisine tanınan imkanı kullanarak pay sahibini ortaklıktan çıkarırsa, bu kimse pay sahibi sıfatını kaybedeceğinden iptal davası açamaz. Bu itibarla toplantıdan önce pay sahipliği sıfatı herhangi bir şekilde sona eren kişi, bir şekilde toplantıya katılarak, karara olumsuz oy verse ve muhalefetini toplantı tutanağına geçirtse dahi, iptal davası açamaz.

¹ Yarg.11. HD, 22.03.2016, E. 2015/4178, K. 2016/3181(Bu karar için bk. Batider 2016, C.XXXII, S. 2, s. 310-313); Kırca, İsmail/Şehirali Çelik ,Fezvan Hayal/Manavgat, Çağlar (Kırca): Anonim Şirketler Hukuku –Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü-, C. 2/2, Ankara 2016, s. 176.

2. Pay Sahibi Sıfatı Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar

a. Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı Halinde

Anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabı halinde pay sahipliği haklarının kullanılmasını düzenleyen TTK 389'a göre, bedelsiz payların iktisabı hariç, ortaklığın devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği hakkı vermez. Başka bir ifadeyle ortaklığın iktisap ettiği paylardan doğan pay sahipliği hakları donar. Bu şekilde ortaklığın devraldığı paylardan doğan bedelsiz payların iktisabı hariç- ortaklık haklarının donmasının sebebi, anonim ortaklığın kendisine ortak olamamasıdır². Gerçekten de anonim ortaklığa karşı pay sahipliği sıfatının kazanılabilmesi için anonim ortaklığa ve payı iktisap edecek üçüncü bir kişiye ihtiyaç vardır. Ortaklığın kendi paylarını iktisap ettiği takdirde, aynen üçüncü bir kişi gibi, pay sahipliği haklarını kazandığının kabul edilmesi, pay sahipliği sıfatının niteliği gereği olanaklı değildir³.

TTK 389'da, ortaklığın iktisap ettiği payların ortaklığa hiçbir pay sahipliği hakkı veremeyeceği ifade edilmiş olduğundan, bu paylara dayanılarak iptal davası açma hakkının kullanılması mümkün değildir⁴.

Söz konusu bu düzenlemede, sadece anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabı halinde pay sahipliği haklarının kullanılıp kullanılmayacağı düzenlenmemiştir. Bunun yanı sıra yavru ortaklığın iktisap ettiği ana ortaklığa ait paylara ilişkin hakların durumu da hüküm

² Bu hususta bk. **Schmidt, Karsten/Lutter, Martin (Bezenberger)** : Aktiengesetz, 2. Auf., Köln 2010, § 71b, No. 1.

³ Bu hususta bk. **Aydın, Alihan**: Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008, s. 37.

⁴ Bu hususta bk. **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin (Tekinalp)**: Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 601. Alman hukuku açısından aynı yönde bk. **Heidel Thomas (Heidel)**: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Auf., Baden-Baden 2014, § 245, No. 4; **Bürgers,Tobias/Körber,Torsten (Göz)**: Aktiengesetz, 3. Auf., Heidelberg 2014, § 245, No. 5; **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Hüffer/Schäfer)**, Band 4, 4. Auf. 2015, § 245, No. 21; **Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Dörr)**: Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 3. Auf. 2015, § 245, No.12.

Belirtmek gerekir ki, eski düzenlemede(ETK 329/sc) ortaklık tarafından iktisap edilen payların sadece genel kurulda temsilinin caiz olmadığı ifade edilmişti. Ancak bu hükmün geniş olarak yorumlanması gerektiği ve bunun sonucu olarak, düzenlemenin oy verme, genel kurul toplantısına katılma, iptal davası açma, azınlık hakları gibi tüm yönetsel hakları kapsadığı kabul edilmekteydi. Bu hususta bk. **Teoman, Ömer**: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul 1983, s. 60; **Aydın**, s. 271.

altına alınmıştır. Gerçekten de TTK 389/son cümleyle göre, yavru ortaklığın iktisap ettiği ana ortaklık paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar⁵. Oy hakkı ve buna bağlı haklar kavramına, iptal davası açma hakkı da girer⁶.

Ayrıca burada, TTK 379/1- son cümle hükmüne de kısaca değinmek gerekir. Bu düzenleme gereğince, ortaklığın kendi paylarının iktisabına ilişkin sınırlandırma bir üçüncü kişinin kendi adına ancak ortaklık hesabına iktisap ettiği paylar açısından da geçerlidir. Bu halde de pay sahipliği hakları donacağından, söz konusu bu üçüncü kişinin de iptal davası açma hakkını kullanması mümkün olmaz⁷.

b. Bağlam Öngörülen Paylardaki Durum

Anonim ortaklıklarda bağlam, kanuni ve esas sözleşmesel bağlam olmak üzere ikiye ayrılır. Bedeli tamamen ödenmemiş payların devrinin ortaklık onayıyla olabileceğini öngören TTK 491 kanuni bağlamı düzenlemektedir. Ortaklık onay vermediği sürece paylar ve üzerindeki haklar devralana geçmemiş olduğundan, bu kimsenin genel kurula katılması ve bununla bağlantılı olarak genel kurul kararlarının iptalini istemesi mümkün değildir.

Anonim ortaklıkta esas sözleşmeye konulacak hükümlerle de payın devrinin sınırlandırılması olanaklıdır. Kanun koyucu sözleşmesel bağlamı, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar ve borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutmuştur. Her iki pay türü bakımından red sebepleri ve bunun sonuçları ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylarda bağlamın sonuçlarını düzenleyen TTK 494'nin ilk fıkrasında, devir için gerekli onay verilmediği sürece payların mülkiyetinin ve paylara bağlı tüm hakların devredende kalacağı belirtilmiştir. Payın devrine henüz ortaklık tarafından onay verilmediği aşamada, genel kurul toplanırsa, bu genel kurula payını devreden ortak katılabilir. Bu kimse iptal davası açılması için gerekli olan diğer şartları da yerine getirmek koşuluyla dava açabilir.

Borsaya kote edilmemiş payların miras, miras paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereğince iktisap

⁵ Hükmün amacıyla ilgili olarak bk. **Forstmoser,Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter**: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, s. 233, No.87.

⁶ Aynı yönde bk. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu(Tekinalp)**, s.601.

⁷ Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu(AktG) § 71d'de aynı yönde bir düzenleme yer almaktadır.

edilmeleri durumu bakımından kanun koyucu farklı bir esas kabul etmiştir. Bu durumda payların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığı haklar derhal geçerken, genel kurula katılma haklarıyla oy haklarıysa ortaklığın onayıyla birlikte devralana geçmektedir (TTK 494/2). Bu belirtilen durumlardan birinin meydana gelmesiyle payı iktisap eden kişi ortak sıfatını kazanır. Ancak, ortaklık tarafından onay verilmediği sürece yönetsel hakları kullanamayacağından, devralan pay sahibi sıfatına sahip olsa dahi, genel kurula katılmayacağından iptal davası açması mümkün olmaz⁸.

Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar borsada iktisap edilmişlerse paylardan kaynaklanan haklar payların devriyle birlikte devralana geçerler. Borsaya kayıtlı payların borsa dışında iktisapları durumundaysa, devralanın pay sahipliği sıfatının tanınması için ortaklığa başvuruda bulunması gerekir (TTK 497/1). Ortaklık tarafından henüz tanınmamış bulunan devralanlar, hakların geçmesinden sonra, oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine yazılırlar. Söz konusu bu paylar genel kurulda temsil edilemez (bk. TTK 497/3)⁹. Genel kurulda temsil edilememe durumu hem borsa içi hem de borsa dışı iktisap bakımından geçerlidir¹⁰. Devralan tanımaya kadar genel kurula katılma hakkını kullanamayacağından, genel kurulun almış olduğu kararlar aleyhine de iptal davası açamaz.

Borsaya kote edilmiş payların miras, miras paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisabı

⁸ Bu hususta bk. **Bozkurt, Tamer**: Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam),- Die Vinkulierung-, İstanbul 2016, s. 243.

⁹ Belirtmek gerekir ki, esas sözleşmesel bağlam devralanın ortaksal hakları kullanmasına istisnai durumlarda engel olabilir. Gerçekten de TTK 495'de borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar bakımından bağlam yüzdeyle ifade edilen bir üst sınır şeklinde öngörülebilir. Yüzdeyi aşmayan paylar bakımından devralan, ortaklık tarafından tanıma gerçekleşmemiş olsa dahi, yüzdelik sınırın altındaki payların kendisine sağladığı ortaksal hakları kullanabilir. Tek bir paya sahip olmak genel kurula katılma ve oy kullanma için yeterli olduğundan, bu kimse iptal davası açma hakkını da kullanabilir. TTK 495/2'de istemde bulunulmasına rağmen devralanın payları kendi ad ve hesabına aldığını açıkça beyan etmezse, ortaklığın pay defterine kaydı reddedebileceği belirtilmiştir. Böyle bir durumda payı devralan ortaksal hakları kullanamaz. Bu kimsenin kullanamayacağı ortaksal haklar arasında genel kurula katılma ve iptal davası açma hakkı da bulunur.

¹⁰ Benzer yönde bk. **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK/Schmid) , 2.Auf., Zürich 2012, Art. 685f, No. 3 ve özellikle No.4.** Borsa içi iktisap bakımından bağlam kurallarının geçerli olmayacağı hususundaki görüş için bk. **Bozkurt**, s. 296 vd.

durumunda, borsaya kote edilmemiş paylardan farklı olarak paylar ve haklar doğrudan iktisap edilmiş olur. Bunun sonucu olarak payı iktisap eden kişi genel kurula katılabilir ve iptal davası açabilir.

c. Pay Üzerinde Birden Fazla Kimsenin Mülkiyet Hakkına Sahip Olması Durumunda

Pay üzerinde birden fazla kimsenin malik olması durumunda, TTK 432 gereğince bunların bir temsilci atamaları ve bu temsilci aracılığıyla genel kuruldan doğan hakları kullanmaları gerekir. Hükmün temel amacı, pay üzerinde birden fazla kimsenin mülkiyetinden dolayı hakların kullanılmasında ortaklık açısından ortaya çıkabilecek olumsuzlukları engellemek ve böylelikle ortaklığı korumaktır. Birden fazla kimsenin malik olduğu paylardan dolayı, iptal davası açılması için gerekli olan şartlar temsilci tarafından yerine getirilir.

d. Pay Üzerinde İntifa Hakkı Tesis Edilmiş Olması Durumunda

aa. Sorunun Ortaya Konulması

Genel olarak malvarlığında bulunan bir hakkın, intifa hakkına konu oluşturabilmesi için, o hakkın devredilebilir ve yararlanmaya elverişli nitelikte bulunması gerekir. Bu belirtilen nitelikleri taşıyan anonim ortaklık payı da intifa hakkının konusu olabilir¹¹.

TTK 432/2'e göre, pay üzerinde intifa hakkı bulunması durumunda, aksi kararlaştırılmamışsa, oy hakkı intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır. Benzer yönde bir düzenleme ETK 360/ IV'da da yer almaktaydı. Bu hükme göre de, üzerinde intifa hakkı bulunan bir hisse senedinden doğan rey hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılıyordu. Görüldüğü üzere, hem yeni TTK'da hem de eski düzenlemede sadece oy hakkının kime ait olacağı düzenlenmiştir. İptal davası açma hakkının kimin tarafından kullanılacağı belirtilmemiştir. Bu belirsizlikten dolayı hem doktrinde hem de uygulamada ciddi tartışmalar mevcuttur. Hemen belirtelim ki, eski düzenleme çerçevesindeki Yargıtay uygulamasıyla öğretinin görüşleri ve bu husustaki tartışmalar yeni TTK açısından da varlığını korumaktadır.

¹¹ Bu hususta bk. **Kendigelen, Abuzer:** Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s.33 ve özellikle s. 35.

bb. Yargıtay Uygulamasıyla Öğretinin Görüşleri

aaa. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay uygulamasına göre, üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş bir paya dayanılarak, iptal davası açma hakkı intifa hakkı sahibine aittir¹². Yüksek Mahkeme'nin iptal davası açma hakkını, oy hakkıyla beraber yorumladığı sonucuna varmak mümkündür. Daha açık bir ifadeyle Yüksek Mahkeme'ye göre, oy hakkı kime aitse, iptal davası açma hakkı da o kimseye aittir. Bunun sonucu olarak, TTK 432/2(ETK 360/IV) gereğince oy hakkına sahip olan intifa hakkı sahibi iptal davası açmaya da yetkilidir. Bu halde, pay sahibinin iptal davası açma hakkı bulunmamaktadır.

bbb. Öğretinin Görüşleri

aaaa. Pay Sahibinin İptal Davası Açma Hakkının Olmadığını Kabul Eden Görüş

Öğretide savunulan bir görüşe göre, pay üzerinde intifa hakkının tesis edilmiş olması durumunda, iptal davası açmaya sadece intifa hakkı sahibi yetkilidir¹³. Bu görüşü savunan yazarlardan Teoman'a göre, oy kullanma ve iptal davası açma bir bütün teşkil eder. Oy kullanma hakkı kanun gereğince, intifa hakkı sahibine verilmiş olduğundan, iptal davası açmaya da o yetkilidir¹⁴. Yazar görüşüne gerekçe olarak şunları da belirtmektedir: İlk olarak, intifa hakkı sahibinin muhalefetini açıklaması, sonra da malikin dava açması şeklindeki çözüm, intifa hakkı sahibinin belirtilen yola başvurmadan kaçınması kadar, malikin onunla aynı düşüncede olmayıp davayı açmak istememesi nedeniyle kabul edilemez. İkinci olarak, malikin muhalefetini toplantı tutanağına yazdırtmaksızın iptal davası açabilmesi TTK'nın bu imkânı istisnai olarak ve sınırlayıcı olarak saymasından mümkün değildir¹⁵.

¹² **Yargıtay 11.HD, 28.5.1981, E.1981/2243, K.1981/2768** (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**).

¹³ Bu hususta bk. **Arslanlı, Halil**: Anonim Şirketler- Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, s. 85; **Domaniç, Hayri**: Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, İstanbul 1988, s. 890.

¹⁴ **Teoman, Ömer**: "Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışında Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu", Otuz Yıl Ticaret Hukuku- Tüm Makalelerim 1971-1982-, İstanbul 2000, C.I, s. 341.

¹⁵ **Teoman**, İntifa Hakkı, Otuz Yıl Ticaret Hukuku- Tüm Makalelerim-, C.I, s. 341.

bbbb. Pay Sahibinin İptal Davası Açma Hakkına Sahip Olduğunu Kabul Eden Görüş

Öğretide savunulan ve hakim görüş olarak nitelendirilebilecek diğer görüşe göre, pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olsa dahi, genel kurul kararlarına karşı pay sahibi iptal davası açabilir¹⁶. Bu görüşe göre, pay sahibinin oy hakkından yoksun olması, onun iptal davası açmasına engel oluşturmaz. Zira iptal davası açma hakkı, oy hakkının kullanılmasından değil, doğrudan doğruya pay sahibi sıfatından kaynaklanmaktadır. Bunun yanı sıra, kanuni düzenlemede, pay sahibi sadece oy hakkından yoksun bırakılmıştır. Yoksa iptal davası açma hakkının sadece intifa hakkı sahibine ait olduğuna ilişkin bir hüküm yoktur. Bu itibarla diğer katılma hakları yanında pay sahibi iptal davası da açabilir¹⁷.

Bu görüşü savunanlara göre, intifa hakkının varlığına karşın, pay sahipliği sıfatı devam ettiğinden, pay sahibinin intifa hakkı sahibinden bağımsız ve hukuken korunmaya değer menfaatlerinin güvence altına alınabilmesi için pay sahibinin haklarını ihlal eden genel kurul kararlarına karşı tek başına iptal davası açması zorunludur¹⁸. Bunun dışında pay sahibinin iptal davası açma hakkına sahip olduğu doğrudan doğruya intifa hakkına ilişkin Medeni Kanun hükümlerinden de çıkarılabilir¹⁹.

cccc. Görüşümüz

Biz de hakim görüşe katılarak, pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olması durumunda, pay sahibinin iptal davası açma hakkına sahip olduğu kabul etmekteyiz. Bu husustaki gerekçeler şu şekilde sıralanabilir:

¹⁶ **Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan:** Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa 2013, s. 357; **Moroğlu, Erdoğan:** Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Bası, İstanbul 2014, s. 258; **Okçuoğlu, Yavuz:** “Anonim ve Kooperatif Şirketler Genel Kurul Kararlarının İptali İçin Gerekli Olan Muhalefet ve Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi(TTK. 381/1 ve Koop. K. 53/1)”, THYKS 1985, Ankara 1985, s. 280-281; **Tekil, Fahıman:** Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 339; **Bürği, Wolfhart:** Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft,b/2, Art. 698-738, Zürich 1969; Art. 706, No. 51; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Çamoğlu),** s. 540. Alman hukukundaysa pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olması durumunda dava açma yetkisinin sadece pay sahibine ait olduğu kabul edilmektedir(Bu hususta bk. **Zöllner,Wolfgang:** Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band 2, § 148-290, Köln-Berlin-Bonn München 1985, § 245, No. 13; **Heidel (Heidel),** § 245, No. 6; **Spindler/Stilz (Dörr),** AktG § 245, No.16).

¹⁷ Bu hususta bk. **Okçuoğlu,** s. 281.

¹⁸ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bk. **Kendigelen,** İntifa Hakkı, s. 307.

¹⁹ Bu hususta bk. **Kendigelen,** İntifa Hakkı, s. 309.

İlk olarak, iptal davası açma hakkı oy hakkıyla bağlantılı değildir. Gerçekten de aşağıda da ifade edeceğimiz üzere, TTK 436 çerçevesinde oy hakkından yoksun olan pay sahipleri de iptal davası açabilirler.

İkinci olarak, iptal davası açma hakkı, vazgeçilemez bir pay sahipliği hakkı niteliğindedir. Pay sahibi rızasıyla dahi bu hakkından vazgeçemez. Pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olması halinde, pay sahibinin iptal davası açmayacağı kabulü bu hakkın niteliğine uygun değildir. Aksi düşüncenin kabul edilmesi ortağın kendi rızasıyla vazgeçemeyeceği hakkını, sınırlı bir aynı hak olan intifa hakkının tesis edilmesi suretiyle sınırlandırılması sonucunu doğurur.

Üçüncü olarak, Kanun'da malvarlıksal olmayan haklar bakımında sadece, oy hakkının intifa hakkı sahibine ait olduğu belirtilmiştir. İptal davası açma hakkı da sadece, intifa hakkı sahibine verilmek istenseydi, aynen oy hakkında olduğu gibi açık yasal düzenlemeye bağlanırdı²⁰.

Dördüncü olarak, intifa hakkının kurulması ve bunun hüküm ve sonuçları Medeni Kanun'da düzenlenmiş olduğundan, TMK hükümlerinde de aynı sonuca varılabilir. TMK 812/II'ye göre malik, intifa konusunun muhafazası için gerekli önemli işleri yapmaya veya diğer tedbirleri almaya yetkilidir. Kendigelen'in de belirttiği üzere, intifa konusu payın varlık ve öz değerinin, kanun, ana sözleşme veya afaki iyiniyet kurallarına aykırı genel kurul kararlarına karşı korunmasını sağlayan iptal davası açma hakkı, pay sahibinin yetkisine giren koruma tedbiri olarak değerlendirilebilir²¹.

Sonuç olarak hem TTK hem de TMK hükümleri çerçevesinde pay üzerinde intifa hakkı kurulmuş olması halinde pay sahibinin iptal davası açma hakkı vardır.

Son olarak belirtelim ki, intifa hakkı sahibi de Kanun'da aranan şartları yerine getirmek şartıyla iptal davası açabilir²².

²⁰ Bu hususta bk. **Kendigelen**, İntifa Hakkı, s. 306.

²¹ **Kendigelen**, İntifa Hakkı, s. 309.

²² Bu hususta bk. **Okçuoğlu**, s. 282; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 60: İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bk. **Gauch, Peter/Schmid Jörg (Tanner)**: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Die Generalversammlung-Art. 698-706b OR, Zürich 2003, Art. 706, No.48.

e. Pay Üzerinde Rehin Hakkının veya Hapis Hakkının Bulunması Durumunda

aa. Pay Üzerinde Rehin Hakkının Tesis Edilmiş Olması Durumunda

Anonim ortaklık payı ister kıymetli evraka bağlanmış ister bağlanmamış olsun, rehine konu olabilir. Payın rehni durumunda kişisel nitelikteki pay sahipliği hakları değil, sadece malvarlıksal nitelikte olan pay sahipliği hakları rehinin kapsamına girer²³. Bunun sebebiyse malvarlıksal haklar niteliğinde olmayan hakların paraya çevirme niteliğine sahip olmamalarıdır. Gerçekten de rehin hakkının sahibine tanıdığı yetki, rehin konusu olan hakkı paraya çevirmek olduğuna göre, rehine konu olacak hakkın parasal olarak değerlendirilebilecek nitelikte olması gerekir²⁴. Bu açıklamalar çerçevesinde, iptal davası açma hakkı gibi malvarlıksal nitelik taşımayan haklar, rehinin kapsamına dahil olmaz. Bunun sonucu olarak, pay üzerinde rehin tesis edilmiş olması halinde, pay sahibi iptal davası açma hakkını kullanabilir²⁵. Belirtmek gerekir ki, rehin alacaklısının pay sahibinin iptal davasını açmasını sağlayabilmesi için ona en azından bir payı tevdi etmesi gerekir²⁶. Elbette payın hisse senedine bağlanmış olup olmamasına göre farklı esaslar geçerli olacaktır. Bu çerçevede eğer hisse senedine bağlanmamış, yani çıplak pay varsa rehin alacaklısının tevdiinden söz edilemez.

bb. Pay Üzerinde Hapis Hakkı Bulunması Durumunda

TMK 950'ye göre, taşınır mallarla kıymetli evrakın hapis hakkına konu oluşturabilmesi mümkündür. Bu çerçevede anonim ortaklık payı da kıymetli evraka bağlanmak şartıyla hapis hakkının konusunu oluşturabilir. Buna karşılık çıplak paylarsa hapis hakkına konu oluşturmaz²⁷.

²³ Bu hususta bk. **Göksoy, Y. Can:** Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001, s. 59; **Bürği**, Art. 683, No. 23.

²⁴ Bu hususta bk. **Göksoy**, s. 59-60.

²⁵ Rehin alacaklısının iptal davası açma hakkına sahip olmadığı hususunda bk. **Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, C.I-II, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 917; **Gauch/Schmid(Tanner)**, Art. 706, No. 46; **Heidel (Heidel)**, § 245, No. 6; **Bürgers/Körber (Göz)**, § 245, No. 7; **Spindler/Stilz(Dörr)**, AktG § 245, No.15; **MüKoAktG (Hüffer/Schäfer)**,§ 245, No.31; **Zöllner**, § 245, No. 13; **Domanıç**, s. 891; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 261.

²⁶ Bu hususta bk. **Spindler/Stilz (Dörr)**, AktG § 245, No.15.

²⁷ Bu hususta bk. **Kendigelen, Abuzer:** “Anonim Ortaklık Pay Senedi Üzerinde Hapis Hakkı ve Bu Hakka Konu Oluşturan Paylardan Kaynaklanan Oy Hakkının Kime Ait

Yukarıda, pay üzerinde rehin hakkının tesis edilmiş olması durumunda, iptal davası açma hakkının pay sahibinde olduğunu ifade etmiştik. Aynı esası rehin bir alt türü olan hapis hakkı için de kabul etmek gerekir. Rehin hakkında olduğu gibi, hapis hakkı da payın malvarlıksal cephesiyle ilgilidir²⁸. Bu nedenle, pay üzerinde hapis hakkı bulunan kimsenin payın malvarlıksal yönünü ilgilendirmeyen iptal davası açma hakkını kullanması söz konusu olmaz. Gerçekten de hapis hakkının temel amacı, bir alacağın teminat altına alınmasını sağlamaktır. Zira hapis hakkı ile, alacaklıya hapis konusu hisse senetlerini iadede kaçınarak, kendi zilyetliğinde alıkoymak ve alacağın ödenmemesi halinde, bu hisse senetlerini paraya çevirterek, alacağını elde etme imkanı sağlanmaktadır²⁹.

Sonuç olarak, pay hapis hakkına konu oluşturmuşsa, iptal davası açma hakkı hapis hakkı sahibinde değil, rehin hakkında olduğu gibi pay sahibine aittir.

f. Payın Haczi ve Pay Sahibinin İflası Halinde

aa. Payın Haczi Halinde

Borçlu alacaklısına karşı, malvarlığını teşkil eden malları, hakları ve alacaklarıyla sorumlu olur. Borçlu pay sahibinin anonim ortaklıktaki payı, borçlunun malvarlığı içerisinde yer aldığından hacze konu olabilmesi mümkündür (bk. TTK 133). Haciz işlemin gerçekleşmesiyle alacaklının onayı ve icra müdürünün izni olmaksızın, borçlunun haczedilen mal üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi kısıtlanmış olur (İİK 86). Bu kural anonim ortaklık payının haczedilmesi durumunda da uygulanır. Bunun sonucu olarak haczedilen anonim ortaklık payı üzerinde, pay sahibi, alacaklı ve icra müdürünün izni olmaksızın tasarrufta bulunamaz³⁰. Rehin halinde olduğu gibi haciz hali de, payın malvarlığı cephesiyle ilgilidir. Bu itibarla malvarlıksal nitelik taşımayan hakların kullanımına borçlu pay sahibi yetkilidir. Bu itibarla, pay sahibi diğer malvarlıksal olmayan haklar yanında iptal davası açma hakkını da haciz halinde muhafaza eder³¹.

Olduğu Sorunu”, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl- Makalelerim, İstanbul 2001, s. 257.

²⁸ Bu hususta bk. **Kendigelen**, Hapis Hakkı, s. 268.

²⁹ Bu hususta bk. **Kendigelen**, Hapis Hakkı, s. 267.

³⁰ **Topuz, Gökçe**: Hisse Haczi ve Satışı, Ankara 2009, s. 251.

³¹ Bu hususta bk. **Kırca/Şehiralı Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 179; **Topuz**, s. 253.

bb. Pay Sahibinin İflası Halinde

İflasa tabi bir kimsenin, iflas etmesiyle beraber, onun malvarlığına dahil bütün mal, alacak ve hakları iflas masasına girer (bk. İİK 184). Bir kimse anonim ortaklığa ortak olmakla tacir sıfatı kazanamaz. Buna karşılık anonim ortaklık ortağı başka bir faaliyetinden dolayı tacir veya iflase tabi bir kimse olabilir. Böyle bir durumda, iflas eden ortağın diğer malvarlığı unsurları gibi, anonim ortaklık payı da iflas masasına dahil olur. Bilindiği üzere, iflas kurumunun amacı, müflisin masaya giren mal ve alacaklarının tasfiye edilmesi ve tasfiye sonucunda elde edilen parayla alacaklıları tatmin etmek olduğundan³², kanun koyucu iflasın açılmasıyla masaya giren mal ve haklar üzerinde müflisin tasarrufta bulunma yetkisini sınırlandırmıştır (bk. İİK 191 -194). Bu şekilde iflas masasına giren mal ve haklar üzerinde tasarruf yetkisi artık, müflise değil iflas masasına ait olur. İflas masası da sahip olduğu bu yetkiyi yasal temsilcisi olan iflas idaresi aracılığıyla kullanır³³.

Bu şekilde müflisin tasarruf yetkisinin kısıtlanması, onun masaya giren mal ve haklara ilişkin dava ve takip etme yetkisini de etkilemektedir. Artık, bu mal ve haklara ilişkin davaları takip etme yetkisi, iflas masasının yasal temsilcisi olan iflas idaresine geçmektedir³⁴. Bunun sonucu olarak, ortaklardan birinin iflası durumunda, onun adına iptal davası açma yetkisi iflas idaresine aittir. Bu çerçevede iflas masası kuruluncaya kadar masayı idare ve temsille görevli memurun genel kurula katılıp olumsuz oy verip muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmesi gerekir. Masanın kurulmuş olması durumunda masa temsilcisinin bu işlemleri gerçekleştirmesi gerekir³⁵.

B. TOPLANTIDA HAZIR BULUNMA

Toplantıda hazır bulunmaktan maksat, pay sahibinin bizzat veya bir temsilcisi aracılığıyla toplantıda hazır bulunmasıdır³⁶. Pay sahibinin

³² Bu hususta bk. **Kuru, Baki**: İcra ve İflas Hukuku-El Kitabı-, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul 2006, s. 1021.

³³ Bu hususta bk. **Kuru**, s. 1021.

³⁴ Bu hususta bk. **Kuru**, s. 1029.

³⁵ Aynı yönde bk. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 279.

³⁶ Bu hususta bk. **Grigoleit, Hans Christoph (Ehmann)**: Aktiengesetz Kommentar, München 2013, § 245, No. 10; **Wachter, Thomas (Epe)**: AktG, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auf., Köln 2014, § 245, No. 7; **Aktiengesetz- Großkommentar (Schmidt), Band 7/2, 2013**; § 245, No. 18; **Henn, Günter/ Frodermann, Jürgen/ Jannott, Dirk (Göhmann)**: Handbuch des Aktienrechts, 8.Auf, Heidelberg 2009, s.

temsilcisi aracılığıyla katılması iradi temsil şeklinde olabileceği gibi, kanuni temsil şeklinde de olabilir. Pay sahibinin genel kurulda temsiline ilişkin özel esasları düzenleyen organ temsilcisi, bağımsız temsilci, kurumsal temsilci ve tevdi eden temsilciden yararlanması durumunda da toplantıda hazır bulunma şartı gerçekleşmiş sayılır³⁷. Pay sahibinin temsilci aracılığıyla toplantıya katılması durumunda verilecek vekâletnamede hangi unsurların yer alacağı Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esaslarıyla ve Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkındaki Yönetmeliği'nin 21. maddesinde belirtilmiştir³⁸. Bu hükme göre vekâletnamede, ortaklığın unvanı, ait olduğu genel kurul toplantısının tarihi, pay sahibinin pay adedi ile adı ve soyadı veya unvanı ve imzasının bulunması zorunludur. Bu unsurlardan birini dahi taşımayan vekâletname geçerli olmaz. Temsilci vekâletnamede eksiklik bulunmasına rağmen toplantıya alınmış olsa dahi, toplantıda hazır bulunma şartını yerine getirmiş olmaz³⁹.

548; **Ansay, Tuğrul**: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982, s. 201; **Schmidt/Lutter (Schwab)**, § 245, No. 11; **Spindler/Stilz (Dörr)**, AktG § 245, No. 22; **Zöllner**, § 245, No. 29; **Arslanlı**, s. 85; **Pulaşlı**, s. 907-908.

³⁷ Elbette, pay sahibinin temsilci aracılığıyla toplantıya katılması, temsilcinin iptal davası açma yetkisine sahip olduğu anlamına gelmez.

³⁸ RG 28.12.2012/ 28481. Söz konusu yönetmelik bundan sonra “Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği” olarak anılacaktır.

³⁹ Yargıtay da bir kararında (**11.HD, 27.12.2004, E. 3489/K. 12889**) Yönetmeliğe uygun düzenlenmeyen bir vekalet varsa, temsilcinin toplantıya alınmayacağını, toplantıda temsilci aracılığıyla hazır bulunmayan pay sahibinin iptal davası açamayacağına karar vermiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “... Dava, davalı anonim şirketin genel kurul kararlarının yasaya, anasözleşmeye ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasıdır. Davacıyı temsilen 25.12.2001 tarihli genel kurula katılmak üzere yetkilendirilen Av. F. Toker, vekaletnamesinin Bakanlık Komiserleri Yönetmeliği'nin 21 ve 23'üncü maddelerine uygun düzenlenmediği gerekçesiyle bakanlık komiseri tarafından toplantıya kabul edilmemiştir. Bakanlık Komiserleri Yönetmeliğinin 21'inci maddesinde vekaletnamelerin ekli örneğe uygun düzenlenmesinin şart olduğu, 23'üncü maddesinde ise, vekaletnamelerde pay sahibinin pay adedinin bulunması gerektiği, aksi halde vekaletnamenin geçersiz olacağı belirtilmiştir. Davacı ile Av. F. Toker arasında düzenlenen 24.12.2001 tarihli vekaletnamede ise, pay sahibinin pay adedi belirtilmemiştir. Bu durumda 24.12.2001 tarihli vekaletname, anılan Yönetmeliğin 21 ve 23'üncü maddeleri uyarınca geçersizdir ve bakanlık komiserince bu gerekçe ile Av. F. Toker'in toplantıya kabul edilmemesi doğrudur. O halde davacı, ortağı bulunduğu şirketin genel kuruluna, usulüne uygun yapılan çağrıya karşın, kendi kusuru nedeniyle katılmamış durumdadır. Dolayısıyla genel kurulda alınan kararların iptalini isteyemez,

Bunun yanı sıra, hazır bulunanlar listesinde adı bulunmadığı halde, bir şekilde toplantıya katılan pay sahibi olumsuz oy ve muhalefet şerhi şartlarını yerine getirmiş olsa dahi, toplantıda hazır bulunma şartını usulüne uygun olarak yerine getirmediğinden iptal davası açamaz. Bu çerçevede, hamiline yazılı pay sahiplerinin genel kurul toplantı tarihinden en geç bir gün önce giriş kartı almaları gerekir. Bu kartı almayan hamiline yazılı pay sahipleri toplantıda hazır bulunma şartını usulüne uygun olarak yerine getirmiş olmazlar⁴⁰. Ancak giriş kartı verilmesinden sonraki bir tarihte hamiline yazılı pay senedini devraldığını ispatlayan pay sahipleri de genel kurula katılabileceklerdir (bk. TTK 415/3).

Ayrıca, 6102 sayılı TTK genel kurulun elektronik ortamda yapılmasına da olanak sağlamıştır (bk. TTK 1527/5). Böyle bir durumda, pay sahibi fiziken toplantı salonunda olmasa dahi, hazır bulunma durumu gerçekleşmiş olur. Bununla birlikte genel kurula elektronik ortamda katılacağını bildiren pay sahibi, bu bildirimini geri almadan fiziken toplantıya katılamaz (Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik⁴¹ md. 7/5). Bu nedenle bildirimini geri almadan pay sahibi, fiziken toplantıya katılsa dahi, toplantıda hazır bulunma şartını yerine getirmiş olmaz.

Aşağıda da ifade edileceği üzere oydan yoksunluk durumu olsa dahi, pay sahibi iptal davası açabilir. Ancak bunun için fiziken veya elektronik ortamda genel kurul toplantısında hazır bulunması gerekir. Zira burada yoksunluk sadece oy hakkına ilişkindir. Pay sahibi katılma hakkı ve buna bağlı diğer hakları kullanabilir⁴².

Bunun dışında yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmişse, oy hakkı intifa hakkı sahibi tarafından kullanılabilir. Bununla birlikte, oy hakkı olmasa dahi, kuru mülkiyete sahip pay sahibi de iptal davası açabilecektir. Bu şekilde kuru mülkiyete sahip pay sahibinin iptal davası açma şartını yerine getirmesi

sadece batıllığın tespitini talep edebilir...”(Bu karar için bk. **Eriş, Gönen**: Ticari İşletme ve Şirketler , 2. Baskı, Ankara 2014, s.2701-2702).

⁴⁰ Bu hususta bk. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat (Kırca)**, s.181.

⁴¹ RG 28.08.2012/28395.

⁴² Bu hususta bk. **Yiğit, İlhan**: Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2000, s. 47; **Akbay, Direnç**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, İstanbul 2010, s. 199-200.

için toplantıda hazır olması gerekir⁴³. Buna karşılık Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği'nin 18/5 maddesine göre, bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması durumunda, aksi kararlaştırılmamışsa genel kurula katılma ve oy hakkının intifa hakkı sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Hükmün lafzı dikkate alındığında, payları üzerinde intifa hakkı tesis etmiş olan kimsenin genel kurula katılmayacağı şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık TTK 432/2'de sadece oy hakkının intifa hakkı sahibine ait olacağı belirtilmiştir. Bu açıdan Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği'nin bu hükmü Kanuna aykırıdır. Diğer taraftan Yönetmelik hükmü, paylar üzerinde intifa hakkı bulunduğu sürece, pay sahibinin iptal davası açma hakkını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca bu düzenleme iptal davası açılmasını oy hakkına bağlamaktadır ki, aşağıda da ifade edileceği üzere iptal davasının oy hakkıyla doğrudan bağlantısı bulunmamaktadır. Sonuç olarak, kuru mülkiyete sahip pay sahibinin, iptal davası açma hakkını tamamen ortadan kaldıran bu hüküm açıkça TTK'ya aykırıdır.

C. OLUMSUZ OY VERME

1. Olumsuz Oy Verme Kavramı ve Bu Şartın Aranmasının Sebebi

Toplantıda hazır bulunan pay sahibinin iptal davası açabilmesinin ilk şartı, bu kimsenin ilgili teklife olumsuz oy vermesidir. Hemen belirtelim ki, olumsuz oydan anlaşılması gereken karar aleyhine oy vermektir. Örneğin, bir anonim ortaklık genel kurulunda, yönetim kurulu üyelerine her toplantı başına beş yüz TL huzur hakkı teklif edilmiş ve 100 pay olumlu oy kullanmış olmasına rağmen, 150 pay olumsuz oy vermişse, 100 payı oluşturan pay sahip veya sahipleri iptal davası açabilir. Yoksa olumsuz oy vermiş olmasına rağmen 150 payın sahip veya sahipleri iptal davası açamaz.

Ancak biz burada Kanunun lafzına uygun olarak “olumsuz oy” ifadesini kullanacağız. Tekrar ifade edelim ki, olumsuz oy ile belirtilmek istenen karar aleyhine oy vermektir.

TTK 446'da açıkça olumsuz oy verme şartı arandığından kararın oluşması açısından olumlu oy veren veya çekimser kalan pay sahibinin

⁴³ Pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olması durumunda pay sahibinin de genel kurula katılabileceği hususunda bk. Dağ, **Üner**: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, İstanbul 1996, s. 9; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Çamoğlu)**, s. 486.

iptal davası açma hakkı yoktur⁴⁴. Gerçi TTK anonim ortaklıklarda karar yetersayısı bakımından mutlak çoğunluk esasını kabul ettiğinden (TTK 418/2) çekimser oylar olumsuz oy gibi işlev gösterir. Ancak, kanun koyucu olumsuz oy vermeyi şart kıldığından karara çekimser kalmak iptal davası için yeterli değildir. Bu kimseler bir şekilde toplantı tutanağına muhalefet şerhi düşmüş olsalar bile iptal davası açamazlar⁴⁵. Genel kurul toplantı tutanağında muhalefet şerhi bulunan bir pay sahibi iptal davası açtıktan sonra ortaklık, bu kimsenin olumsuz oy vermediğini iddia edebilir. Böyle bir durumda, doktrinde Kırca'nın da haklı olarak ifade ettiği üzere, hayatın olağan akışı gereği, pay sahibinin olumsuz oy kullandığının kabul edilmesi gerekir. Pay sahibinin olumsuz oy vermediği iddiasının ortaklık tarafından ispat edilmesi gerekir⁴⁶.

Bu noktada birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararlarının iptalini düzenleyen TTK 192'ye değinmekte fayda vardır. Bu hükümde genel kurul kararlarının iptalindeki normal sistemden farklı olarak “olumlu oy vermemiş” ifadesi kullanılmıştır. Bu düzenlemenin lafzı dikkate alındığında, çekimser kalan pay sahiplerinin de iptal davası açabileceği şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu farklılığın bilinçli olarak yaratıldığını söylemek zordur. Gerçekten de bu düzenlemenin kaynağı İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) Art. 106'dır. Bu hukuk düzeninde genel kurul kararlarının iptali bakımından Türk hukukundan farklı olarak olumsuz oy ve muhalefet şerhi şartı aranmamaktadır. Yani İsviçre düzenlemesi kendi içinde uyumludur. Türk Ticaret Kanununun yapısal değişiklikler kısmını hazırlayanların genel kurul kararlarının iptalinde davacı sıfatını düzenleyen TTK 446'yı dikkate almadıkları anlaşılmaktadır.

⁴⁴ Aynı yönde bk. **Bahtiyar, Mehmet**: Ortaklıklar Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2015, s. 204; **İmregün, Oğuz**: “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarına Karşı Pay Sahiplerinin İptal Davası Açma Hakkı”, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s. 131; **Saka, Zafer**: Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul 2004, s. 256; **Tekil**, s. 335; **Okçuoğlu**, s. 274; **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat (Kırca)**, s.182. Buna karşılık, çekimser kalan pay sahibinin iptal davası açabileceği hususunda bk. **Arslanlı**, s. 86; **Domaniç**, s. 885; Yazarlar aynı yerde buna gerekçe olarak çekimser oyların olumsuz oy gibi işlev göstermesini belirtmektedir. Ancak 6102 sayılı Kanunun 446. maddesinin lafzının açıklığı nedeniyle bu görüşe katılma imkanı yoktur. Gerçekten de düzenlemede çok açık şekilde “karara olumsuz oy veren” ifadesi yer almaktadır.

⁴⁵ Bu hususta bk. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 182; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 265.

⁴⁶ Bu hususta bk. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 182-183.

Bunun yanı sıra, tek kişilik anonim şirketlerde karara muhalif kalma hiçbir zaman gerçekleşmeyeceğinden, bu tip ortaklıklarda genel kurul kararının iptali davasından da söz edilemez⁴⁷.

Olumsuz oy verme şartının aranmasının altında yatan hukuki sebep, pay sahibinin çelişkili davranmasının önüne geçmektir. Gerçekten de hukuk düzeni, pay sahibinin hem karar lehine oy kullanmasını hem de kararın iptali için mahkemeye başvurmasını kabul etmemiştir⁴⁸. Daha açık bir ifadeyle, olumsuz oy verme şartı aranmak üzere, aslında çelişkili davranma yasağı (venire contra factum proprium) düzenleme altına alınmış olmaktadır. Bunun sonucu olarak pay sahibi muhalefeti toplantı tutanağına geçirmiş olsa dahi, karara ilişkin olumlu oy vermişse iptal davası açma hakkını kaybeder⁴⁹. Buna karşılık iradesi yanılma, aldatma veya korkutmayla sakatlanmış pay sahibi, karara olumlu oy vermiş olsa dahi iptal davası açabilir⁵⁰. Bu hususa aşağıda ayrıca temas edinilecektir.

⁴⁷ Bu hususta bk. **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No.14

⁴⁸ Kararla ilgili olumlu oy veren pay sahibinin iptal davası açamayacağına ilişkin İsviçre hukuku açısından bk. **Frei, Urs Gaudenz**: Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Aarau 1962, s. 112; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, s. 253, No. 45; **CHK/ Tanner**, Art. 706, No. 7. Alman hukukunda, pay sahibinin hangi yönde oy kullandığının iptal davası bakımından önem taşımadığı kabul edilmektedir(Bu hususta bk. **Hölters, Wolfgang (Englisch)**: Aktiengesetz- Kommentar-, 2. Auf., München 2014; § 245, No. 13; **Bürgers/Körber (Göz)**, § 245, No. 9; **Zöllner**, § 245, No. 38. Bununla birlikte olumlu oy verenin iptal davası açamayacağı hususunda bk. **Semler, Johannes/ Volhard, Rüdiger/ Reichert, Jochem (Leuring)** : Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 3. Auf., München 2011, § 44, No. 75.

⁴⁹ Yargıtay da bir kararında (**11.HD, 05.02.2007, E. 14387/ K. 1329**) bu hususu açıkça vurgulamıştır. Bu karar şu şekildedir: "... Davacı A. Taylan, iptalini istediği genel kurula katılarak her ne kadar muhalefet şerhini tutanağa yazdırmış ise de, genel kurul tutanağının incelenmesinde iptali istenen seçim maddesine davacının olumlu oy verdiği anlaşılmaması yanında, divan başkanlığına verilen dilekçede de dava konusu ettiği seçimin gündeme ilave edilmesine ilişkin ortaklar arasında imzasının dahi bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, iptali istenen hususun gündeme bağlılığın bir istisnası olduğu bilinmek, davacının dava konusu ettiği seçim maddesine olumlu oy verdiği dahi nazara alınmak, divan başkanlığına verilen dilekçede imzasının bulunması nedeni ile MK'nın 2'nci maddesi hükmüncü daha sonraki davranışının objektif iyiniyet kuralları karşısında korunmayacağı da gözetilmek ve sonucuna göre bir karar verilerek gerekirken, eksik incelemeyle dayalı dosya kapsamıyla örtüşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve davalı kooperatif vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir." (**Eriş**, s.2688-2689).

⁵⁰ Bu hususta bk. **Frei**, s. 112.

2. Olumsuz Oy Verme Şartına İlişkin Kuralın Teleolojik Redüksiyona (Amaçsal Sınırlandırmaya) Tabi Tutulması Zorunluluğu

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, pay sahibinin iptal davası açabilmesinin şartlarından biri olumsuz oy vermesidir. Ancak düzenleme çerçevesinde, pay sahibi oy hakkına sahip değilse, iptal davası açma şartlarından olan olumsuz oy kullanma şartını yerine getiremeyecektir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, iptal davası açma hakkı oy hakkıyla bağlantılı değildir. Daha açık bir ifadeyle oy hakkından yoksun olan pay sahipleriyle pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olması nedeniyle sadece kuru mülkiyete sahip pay sahibi de oy hakkına sahip olmamasına karşın, karara muhalif kalmak suretiyle iptal davası açabilir⁵¹. Aynı durum payın kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş en az tutarının ödenmemesi nedeniyle oy hakkının doğmadığı (TTK 435) durum bakımından da geçerlidir⁵². Yani sermaye koyma borcunun asgari tutarının yerine getirmeyen pay sahibi, oy hakkına sahip olmasa dahi, iptal davası açabilir⁵³.

Bu açıdan olumsuz oy verme şartının teleolojik redüksiyona (amaçsal sınırlandırmaya)⁵⁴ tabi tutmak gerekir. Zira burada kanun

⁵¹ Oy hakkından yoksunluk bakımından aynı yönde bk. **Çeker, Mustafa**: Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 124-125; **Şener, Oruç Hami**: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası, Ankara 2015, s. 533; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Çamoğlu)**, s. 539; **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 174; **Tekil**, s. 338; **Arslanlı**, s. 85-86; **Pulaşlı**, s. 906; **İmregün**, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, s. 131; **Bilgili/Demirkapı**, s.354, dpn. 680. Oydan yoksunluk ve pay üzerinde intifa hakkının tesis edilmesi durumunda aynı yönde bk. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 254-255 ve 258; **Yiğit**, s. 147; **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 183-184.

Alman hukukunda da oy hakkından yoksun pay sahiplerinin de iptal davası açabilecekleri kabul edilmektedir(Bu hususta bk. **Hüffer, Uwe (Koch)**: Aktiengesetz, 11. Auf. 2014, § 245, No. 13; **Noack, Ulrich**: “Der Widerspruch des Aktionärs in der Hauptversammlung”, AG 1989, S.3, s. 81; **Wachter (Epe)**, § 245, No. 5; **Zöllner**, § 245, No. 8). Hemen belirtelim ki, Alman hukuku bakımından bu durum sorun yaratmaz. Zira bu hukuk alanında iptal davası açılması olumsuz oy verme şartına bağlanmamıştır.

⁵² TTK 344 ve TTK 459/3 uyarınca nakden taahhüt edilen payların en az miktarının tescilden önce ödeneğine ilişkin hüküm karşısında, TTK 435'in pratikte bir anlamının olmadığı hususunda bk. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat(Kırca)**, s. 184.

⁵³ Bu hususta bk. **MüKoAktG(Hüffer/Schäfer)**, § 245, No.20.

⁵⁴ Bu kavrama ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bk. **Serozan, Rona**: Hukukta Yöntem, İstanbul 2015, s. 125; **Kırca, Çiğdem**: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Boşluğun

koyucu tipik olayı düşünmesine karşın, tipik olmayan olayı düşünmemiştir. Bir başka ifadeyle, olumsuz oy verme şartı, pay sahibinin kural olarak oy hakkına sahip olduğu düşüncesiyle kabul edilmiştir. Ancak, oy hakkı olmayan pay sahiplerine ilişkin ayrıksı bir kural konulması unutulmuştur. Kanunu kaleme alanların ihmal ettiği bu hal için olumsuz oy verme şartının aranmayacağı kabul edilmesiyse, düzenleme amaca ve adalete uygun biçimde sınırlandırılmış olmaktadır.

3. Olumsuz Oy Verme Şartının Yerine Getirilmesi Bakımından Oylama Yönteminin Önem Taşımaması

Pay sahibinin iptal davası açması bakımından, oyun kullanılma yöntemi önem arz etmez. Daha açık bir ifadeyle, oylama ister gizli isterse açık yolla yapılsın, pay sahibi olumsuz oy vermişse iptal davası açabilir. Açık oylamada, pay sahibi iradesini sözlü, el kaldırma ayağa kalkma yahut baş sallamak suretiyle gerçekleştirebilir⁵⁵. Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği'nin 20'inci maddesine göre, özel mevzuatında ve ortaklık esas sözleşmesinde yer alan özel hükümler saklı kalmak şartıyla genel kurul toplantısında oylama açık ve el kaldırmak suretiyle yapılır. Yine Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan "Anonim Şirket Genel Kurulu Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında İç Yönerge"⁵⁶ örneğinde, oyların el kaldırmak veya ayağa kalkmak ya da ayrı ayrı kabul ve ret denilmek suretiyle kullanılacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte, İç Yönerge örneğinde başka bir oylama yönteminin seçilebileceği belirtilmiştir (Bu hususta bk. İç Yönerge md. 12). Bu çerçevede esas sözleşmeyle veya iç yönergeyle genel kurula katılanların belli bir yüzdesinin veya azınlığın önerisi üzerine gizli oylama yapılması öngörülebilir. Esas sözleşmede ve iç yönergede hüküm bulunmasa dahi, söz konusu genel kurul toplantısına özgü olarak genel kurul gizli oylama yapılmasına karar verebilir⁵⁷.

Açık oylamada pay sahibinin olumsuz oy kullandığını tespit etmek zor değilse de, gizli oylamada bazı sorunlarla karşılaşmak mümkündür. Gizli oy usulünde oy kullanan kişilere, ya temsil ettikleri oy sayısınca oy pusulası verilmesi ya da tek oy pusulası üzerine oy hakkına sahip olan

Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)" , AÜHFD 2001, C. L, S.1, s. 98 vd.

⁵⁵ Bu hususta bk. Çeker, s. 188; Akbay, s. 208-209.

⁵⁶ Bunda sonra söz konusu yönerge " İç Yönerge" olarak anılacaktır.

⁵⁷ Bu hususta bk. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu(Çamoğlu), s. 506; Bilgili/Demirkapı, s. 311.

kimsenin kullanacağı oy miktarının yazılması söz konusu olur⁵⁸. Eğer oy kartında pay sahibin adı ve soyadı yer alıyorsa, pay sahibinin olumsuz oy kullandığını ispat etmesinde herhangi bir problem ortaya çıkmaz. Ancak diğer durumlarda, ileride görüleceği üzere, pay sahibinin karara muhalif kaldığını toplantı tutanağına geçirmesi büyük önem taşır. Bu halde, pay sahibin olumsuz oy kullanmış olduğu toplantı tutanağındaki muhalefet şerhinden anlaşılır.

D. MUHALEFETİN TOPLANTI TUTANAĞINA GEÇİRİLMESİ

1. Muhalefet Şerhinin Amacı ve Niteliği

Kanun koyucu pay sahibinin iptal davası açabilmesi için alınan karara ilişkin muhalefetini toplantı tutanağına geçirmesini şart olarak aramıştır. Söz konusu muhalefet şerhi alınan kararın uygulanmasına engel teşkil etmediği gibi, bu kararın geçerliliğine de etki etmez. Muhalefet şerhinin amacı, alınan karara karşı çıktıldığını ve iptal davası açılma olasılığı bakımından pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin ve ortaklıkla işlem yapacak üçüncü kişilerin dikkatlerini çekmektir⁵⁹.

Muhalefet şerhi, pay sahibinin iptal davası açması için bir külfet niteliğindedir. Bunun sonucu olarak, pay sahibi muhalefet şerhi şartını yerine getirmese iptal davası açma hakkını kaybeder. Yoksa onun muhalefet şerhi vermemesi bir yükümlülük olmadığından, onun sorumluluğu söz konusu olmaz⁶⁰. Ancak bazı istisnai durumlarda muhalefet şerhi vermek bir yükümlülük niteliği taşıyabilir. Gerçekten de pay sahibi, yapmış olduğu bir pay sahipleri sözleşmesiyle böyle bir yükümlülüğün altına girdiyse, sözleşmenin karşı tarafına karşı sorumlu olur. Yine temsilci aracılığıyla katılımda temsilciye muhalefet şerhi vermesi talimatı verilmişse, temsilci bakımından muhalefet şerhi vermek bir yükümlülük teşkil eder.

⁵⁸ Bu hususta bk. **Çeker**, s. 189; ayrıca bk. **Pulaşlı**, s. 804.

⁵⁹ Bu hususta bk. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 265; **Yiğit**, s. 143. Ortaklıkla işlem yapacak üçüncü kişiler ticaret sicil kayıtlarından genel kurul kararlarıyla ilgili muhalefet şerhi verilip verilmediğini öğrenmiş olacaktırlar (bk. TTK 35).

⁶⁰ Hâlbuki anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin, alınacak ve ortaklığı zarara uğratabilecek karara muhalif kalmaması TTK 553 vd. hükümleri çerçevesinde onun sorumluluğunu doğurabilir.

2. Muhalefetin Toplantı Tutanağına Geçirilmesinin Önemi

Muhalefetin toplantı tutanağına geçirilmesinden ne anlaşılması gerekeceği mevcut düzenlemede olduğu gibi ETK'da da sorunluymuştu. Şöyle ki; karara ilişkin olumsuz oy veren ve bunun toplantı tutanağından anlaşılması durumunda, yine de pay sahibinin karara muhalif kaldığı belirtmesine gerek olup olmadığı net olarak çözümlenmiş değildir. Bizce, karar aleyhine oy kullanan pay sahibinin, bunun yanında karara muhalif kaldığını belirtmesine gerek yoktur⁶¹. Ancak bu hususun toplantı tutanağından anlaşılması gerekir. Daha açık bir ifadeyle, eğer pay sahibinin, karara aleyhine oy kullandığı toplantı tutanağına yazılıysa, o, iptal davası açmak için gerekli olan dava açma şartını yerine getirmiş olur. Bu halde ayrıca bir de muhalefetin toplantı tutanağına geçirilmesine gerek yoktur⁶². Ancak asıl sorun kim tarafından olumsuz oy kullanıldığının

⁶¹ Bu hususta bk. **Moroğlu, Erdoğan**: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu-Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 246; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 263 vd.; **İmregün**, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, s. 130; ancak bk. ve karşı **İmregün, Oğuz**: Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989, s. 171. Karara karşı oy kullanmanın yeterli olmadığı, karara karşı olunduğunun belirtilmesi gerektiği hususunda bk. **Heidel (Heidel)**, § 245, No. 10. Benzer olarak bk. **MüKoAktG (Hüffer/Schäfer)**, § 245, No. 36; **Noack**, s. 80; **Wachter (Epe)**, § 245, No. 9; **Hüffer (Koch)**, § 245, No. 13; **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No.25; benzer yönde bk. **Karahan, Sami (Huysal)**: Şirketler Hukuku, Konya 2012, s. 529; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Çamoğlu)**, s.539; **Arslanlı**, s. 86; **Bahtiyar**, s. 204; **Yiğit**, s. 145; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 186.

Karara muhalif kalmanın asli unsur olduğu buna karşılık muhalefetin tutanağa geçirilmesinin biçimsel koşul olduğu hususunda bk. **Okçuoğlu**, s. 271. Belirtelim ki, Yazar'ın bu düşüncesi oy hakkına sahip pay sahipleri açısından geçerlidir. Yoksa pay sahibi oy hakkına sahip değilse, olumsuz oyun asli unsur olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

⁶² **Okçuoğlu**, s. 276.

Yargıtay'a göreyse olumsuz oy vermek yeterli olmayıp, karara muhalif kalındığının ayrıca belirtilmesi gerekir. Yüksek Mahkeme'nin bu hususa ilişkin bir kararının (**11. HD, 06.10.2015, E. 2014/13357, K. 2015/9986**) ilgili bölümü şu şekildedir: "...Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, 6102 sayılı TTK'nın 446/1-a maddesi uyarınca genel kurul toplantısında hazır bulunup karara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçiren pay sahiplerinin iptal davası açmalarının mümkün olmasına, muhalefet şerhinin dava açma koşulları arasında yer almasına, genel kurul toplantısına katılan davacının, alınan 7,9 ve 10 nolu kararlara karşı oy kullanmış olmasına rağmen söz konusu kararlara muhalefet ettiğini ayrıca ve açıkça yazdırmamış bulunmasına, alınan kararlarda hükümsüzlük halinin de olmamasına, bu durumda davacının açtığı iptal davasının anılan maddeler yönünden uyumsuzluğun

toplantı tutanağında belirtilmemesi durumunda ortaya çıkar. Bu halde muhalefet şerhi vermek iptal davası açmak için büyük önem taşır. Gerçekten de genel kurul toplantı tutanağının içeriğini düzenleyen TTK 422'ye göre, tutanak, pay sahiplerini veya temsilcilerini, bunların sahip oldukları payları, gruplarını, sayılarını, itibarî değerlerini, genel kurulda sorulan soruları, verilen cevapları, alınan kararları, her karar için kullanılan olumlu ve olumsuz oyların sayılarını içerir. Tutanak, toplantı başkanlığı ve Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanır; aksi halde geçersizdir.

Görüldüğü üzere, düzenleme çerçevesinde sadece kullanılan olumlu ve olumsuz oyların sayılarının belirtilmesi yeterlidir. Ancak, olumlu ve olumsuz oyların kimler tarafından kullanıldığının ismen belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Yine Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği ekinde yer alan tutanak örneğinde, her gündem maddesi için kaç olumlu kaç olumsuz oyun verildiğinin belirtilmesinin yeterli olduğu ifade edilmiştir. Kanundaki düzenlemede olduğu gibi örnek tutanak çerçevesinde de, kimlerin olumlu veya olumsuz yahut çekimser kaldığının ismen belirtilmesine gerek yoktur.

esasına girilmeksizin salt bu gerekçeyle reddi gerekirken yazılı gerekçelerle reddi doğru değil ise de sonucu itibarıyla doğru olan kararın, yukarıda açıklanan kısmen değişik gerekçeyle onanmasının gerekmesine göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir...”(Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**).

Yine Yüksek Mahkeme başka bir kararında da (**11.HD, 01.10.2015, E. 2014/12784, K. 2015/9772**) ret oyu kullanmanın yeterli olmadığını, muhalefet şerhinin ayrıca verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...Mutlak butlan hali dışında toplantıya katılıp alınan karara karşı aleyhe oy veren ve muhalefetini tutanağa geçiren ortağın yukarıda belirtilen nedenlerle iptal davası açması mümkündür. Buna göre, iptal davası açılabilmesi için olumsuz oy kullanılması tek başına yeterli olmayıp, ayrıca karşı oy kullanan ortakların muhalefeti tutanağa geçirmeleri veya bu hususta ayrı bir dilekçe vermeleri gerekmektedir. Dava konusu genel kurul toplantı tutanağının incelenmesinde, vekili aracılığıyla 26.03.2010 tarihli genel kurula katılan davacının, gündemin 5. maddesi ile görüşülen yönetim kurulu üyelerinin ve murakıbın ibrasına ilişkin oylamada ret oyu vermesine karşın usulüne uygun muhalefet şerhini tutanağa yazdırmadığı, ayrı bir dilekçe ile de muhalefet bildirmedığı anlaşılmıştır. Bu durumda, anılan maddeye ilişkin olarak davacının artık genel kurul kararının iptalini isteyemeyeceğinin gözetilmesi gerekirken mahkemece bu hususun gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir..."(Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**). Aynı yönde başka kararlar için bk. **11. HD, 02.06. 2014, E. 2014/89, K. 2014/10265** (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**; **11.HD, 11.02.2016, E.2015/3880, K.2016/1386** (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**).

Bunun yanı sıra, İç Yönerge örneğinin 13. maddesi çerçevesinde de oylamaya katılanların hangi yönde oy kullandıklarının tutanakta belirtilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir. Gerçekten de maddenin 5. fıkrası gereğince, toplantıda alınan kararlara ilişkin oy miktarlarının hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde rakamla ve yazıyla tutanakta belirtilmesi gerekmektedir. Yoksa olumlu, olumsuz veya çekimser kalan pay sahiplerinin ismen belirtilmesine gerek yoktur. Zaten maddenin 6. fıkrasında bu durum daha net olarak ortaya konulmuştur. Zira düzenlemeye göre, toplantıda alınan kararlara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmek isteyenlerin adı- soyadı ve muhalefet gerekçelerinin tutanağına yazılacağı belirtilmiştir. Bu kural dikkate alındığında, olumsuz oy verenin adının tutanağına yazılması için olumsuz oy verenin talepte bulunması gerekir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde hem TTK hem Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği ve hem de İç Yönerge hükmü çerçevesinde, olumsuz oy kullandığı toplantı tutanağında yazılı olmayan pay sahibinin iptal davası açabilmesi için, muhalefetini toplantı tutanağına geçirmesi büyük önem taşımaktadır. Aksi halde, pay sahibi iptal davası açma hakkını kullanamayacaktır.

Son olarak belirtelim ki, oy hakkından yoksun olan veya payları üzerinde intifa hakkı tesis eden pay sahibi yukarıda da ifade edildiği üzere olumsuz oy verme şartını yerine getiremeyecektir. Bu nedenle onun iptal davası açması için muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmesi şarttır.

3. Muhalefetin İçeriği

Pay sahibi yapmış olduğu itirazla kararın geçerli olmasını istemektedir. Kullanılan ifadede açıkça karara muhalif olunduğunun belirtilmesine gerek yoktur. Pay sahibi, karara itiraz ettiğini veya kararın geçersiz, batıl, kanuna aykırı veya esas sözleşmeye aykırı olduğunu ileri sürmesi de muhalefet olarak nitelendirilir⁶³. Pay sahibinin, hukuka

⁶³ Aynı yönde bk. **Sigel, Peter/Schäfer, Achim**: “Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft aus notarieller Sicht”, BB 2005, s. 2140; **Vetter, Eberhard**: “Widerspruch zu Protokoll der Hauptversammlung erst zur Mitternachtsstund” DB 2006, S. 42, s. 2279; **Heidel (Heidel)**, § 245, No. 10; **Bürgers/Körber (Göz)**, § 245, No.11; **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No. 25; **MüKoAktG (Hüffer/Schäfer)**, § 245, No. 38; **Grigoleit (Ehmann)**, § 245, No.12; **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No 20; **Hüffer(Koch)**, § 245, No. 14. Benzer yönde bk. **Henn/Frodermann/Jannot (Göhmann)**, s. 548; **Noack**, s. 80; **Semler/Volhard/Reichert (Volhard)**, § 13, No. 59;

aykırılık iddiasının hukuki sonuçlarını, somut olarak ortaya koymasına gerek yoktur. Ancak sadece, eleştiri düzeyinde kalmış açıklamaların muhalefet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir^{64,65}. Bu itibarla pay sahibinin gündem maddesiyle ilgili olarak alınacak kararın ortaklığın menfaatlerine uygun olmadığı hususunda görüş bildirmesi, söz konusu kararın iptali için yeterli değildir.

4. Muhalefetin Kapsamı ve Gerekeç Gösterilme Zorunluluğunun Bulunmaması

Muhalefetin genel kurulda alınan bir karara ilişkin olması mümkün olduğu gibi, muhalefetin tüm kararlara ilişkin olması da olanaklıdır⁶⁶. Bununla birlikte, pay sahibi genel olarak tüm kararlara muhalefette bulunmuyorsa, hangi kararlara muhalif kaldığını açıkça belirtmesi

Okçuoğlu,s. 273; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 185; **Akbay**, s. 252, dpn. 727.

⁶⁴ Bu hususta bk. **Noack**, s. 80; **Okçuoğlu**, s. 275; **Saka**, s. 256; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 267; **Yiğit**, s. 145; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 188.

⁶⁵ Yargıtay da bir kararında (**11.HD, 2.10.2006, E.2005/8763, K. 2006/9604**) üyenin çevre düzenlemesi yapılmaması hususundaki temennilerinin muhalefet şerhi olarak nitelendirilmeyeceğine hükmetmiştir. Kooperatif genel kuruluna ilişkin bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...1163 sayılı Kooperatifler Yasa'sının 53. maddesi hükmü uyarınca genel kurula katılan ortak, alınan kararlara muhalif kalarak ve bu durumu tutanağa geçirerek yasaya, anasözleşmeye veya iyi niyet kurallarına aykırı olduğu iddiasıyla iptali için dava açabilir. Uyuşmazlık konusu olayda davacının genel kurula katılmış olmasına rağmen iptalini istediği karara muhalif kaldığına dair bir kayda rastlanmamış, sadece çevre düzenlemesinin yapılmaması noktasında temennide bulunduğu anlaşılmıştır. Öte yandan, yapılan işlemlere ve alınan kararlara muhalefet edildiği, bu yöndeki istemlerin genel kurul tutanağına yazılmasının engellendiği hususu da iddia edilip, ispat edilmemiştir. Ayrıca, iptal sebebi olarak ileri sürülen nedenler, yasanın emredici kurallarına aykırılık teşkil etmeyip, iptali gerektirir nedenlerdir. O halde, mahkemece, davacının iptalini istediği genel kurul kararına karşı usulüne uygun olarak muhalefet şerhi yazdırmadığı ve bu nedenle dava açma hakkı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm tesisi doğru görülmemiş ise de sonucu itibariyle doğru olan kararın açıklanan gerekçeyle onanması gerekmiştir..." (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**).

⁶⁶ Bu hususta bk. **Fiebelkorn, Timo**: Die Reform der aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, Sipplingen 2013, s. 65; **Noack**, s. 81; **Grigoleit (Ehmann)**, § 245, No. 12; **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No. 20; **Schmidt/Lutter (Schwab)**, § 245, No. 14; **Heidel(Heidel)**, § 245, No. 10; **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No. 26; **MüKoAktG(Hüffer/Schäfer)**, § 245, No. 38; **Hölters(Englisch)**, § 245, No. 14; **Hüffer(Koch)**, § 245, No.14; **Semler/Volhard/Reichert(Volhard)**, § 13, No. 59; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 191.

gerekir⁶⁷. Örn. Pay sahibi gündemin 4, 5 ve 6. maddelerinde alınan kararlara muhalif kaldığını belirtebilir.

Muhalefetin açıkça belirtilmediği durumlar, muhalefetin geçersiz hale gelmesine neden olabilir⁶⁸. Örn. Pay sahibi, finansal tabloları ilgilendiren tüm hususlara muhalif kaldığını belirtirse, bu hal geçerli bir muhalefet olarak kabul edilemez.

Bunun yanı sıra, usulü tedbirlere karşı yapılan muhalefet yeterli değildir⁶⁹. Örn. Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği'nin 25. maddesine göre, toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğunun kararıyla gündem maddelerinin görüşülmesi sırası değiştirilebilir⁷⁰. Bu şekildeki usuli bir karara muhalefet, TTK 446 anlamında iptal talebinde bulunulması için yeterli bir muhalefet sayılmaz. Yine bir ortağın kendisine söz verilmemesini veya sözünün kesilmesini protesto etmesi iptal davası açılması için gerekli olan muhalefet şartını yerine getirilmesini sağlamaz⁷¹.

Pay sahibinin muhalefetinin gerekçesini göstermesine gerek yoktur⁷². Gerekçe göstermiş olsa dahi pay sahibi iptal davası sırasında göstermiş olduğu bu gerekçeyle de bağlı değildir⁷³. Örneğin, alınan bir

⁶⁷ Bu hususta bk. **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No.26; **Hölters(Englisch)**, § 245, No. 14; **Fiebelkorn**, s.65.

⁶⁸ Bu hususta bk. **Grigoleit (Ehmann)**, § 245, No. 12. Muhalefetin kapsamının belirlenebilir olması gerektiği hususunda bk. **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No. 20.

⁶⁹ Bu hususta bk. **Bürgers/Körber (Göz)**, § 245, No.11; **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No.25; **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No. 20.

⁷⁰ Aynı yönde bir hüküm Bakanlık tarafından hazırlanan İç Yönerge örneğinin 9. maddesinde de yer almaktadır.

⁷¹ Bu hususta bk. **MüKoAktG (Hüffer/Schäfer)**,§ 245, No. 38. Benzer olarak bk. **Noack**, s. 80.

⁷² Aynı yönde bk. **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Kubis)**, Band 3, 3. Auf. 2013, § 130, No.8; **Okçuoğlu**, s. 278; **Arslanlı**, s. 86; **Pulaşlı**, s. 908; **İmregün**, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, s. 131; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 269-270; **Tekil**, s.337; **Saka**, s. 258; **Noack**, s. 81; **Wachter (Epe)**, § 245, No. 9; **Grigoleit (Ehmann)**, § 245, No. 12; **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No.25; **Spindler/Stilz(Wicke)**, § 130, No.10; **Hüffer (Koch)**, § 245, No.14; **Sigel/Schäfer**, s. 2140; **Semler/Volhard/Reichert (Volhard)**, § 13, No. 59. Aksi yönde görüş için bk. **Domaniç**, s. 885-886.

⁷³ Bu hususta bk. **Schmidt/Lutter (Schwab)**, § 245, No.13; **Heidel (Heidel)**, § 245, No. 10; **Bürgers/Körber (Göz)**, § 245, No.11; **MüKoAktG (Hüffer/Schäfer)**,§ 245, No. 38; **Noack**, s. 81; **Grigoleit (Ehmann)**, § 245, No.12; **Großkomm/AktG (Schmidt)**, §

karara muhalif kalan pay sahibi, muhalefetinin gerekçesi olarak kanuna aykırılığı gösterse dahi, iptal davası sırasında alınan kararın esas sözleşmeye aykırı olduğunu iddia edebilir. Bu husus tam tersi durum için de geçerlidir. Muhalefet gerekçesi olarak esas sözleşmeye aykırılığa dayanan pay sahibi, iptal davasında kanuna aykırılığı ileri sürebilir.

Pay sahibi gerekçe sunmak zorunda olmasa dahi, muhalefet gerekçesini belirtmek istediğinde, bu husus tutanağa geçirilir (bk. İç Yönerge 13/6). Karara muhalif kalanın muhalefet gerekçesini yazılı olarak vermesi halindeyse, bu yazının tutanağa eklenmesi gerekir. Tutanağa eklenen muhalefet yazısı ve gerekçesinin toplantı başkanlığı ve katılmışsa Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanması gerekir (bk. İç Yönerge 13/7). Pay sahibinin muhalefetini gerekçeli yapması halinde, toplantı başkanı ve hazır bulunması gerekiyorsa Bakanlık temsilcisi, gerekçenin yerinde olup olmadığı hususunda inceleme yapma yetkisine sahip değildir. Onların görevi yerinde olsun ya da olmasın pay sahibinin muhalefetinin eksiksiz olarak toplantı tutanağında yer almasını sağlamaktır.

Nasıl ki, pay sahibi tek bir karara muhalif kaldığında bunun gerekçesini belirtmek zorunda değilse, toplu olarak tüm kararlara muhalif kaldığında da bunun gerekçesini belirtmek zorunda değildir⁷⁴. Yine bu halde de pay sahibi mahkeme aşamasında belirtmiş olduğu gerekçeyle bağlı değildir.

5. Muhalefetin Zamanı ve Toplantı Tutanağına Geçirilmesi

a. Zamanı

Muhalefet şerhinin zamanıyla ilgili TTK, Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği ve İç Yönerge’ de açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁷⁵. Bu hususa ilişkin doktrinde ve uygulamada farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, ancak kararın alınmasından sonra muhalefet şerhi verilmesinin mümkün olduğunu kabul ederken; diğer bir görüş ise karardan önce de muhalif kalınmasını olanaklı kabul eder.

Baştan ifade edelim ki, her iki görüş bakımından da ortak olan noktalar bulunmaktadır. Bu çerçevede, muhalefetin her bir gündem maddesinden sonra, pay sahibi tarafından tutanağa geçirilmesi olanaklı

245, No. 20; **Fiebelkorn**, s. 65; **Vetter**, s. 2279; **Tekil**, s. 337; **İmregün**, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, s.131; **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 187.

⁷⁴ Bu hususta bk. **Noack**, s. 81; **Grigoleit (Ehmann)**, § 245, No.12.

⁷⁵ Düzenlemenin kaynağı olan Alman hukukunda da muhalefet şerhi bakımından zamansal bir sınırlandırma getirilmemiştir.

olduğu gibi, tüm gündem maddeleri görüşüldükten sonra da, muhalefetin tutanağa geçirilmesi mümkündür⁷⁶. Bu çerçevede pay sahibinin her bir gündem maddesiyle ilgili muhalefetini toplantı tutanağına geçirmesi durumunda, ayrıca toplantı sonunda bir daha muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmesine gerek yoktur⁷⁷.

Yine henüz genel kurul toplantısı başlamadan muhalefet şerhinin verilmesi mümkün değildir⁷⁸. Zira toplantı henüz başlamadan önce hukuken bir genel kuruldan söz edilemez. Aynı şekilde genel kurul toplantısı sona erdikten sonra da muhalefetin toplantı tutanağına geçirilmesi olanaklı değildir⁷⁹.

aa. Muhalefetin Karardan Sonra Verilebileceğini Kabul Eden Görüş

Bu görüşe göre, muhalefet karara yapılır. Henüz gündem maddesi oylanmadan alınan bir karar olmadığından, peşinen muhalefette bulunması da olanaklı değildir⁸⁰. Bu sayede, tüm kararlara blok olarak muhalefette bulunacak pay sahiplerinin de toplantı sonuna kadar genel kurulda kalmaları sağlanarak, yüksek sayıdaki stok muhalefetin de

⁷⁶ Bu hususta bk. **Heidel (Heidel)**, § 245, No. 12; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 267; **Yiğit**, s. 150. Benzer olarak bk. **MüKoAktG (Hüffer/Schäfer)**, § 245, No. 40; **Fiebelkorn**, s. 65.

⁷⁷ Yargıtay da bir kararında (**11. HD, 10.02. 2014, E.2013/12250, K. 2014/2149**) her bir gündem maddesiyle ilgili muhalif kalındıktan sonra, toplantı sonunda tekrardan muhalif kalınmasına gerek olmadığına hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...Somut olayda 26/10/2010 tarihli genel kurula ilişkin toplantı tutanağı incelendiğinde, davacının evvela olumsuz oy kullandığı, bilahare muhalefet şerhini ibraz ettiği ve muhalefet şerhinin de tutanağa eklendiği görülmüştür. Davacı her bir gündem maddesinin oylanmasından sonra muhalif kaldığını belirttiğinden ayrıca toplantı sonunda da yeniden muhalefet şerhi yazması gerekmez. Bu durumda mahkemeye usulüne uygun muhalefet şerhi bulunduğu kabul edilerek uyuşmazlığın esası incelenmek suretiyle hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir..." (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**).

⁷⁸ Bu hususta bk. **Hüffer (Koch)**, § 245, No. 13; **Vetter**, s. 2279; **MüKoAktG (Kubis)**, § 130, No.8; **LG Frankfurt, Urteil vom 30.4.2004- 3/9 O 107/03**.

⁷⁹ Bu hususta bk. **Bürgers/Körber (Göz)**, § 245, No.11. Benzer olarak bk. **Noack**, s. 81; **Wachter (Epe)**, § 245, No. 9; **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No. 22; **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No. 27; **Henn/Frodermann/Jannot (Göhmann)**, s. 549; **Hölters (Englisch)**, § 245, No. 15; **Hüffer (Koch)**, § 245, No.14.

⁸⁰ Bu hususta bk. **Şener**, s. 533; **Yiğit**, s. 149. Muhalefetin oylama sonucuna ilişkin olması gerektiği hususunda bk. **Pulaşlı**, s. 908; **Okçuoğlu**, s. 277.

engellenmesi sağlanmalıdır⁸¹. Yine bu görüşü savunanlara göre karar alınmadan yani peşin olarak muhalefette bulunulması TMK 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması oluşturur⁸².

LG Frankfurt da bir kararında, nasıl kanun yollarına başvuru için verilmiş bir mahkeme kararına ihtiyaç varsa, benzer durumun genel kurul kararlarının iptali bakımından da söz konusu olacağına hükmetmiştir. Başka bir ifadeyle mahkeme, ancak genel kurul kararından sonra muhalefet şerhi verilmesinin mümkün olacağına karar vermiştir⁸³.

Yargıtay da istikrar kazanmış kararlarında, peşinen muhalefet şerhinin verilmesinin mümkün olmadığını, muhalefet şerhinin ancak karardan sonra verilebileceğini kabul etmektedir. Yüksek mahkemeye göre, öneriye muhalif kalınması iptal davası açılması için yeterli değildir⁸⁴.

⁸¹ Bu hususta bk. **MüKoAktG (Kubis)**, § 130, No. 8.

⁸² Bu hususta bk. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Çamoğlu)**, s.539.

⁸³ LG Frankfurt, 21.12.2005- 3/9 O 98/03, s. 18- 19(Bu karar için bk. <http://dejure.org/dienste/ve/Noetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Frankfurt/Main&Datum=21.12.2005&Aktenzeichen=9%200%2098/03>).

⁸⁴ Yargıtay bir kararında (**11. HD, 07.04.2016, E. 2016/ 3934, K. 3785**) genel kurul kararına peşin muhalefetin olamayacağını, ancak karardan sonra muhalefet şerhi verilebileceğini belirtmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...Dava, anonim şirket genel kurulunda alınan kararların iptali istemine ilişkindir. Davacı vekilince davalı şirketin 31.05.2013 tarihinde gerçekleşen olağanüstü genel kurul toplantısında alınan kararların iptali talep edilmiştir. 6102 sayılı TTK'nun 446. maddesi genel kurul kararlarının iptalinin şartlarını ve usulünü düzenlemiş olup, anılan maddede toplantıda hazır bulunup karara muhalif kalarak keyfiyeti zapta geçiren pay sahibinin iptal davası açabileceği belirtilmiştir. Somut olayda, davacı ortağın genel kurulda kendisini vekili aracılığıyla temsil ettirdiği, vekilin iptali istenen sermaye artırımına ilişkin 2. maddeye yönelik olarak daha karar alınmadan önce karşı çıktığı (peşin muhalefette bulunduğu), bu şekilde muhalefet durumunun öneriye karşı olup, kararın alınmasından sonra yapılmış bir karşı çıkmanın (muhalefet) bulunmadığı, bu durumda iptal davası açabilmek için kanunun aradığı "alınan kararlara muhalif kalma" koşulunun yerine getirilmediği anlaşıldığından sermaye artırımına dair 2 nolu gündem maddesi ile ilgili kararın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece anılan husus nazara alınmadan yazılı gerekçe ile esastan reddine karar verilmesi doğru görülmemiş. ..." (Bu karar için bk. **Yargıtay Veri Tabanı**). Yine Yüksek Mahkeme aynı yöndeki başka bir kararında da (**11. HD, 12.3.2002, E. 2001/10518, K. 2002/2269**) genel kurul kararlarına peşin muhalefetin iptal davası açılması için gerekli olan muhalefet olarak nitelendirilmeyeceğini hükmetmiştir. Bu kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "...Öte yandan, denetçi ücret tespitinden sonra, yönetim kurulu üyelerinin seçimine geçildiği, oylamadan sonra davacı temsilcisinin seçime muhalefet ederek bu hususu tutanağa

bb. Muhalefetin Karardan Önce de Verilmesinin Mümkün Olduğunu Kabul Eden Görüş

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, muhalefet şerhi, karardan sonra verilebileceği gibi, henüz karar alınmadan da verilebilir⁸⁵. Hatta bu son durumda iptal davasının uyarı fonksiyonu daha iyi bir şekilde de yerine gelmiş olur⁸⁶. Gerçekten de iptal davası açılma ihtimalini dikkate alan çoğunluk pay sahipleri, alacakları kararın kanun ve esas sözleşmeye uygun olmasına özen göstereceklerdir. Bunun yanı sıra, muhalefet şerhinin alınan karar/kararlardan sonra verilmesi şartının aranması çeşitli karışıklıklara neden olabilir. Zira çok sayıda pay sahibinin bulunduğu genel kurulda muhalif olan bütün pay sahiplerinin muhalefet şerhlerinin aynı anda alınması ve özellikle muhalefetin sözlü olarak yapılması sorunlara neden olabilir⁸⁷. Ayrıca muhalefet şerhinin baştan verilmesi kötüye kullanmalara da neden olmaz. Gerçekten de uygulamada çok istisnai durumlar dışında, genel kurulda alınan kararlar, yönetim

geçirdiği, bundan sonra yöneticilere ücret verilmesi ilgili gündem maddesinin görüşüldüğü, yapılan teklife karşı davacı temsilcisinin karşı koyarak, teklifin fahiş olduğunu belirttiği, bundan sonra ise oylamanın yapıldığı ve oy çokluğu ile teklifin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu son oylamadan sonra, yapılan oylamaya muhalefet edildiğine dair bir meşruhata tutanak metninde rastlanmamaktadır. Dairemizin kökleşen uygulaması, bu karara muhalefet olması ve muhalefetin tutanağa geçirilmesi yolundaki dava şartının gerçekleşebilmesi için, muhalefetin alınan karardan sonra tutanağa geçirilmesi gerektiği yönündedir. Bu görüş, karara peşinen muhalefet olmaz şeklinde açıklanabilir...”(Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**). Aynı yönde başka kararlar için bk. **11.HD,07.04.2016, E. 2016/3934, K.2016/3785** (Bu karar için bk. **Kazancı Veri Tabanı**); **11.HD, 31.10. 2006, E. 7657/K. 10886** (Bu karar için bk. **Eriş, s. 2691**); **11.HD, 10.03.2006, E. 2927/2489** (Bu karar için bk. **Eriş, s. 2692-2693**); **11. HD, 14.04.2005, E. 3160/K. 3680** (Bu karar için bk. **Eriş, s. 2699**); **11.HD, 16.12.2004, E.13392/K. 13024** (Bu karar için bk. **Eriş, s.2702**); **11.HD, 15.04. 2004, E. 9098/K. 4044** (Bu karar için bk. **Eriş, s.2707**).

⁸⁵ Bu hususta bk. **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No.27; **Spindler/Stilz (Wicke)**, § 130, No.10. Benzer olarak bk. **Wachter (Epe)**, § 245, No.9; **Grigoleit (Ehmman)**, § 245, No. 12; **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No. 20; **Henn/Frodermann/Jannot (Göhmann)**, s. 548; **Hüffer (Koch)**, § 245, No. 14; **Semler/Volhard/Reichert (Volhard)**, § 13, No. 61; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 189; **Arsılanlı, s.86**.

⁸⁶ Bu hususta bk. **Grigoleit (Ehmman)**, § 245, No. 12.

⁸⁷ Bu hususta bk. **Vetter, s. 2280**.

kurulunun yaptığı teklifle aynı yöndedir^{88,89}. Yönetim kurulunu belirleyen irade genel kurulda da çoğunluğu oluşturmaktadır.

Bunun yanı sıra, yukarıda belirttiğimiz LG Frankfurt kararında belirtilen mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına karar olmadan başvuru yapılmasının mümkün olmayacağına ilişkin esasın, genel kurul kararlarına muhalefet şerhi verilmesi bakımından uygulanması mümkün değildir. Gerçekten de muhalefet şerhi, iptal davası açılabilmesinin ön aşamasını oluşturmaktadır⁹⁰. Yoksa bu şerhin mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurulması benzer bir durumu söz konusu değildir.

Diğer taraftan zamansal ayrımın mantıksal bir temele de dayanması gerekir. Örn. Gündemin bir maddesinin görüşülmesi sırasında yönetim kurulu teklifini sunduktan sonra, söz alıp muhalefet açıklamasında bulunan pay sahibi, birkaç dakika içinde yapılan oylamadan sonra karara muhalif kaldığını belirtmezse, muhalefetin karardan sonra verilebileceğini kabul edenlere göre dava açma hakkını kaybedecektir.

b. Muhalefetin Toplantı Tutanağına Geçirilmesi

Pay sahibinin talebi üzerine, muhalefetin toplantı tutanağına geçirilmesini toplantı başkanlığı sağlamalıdır. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, muhalefet açıklamasının toplantı başkanına yöneltilmesi gerekir^{91,92}.

Muhalefet şerhinin şekli ve muhatabına ilişkin düzenleme Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği'nin 26'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, toplantıda alınan kararlara muhalif kalarak, muhalefet şerhi yazmak isteyenlerin, şerhleri tutanağa yazılır veya yazılı olarak muhalefet şerhleri tutanağa eklenir⁹³. Tutanakta

⁸⁸ TTK 429/2'deki tevdi eden temsilcisine ilişkin kural da bu esası doğrulamaktadır. Gerçekten de bu düzenlemeye göre, tevdi edilen kişi tevdi edenin talimatları çerçevesinde oy hakkını kullanır. Ancak böyle bir talimatın yokluğu halinde, tevdi edilenin oyu yönetim kurulunun teklifi yönünde kullanması gerekir.

⁸⁹ Bu hususta bk. **Vetter**, s. 2279-2280.

⁹⁰ Benzer olarak bk. **Spindler/Stilz (Wicke)**, § 130, No.10.

⁹¹ Alman hukuku açısından aynı yönde bk. **Bürgers/Körber (Göz)**, § 245, No. 11.

⁹² Belirtmek gerekir ki, burada muhalefetin muhatabı ortaklık tüzel kişiliğidir. Toplantı başkanı sadece ortaklığı temsil etmektedir (Bu hususta bk. **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No. 21. Benzer yönde bk. Noack, s. 81). Elbette burada toplantı başkanının temsil yetkisi genel kurul toplantısıyla sınırlıdır.

⁹³ Muhalefet şerhinin bizatihi tutanağın altına pay sahibi veya temsilcisi tarafından yazılmasının mümkün olduğu görüşü için bk. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 268. Yazar'ın

muhalefet şerhi veren ortağın adı soyadı yazılarak muhalefet şerhinin ekli olduğu belirtilir. Hem tutanağa yazılan muhalefet şerhinde hem de tutanağa eklenen muhalefet şerhinde ortağın ad ve soyadının yazılması yeterlidir. Temsilci aracılığıyla toplantıya katılım söz konusu olmuşsa, temsilcinin ad ve soyadının da belirtilmesi gerekir⁹⁴. Özellikle toplantıya katılan bir kimsenin birden fazla kişiyi temsil etmesi durumunda, yargılama safhasına herhangi bir problem ortaya çıkmaması için toplantı başkanı ve bakanlık temsilcisinin daha dikkatli davranması gerekir⁹⁵.

Buna karşılık, pay sahibinin kaç oya sahip olduğunun belirtilmesine gerek yoktur⁹⁶. Ayrıca, olası bir karışıklığın engellenmesi için pay sahibinin TC kimlik nosunun tutanağa yazılması da faydalı olacaktır. Tutanağa eklenen muhalefet şerhinin de toplantı başkanınca ve Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanması gerekmektedir (bk. Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği 26/4)⁹⁷. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, toplantı başkanlığına muhalefet sözlü olarak bildirilebileceği gibi yazılı olarak da bildirilebilir⁹⁸. Şüphe halinde Bakanlık temsilcisi veya toplantı başkanının tekrardan durumu pay sahibine sorması mümkündür⁹⁹. Ancak her durumda, muhalefetin altında toplantı başkanının ve varsa Bakanlık temsilcisinin imzasının bulunması gerekir. Bu itibarla, başkan ve temsilcinin imzasının altında yer alan muhalefet açıklaması, geçerli bir muhalefet olarak nitelendirilemez.

Toplantı başkanlığı tarafından bu talep yerine getirilmezse¹⁰⁰, toplantıda bulunan Bakanlık temsilcisi bu talebin yerine getirilmesini sağlamakla yükümlüdür¹⁰¹. Temsilcinin uyarısına rağmen toplantı başkanı, muhalefet şerhini tutanağa geçirmese, Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği'nin 34'üncü maddesi gereğince, temsilci bu hususu tutanağa

bu görüşü kabul edilse dahi, söz konusu beyanın altında toplantı başkanın ve varsa Bakanlık temsilcisinin imzasının bulunması gerekir.

⁹⁴ Alman hukuku açısından aynı yönde bk. **Sigel/Schäfer**, s. 2140.

⁹⁵ Bu hususta bk. **Sigel/Schäfer**, s.2140.

⁹⁶ Alman hukuku açısından benzer yönde bk. **MüKoAktG (Kubis)**, § 130, No. 8; **Sigel/Schäfer**, s. 2140.

⁹⁷ Aynı yönde bk. İç Yönerge madde 13/6-7.

⁹⁸ Alman hukukunda pay sahibi muhalefeti yazılı olarak bildirebileceği gibi, beyanın tutanağa geçirilmesini de talep edebilir (Bu hususta bk. **Noack**, s. 80).

⁹⁹ Bu hususta bk. **MüKoAktG(Hüffer/Schäfer)**,§ 245, No. 39.

¹⁰⁰ Toplantı başkanının muhalefet şerhini haksız yere toplantı tutanağına geçirmemesi, onun görevden alınmasına neden olabilir.

¹⁰¹ Bu hususta bk. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 267.

yazmalıdır. Pay sahibi temsilci tarafından, düşülen bu şerh sayesinde açacağı iptal davasında, muhalefet şerhi vermesinin engellendiğini ispat edebilir.

Bakanlık temsilcisi de muhalefet talebini tutanağa geçirmeyi ret ederse, pay sahibi, tanık, görüntü kaydı başta olmak üzere her türlü delille bu hususu ispat edebilir. Zira pay sahibinin muhalefet talebinin toplantı tutanağına geçirilmemesi maddi bir fiil niteliğindedir¹⁰². Bu hususta, pay sahibi üzerine düşen ispat faaliyetini yerine getirmese, muhalefet şerhini yerine getirmediği gerekçesiyle açtığı iptal davası reddedilebilecektir.

Bununla birlikte Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu olmayan genel kurul toplantılarında, bu temsilciye itiraz mümkün olmayacağından, muhalefetin tutanağa geçirilmediği hususu tanık veya diğer delillerle ispat edilebilir.

Son olarak belirtelim ki, toplantı tutanağına yazılan veya yazdırılan muhalefet açıklamasının pay sahibi tarafından imzalanması zorunlu değildir¹⁰³. Önemli olan pay sahibinin karara muhalif kaldığının toplantı başkanı ve Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanan tutanakta yer almasıdır. Gerçekten de toplantıda alınan kararlar, yapılan seçimler ve sonuçlarla pay sahiplerinin beyan ve muhalefetlerinin tutanağa geçirilmesi ve bu tutanağın imzalanması yetki ve görevi toplantı başkanlığına ve varsa Bakanlık temsilcisine ait olup bu kişiler tarafından imzalanmış ve içeriği doğrulanmış bir tutanakta pay sahibinin alınan karara muhalif kaldığı belirtilmişse, artık pay sahibinin tekrar muhalefet şerhi yazmasına ve ayrıca imzalamasına gerek yoktur¹⁰⁴. Diğer taraftan ne Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği'nde de buna dayalı olarak çıkarılan İç Yönerge'de

¹⁰² Bu hususta bk. **Okçuoğlu**, s. 275-276; **Yiğit**, s. 148; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat(Kırca)**,s. 188. Alman hukukunda da toplantı başkanı tarafından muhalefetin toplantı tutanağına geçirilmemesi halinde, pay sahibinin iptal davası açma hakkını kaybetmeyeceği, karara ilişkin muhalefet verildiğinin başka bir yolla ispat edilebileceği ifade edilmektedir(**Bürgers/Körber(Göz)**, § 245, No.11; **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No. 21).

¹⁰³ Bu hususta bk. **Pulaşlı**, s. 908; **Saka**, s. 257; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 268; **Bilgili/Demirkapı**, s. 316; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat(Kırca)**, s. 187. Alman hukuku açısından aynı yönde bk. **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No. 21; muhalefetin yazılı olarak verilmesi durumunda pay sahibi tarafından imzalanmış olması gerektiği yönündeki görüş için bk. **Yiğit**, s. 143.

¹⁰⁴ Bu hususta bk. **Okçuoğlu**, s. 279.

muhalefet şerhinin, pay sahibi tarafından imzalanması gibi bir şart öngörülmüştür.

6. Muhalefetin Bizzat veya Temsilci Aracılığıyla Yapılmasının Mümkün Olması

Muhalefetin pay sahibi tarafından bizzat toplantı tutanağına geçirilmesi mümkün olduğu gibi, bu işlemin bir temsilci aracılığıyla yapılması da mümkündür¹⁰⁵. Söz konusu temsilcinin iradi temsilci olması mümkün olduğu gibi, kanuni temsilci de olabilir. Kanuni temsilcinin bu sığfata sahip olan kimsenin bu durumu belgelendirmesi gerekir(Bu hususta bk. Genel Kurul Toplantı Yönetmeliğı 18/9).

Genel Kurul Toplantı Yönetmeliğı'nin 18. maddesine göre, her pay sahibinin genel kurulda sadece bir kişİ tarafından temsil edilmesi esastır. Bununla birlikte hükmün devamında, birden fazla kişİye temsil yetkisinin verilmesi veya tüzel kişİ pay sahiplerini temsil ve ilzama yetkili birden fazla kişİnin genel kurula katılması durumlarında ise bunlardan ancak birisi tarafından oy kullanılabilirliği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, oy kullanmaya kimin yetkili olduğunun yetki belgesinde gösterilmesinin şart olduğu ifade edilmiştir. Bu esasın sonucu olarak, birden fazla kişİnin temsilci olarak atanması durumunda, yetki belgesine dayanarak oy kullanan temsilcinin muhalefet şerhi koymaya da yetkili olduğunu kabul etmek gerekir.

Temsilci pay sahibinin talimatına aykırı olarak, muhalefet şerhi şartını yerine getirmeyse, pay sahibi dava açma hakkını kaybeder. Böyle bir durumda temsilci, pay sahibine karşı sorumlu olur.

III. OLUMSUZ OY VE MUHALEFET ŞERHİ BAKIMINDAN ÖZELLİK TAŞIYAN DURUMLAR

A. PAY SAHİBİNİN KULLANMIŞ OLDUĞU OYU İRADE SAKATLIKLARI NEDENİYLE İPTAL ETMİŞ OLMASI

Pay sahipleri oy kullanmakla bir hukuki sonucun meydana gelmesini istemektedirler. Bu açıdan oy niteliğı itibarıyla bir irade açıklamasıdır¹⁰⁶. Oy kullanmak suretiyle meydana gelen bu irade açıklamasının yanılma, aldatma veya korkutma suretiyle sakatlanması

¹⁰⁵ Aynı yönde bk. **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No.24; **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No.19; **Bürgers/Körber (Göz)**, § 245, No.11.

¹⁰⁶ Bu hususta bk. **Çeker**, s. 12.

mümkündür. Bu durumda TBK 30 vd. hükümleri uygulanır. Bunun sonucu olarak iradesi sakatlanan pay sahibi bu durumu itiraz veya def'i olarak ileri sürebilir¹⁰⁷.

Pay sahibinin oyu usulüne uygun olarak iptal edilmişse, olumsuz oy ve muhalefet şerhine gerek kalmaksızın pay sahibinin iptal davası açması mümkündür^{108,109}. Oyun iptali durumunda, oyun etkileri geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Genel kurul da sona ermiş olduğundan, artık pay sahibinin olumsuz oy verme ve karara muhalefet şartlarını yerine getirmesi mümkün olmaz. Bu nedenle, oyun iptalinin pratik bir sonuç doğurabilmesi için olumsuz oy verme ve muhalefetini toplantı tutanağına geçirme şartı aranmaksızın pay sahibinin iptal davası açabileceğini kabul etmek gerekir¹¹⁰. İrade sakatlıkları nedeniyle oyunu iptal eden pay sahibinin iptal edilen oylarının karar alınması üzerine etkisinin olmaması, pay sahibinin iptal davası açmasını olumsuz etkilemez¹¹¹. Örneğin kullanılan oyların % 90'nın olumlu oyuyla alınmış bir kararda iradesi sakatlanan pay sahibi sadece %1 oya sahip olsa dahi, alınan bu kararı iptalini isteyebilir. Elbette iptal davasında alınan kararın, kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olduğunun ayrıca ispatlanması gerekir.

Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken diğer bir nokta, TBK 39'da düzenlenen irade bozukluğunun giderilmesine ilişkin hükmün, oyun

¹⁰⁷ Bu hususta bk. **Çeker**, s. 14.

¹⁰⁸ Bu hususta bk. **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No. 19; **CHK/Tanner**, Art. 706, No.8; **İmregün**, AO, s. 171; **Bahtiyar**, s. 204.

¹⁰⁹ Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre, istisnai bazı durumlarda muhalif kalma şartı gereksiz olabilir. Bu kapsamda toplantı sırasında pay sahibi, hukuka aykırılığı tespit edemeyecekse, artık böyle bir durumda karara muhalefet şartı aranması anlamsız olacaktır(**MüKoAktG (Hüffer/Schäfer)**, § 245, No. 37; **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No.30; **Fiebelkorn**, s.66; **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No. 19; **Hüffer (Koch)**, § 245, No. 16.). Bizce, böyle bir durumda en azından Türk hukuku açısından irade sakatlığı hallerinden biri mevcutsa ve oy usulüne göre iptal edilmişse muhalefet şerhinin verilmesine gerek olmaksızın pay sahibi iptal davası açılabilir. İlk olarak pay sahibinin kullandığı oy iptal edilmediği durumda, TTK 446/1-a'da aranan olumsuz oy şartı yerine gelmemiş olacaktır. İkinci olarak, muhalefet şerhi şartı tamamen gereksiz hale gelebilir. Zira genel kurulda alınan karara ilişkin muhalefetini toplantı tutanağına geçirmeyen pay sahipleri, hukuka aykırılığı tespit edemediğini ileri sürerek iptal davası açabilecektir.

¹¹⁰ Benzer olarak bk. **Çeker**, s. 15-16; **Kırca/Şehiralî Çelik/ Manavgat(Kırca)**, s. 191. Alman hukuku bakımından aynı yönde açıklamalar için bk. **Noack**, s. 82-83.

¹¹¹ Aksi görüş için bk. **Dağ**, s. 7.

iptali bakımından uygulanıp uygulanmayacağıdır. TBK'nın bu düzenlemesine göre, iradesi yanılma veya aldatma ile sakatlanan kişi, yanılma veya aldanma durumunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl; korkutma durumundaysa, korkutma durumunun ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde işleme bağlı olmadığını bildirebilir. Bu düzenleme oyun iptali bakımından uygulanabilse dahi, iptal davası bakımından uygulanmaz. İradesi sakatlanan pay sahibinin alınan karar veya kararlara karşı üç ay içinde iptal davası açması gerekir¹¹². Kanun'da öngörülen üç aylık kısa hak düşürücü süre, böylelikle olası kötüye kullanmalara engel olacak niteliktedir¹¹³. Aksi durumda genel kurul kararının geçerli olup olmayacağı yıllarca belirsiz kalmış olurdu¹¹⁴.

B. TTK 446/1-b'DE BELİRTİLEN DURUMLARDAN BİRİNİN VARLIĞI HALİNDE

Burada açıklığa kavuşturulması gereken diğer bir husus TTK 446/1-b'de sayılan hallerden birisinin bulunmasına rağmen, genel kurulda hazır bulunan pay sahibinin iptal davası açabilmesi için karara olumsuz oy verip, muhalefetini toplantı tutanağına geçirmek zorunda olup olmadığıdır.

TTK 446/ 1-b hükmüne göre, toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne uygun olarak yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahiplerinin iptal davası açabilecektir.

Hükmün lafzı esas alınıp bu kural yorumlanırsa, yukarıda belirtilen haller bakımından pay sahibinin iptal davası açabilmesi için toplantıya katılmış olmasının olumsuz oy kullanmasının ve muhalefet şerhi vermesinin bir önemi yoktur. Yine hükmün lafzı dikkate alınırsa, pay

¹¹² Aynı yönde bk. **Dağ**, s. 7. İsviçre hukuku açısından aynı yönde bk. **CHK/Tanner**, Art. 706, No.8; **Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel**, s. 253, dph. 49.

¹¹³ Alman hukuku açısından aynı yönde bk. **Noack**, s. 83.

¹¹⁴ Belirtmek gerekir ki, oyun iptali nedeniyle toplantı yetersayısı sağlanamayacaksa alınan karar yoklukla sakat hale gelir. Bu durumda üç aylık süreye tabi olunmadan TMK 2'deki sınırlar çerçevesinde yokluğun tespiti talep edilebilir.

sahibinin dava açabilmesi için bu aykırılıkların kararın alınmasına etkili olması gerekir.

Hükümet tarafından TBMM'ye gönderilen Tasarı'nın ilk halinde toplantıda hazır bulunsun ya da bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun veya olmasın; çağrının usulü dairesinde yapılmadığını; gündemin gereği gibi ilan edilmediğini; genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin toplantıya katıldığını ve bunun karara etkili olduğunu ileri süren pay sahiplerinin iptal davası açma yetkilerine sahip olduğu belirtilmişti.

Daha sonra Tasarı, Adalet Alt Komisyonu'na sevk edilmiş ve alt komisyon tarafından hükümde değişiklik yapılmış ve hükmün bugünkü şekli verilmiştir. Alt komisyon raporunda, 446. maddenin ve özellikle ikinci fıkranın Yargıtay kararları yönünden yeniden kaleme alındığı belirtilmiştir¹¹⁵.

6762 sayılı ETK'nın 381/I-b.1 hükmüne göreyse, toplantıda hazır bulunup da karara muhalif kalarak keyfiyeti zapta geçirten veya reyini kullanmasına haksız olarak müsaade edilmeyen yahut toplantıya davetin usulü dairesinde yapılmadığını veyahut gündemin gereği gibi ilan veya tebliğ edilmediğini yahut umumi heyet toplantısına iştirake salahiyetli olmayan kimselerin karara iştirak etmiş bulduklarını iddia eden pay sahiplerinin iptal davası açabileceği belirtilmişti.

Belirtmek gerekir ki, TTK 446/1-b hükmü ciddi aksaklıklar içermektedir. İlk olarak hüküm genel kurul kararlarının alınmasında usule aykırılıkları düzenlemek istemiş. Ancak bunu genel kurul kararlarının iptali sebeplerini düzenleyen TTK 445'de düzenlemek yerine, iptal davasında davacı sıfatını hükme bağlayan TTK 446/1-b'de düzenlemiştir. Hâlbuki hükmün kaynağını oluşturan Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG) § 243'de usule ilişkin aykırılıkları da kapsayan iptal sebepleri düzenlenmişken, § 245'de iptal sebeplerinden hiç söz edilmeden iptal davası açabilecekler hüküm altına alınmıştır. Kuşkusuz kaynak Kanun'daki düzenleme çok daha isabetlidir¹¹⁶.

¹¹⁵ Her ne kadar alt komisyon raporunda maddenin ikinci fıkrasından söz edilmişse de, bunun birinci fıkranın "b" bendi diye anlamak gerekir. Zira, hükümde komisyon raporunda atıf yapıldığı gibi ikinci fıkra mevcut değildir.

¹¹⁶ Doktrinde Kırca da hazırlamış olduğu düzenleme önerisinde usule ilişkin aykırılıkların TTK 445 içinde düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir (**Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 299).

Diğer taraftan çağrının gereği gibi yapılmaması, gündemin gereği gibi ilan edilmemesi nedeniyle toplantıya katılmama veya bir pay sahibinin genel kurula haksız yere alınmaması durumunda kararın içerik olarak hukuka aykırılığı nedeniyle pay sahibinin hangi koşullarda iptal davası açabileceği düzenlenmemiştir.

Bunun yanı sıra, hükmün sadece lafzı dikkate alındığında, usule aykırılıklara rağmen genel kurul toplantısına katılan pay sahibi olumsuz oy vermese dahi iptal davası açabilecektir. Ne yazık ki hükmün gerekçesinde neden böyle bir esasın kabul edildiği, yani olumlu oy veren bir pay sahibine dahi iptal davası açma hakkı verildiği açıklanmamıştır. Bu nedenle kanun koyucunun hangi motivasyonla böyle bir düzenleme yaptığı sorusu cevapsız kalmaktadır. Genel kurul toplantısına katılan pay sahibinin karar lehine oy vermesine rağmen iptal davası açması bir taraftan TTK 446/1-a'ya aykırılık teşkil ederken, pay sahibinin böyle bir tutumu aynı zamanda dayanağını TMK 2/II'de bulan çelişkili davranış yasağına da aykırılık teşkil eder¹¹⁷. Sorun düzenlemenin yanlış maddede ve isabetsiz ifadeler kullanılmasından kaynaklanmıştır. Tekrar ifade edelim ki, pay sahibi kanuna aykırı olan yapılan çağrı ve gündeme rağmen toplantıya katılmışsa, onun olumlu oy vermesi ve daha sonra kararın iptalini talep etmesini haklı kılan herhangi bir sebep yoktur. O halde kolaylıkla denilebilir ki, hükmün lafzı ile amacı birbiriyle çelişmektedir. Hükmün sadece lafzına bakılarak uygulanması rahatsız edici sonuçlar doğurmaktadır. TMK 1'de de kanunun sadece lafzı (sözü) ile uygulanmayacağını, onun özüne yani amacına da bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Kanunun lafzı ve amacı arasındaki bu çelişki kanun boşluğu meydana getirmekte olup, bu boşluğun hakim tarafından TTK 446/1-a ve dayanağını TMK 2/II'de bulan çelişkili davranma yasağının dikkate alınarak doldurulması gerekmektedir.

Bu yapılan açıklamalar çerçevesinde TTK 446/1-b'de sayılan usule aykırılıklar bakımından hangi esasların dikkate alınacağını açıklanması gerekir.

Bu çerçevede, çağrı usulüne göre yapılmamış¹¹⁸ veya genel kurul gündemi gereği gibi ilan edilmemiş olsa dahi¹¹⁹, pay sahibi genel kurula

¹¹⁷ Benzer olarak bk. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 203-204.

¹¹⁸ Çağrının usulüne uygunluğuyla kast edilen çağrının, yetkili kimseler tarafından, kanunda belirtilen süre ve şekilde yapılmasıdır.

katılmışsa, TTK 446/1-a'da belirtilen şartları yerine getirmesi durumunda iptal davası açabilir^{120,121}. Aksi düşüncenin kabul edilmesi, olumsuz oy ve muhalefet şerhinin aranmasının altında yatan çelişkili davranma yasağına aykırılık teşkil eder. Gerçekten de çağrının usulüne uygun olarak yapılmadığını veya gündemin gereği gibi ilan edilmediğini bilen pay sahibinin, bu toplantıda alınan kararların lehinde oy verip, daha sonra bu kararın iptalini talep etmesi onun çelişkili davrandığı anlamına gelecektir. Yine yetkisiz kimselerin toplantıya katılması durumunda pay sahibi iptal davası açabilmesi için TTK 446/1-a'daki şartları yerine getirmesi gerekir¹²².

¹¹⁹ Gündemin gereği gibi ilanıyla kastedilen, gündemin çağrıya ilişkin ilanlarda yer alması, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi ile ortaklığın internet sitesinde ve esas sözleşmede öngörülen şekilde ilan yapılmasıdır.

¹²⁰ Aynı yönde bk. **Pulaşlı**, s. 909; 6762 sayılı ETK bakımından aynı yönde bk. **İmregün**, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, s. 132. Alman hukuku bakımından aynı yönde bk. **MüKoAktG (Hüffer/Schäfer)**, § 245, No. 41; **Hüffer (Koch)**, § 245, No.19-20; **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No. 34 vd.; **Fiebelkorn**, s. 70; **Zöllner**, § 245, No. 40; ancak bk. ve karş. **Bahtiyar**, s. 205.

Yargıtay da yeni tarihli bir kararında (**11. HD, 26.01.2016, E. 2015/2351, K. 2016/799**) çağrı usulüne uygun olarak yapılmamış olsa dahi genel kurula katılan pay sahibinin daha sonra çağrının usulsüz olduğunu ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması olacağını ifade etmiştir. Onanan yerel mahkemenin kararı şu şekildedir: "...Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, iptali istenilen genel kurulda alınan kararların tescil ve ilan işlemlerinin yapılmadığı, dolayısıyla toplantının geçersiz sayılarak yenilendiği, iptali istenilen kararların şirket açısından sonuç doğurmayacak hale geldiği, bu durumda anılan nitelikteki kararların iptalinin istenilmesinde hukuki yararın bulunmadığı, kaldı ki esas yönünden de davacının iddialarının yerinde görülmediği, toplantıya katılan davacının çağrıdaki usulsüzlük nedeniyle iptal talebinde bulunmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunduğu, F... B... isimli kişinin divan başkanı olmasının da kararların iptalini gerektirmediği, 2012 yılı bilanço ve gelir-gider tablolarının toplantıda davacı temsilcisine verildiği, herhangi bir hakkın kısıtlanmadığı, hesap raporlarının okunmasının ve görüşülmesinin aynı zamanda yönetimin bu işlemlerden dolayı ibrasının tartışılmasını da içerdiği, gündemde ibra kelimesinin bulunmamasının sonuca etkili olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir..."(Bu karar için bk. **Batider 2016, C.XXXII, S.1, s. 288-290**).

¹²¹ Belirtelim ki gündemin gereği gibi ilan edilmediği durumda pay sahibi toplantıya katılmamışsa, sadece gereği gibi ilanı yapılmayan gündem madde ve maddeleri bakımından olumsuz oy verme ve muhalefet şerhi yerine getirmesine gerek olmaksızın iptal davası açabilir. Pay sahibinin usulüne uygun olarak ilan edilen gündem maddeleri bakımından toplantıda hazır bulunmayan pay sahibinin iptal davası açma hakkı söz konusu olmayacaktır.

¹²² Aynı yönde bk. **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 203.

Bununla birlikte, pay sahibinin genel kurul toplantısına katılması veya oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediği durumda, pay sahibinden olumsuz oy vermesi ve bu muhalefetini toplantı tutanağına geçirmesi mümkün olmayacağından, bu pay sahibinin TTK 446/1-a 'da belirtilen şartları yerine getirmesi ondan beklenmez¹²³.

Toplantıdan haksız olarak çıkarılması durumunda da pay sahibinden alınan karara muhalif kalması beklenemez. Bu halde pay sahibi olumsuz oy vermese ve muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmese dahi iptal davası açabilir¹²⁴. Elbette burada çıkartma kararının verilmesine kadarki dönemde alınan kararların iptali bakımından pay sahibinin TTK 446/1-a 'da belirtilen şartları yerine getirmesi gerekir. Ancak çıkarılma anından önce alınan kararlar için henüz muhalefet şerhi verilmemişse, bu alınan kararlar bakımından muhalefet şerhi şartı aranmamalıdır. Zira pay sahibi, toplantı bitimine kadar muhalefet şerhi verme imkânına sahiptir¹²⁵.

Yine elektronik genel kurul sisteminde yaşanan sorunlar nedeniyle pay sahibinin elektronik ortamda toplantıya katılamaması veya oy kullanamaması durumunda, olumsuz oy ve muhalefet şartına gerek olmaksızın pay sahibi iptal davası açabilir¹²⁶. Burada toplantıya haksız alınmama durumuna benzer bir hal söz konusudur. Ancak pay sahibi haklı bir sebebe dayanarak toplantı salonundan çıkarılırsa, onun iptal davası açabilmesi için TTK 446/1-a'da belirtilen şartları yerine getirmesi gerekir¹²⁷. Zira bu halde pay sahibinin haklı olarak çıkarılması ortaklığa

¹²³ Aynı yönde bk. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 279.

¹²⁴ Bu hususta bk. **MüKoAktG (Hüffer/Schäfer)**, § 245, No. 44; **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No.36; **Hölters (Englisch)**, § 245, No. 23; **Semler/Volhard/Reichert (Leuering)**, § 44, No.76.

¹²⁵ Bu hususta bk. **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 194 ve özellikle dpn. 443. Yazar'ın bu durumu kararın içeriğinin kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılık iddiasında bulunan pay sahibi için ifade ettiğini de belirtelim.

¹²⁶ Bu hususta bk. **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat (Kırca)**, s. 199.

¹²⁷ Bu hususta bk. **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No.24. **Hölters (Englisch)**, § 245, No. 23. Aksi görüş için bk. **Zöllner**, § 245, No. 48. Bu halde pay sahibine toplantı sonunda kararlara muhalif kalma olanağının sağlanması gerektiği hususunda bk. **MüKoAktG (Hüffer/Schäfer)**, § 245, No. 44. Burada kastedilen toplantının sonunda, yani tüm gündem maddelerinin görüşülmesi sonrasında, pay sahibinin tekrar toplantıya alınarak, onun muhalefetini vermesinin sağlanmasıdır. Böylelikle hem bir taraftan genel kurul toplantısının sağlıklı yürütülmesi sağlanacak hem de pay sahibinin iptal davası açma hakkı elinden alınmamış olacaktır.

yüklenebilecek bir sebepten kaynaklanmamaktadır¹²⁸. Burada pay sahibinin kendi rızasıyla toplantı salonunu terk etmesine benzer bir durum söz konusudur. Haklı bir sebebe dayanarak toplantı salonundan çıkarılması hususunda bir uyuşmazlık ortaya çıkması durumunda, mahkeme pay sahibinin haklı sebebe dayanarak çıkarılıp çıkarılmadığına karar verecektir¹²⁹. Elbette mahkeme, pay sahibinin haklı bir sebebe dayanarak toplantıdan çıkarılması kanaatine varırsa, karara muhalif kalmayan pay sahibinin açmış olduğu iptal davasını, TTK 446/1-a'daki şartları yerine getirmediği gerekçesiyle ret edecektir.

Gündemin gereği gibi ilan edilmemesi halindeyse, pay sahibi toplantıda hazır bulunduğu dönemde alınan kararlara muhalif kalması gerekir. Buna karşılık, toplantıdan ayrıldıktan sonra gündemde yer almayan bir hususun gündeme alınıp görüşülmesi durumunda, pay sahibi muhalefet şerhi vermesine gerek olmaksızın iptal davası açabilir. Gerçekten de bu halde pay sahibinden alınacak karar veya kararları hesaba katması beklenemez¹³⁰. Daha açık bir ifadeyle, gündemin gereği gibi ilan edilmemesi şeklinde ortaklıktan kaynaklanan bir neden pay sahibi aleyhine hukuki sonuç doğurmamalıdır.

C. PAY SAHİBİNİN MUHALEFET ŞERHİNE İMKAN VERİLMEKSİZİN GENEL KURULUN SONLANDIRILMASI

Yukarıda da ifade edildiği üzere, pay sahibi tarafından muhalefet şerhi açıklamasının toplantı bitimine kadar yapması mümkündür. Bununla birlikte, toplantının bitirilmesi bir oldubittiye getirilmişse, pay sahibi toplantının sona ermesine rağmen muhalefet şerhinin konulmasını isteyebilir¹³¹. Gerçekten de toplantının bir anda sonlandırılması, pay sahibinin dava açma hakkının kaybına neden olmamalıdır. Böyle bir durumda pay sahibi, ortaklığa başvurarak muhalefetini toplantı tutanağına geçirilmesini isteyebilmelidir¹³². Bu talebin ortaklık tarafından kabul

¹²⁸ Benzer olarak bk. **Hölters (Englisch)**, § 245, No. 23; **Fiebelkorn**, s. 69.

¹²⁹ Bu hususta bk. **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No.36.

¹³⁰ Aynı yönde bk. **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No.24; **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No. 32. Benzer olarak bk. **Hüffer (Koch)**, § 245, No.17; **Hölters (Englisch)**, § 245, No. 20.

¹³¹ Benzer olarak bk. **Großkomm/AktG (Schmidt)**, § 245, No. 22; **Hölters (Englisch)**, § 245, No. 16; **Fiebelkorn**, s.66; **Hüffer (Koch)**, § 245, No.14.

¹³² Bu hususta bk. **Noack**, s. 81; **Spindler/Stilz (Dörr)**, § 245, No. 30.

edilmemesi durumunda pay sahibi kendisine muhalefet şerhi verme imkânının verilmediğini mahkeme önünde her türlü delille ispat edebilir.

Bunun yanı sıra, toplantı sırasında meydana gelen bir karışıklık nedeniyle pay sahibinin muhalefet şerhini tutanağa geçirmesi mümkün olmamışsa, bu şart aranmadan pay sahibinin iptal davası açabileceğini kabul etmek gerekir.

SONUÇ

• Pay sahipliği sıfatı herhangi bir şekilde sona eren kimse genel kurul toplantısına katılsa dahi iptal davası açamaz. Pay sahipliği sıfatı bakımından özel önem taşıyan bazı durumlar vardır. Bu çerçevede, ortaklığın kendi iktisap ettiği paylar iptal davası açma hakkı vermez. Pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmişse dava açmaya hem intifa hakkı sahibi hem de kuru mülkiyete sahip pay sahibi yetkilidir. Payın rehin veya hapis gibi bir işleme konu olması durumunda dava açma yetkisi pay sahibine ait olur. Rehlin ve hapis payın malvarlığı cephesiyle ilgilidir. Haciz de payın malvarlığı cephesiyle ilgili olduğundan iptal davası açma yetkisi pay sahibine aittir. Pay sahibinin iflası halindeyse iptal davasını açmaya iflas idaresi yetkilidir.

• Pay sahibinin TTK 446/1-a çerçevesinde iptal davası açabilmesi için toplantıda hazır bulunması gerekir. Pay sahibi toplantıda bizzat hazır bulunabileceği gibi temsilci aracılığıyla da toplantıda hazır bulunabilir. Pay sahibinin oy hakkı olmasa dahi, iptal davası açabilmesi için kural olarak toplantıda hazır bulunması gerekir.

• İptal davası açılabilmesi için gerekli olan diğer bir şartsa, ilgili teklife olumsuz oy vermektir. Olumsuz oydan anlaşılması gereken karar aleyhine oy vermektir. Çekimser oy kullanan kimse iptal davası açamaz. Oy hakkına sahip olmayan kimse bakımından olumsuz oy şartı aranmaz. Böyle bir kimse karara ilişkin muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmek şartıyla iptal davası açabilir.

• Olumsuz oyun yanında, belirli hallerde muhalefetin de toplantı tutanağına geçirilmesi gerekir. Ancak iptal davası açılabilmesi için karara karşı olumsuz oy verilmesi asli şart niteliğindedir. Pay sahibinin olumsuz oy verdiği toplantı tutanağından anlaşılıyorsa ayrıca muhalefetin toplantı tutanağına geçirilmesine gerek yoktur. Kimin olumsuz oy verdiği toplantı tutanağından anlaşılabilmesi durumunda, pay sahibinin iptal davası açması için muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmesi gerekir.

Muhalefet açıklamasının gerekçeli olmasına gerek olmadığı gibi, pay sahibi tarafından imzalanmış olmasına da ihtiyaç yoktur. Muhalefetin karardan önce verilmesi mümkün olduğu gibi karardan sonra da verilebilir.

• Bazı hallerde pay sahibi olumsuz oy vermese ve muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmese dahi iptal davası açabilir. Bu çerçevede pay sahibinin kullanmış olduğu oy irade sakatlıkları nedeniyle iptal edilmişse, kullanılmış olduğu oy ve buna bağlı sonuçlar geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Pay sahibinin olumsuz oy ve muhalefet şerhi verme imkânı da ortadan kalkmış olacağından, bu şartlar aranmadan pay sahibinin iptal davası açma hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir. Ancak böyle bir durumda, iptal davasının kararın alınmasından itibaren üç ay içinde açılması gerekir. Bunun yanı sıra TTK 446/1-b’de belirtilen usule aykırılıklara rağmen pay sahibi genel kurul toplantısına katılmışsa, iptal davası açabilmesi için olumsuz oy vermesi ve muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmesi gerekir.

Yine pay sahibine muhalefet şerhi verme imkânı tanınmadan genel kurul bir oldubittiye getirilip sonlandırılırsa olumsuz oy ve muhalefet şerhine gerek olmaksızın pay sahibi iptal davası açabilir.

KAYNAKÇA

- Akbay, Direnç:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, İstanbul 2010.
- Aktiengesetz- Großkommentar, Band 7/2, 2013 (Anılış: Großkomm/AktG(İlgili Bölüm Yazarı).**
- Ansay, Tuğrul:** Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982.
- Arslanlı, Halil:** Anonim Şirketler- Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960.
- Aydın, Alihan:** Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008.
- Bahtiyar, Mehmet:** Ortaklıklar Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2015.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan:** Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa 2013.
- Bozkurt, Tamer:** Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam),- Die Vinkulierung-, İstanbul 2016.
- Bürgers,Tobias/Körber,Torsten:** Aktiengesetz, 3. Auf., Heidelberg 2014 (Anılış: Bürgers/Körber(İlgili Bölüm Yazarı).
- Bürgi,Wolfhart:** Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft,b/2, Art. 698-738, Zürich 1969.
- Çeker, Mustafa:** Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000.
- Dağ, Üner:** Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, İstanbul 1996.
- Domaniç, Hayri:** Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, İstanbul 1988.
- Eriş, Gönen:** Ticari İşletme ve Şirketler, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Fiebelkorn, Timo:** Die Reform der aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, Sippingen 2013.
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter:** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Frei, Urs Gaudenz:** Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Aarau 1962.
- Gauch, Peter/Schmid Jörg:** Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Die Generalversammlung-Art. 698-706b OR, Zürich 2003 (Anılış: Gauch/Schmid (İlgili Bölüm Yazarı).
- Göksoy, Y. Can:** Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001.
- Grigoleit, Hans Christoph:** Aktiengesetz Kommentar, München 2013(Anılış: Grigoleit (İlgili Bölüm Yazarı).
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2.Auf., Zürich 2012 (Anılış: CHK/İlgili Bölüm Yazarı).**
- Heidel Thomas:** Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Auf., Baden-Baden 2014 (Anılış: Heidel(İlgili Bölüm Yazarı).
- Henn,Günter/ Frodermann, Jürgen/ Jannott, Dirk:** Handbuch des Aktienrechts, 8.Auf., Heidelberg 2009 (Anılış: Henn/Frodermann/ Jannott(İlgili Bölüm Yazarı).

- Hölters, Wolfgang:** Aktiengesetz- Kommentar-, 2. Auf., München 2014(Anılış: Hölters(İlgili Bölüm Yazarı).
- Hüffer, Uwe:** Aktiengesetz, 11. Auf. 2014 (Anılış: Hüffer(İlgili Bölüm Yazarı).
- İmregün, Oğuz:** “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarına Karşı Pay Sahiplerinin İptal Davası Açma Hakkı”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 1995, s. 127-137.
- İmregün, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989 (Anılış: AO).
- Karahan, Sami:** Şirketler Hukuku, Konya 2012 (Anılış: Karahan (İlgili Bölüm Yazarı).
- Kendigelen, Abuzer:** Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994(Anılış: İntifa).
- Kendigelen, Abuzer:** “Anonim Ortaklık Pay Senedi Üzerinde Hapis Hakkı ve Bu Hakka Konu Oluşturan Paylardan Kaynaklanan Oy Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu”, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl- Makalelerim, İstanbul 2001, s. 241-284.
- Kırca, Çiğdem:** “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD 2001, C. L, S.1, s. 91- 119.
- Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar:** Anonim Şirketler Hukuku –Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü-, C. 2/2, Ankara 2016 (Anılış: Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat (İlgili Bölüm Yazarı).
- Kuru, Baki:** İcra ve İflas Hukuku-El Kitabı-, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul 2006.
- Moroğlu, Erdoğan:** Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Bası, İstanbul 2014 (Anılış: Hükümsüzlük).
- Moroğlu, Erdoğan:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu-Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, İstanbul 2012 (Anılış: Değerlendirme).
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,** Band 3, 3. Auf. 2013 (Anılış: MüKoAktG (İlgili Bölüm Yazarı).
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,** Band 4, 4. Auf. 2015 (Anılış: MüKoAktG (İlgili Bölüm Yazarı)
- Noack,Ulrich:** Der Widerspruch des Aktionärs in der Hauptversammlung, AG 1989, S.3, s. 78-87.
- Okçuoğlu, Yavuz:** “Anonim ve Kooperatif Şirketler Genel Kurul Kararlarının İptali İçin Gerekli Olan Muhalefet ve Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi (TTK. 381/1 ve Koop. K. 53/1)”, THYKS 1985, Ankara 1985, s. 269-291.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014(Anılış: Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (İlgili Bölüm Yazarı).
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, C.I-II, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Saka, Zafer:** Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul 2004.

- Schmidt, Karsten/Lutter, Martin:** Aktiengesetz, 2. Auf., Köln 2010 (Anılış: Schmidt/Lutter(İlgili Bölüm Yazarı).
- Semler, Johannes/ Volhard, Rüdiger/ Reichert, Jochem:** Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 3. Auf., München 2011(Anılış: Semler/Volhard/Reichert(İlgili Bölüm Yazarı).
- Serozan, Rona:** Hukukta Yöntem, İstanbul 2015.
- Sigel, Peter/Schäfer, Achim:** “Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft aus notarieller Sicht”, BB 2005, s. 2137-2144.
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard:** Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 3. Auf. 2015 (Anılış: Spindler/Stilz(İlgili Bölüm Yazarı).
- Sener, Oruç Hami:** Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası, Ankara 2015.
- Tekil, Fahiman:** Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998.
- Teoman, Ömer:** “Anonim Ortaklıkta Paylar Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumunda Oy Hakkı Dışında Yönetim Haklarının Kimin Tarafından Kullanılacağı Sorunu”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku- Tüm Makalelerim 1971-1982-, İstanbul 2000, s.332-341
- Teoman, Ömer:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul 1983(Anılış: Oy Hakkından Yoksunluk).
- Topuz, Gökçe:** Hisse Hacı ve Satışı, Ankara 2009.
- Vetter, Eberhard:** “Widerspruch zu Protokoll der Hauptversammlung erst zur Mitternachtsstund” DB 2006, S. 42, s. 2278-2281.
- Wachter,Thomas:** AktG, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auf., Köln 2014 (Anılış: Wachter(İlgili Bölüm Yazarı).
- Yiğit, İlhan:** Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2000.
- Zöllner,Wolfgang:** Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band 2, § 148-290, Köln-Berlin-Bonn München 1985.

KISALTMALAR

AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
Auf.	Auflage
b.	bent
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bk.	bakınız
c.	cümle
C.	cilt
dpn.	dipnot
E.	Esas
ETK	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
HD.	Hukuk Dairesi
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	İcra ve İflas Kanunu
K.	Karar
karş.	karşılaştırınız
LG	Landsgericht
md.	madde
No	Numara
OR	Obligationenrecht
RG	Resmi Gazete
S.	sayı
s.	sayfa
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
THYKS	Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Yarg.	Yargıtay

TOPLUM SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA JOHN LOCKE'UN DEVLET ANLAYIŞI

H. Gökçe ZABUNOĞLU*

Özet

Bu çalışmanın amacı, günümüzde egemen olan liberal devlet kavramının felsefi temellerini incelemektir. Bu nedenle liberalizmin kurucu babası olarak kabul edilen John Locke incelemenin ana temasını oluşturmaktadır. John Locke'un düşünce sistemi ele alınırken, yaşadığı coğrafyanın siyasi atmosferi incelenmiş ve bunun John Locke üzerindeki etkisi kısaca ele alınmıştır. Bu çalışmanın yapılmasındaki temel amaçlardan birisi de günümüzde "Süper Devlet" olarak anılan ABD'nin kuruluş felsefesini incelemektir. John Locke'un önemi, ABD'nin Bağımsızlık Bildirgesi okunduğunda daha da net bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler : John Locke, Toplum Sözleşmesi, Kuvvetler Ayrılığı,

JOHN LOCKE'S STATE THOUGHT IN THE CONTEXT OF SOCIAL CONTRACT

Abstract

The aim of this study was to examine the philosophical foundations of the liberal state concept that dominates today. For this reason, John Locke, accepted by the founders of the liberalism, constitutes the main theme of the study. When John Locke's thought system was considered, the political atmosphere of the geography in which he lived was studied, and his influence on John Locke was briefly addressed. One of the main objectives of this study is to examine the philosophy of establishment of a US, now called the "Super State". John Locke's precaution in this context emerges more clearly when the United States reads the Declaration of Independence.

Keywords: Jon Locke, Social Contract, separation of powers

GİRİŞ

Toplumlar, içinde buldukları siyasi, ekonomik ve sosyal koşulların analizini yaparak gelecek için bir yol haritası belirlemeli ve devlet adını verdiğimiz yapıyı bu doğrultuda idare etmelidir. Sözü edilen siyasi, ekonomik ve sosyal koşulların iyi analiz edilebilmesi, o toplumun

* Yrd. Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

kendi iç dinamiklerini tanımasına ve buna yönelik tarihi-felsefi bir bakış açısına sahip olmasına bağlıdır.

Bu çalışmanın temel amacı, günümüzde egemen olan liberal devlet kavramının felsefi temellerini incelemektir. Bu nedenle liberalizmin kurucu babası olarak kabul edilen John Locke incelemenin ana temasını oluşturmaktadır. John Locke'un düşünce sistemi ele alınırken, yaşadığı coğrafyanın siyasi atmosferi incelenmiş ve bunun John Locke üzerindeki etkisi kısaca ele alınmıştır.

Toplum sözleşmesinin faraziye mi yoksa gerçeklik mi olduğu halen tartışılmakta ve birçok yazar tarafından konuyla ilgili farklı düşünceler dile getirilmektedir. Her ne kadar kimi düşünürler bunun bir varsayım olduğunu ifade etse de, bu varsayımın gerçek olabileceği üzerinde görüş belirten sözleşme kuramcıları bulunmaktadır. Rousseau'nun ileri sürdüğü görüşler bu kapsamdadır.

Sözleşme kuramını varsayım olarak gören ve hatta gerçek olabileceğini savunan düşünürler olduğu gibi, aksi yönde görüş bildiren düşünürler de bulunmaktadır. Özellikle Hegel ve Nietzsche ortaya koydukları düşünce sistemiyle toplum sözleşmesini tamamen reddetme eğilimi içerisine girmişlerdir.

John Locke'un devlet kuramını incelerken, ortaya koyduğu yönetim anlayışı da detaylı bir biçimde ele alınmıştır. Özellikle yasama-yürütme organlarının birbirinden ayrılmasını savunmuş ve bu anlamda kuvvetler ayrılığının ilk temsilcisi olarak siyaset felsefesi tarihindeki yerini almıştır.

Bu çalışmanın yapılmasındaki temel amaçlardan birisi de günümüzde "Süper Devlet" olarak anılan ABD'nin kuruluş felsefesini incelemektir. Liberalizmin kurucu temsilcisi olarak anılan John Locke, ortaya koyduğu temel ilke ve düşüncelerle ABD'nin bağımsızlığında öncü rolü üstlenmiş ve bir bakıma kutsanmıştır. John Locke'un önemi, ABD'nin Bağımsızlık Bildirgesi okunduğunda daha da net bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

I. YENİÇAĞ FELSEFESİ

A. Avrupa'da Bilimin Önem Kazanması

15. yüzyıl sonları ve 16. yüzyılın başları itibariyle yaşanılmaya başlanan Rönesans Dönemi, Batı'daki tarihi geleneği değiştirme noktasında oldukça önemli bir misyon üstlenmiştir. Bu süreçte Ortaçağ'da egemen olan Tanrı odaklı görüş reddedilmiş, Antik Yunan dönemine bir anlamda geri dönülmüştür. Rönesans'ın yanında Reform hareketlerinin de

etkisiyle Ortaçağ'a egemen olan Hristiyan düşüncesi yerini aklın egemen olduğu ampirizme bırakmıştır. 17. yüzyılda ise Avrupa'nın genelinde geniş tabanlı bir çatışma ortamının varlığına tanıklık edilmiştir. Katolik ve Protestanlar ile burjuvazi, halk, Katolik Kilisesi ve aristokrasi sınıfı arasında yoğun çatışmalar yaşandığı ifade edilmektedir¹. Ne var ki, bu yoğun çatışma ortamı Avrupa'da bilimin ilerleyişini durduramamış ve kilisenin etkinliği giderek azalmıştır.

Keşif ve icatların çağı olarak bilinen Yeniçağ, bireyselliğin ön plana çıkması bakımından da oldukça önemli bir süreci yansıtmaktadır. Söz konusu keşifler ve icatlar², insanoğlunun yaşadığı yer ve sahip olduğu bilgiyle yetinemeyeceği gerçeğini açıkça ortaya koymuştur. Evreni anlama noktasında da önemli gelişmeler olduğu bu çağda fizik ve matematik bilimleri adeta merkezi bir rol üstlenerek evrenin gizli bir dili olduğunu ortaya çıkarmıştır³.

B. John Locke'un Bilgi Kuramı

Oxford Christ Church'de yaklaşık 15 yıl eğitim alan John Locke felsefe alanında kendini geliştirme fırsatı buldu ve bu eğitim onu önemli bir noktaya getirdi. Bu eğitim sürecinde "*Hükümete İlişkin İki İnceleme*" ve "*Doğa Yasası'na İlişkin Denemeler*" adlı eserleri kaleme aldı. Bunun yanında İngiltere'de tıp ve kimya alanlarında öncü isimlerden olan Boyle, Hooke, Lower ve Sydenham'ın yaptığı araştırmalara katılma fırsatı elde etti. Bu sayede gözlem yapmanın, deneyin önemini anlamış oldu ve bilgi kuramını bu düşünceler üzerine inşa etti⁴.

Locke, insan zihninde doğuştan bilgilerin bulunup bulunmadığı, dünyayı anlamada bilginin işlevi ve bilginin nasıl elde edilmesi gerektiğine yönelik düşüncelerini "*İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme*" adlı eserinde dile getirmiştir. Ampirizmin kurucu isimlerinden birisi olarak bilinen Locke'a göre, insan zihni doğuştan bir takım bilgilere sahip

¹ *Işıktaç Y.*, **Hukuk Felsefesi**, 3. Baskı, İstanbul, 2010, s.136.

² Güney Amerika'nın Keşfi (1498), Büyük Okyanus'un Macellan Tarafından Geçilmesi (1519), İngilizlerin İlk Sürekli Yerleşimi Kurmaları (1607) ve Isaac Newton, Galileo Galilei, J. Kepler'in keşif çalışmaları. (Detaylı bilgi için ayrıca bkz. *Işıktaç*, s.137-140.)

³ *Işıktaç*, s.136-137.

⁴ *Dunn J.*: **Locke**, (Çev: Fatoş Dilber), İstanbul, 2008, s.21-22.

değildir. O, bu durumu “*Tabula Rasa*” yani boş levha deyimiyle simgeleştirmiştir⁵.

II. TOPLUM SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

18. yüzyılın sonlarına doğru siyasi ve hukuki yapılanma sürecindeki gelenekçi tavrını korumayı başaran İngiltere, bu yönüyle diğer ülkelerden farklılık arz etmektedir. İngiltere, “Hukukun Üstünlüğü İlkesini” uzun süre koruma altına alması ve hatta gelenekleri arasında bu ilkeye de yer vermesi sebebiyle özel bir ilgiyi hak etmiştir. John Locke’un ülkesi olan İngiltere siyasi yapısı ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle, Montesquieu (*Spirit Of The Laws*) ve Madison, Hamilton ve Jay (*The Federalist Papers*) gibi önemli isimlere de ilham kaynağı olan ülkeler arasında başı çekmektedir⁶.

Ünlü düşünür John Locke, kapitalizmin erken geliştiği ve yukarıda da bahsedildiği üzere hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsendiği İngiltere’nin siyasi atmosferinden oldukça etkilenmiş ve düşüncelerini bu ekseninde oluşturmuştur. Siyaset felsefesine ilişkin düşüncelerini *Hükümet Üzerine İki İnceleme* adlı eserinde dile getiren Locke, kendi çağını aşmayı başarabilmiş ender filozoflardan birisidir. John Locke’un felsefi ve siyasi içerikli eserleri, 17. yüzyılın sonlarına doğru yayınlanmıştır. 18. yüzyıl içerisinde sadece dört yıl yaşamış olmasına rağmen, geleceği etkileyen nitelikli görüşleri, kendisinin 18. yüzyıl Aydınlanma Çağı Düşünürleri arasında sayılmasına yol açmıştır⁷.

1690 yılında yayınladığı *Hükümet Üzerine İki İnceleme* adlı eseri iki bölümden oluşmaktadır. *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme*, Sir Robert Filmer tarafından yayınlanan “*Patriarcha or The Natural Power of Kings*” adlı eserin eleştirisi üzerine yazılmıştır. Filmer bu eserde, Hz. Âdem’in iktidarının Tanrı kaynaklı olduğunu, bu iktidar gücünün de Âdem’den başlayarak ve babadan oğula geçerek yeniçağ krallarına kadar ulaştığını temellendirmeye çalışmaktadır. Bu sayede Filmer, yeniçağ

⁵ Ağaoğulları M.A., Çulha Zabcı F., Ergün R.: **Kral-Devletten Ulus-Devlete**, Ankara, 2005, s.139.

⁶ Tamanaha B. Z. , **On The Rule Of Law**, 4. Baskı, Cambridge, 2006, s.47.

⁷ Çapar S., Yıldırım Ş.: “Hobbes ve Locke’un Devlet Düşüncesine Katkıları”, **Türk İdare Dergisi**, Sayı:474, Haziran 2012, s. 15.

krallarının egemenlik kaynağını meşru bir zemine oturtma çabası içerisine girmiştir⁸.

Locke, Filmer'in bu düşüncelerinin yerinde olmadığını farklı açılardan eleştirerek çürütmeye çalışmıştır. Locke için, Tanrı'nın Âdem'i yetkilendirdiği kabul edilse bile, Âdem'in varislerinin böyle bir yetkiye sahip olduğu gerçeği yansıtmamaktadır. Her şeyden önce buna ilişkin bir doğa yasası ve pozitif bir Tanrı yasası bulunmamaktadır⁹.

Nihayet, varislerinin böyle bir hakka sahip olduğu düşünülse dahi, çok uzun bir tarihsel süreçten söz edildiği göz ardı edilmemelidir. Bir başka deyişle Âdem'in soyunun en yaşlı kuşağına dair kesin bir bilgiden söz etmek ve ardıllarının da doğru bir biçimde yeniçağa kadar geldiğini iddia etmek gerçeği yansıtmaz. Ünlü düşünür bu gerekçelerle yeniçağ krallarının soyunun Tanrı'ya dayandığını gerçekçi bulmadığını ifade etmektedir¹⁰.

Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere John Locke, yaşadığı dönemdeki iktidarların kutsal bir meşruiyete sahip olmadığını açık bir biçimde ortaya koymuştur. Siyasi iktidarlarda meşruiyet kaynağının Tanrı değil, insanların bizzat kendisi olduğunu vurgulamıştır.

B. John Locke'un Düşünce Sisteminde Doğa Durumunun Tasviri

John Locke, doğa durumuna ilişkin düşüncelerini "*Hükümet Üzerine İki İnceleme*" adlı eserinin ikinci bölümünde dile getirmiştir. Daha sonra ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere, ünlü düşünür, doğa durumunda bireylerin özgür olduğuna vurgu yaparken bunun sınırsız bir özgürlük olmadığını ifade eder. Ona göre, bireylerin sahip olduğu özgürlük, doğa yasasının ilkeleriyle sınırlanmıştır; bir diğer deyişle doğa durumunda herkesin her istediğini dilediğince yapabildiği bir ortamdan söz etmek mümkün değildir¹¹.

Doğa durumu (tabii hal), devletin kurulmasından önce tabii hukukun egemen olduğu dönemi ifade etmek için kullanılır. John Locke'un doğa durumundaki insanlar özgürlüklere müdahale etmeyen,

⁸ Akın İ. F.: **Kamu Hukuku**, İstanbul 1987, s. 127.

⁹ Locke J.: **Hükümet Üzerine İkinci İnceleme**, (Çev. Fahri Bakırcı), Ankara 2004, s.1-2.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid, s.5.

birbirlerinin haklarını gözeten ve birbirlerine karşı görevlerini bilen kimselerden oluşmaktadır. Bu dönemde yaşayan insanların birbirlerine karşı emretme hakkı olmadığı gibi, birbirleri üzerinde hüküm kurma hakkı da bulunmamaktadır¹².

Doğa durumunda doğa yasasına tabi olan insanlar aslında akla tabi olmuşlardır. Daha açık bir ifadeyle, doğa durumunu yöneten ve insanlara ödevler yükleyen kanun, aklın bizzat kendisidir. Bu bağlamda akıl, bir kimsenin hayat, özgürlük, sağlık ve mülkiyet hakları bakımından diğer bir kimseye zarar vermemesi gerektiğini, insanların her birinin bağımsız ve eşit varlıklar olduğunu ifade eder. Ona göre bütün insanlar her şeye gücü yeten ve sınırsız bilge konumunda olan yaratıcının eseridir. Görüldüğü üzere John Locke'un doğa durumu anlayışında ve yaratılış kuramında insanlar mükemmel seviyede özgür ve eşit bir yaşam sürmektedir¹³. Daha önce de ifade edildiği üzere, doğa durumu özgürlüğün sınırsızca kullanıldığı bir alan olmayıp, doğa yasalarının ilkelerine tabidir ve bu sınırlar çerçevesinde ele alınmalıdır.

C. Toplum Sözleşmesinin Ortaya Çıkış Nedeni

Doğa durumunda aklın gereklerini insanlara zorla kabul ettirecek müşterek bir üst makam bulunmamaktadır. Her birey aklın emirlerini kendi yorumladığı şekilde kabul etmektedir. John Locke bu durumun karışıklıklara yol açabileceğini, doğa durumunda egemen olan barış ortamının olumsuz biçimde etkilenebileceğini belirtmiştir. Doğa durumunda insanlar üst bir makama tabi olmadıkları için, başkaları üzerinde kendi emirlerini uygulama ya da tabii hukuku ihlal ederek başkalarının şahsına veya malına tecavüz etme yoluna gidebilirler. Bu olaylar neticesinde de insanlar arasında bir mücadelenin başlama olasılığı gündeme gelmekte ve bu risk faktörü toplum sözleşmesinin en önemli nedenleri arasındadır¹⁴.

Hakkı ihlal edilen kişinin doğa durumunda saldırganı cezalandırma hak ve yetkisi bulunmaktadır; fakat bu yetki mutlak bir yetki değildir. Uygulanacak cezaların akla uygun ve kusurla orantılı olması gerektiği gibi, zararı telafi edici ve gelecekte tekrar meydana gelmesini önleyici

¹² Akipek İ., "John Locke'un Siyasi Fikirleri", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1953-10-01-04/AUHF-1953-10-01-04-Akipek.pdf>, s.258-259.

¹³ Locke, s.7.

¹⁴ Akipek, s.260.

mahiyette de olması gerekmektedir. Ne var ki, insanların ölç alma ya da kendisi yahut yakınları lehine karar alması gibi etkenler bu cezalandırma yetkisinin keyfi bir biçimde kullanılmasına yol açabilir. İşte doğa durumundaki insanların siyasi cemiyet haline geçiş sebebini, kişilerin sahip olduğu cezalandırma hakkında aramak gerekir¹⁵.

Sonuç olarak insanlar yalnızca cezalandırma hakkını topluma bırakmış, bunun karşılığında güvenliklerinin sağlanmasını istemişlerdir. ŞENEL'den aktarıldığı üzere insanlar toplum sözleşmesi sonucunda doğal haklarını muhafaza etmişlerdir. Her ne kadar yalnızca cezalandırma hakkının devlete devredildiğinden söz edilse de, toplumun doğal haklara saygılı olması ve onları koruması yolundaki yasama ve yürütme haklarının da devlete devredildiği kabul edilmektedir¹⁶.

Buradan da anlaşılacağı üzere J. Locke, bireyin doğuştan sahip olduğu yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarını güvence altına alması gereken bir devletin varlığından söz eder¹⁷: “*Gece Bekçisi Devlet*”. İlerde değinileceği üzere insanın doğuştan sahip olduğu yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarını koruyamayan, bu hakları kendi çıkarları doğrultusunda elemine eden iktidar sahiplerine yönelik halkın ihtilal hakkını meşru görür.

D. Toplum Sözleşmesine Farklı Yaklaşımlar: Thomas Hobbes ve J.J. Rousseau

1. Thomas Hobbes'un Toplum Sözleşmesi Kuramı

17. yüzyıla egemen olan ve daha sonra sözleşme teorisi ilk kez Thomas Hobbes tarafından dile getirilmiş olup, Hobbes'tan sonra Locke ve Rousseau gibi filozoflar tarafından geliştirilmiştir. Hobbes, ortaya koyduğu düşüncelerle liberalizm ve hukukun üstünlüğü ilkelerine gölge düşürmüş ve bu nedenle liberaller tarafından liberalizm-öncesi düşünürler arasında kabul edilmiştir¹⁸.

Thomas Hobbes'un düşünce sistemi -Locke da olduğu gibi- insanların doğa durumunda eşit bir yaşam sürdüğü tezine dayanır. Bu

¹⁵ Eroğlu M.: “John Locke'un Devlet Teorisi”, **Akademik Bakış Dergisi** (Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi), Sayı:21, Temmuz- Ağustos- Eylül 2010, s.4. (<http://www.akademikbakis.org/eskisite/21/07.pdf>); *Akipek*, s.260.

¹⁶ Şenel A.: **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Ankara 2002, s.342.

¹⁷ Taşkın Y., **Siyaset**, İstanbul, 2014, s.31.

¹⁸ *Tamanaha*, s.47.

eşitlik gerek bedensel gerekse zihinsel anlamdaki eşitliği kapsar niteliktedir. Ne var ki, Hobbes Locke'tan farklı olarak, eşitliği bir olumlama olarak görmemektedir. Ona göre eşitlik ortamından istikrar ve barış değil güvensizlik ve şiddet doğar. İki kişi aynı şeye sahip olmak istediğinde birbirlerine karşı tavır takınır ve her biri diğeri üzerinde egemenlik kurmaya çalışır¹⁹.

Bu güvensizlik ortamının bertaraf edilmesi elzemdir ve bunun için herhangi bir kimsenin kendisi için tehlike oluşturacak güce sahip tüm insanları egemenliği altına alması zorunludur. Devlet olmadan böylesi geniş bir kitle üzerinde egemenlik kurmanın mümkün olmayacağını belirten Hobbes, insanların tamamını korku altında tutacak bir mekanizmanın varlığını öngörmektedir. İşte sözünü ettiği bu varlık Hobbes'un deyiimiyle "Leviathan"dır. Devletin olmadığı savaş durumunu ise "herkesin herkese karşı savaşı" olarak nitelendirmiştir²⁰.

İnsanın doğasına ilişkin de analizler yapan ünlü düşünür, Machiavelli gibi insanları sürekli güç peşinde koşan, bencil bir varlık olarak tasvir etmiştir. Hobbes'un bu düşünceleri ekonomik anlamda sahip oldukları kazanımları en üst seviyelere çıkarmak isteyen insanlar için de adeta fırsata dönüşmüştür. Söz konusu rekabetçi ortam maddi kazanımlarını en üst düzeye çıkarma gayreti güden insanlar yaratmıştır. Bunun neticesinde sınırsız kazanım elde etme gayesi taşıyan, bunu elde edebilmek ve ortaya çıkacak olası güvenlik sorunlarının üstesinden gelebilme arzusunda olan her bir birey, kendi yetkilerini krala devretmiştir. Böylece Hobbes'un deyiimiyle "Leviathan", diğeri bir deyişle mutlak egemenlik sahibi kralı yaratmışlardır²¹.

Hobbes'un yarattığı Leviathan sayesinde insanlar güvenli bir yaşamı elde etmiş olurlar. Ancak güvenliği elde eden bireyler egemenlik haklarının yanında siyasi haklarını da devretmiş olurlar. Bu düşüncelerle oluşturulan Leviathan, insan doğasındaki kötülüğün zaruri bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır²².

Hobbes, toplum sözleşmesi kuramında devlete merkezi bir önem atfetmiş, meşruiyeti güvenlikle özdeşleştirmiştir. Doğa durumunda kaos

¹⁹ Hobbes H.: **Leviathan**, (Çev. Semih Lim), 2. Baskı, İstanbul, 1995, s.92-93.

²⁰ Ibid, s.94.

²¹ Taşkın, s.31.

²² Ibid.

halinde yaşayan insanlar haklarını tümüyle devlete devretmiştir. İşte tam bu noktada Locke, güvenliği elde etmek amacıyla mutlak bir krala boyun eğmenin, tilki ya da kokarcadan kaçmak için aslana sığınmak gibi çılgınca bir şey olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle devlet mutlak güçtür ve böylesi mutlak bir gücün karşısında Hobbes, John Locke'tan farklı olarak yasal bir direnişin varlığından söz edilemeyeceğini –bir istisna dışında– ifade etmiştir²³.

Her ne kadar devletin sınırsız gücünden söz edilse de, Hobbes bu gücün doğa yasaları tarafından sınırlandırıldığını ifade eder. Ünlü düşünürün göre, -sözleşme sonrasında- sahip olunan tek hak hükümdara direnmektir. Ne var ki bu hak Locke'ta olduğu gibi geniş bir uygulama alanı bulmaz. Hatırlanacağı üzere direnme hakkı John Locke için bir hak olmanın yanında bir ödev niteliğindedir. Hobbes'a göre ise, bireyler bu hakkı sadece hükümdarın kendilerini ölümle tehdit etmeleri halinde kullanabilecektir²⁴.

2. Jean-Jacques Rousseau'nun Toplum Sözleşmesi Kuramı

Atina Demokrasisi hakkında yönetsel analizler yapan Rousseau, kendi kendisini yönetme başarısına erişmiş olması sebebiyle bu yönetime olan hayranlığını hiçbir zaman gizlememiştir. Her ne kadar Atina Demokrasisinde eşit ve özgür bir yönetimin varlığından söz edilmiş olsa da, uygarlığın gelmesiyle birlikte insanların özgürlüklerini yitirdiği Rousseau tarafından ifade edilmiştir. Toplum sözleşmesine dair düşüncelerini ortaya koyarken ifade edileceği üzere, uygarlık insanları birbirine yabancılaştırmıştır²⁵.

J.J Rousseau, sözleşme toplum sözleşmesine dair temel düşüncelerini “*İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*” ve “*Toplum Sözleşmesi*” eserlerinde dile getirmiştir. Doğa durumuna dair yaptığı analizlerde insanların özgür ve eşit olduğunu ifade eder. Bu yönüyle Rousseau'nun John Locke'a daha yakın bir düşünce sistemine sahip olduğunu görmekteyiz.

²³ Arslan H.: “John Locke'un Siyaset Felsefesinin Temelleri Üzerine Bir Deneme”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı:17, 2013/1, s.189.

²⁴ *Tamanaha*, s.47.

²⁵ *Taşkın*, s.34.

Peki, bu eşitlik ortamının eşitsizliğe dönüşümündeki temel faktörler nelerdi? Rousseau, insan doğasında meydana gelen değişim ve dönüşümler neticesinde eşitsizlik ortamının doğduğunu savunmuştur. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, doğada tek başına vahşi bir yaşam biçimine sahip olan insan yetkinleşerek diğer insanlarla iletişim kurmaya başladı. Toplumsal bir yaşam biçimine erişen insanlar arasında işbölümü ve mülkiyetin ortaya çıkışıyla birlikte var olan eşitlik durumu da ortadan kalkmış oldu²⁶.

Eşitliğin ve özgürlüğün olmadığı ortamda güvenliğin sağlanması için toplumsal sözleşmenin varlığı zorunluydu. Rousseau'nun sözü edilen eşitlik ve özgürlük ortamının yeniden sağlanması yönündeki çabalarını "Toplum Sözleşmesi" adlı eserinde açıkça görülmektedir. Rousseau bu eserde güvensizlik ortamından kurtuluş reçetesini şu sözlerle ifade etmiştir²⁷:

"Ve insanlar, olmayan güçleri yoktan var edemeyeceklerine ve ancak var olanları bir araya getirip kullanabileceklerine göre, kendilerini korumak için yapabilecekleri tek şey, direnişi kırabilecek bir güçler toplamı oluşturmaktır.(...) Katılımcılardan her birinin canını ve malını, oluşturacağı ortak gücün tümüyle savunup koruyacak bir katılım biçiminin bulunması... Ve bu ortaklıkta her bireyin, tüm öteki ortaklarla birleşirken yine de yalnızca kendi istencine boyun eğmesi ve ortaklığa katılmadan önceki denli özgür kalması."

Doğa durumundaki sınırsız özgürlüğünü yitiren birey, toplum sözleşmesi sayesinde medeni özgürlüğe erişir. Toplumsal hayata geçiş sürecinde eşitlik kavramı ise, yasalar karşısındaki medeni ve siyasi eşitliğin bir ifadesidir²⁸.

E. John Locke'un Toplum Sözleşmesi Kuramı Bir Faraziye mi Yoksa Gerçeklik mi?

Devletler kurulmadan önce yani insanlar belli bir toplum çatısı altında yaşamaya başlamadan önce, doğa durumu olarak adlandırılan yaşam ortamının kabul edilmesi zorunludur. Bu zorunluluk hali insanlık

²⁶ Ekici E.: "Hobbes ve Rousseau: Toplumsal Sözleşme Kuramı", <http://dspace.uludag.edu.tr:8080/jspui/bitstream/11452/2174/1/M11.pdf>, s.86.

²⁷ Rousseau J.J.: **Toplum Sözleşmesi**, İstanbul, 1999, s.45-46.

²⁸ Öktem N., **Türkbağ A. U.: Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 4. Basım, İstanbul, 2009, s.159.

tarihinin gelişimine dair her iki teori için de geçerlilik arz eder. Bunlardan ilki yaradılış, diğeri ise evrim teorisi. Her iki teori için de insanoğlunun toplum hayatına geçmeden önce diğerk hayvanlar gibi tek başına yaşamlarını sürdürdüğü varsayımı kabul edilir²⁹.

Tarihsel süreç içerisinde ele alındığında, toplum sözleşmesinin kökenlerine Antik Yunan döneminde rastlarız. Protagoras, Hippias, Antiphon gibi sofistler kendi dönemlerindeki toplumsal yapılanmaların temelinde yer alan anlaşmaların iradi bir faaliyetin ürünü olduğunu kabul etmekteydiler³⁰.

Her ne kadar tarihi kökenleri uzun bir geçmişe dayansa da, sosyal sözleşme teorisinin asıl temsilcileri Locke, Hobbes ve Rousseau'dur. Hobbes için hukuk, monarkın iradesi ile eşdeğer bir niteliğe sahipken, Rousseau, hukuk denilince çoğunluğun iradesini anlamaktadır. Burada iradeci bir anlayışı benimsemeleri nedeniyle Hobbes ve Rousseau'nun hukuki pozitivist oldukları düşünülebilir. Ne var ki, devredilmez ve vazgeçilmez özelliklere haiz olarak görülen egemenlik kavramı açısından düşünürsek, Rousseau'nun pozitivist olduğunu sorgulamak zorunda kalırız. Daha açık bir şekilde ifade edecek olursak, Rousseau, halkın toplum sözleşmesiyle dahi egemenlikten vazgeçemeyeceğini ifade etmektedir. Egemenlik kavramını halkın iradesinden üstün tutarak doğal hukuk akımına yaklaşıma bir düşünceye sahip olduğu söylenmektedir. İktidarın iradesinin üzerinde bir takım sınırlamalar öngören Rousseau, bu yönüyle Hobbes'tan ayrılmaktadır³¹.

John Locke, doğa durumunun var olup olmadığı ya da insanların böyle bir doğa durumunda yaşayıp yaşamadığına dair genel ve yoğun bir merakın olduğunu gizlemez. Locke bu durumu şu sözlerle açıklığa kavuşturur³²:

“Dünyanın her yerindeki bağımsız hükümetlerin bütün prensleri ya da yöneticileri doğa durumunda olduklarından şu açıktır ki, dünyada en azından belli sayıda insanın doğa durumunda olmadığı bir dönem hiç olmamıştır ve bundan sonra da olmayacaktır.” Buradan da anlaşılacağı

²⁹ Bravo H.:“Yöneten-Yönetilen İlişkisi/Çelişkisi”, **Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:2, 2006, s.124.

³⁰ Ekici, s.79.

³¹ Öktem, *Türkbağ*, s.151.

³² Locke, s.13.

üzere Locke, doğa durumunun mutlaka tarihsel olması gerektiğine dair düşünceyi kabul etmez.

Toplum sözleşmesi kuramına ilişkin benzer eleştiriler GÖZLER tarafından da dile getirilmiştir. Sözleşme kuramlarının objektif olarak ispatlanması mümkün olmadığı gibi devletin ortaya çıkış tarihi de kesin bilgilerle tespit edilmiş değildir. Bunun için insanların “tabii hal” adı verilen dönemde düşünürlerin ifade ettiği gibi yaşayıp yaşamadıkları da bilinmemektedir³³.

Buradan hareketle Gözler, tabii hal durumunu tarihi bir olgu olarak değil de varsayım olarak ele alır. Toplum sözleşmesi kuramcıları, kendi düşüncelerine temel dayanak teşkil etmesi için bu teorileri ortaya atmış ve gerekçelendirmiştir. Bu nedenle tabii hal durumundan çıkmayı ifade eden toplum sözleşmesi de varsayımsal bir teoriye dayanmaktadır³⁴.

Locke’a göre, insanlar arasında yapılan her anlaşma doğa durumunu sona erdirmek için tek başına yeterli değildir. Bunun için sözleşmenin bir takım şartları bünyesinde taşıması gerekmektedir. Öncelikle sözleşmenin bir topluluğa girme ya da siyasal bir bütünlük oluşturma gayesi içinde yapılması gerekir. Bir diğer koşul ise, tarafların karşılıklı olarak bu sözleşmeyi yapması gerekliliğidir³⁵.

Önemle ifade etmek gerekir ki, John Locke’un toplum öncesi insan yaşamına ilişkin ilgili tutarlı düşüncelere sahip olduğunu söylemek güçtür. Ona göre devlet öncesi döneme dair tarihsel bir bilgiye sahip olmak mümkün değildir. Bunun nedeni, tarihsel kayıtların devletlerin oluşumundan sonra tutulmaya başlanmasıdır. Aynı zamanda doğa durumunda yaşayan insanlara ilişkin bilgi sahibi olmamız ya da onları görmememiz bu varsayımı inkâr etmemizi gerektirmez³⁶. Görüldüğü üzere doğa durumunda yaşayan insanlara dair kanıt olmadığını söylemesine rağmen, bu varsayımın doğruluğuna ilişkin olasılığı dile getirmekten de imtina etmemiştir.

Bir başka sorun da, sözleşmenin sürekli olarak yürürlükte olmasının meşru olup olmadığına ilişkindir. Şöyle ki, insanların bir araya gelerek

³³ Gözler, K.: **Devletin Genel Teorisi**, Bursa, 2007, s.40.

³⁴ Ibid.

³⁵ Locke, s.13.

³⁶ Ağaoğulları, Çulha Zabacı, Ergün, s.203.

oluşturduğu siyasal otoriteye günümüz insanların rıza gösterip göstermediği sosyal sözleşme teorisyenleri açısından ele alınması gereken bir konudur. John Locke, bir baba tarafından -türü ne olursa olsun- yapılan bir anlaşmanın çocukları bağlamayacağını açıkça ifade etmiştir. Burada ünlü düşünür örtük rıza-açık rıza ayrımını gündeme getirerek bir çözüm yolu bulmaya çalışmıştır. Bir kimse, toplumun bir üyesi olma yolunda açıkça rıza beyanında bulunuyorsa burada bir sorun yoktur. Asıl sorun, örtük rızanın sınırlarını tespit etmektir. Kişilerin toplum içerisinde yaşamayı sürdürecektir eylemlerde bulunması örtük rızanın varlığını ortaya koymaktadır. Belli bir yönetimin altında yaşayan ve yaşamaya devam etmek isteyen kişilerin temeldeki toplum sözleşmesine dair örtük rızasının varlığı kabul edilmelidir³⁷.

Sözleşmelerin bağlayıcılığına ilişkin tespitlerde de bulunun Locke, Garcilasso De la Vega'nın Peru Tarihi adlı eserine atıf yapmıştır. Bu eserde ıssız bir adada bulunan iki insan arasındaki anlaşmaların da bağlayıcı olduğu ve bunun siyasi bir yönünün bulunmadığı açıkça vurgulanmıştır. Bireyler toplumun üyesi oldukları için değil, insanı insan yapan özelliklere –ahde vefa ve doğruluk ilkelerine- sahip olmaları nedeniyle bu sözleşmenin onlar için bağlayıcı olduğu belirtilmiştir³⁸.

Locke, bir topluluk kurmaya yönelik olmasa da insanların doğa yasalarıyla bağlı olduğunu ifade eder. Buradaki bağlılığı meşru zeminde açıklarken Hooker'in şu sözlerine ünlü eserinde yer verir³⁹:

“Şimdiye kadar anılan yasalar, yani doğa yasaları, herhangi bir yurttaşlık kurmamış olmalarına, aralarında neyi yapıp neyi yapamayacaklarına ilişkin resmi bir anlaşma olmamasına rağmen insanları insan olmalarından dolayı mutlak biçimde bağlarlar. Kendi başımıza yalnız ve tek başımıza yaşarken, doğamızın arzuladığı, insanın saygınlığına yaraşır bir yaşam için gerekli olan uygun şeyler yığınının sağlamakta yetersiz olduğumuzdan, içimizdeki bu eksiklik ve yetersizlikleri gidermek için, doğal olarak diğerleriyle bir topluluk ve yurttaşlık kurmaya yöneliriz. Bu, insanların siyasal toplumlarda birleşmelerinin başlangıçtaki nedeniydi.”

³⁷ Ibid., s.205.

³⁸ Locke, s.13.

³⁹ Ibid., s.14.

F. John Locke'un Toplum Sözleşmesi Kuramına Eleştirel Yaklaşım: Köle-Efendi İlişkisi

1. Genel Olarak

Toplumsal yaşamın farklı alanlarında göze çarpan yönetici-yönetilen ilişkisinin tarihsel kökenleri hakkında çeşitli düşünceler ileri sürülmüş ve günümüze dek tartışılmıştır. Biz konumuzla da bağlantılı olduğu üzere yönetici konumundaki iktidar ile toplumu oluşturan bütün bireyler arasındaki yönetici-yönetilen ilişkisini inceleyerek bunun tarihsel dayanakları üzerinde duracağız.

Yönetici-yönetilen ilişkisinin ilkesel dayanaklarına dair iki temel görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin ilki daha önce de bahsedildiği üzere insanlar arasında rızaya dayalı olarak yapılan toplum sözleşmesi iken, diğeri güçlü ve zayıf insanlar arasında ortaya çıkan hiyerarşik ve baskın bir ilişki yani köle-efendi çelişkisi olarak adlandırılır⁴⁰.

2. Köle-Efendi İlişkisi Kuramı

Toplum sözleşmesine yönelik eleştirel bir kuram olarak ortaya çıkan köle-efendi ilişkisi özellikle Hegel ve Nietzsche gibi düşünürler tarafından ele alınmış ve tartışılmıştır.

Nietzsche, dış dünyadaki her hareketin bir “oluşa” sebebiyet verdiğini ifade eder. Ona göre bu oluşun temelinde “güç istenci” adını verdiği bir güdü yatmaktadır. Bu güdü tüm devinimlerin hem amacı hem de nedenidir. Peki, ünlü düşünürün toplum sözleşmesine dair düşüncelerini üzerine inşa ettiği güç istenci kavramı neyi ifade etmektedir? Her organizma, gerçekleştirmiş olduğu devinimlerde gücünü artırma, kendi iktidarını kabul ettirme ve kendini çoğaltma kaygısı güder. Bunun en önemli amaçlarından biri, kendisine karşı bir direnç oluşturduğunu düşündüğü zayıfı zapt etme ve iktidarını ona kabul ettirmektir⁴¹.

Toplum sözleşmesinin karşısında yer alan Nietzsche'ye göre, bireyler arasındaki ilişkilerde olduğu gibi devletin oluşumunda da ele alınması gereken temel kavram güç istencidir. Bir başka deyişle ünlü düşünür, insanların toplum hayata geçiş sürecinde bir araya geldiği ve rızalarıyla devleti kurduğu varsayımını kabul etmez. Bununla ilgili olarak

⁴⁰ *Bravo*, s.124.

⁴¹ *Ibid.*, s.131-132.

efendi-köle ilişkisiyle devletin kurulması sürecini birbirine bağlayan düşüncelerini şu ifadelerle dile getirmiştir⁴²:

“Devlet sözcüğünü kullandım: ne anlama geldiği açıktır-, savaş için örgütlenmiş ve örgütlenme yeteneğiyle donatılmış, zaptedici ve efendi olan bir ırk, yani sarışın yırtıcı hayvanların bir bölümü, korkunç pençelerini, belki de sayıları kendilerinden çok ama çok daha fazla, ama hala biçimsiz ve göçebe bir kalabalığa tereddütsüzce geçirir. Yeryüzünde devletin nasıl ortaya çıktığını anlatan bütün hikâye budur: sanırım, devletin bir sözleşmeyle ortaya varsayan duygusallık bertaraf edilmiştir. Buyurabilen, doğası gereği efendi olan, eylemlerinde ve tavırlarında vahşi olan kişinin sözleşmelerle ne işi var! (...) Onların yaptığı, biçimlerin içgüdüsel bir yaratımı ve dayatılmasıdır.”

Hegel ise köle efendi ilişkisi kuramını insanlığın ve tarihin temel argümanı olarak görmektedir. Ona göre Efendi, iktidar sahibi olabilmek için adeta ölümü bile göze alır, bu nedenle takdire şayan bir duruş sergiler. Kendisini kabul ettirir ve tanınırlığını sağlar. Köle ise bu ikili ilişkinin cesur olmayan tarafını temsil eder. O, hayatını tehlikeye atmaktan imtina eden, hayatını devam ettirme karşılığında köleliği kabul eden kimse konumundadır. Düşmanını efendi olarak tanır ve bunun karşılığında hayatta kalmayı garanti eder⁴³.

Köle-Efendi arasındaki mücadeleye de değinen ünlü Hegel, bu mücadelenin birbirini yok etmeye yönelik bir mücadele olmadığını savunur. Efendi kölenin özgürlüğünü elinden almakla birlikte onu muhafaza etmekle yükümlü bir misyon üstlenir. Diyalektik düşünce bağlamında muhafaza etme eyleminin önemi Hegel açısından oldukça fazladır. Efendi köleyi muhafaza etme görevini yerine getirirken aynı zamanda tarihin sonunda gerçekleşecek özgürlüğe doğru onu taşıyan bir kimse konumundadır⁴⁴.

3. J.J. Rousseau'nun Sözleşme Kuramcılarına ve Köle-Efendi İlişisine Yönelik Eleştirisi

Toplum sözleşmesine yönelik düşünceler ortaya koyan filozofları, insandaki özellikleri tam olarak anlamamakla eleştiren Rousseau, bu

⁴² Nietzsche F., Human, **All to Human**, (Akt. Bravo, s.139)

⁴³ Küçükcalp D.: “Efendi-Köle Ahlakı vs. Efendi Köle Diyalektiği”, **Uludağ Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXIX, Sayı:1, 2010, s.59.

⁴⁴ Ibid.

konuya dair düşüncelerini “İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı” adlı eserinde açıkça ortaya koymuştur. Bu eserinde eşitsizliğin nedenlerini ele alarak, sözleşme kuramı açısından oldukça önemli bir tespitte bulunur ve sözleşmeye dair ilkelerini bu düşünceler üzerinde inşa eder. Ona göre eşitsizliğin temelinde akıl, bilim ve sanatın yanında mülkiyetin ortaya çıkışı ve insanlar arasında yaygınlaşması vardır⁴⁵.

J.J Rousseau, sözleşmeye ilişkin düşünceler ortaya koyan filozofları eleştirirken ünlü eserinde şu düşüncelere yer verir⁴⁶:

“Toplumun temellerini incelemiş olan filozoflar, hep doğa durumuna kadar gitmek gereğini duymuş, ama hiçbiri oraya ulaşamamıştır.”

Ona göre insanların doğal hali ile sonradan elde ettiği kazanımlar ve deneyimlerle yetkin bir hale gelmesi yani yapay hali birbirinden ayrılmalıdır. İşte sözleşme kuramcıları insanın doğal ve yapay halini birbirinden ayıramadıkları için ya da bunu göz ardı ettikleri için başarısız olmuşlardır. Bu nedenle ünlü düşünür, insanın doğal haline dair bir tasvir yapılması gereğini savunur⁴⁷.

İnsanın toplumsallaştıkça zayıf ve korkak bir kimseye dönüştüğünü ifade eder. Aynı zamanda insanın yetilerinin kaybolduğunu ve adeta daha yumuşak bir yaşam tarzına sahip olduğunu söylemektedir. İnsanın doğal halini tüm gerçekliğiyle ortaya koyma amacını taşıyan ünlü düşünür şu ifadeleri kullanmaktadır⁴⁸:

“İnsanı doğaüstü yeteneklerden ve ancak uzun bir ilerleme ile edinebildiği yapay yetilerden soyarak, kısacası onu doğanın elinden çıkmış olması gerektiği gibi düşünerek (...), bir meşe ağacının altında karnını doyuran, ilk rastladığı derede susuzluğunu gideren, kendisine yemeğini sağlamış olan aynı ağacın dibinde yatağını bulmuş buluyorum. Böylece onun gereksinimleri giderilmiştir.”

⁴⁵ Aydın H.: “Fransız Devrimi’ne Uzanan Yolda Jean-Jacques Rousseau”, **Muhafazakâr Düşünce Dergisi**, Sayı:11, 2007, s.144.

⁴⁶ Rousseau J. J.: **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, (Çev: Rasih Nuri İleri), İstanbul 2004, s.84.

⁴⁷ Bravo, s.125.

⁴⁸ Rousseau, 2004, s.88.

III. JOHN LOCKE'UN KUVVETLER AYRILIĞI TEORİSİ

A. Genel Olarak

Liberal devlet ve hükümet teorisinin kurucusu olarak kabul edilen John Locke (1632-1704) siyaset felsefesine yönelik düşüncelerini “*Hükümet Hakkında İki İnceleme*” adlı eserinde dile getirmiştir. Diplomat, hekim ve aynı zamanda eğitimci olan ünlü düşünür benimsemiş olduğu ampirist düşünce sisteminin öncüsü olmuştur⁴⁹.

John Locke'un ampirist olduğunu gösteren en önemli simgelerden biri, insan aklının “tabula rasa” (boş levha) olduğuna ilişkin söylemidir. Daha açık bir ifadeyle, bilgi doğuştan elde edilen bir veri değildir, bilginin gerçek kaynağı dış dünyadadır. İnsan, sahip olduğu bilgileri deney ve gözlemlerle elde etmiştir. Ünlü düşünür, insanın duyu organları aracılığıyla sahip olmadığı bir bilginin doğuştan elde edilemeyeceğini savunmaktadır⁵⁰.

1688 yılında İngiltere’de meydana gelen ihtilal⁵¹ sonrası Katolik Kral II. James’in ülkeyi terk etmesi ve onun yerine Protestan William’ın yönetime geçişi John Locke’un hayatını oldukça etkilemiştir. Kral II James’in baskıları nedeniyle ülkeyi terk etmek zorunda kalan John Locke, 1689 yılında yani ihtilal sonrasında ülkeye geri dönmüş ve eserlerini yayınlama fırsatı elde etmiştir. “*Hoşgörü Üzerine Mektup*”, “*Hükümet Hakkında İki İnceleme*” ve “*İnsan Algılamasına İlişkin Denemeler*” bu süreçte yayınlanan üç büyük eser olarak kabul edilir⁵².

John Locke’un felsefi ve siyasi içerikli eserleri, 17. yüzyılın sonlarına doğru yayınlanmıştır. 18. yüzyıl içerisinde sadece dört yıl yaşamış olmasına rağmen, geleceği etkileyen nitelikli görüşleri, kendisinin 18. yüzyıl Aydınlanma Çağı düşünürlerinden sayılmasına yol açmıştır⁵³.

⁴⁹ Boullion H., **John Locke**, (Çev: Ali İbrahim Savaş), Ankara, 1998, s.1.

⁵⁰ Güriz A., **Hukuk Felsefesi**, 10. Baskı, Ankara, 2014, s.185.

⁵¹ Bu ihtilal literatürde “*Muhteşem Devrim*” olarak anılmaktadır.

⁵² Dunn, s.26.

⁵³ Çığar, Yıldırım, s. 15.

B. Kuvvetlerin Ortaya Çıkışı

John Locke'un kuvvetlere yönelik düşüncelerine geçmeden önce siyasal toplumların başlangıcı hakkındaki düşüncelerine değinmekte yarar vardır.

Herhangi bir sayıdaki insan bir topluluk ya da hükümet için uzlaştığı takdirde o an siyasal bir bütünlük sağlamış olurlar. Bu siyasal bütünlük içerisinde çoğunluğu oluşturanların diğerleri adına hareket etme ve karar verme yetkileri bulunmaktadır. Çoğunlukla ilgili görüşlerini şu şekilde meşrulaştırmaktadır: *“Bir topluluğu harekete geçiren tek şey bu topluluğu oluşturan bireylerin onayıdır. Tek bir bütün olan bu topluluğu tek bir yönde hareket ettirmek için bu onay gerekli olduğundan, bu bütünün, daha büyük olan gücün onu taşıdığı yöne doğru hareket etmesi zorunludur ki bu güç, çoğunluğun onayıdır”*. Bu bağlamda her insan diğer insanlarla birlikte bir hükümet altında siyasal toplumun bir parçası olmayı ve siyasal bütünlüğün varlığı ile çoğunluğun kararlarına itaat edeceğini teyit etmektedir⁵⁴.

Doğa durumunda yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakkını koruyacak iyi bir yasanın varlığı yanında, bu yasayı tarafsız bir biçimde uygulayacak yargıçların ve yargı kararlarını uygulayacak yürütme gücünün eksikliği insanlar tarafından hissedilmektedir⁵⁵.

ŞENEL'den aktarıldığı üzere doğa durumunda insanlar, hakların çiğnenmesi halinde topluluğun hakem olacağını (yargı erki) kararlaştırmış, tarafsız yasalar koymuş ve bazı kimselere de bu yasaları uygulama yetkisini vermişlerdir. Bu bağlamda uygar toplumlarda yönetim dışta ve içte olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmıştır. Yönetim, dışta, topluluk dışından gelecek tehlikelere ve topluluk üyelerine verilecek zarar önleme görevi (savaş ve barış yapma yetkisine sahip federatif güç) üstlenir. İçte ise, topluluk üyelerinin birbirlerine zarar vermesi durumunda onlara verilecek cezaları saptama (yasama) kudretine sahip bir kurum olarak ortaya çıkmıştır⁵⁶.

Görüldüğü üzere doğa durumunda yasama, yürütme ve yargı erkleri bu şekilde ortaya çıkmıştır. İlerde de değineceğimiz üzere John Locke,

⁵⁴ Locke, s.81-82.

⁵⁵ Arslan, s.198.

⁵⁶ Şenel, s.342.

kuvvetler ayrılığı teorisinde yargı erkini bağımsız bir erk olarak kabul etmemiştir. Bu bağlamda John Locke'un düşünce sisteminde yasama, yürütme ve federatif güç olmak üzere üç çeşit erk bulunmaktadır⁵⁷.

C. Kuvvetler Ayrılığı

Kuvvetler ayrılığı prensibi, bir kuram ciddiyet ve bütünlüğünde yani sistematik olarak ilk kez John Locke tarafından dile getirilmiştir. John Locke kuvvetler ayrılığını millet egemenliği ve temsili hükümet bağlamında irdelemiş, bunun neticesinde yasama, yürütme ve federatif güç erklerine ilişkin düşüncelerini "Hükümet Üzerine İki İnceleme" adlı yapıtında ortaya koymuştur⁵⁸.

1. Yasama Gücü

John Locke'un düşünce sisteminde yasama, diğer güçlerin kaynaklık etmesi ve yürütmenin keyfilikliğini önlenmesi bakımından en üstün güçtür. Hem yürütme hem de federatif güç kaynağını yasamadan alır ve onun düzenlediği kanunlara tabi olarak faaliyet gösterir. Önemle belirtmek gerekir ki, yasama her ne kadar en üstün siyasi güç olarak anılsa da daima tabiat kanunlarına uygun olarak hareket etmesi gerekecektir⁵⁹.

John Locke, yasamanın yasalarla kurulan ilk erk olduğunu şu sözlerle vurgulamaktadır: "*İnsanların topluma girmelerinin en önemli amacı mülkiyetlerini barış ve güvenlik içerisinde kullanmak olduğundan ve bu amaca ulaşmanın en önemli araç ve vasıtası, bu toplumda oluşturulmuş yasalar olduğundan, bütün devletlerin ilk ve temel pozitif yasası yasama iktidarının oluşturulmasıdır*"⁶⁰.

Locke'a göre yasama organı devlette egemenliğin temsilcisi konumundadır. Yasama organı yetki ve görevlerini başka bir organa devredemez, keyfi kanunlar çıkaramaz ve mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemeler getiremez⁶¹.

Yasama erki Locke tarafından topluluk üyelerinin korunabilmesi için devlet gücünün nasıl kullanılacağını yönlendirmeye hakkı olan kuvvet olarak tanımlanmıştır. Yasama, kanun yapan üstün güç konumunda olup,

⁵⁷ Akipek, s.181.

⁵⁸ Küçük A.: **Anayasa Hukuku**, 2013, s.40.

⁵⁹ ibid, s.41.

⁶⁰ Locke, s.111.

⁶¹ Güriz, s.188.

bu erke dair görevler kamu iyiliğini gözeten ve halk tarafından seçilen kimselerce yerine getirilmelidir⁶².

Yasama kuvveti kanunları kısa süre içerisinde çıkarabilir. Ne var ki kanunlar uzun süre yürürlükte kalacağı için, yasamanın sürekli toplantı ve faaliyet halinde olması kuvvetler ayrılığı açısından büyük bir risktir. Locke'a göre kanun yapanlar, kanun yapma görevini yerine getirdikten sonra derhal dağılmalı ve kendi yaptıkları kanuna riayet etmelidirler. O, kanunları yapanların aynı zamanda icra yetkisine sahip olmasını topluluk için bir tehlike olarak görmektedir⁶³.

2. *Yürütme Gücü*

John Locke, sosyal toplumun kurulmasından ayrı bir anlaşmanın varlığından daha söz eder. Ona göre idare edenlerle idare edilenler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir "tabi olma anlaşması" daha bulunmaktadır. Bu anlaşmaya göre yürütme erkine sahip olanlar halk tarafından kendilerine belirli iktidarlar verilen "güvenilir el" konumundadır. Buradan hareketle Locke, toplum sözleşmesinde öne sürdüğü düşüncelerle paralel biçimde, yönetenlerin yönetilenlere karşı ödevleri olduğunu vurgulamaktadır⁶⁴.

Yasama organı sürekli faaliyette bulunamayacağı için, dönemler arasındaki süreçte kanunların devamlı icrasına yetkili bir erkin varlığı zorunludur. John Locke'a göre bu erk kanunların icrası ile yetkili olan yürütme erkidir. Ayrıca yürütme kuvveti, yasamayı uygun zamanlarda toplantıya çağırma görev ve yetkisine sahiptir⁶⁵.

Yürütme kuvveti, kaynağını yasamadan aldığı için, yürütme görevini yasamanın belirlediği kanunlar çerçevesinde yerine getirmelidir. Diğer bir deyişle, kanunları yürütme görevine sahip olanlar, yasamanın kendilerine kanunla vermiş olduğu sınırı aşmamalıdır⁶⁶.

3. *Federatif Güç*

Bir devletin başka devletlerle olan ilişkilerini düzenlemek, onlara karşı güvenliği sağlamakla yükümlü olan kuvvettir. Anlaşılacağı üzere

⁶² *Küçük*, s.40.

⁶³ *Feyzioğlu T.*, "Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi", s.51.

<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ausbf/article/view/5000101819/5000094908>.

⁶⁴ *Güriz.*, s.188.

⁶⁵ *Akipek*, s.180-181.

⁶⁶ *Küçük*, s.40-41.

federatif güç, savaş ve barışa karar vermek, antlaşmalar imzalamak gibi dış ilişkilerle ilgili işlerden sorumludur. Yürütme gücü ile federatif güç birbirinden farklılık arz eder. Şöyle ki, yürütme toplumun iç işlerinde yasamanın çıkardığı kanunları icra ederken, federatif güç toplumun dışarıya karşı güvenliğini ve menfaatini sağlar⁶⁷.

Yürütme ve federatif güç birbirinden ayrı erkler olmakla birlikte, güvenliğin sağlanması ve kamunun menfaati gereği çoğu zaman bu erklerin bir elde bulundurulmaları gerekmektedir⁶⁸. Federatif güç, yani diğer devletlerle yapılan anlaşmalar üzerinde etkili olan otorite, pragmatik nedenlerden dolayı yürütme erkine sahip olan ele devredilmelidir⁶⁹.

Görüldüğü üzere John Locke'un kuvvetler ayrılığı teorisinde "yargı" ayrı bir erk olarak kabul edilmemiştir. Locke'a göre yargı, yasama kuvveti içerisinde yer alması gereken bir faaliyettir⁷⁰.

John Locke, yasama kuvvetinin üstünlüğünü kabul etse de yasamanın sınırsız bir güç olarak faaliyet göstermemesi için bazı tedbirler alınması gerektiğini önermektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere yasamanın dilediği zaman toplanması mümkün değildir. Yasamayı toplantıya çağırma yetkisi ve bunun için uygun zamanı belirleme yetkisi yürütme organına aittir⁷¹.

D. İhtilal Hakkı

John Locke siyaset felsefesine ilişkin görüşlerini toplum sözleşmesinde ileri sürdüğü düşüncelerin üzerine inşa etmiştir. Nitekim ihtilal hakkıyla ilgili söyledikleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Yönetenleri "güvenilir bir el" olarak gören Locke asıl egemenliğin de halkta olduğuna inanması nedeniyle ihtilal hakkını meşru bir hak olarak görmektedir. John Locke ihtilal hakkının meşru olduğunu gerekçelendirerek 1688 yılında, İngiltere'de meydana gelen ihtilale hem işlerlik hem de meşruluk kazandırma çabası içerisine girmiştir⁷². Konuyla ilgili bir başka değerlendirme ise, Locke'un ihtilal hakkı teorisinin 1688

⁶⁷ *Küçük*, s.41.

⁶⁸ *Akıpek*, s.181.

⁶⁹ *Bouillon*, s.26

⁷⁰ *Gözler*, s.194.

⁷¹ *Küçük*, s.41.

⁷² *Güriz*, s.188.

yılındaki devrimi haklı çıkarmak için değil de, 1680'li yılların başında başka bir devrimin temellerini atmak amacıyla yazıldığına ilişkindir⁷³.

Hobbes, ihtilal sonucunda devletin yok olacağı ve doğa durumundaki kaos haline yeniden dönüleceği endişesini taşıırken, Locke ihtilal neticesinde toplumun parçalanmadan hükümet değişikliği olabileceğini savunmuştur⁷⁴.

John Locke'un hükümetin sona ermesi ile toplumun sona ermesi arasında yapmış olduğu ayırım, onun ihtilal hakkını savunmasındaki en önemli gerekçelerden birisidir. Toplumun sona ermesi hükümetin de sona erdiği anlamına gelir. Ne var ki hükümetlerin sona ermesi hali toplumlar için aynı sonucu doğurmaz⁷⁵.

Hükümetlerin sona ermesi farklı şekillerde gerçekleşebilir. Buna göre olağan ve ilk yol yabancı güçler tarafından düzenlenen akınlar sonucu hükümetin sona ermesidir. Kralın ya da yasamanın insanların güvenine aykırı hareket etmesi ise hükümetin sona ermesinin bir diğer nedenidir⁷⁶.

Güvene aykırı hareket etme, yasamanın bireylerin yaşamlarını, özgürlüklerini ve servetlerini yok etmesi şeklinde olabileceği gibi, yürütmenin bireyleri seçim konusunda zorlaması ya da vaatlerle iradelerini ipotek altına alması şeklinde de olabilir. Tüm bu hallerde toplum, ihtilal hakkını kullanarak yeniden bir yasama kuvveti oluşturabilir⁷⁷.

John Locke gibi Hugo Grotius da halkın belli koşullar altında direnme hakkına sahip olması gerektiğini ifade eder. Egemenliği elde ederken halka karşı sorumlu biçimde davranması gereken devlet yöneticilerinin, sorumluluklarını yerine getirmemesi yani yasaları ihlal ederek keyfi davranması halinde öldürülebileceğini ifade etmektedir. Egemenliğin bölünmüş olduğu yönetimlerde, yetki sınırını aşan yöneticilere karşı da ihtilal hakkının kullanılması söz konusu olabilecektir⁷⁸.

⁷³ *Hampsher-Monk I.: Modern Siyasal Düşünce Tarihi*, (Ed. Necla Arat), İstanbul 2004, s.103.

⁷⁴ *Güriz*, s.188.

⁷⁵ *Locke*, s.179.

⁷⁶ *ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, s.177-185.

⁷⁸ Torun Y.: *Hugo Grotius'un Hukuk Ve Siyaset Felsefesi*, İstanbul, 2005, s.111.

E. John Locke'un Siyaset Felsefesinin Evrensel Nitelikteki Metinlere Etkisi

1. Genel Olarak

Locke, sadece kendinden sonra gelen liberal aydınları değil, liberal kurumsallaşmaları da etkilemeyi başarabilmiş bir filozoftur. Virginia İnsan Hakları Bildirisi, Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ve Amerikan Anayasası'nda John Locke'un etkilerini bariz biçimde görmektedir.⁷⁹

John Locke'tan etkilenen isimler arasında Hume, Burke, Rousseau, Humbolt, Kant, Jefferson, Madison gibi isimleri sayabiliriz. Ancak konumuzla bağlantılı olarak Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı bağlamında Locke'tan bir miras devraldığını açıkça ifade etmekte yarar bulunmaktadır.⁸⁰

Tarihsel olarak bakıldığında John Locke'un öncelikle 12 Haziran 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi üzerindeki etkilerini incelemek gerekmektedir. Virginia İnsan Hakları Bildirisi'nin ABD Bağımsızlık Bildirisi ve Fransız Devrimi sonucu ilan edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları bildirisi üzerinde etkili olması bunun önemli nedenlerinden birisidir.

2. Virginia İnsan Hakları Bildirgesine Olan Etkisi

Virginia İnsan Hakları bildirisinde John Locke'un doğal haklar kuramını yansıtan ilk maddesinde şu ifadeler yer almaktadır: *"Tüm insanlar eşit derecede özgür ve bağımsızdır. Doğar doğmaz edindikleri belli bazı hakları vardır. Siyasal bir topluluk kurdukları zaman hiçbir antlaşmayla gelecek nesilleri bu haklardan yoksun bırakamaz, onları bu haklardan vazgeçmeleri için zorlayamazlar. Yaşama ve özgürlük haklarıyla, mülk edinme ve sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma olanağı da bunların arasındadır"*⁸¹

Yine Virginia İnsan Hakları Bildirisi'nin ikinci ve üçüncü maddelerinde ise, egemenliğin halkta olduğu vurgulanmış ve yönetimin kurulmasındaki asıl amacın halkın ortak yararı, savunması ve güvenliği olduğu açıkça ifade edilmiştir.⁸²

⁷⁹ Ağaoğulları, Çulha Zabcı, Ergün, s.230.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Aktan Ç. C.: **Haklar ve Özgürlükler Antolojisi**, Ankara 2000, s.91.

⁸² Ibid.

3. ABD'nin Bağımsızlık Bildirgesine Olan Etkisi

Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nin John Locke doktrinini önemli ölçüde yansıttığını görmekteyiz. ABD'nin bağımsızlık bildirisini kaleme alan Thomas Jefferson'un John Locke'tan etkilendiği bilinmektedir. John Locke'un eşitlikçi yaklaşımı ve doğal haklar kuramı dışında ihtilal hakkı teorisi de ABD'nin bağımsızlık bildirisinde yer almaktadır. Bu bağlamda ABD'nin bağımsızlık bildirisinde John Locke felsefesini yansıtan şu ifadeler yer almaktadır: *“Bütün insanlar eşit yaratılmışlardır. Yaratıcıları onlara belli bir takım vazgeçilmez haklar bağışlamıştır. Yaşam, özgürlük ve mutluluk arayışı bu haklar arasındadır. Bu hakları sağlamak için, insanların arasında adil güçlerini yönetilenlerin rızasından alan hükümetler kurulmuşlardır. Herhangi bir yönetim biçimi bu amaçları yıkıcı hale gelince onu değiştirmek ya da kaldırmak ve temelini bu ilkelere dayandırarak, güvenlik ve mutluluklarını sağlayacağını en çok umdukları biçimde güçlerini örgütleyerek yeni bir yönetim kurmak halkın hakkıdır”*⁸³.

John Locke'un doğal hak ve eşitlik kuramı daha önce sözü edilen bildirilerde yer aldığı gibi, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde de yer almıştır. Yine asıl egemenliğin ulusta olduğuna ilişkin maddeye söz konusu bildiride yer verilmiştir⁸⁴.

SONUÇ

Yeniçağ döneminde meydana gelen devrimler, değişimler, keşifler ve icatlar tarih içerisinde anılmakla kalmamış, tarihe yön vermiş ve onu biçimlendirmiştir. Özellikle Avrupa'da dinin bilim ve akıl üzerindeki egemenliği son bulmuş ve Avrupa adeta küllerinden yeniden doğmuştur. Yeni keşifler ve buluşlar sayesinde insanoğlu kendi yeterliliğini yeniden sorgulama imkânı elde etmiştir. Bu dönemde yaşayan filozoflar, devrin değişimlerine öncülük etmiş ve tarihi bir rol üstlenerek günümüze etki edecek fikirler ortaya koymuşlardır.

John Locke, kendi düşüncelerine dayanak teşkil etmesi açısından toplum sözleşmesi kuramını ileri sürmüştür. Sözleşme kuramı, bugün dahi hukuk felsefesi açısından tartışılmakta ve gerçek olup olmadığı üzerine

⁸³ Kishlansky M. A.: **Batının Kaynakları-II**, (Çev: M. Kürşad Atalar), İstanbul, 2009, s.177-178.

⁸⁴ Aktan, s.100.

fikirler beyan edilmektedir. Toplum sözleşmesi kuramıyla kendi fikirlerine bir temel oluşturan ünlü düşünür, özgür birey anlayışıyla liberal felsefenin temel ilkelerini ortaya koyma fırsatı elde etmiştir.

Toplum aşamasına geçmeden önce, bir başka deyişe doğa durumunda insanların nasıl bir yaşam sürdürdüğü filozoflar tarafından farklı düşüncelerle ele alınmıştır. Locke, Hobbes, Rousseau gibi isimler kendi düşüncelerine bir temel oluşturması için çeşitli teoriler ortaya atmış ve bunu gerekçelendirmişlerdir.

Hobbes, doğa durumunda bir kaos ortamının varlığını ileri sürmüş ve bunun neticesinde bireylerin tüm haklarını egemen güce devrederek Leviathan'ı inşa ettiklerini söylemiştir. Locke ise, doğa durumunda mükemmel bir özgürlük ortamı bulunduğundan hareketle bireylerin sadece cezalandırma yetkilerini devlete devrettiğini ve bunun neticesinde devletin sınırlı hak ve yetkilere sahip olduğunu vurgulamıştır. Görüldüğü üzere doğa durumunda yaşayan insanların içinde bulunduğu ortamın farklı şekilde izah edilmesi, filozofların kendi düşünceleri için bir temel oluşturma isteğinden kaynaklanır.

Düşünceleriyle günümüz demokrasi ve siyasi hayatına etki eden öncü isimler arasında yer alan ünlü düşünürün ortaya attığı kuvvetler ayrılığı kuramı, tam olarak onun sistemine uygun biçimde uygulanmasa da günümüzde demokrasilerinin vazgeçilmez unsuru haline gelmiştir. Yasama ve yürütmenin birbirinden ayrılması gerektiğine ilişkin düşüncesi, iktidarın sınırlanması anlamında kendinden sonra gelen filozofları etkilemiş ve fikirsel bazda onlara demokrasinin kapılarını aralamıştır.

Son olarak liberal felsefenin ilkelerini ortaya koyarak içinde bulunduğu çağı aşan Locke, özgürlüğü inşa eden birçok uluslararası metni etkilemiş ve tarihin yönünü özgürlükler lehine değiştirmiştir. Bir ülkenin düşünen insanlara vermesi gerektiği önemin bir resmidir John Locke. Görüldüğü üzere düşünen bir insan bir çağ açar, bir çağ aşar ve yeni çağlar yaratır kendi düşünsel eylemlerinde. Kimi zaman bu düşünsel eylem bir olguya dönüşür ve olgular şekillendirir devletin geleceğini.

KAYNAKÇA

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/ÇULHA ZABCI Filiz/ERGÜN Reyda, **Kral-Devletten Ulus-Devlete**, Aralık 2005.
AKIN İlhan F., **Kamu Hukuku**, İstanbul 1987.

- AKİPEK İlhan, “John Locke’un Siyasi Fikirleri”, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1953-10-01-04/AUHF-1953-10-01-04-Akipek.pdf>., ss. 255-268.
- AKTAN Coşkun Can, ARSLAN Hüseyin, “John Locke’un Siyaset Felsefesinin Temelleri Üzerine Bir Deneme”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı:17, 2013/1, ss. 181-204.
- AYDIN Hasan, “Fransız Devrimi’ne Uzman Yolda Jean-Jacques Rousseau”, **Muhafazakâr Düşünce Dergisi**, Sayı:11, 2007, ss. 143-156.
- BOUILLON Hardy, **John Locke**, (Çev: Ali İbrahim Savaş), Ankara, 1998
- BRAVO Hamdi, “Yöneten-Yönetilen İlişkisi/Çelişkisi”, **Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:2, 2006 Güz, ss. 123-143.
- ÇAPAR Selim/YILDIRIM Şükrü, “Hobbes ve Locke’un Devlet Düşüncesine Katkıları”, **Türk İdare Dergisi**, Sayı:474, Haziran 2012, ss. 1-29.
- DUNN John, **Locke** (Düşüncenin Ustaları), (Çev. Fatoş DİLBER), Haziran 2008.
- EKİCİ Ekrem, “Hobbes ve Rousseau: Toplumsal Sözleşme Kuramı”, <http://dspace.uludag.edu.tr:8080/jspui/bitstream/11452/2174/1/M11.pdf>., ss.78-89.
- EROĞLU Müzeyyen, “John Locke’un Devlet Teorisi”, **Akademik Bakış Dergisi** (Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi), Sayı:21, Temmuz- Ağustos- Eylül 2010, ss. 1-15. (<http://www.akademikbakis.org/eskisine/21/07.pdf>.)
- GÖZLER Kemal, GÜRİZ Adnan, HOBBS Thomas, IAN Hampsher-Monk, **Devletin Genel Teorisi**, Bursa, 2007.
- Hukuk Felsefesi**, 10. Baskı, Ankara, 2014.
- Leviathan**, (Çev: Semih Lim), 2. Baskı, İstanbul, 1995.
- Modern Siyasal Düşünce Tarihi**, Ed. Necla Arat, İstanbul 2004.
- Hukuk Felsefesi**, 3. Baskı, İstanbul 2010.
- İŞIKTAÇ Yasemin, KISHLANSKY Mark A., **Batının Kaynakları-II**, (Çev: M. Kürşad Atalar), Kasım 2009.
- KÜÇÜK Adnan, KÜÇÜKALP Derda, **Anayasa Hukuku**, Ankara 2013.
- “Efendi-Köle Ahlakı vs. Efendi Köle Diyalektiği”, **Uludağ Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXIX, Sayı:1, 2010, ss. 53-63.
- LOCKE John, **Hükümet Üzerine İkinci İnceleme**, (Çev: Fahri Bakırıcı), Ankara 2004.
- ÖKTEM Niyazi/TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 4. Basım, İstanbul, 2009.
- ROUSSEAU J.J., **Toplum Sözleşmesi**, İstanbul, 1999.
- ROUSSEAU J.J., **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, (Çev: Rasih Nuri İleri), İstanbul 2004.
- ŞENEL A., TAMANAHA Brian Z., TAŞKIN Yüksel, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Ankara 2002.
- On The Rule Of Law**, 4. Baskı, 2006.
- Siyaset**, İstanbul 2014.

KOLLUĞUN SİVİL GÖZETİMİ

H. Gökçe ZABUNOĞLU*

Özet

Sivil gözetim, gelişmiş Batı ülkelerinde yarım yüzyıl geçmişi olan Türkiye için ise görece yeni bir kavramdır. Türkiye, Avrupa birliği (AB) üyelik sürecinde yerine getirmesi gereken siyasi kriterler çerçevesinde, temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren yasal ve kurumsal düzenlemelerde önemli değişiklikler gerçekleştirmiştir. Bunların içinde kolluğun denetimi ile ilgili yenilikler de bulunmaktadır. Ancak ülkemizde yapılan tüm denetim şekilleri şeffaf, hesap verebilir ve tatmin edici olmayıp, gerçek manada devlete ve otoriteye değil topluma, kamuoyuna hesap veren sivil bir denetime ihtiyaç vardır. Bu makalede sivil gözetimin önemi ve gerekliliği üzerinde durulmuştur. Türkiye'deki eksikliklerin tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kolluk, Sivil Gözetim, Gözetim, Hukuk Devleti.

CIVILIAN OVERSIGHT OF LAW ENFORCEMENT

Absract

Civilian oversight is a relatively new concept for Turkey, which has a half-century history in developed Western countries. Turkey has made significant changes in the legislative and institutional arrangements relating to fundamental rights and freedoms, within the framework of the political criteria that must be fulfilled in the European Union (EU) accession process. These include innovations in the supervision of the arm. However, all the controls are carried out in Turkey so transparent, accountable and is not satisfactory. In our country there is a need for a civilian denomination that accounts for the public, not the state and authority. in this article is focused on the importance of civilian oversight and its requirements

Keywords: Law enforcement agencies, civilian oversight, surveillance, Rule of Law.

GİRİŞ

Devletin temel fonksiyonlarından birisi olan kamu düzenini korumak faaliyeti, üç temel erk olan yürütme organının idari faaliyetlerine dâhilindedir.

* Yrd. Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Tüm dünyada iç ve dış tehditlere karşı kamu güvenliğini ve düzenini korumak görevi kolluk güçlerine aittir. Söz konusu kolluk güçleri devletin dış güvenliğini korurken farklı, iç güvenliğini korurken farklı isim ve görevlerle karşımıza çıkmaktadır. Türkiye'de de iç güvenliğin korunması ve kamu düzeninin sağlanması görevi İç İşleri Bakanlığına bağlı olan, Jandarma, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne verilmiştir.

Kamu düzeninin korunması faaliyeti kendi bünyesinde temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektirmektedir. Peki, ilgili birimlerin söz konusu müdahalede bulunurken, görevlerini bahane ederek korumaları gerekli hak ve özgürlükleri kendileri ihlal ederlerse durum ne olacak? İşte böylesi bir olumsuzluğun giderilmesi iç güvenlik hizmetlerini sağlayan unsurların denetiminden geçmektedir.

Kolluk güçlerinin kamu düzenini sağlamak adına yapmış olduğu insan hakları ihlalleri kamuoyunda zaman zaman geniş yankılar bulmakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) kararlarında da yer almaktadır. Türkiye'nin insan hakları hukuku karnesine böylesi olumsuz notların düşülmesine engel olmanın yolu; kolluk güçleri personelinin eğitiminden ve yukarıda bahsedildiği üzere denetiminden geçmektedir.

Denetim kavramı kendi içerisinde bağımsız ve tarafsızlığı da barındırmaktadır. Bir denetim faaliyetinin şüpheden uzak, adil ve tarafsız olması gerekmektedir. Denetim kavramı içerisindeki bu derinliğin insan haklarına müdahaleye dahi yetkili olan kolluk güçlerinin denetiminde de olması gerekmektedir. Bu nedenlerle kolluk güçlerinin denetiminin yine kolluk güçleri birimlerince değil de, onlardan bağımsız ve tarafsız bir güç tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. İşte bu düşünce kolluğun sivil gözetimi kavramını ortaya çıkarmıştır.

Kolluğun sivil gözetimi, asker ya da polis olmayan sivil kişilerce yapılan gözetimi ifade etmektedir. Böylesi bir gözetim, denetimin ruhuna uygun olmakla birlikte; bir hukuk devletinin görevi olan insan haklarını korumak ve demokratik toplum düzenini sağlamak açısından da önem arz etmektedir.

Bu çalışmamızda; yukarıda kısaca değindiğimiz Kolluğun sivil gözetimi üzerinde durulacak, bu kavramın tanımı, ortaya çıkışı, karşılaştırmalı hukukta örnekleri, Türkiye de kolluğun sivil gözetimi ve sivil gözetimin gerekliliği anlatılmaya çalışılacaktır.

I. KOLLUK KAVRAMI, ADLİ VE İDARİ KOLLUK AYRIMI İLE SİVİL GÖZETİM KAVRAMI

A. Kolluk Kavramı

Devlet olarak örgütlenmiş toplumlarda düzenin ve güvenin sağlanması devletin en başta gelen ödevidir. Diğer kamu hizmetleri nispeten yakın zamanlarda ortaya çıktığı halde, devletin bu ödevi, ulusal savunma ihtiyacı ile birlikte, devlet kadar eskidir¹.

Her toplum, ortak yaşamını sürdürebilmek için belli bir düzene ve disipline gereksinim duyarlar. Bu nedenle, en ilkelinden en gelişmişine kadar her toplumda idarenin en birincil ve yaygın görevi toplum düzenini korumak ve böylece bireylerin ve topluluklarının güvenlik ve huzur içinde yaşamalarını sağlamaktır. İşte İdarenin kamu düzenini korumak ve sağlamak için giriştiği tüm faaliyetlere kolluk faaliyeti denir².

Siyasal toplumlarda otoritenin en eski ve en yaygın görevi, ortak yaşamın gerektirdiği düzen ve disiplinin kurulması ve yürütülmesi olan kolluk faaliyetleridir. Devlet, kolluk gücü ile bireylerin toplum içindeki tutum ve davranışlarını gözetip denetleyerek, kamu düzenini gerçekleştirir³.

Kolluk bir yandan, kamu düzenini sağlayan, koruyan, ya da bozulduğunda eski durumuna getiren idari etkinlikler, diğer yandan da bu tür etkinlikleri yürüten görevliler anlamında kullanılır⁴.

B. İdari Kolluk - Adli Kolluk Ayrımı

Kolluk faaliyeti, idari kolluk faaliyeti ve adli kolluk faaliyeti olmak üzere iki ana grupta toplanmaktadır.

a. İdari Kolluk

İdari Kolluk, kamu düzenini korumaya yönelik, daha açık bir ifadeyle kamu düzeninin korunması ve devamı için gerekli önlemlerin alınmasına ilişkin olan kolluk faaliyetidir. Bu nedenle idari kolluk

¹ Kıratlı M., *Koruyucu İdari Hizmetler*, TODAİ yayını, Ankara 1973, S.27.

² Günday M., *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2013, s. 289.

³ Gündoğan K., Koç C., Özbudak Ç., *Kolluğun Önleyici ve Adli Görevleri*, 7. Baskı, Sözkese Matbaası, Ankara 2011, s.45.

⁴ Gözübüyük Ş., Tan T., *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C:1, 8. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2011, s. 646.

faaliyeti önleyici bir nitelik arz eder. Bazı metinlerde önleyici kolluk, suç öncesi kolluk olarak da adlandırılmaktadır⁵.

İdari kolluk kamu düzenini sağlarken, kamu yararı ile bireysel hak ve özgürlükler arasında da bir denge sağlar. Kolluk yetkisi ancak, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamunun esenliği amacı ile kullanılabilir⁶.

Kamu düzeni bünyesinde "Güvenlik", "Esenlik", "Sağlık" ve "Genel Ahlak" gibi dört kavramı bulundurur. Bu unsurların tehlikeye girmesi durumunda idari kolluk yetkilerini kullanır.

b. Adli Kolluk

Adli kolluk ise kamu düzeni bozulduktan sonra faaliyete bulunur; bastırıcı niteliktedir. "Suç Kolluğu" terimi ile de anılan adli kolluk, işlenen bir suç sonrasında, suçun ortaya çıkartılması, suçların ve suç delillerinin bulunarak adli makamlara teslim edilmesine yönelik bir faaliyettir⁷.

c. Ayrımın Önemi

Görevlerinin nitelikleri ve amaçlar yönünden ayrılan idari kolluk ve adli kolluk teşkilat ve görevliler yönünden ayrılmamıştır. Her iki kolluk da İçişleri Bakanlığına bağlı Emniyet Genel müdürlüğü bünyesinde örgütlenmiştir. Aynı zamanda idari kolluk ve adli kolluk görevlerini yerine getiren görevlilerde aynıdır. Bu nedenlerle adli ve idari kolluk ayrımını yapmak zordur⁸.

Ancak söz konusu ayrımın yapılması uygulama açısından önemlidir. Öncelikle idari kolluk, idari makamların emri altında faaliyet göstermekte ve bu faaliyetlerden doğacak uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenmektedir. Adli kolluk ise adli makamların emri altındadır ve adli kolluk faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda görülmektedir⁹.

İdari kolluk - adli kolluk ayrımı kolluk görevlilerinin, görevleri ile ilgili işledikleri suçların kovuşturulması bakımından önemlidir. İdari kolluk görevleri dolayısıyla veya görevleri esnasında işledikleri suçların kovuşturulması, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer kamu Görevlilerinin

⁵ Yıldırım T., Yasin M., Kaman N., Özdemir E., Üstün G., Tekinsoy O.: **İdare Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 537.

⁶ *Güzübüyük*, Tan, s. 646.

⁷ Yıldırım vd, s.537.

⁸ *İbid.*, s.539.

⁹ *İbid.*, s.540.

Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine tabi iken, adli kolluk görevlilerinin işledikleri suçlar Cumhuriyet Savcısı tarafından doğrudan soruşturulur¹⁰.

C. Sivil Gözetim Kavramı

Sivil gözetimin gelişmiş batılı ülkelerde yarım asırlık bir geçmişi varken Türkiye açısından yeni bir kavram olduğundan söz edilebilir. Kolluğun sivil gözetimi kavramı kısa zaman önce akademik anlamda irdelenmeye başlanmış bir kavramdır. "Sivil gözetim" terimi yerine "demokratik denetim" veya "sivil denetim" gibi terimler de kullanılmaktadır. Ancak uluslararası literatürde bu terim için "civilian oversight" karşılığı kullanılmaktadır. Sivil kelimesi Türk adli kolluğu açısından "polis ve asker" dışındaki kişiler olarak algılanmalıdır yani sivil gözetimi gerçekleştirecek kişilerin üniforma giymeyenler olarak anlaşılması gerekmektedir¹¹. Yine sivil gözetimin geliştirilmesi kapsamında ülkemizde gerçekleştirilen toplantılarda da sivil kelimesinin polis asker olmayan, parlamento, hükümet, yargı, hükümete bağlı olmayan kurumlar(örneğin; ombudsman), bazı hallerde kamu otoriteleri tarafından oluşturulmuş sınırlı yetkilere sahip vatandaş grupları (örneğin; ceza evi izleme kurulları) olarak algılanması gerektiği belirtilmiştir Oversight kelime anlamı olarak Türkçe'ye nezaret, gözetim, murakabe, gözden geçirme olarak çevrilmektedir.

Uluslararası düzeyde kabul görmüş tek bir tanıma sahip olmamakla birlikte, Sivil gözetim kavramı: Kolluk birimlerinin faaliyetleri ile bunların dayanağını oluşturan politikaların aşamalı ve sürekli olarak sivil otoriteler tarafından izlenmesi şeklinde tanımlanabilir. Sivil kelimesi burada yukarıda da bahsedildiği üzere polis olmayan, asker olmayan anlamına gelmektedir¹².

Kolluk güçlerine, diğer kamu görevlilerinden farklı olarak kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan özel yetkiler (durdurma, arama, iletişimin denetlenmesi, vb.) verilmiştir. Bu yetkileri kullanan birimlerin hem politikaların belirlenmesi süreçlerinin, hem de personelinin bireysel işlem ve eylemlerinin kontrol edilmesi önemlidir. İnsan

¹⁰ İbid, s.541.

¹¹ Koyuncu E., "İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesi", **İdarecinin Sesi Dergisi**, Sayı:142, Kasım-Aralık 2010, s.114.

¹² İbid, s.114.

haklarının ve özgürlüklerinin korunması ve demokratik hakların geliştirilmesi için bu alanlara müdahale yetkisi bulunan kolluk güçlerinin sivil otoritelerce kontrolü ve denetimi özel önem arz etmektedir¹³.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA SİVİL GÖZETİM

A. Karşılaştırmalı Hukukta Sivil Gözetim

Güvenlik hizmetlerinde sivil denetim, ABD ve Avrupa'da 40 yıllık bir geçmişi olmasına rağmen, Türkiye de yeni tartışılmaya başlanan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kolluk personeli ile ilgili şikâyetlerin bağımsız bir şekilde soruşturulduğu bağımsız bir kolluk şikâyet sistemi, komisyonu veya kurulu İngiltere, Galler, Norveç, İrlanda, Belçika gibi birçok gelişmiş ülkede bulunmaktadır. Fransa ve İspanya'daki emniyet teşkilatları ve jandarma genel müdürlükleri, İspanya'da Hakların Savunucusu Kurumu, Fransa'da Etik ve İç Güvenlik Kuvvetleri Ulusal Komitesi ve İtalya'daki Kişisel Veri Koruma Kurumu yer almaktadır¹⁴.

Avrupa ülkelerinde iç güvenlik hizmeti yürüten kurumlar sivil ve siyasi denetim altında görev yapmaktadır. Bu denetim gerçek manada hayata geçirilmiş bir denetimdir. Belçika Jandarma teşkilatını kaldırma yoluna gitmiştir. Belçika polisi 2001 yılına kadar üçlü bir yapılanmaya sahipti: jandarma, yerel polis ve adli polis. 2001 yılında yaptığı reformlarla Belçika üçlü kolluk yapısını tekli (sadece polis) yapıya dönüştürmüştür. Ayrıca federal çapta görev ve işleri yapmak üzere federal polis kurulmuştur. Belçika polisindeki bu değişimin özü kolluk hizmetlerini sunan teşkilatların tek çatı altında toplanması ve kuvvet olmaktan ziyade halka hizmet eden bir kurum haline getirilmesidir. Belçika iç güvenlik hizmeti federal ve yerel düzeyde örgütlenmiş içişleri bakanlığına bağlı sivil bir kurum haline getirilmiştir. İrlanda da ise bağımsız ve sivil gözetimin hakim olduğu Polis Ombudsmanı bulunmakta ve bu kurum kolluk birimleri ile ilgili şikâyet ve hak ihlalleri noktasında etkin bir şikâyet mekanizması olarak vazife görmektedir¹⁵.

¹³ İbid., s.113.

¹⁴ *Firat İ., Emrah E., "Türkiye'de İç Güvenlik Hizmeti ve Kolluğun Sivil Denetimi", Sayıştay Dergisi, Sayı: 94, Temmuz - Eylül 2014, s.122.*

¹⁵ İbid, s.122.

İngiltere ise "Polis Şikâyetleri Bağımsız Komisyonu (IPCC)" (The Independent Police Complaints Commission) : IPCC'nin amacı öncelikle güvenlik kurumlarında çalışan personel hakkında yapılacak şikâyet ve kötü muamele iddialarını açık, bağımsız ve adil bir şekilde araştırıp sonuçlandırmaktır. İngiltere'deki polis kurumu ülkede en fazla inandırıcılığı ve güvenilirliği olan kurumların başında yer almaktadır. Kararları ilgili birimlerce dikkate alınmadığı takdirde komisyonun bu durumu yazılı olarak raporlarında ilan etme ve kamuoyu baskısı oluşturma yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca, IPCC'ye ilk müracaat veya şikâyette bulunan kişi ve kurumların IPCC kararlarını bir dilekçe ekinde mahkemeye taşımaları durumunda önemli bir bağımsız denetim kurumunun desteğini arkalarına aldıklarından dolayı davalarında başarılı olma şanslarının çok yüksek olacağı ortadadır¹⁶.

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ise polisin kötü muamelesi ve görevini kötüye kullanmasının giderek artması üzerine ilk olarak 1990'da Berkeley'de başlayan bir gönüllü girişim ağı olan CopWatch (Polis İzleme) kurulmuştur. Birçok şehirde bağımsız örgütler halinde çalışan CopWatch polisin hesap verebilirliği ve kötü muamele uygulamalarının sona ermesi için çalışıyor. Mahalleler düzeyinde örgütlenen CopWatch gruplarının temel amacı polisi görev başındayken izleyerek kötü muamele yapmasını engellemek. Genellikle iki kişilik devriyeler halinde dolaşıyorlar. Bir sorun olduğunu haber aldıklarında ya da tanık olduklarında, olay yerine gidip dikkatle izlemeye başlıyor ve not alıyorlar veya video kamerayla çekim yapıyorlar. Bir diğer yöntem ise ihlali yapan polisin görev yaptığı ya da ihlalin gerçekleştiği polis merkezi çevresinde iki kişilik protesto gösterileri yapmak¹⁷.

Kolluğun sivil gözetimi hususunda 20. yy. başlarından itibaren çeşitli uygulamalar ortaya çıkmış, temel hak ve hürriyetlerin devlet kurumlarınca ihlalini önlemek için çalışmalar başlatılmıştır. Dünyanın çeşitli ülkelerinde, değişik hukuki statü ve isimlerde sivil kuruluşlar ortaya çıkmış temel hak ve özgürlüklerin kamu düzeni adına, kolluk güçlerince ihlalini engellemeye çalışmışlardır.

¹⁶ İbid, s.122.

¹⁷ Dalkıran Ö., "Kolluk Görevlilerinin İzlenmesi Dünyadan Örnekler", **Sivil Toplum ve Güvenlik Sektörü Gözetimi Sınırlar ve İmkanlar**, (Ed.: Volkan Aytar, Yılmaz Ensaroğlu), TESEV Yayınları, Sena Ofset, Haziran 2009, s.83.

B. Türk Hukukunda Sivil Gözetim

Sivil Denetimi dikey sivil denetim ve yatay sivil denetim olarak ikiye ayırmak mümkündür. Meclis denetimi, adli ve idari yargıdan oluşan adli denetim, İçişleri Bakanlığının denetimi, müfettişlikler, iç denetim mekanizmaları, vali ve kaymakamların denetimi dikey sivil denetim kapsamını oluştururken, daha çok Avrupa ülkelerinde görülen ombudsman, kişisel veri koruma kurumu, işkenceyi önleme komisyonu, güvenlik etiği komisyonu, güvenlik kuvvetleri tarafından yönetilen gözaltı merkezlerinin denetçisi ve bağımsız kolluk şikayet komisyonu gibi kurumlar dikey bağımsız sivil denetim mekanizmalarını oluşturmaktadırlar¹⁸.

Pek çok ülkede olduğu gibi Türkiye’de de güvenlik sektörünün denetiminde üç devlet kurumunun rolünden bahsedebiliriz: yasama, yürütme ve yargı.

Türkiye'deki mevcut durum incelendiğinde, iç güvenlik birimlerinin sivil gözetim yapısı; Meclis, Sayıştay, yargı, merkezi düzeyde İçişleri Bakanlığı ve yerel düzeyde Valiliklerin yetki ve uygulamalarıyla şekillenmektedir. Bunlara ek olarak, jandarma, sahil güvenlik ve polis ile ilgili kanunlar ve bunların öngördüğü mekanizmalar da Türkiye'deki iç güvenlik sektörünün gözetimi sisteminin diğer bileşenlerini oluşturmaktadır¹⁹.

Bu bağlamda, kolluk güçlerinin faaliyetleri, eylem ve işlemleriyle ilgili olarak kaymakamlar valiye, vali İçişleri Bakanına, Başbakana ve genel olarak Bakanlar Kuruluna, İçişleri Bakanı, Başbakan ve Bakanlar Kurulu ise TBMM'ne hesap vermektedirler. Adli soruşturma ile ilgili görevleri bakımından Cumhuriyet savcılarının emri altındadır ve onlara karşı da sorumludur. Ayrıca, kolluğun bütün eylem ve işlemleri idari yargı denetimine tabidir. Yine kolluk görevlilerinin cezai ve hukuki sorumluluklarının tespiti ve bu sorumluluklarından dolayı haklarında yaptırım uygulanması da, adli yargı organlarının görevidir. Kolluk kuruluşlarının faaliyetlerinin siyasi denetimi ise; Bakanlar Kurulu,

¹⁸ Fırat, Erdem, s.123.

¹⁹ Kuyaksıl A., “Kamu Yönetimi Anlayışı ve Yerelleşme Perspektifinden İç Güvenlik Hizmetlerine Bir Bakış”, II. Bölgesel Sorunlar ve Türkiye Sempozyumu, 1-2 Ekim 2012, s.446.

Başbakan ve İçişleri Bakanını denetlemek suretiyle TBMM tarafından gerçekleştirilmektedir²⁰.

Her ne kadar yasama, yürütme ve yargı organlarının kendi iç denetim usulleri olsa da kamu idaresinin denetim işlevi ombudsmanlık (kamu denetçiliği) ve insan hakları ulusal kurumları, Tüketiciyi Koruma Kurulları gibi kurulların yanı sıra telekomünikasyon, enerji piyasası, şeker piyasası, tekel ürünleri piyasası, sermaye piyasası gibi kendi alanlarını ilgilendiren piyasaları düzenleme ve denetleme amacıyla kurulan birçok üst kurul gibi bağımsız denetleme kurumları ile desteklenir. Bütün bunların yanı sıra sivil toplum kuruluşları, araştırma enstitüleri, üniversiteler, sendikalar gibi toplumun örgütlü yapıları güvenlik sektörünün gözetiminde hayati bir rol oynarlar²¹.

a. Parlamento Yoluyla Sivil Gözetim

Soru, genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması ve gensoru gibi siyasal denetim araçlarıyla, genelde iç güvenlik sektörünün özelde ise kolluğun tasarruflarını kapsayacak biçimde, hükümet üzerinde yapılan meclis denetimi bakımından, Türkiye'de temel bir tartışma yaşanmaktadır. Söz konusu tartışma da: hükümet kurma anlamında iktidara sahip olanın aynı zamanda parlamentoda da çoğunluğu sahip olduğu gerçeğinden hareketle, parlamenter sistemin uygulanış biçimiyle siyasal denetim araçlarının etkili uygulanamamasıdır²².

Yukarıda siyasal denetim araçlarındaki sorunsala değindikten sonra, meclis denetimi bakımından komisyonlar üzerinde durulması gerekmektedir. İç güvenlik sektörünün denetimi bakımından yasama organı bünyesinde ortaya çıkan siyasal denetim organları olarak komisyonlar da önemli fonksiyon göstermektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) bünyesinde geçici nitelikte kurulan Araştırma

²⁰ Cilesiz C., “Anayasal Demokraside Sivil Otorite-Kolluk İlişkileri”, **İdarecinin Sesi Dergisi**, Sayı: 142 Kasım-Aralık 2010, s.32.

²¹ *Salman F.*, “Sivil Toplum Kuruluşlarının Güvenlik Sektörü Denetim ve Gözetimine Katılma Araçları” Sivil **Toplum ve Güvenlik Sektörü Gözetimi Sınırlar ve İmkanlar**, (Ed.: Volkan Aytar, Yılmaz Ensaroğlu), TESEV Yayınları, Sena Ofset, Haziran 2009, s.25.

²² *Karaoğlu F.*, Küreselleşme Perspektifinden İç Güvenlik ve Sivil Denetim, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 140.

Komisyonları yanında, Dilekçe Komisyonu ile TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu (TİHİK) bulunmaktadır²³.

Anayasanın 74. Maddesine göre: "Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kedileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir." Hükmü getirilerek vatandaşların kendileri yahut kamuyla ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve TBMM'ye yazıyla başvurma hakkı tanımlanmıştır. Böylelikle dilekçe ile bireyin kendisine ait ya da kamuya ait bir yararı koruması amaçlanmıştır. Bu kapsamda da TBMM çatısı altında dilekçe komisyonu kurulmuş ve işlevlik kazandırılmıştır. Söz konusu komisyon aracılığı ile vatandaşlar iç güvenlik sektörünün aktrisleri ile ilgili sorunları bildirme fırsatı bularak bir denetim mekanizması oluşturmaktadırlar.

Siyasi denetim organları içinde, özellikle meclis çatısı altında kurulan komisyonlar arasında TİHİK önemli bir yere sahiptir. TİHİK iki temel fonksiyona sahiptir: Birincisi, uluslararası inan hakları sözleşmeleri noktasında Türkiye'nin hem mevzuat, hem de uygulama olarak nerede durduğu incelemesinin yapması, ikincisi ise, bireylerin gelen şikâyetleri konusunda inceleme yapmasıdır. Dolayısıyla, yakalama, gözaltı, tutukluluk işleminin yerine getirilmesi gibi genel kolluk ile özel kolluk faaliyetlerinin, hukuka ve insan haklarına aykırı olduğunun iddia edilmesi durumunda, iddiaların TBMM tarafından araştırılıp incelenerek ilgili mercilere iletilmesi görevini üstlenmektedir²⁴.

TİHİK, bireylerin yapmış olduğu hak ihlal iddiaları üzerine inceleme yapma, inceleme kapsamında iç güvenlik kuruluşları da dahil, bütün kamu kuruluşlarından bilgi isteme, buralarda inceleme yapma, ilgilileri çağırıp bilgi alma yetkisine sahiptir. Nitekim TİHİK, karakollara yapmış olduğu ziyaretlere dayalı incelemeler yapmakta ve rapor hazırlamaktadır²⁵.

b. Yargısal Yoldan Sivil Gözetim

Kolluk görevlileri ve bunların işlemleri üzerindeki adli denetim işlevi, Cumhuriyet savcıları ve Hakimler tarafından yerine getirilmektedir.

²³ İbid, s.52.

²⁴ İbid, s.52-53.

²⁵ İbid, s.140.

Bu denetime ilişkin hükümler, Anayasa ile çeşitli kanun ve yönetmelikler ile düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi kanunu (CMK) uyarınca, soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılmaktadır. Cumhuriyet başsavcıları her yılın sonunda, o yerdeki adli kolluğun sorumluları hakkında değerlendirme raporları düzenleyerek, mülki idare amirlerine göndermektedirler.

Ceza Muhakemesi Kanununun 92. maddesi uyarınca; " Cumhuriyet başsavcıları veya görevlendirecekleri Cumhuriyet savcıları adili görevlerinin gereği olarak, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetler, sonucunu Nezarethaneye Alınanlar Defterine kaydederler." Söz konusu hüküm nedeniyle kolluğun özellikle kişilerin hürriyetini kısıtlayıcı işlem ve eylemlerinin yargısal görev yapan Cumhuriyet Savcısı tarafından denetlenmesi sağlanmıştır. Cumhuriyet savcısının bu denetimine ilişkin düzenlemeler Adli Kolluk Yönetmeliğinde de detaylı şekilde belirtilmiştir.

Son olarak Anayasamızda yargı başlığı altında düzenlenmiş bulunan Sayıştay'ın kamu kurumlarının gelir ve giderlerinin TBMM adına denetlemesi de kolluğun hesap yönünden sivil gözetimini sağlamaktadır.

c. Yürütme Organınca Yapılan Sivil Gözetim

Yürütme erkinin, hükümet dışında diğer kanadını oluşturan Cumhurbaşkanlığının, idarenin hukuka uygunluğunu, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesini ve geliştirilmesini sağlama amacıyla, kamu kurumlarında inceleme araştırma ve denetleme yapma yetkisi, iç güvenlik birimleri bakımından da önemlidir²⁶. Cumhurbaşkanlığı bünyesinde kurulan Devlet Denetleme Kuruluna Anayasanın 108. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre "İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla" Devlet Denetleme Kurulunun kurulacağı belirtilmiştir. Söz konusu kurul yargı ve silahlı kuvvetler dışında tüm kamu kurum ve kuruluşlarını denetleme yetkisine sahiptir. Böyle bir kurulda iç güvenlik

²⁶ İbid, s.143.

sisteminin özellikle emniyet güçlerine ilişkin parçalarının denetlenmesinde sivil bir otorite olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdari yönden Türkiye'de iç güvenlik yönetiminden sorumlu ana örgütlenme, İçişleri Bakanlığı çatısı altında yapılandırılmıştır. 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a göre bakanlık bu görevi, merkez teşkilatı, taşra teşkilatı ve bağlı kuruluşlar aracılığıyla yerine getirir. Bağlı kuruluşlar ise; Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM), Jandarma Genel Komutanlığı (JGK) ve Sahil Güvenlik Komutanlığı (SGK)'dır.

Söz konusu kuruluşların sivil organlarca gözetimi aşağıda sırasıyla anlatacak olursak:

Jandarma Genel Komutanlığınca icra edilen, görev faaliyet ve işlemler üzerinde, İçişleri Bakanlığı denetimi ile ilgili olarak, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat Kanunu'nun 15. Maddesi dikkati çekmektedir. Buna göre, Bakanlık bünyesinde Teftiş Kurulu Başkanlığı, Bakanın emri veya onayı üzerine, Bakanlığın merkez birimlerinin, bağlı kuruluşların, il ve ilçelerin ve mahalli idarelerle, bunlara bağlı ve bunların kurdukları veya özel kanunlarla kurulmuş birlik, işletme, müessese ve teşebbüslerin işlem ve hesaplarını teftiş etmek ve denetlemek, incelemek ve soruşturma yapmakla görevlidir. Söz konusu düzenleme, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünün göreve, faaliyet ve işlemlerinin, bakanlık teftiş kurulunca denetlenmesini hükme bağlamıştır²⁷.

Mülki amirlerin buldukları mahallerdeki Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı gibi kolluk hizmetlerini yerine getiren bağlı kuruluşları denetleme görevlileri hakkında sicil doldurma ve başkaca denetim ve gözetim yetki ve yükümlülükleri özel kanunlarında ayrıca gösterilmiştir. Örneğin:5442 sayılı kanunun 18'nci maddesi uyarınca Valilerin, genel ve özel kolluk amirlerinin birinci derecede, diğer memurların ikinci derecede sicil amiri oldukları hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda, 2803 sayılı kanunun EK 2'nci maddesinde " İl jandarma alay ve ilçe jandarma bölük komutanları hakkında mesleki sicillerinden ayrı olarak, valilerce mülki sicil düzenlenir" denilmektedir. Söz konusu düzenleme ile valilere il jandarma

²⁷ İbid, s.144.

komutanı ve ilçe jandarma komutanları hakkında mülki sicil düzenleme yetkileri verilmiştir.

Görüldüğü üzere kolluk hizmetlerini yerine getiren polis, jandarma, asker gibi sivil olmayan kişilerin sivil idarece denetlenmesi mevzuatlarda kendini bulmuştur. Ayrıca sivil gözetim hususunda Dünyadaki gelişmeler karşısında, Türkiye'de de adımlar atılmaya başlanmış ve bu nedenle İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesi hazırlanmıştır. İçişleri Bakanlığının 2013 tarihinde kolluk kuvvetlerinin gözetimi noktasında bilgilendirme amaçlı bakanlık basın açıklamasında ise sivil gözetimi ve denetimi, "kamu güvenliği alanında hizmet sunan birimlerin, yasal sınırlar içerisinde yetkilerini kullanıp kullanmadıklarını, atanmış veya seçilmiş sivil yetkililer, vatandaşlar ve sivil toplum kuruluşları tarafından denetlenebilmesi" olarak tanımlanmış ve sivil gözetim kavramının iç güvenlik hizmetlerinde vatandaş, yerel yönetim ve sivil toplum kuruluşlarının katılımını sağlanmasını ve güvenlik birimleri üzerinde seçilmiş ve atanmış sivil yetkililer ile vatandaş ve sivil toplumunun denetim ve iletişim fonksiyonlarını da içerdiği üzerinde durulmuştur²⁸.

d. Sivil Toplum Kuruluşları ve Sivil Gözetim

İnsan hakları ve temel özgürlükler alanında çalışan sivil toplum kuruluşlarının kullandığı en etkili araçlardan birisi olan izleme, güvenlik sektörünün gözetiminde de önemli bir rol oynar. Gözetim bakımından izlemenin nihai hedefi, sivil toplumun güvenlik sektörü üzerindeki gücünü artırarak hak ve özgürlükler temelli bir güvenlik sektörü reformunun gerçekleşmesini sağlamaktır²⁹.

Güvenlik sektörü personeli tarafından yurttaşlara karşı işlenen insan hakları ihlallerinin izlenmesi, güvenlik sektöründen sorumlu kamu idaresinin (İçişleri Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, İnsan Haklarından Sorumlu Devlet Bakanlığı ve nihayetinde hükümetin) insan hak ve özgürlüklerini koruma sorumluluğunu ne ölçüde yerine getirdiğini ölçmekte önemli bir araçtır³⁰.

İzleme sonucunda elde edilen verinin kamuoyu ile paylaşılması kolluk güçlerinin kendilerine çeki düzen vermelerine neden olacaktır.

²⁸ Fırat, Erdem, s.123.

²⁹ Salman, s.26.

³⁰ İbid, s.29.

Olumsuz hallerin toplumda infial uyandırması hükümeti ve ilgili devlet kurumlarını harekete geçirerek önlem alınmasına neden olacaktır.

Sivil toplum kuruluşları, güvenlik sektörü kurumları tarafından işlenen insan hakları ihlallerinin mağdurlarına hukukî destek vererek de güvenlik sektörü gözetimine katılabilirler. Hukukî yardımın ortaya çıkarabileceği önemli sonuçlardan birisi, şeffaflığı ve hesap verebilirliği güçlendirecek yasal çerçevenin iyileştirilmesine önemli bir dayanak sağlamasıdır. Hukukî yardım, politikalar ve uygulamaların gözden geçirilmesi; uygulamaların iç ve uluslararası hukuk ile uygunluğunun sağlanmasının güvence altına alınması; uluslararası standartlara göre insan hakları ihlallerinin telafisi konusunda en iyi örneklerin belgelenmesini de içermelidir³¹.

Sivil toplum kuruluşları tarafından tespit edilen olumsuzluklar için Cumhuriyet Savcılığını harekete geçirmek yani suç duyurusunda bulunmakta, güvenlik hizmetlerinin sivil gözetimi için bir argüman olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye'de güvenlik hizmetlerindeki aksaklıkları tespit etmek ve özellikle insan hakları bağlamında olumsuzlukları gidermek için gerekli yollara başvuracak bağımsız bir otoritenin bulunmaması sivil gözetim kavramının terimolojiden öteye gitmesine engel olmaktadır. Mevcut durumdaki bu aksaklığın ise sivil toplum kuruluşlarınca giderilmesi ve kişilerin doğuştan gelen temel hak ve özgürlüklerini güvenlik güçlerinin keyfiyetine bırakmayarak sahip çıkması gerekmektedir. İçişleri Bakanlığının hazırlamış olduğu İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesinde de sivil toplum kuruluşlarına gözetim faaliyetlerine katılması yönünde vurgu yapılmıştır.

III. SİVİL GÖZETİMİN UYGULANMASI VE İNSAN HAKLARIYLA İLİŞKİSİ

A. Sivil Gözetimin Uygulanması

Türkiye, Avrupa birliği (AB) üyelik sürecinde yerine getirmesi gereken siyasi kriterler çerçevesinde, temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren yasal ve kurumsal düzenlemelerde önemli değişiklikler gerçekleştirmiştir. Demokratikleşme yolunda olumlu birer adım olduğu

³¹ İbid, s.31.

şüphe götürmeyen bu gelişmelerden duyulan memnuniyet, uluslararası arenada da sıklıkla dile getirilmektedir³².

Güvenlik güçlerinin sivil gözetimi hususunda da olumlu gelişmeler olmuş ve bu amaçla Avrupa Birliğine uyum süreci kapsamında İçişleri Bakanlığı tarafından İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesi hayata geçirilmeye başlanmıştır. İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesinin I. aşaması Avrupa Komisyonu tarafından finanse edilmiş, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programının teknik desteğiyle İçişleri Bakanlığı tarafından Aralık 2008-Mayıs 2010 tarihleri arasında uygulanmıştır. Proje klasik eşleştirme projelerinde görüldüğü üzere, AB ülkelerinde var olan bir mekanizmayı Türkiye'de yerleştirmeyi amaçlamadığı gibi tek bir ülkeyi de örnek olarak almamıştır. Aksine proje, AB ve Avrupa Konseyi anlaşmaları tarafından kolluk güçlerinin sivil gözetimi ile ilgili ilke ve standartları belirlemede, Türkiye'yi diğer seçilmiş AB ülkeleri ile sistematik olarak karşılaştırmaktadır. Bu analiz sürecinin tamamlanmasından sonra, birçok ülkenin sivil gözetimle ilgili örnek uygulamaları arasından ülkemiz için yararlı olabilecek hususlar öne çıkarılmaktadır³³.

Proje kapsamında; kişisel verilerin korunması için bağımsız kurumların kurulması, kolluk kuvvetlerinin aynı yasal çerçeve kapsamında faaliyet göstermesi, il düzeyinde valiler vasıtasıyla eş güdümünün sağlanması için mekanizmaların oluşturulması, kolluk birimlerindeki üst düzey yöneticilerin eğitimi için ortak bir akademinin kurulması gibi öneriler Fransa, İngiltere, İtalya ve İspanya uygulamalarından seçilmiştir³⁴.

İç güvenlik sektörünün sivil gözetim ve denetimi, Avrupa Birliği tam üyelik müzakerelerini sürdüren Türkiye'nin hesap verebilirlik ve demokratikleşme bağlamında takip ettiği yol haritasının en önemli göstergeleri arasındadır. Yukarıda bahsi geçen projede bir araştırma projesi olarak bunun tipik bir örneğidir³⁵.

³² Atılgan M., Işık S., **Cezasızlık Zirhını Aşmak: Türkiye'de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri**, 2. Baskı, TESEV Yayınları, İstanbul 2012, s.11.

³³ Yavuzdoğan S., Şimşek Akın H., "Kolluğun Sivil Gözetimi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:6, Sayı:20, Ankara, Ocak 2015, s.206.

³⁴ İbid.

³⁵ *Karaoşmanoğlu*,13-150.

Sivil gözetimin uygulanması kapsamında yasa değişiklikleri yapılması, özellikle bağımsız bir gözetim organının oluşturulması, yahut sivil toplum kuruluşlarının bu sürece etkili bir şekilde entegre edilmesi gerekmektedir. Bugün Türkiye ve merkezîyetçi devlet yönetimi anlayışını esas alan başkaca dünya ülkeleri de söz konusu alanda çalışmalar yapmaktadırlar.

B. İnsan Hakları ve Sivil Gözetim Arasındaki İlişki

İnsan haklarının tanınması, korunması ve geliştirilmesi evrensel bir niteliğe bürünmüştür. Başta Birleşmiş Milletler (BM) olmak üzere tüm uluslararası ve bölgesel örgütlerin kuruluş nedeni ve bu örgütlerce kabul edilen insan hakları belgelerinin amacı, insan haklarını ulusal düzeyde ve uluslararası düzeyde koruma altına almak ve bunlara ilişkin evrensel standartları belirlemektir. Hal böyle olmakla birlikte insan hakları, ilke olarak bireylerin devletle ve bazı durumlarda da bireylerle ilişkilerini gerekli kıldığından; insan haklarının asıl ve en öncelikli korunması ulusal hukuk sistemlerinin işidir. Ancak, ülke sınırları içerisinde insan haklarının garantörü olarak devletler görülse de, tarihi deneyimler göstermiştir ki, insan hakları yine en çok devletlerce ihlal edilmiştir. Bu nedenle, ulusal düzeyde etkili insan hakları koruma mekanizmalarının bulunması veya ihdas edilmesi gerekir³⁶.

Güvenlik sistemi içerisinde yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının kamu düzenini sağlamak gibi bir görevi bulunduğundan, bu kurumlarda görevli personel yine kamu düzenini sağlamak adına çeşitli insan hakları ihlalleri yapabilmektedirler. Söz konusu personelin adli ve idari soruşturması ise çeşitli hukuki metinlerde koruma altına alınarak zorlaştırılmıştır. Kurumların yapmış oldukları soruşturma ise gerek mesleğin gerekse kurumun saygınlığını zedelememek adına üstün körü yapıldığı, soruşturmayı yapan kişilerin mesleki dayanışma adına kişileri kolladığı gibi iddialarla karşı karşıya kalmakta ve soruşturmanın tarafsızlığına gölge düşürebilmektedir. İşte bu nedenlerle insan hakları ile yakından ilgili, yakalama, gözaltına alma, tutma, vb. gibi görevleri ifa eden adli ve idari kolluk personelinin gözetiminin ilgili kolluğun amirleri tarafından değil de, amir konumunda olmayan sivil kişilerce yapılması, hatta bağımsız sivil bir otorite tarafından yapılması insan haklarını güvence altında tutmak açısından önem arz eder.

³⁶ Kalabalık H., **İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.306.

Kamu vicdanının rahatlatılması ve de adaletin tecelli ettirildiğine dair şüphelerin son buldurulması açısından, modern demokratik rejimlerde, “bağımsız ve tarafsız denetim” kurumlarının oluşturulması artık kaçınılmaz bir şart haline gelmiştir. Çünkü resmi soruşturma neticeleri çoğu zaman şüphayla karşılanarak kabul göremeye bilmektedir. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Uluslararası Af Örgütü gibi birçok örgüt demokratik denetim uygulamalarından kaçının ülkeleri ‘insan hakları açısından şüpheli ülkeler’ listesine bile alarak, bu alanda dayatmalara bile gidebilmektedirler³⁷.

a. İnsan Hakları İhlallerine Neden Olabilecek İdari Kolluk Uygulamaları ve İdari Kolluğun Denetimi

Ülkemizde uzun yıllardır suçla mücadele suç sonrası failin yakalanarak cezalandırılması esasına dayandığı için önleyici polislik anlayış ve buna bağlı olarak suçu önlemede kullanılabilir bazı idari kolluk yetkileri kolluğa ancak yeni tanınmıştır. Bu yetkilerin önemlileri:

- Önleme Araması
- Zor ve Silah Kullanma
- Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin ve Diğer İstihbarat Faaliyetleri
- Önleme Amaçlı Parmak İzi ve Fotoğraf Alma
- MOBESE Kameralarının kullanımınıdır³⁸.

Demokratik bir toplumda, kolluk birimleri, hizmet sunduğu toplum ile işbirliği içinde, etkin bir kamu güvenliği sunarak, kişilerin güvenlik gereksinimlerine ve kaygılarına yanıt verme çabası içindedir. Bu amaçla, kolluğa yukarıda sayılan güç kullanma yetkisi içeren ve insan haklarına müdahale edici bazı yetkiler verilmiştir.

Kolluğa olan toplumsal güvenin sarsılmaması için, bu kuruluşların her uygulaması şeffaf olmalı ve kolluk, her uygulamasının hesabını verebilme konumunda bulunmalıdır. Kolluk uygulamalarının şeffaf

³⁷ *Erzurumluoğlu B.*, “Kolluk Kuvvetlerinin Demokratik Denetimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67, Sayı:2, Bahar 2009, s.49.

³⁸ *Eryılmaz B.*: **İnsan Hakları Prensipleri Işığında Kolluk Uygulamalarının Denetimi**, 2. Baskı, İç İşleri Bakanlığı Yayınları, Ankara 2009, s. 28.

olması ve kolluğun, kamuoyun önünde hesap verebilir konumda tutulması ise iç ve dış denetimin varlığını gerektirir³⁹.

İl İdaresi Kanununun 9. Maddesine göre kolluğu idari anlamda denetleyecek olan mülki amiri olan vali veya kaymakam olacaktır. Bilindiği üzere Vali ilde, kaymakam ilçede, diğer görevleri yanında, İçişleri Bakanlığının belirlediği iç güvenlik politikalarını uygulama, kolluk kuvvetlerini idare etme, suçla mücadele etme ve bu süreçte ihlal edilebilecek muhtemel kişi hak ve özgürlüklerini korumakla görevlidir⁴⁰.

İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 2. Maddesine göre de Mülki amirlerin bu denetleme yetkisini ve genel olarak kolluk yetkilerini gerektiği gibi kullanıp kullanmadığı da, mülkiye müfettişlerinin teftiş ve denetiminin konusunu oluşturur. Teftiş kurulu Başkanlığı, Bakan'ın emri ve onayı ile, genel kolluğun merkezi birimleri olan, emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı ile bu birimlere bağlı taşra teşkilatının işlemlerini teftiş eder ve denetler⁴¹.

b. İnsan Hakları İhlallerine Neden Olabilecek Adli Kolluk Uygulamaları ve Adli Kolluğun Denetimi

Türkiye'de önleyici güvenlik tedbirlerinden ziyade baskılayıcı, suç işlendikten sonra baskı altına alarak yani suç sonrası failin yakalanarak cezalandırılması esasına dayanan adli kolluk uygulamalarının idari kolluk uygulamalarından daha çok olduğunu görmekteyiz. İşte İnsan hakları ihlallerine neden olabilecek bazı adli kolluk uygulamaları aşağıda sayılmıştır:

- Yakalanan kişilere haklarının bildirilmesi
- Yakalama işleminden Cumhuriyet savcısının bilgilendirilmesi
- Gözaltı için Cumhuriyet savcısı kararı alınması
- Doktor raporu alınması
- Gözaltı birimine getirilme ve gözaltı ve nezarethane defterine kayıt

³⁹ Eryılmaz B., **İdari Kolluk Uygulamaları ve İnsan Hakları Sözleşmesi**, İç İşleri Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2011, s. 4.

⁴⁰ Eryılmaz, **İdari Kolluk Uygulamaları ve İnsan Hakları Sözleşmesi**, s.4.

⁴¹ Eryılmaz, **İdari Kolluk Uygulamaları ve İnsan Hakları Sözleşmesi**, s.4 - 5.

- Nezarethane giriş işlemleri
- Üst arama İşlemleri
- Parmak izi ve fotoğraf alınması
- Gözaltı süresine uygunluk
- Yakınlarına haber verme
- Şüphelinin avukatının çağrılması
- Şüphelinin avukatla görüşmesi
- Avukatın dava dosyasını incelemesi
- Yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmaması (baskı, hile, yorma, aldatma, gibi)
- Şüphelinin yeme, içme, tuvalet gibi ihtiyaçlarının karşılanması
- Nezarethane çıkış işlemleri

Yukarıda örnek kabilinde sayılan adli kolluk işlemleri kişilerin temel hak ve hürriyetlerini yakından ilgilendirdiğinden, insan haklarının gözetilmesi kapsamında muhakkak denetim altında tutulması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu işlemlerde yetkili personelin keyfi davranışı telafisi mümkün olmayacak zararları gündeme getirebilecektir.

Kolluk kuvvetlerinin adli kolluk hizmeti verdi zamanlarda Cumhuriyet savcısının denetimi ve gözetimi altındadırlar. Adli Kolluk Yönetmeliğinde de Cumhuriyet Savcısının gözetim ve denetim yetkileri belirtilmiştir. Ayrıca adli kolluk hizmeti esnasında görevlilerin işlediği suçlar nedeniyle soruşturulması ve kovuşturulması da 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna tabi değildir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.161/5'e göre, adli görev ve işlerde veya cumhuriyet savcısının emir ve talimatlarının yerine getirilmesinde görevi kötüye kullanma veya ihmaller ile CMK m.161/8'de sayılan Devletin güvenliğine karşı suçların bir kısmından dolayı cumhuriyet savcısının doğrudan soruşturma yapma yetkisi kabul edilmiştir.

Adli kolluk görevlilerinin suç işlemleri halinde, soruşturma işlemi Cumhuriyet Savcısı tarafından yerine getirilecektir. Ancak Türk Hukuku'nda, cumhuriyet başsavcılıklarına bağlı ayrı bir adli kolluk yapılanması bulunmadığına göre, cumhuriyet savcısının bir kolluk mensubu hakkında yürüteceği soruşturmada yardımcısı yine bir başka kolluk mensubu olacaktır. Bu tespitimiz, kolluğa güvensizliğin bir işareti

değildir; ancak ifa ettiği idari veya adli kolluk görevi sırasında veya görevinden dolayı suç işlediği iddia edilen kolluk mensubu hakkında soruşturmanın yürütülmesinde, bu kapsamda delillerin toplanmasında, iddianame veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara temel teşkil edecek fezlekenin hazırlanmasında, soruşturmaya konu eylem ve şüpheli yönünden bağımsız ve tarafsız hareket etme gücü çeken kolluk görev alacaktır⁴².

c. İnsan Hakları İhlallerine Bir Örnek Olarak İşkence ve Kolluğun Sivil Gözetimi

İşkence 1984 tarihli İşkence ve diğer Zalimane, İnsanlık dışı ve Aşağılayıcı Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. Maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre işkence, "bir kimseye karşı kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığundan kuşkulanan bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan her hangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap verin herhangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz"⁴³.

Türk Hukukunda işkence Anayasanın 17/3. Maddesiyle yasaklanmıştır. Diğer taraftan, Anayasanın 38. Maddesinin 5. Fıkrasında, kimsenin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesi yer almaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) İşkence başlıklı 94. maddesine göre de; "bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur". Diyerek işkenceyi suç saymıştır⁴⁴.

⁴² Şen E., "Polisin Denetimi", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1650329-polisin-denetimi>

⁴³ Kalabalık, s.411.

⁴⁴ İbid, s.412, 414.

CMK'da da yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin delil olarak değerlendirilemeyeceği belirterek işkence sonucu elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmayacağı vurgulanmıştır.

Kolluğun gerek adli, gerek idari kolluk olarak görev yaptığı sırada her ne sebeple olursa olsun işkence, eziyet vb. davranış biçimleriyle görevini ifa etmesi modern hukuk sistemlerinde kabul edilebilir bir hareket tarzı değildir. Bu nedenlerle söz konusu görevleri ifa eden kişilerin yasalarda belirtilen şekillerde özellikle ölçülü ve orantılı olarak davranmaları gerekmektedir. İşte kolluk görevlileri gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse yukarıda bahsi geçen Anayasa, TCK, CMK gibi temel ulusal mevzuattaki hükümlere bağlı kalarak işkence, eziyet vb. kötü muamelelerden uzak durmaları gerekmektedir.

Kolluğun işkence gibi yapması muhtemel insanlık dışı davranışlarını kontrol altına alacak belli başlı uygulamalar ve hukuki mevzuat konumuzun bütünlüğünü bozmamak kaidesi ile aşağıda örnek kabilinde belirtilmiştir.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK)'nın 13. maddesi: "zor kullanılarak yakalananların, haklarında suç soruşturması yapılacak olan şüpheli ve sanıkların, yakalanma anındaki sağlık durumları doktor raporuyla tespit edilir." Hükmünü içermektedir. Yakalanan kişinin yakalanma anındaki sağlık durumu ile adli mercilere sevk veya serbest bırakma öncesi sağlık durumunun tespiti işkence yapılmasının önündeki önemli engellerden birisidir. Zira, sağlıklı gözaltına alındığı doktor raporu ile tespit edilen bir kişinin daha sonra vücudunda kötü muamele izlerine rastlandığının yine doktor raporu ile tespiti halinde işkence iddiası ve ilgililerin yargılanması gündeme gelecektir⁴⁵.

CMK, ifade işlemi sırasında "teknik imkânlardan yararlanır" demek suretiyle kolluğun ifade sırasında ses ve görüntü kaydı yapabilmesinin önünü açmıştır. Kolluğun her işleminin kayıt altına alındığı bir ortamda, kötü muamele anlamına gelen fiziksel ve psikolojik müdahalelerin yapılması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durum olsa bile failin tespiti kolay olacaktır⁴⁶.

⁴⁵ Eryılmaz, İnsan Hakları Prensipleri Işığında Kolluk Uygulamalarının Denetimi, s.107.

⁴⁶ İbid, s.109.

Kolluk kuvvetlerinin kötü muamele yapma ihtimallerinin önünde diğer bir engelde CMK 148. maddede düzenlenen: "şüphelinin beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez." Hükmüdür. Böylelikle yasak yöntemlerle elde edilen delilin ceza yargılanmasında herhangi bir anlam ifade etmediğini bilen kolluk, ifade alma sırasında, yasak ifade alma yöntemlerine başvuramayacaktır⁴⁷.

Ayrıca kolluk kuvvetlerinin mevzuatlarda belirtilen; susma hakkı ve diğer haklar konusunda şüphelinin aydınlatılması yükümlülüğü, ifade alma sırasında müdafî bulundurma mecburiyeti, ikinci ifade alma yasağı gibi yasak ve yükümlülükleri de işkence ve kötü muamelede bulunmalarına engel olacak nitelikteki düzenlemelerdir.

Kamu düzeninin sağlanması yahut bozulan kamu düzeninin yerine getirilmesi görevlerini üstlenen adli ve idari kolluk görevlilerinin görevlerini bahane ederek bireylere insan onuruna yakışmayacak hal ve hareketlerde bulunmalarının önüne geçmek için; söz konusu görevlilerin eğitim ile bilgilendirilmeleri, adli ve idari denetimlerinin eksiksiz yapılması gerekmektedir. Ancak bu denetimler bahane edilerek, kolluk görevlilerinin hareket alanlarını gereksiz yere kısıtlamak, denetimi adeta psikolojik bir baskı aracı olarak kullanarak yıpratma politikaları izlemekten kaçınılmalıdır.

C. Sivil Gözetimin Gerekliliği

Kolluk güçlerine, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan yetkilerinin bulunması bu yetkileri kullanan birimlerin ve personelin hem politika oluşturma düzeyinde, hem de bireysel işlem ve eylemleri düzeyinde kontrol edilmesini gerekli kılmaktadır. İnsan haklarının ve özgürlüklerinin korunması ve demokratik hakların geliştirilmesi için bu alanlara müdahale yetkisi bulunan kolluk güçlerinin sivil otoritelerce kontrolü gerekmektedir. Bu gerekliliğin farkında olan dünya ülkelerinde yaklaşık 40 sene evvel zor kullanma yetkisini haiz kolluğun yine kolluğun içinden seçilen veya devlet otoritesi altında

⁴⁷ İbid

bulunan kurumlarca denetiminin yetersiz olduğu ve kamuoyunun gözünde bu hususun güvensizliğe neden olduğunun fark edilmesiyle, denetim mekanizmasının devlet kontrolü ve etkisi altında olmayan objektif sivil otoritelerce denetlenmesi düşüncesi gelişmiştir. Ülke içinde insan haklarının korunması, desteklenmesi veya izlenmesi amacıyla ulusal insan hakları kurumları oluşturulan 90'ın üzerinde ülke vardır. Kolluk personeli ile ilgili şikâyetlerin bağımsız bir şekilde soruşturulduğu bağımsız bir kolluk şikâyet sistemi komisyonu veya kurulu İngiltere, Galler, Norveç, İrlanda, Belçika gibi birçok gelişmiş ülkede bulunmaktadır. Bu husustaki gereklilik düşüncesi ülkemizde yakın tarihlerde canlanmaya başlamış Avrupa Birliğine uyum sürecinde bu konular gündeme alınmıştır. AIHM kararları, TÜSİAD raporları, Başbakanlık İşkence ve Kötü Muamele ile Etkin Mücadele Raporu 2008, Avrupa Polis Etiği Sözleşmesi, Avrupa Konseyi, Uluslararası Af Örgütü İncelemeleri ve Avrupa Birliği Türkiye'de kolluk kuvvetleri hakkındaki şikâyetleri soruşturacak bağımsız ve etkin bir kurumun kurulması gerektiği konusuna işaret etmektedirler⁴⁸.

Devletin öncelikli görevi kamu düzenini korumak ve böylece bireylerin ve toplulukların güvenlik ve huzur içinde yaşamalarını sağlamaktır. Türkiye'de yasalar iç güvenlik hizmetlerinin sunulması görev ve sorumluluğunu İçişleri Bakanlığına vermiştir. Bakanlık bu görevi kendisine bağlı olan polis, jandarma ve sahil güvenlik teşkilatı marifetiyle yerine getirmektedir. Halkın kendini güvende hissetmesini sağlayacak bir kamu hizmeti yapmak ana amaçtır. İç güvenlik teşkilat birimlerinin bu önemli ve hassas görevi yerine getirirken kontrol mekanizmalarına bağlı olarak hesap verebilir, şeffaf ve katılımcı olmasının gerekliliği çok açıktır. Bu birimlerin eylemlerinden sorumlu tutulması ve hesap verebilir olması aynı zamanda demokratik toplumun temel prensiplerinden birisidir⁴⁹.

Hukuk devletinin bir gereği olarak insan haklarının güvence altında tutulması ve devletin söz konusu hak ve hürriyetlere olumsuz müdahalesini, insan hak ve hürriyetlerini korumak bahanesi ile önlenmesi açısından, görevi kamu düzenini korumak olan iç güvenlik unsurlarının sivil, bağımsız, tarafsız bir kurum tarafından gözetilmesi gerekmektedir.

⁴⁸ Yavuzdoğan, Şimşek Akın, s.203.

⁴⁹ Gül S. K., "Kamu Yönetiminde ve Güvenlik Hizmetlerinde Hesap Verebilirlik", **Polis Bilimleri Dergisi**, Cilt: 10, Yıl:2008.

SONUÇ

Kolluk görevlilerinin kamu düzenini sağlarken keyfi harekette bulunmaları, kamu düzenini sağlamak adına insan hakları ihlallerine neden olmaları, korumakla görevli oldukları kamu düzenini yine kendilerinin bozarak bir korku ortamı yaratmaları olası bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta zaman zaman kamuoyuna bu tür olumsuzluklar yansımakta ve toplum duymak istemediği haberleri duymaktadır.

Kolluk güçlerinin görevlerini yerine getirirken anayasal ve yasal sınırlar içerisinde kalmaları gerekmektedir. Bazen somut olayda belirtilen yasal sınırları çizmek zor olabilir, ancak her halükarda söz konusu görevi ifa eden kişilerin somut olayın özelliğine göre belirli bir orantı ve ölçü içerisinde kalmaları zorunludur. Modern bir kolluk gücü yapısına sahip olmak; sadece suçluları yakalamak ve suçu önlemek ile mümkün değildir. Bütün bunların yanında halkla ilişkilerin niteliği, halktan alınan yardım ve destekte gerekmektedir. Evrensel anlayış, kolluğun bir korku kurumu olmaktan çıkartılarak bir güven kurumu haline getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Türkiye'nin AB uyum sürecinde yerine getirmesi ve olmazsa olmaz koşulu insan hakları ihlallerinin önlenmesidir. Devletin kendi eliyle insan hakları ihlallerine neden olması ayrıca hukuk devleti anlayışı ile de bağdaşmaz. Devletin kamu düzenini sağlamakla görevli kolluk güçlerinin, bu görevi sağlamak adına insan hakları ihlallerine neden olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Bu durum kolluğun denetimini gündeme getirmektedir. İşte bu nedenlerle Türkiye'de AB uyum sürecinde kolluğun sivil gözetimi alanında projeler geliştirilmeye çalışılmış, çeşitli toplantılar, dokümanlar ve seminerlerle bu alan üzerinde durulmaya başlanmıştır.

Türkiye'de sivil gözetim parlamento, yürütme, yargı ve sivil toplum kuruluşlarınca yerine getirilmeye çalışılmaktadır. Ancak ülkemizde yapılan tüm denetim şekilleri şeffaf, hesap verebilir ve tatmin edici olmayıp, gerçek manada devlete ve otoriteye değil topluma, kamuoyuna hesap veren sivil bir denetime ihtiyaç vardır. İşte böylesi önemli bir konuda karşılaştırmalı hukukta durum incelenmeli, bağımsız ve tarafsız bir sivil gözetim kurumunun getirilmesine çalışılmalıdır. Tartışma insan haklarını yakından ilgilendirmesi nedeniyle hep canlı tutulmaya çalışılmalı ülkemiz için en iyi sistem araştırılarak bulunmalı ve en yakın zamanda entegre edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ATILGAN Mehmet, IŞIK Serap, **Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye'de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri**, 2. Baskı, TESEV Yayınları, İstanbul 2012.
- ÇİLESİZ Cumhur, "Anayasal Demokraside Sivil Otorite-Kolluk İlişkileri", **İdarecinin Sesi Dergisi**, Sayı: 142, Kasım-Aralık 2010.
- DALKIRAN Özlem, "Kolluk Görevlilerinin İzlenmesi Dünyadan Örnekler", **Sivil Toplum ve Güvenlik Sektörü Gözetimi Sınırlar ve İmkânlar**, (Editörler: Volkan AYTAR, Yılmaz ENSAROĞLU), TESEV Yayınları, Sena Ofset, Haziran 2009.
- ERYILMAZ Bedri, **İdari Kolluk Uygulamaları ve İnsan Hakları Sözleşmesi**, İçişleri Bakanlığı Yayınları, Ankara 2011.
- ERYILMAZ Bedri, **İnsan Hakları Prensipleri Işığında Kolluk Uygulamalarının Denetimi**, 2. Baskı, İçişleri Bakanlığı Yayınları, Ankara 2009.
- ERZURUMLUOĞLU Bayram, **Kolluk Kuvvetlerinin Demokratik Denetimi**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı:2, Bahar 2009.
- FIRAT İsmail, ERDEM Emrah, "Türkiye'de İç Güvenlik Hizmeti ve Kolluğun Sivil Denetimi", **Sayıştay Dergisi**, Sayı:94, Temmuz - Eylül 2014.
- GÖZÜBÜYÜK Şerif, TAN Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C:1, 8. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2011.
- GÜL, Serdar Kenan, "Kamu Yönetiminde ve Güvenlik Hizmetlerinde Hesap Verebilirlik", **Polis Bilimleri Dergisi**, Cilt: 10, Yıl 2008.
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2013.
- GÜNDOĞAN Kadir, KOÇ Cihan, ÖZBUDAK Coşkun, **Kolluğun Önleyici ve Adli Görevleri**, 7. Baskı, Sözkese Matbaası, Ankara 2011.
- KALABALIK Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- KARAOSMANOĞLU Fatih, **Küreselleşme Perspektifinden İç Güvenlik ve Sivil Denetim**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
- KIRATLI Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, TODAİ yayını, Ankara 1973.
- KOYUNCU Erhan, "İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesi", **İdarecinin Sesi Dergisi**, Sayı:142, Kasım-Aralık 2010.
- KUYAKSİL Ali, "Kamu Yönetimi Anlayışı ve Yerleşme Perspektifinden İç Güvenlik Hizmetlerine Bir Bakış", **II.Bölgesel Sorunlar ve Türkiye Sempozyumu**, 1-2 Ekim 2012.
- SALMAN Feray, "Sivil Toplum Kuruluşlarının Güvenlik Sektörü Denetim ve Gözetimine Katılma Araçları", **Sivil Toplum ve Güvenlik Sektörü Gözetimi Sınırlar ve İmkânlar**, (Editörler: Volkan AYTAR, Yılmaz ENSAROĞLU), TESEV Yayınları, Sena Ofset, Haziran 2009.

ŞEN Ersan, Polisin Denetimi, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1650329-polisin-denetimi>, E.T.: 23.12.2015.

YAVUZDOĞAN Seçkin, ŞİMŞEK AKIN Havva, **Kolluğun Sivil Gözetimi**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:6, Sayı:20, Ankara, Ocak 2015.

YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZEDİMİR H.Eyüp, ÜSTÜN Gül, TEKİNSOY Okay, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

ÇEVİRİ

İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİNİN GEÇMİŞE ETKİSİ: METODOLOJİK ÇOĞULCULUK AÇISINDAN BAZI DÜŞÜNCELER*

Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ**
Çeviren: Zafer KAHRAMAN***

On beş yıldan biraz uzun süredir, Federal Mahkeme “faydacı metodolojik çoğulculuk” (*Pluralisme méthodologique pragmatique, pragmatischer Methodenpluralismus*) olarak isimlendirilen yeni bir yorum metoduna başvurmaktadır¹. Bu yaklaşım uyarınca, hukuk metni tüm yorum çabalarının başlangıç noktasında bulunur ama yorumu sınırlandırmaz. Aksine, *Eugen Huber*’in daha Medeni Kanun hazırlanırken² savunduğu üzere, Federal Mahkeme, kanunu potansiyeli hâkim tarafından belirlenmesi gereken açık bir normatif metin gibi genel

* Bu eser, “*L’effet rétroactif du changement de jurisprudence: quelques reflexions à l’aune de pluralisme méthodologique*” başlığıyla, Fransızca olarak “*Une empreinte sur le Code civil*”, *Mélanges en l’honneur de Paul-Henri Steinauer, éditées par Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup, Christiana Fountoulakis (au nom de la Faculté de Droit de Fribourg)*, Stämpfli Editions, Berne 2013 armağanında yayımlanmıştır.

** Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanı olan ve Özel Hukuk ile Roma Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı olan yazar, M. Arnaud Nussbaumer’e bu eseri dikkatle okuması ve kontrol etmesi ile dizgiye hazırlanmasındaki yardımları için teşekkür eder.

*** Yrd. Doç. Dr. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ “Metodolojik çoğulculuk” (*Pluralisme méthodologique, Methodenpluralismus*) kavramı ilk defa ATF 110 Ib 1, 8’de ortaya çıkmış, buna karşın “faydacı metodolojik çoğulculuk” (*Pluralisme méthodologique pragmatique, pragmatischer Methodenpluralismus*) kavramı ilk defa ATF 121 III 219, 225’de görülmüştür; kavramın kökeni ise Federal Mahkemenin kullanımından her halde daha eskidir: Bkz. HANS-PETER WALTER, *Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung*, recht 1999, s. 157 vd.; TORNIKE-KESHELAVA, *Der Methodenpluralismus und die ratio legis, Eine Sprachkritische Untersuchung*, tez: Fribourg, Bâle 2012, s. 63 vd.; yakın tarihli bir referans için bkz. ATF139 III 201, 205, n. 2.5.1 ve aşağıda dn.37 vd.

² Açıklama için bkz. MARC AMSTUTZ, *Der “ext des Gesetzes, Genealoie und Evolution von Art. 1 ZGB*, RDS 2007 II 237 vd., s. 253; DOMINIQUE MANAÏ, *Eugen Huber, juisconsulte charismatique*, Genève 1990, s. 148 vd.; Aynı yönde bkz. PASCAL PICHONNAZ, *Le centenaire du code des obligations: Un code toujours plus hors du code*, RDS 2011 II 117 vd., özellikle s. 205 vd.

olarak ele alır: Doğası gereği hukuk, mahkemelerin kendisi hakkında sahip olduğu kavrayışa göre değişen bir evrim geçirir. Bu, faydacı metodolojik çoğulculuğun bir sonucudur.

Elinizde tuttuğunuz bu armağanın adına ithaf edildiği yazar, Medeni Kanunun giriş bölümünü ele alırken de belirttiği gibi, hâkimin içtihat değişikliği gerçekleştirirken alması gereken önlemlerin pekâlâ farkındadır: “Eğer bir mahkeme kendi yerleşik içtihadını tartışmaya başlıyorsa veya bir yüksek mahkemenin yerleşik içtihadından ayrılıyorsa büyük bir dikkat göstermesi gereklidir.”³ ve ekler: “İçtihat ne kadar yerleşik ise, bu içtihattan ayrılan mahkemenin başvurması gereken gerekçelerin o kadar tatmin edici olması gerekir.”⁴ Paul-Henri Steinauer, öğretinin bir kısmı⁵ ve sabit içtihatlar⁶ ile birlikte onaylayarak sonuca varır: “Boşlukları dolduran kararlar söz konusu olduğunda dahi (yargılama hukuku), bir içtihat değişikliği ancak ilk içtihat somut olay adaletinin gereklerini karşılamıyorsa ve bu değişiklik hukuk güvenliği ve eşit işlem ilkesini ortadan kaldırıyorsa mümkündür.”⁷

Medeni Kanunun son bölümünün 1 ilâ 4. maddeleri, kanunlarda değişiklik yapılması halinde uygulanacak bazı genel ilkeleri hükme bağlamıştır. *Yeni kanunun geçmişe yürümezliği*, birazdan değineceğimiz bazı kıstaslar ile yumuşatılmış ve hafifçe budanmış da olsa, temel ilkedir. Her ne kadar Federal Mahkeme’ye göre geriye yürümezlik kuralı içtihatlarla uygulanmıyor olsa da⁸, bu bakış açısı öğretide tartışmalıdır⁹.

³ PAUL-HENRI STEINAUER, Le titre préliminaire du Code civil, in *Traité de droit privé suisse*, Cilt II/1, Bâle 2009, n.456’da ilgili içtihat zikredilmiştir.

⁴ *Ibidem*

⁵ ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 4. Bası, Berne 2010, s. 287 vd.; SUSAN EMMENEGER/ AXEL TSCHENTSCHER, in *Berner Kommentar, Bene 2012*, Art. 1 CC, n.490 vd. (anılış: BKomm- EMMENEGER/ TSCHENTSCHER); FRANZ WERRO, in *Commentaire romand, Code Civil I*, Bâle 2010, Art. 1 CC n.40 (anılış: CoRo CC I- WERRO).

⁶ Özellikle özel hukuk içtihatlarında referans için bkz. ATF 138 III 359, 361 n. 6.1, JdT 2013 II 187, 193*; ATF 138 III 270, 273 n. 2.2.2: “Değişikliğin sebepleri objektif olmalı ve hukuk güvenliğine sebepsiz yere zarar vermemek için içtihadın eskiliği kadar ciddi sebepler olmalıdır.”; ATF 136 III 6, 8 n. 3, JdT 2010 I 303; ATF 134 III 354 n. 3.2, JdT 2010 I 678; ATF 133 III 335, 338 n. 2.3, JdT 2010 I 223.

⁷ STEINAUER, *Le titre préliminaire*, n. 458.

⁸ ATF 90 II 295, 301 n. 3.2

⁹ Karşılaştırmalı hukukta meselenin analizi için bkz. THOMAS PROBST, *Die Änderung der Rechtsprechung – Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum*

İçtihatlardaki bir değişikliğin geçmişe etkili olması bir gereklilikten kaynaklanır; çünkü burada, değişmeyen bir yasama programının (hukuki metnin) somut olaya uygulanması söz konusudur. Aksi takdirde, hâkimin içtihatlarla gerçek anlamda hukuk yaratması kabul edildiğine göre, aynı geçmişe yürümezlik kuralını hukuk metinlerine de uygulamamız mı gerekir? Federal mahkeme, özel hukuku ilgilendiren bu sorunu umursamıyor gibi görünmektedir ki bunu birden çok defa yapmıştır¹⁰. Bu durum, mutlak ilkeler koymanın zorluğuna ya da belki de içtihatların somut olaya uygulanması yahut değiştirilmesinin zorluğuna hatta anlamsızlığına bağlanabilir. Yeni bir içtihadın etkileri, tıpkı aşağıda değineceğimiz devlet komisyonlarının iadesinde olduğu gibi, pekâlâ çok önemli olabilir.

Öte yandan, Fransız Yüksek Mahkemesinin meseleyi somut bir olayda inceleme fırsatı olmuştur. Bu olayı kısaca incelemek, bize sorunun çeşitli boyutlarını ele alma imkânı verecektir.

I. HEKİMİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN GÜÇLENDİRİLMESİ ÜZERİNE FRANSA'DAN BİR DAVA

Fransız Yüksek Mahkemesinin 1. Hukuk Dairesi, 11 Haziran 2009 tarihli bir kararında, içtihatların değişmesinin zaman bakımından etkisi üzerine konuyla doğrudan ilgili bir karar vermek zorunda kalmıştır. Mahkeme şu şekilde saptamalarda bulunmuştur:

“1986 yılında varislerinin tedavisi esnasında kendisine uyuşturucu madde enjekte edilirken hepatit C virüsü bulaşmış olması nedeniyle Bayan Z, hekim Bay X'in sorumluluğuna başvurmuştur.

Bay X, kendisini Bayan Z'ye Hepatit C bulaşmasından sorumlu tutan ve belirli bir miktar geçici ödeme yapmasına hükmeden mahkeme kararına (Bordeaux, 15 Mart 2007) herkesin savunmasının hakkaniyet

Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsversprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law), th. St. Gall, Bâle-Francfort 1993. Aynı yönde MARKUS REICH/LAURENCE UTTIGER, *Praxisänderungen im Lichte der Rechtssicherheit und der rechtsrichtigkeit*, RDS 2010, s. 163 vd. ve 177 vd.; BKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 CC, n. 495; DAVID DÜRR, in *Berner Kommentar*, Bern 1996, Art. 1 CC, n.602 vd. (anılış: BKomm-DÜRR).

¹⁰ Bkz. ATF 135 II 78, 85 n.3.2; ATF 116 II 493, 496, JdT 1994 I 190; ATF 116 Ia 359, 382, JdT 1992 I 98. Aynı yönde bkz. PROBST, *Die Änderung der Rechtsprechung*, s. 701.

ölçüsünde dinlenmesi gerektiğini ileri sürerek itiraz etmiş; davanın taraflarından birinin, hukuk kuralının, içtihatlardaki köklü değişiklik (*revirement de jurisprudence*) nedeniyle aleyhine dönmesinden etkilenmemesi gerektiğini, bunun uygulanması halinde adil yargılamadan mahrum kalacak olduğunu; 1986 yılındaki içtihatların, tedavi esnasında bulaşan enfeksiyonlarla ilgili olarak, hekime sadece özen yükümlülüğü yüklediği ve sonucu temin sorumluluğunun 29 Haziran 1999 tarihinden itibaren kabul edildiğini; 29 Haziran 1999 tarihinde meydana gelen içtihatlardaki bu köklü değişikliğin hekimlerin önceki faaliyetlerine de uygulanmasının hekimleri adil bir yargılamadan mahrum bırakacağını, zira şu anda kendisine yüklenen sorumluluğun dayanağı olan davranışların, olayların yaşandığı tarihte kabul edilen görüş uyarınca kendisine bir sorumluluk yüklemiyor olduğu; buna karşın, söz konusu olay, sonucu temin yükümlülüğünü öngören köklü içtihat değişikliği öncesinde yaşanmış olmasına rağmen, Bay X'in Bayan Z'ye karşı 1986 yılındaki davranışları nedeniyle bugün bir sonucu temin yükümlülüğü altına konulduğunu; temyiz mahkemesinin Bay X'i Fransız Medeni Kanunu m.1147 ve Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu m.6 hükümlerinde düzenlenen adil yargılanma hakkından mahrum bıraktığını ileri sürmüştür.

Ancak, adil yargılanma hakkının temelinde yer alan hukuk güvenliği, içtihatlardaki gelişimden kaynaklanan yeni çözümlerin anında uygulanmasına karşı çıkmak için bir gerekçe olarak, geçmiş yerleşik içtihatlar ile tanınmış olan bir hakkın yeni davalarda da uygulanmak üzere korunmasında kullanılamaz; zira adil yargılanma hakkını ileri süren taraf, yargıya erişim hakkından mahrum bırakılmış değildir. Bu nedenle, iddia dayanaksızdır. (...)

Tüm bu nedenlerle, bozma talebi reddedilmiştir.”¹¹

Bu karar okunduğunda, içtihat değişikliğinin geçmişe etki edip etmemesinin önemi dikkati çekmektedir.

1999 yılında, Fransız Yüksek Mahkemesi hakimın özen yükümlülüğünü tedavi esnasında kapılan enfeksiyonlar bakımından ağırlaştırmıştır. Önceden, hekim sadece özen yükümlülüğü altındaydı; diğer bir deyişle hekimin, sadece, işini görürken gerekli ve işin niteliğine

¹¹ Fransız Yüksek Mahkemesi 1. HD, 11 Haziran 2009, E. 688 (07-14.932), Dalloz 2009, AJ 1757, yorumlayan: I. GALLMEISTER.

uygun tüm tedbirlere başvurmamış olduğunu hastanın ispatlaması halinde sorumlu olacağı kabul ediliyordu¹². Mahkeme; hekimin, hastayla yaptığı bakım sözleşmesi kapsamında, hastaya tedavi esnasında enfeksiyon bulaşmamasının sağlanmasına dair bir sonuç sorumluluğu altına girmediğini kabul etmekle kalmıyor; aynı zamanda, hekimin sorumluluğunu doğuracak kusurun ispat yükünü hastanın üzerine yüklüyordu.

Tedavi esnasında bulaşan enfeksiyon nedeniyle hekimin sorumluluğunu bir sonucu temin sorumluluğu olarak açıklamak suretiyle mahkeme, hekimin sözleşmesel sorumluluğuna ilişkin rejimi kökten değiştirmiş oldu. Artık, hasta bakım sözleşmesi dolayısıyla hekim, illiyet bağımlı kesen başkaca bir sebebin varlığı ispat edilmedikçe sorumlu addedilecektir; diğer bir deyişle, hekimin kusuru karinedir ve kendisini sorumluluktan kurtaracak bir nedenin varlığını ispat yükü hekimin omuzlarına yüklenmiştir¹³. Hekimin yükümlülüğünün, sonucu temin sorumluluğu olarak kabul edilmesinin önemi buradadır¹⁴.

Bodeaux Temyiz Mahkemesi tarafından 2007 yılında mahkûm edilen hekimin ileri sürdüğü iddia ise, ne sözleşmenin akdedildiği ne de fiilin gerçekleştiği tarihte (1986) mevcut olan bir hukuki rejime (sonuç sorumluluğuna) göre mahkûm edilmiş olmasına dayanmaktadır. Başka deyişle, hekim, içtihatlardaki değişimin (somut olayda sorumluluğun ağırlaştırılmasının) geriye yürümezliğine dayanmaktadır. Hekim yükümlülüğünün varlığına değil, ancak daha ziyade, işlenen fiil ile mahkûmiyet kararı arasındaki zamanda bu yükümlülüğün niteliğinin değişmesine karşı çıkmaktadır¹⁵.

Bu davada, Yüksek Mahkeme esasen içtihatlardaki değişikliğin geçmişe yürürlüğüne tam anlamıyla karar vermiş değildir; daha ziyade mahkemenin tercih ettiği kelimeler ile, sosyal anlayış ve menfaatlerin gelişip değişmesinin ürünü olan “yeni çözümün” geçmişe etkili olarak, halihazırda davası görülmekte olan sözleşmelere de uygulanabilir

¹² FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, Droit Civil: Les obligations, 10. Bası, Paris 2009, n. 577.

¹³ NICOLAS MOLFESSIS, La Cour de Cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la 1^{ière} Chambre civile du 11 juin 2009), Dalloz 2009 Chronique, s. 2567.

¹⁴ Ibidem

¹⁵ MOLFESSIS, La Cour de cassation, Dalloz 2009, s. 2568.

olduğuna veya uygulanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁶. Mahkeme tarafından kullanılan “derhal uygulama” terimi, dolaylı olarak yeni çözümlerin geçmiş olaylara ilişkin davalara geriye etkili olarak uygulanabileceğine işaret etmektedir.

Yerleşik içtihatların bir kazanılmış hak doğurmayacağı ilkesini koyan Yüksek Mahkeme; bir taraftan, hekimin sözleşmenin kurulduğu ve olayların yaşandığı tarihte “yürürlükte olan” içtihatların somut olaya uygulanması talebini dayandırdığı “hukuk güvenliği” ile diğer taraftan, hastaların daha iyi korunması menfaatine hizmet eden 1999 tarihli içtihat değişikliğini değerlendirmiş ve menfaatler dengesini (hızlıca) tartıya koymuştur¹⁷. Bu durumda mahkeme, sonuç olarak, hekimin meselesine yeni çözümü uygulamış ve hekimin bozma talebini geri çevirmiştir.

Meselenin özü, hâkimin rolünden ne anlamak gerektiğiyle yakından ilgilidir. Somut olayda mahkeme, “*ıçtihat kuralları*” yahut “*preator kuralları*” gibi terimleri kullanmamaktadır; dahası, hekimin yükümlülüğünün niteliğinin değişmesindeki yaratıcı rolünü en aza indirme eğilimindedir¹⁸. Hâlbuki bu karar, aynı hukuk metnini (Fransız Medeni Kanunu m. 1137 ve 1147¹⁹) temel alan içtihatlardaki gelişimin gerçekleşmesinde mahkeme kararlarının kurucu etkiyi haiz olduğunu göstermektedir. Buna rağmen mahkeme, sözleşmenin kurulduğu anda var olan içtihatlara uygun karar verme gerekliliğinin, sadece ve sadece yeni içtihatlar kişinin yargıya başvurma hakkını elinden alıyorsa söz konusu

¹⁶ Fransa’da içtihat değişikliklerinin geçmişe etkisi ve mahkemelerin görüşlerindeki değişimlerin uygulamaya konması hakkında bkz. NICOLAS MOLFESSIS, *Combattre l’insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même*, in N. Molfessis (édit.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, Paris 2005, s. 391 vd.; GUY CANIVET/NICOLAS MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence ne voudront-ils que pour l’avenir?*, JCP 2004, s. 2295 vd., doctrine I 189; NICOLAS MOLFESSIS, *Colloque sur le rapport du groupe du travail sur les revirements de jurisprudence*, Cour de cassation, 12 Janvier 2005, JCP 2005, s. 119.

¹⁷ Bu içtihat değişikliği için özellikle bkz. 1. HD, 29 Haziran 1999, 2 dava, Bull. Civ. I, n. 220 ve 222; Dalloz 1999, içtihat n.559, D. THOUVENIN, ve özet 395, yorumlayan J. PENNEAU; RTD Civ. 1999, s. 841, yorumlayan P. JOURDAIN; RDSS 2000, s. 354, yorumlayan L. DUBOIS.

¹⁸ Bu konuda bkz. MOLFESSIS, *La Cour de cassation*, Dalloz 2009, s. 259.

¹⁹ Aslen DEMOGUE tarafından yapılan ayrıma ilişkin bkz. TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, n. 577; FRANZ WERRO, *Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR*, RDS. 1997 I 343; FRANZ WERRO, *Le mandat et ses effets*, th. Habil., Fribourg 1993, n. 108.

olabileceği görüşündedir. Bu ancak, değişimin ilk derece yargılaması ile temyiz aşaması arasında gerçekleşmiş olması halinde mümkün olabilirdi²⁰. Mahkeme, yargılamayla ilgili olarak, 1986 yılında kanunun yeni içtihatlar geliştirmek için yeterli potansiyele ve içeriğe sahip olduğunu; “yeni çözümlerin” de buna dayandığını ileri sürmüştür.

İsviçre hukuku bakımından, bu karar ve Fransız hukukçuların zaman içinde içtihatların değişmesi ve bunun yarattığı sonuçlar hakkındaki yorumları²¹ aydınlatıcıdır. Elbette, Fransız hukukunda hâkimler içtihatlar yoluyla hukuk yaratmak hususunda isteksizdir²². *Montesquieu* tarafından hâkimler için yapılan “cansız”, “sadece hukukun sözlerini söyleyen bir ağız”²³ tanımlamasından ve 19. Yüzyılın ilk yarısında *Exégèse* okulu²⁴ tarafından söylenen “hukuk metni kültüründen” kendini kurtarmış olsalar da hâkimler, halen daha, sadece yasa koyucunun isteğini somut olaya uygulamakla görevli kimseler olarak düşünülmektedirler. Bu bağlamda düşünülecek olursa, hukuku somut olaya uygulamak söz konusu ise, önceden mevcut olan hukuka ilişkin yeni bir içtihat yahut bir içtihat değişikliği geçmişe etkili olarak uygulanabilmelidir. O halde, sadece adalete erişim gibi temel bir hakkın ihlali gibi durumlarda yeni çözümler derhal uygulama alanı bulamazlar.

MEYER-HAYOZ gibi yazarların etkisi altında²⁵, hâkimin hukuk uygulamasındaki rolüyle ilgili olarak sahip olunan anlayış, on yıllar

²⁰ Hâlbuki bu halde dahi, Fransız Yüksek Mahkemesinin Sosyal Dairesi, yeni içtihadın olaya uygulanması gerektiği görüşündedir (28 Ocak 2004, E. 02-40173): “Bir içtihadı yorumlayan hâkimlerin uygulaması, ilk derece mahkemesi kararından zaman bakımından sonra olsa da, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu m.6 § 1’e aykırılık teşkil etmez.” Aynı yönde bkz. MOLFESSIS, *La Cour de cassation*, Dalloz 2009, s. 2569.

²¹ Bkz. yukarıda dn.16.

²² Bu konuda, söz konusu kararın yorumunda benzer bir saptama için bkz. MOLFESSIS, *La Cour de cassation*, Dalloz 2009, s. 2570.

²³ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, Cenevre 1748, kitap XI, başlık 6: “Milletin hâkimleri, tıpkı dediğimiz gibi, kanunun sözünü söyleyen ağız olmaktan ibarettirler; kanunun ne gücünü ne de sertliğini yumuşatma gücü olan cansız birer varlıktırlar.”

²⁴ *Exégèse* okulu için bkz. JULIEN BONNECASE, *L’école de l’exégèse en droit civil*, 2. Bası, Paris 1924, s. 128’de açıklıyor: “Bu hukuk metnine tapınmaktır, hatta daha iyisi hukuk kültürünün yerine kanun metni kültürünün geçmesidir.” Aynı yönde bkz. STEFAN VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Cilt I, Tübingen 2001, s. 475 vd.

²⁵ ARTHUR MEIER-HAYOZ, in *Berner Kommentar*, Bern 1966, Art. 1 CC n. 140 vd. ve 179 vd.

içinde, Fransız hukukunda yukarıda açıklanan değişime benzer biçimde değişmiştir²⁶. Bu nedenle, hâkimin hukuk uygulamasındaki rolü hakkında İsviçre hukukunda yaşanan bu güncel gelişimin, özellikle faydacı metodolojik çoğulculuk açısından bakıldığında, zaman içinde içtihatlar da meydana gelen değişimler ile ilgili olarak bizi farklı bir çözüme götürüp götürmediği incelenmelidir.

II. FAYDACI METODOLOJİK ÇOĞULCULUĞUN ETKİSİ

On beş yıldan biraz uzunca bir süredir, Federal Mahkeme faydacı metodolojik çoğulculuğu (*pragmatischer Methodenpluralismus*) uygulamaktadır²⁷. Bu isimlendirmenin temelinde aslında hâkimin hukuk yaratma rolü saklanmaktadır²⁸.

Esasen “*geleneksel*” metodoloji belirli bazı durumlarda içtihatların hukuk yaratma gücünü Medeni Kanunun 1. maddesi 2. fıkrası bağlamında açıkça tanıyor ve “*preator hukuku*” yahut “*ıçtihat kuralları*” adıyla damgalıyordu²⁹.

Böylelikle, mutlak olmasa da, “açık anlam” kuralı (*règle de sens clair, Eindeutigkeitsregel*) kanunun lafzına belirgin bir önem yükliyordu³⁰. Federal Mahkeme de, bu doğrultuda sıklıkla, kanunun açık metninin yorumlanmaması gerektiği yönünde görüş bildiriyordu³¹.

²⁶ Boşluklarla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. HENRI DESCHENAUX, Le titre préliminaire du Code çivil, TDP II/1, Fribourg 1969, s. 89 vd.; BKomm-DÜRR, Art. 1 CC n. 298 vd. ve dahası özellikle STEINAUER, Le titre préliminaire, s. 125 vd.

²⁷ “Pragmatischer Methodenpluralismus” kavramını ilk kullanan mahkeme kararı ATF 121 III 219, 225 n. 1.d.aa’dır.

²⁸ Bkz. MARC AMSTUTZ, Oubos, Nachbemerungen zum pragmatischen Methodenpluralismus, in P. Gauch et al. (édit.), Mélanges en l’honneur de Pierre Tercier, Cenevre/Zürih 2008, s. 19 vd.; AMSTUTZ, Der Text der Gesetzes, RDS 2007 II 248 vd.; MARC AMSTUTZ/MARCEL A. NIGGLI, Recht und Wittgenstein: wittgensteins Philosophie als Bedrohung der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in P. Tercier et al. (édit.), Gauchs Welt: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, s. 3 vd.; KRAMER, Juristische Methodenlehre, s. 319 vd.; CoRo CC I-WERRO, Art. 1 CC n. 10 vd., 43.

²⁹ STEINAUER, Le Titre préliminaire, n. 103; KRAMER, Juristische Methodenlehre, s. 183 vd.

³⁰ Birçokları arasından bkz. STEINAUER, Le Titre préliminaire, n. 103; KRAMER, Juristische Methodenlehre, s. 59 ve 81 vd., özellikle s. 84; CoRo CC I-WERRO, Art. 1 CC n. 65 vd.

³¹ ATF 132 III 226 n.3.3.5; ayrıca bkz. ATF 135 III 640 n. 2.3.1, JdT 2010 I 95*; ATF 135 IV 113 n. 2.4.2; ATF 135 V 1 n.7.2.

Modern yorumlar, kanunun metninin somut herhangi bir olay için önceden hazırlanmış çözümler sunmadığını göstermiştir; kanun metni, somut olaya uygulanması gereken, genel ve soyut kuralları ifade eder³². Dahası, tartışmasız birbirinin aynı olan kuralları birden çok dilde yazılmış olan hukuk rejiminin, tamamen lafzi yoruma dayanması mümkün değildir. Bu demektir ki, özel ve somut olaya uygulanabilmesi için soyut norma anlam vermek gereklidir. Ayrıca, somut olayda, soyutla somutun arasındaki mesafe azaltılmalıdır ki bu da her zaman, özünde kurucu olan bir yorumlama süreci gerektirir³³.

Böylelikle, hukuk aktörleri, avukatlar ama özellikle hâkimler, özel bir normun sadece hâkimin bu normu somut olayların bütününe uygulaması halinde gerçekten var olacağının bilincinde olmalıdırlar. Bir hükmün her uygulanışı, söz konusu hukuk normuna *ek bir normatif yoğunluk (densité normative supplémentaire)* katacaktır.

Kavramların bu şekilde evrilmesinin ve bu saptamanın gücüyle, federal hâkimler; *açık hukuk metni olmadığını*³⁴, ama sadece (farklı dillerde de olsa) aynı hukuk metninin sistematik, amaçsal ve tarihi olmak üzere çok katmanlı (*multiplex*) yorumundan kaynaklanan, duruma göre farklı yorumlanan çözümlerin olduğunu kavramışlardır³⁵. Bu durumda, Federal Mahkeme bir yorum unsurunun diğerleri karşısında *a priori* üstünlüğünü reddetmiştir³⁶; hâkimler, yorum metotlarının zaman zaman farklı sonuçlar vermesini dikkate alarak “faydacı” (*pragmatique*) bir yaklaşım benimsemek gerektiği görüşündedirler³⁷.

³² Aynı yönde CoRo CC I-WERRO, Art. 1 CC n. 22; PIERRE MOOR, *Dynamique du système juridique, Une théorie générale du droit*, Cenevre/Zürih/Basel 2010, s. 242 vd. (okumanın boyutları üzerine)

³³ Bkz. PASCAL PICHONNAZ, *Le centenaire du Code des obligations*, RDS 2011 II 207.

³⁴ ATF 127 III 444, JdT 2002 I 213'den naklen. Aynı yönde açıklamalar için bkz. CoRo CC I-WERRO, Art. 1 CC n. 60.

³⁵ Çok katmanlı (*multiplex*) yorum kavramı için bkz. MARC AMSTUTZ, *Interpretatio multiplex: Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Lichte von BGE 129 III 335*, in Honsell et al. (édit.), *Mélanges E.A. Kramer, Privatrecht und Methode*, Basel 2004, s. 67 vd.

³⁶ Bkz. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, s. 126 vd.; HANS-PETER WALTER, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009, veröffentlicht in den Bänden 133 bis 135, RJB 147 (2011)*, s. 225, yakın tarihli içtihatlara da göndermeler ile; STEINAUER, *Le Titre préliminaire*, n. 320 vd.

³⁷ Kavram ilk defa ATF 121 III 219, 225 n.1.d.aa'da ortaya çıkmıştır. Aynı yönde bkz. ATF 136 V 195 n.7.1; ATF 133 III 175 n.3.1, JdT 2008 I 314; ATF 132 III 707 n.2, JdT 2007 I 61; ATF 131 III 33 n.2, JdT 2005 I 255.

İçtihadın Fransızca versiyonundan³⁸ daha iyi olarak İsviçre Almanca'sıyla yazılmış versiyonda, tıpkı 2013 tarihli şu kararda açıklandığı gibi, hâkimin hukuk yaratıcısı olarak rolünün altı çizilmiştir: “(...)Kanunun yorumlanması, normun lafzının değil, daha ziyade somut olayın anlaşılmasına ve kanunun somut olaya uygulanmasına dayalı düşüncenin rehberliğinde olmalıdır. Gerekli olan, normatif yapı içerisinde, kanunun ruhunun amaçladığı tatminkâr sonuca uygun olarak, somut olaya en doğru çözümü getirmektir. Burada Mahkeme, faydacı metodolojik çoğulculuğu takip eder ve yorum unsurları arasında hiyerarşik bir sıralamanın öngörüldüğü düşüncesini reddeder.”³⁹.

Şu halde yorum, somut olayda menfaatlerin araştırılarak adaletin sağlanması suretiyle⁴⁰ söz konusu normun içeriğinin belirlenmesi ve somut olayda uygulanmasından başka bir şey değildir⁴¹.

Yakın tarihli içtihatlar hukuk metninin soyut ve genel programının somut olaya uygulanması için güzel örnekler sunmuştur. Nitekim, İsv. BK m. 400/f.I uyarınca “Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.” Bu hükme dayanarak Federal Mahkeme, müşterilerinin vekili sıfatıyla hareket eden bankalar ve diğer finansal kuruluşların, aslında iş hacmi sağlayan bir finansal ürün sağlayıcısı sıfatıyla kazanç sağlamaları mümkün olduğu halde, aracılık komisyonu (*commission d'état, finder's fee*) adı altında almış oldukları meblağları müşterilerine iade etmelerine karar verdi⁴².

³⁸ Yayınlanan son karar ATF 139 II 49, 54 n.5.3.1'dir. Özel hukukta aynı yönde özellikle bkz. ATF 137 III 37, 342 n.3.1; ATF 136 III 283, 284 n.2.3.1; ATF 135 III 20, 23 n.4.4; ATF 133 III 555, 562 n.3.4.3.1.

³⁹ ATF 139 III 201, 205 n.2.5.1.

⁴⁰ FATIMA NIANG, De quelques contraintes européennes sur le juge suisse, in S. Besson/A.R. Ziegler (édit.), Le juge en droit européen et international/The Judge in European and International Law, Cenevre/Zürich/Basel 2013, s. 204.

⁴¹ PICHONNAZ, Le centenaire du Code des obligations (...), RDS 2011 II 209. Aynı yönde, WALTER, RJB 147 (2011), s. 222: “Yorumun amacı, ilgili normun içeriğinin, söz konusu olaya uygulanmak üzere en makul şekilde araştırılması ve uygulamaya konmasıdır.”

⁴² ATF 138 III 755, SJ 2013 I 217 (4A_127/2012 ve 4A_141/2012). Bu karar hakkında özellikle bkz. DANIELE GALLIANO/GIOVANNI MOLO, Les rétrocessions dans le domaine de la gestion patrimoniale, PJA/AJP 2012, s. 1766 vd.; PETER NOBEL, Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen, in Jusletter du 19 novembre 2012; BEAT MATHYS/VITO ROBERTO, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen?,

Geçmişte bazı bireysel komisyonların iade edilmesine mahkemelerce karar verilmiş olsa da⁴³, 30 Ekim 2012 tarihli söz konusu kararın ülkemizde faaliyet gösteren finansal kuruluşlar bakımından, salt İsv. BK m. 400/f.I'ın okunmasıyla öngörülemeyecek çarpıcı bir etkisi olduğunu söylemek gerekir. Diğer bir deyişle, m. 400 tarafından düzenlenen soyut ve genel kural Federal Mahkeme tarafından uygulamaya konulmuştur.

Acaba “vekilin, işbu sıfatla işini görürken aldıklarını iade etmesine” ilişkin bu soyut kuralın uygulanma şekli, normatif anlamda soyut kuralın kendisinden daha az değerde midir? Veya aksine, acaba içtihadi uygulamanın kurala bir vücut (ve tabii hayat) verdiğini mi düşünmeliyiz? Ve bunun sonucunda, Federal Mahkeme tarafından getirilen yeni ilkeler, sadece söz konusu karardan sonra yapılan sözleşmelere mi uygulanmalı yoksa bu ilkelerin geçmişe etkili olarak bütün vekâlet sözleşmelerini kapsayacak şekilde uygulanmasını mı kabul etmeliyiz?

Elbette, 400. madde hükmünün olası bütün yorumlara imkân verecek içeriğe zaten sahip olduğu söylenebilir. Bunun sonucu olarak, işbu maddeye tâbi olan davanın taraflarından herhangi birisi, kararın bu kurala göre verilmesi nedeniyle şaşırıldığını öne sürerek itirazda bulunamazdır. Zira, böyle bir anlayış, hukuk uygulamasının güncel sorunlar karşısında evrim geçirmesini ve hukuk kurallarının toplumsal bağlamını göz ardı etmek olurdu⁴⁴. Esasen hukuk, mevcut bir toplum içinde ve bu toplumun belirli bir zaman diliminde ulaştığı noktada yazılır; ancak, özünde hukuk kuralları dinamiktir. Bu dinamik, elbette ki, davanın tarafları için bir belirsizlik ve güvensizlik durumu yaratır. Özellikle ilgili şahıslar için kararın önemi ne kadar büyükse, söz konusu belirsizlik ve güvensizlik o kadar artacaktır.

İçtihatlarda halihazırda bolca ele alınmış bir durum kanun tarafından, elbette bir miktar uyarlamak suretiyle, kristalize edilmiş ise

in Jusletter du 19 novembre 2012; PASCAL PICHONNAZ/Franz WERRO/BÉATRICE HURNI, La prescription de la créance en restitution des commissions d'état (art. 400 al. 1 CO) après l'ATF 138 III 755, PJA 2013, s. 887 vd. (ve birçok referans); FLAVIO ROMERIO/CLAUDIO BAZZANI, Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen, GesKR 2013, s. 49 vd.

⁴³ Özellikle ATF 137 III 393, JdT 2012 II 168; ATF 132 III 640, JdT 2008 I 58.

⁴⁴ Yakın tarihli benzer bir görüş için makalemize bkz. La concrétisation des changements sociaux dans le droit: éléments de réflexions, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2013 (vol.70), s. 130 vd.

durum daha da karmaşık bir hal alır. Genel işlem şartlarına ilişkin İsviçre Haksız Rekabet Kanunu (*Loi fédérale contre la concurrence déloyale*) m.8'in kabul edilmesi buna örnek teşkil eder. 1 Temmuz 2011 tarihine kadar⁴⁵, sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarının geçerlilik denetimi alışılmadık koşul (*clause insolite, Ungewöhnlichkeitsklausel*) incelemesine tâbi idi⁴⁶. Oysa söz konusu 8. maddenin yürürlüğe girmesiyle birlikte, bir tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan genel işlem şartları artık yeni bir hukuki rejime tâbi olacak ve büyük ihtimalle önceki döneme ait içtihatlardan etkilenecektir. Yeni bir hukuk metni söz konusu olduğu durumda, Medeni Kanunun son bölümünde yer alan geçiş hükümleri mahiyetindeki 1 ilâ 4. maddeler uygulama alanı bulacaktır. Eğer içtihatlarda, 2011 yılına kadar yürürlükte olan 8. maddenin eski halini genişleten bir yoruma dayalı, kendine has bir içerik denetimi söz konusu olsaydı (örneğin hilenin şartlarını genişçe yorumlamış olsaydı⁴⁷), Federal Mahkeme çok büyük ihtimalle bu içtihadının geçmişe etkili olduğunu kabul ederdi⁴⁸.

Biz, kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu m.8 hükmünün önceden akdedilen sözleşmelere de derhal uygulanması gerektiğini savunduk⁴⁹. Buna karşın, öğretide diğer bazı yazarlar, bu kuralın yürürlüğe girmesinden evvel akdedilen

⁴⁵ Yeni hüküm 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RO 2011 4909).

⁴⁶ Alışılmışın dışında koşul kuralının uygulanması ve sınırlamaları üzerine bkz. ALFRED KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, PJA 2008 947 vd.; ARIANE MORIN, Les clauses contractuelles non négociées, RDS 2009 497 vd., özellikle s. 519; PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5. Bası, Zürih 2012, n. 880; FRANZ WERRO, L'achat et le leasing d'un véhicule automobile: regard critique sur les conditions générales, in F. Werro/H. Stöckli (édit.), Journées du droit de circulation routière, Bern 2006, s. 8 vd.

⁴⁷ Zaten Federal Mahkeme'ye göre hatanın şartları (ya da Almanca metne sadık kalıp tam ifade edecek olursak aldatmanın şartları) dava konusu sözleşme hükmünün üslubunun yanlış anlamaya müsait olması halinde gerçekleşir; herhangi bir aldatma kastının ispatı aranmaz; ATF 119 II 443 n. 1.c, SJ 1994 637; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9.bası, Zürih 2008, Cilt I, n. 1154 vd.; DOMINIQUE JUNOD MOSER, Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation, tez: Cenevre 2001, s. 166.

⁴⁸ Bkz. yukarıda dn.8

⁴⁹ PASCAL PICHONNAZ, Le nouvel art.8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR/DC 2012 s.140 vd.

sözleşmelere uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedirler⁵⁰. O halde, bu iddia kabul edilecek olursa, genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin olarak alışılmadık koşul kuralının sağladığı gizli koruma zırhı, yeni 8. madde ile –elbette geliştirilerek– yeniden ele alınmış olsa da, bunun derhal uygulanması kabul edilmeyecektir. Oysa ki, çokça yaygın olarak kullanılan genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, eğer yeni bir içtihatla “alışılmadık koşul” olarak kabul ediliyorsa⁵¹, 8. madde hükmü kamu düzeninden sayılsın ya da sayılmasın, geçmişte akdedilen ve yürürlükte olan sözleşmelerin tümünde bu şekilde (alışılmadık koşul olarak) kabul edilecektir. Böyle bir ayırım yapmak mantıklı mıdır? Son bölümde ele alacağımız mesele budur.

III. İÇTİHATLARIN ZAMAN İÇİNDE DEĞİŞMESİ HAKKINDA KURALLAR

İçtihatlara eklenen her bir mahkeme kararı, bir hukuk normunu somutlaştırmaya yarayacak bir miktar daha unsur sağlamakta, normatif yoğunluğa katkı yapmaktadır. Buna karşın, eğer her bir kararın “*normatif değeri*” aynı ise, hiçbirisi tek başına normun yorumunu değiştirmez veya Pierre Moor’un sözlerine atıf yapacak olursak, “temel hukuki metinde aynen varlığını sürdüren hukuki kelimelerin anlamlarının dilbilimi bakımından değiştirilmesi” için bir zorunluluk bulunmamaktadır⁵². Bu saptama, zaman içinde içtihatların uygulanması bakımından önem arz etmektedir.

Böylelikle, bir mahkeme kararı; karmaşık bir durumu çözmek için veya önceden farklı şekilde yapılan bir uygulamayı (tıpkı aracılık komisyonu meselesinde olduğu gibi) artık farklı şekilde yapmak için belirli bir uygulamayı vurguluyorsa; yahut önceden öngörülmesi güç veya

⁵⁰ Özellikle GREGOR BÜHLER/RICHARD STÄUBER, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art.8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, recht2012, s.89; MARKUS HESS/LEA RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art.8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, PJA 2012 s. 1211; FLORENT THOUVENIN, Art.8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in Jusletter du 29 octobre 2012 n.59; MARKUS VISCHER/GILLES BENEDEK, Die intertemporale Anwendung von Art. 210 Abs. 4 OR, Jusletter du 3 Décembre 2012 n.49 vd.

⁵¹ Yakın tarihli örnekler için bkz. ATF 138 III 411 n.3, SJ 2012 I 445; ATF 135 III 1 n. 2.1, JdT 2011 II 516; ATF 135 III 225, 227 n.1.3, JdT 2009 I 475; TF 4A_404/2008, 18.12.2008.

⁵² MOOR, Dynamique du système juridique, s. 259.

beklenmedik ani bir yenilik, değişim ya da gelişim getiriyorsa içtihatların değişmiş olduğundan bahsetmek mümkün olur⁵³.

Elbette ki, bu kategorilerin tam anlamıyla sınırları ve ayrımları belirlenmiş değildir. Mahkemelerin bazen açıkça beyan ederek içtihat değişikliği yaptıkları halleri⁵⁴ veya bazen “içtihatların birleştirilmesi” (*précision de jurisprudence*) olarak sayılan halleri⁵⁵ ya da önceki kararlara ışık tutan son vakianın veya kararın dikkatle okunması suretiyle değişimin fark edilebileceği halleri içtihat değişikliği olarak düşünmek yeterlidir.

Her şeyden önce “içtihatlardaki modülasyon^{****}” (*modulation de jurisprudence*), “yeni anlamların yüklenmesi” (*remotivation sémantique*) hallerinde kararın zaman içinde nasıl uygulanacağı meselesi söz konusu olacaktır. Nitekim, içtihatlardaki modülasyon zaman içinde belli belirsiz gerçekleşmiş olabilir; o halde, bazen kararın geçmişe etki edip etmeyeceği tartışılırken içtihat değişikliğinin ne zaman gerçekleştiğine ilişkin bir zaman sınırı koymak ya da saptamak zor olabilir.

Bir kararın geçmişe etkili mi yoksa geleceğe yönelik etkili mi olması gerektiğine dair yardımcı olabilecek en azından üç kıstas düşünülebilir:

⁵³ Birinci başlık altında incelediğimiz kararı takiben Guy Canivet köklü içtihat değişikliğini şu şekilde açıklamıştır: “Mahkemenin, bir davayla ilgili olarak, kanunu öncekinden farklı yorumladığı her halde bir köklü içtihat değişikliği söz konusudur.”, CANIVET/MOLFESSIS, JCP 2004, s. 2295 vd., doctrine I 189.

⁵⁴ İçtihat değişikliğinin varlığının açıkça reddedildiği bir örnek için bkz. ATF 137 III 352; içtihat değişikliği kıstasları için bkz. ATF 138 III 270, 273 n.2.2.2: “Bir içtihat değişikliği özellikle hukuki kavramlar ve durumlar evrim geçirmiş veya yeni uygulama kanunkoyucunun iradesini daha iyi yansıtıyorsa haklı görülebilir.”; ATF 137 V 282, 292; idare hukuku uygulamasından aynı kıstaslara tâbi bir içtihat değişikliği için bkz. ATF 136 III 6, 8 n.3. Aynı yönde, içtihat değişikliklerinin tipolojisi için bkz. PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, s. 253 vd.

⁵⁵ İçtihatların birleştirilmesi örnekleri için bkz. ATF 139 III 190, 193 n.4.4 (harcamalar hakkında Medeni hukuk sorumluluğu ve Usul hukuku ilişkisi üzerine); ATF 139 III 155, 159 n.5.3 (primler ve maaşa dâhil ödemelerin ayrımı hakkında).

^{****} Çevirmenin notu: Fransızca’da “Modulation” sözcüğü; müziğin tonunun ya da bir rengin tonunun değişimi anlamında kullanıldığı gibi, yeni durumlara göre yapılan fiyat vs. uyarlamalarında da kullanılmaktadır. Örneğin, rengin sarıdan kırmızıya dönmesi bir köklü değişiklik iken, sarının daha koyu ya da daha açık hale gelmesi bir ton değişikliği yani modülasyondur. Yazar burada, içtihatların kökten değişmediği, ancak mahkemelerin görüşlerinde günün ve olayın koşullarına göre meydana gelen ve zaman içinde gerçekleşen hafif yorum değişikliğinin olduğu durumları kastetmektedir.

- *Yeniden yönlendirmenin önemi.* Yeniden yönlendirmenin (kavramların yeniden anlamlandırılmasının) etkisiyle, belirli bir olayda, davaya taraf olan kişilerin bazı yerinde beklentilerinin dikkate alınması haklı görülebilir.

- Ortaya çıkan çözümün *beklenmedik karakteri*, öyle bir boyuttur ki dava tarafları bunu öngöremezler, kendilerini buna büyük ölçüde hazırlayamazlar; aracılık komisyonlarının iadesine ilişkin kararda durum böyle olmuştur.

- Ulaşılan çözümün *yeni karakteri*, daha önce bu şekilde çözümlenmemiş olan bir meselenin mahkeme tarafından ilk defa bu şekilde karara bağlanması; genel işlem şartlarında yer alan bir maddenin şaşırtıcı koşul olarak kabul edilmeye başlanması veya *lex Weber* örneğinde⁵⁶ olduğu gibi anayasal bir değişikliğin uygulanmaya başlanma anı durumları buna örnek olarak düşünülebilir.

Sadece içtihatların kökten değişmesi halinde değil, içtihatlardaki modülasyon hallerinde de bir geçiş rejimi belirlemek gereklidir. Bu konuda birden çok olasılık düşünülebilir⁵⁷. Nitekim, eğer bir içtihatdaki modülasyon, bir kanun metnindeki değişiklik ile normatif gücü ve etkileri bakımından denk sayılır ise⁵⁸, o halde geçiş rejimi için Medeni Kanunun son bölümünün 1 ilâ 4. maddelerinin kıyasen uygulanması yerinde olurdu.

Medeni Kanunun son bölümünün 1. maddesi hükmü yeni kanunun geçmişe yürümezliği kuralını düzenlemektedir. Bunun ana fikri, geçmiş bir olayın, ilke olarak, yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte farklı hukuki sonuçlar doğurmamasıdır. Burada hukuk güvenliği düşüncesinin etkisini görülmektedir. Esasen kanunkoyucu, burada, örneğin bir sözleşmenin taraflarının işbu sözleşmeden kaynaklanan beklentilerine etki etmek istemediğini açıklamaktadır. Temel ilke, geçmiş olaylara geçmiş

⁵⁶ Lex Weber ile ilgili bkz. ATF 139 II 243 (1C_646/2012); ATF 139 II 271 (1C_649/2012)

⁵⁷ REICH/UTTINGER, RDS 2010 I 178 vd., birçok öneri ileri sürmektedir. Özellikle (a) içtihatların kökten değişmesinin beyan edilmesi (BÉATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt 1983, s. 243); (b) kararı veren mahkemenin geçiş rejimini belirlemesi (PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, s. 707 vd.); (c) sadece meseleye uygun kararların anında uygulanması (REICH/UTTINGER, RDS 2010 I 184 vd.).

⁵⁸ Aynı yönde bkz. REICH/UTTINGER, RDS 2010 I 175: “Hukuk uygulamasındaki değişimler metodolojik olarak kanun değişikliğinden güçlükle ayırt edilebilirler; işlevleri bakımından hukuk yaratan işlemlerdir.”

kanunun, yeni olaylara ise yeni kanunun uygulanmasıdır. Bundan yola çıkarak, daha sonra açıklayacağımız bazı istisnalar dışında, bir içtihadi modülasyonun aynı şekilde somut olaya uygulanacağı ancak evvelki olaylar için uygulama alanı bulamayacağı düşünülebilir.

Sözleşmesel anlamda, bilinmektedir ki, sözleşmenin oluşturduğu hukuki ilişki, bütün borçlar sona erinceye kadar devam etmesi nedeniyle bir zorluk bulunmaktadır. Bundan dolayı, eski kanun döneminde kurulan fakat henüz sona ermemiş bir sözleşme, yeni kanunun yürürlüğe girdiği anda bir “askıda olay” olarak kabul edilir⁵⁹. Böylece, sözleşmeyi meydana getiren, onu değiştiren veya sona erdiren hukuki olay yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiş ise, bunun yeni kanun öncesinde bir olay olarak kabul edilmesi gerekir. Esasen, Medeni Kanunun son bölümünün 1. maddesinde düzenlenen sisteme göre, hukuki sonuçların varlığı değil; kurucu, değiştirici veya sona erdirici olaylar, yeni veya eski kanunun uygulanması bakımından belirleyici olacaktır⁶⁰. İchtihatların modülasyonunda da benzer şekilde düşünmek gereklidir.

Geçiş rejimine ilişkin olarak, geçmişe yürümezlik kuralının üç istisnası bulunmaktadır:

1. Kamu düzenine ve ahlaka ilişkin bir kuralın getirilmiş olması halinde (İsv. MK., son bölüm, m. 2/f.I) bu kural geçmiş veya halihazırda cereyan eden yahut askıda olan tüm olaylara uygulanır. Bir kuralın kamu düzeninden addedilmesi için emredici karakteri haiz olması yeterli değildir, günümüz hukuk düzeninin temel ilkelerine dair olması, başka bir deyişle, temel sosyo-politik veya etik kavramlarına hayat vermesi gereklidir⁶¹.

2. Taraf iradelerinden bağımsız olay (İsv. MK., son bölüm, m. 3) veya kazanılmış hak doğurmayan olay (İsv. MK., son bölüm, m. 4). Aslında bu iki hüküm geniş anlamda aynı düşünceyi ifade etmektedir: Eski olaylar dahi, kazanılmış hak doğurmadıkça yeni kanundan etkilenecektir⁶²; çünkü ya hakkın içeriği sadece kanuna bağlıdır ya da tarafların somutlaştırdığı veya bir hukuk devletinde haklı güven

⁵⁹ MARKUS VISCHER, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986, s. 36.

⁶⁰ MARKUS VISCHER, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Bası, Bâle 2011, Art. 1 Tit. fin. n. 9 (anılış: BaK-VISCHER); ATF 133 III 105, 108.

⁶¹ Özellikle bkz. ATF 133 III 105, 109 n. 2.1.3.

⁶² BaK-VISCHER, Art. 3 Tit. fin. n. 3. Aynı yönde bkz. ATF 133 III 105, 109 n. 2.1.1.

kazandıkları (*position de confiance*, *Vertrauensposition*) bir hal söz konusu değildir⁶³.

İçtihatların modülasyonu halinde, aynı ilkelerin uygulanması mümkündür. Zaman alan bir kanun değişikliğinden farklı olarak, her ne kadar kanun değişikliğinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği son ana kadar belirsizliğini korusa da⁶⁴; içtihatların modülasyonunun gerçekleşeceğini önceden müjdeleyen hiçbir işaret bulunmamaktadır. Hatta, Federal Mahkeme kararlarının, kendisinden önce gelen kantonal kararları ters köşede bırakması mümkündür. Bundan dolayı, Mahkeme, herhangi bir somut olayın özelliklerini irdeleyerek bu olayda tarafların menfaatlerini korumak amacıyla, önceki bir içtihadi modülasyonun uygulanmasını saf dışı bırakmayı haklı gösterebilir ve söz konusu modülasyonun geleceğe yönelik uygulanmasına karar verebilir.

Federal Mahkeme bunu birçok kez hatırlatmıştır. Köklü bir içtihat değişimi sadece gelecek olaylara uygulanabilir⁶⁵. O halde, içtihat değişiklikleriyle ilgili bir çeşit *ağırlaştırılmış geçmişe yürümezlik ilkesi* (*Principe de non-retroactivité renforcée, purely prospective overruling*⁶⁶) söz konusudur. En azından, içtihat değişimlerinin beyan edilmesi ilkesi

⁶³ BaK-VISCHER, Art. 3 Tit. fin. n. 5 vd. Aynı yönde bkz. ATF 133 III 105, 108; ATF 131 III 327, 332.

⁶⁴ Bu konuda, (İsim hakkına ilişkin olarak 2001 yılında olduğu gibi) Federal Meclis'in son oylamada reddettiği tasarılar veya parlamentonun büyük desteğine rağmen halk oylamasına konu olan kanun değişiklikleri akla gelebilir.

⁶⁵ Ender de olsa temyiz hakkını etkileyen değişimler için bkz. ATF 135 II 78, 85 n.3.2 (itiraz nedeniyle kısaltılmış süre); ATF 122 I 57, 61 n. 3d (temyiz hakkı). Aynı yönde ATF 116 II 493, 496, JdT 1994 I 190; ATF 116 Ia 359, 382, JdT 1992 I 98. Daha başka atıflar için bkz. PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, s. 701.

⁶⁶ Evleviyetle bkz. PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, s. 700 vd.; WALTER KLAPPSTEIN, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, Berlin 2009, passim. İskoç ve İngiliz uygulaması için bkz. Cadder v. Her Majesty's Advocate (Scotland) [2010] WLR 2601: "İşte şimdi hatırı sayılır miktarda hükmün etkisiyle ilgili olarak mahkemenin kararlarının geçmişe etkisini sınırlama gücü bulunmaktadır: Bakınız, örneğin, In re Spectrum Plus Ltd [2005] UKHL 41, [2005] 2 AC 680; Ahmed v HM Treasury (no2) [2010] UKSC 5, [2010] 2 WLR 378, para 17 [...]". Aynı yönde Amerikan hukukunda Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618, 639-40 (1965); BERYL HAROLD LEVY, Realist jurisprudence and prospective overruling, 109 (1960) U. Pa. L. Rev. s. 1 vd., özellikle s. 7 vd. (yazar, üç ayrı halini inceliyor.); WALTER V. SCHAEFER, Prospective Rulings: Two Perspectives, 1982 Sup. Ct. Rev. 1; ROGER J. TRAYNOR, Quo Vadis, Prospective Overruling: A question of Judicial Responsibility, 28 (1977), Hastings Law Journal s. 533 vd.

taraflar için meydana gelebilecek sürpriz etkisini azaltma ihtiyacını kısmen karşılar⁶⁷.

Bazı hallerde açıkça gerçekleşen bir içtihat değişikliğinde geçerli olan⁶⁸ (basit) geçmişe yürümezlik kuralı, ilke olarak, içtihatların birleştirilmesi halleri de dâhil, tüm içtihat değişiklikleri için geçerli olmalıdır. Başka bir deyişle, yukarıda tanımladığımız anlamıyla tüm içtihadi modülasyonlar⁶⁹, geçmişe etkili olmamalı ancak somut olaya (ilke olarak) derhal uygulanmalıdır.

Geçmişe etki sadece bir istisna olarak değerlendirilmelidir. Aslında, tıpkı yeni bir kanun metni gibi, hukuk güvenliğine ve tarafların belirli bir hukuk anlayışına duydukları güvene nazaran içtihatlardaki modülasyonun derhal uygulanmasına ağırlık verilmesi yerinde olacaktır⁷⁰.

O halde içtihatlardaki modülasyonun geçmişe etkili olması sadece ve sadece şu ihtimallerde söz konusu olabilir:

1. *Kazanılmış hak doğuran bir durumun yokluğunda* (İsv. MK, son bölüm, m.3'e kıyasen). Bu örneğin, içtihadi modülasyon taraf iradelerine ya da usul kurallarına ilişkin değilse söz konusu olacaktır. Bundan dolayı, sözleşmeler hukuku alanında kanun hükümlerinin yorumu geçmişe etkili olmayacak zira sözleşmenin içeriği taraflar tarafından belirlenecektir. O halde, aracılık komisyonuna ilişkin içtihatındaki modülasyonun geçmişe etkili olmaması gerektiği sorgulanabilirdi. Burada daha ziyade, sözleşmenin içeriğinin o güne kadarki yorumu İsv. MK. son bölüm m.4 anlamında bir haklı güven yaratmış gibi görünmektedir. Bu durumda, tek yapılması gereken, olayın kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmedığının tespit edilmesiydi ki bu da pek muhtemel görünmemektedir.

2. *Kamu düzenini ya da genel ahlakı ilgilendiren* bir kuralın yorumu söz konusu olduğunda (İsv. MK, son bölüm, m.2'ye kıyasen). Bir

⁶⁷ KRAMER, Juristische Methodenlehre, s. 295'de verilen örnekte ATF 109 II 116, 120 kararında ATF 112 II 450, 455'in değişimi bildiriliyor. BKomm- EMMENEGER/ TSCHENTSCHER, Art. 1 CC n. 494 aynı örneği alıyor ancak bildirimde değil sadece değişime vurgu yapıyor.

⁶⁸ Federal Mahkem, halen daha içtihatlarla bir geçmişe etki atfetmek eğilimindedir. Buna karşın bkz. TF 15.05.2009, StE 2010 A 24.5, n.6 cons.6: "Hukuk uygulamasındaki bir değişim sadece geleceğe etki eder."

⁶⁹ Bkz. yukarıda s. 57.

⁷⁰ Detaylı bir inceleme için bkz. THOMAS PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, s. 520 vd.

içtihatla modülasyon, özellikle bir içtihadın değişimi; hukuk güvenliği ile zaman içinde farklı yorumlanmayı gerektiren hukuki kavramların ciddi ve objektif değişimi (*modification sérieuse et objective, ernsthafte sachliche Änderungsgründe*) arasındaki menfaatler dengesinin iyi tartılmasını gerektirir⁷¹. Bundan yola çıkarak, kamu düzenini veya genel ahlaki ilgilendiren bir içtihat değişikliğinin geçmişe etkili olmasını kabul etmek konusunda biraz daha rahat olmamız gerekir. Bir genel işlem şartının haksız olduğunu belirten bir içtihat için de aynı şekilde düşünebiliriz. Esasen, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu m.8 kamu düzenini ve genel ahlaki ilgilendiren bir norm olarak kabul edilmeli⁷² ve evleviyetle bu ilkeye uygun şekilde uygulanmalıdır. Böylelikle, bu koşula ilişkin içtihatlar, devam etmekte olan ve işbu koşulu içeren tüm sözleşmelere, tarafları farklı olsa da uygulanmalıdır.

SONUÇ

Eğer bir hukuk kuralının metni –en azından geçerlilik süresi içinde– soyut ise, anlamı ve tabii ki normatif kapsamı, olası somut uygulamalara imkân verecek şekilde, yoruma konu olur⁷³. Davanın taraflarının davranışlarını belirleyen, hukuk metninin ortaya koyduğu genel ve soyut norm kadar bunun somut uygulamada nasıl algılandığıdır. Normatif güç, tıpkı hekimin sonucu temin yükümlülüğüne ilişkin Fransa’da geçen davada olduğu gibi, soyut metinden ziyade içtihat kararlarından kaynaklanır. Bu nedenle, içtihatların zaman içinde modülasyonunun zamansal etkisine dikkat etmek önemlidir.

Ayrıca, geçmişe etkinin uygulanıp uygulanmayacağını düşündüren dar anlamda içtihatların değişimi değildir; belirli bir zamandaki normatif yoğunluğun anlamının modülasyonudur.

Böylelikle, zaman içinde gerçekleşen içtihadi modülasyonların geçmişe etkili olacağı uzunca bir süre düşünülmüş olsa dahi; mahkeme kararlarının doğasıyla ilgili yeni düşüncelerin ortaya çıkması, geçiş rejimi

⁷¹ Örneğin bkz. ATF 136 III 6, 8 n.3

⁷² Benzer bir görüş için bkz. PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD, BR/DC 2012, s. 138 vd.; Karşıt görüş için bkz. VISCHER/BENEDEK, Die intertemporale Anwendung, n. 47. Bu görüş, Yönetmelik m.10/f.1’e dayanmakta ve bunun sadece geleceğe etkili bir yürürlük öngördüğünü ve bundan dolayı kamu düzeninden sayılamayacağını ileri sürmektedir. Oysa ki, 93/13 sayılı Yönetmelik, Avrupa Birliği içerisinde görev ve yetki paylaşımı kuralları gereği geçmişe etkili yürürlük kazanamaz.

⁷³ MOOR, Dynamique du système juridique, s. 115.

kuralları hakkında geliştirilen ilkelerin *mutatis mutandis* uygulanmasını mecbur kılmaktadır. Böyle bir yaklaşım, bir içtihadi modülasyonun geçmişe etkili uygulanmasının haklı güveni hayal kırıklığına uğratmasına ilişkin meselenin daha iyi ele alınmasını sağlar. Kanun değişikliklerinde söz konusu olan geçiş rejimi kurallarının içtihatlardaki modülasyonlara uygulanması, birtakım küçük farklılıklar olsa da, eşit işlem meselesine çare olacaktır⁷⁴. Aynı zamanda bunların, kanun koyucunun koyduğu, elbette ki hâkim kararıyla somutlaştırılacak genel ve soyut ilkeler olduğu nazara alınmalıdır.

⁷⁴ KRAMER'e göre bu, hukukun zaman içinde değişmesinin temel sorunudur (Bkz. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, s. 293. Aynı yönde bkz. BÉATRICE WEBER-DÜRLER, *Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung*, ZBI 105/2004, s. 1 vd. ve özellikle s. 16).