

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**



**Cilt: 23**

**Sayı: 1**

**Yıl: 2015**



ISSN: 1306-8075

## SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): 23 – Sayı (Number): 1 – Yıl (Year): 2015

**Sahibi (Owner):**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Dekan)

**Editörler (Editors) :**

Prof. Dr. İbrahim ERCAN&Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN&Yrd.Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

**Editör Yardımcıları (Assistant Editors) :**

Arş. Gör. Mehmet DENİZ

Arş. Gör. Emine Semra KAVAK

**Yayın Kurulu (Editorial Board) :**

Prof. Dr. Mehmet AYAN

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

Prof. Dr. İbrahim ERCAN

Prof. Dr. Yavuz ATAR

Prof. Dr. Faruk BİLİR

Prof. Dr. Sami KARAHAN

Prof. Dr. İbrahim ARSLAN

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

**Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :**

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Mevlâna Ü.)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Başkent Ü.)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Murat ŞEN (Melikşah Ü.)

Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)

Prof. Dr. İlhan ULUSAN(İstanbul Kültür Ü.)

Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)

**Haberleşme Adresi (Communication Address) :**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel: 0332 241 00 45 - Fax: 0332 241 01 05

İnternet: <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr>

e-posta: [hukukdergi@selcuk.edu.tr](mailto:hukukdergi@selcuk.edu.tr)

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**TÜBİTAK – ULAKBİM – HUKUK VERİ TABANINDA YER ALMAKTADIR.**

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

**Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.**

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Cilt: 23 – Sayı: 1 – Yıl: 2015**

**İÇİNDEKİLER**

**MAKALELER**

**KAMU HUKUKU**

İNSAN HAKLARININ YATAY ETKİSİ VE DEVLETİN  
SORUMLULUĞU ..... 9

*Prof. Dr. Reyhan SUNAY*

KAMU İDARELERİ TARAFINDAN KONULAN HACİZLER  
ARASINDA ÖNCELİK (KAMU İDARELERİ ARASINDA  
HACZE İŞTİRAK) .....53

*Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN*

ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN HUKUKSAL  
GEÇERLİLİĞİ .....71

*Yrd. Doç. Dr. Selcen ERDAL*

HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE ÂDİL YARGILANMA HAKKI  
ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALE İŞLEMLERİNDE İDARİ  
BAŞVURU YOLLARI.....95

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet Alpertunga AVCİ*

*Öğr. Gör. Ahmet TAŞIR*

SİĞİNMA HAKKININ KORUNMASI.....117

*Arş. Gör. Tacettin ÇALIK*

TÜRK HUKUKUNDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE  
MÜDAHALENİN ÖLÇÜSÜ .....147

*Arş Gör. Cansu Büşra ÖLMEZ*

İSTİKLAL MAHKEMELERİNİN KURULUŞU VE  
ÇALIŞMALARI .....177

*Arş. Gör. İbrahim ÜLKER*

## **ÖZEL HUKUK**

MİLLETLERARASI TAHKİMDE ESASA UYGULANACAK  
HUKUK .....203

*Av. İrfan SÖNMEZ*

*Arş. Gör. Gencay KARAKAYA*

TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE SATIŞ  
SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ.....231

*Yrd. Doç. Dr. Yakup KORKMAZ*

DAVAYA BAKMAKTAN YASAKLI HÂKİMİN  
GÖREVSİZLİK KARARI VERMESİNİN MÜMKÜN OLUP  
OLMADIĞI VE DAVAYA BAKMAKTAN YASAKLI  
YARGITAY ÜYESİNİN KULLANDIĞI OYLA KESİNLEŞEN  
HÜKME KARŞI HUKUKÎ ÇARELER .....255

*Arş. Gör. Emre KIYAK*

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER IŞIĞINDA AİLE VE  
ÇALIŞMA YAŞAMININ UZLAŞTIRILMASI KAPSAMINDA  
EBEVEYN İZİNİNİN UYGULAMADAKİ YERİ.....271

*Yrd. Doç. Dr. Namık HÜSEYİNLİ*

ARACILIK KONSORSİYUMU.....313

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa Sencer KARA*



**SELÇUK UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW**

**Volume: 23 – Number: 1 – Year: 2015**

**CONTENTS**

**ARTICLES**

**PUBLIC LAW**

THE HORIZONTAL EFFECT OF HUMAN RIGHTS AND  
STATE RESPONSIBILITY ..... 9

*Prof. Dr. Reyhan SUNAY*

THE PRIORITY BETWEEN THE LIENS PUT BY THE PUBLIC  
ADMINISTRATIONS (JOINING IN THE ATTACHMENT  
BETWEEN THE PUBLIC ADMINISTRATIONS).....53

*Assoc. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN*

LEGAL VALIDITY OF INTERNATIONAL TREATIES .....71

*Assist. Prof. Dr. Selcen ERDAL*

ADMINISTRATIVE REMEDIES IN THE PUBLIC  
PROCUREMENT PROCESS IN THE FRAMEWORK OF THE  
PRINCIPLE OF THE RULE OF LAW AND THE RIGHT TO A  
FAIR TRIAL .....95

*Assist. Prof. Dr. Mehmet Alpertunga AVCİ*

*Lect. Ahmet TAŞIR*

PROTECTION OF RIGHT OF ASYLUM .....117

*Assist. Tacettin ÇALIK*

MEASURE OF INTERVENTION TO THE FREEDOM OF  
COMMUNICATION IN TURKISH LAW .....147

*Assist. Cansu Büşra ÖLMEZ*

THE ESTABLISHMENT AND THE OPERATIONS OF THE  
INDEPENDENCE TRIBUNAL .....177

*Assist. İbrahim ÜLKER*

## **PRIVATE LAW**

THE LAW TO BE APPLIED TO THE MERITS IN  
INTERNATIONAL ARBITRATION .....203

*Att.. İrfan SÖNMEZ*

*Assist. Gencay KARAKAYA*



PASSING OF RISK IN SALES CONTRACT ACCORDING TO  
THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS .....231

*Assist. Prof. Dr. Yakup KORKMAZ*

POSSIBILITY OF GIVING DECISION OF LACK OF  
JURISDICTION BY JUDGE WHO MUST WITHDRAW FROM  
CASE AND LEGAL REMEDIES TO JUDGEMENT WHICH  
HAS BECOME RES JUDICATA WITH CASTING VOTE OF  
MEMBER OF HIGH COURT WHO MUST WITHDRAW FROM  
CASSATION REVIEW .....255

*Assist. Emre KIYAK*

THE ROLE OF PARENTAL LEAVE IN RECONCILIATION OF  
WORK AND FAMILY LIFE BALANCE IN THE LIGHT OF  
INTERNATIONAL AGREEMENTS.....271

*Assist. Prof. Dr. Namık HÜSEYİNLI*

INTERMEDIATION CONSORTIUM.....313

*Assist. Prof. Dr. Mustafa Sencer KARA*

**Makaleler**



**Kamu Hukuku**

## İNSAN HAKLARININ YATAY ETKİSİ VE DEVLETİN SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Reyhan SUNAY\*

### THE HORIZONTAL EFFECT OF HUMAN RIGHTS AND STATE RESPONSIBILITY

#### ÖZET

*İnsan hakları, devlet-birey ilişkileri yanında bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde de geçerli olan ve uyulması zorunlu bulunan kurallardır. İnsan hakları kurallarının, bireyler arasındaki ilişkilerde de geçerli olması 'yatay etki' olarak ifade edilirken, bu süreçte gerçekleşen ihlaller de 'yatay ihlal'ler olarak adlandırılmaktadırlar. 1980'li yıllardan bu yana oluşan yeni yaklaşımda; insan hakları sorununun, dikey etki çerçevesindeki ilişkilerle sınırlı tutulmaksızın yatay etki ve ilişkileri de dikkate alan bir bakış açısıyla ele alınması söz konusudur. Bu durum, devletin sorumluluk alanını genişleten bir gelişmeye karşılık gelmektedir. Yatay ihlallerden dolayı devletin sorumluluğu, insan haklarını koruma görevinden doğmaktadır. Önleyici ve düzeltici nitelikteki birtakım tedbirlerin alınmaması, devletin koruma görevini yerine getirmediği anlamına gelmekte ve bu tür ihlallerden dolayı sorumluluğuna yol açmaktadır.*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

**ANAHTAR KELİMELEER:** Yatay etki, yatay ihlal, devletin sorumluluğu, önleyici tedbirler alma yükümlülüğü, düzeltici tedbirler alma yükümlülüğü.

### **ABSTRACT**

*Human Rights are the effective rules that compulsorily should be obeyed at relationship between individual and state and also at relationship between individuals. While the effectiveness of human rights among relationship between individuals is defined as 'horizontal effect' the violations that happens during this process is named as 'horizontal violations' . It is the main subject to assess the human rights not only within the vertical relations but also taking into account the horizontal effects and relations as a result of this new approach that is shaping since 1980s. This situation is expanding the area of state responsibility. The state responsibility of horizontal violations is coming from state responsibility to protect human rights. Not taking preventive and corrective measures means that state has not fulfilled its protective duty therefore it leds to its liability for such violations.*

**KEYWORDS:** *Horizontal effect, horizontal violation, state responsibility, liability to take preventive measures, liability to take corrective measures.*

### **I-GİRİŞ**

İnsani bir yaşamın temel standartları olarak insan hakları, özünde; 'doğru', 'yanlış', 'iyi', 'kötü' ve 'yasak' gibi kavramlar doğrultusunda şekillenen muamele ya da ahlak ilkeleridir. Burada kastedilen, insan haklarının hem 'insanca muamele görülmesi'ne hem de 'insanca muamelede bulunulması'na ilişkin ilkeler olmalarıdır. Bu özellikleriyle, insanın haksız davranışlara ve ayrımcı muamelelere maruz kalmamasının güvencesini oluşturmaktadırlar. İnsani varoluşu anlamlı kılan temel değerler olarak insan hakları, esas itibarıyla 'onlar olmaksızın insani bir yaşamın sürdürülemeyeceği' gerçeği dolayısıyla insana borçlu olunan

şeylerdir<sup>1</sup>. Borçlu olunan ifadesi; muhakkak suretle yerine getirilmesi, o şekilde davranılması demektir.

Hukukî alanda yer alanlar söz konusu olduğunda insan hakları kuralları; her şeyden önce devletin, bireylere karşı nasıl davranacağına ya da nasıl muamelede bulunacağına temel çerçevesini oluşturmaktadırlar. İnsan haklarının hukukîleşmesiyle birlikte devlet; kimsenin hayatına hukuka aykırı olarak son vermeyeceği, kimseye işkence ve eziyet etmeyeceği, keyfi olarak kimsenin haberleşmesine, özel hayatına, düşüncelerini ifade etmesine, mülküne hukuka aykırı olarak müdahalede bulunmayacağı, keyfi yakalama, keyfi tutuklama ve keyfi yargılama gerçekleştirmeyeceği vb. taahhüdünde bulunmaktadır. Nesnel etkiye sahip olan ve bütün devlet organlarını bağlayan böyle bir taahhütle, gerçekte devletin eylem alanının sınırları belirlenmiş olmaktadır. Devlet, insan haklarına hukukî biçimini verirken aynı zamanda bunları tanıyıp açıkladığı ölçüde kendi iktidarının da sınırını çizmiş olmaktadır<sup>2</sup>. Bu sınırların aşılması, devlet tarafından; kişilere, insan hakları kurallarının öngördüğü şekilde muamelede bulunulmadığını gösterir. Devlet-birey ilişkileri ekseninde gerçekleşen bu tür ihlallere ‘dikey ihlaller’ denilmektedir<sup>3</sup>.

Diğer taraftan insan hakları, devlet-birey ilişkileri yanında bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde de geçerli olan ve uyulması zorunlu bulunan kurallardır. Hukukî haklar bakımından bu uymanın da siyasi otorite tarafından ‘zorla yerine getirme (cebir uygulama) gücü’ ile desteklenmesi söz konusudur. Bunun anlamı, insan hakları kurallarının; bireylerin, diğer bireylerle olan ilişkilerinde de insanca ve hakça muamele görebilmelerine ilişkin olan ve bunu güvence altına alan kurallar olmalarıdır. İnsan hakları kurallarının, bireyler arasındaki

<sup>1</sup> **KUÇURADİ**, İoanna, Laiklik ve İnsan Hakları, TBB Dergisi, sy. 52, 2004, s. 89; **KUÇURADİ**, İoanna, ‘İnsan Hakları: Kavramlar ve Çeşitleri’, [www.ankaraba-rosu.org.tr/.../01.04.2005](http://www.ankaraba-rosu.org.tr/.../01.04.2005), B.T. 10. 09. 2012.

<sup>2</sup> **SANCAR**, Mithat, ‘Devlet Aklı’ Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 119-124; **AKIN**, İlhan, Kamu hukuku, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 1990, s. 277.

<sup>3</sup> **BARNETT**, Hilaire, Understanding Public Law, Routledge, Oxon 2010, s. 152.

ilişkilerde de geçerli olması ‘yatay etki’ olarak ifade edilirken, bu süreçte gerçekleşen ihlaller de ‘yatay ihlaller’ olarak adlandırılmakta ve bu tür ihlallerden dolayı da devletin sorumlu tutulabileceği hususu kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

Şüphesiz bu yöndeki kabul, insan haklarının hukuk alanına aktarılmasıyla eş zamanlı olarak ortaya çıkan bir olgu olmayıp; sözü edilen aşamaya gelmesi, uzun bir döneme yayılan gelişmelerin ve mücadelelerin ürünüdür. Bilindiği gibi tarihsel gelişimi bağlamında birinci kuşak hakların ortaya çıkış koşulları sürecinde devlet iktidarının sınırlandırılması amacı çerçevesinde insan haklarının da sadece devlet-birey ilişkileriyle sınırlı olduğu, yalnızca devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen keyfi ve haksız müdahalelerin insan hakları ihlali olarak nitelendirilebileceği ve devletin de sadece bu tür eylemlerden dolayı sorumlu tutulabileceği düşüncesi baskın bir algılama olmuştur. Ancak daha sonraki dönemlerde bu algının değiştiği, sosyal ilişkilerin çeşitlenmesiyle ve gelişmesiyle yatay ihlallerin ve devletin bu ihlaller karşısındaki sorumluluğunun da insan hakları alanının önemli gündem maddeleri haline geldikleri görülmektedir. Belirtilen çerçevede yatay ihlal kavramının dayanakları, gelişimi ve yatay ihlallerden dolayı devletin sorumluluğunun kapsamı bu çalışmadaki başlıca inceleme alanlarını oluşturmaktadırlar.

## **II- YATAY ETKİNİN HUKUKİ TEMELİ VE KAVRAMLA İLGİLİ GELİŞME**

Hukuk alanı içinde yer alan insan hakları kurallarının bireyler arası ilişkilerde de geçerli olduğu ve bu kuralların sadece devletler için değil kişiler için de uyulması zorunlu kurallar oldukları yönündeki anlayış, başta anayasalar olmak üzere insan haklarını tanıyan diğer hukukî metinlerde de özel olarak vurgulanan bir husustur. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 11. maddesinde; ‘Anayasa hükümleri; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır’ ifadesi yer

---

<sup>4</sup> **KNOX**, John H., ‘Horizontal Human Rights Law’, The American Journal of International Law, Vol. 102, no.1, 2008, s. 1-2; **POROY**, Mehmet Akif, ‘Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği’, İstanbul Barosu Dergisi, c. 80, sy. 3, y. 2006, s.1006.

alırken, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 1. maddesinde de; 'bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdan ile donatılmışlardır. Birbirlerine kardeşlik içinde davranmalıdırlar' hükmü yer almaktadır.

Aynı şekilde Evrensel Bildiri'nin 29. maddesinin II. fıkrasında; 'Herkes, haklarını ve özgürlüklerini kullanırken, ancak başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle genel refah gereklerinin karşılanması amacıyla yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olabilir' denilirken; 'başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması' sebebi, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlere ilişkin birçok maddesinde de özel sınırlama sebepleri arasında yer almaktadır<sup>5</sup>.

Diğer taraftan Anayasa'nın 12. maddesinin II. fıkrasında, 'Temel hak ve hürriyetler; kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder' hükmü yer alırken; Evrensel Bildiri'nin 29. maddesinin I. fıkrasında da; 'Herkesin, kişiliğinin özgürce ve tam gelişmesine olanak sağlayan topluluğa karşı ödevleri vardır' hükmü düzenlenmektedir.

Öte yandan Anayasa'nın 'temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması' başlıklı 14. maddesinin II. fıkrasında; 'Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz' denilirken; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin aynı konuyu düzenleyen 17. maddesinde, 'Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm; bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını

<sup>5</sup> Nitekim; 'özel hayatın gizliliği' başlıklı 20. maddenin II. fıkrası, 'konut dokunulmazlığı' başlıklı 21. madde, 'haberleşme hürriyeti' başlıklı 22. maddenin II. fıkrası, 'düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti' başlıklı 26. maddenin II. fıkrası, 'dernek kurma hürriyeti' başlıklı 33. maddenin 3. fıkrası, 'toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı' başlıklı 34. maddenin II. fıkrası, 'sendika kurma hakkı' başlıklı 51. maddenin II. fıkrası bu yöndeki düzenlemelere örnek teşkil etmektedirler.

amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz' denilmektedir.

Bütün bu hükümlerle işaret edilen ortak nokta; temel hak ve hürriyetlerin, diğer bireylerin haklarına saygılı olarak kullanılmaları gerektiği hususudur<sup>6</sup>. Özünde, 'insan olma değerinin korunduğu ve her insanın saygı görmesi gerektiği' fikrine ilişkin bulunan insan hakları kurallarının, bireyler arasındaki ilişkilerde geçerli olması hususu da esas itibarıyla bu kuralların anlamı ve temel misyonu ile bağlantılı bulunmaktadır.

İnsan hakları kuralları her şeyden önce, insani varoluşu anlamlı kılan temel değerleri ihtiva etmektedirler. Çünkü bu haklara sahip olmayan bir kişi, insana yaraşır bir hayat sürme ve dolayısıyla insani varoluş niteliği bakımından eksiktir. Bu itibarla kısaca, insanca bir yaşamın asgari koşulları olarak tanımlanmaları mümkündür<sup>7</sup>.

Bu asgari koşullar, genel olarak insanın maddi ve manevi değerlerinin korunması için var olan temel standartlara ya da ilkelere karşılık gelmektedirler. İnsan hakları düşüncesinde, insan varlığından yola çıkılmakta ve bu varlığın yaşayışında ve gelişiminde zorunlu ve önemli görülen unsurlar güvence altına alınmaktadır. Bu çerçevede insan hakları, insan olarak kalmamızın ve kendimizi gerçekleştirmemizin temeli olan haklar kategorisinde yer almaktadırlar. İnsan olarak kalabilmek ve insanca bir hayat sürdürebilmek ise öncelikle bireyin 'maddi ve manevi varlığının serbestçe gelişebilmesiyle'<sup>8</sup> bağlantılı bulunmaktadır.

---

<sup>6</sup> **BOYAR**, Oya, 'Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki', İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Editör: Sibel İnceoğlu, (Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi), Avrupa Konseyi, 2013, s. 69.

<sup>7</sup> **GRIFFIN**, James, On Human Rights, Oxford University Press, New York 2008, s. 15-16; **ERDOĞAN**, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara 2011, s. 28.

<sup>8</sup> **GÜMÜŞ**, A. Tarık, Türk Anayasası'nda Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı, Eğitim Akademi Yayınları, Konya 2010, s. 14 vd.



Söz konusu bağlantıdan hareketle; ‘bir insanın, insan haklarını ihlal etmenin, o kişiye sanki insan değilmiş gibi davranmakla aynı şey olduğunu’ söylemek mümkündür. Çünkü ‘insanın layık olduğu’ temel standartlara riayet edilmediği bir yerde, kişilere, insana yaraşır bir şekilde muamele edildiği söylenemez. Bu itibarla insan hakları; ırk, milliyet, din, cinsiyet veya kimliğimizi oluşturan diğer özelliklerden dolayı herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın, ‘herkes için onurlu bir hayatı güvence altına alma projesi’ olarak belirmektedirler<sup>9</sup>.

Onurlu bir hayat<sup>10</sup>, tehdidin ve baskının ya da ‘kötü’ muamelenin olmadığı bir hayattır. Böyle bir hayatı; haksızlığın ya da zulmün yapılmadığı, ‘korkudan uzak bir hayat’ olarak da nitelendirmek mümkündür<sup>11</sup>.

Tehdit, baskı ya da haksızlık; devlet iktidarından gelebileceği gibi, başka kişi ve kurumlardan da gelebilmektedir. İnsan haklarının temel misyonu bu noktada, bireyleri; baskıdan, sömürüden, ayrımcı davranışlardan, haksızlıklardan ve insan onurunu zedeleyen eylemlerden korumaktır. İnsan hakları kuralları; bu süreçte bireyin sömürülmesine ve

<sup>9</sup> **FREEMAN**, Michael, İnsan Hakları Disiplinlerarası Yaklaşım, Çev. A. Erkan Koca-Asena Topçubaşı, Birleşik Yayınları, Ankara 2008, s. XVI.

<sup>10</sup> **DONNELLY**, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 27; **DILLER**, Janelle M., Securing Dignity and Freedom thorough Human Rights Article 22 of the Universal Declaration of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 2012, s. 24-25; **UYGUN**, Oktay, ‘Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi’, Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar, Yay. Haz. İoanna Kuçuradi, Marmara Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yayınları, İstanbul 2011, s. 67-68; **BULUT**, Nihat, ‘Eski Yunandan Aydınlanmaya İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış’, EÜHFD, c. XII, sy.3-4, 2008, s. 1 vd.

<sup>11</sup> **DILLER**, s. 24-26.

haksızlığa uğratılmasına ‘devletin, seyirci kalmaması gerektiği iddiası ve talebi’ olarak devreye girmektedirler<sup>12</sup>.

İnsan haklarının bu yöndeki iddiası ve talebi, günümüzde teori ve uygulama düzeyinde yaygın bir biçimde dillendirilmektedir. Ancak modernleşme bağlamındaki insan hakları doktrininin etkisi, özellikle devlet tarafından gerçekleştirilen ihlallere ağırlık verilmesi anlamında 20.yüzyılın ikinci yarısına kadar varlığını güçlü bir biçimde hissettirmiştir.

Şüphesiz 18. yüzyıldan başlayarak bu tarihe kadar olan zaman diliminde de azınlıkların korunması ve köle ticaretinin engellenmesi gibi konularda ulusal nitelikli, çok taraflı ya da ikili anlaşmalar düzeyinde önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Sözü edilen düzenlemelerde yer alan haklar; bireysel ve kolektif nitelikte olmak üzere iki yönlü bir nitelik taşıdığı gibi ayrıca çoğunluğun sahip olduğu ve yararlandığı haklardan ayrımcılık yapılmaksızın bu grupların da yararlanmasının sağlanmasına, sömürünün ve haksızlıkların engellenmesine ve bunun için gerekli güvencelerin getirilmesine yöneliktir. Ancak bu tür konuların; yerel ya da bölgesel bir sorun çerçevesinin dışına çıkartılarak evrensel olduklarının kabulü ve aynı zamanda siyasal boyutlarının yanı sıra insan hakları sorunu olarak da kavranmaya başlanmaları, II. Dünya Savaşından sonra ve Birleşmiş Milletler Örgütünün kurulmasıyla söz konusu olmuştur<sup>13</sup>.

Diğer taraftan bu dönemde ortaya çıkan bir diğer gelişme; sosyal güvenliğe, çalışma hayatına ve koşullarına ilişkin hakların, sosyal ve ekonomik haklar ve güvenceler bağlamında anayasalarda yer almaya başlamaları olmuştur. Bu tür hakların ihlalinin, bir insan hakkı ihlali olduğu ve bundan devletin sorumlu olduğu yönündeki düşünce ise 19. yüzyılın ortalarına doğru Sanayi Devrimi ile kendisini gösteren ağır çalışma koşulları, işsizlik ve yoksulluk ortamında şekillenmiş ve özellikle böyle bir ortamda ‘insanın, onurunun çiğnendiği ve rencide edildiği’

---

<sup>12</sup> **SPAGNOLI**, Filip, ‘What Are Human Rights ? (21): Dimensions of Human Rights’, <http://filipsagnoli.wordpress.com/2009/10/16/dimensions-of-human-rights/> B.T. 10.06.2012.

<sup>13</sup> **GEMALMAZ**, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 271 vd.

yönündeki bilincin etkisiyle örgütlü ve kapsamlı bir mücadeleye dönüşmüştür<sup>14</sup>. Bu mücadelenin ürünü olarak; sosyal güvenlik, çalışan kadınların ve çocukların korunması, adil ve uygun çalışma koşulları, asgari ücret, eşit işe eşit ücret, dinlenme hakkı, sendika ve grev hakkı, toplu görüşme ve pazarlık vb. haklar, daha önce de birtakım Anayasalarda yer almakla birlikte<sup>15</sup>, yaygın biçimde II. Dünya Savaşından itibaren ülkelerin pozitif hukuklarında ‘devlete sorumluluk yükleyen insan hakları’ olarak düzenlenmeye başlamışlardır.

O tarihten bu yana ise değişken, daha kapsamlı ve dinamik bir insan hakları anlayışının yerleşmesine tanık olunmuştur<sup>16</sup>. Yatay etkinin görünür hale gelmesi bağlamında ortaya çıkan bu gelişmede; hak kullanma bincindeki artışın, sivil toplum kuruluşlarının çabalarının ve bu çabaların bir yansıması olarak uluslararası ve ulusal düzeydeki pozitif hukukun önemli katkıları bulunmaktadır. Nitekim 1990'lı yılların başlarında Uluslararası Af Örgütü'nün; ‘devlet dışı aktörlerin de insan haklarını ihlal edebileceği’ yönündeki vurgusu, bu süreçte önemli bir aşama olarak belirlemiştir. Bu vurgu, başlangıçta silahlı çatışma dönemleri dikkate alınarak yapılmışsa da daha sonraki dönemlerde yatay etki ve yatay ihlal kavramlarının etkisi çok daha geniş bir çerçevede düşünölmeye başlanmıştır.

Sözö edilen geniş çerçevedeki ilk alanı, kadınların hakları ve bu haklara yönelik ihlaller konusu oluşturmuştur. Kadınların insan hakkı, terminoloji olarak 1970'lerde dünyanın gündemine girmiştir. Cinsiyete dayalı eşitsizliklerin ve ayrımcılığın; yaşamın her alanında belirgin bir biçimde sürmesi, kadın hakları kavramının da tartışılmasına yol açmıştır. Geleneksel insan hakları yaklaşımındaki özel alan-kamusal alan ayrımının sorgulanması, tartışmanın odak noktasını oluştururken; sözö edilen süreç, insan haklarının işlevinde ve kapsamında da köklü bir

<sup>14</sup> **KARA**, Bülent, Sosyal Haklar ve Özel Olarak Korunması Gereken Kişiler, Basılmamış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2008, s. 53-54.

<sup>15</sup> Örneğinin; 1917 tarihli Meksika, 1919 Alman Cumhuriyeti (Weimar), 1920 Estonya, 1921 Yugoslavya, 1921 Polonya, 1923 Romanya, 1931 İspanya, 1936 Sovyet Anayasaları vb.

<sup>16</sup> **KNOX**, s. 1-2.

dönüşümle sonuçlanmıştır. Nitekim; kadına yönelik şiddet, aile içi şiddet, kadının beden bütünlüğüne yönelik hak ihlalleri, doğurganlık haklarının ihlali vb. alanların daha sonraki tarihlerde Birleşmiş Milletler Örgütünün kararlarında ve uluslararası sözleşmelerde temel insan hakları olarak düzenlenmeleri söz konusu olmuştur<sup>17</sup>.

Bu yöndeki gelişimde; Birleşmiş Milletler düzeyinde 1979 yılında kabul edilip 1981’de yürürlüğe giren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), önemli bir başlangıç noktası teşkil etmiştir<sup>18</sup>. Kadınlara yönelik ayrımcılığı, bir insan hakları sorunu olarak gören bağlayıcı nitelikteki ilk uluslararası belge özelliğini taşıyan Sözleşme, hem kamusal hem de özel alanda ortaya çıkan ihlalleri önlemek ve bunlar hakkında gerekli önlemleri almak yükümlülüğünü taraf devletlere getirmektedir. Ancak ilgili metinde, ‘kadınlara yönelik şiddetin ‘insan hakları ihlali’ olarak kabul edilip edilmeyeceği’ hususu, cevapsız bırakılan bir konu olmuştur<sup>19</sup>.

Bu yöndeki eksiklik; önce 1992’de CEDAW Komitesinin 19 nolu Genel Tavsiyesi ile<sup>20</sup> daha sonra da 1993 Birleşmiş Milletler Dünya İnsan Hakları Konferansında alınan birtakım kararlarla giderilmeye çalışılmıştır. Konferansta, kadına yönelik şiddet; ‘kadınların fiziksel bütünlüğünü, bireysel özgürlüklerini ve temel haklarını tehdit eden

---

<sup>17</sup> **REILLY**, Niamh, Women’s Human Rights, Polity Press, Cambridge UK 2009, s. 2 vd.

<sup>18</sup> Türkiye; Sözleşme’ye 1985 yılında, Ek Protokol’e ise 2002 yılında taraf olmuştur.

<sup>19</sup> **ACAR**, Feride, ‘Birleşmiş Milletler’de ve Avrupa Konseyi’nde Kadınların İnsan Hakları’, <http://www.tukd.org.tr/dosya/feridea-carkonusmametni.doc.>, B. T. 10.08.2013.

<sup>20</sup> CEDAW Komitesi bu Tavsiye kararında, kadınlara yönelik şiddeti ‘kadınlara karşı ayrımcılık’ olarak tanımlamış ve böylece konunun, bireylerin ‘ayrımcılığa uğramama hakkı’ çerçevesinde ele alınmasının yolunu açmıştır. Komite tarafından kadınlara yönelik şiddet, ‘kadınlara kadın oldukları için yöneltilen ve /veya kadınları orantısız olarak etkileyen şiddet’ olarak tanımlanmıştır. Bkz. **ACAR**, Feride, ‘Birleşmiş Milletler’de ve Avrupa Konseyi’nde Kadınların İnsan Hakları’, <http://www.tukd.org.tr/dosya/ferideacarkonusmametni.doc.>, B. T. 10.08.2013.

davranışlar’ olarak tanımlanırken; ‘kadınların ve kız çocuklarının insan haklarının, evrensel insan haklarının ayrılmaz, bölünmez ve vazgeçilmez bir parçası’ olduğu kabul edilmek suretiyle de kadınlara yönelik şiddetin bir insan hakkı ihlali olarak ‘resmî’ nitelikli uluslararası mutabakat belgelerine girmesine zemin hazırlanmıştır. Öte yandan aynı yıl, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, özel olarak kadına karşı şiddeti ele alan ilk insan hakları belgesini (Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge)<sup>21</sup> kabul ederken, 1994 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde oluşturulan Kadınlara Yönelik Şiddet Özel Raportörlüğü ile de şiddet konusundaki ulusal yaklaşım ve uygulamalar doğrudan Birleşmiş Milletler denetimine açılmıştır.

Sözü edilen gelişmelerle ulaşılan nokta; o güne kadar, ‘özel alan’ içinde yer aldıkları ve bu itibarla özel bir konu teşkil etikleri kabul edilerek devletlerin yetki alanlarına girmedikleri varsayılan ‘kadına yönelik ev ve topluluk içi şiddet eylemlerinin’, devletin sorumluluğunu içeren ‘insan hakları sorunu/konusu’ olarak kabul edilmeleridir. Bu aşamada altı çizilen nokta; bu tür eylemleri gerçekleştirenlerin özel kişiler olmalarının, devletin, sorumluluktan kaçabileceği anlamına gelmediği; uluslararası hukuk uyarınca devletin, devlet dışı kişiler ve kurumlar tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinden de net bir biçimde sorumlu olduğu hususu olmuştur<sup>22</sup>.

Yatay etkinin görünür kılınması bağlamında kadın hakları ile ivme kazanan gelişme, bu sürece paralel biçimde kabul edilen pek çok spesifik konulu insan hakları sözleşmesiyle de önemli ölçüde genişletilmiştir. Çocuk hakları, engelli hakları, mülteci hakları, göçmen

<sup>21</sup> Bildirgede kadınlara yönelik şiddet konusunda, devletlerin ‘özen yükümlülüğü’ ile hareket etmeleri vurgulanmıştır. Böylece Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin kadın haklarının tümü için öngördüğü ‘devletin pozitif yükümlülüğü’ ilkesi, şiddet bağlamında somutlaştırılmış ve pekiştirilmiştir. **ACAR**, Feride, ‘Birleşmiş Milletler’de ve Avrupa Konseyi’nde Kadınların İnsan Hakları’, <http://www.tukd.org.tr/dosya/ferideacarkonusmametni.doc.>, B. T. 10.08.2013.

<sup>22</sup> **ACAR**, Feride, ‘Birleşmiş Milletler’de ve Avrupa Konseyi’nde Kadınların İnsan Hakları’, <http://www.tukd.org.tr/dosya/ferideacarkonusmametni.doc.>, B. T. 10.08.2013.

işçilerin ve ailelerinin hakları bunlar arasında önemli bir yer tutmaktadırlar. Bunlar, toplum içinde dezavantajlı grupları oluşturan, özel olarak korunması gerekli menfaatleri bulunan topluluklardır. Bu tür öznel hak kategorilerine ilişkin sözleşmelerin kabulü, her şeyden önce uluslararası insan hakları hukukunun giderek daha fazla somut olgulara ve belirli gruplara ilişkin ihlal eylemlerine odaklandığının bir göstergesi niteliğindedir. Bunun başlıca nedeni; insan haklarının, herkesin yararlanması gereken haklar oldukları, belli kişi ve grupların bu haklardan gerektiği şekilde yararlanmamasının ve insan onurunu zedeleyen her hususun bir insan hakkı sorunu olduğu düşüncesidir. Bu düşüncenin somut içeriği, insanı her türlü baskıdan ve istismardan korumak için getirilmiş asgari temel standartları oluşturan insan haklarının; devletler yanında, bireylerden de belli şekilde ya da tarzda muamele talep eden haklar oldukları ve belli kişi ve gruplara yönelik sömürünün ya da haksız ve ayrımcı nitelikteki muamelelerin kimden gelirse gelsin devletlerin harekete geçmesini gerektiren ciddi bir insan hakları sorunu teşkil ettikleri hususudur. Nitekim ilgili Sözleşmelerde, somut ve ayrıntılı bir biçimde, 'bu gruplara dahil olan kişilerin pek çok türde ve şekillerde maruz kaldıkları insan hakları ihlalleri'ne ve devletin bu alandaki sorumluluklarına/yükümlülüklerine dikkat çekilmektedir. Böylece insan hakları alanı, 'konu ve özne odaklı' bir gelişme gösterirken ihlallerin en fazla görüldüğü somut sorun alanlarına ve mağdur gruplarına işaret edilmek suretiyle de devletlere bu konuda rehber edinecekleri temel ilkeler sunulmaktadır<sup>23</sup>.

Yatay etkinin gelişimindeki bir başka önemli etkeni, küreselleşme olgusu oluşturmaktadır. İnsan hakları, son otuz yıldan bu yana küreselleşmenin etkileri bağlamında da yeniden ele alınmaya ve şekillenmeye başlamıştır<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> **KNOX**, s. 2 vd.; **ACAR**, Feride, 'Birleşmiş Milletler'de ve Avrupa Konseyi'nde Kadınların İnsan Hakları', <http://www.tukd.org.tr/dosya/ferideacarkonusmametni.doc.>, B. T. 10.08.2013.

<sup>24</sup> **DURUL**, Ferzan, Küreselleşme ve İnsan Hakları, Toroslu Kitaplığı, İstanbul 2008, s. 113 vd.; **ŞAHİN**, Yeşim Edis, 'Küreselleşme, Yoksullaşma ve İnsan Hakları', Türkiye'de İnsan Hakları, Yay. Haz. Oya Çitçi, TODAİE, Ankara 2000, s. 591-595.

‘Çok boyutlu ilişkiler ağı ve gittikçe artan bağlantılar zinciri’ şeklindeki tasviri bağlamında küreselleşme; insanların, hizmetlerin, bilginin ve kültürün hareket alanlarının genişlemesine, finans ve sermaye akışkanlığına, üretimin sınırlar ötesi hareketliliğine, iletişim ve haberleşme alanındaki teknolojik gelişmelerin yeni boyutlar kazanmasına, toplumlararası ilişkilerin yoğunlaşmasına, tüm insanları ilgilendiren konuların (çevre, terör, güvenlik vb.) uluslararası ve ulusalüstü platformlara taşınmasına, yönetme olgusunun farklı düzeydeki otorite birimlerine yayılmasına, sivil grupların sınırlar ötesindeki ilişkilerinin artmasına, bölgeselleşmeye, yerelleşmeye ve daha birçok faktöre işaret eden bir kavram özelliği taşımaktadır<sup>25</sup>.

Çok boyutlu olmasına ve pek çok gelişmeyi de bünyesinde barındırmasına paralel olarak küreselleşme, yatay ihlalleri ve ilişkileri de yoğun şekilde gündeme getiren bir süreç olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bilgi ve iletişim teknolojisindeki gelişmeler, kişisel verilerin korunmasını ve özel yaşamın gizliliğini ihlal ederken, biyo-teknolojinin eriştiği düzey de insan onurunu tehdit eden yeni tehlikeler ortaya çıkarmaktadır<sup>26</sup>. Diğer taraftan ticaretin serbestleşmesi ve ekonominin küreselleşmesi de ekonomik büyüme konusunda yeni olanaklar sunmakla birlikte; işsizliğe, yoksulluğa, eşitsizliğe ve beraberinde insan hakları ihlallerine yol açmaktadır. Sosyal haklar, küreselleşmenin olumsuz sonuçlarından en çok etkilenen haklar kategorisini oluşturmaktadırlar<sup>27</sup>.

Küreselleşme, esas itibariyle yeni bir kamu yönetimi modeline ve devlet yapılanmasına yol açmış durumdadır. Bunun odağında, devletin küçültülmesi anlayışı bulunmaktadır. Devletin küçültülmesini sağlayacak uygulamalar arasında ise özelleştirme, kamu harcamalarının ve kamu çalışanlarının sayısının azaltılması vb. politikalar önemli bir yer

<sup>25</sup> Bkz. **RITZER**, George, *Globalization The Essentials*, John Wiley & Sons, West Sussex UK 2011, s. 82 vd.; **SUNAY**, Reyhan, *Tartışılan Egemenlik*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 112 vd.

<sup>26</sup> **UYGUN**, s. 81 vd.

<sup>27</sup> **UYGUN**, Oktay, ‘Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi’, *Kamu Hukuku İncelemeleri*, Oktay Uygun, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 255-266.

tutmaktadırlar<sup>28</sup>. Özellikle özelleştirme sonucu pek çok alanın ve hizmetin (sağlık, eğitim, kitle iletişim vb.) üçüncü kişi ve kurumlar tarafından görülmeye başlanmasına paralel biçimde, yatay etkinin ve ihlallerin alanının da giderek genişlediğine tanık olunmaktadır.

Sözü edilen süreçteki önemli aktörlerden birini, çok uluslu şirketler oluşturmaktadırlar. Çok uluslu şirketler, iki ya da daha fazla ülkede üretim veya dağıtım etkinlikleri gösteren girişimler olarak tanımlanmaktadır. Sermaye hareketliliğindeki artışın bir boyutu olarak çok uluslu üretim, ticaretteki serbestleşmenin yol açtığı bir gelişmenin uzantısı durumundadır. Ticaretteki serbestleşme ve genişleme olgusu, uluslararası rekabeti beraberinde getirmektedir. Uluslararası rekabete karşı koyabilmek ve kâr elde edebilmek amacı ise asgari maliyetle üretim yapılmasını zorunlu hale getirmektedir. Bu durum; şirketler açısından, üretim ve dağıtım faaliyetlerinin daha ucuza gerçekleştirilebileceği ülkelere yatırım yapılması sürecini başlatmıştır. Ülkesine yatırım yapılacak olan devlet; bu duruma önemli bir mali kaynak, istihdam imkânı vb. olarak bakarken, bir ülkeye yatırım yapılması ise sosyal hakların geri plana itilmesiyle sonuçlanabilmektedir. Özellikle çalışma hakkı ve çalışma koşulları ile ilgili haklar, eşit ve adil ücret hakkı, sosyal güvenlik, sendikal faaliyet, toplu sözleşme ve grev hakları vb. neoliberal politikalar doğrultusunda ciddi bir kısıtlamaya tabi tutulabilmektedirler<sup>29</sup>.

Öte yandan sanayi işletmelerinin neden oldukları kirlilik dolayısıyla çevre hakkının ve güvenilir içme suyuna erişim hakkının ihlali, diğer taraftan tüketici haklarının ihlali, yasadışı çocuk istihdamı, insan ticareti suçu gibi pek çok tehdit ve tehlikeler dikkate alındığında da küreselleşmenin daha geniş bir çerçevede yatay ilişkiler alanını etkilemesi ve devletleri bu konuda tedbirler almaya zorlaması söz konusudur. Bu ise esas olarak devletin sorumluluk alanını genişleten bir gelişmeye karşılık gelmektedir<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> **SUNAY**, s. 261-276.

<sup>29</sup> **SUNAY**, s. 141-153; **UYGUN**, Küreselleşmenin Sosyal Haklara Etkisi, s. 255-256, 265-266.

<sup>30</sup> **GEMALMAZ**, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 96.



### III-YATAY İHLAL ALANLARI VE ÖRNEKLERİ

Bireyler veya gruplar arasında gerçekleşen yatay ihlaller, toplumsal hayatın her alanında farklı kategorilerde ve şekillerde ortaya çıkabilmektedirler. Bunlar, esas itibariyle siyasi iktidarın ve devlet mekanizmasının dışında, daha güçlü konumdaki tarafın diğer tarafa, çoğunluğun azınlığa yönelik dayatmaları, haksız davranışları vb. olarak ortaya çıkmaktadırlar. Bu tür örneklerin hemen hepsinde, özel ilişkiden kaynaklanan ilişkinin mağdurları; genellikle fiziksel, ekonomik, eğitim ve benzeri açılardan daha güçsüz konumda yer almaktadırlar<sup>31</sup>.

Somut hak kategoriler açısından ele alındığında; haksız kamulaştırma, gözaltında işkence ve kötü muamele, haksız yakalama, haksız tutuklama vb. sadece devlet görevlileri tarafından ihlal edilenler bir yana bırakılırsa pozitif hukukta yer alan temel haklar, devletler yanında bireylerce de ihlal edilebilen haklardır. Bu bakımdan sözü edilen alan; yaşam hakkının ihlalden, eğitim ve sağlık hakkının ihlalden, mülkiyet hakkının ihlalden, ayrımcılık yapılmasına, zorla çalıştırma ve angaryadan, uygun ve adil çalışma koşullarının ihlalden oldukça geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır.

Mağdur kategorileri açısından ele alındığında da konunun oldukça geniş bir kesimi ilgilendirmesi söz konusudur. Nitekim kadın hakları, çocuk hakları, engelli hakları, hasta hakları vb. olası yatay ihlallerin gerçekleşebileceği başlıca alanları oluşturmaktadırlar. Bu gibi öznel hak kategorilerinin ortaya çıkışında esas itibariyle, ilgili kişi ve grupların haklarına yönelik olarak başka kişi ve gruplardan gelebilecek tehdit ve baskılara karşı da önlem alınması ve bu konuda devletin sorumlu tutulacağı hususların genişletilmesi amacı belirleyici olmaktadır.

Kadın hakları alanındaki yatay ihlallere örnek olarak başlıca; iş ve çalışma hayatına ilişkin olanlar (işe almada ve ücret uygulamada ayrımcılık yapılması, uygun çalışma koşullarının sunulmaması, hamilelik, doğum izni ya da medeni hal nedeniyle işten çıkarılmaları), töre cinayetleri, fiziksel şiddet, aile içi şiddet, eğitim kurumlarına gönderilmemeleri, erken yaşta ve zorla evlendirme, zorla çalıştırma vb. eylemler gösterilebilir. Aynı şekilde çocukların haklarına yönelik birtakım ihlaller; kötü muamele, cinsel istismar, psikolojik, fiziksel ve

<sup>31</sup> **POROY**, s. 1006.

duygusal şiddet, eğitime erişimin engellenmesi, ağır çalışma koşullarında ve riskli meslek gruplarında çalıştırılmaları vb. şeklinde olurken; engellilerin hakları da örneğin, ev içinde veya dışında her türlü sömürüye şiddete veya istismara maruz kalma, eğitim, sağlık ve çalışma alanlarında ayrımcılık yapılması, işyerinde makul düzenlemelerin yapılmaması ya da güvenli çalışma koşullarının sağlanmaması gibi eylemler yoluyla ihlal edilebilmektedir<sup>32</sup>.

Diğer taraftan hasta hakları alanında da örneğin; sağlık kurumlarına erişimin engellenmesi, ırk, dil, din, cinsiyet vb. nedenlere dayalı olarak tedavinin reddedilmesi, rıza ya da istek dışında birtakım tıbbi uygulamalara başvurulması, sağlık hizmetlerinin eşit olarak sunulmaması, hastalık ve tedavi hakkında yeterli bilgi verilmemesi, özel hayatının gizliliğine riayet edilmemesi, kötü muamelede ve davranışta bulunulması, yanlış tedavi sonucu sakatlanmaya ya da ölüme sebebiyet verilmesi başlıca ihlaller olarak belirmektedirler<sup>33</sup>.

Bunların yanında belirli suç kategorileri açısından ele alındığında da örneğin nefret suçları, yatay ihlalleri ortaya çıkaran başlıca eylemler arasında yer almaktadırlar. Nefret suçları, özü itibariyle ayrımcılık yasağının ihlali bağlamında işlenen suçlardır<sup>34</sup>. Ayrımcılık yasağının

---

<sup>32</sup> **REILLY**, s. 10 vd.; **FREEMAN**, Michael, ‘The Value and Values of Children’s Rights’, The Human Rights of Children: From Visions to Implementation, Edited by Antonella Invernizzi-Jane Williams, Ashgate Publishing, Farnham Surrey UK 2011, s. 21 vd.; **KALABALIK**, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 611 vd.; **ÇAĞLAR**, Selda, Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuk Sisteminde Engellilerin Eğitim Hakkı ve Devlet Yükümlülükleri, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 35 vd.; **HAMARBERG**, Thomas, Avrupa’da İnsan Hakları, Çev. Ayşen Ekmekçi, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s.123-137, 155-185.

<sup>33</sup> **AYDIN**, Nizamettin, ‘Hasta Haklarının Hukukî Boyutu ve Korunma Yolları’, [http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/haberler/hh\\_hukukiboyutu/index.htm](http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/haberler/hh_hukukiboyutu/index.htm), B. T. 02.09.2013.

<sup>34</sup> **HAMARBERG**, s. 47-51; **KARAN**, Ulaş, ‘Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?’ Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, Editörler: Ayşe Çavdar-Aylin B. Yıldırım, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul 2010, s. 56 vd.

ihlali; ırk, dil, din, etnik köken, meslek, cinsiyet, sosyal statü, engellilik, cinsel yönelim, siyasi düşünce temelinde bir kişinin ya da kişi grubunun temel haklardan tam olarak yararlanmasının engellenmesidir. Ayrımcılık; her şeyden önce 'tüm insanların, insanlık onuru bakımından eşit oldukları ve temel haklardan da eşit olarak yararlanmaları gerektiği' yönündeki temel ilkenin ihlali anlamına gelmektedir<sup>35</sup>.

Ayrımcılık; doğrudan ayrımcılık olarak açık biçimde uygulanacağı gibi, dolaylı ayrımcılık şeklinde örtülü bir biçimde de uygulanabilmektedir. Doğrudan ayrımcılık; belirli bir kişinin veya grubun ayrımcılığa temel oluşturan nedenlerden (dil, etnik köken, engellilik vs.) birine dayalı olarak temel hak ve özgürlüklerden, aynı veya benzer konumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi ifade etmektedir. Örneğin; istihdam edilen kadın ve erkek çalışanlar arasında salt cinsiyete dayalı ücret farklılıkları yapılması, belirli bir etnik gruba mensup olanlara iş verilmemesi, ev kiralanmaması vb. Dolaylı ayrımcılık ise herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya diğer gruplardan daha fazla olumsuz etkiler meydana getiren uygulamalara veya önlemlere başvurulmasıdır. Örneğin, bazı işyerlerinin, belli bir kıyafet tercihinde bulunanları işe almamaları ya da çalışma sürecinde böyle bir tercihte bulunan personeli işten çıkarmaları vb. Her iki türdeki ayrımcılık; çalışma hayatında, eğitim ve sağlık hizmetlerinin sunumunda, barınma gereksiniminin karşılanmasında, sosyal avantajlardan yararlanmada, mal ve hizmetlere erişimde söz konusu olabilmektedir<sup>36</sup>.

Belirtilenlerin dışında, 'yatay ihlalleri gerçekleştirenler' açısından bir tasnif yapıldığında ise ele alınabilecek kesimlerden biri çok uluslu şirketlerdir. Yukarıda belirtildiği gibi küreselleşmenin başlıca aktörlerinden biri olarak çok uluslu şirketler; sağlık alanından çevre hakkına, eğitim alanından tüketici haklarına, sosyal haklardan ayrımcılık yasağına, kadın ve çocuk haklarından engelli haklarına pek çok kişiyi ve

<sup>35</sup> **GÜL**, İdil Işıl/**KARAN**, Ulaş, Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi, Editörler: Gökçeçiçek Ayata-Burcu Yeşiladalı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 7-8.

<sup>36</sup> **GÜL**/**KARAN**, s. 9-10; **KALABALIK**, s. 388-395.

grubu ilgilendiren ilişkiler ağının odağında yer almaktadırlar. Geniş ilişkiler ağı, ihlallerin kapsamını da genişletmektedir. Nitekim özel sağlık kuruluşlarının çoğalması ile birlikte niteliksiz eleman çalıştırılmasına paralel olarak tıbbi ihmal ve hata olayları yaygınlaşırken; bu süreçte koruyucu sağlık hizmetleri yerine tedavi edici hizmetlere ağırlık verilmesi de başta sağlık kurumlarına erişimden, sağlık hizmetlerinden yararlanmaya pek çok hakkın tam ve etkin olarak kullanılmamasına yol açmaktadır. Aynı şekilde, sanayi işletmelerinin neden oldukları kirlilik, gürültü vb. dolayısıyla örneğin; kişilerin güvenilir içme suyuna erişim hakları ihlal edildiği gibi, konuta saygı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakları da ihlal edilmektedir. Diğer taraftan, sosyal hakların ve güvencelerin ihlali de son derece geniş bir alanı ilgilendiren yatay ihlaller olarak belirlemektedirler. Nitekim düşük ücretle ve iş güvenliği olmaksızın işçi çalıştırma, işe almada ve ücret uygulamada yaş, cinsiyet, din, sosyal ve etnik köken, siyasi görüş ya da sendika üyeliğine dayalı ayrımcılık yapılması, kadın işçilerin dezavantajlı koşullarda çalıştırılmaları, adil ve uygun çalışma koşulları ya da imkânları sunulmaması, çocuk işçi çalıştırma, çocuk emeğinin istismar edilmesi ve ucuz iş gücü olarak kullanılmaları, yasal çalışma saatlerine riayet edilmemesi, zorla çalıştırma ve angarya yasağının ihlali, sendikaya üye olmayı seçen işçilerin işten çıkarılmaları, örgütlenme özgürlüğü ve toplu sözleşme haklarının ihlali, haksız yere işten çıkartma gibi uygulamalar bunlar arasında önemli bir yer tutmaktadırlar<sup>37</sup>.

Çok uluslu şirketler yanında yazılı, görsel ve sosyal medya/basın aracılığıyla gerçekleştirilen ihlaller de geniş kitleleri ilgilendiren yatay ihlaller olarak ön plana çıkmaktadırlar. Özellikle; kişilik haklarının (isim, resim, özel hayat, ekonomik varlık, şeref ve haysiyet vb.) ihlali, kişilere yönelik kötüleleyici ve karalayıcı nitelikte ifadelerin kullanılması, haberleşmenin gizliliğinin ihlali, adil yargılanma hakkının ihlali (yargının bağımsızlığının veya masumiyet karinesinin ihlali vb. nedenlerine dayalı olarak), belli kişi ve grupların hedef alınmasına yol açacak şekilde nefret söyleminin kullanılması, medyadaki tekelleşme nedeniyle toplumun haber alma, farklı düşüncelere ve kanaatlere serbestçe ulaşma hakkının ihlali, haberin gerçek ve objektif olarak verilmemesi dolayısıyla doğru

---

<sup>37</sup> **KIVILCIM**, Zeynep, 'İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. XIII, sy.1-2, y. 2009, s. 222 vd.

habere ulaşma hakkının engellenmesi, medyanın kendi içinde çoğulculuğun ve demokrasinin işlememesi sonucu örneğin, çalışanların, düşünceleri nedeniyle işten çıkarılmaları, verilen haberlerde ve yapılan programlarda toplumdaki belli kesimleri ötekileştiren ayrımcı bir dil kullanılması vb. bu tür ihlallerin başlıca örnekleri olarak belirlemektedirler<sup>38</sup>.

#### IV-DEVLETİN SORUMLULUĞU

Yatay ihlallerden dolayı devletin sorumluluğu, insan haklarını koruma görevinden doğmaktadır. Bu görevi bağlamında devlet; ihlalleri önlemek, gerçekleştiğinde soruşturmak, suçlu olduğu iddia edilenleri yargılamak ve tazminat ve telafiyi de içeren yeterli korumayı sağlamak durumundadır.

Koruma görevinin temeli ise insan haklarına saygı yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük; insan haklarının, anayasalar ve uluslararası sözleşmeler aracılığıyla pozitif hukuk güvencesine alınmasıyla birlikte, devletler açısından ortaya çıkan başlıca yükümlülüktür. Temel hak ve hürriyetlerin herkes için sağlanması, uygulanması, işlerlik kazandırılması ve davranışa dönüştürülmesi yükümlülüğüne karşılık gelmektedir. Geniş kapsamlı olarak düşünüldüğünde bünyesinde; hakları ihlal etmeme, uygulamaya geçirme, koruyucu ve telafi edici mekanizmalara işlerlik kazandırma yükümlülüklerini barındırmaktadır. Bu bağlamda negatif ve pozitif boyutları bulunmaktadır. Nitekim negatif yükümlülük, temel haklara hukuka aykırı biçimde müdahale etmekten kaçınma olurken; pozitif yükümlülük, hakların etkin kullanımı için (bunların fiilen ve gerçekten

<sup>38</sup> **MCINTYRE**, Peter, 'İnsan Hakları Gazeteciliği', İnsan Hakları Haberciliği, Hazırlayan: Sevdâ Alankuş, IPS İletişim Vakfı Yayınları, İstanbul 2007, s. 167-179; **ERDOĞAN TOSUN**, Gülgün, 'İnsan Hakları ve Medya', İnsan Hakları Haberciliği, Hazırlayan: Sevdâ Alankuş, IPS İletişim Vakfı Yayınları, İstanbul 2007, s. 90-102; **İLKİZ**, Fikret/**GÜNAYDIN**, Barış, 'Kişilik Hakları-Medya Etik ve Yargı Kararları', Küresel İletişim Dergisi, sy. 2, Güz 2006, s. 2 vd.

kullanılmasını ve korunmasını sağlamaya yönelik) tedbirlerin alınması anlamına gelmektedir<sup>39</sup>.

Saygı yükümlülüğü, her ne kadar klasik insan hakları anlayışının etkisiyle uzunca bir süre ve yaygın biçimde, ‘haklara keyfi olarak müdahale etmekten ya da onları ihlal etmekten kaçınma yükümlülüğü’ şeklinde sadece negatif boyutlu olarak algılanmış ise de insan haklarına saygının gerçekleşmesi esas itibarıyla yalnızca keyfi müdahaleden kaçınmakla değil, uygulamaya dönük işlevsel ve koruyucu tedbirleri almakla mümkün olabilecek bir husustur. Çünkü insan hakları; özünde devletten, insan onuruna yaraşır bir hayat standardı talep etme haklarıdır. Bu standardın gerçekleştirilebilmesi ise devlet açısından çoğu durumda pozitif bir tutum takınılmasını zorunlu kılmaktadır.

Saygı yükümlülüğünün bu şekilde geniş olarak algılanmasında, insan haklarındaki gelişme sürecinin ve her bir temel hakkın kendine özgü gerekliliklerinin etkisi olduğu kadar yatay ihlal olgusunun da önemli bir payı ve zorlayıcı etkisi bulunmaktadır. Çünkü insan haklarının pozitif hukuk güvencesine alınması, bunlardan herkesin tam ve eşit olarak yararlanabilmesini sağlayacak önlemlerin de alınmasını gerektirmektedir. Bu durum, gerçekte devletin garantörlük/koruyuculuk konumunun gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Devlet, her şekilde yetki alanı içinde meydana gelen insan hakları ihlallerinden sorumludur. Söz konusu konumu gereği devlet; bireyleri, hem kendisinden hem de başka bireylerden gelecek ihlal davranışlarından korumak durumundadır. Kaynağı ne olursa olsun bireyleri, temel haklarının ihlallerine karşı koruyucu önlemleri almak ve gerekli mekanizmaları yerleştirmek konusundaki sorumluluk, esas olarak devlete ait bulunmaktadır. Buna göre, yapılması gerektiği halde birtakım işlemlerin ve tasarrufların yapılmaması ya da alınması gerektiği halde belli tedbirlerin alınmaması; devletin, sorumluluğunu yerine getirmediği anlamına gelecektir. Bu

---

<sup>39</sup> **CAREY**, Sabine C./**GIBNEY**, Mark/**POE**, Steven C., *The Politics of Human Rights- The Quest for Dignity*, Cambridge University Press, New York 2010, s. 43-44; **AKANDJI-KOMBE**, J. F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No: 7, Belçika 2008, s. 5-6.

doğrultuda, insan haklarının ‘yatay etkisi’ de diğer hususlar yanında devletlerin, ‘insan haklarının sağlanmasına ve korunmasına ilişkin olarak yalnızca ihlallerden kaçınma yükümlülüğü içinde olmadıkları; fakat aynı zamanda bireyleri, diğer bireylerin ihlallerinden de koruma görevine sahip oldukları’ yönündeki anlayışın bir yansıması olmaktadır<sup>40</sup>. Söz konusu anlayış, devlete; çıkaracağı yasalarla, yapacağı düzenlemelerle ve alacağı her türlü somut tedbirlerle kişilerin temel haklarını üçüncü kişilere karşı koruma sorumluluğu yüklemektedir.

İnsan haklarına saygının sağlanmasının, bu şekilde yalnızca negatif yükümlülüklerle riayet etmekle gerçekleştirilemeyeceği özellikle yatay ihlallerin de varlığı karşısında söz konusu yükümlülüğünün yerine getirilebilmesinin pozitif nitelikte birtakım tedbirleri de gerektirdiği yönündeki anlayış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında da yaygın biçimde vurgulanan bir husustur. Sözleşme’deki hakların teorik ve kâğıt üzerinde kalan değil, pratik ve etkili bir şekilde korunması gereken haklar olduğu yorumu, bu süreçte Mahkemenin temel referansı olmuştur. Bu referanstan hareketle Mahkeme; birçok davada, devletlerin, sadece ‘ihlale yol açan bir eylemde bulunmadıkları’ iddiasıyla sorumluluktan kaçınamayacaklarına işaret etmiştir. Nitekim Mahkemeye göre; Sözleşme’nin 1. maddesinden doğan yükümlülük, sadece devlete atfedilebilir davranışlar sonucu ortaya çıkan hak ihlallerini değil, aynı zamanda devlet dışı kişi ve kuruluşlara atfedilebilir davranışlar sonucu ortaya çıkan hak ihlallerini de kapsamaktadır. 1. maddede; ‘Yüksek Sözleşen Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar’ hükmü yer almaktadır. Mahkemenin yerleşik içtihatlarında, maddede geçen ‘tanırlar’ ibaresi; devletler açısından, hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri içerdiği şeklinde yorumlanmıştır. Mahkemeye göre, hakların etkin şekilde korunmaları, her iki tür yükümlülüğün karşılanmasını gerektirmekte ve ayrıca hak ihlalleri, kim tarafından

<sup>40</sup> **SEVER**, Çiğdem, ‘Kadına Karşı Ev İçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Opuz v. Türkiye Kararı’, Atılım Sosyal Bilimler Dergisi, c. 1, sy.2, 2012, s. 20 vd. ; **GEMALMAZ**, İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş (5. Baskı), s. 32.

gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, devletin, bu ihlallerden sorumluluğu söz konusu olmaktadır<sup>41</sup>.

Yatay ihlallerden dolayı devletin sorumluluğu, Alman Anayasa Hukuku doktrininde ‘üçüncü tarafın etkisi’ anlamına gelen ‘Drittwirkung’ kavramıyla karşılanmaktadır. Bu kavram çerçevesinde, devlet dışındaki kişilerin ya da özel aktörlerin davranışları nedeniyle devletin sorumluluğunun nereye kadar uzanabileceği hususu üzerinde yoğun bir tartışma sürdürülmektedir<sup>42</sup>. Kavram, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gerek Fransızca gerekse İngilizce yayınlanan kararlarında orijinal şekliyle (Drittwirkung) kullanılmaktadır. Söz konusu kavram bağlamında Mahkemenin temel inceleme konusu da ‘bireyin, başka bir özel şahsın müdahalesine karşı korunması’ çerçevesinde devletin alması gereken tedbirlerin kapsamı ve nitelikleri olmaktadır<sup>43</sup>.

Gerek normatif gerekse içtihadî düzeyde, devletin insan haklarını koruma sorumluluğu, maddi ve usuli nitelikteki birtakım tedbirlerin alınması yükümlülüğü şeklinde belirmektedir. Bu bağlamda devletin; insan hakları ihlallerini önlemek için makul adımları atmak ve yargı yetkisi dahilinde gerçekleştirilmiş ihlalleri ciddi biçimde soruşturmak,

---

<sup>41</sup> **WEBSTER**, Elaine, Exploring the Prohibition of Degrading Treatment within Article 3 of the European Convention on Human Rights, Phd the University of Edinburgh 2009, s. 50; **AKANDJI-KOMBE**, s. 9; **ŞİMŞEK**, Suat, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri’, Sayıştay Dergisi, sy. 84, Ocak-Mart 2012, s. 3, 5; **GEMALMAZ**, İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş (5. Baskı), s. 97-101.

<sup>42</sup> Bkz. **AKANDJI-KOMBE**, s.14; **ŞİRİN**, Tolga, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 350 vd.; **BOYAR**, , s.70; **GEMALMAZ**, İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş (5. Baskı), s. 94-95.

<sup>43</sup> **XENOS**, Dimitris, The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights, Routledge, New York 2012, s.42 vd.; **ALEXY**, Robert, A Theory of Constitutional Rights, Oxford University Press, New York, 2010, s. xxxviii-xl; Ayrıca kavramın Avrupa Birliği hukuku çerçevesindeki uygulandığı ve yorumlandığı ile ilgili olarak bkz. **ENGLE**, Eric, ‘Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)’, European Law/Europarecht, Vol. 5, No. 2, 2009, s. 167 vd.



sorumluları tespit etmek, uygun cezayı vermek ve mağdurların yeterli tazminatı almasını sağlamak için tasarrufundaki tüm olanakları kullanmak görevlerine işaret edilmektedir. Bu görevler çerçevesinde yatay hak ihlallerinde devlete düşen sorumluluk; gerekli normatif düzenlemeleri yapmak ve güvenceleri getirmek, uygulamaya dönük işlevsel tedbirler almak, denetim görevlerini yerine getirmek, ihlal durumunda başvurulabilecek hak arama yollarını oluşturmak ve belirtmek, ihlal olduğunda etkin bir soruşturma yürütmek ve gerekli müeyyideyi uygulamak şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>44</sup>. Söz konusu tedbirler, insan hakları hukukunda ‘önleyici’ ve ‘düzeltici’ tedbirler olmak üzere başlıca iki kategoride incelenmektedirler.

### 1-Önleyici Tedbirler Alma Yükümlülüğü

Bu yükümlülüğün kapsamına; yasal, idari, mali, yargısal, eğitsel ve kültürel nitelikli birtakım tedbirlerin alınması hususları girmektedir<sup>45</sup>. Sözü edilen tedbirler, insan haklarının tanındığı hukuk metinlerinde ‘gerekli ve uygun tüm tedbirler’ şeklinde ifade edilmekte ve devletlerin bu konudaki temel görevlerine vurgu yapılmaktadır.

Nitekim Anayasa’nın 5. maddesinde; ‘Devletin temel amaç ve görevleri,...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır’ hükmü yer alırken, 10/2. maddesinde; ‘Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler, eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz’, 41/3. maddesinde ‘Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır’; 50/2. maddesinde de ‘Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar’ denilmektedir.

<sup>44</sup> SEVER, s. 30 vd.; AKANDJI-KOMBE, s.16-17; POROY, s.1008; EREN, Abdurrahman, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 138-139; ŞİMŞEK, s.8 vd.

<sup>45</sup> POROY, s.1008 vd.

Uluslararası insan hakları metinlerinde ise örneğin; Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre; 'Taraflar Devletler; özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel olmak üzere bütün alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını garanti etmek amacıyla kadının, tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için yasal düzenleme dahil bütün uygun önlemleri alacaklardır'.

Aynı şekilde Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 2. maddesinin II. fıkrası da devletlere, '...çocuğun ana-babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin diğer üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü ayrıma veya cezaya tabi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemleri alma' yükümlülüğü getirmektedir.

Diğer taraftan Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına Dair Sözleşmesi'nin 4. maddesinin I. fıkrasına göre de 'Taraflar devletler; engelliliğe dayalı herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın bütün engellilerin, tüm insan hak ve temel özgürlüklerinin tam olarak hayata geçirilmesini ve bunların güçlendirilmesini sağlama sorumluluğu altındadırlar. Bu amaçla .....e) Herhangi bir kişi, örgüt veya özel teşebbüs tarafından engelliliğe dayalı ayrımcılık yapılmasını bertaraf etmek için uygun tüm tedbirleri almayı ...taahhüt ederler'.

Önleyici tedbirler arasında 'yasal' nitelikli olanlar, diğerlerinin ön koşulu durumundadırlar. Çünkü yasal çerçeve, uygulamaya kaynaklık edecek olan temel zemini oluşturmaktadır. Yasal çerçevenin, her şeyden önce insan hakları yükümlülüklerinin tam olarak yerine getirilebilmesini mümkün ve zorunlu kılacak tarzda oluşturulması önemlidir<sup>46</sup>. Aksi halde insan haklarının korunması alanında etkili olunması mümkün değildir.

Yasal tedbirler açısından aranacak ilk husus; temel haklara yönelik müdahalelerin, mevzuatta hukuka aykırı eylemler ya da suçlar olarak düzenlenmeleridir. İhlaller için öngörülecek yaptırımların türünün ne olacağı (hukukî/cezaî), şüphesiz ilgili hakkın ve ihlalin niteliğine göre şekillenecektir. Ancak önemli olan, hakkın gerçek anlamda korunmasını engelleyecek şekilde yasal boşluğun olmamasıdır. Bu bağlamda örneğin;

---

<sup>46</sup> ŞİMŞEK, s. 9-10.

çocuklara, kadınlara ya da engellilere yönelik ayrımcı muamelelerin ve şiddetin, nefret suçlarının, insan ticaretinin kanunlarda açıkça yasaklanmamış veya yaptırımlarının öngörülmemiş olması devletin, yasal tedbirler alınması çerçevesindeki koruma sorumluluğunu yerine getirmediği anlamına gelecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Siliadin /Fransa davasına konu teşkil eden ihlal eylemlerine ilişkin olarak, iç hukukta yasal düzenlemenin yapılmamış olmasından dolayı ilgili devletçe koruma sorumluluğunun yerine getirilmediğine ve söz konusu olay bağlamında Sözleşme'nin kölelik ve kulluk yasağını düzenleyen 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dava konusu olayda Togo vatandaşı olan başvurucu; Fransa Ceza Kanunu'nun, kendisini ev işçiliği dolayısıyla köle durumuna getiren eylemlere ya da hiç değilse maruz kaldığı mecburi ve zorla çalıştırılmaya karşı yeterli ve etkili koruma sağlamadığı iddiasını ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre, '... Sözleşme'nin 4. maddesiyle öngörülen güvenceyi sadece Devlet yetkililerinin doğrudan eylemleriyle sınırlı tutmak, özel olarak bu sorunla ilgili olan uluslararası belgelerle bağdaşmayacak ve bu maddeyi etkisiz kılacaktır. Dolayısıyla maddeden çıkan sonuca göre Hükümetlerin, örneğin Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından olduğu gibi 4. maddede sözü edilen eylemler yönünden de bunları cezalandıran hükümler getirmek ve uygulanmalarını sağlamak şeklinde pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır...Somut olayda başvurucu, geleneksel anlamda köle olarak tutulmamış olmakla birlikte; kulluk, kölelik kavramıyla ilintilidir. On beş yaşında göçmen statüsü alacağı ve okutulacağı vaadiyle yabancı bir ülkeye getirilen, hiçbir geçim kaynağı olmayan, pasaportu elinden alınan, göçmen statüsüne sahip olmadığı için her an polis tarafından yakalanma endişesi içinde hareket özgürlüğü kısıtlanmış olan başvurucu, Sözleşme'nin 4. maddesi anlamında kul durumundadır. Fransa'nın ilgili mevzuatında ise açık bir düzenleme yer almadığından, başvurucuyu mağdur eden eylemleri gerçekleştirenler suçlu bulunmamışlardır. Söz konusu eylemlerin suç olarak nitelendirilmeyip, karşılığında herhangi bir cezai yaptırımın öngörülmemiş olması ise başvurucuyu sahip olması gereken korumadan yoksun bırakmıştır'<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> **Siliadin/FRANSA**, Başvuru No. 73316/01, 26.07.2005, par. 66-68, 72, 85-89, 90-98, 118, 131, 148, 149. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin söz konusu kararıyla ayrıca, 'yasama ihmalinin Sözleşme'ye uygunluğu'nun ya

Yasal tedbirler yönünden ikinci önemli husus; haklara yönelik müdahaleleri hukuka aykırı eylem ya da suç olarak düzenleyen hükümlerin, etkili ve uygulanabilir olmaları ve ihlal durumunda da başvurulabilecek gerekli güvence ve koruma mekanizmalarını öngörmüş olmalarıdır. Bu alanlardaki eksiklikler ya da ihmaller de çoğu durumda devletlerin sorumluluğuna yol açan önemli hususlar arasında yer almaktadırlar. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasında konuya ilişkin X ve Y/Hollanda davasında başvuru; faile karşı ulusal mevzuat çerçevesinde cezai girişimlerde bulunmanın imkânsız olmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesiyle bağdaşmadığını ileri sürmüşlerdir. Mahkemeye göre; Hollanda Ceza Kanunu'nun sadece kendisine cinsel saldırıda bulunulan kişiye dava açma hakkı tanıyan ilgili maddesi, cinsel saldırıya uğrayan zihinsel özürlü kişileri, bu hakkı kullanamamaları nedeniyle koruma alanı dışında bıraktığından somut olayda Y, gerçek ve etkili bir koruyucu hükümden yararlanamadığı için 8. maddeye aykırılığın mağduru durumuna düşmektedir. Oysa özel hayatın korunması; devletlerin, üçüncü kişilerin müdahalelerini önleyici ve yaptırıma bağlayıcı etkili ve uygulanabilir yasal düzenlemeleri gerçekleştirmelerini gerekli kılmaktadır. Etkili ve yeterli düzenlemelerin yapılmamış olması, ilgili olay bakımından devletin pozitif yükümlülüklerini ve bu bağlamda koruma sorumluluğunu yerine getirmediğini ortaya koymaktadır<sup>48</sup>.

Aynı şekilde Türkiye ile ilgili Opuz kararında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; ilgili yasal düzenlemenin, 'aile içi şiddet mağdurları için etkili koruma getirmediği' gerekçesiyle devletin sorumlu olduğuna ve Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Dava konusu olay; eski eşi (H.O.) tarafından birçok kereler şiddete maruz kalan N.O'nun, annesinin, H.O. tarafından öldürülmesi ile sonuçlanan olaylar bağlamında kendisinin ve annesinin yeterince korunmadığı iddiasına ilişkindir. Bu iddiayı haklı kılan hususlardan biri olarak Mahkeme, o tarihte yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanunu'nun 456/4, 457. ve 460. maddeleri gereğince 'kovuşturmanın, başvuranın ve annesinin şikâyetlerini takip etmelerine bağlı olmasını ve söz konusu hükümlerin 10 gün ya da fazla bir süre için

---

da 'ihmal yoluyla Sözleşme'ye aykırılık' denetiminin gerçekleştirilmiş olduğu konusunda bkz. **BOYAR**, s. 67.

<sup>48</sup> **X ve Y/HOLLANDA**, Başvuru no. 8978/80, 26.03.1985, par. 23, 27, 36.

rahatsızlık ya da iş göremezlik durumuyla sonuçlanmayan durumlarda kovuşturma makamlarının cezai soruşturmaya devam etmelerine izin vermemesi' hususuna işaret etmiştir. Mahkemeye göre; 'sözü edilen hükümlerin uygulanmasının ve ulusal makamların H.O. aleyhindeki ceza yargılamalarını takip etmemelerinin yol açtığı kümülatif etki; başvuranın annesini, yaşamı ve güvenliği bağlamındaki korumadan yoksun bırakmıştır. İlgili yasal düzenleme ve özellikle de 'şikâyet olmadan işlem yapabilmek için mağdurun en az 10 gün çalışamayacağına dair doktor raporu bulunması gerektiği'ne ilişkin şart nedeniyle devlet, aile içi her türlü şiddeti cezalandıran ve mağdurlara yeterli güvence sağlayan bir sistem geliştirmek ve bu sistemi etkin bir biçimde uygulamak şeklindeki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiştir'<sup>49</sup>.

Üçüncü olarak ilgili yasa hükümlerinin, hakkı tanıyan Anayasal norma aykırı olmamaları da gereklidir. Buna göre örneğin; Anayasa'da yer alan güvencelere aykırı olarak basının sansüre tabi tutulması, toplantı ve gösterilerin izne tabi tutulması, tarafsızlık ilkesinin gözetilmemesi, ırk, dil, din, cinsiyet vb. yönlerden bireyler arasında ayrımcılık yapılması, koruma alanı mutlak olarak belirlenmiş haklar (işkence yasağı) açısından sınırlayıcı hükümler getirilmesi vb. hakların ihlaline yol açacaktır. Diğer taraftan, yasalarla yapılan düzenlemelerde belirsizlik ve boşluk bulunması, takdire imkân tanıyan ya da muğlak nitelik taşıyan ifadelerin yer alması da ihlalleri önleyici değil aksine onlara zemin hazırlayıcı bir tutum olacaktır<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> **Opuz/TÜRKİYE**, Başvuru No. 33401/02, 09.06.2009, par. 145.

<sup>50</sup> Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye ile ilgili vermiş olduğu birçok kararında, kolluk güçlerinin hangi durumlarda ve hangi zamanlarda silah kullanabileceklerinin ilgili yasada açıkça ve ayrıntılı bir biçimde belirtilmemesi durumunun, orantısız güç kullanımına yol açtığı ve bunun da yaşam hakkının ihlalini oluşturduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Örneğin; Erdoğan ve diğerleri / TÜRKİYE (25.04.2006) ve Perk ve diğerleri / TÜRKİYE (28.03.2006) davalarında Mahkeme, 1934'te yürürlüğe giren 2559 sayılı 'Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun yaşam hakkını korumak bakımından günümüzdeki demokratik toplumların gerektirdiği yeterli yasal çerçeveyi oluşturmadığı, şüphelilerin yakalanması sırasında güvenlik kuvvetlerinin güç kullanmasına ilişkin açık kriterleri ön görmediği ve bu itibarla konuyla ilgili uluslararası normlar göz önünde

Belirtilenlerin dışında ise ayrıca yasal mevzuatın periyodik olarak incelenmesi, değerlendirilmesi, temel standartlara ve yükümlülüklerle uyumluluğun sağlanması, insan haklarına ilişkin temel prensiplerle bağdaşmayan hususların saptanarak değiştirilmesi ve yeniden düzenlenmesi de önleyici yasal tedbirler bağlamında devletin sorumluluğunu gerektiren hususlar olarak belirmektedirler.

İnsan haklarının etkili korunması için belli kriterlere uygun olan yasal düzenlemeler yapmak önemli olmakla birlikte şüphesiz yeterli değildir. Normatif düzeyde insan haklarının güvence altına alınması, bunların uygulanması sorununu da gündeme getirmektedir. Uygulamaya geçirilmeyen hakların sadece normatif düzeyde tanınmış olması, devletin insan hakları karşısındaki sorumluluğunu tam olarak karşılamamaktadır. Bu itibarla idari, mali, yargısal ve eğitsel nitelikli tedbirler çerçevesinde gerekli mekanizmaları oluşturup işlevsel hale getirmek de önem taşımaktadır<sup>51</sup>.

Bu tür tedbirler arasında başlıca, temel haklara yönelik ihlallerin ve suç teşkil eden eylemlerin önlenmesi için yeteri kadar kolluk kuvveti buldurmak ve bunları gerçekleştirenlerin yargılanmalarını ve cezalandırılmalarını sağlayacak gerekli adli teşkilatı kurmak yer almaktadır. Bunlar arasında adli teşkilat, yargısal denetim güvencesi sağlaması bakımından önem taşımaktadır. Çünkü insan haklarının pozitif hukukta yer almalarını anlamlı kılan başlıca husus, elverişli bir yargısal güvence mekanizması eşliğinde uygulamaya geçirilebilmeleridir. Haklar, onları ihlal edenlere karşı mahkemeler önünde ileri sürülebilmeli ve korunabilmelidirler. Böylece başvuru yolları kullanılmak suretiyle engelin ortadan kaldırılabilmesi ve ilgili yaptırımların uygulanabilmesi ölçüsünde hukuken tanınmış olan bir hakkın işlevsel değeri bulunduğundan söz edilebilecektir<sup>52</sup>.

---

tutularak yasanın güncelleştirilmesine ihtiyaç bulunduğu hususlarını ileri sürmüştür. Bkz. **TÜRME**N, Rıza, 'Polisin Orantısız Güç Kullanımı Büyük Sorun', Milliyet, 10.12.2007.

<sup>51</sup> **POROY**, s. 1008-1009.

<sup>52</sup> **KABOĞLU**, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2002, s. 162.

Aynı şekilde çocukların, engellilerin, kadınların, hastaların, tüketicilerin, mültecilerin, göçmenlerin vb. haklarını izlemek, hakları ihlal edilenlerin bireysel şikâyetlerini kaydetmek ve ilgili makamlara iletmekle görevli Ombudsman veya İnsan Hakları Komisyonu gibi bağımsız mekanizmaların oluşturulması, yargı mekanizmaları yanında herkes için ulaşılabilir ulusal insan hakları kurumlarının ve şikâyet birimlerinin kurulması, genel olarak insan hakları ve ayrımcılık ve özel olarak da belli kategorilere ilişkin olan hak ihlalleri ile ilgili olarak çalışma yapmak üzere uluslararası standartlara haiz uzman kurumların oluşturulması, ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve hoşgörüsüzlükle mücadele edecek koruyucu mekanizmaların veya özel kurumların oluşturulması, insan ticareti, nefret suçları, kadınlara, çocuklara, engellilere yönelik şiddet vb. belli suç kategorileri için izleme, veri toplama ve raporlama mekanizmalarının ve şikâyet mercilerinin kurulması da önem kazanmaktadır.

Öte yandan insan haklarının etkili korunması için bazı hallerde bu gibi kurumsal tedbirler de yeterli olmayıp, uygulamaya dönük daha özel tedbirlerin alınması gerekli olabilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşmiş içtihatlarına göre, yaşam hakkının düzenlendiği 2. madde, devletler açısından sadece yaşam hakkından mahrum bırakmama şeklinde negatif bir yükümlülük değil, gerektiği hallerde yetkili makamlara, yaşamı, başkasının suç fiilinden veya bizzat kendisinden kaynaklanan risk altında olan bir bireyi korumak için önleyici işlevsel/pratik tedbirler alma şeklinde pozitif bir yükümlülük de yüklemektedir. Ancak Mahkeme; söz konusu yükümlülüğün, modern toplumlarda güvenliği sağlamadaki güçlükler, insan davranışlarının önceden kestirilemezliği ve işlevsel tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılmak zorunda oluşu akılda tutularak yetkililere imkânsız veya orantısız bir külfet yüklemeyecek şekilde yorumlanması gerektiğine de işaret etmektedir. Mahkemeye göre, suçların önlenmesi ve bastırılması görevi bağlamında özel güvenlik tedbirleri alma şeklindeki bir pozitif yükümlülük, kişiye yönelmiş gerçek ve yakın bir tehlikenin olması ve bunun devlet yetkilileri tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Devletin, bu süreçte kendisinden beklenen makul tedbirlerle, kişiye yönelmiş riski ortadan kaldırması gerekmektedir. Makul tedbirlerin alınmaması, devletin sorumluluğuna

yol açacaktır<sup>53</sup>. Aynı şekilde işkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği 3. madde hükmü de devletlere sadece kötü muamelede

---

<sup>53</sup> Örneğin Türkiye ile ilgili Opuz ve Dink kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu gerekçeden hareketle Sözleşme'nin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Opuz kararındaki iddialar; şiddet eylemlerine ilişkin olarak yetkili makamlara yapılan şikâyet bildirimlerine karşın, başvuranın ve annesinin yaşamlarının ve güvenliklerinin korunması amacıyla 4320 sayılı Aileyi Koruma Kanunu'nda öngörülen koruma tedbirlerinden hiçbirinin alınmadığı, aksine yetkili makamların birçok kez başvurucuyu ve annesini şikâyetlerini geri çekme konusunda ikna etmeye çalıştıkları, H.O.'nun ölüm tehditleri karşısında yetkili makamların tamamen pasif kaldıkları şeklindedir. İlgili davada Mahkeme; yaşanan olaylar sonucunda, H.O. tarafından başvurucuya ve annesine yönelik olarak giderek artan bir şiddet bulunduğunun aşikar olduğuna, gerçekleşen pek çok şiddet eylemi ve tehdit karşısında yerel makamların H.O. tarafından öldürücü bir saldırı gerçekleştirileceğini öngörebilecek durumda bulduklarına işaret etmiştir. Mahkemeye göre; '...sicilinde şiddet eylemleri olan bir şüpheliyle karşı karşıya olan yerel makamların, başvuranın annesini korumak amacıyla durumun ciddiyetiyle bağdaşan özel tedbirler almaları beklenebilirdi. Bu amaçla, Savcı ya da Sulh Ceza Hâkimi, kendi inisiyatifıyla 4320 sayılı Kanunu'n 1. ve 2. Bölümleri'nde yer alan koruyucu tedbirlerden bir ya da birkaçının alınması talimatını verebilirlerdi. H.O.'nun; başvuranın annesiyle görüşmesini, iletişim kurmasını ya da ona yaklaşmasını engelleyici veya belirli bölgelere girmesini yasaklayıcı bir ihtiyati tedbir kararı da alabilirlerdi. Ancak bunun aksine, başvuranın annesinin sürekli korunma taleplerine karşın, Polis ve Sulh Ceza Mahkemesi, H.O.'nun yalnızca ifadesini almış ve kendisini serbest bırakmıştır. Yetkililerin, ifade almak dışında yaklaşık iki hafta boyunca pasif kaldığı süre zarfında H.O., başvuranın annesini öldürmüştür. Bu koşullarda yerel makamların, gerekli özeni göstermiş sayılamayacakları açıktır'. **Opuz/ TÜRKİYE**, Başvuru No. 33401/02, 09.06.2009, par. 119, 134, 135, 136, 147, 148, 149.

Aynı şekilde F. Dink kararında da Mahkeme; '...öldürme öncesinde gerçekleşen birtakım olaylar (milliyetçi çevrelerin tepkisi, emniyet birimlerinin suikast girişimi ihtimaline karşı bilgilendirilmeleri, hatta şüphelilerin kimlik bilgilerine ulaşılması vb.) polis yetkililerinin, F. Dink'in özel olarak tasarlanan ve ölümcül bir saldırının hedefi haline geldiğini bildiklerini veya bilmeleri gerektiğini ortaya koymaktadır. Davanın koşulları dikkate alındığında bu durum, gerçek ve yakın bir tehdit niteliği



bulunmaktan kaçınma görevi değil, fakat aynı zamanda bireyin maddi bütünlüğüne karşı açık ve yakın bir tehlikenin gerçekleşmesinin önlenmesi gibi bir durumda gerekli pratik tedbirleri alma görevi yüklerken, 8. maddede düzenlenen bireyin özel ve aile yaşamına saygı hakkı bağlamında çocukla kişisel ilişki kurulmasını öngören bir mahkeme kararın icrası da bunun engellenmesine karşı pratik tedbirler alınmasını gerektirebilmektedir. Sözleşme uygulaması çerçevesinde özel tedbirlerin alınması yönündeki ihtiyaca; esas itibariyle aile içi şiddetten çocuk istismarına, toplantı ve gösteri hürriyetinden ifade hürriyetine birçok temel hakkın ihlalinin önlenmesi bağlamında işaret edilmektedir. Bu tür haklar bakımından devletin sorumluluğu ise ihlal eylemlerinin meydana geleceğinden yetkililerin bilgi sahibi oldukları veya olmaları gereken durumlarda söz konusu eylemleri önlemek için makul adımları atıp atmamalarına dayandırılmaktadır<sup>54</sup>.

Önleyici tedbirler bağlamında, yukarıda belirtilenlerin dışında başvurulabilecek bir diğer alanı ise eğitsel ve kültürel alan

---

taşımaktadır. Gerek cinayetin planlanarak hazırlandığı gerekse mağdurun oturduğu ve cinayetin işlendiği yerdeki yetkili makamlar, yaşam hakkına müdahalenin engellenmesi çerçevesinde harekete geçmemişlerdir. Hükümet, her ne kadar F. Dink'in hiçbir zaman polisin yakın korumasını talep etmediğini öne sürmüştü de hem ilgili yasa gereğince hem de cinayet bilgisinin yetkili makamlara ulaşmış olması karşısında yetkililerin, ilgili kişinin herhangi bir talepte bulunmasını beklemeden yaşam hakkını koruyacak şekilde harekete geçme zorunlulukları bulunmakta idi. Bu koşullar ışığında F. Dink'in yaşamına yönelik yakın ve gerçek nitelikteki riski bertaraf edecek makul tedbirler alınmamıştır' yönündeki tespitleri çerçevesinde ilgili alandaki pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğini ve Sözleşme'nin ihlal edildiğini belirtmiştir. **Dink/TÜRKİYE**, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010, par. 66, 67, 68, 69, 70, 74, 75.

<sup>54</sup> **WATTS**, Juliet Chevalier, 'Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights:Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?', *The European Journals of International Law*, Vol. 21, no.3, 2010, s. 72 vd.; **DOĞRU**, Osman, 'Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler', *Danıştay 2007 Yılı İdari Yargı Sempozyum*, 11 Mayıs 2007, <http://www.danistay.gov.tr/index.html>, B.T. 22.07. 2013.

oluşturmaktadır. Söz konusu alan, devlet görevlilerinin eğitiminden toplumsal bilinci geliştirmeye ve artırmaya kadar oldukça geniş bir boyuta uzanabilmektedir. Nitekim kamu görevlilerine yönelik olarak; insan ticareti, şiddet, istismar, ayrımcılık, nefret söylemi, nefret suçları gibi belli suçlarla daha etkin mücadele edebilmeleri çerçevesinde hizmet içi eğitim verilmesi söz konusu olabileceği gibi bu tür suçlarla mücadelede, sivil toplum kuruluşlarıyla ortak programlar ve yöntemler izlenmesi de söz konusu olabilir. Belirtilen suçlar açısından ayrıca, toplumsal kültürü dönüştürücü ve risk altındaki grupların koşullarını iyileştirici özel politikalar ve uygulamalar da yürürlüğe sokulabilir. Bu bağlamda da örneğin eğitim müfredatı; çoğulcu, özgürlükçü ve eşitlikçi değerleri güçlendiren bir yapıya sahip kılınarak, ‘herkesin eşit saygı ve eşit muamele hakkına sahip olduğu’ yönünde bilinç oluşturmaya yönelik bir içerikle desteklenebilir. Öte yandan kitle iletişim araçlarıyla işbirliği yapılarak da sorumlu yayıncılık ilkelerinin yerleştirilmesi ve eğitici programlarının oluşturulması çerçevesinde temel hakların içeriği ve önemi, yerleşik ön kabullerin yol açabileceği zararlar ve belli tür suçların engellenmesi konusunda toplumsal duyarlılık geliştirilmesi sağlanabilir<sup>55</sup>.

Diğer taraftan, temel hak ihlalleri konusunda mevcut uygulamaların etkilerine dair araştırmaların koordine edilerek istatistiksel veri toplanması da devletler açısından ortaya çıkan bir yükümlülük olarak belirmektedir. Aynı şekilde, bireylere yönelik suçları üreten saikler ve işlenme nedenleri üzerinde birtakım değerlendirmelerin ve incelemelerin yapılarak ulusal stratejilerin ve eylem programlarının geliştirilmesi de alınması gerekli işlevsel tedbirler olarak ortaya çıkmaktadırlar<sup>56</sup>.

## **2- Düzeltici Tedbirler Alma Yükümlülüğü**

Düzeltici tedbirler, hak ihlali gerçekleşikten sonra ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıran ve ihlali gerçekleştiren kişilere yönelik yaptırım içeren tedbirlerdir<sup>57</sup>. Bu tür tedbirler kapsamında yargısal ve yargı dışı yollara (idari ve siyasi başvuru) başvurulabilir. Bunun hukukî dayanağını, Anayasa'nın 40. maddesinde bulmak mümkündür. Madde

---

<sup>55</sup> **SEVER**, s. 32 vd.; **GEMALMAZ**, İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş (5. Baskı), s. 1031; **POROY**, s. 1008-1009.

<sup>56</sup> **KARAN**, s. 61-62.

<sup>57</sup> **EREN**, s. 141-142.

hükmüne göre; ‘Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir’.

Önleyici tedbirlere rağmen gerçekleşen hak ihlallerinde devletten yerine getirmesi beklenen ilk düzeltici tedbir, soruşturma yapmaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında bu tedbir, usule ilişkin yükümlülükler bağlamında ‘etkili soruşturma yapma yükümlülüğü’ olarak adlandırılmaktadır. Bu yükümlülüğün unsurları olarak da resmî bir soruşturma yapılması; soruşturmanın, olayları ve sorumluları ortaya çıkarabilmeye yeterli ve elverişli olması; soruşturmanın kamuoyunun izlemesine yeterli derecede açık şekilde yürütülmesi ve soruşturmanın ivedilikle yapılıp, makul sürede sonlandırılması hususlarına işaret edilmektedir<sup>58</sup>. Bu unsurlar çerçevesinde ihlal iddialarının veya şikâyet bildirimlerinin derhal, tarafsız ve etkili bir biçimde soruşturulmaması, faile ya da mağdura ilişkin ırk, dil, din, cinsiyet vb. nedenler temelinde soruşturmada isteksiz davranılması ya da ihlal iddiasının bir suç veya insan hakları konusu teşkil etmediği gerekçesiyle tamamen hareketsiz kalınması devletin koruma sorumluluğunu yerine getirmediği anlamına gelecektir.

Öte yandan Mahkeme uygulamasında etkili soruşturma yapma yükümlülüğü, bir sonuç değil davranış yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir. Buna göre örneğin öldürme olayının sorumlusunun açığa çıkarılmaması, her durumda ya da mutlak suretle yaşam hakkının ihlal edildiği anlamına gelmeyebilecektir. Mahkemeye göre burada önemli olan, sorumlunun açığa çıkarılması için gösterilen çaba ve soruşturmanın etkinliği olmaktadır<sup>59</sup>.

İhlalin gerçekleşmesinin ardından devletten yerine getirmesi beklenen ikinci düzeltici tedbir, yargılama yapmak ve failleri cezalandırmaktır. Yargılama sürecinde sağlanması gereken temel koşul, adil bir yargılama yapılmasıdır. Adil yargılanma hakkının sağladığı güvence, herkesin önceden belirli olan hukuk kuralları çerçevesinde sağlıklı bir yargılama sürecinden geçerek yargılanmasıdır. Sözü edilen hak, yatay ihlaller ya da bireyler arasındaki uyuşmazlıklar bağlamında

<sup>58</sup> WATTS, s. 711-715; AKANDJI-KOMBE, s. 34-36, 59-61.

<sup>59</sup> WATTS, s. 706.

hem hukuk hem de ceza yargılaması bakımından geçerli bulunmaktadır. Her iki yargılama bakımından adil yargılamanın dayandığı ortak esaslar; hukuken yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinde<sup>60</sup> yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, hakkaniyete uygun şekilde yargılanma hakkı (iddia ve savunma hakkının eşitlik temelinde kullanılmasının sağlanması-silahların eşitliği ilkesi-) ve aleni yargılanma hakkı olarak belirmektedir<sup>61</sup>. Yargılama sürecinde bu prensiplere işlerlik kazandırılması, insan haklarının güvencesi bakımından önem taşımaktadır. Devlet aygıtı gerçekte, yasama ve yürütme aşamalarında olduğu gibi yargılama aşamasında da sürekli olarak insan hakları açısından bir sınavdan geçmektedir.

Yargılama sürecinde adil bir yargılama yapılmasının gerekliliği yanında, etkili bir yargılama ve müeyyide uygulanması da önem taşımaktadır. Buna göre faile yeterli cezanın verilmemesi ya da suçla orantılı olmayan bir müeyyide uygulanması, devletin sorumluluğunu doğuracaktır. Nitekim Türkiye ile ilgili Opuz kararında Avrupa İnsan

---

<sup>60</sup> Yargının bağımsızlığı, yargılama işlevinin dış etkilere maruz kalmadan yerine getirilebilmesi güvencesini içermektedir. Dış etkilerle kastedilen, başta yasama ve yürütme olmak üzere diğer kurumların ve kişilerin yargı üzerindeki baskılarıdır. Herhangi bir dış etki veya baskıya karşı korunmadığı sürece, hâkim; adaleti, hukuka uygun olarak ve tarafsızca dağıtacak bir konumda değildir. Yargının tarafsızlığı ise hâkimin, yargılama ve karar verme sürecinde kendi görüşlerini veya yakınlık ilişkilerini hesaba katmadan objektif davranması anlamına gelmektedir. Tarafsızlık, bu yönüyle yargı bağımsızlığına göre daha kişisel bir durumu ifade etmektedir. Bkz. **ERDOĞAN**, Mustafa, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 24-25; **PIMENTEL**, David, 'Yargının Yönetişimi: Anayasal Yapının Bir Ürünü Olarak Yargının Bağımsızlığı ve Hesap Verebilirliği', Çev. Başak Kocadost-Fırat Genç-Alpay Baykal, Uluslararası Anayasa Kongresi 11-14 Mayıs, Metinler Kitabı 2, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 227-229; **HÜNER**, Mehmet Fatih, Demokrasinin İşleyişinde Yargının Meşruiyeti ve Rolü, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.90.

<sup>61</sup> **CENGİZ**, Serkan vd. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa Ankara 2008, s. 102 vd.; **TANRIVER**, Süha, 'Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı', TBB Dergisi, sy.53, 2004, s. 193 vd.

Hakları Mahkemesi, gerek yaşam hakkının ihlali dolayısıyla verilen mahkûmiyet cezasının gerekse daha önceki aşamalarda aile içi şiddet kapsamında uygulanan müeyyidelerin yeterli ve etkin olmadıkları bu itibarla da Sözleşme'nin ihlaline yol açıldığını belirtmiştir. Dava konusu olayda; H.O. hakkında, başvuranın annesini kasten öldürmek suçundan 2002 tarihinde kamu davası açılmıştır. H.O., yetkili makamlara verdiği ifadelerde başvuranın annesini, 'eşini ahlaka aykırı bir yaşam sürmeye yönlendirdiği' gerekçesiyle öldürdüğünü belirtmiştir. Yapılan yargılama sonucunda Yerel Mahkeme, 2008 tarihli kararla H.O.'yu adam öldürmekten ve ruhsatsız silah bulundurmaktan mahkûm etmiştir. Ancak Mahkeme; sanığın bu suçu, ölenin tahriki neticesinde işlemiş olduğunu ve ayrıca yargılama boyunca da iyi hal sergilediğini belirterek cezayı 25 yıl 10 ay hapis ve 180 Yeni Türk Lirası para cezasına indirmiştir. Ayrıca Mahkeme, mahkûmun tutuklu kaldığı süreyi ve kararın temyiz mahkemesince inceleneceğini göz önünde bulundurarak da H.O.'nun salıverilmesine karar vermiştir. Temyiz davası halen Yargıtay'da derdest durumdadır<sup>62</sup>.

Sözü edilen gelişmelere ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; öncelikle failin yargılanmasının, aradan yedi yıl geçmiş olmasına rağmen hâlâ sonuçlanmamış olmasının, işlendiği zaten itiraf edilmiş olan bir kasıtlı öldürme olayının yargılanmasının etkililiğine gölge düşürdüğünü ve bu itibarla Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşam hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Diğer taraftan Mahkeme, H.O.'nun cinayetten mahkûm olmasına rağmen verilen cezanın caydırıcı nitelik taşımadığını, bu tür davalarda özellikle ceza indirimine gidilmek suretiyle yargı tarafından sergilenen pasif tutumun da hakların sağladığı güvenceden bireyleri yoksun bıraktığını ileri sürmüştür<sup>63</sup>.

Öte yandan Mahkeme, öldürme eyleminden önce başvurana ve annesine yönelik olarak gerçekleştirilen şiddet eylemlerine verilen karşılıkların da etkili ve yeterli olmadıkları sonucuna varmıştır. Bu hususta Mahkeme, esas itibarıyla söz konusu şiddet eylemlerine ilişkin

<sup>62</sup> **Opuz/ TÜRKİYE**, Başvuru no.33401/02, 09. 06. 2009, par. 55, 56, 57, 58, 197, 199.

<sup>63</sup> **Opuz/ TÜRKİYE**, Başvuru no.33401/02, 09. 06. 2009, par.151, 153, 199, 200.

olarak yerel makamların tamamen pasif kalmadıklarını vurgulamıştır. Nitekim Mahkemeye göre; ‘ Şiddet içeren her bir olaydan sonra başvuru, sağlık muayenesinden geçirilmiş ve H.O. hakkında ceza yargılaması başlatılmıştır. H.O.; iki kez tutuklanmış, başvuru yedi kez bıçaklaması dolayısıyla aldığı mahkûmiyetin ardından para cezası ödemesine hükmedilmiş ve bu ceza taksitli bağlanmıştır. Ancak bu tedbirlerden hiçbiri; faili, başka şiddet eylemleri uygulamaktan alıkoymaya yeterli olmamıştır. Örneğin; şikâyetin geri alınması sebebiyle kimi olaylarda yargılamaya son verilmiş, başvuru yaralanmasına ve ölenin hayati tehlike oluşturan yaralar almasına neden olmasına rağmen cezaevinde sadece yirmi beş gün kalmış ve başvuru annesine yönelik ciddi yaralanmalara sebebiyet vermesinden ötürü de para cezasına çarptırılmıştır. Ayrıca yedi kez bıçaklama olayından da kendisine sadece taksitlerle ödenebilecek düşük bir para cezası verilmiştir’. Bu sebeplere dayalı olarak Mahkeme; failin davranışlarına verilen karşılıkların, işlenen suçların ağırlığı karşısında açıkça yetersiz olduklarını, belirli bir oranda müsamaha içerdiklerini ve H.O.’nun davranışı üzerinde gözle görülebilir hiçbir caydırıcı veya önleyici etki meydana getirmediğini belirtmiştir<sup>64</sup>.

Bunların yanında Mahkeme; dava konusu olaylar ve gelişmeler dikkate alındığında başvuru ve annesinin, toplumsal cinsiyet temelinde ihlale maruz kaldıkları tespitinde de bulunmuştur. Mahkemeye göre; ‘kadınların, devlet tarafından aile içi şiddete karşı korunmamaları, her şeyden önce eşit hukukî koruma haklarını ihlal etmekte, bu ise toplumsal cinsiyet temelinde bir ihlal oluşturmaktadır. Ayrıca söz konusu ihlal ve ayrımcılık, sadece mevzuattan değil, yerel makamların ve özellikle mağdura yeterli koruma sağlama konusunda yargının ortaya koymuş olduğu pasif tutumundan da kaynaklanmaktadır....Birtakım araştırma raporlarının ve istatistiklerinin ortaya koyduğu gibi aile içi şiddet; özellikle kadınları mağdur etmekte, 4320 sayılı Aileyi Koruma Kanunu’nun uygulanmasında ciddi sorunlar yaşanmakta ve adli makamların kasıtsız da olsa ilgili konudaki pasif tutumları, bu tarz şiddet olaylarının artmasına yol açmaktadır. Aile içi şiddet, tüm üye devletlerde ciddi bir sorun teşkil etmekte olup; bu sorunla mücadele ederken üye

---

<sup>64</sup> **Opuz/ TÜRKİYE**, Başvuru no.33401/02, 09.06.2009, par. 166, 167, 169, 170.

devletlerin karşı karşıya buldukları temel yükümlülüklerden birini, etkili ve caydırıcı bir cezalandırma sisteminin kurulması oluşturmaktadır<sup>65</sup>.

Yargılama ve cezalandırma dışında gündeme gelebilecek diğer düzeltici tedbirler ise tazmin ve telafi edici mekanizmaların kurulması ve işletilmesidir. Hakları ihlal edilenlerin durumlarını yeterli ve etkili bir şekilde iyileştirmeye dönük olan bu tür tedbirler başlıca; ihlallerin yol açtığı maddi ve manevi zararların giderilmesi (tazminat ödenmesi), ihlal mağdurlarına yaşadıkları sarsıntı ve incinme nedeniyle psikolojik destek sunulması, belli tür ihlallerden dolayı mağdurlardan ve toplumdan özür dilenmesi, zihinsel ve fiziksel rehabilitasyon hizmetleri sunulması, sosyal statünün geri kazandırılmasına yönelik tedbirler alınması, ayrımcılığın ortadan kaldırılması, fırsat eşitliğinin sağlanması ve toplumsal hayata tam katılım kapsamında birtakım grupların belirli özelliklerinden (ırk, etnik köken, yaş, cinsiyet vb.) kaynaklanan dezavantajlarının ortadan kaldırılmasına yönelik geçici özel önlemler<sup>66</sup> alınması şeklinde olabilmektedir.

Gerek önleyici tedbirlerin gerekse düzeltici tedbirlerin alınmamasına bağlı olarak ortaya çıkan devletin yatay ihlallerden dolayı sorumluluğu, esas itibarıyla sözü edilen alanlarda ‘yeterli özenin’ gösterilmemiş olmasına dayalı bulunmaktadır. Ancak yatay ihlallerden dolayı sorumluluk; ‘idarenin sorumluluğu’ kavramından daha geniş olup, ayrıca önleyici ve düzeltici tedbirler bağlamında da çok daha geniş bir çerçeveyi bünyesinde barındırmaktadır<sup>67</sup>.

Diğer taraftan yatay ihlaller bağlamında devletin pozitif yükümlüğünün derecesi ve sınırı; ihlal edildiği iddia edilen hak ve hürriyetin özelliklerine göre değiştiği gibi, ihlalin meydana geldiği alanlar bakımından da farklılık arz etmektedir. Örneğin; yaşam hakkının

<sup>65</sup> **Opuz/ TÜRKİYE**, Başvuru no.33401/02, 09.06.2009, par. 196-197-198, 199, 200.

<sup>66</sup> **GÜL/KARAN**, s. 16.

<sup>67</sup> **DOĞRU**, Osman, ‘Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde Pozitif Yükümlülükler’, Danıştay 2007 Yılı İdari Yargı Sempozyum, 11 Mayıs 2007, <http://www.danistay.gov.tr/index.html>, B.T. 22.07. 2013.

ihlalinin özel alanda gerçekleşmesi ile devletin kontrolü altında bulunan kurumlardaki kişiler arasında (cezaevinde, askeri kurumlarda, polis merkezlerinde, adliye teşkilatında vb.) gerçekleşmesinin, devletin alması gereken tedbirler ya da sorumluluk derecesi bakımından da farklılığı söz konusu olacaktır. Aynı şekilde, terörist saldırılar sonucunda gerçekleşen ölümlerle töre cinayeti veya eski eşin şiddeti sonucu gerçekleşen ölümler bakımından olduğu gibi şiddet eylemlerinin ya da kötü muamelelerin, özel alanda yer alan kişiler arasında gerçekleşmesi ile devlet kontrolündeki kurumlarda bulunan kişiler arasında gerçekleşmesi durumunda da devlete atfedilebilecek sorumluluğunun ve pozitif yükümlülüklerinin derecesi ve kapsamı aynı olmayacaktır. Ancak devletin, her halükârda yargı yetkisinde bulunan kişiler arasındaki hak ihlallerinden sorumluluğu mevcuttur. Bu durum; devletin, hukukîleşen insan hakları karşısındaki koruma sorumluluğunun bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

#### **V-SONUÇ**

İnsan hakları kurallarının, bireyler arasındaki ilişkilerde de geçerli olduğu ve bu süreçte gerçekleşen ihlallerden dolayı devletin sorumlu bulunduğu hususu günümüzde teori ve uygulama düzeyinde yaygın bir kabul görmektedir. Ancak bu yöndeki kabul, insan haklarının hukuk alanına aktarılmasıyla eş zamanlı olarak ortaya çıkan bir olgu olmamıştır. Modernleşme bağlamındaki insan hakları doktrininin etkisi, özellikle devlet tarafından gerçekleştirilen ihlallere ağırlık verilmesi anlamında 20.yüzyılın ikinci yarısına kadar varlığını güçlü bir biçimde hissettirmiştir. O tarihten bu yana ise değişken, daha kapsamlı ve dinamik bir insan hakları anlayışının yerleşmesine tanık olunmuştur. Yatay etkinin görünür hale gelmesi bağlamında ortaya çıkan bu gelişmede; hak kullanma bincindeki artışın, sivil toplum kuruluşlarının çabalarının ve bu çabaların bir yansıması olarak uluslararası ve ulusal düzeydeki pozitif hukukun önemli katkıları bulunmaktadır.

Dinamik insan hakları anlayışı çerçevesinde yatay etki, devletlerin yalnızca kendilerinden kaynaklanan ihlallerden kaçınma ve bunun için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü içinde olmadıklarını; fakat aynı zamanda bireyleri, diğer bireylerin ihlallerinden de koruma ve bunun için de gerekli tedbirleri alma görevine sahip buldukları hususuna işaret etmektedir.



Yatay ihlaller, toplumsal hayatın her alanında farklı kategorilerde ve şekillerde ortaya çıkabilmektedirler. Bunlar, esas itibarıyla siyasi iktidarın ve devlet mekanizmasının dışında daha güçlü konumdaki tarafın diğer tarafa, çoğunluğun azınlığa yönelik dayatmaları, haksız davranışları vb. olarak ortaya çıkmaktadırlar. Bu tür örneklerin hemen hepsinde, özel ilişkiden kaynaklanan ilişkinin mağdurları; genellikle fiziksel, ekonomik, eğitim ve benzeri açılardan daha güçsüz konumda yer almaktadırlar. Nitekim mağdur kategorileri açısından ele alındığında; kadın hakları, çocuk hakları, engelli hakları, hasta hakları, tüketici hakları vb. olası yatay ihlallerin gerçekleşebileceği başlıca alanları oluşturmaktadırlar. Bu bağlamda yetişkinlerin çocuklara karşı ihlalleri; toplumun geniş kesimlerinin toplum içindeki azınlıklara veya marjinal gruplara yönelik keyfi müdahaleleri; kişilerin siyah, Müslüman, Roman, engelli vb. oluşlarından dolayı başka kişi ve kurumlarca işe alınmaması, hakarete uğramaları, şiddet görmeleri, işten çıkarılmaları; köle olarak kullanılmaları, hayatlarının, özgürlüklerinin ve güvenliklerinin tehdit edilmesi, ifade ve din özgürlüklerinin engellenmesi vb. hususlar devletin hareketsiz kalamayacağı başlıca insan hakları ihlalleri olarak ortaya çıkmaktadırlar.

Yatay ihlallerden dolayı devletin sorumluluğu, insan haklarını koruma görevinden doğmaktadır. Koruma görevi, 'önleyici' ve 'düzeltici' nitelikte birtakım tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda devletin, insan hakları ihlallerini önlemek için makul adımları atma ve yargı yetkisi dahilinde gerçekleştirilmiş ihlalleri ciddi biçimde soruşturma, sorumluları tespit etme, uygun cezayı verme ve mağdurların yeterli tazminatı almalarını sağlamak için tasarrufundaki tüm olanakları kullanmak yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük çerçevesinde yatay hak ihlallerinde devlete düşen sorumluluk; gerekli normatif düzenlemeleri yapmak ve güvenceleri getirmek, uygulamaya dönük işlevsel tedbirler almak, denetim görevlerini yerine getirmek, ihlal durumunda başvurulabilecek hak arama yollarını oluşturmak ve belirtmek, ihlal olduğunda etkin bir soruşturma yürütmek ve gerekli müeyyideyi uygulamak şeklinde ortaya çıkmaktadır.

## **KAYNAKLAR**

**ACAR**, Feride, ‘Birleşmiş Milletler’de ve Avrupa Konseyi’nde Kadınların İnsan Hakları’, <http://www.tukd.org.tr/dosya/ferideacarikonusmametni.doc.>, B. T. 10.08.2013.

**AKANDJI-KOMBE**, J. F., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No: 7, Belçika 2008.

**AKIN**, İlhan, Kamu hukuku, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 1990.

**ALEXY**, Robert, A Theory of Constitutional Rights, Oxford University Press, New York, 2010.

**AYDIN**, Nizamettin, ‘Hasta Haklarının Hukukî Boyutu ve Korunma Yolları’, [http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/haberler/hh\\_hukukiboyutu/index.htm](http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/haberler/hh_hukukiboyutu/index.htm), B. T. 02.09.2013.

**BARNETT**, Hilaire, Understanding Public Law, Routledge, Oxon 2010.

**BOYAR**, Oya, ‘Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki’, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Editör: Sibel İnceoğlu, (Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi), Avrupa Konseyi, 2013.

**BULUT**, Nihat, Eski Yunandan Aydınlanmaya İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış, EÜHFD, c. XII, sy.3-4, 2008.

**CAREY**, Sabine C./**GIBNEY**, Mark/**POE**, Steven C., The Politics of Human Rights- The Quest for Dignity, Cambridge University Press, New York 2010.

**CENGİZ**, Serkan vd. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa Ankara 2008.

**ÇAĞLAR**, Selda, Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuk Sisteminde Engellilerin Eğitim Hakkı ve Devlet Yükümlülükleri, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

**DILLER**, Janelle M., Securing Dignity and Freedom thorough Human Rights Article 22 of the Universal Declaration of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 2012.

**DOĞRU**, Osman, ‘Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde Pozitif Yükümlülükler’, Danıştay 2007 Yılı İdari Yargı Sempozyum, 11 Mayıs 2007, <http://www.danistay.gov.tr/index.html>, B.T. 22.07. 2013.

**DONNELLY**, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

**DURUL**, Ferzan, Küreselleşme ve İnsan Hakları, Toroslu Kitaplığı, İstanbul 2008.

**ENGLE**, Eric, ‘Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)’ , European Law/Europarecht, Vol. 5, No. 2, 2009.

**ERDOĞAN**, Mustafa, İnsan hakları Teorisi ve Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara 2011.

**ERDOĞAN**, Mustafa, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

**ERDOĞAN TOSUN**, Gülgün, ‘İnsan Hakları ve Medya’, İnsan Hakları Haberciliği, Hazırlayan: Sevdâ Alankuş, IPS İletişim Vakfı Yayınları, İstanbul 2007.

**EREN**, Abdurrahman, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

**FREEMAN**, Michael, İnsan Hakları Disiplinlerarası Yaklaşım, Çev. A. Erkan Koca-Asena Topçubaşı, Birleşik Yayınları, Ankara 2008.

**FREEMAN**, Michael, ‘The Value and Values of Children’s Rights’, The Human Rights of Children: From Visions to Implementation, Edited by Antonella Invernizzi-Jane Williams, Ashgate Publishing, Farnham Surrey UK 2011.

**GEMALMAZ**, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003.

**GEMALMAZ**, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005. (İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş- 5. Baskı)

**GRIFFIN**, James, On Human Rights, Oxford University Press, New York 2008.

**GÜL**, İdil Işıl/**KARAN**, Ulaş, Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi, Editörler: Gökçeççek Ayata-Burcu Yeşiladalı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.

**GÜMÜŞ**, A. Tarık, Türk Anayasası'nda Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı, Eğitim Akademi Yayınları, Konya 2010.

**HAMARBERG**, Thomas, Avrupa'da İnsan Hakları, Çev. Ayşen Ekmekçi, İletişim Yayınları, İstanbul 2012.

**HÜNER**, Mehmet Fatih, Demokrasinin İşleyişinde Yargının Meşruiyeti ve Rolü, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

**İLKİZ**, Fikret/**GÜNAYDIN**, Barış, 'Kişilik Hakları-Medya Etik ve Yargı Kararları', Küresel İletişim Dergisi, sy. 2, Güz 2006.

**KABOĞLU**, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2002.

**KALABALIK**, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

**KARA**, Bülent, Sosyal Haklar ve Özel Olarak Korunması Gereken Kişiler, Basılmamış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2008.

**KARAN**, Ulaş, 'Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?' Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, Editörler: Ayşe Çavdar-Aylin B. Yıldırım, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul 2010.

**KIVILCIM**, Zeynep, 'İnsan Hakları ve Karşı Hegemonya', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. XIII, sy.1-2, y. 2009.

**KNOX**, John H., 'Horizontal Human Rights Law', The American Journal of International Law, Vol. 102, no.1, 2008.

**KUÇURADI**, İoanna, Laiklik ve İnsan Hakları, TBB Dergisi, sy. 52, 2004.

**KUÇURADI**, İoanna, 'İnsan Hakları: Kavramlar ve Çeşitleri', [www.ankaraba-rosu.org.tr/.../01.04.2005](http://www.ankaraba-rosu.org.tr/.../01.04.2005), B.T. 10. 09. 2012.

**MCINTYRE**, Peter, ‘İnsan Hakları Gazeteciliği’, İnsan Hakları Haberciliği, Hazırlayan: Sevda Alankuş, IPS İletişim Vakfı Yayınları, İstanbul 2007.

**PIMENTEL**, David, ‘Yargının Yönetişimi: Anayasal Yapının Bir Ürünü Olarak Yargının Bağımsızlığı ve Hesap Verebilirliği’, Çev. Başak Kocadost-Fırat Genç-Alpay Baykal, Uluslararası Anayasa Kongresi 11-14 Mayıs, Metinler Kitabı 2, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.

**POROY**, Mehmet Akif, ‘Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği’, İstanbul Barosu Dergisi, c. 80, sayı.3, yıl. 2006.

**REILLY**, Niamh, Women’s Human Rights, Polity Press, Cambridge UK 2009.

**RITZER**, George, Globalization The Essentials, John Wiley & Sons, West Sussex UK 2011.

**SANCAR**, Mithat, ‘Devlet Aklı’ Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul 2000.

**SEVER**, Çiğdem, ‘Kadına Karşı Ev İçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Opuz v. Türkiye Kararı’, Atılım Sosyal Bilimler Dergisi, c. 1, sy.2, 2012.

**SPAGNOLI**, Filip, ‘What Are Human Rights ? (21): Dimensions of Human Rights’, <http://filipsagnoli.wordpress.com/2009/10/16/dimensions-of-human-rights/> B.T. 10.06.2012.

**SUNAY**, Reyhan, Tartışılan Egemenlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

**ŞAHİN**, Yeşim Edis, ‘Küreselleşme, Yoksullaşma ve İnsan Hakları’, Türkiye’de İnsan Hakları, Yay. Haz. Oya Çitçi, TODAİE, Ankara 2000.

**ŞİMŞEK**, Suat, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri’, Sayıştay Dergisi, sy. 84, Ocak-Mart 2012.

**ŞİRİN**, Tolga, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

**TANRIVER**, Süha, ‘Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı’, TBB Dergisi, sy.53, 2004.

**TÜRMEN**, Rıza, ‘Polisin Orantısız Güç Kullanımı Büyük Sorun’, Milliyet, 10.12.2007.

**UYGUN**, Oktay, ‘Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi’, Kamu Hukuku İncelemeleri, Oktay Uygun, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

**UYGUN**, Oktay, ‘Çağımızın İnsan Onuruna Yönelttiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi’, Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar, Yay. Haz. İoanna Kuçuradi, Marmara Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yayınları, İstanbul 2011.

**WATTS**, Juliet Chevalier, ‘Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights:Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?’, The European Journals of International Law’, Vol. 21, no.3, 2010.

**WEBSTER**, Elaine, Exploring the Prohibition of Degrading Treatment within Article 3 of the European Convention on Human Rights, Phd the University of Edinburgh 2009.

**XENOS**, Dimitris, The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights, Routledge, New York 2012.

**KAMU İDARELERİ TARAFINDAN KONULAN HACİZLER  
ARASINDA ÖNCELİK  
(KAMU İDARELERİ ARASINDA HACZE İŞTİRAK)**

**Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN\***

**THE PRIORITY BETWEEN THE LIENS PUT BY THE  
PUBLIC ADMINISTRATIONS  
(JOINING IN THE ATTACHMENT BETWEEN THE PUBLIC  
ADMINISTRATIONS)**

**ÖZET**

*Kamu alacaklarından dolayı konulan hacizlerin birbirlerine iştirak etmesi ile ilgili hukukî düzenleme, Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanununun 69. maddesinde “Kamu idareleri arasında hacze iştirak” başlığı altında yer almaktadır: Amme İdareleri Arasında Hacze İştirak” başlığını taşıyan bu madde hükmü şu şekildedir: “Her amme idaresi, diğer bir amme idaresi tarafından yapılan hacizlere, amme alacağı bu haciz tarihinden önce tahakkuk etmiş olmak şartıyla, haczedilen mallardan herhangi biri paraya çevrilinceye kadar iştirak edebilir.*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*Hacze iştirak halinde, hacizli malın bedelinden ilk önce haczi yapan dairenin alacağı tahsil olunur. Artanı hacze iştirak tarihi sırası ile alacaklarına mahsup edilmek üzere, hacze iştirak eden dairelere ödenir”.*

*Bu hükümde aslında kamu idarelerinin tahsil edilen parayı garameten paylaşmaları değil, sadece önceki sıranın ardında yer almalarına yönelik bir iştirak müessesesi düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu itibarla hacze iştiraktan ziyade, hacizler arasında öncelik müessesesi düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu çalışmada kamu idareleri arasında hacze iştirak müessesesi özellik arz eden hususları itibariyle ele alınmaya çalışılacaktır.*

**ANAHTAR KELİMELER:** *Kamu alacağı, hacze iştirak, kamu idareleri, kamu idareleri arasında hacze iştirak.*

#### **ABSTRACT**

*The legal regulation about joining in the attachment between the public administrations is take place under the article 69 of the Law on the Procedure For the Collection of Public Receivables (law no 6183): “Each public administration, may join the attachments by another public administration provided that the public receivable has arisen prior to the attachment date until any one of the attached assets is converted to cash.*

*In the event of joining the attachment, firstly the receivable of the office realizing the attachment will be collected from the value of the attached asset. The remainder shall be paid to the administrations which have joined the attachment proceedings according to the dates of joining the attachment for deduction from their receivables”.*

*Public administrations have priority about joining the attachments by another public administration according to this legal regulation, but the liquidation proceeds are not split pro rata. The first administration shall be first paid. In this study joining the attachment between the public administrations will be examined.*

**KEYWORDS:** *Public receivables, joining in the attachment, public administrations, joining in the attachment between the public administrations.*



## GİRİŞ

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanunun (AATUHK'un) 21. Maddesinde kamu alacaklarına tanınan rüçhan hakkı ve bu bağlamda kamu alacaklarının hacze iştiraki şu şekilde düzenlenmiştir: “Üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden evvel o mal üzerine amme alacağı için de haciz konulursa bu alacak da hacze iştirak eder ve aralarında satış bedeli garameten taksim olunur”. Bu maddede kamu alacaklarından dolayı konulan hacizlerin, özel alacaklardan dolayı konulan hacizlere iştiraki düzenlenmektedir.

İlk (önceki) haciz kamu alacağından dolayı konulduktan sonra, bir başka kamu alacağından dolayı da aynı mal üzerine haciz konulduğunda, sonraki haczin şartlarını sağlamak suretiyle ilk hacze iştirak edebileceğine yönelik düzenleme ise bir başka maddede, AATUHK'un 69. maddesinde düzenlenmiştir. “Amme İdareleri Arasında Hacze İştirak” başlığını taşıyan bu madde hükmü şu şekildedir: “Her amme idaresi, diğer bir amme idaresi tarafından yapılan hacizlere, amme alacağı bu haciz tarihinden önce tahakkuk etmiş olmak şartıyla, haczedilen mallardan herhangi biri paraya çevrilinceye kadar iştirak edebilir.

*Hacze iştirak halinde, hacizli malın bedelinden ilk önce haczi yapan dairenin alacağı tahsil olunur. Artanı hacze iştirak tarihi sırası ile alacaklarına mahsup edilmek üzere, hacze iştirak eden dairelere ödenir”.*

Bu maddenin başlığı her ne kadar kamu idareleri arasında hacze iştirak olsa da, maddede esas itibariyle kamu idareleri tarafından konulan hacizlerin birbirlerine karşı önceliği düzenlenmektedir<sup>1</sup>.

## I. KAMU ALACAKLARI İÇİN KONULAN HACİZLERİN BİRBİRLERİNE KARŞI ÖNCELİĞİ (KAMU İDARELERİ ARASINDA HACZE İŞTİRAK)

AATUHK'un 69. maddesinde, bir kamu idaresinin, daha önce başka bir kamu idaresince konulan hacze iştirak edebileceği düzenlenmiştir. Ancak burada her ne kadar kamu idarelerinin hacze

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜN Ümit Süleyman, *Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı*, İstanbul 2013, s. 126.

iştirak edebileceği belirtiliyorsa da, bu iştirak gerek İcra İflâs Kanununun (İİK'nın) 100. maddesinde ve gerekse de AATUHK'un 21. maddesinde düzenlenen anlamda bir hacze iştirak değildir<sup>2</sup>. Çünkü İİK'nın 100. maddesinde ve AATUHK'un 21. maddesinde düzenlenen hacze iştirakin temel özelliği, hacze iştirak eden alacaklılar arasında paylaştırmanın garameten yapılmasıdır. Hâlbuki burada garameten paylaştırmaya yer verilmemiş, aynen Alman hukukunda olduğu gibi öncelik ilkesi kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Buna göre, ilk haczi koyduran kamu idaresi alacağını almadıkça diğer alacaklı kamu idarelerinin alacağı ödenmeyecektir. Yargıtay kararlarında da bu husus belirtilmektedir: “İlk önce haciz uygulayan kamu idaresi tatmin edilmeden diğer kamu idaresine pay ayrılamaz”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> YILMAZ Ejder, “Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1-4, 1973, s. 271-316 s. 308; AKCAN Recep, *Hacze İştirak*, Ankara 2005, s. 153.

<sup>3</sup> DEREN YILDIRIM Nevhis, “İcra Hukuku’nda Paylaştırmaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler”, *İcra Hukuku Analizleri*, (GAUL Hans Friedhelm/DEREN YILDIRIM Nevhis), İstanbul 2011, s. 7; AKCAN, s. 27.

<sup>4</sup> Y.19.HD, 15.06.2000 gün ve E. 4220, K. 4697, DEYNEKLİ Adnan/KISA Sedat, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*, Ankara 2005, s. 301, no. 242; Y.19.HD, 25.11.1999 gün ve E. 6998, K. 7126, DEYNEKLİ/KISA, s. 303, no. 247; “Davacı vekili... müvekkilinin haczinin 6183 sayılı Yasanın 21. maddesine göre iştirak ettirilmesi gerektiğini ileri [sürmüştür]... Davalı hazine vekili, sigorta prim alacağına vergi alacağından sonra yer verilmesinin usul ve yasaya uygun olduğunu [belirtmiştir]... Kamu idareleri arasında hacze iştirak 6183 sayılı Yasanın 69. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre mahcuz malın satış bedelinden ilk önce haczi yapan dairenin alacağı ayrılacak, artanı hacze iştirak eden kamu idarelerine ödenecektir. Somut olayda ilk haciz Keçiörlü Malmüdürlüğü tarafından uygulandığından SSK daha sonra koyduğu hacizler nedeniyle ilk hacze iştirak edemez”. Y.19.HD, 11.06.1998 gün ve E. 3027, K. 4114, DEYNEKLİ/KISA, s. 315, no. 271; “Gelir vergisinden kaynaklanan alacak yönünden ise SSK'nun daha önce uyguladığı hacze iştirak mümkün olmadığından SSK'ya öncelikle pay ayrılmalıdır”. Y.19.HD, 15.03.2001 gün ve E. 2001/619, K. 2001/1816, DEYNEKLİ/KISA, s. 294, no. 228; “6183 sayılı Yasanın 69. maddesi uyarınca önce haciz uygulayan kamu idaresine öncelikle pay ayrılacaktır”. Y.19.HD, 26.06.2003 gün ve E.

Kamu alacağından dolayı konulan bir hacze, kamu alacağı dışındaki bir alacağın iştirak edebilmesi mümkün değildir. İlk haciz kamu alacağından dolayı konulmuşsa, kamu idareleri haricinde bu alacağa iştirakin mümkün olmadığı Yargıtay'ın bir kararında şu şekilde belirtilmiştir: “İlk haczin kamu alacağından dolayı konulması halinde kamu idareleri haricinde (6183 sayılı Kanunun 69. maddesi) diğer alacaklıların kamu alacağına iştirakinden söz edilmemiştir”<sup>5</sup>. Esasen diğer kamu idareleri de bu alacağa iştirak edememekte sadece ondan sonraki sırada yer almaktadırlar.

Önce kamu alacağından dolayı konulan bir hacze, başka bir alacak için konulan haczin iştirak edememesi (ve kamu alacağı için konulan hacze başka bir kamu alacağının iştirak edebilmesi ama aralarında öncelik bulunması) durumu kamu alacaklarına tanınan rüçhan hakkını göstermektedir<sup>6</sup>.

İlk haciz kamu alacağından dolayı konulduğunda, bu hacze ancak diğer bir kamu alacağından dolayı konulan haczin katılması mümkündür. Fakat bu halde de İcra ve İflâs Kanunu ile AATUHK'un 21. maddesi anlamındaki bir iştirak de söz konusu olmamaktadır. Bu halde sadece kamu idarelerince kamu alacaklarından dolayı konulan hacizler arasında öncelik esasına göre bir iştirak (daha doğrusu sıralama) mümkün olmaktadır. AATUHK'un 69. maddesi çerçevesinde, ilk olarak haciz konulan kamu alacağına, diğer kamu alacakları karşısında bir öncelik, rüçhan hakkı tanınmıştır. İlk sıradaki kamu alacağı ödenmeden, ona iştirak eden kamu alacaklarına ödeme yapılmayacaktır.

İlk önce haczi koyan kamu idaresinin alacağı ödendikten sonra kalan paradan, “hacze iştirak tarihi” sırasına göre alacaklı kamu

---

2003/2349, K. 2003/6879, DEYNEKLİ/KISA, s. 285, no. 210; Y.19.HD, 25.03.1999 gün ve E. 1853, K. 2060, DEYNEKLİ/KISA, s. 310, no. 261; Y. 19.HD, 02.07.1996 gün ve E. 5714, K. 6954, DEYNEKLİ/KISA, s. 330, no. 296.

<sup>5</sup> Y.19.HD, 12.11.2004 gün ve E. 2004/5456, K. 2004/11345, DEYNEKLİ/KISA, s. 277, no. 196

<sup>6</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜN, s. 96, 249.

idarelerinin alacakları karşılansın<sup>7</sup>. “Birden çok kamu alacaklısının aynı mala haciz koyması halinde [AATUHK’un] 69 uncu maddesi uyarınca yapılan hacizler tarih sırasına göre dikkate alınurlar”<sup>8</sup>. Bu itibarla kamu alacağından dolayı konulan ilk haciz belirlenmelidir. Bu haczin ilgili olduğu alacak tatmin edildikten sonra kalan olursa, sırasıyla diğer hacizlere geçilecektir.

Kamu alacağından dolayı ilk konulan haciz belirlenip onun alacağı karşılandıktan sonra, diğer kamu alacağından dolayı konulan hacizler, hacze iştirak tarihlerine göre sıralamaya tâbi tutulacaktır. Bu durumda kamu idareleri arasında sadece hacze iştirak tarihine göre sıralama yapılacaktır. Kamu idarelerinin alacaklarının imtiyazlı olması da, bunların aynı sıraya iştirak ettirilmesini gerektirmeyecek, haciz tarihlerine göre sıraya gireceklerdir<sup>9</sup>. İİK’nın 206. maddesine göre kamu

---

<sup>7</sup> KARAKOÇ Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, Ankara 2011, s. 649; BAYRAKLI H. Hüseyin: *Vergi İcra Hukuku*, Afyon 2000, s. 160; İİK’da genel olarak haciz takibi tarihi esas alınırken, kamu idareleri arasında hacze iştirakte, ilk önce haczi yapan kamu idaresinin alacağı ödendikten sonra artanı hacze iştirak tarihi sırasına göre diğer kamu alacaklarına ödenir. Bkz. İPEKÇİ Nizam, *Haciz İhtiyati Haciz Sıra Cetveli*, Ankara 2006, s. 296.

<sup>8</sup> Y.19.HD, 08.04.2009 gün ve E. 2009/2464, K. 2009/2869, BİLGİN Mahmut, *İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli*, Ankara 2011, s. 139, BİLGİN Mahmut, *İflâsın Erteleme, Konkordato, Sıra Cetveli – İhalenin Feshi*, Ankara 2010, s. 494; “Anılan hüküm uyarınca iştirak halinde hacizli malın bedelinden ilk önce haczi yapan kamu idaresinin alacağı tahsil olunacak, artanı hacze iştirak tarihindeki sıra ile, alacaklılarına mahsup edilmek üzere, hacze iştirak eden dairelere ödenecektir”. Y.19.HD, 12.03.1996 gün ve E. 1461, K. 2333, DEYNEKLİ/KISA, s. 335, no. 304; “Davacı ve davalı kurumların hacze iştiraklerinin doğru olduğu ancak 6183 sayılı yasa uyarınca aynı derecede hacze iştirak eden kamu alacaklılarının tarih sırasına göre tatmin edilecekleri...”. Y.19.HD, 20.05.2004 gün ve E. 2004/566, K. 2004/5982, BİLGİN, s. 142, BİLGİN, *İflâs*, s. 495; Y.19.HD, 23.01.1997 gün ve E. 1996/8797, K. 1997/297, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>.

<sup>9</sup> “Davacı vekili ... davalı Vergi Dairesine ilk sıranın verildiğini oysa İcra ve İflâs Kanunu’nun 206 ncı maddesine göre müvekkili kurumun alacağının da tıpkı davalı yanın alacağı gibi ... imtiyazlı bulunduğunu ve aynı sıra içindeki alacakların eşit haklara sahip olduğunu ve birbirlerine karşı

alacakları imtiyazlı alacak olup sıra cetvelinin üçüncü sırasında yer alır. Hâlbuki haciz durumunda, iflâsta söz konusu olan sıra cetveli kural olarak uygulanmamaktadır. Dolayısıyla kamu idareleri arasındaki hacze iştirakte, kamu alacakları aynı sırada yer almayacağından aralarında garameten paylaşım da yapılmayacak, önceliğe göre alacakları tatmin edilecektir.

Satış bedelinden ilk önce, ilk haciz uygulayan kamu idaresinin alacağı karşılanacaktır. Artan olursa daha sonra hacze iştirak tarihi sırasıyla, diğer haciz koyan kamu idarelerinin alacakları karşılanacaktır. Eğer satış bedelinden artan olmazsa, diğer kamu idarelerine pay ayrılmayacaktır<sup>10</sup>.

AATUHK'un 69. maddesinin, hukuk sistemimizde kabul edilen hacze iştirak müessesinden farklı esasları içermesi sebebiyle, hacze iştirak olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir. Madde başlığının bu sebeple, “*kamu idareleri arasında öncelik*” olarak değiştirilmesi önerilmektedir<sup>11</sup>. Her ne kadar kamu idareleri arasında garameten paylaşım olmasa da, sonraki sıralarda yer alan kamu idarelerin haczinin ilk sıradaki kamu idaresinin haczine iştirak etmesi, onunla aynı sıraya gelmesi durumu vardır. Dolayısıyla sonraki sıralarda yer alan bir

---

*öncelikleri bulunmadığını ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. İcra Mahkemesince... [AATUHK'un] 69 uncu maddesi uyarınca önceki tarihli haczi koyan davalı Vergi Dairesi'nin sıra cetvelinde üst sırada olmasının usul ve yasaya uygun bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş[tir]... Bedeli paylaşımına konu taşınmaz üzerine davalı Şarkışla Vergi Dairesince 19.02.1998 günü, davacı SSK. Başkanlığınca 23.09.1998 günü haciz konulmuştur. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 69 uncu maddesine uygun bulunan 26.08.2002 tarihli sıra cetveline yönelik şikâyetin reddine ilişkin İcra Mahkemesi kararı usul ve yasaya uygun bulunmakla, hükmün onanması gerekmiştir”. Y.19.HD, 20.10.2005 gün ve E. 2005/4867, K. 2005/10451, BİLGEN, s. 141, BİLGEN, İflâs, s. 494.*

<sup>10</sup> “Somut olayda mahcuz taşınmazların satış bedeli davalı Vergi Dairesinin alacağını karşılamaması nedeniyle, davacı alacaklıya pay ayrılmaması 6183 sayılı Yasanın 69. maddesine aykırı değildir”. Y.19.HD, 12.03.1996 gün ve E. 1461, K. 2333, DEYNEKLİ/KISA, s. 335, no. 304.

<sup>11</sup> AKCAN, s. 293.

haciz, ilk sıradaki hacze iştirak edebilmektedir. Nitekim Alman hukukunda da öncelik ilkesi bulunmasına rağmen, müessesenin adı hacze iştiraktır<sup>12</sup>. Kısaca AATUHK'un 69. maddesinde de hacze iştirak bulunmasına rağmen, buradaki hacze iştirak paylaşırmanın garameten değil, öncelik ilkesine göre gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Madde başlığının değişmesi, pratik anlamda olmasa bile, muhtemel tereddütlerin giderilmesi bakımından faydalı olabilir. Ancak bu maddedeki hükmün sistematik bakımdan AATUHK'un 21. maddesinin içine alınması, konu bütünlüğü bakımından çok daha yerinde olacaktır<sup>13</sup>.

Kamu idareleri arasında hacze iştirakte İİK'nin 100. maddesine kıyasla çok daha hafif şartlar aranmak suretiyle, hacze iştirakin (ilk hacizdeki sonraki sıraya yerleşmenin) alanı genişletilmiştir. İİK'deki sıkı şartların hileli işlemleri önlemek amacıyla getirildiği dikkate alındığında, kamu alacaklarında böyle bir durum söz konusu olmayacağı için yapılan düzenlemenin normal olduğu ifade edilmektedir<sup>14</sup>. Nitekim, Alman hukukunda kabul edilmiş olan öncelik ilkesinin, açık göz alacaklılara fırsat verme ve alacaklılar arasında borçluya karşı takipte yarışmaya girişilmesini teşvik etme gibi sakıncaları bulunmaktadır<sup>15</sup>. Ancak kamu idareleri arasındaki öncelik durumunda, bu gibi sakıncaların meydana çıkmayacağı da ortadadır.

## **II. KAMU ALACAKLARINDAN DOLAYI KONULAN HACİZLERE DİĞER KAMU İDARELERİNCE KONULAN HACİZLERİN İŞTİRAK ŞARTLARI**

Kamu idareleri arasındaki hacze iştirak (haciz sırasına girebilmek) için AATUHK'un 69. maddesi doğrultusunda, temelde iki şartın yer alması gerekmektedir<sup>16</sup>. Buna göre hacze iştirak edecek kamu

---

<sup>12</sup> DEREN YILDIRIM, s. 7.

<sup>13</sup> ÜSTÜN, s. 129.

<sup>14</sup> YILMAZ, s. 307; AKCAN, s. 152.

<sup>15</sup> ÜSTÜNDAĞ Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul 2004, s. 228.

<sup>16</sup> KARAKOÇ, s. 649; BAYRAKLI, s. 160; YILMAZ, s. 308; AKCAN, s. 152; ŞAMLIOĞLU Servet/ÖZBALCI Yılmaz, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları*, Ankara 1984, s. 418; ÜNLÜ M. Cengiz, *Açıklamalı - İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, Ankara 2001, s. 227.

alacağı ilk haciz tarihinden önce gerçekleşmeli ve haczedilen malların herhangi birisi paraya çevrilmemiş olmalıdır. Ancak uygulamadaki özelliklerin de belirtilerek konunun bütün detayları ile net olarak ortaya konulabilmesi için, kamu idareleri arasında hacze iştirakin şartlarını kanaatimce dört başlık altında ele almak gerekir<sup>17</sup>:

**1-** Öncelikle, ilk (önceki) haczin kamu alacağından dolayı konulmuş olması gerekir.

Kamu alacağı dolayısıyla ilk (yahut daha önce) konulan hacizden sonra, kamu alacakları için konulan diğer hacizlerin bu ilk hacze iştirakinde AATUHK'un 69. maddesi uygulama alanı bulur.

İlk olarak özel alacaklardan dolayı konulan hacizlerde ise, AATUHK'un 69. maddesi değil, AATUHK'un 21. maddesi uygulama alanına sahip olur<sup>18</sup>. Bu bağlamda, eğer ilk haczi koyan kamu idaresinin alacağı akit, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğuyorsa (yani özel hukuk alacağıysa), sonradan kamu alacağı için haciz koyan kamu idaresi, ilk haciz özel alacaktan dolayı konulmuş olduğu için artık, doğal olarak AATUHK'un 21. maddesi kapsamında hacze iştirak edebilecektir<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜN, s. 129 vd.

<sup>18</sup> “Yasanın 69. maddesi, kamu kurumları arasındaki hacze iştiraki düzenlemekte olup, somut olayda ilk haciz üçüncü kişi tarafından konulmuş bulunduğundan, kamu kurumlarının haciz tarihlerine göre sıralanması gerektiği düşüncesinde isabet olmadığı...”. Y.19.HD, 24.02.2005 gün ve E. 2004/5179, K. 2005/1865, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>.

<sup>19</sup> DEYNEKLİ/KISA, s. 71; AKCAN, s. 152; “6183 sayılı Yasanın 69. maddesi ... hükmünün uygulanması için önce haciz koyan Kamu İdaresinin alacağının kamu alacağı olması, özel hukuk ilişkisinden (sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme) doğmamış olması gerekir. Davalı SSK.nun alacağı ... özel hukuk ilişkisinden doğduğundan, 6183 sayılı Yasanın 1. maddesi anlamında kamu alacağı değildir. Bu nedenle özel hukuk ilişkisinden doğan alacaklar nedeniyle konulan hacizlerde 6183 sayılı Yasanın 69. Maddesi uygulanamaz. 6183 sayılı Yasanın 21/1. maddesi uyarınca, koşulları varsa SSK.nun bu hacizlerine davacı Vergi Dairesi iştirak ettirilir”. Y.19.HD, 03.10.1995 gün ve E. 7705, K. 7823, DEYNEKLİ/KISA, s. 340-341, no. 313.

Önce konulmuş olan bir rehinden sonra, aynı mal üzerinde kamu alacağı için haciz konulmuşsa, bu haciz ilk hacizdir. Bu hacizden sonra bir başka kamu idaresi de kamu alacağından dolayı haciz koyduğunda AATUHK'un 69. maddesi uygulanacaktır<sup>20</sup>.

**2-** Hacze iştirak edecek kamu alacağı, farklı kamu idaresine ait olup, daha önce haciz koymuş kamu idaresinin haciz tarihinden önce tahakkuk etmiş olmalıdır.

Madde hükmüne göre, ayrıca hacze iştirak edecek kamu alacaklarının farklı kamu idarelerine ait olması ve hacizlerin bunlar tarafından konulması da gerekmektedir. Özel kişilerin değil, kamu idarelerinin haczi bulunmalıdır<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> “Birinci sıradaki Akbank TAŞ tarafından girilen takibin haciz yolu ile değil, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılması nedeniyle ... İcra Mahkemesi’nce birden çok kamu idaresi arasındaki paylaşımın Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 69 uncu maddesi kapsamında mümkün olduğu ve sıra cetvelinin bu düzenleme çerçevesinde hazırlandığı ... usul ve yasaya uygun bulunan İcra Mahkemesi kararının ... onanmasına”. Y.19.HD, 23.02.2011 gün ve E. 2010/14631, K. 2011/2295, BİLGEN, s. 113.

<sup>21</sup> MUTLUER M. Kâmil, *Vergi Genel Hukuku*, Ankara 2011, s. 348; “Somut olayda bedeli paylaşımına konu taşınmaz üzerinde özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin hacizleri bulunmadığından, adı geçen yasanın 21/I nci maddesinin uygulama kabiliyeti olmayıp, paylaşımın yukarıda açıklanan 69. madde hükmüne göre yapılması gerekir”. Y.19.HD, 29.01.2009 gün ve E. 2008/12699, K. 2009/527, BİLGEN, s. 139, BİLGEN, *İflâs*, s. 493; “Davacı Fon vekili dava dışı borçluya ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde davalı Vergi Dairesinin ilk sıraya alındığını... alacaklarının kamu alacağı niteliğinde olması nedeniyle ilk hacze iştirak haklarının bulunduğunu ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir... Davacı vekilinin ikinci itirazı alacaklarının kamu alacağı olduğu ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 21/I nci maddesinin lehlerine uygulanması gerektiği yönündedir. Davacı alacaklarının tahsilinde anılan yasa hükmü uygulanmakta ise de, davalı da bir kamu idaresi olup, hacze iştirakte 21/I değil, 69 uncu madde uygulanmalıdır. Bu bakımdan sıra cetveli usulüne uygun biçimde düzenlenmiştir”. Y.19.HD, 19.04.2007 gün



Sonraki kamu alacağının tahakkukunun ilk haciz tarihinden önce gerçekleşmiş olması gerektiği maddede açıkça belirtilmiştir. Ancak doktrinde ilk haciz tarihinden sonra tahakkuk eden kamu alacaklarının da, hacizli mal paraya çevrilinceye kadar hacze iştirak edebilecekleri ileri sürülmektedir<sup>22</sup>. Aksi halde, sonraki haczin geçersizliği gibi bir sonucun ortaya çıkacağı belirtilmektedir<sup>23</sup>.

Kanun maddesi hükmünün yeterince açık olması ve kamu idareleri arasındaki hacze iştirakte öncelik ilkesinin geçerli olması karşısında, haciz tarihinden sonra tahakkuk eden kamu alacağı için ilgili kamu idareleri hacze iştirak edemeyecektir.

AATUHK'un 69. maddesi hükmü ile kamu alacaklarından dolayı konulan sonraki hacizlere ön sıradaki kamu alacağına iştirak imkânı verilmekte ve satış bedeli kamu alacakları arasında öncelik ilkesine göre paylaştırılmaktadır. İki kamu alacağından dolayı ayrı haciz konulduğunu farzedelim. Sonraki haczin ilk hacze iştirak imkânı olsa da olmasa da, sonuç değişmeyecek, ilk haciz için ödeme yapıldıktan sonra, arta kalan paradan sonraki sırada yer alan haciz karşılanacaktır. Ancak, ikiden fazla kamu alacağı için kamu idarelerince haciz konulduğunda, problem ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, üç ayrı kamu idaresince üç ayrı haciz konulmuş

---

ve E. 2007/1873, K. 2007/3973, BİLGİN, s. 139-140, BİLGİN, *İflâs*, s. 492.

<sup>22</sup> AYKAÇ Kemal, *Açıklamalı Âmme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliği*, Ankara 1976, s. 269; ŞAMLIOĞLU/ÖZBALCI, s. 418; DEYNEKLİ/KISA, s. 71; AKCAN, s. 152.

<sup>23</sup> “*Maddede alacağı, diğer bir âmme idaresi tarafından haczedilen mal henüz paraya çevrilmeden evvel konacak olan haczin muteber olmayacağına dair bir hüküm de mevcut değildir. Malı haczedilen ilk âmme idaresinin satış bedelinden kendi alacağını tahsil ettikten sonra artan kısmı, ikinci âmme idaresinin, mahcuz malın haciz tarihinden sonra tahakkuk etmiş, fakat paraya çevrilmesinden önce tebliğ edilmiş haczine karşılık bu idareye ödememesi, ikinci âmme idaresi tarafından konulan haczin ademi muteberiyetini kabul etmek olur ki kanun vazunun böyle mantıksız bir düşünceye sahip olabileceğine ihtimal verilememektedir. Bu sebeple kanaatimce alacakları mahcuz malın haczi tarihinden sonra tahakkuk eden âmme idarelerinin de, hacizli mal paraya çevrilinceye kadar hacze iştirakleri mümkündür*”. AYKAÇ, s. 269.

olsun. İkinci sıradaki kamu alacağının tahakkuku ilk haciz tarihinden sonra, üçüncü sıradaki kamu alacağının tahakkuk tarihi ise ilk haciz tarihinden önce olsun. Bu durumda maddenin açık hükmü karşısında, üçüncü sıradaki kamu alacağının ilk hacze iştirak edebilmesi ve ikinci sıradaki kamu alacağının önüne geçmesi durumu ortaya çıkacaktır. Hâlbuki doktrindeki görüş kabul edilirse, sonraki alacakların hepsi de iştirak edebileceğinden mevcut sırada hiçbir değişiklik olmayacaktır. Dolayısıyla doktrindeki görüşün kabul edilmesi halinde, ilk haciz tarihinden önce tahakkuk etmenin hiçbir avantajı olmayacak, bu bakımdan 69. madde fonksiyon ifa edemeyecektir. Nitekim İİK'nın 100. maddesinde de benzer olarak öncelik şartı bulunmaktadır. Buna göre, hacze iştirak edecek alacaklının alacağının, ilk haczi koydurmuş alacaklının takibinden önce doğmuş olması lâzımdır. Kısaca, kamu idareleri arasında hacze iştirakte, hacze iştirak edecek olan kamu idaresinin alacağının, önce haciz koymuş olan kamu idaresinin haciz tarihinden önce tahakkuk etmiş olması gerekmektedir<sup>24</sup>.

Kamu idarelerinin hacizleri, yukarıda da incelendiği üzere, haciz tarihlerine göre sıralanmaktadır. İlk hacizden sonra tahakkuk eden kamu alacaklarının, hacizli malın paraya çevrilmesine kadar hacze iştiraklerinde, ilk haciz tarihinden önce tahakkuk etme durumları mutlaka dikkate alınmalıdır, aksi halde kamu idareleri arasında eşitliğe aykırı durumlar ortaya çıkabilecektir. Sonraki kamu alacaklarının hepsinin ilk haciz tarihinden sonra tahakkuk etmeleri halinde ise, haciz tarihlerine göre sıralama yapılacağından netice değişmeyecektir<sup>25</sup>. Ancak sonraki hacizler arasında, ilk haciz tarihinden önce tahakkuk eden kamu alacağı bulunuyorsa, bu alacak için konan haczin diğerlerinin önüne geçmesi gerektiği kanaatindeyim. Sonraki hacizlerin hepsi ilk hacizden önce veya sonra tahakkuk etmeleri halinde herhangi bir sorun bulunmamakta olup, haciz tarihlerine göre sıralama yapılır. Ancak sonraki hacizlerin bazıları ilk hacizden önce, bazıları ise ilk hacizden sonra tahakkuk etmişlerse; daha önce tahakkuk edenlerin önceliği olmalıdır. Bunlar da elbette kendi aralarında haciz tarihleri itibarıyla sıralanacaklardır.

---

<sup>24</sup> ÜSTÜN, s. 131-132.

<sup>25</sup> ÜSTÜN, s. 132.

3- Önce haczedilen mallardan hiçbirinin paraya çevrilmemiş olması gerekir.

Hacizli mallardan herhangi birisi paraya çevrilmişse, diğer mallar paraya çevrilmemiş olsa dahi, artık diğer kamu idarelerinin hacze iştiraki mümkün değildir<sup>26</sup>. AATUHK'un 69. maddesi kapsamında kamu idareleri arasındaki hacze iştirak edilebilecek olan süre, mallardan herhangi birisinin paraya çevrilmesine kadardır.

Sonraki kamu alacağının, ilk önce haciz yapmış kamu idaresinin haciz tarihinden önce tahakkuk etmiş olması ve hacizli mallardan herhangi biri paraya çevrilmeden önce, diğer kamu idaresinin haciz koyma yetkisinin doğması ve haciz koyması gerekmektedir. Elbette, hacizlerin aynı mal üzerine konulması da bu konuda aranan şartlardandır<sup>27</sup>.

4- Sonraki kamu alacağının, kamu alacağından dolayı konulan ilk hacze iştirak edebilmesi için, bu iki haczin arasında özel hukuktan doğan alacak için İİK hükümlerine göre konulmuş haciz bulunmamalıdır.

İlk haciz ve bunu takip eden sonraki hacizler, sadece kamu alacağından doğmalıdır. Buna ilaveten, ilk haciz mutlaka kamu alacağından doğmalı ve sonraki hacizler ise ya sadece kamu alacağından dolayı konulmuş olmalı ya da en öndeki kamu alacağından dolayı konulan hacze iştirak etmek isteyen kamu alacağının önünde özel alacaktan dolayı konulmuş haciz bulunmamalıdır. Aksi takdirde sonraki kamu alacağı, ilk kamu alacağından dolayı konulan hacze iştirak edemez;

<sup>26</sup> YILMAZ, s. 308; AKCAN, s. 152; “Satışa ve bedeli paylaşımına konu araç üzerindeki hacizler kamu idarelerine ait olup, kamu idareleri arasındaki hacze iştirak konusu 6183 sayılı Yasanın 69. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, her kamu idaresi tarafından yapılan hacze, kamu alacağı için bu haciz tarihinden önce tahakkuk etmiş olmak şartıyla haczedilen mallardan herhangi biri paraya çevrilinceye kadar iştirak edebilir”. Y.19.HD, 23.01.1997 gün ve E. 1996/8797, K. 1997/297, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>.

<sup>27</sup> “Aynı taşınmaza haciz koyan kamu idareleri arasında önce haciz koyan kamu idaresinin tatmin edilmesi anılan hükümde öngörülmüştür”. Y.19.HD, 30.10.1997 gün ve E. 6407, K. 9043, DEYNEKLİ/KISA, s. 319, no. 278; ÜSTÜN, s. 132.

ancak kendisinden önceki sırada bulunan özel alacağa AATUHK'un 21. maddesi çerçevesinde iştirak edebilir.

Bu son şart kanun metninde açıkça bulunmasa da, Gelir İdaresi Başkanlığı'nın uygulamasında ifadesini bulmaktadır<sup>28</sup>. Ayrıca bu yönde Yargıtay kararları da bulunmaktadır: “6183 sayılı Yasanın 69. maddesi ise borçluya ait mal ve haklar üzerinde sadece kamu idareleri tarafından haciz konulması veya ilk haczin bir kamu idaresi tarafından konulması halinde uygulanır”<sup>29</sup>. Aslında sonraki sıralarda bulunan kamu

---

<sup>28</sup> 13.06.2007 tarih ve 2007/4 seri numaralı Tahsilât İç Genelgesi, örnek 8: “Amme borçlusu (Ş) adına kayıtlı gayrimenkul üzerindeki takyidatlar tatbik edildikleri tarih itibariyle fer'i alacaklar dahil olmak üzere aşağıdaki gibidir.

1. Sıra: Aziziye Vergi Dairesinin haczi (28.000 TL)

2. Sıra: (K) şahsının haczi (22.000 TL)

3. Sıra: (M) şahsının haczi (45.000 TL)

4. Sıra: Site Vergi Dairesinin Katma Değer Vergisi için haczi (18.000 TL)

Söz konusu gayrimenkul icra dairesince satılmış olup, masraflar düşüldükten sonra alacaklılara dağıtılacak tutar 65.000 TL'dir. Satış bedelinden birinci sırada yer alan Aziziye Vergi Dairesinin alacağının tamamına karşılık 28.000 TL ayrıldıktan sonra, 37.000 TL ikinci sıradaki haciz alacaklısı (K) ile dördüncü sıradaki Site Vergi Dairesinin alacağı arasında garameten taksim edilecektir”.

<sup>29</sup> Y.19.HD, 03.06.1999 gün ve E. 3365, K. 3853, DEYNEKLİ/KISA, s. 308, no. 257; “Somut olayda bedeli paylaşımına konu taşınmaz üzerinde özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin hacizleri bulunmadığından, adı geçen yasanın 21/I nci maddesinin uygulama kabiliyeti olmayıp, paylaşımın yukarıda açıklanan 69. madde hükmüne göre yapılması gerekir”. Y.19.HD, 29.01.2009 gün ve E. 2008/12699, K. 2009/527, BİLGİN, s. 139, BİLGİN, İflâs, s. 493; “Sıra cetvelinde pay ayrılan Şahinbey Vergi Dairesi bedeli paylaşımına konu taşınmaza 1993 yılında 554.000 TL alacak için haciz konulmuştur. Vergi Dairesine bu hacizden dolayı anapara ve satış tarihine kadar işleyecek gecikme zammı öncelikle ödenmelidir. Şahinbey Vergi Dairesinin 03.03.2005 tarihli haczi varsa da davacı banka aynı taşınmaza 10.12.1996 tarihinde haciz uygulamıştır. Kalkınma Bankası alacağının önceliği bulunmadığından Vergi Dairesinin 03.03.2005 tarihli haczi davacı bankanın 10.12.1996 tarihli haczine 6183 sayılı Yasanın 21. maddesi uyarınca iştirak eder ve Vergi Dairesine 1993 tarihli hacizden dolayı

alacaklarının, arada özel alacak için konulmuş haciz bulunsa bile, kamu alacağından dolayı konulan ilk hacze, bu haciz tarihinden önce tahakkuk etmiş olmak şartıyla iştirak edebilmelerine engel bulunmadığı kanaatindeyim<sup>30</sup>. Ancak, sonraki kamu alacaklarının arada özel alacak için konulmuş haciz bulunması halinde, sadece kendinden önceki özel alacak için konulan hacze iştirak edebileceklerine yönelik mevcut uygulama, devlet ile kişiler arasındaki menfaat dengesine çok daha uygundur. Aksi halde kamu alacaklarının tatmin edilmesi ve özel alacaklara hiçbir şey kalmaması riski vardır. Mevcut uygulama ile özel alacakların hiç olmazsa belli bir oranda karşılanması sağlanmış olmaktadır.

### SONUÇ

Hukuk sistemimizde, kamu idareleri tarafından kamu alacakları dolayısıyla konulan hacizlere, kamu alacakları dışında hiçbir alacağın iştirak edebilmesi kabul edilmemiştir. Bu durum alacaklarına tanınan çok önemli bir imtiyazdır. Özel alaktan dolayı konulan hacizlere kamu alacaklarının iştirak edebilmesine karşın, kamu alacakları dolayısıyla konulan hacizlere özel alacaklardan dolayı konulan hacizlerin iştirak edememesi, eşitsizliğe yol açacak eksiklik oluşturmaktadır.

Kamu idareleri tarafından konulan hacizlerin birbirlerine iştirak edebilmelerine yönelik olarak hacze iştiraki düzenleyen rüçhan başlıklı AATUHK'un 21. maddesinde bir hüküm bulunmamaktadır. Bu husus "Kamu İdareleri Arasında Hacze İştirak" başlıklı AATUHK'un 69. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddedeki düzenleme ise, -her ne kadar maddenin başlığı hacze iştirak olsa da- esas itibarıyla hacze iştirak değil, hacizde öncelik müessesesidir<sup>31</sup>. Kamu idareleri arasında garameten paylaşırma olmasa da, sonraki sıralarda yer alan kamu idarelerin haczinin ilk sıradaki kamu idaresinin haczine iştirak etmesi, onun bulunduğu sıraya katılıp onun ardında yer alması durumu vardır.

---

*ayrılacak paydan arta kalan para Vergi Dairesi ve Kalkınma Bankası A.Ş. arasında garameten paylaşılır". Y.19.HD, 29.05.2008 gün ve E. 2008/4901, K. 2008/5877, BİLGEN, s. 123, BİLGEN, İflâs, s. 473.*

<sup>30</sup> ÜSTÜN, s. 133.

<sup>31</sup> ÜSTÜN, s. 250, 252.

Dolayısıyla sonraki sıralarda yer alan bir haciz, ilk sıradaki hacze – garemten paylaşırma yapılmıyor olsa dahi– iştirak edebilmektedir. Nitekim Alman hukukunda da öncelik ilkesi bulunmasına rağmen, müessesenin adının “hacze iştirak”<sup>32</sup> olması, AATUHK’un 69. madde başlığının yerinde olduğunu göstermektedir. Fakat AATUHK’un 21. maddesinden farklı bir düzenleme getirilmesi ve farklı maddelerde düzenlenmeleri hasebiyle, madde başlığının, içeriğe uygun olarak düzeltilmesi, kanaatimce konunun muhtevasını daha iyi bir ifade tarzı teşkil edecektir. Bu konudaki en isabetli yaklaşım her iki maddenin birleştirilmesi olacaktır.

Kamu idarelerince konulan hacizlerin birbirlerinin ardında yer alabilmesi için çeşitli şartların varlığı aranmaktadır. Öncelikle ilk haczin kamu alacağından dolayı konulmuş olması ve sonraki kamu alacağından dolayı konuymuş olan haczin, önceki hacizden tarihinden önce tahakkuk etmesi gerekmektedir. Doktrinde ilk haciz tarihinden sonra tahakkuk eden kamu alacaklarının da hacze öncelikte sıralamaya geçebileceği ifade ediliyorsa da, sıralamaya girecek fazla sayıda kamu alacağının bulunması durumunda, hacizden önce tahakkuk eden kamu alacaklarının önceliğe sahip olacakları açıktır. Kamu idareleri arasında hacizde öncelik için ayrıca haczedilen malların hiçbirinin paraya çevrilmemiş olması ve kamu alacaklarından dolayı konulan hacizler arasında başka herhangi bir özel alacaktan dolayı konan haciz bulunmaması da gerekmektedir.

Kamu idareleri de alacaklarından dolayı koydukları hacizlerde, kendi aralarında garemeye girmeleri gerektiği kanaatindeyim. Hacze iştirak konusunun kanunda sistematik bir şekilde ele alınması bakımından AATUHK’un 69. maddesi, 21. madde içine alınmalı ve bu madde yeniden düzenlenmelidir. Kamu idareleri arasında gerçek anlamda hacze iştirak sağlanmalıdır. Önce haciz koyanın alacağını önce tatmini yerine garemten paylaşım kabul edilmelidir<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> DEREN YILDIRIM, s. 7.

<sup>33</sup> ÜSTÜN, s. 250, 252.

**KAYNAKLAR**

AKCAN Recep, Hacze İştirak, Ankara 2005.

AYKAÇ Kemal, Açıklamalı Âmme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliği, Ankara 1976.

BAYRAKLI H. Hüseyin: Vergi İcra Hukuku, Afyon 2000

BİLGİN Mahmut, İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli, Ankara 2011.

BİLGİN Mahmut, İflâsın Ertelenmesi, Konkordato, Sıra Cetveli – İhalelerin Feshi, Ankara 2010 (İflâs).

DEREN YILDIRIM Nevhis, “İcra Hukuku’nda Paylaşımaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler”, İcra Hukuku Analizleri, (GAUL Hans Friedhelm/DEREN YILDIRIM Nevhis), İstanbul 2011.

DEYNEKLİ Adnan/KISA Sedat, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, Ankara 2005,

İPEKÇİ Nizam, Haciz İhtiyati Haciz Sıra Cetveli, Ankara 2006.

KARAKOÇ Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Ankara 2011,

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>

MUTLUER M. Kâmil, Vergi Genel Hukuku, Ankara 2011.

ŞAMLIOĞLU Servet/ÖZBALCI Yılmaz, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, Ankara 1984.

ÜNLÜ M. Cengiz, Açıklamalı - İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Ankara 2001.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı, İstanbul 2013.

ÜSTÜNDAĞ Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.

YILMAZ Ejder, “Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1-4, 1973, s. 271-316.





## ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN HUKUKSAL GEÇERLİLİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Selcen ERDAL\*

### LEGAL VALIDITY OF INTERNATIONAL TREATIES

#### ÖZET

*Genel bir ifadeyle, “uluslararası andlaşma”; “uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde haklar ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren ya da ortadan kaldıran yazılı irade uyuşması” olarak tanımlanabilir. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bugün büyük çoğunluğu yapılageliş değerini kazanmış olan bu konudaki kuralları ayrıntılı biçimde düzenlemektedir.*

*Andlaşmaların hukuksal açıdan geçerli olabilmeleri birtakım koşullara bağlıdır. Andlaşmayı geçersiz kılan nedenleri genel bir biçimde; “andlaşmanın yasal yetkililer tarafından yapılmaması”, “iradenin sakatlanması” ve “uluslararası buyruk kurala (jus cogens) aykırılık” olarak belirlemek mümkündür.*

*Bir andlaşmanın geçersiz sayılmasının hukuki etkisi, bu andlaşmanın batıl sayılması; başka bir ifadeyle, o andlaşmanın ilke olarak yürürlüğe girdiği andan başlayarak bir hüküm doğurmamasıdır.*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*Bu çerçevede, belirli istisnai durumlar söz konusu olmakla birlikte, önceden yapılan işlemler iptal edilerek, önceki koşulların mümkün olduğu ölçüde sağlanması gerekecektir.*

**ANAHTAR KELİMELEER:** *Uluslararası Andlaşma, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, İrade Sakatlığı, Jus Cogens, Geçersizlik.*

### **ABSTRACT**

*In general definition, “international agreement” can be defined as; “a written contract among people recognised their authority in the field of international law, to set up rights and obligations, amending or removing them in a manner consistent with international law”. 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, regulates the norms which most of them are already became customaries today.*

*The validation of agreements in law is dependant to some conditions. The causes that invalidate treaties are generally; “treaties made by unauthorised people”, “failure of intentions” and “violation of order rules (iuscogens) of international law”.*

*The legal effect of an agreement becomes invalid, invalidity (nullity, impediment in law) in other words not to come in to operation from the moment of enforcement. In this context, although the cases of certain exceptional circumstances, all the processes will be canceled made in advance, it will need to ensure before conditions as much as possible.*

**KEYWORDS:** *International Agreement, Vienna Convention on the Law of Treaties, Failure of Intentions, Jus Cogens, Invalidity.*

### **I. GİRİŞ**

*İç hukuk düzenlerinden farklı olarak, uluslararası hukuk kuralları, bizzat o kurallara uymak durumunda olan uluslararası hukuk süjeleri*

tarafından oluşturulur<sup>1</sup>. Uluslararası hukuk süjelerinin söz konusu kuralları oluştururken başvurdukları yöntemlerden biri ve belki de en önemlisi “uluslararası andlaşmalar”dır.

Uluslararası hukukun aslı kaynaklarından biri olan “uluslararası andlaşmaları”, genel bir ifadeyle; “uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde haklar ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren ya da ortadan kaldıran yazılı irade uyuşmaları” olarak tanımlamak mümkündür<sup>2</sup>. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi de bu tanımı doğrulamaktadır<sup>3</sup> (m. 2/1, a).

Bir uluslararası andlaşmanın yapılması, pek çok aşamayı kapsamakta; andlaşma metninin oluşturulması ve kesinleştirilmesi, andlaşmanın bağlayıcılık kazanması için gerekli işlemlerin yapılması ve son olarak da andlaşmanın hüküm doğurmasını sağlayacak birtakım işlemlerin tamamlanması sürecinin bütününü ifade etmektedir.

Bugün büyük çoğunluğu yapılageliş değerı kazanmış olan kuralları düzenleyen Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nde, andlaşmaların yukarıda belirtilen yapılış aşamalarına geniş bir biçimde yer verildiği görülmektedir. 23.5.1969 tarihinde Viyana’da imzalanan, 27.1.1980 tarihinde yürürlüğe giren ve bugün itibarıyla 114 devletin tarafı bulunduğu Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, günümüzde

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **THIRLWAY Hugh**, “The Sources of International Law”, International Law, (Edited by Malcolm EVANS), Third Edition, New York 2010, ss. 95-121.

<sup>2</sup> Andlaşma kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **FITZMAURICE Malgosia**, “The Practical Working of the Law of Treaties”, International Law, (Edited by Malcolm EVANS), Third Edition, New York 2010, s.172-176; **HENKIN Louis / PUCH Richard C. / SCHACHTER Oscar / SMIT Hans**, International Law – Cases and Materials, Second Edition, Minnesota 1987, s. 69-88; **PAZARCI Hüseyin**, “Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukuna Göre Andlaşma Kavramı”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl 10, Sayı 1-2, 1990, ss. 151-163.

<sup>3</sup> **M. 2/1, a:** “andlaşma, ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla alakalı belgede yer alsın ve (kendine) mahsus ismi ne olursa olsun, Devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan uluslararası anlaşma (mutabakat) demektir.”

uluslararası hukukun devletler arasında yapılan uluslararası andlaşmalara ilişkin kurallarının temel kaynağı niteliğine sahip bulunmaktadır<sup>4</sup>. Sözleşme’de, yapılış aşamalarına ilişkin kuralların yanında, andlaşmaların hukuksal geçerliliği noktasında bazı özel durumların da değerlendirildiği görülmektedir.

## **II. ANDLAŞMALARIN GEÇERSİZLİK NEDENLERİ**

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, andlaşmaların geçerliliğini etkileyebilecek durumlarla ilgili olarak beş temel düzenlemeye yer vermektedir<sup>5</sup>. İlgili her devletin, düzenlenen sebeplerden herhangi birine dayanarak andlaşmanın geçersizliğini ileri sürmesi mümkündür. Bu düzenlemelere genel olarak bakıldığında, geçersizlik nedenlerinin ve bunların sonuçlarının borçlar hukuku kurallarına belirli noktalarda paralellik gösterdiği görülmekte; andlaşmalara özgü hususların varlığı da dikkat çekmektedir<sup>6</sup>.

Andlaşmayı geçersiz kılabilecek bu nedenleri, genel bir biçimde, “andlaşmanın yasal yetkililer tarafından yapılmaması”, “iradenin sakatlanması” ve “uluslararası buyruk kurala (jus cogens) aykırılık” olarak belirlemek mümkündür.

### **A. Andlaşmanın Yasal Yetkililer Tarafından Yapılmaması**

Bir andlaşmanın geçerli olması için gerekli temel koşullardan biri, bunun yetkili temsilciler tarafından yapılmış olmasıdır. Zira, yetkisiz

---

<sup>4</sup> **ACER Yücel / KAYA İbrahim**, Uluslararası Hukuk, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 78; **BROWNLIE Ian**, Principles of Public International Law, Seventh Edition, New York 2010, s. 608; **FITZMAURICE**, s. 174; **HENKIN / PUGH / SCHACHTER / SMIT**, s. 387.

<sup>5</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nde, herhangi bir andlaşmanın geçersizliğinin ileri sürülmesine neden olacak durumlar sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Ancak, unutulmamalıdır ki, andlaşmaların geçersizliğine ilişkin uluslararası yapılageliş kuralları, Sözleşme hükümleri kadar katı ve sınırlı sayıda olmayabilir. Bkz. **AKSAR Yusuf**, Teoride Ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – I, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 151.

<sup>6</sup> **SUR Melda**, Uluslararası Hukukun Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2013, s. 48.

kişilerin ya da yetki aşımında bulunan temsilcilerin yaptığı andlaşmalar<sup>7</sup>, belirli şartlarda, temsil ettikleri uluslararası hukuk kişisini bağlamayacaktır.

Bu çerçevede, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 8. maddesinde; yetkisiz temsilcinin bir andlaşmanın akdedilmesine ilişkin olarak yaptığı herhangi bir işlemin, ilgili devlet tarafından daha sonra icazet verilmedikçe, kendisinden beklenen sonucu doğurmayacağı şu şekilde düzenlenmiştir:

*“...bir Devleti temsil etmeye mezun kabul edilmeyecek bir kişinin bir andlaşmanın akdedilmesi ile ilgili olarak yaptığı bir işlem, o Devletçe daha sonra teyit edilmedikçe hukuki sonuç doğurmaz.”*

Bir andlaşmanın yapılmasında yetki aşımı söz konusu olduğunda ise, bu andlaşmanın geçerliliği ile ilgili olarak, belirli ihtimaller üzerine değerlendirme yapmak gerekmektedir. Öncelikle, bir andlaşmanın yetki aşımı sonucu yapılması, temsilcinin uluslararası hukuk çerçevesinde kendisine tanınan yetkilerin sınırını aşarak birtakım yükümlülükler altına girmesi veya bu yükümlülükleri, temsil ettiği uluslararası hukuk kişisi tarafından getirilen sınırlamaları göz ardı ederek kabul etmesi durumlarında ortaya çıkmaktadır<sup>8</sup>.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 47. maddesinin konuya ilişkin düzenlemesi şu şekildedir:

*“Bir temsilcinin bir Devletin belirli bir andlaşma ile bağlanma rızasını açıklama yetkisi özel bir sınırlamaya tabi kılınmışsa, temsilcinin o sınırlamaya riayet etmemesi, kendisi tarafından açıklanan rızayı geçersiz kılma gerekçesi yapılamaz, meğer ki temsilcinin bu rızayı açıklamasından önce sınırlama diğer görüşmecilerle Devletlere bildirilmiş olsun.”*

Sözleşme'nin 47. maddesinde yer alan ifadelerden, her yetki aşımı durumunun, bir andlaşmayı otomatik olarak geçersiz kılmayacağı;

<sup>7</sup> Böyle yetki aşımı sonucu yapılmış andlaşmalara **“ultra vires”** andlaşmalar adı verilmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **HENKIN / PUGH / SCHACHTER / SMIT**, s. 458-461.

<sup>8</sup> **PAZARCI Hüseyin**, Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, 12. Baskı, Ankara 2014, s. 168.

andlaşmanın akıbetinin, temsilcinin yetkilerine getirilen sınırlamadan diğer tarafların bilgi sahibi olup olmamasına göre deęiőeceęi anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, yetki aşımının andlaşmayı geçersiz kılabilmesi için, yetkiye getirilen sınırlamanın önceden diğer devletlere bildirilmiş olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle taraf devletin; temsilcisinin, diğer görüşmeci devletlere önceden bildirilmemiş olan yetki sınırlamalarını dikkate almaksızın açıkladığı rızasının geçersizliğini ileri sürmesi mümkün değildir.

Bütün bunların yanında, bir andlaşmanın ilgili uluslararası hukuk kişisinin ve özellikle bir devletin andlaşma yapma konusundaki iç hukuk kurallarına aykırı olarak yapılması, andlaşmanın hukuksal geçerliliğini etkileyebilecek bir diğer neden olarak ortaya çıkmaktadır.

Esasen, iç hukukun andlaşma yapma konusundaki hükümlerine aykırı yapılan andlaşmaların geçerliliğine ilişkin olarak, farklı görüşler mevcuttur<sup>9</sup>. Bir görüşe göre, iç hukuk ile uluslararası hukuk düzenleri birbirlerinden tamamen ayrı ve bağımsızdır. Dolayısıyla, bunların birbirlerinden etkilenmesi ilke olarak söz konusu olmayıp, iç hukuk kurallarına aykırı bir şekilde yapılan bir andlaşmanın uluslararası hukuk bakımından geçerli sayılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bir diğer görüş ise, tam aksine, bir andlaşmanın iç hukuk kurallarına aykırı olarak yapılması ve sakatlığın iç hukuk bakımından gerçekleşmiş olmasının uluslararası hukuku da etkileyeceğini, iki hukuk düzeninin bir bütün olduğu varsayımından hareketle, ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, iç hukuk kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen ve sakat hale gelen andlaşma, uluslararası hukukta da doğrudan sakat ve geçersiz hale gelmektedir<sup>10</sup>.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ise, bu konudaki farklı görüşleri bağdaştıran bir anlayış benimseyerek, iç hukuk kurallarına aykırı biçimde gerçekleştirilen andlaşmaları, belirli koşullarda geçerli sayma yolunu seçmiştir. Bu çerçevede, Sözleşme'nin 46. maddesinin 1. fıkrasında,

---

<sup>9</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **HARRIS D. J.**, *Cases and Materials on International Law*, Fourth Edition, London 1991, s. 783-785.

<sup>10</sup> **BROWNLIE**, s. 617; **REÇBER Kamuran**, *Uluslararası Hukuk*, Bursa 2014, s. 119.

*“Bir devlet, bir andlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakıasına, rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğer ki ihlal aşikâr ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun.”* ifadelerine yer verilmiştir.

Yukarıdaki ifadelerden anlaşılmaktadır ki, andlaşmanın yapımına ilişkin iç hukuk kuralının ihlali, kural olarak, bir andlaşmanın geçersiz sayılması sonucunu doğurmamaktadır<sup>11</sup>. Böyle bir andlaşmanın geçersizliğinin ileri sürülebilmesi için, konuya ilişkin iç hukuk kuralının ihlali aşikâr ve ihlal edilen kuralın da temel nitelikte olması gerekmektedir.

Sözleşmenin 46. maddesinin 2. fıkrası, iç hukuk kuralının ihlalinin, hangi hallerde aşikâr kabul edileceğini, *“Bir ihlal, söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, aşikârdır.”* ifadeleriyle açıklamaktadır.

Viyanalı Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 46. maddesinde yer alan bu düzenleme ile, uluslararası hukukun esasen devletlerin iç örgütlenmesiyle ilgilenmediği; ancak belirlenen şartlar altında, devletlerin iç hukuk kurallarının uluslararası alanda etkili kılınabildiği anlaşılmaktadır. Bu da genellikle, anayasal düzeydeki kurallara açıkça aykırı olarak yapılan andlaşmaları kapsar görünmektedir<sup>12</sup>.

Esasen, Sözleşmenin 46. maddesinde yer alan düzenleme, uygulamada sıklıkla karşılaşılmayacak bir ihtimali kapsamaktadır. Zira, bir andlaşmanın yapılması sırasında pek çok aşamadan geçilmekte; devlet, bir andlaşma ile bağlı olup olmayacağını değerlendirirken, iç hukuk kuralları ve özellikle anayasal düzenlemelerine aykırı bir durumun

<sup>11</sup> Bu çerçevede, Uluslararası Adalet Divanı, Kamerun-Nijerya Sınır Uyuşmazlığı kararında, bir devletin, diğerinin iç hukuk işlemlerini takip ve kontrol yükümlülüğü olamayacağı ve dolayısıyla geçersizlik ya da usulsüzlük iddiasının kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria, (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea Intervening), Judgment, (2002) ICJ Reports, s. 303.

<sup>12</sup> **PAZARCI Hüseyin**, Uluslararası Hukuk, 13. Baskı, Ankara 2014, s. 78.

var olup olmadığını, andlaşmanın akdi esnasında temsilcileri ile ilgili bir yetki sorununun bulunup bulunmadığını özenli bir biçimde gözden geçirmektedir<sup>13</sup>.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yukarıda açıklanan 46. maddesi ile, ona benzer görünen 27. maddesi arasındaki nüanstır. Sözleşme'nin 27. maddesinde, *“Bir taraf bir andlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz...”* ifadelerine yer verilmekte; bununla, andlaşmaya taraf bir devletin, andlaşmanın geçersizliğinin değil; andlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin gerekçesi olarak, iç hukuk hükümlerini ileri süremeyeceği belirtilmektedir.

### **B. İradenin Sakatlanması**

Bir andlaşmanın geçerli kabul edilmesi için gerekli bir diğer koşul, bunun tarafların serbest iradesine dayanması; tarafların andlaşma ile bağlanmayı ve o andlaşmanın hükümlerini serbestçe kabul etmesidir. Zira, özgür bir biçimde ortaya konulmayan iradenin, bir devleti mutlak bir biçimde bağlaması mümkün değildir. Uygulamada nadiren rastlansa da, iradeyi sakatlayan sebepler; “yanılgı (hata)”, “aldatma (hile)”, “temsilcinin ayartılması”, “temsilci üzerinde baskı” ve “devlet üzerinde kuvvet tehdidi ya da kullanılması” olarak kabul edilmektedir.

#### **1. Yanılgı (Hata)**

Ulusal hukuk sistemlerinde borçlar hukuku sahasında irade sakatlıkları arasında, yanılgı (hata) hiç şüphesiz önemli bir yer işgal etmekte; ancak uluslararası andlaşmalar hukuku alanında oldukça sınırlı bir uygulama alanına sahip bulunmaktadır.

Uygulanan uluslararası hukukta, bir andlaşmanın yapılışında, tarafların belirli bir olgu ya da duruma ilişkin yanılgıya düşmesi durumunda, bir andlaşmanın geçersizliğinin ileri sürülebileceği; ancak, yanılgının andlaşmayı geçersiz kılabilmesi için belirli koşulların var olması gerektiği, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 48. maddesinin 1. fıkrasındaki şu ifadelerden anlaşılmaktadır:

*“Bir Devletin bir andlaşmadaki bir hataya andlaşma ile bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurabilmesi için,*

---

<sup>13</sup> **AKSAR**, s. 151.



*hatanın andlaşma yapıldığı zaman o Devletçe varlığı farz edilen ve andlaşma ile bağlanma rızasının esaslı bir temelini teşkil eden bir olay ve durumla ilgili olması gerekir.”*

Sözleşme'nin 48. maddesinde belirtildiği üzere, bir andlaşmanın yanılığının nedeni ile geçersizliğinin ileri sürülebilmesi için, bu yanılığının andlaşmanın temel verilerine ilişkin olması şarttır<sup>14</sup>; düşülen alelde yanılığın, andlaşmanın geçerliliğini etkilemez. Başka bir ifadeyle, yanılığın bir geçersizlik nedeni olabilmesi için; yanılığa düşen tarafın gerçek durumu bilmesinin, andlaşmanın bu temel veriler üzerinde yapılmasını engelleyecek, belki de böyle bir andlaşmanın yapılması ihtimalini tümüyle ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir<sup>15</sup>.

Bunun yanında, bir uluslararası hukuk kişinin yanılığının nedeni ile bir andlaşmanın geçersizliğini ileri sürebilmesi için, bu yanılığının oluşumunda kendisinin hiçbir katkısının olmaması ya da böyle bir yanılma olasılığı izleniminin kendisi bakımından bulunmaması gerektiği, Sözleşme'nin 48. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde ifade edilmektedir:

*“Söz konusu Devlet kendi davranışı ile hataya katkıda bulunduysa veya şartlar o Devleti muhtemel bir hatadan haberdar edecek şekilde ise, 1. paragraf hükümleri uygulanmaz.”*

Uygulamada, yanılığının nedeni ile andlaşmanın geçersizliğinin ileri sürülmesi örnekleri genellikle sınır anlaşmalarında ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı 1962 *Tapınak Davası* kararında, henüz var olmayan Viyana Sözleşmesi düzenlemelerine paralel şekilde karar vermiş; yanılığın ilişkin Sözleşme hükümlerinin hazırlanmasına açıkça katkıda bulunmuştur<sup>16</sup>. Tayland bu davada; anlaşmaya ek haritada gösterilen sınırın, haritada gösterilen su bölümü çizgisini

<sup>14</sup> Andlaşmanın temel verileri ile ilgili olarak yapılan hatanın/düşülen yanılığının andlaşmayı geçersiz kılabileceği konusunda bkz. *Mavrommatis Palestine Concessions Case, (Jurisdiction), (Greece v. UK), (1924) PCIJ Reports, Series A, No. 2, s. 12.*

<sup>15</sup> Sözleşme'nin 48. maddesinin 3. fıkrasına göre, bir andlaşmanın sadece kaleme alınışı/redaksiyonu ile ilgili ortaya çıkan bir yanılığın, onun geçerliliğini etkilememekte ve bu durumda Sözleşme'nin 79. maddesi uygulanmaktadır.

<sup>16</sup> **HARRIS**, s. 786; **AKSAR**, s. 153.

izlemediğini gerekçe göstererek yanılıya düştüğünü iddia etmiştir. Divan ise kararında; yanılığın oluşumuna katkıda bulunan tarafın veya önceden önleyebileceği bir yanılığın ya da içinde bulunulan şartların muhtemel bir yanılığın varlığını gösterir nitelikte olduğu durumlarda, bu sebebe dayanarak andlaşmanın geçersizliğini ileri süremeyeceğini ifade etmiş; Taylandlı (Siyamlı) devlet yetkililerinin andlaşmaya ek haritayı gördükleri gerekçesiyle, Tayland'ın iddiasını reddetmiştir<sup>17</sup>.

### **2. Aldatma (Hile)**

Bir andlaşmanın görüşmeleri sırasında, taraflardan birinin diğerini bilinçli bir şekilde belirli veriler üzerinde yanıltması durumunda, söz konusu andlaşmanın geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkündür. Aldatma (hile) durumunun bir andlaşmayı geçersiz kılabileceği, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 49. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir:

*“Bir Devlet bir andlaşmayı diğer bir görüşmeci Devletin hileli davranışı ile yapmaya itildiyse, bu Devlet hileye andlaşmayla bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurabilir.”*

### **3. Temsilcinin Ayartılması**

Taraf temsilcisinin ayartılması da iradeyi sakatlayan nedenlerden biri olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 50. maddesi,

*“Bir Devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasının açıklanması, temsilcinin başka bir görüşmeci Devlet tarafından doğrudan veya dolaylı şekilde ayartılması suretiyle sağlandıysa, bu Devlet böyle bir ayartılmaya, andlaşma ile bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurabilir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Buna göre, bir devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasını açıklaması, temsilcinin başka bir görüşmeci devlet tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak ayartılması suretiyle sağlanmış ise, bu andlaşmanın geçersizliği ileri sürülebilecektir.

Burada kastedilen, temsilciye basit maddi çıkar sağlanması değil, temsilcinin iradesini kayda değer bir derecede etkileyen davranışlardır.

---

<sup>17</sup> Case Concerning the Temple of Preah Vihear, (Cambodia v. Thailand), Merits, (1962) ICJ Reports, 6, s. 26.

Temsilcinin rüşvet verilerek veya herhangi bir şekilde ayarılmasının, uluslararası uygulama ya da mahkeme kararlarına konu oluşturan bir örneği bulunmamaktadır<sup>18</sup>.

#### 4. Temsilci Üzerinde Baskı

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 51. maddesine göre,  
“Bir Devletin temsilcisine karşı yöneltilen hakaret veya tehditler ile icbar edilerek sağlanan Devletin bir andlaşma ile bağlanma rızasının açıklanmasının herhangi bir hukuki etkisi olmayacaktır.”

Dolayısıyla, bir andlaşmanın gerek görüşmeciler gerekse imza ya da onay yetkisine sahip kişiler üzerinde yapılan baskı ve zor kullanılması (cebir) sonucu gerçekleşmesi durumunda, söz konusu andlaşmanın geçerliliği ortadan kalkacaktır. Sözü edilen baskı, temsilcinin kendisi ya da mesleki geleceği üzerinde yapılacak her türlü tehdit, fiziksel zor kullanım ve ailesi üzerinde bu tür tehdit ve fiili uygulamaları da içermektedir<sup>19</sup>.

Bu duruma ilişkin olarak sözü edilebilecek en belirgin örnek, Hitler'in, Berlin'e çağırdığı Çekoslovakya Cumhurbaşkanı ile Dışişleri Bakanı üzerinde uyguladığı tehdit ve zor kullanım sonucu, Çekoslovakya'nın Alman Reich'in eline bırakılmasını içeren 15.3.1939 tarihli bir andlaşmanın gerçekleşmesidir. Görüşmeler sırasında, Çekoslovakya Cumhurbaşkanı'nın tehdit edildiği; kendisine, andlaşmayı imzalamadığı takdirde iki saat içinde Prag'ın yerle bir edileceğinin söylendiği belirtilmektedir<sup>20</sup>. Bu durum, daha önceden Almanya ile birlikte Çekoslovakya'ya ilişkin 29.9.1938 tarihli Münih Andlaşmasını

<sup>18</sup> HARRIS, s. 787; PAZARCI, I. Kitap, s. 171.

<sup>19</sup> BROWNLIE, s. 619; HENKIN / PUGH / SCHACHTER / SMIT, s. 463; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 79.

<sup>20</sup> AKSAR, s. 154; HENKIN / PUGH / SCHACHTER / SMIT, s. 463; MERAY Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Cilt 2, 4. Baskı, Ankara 1975, s. 90.

imzalayan İngiltere ve Fransa tarafından hemen protesto edilerek, söz konusu andlaşmanın geçersizliği ileri sürülmüştür<sup>21</sup>.

### **5. Devlet Üzerinde Kuvvet Tehdidi ya da Kullanılması**

Bir devlete karşı kuvvet tehdidi ya da kullanımı yoluyla elde edilen andlaşmanın geçersiz sayılıp sayılmayacağı meselesi, barış andlaşmalarının çok büyük bir bölümünün, savaşın galipleri tarafından mağlup devletlere kabul ettirildiği gerçeğini hemen akıllara getirmektedir. Bu çerçevede belirtmek gerekir ki, uygulanan uluslararası hukuk, kuvvet kullanımının yasak olmadığı dönemlerde, bu yöntemlere dayanarak gerçekleştirilmiş olan andlaşmaları büyük ölçüde geçerli saymıştır<sup>22</sup>.

Ancak, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın (m. 2/4) kuvvet tehdidi ve kullanımını yasaklamasının ardından, bu tür yöntemlerle gerçekleştirilecek andlaşmaların akıbetinin ne olacağı sorusu tekrar gündeme gelmiş ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 52. maddesi ile bu soruya aşağıdaki şekilde açık ve kesin bir cevap verilmiştir:

*“Birleşmiş Milletler Andlaşması'na geçirilmiş olan uluslararası hukuk ilkelerini ihlal edecek şekilde kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak veya kuvvet kullanmak suretiyle yapılması sağlanan bir andlaşma batıldır.”*

Görüldüğü gibi, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 52. maddesinde, Birleşmiş Milletler Andlaşması'na aykırı bir biçimde kuvvet tehdidi ve kullanımı yoluyla elde edilecek andlaşmaların kesin bir biçimde geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır. 52. maddede yapılan düzenlemeyle getirilen bu kuralın aynı zamanda bir yapılageliş değeri

---

<sup>21</sup> **FITZMAURICE**, s. 180; **HARRIS**, s. 787; **KLABBERS Jan**, International Law, New York 2013, s. 59; **PAZARCI**, Uluslararası Hukuk, s. 79.

<sup>22</sup> Örneğin, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, 17.8.1923 tarihli Wimbledon Davası'na ilişkin kararında, 1919 Barış Andlaşmaları'nı uygulamıştır. Bkz. The Wimbledon Case, (France, Italy, Japan and the UK v. Germany), (1923) PCIJ Reports, Series A, No. 1; Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KLABBERS**, s. 60-62.

kazandığını söylemek, Uluslararası Adalet Divanı'nın vermiş olduğu çeşitli kararları da göz önünde bulundurarak, mümkün görünmektedir.

Örneğin Uluslararası Adalet Divanı, Birleşik Krallık ile İzlanda arasındaki Balıkçılık Davası'nda, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 52. maddesi ve Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın kuvvet kullanımını yasaklayan hükümleri arasında bir bağın olduğuna işaret ederek, modern uluslararası hukukta kuvvet kullanma tehdidi veya kuvvet kullanma neticesi akdedilen andlaşmaların batıl olduğu konusunda hiçbir şüphenin bulunmadığını açıkça ifade etmiştir<sup>23</sup>.

Buradan yola çıkılarak, askeri kuvvet kullanma ya da kuvvet kullanma tehdidi dışında gerçekleşen herhangi bir baskının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini söylemek de mümkün görünmektedir<sup>24</sup>. Başka bir ifadeyle, bir andlaşmanın; siyasi, askeri vb. herhangi bir baskı altında gerçekleşmesi, söz konusu andlaşmayı doğrudan geçersiz kılmayacaktır. Zira andlaşmalar çoğunlukla, çeşitli sebeplerle eli güçlü olan devletin çıkarlarının daha fazla korunduğu hükümleri içeren metinler olarak ortaya çıkmaktadır<sup>25</sup>. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi andlaşmanın tarafları arasındaki bu tip eşitsizlikleri, durumun gerçek niteliğinin tespit edilmesinde ve uygulanmasında ortaya çıkabilecek güçlükleri de göz önünde bulundurarak, bir geçersizlik nedeni olarak düzenleme yoluna gitmemiştir<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Fisheries Jurisdiction, (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgement, (1973) ICJ Reports, s.14.

<sup>24</sup> **AKSAR**, s. 155; **BROWNLIE**, s. 619; **HENKIN / PUGH / SCHACHTER / SMIT**, s. 464.

<sup>25</sup> 1903'te Birleşik Devletler'in, İspanya'dan ayrılan Küba'nın bir devlet olarak tanınmasını, Guantanamo Askeri Üs Andlaşması'nın imzalanması şartına tabi tutması, bu durumun tipik örneklerindedir. Günümüzde de geçerliliğini devam ettiren bu andlaşma çerçevesinde, Birleşik Devletler önemli çıkarlarına hizmet eden Guantanamo Askeri Üssü ile ilgili sürekli nitelikte bir hak elde etmiştir. Bkz. **AKSAR**, s. 155.

<sup>26</sup> Örneğin, Birleşik Krallık ile Çin arasında akdedilen ve varlığını 1997'ye kadar devam ettiren Hong Kong üzerinde Birleşik Krallık egemenliğini tesis eden andlaşma ile ilgili olarak, Çin Hükümeti andlaşmanın eşitsiz bir andlaşma olduğunu ve dolayısıyla geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürmüştü, ancak Çin'in bu iddiaları kabul görmemiştir. Bkz. **AKSAR**, s. 155.

### **C. Uluslararası Buyruk Kurala/Uluslararası Hukukun Emredici Normlarına (jus cogens) Aykırılık**

Devletlerin istedikleri konularda ve içerikte andlaşma yapabilme serbestisi, uluslararası hukukun temel ilkelerinden biridir ve devletlerin egemenliğinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkar<sup>27</sup>. Bununla birlikte, bu temel ilkenin istisnalarının bulunup bulunmadığı tartışılmakta; devletlerin uluslararası toplumun temel çıkarlarını ilgilendiren kimi konularda andlaşma yapma serbestilerinin bulunmaması gerektiği ileri sürülmektedir.

Gerçekten, bir hukuk düzeni içinde, o düzen çerçevesinde işlem tesis edecek sùjelerin iradelerinin sınırlanması, belirli durumlarda zaruridir. Zira, iradenin sınırsız bir biçimde serbest olması ihtimali, çok ciddi sorunları da beraberinde getirme potansiyeline sahiptir. Bu nedenle irade, hukuk düzenin temelini oluşturan ve hukuk kişilerinin aksini kararlaştıramayacağı emredici normların varlığıyla sınırlanmak durumundadır.

Bu çerçevede birçok ulusal hukuk düzeni; kamu düzeninin, genel ahlakın ya da kişilik haklarının korunması gibi amaçlarla, kişilerin sözleşme yapma yetkisini sınırlayan kurallara sahip bulunmaktadır. Böylelikle, hukuk sùjelerinin sözleşme yapma özgürlüğü temel ilke olmakta ve fakat bu özgürlük o toplumun temel değerleri ve toplumsal çıkarları bağlamında getirilen sınırlamalarla çevrelenmektedir<sup>28</sup>.

Uluslararası hukuk düzeninde de, devletler kural olarak istedikleri konularda andlaşma yapabilmektedirler. Fakat, bu özgürlüğün aşılmaması gereken birtakım sınırlarının olduğu; uluslararası hukuk düzeninde de, uluslararası hukuk kişilerinin aksini kararlaştıramayacakları emredici normların bulunduğu, Viyana Adlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin, 53. ve 64. maddeleriyle, açıkça kabul edilmektedir.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesinde, uluslararası hukukun emredici normlarının, “...bir bütün olarak

---

<sup>27</sup> **DENK Erdem**, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 2, Yıl 2001, s. 44.

<sup>28</sup> **DENK**, s. 44.

*Devletler toplununun; kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir genel uluslararası hukuk normu ile değiştirilebileceğini kabul ettiği ve tanıdığı bir norm*” olarak tanımlandığı görülmektedir. Sözleşme’nin 64. maddesinde ise, “Eğer genel uluslararası hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa....” ifadelerine yer verilmek suretiyle, uluslararası hukuk düzeninde yeni emredici normların ortaya çıkmasının mümkün olduğu belirtilmektedir.

Sözleşme’de düzenlenen bu kuralların andlaşmaların hukuksal geçerliliği üzerindeki etkileri, yine aynı maddelerde düzenlenmiştir. Sözleşme’nin 53. maddesinde, “Yapılışı sırasında, genel uluslararası hukukun bir emredici normu ile çatışan her andlaşma batıldır....” ifadelerine yer verilmiştir. Sözleşme’nin 64. maddesinde ise, mevcut herhangi bir andlaşmanın, ileride ortaya çıkacak bir emredici norma aykırı olması ihtimali şu şekilde kaleme alınmıştır: “Genel uluslararası hukukun yeni bir emredici normu oluştuğunda, bununla çatışan mevcut herhangi bir andlaşma batıl hale gelir ve sona erer.”

Sözleşmenin 53. ve 64. maddelerinden, bir kuralın jus cogens kural olmasının en önemli sonucunun, kendisiyle çatışan andlaşmayı geçersiz kılması olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu konudaki temel ilke, jus cogens kuralların, kendisiyle çatışan andlaşmaları çatışma anından itibaren geçersiz kılmasıdır; geçersizlik anı çatışmanın tespit edildiği değil, çatışmanın gerçekleştiği andan başlayarak etki doğuracaktır<sup>29</sup>.

Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun bu nitelikteki kurallara verdiği örneklerden bazıları; “kuvvet kullanma yasağı”, “köle ticaretinin ve deniz haydutluğunun yasaklanması”, “soykırımın yasaklanması” ve “devletlerin eşitliği”dir. Elbette, bu konuda bir katalog düzenlemesi söz konusu olmayıp, arayışlar devam etmektedir.

Ancak, var olan bu belirsizlik nedeniyle, jus cogens’in, “ona anlam verecek bir içerikten ve yaşam sağlayacak yöntem kurallarından yoksun, bilimsel zorunlulukları karşılamaktan uzak, uygulanan hukukla ilgisiz, herhangi bir amaçla kullanılmaya elverişli” olduğu yönünde sert eleştiriler yapılmakta; bu kavramın “eski doğal hukuk kavramının yeni bir ad altında ortaya çıkmış hali” olarak değerlendirilebileceğini ileri

<sup>29</sup> DENK, s. 67.

süren görüşler dile getirilmektedir<sup>30</sup>. Aynı doğrultuda, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin ilgili maddelerinin bu belirsizliği giderme konusunda yetersiz olduğu; bir kuralın hangi ölçütler çerçevesinde jus cogens kural sayılacağını, yapılan tanıma rağmen, belirleyemediği üzerinde durulmaktadır<sup>31</sup>.

### **III. ANDLAŞMALARIN GEÇERSİZ SAYILMA YOLLARI VE ETKİLERİ**

Özel hukukta, bir hukuksal işlemin geçerli bir şekilde meydana gelmesi ve kendisinden beklenen sonuçları sağlaması; kurucu unsurlarında, etkinlik unsurlarında ve geçerlilik şartlarında herhangi bir eksiklik bulunmamasına bağlıdır<sup>32</sup>. Bunlardan herhangi birinin eksik olması durumunda işlem geçersizleşir ve kendisinden beklenen sonuçları sağlaması mümkün olmaz. Bu açıdan, “geçersizlik” bir üst kavram olup, işlemdeki eksikliğin ağırlığına göre; *yokluk*, *mutlak butlan*, *nisbi butlan*, *tek taraflı bağlamazlık* ve *nisbi etkisizlik* halleriyle özel olarak düzenlenir.

Uluslararası hukuk işlemleri ve özellikle andlaşmalar bakımından, yukarıda belirtilen ayrımlara uzun süre yer verilmediği ve uygulanan uluslararası hukukun andlaşmaların geçersiz sayılmaları konusunda yalnızca nisbi butlan çerçevesine giren değerlendirmelerle yetindiği gözlenmektedir. Günümüz uygulanan uluslararası hukukunda ise, andlaşmaların geçersiz sayılma yolları, Viyana Andlaşmalar Hukuku

---

<sup>30</sup> **MERAY**, s. 94.

<sup>31</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **DENK**, s. 46-52; **HENKIN / PUGH / SCHACHTER / SMIT**, s. 468-469; **KARAKOÇ İrem**, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens - Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2006, s. 113; **MERAY**, s. 94; **SHAW Malcolm N.**, International Law, Sixth Edition, New York 2008, s. 944; **VERDROSS Alfred**, “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, The American Journal of International Law, Vol. 60, No. 1, January 1966, ss. 55-63.

<sup>32</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **AYAN Mehmet / AYAN Nurşen**, Medeni Hukuka Giriş, 10. Baskı, Konya 2014, s. 144-147.



Sözleşmesi'nde, mutlak butlan ve nisbi butlan durumlarıyla sınırlı tutulmaktadır<sup>33</sup>.

Yokluktan sonra karşılaşılabilecek en ağır geçersizlik hali olan “mutlak butlan”, hukuksal işlemin kesin olarak geçersiz (batıl) sayılmasını ifade etmektedir. Böyle bir ihtimalde hukuksal işlem doğmakta ve fakat o hukuk düzeninin çok temel bir kuralına aykırı olmasından dolayı istenilen sonuçları gerçekleştirmesi mümkün olmamaktadır. Bu durumda, söz konusu sakat işlemin kesinlikle ortadan kaldırılması (iptali) gerektiği kabul edilmektedir. Bu amaçla, bu sakat işlemde zarar gören kişiler bunun iptalini isteyebilecekleri gibi, hakem ya da yargıç kendiliğinden bu durumu nazara alabilir<sup>34</sup>.

Hukuk düzeni, bazı hallerde ilgisine hukuksal işlemi tek taraflı olarak iptal edebilme imkânı da tanımaktadır. Burada, yalnızca yararı o hukuk düzenince korunan kişinin haklarının çiğnenmesi söz konusudur. O, isterse işlemin geçerliliğine razı olur, isterse belirli şartlar çerçevesinde geçersiz kılar<sup>35</sup>. Buna karşılık, yargıç geçersizliği kendiliğinden nazara alamaz. Bu geçersizlik hali için “nisbi butlan” ifadesi kullanılmaktadır.

Verilen bilgiler çerçevesinde, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin nisbi butlan nedeni olarak değerlendirdiği durumların şunlar olduğu görülmektedir:

- iç hukuka dayalı yetkisizlik durumları (m. 46-47);
- yanlışlık/hata (m. 48);
- aldatma/hile (m. 49);
- temsilcinin ayartılması (m. 50).

Sözleşme'nin mutlak butlan nedeni olarak değerlendirdiği durumlar ise şunlardır:

- temsilci üzerinde baskı (m. 51);
- devlet üzerinde kuvvet tehdidi ya da kullanılması (m. 52);

<sup>33</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 82.

<sup>34</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 82.

<sup>35</sup> AYAN / AYAN, s. 150.

- uluslararası hukukun emredici normlarına (jus cogens) aykırılık (m. 53 ve 64).

Geçersizlik nedenlerini bu şekilde belirleyen Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, geçersizliğin sonuçlarını 69. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, bir andlaşmanın geçersiz (batıl) olması, ilke olarak, yürürlüğe girdiği andan başlayarak (ab inito) hüküm doğurmasını ifade etmektedir<sup>36</sup> ve tabiidir ki hükümsüz bir andlaşmanın hiçbir hukuksal gücü bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, kimi durumlarda, önceden bu andlaşmaya dayanılarak iyiniyetle yapılan işlemlerin son bulmayacağı kabul edilmektedir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 69/2, b maddesi bu durumu,

*“geçersizliğe başvurulmadan önce iyi niyetle icra edilmiş olan işlemler, sırf andlaşmanın geçersizliği sebebiyle gayri hukuki hale gelmez.”* ifadeleriyle düzenlemektedir.

Bunun dışında kalan diğer bütün durumlarda ise, önceden yapılan işlemlerin iptal edilmesi ve her şeyin olabildiğince eski durumuna getirilmesi gerektiği, Sözleşme'nin 69/2, a maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir:

*“her bir taraf diğer herhangi bir taraftan karşılıklı ilişkilerinde işlem yapılmamış olsaydı hangi durum mevcut olacak idiyse o durumun mümkün olduğu ölçüde tesis etmesini isteyebilir.”*

Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrasında, geçersizliğin ilke olarak andlaşmanın tümü ile ilgili olduğu *“Bir andlaşmayı geçersiz kılmak.....için bu Sözleşmede tanınan bir gerekçeye,.....ancak andlaşmanın tamamı hakkında başvurulabilir”* ifadeleriyle belirtilmiştir. Ancak, Sözleşmenin 44. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında, geçersizlik nedeninin açık bir biçimde yalnızca belirli hükümleri ilgilendirmesi ve bunun andlaşmanın yapılması için taraflar bakımından temel gerekçe oluşturmaması durumunda, yalnızca bu hükümlerin geçersiz sayılmasının mümkün olduğu düzenlenmektedir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 69. maddesinin 4. fıkrasında, *“Belirli bir Devletin çok*

---

<sup>36</sup> FITZMAURICE, s. 179; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 82.

*tarafli bir andlaşma ile bağlanma rızasının geçersizliği durumunda, önceki kurallar, o Devletle andlaşmanın tarafları arasındaki ilişkilerde uygulanır.” ifadelerine yer verilerek; çok taraflı bir andlaşmada, geçersizlik nedeninin yalnızca bir devletin iradesi bakımından söz konusu olması durumunda, bu nedenin diğer taraflar arasında andlaşmanın geçerliliğini etkilemeyeceği düzenlenmiştir.*

Bu noktada, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 71. maddesinden de söz etmek gerekir. Zira bu maddede, uluslararası hukukun emredici bir normu ile çatışan bir andlaşmanın geçersizliğinin sonuçları özel olarak düzenlenmektedir:

*“1. 53. maddeye göre batıl olan bir andlaşma durumunda taraflar:*

*a) genel uluslararası hukukun emredici bir normu ile çatışan herhangi bir hükme güvenerek icra edilen herhangi bir işlemin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde bertaraf edeceklerdir;*

*b) karşılıklı ilişkilerini genel uluslararası hukukun emredici normuna uygun hale getireceklerdir.*

*2. 64. maddeye göre batıl olan ve sona eren bir andlaşma halinde, andlaşmanın sona ermesi,*

*a) tarafları andlaşmayı bundan sonra icra etme konusunda herhangi bir yükümlülüğten kurtarır;*

*b) tarafların andlaşmanın sona ermesinden önceki icrası suretiyle doğan herhangi bir hak, yükümlülük veya hukuki durumlarını etkilemez, şu kadar ki bu hak, yükümlülük veya durumların daha sonra muhafaza edilmeleri genel uluslararası hukukun emredici normu ile çatışmadığı oranda mümkündür.”*

Bu hükümden anlaşılmalıdır ki, uluslararası hukukun emredici normlarıyla çatışan andlaşmanın tarafları, bu andlaşmada yer alan bir hükme dayanarak gerçekleştirdikleri herhangi bir işlemi iptal ederek, mümkün olduğu ölçüde eski durumu sağlamaya çalışacaklar ve karşılıklı ilişkilerini emredici hukuk normlarına uygun hale getireceklerdir.

Bir andlaşmanın yeni oluşan bir jus cogens kural nedeniyle geçersiz hale gelmesi durumunda ise, tarafların artık o andlaşma ile bağlılıkları kalmamakta; bu durum, tarafları andlaşmayı bundan sonra icra etme konusunda herhangi bir yükümlülüğten kurtarmaktadır. Ancak,

bu aşamaya kadar icra edilen yükümlülükler ve haklar bu durumdan etkilenmemektedir. Zira, ilgili andlaşmanın jus cogens kuralın söz konusu olmadığı zamanda yapılması nedeniyle, burada sadece andlaşma geçersiz hale gelmekte; fakat, andlaşmaya istinaden yapılmış eylemler veya tesis edilmiş işlemler ise yeni jus cogens kural ile bunlar çelişmedikleri ölçüde geçerli olmaktadır<sup>37</sup>. Başka bir ifadeyle, söz konusu andlaşmaya dayanılarak kazanılan hakların, üstlenilen yükümlülüklerin veya elde edilen durumların korunmaları, bunların ilgili jus cogens kural ile çatışmadığı ölçüde mümkündür.

Geleneksel uluslararası hukuka göre, bir andlaşmanın yukarıda belirtilen nedenlerle geçersiz sayılması, ya tarafların birlikte bir çözüme varmaları ya da uyuşmazlıklarını barışçı bir biçimde çözmeye yönelik çaba sarf etmeleri yöntemlerini içermektedir. Ancak, uygulamada, tarafların birlikte bir çözüme varamamaları halinde, zarar gören tarafın, tek taraflı olarak, geçersizliğini ileri sürdüğü andlaşmaya son verdiği görülmektedir<sup>38</sup>.

Andlaşmaların geçersizliği, sona ermesi, andlaşmadan çekilme veya hükümlerinin askıya alınması konusunda ne gibi bir usul izleneceği hususu, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 65. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir andlaşmanın geçersiz olduğu kanısında olan devlet, bu görüşünü ve almayı düşündüğü önlemi yazılı olarak (m. 67/1) öteki taraf ya da taraflara bildirecek (m. 65/1); diğer taraf veya tarafları bu durumdan haberdar edecektir. Diğer devletlerin buna itiraz etmemeleri durumunda, bildirim bu devletlerin eline geçmesinden başlayarak en az üç aylık bir sürenin sonunda, birinci devletin öngördüğü önlemi yürürlüğe koyma hakkı vardır (m. 65/2). Diğer devletlerin bildirim itirazda bulunmaları halinde ise, itiraz tarihinden başlayarak on iki ay içinde tarafların seçecekleri barışçı yöntemler çerçevesinde konuya ilişkin uyuşmazlığı çözmeleri gerekecektir. Bu süre içinde uyuşmazlığın herhangi bir çözüme bağlanamaması durumunda başvurulacak yöntemler ise geçersizlik nedenine göre farklılık göstermektedir.

Andlaşmanın geçersizlik nedeni bir jus cogens kuralına aykırılık ise, tarafların sorunu birlikte bir hakemliğe götürememeleri durumunda,

---

<sup>37</sup> **DENK**, s. 68; **REÇBER**, s. 126; **SHAW**, s. 945.

<sup>38</sup> **PAZARCI**, I. Kitap, s. 176.

herhangi birinin tek tarafı olarak Uluslararası Adalet Divanı'na başvurma hakkı doğmaktadır<sup>39</sup> (m. 66/a). Diğer geçersizlik nedenleri için ise zorunlu uzlaştırma yöntemi öngörülmektedir (m. 66/b).

#### IV. SONUÇ

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde, uluslararası hukukun şekli kaynaklarına ilk kez bir pozitif düzenlemede yer verilmiş; "uluslararası andlaşmalar" asli kaynaklardan biri olarak belirlenmiştir. Uluslararası andlaşmalar; uluslararası hukukun somutlaşması, uluslararası hukuk sùjelerinin iradelerinin ve uymaları gereken kuralların açık bir biçimde saptanması noktasında yadsınamaz bir işleve ve önceliğe sahip bulunmaktadır.

Günümüzde büyük çoğunluğu yapılageliş değeri kazanmış olan ve uluslararası hukukun devletler arasında yapılan uluslararası andlaşmalara ilişkin kurallarının temel kaynağı niteliğine sahip bulunan Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde, andlaşmaların hukuksal geçerliliğine ilişkin beş temel düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemeler ışığında, andlaşmaları geçersiz kılabilecek nedenleri, genel olarak, "andlaşmanın yasal yetkililer tarafından yapılmaması", "iradenin sakatlanması" ve "uluslararası buyruk kurala (jus cogens) aykırılık" olarak belirlemek mümkündür. Şunu da belirtmek gerekir ki,

<sup>39</sup> Sözleşme'nin 46 ila 52. maddelerinde, taraf devletlerin çıkarlarını korumak amacıyla getirilen düzenlemelerle; çeşitli etkenlerin zorlamasıyla ve gerçek manada rızası olmadan bir andlaşmayla bağlanmak durumunda kalan devletlerin, söz konusu andlaşmayı geçersiz kılma ya da sona erdirmeye sürecini başlatarak, bireysel çıkarlarını koruyabilmesinin yolu açılmaktadır. Devletlerin ancak tam rızalarıyla taraf oldukları andlaşmalarla bağlanabileceği temel kuralından yola çıkan Sözleşme; devletlerin bireysel çıkarlarının zarar görmesinin söz konusu olduğu durumlarda, ilgili sürecin başlatılması yetkisini doğal olarak sadece taraflara vermiştir. Buna karşılık, temel amacı tüm uluslararası toplumun genel çıkarlarının korunması olan jus cogens kurallarla çatışan andlaşmaların geçersizliğinin saptanacağı sürecin başlatılmasının da yine sadece taraflara bırakılması dikkat çekici olup, düzenlemenin bu haliyle, uluslararası toplumun temel çıkarlarını korumaya tatmin edici bir şekilde hizmet ettiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Bkz. **DENK**, s. 64-65; **KLABBERS**, s. 58-59.

andlaşmaların geçersiz sayılma yolları, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde, mutlak butlan ve nisbi butlan durumlarıyla sınırlı tutulmakta, andlaşmaların yokluğundan söz edilmemektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, bu nedenlerin varlığı halinde andlaşmanın geçersiz sayılması mümkün olup; geçersizlik, ilke olarak, söz konusu andlaşmanın yürürlüğe girdiği andan başlayarak (ab inito) hüküm doğurmaması sonucunu içermektedir. Bu durumda, belirli istisnai durumlar söz konusu olmakla birlikte, önceden yapılan işlemler iptal edilerek, önceki koşulların mümkün olduğu ölçüde sağlanması gerekecektir. Ancak, bu andlaşmanın geçersizliğinin söz konusu edilmesine ilişkin koşullar, geçersizliğin etkileri ve sorunun çözümüne ilişkin yöntemler, geçersizlik nedenine göre farklılıklar gösterebilmektedir.

#### **KAYNAKLAR**

**ACER Yücel / KAYA İbrahim**, Uluslararası Hukuk, 5. Baskı, Ankara 2014.

**AKSAR Yusuf**, Teoride Ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – I, 2. Baskı, İstanbul 2012.

**AYAN Mehmet / AYAN Nurşen**, Medeni Hukuka Giriş, 10. Baskı, Konya 2014.

**BROWNLIE Ian**, Principles of Public International Law, Seventh Edition, New York 2010.

**DENK Erdem**, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 2, Yıl 2001, ss. 43-70.

**FITZMAURICE Malgosia**, “The Practical Working of the Law of Treaties”, International Law, (Edited by Malcolm EVANS), Third Edition, New York 2010, ss. 172-200.

**HARRIS D. J.**, Cases and Materials on International Law, Fourth Edition, London 1991.

**HENKIN Louis / PUCH Richard C. / SCHACHTER Oscar / SMIT Hans**, International Law – Cases and Materials, Second Edition, Minnesota 1987.

**KARAKOÇ İrem**, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens - Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2006, ss. 87-122.

**KLABBERS Jan**, International Law, New York 2013.

**MERAY Seha L.**, Devletler Hukukuna Giriş, Cilt 2, 4. Baskı, Ankara 1975.

**PAZARCI Hüseyin**, “Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukuna Göre Andlaşma Kavramı”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl 10, Sayı 1-2, 1990, ss. 151-163.

**PAZARCI Hüseyin**, Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, 12. Baskı, Ankara 2014. (I. Kitap)

**PAZARCI Hüseyin**, Uluslararası Hukuk, 13. Baskı, Ankara 2014. (Uluslararası Hukuk)

**REÇBER Kamuran**, Uluslararası Hukuk, Bursa 2014.

**SHAW Malcolm N.**, International Law, Sixth Edition, New York 2008.

**SUR Melda**, Uluslararası Hukukun Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2013.

**THIRLWAY Hugh**, “The Sources of International Law”, International Law, (Edited by Malcolm EVANS), Third Edition, New York 2010, ss. 95-121.

**VERDROSS Alfred**, “Jus Dipositivum and Jus Cogens in International Law”, The American Journal of International Law, Vol. 60, No. 1, January 1966, ss. 55-63.

**Kararlar**

- Case Concerning the Temple of Preah Vihear, (Cambodia v. Thailand), Merits, (1962) ICJ Reports, No. 6.

- Fisheries Jurisdiction, (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgement, (1973) ICJ Reports.

- Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria, (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea Intervening), Judgement, (2002) ICJ Reports.

- Mavrommatis Palestine Concessions Case, (Jurisdiction), (Greece v. UK), (1924) PCIJ Reports, Series A, No. 2.

- The Wimbledon Case, (France, Italy, Japan and the UK v. Germany), (1923) PCIJ Reports, Series A, No. 1.



**HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE ÂDİL YARGILANMA HAKKI  
ÇERÇEVESİNDE KAMU İHALE İŞLEMLERİNDE İDARÎ  
BAŞVURU YOLLARI**

**Yrd. Doç. Dr. Mehmet Alpertunga AVCİ\***  
**Öğr. Gör. Ahmet TAŞIR\*\***

**ADMINISTRATIVE REMEDIES IN THE PUBLIC  
PROCUREMENT PROCESS IN THE FRAMEWORK OF THE  
PRINCIPLE OF THE RULE OF LAW AND THE RIGHT TO A  
FAIR TRIAL**

**ÖZET**

*Türkiye’de, farklı fiilî uygulamaların hukuk devleti ilkesiyle bağdaşıklığı her zaman tartışma konusu olmuştur. Kamu ihalelerinde uyumsuzluğa konu idarî başvuru yolları, bu tartışmaların bir ayağını oluşturmaktadır. Bu çalışmanın amacı, Türk ihale mevzuatında öngörülen, uyumsuzluğa yönelik idarî başvuru yollarını mercek altına almaktır. Bu çerçevede, öncelikli olarak, şikâyet ve itirazın şikâyet yolları meri mevzuat ışığında açıklanmıştır. Sonrasında, söz konusu başvuru yolları, hukuk devleti genelinde ve yargı denetimi, âdil yargılanma hakkı özelinde eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilmiş ve*

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, maavci@atauni.edu.tr

\*\* Tunceli Üniversitesi MYO, e-mail: atasir@tunceli.edu.tr

*hukuk devleti bağlamında farklı perspektiflerde önerilerde bulunulmuştur.*

**ANAHTAR KELİMELER:** *Kamu ihalesi, idarî başvuru yolları, hukuk devleti ilkesi, itiraz, itirazın şikâyet.*

### **ABSTRACT**

*In Turkey the issue of coherence with the principle of the rule of law in different actual practices has always been a matter of debate. The administrative remedies that are subject to disputes in public procurement constitutes a pillar of these discussions. The aim of this study is to scrutinize administrative remedies for disputes envisaged in Turkish public procurement legislation. In this context, initially, the compliant and appealing compliant remedies have been described in the light of the legislation in force. In the sequel, these remedies have been evaluated with a critical perspective throughout the rule of law and specific to the judicial review and the right to a fair trial and suggestions have been made in different perspectives in the context of the rule of law.*

**KEYWORDS:** *Public procurement, administrative remedies, the principle of the rule of law, compliant, appealing compliant.*

### **GİRİŞ**

Yürürlükteki hukuk kurallarına saygının hukukî yaptırımlarla güvence altına alınmasını öngören ve tüm çağdaş demokratik rejimlerin temel özelliklerinden biri olan hukuk devleti ilkesi gereğince; her resmî kurum, makam ve kişi, hukukun öngördüğü alanlarda ve ölçüde hukuk kurallarına uygun hareket etmeli ve hâkim hukuk kurallarınca yönetilenlere hukuk güvenliği sağlanmalıdır<sup>1</sup>. Hukuk güvenliği sağlanırken idare hukuka bağlı olmalı ve idarenin tüm eylem ve işlemleri

---

<sup>1</sup> ÖZBUDUN Ergun, (2014), Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 125; KABOĞLU İbrahim Ö., (2014), Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 9. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, s. 17-18; GÖZÜBÜYÜK Şeref, (2013), Anayasa Hukuku, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 167.

yargı denetimine açık olmalıdır. Aksi bir durumda yani kamu gücünü elinde tutan idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olmaması halinde, idarenin keyfiliğe ve hatta kişiler üzerinde tahakküme varan uygulamalara yönelebileceği ve bu uygulamalar neticesinde hukuk devletinden polis devletine dönüşümün yaşanabileceği ihtimali gözden kaçmamalıdır. Bu nedenle kanunlar ve diğer düzenleyici işlemlerle idarenin hukuk dışına çıkması önlenirken, kişilere de her somut olayı ve uyuşmazlığı, idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığını yargı mercileri önüne getirmelerine imkân verilmelidir<sup>2</sup>. İdarî eylem ve işlemlerin yargı denetimine açık olması da tek başına yeterli olmayıp, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde âdil yargılanma hakkının da korunması gerekmektedir. Nitekim Türkiye özelinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Anayasası ile kişilere tanınmış olan âdil yargılanma hakkının idarî işlemlerde ne şekilde değerlendirileceği konusu bir sorunsal olarak karşımızda durmaktadır. Söz konusu sorunsala, kamu ihale işlemleri çerçevesinde bakıldığında, hukuk devleti ilkesinin ve dolayısıyla âdil yargılanma hakkının taşıdığı anlam daha da önemli hale gelmektedir. Çoğunlukla idarenin tek taraflı iradesiyle belirlediği ve her biri aslında bir idarî işlem ve eylem niteliğinde olan kamu ihale işlemlerine karşı nihai olarak yargı yolunun açık olması hem hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucudur hem de âdil yargılanma hakkının konusudur. Ancak, kamu ihale işlemlerine yönelik yargı yoluna başvurulmadan önce, tüketilmesi zorunlu olan şikâyet ve itirazın şikâyet olarak adlandırılan idarî başvuru yollarının mevcudiyeti ve bu yollara başvurmak için gerekli çeşitli mali ön şartların niteliği âdil yargılanma hakkını ve dolayısıyla da hukuk devleti ilkesini kamu ihalelerinde tartışmalı hale getirmektedir.

Bu çalışmada, öncelikli olarak kamu ihale işlemlerine yönelik idarî başvuru yolları olan şikâyet ve itirazın şikâyet yollarının nitelikleri ve özellikleri, başvuru şekilleri, başvurunun yapılacağı idarî merci, başvuru süreleri, başvuru yapabilecek kişiler, başvuru sonucunda verilebilecek kararlar teorik perspektifte ortaya konulacaktır. Teorik perspektifle uyumlu olarak söz konusu idarî başvuru yolları hakkında,

<sup>2</sup> GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, (2008), İdare Hukuku, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, s. 18-64; Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 76/1, K. 76/28, T.C. Resmi Gazete, 15679, 16 Ağustos 1976.

Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında hukuk devleti ilkesi ve âdil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirmede bulunulacaktır. Eleştirel bakış açısıyla yapılacak olan bu değerlendirmelerde Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru yolunun açık olup olmadığı ihtimali tartışılacaktır. Tüm bu değerlendirmeler ve tartışmalar neticesinde idarî başvuru yollarının hukuk devleti ilkesi ile uyumlu olarak güncellenmesi ve yeniden değerlendirilmesi noktasında çeşitli önerilerde bulunulacaktır. Çalışmada sıklıkla kullanılan “*kamu ihale işlemleri*” deyiminden sözleşme öncesi süreçlerin kastedildiğini de son olarak belirtmekte fayda görmekteyiz.

### **1. KAMU İHALE İŞLEMLERİNDE İDARÎ BAŞVURU YOLLARI**

İdare hukukunda, idarî başvuru yolları kural olarak ihtiyarî niteliktedir. Nitekim idarî bir eylem veya işlemin hukuka aykırı olduğunu iddia eden kişiler, dava açma süresi içerisinde, dilerlerse işlemi yapan idareye veya üst mercie başvurmak suretiyle hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması talebinde bulunabilirler. Buna karşın kimi idarî başvuru yolları zorunlu nitelikte olup, bu yollar tüketilmeden idarî yargıya gidilememekte ve aksi halde idarî merci tecavüzü gerekçesiyle açılan davanın esasına girilememektedir<sup>3</sup>. Türkiye’de kamu alımlarına yönelik düzenlenmiş olan 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda öngörülmüş olan ihaleyi yapan idareye “*şikâyet*” ve Kamu İhale Kurumu’na (KİK) “*itirazın şikâyet*” şeklindeki idarî başvuru yolları bu niteliktedir. Bu bakımdan kamu ihale işlemlerinde şikâyet, itirazın şikâyet ve dava açma yolları<sup>4</sup> büyük ölçüde birbirlerinin ön şartı niteliğindedir. Nitekim kamu

---

<sup>3</sup> GÖZLER Kemal, KAPLAN Gürsel, (2013), İdare Hukukuna Giriş, 18. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, s. 359.

<sup>4</sup> Kamu ihalelerine yönelik uyuşmazlıkların sözleşme öncesinde, esnasında veya sonrasında olması, uyuşmazlığın idarî yargıda mı yoksa adli yargıda mı çözümleneceği sorusunu akla getirmektedir. Doktrin ve yargı kararları ışığında kamu ihale sözleşmesinin bizatihi kendisi ve sözleşmeden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklar özel hukuka ve dolayısıyla adli yargıya; sözleşmenin imzalanmasına kadar ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar ise kamu hukukuna ve dolayısıyla da idarî yargıya tabidir (GÖZLER Kemal,

ihalelerinde, bazı istisnâî haller dışında, ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusu yapılmaksızın, itirazın şikâyet yoluna gidilememektedir. Aynı zamanda kamu ihale işlemlerinde şikâyet ve itirazın şikâyet yolları tüketilmeden de doğrudan idarî yargı yoluna gidilememektedir. Kanun koyucunun kamu ihale işlemleri aleyhine dava açma niyetinde olan kişilerin önüne koymuş olduğu bu süreçler dizisinin, kişilerin kamu ihale işlemlerine yönelik mahkemeye erişimi ve nihaî olarak âdil yargılanma hakkını zedeleyebileceği ve kimi zaman da hak kayıplarına yola açabileceği ihtimalinin gözden kaçmaması gerekmektedir.

Dava açılmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu idarî başvuru yolları, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54, 55 ve 56'ncı maddelerinde, idareye şikâyet ve Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet şeklinde düzenlenmiştir. Şikâyetin ve itirazın şikâyetin konusu, ilgili idarenin ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemleridir. Şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusu yapabilecek kişiler bu işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli veya istekli olabilecek kişilerdir<sup>5</sup>.

### 1.1. İdareye Şikâyet Yolu

İnceleme yapılması isteminde bulunma anlamına gelen *idareye şikâyet*; idarelerin ve ihale komisyonlarının sorumluluklarının ihlâli sonucunda hak kaybına uğradığını veya uğrama ihtimali olduğunu ileri süren aday, istekli veya istekli olabileceklerin önündeki ilk başvuru yoludur<sup>6</sup>. Bu nedenle şikâyet başvurusu bu kişiler tarafından, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla yapılabilir. Şikâyet başvurusunun, sözleşme imzalanmadan önce doğrudan ihaleyi yapan idareye hitaben yazılmış bir dilekçeyle yapılması gerekir. Şikâyet başvurusunda süre kural olarak 10 gündür. Ancak pazarlık usûlü ile yapılan ihalelerde, doğal âfet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi idare tarafından öngörülemeyen olayların veya savunma ve

---

KAPLAN Gürsel, (2014), İdare Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, s. 492).

<sup>5</sup> Kamu İhale Kanunu, (2002), *T.C. Resmi Gazete*, 24648, 22 Ocak 2002, Md. 54.

<sup>6</sup> GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, (2008), s. 1038.

güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması halinde başvuru süresi 5 gün olarak belirlenmiştir. Eğer şikâyet başvurusu, doğrudan ihale ilânına yönelikse ilk ihale ilân tarihinde; ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan diğer hükümlerine yönelik ise ihale dokümanının satın alındığı tarihte şikâyet başvuru süresi başlar<sup>7</sup>.

Kendisine şikâyet başvurusunda bulunulan idare, gerekli incelemeyi yaptıktan sonra, 10 gün içinde gerekçeli kararı alır ve aldığı bu kararı şikâyetçi ile diğer aday, istekliler veya istekli olabileceklere, izleyen 3 gün içinde bildirir<sup>8</sup>. İdare, kendisine yapılmış olan şikâyete yönelik olarak ihalenin iptaline, düzeltici işlemin belirlenmesine veya başvurunun reddine karar verebilir. İdarenin *ihalenin iptaline* karar verebilmesi için ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın mevcut olması gerekir. *Düzeltilici işlemin tesis edilebilmesi* için düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan bir duruma ihtiyaç vardır. Son olarak *başvurunun reddine* karar verilebilmesi içinse başvurunun süre, usûl ve şekil kurallarına uygun olmaması, usûlüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikâyete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi gerekir<sup>9</sup>.

İdare tarafından karar süresi içerisinde bir karar alınmazsa, başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini veya idare tarafından karar alınmış olmasına rağmen bu karar uygun bulunmazsa, başvuru sahibi dâhil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini izleyen 10 gün içinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir<sup>10</sup>.

## **1.2. Kamu İhale Kurumu (KİK) ve İtirazen Şikâyet Yolu**

İtirazen şikâyet başvurusunun muhatabı, doğrudan Kamu İhale Kurumu'dur. Uluslararası ihale mevzuatına uyum sağlamak ana amacıyla

---

<sup>7</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 54-55.

<sup>8</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 55.

<sup>9</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 54.

<sup>10</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 55.

hazırlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kabulüyle, idarî ve mali özerkliğe sahip bir kuruluş olarak 2002 yılında kurulmuş olan Kamu İhale Kurumu<sup>11</sup> kamu ihalelerine yönelik görevleri; itirazın şikâyetleri inceleyip sonuçlandırmak, kamu ihale mevzuatını hazırlayıp ihale uygulamalarını yönlendirmek, ihalelere ilişkin istatistikî bilgiyi üretip yayınlamak, ihalelere katılmaktan yasaklı olanların sicilini tutmak, ihale ilânları ile ilgili usûl ve esasları düzenlemek, "Kamu İhale Bülteni"ni yayımlamak, yerli ve yabancı isteklilerin yabancı ülkelerdeki ihale yasaklılık hallerinin takibini yapmak ve bu kişilerin ihalelere katılmalarının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması yönünde Bakanlar Kuruluna teklifte bulunmaktır<sup>12</sup>. İdarî sistem içerisindeki yeri ve kurumsal bağımsızlığı, kamu ihale sürecine yönelik yürüttüğü faaliyetlerin niteliği, itirazın şikâyet başvurularını incelerken yapmaya yetkili olduğu işlemler ve kararlarının bağlayıcılığı gibi unsurlar bir bütün halinde değerlendirildiğinde; Kamu İhale Kurumu'nun bir idarî kurum olmanın ötesinde kısmen yargısal bir organ kimliğinde olduğu kanaati uyanmakta bu da Kamu İhale Kurumu'nun idarî sistem içerisindeki yerini tartışmalı hale getirmektedir.

Kamu İhale Kurumu'na yönelik, yazılı dilekçe şartına bağlı olan ve sözleşme imzalanmadan önce yapılması gereken itirazın şikâyetin nedenleri farklılık arz edebilmektedir. Buna göre öncelikli olarak şikâyet başvurusu üzerine, idarenin aldığı kararı uygun bulmayan aday, istekli ve istekli olabilecekler, itirazın şikâyet yoluna gidebilir. Burada önemli olan, şikâyet başvurusunda arzu edilen sonucun alınamamış olmasıdır. Örneğin, başvuru sahibi idareye yapmış olduğu şikâyette ihalenin iptalini istemiş olmasına karşın, idare düzeltici işlem belirlenmesine veya şikâyetin reddine karar vermişse, bu karar başvuru sahibi tarafından itirazın şikâyete konu edilebilir. Aynı zamanda başvuru sahiplerinin şikâyet başvurusu üzerine, idarenin 10 gün içerisinde karar vermemesi halinde de yine itirazın şikâyet yoluna gidilmesi mümkündür. Şikâyet

<sup>11</sup> Kamu İhale Kurumu'nun karar organı Kamu İhale Kurulu olup, biri başkan biri ikinci başkan olmak üzere (Maliye Bakanının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından atanan) dokuz üyeden oluşur.

<sup>12</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 53; ABACIOĞLU Muhittin, ABACIOĞLU Ali, (2013), Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 674-675.

veya itirazın şikâyet üzerine alınan ihalenin iptali kararları aleyhine de doğrudan itirazın şikâyet yoluna gidilebilir<sup>13</sup>. İtirazın şikâyetinde geçerli olan başvuru süresi, şikâyetinde geçerli olan süre şartları ile aynıdır. Ancak şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine ihalenin iptaline karar verilmesi halinde, bu karara karşı 5 gün içinde doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuruda bulunulabilir<sup>14</sup>.

İtirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilmesi için, ihale değerine göre değişen miktarlarda teminatın başvuru sahipleri tarafından, Kamu İhale Kurumu'nun ilgili bankalar nezdindeki hesabına yatırılması gerekmektedir (Tablo 1)<sup>15</sup>. Görevsizlik gerekçesi ve nedeni dışında kalan hallerde, itirazın şikâyet başvurusu reddedilecek olursa, başvuru teminatı, başvuru sahiplerine iade edilmeyerek Kamu İhale Kurumu'na gelir olarak kaydedilmektedir<sup>16</sup>. Dolayısıyla, zorunlu bir idarî başvuru yolu olan itirazın şikâyet yolu aynı zamanda başvuru sahipleri için hem masraflı ve riskli bir yol haline dönüşmektedir.

**Tablo 1:** İtirazın Şikâyetine İlişkin 2014 yılı Yaklaşık Maliyetler ve Teminat Bedelleri

Yaklaşık Maliyet	İtirazın Şikâyet Başvuru Teminat Bedeli
500.000 TL'ye kadar	3.000 TL
500.000 TL'den 2.000.000 TL'ye kadar	6.000 TL
2.000.000 TL'den 15.000.000 TL'ye kadar	9.000 TL
15.000.000 TL ve üzeri	12.000 TL

Kamu İhale Kurumu, itirazın şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyete yönelik aldığı kararı eşit muamele

<sup>13</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 54-56.

<sup>14</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 56/1.

<sup>15</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 53/j-2, Md. 54/6.

<sup>16</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 54/12.



ilkesi çerçevesinde inceler; gerek görmesi halinde tarafların ve ilgililerin dinlenmesine karar verebilir ve hatta özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kişilerin görüşüne başvurabilir<sup>17</sup>. İtirazen şikâyet başvurusu yapıldıktan sonra, idare tarafından sürelerle ve usûle aykırı şekilde sözleşme yapılmış olsa ve başvuru sahibi başvurusundan feragat etse dahi Kamu İhale Kurumu tarafından başvuru incelenerek ihalenin iptali, düzeltici işlemin belirlenmesi veya başvurunun reddi şeklinde karar tesis edilir<sup>18</sup>.

İtirazen şikâyet başvurusu, Kamu İhale Kurumu tarafından kural olarak 20 gün içinde karara bağlanır. Ancak pazarlık usûlü ile yapılan ihalelerde, doğal âfet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi idare tarafından öngörülemeyen olayların veya savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması halinde ise başvurular 10 iş günü içinde karara bağlanır. Verilen tüm kararlar, karar tarihini izleyen 5 iş günü içinde taraflara tebliğ edilir. İdarelerin, hukukî durumda değişiklik yaratan kararların gerektirdiği işlemleri, derhal yerine getirmesi gerekmektedir<sup>19</sup>.

Kamu İhale Kurumu kararlarının, idareyi bağlaması, kurumun yetki ve fonksiyonunun doğal bir sonucudur. Ancak, bu noktada iki soru ile karşılaşılmaktadır: Bunlardan ilki, “*Kamu İhale Kurumu’nun nihaî kararından da tatmin olmayan başvuru sahiplerinin önünde bu idarî yollar dışında başka bir seçenek kalmış mıdır?*” İkincisi ise “*Kamu İhale Kurumu tarafından verilmiş olan nihaî kararların bağlayıcılığının niteliği nedir?*”

Bu sorulardan ilkinde, Kamu İhale Kanunu’nun 57 nci maddesi açık bir cevap vermektedir. Buna göre, idarenin şikâyete yönelik vermiş olduğu kararların inceleme konusu yapıldığı itirazen şikâyet yolunda da başvuru sahipleri, arzu ettikleri sonuca ulaşamamışlarsa, bu sefer nihai olarak idarî yargı seçeneği devreye sokulabilecektir. Bu bakımdan, şikâyetler ile ilgili Kamu İhale Kurumu tarafından verilen nihai kararlar dava konusu edilebilmektedir ve bu davalara öncelikli olarak

<sup>17</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 56/2, Md. 56/6.

<sup>18</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 56/3.

<sup>19</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 56/5-7-8.

bakılmaktadır<sup>20</sup>. Ancak şu hususu tekrar önemle belirtmek gerekir ki dava yoluna gitmeden önce mutlaka itirazen şikâyet yolu tüketilmelidir<sup>21</sup>.

İlk soruya verilen bu açık yanıtı karşın, ikinci sorunun yanıtını bulmak oldukça güç görünmektedir. Zira bir yargı yeri olmayan ve yürütme erki içerisinde yer alan Kamu İhale Kurumu'nun, itirazen şikâyete yönelik vermiş olduğu kararlarının, idare tarafından gerektiği şekilde yerine getirilmemesi halinde, ne tip bir hukuki ve idarî resimle karşılaşılabileceği konusu belirsizdir. Çünkü yargı kararlarını uygulamayan idare ve kamu görevlisi, yeri geldiğinde ve koşulları oluştuğunda, cezaî, idarî ve mali sorumluluk altına girmesine karşın, yargı kararı niteliği taşımayan ancak kanunun açık hükmüne göre idare yönünden bağlayıcı olan Kamu İhale Kurumu kararlarına idarenin ve kamu görevlilerinin uyma mecburiyeti yargı kararlarına kıyasla zayıf kalmaktadır. Her ne kadar Kamu İhale Kurumu kararlarının, eksik veya yanlış uygulandığını iddia eden ilgililer itirazen şikâyet yolunu devreye sokma imkânına sahip olsalar da bu durumun bir kısır döngüye sebep olması kuvvetle muhtemeldir<sup>22</sup>. İhalelere Yönelik Başvurular Hakkındaki Yönetmelik'te, idarenin kurul kararlarını ivedilikle yerine getirmek zorunda olduğu, alınan kararların hiç uygulanmaması halinde doğrudan Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulabileceği hükmüne yer verilmiş olmasına karşın<sup>23</sup>; ceza hukukuna egemen olan kanunîlik ilkesi gereğince, yürütmenin düzenleyici işlemleri arasında yer alan yönetmeliklerle suç ihdas edilmesi mümkün değildir<sup>24</sup>. Tüm bu nedenlerle, sorunun etkili şekilde çözümlenmesi için, Kamu İhale Kurumu kararlarının uygulanmaması halinde, idarî başvuru yollarının

---

<sup>20</sup> Kamu İhale Kanunu, Md. 57.

<sup>21</sup> GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, (2008), s. 1039.

<sup>22</sup> İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, (2011), *T.C. Resmi Gazete*, 27923, 03 Mayıs 2011, Md. 16/2.

<sup>23</sup> İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik, (2009), *T.C. Resmi Gazete*, 27099, 03 Ocak 2009, Md. 23/3.

<sup>24</sup> ARTUK M. Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, (2011), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 119.

tükendiği kabûl edilerek, kişilerin doğrudan yargıya erişimlerine imkân verilmedi<sup>25</sup>.

## 2. KAMU İHALELERİNDE İDARÎ BAŞVURU YOLLARININ HUKUK DEVLETİ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Günümüzde demokratik devlet ilkesi ile birlikte anılan hukuk devleti ilkesi, Alman kökenli bir deyim olup polis devleti anlayışına karşıt olarak doğmuştur<sup>26</sup>. Türkiye’de, hukuk devletini geliştirme çabaları Tanzimat’a kadar uzanırken; kavramsal anlamda hukuk devleti ilk olarak 1961 Anayasasında yer almış, 1982 Anayasası’nda çeşitli kısıtlamalara uğramakla birlikte yine de Anayasa’nın temel ilkelerinden biri olma özelliğini korumuştur<sup>27</sup>.

Anayasa Mahkemesi’nin, 1961 Anayasasından günümüze kadar hukuk devleti ilkesine büyük bir önem attığı görülmektedir ki bu durum, vermiş olduğu kararlarda açıkça görülmektedir<sup>28</sup>. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi’nin hukuk devleti ilkesine yönelik, 1976 tarihli ve 2009 tarihli kararlarına göz atıldığında, Mahkeme, hukuk devletini 25 Mayıs 1976 tarihli kararında;

*“...İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sanan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uygun bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet....”<sup>29</sup>*

olarak, 2 Haziran 2009 tarihli kararında da, 1976 tarihli kararıyla uyumlu olarak-

<sup>25</sup> İNAN, Atilla, “Kamu İhale Kurulu Kararlarına Uyulmaması Halinde İsteklilerin Hakları”, [http://www.alomaliye.com/2007/atilla\\_inan\\_isteklinin.htm](http://www.alomaliye.com/2007/atilla_inan_isteklinin.htm)

<sup>26</sup> TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, (2014), 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Beta Basım, İstanbul, s. 105-106.

<sup>27</sup> GÖZÜBÜYÜK, (2013), s. 167.

<sup>28</sup> TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, (2014), s. 107; TEZİÇ Erdoğan, (2014), Anayasa Hukuku, (17. Bası), Beta Basım, İstanbul, s. 162

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1976/1, K. 1976/28, T.C. Resmi Gazete, 15679, 16 Ağustos 1976.

“...İnsan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet...”<sup>30</sup>”

şeklinde tanımlamıştır. Söz konusu iki tanım bir arada ele alındığında, hukuk devletinin bünyesinde; ilke ve kurallar, yargı denetimi, yargı bağımsızlığı ve âdil yargılanma dizisinden müteşekkil unsurları barındırdığını söylemek yanlış olmayacaktır<sup>31</sup>.

Hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden ve unsurlarından biri, hukuk kurallarını uygulayıp devlet işlerini yürütecek olan idarenin, hukuk düzenine bağlı kalmasını sağlamaktır<sup>32</sup>. Bu noktada, yargı denetimi ön plâna çıkmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin diğer öğelerinin güvencesini oluşturan temel öğe olma özelliğine sahip yargı denetimi; insan haklarına saygılı olmayan ve davranışlarında hukuka uygun hareket etmeyen idareyi bu tutumundan caydıran ve onu hukukî meşruiyet sınırları içinde kalmaya zorlayan bir güç olarak ifade edilebilir<sup>33</sup>. Hukuk devletinde, idarenin keyfî uygulamalarının önlenmesi için tüm idarî eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması gerekmektedir<sup>34</sup>. Bunun için de kişilere maruz kaldıkları haksızlıklara karşı bağımsız mahkemelere başvurma imkânı verilmeli ve mahkemelere yapılacak başvurular mümkün olduğunca ön şartlardan arındırılmalıdır<sup>35</sup>. Bu noktada 4734 sayılı Kanunla getirilmiş olan ve biri diğerinin ön şartı olan idarî başvuru yollarının mevcudiyeti ve idare hukukundan kaynaklanan

---

<sup>30</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2004/85, K. 2009/69, *T.C. Resmi Gazete*, 28138, 10 Aralık 2011.

<sup>31</sup> TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, (2014), s. 106.

<sup>32</sup> GÖZÜBÜYÜK, (2013), s. 169.

<sup>33</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1976/1, K. 1976/28.

<sup>34</sup> TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, (2014), s. 108-109.

<sup>35</sup> ÖZTÜRK, İlhami, KARYAĞDI, Müjgân, (2010), “Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı ile Tanınan İtirazen Şikâyet Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 87, s 456.

kimi idarî işlemlerde idarî yolların tüketilmesinden sonra yargı yoluna gidilmesi şartı, özellikle yargı denetimi özelinde, hukuk devleti ilkesi bağlamında soru işaretlerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Nitekim kamu ihale sürecinde, başvuru sahipleri kural olarak ihaleye yönelik şikâyet yolunu tüketmeden Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyete gidememektedir. İdarenin, tesis etmiş olduğu ihale işleminde, hatasını kabullenmesi veya kendi ile çelişir karar vermesi çok rastlanan bir durum olmadığından, başvuru sahibinin önünde, yalnızca Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet yolunu deneme seçeneği kalmaktadır. Ancak, bu noktada kanunla getirilmiş olan teminat yatırma şartı ve başvurunun reddi halinde teminatın yanması riski, başvuru sahibinin önünde, caydırıcı mahiyette büyük bir engel olarak durmaktadır. Aynı zamanda, Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet müracaatında bulunmayan başvuru sahibi idare mahkemesinde dava açma hakkını da yitirmektedir. Başvuru sahibinin karşı karşıya kaldığı bu risk ve çelişki halinin, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi olması yaklaşımı ile ve en nihayetinde de hukuk devleti ilkesi ile bağdaştığını söylemek pek de mümkün görünmemektedir. Bu nedenle idarî işlem ve eylemlerin yargısal denetimini zorlaştırıcı bu tip engellerin, idarenin etkinliklerini felce uğratmayacak şekilde, ortadan kaldırılması hukuk devleti ilkesinin korunması bakımından büyük önem taşımaktadır<sup>36</sup>.

### **3. KAMU İHALELERİNDE BAŞVURU YOLLARININ ÂDİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ**

Âdil Yargılanma Hakkı kavramı ve ilkesi, Türkiye'nin sözleşmecî devlet olarak taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "Haklar ve Özgürlükler" bölümü altında düzenlenmiş olan 6 ncı maddesinde<sup>37</sup> ve T.C. Anayasası'nın "Hak Arama

<sup>36</sup> GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, (2008), s. 65.

<sup>37</sup> Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makûl bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir

Hürriyet” başlığı altında 36 ncı maddesinde<sup>38</sup> kendisine yer bulmuştur. Uluslararası ve iç hukukta kendine yer bulan ve hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından olan âdil yargılanma hakkı, bünyesinde; masumiyet karinesi, suç ve cezada kanunîlik ilkesi, yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma, makûl sürede karar verilmesi, yargılamanın alenîliği, delil sunma, silâhlarda eşitlik gibi pek çok hakkı

---

toplumda genel ahlâk, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

1.Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

2.Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a.Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b.Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c.Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d.İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e.Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Antlaşmaları Serisi No: 5, (t.y.), [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS\\_Tr\\_A6format.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS_Tr_A6format.pdf)).

<sup>38</sup> Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahiptir (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (2002), *T.C. Resmi Gazete*, 17863 (Mükerrer), 09 Kasım 1982).

barındırmaktadır<sup>39</sup>. Çalışma konusu bakımından, âdil yargılanma hakkını oluşturan unsurlardan, *kişilerin mahkemeye erişim hakkını* irdelemek gerekmektedir.

Hiçbir hak sınırsız olmadığı gibi, kural olarak mahkemeye erişim hakkı da, mutlak ve sınırsız bir hak değildir. Keza, sözleşmecî devletlerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini ihlâl edip etmediğini denetleyen ve sözleşmenin yorumlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Ashingdane-Birleşik Krallık davası kararında ve Liechtenstein Prensi II. Hans-Adam - Almanya davası kararında; mahkemeye erişim hakkının âdil yargılanma hakkının zımnî bir parçası olduğunu ve sözleşmecî devletlerin mahkemeye başvurmaya yönelik iç hukuklarında süre ve başkaca koşullar düzenlemek suretiyle, çeşitli sınırlamalar getirebileceğini ilke olarak kabûl etmiştir<sup>40</sup>. Mahkemeye erişimin sınırlandırılmasında, iyi niyetli olmayan ve mükerrer davaları engelleme, geniş çaplı bir devletleştirme veya kamulaştırma işleminde hissedarların hak arama karmaşasının önüne geçme gibi farklı amaçlar güdülebilir<sup>41</sup>. Ancak söz konusu ve benzer amaçlarla getirilecek sınırlamaların, mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecek ölçüde kısıtlamaya neden olmaması gerekmektedir<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> LADEWİG Hans-Meyer, (2004), “Âdil Yargılanma Hakkı-II”, (Çev. HAKERİ Hakan), (Ed. İÇEL Kayıhan), *Âdil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 87-90-94; PETERS Anna, (2004), “Âdil Yargılanma (m. 6. f. 1 ve 2)”, (Çev. KOCA Mahmut), (Ed. İÇEL Kayıhan), *Âdil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 123-127.

<sup>40</sup> DUTERTRE Gilles, (2013), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, s. 157. [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm\\_kararlarindan\\_ornekler.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf); DOĞAN İlyas, (2013), *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, s. 448.

<sup>41</sup> GRABENWARTER Christoph, (2004), “Yargılama Güvenceleri-Âdil Yargılanma Hakkı (İHAS Md. 6)”, (Çev. CAN Osman), (Ed. İÇEL Kayıhan), *Âdil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 211.

<sup>42</sup> DUTERTRE, (2013), s. 157; DOĞAN, (2013), s. 448.

Kamu ihale işlemlerini âdil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirmeden önce şu hususu önemle belirtmek gerekir ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi âdil yargılanma çerçevesinde yalnızca medenî hak ve yükümlülükler ile ceza davalarını esas aldığından, idarî birer işlem ve yeri geldiğinde idarî yargıya konu olan kamu ihalelerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çalışma sahasında olmadığı açıktır<sup>43</sup>. Burada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının çalışmaya konu edilmesinde güdülen amaç, âdil yargılanma hakkı kavramının kapsamını tüm yönleriyle ortaya koymaktır. Nitekim kamu ihale işlemleri çerçevesinde yaşanacak uyuşmazlıklarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne âdil yargılanma hakkının ihlâli iddiasıyla yapılacak bir bireysel başvurunun, esasa girilmeden reddedilmesi ihtimali açık bir gerçektir<sup>44</sup>. Bu yönüyle Türkiye'de kamu ihale işlemlerinde mahkemeye erişim hakkı değerlendirilirken; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi teorik perspektifinden istifade edilmekte ve özellikle Anayasa'nın 36 ncı maddesi bu kapsamda tartışmanın odağına koyulmaktadır.

Kamu ihalelerinde idarî başvuru yolları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin teorik perspektifi ve Anayasa'nın 36 ncı maddesi mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirildiğinde, hukuk devleti ilkesinde tartışmaya açılmış olan konunun burada da geçerliliğini koruduğu görülmektedir.

Mahkemeye erişim hakkını, kamu ihale işlemlerinde mevcut üç uygulama ışığında değerlendirmek mümkündür. Öncelikli olarak, kamu ihale işlemlerinde, biri diğerinin ön şartı olan idarî başvuru yolları tüketilmeden, idarî yargıya gidilememektedir. İkinci olarak başvuru sahipleri gerek şikâyet gerek itirazın şikâyet yollarında, son derece kısa olan hak düşürücü sürelerle karşı karşıyadır. Son olarak -hukuk devleti ilkesinde de tartışıldığı üzere- itirazın şikâyet yolunda öngörülen teminat

---

<sup>43</sup> DOĞAN, (2013), s. 448.

<sup>44</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin 35. Maddesi gereğince, kendisine yapılan bireysel başvuruları, öncelikle incelemeye değer olup olmadıkları konusunda değerlendirmekte, ön koşulları sağlamayan başvurular hakkında, işin esasına girmeksizin 'kabûl edilemezlik' kararı vermektedir. (www.yargitay.gov.tr)



oransal olmak yerine maktu niteliktedir ve başvurunun görevsizlik dışında bir nedenle reddi halinde teminat yanmaktadır. Bu üç husus bir arada değerlendirildiğinde, ilk uygulama mahkemeye erişim hakkını zorlaştırırken, ikinci uygulama başvuru sahiplerini hak düşürücü süre endişesi ile karşı karşıya bırakmakta ve son uygulama da itirazın şikâyet yoluna gitmek noktasında kişiler üzerinde caydırıcı etki yapabilmekte ve aynı zamanda mahkemeye erişim hakkını engelleyebilmektedir. Oysaki hukuk devleti ilkesinin tümüyle hayata geçebilmesi için idarî yargıya erişimin hem kolay hem de ucuz olması gerekmektedir<sup>45</sup>.

Kamu ihale işlemlerine yönelik mevzuattan kaynaklanan bu üç hususa yönelik çözüm üretebilmek için, Anayasa'nın âdil yargılanma hakkına yönelik 36 ncı maddesini ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkına yönelik 148 inci maddesini dikkate almak faydalı olacaktır. Âdil yargılanma hakkını anayasal güvence altına alan 36 ncı maddede, adlî ve idarî dava ayrımı yapmadan, herkese âdil yargılanma hakkı tanınmıştır. Bu itibarla kanaatimizce, mevcut haliyle şikâyet ve itirazın şikâyet yollarının, kişilerin mahkemeye erişmelerini engellediği ve âdil yargılanma hakkını ihlâl ettiği gerekçesiyle, tüm olağan hukuk yolları tüketildikten sonra, bireysel başvuru yolu<sup>46</sup> ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasının ve sorunun esastan incelenmesinin önünde, hiçbir hukukî engel bulunmamaktadır.

## SONUÇ

İdarî işlem ve eylem niteliğindeki, kamu ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklara yönelik, Türk ihale mevzuatında öngörülmuş olan süreçler dizisi, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde tartışmaya açık bir konudur. Söz konusu süreçler dizisinde yer alan kısa süreli hak düşürücü süreler, idarî yargıya başvuru için tüketilmesi gereken iki kademeli idarî başvuru mekanizması ve teminata bağlı itirazın şikâyet yolu yargısal

<sup>45</sup> GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, (2008), s. 65.

<sup>46</sup> T.C. Anayasası Madde 148: "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

denetim ve âdil yargılanma hakkı özelinde hukuk devleti ilkesini kamu ihale işlemlerinde tartışmalı hale getirmektedir.

İdare hukukunda, bazı idarî işlem ve eylemlerde idarî yolların tüketilmeden yargı yoluna gidilememesi öngörülmüş ve bu öngörüyle de kamusal yararın korunması ve kamu hizmetlerinin aksamaması amaçlanmışsa da özellikle iki kademeli ve biri diğerinin ön şartı olan şikâyet ve itirazın şikâyet yolları kamu ihale işlemlerinde mahkemeye erişim hakkının engellenmeye çalışıldığı yönünde kanaat uyandırmaktadır. Aynı zamanda, kişilerin dava yoluna gitmeden önce, izlemeleri gereken idarî yollardan etkili ve icraî bir sonuç alabilmeleri hususu da yine tartışmalı bir konudur. Nitekim bir yargı yeri olmayan, kanun koyucunun yürütme içerisinde bağımsız idarî bir kurum olarak ihdas ettiği Kamu İhale Kurumu'nun verdiği kararların idareler tarafından uygulanmaması halinde, Kamu İhale Kurumu'nun işleteceği yaptırımlar ve idarelerin bu tutumlarına karşı izlenecek yollar noktasında belirsizlikler bulunmaktadır. 4734 Sayılı Kanun'da, itirazın şikâyet için öngörülmüş maktu teminat şartı ve talebin reddolunması halinde, teminatın Kamu İhale Kurumu'na irat kaydedilmesi konusu başvuru sahipleri açısından caydırıcı bir unsur olmakta, buna karşın idarî yargıya gidilmesi içinse itirazın şikâyet yolunun tüketilmesinin şart olması de başvuru sahipleri açısından mahkemeye erişim hakkının önünde bir engel olarak durmaktadır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, kamu ihale işlemlerinde hukuk devleti ilkesinin korunabilmesi için bir dizi önlemin alınması, kayda değer bir yaklaşım olacaktır. İlk plânda yapılması gereken, iki kademeli zorunlu idarî başvuru sisteminin terk edilmesi ve idareye yapılacak şikâyet başvurusunun zorunlu olmaktan çıkarılmasıdır. Bu çerçevede diğer önemli bir husus, itirazın şikâyet yoluna gidilebilmesi için gerekli olan ve 4734 sayılı Kanun'un 53/j-2 maddesinde öngörülmüş olan, maktu teminat bedeli yerine ihale bedeline göre nispi teminat uygulamasına geçilmesi faydalı olacaktır. Zira 500.000 TL'ye kadar olan ihaleler temel alındığında, 3.000 TL'lik teminatın, bu kapsamdaki tüm farklı ihalelerden aynı maktu değerde alınması başvuru sahipleri arasında eşitsizliğe neden olabilecektir. Üçüncü olarak, idarî yargı için öngörülmüş olan idarî yolların tüketilmesi şartının esnekleştirilmesi yine düşünülebilecek bir diğer öneridir. Bu bağlamda, şikâyet yolunu tüketen başvuru sahiplerinin önüne Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet yolu

ve idarî yargı yolu iki eş seçenek olarak sunulabilir. Özellikle kamu hizmetlerinin sekteye uğramaması için başvuru sahiplerine Kamu İhale Kurumu'na teminata bağlı itirazın şikâyet seçeneği sunulurken bu yolun tüketilmesi halinde idarî yargıya gidilemeyeceği; idarî yargıyı tercih etmeleri halinde ise hak kaybına uğramak istemiyorlarsa, elbette teminat bedeline bağlı olarak yürütmeyi durdurma kararına ihtiyaç duyacakları açıkça belirtilmelidir. Bu sayede kamu hizmetlerinin sekteye uğraması önlenmiş, yargıya konu olabilecek uyuşmazlıklar idarî yargı ile Kamu İhale Kurumu arasında tevzi edilmiş ve hızlı şekilde sonuç almak isteyen başvuru sahiplerine de uzun yargı yolu yerine hızlandırılmış idarî süreçte uyuşmazlığı giderme imkânı sağlanmış olur. Bir diğer öneri ise hak düşürücü sürelerin, ihalenin büyüklüğüne ve niteliğine bağlı olarak artırılmasıdır. Özellikle ülke ekonomisi, ulusal güvenlik, halk sağlığı gibi önceliği ve yeri geldiğinde ivedi olan konularda hak düşürücü sürelerin kısa tutulması sağlanırken bu konular dışında kalan ihalelerde ihalelerin bedeli ve büyüklüğü dikkate alınarak hak düşürücü sürelerin nispeten uzun tutulması sağlanabilir. Sonuç olarak, söz konusu öneriler hem yargı denetimi ve mahkemeye erişim hakkı noktasında hem de kamu hizmetlerinin sekteye uğramaması bakımından düşünölmeye ve üzerinde tartışmaya değerdir.

#### KAYNAKLAR

ABACIOĞLU, Muhittin, ABACIOĞLU, Ali, (2013), Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, (9. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1976/1, K. 1976/28, T.C. Resmi Gazete, 15679, 16 Ağustos 1976.

Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2004/85, K. 2009/69, T.C. Resmi Gazete, 28138, 10 Aralık 2011.

ARTUK, M. Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, (2011), Ceza Hukuku Genel Hükümler, (5. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara.

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Avrupa Antlaşmaları Serisi No: 5, (t.y.), [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS\\_Tr\\_A6format.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS_Tr_A6format.pdf)

GRABENWARTER Christoph, (2004), “Yargılama Güvenceleri-Âdil Yargılanma Hakkı (İHAS Md. 6)”, (Çev. CAN Osman), (Ed. İÇEL Kayıhan), *Âdil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, (ss. 181-244), Seçkin Yayınları, Ankara.

DOĞAN, İlyas, (2013), *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara.

DUTERTRE, Gilles, (2013), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm\\_kararlarindan\\_ornekler.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf)

GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, (2008), *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul.

GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel, (2013), *İdare Hukukuna Giriş*, 18. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa.

GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel, (2014), *İdare Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, (2013), *Anayasa Hukuku*, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

LADEWIG Hans-Meyer, (2004), “Âdil Yargılanma Hakkı-II”, (Çev. HAKERİ Hakan), (Ed. İÇEL Kayıhan), *Âdil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, (ss. 87-98), Seçkin Yayınları, Ankara.

İNAN, Atilla, “Kamu İhale Kurulu Kararlarına Uyulmaması Halinde İsteklilerin Hakları”, [http://www.alomaliye.com/2007/atilla\\_inan\\_isteklinin.htm](http://www.alomaliye.com/2007/atilla_inan_isteklinin.htm)

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik, (2009), *T.C. Resmi Gazete*, 27099, 03 Ocak 2009.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, (2011), *T.C. Resmi Gazete*, 27923, 03 Mayıs 2011.

KABOĞLU, İbrahim Ö, (2014), *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 9. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul.

Kamu İhale Kanunu, (2002), *T.C. Resmi Gazete*, 24648, 22 Ocak 2002.

ÖZBUDUN, Ergun, (2014), *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

ÖZTÜRK, İlhami, KARYAĞDI, Müjgan, (2010), “Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı ile Tanınan İtirazen Şikâyet Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 87, ss. 442-463.

PETERS Anna, (2004), “Âdil Yargılanma (m. 6. f. 1 ve 2)”, (Çev. KOCA Mahmut), (Ed. İÇEL Kayıhan), *Âdil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, (ss. 121-128), Seçkin Yayınları, Ankara.

TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, (2014), 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Beta Basım, İstanbul.

TEZİÇ, Erdoğan, (2014), Anayasa Hukuku, 17. Bası, Beta Basım, İstanbul.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (2002), *T.C. Resmi Gazete*, 17863 (Mükerrer), 09 Kasım 1982.



## SİĞİNMA HAKKININ KORUNMASI

Arş. Gör. Tacettin ÇALIK\*

## PROTECTION OF RIGHT OF ASYLUM

### ÖZET

*Eski çağlardan günümüze kadar, milyonlarca insan çeşitli nedenlerle yerinden edilmiş ve başka kabilelere, başka gruplara, başka devletlere sığınmak zorunda kalmışlardır. Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar, uluslararası toplum bilincinin tam olarak oluşmamış olması ve devletlerin kendi vatandaşları üzerindeki egemenlik yetkilerinden dolayı, insanların kendi devletlerinde gördükleri zulümlerden kaçıyor olması, uluslararası alanda korunmaya değer görülmemiştir. 2. Dünya Savaşı sonrasında, oluşan yeni uluslararası toplum düzeni ile, artık bireyler de uluslararası toplumun koruma alanına girmeye başlamıştır. Özellikle savaş yüzünden yerlerinden edilen ve herhangi bir korumaya sahip olmayan gerçek kişilerin durumu uluslararası toplumda rahatsızlık uyandırmış, bu yüzden bu kişilerin korunması adına yeni çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Öncelikle, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile bireylerin hareket serbestileri ve başka bir devlete sığınma durumları hak temeline oturtulmuştur. Daha sonra 1951 Mülteci*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

*Sözleşmesi'nin kabulüyle, "mülteci" kavramı tanımlanmıştır. Ayrıca, bu Sözleşmede, mültecilerin korunması bakımından temel ilkeler ve mültecilerin uluslararası alanda sahip oldukları haklar düzenlenmiştir.*

**ANAHTAR KELİMELER:** *Mülteci, sığınma hakkı, sığınma hakkının korunması, 1951 Mülteci Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği.*

### **ABSTRACT**

*From ancient ages up to now, millions of people was displaced with various causes. Especially, until the second part of the 20th century, people were escaping from their country due to the persecutions practiced by their states, but because of states' sovereign authority on their citizens and none of the awareness of international community, this situation was not seen worth as preserving in the international arena. After 2nd World War, with new international community order, the individuals has no longer started to enter under the protection of international community. Particularly, the state of individuals who have been displaced because of war and have been none of protection, has aroused discomfort in international community. Thus it has started to conduct new studies for protection of individuals. At first, with the Universal Declaration of Human Rights adopted by United Nations, the freedom of movement of individuals and the state of individuals seeking asylum in other countries, is based on a merit basis. After that, with adoption of 1951 Refugee Convention, the term of "refugee" has been formed. Furthermore, in this Convention, the basis principles regarding protection o refugees and the rights of refugees in international area have been regulated.*

**KEYWORDS:** *Refugee, Right of Asylum, Protection of Right Of Asylum, 1951 Refugee Convention, United Nations High Commissioner for Refugees.*

### **I. GENEL OLARAK**

Uluslararası hukukun esas süjesi devletler olmakla birlikte, tarihi süreçte yaşanan gelişmeler yeni uluslararası hukuk kişilikleri oluşmasını sağlamıştır. Uluslararası ve ulus üstü örgütlerden oluşan bu kişilik



türlerinin en önemlileridir. Bireylerinse uluslararası hukukun süjesi olup olmadığı tartışması, Avrupa'da ilk olarak Nazilerin baskıları sonucunda Almanya'dan kaçan siyasi mülteciler konusunda ortaya çıkmıştır. Gerçek kişilerin uluslararası hukukun süjesi olarak kabul edilip edilmeyeceği üzerine tam bir uzlaşma olmamakla birlikte, artık bireylerin ve halk topluluklarının da belli şartlar altında, uluslararası hukukun bir süjesi olabileceği ve taraf ehliyetine sahip olabileceği kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Bu kabulün oluşmasında uluslararası yapılageliş kurallarının ve devletler arasında yapılan sözleşmelerde gerçek kişilere yapılan atıfların büyük etkisi vardır<sup>2</sup>.

Uluslararası hukukun temel amacının, insan haklarını korumak olduğu bir gerçektir. Özellikle, savaş zamanlarında yaşanacak insan hakları ihlallerine karşı, belli insan topluluklarının korunması önem kazanmaktadır<sup>3</sup>. Bu konuda devletler, aralarında yaptıkları anlaşmalarda, bazı kişi gruplarını korumaya yönelik düzenlemeler öngörerek, gerçek kişilerin uluslararası hukuk süjesi olabileceğini dolaylı olarak kabul etmişlerdir. Bu grupların en önemlilerini azınlıklar, mülteciler/sığınmacılar ve uyruksuzlar oluşturmaktadır<sup>4</sup>. Bu çalışmada öncelikle, konu ile ilgili olarak mülteciler/sığınmacılar konusu ele alınacak ve daha sonra, sığınma hakkının korunması konusu üzerinde durulacaktır.

Mülteci ya da sığınmacı kavramı ile ilgili olarak ulusal ve uluslararası alanda çok farklı tanım ve anlamlar mevcuttur. Kimi tanımlarda mülteci ve sığınmacı kavramları aynı anlamda kullanılmaktayken, kimi tanımlarda iki kelimeye farklı anlamlar ve farklı statüler yüklenmektedir.

<sup>1</sup> DOĞAN İlyas, Devletler Hukuku, Ankara 2008, s. 59.

<sup>2</sup> ACER Yücel/KAYA İbrahim, Uluslararası Hukuk, Ankara 2013, s. 112.

<sup>3</sup> BOZKURT Enver/ KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif/ POYRAZ Yasin, Devletler Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 168.

<sup>4</sup> PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap, 8. Bası, Ankara 2005, s. 196.

Öncelikle, 1947 yılında, Avrupa'daki mültecilerle ilgili olarak, 3 yıl süreliğine kurulan Uluslararası Mülteci Örgütü'nün<sup>5</sup>, anayasasında yaptığı mülteci tanımına göre mülteci, esasında ırk, tabiiyet, politik düşünde ve dini inançlarından dolayı zulme uğrayan ya da tabiiyetinde bulunduğu ülke tarafından korunma imkanı bulunmayan kişilerdir<sup>6</sup>.

Mültecilerin korunması konusunda temel belge sayılan Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne göre, mülteci "ırkı, dini, milliyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulüm göreceği konusunda haklı bir korku taşıyan ve bu yüzden ülkesinden ayrılan ve korkusu nedeniyle geri dönemeyen veya dönmek istemeyen kişi; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişi" şeklinde tanımlanmıştır<sup>7</sup>.

1969 tarihli Afrika'daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi'nde<sup>8</sup> ise mülteci "ırk, din,

---

<sup>5</sup> "1947 yılı temmuz ayında 3 yıllık görev süresi ile geçici nitelikteki Uluslararası Mülteci Örgütü (UMÖ) kurulmuştur. Görev alanına sadece Avrupalı mülteciler girmekle birlikte mülteci sorununun her safhası ile ilgilenen ilk uluslararası örgüt olması nedeniyle UMÖ, mülteci sorununun çözümünde özel bir yere sahiptir. UMÖ'nun görev süresi başlangıçta 3 yıl olarak tespit edilmiş olsa da kuruluş, görevini resmi olarak Şubat 1952'de tamamlamıştır. UMÖ Anayasası "mülteci" kavramını ilk defa kodifiye eden uluslararası sözleşme olmuştur.", **ÖZCAN Mehmet**, Avrupa Birliği Sığınma Hukuku: Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, Ankara 2005, s. 8.

<sup>6</sup> **CAŞIN Mesut Hakkı**, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, Cilt: II, İstanbul 2013, s. 1377.

<sup>7</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/179-199.pdf>, Erişim Tarihi: 12.3.2014.

<sup>8</sup> Afrika'da sömürge döneminin sona ermesiyle baş gösteren çatışmalar sonucunda, milyonlarca insan ülkesinden ayrılarak mülteci konumuna düşmüştür. Yaşanan bu soruna çözüm üretmek amacıyla, 1969 yılında Afrika Birliği Örgütü tarafından "Afrika'daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi" kabul edilmiştir. Bölgesel bağlayıcılığı olan bu sözleşme, mülteci tanımında 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne ek olarak, mültecilerin haklarına ilişkin bazı özel

milliyet, siyasi inanç ya da belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti yüzünden zulüm ya da haklı bir temele dayanan zulme uğrama korkusu nedeniyle, vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve söz konusu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da korkusu nedeniyle yararlanmak istemeyen, ya da, vatandaşlığı olmayan ve bu tür olaylar sonucu daha önce ikamet ettiği ülkenin dışına çıkmış olup, söz konusu ülkeye geri dönemeyen, ya da korkusu nedeniyle dönmek istemeyen kişi” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>9</sup>.

1970-1980 yılları arasında Orta Amerika kıtasında yaşanan insan hakları ihlallerin bir sonucu olarak 1984 yılında kabul edilen “Cartagena Mülteciler Bildirisi<sup>10</sup>”nde yapılan tanımda mülteci, “yaygın şiddet, dış saldırı, iç çatışmalar, yaygın insan hakları ihlalleri ya da kamu düzenini ciddi olarak bozan diğer durumlardan dolayı yaşamları, güvenlikleri ya da özgürlükleri tehdit altında olduğu için ülkelerinden kaçan kişilerdir” şeklinde tanımlanmıştır<sup>11</sup>.

Başka bir tanıma göre mülteci, “ülkesinde, kişi olarak ırkıdan dolayı, sosyal konumu ve siyasal düşüncesinden dolayı veya ulusal

---

düzenlemeler içerdiği için, mülteci hukuku bakımından önem arz etmektedir, **ÖZCAN**, s. 19.

<sup>9</sup> [http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/2.1\\_m%C3%BClteciler.pdf](http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/2.1_m%C3%BClteciler.pdf), Erişim Tarihi: 12.3.2014.

<sup>10</sup> “Cartagena Mülteciler Bildirisi, Kolombiya’da 19-22 Kasım 1984 tarihleri arasında yapılan Orta Amerika, Meksika ve Panama’daki Mültecilerin Yasal ve İnsancıl Problemlerden korunması Hakkında Uluslararası Konferans Dizisi’nden uyarlanmıştır. Konferans dizisi, temellerini tümü ile Orta Amerika’da Barış ve İşbirliğine İlişkin Contadora kararlarında belirtilen mültecilere ilişkin taahhütlerden oluşmaktadır.”, <http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/MULTECI%20MEV/1984%20CARTAGENA%20M%C3%9CLTEC%C4%B0LER%20B%C4%B0LD%C4%B0R%C4%B0S%C4%B0.pdf>, Erişim Tarihi: 12.3.2014.

<sup>11</sup> **KINIK Kerem**, “Göç, Sürgün ve İltica”, Hayat Sağlık Dergisi, s. 38, <http://hayatsaglik.org/anasayfa/wp-content/uploads/G%C3%B6%C3%A7-S%C3%BCrg%C3%BCn-ve-%C4%B0ltica.pdf>, Erişim Tarihi: 14.3.2014.

kimliği nedeniyle kendini baskı altında hissedip, kendi devletine olan güvenini kaybeden, kendi devletinin ona tarafsız davranma imkanını kaybettiği düşüncesine kapılıp, ülkesini terk edip, başka bir ülkeye sığınma talebinde bulunup, sığınma talebi o ülkenin yetkilileri tarafından kabul edilmiş kişidir<sup>12</sup>. Buna karşın, sığınmacı ise, mülteci statüsü almak için daha başvuru yapmamış ya da yaptığı başvuru henüz kabul edilmemiş kişilere denilmektedir<sup>13</sup>. Diğer bir deyişle mülteci, mülteci statüsünü hukuken kazanmış yabancı kişileri belirtirken, sığınmacı ise mültecilik statüsü incelenen ve bu yüzden geçici bir korumadan yararlanan yabancıları belirtmektedir<sup>14</sup>. Buradan anlaşıldığı üzere, kişi sığınma talebinde bulunduğu andan itibaren otomatik olarak mülteci statüsünü kazanamaz<sup>15</sup>. Sığınma hakkı ve bu hakkın sonucu olarak mülteci olma, hukuki bir statünün kazanılmasını ifade ederken; sığınma hakkı ile sığınmacı olmak ise, hukuki bir statüsünün kazanılmasından çok fiili ve kısa süreli bir barınma halini ifade etmektedir. Yani, sığınmacılar sığındıkları ülke kanunlarından mültecilerin yararlandığı gibi yararlanamazlar<sup>16</sup>.

Bir devletin, sığınma arayanlara karşı yükümlülükleri, o devletin uluslararası anlaşmalara taraf olup olmamasına göre değişmektedir. Şöyle ki, eğer o devlet mültecilere dair bir anlaşmaya taraf ise, bu anlaşmada öngörülen kurallara uygun olarak, sığınma arayanları ülkesine kabul etmek ve onlara mülteci statüsünü tanımak zorundadır. Eğer, o devlet mültecilere ilişkin herhangi bir anlaşmaya taraf değilse, herhangi bir uluslararası yükümlülük altında olmadığı için, çeşitli nedenlerle

---

<sup>12</sup> **AKBATUR Fahrünnisa**, “Çocuk Hakları Sözleşmesi Işığında Mültecilik Ve Çocuklar, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 16, S: 1-2, 1996, s. 2.

<sup>13</sup> **KILIÇ Taner**, “Bir İnsan Hakkı Olarak Sığınma Hakkı”, s. 6, [http://www.multeci.net/index.php?option=com\\_content&view=article&id=59:br-nsan-hakki-olarak-Itca-&catid=35:goc-ve-multecilik&Itemid=14](http://www.multeci.net/index.php?option=com_content&view=article&id=59:br-nsan-hakki-olarak-Itca-&catid=35:goc-ve-multecilik&Itemid=14), Erişim Tarihi: 15.3.2014

<sup>14</sup> **ÖZCAN**, s. 23.

<sup>15</sup> **AKBATUR**, s. 2.

<sup>16</sup> **ÖZCAN**, s. 22.

kendisine sığınan yabancıları ülkesine alma konusunda tamamen bir serbesti içerisindedir.

Mülteci tanımının temelinde ırkından, dininden, tabiiyetinden, politik düşüncelerinden ya da üye olduğu sosyal bir gruptan dolayı eziyet görme korkusu bulunmaktadır. Bir bireyin mülteci olarak değerlendirilebilmesi için 6 kriterin sağlanması gerekmektedir. Bunlar<sup>17</sup>:

- 1- Kişi asıl ülkesinin dışında bulunmalı;
- 2- Gerçek bir risk söz konusu olmalı;
- 3- Ciddi zarar doğuracak bir eziyet olmalı;
- 4- Başarısız bir devlet korumasından kaynaklanmalı;
- 5- Söz konusu risk kişinin medeni ve siyasi hallerle bağlantılı olmalı(ırk, din, uyruk, herhangi bir sosyal gruba üye olma ya da politik düşünce);
- 6- Kişi koruma ihtiyacı içerisinde olmalıdır.

Bu şartların çoğunu taşıyıp asıl ülkesi dışında bulunma şartını sağlamayan, sığınma hakkı bakımından önemli gruplardan birisi de, “ülkesinde yerinden edilmiş kişiler” dir. Bu kişiler 1998 tarihinde BM İnsan Hakları Komisyonu’nun hazırladığı BM Ülkesinde Yerinden Edilmiş Kişilere İlişkin Kılavuz İlkeler<sup>18</sup>’de şu şekilde tanımlanmıştır: “silahlı bir çatışma, genel şiddet, insan hakları ihlalleri ya da doğal ya da insan yapımı felaketler nedeniyle yaşadıkları yerlerden kaçmak ya da buraları terk etmek zorunda kalmış, ancak, uluslararası olarak tanınmış hiçbir devlet sınırını geçmemiş kişiler”dir. Bu tanımda, mülteci

<sup>17</sup> **HATHAWAY James C.**, “Refugees and Asylum”, Foundation Of International Migration Law, (Edited By: Brian Opeskin, Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath-Cross), New York 2012, s.182-183.

<sup>18</sup> “Bu ilkeler, ülke içinde göç ettirmenin her aşamasında, göç ettirilen kişilerin korunmasına ilişkin hak ve güvenceleri tanımlamaktadır. İlkeler, keyfi göç ettirmeye karşı koruma, göç ettirme sırasında sağlanacak koruma ve yardımları belirli bir temele oturtma, güvenlik içinde geri dönüş, yeniden yerleştirme ve yeniden entegrasyon güvencelerini düzenlemektedir.”, **DEMİRLER Derya**, “Ülke İçinde Yerinden Edilme ile İlgili Uluslararası Hukuk Üzerine Bir Değerlendirme”, <http://eski.bgst.org/keab/dd20070729.asp>, Erişim Tarihi: 16.3.2014.

tanımındaki bazı siyasi kriterler de yer almakta, fakat burada vatandaşı olduğu ülkenin dışına çıkmamış veya çıkamamış kişileri ifade edilmektedir. Sorunları mültecilerin korunma ihtiyaçları ile aynı olan ülkesinde yerinden edilmiş kişiler, başka bir devletin sınırına geçemedikleri için 1951 Cenevre Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği Tüzüğü kapsamına girmemektedirler<sup>19</sup>.

## **II- SIĞINMA HAKKI**

Sığınma (asylum) ya da eski dildeki ifadesiyle iltica, bir kişinin, tabi olduğu veya ikamet ettiği devletten ayrımcı yasal kovuşturmalar gibi çeşitli baskılar nedeniyle terk ederek, başka bir devletin ülkesine, diplomatik temsilciliğine, devlet gemi veya uçağına girerek, o devletin korumasına tabi olması şeklinde ifade edilebilir. Sığınmanın temel amacı, bir devletin topraklarında koruma arayan kişilere, güvenli bir ortam sağlamaktır<sup>20</sup>. Sığınma, birden fazla kişinin baskılardan ya da iç savaştan kaçmasında olduğu gibi toplu sığınma olarak yapılabilirken, tek bir kişinin ülkesindeki ayrımcı ya da siyasal baskılardan ve haksız kovuşturmalardan kaçması gibi bireysel sığınma olarak da yapılabilir<sup>21</sup>.

Uluslararası hukukta herhangi bir tanımlanmış sığınma kavramı, aslında devletlerin egemenlik alanları üzerindeki mültecilere sağladığı korumayı ifade eden, bir şemsiye kavramdır. En basit anlamıyla sığınma, o ülke dışında başka bir çözüm bulunana kadar, geçici bir süreliğine ev sahibi ülkede kalma imkânının sağlanması suretiyle gerçekleşmektedir. Ayrıca, sığınılan devletin hayatı ve özgürlüğü tehlike altında olan mülteciyi zorla geri göndermemesi sığınma kavramının kapsamındadır.<sup>22</sup>

Sığınma hakkı, bir devletin kendi topraklarında ya da egemenliği altında bulunan yerlerde, çeşitli nedenlerle koruma arayan kişilere bahsettiği korumadır<sup>23</sup>. Başka bir deyişle sığınma hakkı, bir devletin,

---

<sup>19</sup> **KILIÇ**, s. 7.

<sup>20</sup> **ABOU-EL-WAFA Ahmed**, The Right To Asylum Between Islamic Shari'ah And International Refugee Law, Riyad 2009, s. 38.

<sup>21</sup> **PAZARCI**, s. 186.

<sup>22</sup> **JASTRAM/ACHIRON**, s. 15.

<sup>23</sup> **ABOU-EL-WAFA**, s. 38.

tabiiyetinde bulunduğu ya da ikamet ettiği devletteki baskılardan dolayı kaçan yabancı gerçek kişilerin ülkesine girmesine ve ülkesinde kalmasına izin verme hakkını ifade eder<sup>24</sup>. Sığınma hakkının, belli başlı bazı devlet uygulamalarını da kapsadığı söylenebilir<sup>25</sup>:

- 1) Topraklarına kişileri kabul etmek,
- 2) Kişilere o ülkede geçici olarak kalma izni vermek,
- 3) Kişileri kovmaktan kaçınmak,
- 4) Kişileri sınır dışı etmekten kaçınmak,
- 5) Kişilerin özgürlüklerini kısıtlamaktan ya da yargulamaktan ve cezalandırmaktan kaçınmak.

Her mülteci güvenli sığınma hakkına sahiptir. Mültecilere yönelik sağlanan uluslararası koruma fiziksel güvenlikten daha fazlasını kapsar. Bir devlet mültecilere, en azından, kendi ülkesinde yasal olarak ikamet eden diğer yabancılara sağlanan haklara eşit düzeyde hak sağlamalı ve her insanın sahip olması gereken temel ihtiyaçlar dâhil olmak üzere yardım etmelidir<sup>26</sup>.

Sığınma hakkının korunması bakımından, uluslararası anlaşmaların devletler açısından bağlayıcı unsurlar taşımasının yanı sıra, egemen devletler kendi anayasalarında ve iç hukuk düzenlerinde sığınma hakkına dair düzenlemeler yaparak bu hakkın korunmasına yardımcı olmaktadır<sup>27</sup>.

Sığınmacıların korunması bakımından, iltica başvurusu henüz cevaplanmadığı için sığınmacı statüsündeki kişinin, sığınma hakkının korunmasında temel ilkelerden olan geri göndermeme ve insanca muamele görme ilkelerinden yararlanması gerekmektedir. Eğer kişi uygulanan prosedürler sonucunda mülteci olmaya hak kazanırsa, bu kişi

<sup>24</sup> PAZARCI, s. 189.

<sup>25</sup> BOED Roman, "The State Of The Right Of Asylum In International Law", Duke Journal Of Comparative & International Law, Vol: 5, (1994-1995), s. 3.

<sup>26</sup> ULUSOY Orçun/SARIKAYA Berivan, 5 N Ve 1 Mülteci Basın Mensupları İçin El Kitabı, İzmir 2011, s. 13.

<sup>27</sup> CAŞIN, s. 1383.

en başından mülteci sayılmaktadır. Burada, mülteci statüsünün tanınması açıklayıcı ve ilan edici niteliktedir<sup>28</sup>.

Sığınma hakkının önemli sonuçlarından birisi de, “geçici koruma rejimi”<sup>29</sup>dir. Geçici koruma rejimi, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ülkesine dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla, kitlesel olarak bir ülkenin sınırlarına gelen veya sınırlarını geçen yabancılara uygulanan rejimdir<sup>30</sup>. Bu rejim, daha uzun soluklu bir çözüm bulununcaya kadar bir ara çözüm niteliği taşımaktadır. Geçici koruma statüsü tanınan kişilerin her türlü ihtiyacını geçici korumayı sağlayan devlet karşılamaktadır.<sup>31</sup>

### **III- SİĞİNMA HAKKININ KORUNMASI**

#### **A. Genel Olarak**

Devletlerin görevi kendi vatandaşlarını korumak olmakla birlikte, bazen hükümetler kendi vatandaşlarını korumakta isteksiz ya da yetersiz olabilmektedirler. Böyle durumlarda, bireyler yaşadıkları ciddi hak ihlallerinden dolayı evlerini, hatta ailelerini bile, başka bir ülkede güvenli bir yer bulabilmek için, terk etmeye zorlanabilmektedirler. Hükümetler artık vatandaşlarını koruyamadıkları için, uluslararası toplum, hakları

---

<sup>28</sup> **KILIÇ**, s. 6-7.

<sup>29</sup> Geçici koruma kavramı, Avrupa Birliği Geçici Koruma Yönergesi’nde; “üçüncü ülkelerden gelen ve kendi ülkelerine geri dönemeyen, yurdundan ayrılmaya zorlanmış kimselerin kitlesel sığınma durumunda, özellikle de sığınma sisteminin bu akınla, etkili işleyişi olumsuz bir şekilde etkilenmeksizin başa çıkabileceğine dair bir riskin bulunması durumunda, ilgili kişilerin ve koruma talep eden diğer kimselerin menfaatleri doğrultusunda bu tür kişilere acil ve geçici koruma sağlanmasıdır” şeklinde tanımlanmıştır, **ÖZCAN**, s. 161.

<sup>30</sup> **GÜÇER Mehmet/KARACA Sema/DİNÇER, Osman Bahadır**, Sınırlar Arasında Yaşam Savaşı Suriyeli Mülteciler Alan Çalışması, Ankara 2013, s. 26.

<sup>31</sup> **DİZMAN Ali Osman**, “Geçici Koruma Politikası ve Türkiye’ye Sığınan Suriyeliler”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Değerlendirme Notu, Ağustos 2012, s. 2.



ihlal edilen kişilerin temel haklarının korunması noktasında müdahale etmektedir<sup>32</sup>.

I. Dünya Savaşı sonrasında yaşanan mülteci sorunlarının çözümünde temel rolü üstlenen Milletler Cemiyeti olmakla birlikte; bu örgüt, karşılaştığı sorunların çözümü bakımından genel kurallar öngörmek yerine, bazı özel durumlar karşısında doğrudan çözüm olacak anlaşmalar oluşturma yoluna gitmiştir. Örneğin, 1933 tarihli Mültecilerin Uluslararası Statüsü ile 1938 tarihli Almanya'dan Gelen Sığınmacıların Statüsü sözleşmeleri, az sayıda devlet tarafından imzalanmış ve bu sözleşmelerle yerinden edilmiş kişilere, sınırlı da olsa bir koruma sağlanmıştır. Milletler Cemiyeti, mülteci statüsünden yararlanma konusunda, ülke dışında bulunmayı ve herhangi bir devletin koruması altında olmamayı yeterli bulmuştur<sup>33</sup>.

1945 sonrası dönem Avrupa'da, çok sayıda insanın yer değiştirmesi uluslararası örgütleri harekete geçirmiş ve bu dönem uluslararası kuruluşların kurulması için devletler arasındaki yakınlaşmanın ve işbirliğinin en fazla yaşandığı dönem olmuştur. Aynı zamanda bu devletlerin çoğu, vatandaşlığa önemli anlamlar yükleyen içsel reformlar yapmıştır. Merkezinde herkesin yer aldığı uluslararasılaşma anlayışı, sosyal vatandaşlığın devam eden gelişimiyle paralel bir gelişme izlemiştir<sup>34</sup>. Yaşanan bu gelişmeler ve yeni oluşturulan Birleşmiş Milletler rejiminin üye devletler tarafından benimsenmesi, uluslararası toplumu mülteci sorununda kalıcı çözümler bulmaya itmiştir. Bu bakımdan, 1948'de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 14. maddesinde sığınma hakkı bir temel bir insan hakkı olarak nitelendirilmiştir<sup>35</sup>. Buna göre sığınma hakkı "Herkes, kendi ülkesi de dahil olmak üzere, herhangi bir ülkeden ayrılmak ve ülkesine yeniden dönmek hakkına sahiptir" ve "Herkesin zulüm altında başka

<sup>32</sup> **JASTRAM Kate / ACHIRON Marilyn**, Refugee Protection: A Guide To International Refugee Law, 2001, s. 8.

<sup>33</sup> **CAŞIN**, s. 1386.

<sup>34</sup> **HARVEY Colin**, "Is Humanity Enough? Refugees, Asylum Seekers And The Rights Regime", Contemporary Issues In Refugee Law, (Edited by: Satvinder Singh Juss, Colin Harvey), s. 69.

<sup>35</sup> **CAŞIN**, s. 1387.

ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı vardır” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı şekilde BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde de “Herkes kendi ülkesi de dahil, bir ülkeden ayrılmakta serbesttir” ve “Hiç kimse, kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz” denilmek suretiyle sığınma hakkının temel bir insan hakkı olduğu vurgulanmıştır<sup>36</sup>. Bu maddelerden anlaşılacağı üzere, sığınma talebinde bulunan kişi, hukuki olarak doğrudan bir korumaya sahip olmamaktadır. Kişinin hukuki güvence altına alınması, başvurduğu devletin ihtiyarına bağlıdır. Yani, devletler, uluslararası hukuk dâhilinde yaptığı sözleşmeleri ve iç hukuk kurallarını göz önünde bulundurarak, kişilere sığınma hakkını tanıma ya da tanımama yetkisine sahiptir<sup>37</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sığınma hakkı ve sığınma hakkının korunmasında temel ilke kabul edilen “geri göndermeme ilkesi” ile ilgili doğrudan hükümler içermemektedir. Fakat Sözleşme bazı durumlarda, mültecilere ilişkin uluslararası düzenlemelerden daha kapsamlı bir koruma sağlayabilmektedir. Şöyle ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin korumasından faydalanmak isteyen bir mültecinin, yalnızca Sözleşme’de bulunan hak ve özgürlüklerinin, sınır dışı edilmesi ya da geri gönderilmesi halinde ihlal edileceğini ispatlaması, bu korumadan faydalanabilmesi için yeterli sayılmıştır. Ayrıca kişinin, ırkı, dini, uyruğu, belli bir gruba üye olması ya da siyasi düşüncesi gibi nedenlerden dolayı zulüm göreceği korkusu içinde olduğunu ispatlaması gerekmemektedir. Kısacası AİHS, mültecilere, kendilerini bu statüye sokan nedenlerden bağımsız bir koruma sağlamaktadır<sup>38</sup>. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlar ve Avrupa Konseyi’nin aldığı tavsiye niteliğindeki kararlar bu konuda ilerleme kaydedilmesini sağlamıştır<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> **BOED**, s. 25.

<sup>37</sup> **SAVAŞAN Zerrin**, “AB’de Sığınma Hakkı: Ortak Sığınma Sistemi Oluşturma Amacı ve Devam Eden Kısıtlamalar”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 27, 2009, s. 16.

<sup>38</sup> **KORKUT Levent**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınırdışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 4, Güz 2008, s. 24.

<sup>39</sup> **SAVAŞAN**, s. 17.

Temel dayanağı Birleşmiş Milletler Antlaşması, İnsan Hakları Evrensel Bidirgesi ve ayrımcılık yasağı olan ve mültecilik konusuna uluslararası bir boyut kazandıran 1951 tarihli Mültecilere İlişkin Cenevre Sözleşmesi, mültecilerin hukuki statüsünü ve mültecilerin yöneldiği devletlerin hukuki, siyasi, ekonomik ve sosyal sorumluluklarını düzenlemek üzere hazırlanmış ve 1954 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>40</sup>. Bu sözleşme, mültecilere geniş çaplı bir koruma sağlamamaktadır. Zira yukarıda belirtildiği üzere, sözleşmede yapılan mülteci tanımı yer ve zaman bakımından kısıtlamalar içermektedir. Yine de, bu Sözleşme mültecilerin korunması bakımından büyük önem arz etmektedir.

1951 Sözleşmesi, yalnızca 1 Ocak 1951'den önce meydana gelmiş olaylar sonucunda mülteci durumuna düşmüş kişilerin yararlanabileceği bir sözleşmedir. Fakat devam eden yıllarda, yaşanan mülteci hareketleri, mülteciliğin yalnızca 2. Dünya Savaşı sonrasında yaşanan geçici bir durum olmadığını gösterdi. 1950'lerin sonuna doğru ve 1960'ların başında, özellikle Afrika'da yeni mülteci grupları ortaya çıkmıştır. Bu mülteciler, 1951 Sözleşmesi'nin zaman sınırından dolayı, mülteci statüsünden yararlanamamışlardır. 1967 yılında kabul edilen Mültecilerin Statüsüne İlişkin Protokol, 1951 Sözleşmesi'nin uygulama alanına, "1 Ocak 1951'den sonra gerçekleşen olaylar sonucunda mülteci olanları" da ekleyerek, Sözleşmenin zaman sınırını kaldırmıştır<sup>41</sup>.

Mültecilere ilişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin oluşmasıyla kurumsallaşmış takviye yapısı içeren bir sistemin varlığı için, yasal içerik sağlamıştır<sup>42</sup>. Sığınma hakkının korunmasında, temel aktörlerden birisi olan Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)'nin görevleri iki aşamalı olarak öngörülmüştür. Birinci aşamada, uluslararası alanda mültecilere hukuki koruma sağlanması amaçlanmıştır. İkinci aşamada ise, hükümetlere maddi yardımlar yaparak, mültecilerin gönüllü olarak

<sup>40</sup> **BARKIN Ersan**, "1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2014/1, s. 338.

<sup>41</sup> "Fact Sheet No.20, Human Rights and Refugees", s. 4, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20en.pdf>, Erişim Tarihi: 18.3.2014

<sup>42</sup> **HARVEY**, s. 69.

ülkelerine dönmelerini sağlamak ve içinde buldukları yeni topluma uyum sağlamalarına yardımcı olmak hedeflenmiştir. Örgüt bu amaçlarına ulaşmada çoğu zaman maddi sıkıntılar yaşamıştır. Örgütün kendisine ait bir gelir kaynağının olmaması ve bütçesinin yalnızca devletlerle uluslararası yardım kuruluşlarının yapacağı yardımlara bağlı olması, bütçesinin sınırlı olmasına ve beklenen hedeflere ulaşmada zorluklar çekmesine neden olmaktadır<sup>43</sup>. Avrupa Birliği, sığınma talepleri konusunda BMMYK ile birlikte çalışmaktadır. Avrupa Birliği, BMMYK'nın en büyük fon sağlayıcılarından birisidir. Fakat Avrupa Birliği bu durumu, kendi çıkarları ve üye devlet çıkarları doğrultusunda olumsuz şekilde kullanabilmektedir. Şöyle ki, Eski Yugoslavya'dan gelen sığınmacı akımına karşı, Avrupa Birliği, hem BMMYK'nın politikalarını desteklemiş hem de sığınmacıların Avrupa Birliği ülkelerine girmelerini önlemeye yönelik politikalar geliştirmeye çalışmıştır<sup>44</sup>.

Yukarıda sayılan uluslararası sözleşme ve bildirelere ek olarak, 1958'de kurulan BMMYK Yürütme Komitesi (EXCOM) kararları, 1975 yılında Uluslararası Korumaya İlişkin Alt Komite'nin kurulmasından bu yana mülteci hukukunun oluşturulması ve geliştirilmesi açısından son derece önemli ve etkili bir kaynak olma özelliğini sürdürmektedir. Bu komitenin verdiği kararların, devletler üzerinde hukuki açıdan bağlayıcılığı olmamasına rağmen, karşılaşılan mülteci sorunları hakkında ilke görüşler bu kararlarla belirlediğinden dolayı devletlerin bu kararları, uygulamalarında göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Ayrıca, bu alanda çalışma yürüten sivil toplum kuruluşları ve yargı kurumları bakımından da bu kararlar önemli bir yer tutmaktadır<sup>45</sup>.

1951 Sözleşmesi'nde, sınırlara yapılacak toplu nüfus hareketlerine dair düzenlemeler bulunsa da, geçici koruma rejimine açıkça yer verilmemiştir. Bu yüzden, oluşturulan geçici koruma rejimiyle Sözleşme'deki bu boşluğu doldurulmaya çalışılmıştır<sup>46</sup>. Bu bağlamda, geçici koruma rejiminin düzenlendiği en önemli belgelerden birisi 1994

---

<sup>43</sup> **ÖZCAN**, s. 10-11.

<sup>44</sup> **ATA Funda Keskin**, *Avrupa Birliği Ve İnsan Hakları*, Ankara 2013, s. 87.

<sup>45</sup> **KILIÇ**, s. 12.

<sup>46</sup> **DİZMAN**, s. 3.

yılında BMMYK tarafından yayınlanan “Geniş Bir Kapsamda Geçici Koruma Raporu”<sup>47</sup>dur. Söz konusu raporda, geçici koruma rejiminin temel özellikleri; sığınma talep edilen ülkeye kabul, geri göndermeme, uluslararası alanda kabul edilmiş insani standartlarla uyum içinde muamele ve geldiği ülkede şartlar düzeldiği zaman kendi ülkesine geri dönebilmesini sağlama olarak belirtilmiştir<sup>48</sup>.

Son zamanlarda, yaşanan toplu sığınma olaylarının artmasından dolayı, uluslararası alanda, “güvenli bölge (safety zone)” adı verilen ve toplu bir şekilde sığınma arayan kişileri, kendi ülkelerinin belli bir kesiminde oluşturulacak koruma alanlarında tutarak uluslararası korumadan faydalanmalarını sağlayacak bir uygulama başlatılmaya çalışılmaktadır. Bu uygulamanın, söz konusu devlet tarafından kabul edilmesi halinde herhangi bir sorunla karşılaşılmazken, böyle bir uygulamanın o devlete zorla kabul ettirilmesi durumunda, bu durumun uluslararası hukuka uygunluğu tartışmalara neden olmaktadır. Örneğin, Körfez Savaşı sonrasında, Iraklı peşmergeler için Kuzey Irak’ta oluşturulan güvenlik bölgelerinin uluslararası hukuka uygunluğu çok tartışılmıştır<sup>49</sup>.

#### **B. 1951 Mültecilerin Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi Bakımından Sığınma Hakkının Korunması**

Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme, uluslararası mülteci hukukunun temelini oluşturmaktadır. Mülteci Sözleşmesinde, mülteci terimi tanımlanmakta ve mülteci statüsüne sahip kişilere nasıl muamele edileceğinin minimum standartları belirlenmektedir. Sözleşme İkinci Dünya Savaşından sonraki dönemde hazırlandığı için, mülteci tanımında, kişilerin esas ülkelerinin dışında olmasının ve kişilerin 1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da ya da başka bir yerde ortaya çıkan olaylar sonucu bu statüyü kazanmalarının üzerinde yoğunlaşmıştır<sup>50</sup>. Sözleşme mülteci tanımını zaman bakımından sınırladığı için, 1 Ocak 1951 sonrasında

<sup>47</sup> UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Note on Temporary Protection in a Broader Context, 1 Ocak1994, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b32514.html> Erişim Tarihi: 22.3.2014.

<sup>48</sup> DİZMAN, s. 3.

<sup>49</sup> PAZARCI, s. 194-195.

<sup>50</sup> JASTRAM/ACHIRON, s. 8.

bütün şartları sağlasalar bile, söz konusu kişiler Sözleşmenin kapsamına alınmayacaktır. Yer bakımından sınırlandırma, daha esnek bir şekilde olmakla birlikte; Sözleşmeye taraf devletlere mülteci kavramının kapsamını, yalnızca Avrupa ile sınırlandırabilme ya da dünyadaki bütün mülteci olaylarını kapsayacak şekilde değerlendirebilme imkânı vermektedir. Keza Sözleşme, mülteci tanımının kapsamını yer bakımından sınırlayan devletlere, daha sonra herhangi bir zamanda Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine gönderecekleri bir notla, bu sınırlamayı kaldırarak sorumluluklarını genişletebilme imkanı vermiştir<sup>51</sup>. Sözleşmede mülteci tanımında yapılan zaman ve yer kısıtlaması sözleşmenin, uluslararası alandaki beklentileri karşılamamasına neden olmuştur. Özellikle, aynı şartlar altında bulunan kişilerin, sırf Sözleşme Avrupa merkezli bir tanım ortaya koyduğu için, bu statüden yararlanamayacak olmaları uluslararası kamuoyunda büyük rahatsızlık oluşturmuştur<sup>52</sup>.

1951 Mülteci Sözleşmesi, devletlere bir takım yükümlülükler getirmekle birlikte, bu sözleşme mültecilerin korunması konusunda birincil değil, ikincil bir rol üstlenmektedir. Yani, bir kişinin bu sözleşmeden yararlanabilmesi, ancak kendi ülkesinin korumasından yoksun bulunması durumunda söz konusu olacaktır. Korumadan yoksun olma hallerine; devletin iç karışıklık gibi nedenlerle vatandaşını koruyamaması, bazı vatandaşlar için açıkça veya zımni olarak korumadan kaçınması, kişilerin zulüm korkusuyla devletin korumasından kaçınması halleri örnek verilebilir<sup>53</sup>.

1951 Sözleşmesi'nin uygulanmasında sadece lafzi yorum yapılmamalıdır. Şöyle ki, ırkı, dini, tabiiyeti, siyasi görüşü ya da bir sosyal gruba üye olması nedeniyle haklı zulüm korkusu yaşayan kişilere, söz konusu zulmün devlet haricindeki aktörler tarafından uygulanması ya da zulmün kişileri hedef almayıp, bir gruba yönelik yapılması gibi nedenlerle, bu kişiler uluslararası korumadan mahrum bırakılmamalıdır. Bu durum, Sözleşme'nin ruhu ve amacına aykırıdır.

---

<sup>51</sup> **ÖZCAN**, s. 14-15.

<sup>52</sup> **BARKIN**, s. 338.

<sup>53</sup> **UZUN Elif**, "Uluslararası Mülteci Hukuku", Uluslararası Hukuk II, (Editör: Ayşe Nur Tütüncü, Elif Uzun), Eskişehir 2013, s. 123.

Bu bakımdan, Sözleşme'nin her türlü zulme cevap veren bir nitelikte uygulanması noktasında en büyük çabayı BMMYK göstermektedir.<sup>54</sup>

1951 Sözleşmesi mülteciler bakımından, bir ülkede, yabancılar ve vatandaşlara tanınan hakları göz önünde bulundurarak, bir karma haklar statüsü belirlemiştir<sup>55</sup>. Bu hakları şu şekilde sıralayabiliriz<sup>56</sup>: Din özgürlüğü, medeni haklardan yararlanma özgürlüğü, menkul ve gayrimenkul edinme hakkı, fikri ve sınai mülkiyet hakkı, dernek hakları, mahkemelerde taraf olma hakkı, çalışma hakkı, tarım, sanayi, sanat ve ticaret sahalarında iş yeri açmak ve şirket kurma hakkı, ihtisas mesleğini icra etmek hakkı, vesika hakkı, mesken edinme hakkı, eğitim hakkı, sosyal yardım hakkı, sosyal sigorta ve çalışma mevzuatından yararlanma hakkı.

Devletlerin sığınmacıların kendi topraklarına girmesini kabul etmesi ve onlara sığınmacı statüsünü vermesi noktasında egemenlik hakkını kısıtlayan ve sığınmacılara uluslararası alanda daha geniş bir koruma alanı sağlayan en önemli ilkelerden birisi de, sığınmacıları zulüm riski olan yerlere “geri göndermeme ilkesi (the principle of non-refoulement)”dir<sup>57</sup>. Geri göndermeme ilkesi, mültecilerin korunmasının köşe taşıdır. Kural olarak bu ilke, mültecilerin işkence görme korkusuyla karşı karşıya olduğu yerlere geri gönderilmemesini ifade eder<sup>58</sup>. 1951 Sözleşmesi'nin 33. maddesinde bu ilke şu şekilde düzenlenmiştir: “Hiç bir taraf devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade etmeyecektir”. Bu madde, mültecilerin her ne olursa olsun, bu kişilerin hayatına ya da özgürlüğüne karşı bir tehdidin bulunduğu yerlere sınır dışı edilmesini ya da geri gönderilmesini yasaklamaktadır. Ayrıca, devletlerin, mültecileri hayatlarına ve özgürlüklerine karşı tehdit bulunan yerlere göndermeye zorlayacak yasal

<sup>54</sup> **İltica ve Göç Mevzuatı**, Ankara 2005, s. 80.

<sup>55</sup> **GÜÇER/KARACA/DİNÇER**, s. 25.

<sup>56</sup> **KILIÇ**, s. 11.

<sup>57</sup> **SAVAŞAN**, s. 17.

<sup>58</sup> **FRİBERGH, Erik/KJAERUM, Morten**, Handbook On European Law Relating To Asylum, Borders And Immigration, Luxemburg 2013, s. 61.

veya idari önlemler alması yasaklanmıştır. Bu madde devletlere, mültecilerin özel durumlarına göre pozitif ya da negatif yükümlülükler yüklemektedir<sup>59</sup>. Bununla birlikte, bu ilke geri gönderildiği ülkede işkenceye maruz kalacağına dair ciddi şüpheler bulunan sığınmacılar için koruma sağlar. Bu bağlamda, 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 3. maddesinde; “hiçbir taraf devlet bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri göndermeyecek, sınır dışı etmeyecek veya iade etmeyecektir” denilmek suretiyle, “geri göndermeme ilkesi” vurgulanmıştır. Aynı şekilde, “Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme”nin 16. maddesinde bu ilke şu şekilde düzenlenmektedir<sup>60</sup>:

“Hiçbir üye devlet, bir kişiyi zorla kayıp edilme tehlikesinin bulunduğu inanması için yeterli sebebin var olduğu devlete dönmeye zorlayamaz, geri gönderemez ya da sınır dışı edemez”.

BMMYK, uluslararası koruma hakkındaki 13 Eylül 2001 tarihli belgesinde “geri göndermeme ilkesi”ni aşağıdaki gibi ifade etmiştir<sup>61</sup>:

“Sözleşme tarafından öngörülerek çekince konulmasına izin verilmeyen başlıca koruma ilkesidir. Bu ilke pek çok bakımdan, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde tanınan sığınma hakkının mantıksal bütünleyicisidir. Bütün devletleri bağlayan bir uluslararası gelenek hukuku kuralı haline gelmiştir. Ayrıca uluslararası insan hakları hukuku, non-refoulement ilkesini, işkence ve zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza mutlak yasağının temel bir tamamlayıcısı olarak belirlemiştir. Geri göndermeme yükümlülüğü, resmen [statüsünün] tanınmasından bağımsız olarak mültecilere uygulanır; bu nedenle açık bir şekilde statüleri henüz tespit edilmemiş olan sığınmacılar da buna dâhil olmaktadır. Bu ilke, bir sığınmacı ya da mültecinin, hayatının veya özgürlüğünün tehlikeye gireceği ya da zulüm görme tehlikesiyle

---

<sup>59</sup> **WOUTERS Kees**, *International Legal Standarts For The Protection From Refoulement*, Oxford 2009, s. 133.

<sup>60</sup> **ABOU-EL-WAFA**, s. 60-61.

<sup>61</sup> **M.S.S. V. Belçika Ve Yunanistan Kararı**, Başvuru No: 30696/09, 2011, par. 56.



karşılaşacağı ülkelerin sınırlarına geri gönderilmesi anlamına gelebilecek şekilde devlete atfedilebilir her türlü tedbiri kapsar. Bu [tedbirlere], ister bireysel bir sığınma isterse kitlesel mülteci akını söz konusu olsun, sınırdan çevirme, durdurma, dolaylı geri gönderme dahildir”.

Hiçbir şart altında, geri göndermeme ilkesi eksilmeye maruz kalmaz. Bu ilke, geleneksel uluslararası hukukunun bir parçası olarak varsayılır ve bu yüzden devletler geleneksel metinlere bağlı kalmaksızın bu ilkeye bağlı kalırlar<sup>62</sup>. Keza, taraf devletlere, 1951 Sözleşmesi'nin 33. maddesine çekince koyma yetkisinin tanınmaması bu ilkenin sığınma hakkının korunması bakımından önemini gösterir<sup>63</sup>.

Geri göndermeme ilkesi, şu şekillerde ihlal edilmiş sayılabilir<sup>64</sup>:

- Herhangi bir yerde sığınma arama ihtimali olan sığınmacıyı sınırda reddetmek,

- Esas ülkesi ya da başka bir ülke olup olmadığına bakılmaksızın, mültecinin işkence göreceği bir devlete sınır dışı edilmesi ya da geri gönderilmesi,

- Başka güvenli bir yer arama ihtimali olan bir mülteciye gerekli uygun zaman verilmeden başvurusunun reddedilmesi.

### **C. 1967 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol bakımından Sığınma Hakkının Korunması**

1950'lerin sonu ve 1960'ların başında yeni mülteci krizlerinin ortaya çıkmasından dolayı, 1951 Sözleşmesi'nin zaman ve yer kapsamının genişletilmesi bir zorunluluk haline gelmiştir<sup>65</sup>. Özellikle, zaman bakımından sınırlandırmanın bulunması, 1951'den sonra Avrupa'da yaşayanlar da dâhil olmak üzere, yüzbinlerce kişinin, bu sözleşmenin kapsamı dışında kalmasına ve mülteci statüsünden yararlanamamasına neden olmuştur. Bununla birlikte, sömürge yönetimlerin sona ermesin sonucunda Afrika'da yaşanan çatışmalar ile Avrupa dışındaki diğer bölgelerde yaşanan siyasi karışıklıklar nedeniyle yüzbinlerce insan yerlerinden edilmiştir, fakat Sözleşme'de bulunan

<sup>62</sup> ABOU-EL-WAFA, s. 62.

<sup>63</sup> KILIÇ, s. 13.

<sup>64</sup> ABOU-EL-WAFA, s. 63-64.

<sup>65</sup> JASTRAM/ ACHIRON, s. 10.

coğrafi sınırlama yüzünden, bu kişiler mülteci statüsünden yararlanamamışlardır<sup>66</sup>. Bu yüzden, bir protokol oluşturulmuş ve Sözleşmeyle uyumlu hale getirilmiştir. 1967 Mülteci Protokolü, 1951 Sözleşmesi'yle bütünüyle ilişkili olmasına rağmen, Sözleşme'den bağımsız bir belgedir. Bu Protokol, Sözleşme ile oluşturulan mülteci tanımındaki zaman ve yer sınırlarını ortadan kaldırmıştır<sup>67</sup>. Şöyle ki, Protokolün 1. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında bu sınırlamaların kaldırıldığı şu şekilde ifade edilmiştir:

“2. İşbu Protokol bakımından, bu maddenin 3. fıkrasının uygulanması hali dışında, “mülteci” terimi, Sözleşme'nin 1.maddesinin A 2 kısmında mevcut “1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve...” ve “söz konusu olaylar sonucunda” ifadeleri metinden çıkarılmış addedilerek, Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan tanıma giren her şahıs anlamına gelecektir.

3. İşbu Protokol, Sözleşme'ye Taraf Devletlerce, Sözleşme'nin madde 1 B (1) (a) hükmüne göre yapılanı mevcut duyuruların, madde 1 B (2) çerçevesinde genişletilmedikçe, bu Protokol bakımından da geçerli olması koşuluyla, Taraf Devletler, işbu Protokolü, hiç bir coğrafi sınırlama yapılmaksızın uygulayacaklardır”.

1967 Protokolü'nde, 1951 Sözleşmesi'nde yapılan mülteci tanımında herhangi bir değişiklik yapılmamış ve kişilerin “zulüm altında bulunması” esas alınmıştır. Bu yüzden, yaşanacak iç ya da uluslararası savaş ve doğal afetler sonucunda ülkelerini terk eden kişiler, mülteci tanımının dışında kalmıştır. Esasında söz konusu olaylar da, bireyler üzerinde korku yaratmaktadır, fakat oluşan bu korku zulüm ve baskı sonucu meydana gelen korku niteliğini taşımadığı için, bu olaylara maruz kalanlar mülteci statüsüne girmemektedirler<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> **ÖZCAN**, s. 16.

<sup>67</sup> **JASTRAM/ACHIRON**, s. 10.

<sup>68</sup> **EROĞLU Ender Canan/TAŞKIRAN Ruken**, “Sığınma Hakkı Ve Mültecilerin Durumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:1, Ankara 2002, s. 113.

#### D. Avrupa Birliği'nin Temel Belgelerinde Sığınma Hakkının Korunması

Mültecilere ve sığınmacılara uygulanan muameleler, insan haklarını korumaya yönelik politikalar bakımından büyük önem taşımaktadır. Amsterdam Antlaşması'na<sup>69</sup> kadar, Avrupa Birliği üye devletleri, ortak sığınma hükümlerini birbirlerinden farklı şekilde yorumlamış ve uygulamışlardır. Bu süreçte, üye devletler kendi ulusal sığınma sistemlerini kurmuşlar ve bu sistemleri, mülteci sayısını en alt seviyede tutabilecekleri şekilde düzenlemeye çalışmışlardır. Daha sonra, 1990'da Dublin ve Schengen Sözleşmeleri'nin imzalanmasıyla, ulusal sığınma politikalarıyla Avrupa Birliği sığınma politikaları uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır<sup>70</sup>. Daha sonra, 1993 tarihli Maastricht Antlaşması'yla, sığınma ve göç politikaları, Avrupa Birliği'nin temel taşı olan "Adalet ve İçişleri" alanına dâhil edilmiştir. Daha sonraki süreçte, Amsterdam Antlaşması ile sığınma ve göç politikaları, uluslararası alandan alınarak Avrupa Birliği ülkelerini bağlayan Avrupa Birliği müktesebatına taşınmıştır<sup>71</sup>. Ayrıca, Amsterdam Antlaşması ile<sup>72</sup>, üye

<sup>69</sup> "Amsterdam Antlaşması 2 Ekim 1997 tarihinde imzalanmış ve 1999 yılının Mayıs ayında yürürlüğe girmiştir...İnsanların serbest dolaşımı, sığınma ve göç konuları da yeni bir madde ile anlaşmaya eklenmiştir. Schengen Anlaşması'nın da yeni bir protokolle Amsterdam Antlaşması içine yerleştirilmesi öngörülmüştür." <http://www.mess.org.tr/ab/absol/Amsterdam%20Antlasmasi.pdf>, Erişim Tarihi: 25.3.2014.

<sup>70</sup> ATA, s. 84.

<sup>71</sup> CANPOLAT Hasan, "Sayın Hasan Canpolat'ın Açılış Notları", İltica, Uluslararası Göç Ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem Ve Politika, (Editör: Özlen Çelebi, Saime Özçürümez, Şirin Türkay), s. 17.

<sup>72</sup> "Ekim 1997'de imzalanan, Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile ATA'ya vize, sığınma göç ve kişilerin serbest dolaşımına ilişkin diğer ilgili politikalar başlığı altında yeni bir bölüm eklenmiştir (IV. Başlık). Böylece, ilk kez bu alanlar ortak çıkar alanları olarak değil de, özgürlük ve güvenliği tesis edecek Topluluk politika alanları olarak kabul edilmiş, sadece polis ve cezai alanda işbirliği çalışmaları, 'cezai alanlarda polis ve yargısal işbirliğine ilişkin hükümler' başlığı altında üçüncü sütunda kalmaya devam etmiştir", SAVAŞAN, s. 22.

ülkelerin sığınma politikalarının ve uygulamalarının uyumlu hale getirilmesi amaçlanmıştır. Bunula birlikte, üye ülkeler arasında başvuru prosedürlerinde, başvuruların değerlendirilmesinde ve sığınmanın tanınmasında var olan uygulama farklılıkları çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır<sup>73</sup>. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, sığınma hakkını tek başına bağımsız bir hak olarak ele almıştır. Şöyle ki, “sığınma hakkı, 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve sığınmacıların statüsüne ilişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol kuralları dikkate alınarak ve Avrupa Topluluğu’nu kuran Antlaşma’ya uygun olarak teminat altına alınmalıdır”<sup>74</sup>. Lizbon Antlaşması’yla sığınma konusu, V. Başlıkta Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı adı altında düzenlenmiştir. Buna göre Avrupa Birliği, sığınma, ikame koruma ve geçici koruma konularında uluslararası koruma isteyen 3. devlet vatandaşlarına, “geri göndermeme ilkesi” de dahil olmak üzere ortak politikalar düzenleyecek ve bu politikalar, 1951 Sözleşmesi’ne ve 1967 Protokolü’ne aykırı olmayacaktır<sup>75</sup>.

Avrupa Birliğinin Resmi Gazetesi’nde yayınlanarak yürürlüğe giren “Üye Devletlerde Mülteci Statüsü Verilmesi Ve Bu Statünün Geri Alınmasına İlişkin Asgari Standartlara Dair 1 Aralık 2005 tarihli ve 2005/85 Sayılı Yönerge”de koruma altına alınan sığınmacıların bazı hakları şunlardır<sup>76</sup>:

- Bir sığınma başvurusu, sadece mümkün olduğunca çabuk yapılmadığı gerekçesiyle reddedilemez. Ayrıca, başvurular bireysel, nesnel ve tarafsız bir şekilde incelenmelidir.

- Sığınma başvurusu yapan kişiler, başvurularının incelenmesi esnasında üye devlette kalma hakkına sahiptirler.

- Sığınmacılara BMMYK ile iletişim kurma imkânı sağlanmalı ve sığınmacılar bu haktan yoksun bırakılmamalıdır. Bununla birlikte, üye devletler, BMMYK’nın gözetimindeki sığınmacılar dâhil olmak üzere,

---

<sup>73</sup> SAVAŞAN, s. 24.

<sup>74</sup> SAVAŞAN, s. 17.

<sup>75</sup> ÖZKAN Işıl, “A.İ.H.M. ve Avrupa Birliği Adalet Divan Kararlar Işığında Avrupa Birliği’nin Göç ve Sığınma Politikası”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 69, Sayı: 2011/1, s. 176.

<sup>76</sup> M.S.S. V. Belçika Ve Yunanistan Kararı, par. 85.

sığınma başvurusu yapan kişilere, sığınma başvurusuna ilişkin bilgilere ve usullere erişimini sağlamalı ve herhangi bir yetkili mercie görüşlerini sunmasına izin vermelidir.

Bütün bu çalışmalara rağmen, Avrupa Birliği'ne üye devletler, kendi ulusal çıkarları ile sığınmacıların uluslararası hukuktan doğan haklarını esas alan bir sığınma politikası arasında kalmışlardır. Şöyle ki, üye devletler bir taraftan kendi egemenlik alanlarını, güvenliklerini ve vatandaşlarının haklarını ön planda tutmak ve uyumlaştırma çalışmalarını kendi ulusal çıkarları doğrultusunda gerçekleştirmek isterlerken, diğer taraftan da uluslararası hukuka uygun bir şekilde sığınma hakkının korunmasını istemektedirler. Üye devletlerin bu tutumu, Avrupa Birliği içindeki farklılıkların devam etmesine ve sığınma hakkının azami şekilde korunmasına engel olmaktadır<sup>77</sup>.

Son olarak, Avrupa Birliği bakımından geçici koruma rejimi, 1990'lı yıllarda Yugoslavya ve Kosova'da yaşanan zulümlerden dolayı Avrupa Birliği'nin sınırlarına yapılan toplu nüfus hareketleri ile baş edebilmek için üzere oluşturulmuştur. Üçüncü ülkelerden gelen ve geldikleri ülkeye geri dönemeyecek durumda olan, yerinden edilmiş kişilere ve uluslararası korumaya ihtiyaç duyan kişilere sağlanacak geçici korumanın asgari standartlarının belirlenmesi konusu, öncelikle Amsterdam Antlaşması ile, daha sonra da 20 Temmuz 2001 tarihinde Konsey tarafından kabul edilen Geçici Koruma Yönergesi ile düzenlenmiştir<sup>78</sup>. Bu yönergeye göre, üye devletler geçici koruma statüsü verdikleri kişilere, kalış süreleri boyunca oturma izni vermek zorundadırlar. Ayrıca üye devletler, bu kişilere barınma, çalışma ve eğitim imkânları sağlamak ve bu kişilerin yiyecek, giyecek ve sağlık ihtiyaçlarını karşılamak zorundadırlar. Kısacası, bu süreler boyunca kişiler, üye devletlerin himaye ve gözetimi altındadırlar<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> SAVAŞAN, s. 32.

<sup>78</sup> DİZMAN, s. 2-3; ÖZCAN, s. 159.

<sup>79</sup> GÜÇER/KARACA/DİNÇER, s. 27.

### **E. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sığınma Hakkının Korunması**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında faaliyet göstermekte olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, verdiği bağlayıcı nitelikli kararlarla, bireyleri uluslararası alanda devletlerin faaliyetlerine karşı koruyan bir mekanizmaya sahiptir. AİHS kişi bakımından çok geniş bir alanda uygulanmakla birlikte, mülteciler, uyruksuzlar ve hatta kaçak suçlular dahi bu sözleşmenin kapsamına girmektedir. Bu sayede bu kişiler, AİHM aracılığıyla yoksun oldukları hukuksal korumadan yararlanma imkânına sahip olurlar<sup>80</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmeye taraf devletlerin, uluslararası hukukun gereği olarak ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de dâhil uluslararası sözleşme yükümlülüklerine uygun olarak, yabancıların ülkeye girmesi, burada ikamet etmesi ve sınır dışı edilmeleri konularında denetleme yetkilerine sahip olduklarını kabul etmektedir<sup>81</sup>. Sözleşme, yaşam hakkını, işkence yasağını, kölelik yasağını ve geçmişe yönelik cezalandırma yasağını mutlak nitelikte düzenlemiştir. Bu hak ve yasaklardan uygulamada en çok uygulananları, yaşam hakkı ile işkence yasağı olmakla birlikte, bu mutlak koruma alanlarına mülteciler ve sığınmacılar da girmektedir<sup>82</sup>.

Sığınma hakkı, ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, ne de ek Protokollerde düzenlenmiştir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmeye taraf devletlerin yabancıları sınır dışı etme haklarını kullanırken, sığınmacının fiilinden bağımsız olarak işkence veya gayri insani ya da küçültücü muameleyi veya cezalandırmayı yasaklayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin 3. maddesini<sup>83</sup> göz önünde

---

<sup>80</sup> **KORKUT**, s. 24.

<sup>81</sup> **Abdolkhani and Karimnia v. Turkey**, Application No: 30471/08, 2009, par. 72, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?{"appno":\["30471/08"\],"itemid":\["001-94127"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?{), Erişim Tarihi, 25.3.2014.

<sup>82</sup> **KORKUT**, s. 24.

<sup>83</sup> **Madde 3**, "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

bulundurması gerektiğini kabul etmiştir<sup>84</sup>. Başka bir deyişle, bir sığınmacının sınır dışı edilmesi halinde, kişinin 3. maddeye aykırı bir muameleyle karşılaşacağına dair esaslı nedenler varsa, taraf devletin bu sığınmacıyı o ülkeye sınır dışı etmeme yükümlülüğü vardır<sup>85</sup>. Aksi halde, taraf devletin sorumluluğu doğacaktır. AİHM'e göre, burada sorumluluk başka bir devletin eylemlerinden doğmamaktadır; sorumluluğun dayanağı taraf devletlerin bireyleri kötü muamele ve yaşam tehlikesi risklerine karşı koruma yükümlülüğünü yerine getirmeme olarak kabul edilmektedir<sup>86</sup>.

AİHM'e göre, taraf devletin sorumluluğunun doğabilmesi için, mülteci ya da sığınmacı konumundaki kişinin, geldiği ülkeye sınır dışı edilmesi halinde 3. maddeye aykırı düşecek bir muameleyle maruz kalma riskiyle karşılaşabileceğine dair ciddi ve belirgin gerekçeler olduğunu düşündürecek bir durum söz konusu olmalıdır. Üçüncü maddeye aykırı olacak kötü muamelenin seviyesi, asgari ciddiyet eşliğine erişmelidir. Bu asgari seviye, izafi bir kavram olup davayla ilgili verilerin tamamına, özellikle de muamelenin veya cezanın nitelik ve içeriğine, icra tarzına, süresine, bıraktığı fiziksel ve ruhsal etkilere bağlı olarak değerlendirilir<sup>87</sup>.

Bir kişinin, üçüncü bir ülkeye ya da geldiği ülkeye geri gönderilmesi halinde 3. madde kapsamında yasaklanan bir muameleyle karşı karşıya kalacağına ilişkin iddiasının, esaslı bir şekilde araştırılması gerekmektedir. İltica başvurusundaki zaman limitinin kısa olması gibi otomatik ve mekanik hükümlerin uygulanması, 3. maddede korunan temel değerle bağlantılı olarak değerlendirilmelidir<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> **Salah v. The Netherlands**, Application No: 8196/02, 2006, par. 135, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"full text":\["salah"\],"itemid":\["001-76256"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{), Erişim Tarihi: 27.3.2014

<sup>85</sup> **Abdolkhani and Karimnia v. Turkey**, par. 72.

<sup>86</sup> **KORKUT**, s. 30.

<sup>87</sup> **Mostafa Ve Diğerleri - Türkiye Davası**, Başvuru No: 16348/05, 2008, par.24-26, [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/16348\\_05.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/16348_05.pdf), Erişim Tarihi: 28.3.2014.

<sup>88</sup> **REİDY Aisling**, İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi 2002, s. 49.

#### **IV- SONUÇ**

Temel bir insan hakkı niteliğinde olan sığınma hakkının, temel uluslararası belgelerde bir tanımının yapılmamış olması, uluslararası toplum açısından büyük bir eksikliktir. Sığınma hakkının tanımının yapılmamış olması, bu hakkın ikincil bir hak olarak algılanmasına neden olmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde, kişilerin sığınma arama ve sığınmadan yararlanma hakkına sahip olduğunun belirtilmiş olması, bu hakkın içeriğinin ve kapsamının belirlenmesi bakımından yeterli değildir. Ayrıca, bu bildirinin bağlayıcılığının olmaması, bu yetersizliği bir kez daha göstermektedir. Yine de, insan haklarına ilişkin pek çok uluslararası anlaşmanın temelini oluşturan bu bildiriye, her bireyin sığınma arama hakkına sahip olduğunun belirtilmiş olması, mülteci hukuku bakımından önemli bir gelişme sayılmaktadır. Keza, 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin başlangıç yazısında, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne atıf yapılmış olması, bu bildirinin sığınma hakkı bakımından önemini göstermektedir.

1951 Sözleşmesi'nin en büyük sorunlarından birisi olan mülteci tanımındaki yer ve zaman bakımından kısıtlamaların bulunması, daha sonra 1967 Protokolü ile giderilmiş olsa da, diğer önemli bir sorun olan ve mülteci kavramının kapsamını daraltan “zulüm görme korkusu” şartı, varlığını hala sürdürmektedir. Bu durum, doğal afetler ya da savaşlar nedeniyle ülkelerin terk eden insanların mülteci kapsamının dışında kalmasına yol açmaktadır. Hâlbuki, savaş ve doğal afet durumlarında da, insanlarda bir korku oluşmakta, fakat bu korku zulüm korkusu altında gerçekleşmediği için, Sözleşme'nin kapsamında sokulmamaktadır. Bu yüzden uluslararası toplumun üzerinde ortak anlaşma sağladığı, kapsamlı bir mülteci tanımının yapılması bir şart halinde gelmiştir.

Dünya üzerinde yaşanan iç savaşlar ve etnik çatışmaların artması, yerinden edilen insan sayısının milyonlara ulaşmasına neden olmuştur. Bu durum, mülteci konumuna düşen bu insanlara yardım etmek ve onların haklarını korumak amacıyla kurulan Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği'nin üzerinde büyük bir yük oluşturmuştur. Kendine ait bir geliri olmayan ve Birleşmiş Milletlere üye devletler tarafından yapılan yardımlarla bu görevlerini yerine getirmeye çalışan Komiserlik, çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Ayrıca, dışarıdan gelecek yardımlara bağımlı olan bu kuruluş, bazen güçlü devletlerin çıkarları doğrultusunda politikalarını düzenlemek zorunda kalmaktadır. Bu yüzden BMMYK'nın,



bireysel anlamda devletlerin çıkarlarından bağımsız olarak çalışmasını sağlayabilmek için, uluslararası toplumun ortak bir gelir sisteminin oluşturulması ve bunun BMMYK'nın kullanımına sunulması gerekmektedir. Bu sistemin oluşturulmasının önündeki en büyük engel, şüphesiz ki devletlerin kendi çıkarlarından bağımsız olarak, herhangi bir ekonomik yardım yapmak istememeleridir.

Son olarak, dünya toplumunda bütün devletler, ihtiyaç halindeki mültecilerin bakımlarını eşit bir şekilde paylaşmalıdırlar. Bu amaçla, her bir devletin kendi gücü oranında katkı sağladığı ve koruma ihtiyacı duyanların bakım maliyetine maruz kalan her bir devletin, tazminat bedeli aldığı küresel bir fon oluşturmak uygun olabilir. Ayrıca, bazı devletler, sınırlarında diğer devletlere oranla daha fazla sığınma arayan kişiyle karşı karşıya kaldığından dolayı, mülteci yükünün paylaşıldığı küresel bir sistem oluşturulmalı ve uygulanmalıdır<sup>89</sup>.

#### KAYNAKLAR

**ABOU-EL-WAFA Ahmed**, The Right To Asylum Between Islamic Shari'ah And International Refugee Law, Riyad 2009.

**ACER Yücel/KAYA İbrahim**, Uluslararası Hukuk, Ankara 2013.

**AKBATUR Fahrünnisa**, “Çocuk Hakları Sözleşmesi Işığında Mültecilik Ve Çocuklar, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 16, S: 1-2, 1996, s. 1-17.

**ATA Funda Keskin**, Avrupa Birliği Ve İnsan Hakları, Ankara 2013.

**BARKIN Ersan**, “1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2014/1, s. 331-360.

**BOED Roman**, “The State Of The Right Of Asylum In International Law”, Duke Journal Of Comparative & International Law, Vol: 5, (1994-1995), s. 1-34.

**BOZKURT Enver/ KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif/ POYRAZ Yasin**, Devletler Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2012.

<sup>89</sup> **BOED**, s. 32-33.

**CANPOLAT Hasan**, “Sayın Hasan Canpolat’ın Açılış Notları”, İltica, Uluslararası Göç Ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem Ve Politika, (Editör: Özlen Çelebi, Saime Özçürümez, Şirin Türkay).

**DİZMAN Ali Osman**, “Geçici Koruma Politikası ve Türkiye’ye Sığınan Suriyeliler”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Değerlendirme Notu, Ağustos 2012.

**DOĞAN İlyas**, Devletler Hukuku, Ankara 2008.

**EROĞLU Ender Canan/TAŞKIRAN Ruken**, “Sığınma Hakkı Ve Mültecilerin Durumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:1, Ankara 2002.

**FRİBERGH, Erik/KJAERUM, Morten**, Handbook On European Law Relating To Asylum, Borders And Immigration, Luxemburg 2013.

**GÜÇER Mehmet/KARACA Sema/DİNÇER, Osman Bahadır**, Sınırlar Arasında Yaşam Savaşı Suriyeli Mülteciler Alan Çalışması, Ankara 2013.

**HARVEY Colin**, “Is Humanity Enough? Refugees, Asylum Seekers And The Rights Regime”, Contemporary Issues In Refugee Law, (Edited by: Satvinder Singh Juss, Colin Harvey), s. 68-91.

**HATHAWAY James C.**, “Refugees and Asylum”, Foundation Of International Migration Law, (Edited By: Brian Opeskin, Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath-Cross), New York 2012, s. 177-204.

**İltica ve Göç Mevzuatı**, Ankara 2005.

**JASTRAM Kate / ACHIRON Marilyn**, Refugee Protection: A Guide To International Refugee Law, 2001.

**KORKUT Levent**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınırdışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 4, Güz 2008, s. 20-35.

**ÖZCAN Mehmet**, Avrupa Birliği Sığınma Hukuku: Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, Ankara 2005.

**ÖZKAN Işıl**, “A.İ.H.M. ve Avrupa Birliği Adalet Divan Kararlar Işığında Avrupa Birliği’nin Göç ve Sığınma Politikası”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 69, Sayı: 2011/1, s. 163-186.

**PAZARCI Hüseyin**, Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap, 8. Bası, Ankara 2005.

**REİDY Aisling**, İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi 2002.

**SAVAŞAN Zerrin**, "AB'de Sığınma Hakkı: Ortak Sığınma Sistemi Oluşturma Amacı ve Devam Eden Kısıtlamalar", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 27, 2009, s. 13-34.

**ULUSOY Orçun/SARIKAYA Berivan**, 5 N Ve 1 Mülteci Basın Mensupları İçin El Kitabı, İzmir 2011.

**UZUN Elif**, "Uluslararası Mülteci Hukuku", Uluslararası Hukuk II, (Editör: Ayşe Nur Tütüncü, Elif Uzun), Eskişehir 2013, s. 116-141.

**WOUTERS Kees**, International Legal Standarts For The Protection From Refoulement, Oxford 2009.

#### İNTERNET KAYNAKLARI

**"Fact Sheet No.20, Human Rights and Refugees"**, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20en.pdf>, Erişim Tarihi: 18.3.2014.

**Abdolkhani and Karimnia v. Turkey**, Application No: 30471/08, 2009, par. 72. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{ "appno":\["30471/08"\], "itemid":\["001-94127"\] }](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{ ), Erişim Tarihi, 25.3.2014.

**DEMİRLER Derya**, "Ülke İçinde Yerinden Edilme ile İlgili Uluslararası Hukuk Üzerine Bir Değerlendirme", <http://eski.bgst.org/keab/dd20070729.asp>, Erişim Tarihi: 16.3.2014.

<http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/MULTECI%20MEV/1984%20CARTAGENA%20M%C3%9CLTEC%C4%B0LER%20B%C4%B0LD%C4%B0R%C4%B0S%C4%B0.pdf>, Erişim Tarihi: 12.3.2014.

<http://www.mess.org.tr/ab/absol/Amsterdam%20Antlasmasi.pdf>, Erişim Tarihi: 25.3.2014.

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/179-199.pdf>, Erişim Tarihi: 12.3.2014.

[http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/2.1\\_m%C3%BCIteciler.pdf](http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/2.1_m%C3%BCIteciler.pdf),  
Erişim Tarihi: 12.3.2014.

**KILIÇ Taner**, “Bir İnsan Hakkı Olarak Sığınma Hakkı”,  
[http://www.multeci.net/index.php?option=com\\_content&view=article&id=59:br-nsan-hakki-olarak-iltica-&catid=35:goc-ve-multecilik&Itemid=14](http://www.multeci.net/index.php?option=com_content&view=article&id=59:br-nsan-hakki-olarak-iltica-&catid=35:goc-ve-multecilik&Itemid=14), Erişim Tarihi: 15.3.2014.

**KINIK Kerem**, “Göç, Sürgün ve İltica”, Hayat Sağlık Dergisi,  
<http://hayatsaglik.org/anasayfa/wp-content/uploads/G%C3%B6%C3%A7-S%C3%BCrg%C3%BCn-ve-%C4%B0ltica.pdf>, Erişim Tarihi: 14.3.2014.

**Mostafa Ve Diğerleri - Türkiye Davası**, Başvuru No: 16348/05, 2008, par.24-26, [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/16348\\_05.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/16348_05.pdf),  
Erişim Tarihi: 28.3.2014.

**Salah v. The Netherlands**, Application No: 8196/02, 2006, par. 135,  
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"salah\"\],\"itemid\":\[\"001-76256\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\), Erişim Tarihi: 27.3.2014.

**UN High Commissioner for Refugees (UNHCR)**, Note on Temporary Protection in a Broader Context, 1 Ocak 1994,  
<http://www.refworld.org/docid/3ae6b32514.html>, Erişim Tarihi: 27.5.2014

## TÜRK HUKUKUNDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALENİN ÖLÇÜSÜ

Arş Gör. Cansu Büşra ÖLMEZ\*

### MEASURE OF INTERVENTION TO THE FREEDOM OF COMMUNICATION IN TURKISH LAW

#### ÖZET

Özel hayatın gizliliği modern demokratik sistemler tarafından kabul edilmiş bir anayasa hukuku ilkesidir. Bu kavram genellikle kişinin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi, konutuna girilememesi ve haberleşmelerinin gizliliğine dokunulmaması gibi unsurları kapsamaktadır. Bu unsurlar içerisinde yer alan haberleşme özgürlüğünün demokratik bir toplumda özel hayatın gizliliği ilkesi bakımından artan bir öneme sahip olduğunu belirtmek gerekir.

**ANAHTAR KELİMELELER:** Özel hayatın gizliliği, haberleşme kavramı, haberleşme özgürlüğü, haberleşmenin gizliliği, müdahale.

#### ABSTRACT

The right of privacy is a constitutional law has been adopted by modern democratic system. This concept is generally includes such as respected the person's private and family life not to touch the privacy of

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuku Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

*his home and his correspondence can not be entered. These elements are in place in a democratic society of freedom of communication is a growing area in terms of the privacy policy is important to note the importance of private life.*

**KEYWORDS:** *Right of privacy, communication, freedom of information, privacy of communication, intervention.*

## **I. TÜRK HUKUKUNDA HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ**

### **A. Haberleşme ve Haberleşme Özgürlüğü Kavramları**

Haberleşme özgürlüğü, literatürde diğer kavramlara göre yeni bir kavram olsa da, tartışmaları günümüzde hala süren bir olgudur. Haberleşmenin sözlük anlamı, kişiler veya kişiler ile teknik cihazlar arasındaki bilgi ve haber aktarımı, haber alma, haber aktarma olgusunun karşılıklı görünümüdür<sup>1</sup>. Haberleşmenin sözlük anlamı itibariyle iletişim anlamına geldiği ifade edilmekteyse de iletişimin haberleşmeyi de içine alan daha geniş bir anlama sahip olduğu belirtilmelidir<sup>2</sup>. Öğretide haberleşmenin, bireylerin başkasıyla paylaşmadığı ve doğrudan doğruya olmayıp bir araç vasıtasıyla yapmış oldukları görüşmelerin içeriklerinden meydana geldiği<sup>3</sup>, kişiler arasında çeşitli araçlar yardımıyla gerçekleştirilen düşünce iletişimiyle oluştuğu, bireylerin bilgi, düşünce, duygu ve tutumlarının ortak semboller aracılığıyla birbirleriyle değiş tokuş ettikleri süreçten ibaret olduğu<sup>4</sup>, en az iki kişi arasında araya bir araç sokmak suretiyle meydana çıkan iletişim süreciyle gerçekleştiği ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/> (E.t:1.5.15).

<sup>2</sup> **KAYMAZ**, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara, 2009, s.49.

<sup>3</sup> **ŞEN**, Ersan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 79, Sayı: 2005/3, 2005, s.712.

<sup>4</sup> **İÇEL**, Kayıhan/**ÜNVER**, Yener, Kitle İletişim Hukuku, İstanbul, 2009, s.4.

<sup>5</sup> **TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa R. /**ÖNOK**, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara , 2010, s.497.

Haberleşme kavramı teknoloji ve bilişim sistemlerinde meydana gelecek gelişmeler doğrultusunda genişleyen anlamlar içerme potansiyeline sahiptir. Bu sebeple haberleşme kavramının günümüzde kullanılan iletişim araçlarını ve şu anda bilmediğimiz ama gelecekte kullanılacak iletişim araçlarını ve ortamını kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir. Haberleşme özgürlüğü, yeni teknolojik gelişmelere paralel olacak bir dinamizmle korunmaya devam edilmelidir. Bu sebeple bireyin kamuya karşı mekânsal bir mesafe koyarak herhangi bir araçla gerçekleştirdiği haberleşme aktiviteleri bireysel haberleşme özgürlüğüne dâhil sayılmıştır<sup>6</sup>.

Haberleşme özgürlüğü, “kişi ve kurumların kendi aralarında mektup, telefon, telgraf, teleks vb. özel araçlarla serbestçe bilgi ve haber alışverişinde bulunabilmeleri”, “kişilerin mektup, telgraf, telefon gibi araçlarla tek taraflı veya karşılıklı olarak haber gönderme ve almalarının serbest olması ve haberleşme sırasında ilke olarak gizliliğin sağlanması” olarak tanımlanmıştır. Haberleşmeye saygı hakkı, bireyin engellenmeksizin ve sansür edilmeksizin diğer insanlarla iletişim kurma hukuksal çıkarını güvence altına almaktadır<sup>7</sup>. Haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği hakkı kişilerin haber, söz ve düşüncelerini kendilerini baskı altında hissetmeden rahatça ifade edebilmeleri için temel bir hak olarak düzenlenmiştir.

Özel yaşamın bir parçasını teşkil eden bu tür bir haberleşme, kitle iletişim araçları (basın, radyo televizyon) yoluyla kullanılan haber alma ve haber verme özgürlüğünden ayrılır. Kitle iletişim yoluyla

<sup>6</sup> **SÖZÜER**, Adem, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İHFM, C.LV, S.3,1997, s.72.

<sup>7</sup> **KILKELLY**, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz), İnsan Hakları El Kitapları, No:1, Ankara, 2003, s.19. Kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, haberleşmesinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurması demektir. Orhan Uzgören, “Bireyin Hayatının Korunması, Özel Hayat-Aile Hayatı-Konut-Haberleşme”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:72, Ankara, 2004, s.477.

haberleşmede kamuya açıklık, haberleşme de ise gizlilik esastır. Haberleşme özgürlüğü ile kişilere kişiliğini serbestçe geliştirebileceği bir olanak ve özerk bir alan sağlanmaktadır. Bu sebeple özel hayatın gizliliği haberleşmenin gizliliğine dokunulmamasını kapsadığından haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği ilkesi, özel yaşam hakkı çerçevesinde ele alınmaktadır. Haberleşme özgürlüğü, daha geniş bir kapsama sahip olan özel hayatın dokunulmazlığının bir yönünü oluşturmaktadır<sup>8</sup>. Haberleşmede kural, hak öznesi olan bireyin dilediği kişilerle dilediği biçimde ve zamanda haberleşmesinin engellenmemesi ve haberleşmenin ilgililerin izin ve onayı olmaksızın, üçüncü kişilerin algısından ve müdahalesinden korunmasıdır. Buna “haberleşmenin gizliliğinin dokunulmazlığı” da denilmektedir. Haberleşme özgürlüğünün korunması, hem haberleşmenin engellenmemesini hem de haberleşmenin gizliliğinin korunmasını gerektirmektedir<sup>9</sup>.

Kişinin temel haklarından olan haberleşme özgürlüğü, insan haklarını düzenleyen uluslararası belgelerde de tanınarak bu hakkın korunması gerekliliği ortaya konulmuştur<sup>10</sup>.

### **B. Haberleşmenin Gizliliği Kavramı**

Özel hayatın unsurlarından olan gizlilik unsuru, haberleşme için de geçerlidir. Bu sebeple belirli kişiler arasında gerçekleşen haberleşme esas olarak bünyesinde gizlilik unsurunu barındırmaktadır. Belirli sayıda ya da sınırlı sayıda kişi arasında gerçekleşen haberleşme de kural olarak gizlidir. Haberleşmenin gizliliğiyle de özel hayatın gizliliğinin sağladığı korumadan yararlanılmaktadır.

Demokratik hukuk devletlerinde kamu işlerinde açıklık, bireylerin özel yaşamlarında ise gizlilik esastır. Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi, insanlık onurunu koruyabilmesi için özel yaşam

---

<sup>8</sup> YOKUŞ, SEVÜK, Handan, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 16-17-18-19, 2007- 2008, s. 161.

<sup>9</sup> YOKUŞ, Haberleşmenin Gizliliği, s.162

<sup>10</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB) 12. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesi, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddelerinde haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği hakkı düzenlenmiştir.



alanına dolayısıyla kişilerin haberleşme özgürlüklerine çok önemli nedenler olmadıkça devlet dâhil kimsenin dokunmaması gerekmektedir<sup>11</sup>. Kişilerin diğer insanlarla haberleşirken özgür olmalarının önemi, kişinin düşünsel sağlığını, saygınlığını korumak, insan kişiliğinin özgürce gelişmesine imkân tanımak, kişinin kendisi ve yakınlarıyla baş başa kalabileceği özel ve özerk bir alan yaratma ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Haberleşmenin gizliliğinin sağlanamaması halinde, bireyin kişisel özerkliği, duygusal boşalmasını, kendi kendini değerlendirmeyi ve sınırlı haberleşmeyi gerçekleştiremeyişi kişilerde birtakım bedensel ve psikolojik bozuklukların oluşmasına sebebiyet vermektedir. Haberleşmenin gizliliği ilkesi ile korunan, suçlular değil, toplumun bütün üyeleri, toplumun üyelerinin özgür kişilikleriyle yaratıcı yetenekleri ve en geniş anlamda ruh sağlıklarıdır. Kişinin bireysel özelliklerinin ve bireysel seçme özgürlüğü bilincinin gelişmesi bakımından da haberleşmesinin gizliliğinin korunması önem taşımaktadır. Birey, kime, neyi, ne zaman açıklayacağını, neleri kendisine saklı tutacağını kendi özgür iradesiyle belirleyemiyorsa, tercih etme, kendi hayatına dilediğince yön verme özgürlüğünden de geniş ölçüde yoksun demektir<sup>12</sup>.

Haberleşmenin gizliliğinin objektif unsurunu, belirli sayıda veya sınırlı sayıda kişi tarafından bilinme, subjektif unsurunu ise haberleşmede bulunanların bu haberleşmeden ve içeriğinden başkalarının bilgi sahibi olmaması yönündeki inançları ve iradeleri oluşturmaktadır. Ayrıca kişilerin haberleşmenin gizliliğini sağlamak için uygun araçları kullanmaları gerekmektedir<sup>13</sup>. Doktrinde haberleşmenin gizliliğine ilişkin hükümlerin sağladığı korumadan yararlanmak için haberleşmenin başkaları tarafından kolayca öğrenilemeyecek şekil ve yöntemlerle gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmasına rağmen haberleşmenin gizliliğinin ihlalini düzenleyen hukuksal korumadan

<sup>11</sup> ÖZBUDUN, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı, 1925-1977,C.1, s.268.

<sup>12</sup> ÖZBUDUN, s.269.

<sup>13</sup> KAYMAZ, s. 82.

yaralanmak için haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmiş olması yeterli olmalıdır.

Gizli olan, haberleşmenin yapılmış olması olgusu ve içeriğidir. Haberleşmenin gizliliğinden hem kişiler arasında bir haberleşmenin gerçekleştiği hem de bir bilgi veya verinin aktarıldığı hususunun ve bunun içeriğinin gizliliği anlaşılmalıdır. Haberleşmenin içeriğinin, kişilerin neler konuştuğunun veya yazışmaların neler içerdiğinin ya da hangi verilerin aktarıldığının öğrenilmesi haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin ihlalini oluşturmaktadır. Bunun dışında, bazı bilgi ve verilerin aktarıldığı konusunda bilgi sahibi olunması ya da kişiler arasında içeriğini bilmeksizin sadece telefonla veya e-posta yoluyla bilgi alışverişi yapıldığının bilinmesi de haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin ihlali sayılmaktadır<sup>14</sup>.

### **C. Haberleşme Özgürlüğünün Hukuki Niteliği ve Kapsamı**

Haberleşmenin gizliliği hakkı, bütün bireylerin insan olmaları sebebiyle sahip olduğu, devlet tarafından tanınması ve saygı gösterilmesi zorunlu olan, devredilemez, vazgeçilemez ve evrensel nitelikte bir insan hakkıdır. Özel hayatın bir parçası olan haberleşme özgürlüğü, temel haklardandır. Bu sebeple temel hakların özelliklerine sahiptir ve bu hakların sağladığı korumadan yararlanır. Haberleşme özgürlüğü kişinin temel haklarından olmasından dolayı gerek 1961 Anayasasında gerek 1982 Anayasasında ikinci bölümde, kişinin hakları ve ödevleri başlığı altında düzenlenmiştir.

Temel hak ve özgürlüklere yönelik klasik tasnifte haberleşme özgürlüğünün özel hayatın gizliliği ile aynı kategoride yer aldığı görülmektedir. Klasik tasnif olarak bilinen ve Jellinek tarafından kategorize edilen temel haklar negatif, pozitif ve aktif statü hakları olarak ele alınmıştır. Pozitif statü hakları, kişiye bu alanda yer alan haklara yönelik olarak devletten bir şeyler yapmasını isteyebilme hakkı verirken, aktif statü hakları, kişilere siyasi faaliyette bulunma hakkı veren seçme, seçilme, siyasi parti kurma gibi hakları kapsamaktadır. Koruyucu haklar olarak da nitelendirilen negatif statü haklarının özelliği kişilerin bu alanda yer alan hakları devlet tarafından herhangi bir müdahale olmadan

---

<sup>14</sup> **KAYMAZ**, s.81.

kullanmasının mümkün olmasıdır. Bu haklara örnek olarak yaşama hakkı, düşünce özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, haberleşme özgürlüğü gibi haklar verilmektedir<sup>15</sup>. Haberleşme özgürlüğü doğası gereği devlet müdahalesi olmadan kişilerin özel alanlarında dilediği gibi iletişimde bulunmasına imkan tanıyan bir hak olduğundan negatif statü hakları arasında yerini almaktadır.

Haberleşme özgürlüğünün kapsamına baktığımızda haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkı; haber ve düşünceleri serbestçe açıklayabilme hakkı ve haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe yayabilme hakkı haberleşme özgürlüğünün kapsamını belirleyen temel özellikleri olduğu görülmektedir. Kişilerin duygu ve düşüncelerini herhangi bir müdahale olmadan birbiriyle paylaşmasını gerektiren haberleşme özgürlüğünün vücut bulabilmesi için ilk şart, kişilerin “haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkına” sahip olabilmeleridir. Bu kapsamda, kişiler birbirlerinden haberleşme araçları vasıtasıyla haberdar olabildikleri gibi, isterlerse öğrendikleri haber, düşünce ve kanaatleri toplayabilirler. Bu hak aynı zamanda, basına ve tüm kitle iletişim araçlarına da bu hakka sahip olma imkânı verdiği için de haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe öğrenilebilmesi ve toplanabilmesi mümkün olabilmektedir. “Haber, düşünce ve kanaatlerini serbestçe açıklayabilme hakkı”, kaynağını düşünce ve ifade özgürlüğünden almaktadır. Buna göre, bu hak ile kişiler haber, düşünce ve kanaatlerini haberleşme araçlarını kullanmak suretiyle diğer kişilere aktarabilme hakkına sahip olabildikleri gibi; basının bu hakkı kullanması durumunda basın özgürlüğü gündeme gelerek haber, düşünce ve kanaatlerin basın yoluyla serbestçe açıklanması imkânı da oluşmaktadır<sup>16</sup>. Hem kişilere hem de basına “haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe yayabilme hakkı” verilmesiyle haberleşme özgürlüğünün kapsamı belirlendiği gibi; bu özellik aynı zamanda basın özgürlüğün için de gerekli bir unsur olmaktadır.

<sup>15</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara, 2002, s.169.

<sup>16</sup> İÇEL/ÜNVER, s. 57.

Haberleşmenin gizliliğinin kapsamına, sadece haberleşmenin içeriği değil, aynı zamanda haberleşmenin gerçekleşme şekli, süresi, zamanı ve yerine ilişkin bilgiler de dâhildir<sup>17</sup>.

#### **D. Haberleşme Özgürlüğünün Sınırları**

Haberleşme özgürlüğü, bünyesinde haberleşmenin bağımsızlığını ve gizliliğini ihtiva etmektedir. Haberleşmenin gizliliği hakkı, devletin bu hakka yönelik olarak hareketsiz kalması gereken ve devlete karşı bireyi koruyan negatif statü haklarından sayılmasına rağmen, bu hakkın pozitif yönü de vardır. Burada kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanlarının sınırı çizilmekte ve bu haklar devlete karışmama, gölge etmeme yükümlülüğü yüklediğinden, söz konusu haklar “koruyucu haklar” ya da “kişisel haklar” olarak da adlandırılmaktadır<sup>18</sup>. Özel hayatın gizliliği hakkının negatif yönünü, yalnız kalma hakkı oluşturur. Hakkın pozitif yönü ise Feldman tarafından üç kategoride toplanmaktadır. Buna göre; ilk olarak devletin ve diğer bireylerin özel hayatının gizliliği hakkının dolayısıyla bu hakkın bir parçası olan haberleşmenin gizliliği hakkının kullanılabilmesi şartların sağlanması; ikinci olarak pozitif yükümlülükler, bir başkasının özel ilişkilerine ve haberleşmesine müdahale edilmesine karşı korunma hakkının yanında hassas ve bağımsız karar verme imkânını etkileyecek, hükümet ve özel kişiler tarafından ele geçirilmiş bilgilere ulaşma hakkını; üçüncü olarak da özel hayata ve bu kapsamda haberleşme özgürlüğüne müdahaleyi meşru kılacak durumların varlığı halinde, haberleşme özgürlüğünü de içeren özel hayata ilişkin çıkarların korunması için her bir somut olayda müdahaleden önce özel düzenlemelerin yapılması gerektiğini içermektedir<sup>19</sup>.

Devletin olumlu edimlerde bulunması şeklinde ifade edilebilecek olan hakkın pozitif yönü, devletin bireylerin haberleşme özgürlüğüne ve bunun korunmasına yönelik şartları sağlayarak yeterli düzenlemeleri yapması, organları vasıtasıyla bu düzenlemeleri uygulamasını ve uygulanmasını takip etmesini gerektirmektedir. Kişinin haberleşme

---

<sup>17</sup> SÖZÜER, s.72.

<sup>18</sup> GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2009, s.10.

<sup>19</sup> UZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s.11.

özgürlüğüne müdahaleyi meşru kılacak durumların söz konusu olması halinde, kişinin haberleşmesinin gizli kalmasına yönelik çıkarların korunması ve somut olayda buna öncelik verilmesi şeklinde uygulanması lazımdır. Buna aykırı davranışların devlet tarafından derhal takibi yapılarak cezalandırılmaları sağlanmalıdır. Böylelikle devlet olumlu yönde haberleşme özgürlüğünün korunmasına yardımcı olarak haberleşmenin gizliliği hakkını tanıyarak güvenceler sağlamak ve ihlaline müeyyideler bağlamaktadır<sup>20</sup>.

Haberleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilen haberleşmenin gizliliği üç konuda sınırlanabilir. Birincisi, vatandaşların refahı için devletin sorumluluk yüklenmesi gerektiği durumlardır. Örneğin kamu hizmetlerinin verilmesinde belli bilgilere ihtiyaç duyulması halinde olduğu gibi. İkinci olarak, belli kurumlar ya da mesleki oluşumlar meslek üyelerini düzenlemek ve hizmet alanlarının haklarını korumak için bilgiye gereksinim duyabilmeleri sebebiyle haberleşme özgürlüğüne müdahale edilebilir. Hukuk da bu müdahalenin çerçevesini belirler. Son olarak ifade özgürlüğündeki kamu yararının da haberleşme özgürlüğüne bir sınır oluşturabilmesi mümkündür<sup>21</sup>. Belli ölçüde gizlilik demokratik sistemlerde fonksiyonel ve kaçınılmaz bir nitelik taşısa da özel hayatın gizliliğinin dolayısıyla haberleşme özgürlüğünün mutlak anlamda kabul edilmesi, bazı suçların takibini veya önlenmesini güçleştirebileceğinden; kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık ve devletler arası görüşmeler bakımından sakıncalı sonuçlar yaratabileceğinden; devlet ve bilim hayatı için gerekli olan zorunlu bir takım istatistiki bilgilerin toplanmasını ve davranışsal araştırmaların yapılmasını engelleyebileceğinden; bazen de basın hürriyeti ve kamu oyunun olup bitenleri bilme istekleriyle çatışabileceğinden haberleşme özgürlüğünün de bazı istisnaları vardır. Demokrasilerde kamu hayatının açıklığı ile özel hayatın gizliliğinin çatışması mümkün olduğundan başarılı bir denge kurulması önem taşımaktadır<sup>22</sup>. Bu sebeple bireylerin haberleşme özgürlüğü sınırlanırken

<sup>20</sup> **BIELEFELDT**, Heiner, Hukuk Devleti “Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik”, (çev. Yüksel Metin ), Ankara, 2008, s.278-279.

<sup>21</sup> **UZELTÜRK**, s.10.

<sup>22</sup> **ÖZBUDUN**, s.269-270.

bireyin hukuksal çıkarı ile kamu menfaati arasında adil bir denge kurulması lazımdır.

Haberleşme özgürlüğüne yapılacak tüm bu sınırlama eğilimleri belirtilen özgürlüğün kullanılmasını zayıflatan durumların meydana çıkmasına sebep olabilecek niteliktedir. Bireyin onuru ve özerkliğinin dikkate alınarak haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalelerde haklı ve güçlü sebeplere dayanılması önem arz etmektedir<sup>23</sup>. Dayandığı neden ne olursa olsun veya hangi zorunlu durum için sınırlanırsa sınırlansın, özel hayatın gizliliği hakkında ve haberleşme özgürlüğünden yararlanmayı bu hakkın ve özgürlüğün varlığını anlamsız kılacak surette ve sürekli olarak olanaksızlaştıracak biçimde sınırlamalar yapılmamalıdır. Aksi şekilde düzenlemeler ve uygulamalar kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesini ve insanlık onuruna yakışır bir biçimde yaşamasına engeller nitelikte olacağından demokratik rejime aykırı düşecektir<sup>24</sup>.

## **II. Haberleşme Özgürlüğüne Yönelik Hukuka Aykırı Müdahaleler**

Özel hayatın bir yönünü oluşturan haberleşme özgürlüğüne gerek kişiler tarafından gerek devlet tarafından çeşitli müdahalelerde bulunularak bu özgürlük ihlal edilmektedir. Bilim ve teknolojinin hızlı bir biçimde gelişmesi kişilerin özel hayatlarına müdahale edip haberleşmelerinin gizliliğini ihlal etmektedir. Çeşitli telefon dinleme araçları, gizli mikrofon ve kaydedici cihazlar, minyatür radyo verici ve alıcıları, gizli televizyon alıcılarıyla kişilerin dinlenmesi ya da çok uzak mesafelerden kızıl ötesi ışınlarla fotoğraf çekebilene ya da görüntü kaydeden cihazlarla kişilerin görüntülenmesi mümkün olabilmektedir. Bahsedilen aletler çok düşük fiyatlarla satıldığından ve bu aletlerin alımı konusunda yeterli düzenleme ve denetleme olmadığı için herkesin özel hayatı ve haberleşmesi rahatlıkla gözetlenebilir ve dinlenebilir hale gelmiştir. Ama burada daha da vahim sonuç doğuran tehlike, bu tür fiziksel gözetleme ve dinleme araçlarının devlet tarafından özel kişilere

---

<sup>23</sup> UZELTÜRK, s.10-11.

<sup>24</sup> BAKIM, Sevi, Ceza Hukukunda Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s.52.

karşı kullanılmasıdır<sup>25</sup>. Hem dinleme aygıtlarının yaygınlaşması ve kolay temin edilmesi hem de çeşitli televizyon programları, sinema filmleri ve medyada gizli dinlemeye ilişkin yazılı, görsel ve işitsel yayınlarla halkın bu konuya ilgisinin çekilmesi suretiyle halk bir anlamda tahrik edilmektedir. Böylece kişiler çeşitli nedenlerle gizli dinleme girişimlerinde bulunmaktadır. Nitekim kamuya mal olmuş ünlülerin özel hayatlarına ilişkin gizlilikleri tespit etmeye çalışan özel hayat casusluğu gibi yeni sektörler ortaya çıkmıştır. Bu sektörde yer alan insanlar gizli dinleme ve görüntüleme suretiyle ünlü kişilerin özel hayatlarına ilişkin edindikleri bilgileri yüksek meblağlar karşılığında görsel, işitsel ya da basılı yayın organlarına yayınlanması için pazarlamaktadır<sup>26</sup>. Bu amaçla yapılan gizli dinlemeleri engelleyecek nitelikte cihazların da üretilmesine rağmen dinleme cihazlarında da teknolojinin son yenilikleri uygulandığından neticede gizli dinleme engellenememektedir. Ne amaçla yapılırsa yapılsın gizli dinleme kişilerin özel hayatlarına ilişkin gizlilikleri ağır bir biçimde ihlal etmektedir. Bu açıdan demokratik bir hukuk devletinde bu tür ihlalleri önleyecek teknik ve yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Diğer yandan haber içerikli olarak kişilerin özel hayatlarının araştırılması ve gizliliğine ait bilgilere ulaşılması halinde bunların yayınlaması suretiyle gizliliğin ihlal edilmesinin haber alma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Aksi halde kişilerin dış dünyaya kapalı halde sürdürdüğü özel hayatlarına ilişkin gizliliklerin açıklanması o kişi açısından büyük zararlara neden olacaktır. Bireylerin haber alma hakkını karşılamak için yürütülün faaliyetlere olanak sağlayacak bir ortamı hazırlamak suretiyle haber alma hakkına ve bu hakka saygı duymak zorunluluktur. Aynı şekilde kişilerin özel hayatına ve haberleşmesine ilişkin gizlilikleri korumak da zorunluluktur. Dolayısıyla haber alma hakkının kullanılmasında kişilerin temel haklarını zarara uğratabilecek durumlara engel olacak nitelikte önlem alınması gereklidir.

<sup>25</sup> ÖZBUDUN, s.275; COŞKUN, Enis, Küresel Gözaltı Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, Ankara, 2000. s. 56.

<sup>26</sup> COŞKUN, s.57.

Biri diğerine tercih edilmemelidir. Her iki hak da kendi yasal sınırları içerisinde kalınarak kullanılıp korunmalıdır<sup>27</sup>.

### **A. Haberleşmeye Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Sebepleri**

#### **1. Kanun Hükmünü Yerine Getirme ve Görevin İfası**

Kanun hükmünü yerine getirmek amacıyla yapılan eylemler cezalandırılmamaktadır. Kanun, bir kamu görevlisine belirli bir davranışta bulunma izni veriyorsa bir yetkinin kullanılması söz konusudur. Bir hukuk kuralının verdiği yetkiye göre davranmanın veya yüklediği görevi yerine getirmenin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olabilmesi için, Kanun'un belirli kişilere tanıdığı hak ve yetkilerin sadece bu kişiler tarafından kullanılması gerekmektedir. Bu kişiler dışındaki diğer kişilerin kullanması ise, suç teşkil eder<sup>28</sup>.

Türk Hukuku'nda çeşitli kanunlarda kanun hükmünün yerine getirilmesi kapsamında haberleşmenin gizliliği hakkına müdahale edilmesini öngören düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden ilki iletişimin denetlenmesidir. CMK' da iletişimin denetlenmesi önleme ve adli amaçlı olmak üzere iki türlü gerçekleşmektedir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kapsamında telefon ve benzeri telekomünikasyon araçlarının hatta kişilerin karşılıklı konuşmalarının istihbarat amacıyla suç işlenmeden önce dinlenmesi ve banda kaydedilmesi mümkündür<sup>29</sup>. Önleme dinlemesinde, henüz ortada bir suçun işlendiği iddiası bulunmamakta olup, işlenebilme ve sonuçları ağır olabilecek nitelikteki suçlara geçiş yapabilme ihtimali mevcuttur<sup>30</sup>. İdari nitelikteki önleme amaçlı denetime, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvurulmaktadır. Önleme amaçlı tedbirlerde tehlike, bir suçun işlenmesi ihtimalinden ibaret olduğu için uzaktır. Bu sebeple, temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren önleme amaçlı tedbire başvurulabilmesi için suç işleme

---

<sup>27</sup> COŞKUN, s.58.

<sup>28</sup> CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2011, s.294-295.

<sup>29</sup> TAŞKIN, Mustafa, Adli ve İstihbarî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara, 2008, s.206

<sup>30</sup> ŞEN, Ersan. Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, Ankara, 2010, s.66.



tehlikesinin varlığının aranması gerektiği yönünde doktrinde bir görüş bulunmaktadır<sup>31</sup>. Önleme amaçlı iletişimin tespiti ve dinlenmesinde ortada başlama ihtimali bulunan ve henüz hazırlık hareketleri aşamasında olan suçun icra hareketlerinin önüne geçilmesi ve bu sayede suçun işlenmesinden önce durdurulması söz konusu olduğundan burada haberleşme özgürlüğüne yönelik çok ciddi bir müdahale ve sınırlandırma vardır<sup>32</sup>. Henüz bir suçun işlenmesi dahi söz konusu değilken, haberleşme özgürlüğüne iletişimin denetlenmesi doğrultusunda yapılacak müdahale niteliğindeki bu tedbirin kanunlarla sıkı şartlara bağlanması gerektiği kabul edilmektedir.

İkinci olarak adli amaçlı iletişimin denetlenmesi araya bir vasıta koymak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin, gizlice dinlenmesi, elde edilen bilgilerin kayda alınması ve değerlendirilmesini içermektedir<sup>33</sup>. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yani iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri belli suçlar için başvurulabilen ve şüpheli/sanığa uygulanan özel ve gizli bir koruma tedbiridir<sup>34</sup>. Bu tedbire işlenmiş veya işlenmekte olan bir suçun delillerine ulaşmak için başvurulmaktadır. Kanun koyucu kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin ve korunması hakkının ve haberleşme özgürlüğünün olur olmaz müdahalelerle ihlal edilmesini önlemek için, suç delili ve/veya failini elde etmek amacıyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesini düzenlerken haberleşme özgürlüğüne yapılabilecek müdahaleler konusunda oldukça sınırlı davranmıştır. CMK m.135'e göre, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin var olması halinde ve başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması durumunda, hakim şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit ettirilmesine veya katalogta belirtilen suçlar söz konusu olduğunda dinlenmesine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verebilir.

<sup>31</sup> **KAYMAZ**, s.58-59.

<sup>32</sup> **ŞEN**, X Muhbir, s.77.

<sup>33</sup> **ÖZTÜRK**, Bahri/ **ERDEM**, Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Yeni CMK'ya Göre Yenilenmiş 9.Baskı, Ankara, 2006, s.590.

<sup>34</sup> **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s.406.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından bu hususlar için karar verilebilir.

Şüpheli veya sanığın suçla ilgisi olmayan özel ve aile hayatına ilişkin konuşmalarının bu tedbir kapsamında dinlenmemesi gerekmektedir. Tedbir kararı uygulanırken başlangıçta dinlenen hususların özel hayata ilişkin olduğu fark edilememesi durumunda özel hayata ilişkin konuşmaların kayıt edilmemesi, kayıt çözümlerinin yapılmaması ve kişilerin özel hayatlarına ilişkin bilgilerin veya kayıtların soruşturma veya kovuşturma dosyalarına girmemesi gerekmektedir.

Görüldüğü gibi, Kanun koyucu kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin ve korunması hakkının ve haberleşme özgürlüğünün olur olmaz müdahalelerle ihlal edilmesini önlemek için, suç delili ve/veya failini elde etmek maksadıyla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesini düzenlerken haberleşme özgürlüğüne yapılabilecek müdahaleler konusunda oldukça sınırlı davranmıştır. CMK m.135'teki tedbire başvurularak şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenebilmesi için öncelikle bir suç dolayısıyla onun hakkında ceza soruşturmasının veya kovuşturmasının yapılıyor olması lazımdır. CMK m.135 ile m.137 ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin talepte bulunulması, kararların alınması ve tatbiki sırasında uyulacak usul ve esasları gösteren Yönetmelik<sup>35</sup> uyarınca, şüpheli ve sanık sıfatını taşımayan kişiler tarafından yapılan iletişimin ve iletişim araçlarının denetlenmesi tedbirine doğrudan doğruya veya dolaylı olarak başvurmak hukuka uygun kabul edilemez. Henüz şüphelinin belli olmadığı hallerde, CMK m.135'teki iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamaz ve bu sebeple hukuka uygunluk nedeninden yararlanılamaz. Aynı şekilde genel anlamda bir iletişimin tespiti kararı verilmesi de hukuka aykırıdır. Hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanacak muhatabın tedbirden haberdar olması tedbiri anlamsız hale getireceği için tedbir gizlice yürütülmektedir. Soruşturmanın gizliliği ilkesi gereği olarak soruşturma aşamasında bu tedbire gizli olarak başvurulması anlamlıyken, kovuşturma aşamasında duruşmalarda kural olarak aleniyet ilkesi geçerli olduğundan delillerin

---

<sup>35</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik.

gizliliği söz konusu olamayacağından, bu tedbirin gizli olarak kovuşturma aşamasında uygulanmasından bahsedilemez<sup>36</sup>.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi halinde haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalenin hukuka uygun sayılacağı bir diğer durum sanık ve mahkumların iletişiminin denetlenmesi durumunda yaşanmaktadır. Tutuklu ve hükümlülerin haberleşme ve ziyaret olanaklarının genişletilmesi, tutuklu ve hükümlülere insan onuruna yakışan ve tahammül edilebilir ortak bir yaşam alanı sağlamaya yönelik, tutuklu ve hükümlülerin daha serbest olduğu çağdaş infaz sisteminin esaslarındandır<sup>37</sup>. Cezaevi sistemi içerisinde tutuklu ve hükümlülerin davranışlarının ıslahı amaçlanırken, mahkûm oluşundan itibaren hükümlünün, serbest bırakıldıktan sonraki geleceği düşünülerek dış dünya ile iletişimi de belli şartlar altında sağlanmaktadır<sup>38</sup>. Bu sebeple mahkûm ve tutukluların yeniden sosyalleşmesine imkân tanıyan ve aile bağlarını koruyan dış dünya ile iletişimi önem taşımaktadır.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGİK) 68. maddesine göre, hükümlüler, kendilerine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendileri tarafından karşılanmak kaydıyla gönderme hakkına sahiptir. Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon tarafından denetlenir. Mektup okuma komisyonu bulunmayan kurumlarda kurumun en üst amiri tarafından denetlenir. Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez ve muhataba gönderilmez. Hükümlü tarafından resmi makamlara ve

<sup>36</sup> ŞEN, X Muhabir, s.135.

<sup>37</sup> REYNAUD, Alain, Hapishanelerde İnsan Hakları, (çev. İhsan Kuntbay), Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1992, s.294.

<sup>38</sup> YOKUŞ SEVÜK, Handan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.3-4, Yıl:2003, (Aralık 2003), s.336-343.

savunmasını yapması için hükümlünün avukatına gönderdiği mektup, faks ve telgraflar denetlenemez.

CGİK' nın 66. maddesinin 1. fıkrasında, kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlülerin tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabileceği öngörülmektedir. Ancak bu telefon görüşmesi idarece dinlenmekte ve kayıt altına almaktadır. Tutuklu ve hükümlülerin sadece telefonla yaptıkları görüşmeler, faks ve telgrafla iletişimi değil, internet üzerindeki iletişimi de denetime tabidir<sup>39</sup>. Ayrıca bu hak, tehlikeli halde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilmektedir. Hükümlülerin açık ve kapalı ceza infaz kurumlarında, çocuk eğitim evlerinde araç teflonu, telsiz telefon veya cep telefonu ve benzeri iletişim araçları bulundurulması ve kullanılması yasaktır.

Uygulamada rastlandığı üzere tutuklunun yasa dışı olarak elde ettiği bir telefonla başkalarıyla yaptığı iletişimin hakim kararı ile dinlenmesi ve kaydedilmesinin hukuka aykırı olup olmayacağı sorunu gündeme gelebilir. Öğretide ceza ve tutukevinde bulunan bir tutuklunun müdafii ile iletişimin dışında, gerçekleştirdiği iletişimi açısından özel hayatın gizliliği beklentisi olamayacağından ve hukuka aykırı yollardan cezaevine soktuğu iletişim aracıyla gerçekleştirdiği iletişiminin hakim kararı olmadan dinlenebileceği ve bu durumun hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir<sup>40</sup>. Ancak haberleşmenin gerçekleşmesi için en az iki tarafın mevcudiyeti arandığından yasalara aykırı olarak cezaevine iletişim araçlarını sokan kişinin dinlenmesi ve kayıt altına alınması için de CMK m.135'e göre hakim kararı alınması gerektiğinden bu görüşe katılmanın pek mümkün olmadığını ortaya koymaktadır. Aksi halde tutuklunun yasadışı yollardan cezaevine soktuğu telefonla yaptığı görüşmeleri dinleyenler cezaevi görevlileri olsa bile suç işlemiş olacaktır. Çünkü burada tutuklunun telefonla görüştüğü kişinin özel hayatı ve haberleşme özgürlüğü ihlal edilmektedir. Bu sebeple cezaevi yetkililerinin yasalara aykırı olarak cezaevine telefon sokulduğunu tespit etmeleri durumunda, telefona el koyarak tutuklu açısından cezai ve disiplin yaptırımları uygulamaları gerekmektedir.

---

<sup>39</sup> **KAYMAZ**, s.311.

<sup>40</sup> **KAYMAZ**, s.312.

Tutuklu veya hükümlünün resmi makamlara veya savunması için avukatına gönderdiği mektup, faks ve telgrafın denetime tabi tutulması halinde, denetimi yapan komisyon üyeleri veya en üst kurum amiri, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlemiş olur. Ceza Muhakemesi Kanunu m.154/1'de şüpheli ve sanığın müdafii ile yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. CGİK m.114 uyarınca tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hakim veya mahkemesince kısıtlanabilir. Ancak bu kısıtlama ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi amacıyla olmalı ve gerekçesi gösterilmelidir<sup>41</sup>. Tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz. Özel kanunda yer alan hükümler saklıdır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m.10/1-e bendine göre, Terörle Mücadele Kanunu kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafinin savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheli ile yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamayacağı düzenlenmektedir. Ancak müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi ve hâkim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin müdafiiine verdiği veya müdafiiince bu kişiye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Yapılan incelemenin sonunda hâkim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Haberleşme hakkına kurumun düzeni ve güvenliğini sağlamak amacıyla zorunlu hallerde hukuka uygun olarak müdahale edildiği durumlarda, müdahalenin demokratik toplum için gerekli olması ve bu sınırlamanın kısa tutulması gerekmektedir<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> **YOKUŞ SEVÜK**, Handan, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, (Mart-Nisan 2007), s.122

<sup>42</sup> **YOKUŞ**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi, s.339.

Yabancı ülke vatandaşı olan tutuklu ve hükümlülerin kendi diplomatik temsilcileriyle veya konsolosluk temsilcileriyle görüşme talep etme hakkı vardır. Yabancı ülke vatandaşı olan tutuklu ve hükümlülerin bu haklarından gecikmeksizin haberdar edilmesi (Avrupa Cezaevi Kuralları m.44) ve vatandaşı oldukları ülkenin diplomatik ve konsolosluk temsilcileriyle makul olanaklarla iletişim kurmalarına izin verilmelidir (Birleşmiş Milletler Cezaevi Kuralları m.38)<sup>43</sup>.

Postada el koymayanın yasal olarak düzenlenmesiyle haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmenin gizliliği hakkına suçlulukla mücadele edebilmek amacıyla sınırlamalar getirilmektedir<sup>44</sup>. CMK 129. maddesinde, suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluşta bulunan gönderilere, hakim in veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabileceği düzenlenmektedir.

Yasadaki bu düzenleme ile PTT gönderileri dışında kargo şirketi gibi kurumlardaki gönderilerle, otobüs seyahat firmalarına teslim edilen gönderilere de el konulması mümkündür. Ancak özel bir kişiye teslim edilmiş şeyler gönderi kabul edilemeyecektir. Gönderilere elkonulabilmesi için, gönderilerin suçun delil, iz, eser ve emarelerini oluşturduğu yönünde yeterli şüphe mevcut olmalıdır. Ayrıca gönderilerin gerçeğin ortaya çıkarılması için adliyenin eli altında bulunması zorunluluğu olmalıdır<sup>45</sup>. Yasada Cumhuriyet savcısının elkoyma emri verdiği durumlarda bu emrin hakim kararı ile onaylanması yönünde bir düzenleme madde metninde mevcut değildir. CMK m.127/3 ve AY m.22/2'de belirtilen yetkili merciin kararının hakim onayına sunulmasını

---

<sup>43</sup> **YOKUŞ**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi, s.376.

<sup>44</sup> **GÖKÇEN**, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi), Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermayesi Yayınları No:49, 1994, s. 171.

<sup>45</sup> **YOKUŞ**, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, s.103.

öngören hükmü uyarınca postada elkoyma işlemlerinde de hakim onayının zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde gecikmesinde sakınca olan durumlarda postayla yapılan haberleşmeye elkoyma yoluyla yapılan müdahaleye hakim güvencesi tanınmamış olacaktır.

Hakimin kararı veya savcının emri, kararın gereğinin yapılması için kolluğa bildirilir. Bunun üzerine kolluk memurları postada elkoyma işlemini yerine getirir. Ancak kolluk memurları, elkoydukları gönderilerin içinde buldukları zarfları veya paketleri açamazlar. Aksi halde kolluk memurları haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlemiş olurlar. CMK'nın 122. maddesinin 2. fıkrasına göre, elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin önünde mühür altına alınır ve derhal elkoyma kararını veya emrini veren hakim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilmelidir. Kendisine teslim edilen mühür altındaki gönderileri açıp açmama ve el konulan gönderinin ilgiliye iade edilip edilmeyeceğine ilişkin karar hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilmektedir. Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen elkoyma kararını veren hakime veya emrini veren Cumhuriyet savcısına teslim olunur(CMK m.129/4).

Akar/Türkiye davasında tutuklu halde bulunan başvuran bir mektup yazmış ancak cezaevi disiplin komisyonu Yönetmeliğin 147. maddesi uyarınca, söz konusu mektubun “sakıncalı” olduğuna kanaat getirmiş ve sonuç olarak, söz konusu mektubun gönderilmemesine karar vermiştir. Komisyon, söz konusu mektubun, cezaevi kurumunun güvenliğini tehlikeye atacak nitelikte olduğunu belirtmiştir. Başvuran, cezaevi yetkililerinin mektubunu alıcısına göndermeyi reddetmelerinden dolayı AİHS'nin 8. maddesi uyarınca haberleşme özgürlüğü hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM' e başvurmuştur. AİHM, yasa ile öngörülmeleyen bir müdahalenin hukuka aykırı olduğunu kabul ettiğinden somut olayda yönetmeliğe dayanan müdahaleyi hukuka aykırı olarak nitelendirmiş ve devleti tazminata mahkum etmiştir<sup>46</sup>.

Konuya ilişkin bir diğer karar Özen ve Diğerleri / Türkiye davasında karşımıza çıkmaktadır. Karara konu olan davada başvuranların hepsi cezalarını çeken hükümlülerdir. Yüksek güvenlikli Türk

<sup>46</sup> Başvuru No: 28505/04, Akar/Türkiye Davası, 21.6.2011.

cezaevlerinde tutuklu bulunan başvuranlar, Türkçe dışındaki bir dilde yazılan mektuplarının gönderilmesini reddeden cezaevi yetkilileri ile ihtilafa düşmüşlerdir. Başvuranların hepsi mektuplarının gönderilmesi için yetkili ulusal mahkemelerde dava açmışlar, ancak bir sonuç alamamışlardır. Cezaevi disiplin kurulu, mektupların genelde Türkçe yazılması gerektiğini hatırlattıktan sonra, personel olmadığı için mektubun tercümesini yapamadıklarını ve bu nedenle Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğe uygun olarak içeriğinin sakıncalı olup olmadığını belirleyemediklerini kaydetmiştir. AİHM, öncelikle tutukluların mektuplarının bazı kontrollere tabi tutulmasının kabuledilebilir olduğunu ve hapis ortamının normal ve makul gereksinimleri bakımından AİHS'ne aykırı düşmediğini belirtmektedir. AİHM'e göre bir tutuklunun mektubu, ancak içeriği cezaevinde güvenlik ve düzeni tehlikeye sokabileceği zaman ya da cezaevi personelini hedef gösterdiği, terör örgütleri, organize suç örgütleri veya diğer suç örgütleri arasında iletişim sağladığı, bireylerde ya da kurumlarda panik yaratacak nitelikte yanlış ve yanıltıcı bilgi ya da tehdit veya hakaret içerdiği durumlarda alıcı adrese gönderilmeyebilir. Oysa, ulusal mahkemelerin kararları okunduğunda, AİHM, ihtilafı göndermeme kararlarının bu gerekçelerin hiçbirine dayanmadığını gözlemlemektedir. Ayrıca müdahalenin yasa ile öngörülmüş olma şartı gerçekleşmediği için AİHS 8.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>47</sup>

## **2. Amirin Emrini Yerine Getirme**

TCK m.24/2'ye göre, yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. Ancak yetkili mercii verdiği emrin konusunun suç teşkil etmemesi lazımdır. Amirin emrini yerine getiren açısından bunun bir hukuka uygunluk nedeni olması için; ortada kamu hukuku alanında bir üstün asta verdiği emrin bulunması, emri veren üstün yetkili olması, verilen emrin

---

<sup>47</sup> Başvuru No: 15672/08, 24462/08, 27559/08, 28302/08, 28312/08, 34823/08, 40738/08, 41124/08, 43197/08 51938/08 ve 58170/08, Mehmet Nuri Özen ve Diğerleri/Türkiye Davası, 11.1.2011.



yasalara uygun olması ve emrin yerine getirilmesinin zorunlu olması gerekmektedir<sup>48</sup>.

TCK m.24/3'te konusu suç teşkil eden emirin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, aksi takdirde yerine getiren ile emri verenin sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Madde başlığı "kanunsuz emir" olan AY m.137/2'göre ise, konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilemez. Konusu suç olan bir emir yerine getirilirse yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. TCK'nun 24. maddesi ile AY'nın m.137/2 hükmü birlikte değerlendirilmelidir. Amirin emrini yerine getirme bir hukuka uygunluk hali olarak düzenlenmesine rağmen, eğer yerine getirilmesi istenen emrin konusu suç teşkil ediyorsa, bu emri yerine getiren hiçbir surette hukuka uygunluk halinden yararlanamaz ve işlediği suçun cezası ile cezalandırılır<sup>49</sup>.

CMK m.135'te belirtilen adli makamlar, bu hükümlerle kanunun kendilerine verdiği yetkiyi kullanmaktadırlar. Adli makamların yasaya uygun olarak yetkilerini kullanması sonucu iletişimin denetlenmesi kararını yerine getiren görevliler, amirin emrini yerine getirmeleri sebebiyle bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanmaktadırlar. Burada kanunun emri bir kamu görevlisinin emri aracılığıyla yerine getirildiği için görev emirden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple aslında başkasının haberleşmesini dinleyerek ya da kaydederek haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kamu görevlisi bu işlemi amirinden yani adli makamlardan aldığı yasal emir uyarınca yerine getirdiğinden TCK m.132'deki suçu işlemiş olmaz. Ancak farklı bir örnekle açıklarsak, bir emniyet müdürünün arasında husumet olan bir kişinin telefonlarını dinlenmesi için yanında çalışan polis memuruna emir vermesi halinde polis memurunun bu emri kanunsuz emir olması sebebiyle yerine getirmemesi gerekir. Aksi halde hem emniyet müdürü hem de polis memuru haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işleyeceğinden burada herhangi bir hukuka uygunluk nedeni uygulanmaz<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> CENTEL/ ZAFER /ÇAKMUT, s.296.

<sup>49</sup> ARTUK, Mehmet/ GÖKÇEN, Emin Ahmet /YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011, s.517-521.

<sup>50</sup> BAKIM, s.273.

### **3. Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali**

Meşru savunma, bir kimsenin ağır ve haksız saldırıyı, kendisinden ya da başkasından uzaklaştırmak amacıyla gösterdiği zorunlu tepkidir. Kendisine veya başkasına ait bir hakkı, haksız bir saldırıya uğradığı için karşılık gösteren kimse, saldırıyı derhal uzaklaştırmak zorunda kalması sebebiyle, savunma ile saldırı arasında hal ve koşullara göre, yani kullanılan araç bakımından ve saldırıya uğrayan hak ve zararlar orantılı olarak, başka şekilde korunmayacak bir hakkı bizzat korumaktadır<sup>51</sup>.

Kişinin meşru müdafaa halinde kaldığı şeklinde değerlendirilebileceği durumlarda, örneğin kişilerin hayatı ve vücut bütünlüğüne yönelik saldırılarla, hakaret, tehdit, şantaj suçlarına muhatap olması halinde, suç mağduru olduğunu ispatlamak isteyen kişinin o an konuşmaları kayıt altına aldığı elde edilen deliller hukuka uygun sayılacaktır. Öğretide suçun mağduru olduğu iddiasında olan kişinin önceden düzenek kurarak telefon görüşmelerinin kayıt edildiğinin anlaşılması durumunda, artık burada hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edilemeyeceği ve elde edilen kayıtların hukuka aykırı delil sayılacağı yönünde görüş bildirilmiştir<sup>52</sup>. Diğer bir görüşe göre, mağdurun karşı tarafı kışkırtmaması şartıyla mağdurun önceden düzenek kurarak kendisine yapılan şantajı, tehdidi veya hakareti kaydetmesi hukuka aykırı kabul edilmemelidir<sup>53</sup>. Örneğin kendisine yönelik olarak telefonla devam eden tehditleri konuşma anında kaydedemeyen bir kişi, kendisini tehdit eden kişinin onu yine arayacağını düşünerek aranmadan önce kayıt işlemi için gerekli olan tertibatı hazırlasa ve mağdurun bu hazırlığından sonra tahmin ettiği gibi tekrar aranarak tehdit edilmesi üzerine mağdur önceden hazırladığı kayıt düzeneğiyle konuşmayı kayıt ederse kanaatimizce buradaki kayıt işleminin hukuka uygun olduğu ve elde edilen kayıtların da delil olarak kullanılabilmesi söylenebilir. Ancak suç mağduru olduğu iddiasında olan kişinin belirtilen şekilde gerçekleştirdiği kayıt işleminin hukuka uygun olması için maruz kaldığı suçun ağırlık derecesine bakılması, suçun sürekli bir şekilde o kişiye

---

<sup>51</sup> **CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT**, s.30

<sup>52</sup> **ŞEN**, X Muhbir, s.124-129; Kaymaz, s.295.

<sup>53</sup> **KAYMAZ**, s.296.

karşı işlenmesi gibi kıstasların aranması haberleşme özgürlüğünü korumak adına yararlı olabilir. Kamu görevlilerin kişilerin iletişimini dinlemesi, kayıt altına alması yasayla belirlenen sıkı şartlara tabiyken, özel kişilere hiçbir sınırlama getirilmeden sırf kendilerinin iddiası olan suç mağduru oldukları söylemlerine dayanılarak haberleşme özgürlüğüne müdahale edebilme yetkisi tanımak haberleşme özgürlüğünün sınırsız ihlaline yol açabilir.

Zorunluluk hali durumunda da haberleşme özgürlüğüne müdahale hukuka uygun hale gelebilmektedir. TCK m.25/2'de düzenlenen zorunluluk halinde kişinin kendisine ve başkasına ait bir hakka yönelik, meydana gelmesine bilerek yol açmadığı ve başka türlü korunma olanağı da bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kendisini ve başkasını kurtarmak zorunluluğuyla ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araçla orantılı olmak koşuluyla suç işleyen kişiye ceza verilmeyeceği öngörülmektedir<sup>54</sup>. Kural olarak tehlike altında kalan ve kaybolan kişiye ulaşmak için mağdurun iletişim bilgilerinin değerlendirilmesi CMK m.160 gereğince Cumhuriyet savcısının yetkisindedir. Cumhuriyet savcısına başvurmadan diğer kamu görevlilerinin veya özel kişilerin tehlike altında kalan mağdura ulaşmak amacıyla mağdurun iletişim araçlarıyla gerçekleştirdiği haberleşme araçlarına ulaşması durumunda, kişinin haberleşme özgürlüğü ile üçüncü kişinin yaşama ve maddi ve manevi varlığının korunması hakkı arasında denge kurulması gerekmektedir. Bu durumda mağdurun yaşamı ve maddi ve manevi varlığının öncelikle korunması gerektiğinden, kamu görevlileri ve özel kişiler de mağdurun bulunması için mağdura ait telefon kayıtlarını öğrenirse burada üçüncü kişi açısından zorda kalma hükümlerinin uygulanması mümkündür<sup>55</sup>.

#### 4. İlgilinin Rızası

Kişilik hakkı kapsamında kabul edilen özel hayatın gizliliği ve haberleşmenin gizliliğine saygı hakkı, başkasına devredilemeyen, vazgeçilemez ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır. Kişilik hakkı kapsamında kabul edilen bu haktan kişinin vazgeçmesi ve kişinin kendi haberleşme özgürlüğü üzerinde rızasıyla tasarruf edebilmesi

<sup>54</sup> CENTEL/ZAFER / ÇAKMUT, s.312.

<sup>55</sup> ŞEN, X Muhabir, s.126.

hukuka ve ahlaka aykırı olmamak koşuluyla mümkündür. TCK m.132/1'deki kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal ve m.132/2'deki kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçlarının rıza sebebiyle hukuka uygun olabilmesi için haberleşmenin bütün taraflarınca dinleme, okuma, kaydetme gibi fiillerden oluşan ihlale ve ifşaya rıza gösterilmiş olması gerekmektedir.

Rıza bir hukuka uygunluk nedeni olduğundan, iletişime katılanların hepsinin rızasının alınması şartıyla iletişimin dinlenmesi veya kaydedilmesi suç oluşturmamaktadır. Kişinin sesinin gizlice kaydedilmesi kişilik hakkına tecavüz niteliğindedir. İletişimin taraflarından birinin diğeri veya diğerlerinin rızası dışında iletişimi kaydetmesi hukuka aykırıdır<sup>56</sup>.

CMK m.135'teki şartlara uyulmadan yapılan ve mahkeme kararına dayanmayan iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemlerine, hakkında iletişimin tespiti işlemi uygulanan suç şüphelisi veya sanığının rıza göstermesi halinde, sadece şüpheli veya sanığın lehine olan iletişimin tespiti kullanılabilir. Şüpheli veya sanığın rızası böyle bir durumda onun aleyhine kullanılacak olan iletişimin tespiti işlemlerini hukuka uygun hale getirmeyeceğinden bu tür deliller hukuka aykırı delil niteliğini koruyacaktır. Hukuka aykırı deliller şüpheli veya sanık aleyhine kesin olarak kullanılamaz. Şüpheli veya sanığın rızasıyla fakat hakim kararı olmaksızın iletişimin dinlenip kayda alınması CMK m.135'i bertaraf etmek anlamına geldiğinden hukuka aykırıdır. Nitekim CMK'nun 135. maddesinin yedinci fıkrasında da, bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimsenin, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, CMK m.135'e

---

<sup>56</sup> Yargıtay'da kişinin ses veya görüntüsünün gizlice kayıt edilmesinin özel hayata ve kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği görüşündedir. Yarg.4.HD.26.10.2007 tarihli, E.2006/13723, K.2007/13089 sayılı kararında, bir kişinin hukuka aykırı bile olsa konuşmalarının ve görüntüsünün gizli kamera ile kayda alınmasının aynen telefon konuşmalarının yasadışı dinlenmesinde olduğu gibi bireyin kişilik haklarına ve özel yaşamına saldırı niteliği taşıdığını, bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılmasının ise, kişilik haklarına yapılmış ikinci bir saldırı niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

uygun verilmiş bir tedbir kararı olmadan, tedbir kararının olması durumunda da bu kararı uygulama yetkisi verilen kolluk görevlileri dışındaki kişiler tarafından başkalarının iletişimi dinlenemez ve kayıt edilemez. Aksi halde bu şekilde elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu kabul edilerek bu tür deliller soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılamazlar<sup>57</sup>.

İletişimin taraflarından birinin suç mağduru olması durumunda örneğin telefonla kendisinden rüşvet istenen, tehdit edilen ya da hakarete uğrayan kişinin bu konuşmaları kaydederek soruşturma ve kovuşturma organlarına suç delili olarak vermesi durumunda kayıtların delil olarak değerlendirilmesi gerektiği öğretide bir görüş olarak ifade edilmiştir<sup>58</sup>. Öğretide suç mağdurunun telefonlarının dinlenmesine ya da iletişiminin denetlenmesine rıza göstermesi durumunun hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebileceği yönünde görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, kaçırılan mağdurun bulunması, can güvenliğinin sağlanması ya da yerinin belirlenmesi gibi hallerde onun hukuki yararının korunması amacıyla mağdurun rızası CMK m.161’le birlikte değerlendirilerek mağdurun iletişimi denetlenebilir. Tehlike altında kalan ya da kaybolan bu sebeple mağdur olan kişiye ulaşmak için kişinin cep telefonu bilgilerinin denetlenmesi CMK m.161 çerçevesinde Cumhuriyet savcısının yetkisindedir. CMK m.161 ve TCK m.26/2 hükümlerini hukuki durumu ve sıfatı farklı olan şüphelinin ve sanığın iletişiminin denetlenmesi hakkında uygulamak mümkün değildir. Şüpheli ve sanığın iletişimin denetlenmesi CMK m.135’te özel olarak düzenlendiğinden şüpheli ve sanığın rızasının varlığından söz edilerek CMK m.135’teki şartlara uyulmaksızın, CMK m.161’e göre Cumhuriyet savcısının görev ve yetkisi dâhilinde şüpheli ve sanığın iletişimi incelenemez. Bu görüşe karşılık olarak mağdurun rızasıyla birlikte CMK m.135’in uygulanması suretiyle, alınacak hakim kararı doğrultusunda mağdurun iletişimin dinlenmesinin mümkün olabileceği yönündeki başka bir görüş ileri sürülebilir. Bu halde, CMK’da mağdurun iletişimin denetlenmesi konusunda açık bir düzenleme olmadığı için, ceza muhakemesinde kıyas yasak olmadığından kıyas yapılabilir. Ancak mağdurun iletişiminin

<sup>57</sup> KAYMAZ, s.290.

<sup>58</sup> KAYMAZ, s.295.

denetlenmesi konusunda maddi hukuk kuralı olan mağdurun rızasına dayanarak dinleme işlemlerini gerçekleştirmek isabetli olmayabilir. Mağdurdan alınan rızayı genişletme hedefinde olabilecek kolluk kuvvetleri ve savcılık makamının keyfi uygulamalarıyla bu rıza hukuka aykırı yol ve yöntemlerinin tatbiki için kullanılma tehlikesini bünyesinde barındırdığından, suç mağduru olduğu iddiasında bulunan kişilerden alınan rıza doğrultusunda iletişimin sınırsız bir şekilde denetlenmesinin yolu da açılabilir<sup>59</sup>.

### SONUÇ

Özel hayatın bir parçasını oluşturan haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği özel hayatın gizliliği kapsamında kabul edilerek korunmuştur. Haberleşme, bireylerin başkasıyla paylaşmadığı ve doğrudan doğruya olmayıp bir araç vasıtasıyla yapmış oldukları görüşmelerin içeriklerinden oluşan iletişim sürecidir. Haberleşme yazılı, sözlü veya görüntülü olarak yapılabilmektedir. Haberleşme kavramı teknoloji ve bilişim sistemlerinde meydana gelecek gelişmeler doğrultusunda genişleyen anlamlar içerdiğinden, haberleşme özgürlüğü yeni teknolojik gelişmelere paralel olacak bir dinamizmle korunmaya devam edilmelidir. Haberleşmeye saygı hakkı, bireyin engellenmeksizin ve sansür edilmeksizin diğer insanlarla iletişim kurma ve ilişkilerini

---

<sup>59</sup> ŞEN, X Muhbir, s.125. Danıştay, benzer tehlikeyi içeren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin a ve c bendleri ile yine aynı maddenin f bendindeki “ilgilinin rızası ile” ibaresinin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay’a göre, ilgilinin rızası, hakim veya yetkili merciin yazılı emri olmaksızın doğrudan kolluk tarafından yapılan aramayı hukuka uygun hale getirmez. Anayasa’nın “temel haklar ve ödevler” kısmında yer alan özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez ve kişiliğe bağlı temel haklardan olduğu için kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği subjektif haklardan değildir. Bu sebeple hak sabinin kendisi dahi bu haklar üzerinde tasarruf edemez. Ayrıca bireyle kolluk arasındaki güç dengesizliği nedeniyle kolluğun üst, eşya ve ev araması yapması için bireyin göstereceği rızanın geçerli bir rıza olduğu kabul edilemez. Danıştay 10. Dairesi’nin 19.01.2006 tarihli, E.2005/6392 sayılı yürütmenin durdurulması kararı için bkz. Bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

geliştirme hukuksal çıkarını güvence altına almaktadır. Haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği hakkı kişilerin haber, söz ve düşüncelerini kendilerini baskı altında hissetmeden rahatça ifade edebilmelerini sağlayan temel bir haktır. Haberleşme özgürlüğü, daha geniş bir kapsama sahip olan özel hayatın dokunulmazlığının bir yönünü oluşturmaktadır. Haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkı; haber ve düşünceleri serbestçe açıklayabilme hakkı ve haber, düşünce ve kanaatleri serbestçe yayabilme hakkı haberleşme özgürlüğünün kapsamını belirleyen temel özelliklerdir. Haberleşmenin gizliliğinin dokunulmazlığıyla, bireyin dilediği kişilerle dilediği biçimde ve zamanda haberleşmesinin engellenmemesi ve haberleşmenin ilgililerin izin ve onayı olmadan üçüncü kişilerin algısından ve müdahalesinden korunması amaçlanmaktadır. Haberleşme özgürlüğünün korunması, hem haberleşmenin engellenmemesini hem de haberleşmenin gizliliğinin korunmasını gerektirir. Dolayısıyla haberleşme özgürlüğü, haberleşmenin gizliliği hakkını da kapsadığından daha geniş bir kavramdır. Haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçu ile korunan asıl hukuki yarar, haberleşme özgürlüğüdür. Kişilerin haberleşmesinin gizliliğine müdahale edilerek aynı zamanda özel hayatının gizliliği de ihlal edildiği için haberleşmenin gizliliğinin ihlali ile genel olarak korunan hukuki yarar özel hayatın gizliliği hakkı olmakla birlikte daha özel bir alana ilişkin bir düzenleme getirilerek suç ihdas edildiğinden özel olarak korunan hukuki yarar haberleşme özgürlüğüdür.

Gerek ulusal mevzuatlarda gerek uluslararası metinlerde yer alan haberleşme özgürlüğüne gerek kişiler tarafından gerek devlet tarafından çeşitli müdahalelerde bulunularak bu özgürlüğün sıklıkla ihlal edildiğini söylemek mümkündür. Özel hayatın gizliliğine dokunulmaması ve haberleşme özgürlüğünün ihlal edilmemesi için insan haklarına ilişkin uluslararası beyanname ve sözleşmelerle de gerekli düzenlemeler yapılarak belirtilen hak ve özgürlüklerin korunması amaçlanmıştır. Devletler de ulusal mevzuatlarında özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını ve haberleşme özgürlüğünü tanıyarak güvenceler sağlamakta ve ihlaline müeyyideler bağlamaktadır. Ayrıca haberleşmenin gizliliğine müdahale ederek, gizliliği ihlal etme imkânı ve bunları hukuka aykırı olarak kullanma ihtimali olan yerler denetlenmelidir. Hukuka uygun olduğu bahanesiyle iletişimin denetlenmesi gibi kişinin haberleşme özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik tedbirlerin tatbikinde kötüye

kullanımların ve keyfi uygulamaların önüne geçmek lazımdır. Bunun için de haberleşmenin gizliliği hakkı ile haberleşme özgürlüğüne müdahale niteliğindeki yasal düzenlemeleri net bir şekilde saptamak ve bireyin hak ve özgürlüklerine istisnai müdahale yöntemlerini somutlaştırıp daraltmak suretiyle belirlemek büyük önem taşımaktadır.

#### **KAYNAKLAR**

ARTUK, Mehmet/ GÖKÇEN, Emin Ahmet /YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011.

BAKIM, Sevi, Ceza Hukukunda Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012.

BIELEFELDT, Heiner, Hukuk Devleti “Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik”, (çev. Yüksel Metin ), Ankara, 2008.

CENDEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2011.

COŞKUN, Enis, Küresel Gözaltı Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme, Ankara, 2000.

GÖKÇEN, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Dinlenmesi), Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermayesi Yayınları No:49, 1994.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara, 2002.

İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener, Kitle İletişim Hukuku, İstanbul, 2009.

KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara, 2009.

KILKELLY, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz), İnsan Hakları El Kitapları, No:1, Ankara, 2003.



ÖZBUDUN, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı, 1925-1977,C.1.

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Yeni CMK’ya Göre Yenilenmiş 9.Baskı, Ankara, 2006.

REYNAUD, Alain, Hapishanelerde İnsan Hakları, (çev. İhsan Kuntbay), Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1992.

SÖZÜER, Adem, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İHFM, C.LV, S.3,1997.

ŞEN, Ersan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 79, Sayı: 2005/3, 2005.

ŞEN, Ersan. Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhabir, Ankara, 2010.

TAŞKIN, Mustafa, Adli ve İstihbarî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara, 2008.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa R. /ÖNOK, Murat , Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara , 2010.

TURHAN, Faruk / AKSU, Muharrem, “İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Uluslararası Davraz Kongresi Bildirisi, Isparta, 24-29 Eylül 2009. <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi27.pdf> (, E. T.: 4.5.15).

UZGÖREN, “Bireyin Hayatının Korunması, Özel Hayat-Aile Hayatı-Konut-Haberleşme”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:72, Ankara, 2004.

ÜZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004.

YARDIMCI, M. Murat, “50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye”, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın: 7.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.3-4, Yıl:2003, (Aralık 2003).

YOKUŞ SEVÜK, Handan, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 16-17-18-19, 2007-2008.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, (Mart-Nisan 2007)

## İSTİKLAL MAHKEMELERİNİN KURULUŞU VE ÇALIŞMALARI

Arş. Gör. İbrahim ÜLKER\*

### THE ESTABLISHMET AND THE OPERATIONS OF THE INDEPENENCE TRIBUNAL

#### ÖZET

*İstiklal Mahkemeleri ilk olarak Kurtuluş Savaşı yıllarında kurulmuştur. İlk görevi asker kaçaklarını yargılamaktı. Üyeleri milletvekilleri arasından seçilmiştir. Savaş sonrasında yeni yönetime karşı çıkan muhalifler hareketleri sindirmek için de kullanılmıştır. Bu mahkemelerden çalışmış olduğu süre ve vermiş olduğu kararlar açısından ön plana çıkan Ankara İstiklal Mahkemesidir. Bu mahkeme şapka olaylarına katılanları ve Atatürk'e suikast iddiası ile tutuklananları yargılamıştır.*

*Bu makalede mahkemelerin kuruluşu ve tarihsel süreç içerisinde yapmış oldukları önemli icraatlar kısaca ortaya konulmuştur.*

**ANAHTAR KELİMELER:** *İstiklal Mahkemesi, şapka olayları, inkılap, kanun, hakim.*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı

### **ABSTRACT**

*Independence Tribunals were established in the period of War of Independence. Its first task was to prosecute deserter. Members are chosen from among the member of the Turkish National Assembly. Independence court was also used to repress the opposition by goverment. Prominent of these courts was the Ankara court independence in terms of duration it has worked, it has decided to give. These courts judged participants in the event of a hat, those arrested for alleged assassination Ataturk.*

*In this article, described that the establishment of courts and revealed its significant accomplishments in the historical process.*

**KEYWORDS:** *Independence Tribunal, event of a hat, revolution, code, judge.*

### **GİRİŞ**

İstiklal Mahkemeleri, Büyük Millet Meclisi kararıyla kurulan özel mahkemelerdir. Bu mahkemelere ilişkin belgeler Türkiye Büyük Millet Meclisi arşivinde bulunmaktadır. Mahkemelerin çalıştığı dönemlerde harf inkılabı yapılmadığı için arşiv kayıtlarının tümü Osmanlıcadır. TBMM Başkanlığının 11 Mart 2010 tarih ve 3967 sayılı oluru ile bir proje çerçevesinde arşiv evraklarının tasnif edilerek günümüz alfabesine çevrilmesine başlanmıştır. Ancak TBMM arşivinde bu mahkemelere ait yaklaşık 914.000 sayfa evrak bulunduğu düşünüldüğünde bu çalışmanın neticelendirilmesi uzun bir zaman alacağı muhakkaktır. Günümüzde bu çalışmalar halen devam etmektedir.

İstiklal Mahkemeleri, ilk olarak Kurtuluş Savaşı döneminde kurulmuş ve yoğun olarak bu dönemde çalışmış olmasına rağmen; Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan sonra ifa ettiği görevler nedeniyle çeşitli tartışmalara konu olmaktadır. Mahkemeye ait belgelerin bu güne kadar gizli arşivlerde tutulması, o devirde yaşananların günümüzde halen tartışılıyor olması ve kurulan teşkilatın mahkeme adı ile anılıyor olması bizi bu konuda araştırma yapmaya iten sebepler oluştur. Bu makalede mahkemelerin kuruluşu ve tarihsel süreç içerisinde yapmış oldukları önemli icraatlar kısaca ortaya konulmuştur. Konuya ilişkin bir sonraki

makalemizde ise mahkemelerin yapısı, çalışma ilkeleri, görev ve yetki alanı ve üyelerinin nitelikleri gibi usul hukukuna ilişkin konulara değinilecektir.

Birinci dünya savaşının kaybedilmesi ile Osmanlı toprakları itilaf devletlerinin işgaline uğramıştı. Milli mücadeleyi gerçekleştirmek için Büyük Millet Meclisinin kurulması ile Anadolu da bir otorite karmaşası yaşandı. Meclis, bu ortamda kendi otoritesini tesis etmek için mevcut mahkemelerden farklı bir yargı organı kurmayı uygun gördü. Zira mahkemelerde yargılamalar uzun sürüyor ve olağanüstü dönemin ihtiyaçlarını karşılayamıyordu.<sup>1</sup> Fransa'da ve Sovyetler Birliğinde ihtilal sonrası benzer mahkemeler kurulmuş, bu mahkemeler otoritenin tesisi açısından hızlı ve etkili sonuçlar elde etmişlerdi.<sup>2</sup>

İstiklal Mahkemelerin kuruluş amacı, kuruluş kanununda da belirtildiği üzere<sup>3</sup> düzenli ordunun kurulması ve devamlılığını sağlamak için asker kaçakları sorununu çözmek idi. Kuruluşundan çok kısa bir süre sonra yetkileri vatana ihanet, yolsuzluk, soygun, casusluk, ayaklanma gibi suçları da kapsamına alarak genişledi. Artık Milli Mücadeleye ve ihtilale karşı işlenen her suç, İstiklal Mahkemelerinin görevi olmuştu.<sup>4</sup>

İstiklal Mahkemelerini incelerken mahkemelerin tarihsel seyrini iki döneme ayırarak incelemek uygun olacaktır. Bu iki dönem 1920-1923 yıllarını kapsayan Savaş dönemi İstiklal Mahkemeleri (birinci dönem); 1923-1927 yıllarını kapsayan Cumhuriyet dönemi İstiklal Mahkemeleri (ikinci dönem) şeklinde ayrılabilir.<sup>5</sup> Birinci dönemin sonunda mahkemeler kapatılmış, altı aylık bir sürenin ardından görülen lüzum

<sup>1</sup> AYBARS, Ergün, **İstiklal Mahkemeleri**, Zeus Kitapevi, İzmir, 2006, s.45.

<sup>2</sup> AYBARS,(2006) s.342.

<sup>3</sup> KOÇİN, Abdülhekim, **İstiklal Mahkemeleri Kanun Gereke ve Genel Kurul Tutanakları**, TBMM Kütüphane ve Arşiv Hizmetleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2015, s.165.

<sup>4</sup> AYBARS, Ergün, **İstiklal Mahkemeleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1988, s. 1.

<sup>5</sup> SAVAŞAL SAVRAN, Gülten, **1926 İzmir Suikastı ve İstiklal Mahkemeleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Atatürk İlkeleri ve İnkılapları Tarihi Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006, s.10.

üzerine yeniden kurulmuşlardır. Mahkemeler, bu iki dönemde birbirinden farklı özellikler göstermişlerdir.

Birinci dönem İstiklal Mahkemelerinin en yoğun baktığı konu asker kaçakları idi. Zira uzun yıllar süren savaşıardan bıkan askerlerden çoğu, fırsatını buldukça birliklerinden kaçıyorlardı. Bu durum diğer askerlerin maneviyatını zayıflatmanın yanı sıra; ordunun düzeninde de ciddi sorunlara yol açıyordu. İkinci önemli konu ise iç isyanlardır. Daha meclis açılır açılmaz çeşitli nedenlerle Ankara'da oluşmuş idareye karşı iç isyanlar başlamış, askeri güçle bastırılan isyanlarda, sorumluların hızlı bir şekilde yargılanarak cezalandırılması konusunda İstiklal Mahkemeleri önemli görevler ifa etmişlerdir.<sup>6</sup>

İkinci dönem İstiklal Mahkemeleri ise Cumhuriyetin ilanı ile başlayan Atatürk devrimlerinin gerçekleşmesi ve kökleşmesi için karşı devrimcileri, isyancıları, muhalif basın kuruluşlarını, Osmanlıdan kalma ittihatçıları yargılamıştır. Hatta birinci dönemde Atatürk ve arkadaşları ile sırt sırta çalışmış ama ikinci mecliste muhalefet partisi kurmuş olan komutanları vatana ihanetle yargılamış ve böylece her türlü muhalefete son vererek ülke genelinde otoriteyi tesis etmiştir. Öyle ki 1927 yılına gelindiğinde artık Atatürk'ün devrim gerçekleştirme çabasına karşı çıkabilecek hiçbir güç kalmamıştı.<sup>7</sup>

Her mahkemenin kapısında büyük bir levha ile mahkemenin adı, mahkeme heyetinin oturduğu yerin arkasında ise yine büyük bir levha ile "İstiklal Mahkemesi Mücadelesinde Yalnız Allaha Korkar" yazılı olurdu.<sup>8</sup>

### **A. SAVAŞ DÖNEMİ İSTİKLAL MAHKEMELERİ**

Osmanlı'nın 1. Dünya Savaşını kaybetmesi ve ardından Mondros Mütarekesi'ni imzalaması ile başlayan yabancı istilasına karşı Anadolu'da oluşan direniş hareketi, 23 Nisan 1920 de Büyük Millet Meclisinin açılmasıyla daha sistemli bir yapıya kavuştu. Ancak

---

<sup>6</sup> AYBARS, Ergün, **İstiklal Mahkemeleri**, AD Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 153.

<sup>7</sup> AKYOL, Taha, **Ama Hangi Atatürk**, Doğan Kitap Yayınları, İstanbul, 2008, s.495; AYBARS(1981), s. 204.

<sup>8</sup> TURGUT, Hulusi, **Atatürk'ün Sırdaşı Kılıç Ali'nin Anıları**, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2006, s.370.

İstanbul'un işgal altında olması ve Osmanlı hükümetinin işgal güçlerinin baskısı ile Ankara'da bulunan Meclis aleyhine çalışması, kurtuluş hareketini daha da zor durumda bırakıyordu.<sup>9</sup>

Milli Mücadele devam ederken asker kaçaklarının sayısının giderek artması ve Ankara Hükümeti aleyhine iç isyanların çıkması nedeniyle B.M.M. sert tedbirler almayı kararlaştırdı. Mecliste yapılan görüşmeler neticesinde 29 Nisan 1920 tarihinde Hıyanet-i Vataniye Kanunu kabul edildi. Bu kanunun 1. maddesinde: *“Makamı Mualla-yı Hilafet ve Saltanatı ve Memalik-i Mahruse-yi Şahaneyi yedi ecanipten tahlis ve taarruzatı defî maksadına matuf olarak teşekkül eden Büyük Millet Meclisi'nin meşruiyetine isyanı mutazammın kavlen veya fiilen veya tahriren muhalefet ve ifsadatta bulunan, hain-i vatan addolunur.”*<sup>10</sup> (Yüce hilafet makamı ve saltanatı ve ülkeyi yedi yabancı devlet güçlerinden kurtarmak ve saldırıları önlemek amacıyla yönelik olarak kurulan Büyük Millet Meclisi'ne karşı düşünce veya uygulamalarıyla veya yazdıkları yazılarla muhalefet ve bozgunculuk edenler vatan haini olarak addedilir.)<sup>11</sup>

Kanunun devamı maddelerinde birinci maddede düzenlenen vatana ihanet suçunun cezasının idam olduğu(m.2), suçun işlendiği yerde bulunan ceza mahkemelerinin yargılamaya yetkili olduğu(m.4), yargılamanın azami yirmi gün içinde bitirilmesi gerektiği(m.7), düzenlenmiştir.

Hıyanet-i Vataniye kanununun kabul edilmesinden sonra geçen dört aylık sürede, olağan üstü şartların getirdiği ihtiyaçlar karşısında mevcut yapının yetersiz olduğu anlaşıldı. Asker kaçaklarına bir çözüm bulunamaması sebebiyle meclis yeni bir kanunla İstiklal Mahkemelerinin

<sup>9</sup> GÖRGÜLÜ, İsmet, **Ana Hatlarıyla Türk İstiklal Harbi**, Kastaş Yayınları, İstanbul, 1999, s.123.

<sup>10</sup> TBMM Tutanak Dergisi Cilt 1 s. 63, Kanun No:2, [http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmc001/kanuntbmmc001/kanuntbmmc00100002.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmc001/kanuntbmmc001/kanuntbmmc00100002.pdf) E.T. 04.03.2015.

<sup>11</sup> Kanunun günümüz Türkçesine çevrilmiş şekli için bkz: <http://tarih.sitesi.web.tr/hıyanet-i-vataniye-kanunu-nedir.html> E.T.05.03.2015

kuruluşuna karar verdi.<sup>12</sup> 11 Eylül 1920 tarihinde kabul edilen Firariler Hakkında Kanun<sup>13</sup> ile kurulan ve şimdilik asker kaçaklarını yargılama ile görevli olan mahkemenin üyeleri de meclisin kendi üyeleri arasından oylama ile seçilecekti. Böylece meclis yasama, yürütme yetkilerinin yanı sıra “*olağan üstü yargı yetkisini*” de bünyesinde barındıran bir yapıya sahip oluyordu.<sup>14</sup>

İstiklal Mahkemelerinin yetkilerine ve üyelerinin kim olacağına ilişkin tartışmalar devam ederken 26 Eylül’de verilen bir önergeyle mahkemenin asker kaçaklarına ilişkin yetkisi Hiyanet-i Vataniye Kanunu kapsamındaki suçları ve casusluk suçlarını içine alacak şekilde genişletildi. Devam eden oturumlarda üye seçimleri yapılarak bir başkan ve üç üyeden müteşekkil olmak üzere, yurdun çeşitli yerlerinde görev yapmak üzere sekiz adet İstiklal Mahkemesinin kurulmasına karar verilmiştir.<sup>15</sup> Bu mahkemelerin yargılama çevreleri ayrı ayrı belirlenmiş ve her biri birden fazla ilde görev yapmakla vazifelendirilmişlerdi. 8 Ocak 1921 tarihli oturumu bizzat yöneten Mustafa Kemal’in önerisi ile

---

<sup>12</sup> KILIÇ, Mehmet, **Cumhuriyet Yolunda Kilometre Taşları**, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s.183.

<sup>13</sup> TBMM Tutanak Dergisi Cilt 1 s. 419. Kanun No:21  
[http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmc001/kanuntbmmc001/kanuntbmmc00100021.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmc001/kanuntbmmc001/kanuntbmmc00100021.pdf) E.T. 04.03.2015

<sup>14</sup> AYBARS(1997), s.41.

<sup>15</sup> Eskişehir, İzmit, Bursa, Bilecik, Kütahya Livalarındaki davalara bakmak üzere **Eskişehir İstiklal Mahkemesi**, Kastamonu, Bolu, Zonguldak, Kengili, Sinop Livalarındaki davalara bakmak üzere **Kastamonu İstiklal Mahkemesi**, Ankara, Kırşehir, Yozgat, Çorum Livalarındaki davalara bakmak üzere **Ankara İstiklal Mahkemesi**, Konya, Karahisar-ı Sahip, Aksaray Livalarındaki davalara bakmak üzere **Konya İstiklal Mahkemesi**, Isparta, Burdur, Antalya, Denizli, Aydın, Menteşe Livalarındaki davalara bakmak üzere **Isparta İstiklal Mahkemesi**, Adana, Kozan, Niğde, Kayseri İçel Livalarındaki davalara bakmak üzere **Pozantı İstiklal Mahkemesi**, Sivas, Tokat, Amasya, Samsun, Ordu Livalarındaki davalara bakmak üzere **Sivas İstiklal Mahkemesi**, Diyarbakir, Mardin, Siirt, Bitlis, Van, Muş, Hakkari, Genç, Ergani, Siverek Livalarındaki davalara bakmak üzere **Diyarbakir İstiklal Mahkemesi** kurulmuştur. AYBARS(1997), s.62.



Trabzon ve Elazığ'da<sup>16</sup> da birer İstiklal Mahkemesi kurulması kabul edilmiş böylece mahkeme sayısı ona çıkmıştır.<sup>17</sup> Bu dönemde İstiklal Mahkemeleri zaman içerisinde ihtiyaç kalmadığı için bazı bölgelerde kapatılmış, ihtiyaç hasıl olduğunda yeniden kurulmuşlardır.<sup>18</sup>

Bu süreçte 7 Ekim 1920 – 31 Temmuz 1922 tarihleri arası aralıksız çalışan tek mahkeme Ankara İstiklal Mahkemesi olmuştur.<sup>19</sup> Ankara İstiklal Mahkemesi diğerlerinden farklı olarak asker kaçaklarının yanı sıra, siyasi davalara da bakmıştır. Bir nolu kararıyla Sevr Anlaşması'nı imzaladıkları gerekçesiyle Damat Ferit Paşa ve ayanlardan Hadi, Rıza Tevfik, Reşat Halis hakkında giyabi idam kararı vermiştir. Daha sonra düzenli orduya karşı gelen ve isyan eden Çerkez Ethem yine giyabi olarak yargılanmış ve idamına karar verilmiştir.<sup>20</sup> Bunun dışında yolsuzluk ve casusluk gibi davalara da bakmıştır.

Meclisin kurduğu ve meclis üyelerinden oluşan İstiklal Mahkemeleri, yine Meclise karşı sorumlu idiler. Bu nedenle çalışmalarına ilişkin olarak on beş günde bir Meclise rapor göndermeleri gerekiyordu. Bu raporların gününde gelmemesi veya hiç gönderilmemesi, yapılan bazı yanlış uygulamalar nedeniyle Mecliste tartışmalar

<sup>16</sup> Trabzon, Laziztan, Giresun, Gümüşhane, Karahisar-ı Şarki, Erzincan, Erzurum, Beyazıt Livalarındaki davalara bakmak üzere **Trabzon İstiklal Mahkemesi**, Elaziz, Malatya, Maraş, Ayıntab, Cebelibereket, Urfa Livalarındaki davalara bakmak üzere **Elaziz İstiklal Mahkemesi** kurulmasına karar verilmiş ancak Elaziz İstiklal Mahkemesi fiilen göreve başlamamıştır. AYBARS(1997), s.62.

<sup>17</sup> NEDİM, Ahmed, **Ankara İstiklal Mahkemesi Zabıtları**, İşaret Yay. İstanbul, 1993, s. 19.

<sup>18</sup> Örneğin Konya İstiklal Mahkemesi önce 18/09/1920 tarih ve 45 nolu Meclis Kararıyla açılmış, 17/02/1921 tarih ve 97 nolu Meclis Kararıyla kapatılmıştır. Yeniden ihtiyacın hasıl olması ile 22/07/1921 tarih ve 140 nolu Meclis Kararıyla yeniden açılmış ve 01/08/1922 tarih ve 274 sayılı kararlarla kapatılmıştır. KOÇIN, s.6-7.

<sup>19</sup> AYBARS(1997), s.63.

<sup>20</sup> ŞENER, Cemal, **Çerkes Ethem Olayı**, Etik Yayınları, İstanbul, 2001,s.135.

yaşanmıştır. Neticede 17 Şubat 1921 tarihinde Meclisin aldığı bir kararla Ankara dışındaki İstiklal Mahkemeleri kaldırılmıştır.<sup>21</sup>

Savaş şartları devam ederken Meclis 5 Ağustos 1921 tarihinde tartışmalı geçen bir oturumun sonunda, M. Kemal Paşa'ya meclisin sahip olduğu yetkileri şahsında toplamak ve Meclis adına yürütmek üzere üç ay süre ile başkumandanlık yetkisi verildi. Bu yetki daha sonra üç kez uzatıldı. Meclis tarafından verilen bu yetki ile M. Kemal'e tek başına kanun çıkarma yetkisi tanınmış oldu. Ordunun artan ihtiyaçlarını karşılamak üzere Tekalif-i Milliye Emirlerini yayınlayan M. Kemal, hem bu kanunun uygulamasını sağlamak hem de İstiklal Mahkemelerinin kapatılması ile artan asker kaçaklarının yargılanarak cezalandırılması veya yeniden cepheye gönderilmesi için Konya, Kastamonu, Samsun, Yozgat illerinde yeniden İstiklal Mahkemelerinin kurulması emrini vermiştir.<sup>22</sup>

İstiklal Mahkemesi üyeleri, önceki dönemde olduğu gibi Meclis üyeleri arasından seçilmişti. Yunan ordusu Eskişehir – Kütahya çizgisine geldiği için Eskişehir İstiklal Mahkemesi kurulamamış, Doğu Anadolu ise 15. Kolordu Komutanlığının bölgeye hakim olması ve bölgede otorite ve sükunetin sağlanmış olması sebebiyle bu bölgede yeni bir İstiklal Mahkemesi kurulmasına gerek duyulmamıştır.<sup>23</sup>

İstiklal Mahkemelerinin geniş yetkilerle donatılmış olması ve idam cezalarının oluşturduğu tepkiler nedeniyle B.M.M. de zaman zaman tartışmalar çıkmakta ve İstiklal Mahkemelerinin varlığı ve yetkileri tartışılmakta idi. Örneğin 29.11.1921 tarihinde İstiklal Mahkemelerinin kaldırılması için bir önerge verilmiş, yapılan görüşmede hükümetin İstiklal Mahkemelerine olan ihtiyacın halen devam ettiği yönünde görüş bildirmesi üzerine önerge reddedilmiştir.<sup>24</sup> 20 Temmuz 1922 tarihinde M.

---

<sup>21</sup> GÜN, Fahrettin, **Eşef Edip İstiklal Mahkemelerinde**, Beyan Yayınları, İstanbul, 2001, s.22.

<sup>22</sup> YAZICI, Bedi, **Atatürk'ün Büyük Nutku**, Akvaryum Yayınevi, İstanbul, 1995, s.600

<sup>23</sup> AYBARS(1997), s. 110.

<sup>24</sup> TBMM Zabıtları, Cilt: 14, s. 407.  
<http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d01/c014/tbmm01014119.pdf> E.T. 05.03.2015

Kemal'in Başkomutanlık döneminde kurulan İstiklal Mahkemesi üyeleri meclisin aldığı kararla geri çağrıldı.<sup>25</sup> Eski kanuna getirilen eleştiriler ve mahkemenin görev alanının daha net bir şekilde belirtilmesi için 31 Temmuz 1922 tarihinde İstiklal Mahkemesi Kanunu kabul edilmiştir.<sup>26</sup> Bu tarihten sonra Amasya'da bir ay süre ile Urfa'da iki ay kadar görev yapan İstiklal Mahkemeleri kurulsa da, Kurtuluş Savaşı'nın sona ermesi ve asker kaçağı sorununun ortadan kalkması nedeniyle İstiklal Mahkemelerinin görevlerine son verilmiştir.<sup>27</sup>

Kurtuluş Savaşı devam ederken çeşitli merkezlerde kurulan ve 1 Ekim 1920'den 11 Mayıs 1923'e kadar faaliyet gösteren İstiklal Mahkemelerinde tespit edilen rakamlara göre toplam 59.164 kişi yargılanmış, 4.124 kişi idama mahkum edilmiştir. Bunların 243'ü gıyaben, 2827'si de müeccelen(ertelenerek) verilmiş idam cezalarıdır. Cezaları hemen infaz edilenler ise 1.054 kişidir. Bazı mahkemelere ait listelerin eksik oluşu dikkate alındığında gıyabi idam hükümlerinin daha fazla, müeccelen idam kararlarının 5.000'in üzerinde ve infaz edilen idam hükümlerinin de 1.450 - 1.500 civarında olduğu tahmin edilmektedir. Kalebend ve kürek cezası verilenlerin toplamı 1.786, diğer cezalara çarptırılanların toplam sayısı 41.678'dir.<sup>28</sup> Bu noktada şu bilgiyi vermeden geçemeyeceğiz. Bu dönemde İstiklal Mahkemelerinin yanı sıra harp divanları ve özellikle ayaklanmaları bastıran kuvvet komutanlarının yargısız keyfi bir şekilde uyguladıkları cezalar da bulunmaktadır. Araştırmacılar bu dönemde Divan-ı Harp Mahkemelerinin de yargılamalar yaparak idam kararları verdiği için öldürülen kişi sayısı net

<sup>25</sup> TBMM Tutanak Dergisi, C:1, s.455, Karar No:271.

[http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmc001/karartbmmc001/karartbmmc00100271.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmc001/karartbmmc001/karartbmmc00100271.pdf) E.T. 05.03.2015.

<sup>26</sup> TBMM Tutanak Dergisi, C:1, s.295, Kanun No:249

Kanunu tam metni için Bkz: [http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc001/kanuntbmmc001/kanuntbmc00100249.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc001/kanuntbmmc001/kanuntbmc00100249.pdf) E.T. 05.03.2015

<sup>27</sup> KÜÇÜK, Cevdet, **İstiklal Mahkemeleri**, Diyanet İslam Ansiklopedisi, C:23, s.350.

<sup>28</sup> AYBARS(1997), s. 160.

olarak tespit edilmesinin mümkün olmadığını söylemektedirler.<sup>29</sup> Ancak sayının beş yüz bin civarında olduğunu söyleyenler de bulunmaktadır.<sup>30</sup>

### **B. CUMHURİYET DÖNEMİ İSTİKLAL MAHKEMELERİ**

1923 yılına gelindiğinde Anadolu düşman işgalinden kurtarılmış, Lozan Konferansına Osmanlı Hükümetinin çağrılması üzerine saltanat kaldırılmıştı. Mecliste Mustafa Kemal'e ve arkadaşlarının oluşturduğu birinci guruba muhalif olarak, ikinci bir gurup oluşmuştu. Kurtuluş Savaşı'nda meclisin yıprandığı gerekçe gösterilerek 3 Nisan 1923 tarihinde birinci meclisin feshine ve seçimlerin yenilenmesine karar verildi.<sup>31</sup> Yapılan seçimlerde ne ittihatçıların nede birinci mecliste oluşan muhalefet gurubunun seçilmesine imkan tanınmamış, bir iki bağımsız aday dışında tamamen Mustafa Kemal'in gösterdiği adaylar mebus olarak seçilmişti.<sup>32</sup> Yapılan seçimle kurulan İkinci Meclis, 11 Ağustos 1923 tarihinde toplandı, önce Lozan Antlaşması kabul edildi, daha sonra 29 Ekim 1923 tarihinde Cumhuriyet ilan edilerek Türkiye Cumhuriyeti kuruldu.

Saltanatın kaldırılması ve son Osmanlı Padişahı VI. Mehmet Vahdettin'in İstanbul'u terk etmesinin ardından T.B.M.M. Abdülmecit Efendiye halife olarak kabul etmişti. Cumhuriyetin kuruluşunun ardından ortaya konan icraatlar neticesinde, Mustafa Kemal ve arkadaşlarının nihai

---

<sup>29</sup> Örneğin Konya'da çıkan isyanlar nedeniyle yargılamaların çoğu Divan-ı Harp Mahkemelerinde yapılmış ve bu mahkemelere tarafından verilen ve infaz edilen idam kararlarının yedi yüzün üzerinde olduğu beyan edilmektedir. Buna karşılık Konya İstiklal Mahkemesi'nin idam kararı onu bulmamaktadır. AKANDERE, Osman, **3 Numaralı Konya İstiklal Mahkemesi'nin Konya İsyanı ile İlgili Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Sunduğu Rapor**, Atatürk Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Müdürlüğü Atatürk Dergisi, Yıl:2004, Cilt:4, S:2, s.82

<sup>30</sup> MISIROĞLU, Kadir, **Geçmişi ve Geleceği ile Hilafet**, Sebil Yayınevi, İstanbul, 2010, s.442-443

<sup>31</sup> ÇEÇEN, Anıl, **Atatürk ve Cumhuriyet**, İmge Kitapevi, Ankara, 2003, s. 257.

<sup>32</sup> KÜRKÇÜOĞLU, Erol, **1923 Seçimleri**, Atatürk Üniversitesi, Atatürk Dergisi, C:1, S:3, s.145.

<http://e-dergi.atauni.edu.tr/index.php/ad/article/view/836/834>  
06.03.2015

E.T.

hedefinin Hilafeti kaldırmak olduğunun anlaşılması, İstanbul basınında hilafeti savunan ve gerekliliğini anlatan yazıların neşredilmesine yol açmıştı. Bu konuda İstanbul gazetelerinde yer alan yazılar Ankara'nın tepkisini çekmekteydi. Bu konuda Ankara yönetiminin sabrını taşıran adım; Hintli Müslümanların lideri konumunda olan Ağa Han ve Emir Ali'nin İsmet İnönü hükümetine yönelik yazmış olduğu mektupların, muhatabına ulaşmadan İstanbul gazetelerinde yayınlanması olmuştur.<sup>33</sup>

Hilafetin T.B.M.M. tarafından ön plana çıkarılması hilafet müessesesi ile Türkiye Cumhuriyetinin uluslararası arenada ön plana çıkacağına yönelik ifadelerin bulunduğu mektupların yayınlanması üzerine, 8 Aralık 1923 tarihinde dönemin Başbakanı İsmet Paşa konuyu görüşmek üzere meclisin gizli oturum yapmasını teklif etti. Yapılan gizli oturumda söz alan İsmet Paşa, bu mektubun kendilerine ulaşmadığını ancak sahiplerinin kötü niyetli olduğu, maddi çıkarlarını gözeterek ve birazda İngiliz kışkırtması ile bu işe girdiklerini beyan ederek, bunun Hıyaneti Vataniye kanuna aykırılık teşkil ettiği İstiklal Mahkemeleri Kanununa dayanarak sorumluların cezalandırılması için İstanbul'da bir İstiklal Mahkemesi kurulmasını istedi.<sup>34</sup>

### 1. İstanbul İstiklal Mahkemesi

İkinci meclisin oluşumunda özen gösterilmesi ve muhaliflerin meclise girememelerine rağmen, konu hassas olunca mecliste uzun tartışmalar yaşandı. Neticede Kurtuluş Savaşı yıllarında asker kaçaklarını, casusları isyancıları yargılayan İstiklal Mahkemesi, sadece mektup yayınlayan ve görüşlerini beyan eden gazetecileri yargılayacaktı. Uzun oturumlar ve değişiklik önergelerinin görüşülmesinin ardından 89 evet oyuna karşılık 63 red oyu ile İstanbul'da bir İstiklal Mahkemesi kurulmasına ilişkin karar 8 Aralık 1923 yılında kabul edildi. Önceki dönemde olduğu gibi mahkeme üyeleri milletvekilleri arasından seçimle belirlendi.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> ÇULCU, Murat, **İstiklal Mahkemesinde Gazeteciler Davası**, Kastaş Yayınları, 1993, İstanbul, C:1 s.28 vd.

<sup>34</sup> ÇULCU, C:2, s.564. vd.

<sup>35</sup> Başkanlığına İhsan Bey, Müddei Umumiliğine Vasıf Bey, azalıklara Refik Bey, Asaf Bey, Cevdet Bey seçildiler. TBMM Tutanak Dergisi, C:2, s.475, Karar No:50.

Seçildikleri gece Ankara'da bir toplantı yapan mahkeme üyeleri, ilgili mektupları yayımlayan dört gazetenin sahipleri ve sorumlu müdürlerinin vatana ihanet, iç ve dış güvenliği bozmak, hükümeti devirmek suçlarından yargılanmak üzere tutuklanmalarına karar verdi. 10 Aralıkta mahkeme heyeti İstanbul'a ulaştı. 16 Aralık 1923 tarihinde gazetecilerin yargılamasına başlandı.<sup>36</sup> 2 Ocak 1924 tarihine kadar süren yargılamada sanıkların her biri 200 sayfayı bulan savunmalar verdiler. İstanbul basını ve vatandaşların ilgi ile takip ettikleri davada gazeteciler hakkında beraat kararı verdi. Böylece hüküm verilmesi durumunda haksızlık yapılmış olacağını savunan kamuoyu yatıştırıldı. Ayrıca basına karşı da büyük bir gözdağı verilmiş oldu.<sup>37</sup>

İstanbul İstiklal Mahkemesinin gördüğü bir diğer davada İstanbul Baro başkanı Lütfi Fikri Bey'in yargılanmasıdır. Mahkeme Akşam Gazetesine verdiği bir mülakatta, Hilafetin ve milli egemenliğin meşrutiyetle de olabileceği yönünde görüşler beyan ettiğinden dolayı, İstanbul Baro Başkanı Lütfi Fikri Bey'in yakalanmasına karar verdi. 13 Aralıkta gözaltına alınan Lütfi Bey mahkeme tarafından tutuklanarak 19 Aralıkta yargılamasına başlandı. Yapılan yargılama sonunda bölücü ve yıkıcı beyanlarda bulunduğu için beş yıl küreğe mahkumiyetine karar verildi.<sup>38</sup>

Bu iki dava dışında mahkeme birkaç davaya daha baktı. Ankara'nın gücünün İstanbul da hissettirilmesi ile hükümet karşıtlarına gerekli dersin verildiği kanaatinin oluşması ve İstanbul'da bakılacak önemli bir davanın kalmaması üzerine mahkeme başkanı tarafından mahkemenin görevine son vermesi istendi. 5 Şubat 1924 tarihinde İstanbul İstiklal Mahkemesi görevine son verildi.<sup>39</sup>

---

[http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmc002/karartbmmc002/karartbmmc00200050.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmc002/karartbmmc002/karartbmmc00200050.pdf) E.T. 06.03.2015 ;AYBARS(1997), s.232

<sup>36</sup> ÇULCU, s.30.

<sup>37</sup> AYBARS(1997), s.242.

<sup>38</sup> AYBARS(1997), s.247.

<sup>39</sup> TBMM Tutanak Dergisi, C:2, s.480, Karar No:69. [http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmc002/karartbmmc002/karartbmmc00200069.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmc002/karartbmmc002/karartbmmc00200069.pdf) E.T. 07.03.2015.

## 2. Şark İstiklal Mahkemesi

Hilafet yanlılarına verilen gözdağından sonra Halifeliğin kaldırılması için uygun ortam hazırlanmış, bütçe görüşmelerinde Halifelik makamının kullanacağı bütçenin belirlenmesinde de çeşitli tartışmalar yaşanmıştı. O sırada İzmir de olan Mustafa Kemal, Başbakan İsmet İnönü'ye gönderdiği telgrafta hilafetin kaldırılmasının vaktinin geldiğini bildirmişti. Mecliste yapılan görüşmeler neticesinde 3 Mart 1924 tarihinde üç önemli yasa kabul edilmişti. Bu Kanunlar Laik Cumhuriyetin temellerini oluşturacaktı. 429 nolu Hilafetin Kaldırılması ve Hanedanın yurt dışına çıkarılması, 430 nolu Şeriye, Evkaf ve Erkan-ı Harbiye-yi Umumiye Vekaletlerinin kaldırılması, 431 nolu Tevhid-i Tedrisat kanunlarıydı.<sup>40</sup>

Hilafetin kaldırılması ve Türkiye Cumhuriyeti devrimlerinin halkın bir bölümü tarafından din dışı olarak telakki edilmesi, tepkileri de beraberinde getirmekteydi. 1925 yılının Şubat ayında ayaklanma çıkaran Şeyh Sait, Elazığ, Bingöl, ve bazı ilçeleri ele geçirdi. Bunun üzerine meclis bölgede sıkıyönetim ilan ederek, bölgeye askeri birlikler sevk etti. Ankara'da Fethi Bey başkanlığındaki hükümet istifa ederek İsmet Paşa başkanlığında yeni bir hükümet kuruldu. 4 Mart 1925 yılında Takrir-i Sükûn Kanunu<sup>41</sup> kabul edilerek gerekli tedbirleri almak üzere hükümete yetki verildi. Yine meclis aynı tarihte aldığı 117 nolu kararı ile idam kararını uygulama yetkisi ile Şark İstiklal Mahkemesi, idam kararını Meclisin onayı ile kullanmak üzere Ankara İstiklal Mahkemesi'nin kurulmasına karar vermiştir.<sup>42</sup> 7 Mart 1925 yılında mecliste yapılan seçimlerle bu mahkemeler için meclis üyeleri arasından bir mahkeme başkanı, bir savcı, iki asıl bir yedek üye seçilmiştir.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> ALTUNYA Niyazi, **Türkiye Cumhuriyetinde Din Eğitimi**, 75 Yılda Eğitim, Türkiye Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1999, s.215.

<sup>41</sup> KOCİN, s.238

<sup>42</sup> TBMM Tutanak Dergisi, C:3, s.322, Karar No:117 [http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmc003/karartbmmc003/karartbmmc00300117.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmc003/karartbmmc003/karartbmmc00300117.pdf) E.T. 07.03.2015

<sup>43</sup> TBMM Zabıtları, Cilt: 15, s. 226. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c015/tbmm02015071.pdf> E.T. 07.03.2015

12 Nisanda Diyarbakır'a ulaşan mahkeme heyeti 13 Nisan 1925 tarihinde görevine başladı. 12 Mart 1927 tarihine kadar görevine devam eden mahkeme, bu süre zarfında başta Şeyh Sait ve arkadaşları olmak üzere diğer isyanlara katıldığı iddia edilen şahıslar, isyanı teşvik ettiği öne sürülen gazeteciler, asker kaçakları, casusluk iddiaları gibi çeşitli kişilere ait davalara bakmıştır.<sup>44</sup>

Bu döneme ilişkin ulaşılan resmi kayıtlara göre Şark İstiklal Mahkemesi 5.241 kişiyi yargılamış, 2.779 kişinin beraatına karar vermiş, toplam 551 idam kararı vermiş, 1.911 kişiyi de çeşitli cezalara çarptırmıştır. Bu sayıya bölgede kurulan sıkı yönetim mahkemelerinin vermiş olduğu idam kararları dahil değildir.<sup>45</sup>

### **3. Ankara İstiklal Mahkemesi**

T.B.M.M.'nin 117 nolu kararı ile Şark İstiklal Mahkemesi'nin yanı sıra Ankara'da da bir İstiklal Mahkemesi'nin kurulmasına karar verdiğini belirtmiştik. İsyen bölgesi ile alakalı olmamasına rağmen Ankara'da da bir İstiklal Mahkemesi'nin kurulmuş olmasını araştırmacılar, amaçlananın sadece silahlı isyanı bastırmak olmadığı İstiklal Mahkemelerinin Atatürk devrimlerine karşı çıkan tüm muhalefetin susturulması için kurulduğunu beyan etmektedirler.<sup>46</sup> Mahkeme üyelikleri için mecliste yapılan oylamada bir başkan, bir savcı ve üç üyeden müteşekkil bir heyet teşkil edildi. Ankara'da bir bina tahsis edilen mahkeme, 12 Mart 1925 tarihinde görevine başladı.

Görev yaptığı ilk altı ayında mahkeme, İstanbul'da muhalif yazılar yazan bazı gazetecilerin yargılanması, mahkemenin istedikleri tanıkları geç gönderen Adana valisinin yargılanması, grev yapan telgrafçıların yargılanması, dini siyasete alet ettiği ileri sürülen ve saltanat ve hilafeti geri getirmek istedikleri iddia edilen kimselerin yargılanması gibi görevler ifa etmiştir. Bu altı aylık sürede mahkemede

---

<sup>44</sup> KUTLU, Hakan, **Şark İstiklal Mahkemesinde 1925-1927 Döneminde Takrir-i Sükun Kanununun Uygulanması**, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Malatya, 2007, s.235.

<sup>45</sup> AYBARS(1997), s.348.

<sup>46</sup> KUTLU, s.110.



602 sanık yargılanmış, 183 kişi beraat etmiştir. 25 kişi idama mahkum edilmiş olup kalanları farklı cezalara çarptırılmıştır.<sup>47</sup>

#### a. Şapka Olayları

Kılık kıyafet inkılabı Mustafa Kemal'in çok önceden planladığı bir devrimdi. Zira Kurtuluş Savaşının başlarında 7-8 Temmuz 1919 gecesi M. Kemal arkadaşı Mazhar Müfit Bey'i uyandırarak söyleyeceklerini anı defterine kaydetmesini ister. *“Zaferden sonra devletin şekli Cumhuriyet olacaktır. Bu bir. İki: Padişah ve Hanedan hakkında zamanı gelince gereken işlem yapılacaktır. Üç: Tesettür kalkacaktır. Dört: Fes kalkacak ve medeni milletler gibi şapka giyilecektir. Beş: Latin harfleri kabul edilecektir.”* Arkadaşının beyanlarını kaydeden Müfit Bey, M. Kemal'in sözlerini hayalcilikle niteleyerek *“Cumhuriyeti ilanında başarılı olalım da üst tarafı yeter.”* diyerek günün şartlarına göre bunların yapılmasının imkansız gibi görüldüğünü vurgulamıştır.<sup>48</sup>

Çağdaşlığa giden yol olarak gördüğü bu adımları bir bir gerçekleştiren Mustafa Kemal'e göre sıra kıyafet inkılabına gelmişti. 24 Ağustos 1925 yılında Kastamonu'ya ziyarete giden Mustafa Kemal'in elinde bir “Panama Şapkası” bulunmaktaydı.<sup>49</sup> Daha sonra gittiği yerlerde de şapka giymenin bir medeniyet göstergesi olduğunu anlatan M. Kemal, 31 Ağustos'ta Çankırı'daki konuşmasında *“Kılığın uygar bir şekle sokulması için kanun gerekli değildir. Millet karar verir, yapar... Biz de uygar kılığın bütün ayrıntılarını kabullendik. Memurlar ve mebuslar, bunu gereği gibi uygulayarak halka rehberlik etmelidir.”* Demektedir.<sup>50</sup>

Bakanlar Kurulu uygulamayı yaygınlaştırmak için 2 Eylül 1925 tarih ve 2413 sayılı kararıyla memurların şapka giyilmesi konusunda bir karar almıştır. Bu düzenlemenin yetersiz olduğu düşünülmüş olacak ki; 16 Ekim de Meclis başkanlığına “Şapka İktisası” hakkında bir kanun

<sup>47</sup> AYBARS(1997), s.393.

<sup>48</sup> KANSU, **Mazhar Müfit, Erzurum'dan Ölümüne Kadar Atatürk'le Beraber**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1968, C.1, s.131.

<sup>49</sup> KUTAY, Cemal, **Türkiye İstiklal ve Hürriyet Mücadeleleri Tarihi**, Alioğlu Yayınevi, İstanbul, 1980, C.19, s.11562.

<sup>50</sup> GÖLOĞLU, Mahmut, **Devrimler ve Tepkileri (1924-1930)** Göloğlu Yayıncılık, Ankara, 1972, s.137.

teklifi verilmiştir. Meclis üyelerine de şapka giymeyi zorunlu kılan yasa teklifine ciddi itirazlar yükseldi. Bursa Mebusu Nurettin Paşa, Kanun'un Anayasa'da düzenlene özgürlüklere aykırı olduğunu, insanlara şapkanın dayatılmasının cumhuriyet anlayışı ile ters olduğunu ayrıca milletvekillerinin memur sayılamayacağını ve şapka giymelerinin zorunlu tutulamayacağını beyan etmişti.<sup>51</sup> Sonuçta bu tartışmaların ardından kanun teklifi 25.11.1925 tarihinde kabul edilmiştir.<sup>52</sup>

Kanun metnine göre memurlara zorunlu kılınan şapka, uygulamacılar tarafından tüm erkeklerin giymesi mecburi bir kıyafet olarak algılanmış ve insanlar başında şapka olmadan sokağa çıkamaz hale gelmişlerdi. Hatta Diyanet İşleri Başkanlığı tüm vaizlere yazı yazmış ve yeknesaklığı sağlamak üzere tüm ülkede camilerde namaz kılarken şapka giyilmesini buna aykırı davrananların uyarılması istemişti.<sup>53</sup>

Şapkanın zorunlu tutulmasını fırsata çevirmek isteyenler gecikmemiş Avrupa'dan gemilerle şapka ithal edilerek halkın alım

---

<sup>51</sup> OLCAYTU, Turhan, **Dinimiz Neyi Emrediyor, Atatürk ne yaptı? Devrimlerimiz İlkelerimiz**, 8. Baskı, Ajanstürk Basın ve Basım, Ankara, s. 65.

<sup>52</sup> Üç maddeden oluşan kanun metni şöyledir:

*“Madde 1 – Türkiye Büyük Millet Meclisi azaları ile idarei umumiye ve hususiye ve mahalliyeye ve bilümm müessesata mensup memurin ve müstahdemin Türk milletinin iktisa etmiş olduğu şapkayı giymek mecburiyetindedir. Türkiye halkının da umumi serpuşu şapka olup buna münafi bir itiyadın devamını hükümet meneder.*

*Madde 2 – İşbu kanun tarihi neşrinden itibaren meriyülicradır.*

*Madde 3 – İşbu kanun Büyük Millet Meclisi ve İcra Vekilleri Heyeti taraflarından icra olunur.”* AKGÜN, Seçil, **Şapka Kanunu**, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, C.14, S.25, s.78.

<sup>53</sup> İlgili genelgede “Şapkanın badema bir kisve-i milliye ve medeniye olarak kabulü zaruri ve tabii olduğu gibi, eda-yı salât hükkamında da cevami-i şerifede tebbüsünde hiçbir mahsur-ı şer'i kalmamış olduğu aşikâr bulunmasına nazaran esna-yı salâtta bazı kimselerin başları açık veya takye tebbüs suretiyle intizam-ı eşkâl ihlal edilmekte olduğundan bu hususta muhafaza-i yeknesakîyi temin edebilecek surette halkı tenvir etmeleri...” BCA, Diyanet İşleri Başkanlığı Katalogu,(DİBK), 051/ V.11.2.13.23

gücünün çok üzerinde satışa sunulmuştur. Cezalandırılma korkusu taşıyan halk fiyatına aldırış etmeden şapkacı dükkanlarına adeta hücum etmiş hatta dükkanların önünde sıralar oluşmaya başlamıştı. Şapka fiyatının yüksekliği nedeniyle şapka alamayan memurlar için hükümet maaşlarından peyder pey kesilmek üzere isteyenlere kredi verilmesi konusunda karar almıştı.<sup>54</sup>

Hükümetin bu uygulamasına karşı tepkiler gecikmemiş Sivas'ta, Kayseri'de, Erzurum'da, Rize'de, Maraş'ta, Giresun'da başta olmak üzere birçok yerde şapka giyilmesi konusunda yapılan baskılara karşı protesto gösterileri ve çeşitli eylemler yapılmaya başlamıştı. Bu noktada bu eylemleri devrimler için tehdit olarak gören Ankara, çeşitli yollarla halkı bastırmaya çalışmıştır. Örneğin Rize de şapka karşıtı gösteriler yapılması üzerine donanma harekete geçmiş ve iki gün boyunca Rize bombalanmıştır.<sup>55</sup> Artan olaylar karşısında halkı sindirmenin en kesin yollarından biri de İstiklal Mahkemesinin bu konuda görevlendirilmesini sağlamaktı.

Ankara İstiklal Mahkemesi olayları yerinde incelemek ve yargılamak üzere 24 Kasım da Kayseri'ye vardı. 25 Kasımda İsmet Paşa tarafından meclise verilen bir önerge ile İstiklal Mahkemesi'nin vermiş olduğu idam kararlarının meclis onayı ile infaz edileceğine ilişkin zorunluluk kaldırıldı.<sup>56</sup> Artık Ankara İstiklal Mahkemesi'nin vereceği idam kararları meclisin onayına gerek olmaksızın derhal infaz edilecekti.

Mahkeme şapka aleyhtarları hakkında tahkikat yapmak ve yargılayarak cezalandırmak için bir ayı aşkın bir süre boyunca çeşitli illerde görev yaptı. Mahkeme gittiği vilayetlerde devlet erkanı, ileri gelenler ve öğrenciler tarafından karşılanıyordu. Mahkeme üyeleri

<sup>54</sup> SAKAL, Fahri, **Şapka İnkılabının Sosyal ve Ekonomik Yönü Destekler ve Köstekler**, Turkish Studies International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic s.1316 <http://www.turkishstudies.net/sayilar/sayi6/83sakalfahri.pdf> 15.03.2015

<sup>55</sup> ÇAKIR, Faruk, **Atma Hamidiye, Atma**, Yeni Asya Gazetesi, 07.03.2013 [http://www.yeniasya.com.tr/yazi\\_detay.asp?id=10177](http://www.yeniasya.com.tr/yazi_detay.asp?id=10177) E.T. 15.03.2015

<sup>56</sup> TBMM Tutanak Dergisi, C:3, s.322, Karar No:136. [http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc003/karartbmmc003/karartbmmc00300136.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc003/karartbmmc003/karartbmmc00300136.pdf) E.T.07.03.2015.

gittikleri yerlerde adeta halkı kolağan edip şapka kontrolü yapıyorlardı. Örneğin 30 Kasım'da Tokat'tan Başbakan'a yolladıkları telgrafta Tokat halkını bir iki gün içinde şapkalarını almaya çağırdıklarını, Amasyalıların ise hemen hemen bütünüyle şapkalarını sağlamış olduklarının görüldüğünü rapor ediyorlardı.<sup>57</sup>

Şapka aleyhtarlığı hakkında Kayseri, Sivas, Tokat, Amasya, Samsun, Trabzon, Erzurum, Rize, Giresun, Samsun ve İstanbul hattını izleyerek gerekli gördükleri yerlerde yargılamalar yapmıştır. Bu gezi esnasında bazı olayları daha detaylı tetkik etmek için Ankara'ya döndükten sonra incelemek üzere sanıkları Ankara'ya gönderirken birçoğu hakkında kararlar vererek infaz etmiştir. Ulaşılan belgelere göre Mahkeme şapka nedeniyle çıkan olaylarda 23 kişiye idam cezası vermiştir. Ancak bu sayı bu olaylar nedeniyle idam edilenlerin tam sayısını yansıtmamaktadır. Zira bu olaylar nedeniyle gezici olarak görev yapan mahkeme, yargı yerine ulaşmadan yerel mahkemelerde yargılamaların yapılarak idamların infaz edildiği olmuştur. Örneğin Erzurum'da bir gurubun gösteri yaparak valilik binasına taş atması üzerine durum merkeze bildirilmiş ve bölgede sıkıyönetim ilan edilmiştir. Bu sırada Tokat'ta bulunan İstiklal Mahkemesi heyetine de 29 Kasım 1925 tarihinde telgraf çekilerek mümkün olduğunca çabuk Erzurum'a gitmesi istenmiştir.<sup>58</sup> Ancak o günün şartlarında bir günlük seyahatle ulaşılacak Erzurum'a hareket etmeyerek Tokat, Samsun, Amasya ve Trabzon illerine gitmiş buralarda işlerini tamamladıktan sonra 6 Aralıkta Erzurum'a ulaşmıştır. İstiklal Mahkemesi gelinceye kadar ilk yargılamaları yapan Sıkıyönetim Mahkemesi suçlu bulunanları idama mahkûm ederek asmıştı.<sup>59</sup> Bu gecikmenin kasıtlı olduğu ve Sıkıyönetim Mahkemesi'nin yargılama ve infazları uygulamasına fırsat vermek için yapıldığını iddia eden araştırmacılar bulunmaktadır.<sup>60</sup> Erzurum'da Sıkıyönetim Mahkemesinin kaç kişiyi idam ettiğine dair net kayıtlara

---

<sup>57</sup> AYBARS(1997), s.408.

<sup>58</sup> AYBARS(1997), s.407.

<sup>59</sup> ÖZDEMİR, Kamuran, **Şapka Devrimi ve Tepkiler**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2007, s.120.

<sup>60</sup> BAYDAR, Memmet Çetin, **Erzurum Şapka Hadisesinin 83. Yıldönümü**, <http://www.erkurumluyum.net/index.php?q=node/76> E.T. 15.03.2015

ulaşılamamaktadır. Ancak gösteri esnasında çocuklarını arayan şalcı bir kadının dahi idam edildiğini, olay esnasında Erzurum Jandarma Komutanı olan Tatar Hasan Paşanın hatıralarından öğreniyoruz.<sup>61</sup>

Mahkemenin ve protestoların yaşandığı yerdeki yerel yetkililerin çalışmalarıyla şapka olayları sona ermişti. Mahkemenin iki aylık şapka mesaisi 3 Şubat 1926 da İstanbul'dan getirilen 26 kişi hakkında vermiş olduğu kararlar son buluyordu. Bu kararlar şapka kanunundan 2 yıl önce çıkardığı “Frenk Mukallitliği ve Şapka” risalesinden dolayı yargılanan ve savcının hakkında 3 yıl hapis istediği<sup>62</sup> İskilipli Atıf Efendi'nin ve tutuklular arasında bulunan Ali Rıza Hoca'nın, Giresun olaylarında kışkırtıcı olduğuna mahkemenin vicdani kanaati olduğundan idamlarına hükmedilmişti.<sup>63</sup>

#### **b. İzmir Yargılaması**

Ankara İstiklal Mahkemesi'nde duruşmaların azaldığı, şapka aleyhine yapılan eylemlerin bastırılarak suçlu görülenlerin cezalandırılıp sükunetin sağlandığı bir sırada, Güney ve Batı Anadolu gezisine çıkan M. Kemal Bursa'da iken İzmir'de yapılması düşünülen suikastın tertipçilerini Yunan adalarına kaçırarak olan kayıkçının, durumu İzmir Valisine bildirmesi üzerine olay ortaya çıktı. Vali durumu derhal M. Kemal'e ve Başbakan İsmet İnönü'ye bildiriyordu. Ayrıca adı geçen şahısları tutuklanarak adreslerinde aramalar yapılıyor, eski mebus Ziya Hurşit'in evinde silah ve bomba bulunuyordu. İsmet Paşa durumu İstiklal Mahkemesine bildirerek İzmir'e gitmesini ve gerekli tahkikatları yapmasını istemiştir.<sup>64</sup>

Mahkeme İzmir'e hareket etmeden önce olayla ilgileri olma ihtimaline binaen aralarında Kazım Karabekir Paşa'nın da bulunduğu tüm Terakkiper Parti üyelerinin tutuklanmalarına karar vermiştir. Karar Ankara'da ve İstanbul'da hemen uygulanmaya konulmuştur. Kazım Karabekir Paşa'nın tutuklandığını öğrenen Başbakan İsmet Paşa,

<sup>61</sup> AKTAŞ, Cihan, **Tanzimat'tan 12 Mart'a Kılık-Kıyafet ve İktidar**, Kapı Yayınları, İstanbul, 2006, s. 126.

<sup>62</sup> OLGUN, Tahir'ul Mevlevi, **Matbuat Alemindeki Hayatım ve İstiklal Mahkemeleri**, Nehir Yay. İstanbul, 1991, s.331.

<sup>63</sup> AYBARS(2006), s.289.

<sup>64</sup> TURGUT, s.413.

Mahkemeden habersiz Ankara Polis Müdürüne emir vererek Karabekir Paşa'nın serbest bırakılmasını emretmiştir. Karabekir Paşayı serbest bırakan Müdür Dilaver Bey durumu Mahkeme savcılığına bildirmiştir. Başbakan İsmet Paşa'nın mahkemenin kararına engel olma yetkisinin bulunmadığına karar veren mahkeme heyeti, yeniden Karabekir Paşa'nın tutuklanmasına karar veriyordu. Ayrıca mahkeme kararına engel olan İsmet Paşa'yı da tutuklayıp hakkında işlem yapmaya ve durumu meclise bildirmeye karar veriyordu. Durumu öğrenen Mustafa Kemal, İzmir'e gelen mahkeme heyeti ile görüşerek İsmet Paşa'nın İzmir'e gelmesini ve mahkeme üyeleri ile görüşerek olayın tatlıya bağlanmasını istemiştir.<sup>65</sup>

İzmir'e ulaştıktan sonra polis tarafından yürütülen soruşturmaya el koyan İstiklal Mahkemesi, gerekli tetkikatları yaparak dosyayı tamamlamıştır. Anadolu ajansının verdiği bilgiye göre bu olaydan dolayı içinde Terakkiperver Fırkası mebuslarının da bulunduğu 49 kişi tutuklu bulunuyordu. 26 Haziran 1926 tarihinde duruşmalara başlandı. Yapılan yargılama sonunda 13 Temmuz günü mahkeme kararını açıkladı. Kararda suikast teşebbüsü ile doğrudan ilgisi olduğu iddia edilen 15 kişinin idamına, eski İttihat ve Terakki ile ilişkileri olan ve bu soruşturma nedeniyle tutuklanan 9 kişinin Ankara da yargılanmasına ve aralarında Kazım Karabekir ve arkadaşlarının da bulunduğu 21 kişinin beraatına karar verdi. Beraat eden paşalar tekrar orduya dönemediler emekliye sevk edildiler.<sup>66</sup>

Karardan kısa bir süre sonra Ankara'ya giden mahkeme üyeleri, yargılamaya burada devam etmiş ve burada da 4 kişinin idamına, 8 kişinin de hapis ve kalebentlik gibi çeşitli cezalara çarptırılmasına karar vermiştir.<sup>67</sup>

7 Mart 1927 yılına kadar çeşitli faaliyetlerine devam eden Ankara İstiklal Mahkemesi İsmet Paşa başkanlığındaki hükümetin aldığı bir karar ile süresinin dolması üzerine görev süresi uzatılmayınca kendiliğinden sona ermiş oldu. Mahkemeye durum bildirildi. Mahkeme elindeki dosyaları mevcut mahkemelere devretti. Ancak İstiklal Mahakimi Kanunu 4 Mayıs 1949 tarihine kadar yürürlükte kaldı. İstanbul

---

<sup>65</sup> AYBARS(1997), s.431.

<sup>66</sup> SAVAŞAL SAVRAN, s.60.

<sup>67</sup> SAVAŞAL SAVRAN, s.76.

Milletvekilleri Cihan Baban ve Adnan Adıvar'ın İstiklal Mahakimi Kanununun Kaldırılması yönünde verdikleri teklifin mecliste görüşülerek kabul edilmesi üzerine, kanun da yürürlükten kaldırılmış oldu.<sup>68</sup>

### SONUÇ

Kurtuluş Savaşı sürerken göreve başlayan İstiklal Mahkemeleri asker kaçakları sorununun halledilmesinin yanı sıra iç isyanların bastırılması konusunda da önemli rol oynamışlardır. Bunun yanı sıra Millet meclisinden ve milletvekili olmalarından aldıkları güçle çeşitli derecelerdeki memurları, valileri hatta kendi arkadaşları olan mebusları yargılamışlardır.

Kurtuluş savaşının kazanılmasının ardından görevine son verilen İstiklal Mahkemeleri'nin açılması, hükümetin icraatlarına itirazların yükselmeye başladığı dönemde ilk akla gelen tedbir olmuştur. Mahkemenin sadece görüşlerini basın yolu ile beyan etmekten öte bir fiilleri olmayan İstanbul'daki gazetecilerin yargılanması için yeniden teşekkül ettirilmesi ile Türkiye için yeni bir dönem başlamış oldu.

Bu dönem bir çok araştırmacının belirttiği gibi birinci dönemden tamamen farklı bir misyon ifa eden bir İstiklal Mahkemesi bulunmaktadır. Atatürk ve arkadaşlarının getirmeye çalıştığı devrimler aynı zamanda bu devrimlere karşı muhalefeti de doğurmuştur. Saltanatın ve hilafetin kaldırılması, tekke ve zaviyelerin kapatılması, şapka giyilmesine ilişkin halkı zorlayıcı uygulamaların yapılması, tepkileri de beraberinde getirmişti. Çoğu zaman şiddete dayanmayan bu tepkilerin bastırılması için İstiklal Mahkemesi olağanüstü bir çaba göstermiştir. Meclisin yeterince ödenek ayıramamasına rağmen mahkemelerde görev yapan hakimler, yerine göre kendi ceplerinden paralar harcayarak görev bölgelerinde ve gerektiğinde seyyar olarak çalışmışlar ve ilçe ve köylere kadar giderek yargılamalar yapmışlar, kararlar vermişlerdir.

Olağanüstü dönemler olağanüstü tedbirleri de beraberinde getirir. Ancak bu dönemlerde bile “Suç ve cezanın bireyselliği”, “Kanunsuz suç ve ceza olmaz”, “Sanığın savunması alınmaksızın ceza verilemez.” gibi evrensel hukuk ilkelerinin yargılamalarda dikkate alınması gerekmektedir. Bu ilkeler göz ardı edildiğinde verilen kararların

<sup>68</sup> AYBARS(2006), s.338.

hukukiliğinden ve adilliginden söz edilemez. Bu mahkemeler üzerinde çalışma yapan araştırmacıların ortak kanaati İstiklal Mahkemelerinde bu ilkelerin göz ardı edildiği yönündedir.

#### **KAYNAKLAR**

AKANDERE, Osman, **3 Numaralı Konya İstiklal Mahkemesi'nin Konya İsyamı ile İlgili Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Sunduğu Rapor**, Atatürk Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Müdürlüğü Atatürk Dergisi, Yıl:2004, Cilt:4, S:2.

AKGÜN, Seçil, **Şapka Kanunu**, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, C.14, S.25.

AKTAŞ, Cihan, **Tanzimat'tan 12 Mart'a Kılık-Kıyafet ve İktidar**, Kapı Yayınları, İstanbul, 2006.

AKYOL, Taha, **Ama Hangi Atatürk**, Doğan Kitap Yayınları, İstanbul, 2008.

ALTUNYA, Niyazi, **Türkiye Cumhuriyetinde Din Eğitimi**, 75 Yılda Eğitim, Türkiye Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1999.

AYBARS, Ergün, **İstiklal Mahkemeleri**, AD Yayıncılık, İstanbul, 1997.

AYBARS, Ergün, **İstiklal Mahkemeleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1988.

AYBARS, Ergün, **İstiklal Mahkemeleri**, Zeus Kitapevi, İzmir, 2006.

BAYDAR, Memmet Çetin, **Erzurum Şapka Hadisesinin 83. Yıldönümü**, <http://www.erzurumluyum.net/index.php?q=node/76> E.T. 15.03.2015

ÇAKIR, Faruk, **Atma Hamidiye, Atma**, Yeni Asya Gazetesi, 07.03.2013 [http://www.yeniasya.com.tr/yazi\\_detay.asp?id=10177](http://www.yeniasya.com.tr/yazi_detay.asp?id=10177) E.T. 15.03.2015.

ÇEÇEN, Anıl, **Atatürk ve Cumhuriyet**, İmge Kitapevi, Ankara, 2003.



ÇULCU, Murat, **İstiklal Mahkemesinde Gazeteciler Davası**, Kastaş Yayınları, C:1 İstanbul, 1993.

GÖLOĞLU, Mahmut, **Devrimler ve Tepkileri (1924-1930)** Göloğlu Yayıncılık, Ankara, 1972.

GÖRGÜLÜ, İsmet, **Ana Hatlarıyla Türk İstiklal Harbi**, Kastaş Yayınları, İstanbul, 1999.

GÜN, Fahrettin, **Eşef Edip İstiklal Mahkemelerinde**, Beyan Yayınları, İstanbul, 2001.

KANSU, **Mazhar Müfit, Erzurum'dan Ölümüne Kadar Atatürk'le Beraber**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, C.1, Ankara, 1968.

KILIÇ, Mehmet, **Cumhuriyet Yolunda Kilometre Taşları**, Okan üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.

KOÇİN, Abdülhekim, **İstiklal Mahkemeleri Kanun Gereke ve Genel Kurul Tutanakları**, TBMM Kütüphane ve Arşiv Hizmetleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2005.

KUTAY, Cemal, **Türkiye İstiklal ve Hürriyet Mücadeleleri Tarihi**, Alioğlu Yayınevi, C.19, İstanbul, 1980.

KUTLU, Hakan, **Şark İstiklal Mahkemesinde 1925-1927 Döneminde Takrir-i Sükun Kanununun Uygulanması**, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Malatya, 2007.

KÜÇÜK, Cevdet, **İstiklal Mahkemeleri**, Diyanet İslam Ansiklopedisi, C:23.

KÜRKÇÜOĞLU, Erol, **1923 Seçimleri**, Atatürk Üniversitesi, Atatürk Dergisi, C:1, S:3, s.145. <http://e-dergi.atauni.edu.tr/index.php/ad/article/view/836/834> E.T. 06.03.2015

MİSİROĞLU, Kadir, **Geçmişi ve Geleceği ile Hilafet**, Sebil Yayınevi, İstanbul, 2010.

NEDİM, Ahmed, **Ankara İstiklal Mahkemesi Zabıtları**, İşaret Yay. İstanbul, 1993.

OLCAYTU, Turhan, **Dinimiz Neyi Emrediyor, Atatürk ne yaptı? Devrimlerimiz İlkelerimiz**, 8. Baskı, Ajanstürk Basın ve Basım, Ankara, 1998.

OLGUN, Tahir'ul Mavlevi, **Matbuat Alemindeki Hayatım ve İstiklal Mahkemeleri**, Nehir Yay. İstanbul, 1991.

ÖZDEMİR, Kamuran, **Şapka Devrimi ve Tepkiler**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2007.

SAKAL, Fahri, **Şapka İnkılabının Sosyal ve Ekonomik Yönü Destekler ve Köstekler**, Turkish Studies International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic s.1316 <http://www.turkishstudies.net/sayilar/sayi6/83sakalfahri.pdf> 15.03.2015.

SAVAŞAL SAVRAN, Gülten, **1926 İzmir Suikastı ve İstiklal Mahkemeleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Atatürk İlkeleri ve İnkılapları Tarihi Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006 .

ŞENER, Cemal, **Çerkes Ethem Olayı**, Etik Yayınları, İstanbul, 2001.

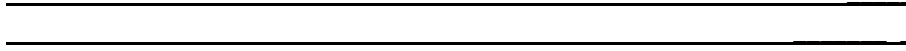
TBMM Tutanak Dergisi  
[https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar\\_erisim.tutanak\\_hazirla?v\\_meclis=1&v\\_donem=8&v\\_yasama\\_yili=&v\\_cilt=&v\\_birlesim=&v\\_sayfa=&v\\_anabasluk=KANUNLAR&v\\_altbaslik=&v\\_mv=&v\\_sb=&v\\_ozet=&v\\_kelime=&v\\_bastarih=&v\\_bittarih=](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_meclis=1&v_donem=8&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabasluk=KANUNLAR&v_altbaslik=&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih=) E.T. 01.02.2015

TBMM Zabıtları  
[https://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/tutanak\\_sorgu.html](https://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/tutanak_sorgu.html) E.T. 01.02.2015

TURGUT, Hulusi, **Atatürk'ün Sırdaşı Kılıç Ali'nin Anıları**, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2006.

YAZICI, Bedi, **Atatürk'ün Büyük Nutku**, Akvaryum Yayınevi, İstanbul, 1995.

**Makaleler**



**Özel Hukuk**



## MİLLETLERARASI TAHKİMDE ESASA UYGULANACAK HUKUK

Av. İrfan SÖNMEZ\*  
Arş. Gör. Gencay KARAKAYA\*\*

### THE LAW TO BE APPLIED TO THE MERITS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

#### ÖZET

*Ticaretin küreselleşmesi farklı hukuk sistemlerine tabi şirket ve organizasyonları karşı karşıya getirmiştir. Sermayeyi güven vermek ticaretin en önemli kurallarından biridir. Yabancı sermaye ihtilaflara milli ve mahalli mahkemeler nezdinde çözüm aramayı dezavantajlı bulduğu için alternatif çözüm biçimlerine yönelmiştir. Uluslararası tahkim bu yollardan bir tanesidir. Hukuki uyumsuzlukları çözümde esas olan mahkemeler olmasına rağmen zamanla tahkim müessesesinin dinamik ve hızlı işleyen yönü, ticari ihtilaflarda en tercih edilen kurum haline getirmiştir. Tahkimi işlevsel kılan, taraflara sözleşmelerini*

---

\* Avukat, Elazığ Barosu – Elazığ/Türkiye, [efe\\_23\\_23@hotmail.com](mailto:efe_23_23@hotmail.com)

\*\* Arş. Gör., İstanbul Ticaret Üniversitesi, Uluslararası Ticaret Bölümü, [gkarakaya@ticaret.edu.tr](mailto:gkarakaya@ticaret.edu.tr)

*muayyen bir hukuka tabi kılma iktidarını bahşetmesidir. Hukuk seçme imkânı ticaretin güven ve istikrar arayan veçhesine de uygundur. Bu çalışmada tahkim anlaşması yapılan durumlarda esasa hangi hukukun uygulanacağı incelenmiştir.*

**ANAHTAR KELİMELELER:** *Tahkim, Hakem, Ticaret, Hukuk, Uyuşmazlık*

### **ABSTRACT**

*Globalization of trade brought companies and organizations belonging to different law systems to face to face. Securing and giving trust to capital is one of most important prerequisite of the trade. Since foreign capital finds to rely on local courts risky in solving conflicts, it applies alternative conflict solving ways. international arbitration is one of them. Though, courts are basically the very natural legal conflict-solving places, the dynamic and rapid problem solving feature of arbitration made it the most influential and preferred institution in commercial conflicts. What makes arbitration effective is its ability giving parties to choose the the law they prefer to be subjected. The ability to choose the law is compatible to nature of trade seeking the trust and stability as well. In this study, it is examined which law will be applied to the substance in case of arbitration contracts.*

**KEYWORDS:** *Arbitration, Arbitrator, Trade, Law, Conflict.*

### **1. GİRİŞ**

Dünya ticaretinde meydana gelen hızlı gelişim, ulus ötesi ilişkileri hızlandırmış, sermaye ve ticaretin küresel ölçekte yayılmasına neden olmuştur. Çağımızı küreselleşme çağı olarak niteleyenler, bu gelişimi ticaret ve haberleşmenin yaygınlaşmasına bağlamaktadırlar. Uluslararası ticaret, milli sınırları ve hukuku zorlayarak kendi ihtiyaçlarına uygun düzenlemeleri dayatmaktadır. Bugün artık internet üzerinden birkaç tuşa basarak milyarlarca lira sermayeyi dünyanın bir ucundan diğer ucuna taşımak mümkündür. Nitekim gelişmiş ülkelerde her geçen gün e-ticaretin oranı yükselmekte, bu yolla sınırlar ortadan kalkmaktadır.

Farklı ülkelerde farklı ticari yasaların varlığı, zaten ürkek ve çekingen olan sermayenin önündeki en büyük engellerden biridir. Farklı

prosedürlerle karşılaşmak, hem zaman, hem de ticari hayatın vazgeçilmezlerinden biri olan güven kaybına yol açmaktadır. Ticaret kazanmak üzerine kurulmuş bir ilişkiler yumağıdır. Kazanmak için sermayenin güvene ihtiyacı vardır. Bunun yollarından biri de uluslararası niteliği olan kurum ve mekanizmaların devreye sokulması, yatırımcıya güven veren yöntemlerin bulunmasıdır.

Bugün herhangi bir ülkenin kendini uluslararası ticaretten soyutlaması, kendi sınırları içine kapanarak ayakta kalması mümkün değildir. Tarihi akış, her gün biraz daha dışa açılmayı ve ülke sınırlarını en azından ticari anlamda dışa açmayı zorunlu kılmaktadır. Bu mecburiyet, yeni anlayış ve yeni müesseseleri beraberinde getirmektedir.

İşte dünya ticaretinin bu küresel boyutu, yoğun ihtilafları da beraberinde getirmiştir. Tahkim kurumu bu ihtilaflara verilen cevap ve sunulan çözüm yollarından biridir. Çalışmamızda önce uluslararası tahkimin anlamı ve gerekliliği üzerinde durulmuş, kısa bir tarihçesi sunulmuştur. Ardından, karşıtlarının görüş ve endişeleri dile getirilerek olaya farklı bir perspektiften bakma imkânı verilmiştir. Çünkü hemen her kurum ancak eleştirel bir yaklaşımla doğru anlaşılabilir. Çalışmanın diğer kısımlarında ise milletler arası tahkimin Türk Hukuk Sistemindeki yeri, uluslararası tahkimin nedenleri ve çeşitleri incelenmiş, son kertede çalışmanın nirengi noktasını oluşturan esasa uygulanacak hukuk farklı yön ve ihtimaller dikkate alınarak ele alınmıştır.

## 2. Genel Olarak Tahkim

Tahkim, kelime olarak, "pekiştirmek, güçlendirmek"<sup>1</sup> gibi anlamlara gelen bir terimdir. Çalışma konumuzda ise uyuşmazlıkların hakem vasıtasıyla çözümü anlamına gelen yanılla incelenmiştir. Bu anlamıyla tahkim, "anlaşmazlıkların herkese açık mahkemeler yerine, hakemler aracılığıyla çözümlenmesini öngören bir anlaşma yoludur."<sup>2</sup>

Hem iç ihtilaflarda hem de uluslararası nitelik taşıyan uyuşmazlıklarda kullanılan bir mekanizmadır. Uluslararası tahkime ihtiyaç duyulma nedeni, ihtilafların daha çok uluslararası nitelikli oluşu ile ilgilidir. Bunların çözümü, farklı hukuk sistemlerine bağlı tarafların

<sup>1</sup> Mehmet Doğan, **Büyük Türkçe Sözlük**, İstanbul, Pınar Yayıncılık,2005,s,512

<sup>2</sup> Türk Tabipler Birliği, <http://www.ttb.org.tr/TD/TD47/tahkim.html>, Erişim: 13.12.2014

itimata edebilecekleri tarafsız bir yargı zeminini gerekli kılmıştır. Milli ve mahalli temelde çözüm yollarının aranması, uyuşmazlığın tarafı devlet ve vatandaşlarına avantaj sağlayacağından, farklı ve daha işlevsel yargılama metotlarının bulunmasını gerektirmiştir. Her ne kadar, böyle bir zorunluluğun sonucu olarak ortaya çıkmış olsa da, tahkim müessesesinin tarihi, hukuk tarihi kadar eskidir. Farklı biçimlerde kadimden beri kullanılan bir yargılama ve uzlaşma biçimidir. Milletlerarası Ticaret Odası tahkimi, milletler arası karakterdeki iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların hakem yolu ile halli olarak tarif etmektedir<sup>3</sup> "Modern hukuk literatüründe tahkim, taraflar arasında doğmuş veya ileride doğması muhtemel olan muayyen hukuk ihtilaflarını, devlet yargısı dışında taraflarca seçilen ve hakem (arbitratör) denen, tarafsız özel şahıslar vasıtasıyla nihai olarak karara bağlanmasını ifade eder."<sup>4</sup>

Esas olan, ihtilafların mahkemelerde çözülmesidir. Bunun istisnası, tahkim kurumudur. Literatürde "arbitration" olarak geçmekte olan bu kelime Türkçeye HAKEM olarak çevrilebilmektedir. Hakemlik (tahkim) müessesinde uyuşmazlıklar genel olarak 3 kişilik bir komisyon tarafından çözümlenir. Bu komisyon, biri davacı, biri davalı ve 3.sü ise davacı ve davalının mutabık kaldığı bir hakem ya da mutabık kalınmaması durumunda hakemlik müessesesinin re'sen atayacağı bir hakemden oluşur.<sup>5</sup>

Tahkimin ilk defa nerede ortaya çıktığına dair bir fikir birliği yoktur. "Ancak ilk defa 1967 tarihli İngiliz tahkim kurumu ile kodifiye edilmiştir."<sup>6</sup>

Tahkim kurumu, hemen her hukuk sisteminin kadimden beri kullandığı bir ihtilaf çözme biçimidir. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminden, İslam hukukuna kadar farklı hukuk sistemlerinde, tahkim usulüne ait düzenlemelere rastlamak mümkündür. İslam tarihinde en bilinen örnek,

---

<sup>3</sup> Turgut Kalpsüz, **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, İstanbul Yetkin Yayınları,2010,s,2

<sup>4</sup> Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1986, s.17

<sup>5</sup> **Türkiye MAİ ve Küreselleşme Karşısı Çalışma Grubu**, <http://www.antimai.org/kitap/tahkim.html>

<sup>6</sup> Şanlı, **a.g.e**, s,15



Muaviye ile Hz Ali arasında yapılan tahkim anlaşmasıdır.<sup>7</sup> Türk Hukuk sisteminde tahkim Hukuk Mahkemeleri Kanunu (HMK) ile Milletlerarası Tahkim Kanununda (MTK) düzenlenmiştir. Hukuk mantığına, ticaretin esnek yapısının adaptasyonu ile ortaya çıkan bu kurum, bugün uluslararası ticari ilişkilerin en önemli başvuru yollarından biri haline gelmiştir. Ticaretin esnek, çabukluk isteyen yapısı tahkimi mahkemelere göre daha tercih edilebilir bir uyumsuzluk çözme yolu haline getirmiştir.

Uluslararası tahkim asla bir mahkeme değildir. Ama yaptığı iş yargılamadır. “Hakemlerin uyumsuzluk halinde temel aldıkları tek ölçü taraflar arasında yapılan sözleşme şartlarıdır. Sözleşme şartları dışındaki hiçbir ulusal ve uluslararası hukuk normları dikkate alınmaz ve hakemlik müessesesi her davada farklı bir sözleşmeyi esas aldığı için, evrensel ve değişmez hukuk kuralları oluşturulamaz.”<sup>8</sup>

Ancak belirtmek gerekir ki, tahkimin birinci özelliği, muayyen hukuki ihtilafların çözümlenmesinde kullanılan bir yargı metodu olduğudur. Mahkemeden farkı, bir Lex Fori’ye sahip olmaması ve hakemlerin taraflar arasında akdedilen -sözleşmeden-hareketle ihtilafı çözmeye çalışmalarıdır.

Karşıtlarına rağmen, uluslararası tahkim gün geçtikçe ticari ihtilafların her gün daha çok başvurulan bir çözüm mekanizması olmaya devam etmektedir. “Zira bu, uyumsuzluk çözümü metodu, geleneksel yargılama metotları ile karşılaştırıldığında birçok avantaja sahiptir.

Taraflar, uyumsuzluklarını tahkim yoluyla çözmek istediklerinde, uyumsuzluklarının esasına uygulanacak hukuku kendileri belirleyebildikleri gibi, uyumsuzluğun hangi usule göre ve nasıl çözümlenebileceğini de önceden bilebileceklerdir. Bunun yanında, kararın tanınması ve tenfiz edilmesi konularında sağlanan kolaylık ve işlevsellik de özellikle yatırımcı açısından hukukî bir güvence ortamı sağlamaktadır.”<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Muharrem Balcı, **İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim**, İstanbul Danışman Yayınları,1999,s,74

<sup>8</sup> <http://www.antimai.org/kitap/tahkim.htm> file:///C:/Users/win7/ Downloads /1952.pdf, Erişim: 10.12.2014

<sup>9</sup> Neva Övünç Öztürk, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, Yüksek Lisans Tezi,2006,s.43

## **2.1. Milletlerarası Tahkim**

“Milletlerarası ticareti ilgilendiren akitlerden doğan ticari uyuşmazlıkların halline matuf tahkimler milletlerarası ticari tahkim olarak vasıflandırılmaktadır.”<sup>10</sup> “Bir akdin hangi unsurlarla milletlerarası bir karaktere sahip olacağının tespiti önem taşımaktadır. “Milletlerarası Tahkim tabiri, yabancılık unsuru taşıyan ve hakemler marifetiyle ihtilafların çözümünü içeren tüm ihtilaf çözme tekniklerini ifade etmek için kullanılan bir üst kavramdır.”<sup>11</sup>

Bu konuda farklı görüşler olmasına rağmen, klasik görüş, “akitlerin milletlerarası karakterini tespitite, akitle ilgili şahsi veya coğrafi unsurlardan hareket etmektedir. Buna göre sözleşmenin tarafları farklı vatandaşlığa veya farklı ülkelerde ikametgâh veya meskene sahipseler veya sözleşme konusu şey, hizmet veya ödemeler bir ülkenin sınırlarını aşılırsa akit milletlerarası karaktere sahiptir.”<sup>12</sup>

Ancak bu konuda daha çağdaş ve yeni eğilimler “sözleşmenin ekonomik karakterini ön planda tutmakta, şahsi ve coğrafi anlamda yabancılık unsuru taşısın taşımamasın milletlerarası akitleri, milletlerarası ticareti ilgilendiren akitler olarak vasıflandırmaktadır. Diğer bir ifade ile tahkime milletlerarası nitelik kazandıran, tahkimin taraflarının hukuki niteliği, tahkim usulü için seçilen hukuk, hakemlerin niteliği, vb. değil, tahkim konusu temel ilişkinin milletlerarası ticareti ilgilendirme özelliğidir.”<sup>13</sup>

Hukuk sistemimizde milletlerarası tahkim- yabancılık unsuru- ile izah edilmiştir. Tahkim Kanununun (MTK) 2. maddesinde, tarafların yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyerlerinin ayrı devletlerde olması, tarafların yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya iş yerlerinin tahkim yerinden farklı olması, tarafların yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya iş yerlerinin asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği veya en çok bağlantılı olduğu yerden farklı bir devlette olması, asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az

---

<sup>10</sup> Balcı, **a.g.e.**, s. 309

<sup>11</sup> Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 3.b, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2014, s.551

<sup>12</sup> Şanlı, **a.g.e.**, s,30

<sup>13</sup> Şanlı, s.32

birinin yabancı sermaye getirmiş olması veya asıl sözleşme ve hukuki ilişkinin bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini sağlıyor olması yabancılık unsuru olarak sayılmıştır.

### **2.2. Türk Hukukunda Milletlerarası Tahkim**

Türkiye’de milletlerarası tahkim 21 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe giren 4686 sayılı kanunla düzenlenmiştir. 14.08.1999 tarihinde 4446 sayılı kanunla Anayasa’da yapılan değişikliğe kadar Türk hukukunda milletlerarası tahkimi düzenleyen özel hükümler yoktu. Ancak, Anayasa değiştirildikten sonradır ki, yasal düzenlemeler yapılabilmektedir. Tahkimin Türk Hukuk sistemine girişi yeni olmasına rağmen, Türk toplumunun gündemine girmesi daha eskilere dayanmaktadır. 1991 yılında milletlerarası ticari hakemliği düzenleyen Avrupa Sözleşmesi ile Yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrasını düzenleyen New York Sözleşmesi Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu iki sözleşmeye rağmen, imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay’ın ön incelemesinden geçirilmesini emreden 2575 sayılı Danıştay Kanununa yaslanarak, Danıştay -içinde tahkim-şartı bulunan sözleşmeleri iptal etmiş, bir çok ihale ve yatırım antlaşması uygulanma imkanı bulamamıştır. Esasen, Türkiye’de uluslararası tahkimin kanunla düzenlenmesi ihtiyacını ortaya çıkaran da, değişen ve büyüyen ihtiyaçlara paralel olarak, baraj, köprü, fabrika gibi büyük yatırımlar için gereken dış finansman ihtiyacıdır. Yabancı sermayenin kendini garantiye almak, muhtemel riskleri azaltmak için tahkim şartını öne sürmesi, tahkimin Türk hukuk sistemine girişini kolaylaştırmıştır.

4446 sayılı yasa ile Anayasa’da yapılan değişiklikten sonra, Danıştay Kanunu da tadil edilmiş, hemen ardından 21 Temmuz 2001 tarihinde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çıkarılmıştır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) salt tahkimi düzenleyen bir yasa olmasına rağmen, Hukuk Mahkemeleri Kanununun da(HMK) tahkim, 407-444 maddeleri arasında tanzim edilmiştir. MTK içinde yabancılık unsuru olan sözleşmelere uygulanırken, HMK içinde yabancılık unsuru bulunmayan sözleşmelere tatbik edilmektedir.

### **2.3.Tahkime Yönelik Eleştiriler**

Tahkim kurumunun bu özgün yapısına rağmen, milli hukuk sistemlerinden farklı bir çözüm yolu olduğu için karşısında olan, bu çözüm mekanizmasını milli egemenlikle bağdaştırmayan kesimler de

vardır. Bu çevreler, hukukla egemenlik arasındaki münasebetten yola çıkarak, uluslararası tahkimi, devletin hukuk yaratma iktidarına müdahale olarak görüp, karşı çıkmaktadırlar.

Bir diğer eleştiri konusu ise çabukluk, gizlilik, az masraflılık, hakemleri ve yargılama usulünü belirleme gibi olumlu yanlarının yanında, "hakem kararlarının bağlayıcı etkisinin olmaması, kararların MTK'da düzenlendiği gibi iptal edilebilirliği, yargı kararlarına benzer bir üst denetim mekanizmasının bulunmaması ve gizlilik gibi"<sup>14</sup> olumsuz yanlarıdır. Bir diğer eleştiri de, bu uyuşmazlık çözüm yönteminin, gelişmiş ülkeler tarafından gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelere dayatılan bir mekanizma olduğu, AB, ABD ve Japonya gibi gelişmiş ülkelerin çıkarlarına hizmet ettiği, Buna karşı, sermayenin rahatça dolaşımına neden olduğu için, az gelişmiş ülkelerin ekonomilerine katkıda bulunduğunu savunanlar da vardır.

Olumsuz yanlarından herhalde en önemlisi yargılama usulünün gizliliğinden kaynaklanan şeffaflık problemidir. Tahkim uygulamasındaki kurallara göre, ihtilaflar tamamen özel nitelikte sayıldığı için, duruşmalar ihtilafın tarafları dışındakilere kapalı tutulmakta ve kararların duyurulması ancak bir tarafın arzu etmesi halinde mümkün olabilmektedir. Buradaki gizlilik ilkesi, tahkim sürecinin daha hızlı yürütülebilmesine imkan sağlanması ve tarafların ticari sırlarını koruma ve uyuşmazlık dolayısıyla itibar kaybına uğramamaları gibi düşüncelere dayandırılmaktadır. Hâlbuki şeffaf bir kurguya giderek hakem heyetinin faaliyetlerine dışarıdan erişim sağlamak suretiyle, hakemlerin kendilerini daha dikkatli davranmak zorunda hissedebilecekleri; eleştiriye açık tutulmalarının imkân dâhiline girmesiyle, etkinliğin ve süreçteki kalitenin artacağı söylenebilir.<sup>15</sup>,

#### **2.4.Uluslararası Tahkimi Tercih Nedenleri**

"Uluslararası ticaret, çok dinamik, değişken, siyasi değişimlerden çok çabuk etkilenen bir yapıya sahiptir. Ticaret yapmadan ülkelerin

---

<sup>14</sup> Nevhis Deren Yıldırım, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, Ankara Barosu Dergisi, 2002,Sayı 4, s.43-44

<sup>15</sup> Serdar Çal, Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi, AÜHFD,2008, s. 146, [http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-04-](http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-04/AUHF-2008-57-04-)

vatandaşlarının ihtiyaçlarını karşılamaları mümkün değildir. Bu bakımdan her ülke, değişen oranlarda ticaret yoluyla birbirine bağımlıdır.”<sup>16</sup>

Sanayi devrimiyle birlikte artan ve yoğunlaşan ticari ilişkiler mahkemelerin yükünü artırmış, yeni yöntem ve metot arayışlarını hızlandırmıştır. Farklı siyasal sistemlere sahip ülkeler arasında ticaret yapmak, çabuk işlemesi gereken ticari mekanizmaların hızını yavaşlatabilmektedir. Mahkemelerin iş yükünün ağırlığı, kar zarar üzerinden yürüyen ve zamanla yarış içinde olan ticari faaliyetleri menfi yönden etkilemektedir. Ticaret erbabının tahkim usulünü tercih sebeplerinin başında, “işte bu mahkemelerin yavaşlığına karşı tahkim usulünün çabukluğu vardır. Hakemler Lex Fori’nin katı ve teferruatlı maddi ve usule ilişkin hükümlerine sıkı sıkıya bağlı kalarak karar vermek durumundaki hâkimlere nispetle, taraflarca veya bizzat kendi koydukları basit ve ihtilafın niteliğine uygun kararlar çerçevesinde, daha kısa sürelerde karar verebilme imkânına sahiptirler.”<sup>17</sup> Ticari şartlarda gözlenen hızlı değişim, enflasyon, paranın değerindeki artış ve eksilmeler ihtilafın kısa sürede çözülmesini zorunlu kılmaktadır. Buna, tahkim yolunda rotanın tarafların elinde olması da eklenince, tahkim yolu daha tercih edilir bir çözüm biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.

Tahkimi, mahkemelere göre öne çıkaran bir başka husus da hem ucuz, hem de konunun uzmanı kişilerce ihtilafın karara bağlanmasıdır. Ticari alan, hukukun alanından çok farklı özelliklere sahiptir. Ticari bir ihtilafın, hiç ticaret yapmamış, onun mantık ve felsefesine sahip olmayan kişilerce çözümü, çoğu kez iki taraf için de hayal kırıklığına neden olabilmekte, verilen kararlar iki taraf için de tatmin edici olmamaktadır. Pazar mantığının uluslararası boyutu, hukukun daha yerel kalan boyutu ile karşılaştırıldığında, milli bir hukukla milletlerarası bir meselenin çözümünün zorluğunu ortaya koymaktadır. Ayrı tabiiyetlere sahip tacirlerin her birinin ötekini hukukuna şüpheyle bakması doğal bir insani durumdur.

Başkasının hukuku başkasını korur mantığı, ihtilafı bu algıdan arınmış mekanizmalar yoluyla çözmeye icbar etmektedir. Tahkim

<sup>16</sup> Mehmet Melemen, **Uygulamalı Uluslararası Ticaret**, İstanbul, Türkmen Kitabevi,2012, s. 3

<sup>17</sup> Şanlı, **a.g.e.** s.23

tarafra ihtilafın nerede, nasıl, hangi hukukla çözümleneceği hususunda tam bir irade serbestliği verdiğinden, kişi yi muhatabının hukukuna mahkum olmaktan kurtarmakta, ihtilafların daha objektif kriter ve daha uzman kişilerce çözülebileceğine dair inancı güçlendirmektedir.

Zira tahkim usulünü tercihte, ticari kaygılar kadar psikolojik unsurların da etkili olduğu bir gerçektir. Tahkimi tercih edilir kılan sebeplerden biri de gizlilik tir. Taraflar, ticari sırlarını mahkemelerde ortaya saçmadan, seçtikleri hakemler vasıtasıyla çözmekte, bu vesileyle ticari sırlarını da korumaktadırlar. Hakemlere tanınan geniş yetki, çoğu ihtilafın uzlaşma ve dostane yollarla çözüme bağlanmasına imkân vermektedir. Tahkim usulünün karakterinde bulunan çabukluk, gizlilik ve ucuzluğun yanında "onun özel bir yargılama usulü olması, çağdaş dünyanın değer ve idealleri olan demokratikleşme ve sivilleşme ile uyum içinde olması"<sup>18</sup> tercih edilmesini kolaylaştıran bir başka nedendir.

### **2.5.Milletlerarası Tahkimin Çeşitleri**

Milletler arası tahkim usulünün kullanılması iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, Ad Hoc (geçici, arızı) tahkimdir. Bu tür tahkimde herhangi bir kurumsal yapının idare ve kılavuzluğu olmadan, taraflar süreci kendi denetimlerinde tutarak, hakemleri, tahkim yerini, tahkim usul ve hukukunu kendileri tayin eder veya bütün bu işlemler için hakemlere yetki verirler. Tahkimin bu türü, sadece o uyuşmazlık için ve tarafların ihtiyaçlarına göre geçici olarak teşekkül ettirildiğinden Ad Hoc tahkim olarak isimlendirilmiştir. Bu tahkim tipinin tercih edilmesinde, daha çok siyasi, sosyal ve psikolojik sebepler rol oynamaktadır.

“Özellikle, taraflardan birinin devlet veya devlet kuruluğu olduğu milletlerarası nitelikli sözleşmelerde, yatırımcı yabancı şirketlerin ev sahibi ülkelerdeki, ev sahibi ülkenin de yabancı ülkede bulunan tahkim kurumlarına güvensizlikleri,”<sup>19</sup> ve “kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim prosedürleri üzerindeki bürokratik denetimlerinden duyulan endişeler ile bu tür kurumların milletlerarası sermayenin manivelası olduğu yönündeki kaygılar,”<sup>20</sup> tarafları ad hoc tahkim yönelt en önemli

---

<sup>18</sup> Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5.b, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2013, s.246

<sup>19</sup> Şanlı, a.g.e. ,s,97

<sup>20</sup> Şanlı, Esen, Figanmeşe, a.g.e. , s.553

nedenler arasındadır.

İkinci tahkim tipi ise kurumsal tahkimdir. Bu tip tahkimde, tahkim prosedürü önceden mevcut olan muayyen bir kurumun idaresinde yürümekte, sekreteryaya ve teknik hizmetler bu kurum tarafından verilmektedir. Usul, esas ve idari bakımdan önceden hazırlanmış kurallar söz konusudur. Tahkim kurumu ihtilafın çözümünde doğrudan rol alır. Ad hoc tahkimde ki gibi, belirsizlikler yoktur. Doktrinde kurumsal tahkimin kıstası, idari yönden tahkimi organize eden bir kurumun varlığıdır.<sup>21</sup> Bu amaçla kurulmuş, birçok milli, milletlerarası ve bölgesel tahkim kurumu vardır. Dünyada uluslararası ticaret ve yatırım anlaşmalarında yer alan ve genel kabul görmüş 3 hakemlik müessesesi bulunmaktadır. Bunlardan en eskisi 1923 yılında oluşturulan ve bugün de kullanılan ICC -Uluslararası Ticaret Odasının Tahkim Komisyonu, ikincisi Birleşmiş Milletler Örgütünün UNCITRAL Tahkim Komisyonu ve üçüncüsü Dünya Bankasının ICSID-Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları için Çözüm Merkezi isimli Tahkim Komisyonudur. Bu 3 Hakemlik müessesesinin dışında WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütünün Hakem Heyeti), Avrupa Birliği Hakem Heyeti, İTO(İstanbul Ticaret Odası Hakem Heyeti) gibi çeşitli Hakemlik Müesseseleri de mevcuttur.<sup>22</sup> Ayrıca, Milletlerarası Ticari Tohumluk Federasyonu, Milletlerarası Tali Hammadde Islah Bürosu, Amerikalılar arası Ticari Tahkim Komisyonu, Amerikan Tahkim Derneği ve Londra Hakem Mahkemesi gibi tahkim kurumları da sayılabilir.

### 3. Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk

Uluslararası tahkimin önemli konularından birini, esasa uygulanacak hukukun ne olacağı sorusu teşkil etmektedir. Usule ilişkin meseleler çözümlendikten sonra hakem heyetinin temel işlevi başlamaktadır. Hakem heyeti tahkim sözleşmesi çerçevesinde taraflardan aldığı yetki ile uyuşmazlığı bir karara bağlamak durumundadır. Bu bağlamda hangi hukukla uyuşmazlığın çözüme bağlanacağı sorusu gelmektedir. 1961 tarihinde Cenevre’de imzalanan Milletlerarası Ticarî Tahkime Dair Avrupa Sözleşmesi m. VI(2), tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun öncelikle tarafların seçtiği hukuka, böyle bir hukuk seçimi yapılmadıysa hakem kararının verileceği yer

<sup>21</sup> Şanlı, **a.g.e.**, s. 70

<sup>22</sup> <http://www.antimai.org/kitap/tahkim.html>, Erişim: 13.12.2014

hukukuna veya uyuşmazlık ulusal mahkemeler önüne geldiğinde hakem kararının nerede verileceği henüz tespit edilemiyorsa hakimin kendi hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilecek hukuka tabi olduğunu ifade eder.<sup>23</sup>

Milletlerarası özel hukukta irade serbestisi esas olduğundan taraflar bu kurala dayanarak ticari ihtilafları istedikleri bir hukuk sistemine tabi kılabilirler. “Milletler arası özel hukukta irade serbestisi, tarafların borç doğuran bir özel hukuk sözleşmesini muayyen bir hukuka tabi kılma iktidarım ifade eder.”<sup>24</sup> Tarafların akitlerini tam bir serbesti içinde akdetmeleri, uluslararası ticaretin ruhuna da uygundur. Bu tercih imkânı, taraflara sözleşmenin sonuçlarını önceden tahmin etme fırsatı vermekte, belirsizliğin önüne geçmektedir. İrade muhtariyeti ilkesi, her hukuk düzeninde aynı kapsamda ele alınmamıştır. ICSID Hukuk Kuralları diyerek çoğul bir ifade kullandığı için, bu üç hukuk sisteminden (anasyonel kurallar, genel prensipler, ve lexmercatoria )birini tercih mümkündür. Aynı şey MTO Tahkim kurallarında da geçerlidir. Buna karşılık Cenevre Komisyonu (VII) taraflar ihtilafın esasına uygulanacak hukuku tercih etmede serbesttir diyerek tekil ifade kullandığı için ulusal bir hukuk tercih edilecektir. Dolayısıyla, tahkimin tabi olduğu hukuk sistemi taraflara hukuk seçme imkanı getirmişse ,taraflar sadece ulusal bir hukuku seçme serbestisine sahiptir. Buna karşılık tarafların hukuk kurallarını seçme imkanı getirmişse ulusal hukukun yanında anasyonel kurallar, genel prensipler ve lexmercatoria’yı da seçebileceklerdir.”<sup>25</sup>

İrade muhtariyeti ilkesinin kapsamı bu yetkiyi aldığı hukuk düzenine göre belirlenmektedir. Ticari ilişkilerde en büyük riskin belirsizlik olduğu bilinmektedir. Hukuk seçme imkânı bir anlamda belirsizliğin önüne geçmekte, tesadüfleri ortadan kaldırarak tarafların tereddütlerini izale etmektedir. Asıl olan, sözleşmelerde, esasa uygulanacak hukuku da seçmektir. Bu durumda, hem hakemlerin işi

---

<sup>23</sup> Fatih Işık, **Tahkim Anlaşmasının Esasına uygulanacak Hukuk**, 2013, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tahkim-anlasmasinin-esasina-uygulanacak-hukuk-3>, Erişim: 13.12.2014

<sup>24</sup> Şanlı, **a.g.e**, s. 105.

<sup>25</sup> Özel, **a.g.m**, s. 373.



kolaylaşmakta, hem de ihtilaflar daha seri bir şekilde çözüme bağlanabilmektedir. Hukuk seçimindeki serbestlik, yürürlükte olan bir hukuk sistemini seçmeyi ifade eder. Aksi takdirde, seçimin anlamı ortadan kalkacak, kaotik bir ortamın doğmasına zemin hazırlanmış olacaktır.

Keza belirsizlik nedenlerinden biri de, aynı anda hem hukuk, hem de seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarını seçmektir. Tarafların seçtikleri hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da uygulamaya dâhil edilmediğinde, uyuşmazlığa tarafların istedikleri hukuktan farklı bir hukukun uygulanması söz konusu olacaktır ki, bu durumda da tam bir hukuk seçimi serbestisi sağlanmış olmayacaktır. Ancak bazen, taraflar dikkatlerini sözleşmenin maddi hükümlerine verdiklerinden, ihtilafların çözümüne uygulanacak hukuku seçmeyi ihmal etmekte, bu da, esasa uygulanacak hukukun ne olacağı konusunda değişik ihtimalleri gündeme getirmektedir. Esasa uygulanacak hukuku üç başlık altında incelemek mümkündür. Bu başlıklar;

**a-Açık Hukuk seçimi,**

**b-Zımnî Hukuk seçimi,**

**c-Hukukun hakemlerce seçilmesidir.**

Unutulmaması gereken nokta, “hukuk seçiminin, ana sözleşmenin bir maddesi, bir hükmü olarak derç edilmiş olsa bile, bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerektirir.”<sup>26</sup>

### **3.1.Açık Hukuk Seçimi**

Milletlerarası ticari sözleşmelerde taraflara tanınan irade serbestliği, milli hukuk sistemlerine yönelik açık hukuk seçimlerini de kapsamaktadır. Ticari tahkim doktrininde bu seçim genel hukuk prensiplerini, Milletlerarası Ticaret Kanununu, milli olmayan hukuk sistem ve prensiplerini de kapsamaktadır. ” Örneğin, milletlerarası düzenlemelerden biri olan ICSID Konvansiyonu m.42 ye göre; heyet anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Konvansiyon hukuk kuralları terimini kullandığı için taraflar sadece ulusal bir hukuku değil, milletlerarası hukuk kurallarını ya da lexmercatoria gibi ulusal olmayan hukuk kurallarını da seçebilirler. Aynı yaklaşım MTO Tahkim Kuralları m.17/1,UMCITRAL Model

<sup>26</sup> Şanlı, a.g.e, s.107

m.28/1’de de takip edilmiştir.”<sup>27</sup> Tahkim usulünde yargılamayı icra eden hakemler, tarafların sözleşmesiyle atanmış olup, aynı zamanda tarafların anlaşmalarıyla azledilebilirler. Bu durum hakemlerin tarafların iradelerine sıkı sıkıya bağlanmaları lüzumunu ortaya çıkarmıştır.”<sup>28</sup>

İhtilafa hangi hukukun uygulanacağı sorusu hakemler tarafından sözleşmeye bakılarak çözülecektir. Tarafların hukuk seçimine dair sözleşmelerinin varlığı halinde sorun, seçilen hukuka göre kolaylıkla halledilecektir. ”S. Smedresman, hakemlerin hâkimlerden farklı olarak muayyen bir devletin menfaatini korumak durumunda olmadıklarından ve özel bir sözleşmeden yetki aldıklarından, tarafların uygulanacak hukuk konusundaki seçimlerine herhangi bir sınır getirmek için haklı sebeplere sahip olmadıklarını ifade etmiştir. ”<sup>29</sup> “Bunun anlamı, sözleşmede açık bir hukuk seçiminin olması halinde hakemlerin bunu uygulamak zorunda olduklarıdır. Milletler arası ticari tahkim ve doktrininde, tarafların açık hukuk seçimine yönelik hak ve yetkileri, herhangi bir kanunlar ihtilafı sisteminin otoritesine tabi kılınmadan doğrudan geçerli kabul edilmektedir. ”<sup>30</sup> Aksi takdirde hem irade serbestisinin bir anlamı kalmayacak, hem hukuk seçimi anlamını yitirecek, hem de tahkimin varlık sebebi ortadan kalkacaktı. Ayrıca hakemlerin bu iradeyi dikkate almamaları halinde hakem kararlarının iptali söz konusu olabilmekte, kararların tenfizi açısından sorunlar ortaya çıkabilmektedir.<sup>31</sup> Bu münasebetle hakemlere düşen, açık hukuk seçiminin yapıldığı sözleşmelerde, bu seçimin herhangi bir mahalli kanunlar ihtilafı sistemine uygunluğunu araştırmaya gerek görmeden, seçilen hukuka göre ihtilafı çözmektir.

### **3.2. Zımni Hukuk Seçimi**

Yukarıda ifade edildiği gibi açık hukuk seçiminde, taraflar arasında akdi ilişkiye uygulanacak hukukun seçimine yönelik irade açıktır. Zımni hukuk seçiminde ise, yine aslında tarafların bir iradesi

---

<sup>27</sup> Özel, **a.g.m**, s.373

<sup>28</sup> Şanlı, **a.g.e**, s.124

<sup>29</sup> Şanlı, **a.g.e**, s.126

<sup>30</sup> Şanlı, s.135

<sup>31</sup> Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim,3.b, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.224

vardır ama bu irade sarih, belirgin olmadığından mevcut olan bu iradenin sözleşmenin muhtevasından çıkarılması gerekir. Muğlaklığı giderecek olan hakemlerin sübjektif yönelimleri değil, akdi ilişkinin verdiği ipuçlarıdır. Sorun, bu belirtilerden nasıl sonuca gidileceğidir. Taraflar arasındaki bu örtülü iradeyi ortaya çıkarmak, hakemlere düşmektedir. Çünkü esasa uygulanacak hukuku bulmadan, ihtilafı çözmenin mümkün olamayacağı bir gerçektir.

Bazen “sözleşmenin unsurları tek bir hukuka işaret edebilir. Mesela, muayyen bir hukuk sistemine ait, dil ve terminolojinin kullanılması, o ülke hukukun seçildiğine delalet eden bir irade olarak anlaşılabilir.”<sup>32</sup> Keza, yargılama esnasında tarafların iddia ve savunmalarını aynı hukuka dayandırmaları da bir başka zımni hukuk seçimi olarak mütalaa edilebilir. Zımni hukuk seçimi de geçerli bir seçim biçimi olup, başlıca milletlerarası konvansiyonlarda da yer almıştır. Borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair AB Konvansiyonunu buna örnek göstermek mümkündür.

Zımni hukuk seçiminin yapılmış olduğunun kabul edildiği hal ve şartlar, dört kategori içerisinde incelenebilir.

1) Sözleşmenin unsurlarına veya sözleşmeyi ihata eden hal ve şartlara dayanan zımni hukuk seçimi (Bu durumda sözleşmenin irtibat içinde olduğu yer hukukuna bağlanma söz konusudur.)

2) Muayyen bir hukuk sistemine has dil ve terminolojinin kullanılmasına dayanan zımni hukuk seçimi (Bu durumda sözleşmenin diline, şekline, kullandığı terminolojiye ve yaptığı atıflara bakılarak seçilen hukuk sistemi bulunur.)

3) Tahkim yeri veya hakemlerin seçimine dayanan zımni hukuk seçimi (Burada hâkimi seçen onun hukukunu da seçmiş olur şeklinde lexfori geleneğinden hareket edilerek sonuca gidilir. Keza, yer seçimi de hukuk seçiminin bir karine ve belirtisi olarak görülmüştür.)

4) Tarafların talep ve iddialarını aynı hukuka dayandırmalarından kaynaklanan hukuk seçimi (Yargılama esnasında aynı hukuki mevzuata dayanılması zımni bir hukuk seçimi olarak kabul edilmiştir.)

### 3.3. Hukukun Hakemlerce Seçimi

Açık veya zımni hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda esasa

<sup>32</sup> Şanlı, a.g.e, s.214

uygulanacak hukuku seçme işi hakemlere düşmektedir. Hâkimler milletlerarası nitelikli ihtilaflarda hangi hukukun uygulanacağı sorununun halinde başvurabilecekleri bir kanunlar ihtilafı sistemine sahiptirler. Dolayısıyla hâkimler için bu tip sorunların hal ve çözümü kolaydır.

Milletlerarası ticaret hakemleri böyle bir lexfori'ye sahip olmadıklarından bu boşluğu kendileri doldurmak zorundadırlar. Ancak, hakemlerce ihtilafı esasına uygulanacak hukuku tespitte yardımcı olacak kanunlar ihtilafı düzenlemeleri isnai de olsa, bazı daimi hakem kuruluşlarının kuralları arasında bulunmaktadır. Mesela, Polonya dış ticaret hakem mahkemesi tüzüğü, hakemlerin ticari teamülleri ve adalet prensiplerini dikkate alarak, Amsterdam Sanayi ve Ticaret Odası Tahkim Kuralları ise hakkaniyet ve nısfete göre ihtilafın karara bağlanmasını öngörmektedir<sup>33</sup>

Kurumsal tahkimde hakemler, en azından tarafların hak ve borçlarını tespitte usulü normlara ve önceden belirlenmiş bir kanunlar ihtilafı düzenlemesinden istifade etme imkanına sahiptirler. Ad hoc tahkimde ise hakemler bu imkânlarla sahip olmadıklarından, daha zor ve elverişsiz bir durumdadırlar. Temel sorun, bir kanunlar ihtilafı seçiminin yapılmadığı durumlarda bu seçimin hakemler tarafından neye göre yapılacağıdır.

Tahkim yeri veya tahkim usulünü yöneten mahalli hukukun kanunlar ihtilafı sistemine mi tabi olunacaktır? Yoksa kanunlar ihtilafı sistemini hakem veya tarafların tabiiyet ve ikametgâhları mı, belirleyecektir? Bütün bunların da ötesinde milletlerarası bir kanunlar ihtilafı kuralı mı uygulanacaktır? Hakemler, önce açık veya zımni bir hukuk sisteminin seçilip seçilmediğini tespit ettikten sonra, ihtilafın esasına uygulanacak hukuku belirlemeye çalışacaklardır.

#### **3.4. Hakemler Açısından İrade Serbestisi**

Esasa uygulanacak hukukun hakemlerce tespiti değerlendirilirken, hakemlerin sahip oldukları yetki ve serbestinin sınırlarının incelenmesinde fayda vardır. Bu yetki ve serbesti nereye kadardır? Esasen,” taraflarca uygulanacak hukuk, açık veya zımni olarak seçilmediğinde, bu seçimin hakemlere bırakıldığı kabul edilmektedir.”<sup>34</sup> Tarafların zımnen esasa uygulanacak hukuk konusunda hakemlere

---

<sup>33</sup> Şanlı, a.g.e s. 297

<sup>34</sup> Şanlı, s. 217

tanıdıkları yetki ve serbesti, izlenecek kanunlar ihtilafı tekniğini tayin ve tespiti de kapsamaktadır. Ancak bu serbesti sınırsız ve keyfi değildir. Bu serbesti, ihtilaf konusu ilişkinin maddi karakteri, milletlerarası tahkim kurumunun hukuki niteliği, tarafların milletlerarası tahkimden beklenti ve iradeleriyle sınırlıdır.

Buna ayrı bir başlık altında inceleyeceğimiz, kamu düzeni sınırlamasının da ilave edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, tarafların iradesi devreden çıkacak, hudutlarını hakemlerin belirlediği bir hüviyete bürünecektir. Bu da milletlerarası tahkimin ruh ve amacına aykırıdır.

### **3.5. Maddi Hukukun Tespitinde Bir Kanunlar İhtilafı Sisteminin Uygulanması**

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmemişlerse, hakemlerin uygulanacak hukuku belirlemeleri gerekmektedir. Bu durumda kanunlar ihtilafı meseleleri devreye girmekte ve hangi bağlanma noktası aracılığıyla hangi hukuk ya da hukuk kuralının uygulanacağına karar verilmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi, hakemler gerçek bir kanunlar ihtilafı problemi ile karşılaştıklarında konunun çözümü için başvuracakları bir kanunlar ihtilafı sistemine sahip değildiler. Bu nedenle ihtilafın çözümü hakemlerin kültür, birikim ve hukuk nosyonlarına bağlıdır. Sistem seçiminde iki tür milli veya milli olmayan kanunlar ihtilafı sistemleri söz konusudur.

#### **3.5.1. Milli Bir Kanunlar İhtilafı Sisteminin Uygulanması**

Genelde bu tür durumlarda hakemler ikamet ettikleri veya mensubu oldukları ülkenin kanunlar ihtilafı sistemine bağlı kalacaklardır. "Doktrin de hakemlerin milli bir kanunlar ihtilafı sistemine dayanması gerektiği ifilde edilmiştir."<sup>35</sup>

Esasa uygulanacak hukukun tespitinde yaptığımız ayırım, burada da geçerlidir. Tarafların açık veya zımni bir şekilde muayyen bir kanunlar ihtilafı sistemini seçmeleri halinde hakemler bu seçime göre, esasa uygulanacak hukuku bulacaklardır. Açık veya zımni bir kanunlar ihtilafı sisteminin seçilmemesi halinde hakemler, tahkim yeri veya merkezinin yahut tahkim prosedürünü yöneten hukukun veya akdin en sıkı irtibat halinde olduğu ülkenin kanunlar ihtilafı hukuku sistemini seçeceklerdir. Yaygın uygulama bu istikamettedir. Son yıllarda tarafların ilişkili olduğu

<sup>35</sup> Şanlı, a.g.e, s,229

ülkeden ziyade ticari ilişkinin ilişkili olduğu ülkelerin kanunlar ihtilafının tercih edilmesi yönünde bir eğilim belirmiştir. Taraflar açık veya zımni bir kanunlar ihtilafını seçmedikleri zaman, hakemler şahsi tecrübelerinden hareketle bu seçimi yapacaklardır. Taraflar esasa uygulanacak hukuku tespitinde yol gösterecek kanunlar ihtilafı kurallarını seçtiklerinde, hakemlerin maddi hukuku belirlemeleri kolaydır.

Çünkü hakemler uygulanacak hukuku bu kurallara göre tespit edeceklerdir. Zımni seçimde de tarafların örtülü iradesi tebarüz ettirildikten sonra ilgili kanunlar ihtilafı kuralının tatbiki yoluyla ihtilafı çözecek hukuk bulunacaktır. Açık veya zımni bir tercihin olmadığı durumlarda sözleşmenin ruhu, hakemlerin birikimi devreye girecek, mevcut boşluk hakemler tarafından doldurulacaktır. Yaygın görüş, tahkim yeri ve merkezinin kanunlar ihtilafı sisteminin uygulanmasıdır. Devletler Hukuku Enstitüsünün görüşü de bu yöndedir; İhtilafın esasına uygulanacak hukuku tespit etmek için hakem mahkemesinin ikametgâhı ülkesinde yürürlükte olan kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır.<sup>36</sup> Bazı kararlarında hakemler tahkim yeri hukukunu, tahkim mahkemesi veya hakemin Lexfori'si olarak görmüşler, hâkimler gibi bu Lexfori'nin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda oldukları sonucuna varmışlardır. Esasa uygulanacak hukukun tespitinde hakemlerin sahip olduğu serbestlik, milletlerarası ticaretin gerekleri, milletlerarası ticari tahkim kurumunun mahiyeti, davanın özellikleri ve tarafların beklentilerine uygun olmalıdır.

### **3.5.2. Milli Olmayan Bir Kanunlar İhtilafı Sisteminin Uygulanması**

Adının bıraktığı intiba ne olursa olsun, devletler hukuku veya milletlerarası özel hukuk da, milli hukukun bir parçasıdır. Hukukun diğer dalları gibi içinden çıktıkları toplumun izlerini taşırlar. Hukukla kültür, siyaset ve ekonomi arasında güçlü bağlar vardır. Her hukuk sistemi aynı zamanda hayat bulduğu toplumun menfaatlerini korumayı amaçlar. Devletin kendisine karşı tarafsız olması mümkün olmadığından, onun hukuku da tarafsız değildir.

Bir ülkenin ihtiyaç ve menfaatlerine göre tanzim edilmiş bir hukuk sisteminin, milletlerarası ticari ihtilaflarda kullanılması ne kadar doğru ve ticari ilişkilerin tabiatına ne kadar uygundur? Bu sorunun cevabı,

---

<sup>36</sup> Şanlı, a.g.e. s.250

akdi ilişkilerde milli olmayan hukuk sistemlerinin tercihini gündeme getirmiştir. Esasen, tarafların aralarındaki ihtilafı milletlerarası bir ticari hakemlik merkezine sunmaları veya farklı tabiiyette hakemleri seçmeleri, ihtilafı milletlerarası bir planda çözmek isteyişlerinin bir ifadesidir. “Milli olmayan kanunlar ihtilafı kurallarının kaynağı milletlerarası sözleşmeler, uygulama kodları, milletlerarası ticari tahkim tatbikatında kabul görmüş tatbikat ve teamüllerdir. Bu bağlamda devletlerce ön görülmüş milletlerarası konvansiyonların amacı da bu istikamette bir yargı tekniği ve hukuk rejimi ihdas etmektir.

Bu yargı tekniğinin bir parçası olarak söz konusu belge ve konvansiyonlarda muayyen bir kanunlar ihtilafı düzenlemesi ön görülmüş ise, bu düzenleme milletlerarası bir ticari ve ekonomik rejim oluşturmanın önemli bir vasıtası olur ve hakemlerce uluslararası nitelikli ticari ihtilafların çözümünde kullanılması gerekir.”<sup>37</sup>

Bu belge, tasarı ve konvansiyonlardan ilk defa kanunlar ihtilafı kuralına yer veren sözleşme 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticari Tahkim Sözleşmesidir. Daha sonra BM Avrupa Ekonomik Komisyonu Tahkim Kurallarında UNCITRAL’in ad hoc tahkim kurallarında, MTO tahkim ve uzlaştırma kurallarında kanunlar ihtilafı ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.

Ticari ihtilaflarda taraflar arasında bir kanunlar ihtilafının tercihinin yokluğu halinde, hakemler tarafından bu belge ve konvansiyonların kanunlar ihtilafına dair hükümleri uygulanabilecektir. ”Hakemler uygulanabilecek tüm kanunlar ihtilafı kural veya sistemlerini ve bunların gösterdiği maddi hukukları inceledikten sonra, ihtilafın mahiyetine en uygun maddi hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralını, ihtilafın mahiyeti için münasip görüp uygulayabilirler. Böyle bir metodun izlenmesinde, ancak ihtilafın mahiyetine uygun kanunlar ihtilafı kuralı, ihtilafın mahiyetine uygun maddi sonuçlara ulaşmayı sağlayabilir.”<sup>38</sup>

Görüldüğü gibi, uygulanacak kuralın tarafların tahkime gitmekteki amaçlarına uygun düşmesi gerekmektedir. Bunun için tercih olunacak kanunlar ihtilafı kuralı, maddi hukuk planındaki sonuçlarla birlikte düşünülmelidir. Milli olmayan kanunlar ihtilafı sistem ve kurallarının başlıca ilham kaynağı Avrupa Sözleşmesidir. Hakemlerin en

<sup>37</sup> Şanlı, **a.g.e.**, s.256

<sup>38</sup> Şanlı, **a.g.e.**, s.319

sık başvurdukları konvansiyonlar ise Avrupa Sözleşmesi ile birlikte, 1955 de imzalanıp, 1964 de yürürlüğe giren, Menkullerin Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, 1980 tarihli BM Teknoloji Transferine Dair Milletlerarası Kod Tasarı, Menkullerin Milletlerarası Satışında Mülkiyetin İntikaline Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesi gibi sözleşmelerdir.

Keza, hakemlerin milli olmayan veya milletler arası karakterde sayılan kanunlar ihtilafı kurallarını bulabilecekleri kaynaklardan biri de genel şartlardır. Bu genel şartların doğrudan uygulanma kabiliyetleri yoktur. Çünkü bunlar ne kanun ne konvansiyon ne de yeknesak kanun sözleşmeleridir. Muayyen sektörlerde ticari ilişkilerin rejimini basitleştirmek, yeknesak ve belirgin hale getirmek maksadıyla formüle edilen bu genel şartlar, taraflar aralarındaki akdi ilişkide kullandıkları zaman uygulanma imkânı bulurlar. Mesela, Avrupa Ekonomik Komisyonu birçok alanda genel şartlar tesis etmiştir. (Mesela; İthalat ve İhracata Dönük Makine ve Tesisatın Temin ve İnşasına Dair Genel Şartlar )

Bu başlıkta ele alınması gereken konulardan biri de milli olmayan mücerret hukuk standartlarının seçimidir. Muayyen bir mahalli hukuk sistemini ifade etmeyen bu kural ve standartlar, akıl, hakkaniyet, nısfet, iyi niyet, adalet ve dürüstlük gibi evrensel kavramlardır. Kendilerine bu yetki verilmiş olan hakemler, kamu düzenine ilişkin istisnalar dışında, belirli bir hukuk sisteminin hem usul hem de esasa ilişkin olan katı kurallarına bağlı kalmaktan kurtarılmış olmaktadır. Tarafların karşılıklı anlaşmaları halinde, hakemlerin amiables compositeurs olarak hakkaniyet ve nısfete göre karar verebileceği başlıca milletlerarası belge ve konvansiyonlarda ve milli tahkim mevzuatlarında kabul edilmiştir.

### **3.5.3. Hakemlerce Doğrudan Maddi Hukukun Uygulanması**

Bu durumda herhangi bir kanunlar ihtilafı sistem veya kuralı uygulanmaksızın doğrudan maddi hukukun tatbiki söz konusudur. İhtilafın mahiyetine göre mahalli hukukun normlarının doğrudan uygulanması mümkün olduğu gibi, milletlerarası hukukun veya milletlerarası ticaret hukukunun normlarının uygulanması da mümkündür. Tarafların tabi oldukları hukuk sistemleri arasında gerçek bir kanunlar ihtilafı mevcutsa, ancak o zaman davanın başında esasa uygulanacak hukuk sorunu üzerinde durmak gereklidir. Tarafların mensup olduğu hukuk sistemleri benzer çözümler öngörüyorsa



uygulanacak hukuku araştırmaktan vazgeçerek doğrudan bu müşterek maddi hukuk kaideleri uygulanabilir. Nitekim Alman ve İsviçreli taraflar arasındaki ayıplı mal teslimine dair bir davada hakemler her iki hukuk sisteminin benzer çözümler öngördüğünü tespit ettikten sonra, ihtilaf konusu meseleye benzerlik arz eden maddi hükümleri birlikte ve doğrudan uygulamışlardır.

Benzer şekilde, ihtilafa uygulanması muhtemel olan milli hukuk sistemlerinin müşterek olan genel hukuk prensipleri de doğrudan uygulanabilir. Hakemler çoğu kez ihtilafa, ilgili hukuk sistemlerinin müşterek temellerinden elde ettikleri genel prensibin üzerinden karara varabilmekte, ihtilafı çözebilmektedir. Aynı uygulama, milli olmayan hukuk sistemlerinden elde edilen maddi kural ve standartların doğrudan uygulanması için de geçerlidir. Milletlerarası ticari tahkimde, tarafların temel amaçlarından biri, esas alınacak tarafsız ve milletlerarası planda geçerliliği olan bir hukuk sistemine müracaattır. Bu bakımdan, milli olmayan hukuk sistemlerinin maddi kurallarının doğrudan uygulanması ticari tahkimin ruhuna daha çok uygundur. Bu da üç şekilde mümkündür. Ya milletlerarası hukuk kuralları uygulanacaktır, ya topluluk hukuku kuralları, ya da milletlerarası ticaret hukuku kuralları (lex Mercatoria) uygulanacaktır. Milletlerarası hukukun süjeleri, devletler, devlet niteliğine sahip olmayan topluluklar, uluslararası örgütler ve gerçek kişilerdir. Topluluk hukukundan kasıt ise, devletler üstü (supranational) birliklerdir. AB, NAHDA bu tip topluluklara örnek olarak gösterilebilir.

Bazen ihtilafa uygulanacak hukuk bu tür devletler üstü bir hukukun muhtevasında bulunabilir. İki veya daha fazla devletin yaptığı antlaşmalar ve bu antlaşmalardan doğan hukuk biçimlerini de aynı düzlemde değerlendirmek gerekir. Herhangi bir kanunlar ihtilafının taraflarca tespit edilmediği durumlarda hakemler, milletler arası ticareti düzenlemek amacıyla geliştirilmiş bulunan kurallar ile uluslararası kabule mazhar olmuş ticari örf, adet ve teamülleri ihtilafa doğrudan uygulayabilirler. Kanunlar ihtilafı metodunun alternatifi olarak, hususan milletler arası münasebetler için ihdas edilmiş, maddi normların doğrudan ihtilaf konusu ilişkiye uygulanmasını öngören maddi devletler özel hukuku metodu geliştirilmiştir.<sup>39</sup>

Daha önce de ifade edildiği gibi hakemlerin dava konusu

<sup>39</sup> Şanlı, a.g.e, s.332

meselenin çözümü için uygun görülen maddi kuralları illa bir kanunlar ihtilafı sisteminin delaletiyle tespit etmeleri mecburi değildir. Doğru olan, hakemlerin uygun maddi kuralı tespit ettiklerinde, bunların doğrudan uygulanmasını temin eden bir metodu tercih etmelerinde de serbest olmaları gerektirir. Burada önemli olan, hakemlerin uygulayabilecekleri bu tür maddi normların mevcudiyetidir. Bu yöndeki teşebbüslerin amacı milletlerarası ticareti kolaylaştıracak otonom bir hukuk sistemi oluşturmaktır. Bugün, belki hakemlerin lexforisi olacak bir normlar manzumesi mevcut değildir. Ancak bu yönde gittikçe yaygın kabul gören ticari örf, adet ve kurallar oluşmakta, herhangi bir hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda bu kurallara göre ihtilafların karara bağlanabileceğine dair küresel çapta çağrılar yapılmaktadır.

Nitekim Avrupa Sözleşmesinde, UNCITRAL ve Milletlerarası Enerji Ajansının tahkim kurallarında hakemlerin ihtilafı karara bağlarken ticari örf, adet ve teamülleri dikkate alabilecekleri ifade edilmektedir. Keza, bazı yeknesak kanun sözleşmeleri ve konvansiyonlarda yer alan normlar, belgeler, uluslararası ticaretin bir parçası olarak hakemler tarafından doğrudan uygulanmaktadır. "Milletler arası ticaret hukukunun bir kaynağı da, milletlerarası ticaret camiasının belli branşlarında kendi aralarında ki uygulamalardan doğan örf, adet ve tatbikatları yazılı şekilde formüle eden kodlardır."<sup>40</sup> Milletlerarası ticari ilişkiler için ihtiyaç duyulan bir Milletlerarası Özel Ticaret Kanunu henüz oluşturulabilmiş değildir.

Bu ihtiyaca cevap olmak üzere, muhtelif uluslararası nitelikli kuruluşlarca kodlar, genel şartlar veya standart sözleşme tipleri kodifiye edilmiştir. Hakemler, ihtilafın çözümüne de bu kodlardan da yararlanabilmektedir. Bu hususta hakemlerin doğrudan uygulayabilecekleri esas kodlar, yeknesak düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin oluşturulmasında, özellikle MTO oldukça aktif rol oynamaktadır. En yaygın ve en çok başvurulan düzenlemeler milletlerarası karakterli ticari terimlerin tefsirine ilişkin INCOTERMS'ler ve vesikalı kredilerle ilgili yeknesak kural ve teamüllerdir.<sup>41</sup> Özellikle son yıllarda milletlerarası ticaret hakemleri, milletlerarası camianın ihtiyaçlarından kaynaklan; bir takım standartları doğrudan

---

<sup>40</sup> Şanlı, **a.g.e.**, s.336

<sup>41</sup> Şanlı, **a.g.e.**, s.390

uygulamaktadırlar. Bunun yanında ödemelik defî, mücbir sebep, zarara uğrayanın ancak uğranılan zararı sınırlandırmak için elinden geleni yaptığı ölçüde tazminata hak kazanacağı, irade serbestisi vb. gibi bir takım genel hukuk prensiplerini de milletlerarası hukuk kuralları olarak doğrudan uygulamaktadırlar.

Bütün bu kavramlar, milli hukuklardaki anlamlarından uzaklaştırılarak milletlerarası ticaretin ihtiyaç ve özelliklerine göre yeniden yorumlanarak hakemlerce ihtilafların çözümünde kullanılmaktadır. Altı çizilmesi gereken hususlardan biri de, hakemlerin tarafların iradesini doğru anlamalarıdır. Taraf iradelerinin anlaşılması konusunda hakemler bazen objektif, bazen sübjektif bazen de uluslararası ticaretin ihtiyaç ve özelliklerine bağlı olarak ticari tefsir biçimini kullanmaktadır. Burada üzerinde durulması gereken bir husus ta zamanlar arası kanun ihtilaflarıdır.

### **3.6. Zamanlararası Kanun İhtilafları**

Taraflarca seçilen hukuk sistemi zaman içinde değişebilir. Sözleşme, ihtilaf anı ve yargılama safhasında farklı biçimlere bürünebilir. Milli yasaların toplumsal ihtiyaçlara göre revize edilmesi, gözden geçirilmesi, hayatın olağan akışının bir gereğidir.

Bu durumda uyumsuzluğa, zaman içinde değişen hukuk sistemlerinden hangisi uygulanacaktır?

Hâkimlerin zamanlar arası hukuk ihtilaflarını çözümü kolaydır. Yapılacak iş, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına bakıp yabancı bir hukuk sisteminin yetkili olduğuna karar verdikten sonra, yabancı hukuktaki eski yeni düzenlemelerden hangisinin esas alınacağını, o hukukun zamanlar arası hususi hukuk kurallarına göre tespit etmektir. Aynı durumla karşı karşıya kalan hakemler ise, genelde sözleşmenin yapıldığı anda yürürlükte olan hukuku esas alarak ihtilafları çözmektedir. MTO uygulaması da bu istikamettir.

Zamanlar arası kanun ihtilaflarının bir başka boyutu da tarafların akit esnasında seçtikleri hukuk sistemini değiştirip değiştiremeyecekleri, değiştirdikleri takdirde neye, hangi hukuka göre karar verileceğidir. Sonradan Hukuk değiştirmenin istikrarı bozacağı yönünde eleştiri ve itirazlara rağmen, tahkimin tarafların iradesine bağlı olduğu düşünüldüğünde, sözleşmenin akdedildiği andan, kararın verildiği ana kadar tarafların hukuk değiştirmesi yapabilecekleri bir gerçektir. Yaygın olan uygulama da bu istikamettir.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar hakemler ve taraflar açısından geniş bir serbestlik alanı olduğunu göstermektedir. Ancak bu genişlik asla sınırsızlık olarak anlaşılmalıdır. Hakemlerin de esasa uygulanacak hukuk konusunda tabii oldukları sınırlamalar vardır. En başta kamu düzeni gelmektedir.

### **3.7. Esasa Uygulanacak Hukukta Sınırlamalar: Kamu Düzeni**

Muayyen bir ülke veya ülkeler topluluğunda hakim olan sosyal, siyasal ve ekonomik sistemin temel kural ve kurumları kamu düzeni olarak nitelendirilmektedir. Hakemlerin herhangi bir devletin veya devletler topluluğunun kamu düzenini uygulama mecburiyeti yoktur. Ancak verilen kararların tenfizi söz konusu olduğunda devreye milli veya topluluk hukuku sistemleri girmektedir. Kamu düzenini sadece milli ve topluluklar düzeyinde ele almak meseleyi eksik tanımlamaktır. Günümüzde, milletlerarası bir kamu düzeninin varlığı da, küresel çapta kabul görmektedir. Hakkaniyet, iyi niyet, adalet, bugün hukukun evrensel prensipleri haline gelmiştir. Öte taraftan milletlerarası kamu düzeni doktrini esir ticaretini, köleliği, korsanlık ve terörizmi, ırk, din, mezhep, cinsiyet ayırımını, soykırım, öldürme ve haksız yere tutuklamayı ve bu amaçların tahakkukuna yönelik akitleri yasaklamıştır.<sup>42</sup>

Dolayısıyla, bu temel değerlerin çiğnenmesine cevaz veren akitler, kararlar, sözleşmeler milletlerarası kamu düzeninin müdahalesiyle karşı karşıya kalırlar. Hakemlerin taraf iradelerine bağlı olmaları, milletlerarası kamu düzenini hiç dikkate almamaları anlamına gelmemelidir. Zira bu temel prensipleri nazara almayan karar ve sözleşmeler anarşiye sebep olacak, bu da uyuşmazlık çözmenin bir yolu olan tahkim kurumunun varlık sebebiyle çelişecektir.

Tahkimin varlık sebebi, hakemlerce verilen kararlardır. Asıl olan, tarafların bu kararlara uymasıdır. Ancak çoğu zaman aleyhine karar verilen taraf, hakem kararlarını yargıya taşımaktadır. Ayrıca, hakem kararının nihai olarak bir milli mahkemede icrası isteneceğinden, tenfiz aşamasında hakem kararı, milli bir mahkemenin önüne gelmektedir. Kamu düzeninin muhtevasını teşkil eden prensipler, mahkemelerin uymakla zorunlu buldukları asgari hukuk ve adalet prensipleridir. Kararların bu prensiplerle açıkça çatışması durumunda, mahkemeler mensubu oldukları ülkenin kamu düzenine aykırılık münasebetiyle bu

---

<sup>42</sup> Şanlı, a.g.e. s.390

kararların icrasını ret edeceklerdir. Onun için hakemlerin özellikle tenfiz mahallinin milli kamu düzenini dikkate alarak karar vermeleri, alınan kararın uygulanması açısından son derece önemlidir. Bu durumda hakemler aleyhine karar verilen tarafın işletme veya ikametgâhının bulunduğu ülke ve orun kamu düzenini önceden ön görmeleri gerekmektedir.

Topluluk ülkeleri de aralarında bir nevi kamu düzeni oluşturmuşlardır. Mesela, AB hukukunun bazı düzenlemeleri de kamu düzeni karakterindedir. Bunlar topluluk üyesi ülkelerde zorunlu olarak uygulandığından Hakemler karar verirken, bu kuralları dikkate almak durumundadırlar. İhtilafların çözümü sadece karar vermekle bitmemekte bu kararların infaz edilebilir olması da gerekmektedir. Bazen hakemler milletlerarası kamu düzenini ifade eden prensipleri doğrudan uygulayarak karar verebilmektedirler.

Nitekim tarafları Alman ve Arjantin devleti olan bir davada talebin rüşvet alacağı ile ilgili olduğu anlaşılınca hakem sözleşmenin içeriğini milletlerarası kamu düzenine aykırı bularak ret etmiştir. New York Konvansiyonu da kamu düzeni etrafında geniş bir içtihat oluşturmuştur. Türk Hukuk Sisteminde de Kamu düzeni ile ilgili ihtilaflar tahkime elverişli değildir.<sup>43</sup> Milli mahkemeler, kamu düzeni ile ilgili yorum ve değerlendirmelerini dar yorumlayarak, milli hukukun vazgeçilmez tarafını ifade eden asgari kural ve standartlarla sınırlı tutmaktadırlar. Doğru olan bu tutum ve uygulama tahkim müessesesinin gelişme ve işleyişine katkıda bulunmaktadır. Başlıca konvansiyon ve milli tahkim mevzuatları özellikle tenfiz ülkesinin kamu düzeni çekincesini saklı tutmakta, kararların icra edilebilir olması için bu ayrıntıya dikkat etmektedirler.

#### 4. SONUÇ

Ticari tahkim, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların hallinde gittikçe öne çıkan bir yargı biçimidir. Çabukluk, gizlilik ve ucuzluk gibi özellikler ve çağın demokratikleşme ve sivilleşme gibi değerleriyle uyumlu olması başlıca tercih nedenidir. Milletlerarası ticaret camiasının ihtiyaçlarından doğduğu için, büyük devletlerin menfaatlerine hizmet ettiğine dair eleştirel yaklaşımlar olmakla birlikte, uluslararası ticaretin

<sup>43</sup> Akıncı, a.g.e, s. 267

kaçınılmazlığı ve sermaye dolaşımının yoksul ülkelere getirdiği imkânlar bu eleştirileri dengelemektedir. Zira uluslararası tahkim devletlerin çıkarlarına değil, uluslararası ticaret camiasının menfaatlerine hizmet etmektedir. Amaç uluslararası ticaretin tüm taraflar açısından güvenilir hale getirilmesi, emniyet içinde yapılabilmesidir.

Asıl olan tarafların esasa uygulanacak hukuku kendilerinin seçmesi ve bunu sözleşmede açık veya zımni olarak göstermeleridir. Bu durumda hakemlerin bu iradeyle bağlı oldukları açıktır. Ama bazen, bu tercih ihmal edilmekte, ihtilafa uygulanacak hukuku tespit ya kanunlar ihtilafı yoluyla veya doğrudan hakemlere düşmektedir. Bu durumda eğer kurumsal tahkim tercih edilmiş ise seçilen kurumun tüzük veya yönetmeliklerinde yer alan kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle esasa uygulanacak hukuk bulunacaktır. Tahkim kurumunun kurallarında bir kanunlar ihtilafı mevcut değil veya ad hoc tahkime gidilmişse hakemler yargılama yaptıkları ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının tatbiki yoluyla esasa uygulanacak hukuku bulacak veya dava ile en çok irtibatlı olan ülke hukukuna göre ihtilafı çözeceklerdir.

Prencip olarak tarafların irade serbestisi sınırsızdır. Bu milletlerarası tahkimin mahiyeti gereğidir. Gerek tarafların esasa uygulanacak hukuku seçmede, gerekse hakemlerin taraf iradelerine bağlılıkları sadece milletlerarası ticaret düzeninin temel prensipleri ile sınırlıdır. Hakemler, milletlerarası ticari kamu düzeni vasıtasıyla bu düzenin temel prensiplerini korumaktadırlar.

Kararların ikmalî, tenfiz edilmelerine bağlıdır. Verilen kararlar, tenfizci ülkenin kamu düzenine aykırıysa icra edilebilirlik özelliğini kaybedecektir. Onun için, kararlarda milletlerarası kamu düzeni ile kararın irtibatlı olduğu ülkenin kamu düzeninin çizdiği çerçevenin dikkate alınması, verilen kararların ete kemiğe bürünebilmesi için elzemdir.

Millî mahkemelerin tahkim kurumuna olumlu yaklaşımları ve kamu düzeni kavramını dar yorumlamaları müessesenin gelişimine önemli katkılarda bulunmaktadır. Gittikçe yaygınlaşan ticari uyuşmazlıkları bir çözüme biçimi olarak tahkim, milletlerarası ticaretin kalbi ve teminatı olmaya devam etmektedir. Ancak daha şeffaf daha denetlenebilir hale getirilmesi yöneltelen eleştirileri ve kimi kaygıları ortadan kaldırmak için şarttır.

**KAYNAKLAR**

**AKINCI**, Ziya, Milletlerarası Tahkim,3.b,İstanbul, Vedat Kitapçılık,2013

**BALCI**, Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yayınları,1999

**ÇAL** Serdar, Uluslararası yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi,AÜHFD,2008,s,146  
<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-04/AUHF-2008-57-04-cal.pdf>

**DOĞAN**, Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul, Pınar Yayıncılık,2005

**İŞİK** Fatih, Tahkim Anlaşmasının Esasına uygulanacak Hukuk,2013 <http://www.erdem-erdem.com/articles/tahkim-anlasmasinin-esasina-uygulanacak-hukuk-3/>

**KALPSÜZ**, Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Yetkin Yayınları,2010

**MELEMEN**, Mehmet, Uygulamalı Uluslararası Ticaret, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2012

**ŞANLI**, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, İstanbul, Türkiye İş Bankası Vakfı Yayınları, 1987

**ŞANLI**, Cemal, **ESEN**, Emre, **FİGANMEŞE**, **ATAMAN**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk,3.b, İstanbul, Vedat Kitapçılık,2014

**ŞANLI**, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları,5.b,İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2013

**ÖZTÜRK** Neva, Övünç. ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s.43

**TÜRKİYE MAİ** ve Küreselleşme Karşıtı Çalışma Grubu ,<http://www.antimai.org/kitap/tahkim.htm>

**YILDIRIM**, Nevhis Deren, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, Ankara Barosu Dergisi, 2002,S,4

**İnternet Kaynakları**

<http://www.antimai.org/kitap/tahkim.htm>

<http://www.ttb.org.tr/TD/TD47/tahkim.html>





## TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ

Yrd. Doç. Dr. Yakup KORKMAZ\*

### PASSING OF RISK IN SALES CONTRACT ACCORDING TO THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

#### ÖZET

*Hasarı sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya yükleyen kural, Roma Hukukundan kaynaklanmaktadır. İsviçre ve Türk Hukukunda da aynı kural uygulanmıştır. Ancak bu düzenleme, doktrin ve yargı kararlarında adil olmadığı yönünde eleştirilmiştir. Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken, eski düzenlemeye yöneltilen eleştiriler göz önünde bulundurulmuştur. Bunun sonucu olarak, hasarı malın zilyetliğinin devri anından itibaren alıcıya yükleyen yeni anlayış kabul edilmiştir.*

**ANAHTAR KELİMELELER:** *Satış Sözleşmesi, Hasar, Bedel Hasarı, Edim Hasarı, Hasarın Geçışı*

---

\* Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

**ABSTRACT**

*The norm that passes risk to the buyer with conclusion of contract takes its source from Roman Law. The same norm also carried out in Turkish and Swiss Law. But it is criticised in doctrine and judicial decisions because of being unfair. The critics of old legislation about this subject has taken into account while preparing The new Turkish Code of Obligations numbered 6098. Thereupon a new concept which passes the risk to the buyer with transfer of possession has been accepted.*

**KEYWORDS:** *Sale Contract, Risk, Price Risk, Performance Risk, Passing of Risk.*

**I. Genel Olarak**

Satış sözleşmesi<sup>1</sup>toplumlarda en çok uygulanan sözleşmelerden birisidir. Bu sözleşme ile satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlenmesidir<sup>2</sup>.Kısaca satış sözleşmesi, bir eşyanın para ile değiştirilmesidir.

Satış sözleşmesinde hasar kavramı, hukuk sistemlerinde birbirine yakın anlamlar ifade etmektedir. Buna karşın, adı geçen sözleşme açısından, hasarın geçişi ile ilgili düzenlemeler farklı hükümlere

---

<sup>1</sup> Bir şeyin zilyetliğinin ve mülkiyetinin bir bedel karşılığında devrini amaçlayan sözleşme için 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda satım sözleşmesi kavramı yer almakta iken, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda satış sözcüğüne yer verilmiştir. Bunun sebebi gerekçede; ““*Satım*” sözcüğünün, sözleşmenin her iki tarafını değil de, sadece satıcı tarafını ifade ettiği sanılarak, günlük dilde, hattâ 818 sayılı Borçlar Kanununun bazı hükümlerinde “*alım satım*”dan söz edildiği ve uygulamada da genellikle “*satım*” yerine “*satış*” sözcüğünün kullanıldığı göz önünde tutularak, Tasarıda “*satış sözleşmesi*” teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Yine, ayrı bir sözleşme olan *trampa*, *mal değişim sözleşmesi* adı ile ayrı bir bölümde düzenlenmiştir. Bu nedenle, Tasarının İkinci Kısımının Birinci Bölüm başlığında 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, sadece “*Satış Sözleşmesi*” ibaresi kullanılmıştır.” şeklinde belirtilmiştir. Bkz. **Adalet Bakanlığı:** Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Ankara 2011, s. 285.

<sup>2</sup> **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 24.

bağlanmıştır. Bu çalışmada “*Türk Hukuk Sistemi*” esas alınarak, satış sözleşmesinde hasarın geçişi incelenmiştir. Bu yapılırken önce, bugün yürürlükte olmayan 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’ndaki düzenleme ele alınmıştır. Daha sonra ise, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun hasarın geçişi ile ilgili hükümleri incelenmiştir.

## II. Hasar Kavramı

Hasar, satılan şeyin, taraflardan birisinin sorumlu olmadığı sebeplerden dolayı tamamen kullanılamaz hale gelmesi veya kısmen zarar görmesidir<sup>3</sup>. Tarafların sorumlu olmadığı sebeplerden, mücbir sebep ve umulmayan hal gibi satıcının özen eksikliğinin olmadığı durumlar anlaşılır<sup>4</sup>.

Hasar kavramı doktrinde, geniş anlamda hasar ile dar ve teknik anlamda hasar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>5</sup>. Buna göre geniş anlamda hasar, herhangi bir sözleşme konusu olmaksızın, üzerinde aynı hak sahibi olunan eşyanın maddî anlamda, somut olarak yok olması, bozulması veya parçalanmasını ifade eder. Başka bir deyişle geniş anlamda hasar, eşyanın değerinin azalması gibi olumsuz sonuçları ve hak sahibinin bu yüzden uğradığı zararı ifade eder<sup>6</sup>. Bu sebeple eşyaya ilişkin hasar, eşya üzerindeki hakla ilgilidir<sup>7</sup>. Bu hasar türü eşya hukukunu

<sup>3</sup> **Honsell**, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006, s. 49; **Filios**, Paul; Die Gefahrtragung beim Kauf im Rahmen des Synallagmas, Berlin 1964, s.1; **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 73; **Altay**, Sabah: Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008, s. 3.

<sup>4</sup> **Aral/Ayrancı**, s. 73; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 35. Yarg. 13. HD. T. 03.02.2003, E. 2002/14548, K. 2003/972 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 20.02.2014).

<sup>5</sup> **Sieber**, Liliane, Gefahrtragung im Kaufrecht, Zürich 1993, s. 4; **Akıntürk**, Turgut: Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 21 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 32.

<sup>6</sup> **Filios**, s. 3; **Akıntürk**, s. 22; **Altay**, s. 4-5.

<sup>7</sup> **Filios**, s. 2; **Sieber**, s. 4.

ilgilendirir. Çünkü bu durum sözleşme dışı bir görünüm oluşturur. Bu yüzden sözkonusu hasara, o malın maliki katlanır<sup>8</sup>.

Dar ve teknik anlamda hasar ise, borç ilişkileri açısından geçerli olan, borcun doğumu ile ifası arasında geçen zaman aralığında, taraflardan herhangi birisinin sorumlu olmadığı sebeplerden dolayı edimin imkânsızlaşması veya değerinin azalmasıdır<sup>9</sup>. Bu anlamda hasar, alacaklı ve borçlu arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin varlığına dayanır; eşya üzerindeki aynî hak ile bir ilgisi yoktur. Bu tür hasara doktrinde “*borca ilişkin hasar*” da denilmektedir<sup>10</sup>. Çünkü, borca ilişkin hasar, sözleşmenin tarafları arasındaki risk dağılımını ifade eder. İngiliz, İtalyan, Fransız, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde de bu kavramı ifade etmek için “*zarar* (damage, danno, dommage, Schaden)” kavramı değil, “*tehlike* (*risk, rischio, risque, Gefahr*)” kavramları kullanılmıştır<sup>11</sup>.

Hasar, satılan şeyin ifasını tamamen veya kısmen imkânsız hale getirebilir ( BK. m. 117, TBK. m. 136). Satılanın maddeten yok olması, kamulaştırılması, müsadere edilmesi, eşyanın satıcının elinden hukuka aykırı olarak alınması, çalınması, satılandan ekonomik olarak yararlanma imkânını ortadan kaldıracabilecek her tür insan davranışı veya doğa olayları sonucunda tam imkânsızlıktan bahsedilir. Satılanın kötüleşmesi ile anlatılmak istenen ise, eşyadaki olumsuz nitelik değişimi, bozulması veya

---

<sup>8</sup> Roma Hukukunda bu esas, “*casum sentit dominus*” veya “*res perit domino*” yani “hasara malik katlanır” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. **Mayer-Maly**, Theo: *Römisches Recht*, 2. Aufl., Wien-New York 1999, s.138; **Fikentscher**, Wolfgang/**Heinemann**, Andreas: *Schuldrecht*, 10. Aufl., Berlin 2006, s. 398; **Erdoğan**, Belgin: *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul 2006, 28-29.

<sup>9</sup> **Akıntürk**, s. 24; **Tandoğan**, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 5. Basım, Ankara 1988, s. 106 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 73; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 32.

<sup>10</sup> Roma Hukukunda bu kavram “*periculum obligationis*” olarak ifade edilmiştir. Bkz. **Filios**, s. 3; **Sieber**, s. 5; **Akıntürk**, s. 24.

<sup>11</sup> **Akıntürk**, s. 25; **Schwarz**, Andreas B.: *Satış Aktinde Hasarın İntikali*, (Çev. Kudret Ayiter), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1947, C. 4, S. 1 – 4, s. 159 – 160.

bir kısmının telef olmasıdır. Meselâ, on adet kitaptan üçünün yanmasında durum böyledir<sup>12</sup>.

### III. Hasarın Geçmesi Kavramı

Hasarın geçmesinden maksat; sözleşmenin kurulması ile ifa edilmesi arasında, satılanın, taraflara yüklenemeyen ve onların sorumlu olmadığı bir sebeple yok olması veya kötüleşmesidir. Başka bir deyişle hasarın geçmesi, satılarda meydana gelen değer azalmasının sonuçlarından hangi tarafın sorumlu olacağını belirler<sup>13</sup>.

Hasarın geçmesi deyiminin daha iyi anlaşılabilmesi için, “*edim hasarı*” ile “*bedel hasarı*” kavramları üzerinde durulması gerekir. “*Edim hasarı (Leistungsgefahr)*”, edim konusunun yok olmasına veya kötüleşmesine rağmen, satıcının gereği gibi ifa ile yükümlü olup olmayacağına ilişkin yapılacak açıklamadır<sup>14</sup>. Bunun sonucuna göre satıcının gereği gibi ifa yükümlülüğü devam ediyorsa, maddî edim hasarı satıcıdadır, aksi halde alıcıdadır. Bu sebeple, maddî edim hasarı hem tek tarafa borç yükleyen, hem de tam iki tarafa borç yükleyen (synallagmatik) sözleşmelerde sözkonusu olabilir<sup>15</sup>. Buna karşılık, “*bedel hasarı (Preisgefahr)*”, satış sözleşmesinde, satılanın hasara uğraması sebebiyle satıcının gereği gibi ifa yükümünden kurtulmasına rağmen, alıcının satış bedelini ödemek zorunda olması halidir<sup>16</sup>. Bu sebeple bedel hasarı, satış sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözkonusu olur. Bunun için edim hasarının alacaklıya geçmesi gerekir.

<sup>12</sup> Aral/Ayrancı, s. 73.

<sup>13</sup> Akıntürk, s. 64; Giger, Hans: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, Bern 1979, Art. 185, N. 8-9; Tandoğan, s. 106; Aral/Ayrancı, s. 74; Yavuz/Acar/Özen, s. 32.

<sup>14</sup> Giger, N. 11; Akıntürk, s. 27; Tandoğan, s. 106-107; Aral/Ayrancı, s. 74.

<sup>15</sup> Tandoğan, s. 107; Aral/Ayrancı, s. 75.

<sup>16</sup> Giger, N. 12-13; Mayer-Maly, s. 138; Fikentscher/Heinemann, s. 399; Akıntürk, s. 28 vd.; Tandoğan, s. 107; Aral/Ayrancı, s. 75. Bu durum Roma Hukukunda, “*hasar alacaklı içindir (res perit creditori)*” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Söğütlü Erişgin, Özlem: Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara 2010, s. 20.

Bazı hukuk sistemlerinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ifanın imkânsızlaşması halinde, sonraki kusursuz imkânsızlık sebebiyle edimini ifa edemeyen borçlu borcundan kurtulur (BK. m. 117, TBK. m. 136; OR. Art. 119; BGB § 275)<sup>17</sup>. Ancak sözkonusu borçlu karşı edimin ifasını da isteyemez. Bu durumda tazminat borcu doğmaksızın borç sona erer<sup>18</sup>.

TBK. m. 208'de, satış sözleşmesi ile ilgili olarak özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre “*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.*

*Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.*

*Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.*” Bu düzenleme, TBK. m. 136/II'de belirtilen, hasarın geçişini özel olarak ele alan düzenlemelerden birisidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 208/I'de düzenlenen “... *satılanın ... hasarı*” kavramından sadece bedel hasarı anlaşılır. Bu yüzden aşağıdaki açıklamalarımız, başka türlü ifade edilmediği takdirde, bedel hasarını ifade etmektedir.

Hasarın geçmesi ile ilgili olarak hukuk sistemlerinde farklı çözümler kabul edilmiştir. Gerçekten de, Roma hukukunda, tabii hukukta ve günümüzdeki hukuk sistemlerinde sözleşmenin yapılması, mülkiyetin

---

<sup>17</sup> TBK. m. 136/I-II; “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.*”

<sup>18</sup> **Hager**, Günter: Die Gefahrtragung beim Kauf, Frankfurt am Main 1982, s. 13; **Akıntürk**, s. 37; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, 4. Baskı, İstanbul 1980, s. 205.

geçirilmesi ve malın teslim anı olmak üzere farklı zamanlar dikkate alınarak hasarın alacaklıya geçmesinde değişik çözümler benimsenmiştir<sup>19</sup>. Bu çözümler ise, hasarın geçmesi konusunda birbirinden farklı sistemlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bunlardan birisi, sözleşmenin kurulması anından itibaren, hasarın alıcıya geçmesini kabul eden sistemdir. Bu sistemde alacaklının malik olup olmadığına bakılmamaktadır. Sistemi kabul eden ülkeler arasında Şili, Kolombiya Japonya ve İsviçre bulunmaktadır<sup>20</sup>.

İkinci bir sistem, mülkiyetin geçişi ile birlikte bedel hasarının alıcıya geçmesini kabul etmektedir. Bahsi geçen sistemi kabul eden ülkelere de misal olarak, Fransa, Belçika, İngiltere, İtalya Meksika ve Rusya Federasyonu verilebilir<sup>21</sup>.

Üçüncü sistem olarak, satılanın teslimi ile bedel hasarını alıcıya yükleyen sistemdir. Bu son sisteme misal olarak da Mısır, Arjantin, Çin, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya ve Alman hukuk sistemleri gösterilebilir<sup>22</sup>.

Türk hukukunda ise, yukarıda kısaca özetlenen üç uygulamadan, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, İsviçre Hukuku'nda uygulanan sistem kabul edilmişti. Buna göre, kural olarak sözleşmenin kurulması ile birlikte hasar alacaklıya geçmekte idi. Buna karşılık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise, bu anlayıştan uzaklaşmıştır. Buna göre, satılanın zilyetliğinin devri veya tescil ile bedel hasarının alıcıya yüklenmesi sistemi kabul edilmiştir. Bu farklılık aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

#### **IV.Hasarın Geçiş Anıyla İlgili Sistematik Açından Yapılan Değişiklikler**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu arasında, hasarın geçişi konusunda bir yaklaşım farklılığı vardır. Gerçekten de, BK. m. 183/I'de hasar "*akdin in'ikadı anından itibaren, müşteriye intikal eder.*" hükmü kabul edilmiştir. Böylece hasarın hangi anda alıcıya geçeceği hususu düzenlenmiştir. Buna karşılık, TBK. m. 208/I'de "*satılanın yarar ve*

<sup>19</sup> Mayer-Maly, s. 138-139.

<sup>20</sup> Filios, s. 11-12 ve dpn. 15.

<sup>21</sup> Filios, s. 13-14 ve dpn. 18; Schwarz, s. 161 – 162 .

<sup>22</sup> Filios, s. 15-16 ve dpn. 26; Schwarz, s. 160 – 162.

*hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir” düzenlemesine yer verilerek, hasarın hangi ana kadar satıcıya ait olduğu belirtilmiştir<sup>23</sup>.*

818 sayılı Borçlar Kanunu’nda hasarın geçişi, parça borcu ve cins borcu esas alınarak ikili bir ayırım yapılmak suretiyle düzenlenmişti. Gerçekten de, BK. m. 183/I’de “*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in’ikadı anından itibaren, müşteriye intikal eder.*” hükmü yer almaktaydı. Böylece söz konusu düzenleme ile parça borcuna yer verilmişti. Her ne kadar hükümde, açıkça parça borcundan bahsedilmemiş olmasına rağmen, doktrinde, maddenin ikinci fıkrasında cins borcu için yapılan açıklamalardan yola çıkılarak, anılan düzenlemenin parça borçları için geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktaydı<sup>24</sup>. Diğer taraftan BK. m. 183/II’ye göre, “*Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayiin bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır.*” Doktrinde bu hükümden yola çıkılarak, cins borcunda hasarın alıcıya geçişinin düzenlendiği kabul edilmekteydi<sup>25</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak, parça borcu – cins borcu ayırımı terkedilmiş<sup>26</sup>; bunun yerine taşınır satışı – taşınmaz satışı ayırımı esas alınmıştır. Gerçekten de, TBK. m. 208/I’de “*...satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.*” düzenlemesi ile yeni ayırım açıkça ortaya konulmuştur. Yeni Kanunla birlikte taşınır ve taşınmaz satışı ayırımı esas alındığı için, Borçlar Kanundaki bazı düzenlemelere yer verilmemiştir. Meselâ, cins borçlarında hasarın alacaklıya geçmesi için aranan “*ayırt edilmiş olma*”

---

<sup>23</sup> **Demir**, Mehmet: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Ankara 2012, s. 43.

<sup>24</sup> **Akıntürk**, s. 71; **Tandoğan**, s. 109.

<sup>25</sup> **Akıntürk**, s. 71; **Tandoğan**, s. 115.

<sup>26</sup> **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013, s. 51.



ve “taliki (geciktirici) şart ile yapılan sözleşmelerde temlik edilenin hasarının geçmesi” ile ilgili kurallar bunlardandır<sup>27</sup>.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin kuralın istisnaları sayılırken, Borçlar Kanunu’nda iki istisnaya yer verilmişti<sup>28</sup>. Bunlardan birisi, durumun gereğinden doğan istisnalar, diğeri ise sözleşmede kararlaştırılan özel şartlardan doğan istisnalardır<sup>29</sup>. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu ile kanundan doğan istisnalar<sup>30</sup> da bu iki istisnaya eklenmiştir. Böylece yeni Kanunda hasarın geçişi ile ilgili kuralın istisnası üçe çıkarılmıştır.

## V. Hasarın Geçiş Anıyla İlgili Esas Bakımından Yapılan Değişiklikler

### A. Genel Olarak

Türk hukukunda, hem eski hem de yeni Borçlar Kanununda hasarın geçişi ile ilgili genel bir düzenleme vardır. Bu düzenlemeye göre, borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaştığı takdirde borç sona erer. Bu halde, tam iki tarafa borç

<sup>27</sup> **Özdemir**, Hayrunnisa: Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, s. 373; **Öz**, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 28; **Demir**, s. 44. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda bunun gerekçesi, “...Tasarıda 818 sayılı Borçlar Kanununda yapılan düzenlemeden farklı olarak, satış sözleşmesinde hasarın, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olduğu, istisnasız bir kural haline getirilmiştir. Bu nedenle, 818 sayılı Borçlar Kanununun, çeşit (cins) borçlarında hasarın alıcıya geçmesinin koşullarına ilişkin ikinci fıkrası ile geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçtiği ana ilişkin son fıkra hükümleri, Tasarının 207 nci maddesine alınmamıştır.” şeklinde açıklanmıştır. Bkz. **Adalet Bakanlığı**, s. 287.

<sup>28</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 183/I, “Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, ...”

<sup>29</sup> **Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred: Das Schweizerische Obligationenrecht, Bearbeitet von; Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, 9. Aufl., Zurich 2000, § 41, N. 128; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2008, s. 22 vd.

<sup>30</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 208/I, “Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık haller dışında, ...”

yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borcundan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği geri vermekle yükümlü olur. Dolayısıyla borçlu, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi de isteme hakkını kaybeder. Görüldüğü gibi, Kanun Koyucu, kendisinin sorumlu olmayacağı bir sebeple imkânsızlaşan edim için borçluyu sorumlu tutmazken, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun kendisine ifa edilecek edimi talep hakkını yitirdiğini kabul etmiştir. Söz konusu halde, şayet karşı edim elde edilmiş ise, borçlu onu iade ile yükümlüdür. Böylece gerek Borçlar Kanunu'nda gerek Türk Borçlar Kanunu'nda edim ve karşı edim dengesi adaletli bir şekilde kurulmuştur. Ancak hem eski hem de yeni Kanundaki düzenlemede, kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün istisnası olarak kabul edilmiştir<sup>31</sup>.

Satış sözleşmesi yukarıda açıklanan kuralın istisnalarından birini teşkil etmektedir<sup>32</sup>. Gerçekten de, Borçlar Kanunu'nda "*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren, müşteriye intikal eder.*" düzenlemesine yer verilmiştir (m. 183/I). Bu hükümle, aynı Kanun'un 117'nci maddesinin istisnası olarak, aksi kararlaştırılmadığı ve durumun gereği aksinin gerekmediği sürece, satış sözleşmesinin kurulduğu anda hasarın alıcıya geçeceği kabul edilmişti. Bu düzenleme, Borçlar Kanunu'nun kaynağını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunundan (Obligationen Recht - OR) alınmış bir hükümdür. Tarihî sürecine bakıldığında, İsviçre de kanunlaştırma (kodifikation) aşamasında Fransız Medenî Kanunu (Code Civil) ve Alman Medenî Kanunlarının (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) etkisinde kalınmıştır. Bu sebeple İsviçre Borçlar Kanunu'nda ortalama bir yol olarak, mülkiyetin geçişinde Alman Medenî Kanunu'nda kabul edilen sistem, buna karşılık hasarın geçişinde ise Fransız Medenî Kanunu'nda kabul edilen sistem

---

<sup>31</sup> 818 sayılı BK. m. 117; "...Kanun veya akit ile borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır." 6098 sayılı TBK. m. 136; "...Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır."

<sup>32</sup> **Honsell**, s. 49; **Akıntürk**, s. 69; **Tandoğan**, s. 108.

benimsenmiştir. Bunun sonucu olarak İsviçre Borçlar Kanunu m. 185’de parça satışlarında, tarafların aksini kararlaştırmaları ve durumun gereği doğan istisnalar dışında, hasarın sözleşmenin kurulması anında alıcıya geçeceği kabul edilmiştir<sup>33</sup>. Söz konusu düzenleme Roma Hukukundaki “*Hasar alıcıya aittir (Periculum est emptoris)*” kuralının İsviçre hukukunda kanun metni haline getirilmesidir<sup>34</sup>.

İsviçre Borçlar Kanununda düzenlenen, 818 sayılı Borçlar Kanunu’na da kaynaklık eden ve yukarıda özetlenen düzenleme, haklı olarak doktrinde ve yargı kararlarında eleştirilmiştir. Eleştiriler daha çok, sözleşme kurulduktan fakat henüz ifa gerçekleşmeden önce hasarın alıcıya geçmesinin, hukuk sistemine aykırı olacağı noktasındadır. Çünkü bu durum, toplumun adalet duygusuna ve hayatın olağan akışına uygun olmamaktadır. Gerçekten de, söz konusu halde satıcının satış konusunu koruma ve ona özen gösterme hususundaki çabasını azaltması ihtimal dâhilindedir. Hâlbuki, satılan şey parça borcu olsa bile, teslimden önce hasarın alıcıya ait olması adalet duygusuna aykırıdır. Zira söz konusu halde, alıcı, satılana zilyet olmayıp, dolayısıyla hasarı önleyebilme imkânı bulunmamasına rağmen, hasara katlanmak zorunda kalmaktadır. Bu sonuç ise, edimler arasındaki değişim fikrine de aykırılık teşkil eder<sup>35</sup>. Bu sebeple doktrinde, Kanundaki bu hükmün dar, istisnalarının ise geniş yorumlanması gerektiği benimsenmiştir<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> **Guhl/Koller**, § 41, N. 127; **Honsell**, s. 50.

<sup>34</sup> **Sieber**, s. 108; **Huguenin**, s. 21; **Söğütlü Erişgin**, s. 120 vd.; **Atamer**, Yeşim M.: Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikal Anı, Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183’ün Farklı Okunması Gereği, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 135 vd.

<sup>35</sup> Eleştiriler için bkz. **Honsell**, s. 50; **Huguenin**, s. 21; **Koller**, Alfred: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, 4. Aufl., Basler 2007, s. 1101; **Akıntürk**, s. 103 vd.; **Tandoğan**, s. 111; **Ansay**, Sabri Şakir: Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1953, C. X, S. 1 – 4, s. 455; **Atamer**, s. 145 vd.

<sup>36</sup> **Yavuz/Acar/Özen**, s. 39; **Altay**, s. 114, 123; **Atamer**, s. 148; **Honsell**, s. 51-52; **Huguenin**, s. 21; **Koller**, Alfred: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt,

Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken yukarıda bahsedilen eleştiriler dikkate alınmıştır. Bunun sonucu olarak TBK. m. 208 hükmü ile satış sözleşmesinde hasarın geçiş anı değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre taşınır satışlarında hasarın, zilyetliğin devri ile birlikte alıcıya geçeceği kabul edilmiştir. Söz konusu değişiklikle ilgili olarak madde gerekçesine bakıldığında, “818 sayılı Borçlar Kanununun 183 üncü maddesinin birinci fıkrasında, parça borçlarında yarar ve hasarın, kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçtiği kabul edilmektedir. Türk-İsviçre Borçlar Kanununda, satılanın mülkiyetinin, borçlandırıcı işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kurulduğu anda değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçtiği hâlde, onun, henüz malik olmadığı bir malın hasarına katlanmak ve bedeli ödemek zorunda bırakılması, hakkaniyete aykırı görülerek, öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir. Uluslararası taşınır malların satışına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kurallarda da, hasarın teslim anında alıcıya geçmesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, Tasarıda 818 sayılı Borçlar Kanununda yapılan düzenlemeden farklı olarak, satış sözleşmesinde hasarın, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olduğu, istisnasız bir kural hâline getirilmiştir.” açıklamasına yer verilmiştir<sup>37</sup>.

Yukarıda metni verilen madde gerekçesinde de görüldüğü üzere, hasarı geçişinde CISG’ın<sup>38</sup> ilgili hükümlerine atıf yapılmaktadır. Gerekçede bahsedilen hüküm, CISG m. 69 düzenlemesidir<sup>39</sup>. Bu madde

---

Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, 2. Aufl. Basel 1996, Art 185, N. 35; Sieber, s. 114.

<sup>37</sup> Bkz. **Adalet Bakanlığı**, s. 287.

<sup>38</sup> Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts For The International Sale of Goods). Söz konusu Anlaşma bu çalışmada CISG olarak anılacaktır.

<sup>39</sup> CISG’da bedel hasarı ile ilgili olarak 69’uncu maddeden başka üç madde daha vardır. Bunlar 66, 67 ve 68’inci maddelerdir. Bu maddelerden ilkindeki (66’ncı maddedeki) düzenlemeye göre, “hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğerki, ziya ve zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın.” Yine 67’inci maddede

CISG içerisinde “*hasarın intikali*” başlıklı dördüncü bölümde yer almaktadır. Anılan maddede, ifa yerinden başka bir yere gönderilecek şeylerin satışında, yani mesafe satışında ve nakil halindeki mal satışında hasarın geçmesi kapsamına girmeyen hallerde hasarın nasıl geçeceği düzenlenmiştir. Buna göre mesafe satışlarında hasar, alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer.

TBK. m. 208 gerekçesinde hasarın geçişi ile ilgili olarak atıf yapılan diğer bir düzenleme Alman Medenî Kanunudur. Gerçekten de, BGB § 446’ya göre, satılan eşyanın teslimi ile birlikte bunun beklenmedik halden ortadan kalkması veya kötüleşmesi tehlikesi yani hasarı, alıcıya intikal eder<sup>40</sup>. Teslim anından itibaren alıcı yararlarına hak kazanır ve eşyanın masraflarını taşır. Alıcının, teslim almada temerrüdü hali de teslim ile aynı sonucu doğurur.

#### **B. Taşınır Satışında Hasarın Geçiş Anı**

Daha önce de ifade edildiği üzere, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak, parça borcu – cins borcu ayırımını ortadan kaldırmış, bunun yerine taşınır satışı – taşınmaz satışı ayırımını esas almıştır. Bu yeni düzenlemeye göre, parça ve cins borcu ayırımını yapılmaksızın bütün taşınır satışlarında<sup>41</sup> hasar, zilyetliğin devrine kadar satıcının üzerinde kalır; bu andan itibaren alıcıya geçer.

---

mesafe satışı ile ilgili hasarı düzenlemektedir. Son olarak 68’inci maddede ise nakil halindeki malların satışında hasarın geçişi düzenlenmiştir

<sup>40</sup> **Grunewald**, Barbara: Kaufrecht, Tübingen 2006, s. 126; **Oetker**, Hartmut/**Maultzsch**, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Heidelberg 2004, s. 156; **Beckmann**, Roland Michael: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2008, s. 615 - 616. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta, mülkiyet karşı tarafa devredilmeksizin satış konusu eşya karşı tarafa teslim edildiğinde de hasar alacaklıya geçer. Bu tür satımda her ne kadar malik olarak satıcı görünmesine rağmen, satım konusu alıcıya teslim edildiği için, başka bir anlatımla satım konusu bakımından alıcı fiili egemenliği ele geçirdiği için, hasar teslimle birlikte alıcıya geçer. Bkz. **Filios**, s. 90; **Oetker/Maultzsch**, s. 156.

<sup>41</sup> Kanundaki “*taşınır satışı*” kavramının doğru olmadığı, bunun “*taşınır eşya satışı*” şeklinde anlaşılması gerektiği hakkında bkz. **Gümüş**, s. 38.

Eski metinde hasarın geçmesi için sözleşmenin kurulması yeterli kabul edilmiş iken, yeni düzenleme ile satış konusu eşyanın zilyetliğinin karşı tarafa geçirilmesi gerekmektedir. Bahis konusu düzenleme, eski Kanundaki eleştirilerin karşılanması ve adalet duygusuna aykırılığın ortadan kaldırılması için yapılmıştır. Yeni düzenlemedeki taşınırlarda zilyetliğin devriyle malik olan alıcının hasara katlanması gerekliliği, “*hasara malik katlanır (casum sentit dominus)*” ilkesinin kanun metnine alınmış bir ifadesidir<sup>42</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, CISG ve Alman Medenî Kanununda, satış sözleşmesinde hasar, teslimle birlikte alıcıya geçmektedir. Gerçi hem CISG m. 69, hem de BGB § 446'nın 1'inci cümlesinde, hasarın alıcıya geçmesi için satış konusunun teslim edilmiş olması aranmakla birlikte, doktrinde yapılan açıklamalarda teslim kavramının geniş yorumlandığı, alıcıya dolaylı zilyetliğin sağlandığı durumlarda da hasarın geçmesi bakımından, teslim şartının gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Türk Kanun Koyucusu ise taşınır satışında hasarın geçmesini, zilyetliğin devrine bağlamıştır. Kanun Koyucu, taşınır mülkiyetinin teslim dışında zilyetliğin devrine ilişkin diğer yollarla da geçeceği hususunu dikkate alarak, hasarın intikalini teslimle sınırlandırmamıştır<sup>44</sup>. Çünkü, bir eşya üzerindeki zilyetliğin devri için o şeyin teslimi<sup>45</sup>, devir yollarından sadece biridir. Zilyetliğin teslimsiz

---

<sup>42</sup> **Yavuz/Acar/Özen**, s.34

<sup>43</sup> **Grunewald**, s. 126 – 127; **Beckmann**, s. 616; **Oetker/Maultzsch**, s. 157; **Westermann**, Harm Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 3: Schuldrecht • Besonderer Teil I §§ 433-610, Finanzierungleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 4. Aufl., München 2004, s. 290.

<sup>44</sup> **Özdemir**, 368; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 38, dpn. 33.

<sup>45</sup> Zilyetliğin teslim yoluyla devri üç farklı şekilde olabilir. Bunlar; eşyanın kendisinin karşı tarafa teslim edilmesiyle olabileceği gibi, araçların teslimi ile de olabilir. Bunlardan başka, eşya üzerinde fiili hâkimiyet kurmaya yeten anlaşma ile de zilyetlik devredilebilir. Geniş bilgi için bkz. **Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 175 vd.; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012, s. 73 vd.; **Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2010, s. 61 vd.

devri de mümkündür. Bu hallerde eşya doğrudan veya dolaylı olarak teslim edilmemesine rağmen, zilyetlik karşı tarafa geçmektedir. Zilyetliğin teslimsiz devredildiği hallere, zilyetliğin hükmen teslimi veya havale ya da emtiayı temsil eden senetlerin teslimi ile devredilmesi misal olarak gösterilebilir<sup>46</sup>.

### C. Taşınmaz Satışında Hasarın Geçiş Anı

Taşınmaz satışı halinde hasar, 6098 sayılı Kanunun 208'inci maddesine göre, kural olarak tescil anına kadar satıcıya ait olup, tescilden sonra alıcıya geçer. Görüldüğü üzere, taşınmaz satışlarında hasarın geçişi, taşınır satışına paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, taşınmaz satışlarında hasarın geçmesi ile ilgili tek düzenleme, anılan madde hükmü değildir. Gerçekten de, taşınmaz satışlarında hasarı geçişi ile ilgili olarak, söz konusu madde yanında m. 245 hükmü de mevcuttur. Söz konusu düzenlemeye göre, taşınmaz satışında sözleşme ile satılanın tescilden sonra alıcıya teslim edileceği kabul edilmiş ise, hasar alıcıya fiilen teslimle birlikte geçer. Burada TBK. m. 208'de öngörülen, kanundan kaynaklanan istisnaî hallerden biri söz konusudur. Meselâ, bir konut satışında alıcı adına tescil yapılmış olmasına rağmen, satıcının kendisine yeni bir konut bulması için, altı ay sonra bu konutun teslim edileceği sözleşmeyle kararlaştırılmıştır. Bu süre içerisinde satıcının kusuru olmaksızın satış konusu konut yanarak kül olduğu takdirde, teslim henüz gerçekleşmediği için hasara alıcı değil, bilâkis satıcı katlanır.

<sup>46</sup> Kısa elden teslim, bir eşyayı fer'i zilyet veya zilyet yardımcısı olarak elinde tutan kişinin, bir hukuki işlem ile zilyetlik sıfatının değişmesine denir. Kısa elden teslimin zilyetliğin teslimsiz devir yollarından birisi olduğu konusu tartışmalıdır. Ünal/Başpınar kısa elden teslimi, fiilî hakimiyet kurmaya yarayan anlaşma ile teslimin özel bir türünü oluşturduğunu belirtmesine karşılık; Reisoğlu, Ertaş ve Ayan, kısa elden teslimi, zilyetliğin teslimsiz kazanılması başlığı altında incelemişlerdir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir ise zilyetliğin devrinin çeşitli şekilleri başlığı altında kısa elden teslimde değinmiş, zilyetliğin devri şekillerini bu açıklamadan sonra gruplandırmıştır. Bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 150; **Reisoğlu**, Safa: Türk Eşya Hukuku, C. 1, Giriş – Zilyetlik – Tapu Sicili, Ankara 1980, s. 38; **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, Ankara 2005, s. 85; **Ayan**, s. 65; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.71.

Taşınmazlarda hasarın tescil ile alıcıya geçeceği kuralı Borçlar Kanunu'nda da mevcuttu<sup>47</sup>. Ancak yeni Kanun'da önceki düzenlemeden farkı olarak, taşınmazın tescilden sonraki bir tarihte teslim edileceğine dair akdedilen sözleşmenin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılmasının gerekli olduğu belirtilmiştir (TBK. m. 245/II). Bu sebeple, anılan sözleşme yazılı şekilde yapılmazsa, kesin hükümsüzlükle sakattır (TBK. m. 27).

Taşınmaz satışında, tescilden sonraki bir tarihte teslimin gerçekleşeceğine dair yazılı bir sözleşme yapıldığında, hasarın alacaklıya ne zaman geçeceği düzenlenmiş olmakla birlikte; sözleşmeyle tescilden önceki bir tarihte teslimin kararlaştırılmış olması halinde hasarın hangi anda alıcıya geçeceği hükme bağlanmamıştır. Böyle bir durumda tarafların, hasarın tescilden önceki teslim tarihinde alıcıya geçeceğini örtülü olarak kararlaştırdıkları kabul edilebilir. Çünkü, söz konusu halde, TBK. m. 208/I'de yer alan "... *durumun gereği*..."inden doğan bir istisnanın bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir<sup>48</sup>.

#### **D. Özel Durumlar**

##### **1) Alıcının Temerrüdü**

Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesinde hasarın geçmesi anına ilişkin yapılan yeniliklerinden bir diğeri, alıcının temerrüdü ile ilgili yapılan düzenlemedir. Söz konusu düzenlemede, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda, zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine, satılanın hasarının alıcıya geçeceği belirtilmiştir (TBK. m. 208/II). Bu düzenleme, hasarın geçişi ile ilgili düzenlemeye kaynaklık eden BGB § 446'nın üçüncü cümlesinden alınmıştır. Buna göre, haklı bir sebep olmaksızın taşınırın zilyetliğini devralmaktan kaçınan alıcının temerrüde düşmesi, hasarın alıcıya geçmesi için yeterlidir<sup>49</sup>. Ancak alıcının, zilyetliğin devrini kabul etmemekte haklı bir

---

<sup>47</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 216; "*Satılanın alıcı tarafından kabzedilmesi için mukavele ile bir müddet tayin edildiği halde onun nefi ve hasarı alıcıya intikal etmemesi asıldır.*"

<sup>48</sup> **Çetiner**, Bilgehan: Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2009, C. LXVII, S. 1-2, s. 101.

<sup>49</sup> **Beckmann**, s. 616; **Grunewald**, s. 127; **Oetker/Maultzsch**, s. 158.



sebebi varsa, söz konusu hüküm uygulanmaz. Meselâ, satış konusu şeyin ayıplı olmasında durum böyledir. Çünkü bahsedilen halde, ortada usulüne uygun bir ifa teklifi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu olayda alıcının temerrüdünün şartları gerçekleşmediğinden, hasar da alıcıya geçmez<sup>50</sup>.

Alıcı, satış sözleşmesinde temerrüde düştüğü takdirde, hem edim hasarına hem de bedel hasarına katlanır. Başka bir deyişle temerrüde düşen alıcı, satılan daha satıcıda iken onun sorumlu olmadığı bir sebepten dolayı hasara uğraması halinde, hem karşı edimden yoksun kalmak, hem de –karşı edimi elde edememesine rağmen-, bedeli ödemek zorunda kalır<sup>51</sup>.

## 2) Mesafe Satışı

Satılanın kanunî ifa yerinden (genellikle satıcının yerleşim yeri veya işyerinden), satıcı tarafından yan borç olarak, başka bir yere gönderilmesinin kararlaştırıldığı hallerde mesafe satışından bahsedilir<sup>52</sup>. Mesafe satışlarında hasarın geçiş anını düzenleyen BK. m. 183/II'de, hasarın alıcıya geçmesi için satılan çeşitten alıcıya teslim edilmek üzere ayrılan malların bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilmesi anı esas alınmıştır.

Yapılan yeni düzenlemede ise, satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, hasarın, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda<sup>53</sup> alıcıya geçeceği kabul edilmiştir<sup>54</sup>. Hasarla ilgili düzenlemelere kaynaklık eden BGB'de de aynı hüküm § 447'de düzenlenmiştir. Bununla ilgili benzer bir düzenleme de CISG 67'nci maddesinde yer almaktadır<sup>55</sup>. TBK. m. 208/III hükmü

<sup>50</sup> **Grunewald**, s. 127; **Oetker/Maultzsch**, s. 158.

<sup>51</sup> **Çetiner**, s. 101.

<sup>52</sup> **Atamer**, s. 141.

<sup>53</sup> Mesafe satışlarında zilyetliğin devri değil, teslim kavramı esas alınmıştır (**Zevkliler/Gökyayla**, s. 44 – 45). Alman Medenî Kanunu'nda (BGB) da hasar nakliyeciyeye teslimle, başka bir ifadeyle malın alıcıya nakledilmesi amacıyla nakliyeciyeye fiziksel olarak teslimiyle birlikte alıcıya geçer. Bkz. **Grunewald**, s. 128.

<sup>54</sup> **Aral/Ayrancı**, s. 77; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 38; **Grunewald**, s. 128; **Fikentscher/Heinemann**, s. 401.

<sup>55</sup> CISG m. 67'deki düzenlemede, “*Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun*

uyarınca satıcı, alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderdiği takdirde, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.

Türk Borçlar Kanunu'nun 208/III'üncü maddesinin gerekçesinde, bu hükmün eski Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir düzenleme olduğu belirtilmiştir. Yukarıdaki açıklamadan da görüleceği üzere, 6098 sayılı TBK. m. 208/III, 818 sayılı Kanunun 183/II'üncü maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, sözkonusu hüküm bütünüyle yeni bir düzenleme değildir. Bununla birlikte, hükümde yapılan değişiklik, önceki Kanundaki düzenlemenin sadece kelimelerinin arılaştırılması da değildir. Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeyle, mesafe satışı için geçerli olacak kural, önceden sadece çeşit borçları için geçerliyken<sup>56</sup>; yeni metin, hem çeşit hem de parça borçları bakımından uygulanacak genel bir kural haline getirilmiştir<sup>57</sup>. Ayrıca, önceki Kanunla yeni Kanundaki düzenlemeler, madde metnine “*alıcının isteği üzerine*” ifadesinin eklenmiş olması bakımından da farklılık arz etmektedir. Bu ifade, Türk Borçlar Kanunu'na, BGB § 447'nin birinci fıkrasındaki düzenleme emsal alınarak eklenmiştir. Anılan ifade ile anlatılmak istenen, satılanın gönderilmesinin, ancak alıcının isteği üzerine yapılması halinde, hasarın teslimle birlikte alıcıya geçeceği<sup>58</sup>. Bu sebeple, alıcının isteği olmadan, fakat alıcının yararına olarak, satış

---

*olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya ermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez...”* düzenlemesine yer verilmiştir. 68'inci maddesinde ise, nakil halindeki malların satışında hasarın geçişi düzenlenmiştir. Sözkonusu maddeye göre; “*Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık satım sözleşmesinin akdi anında malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır.*”

<sup>56</sup> **Atamer**, s. 151; **Altay**, s. 133.

<sup>57</sup> **Yavuz/Acar/Özen**, s. 38.

<sup>58</sup> **Grunewald**, s. 128; **Oetker/Maultzsch**, s. 161.

konusunun gönderilmesi halinde, hasır alıcıya geçmez<sup>59</sup>. Söz konusu hükmün, dürüstlük kuralı yoluyla genişletilmesi de mümkün değildir<sup>60</sup>.

Satıcının kendisi veya ifa yardımcısı vasıtasıyla satılanı alıcıya teslim etmesi halinde, bir mesafe satımı söz konusu olmayacağından, bedel hasarı, TBK. m. 208/III uyarınca alacaklıya geçmez; genel kural uygulanır<sup>61</sup>.

#### E. Kuralın İstisnaları

Türk Borçlar Kanunu'nda, satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen 208'inci maddesinin 1'inci fıkrası emredici nitelikte olmayıp, aksi her zaman kararlaştırılabilir. Dolayısıyla satış konusu eşyanın zilyetliğinin geçirilmesi anında hasarın geçmeyeceği bazı haller vardır. Yukarıda da belirtildiği üzere bu haller Borçlar Kanununda iki adet olarak açıklanmıştır. Bunlar, “sözleşmeden doğan istisnalar” ve “halin icabından doğan istisnalar”dı<sup>62</sup>. Hâlbuki, yeni düzenleme ile istisnalar üçe çıkarılmıştır. Zira, önceki Kanunda yer alan istisnalara, “kanundan doğan istisnalar” da eklenmiştir.

Esas kuralın istisnasını oluşturan hallerden birisi, durumun gereğinden doğan istisnalardır<sup>63</sup>. Bunlar kanunda tanımlanmamış ve ne oldukları belirtilmemiştir<sup>64</sup>. Bununla birlikte, sözleşmede hüküm bulunmamasına rağmen, hasara satıcının katlanması haklı gösteren özel durumlar buraya dâhildir. Meselâ, satılanın tesliminin satıcı yararına geciktirilmesi, aynı şeyin birden fazla kişiye satılması halinde ve satıcının seçim hakkına sahip olduğu seçimlik borçlarda, henüz seçim yapılmadan

<sup>59</sup> Grunewald, s. 128.

<sup>60</sup> Çetiner, s. 103.

<sup>61</sup> Gümüş, s. 42.

<sup>62</sup> Akıntürk, s. 145 vd.; Tandoğan, s. 111 – 112; Atamer, s. 143.

<sup>63</sup> Tandoğan, s.112; Honsell, s. 49; Schönle, Art. 185, N. 64; Aral/Ayrancı, s. 76; Yavuz/Acar/Özen, s. 40.

<sup>64</sup> Akıntürk halin icabı kavramından ne anlaşılması gerektiğini anlatırken, Kanun Koyucunun söz konusu maddeye halin icabı ibaresini hangi gaye ile eklediğinin göz önünde tutulması gerektiğini belirtmektedir. Daha sonrada Kanun Koyucuyu sevk eden sebep olarak, “hasar alıcıya aittir” kuralının her halükarda uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlarını önlemek olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Akıntürk, s. 145 vd. Benzer açıklamalar için bkz. Atamer, s. 143.

edimlerin birinin hasara uğraması durumu gerçekleşmişse ve benzeri hallerde zarara satıcı katlanır<sup>65</sup>.

Hasarın alıcıya geçmesi konusundaki kuralın istisnalarından ikincisi, sözleşmeden kaynaklanır<sup>66</sup>. Sözleşmeden doğan istisnalar denilince, tarafların, kuralın aksine olarak satış sözleşmesinde kararlaştırdıkları haller anlaşılır. Meselâ, taraflarca hasarın sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya geçeceği kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir halde satış konusu eşyanın zilyetliği henüz alıcıya geçmeden bir hasar meydana geldiği takdirde, bundan alıcı sorumlu olur. Yine, deniz aşırı satışlarda, satış konusunun teslim edilinceye kadar hasara satıcının katlanmasının kararlaştırılması, sözleşmeden doğan istisnaya misal olarak gösterilebilir. Buna göre durumun gereğinden doğan hallerde veya tarafların kanun hükmünün aksini kararlaştırdığının kabulünü gerektiren hallerde hasara satıcı katlanır.

TBK. m. 208 ile yeni eklenen istisna ise, kanundan doğan istisnalardır. Buna misal vermek gerekirse, yeni Kanun'un 208/II'inci maddesinde düzenlenen "*Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.*" hükmü gösterilebilir. Bu yeni düzenleme ile teslim veya tescil olmaksızın, temerrüdü sebebiyle kanundan dolayı hasar alıcıya geçmektedir. Yine, mesafe satımında satım konusunun bağımsız taşıyıcıya teslim edilmesi ile birlikte alıcı, satım konusunun zilyetliğini elde etmeden önce, hasarı taşımaya başlamaktadır. Bu kural da, hasarın teslimle geçeceği genel kuralının bir istisnasını oluşturmaktadır.

## SONUÇ

Hasarı sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya yükleyen "hasara alıcı katlanır (periculum est emptoris)" kuralı, Roma Hukukundan gelen, İsviçre Hukukunda, Fransız ve Alman hukukları arasında orta yolu bulma amacıyla yapılan bir düzenlemedir. Söz konusu düzenleme, doktrin ile uygulamada adil olmadığı yönünde eleştirilmiştir.

---

<sup>65</sup> **Atamer**, s. 142 – 143.

<sup>66</sup> **Schönle**, Art. 185, N. 69; **Giger**, Art. 185, N. 81; **Atamer**, s. 144 – 145; **Aral/Ayrancı**, s. 76; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 40.

Bunun sonucu olarak, satış sözleşmesinde hasarın geçmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'ndan farklı bir şekilde düzenleme konusu yapılmıştır. Düzenleme yapılırken önceki hükme yöneltilen eleştiriler göz önünde bulundurulmuştur. Hasarı malın zilyetliğinin devri anından itibaren alıcıya yükleyen yeni anlayış, sözleşmelerde karşılıklılık (synallagma) ilkesine de uygun düşmektedir. Yeni düzenleme ile birlikte İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeden ayrılmış, Alman Medenî Kanunundaki sisteme uygun bir düzenleme yapılmıştır. Bu sonuç tarafların menfaatine daha uygun düşmektedir.

### KAYNAKLAR

**Adalet Bakanlığı:** Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Ankara 2011.

**Akıntürk,** Turgut: Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.

**Altay,** Sabah: Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı, İstanbul 2008.

**Ansay,** Sabri Şakir: Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1953, C. X, S. 1 – 4, s. 450 – 456. (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1953-10-01-04/AUHF-1953-10-01-04-Ansay.pdf>)

**Aral,** Fahrettin/**Ayrancı,** Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.

**Atamer,** Yeşim M.: Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikal Anı, Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183'ün Farklı Okunması Gereği, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 131 – 168.

**Ayan,** Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2010.

**Beckmann,** Roland Michael: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2008.

**Çetiner,** Bilgehan: Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2009, C. LXVII, S. 1-2, s. 97 –113.

**Demir, Mehmet:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Ankara 2012.

**Erdoğan, Belgin:** Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 2006

**Ertaş, Şeref:** Eşya Hukuku, Ankara 2005.

**Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** Borçlar Hukuku, İkinci Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, 4. Baskı, İstanbul 1980.

**Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas:**

Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006.

**Filios, Paul:** Die Gefahrtragung beim Kauf im Rahmen des Synallagmas, Berlin 1964.

**Giger, Hans:** Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd.VI,Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, Bern 1979.

**Grunewald, Barbara:** Kaufrecht, Tübingen 2006.

**Guhl, Theo/Koller, Alfred:** Das Schweizerische Obligationenrecht, Bearbeitet von; Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, 9. Aufl., Zurich 2000.

**Gümüş, Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2012.

**Hager, Günter:** Die Gefahrtragung beim Kauf, Frankfurt am Main 1982.

**Honsell, Heinrich:** Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006.

**Huguenin, Claire:** Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2008.

**Koller, Alfred:** Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, 4. Aufl., Basler 2007. (Koller, Basler)

**Koller, Alfred:** Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, 2. Aufl. Basel 1996.

**Mayer-Maly**, Theo: Römische Recht, 2. Aufl., Wien-New York 1999.

**Oetker**, Hartmut/ **Maultzsch**, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Heidelberg 2004.

**Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe:Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012.

**Öz**, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011.

**Özdemir**, Hayrunnisa: Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 359 – 379.

**Reisoğlu**, Safa: Türk Eşya Hukuku, C. 1, Giriş – Zilyetlik – Tapu Sicili, Ankara 1980.

**Schwarz**, Andreas B.: (Çev. Kudret Ayiter) :Satış Aktinde Hasarın İntikali, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1947, C. 4, S. 1 – 4, s. 159 – 167.

**Sieber**, Liliane: Gefahrtragung im Kaufrecht, Zürich 1993.

**Söğütlü Erişgin**, Özlem: Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara 2010.

**Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 5. Basım, Ankara 1988.

**Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2012.

**Westermann**, Harm Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil I §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 4. Aufl., München 2004.

**Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10. Baskı, İstanbul 2012.

**Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013.





**DAVAYA BAKMAKTAN YASAKLI HÂKİMİN  
GÖREVSİZLİK KARARI VERMESİNİN MÜMKÜN OLUP  
OLMADIĞI VE DAVAYA BAKMAKTAN YASAKLI  
YARGITAY ÜYESİNİN KULLANDIĞI OYLA KESİNLEŞEN  
HÜKME KARŞI HUKUKÎ ÇARELER**

**Arş. Gör. Emre KIYAK\***

**POSSIBILITY OF GIVING DECISION OF LACK OF  
JURISDICTION BY JUDGE WHO MUST WITHDRAW FROM  
CASE AND LEGAL REMEDIES TO JUDGEMENT WHICH  
HAS BECOME RES JUDICATA WITH CASTING VOTE OF  
MEMBER OF HIGH COURT WHO MUST WITHDRAW  
FROM CASSATION REVIEW**

**ÖZET**

*Bu çalışma, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 34 üncü maddesinde gösterilen sebepler dolayısıyla davadan çekilmek zorunda olan hâkim tarafından görevsizlik kararı verilme imkânına ilişkin tartışmalara katkı sağlamak ve anılan maddede gösterilen sebepler dolayısıyla temyiz incelemesinden çekilmek zorunda olan yüksek mahkeme üyesinin belirleyici oyuyla ilk derece mahkemesinin*

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

*kararını kesin hüküm yapan yüksek mahkeme kararına karşı herhangi bir hukuki çarenin mevcudiyetini irdelemek üzere hazırlanmıştır.*

**ANAHTAR KELİMELER:** *Medeni Usul Hukuku, Hâkim, Davadan Çekinme, Temyiz İncelemesi, Kesin Hüküm, Görevsizlik Kararı, Yargılamanın İadesi.*

### **ABSTRACT**

*This study has been prepared to contribute to discussing related to possibility of giving decision of lack of jurisdiction by judge who must withdraw from case based upon reasons which are shown in art. 34 of Civil Procedure Law No. 6100 and scrutinize the availability of any legal remedy for the decision of high court, which makes the decision of court of first instance definitive judgement with casting vote of member of high court who must withdraw from the cassation review based upon reasons which are shown in mentioned regulation.*

**KEYWORDS:** *Civil Procedure Law, Judge, Withdrawing from Case, Cassation review, Definitive Judgement, Decision of Lack of Jurisdiction, Revision.*

### **GİRİŞ**

Hâkimlerin, davanın yanları (veya çekişmesiz yargı işlerinde talepte bulunan ile ilgililer)<sup>1</sup> karşısında *tarafsız* kalmasını sağlamak üzere

---

<sup>1</sup> Hâkimlerin yasaklılığı ve reddine ilişkin hükümlerin dava olarak nitelendirilemeyen (itirazın kaldırılması gibi) talepler ile çekişmesiz yargı işlerinde de geçerli olmasından şüphe etmemek gerekir (KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt 1)*, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 80). Zira söz konusu talepler için de *talepte bulunan ve ilgililer* açısından hâkimin bu talebi *tarafsız bir şekilde* incelemesine yönelik menfaatin mevcut olacağı açıktır. Bu gibi durumlarda genellikle bir hak dağılımından bahsedilmese de, özellikle talebin sürüncemede bırakılmasını, eksik incelemeye tabi tutulmasını ve haksız bir şekilde reddedilmesini engellemek üzere (hukuki sorumluluklarına ilişkin hükümlerin yanında) hâkimlerin yasaklılığı ve reddine ilişkin hükümlerin cari kılınması elzemdir. Belirtmek gerekir ki, davaya bakmaktan yasaklı hâkimin çekişmesiz yargı işi talebine ilişkin vermiş olduğu karar, şekli anlamda kesinleşse dahi (kanunda aksine düzenleme bulunmadığı müddetçe) maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden (m. 388), bu karar aleyhine yargılamanın iadesi yoluna

kabul edilen hâkimlerin yasaklılığı ve reddine ilişkin hükümler, uygulamada sıklıkla işletilen mekanizmalar olmadıkları için mahkeme içtihatlarıyla fazla netlik kazandırılmamış hükümlerdir. Yine aynı sebepten ötürü, bu hükümlerin nasıl anlaşılması<sup>2</sup> ve uygulanması<sup>3</sup>

başvurmak mümkün olmayacaktır (m. 374/1) –ki yine aynı sebepten ötürü (yani bu taleplere ilişkin verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden) böyle bir yola başvurulmasına ihtiyaç yoktur. Zira kişi, aynı talebi tekrar mahkemeye yöneltebilecektir. Elbette bir çekişmesiz yargı işi hakkında verilen kararın kesin hüküm teşkil edeceği, kanunda açıkça düzenlenmişse, böyle bir karara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurmamak mümkün olabilecektir.

<sup>2</sup> **Kısa bir misal:** Çekinme kararının sonuçlarını düzenleyen 35 inci maddenin “Çekinme kararına karşı üst mahkemeye başvurulabilir. Yasaklama sebebinin doğduğu tarihten itibaren, o hâkimin huzuru ile yapılan bütün işlemler, üst mahkemenin kararı ile iptal olunabilir. Hüküm ve kararlar ise herhâlde iptal olunur. Bu durumda, hâkim yargılama giderlerine mahkûm edilebilir” şeklindeki birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin nasıl anlaşılması gerektiği, hâkimin işlemleri açısından çok net değildir. Zira hâkimlerin yaptığı işlemlerin büyük bir kısmı zaten karar niteliğindedir. Keşif kararı, bilirkişiye başvurma kararı, duruşmanın ertelenmesine ilişkin karar gibi. Eğer hüküm ve kararlar ise herhalde iptal olunur şeklindeki üçüncü cümle, ara kararları da kapsayacak şekilde anlaşılırsa, biraz önce misal olarak verilen kararlar üst mahkemece iptal olunacaktır –ki fikrimizce bu, orantısız bir yorum olacaktır. Bu nedenle, üçüncü cümlenin hüküm ve usule ilişkin nihai kararlar (ve tabii karar verilmesine yer olmadığına dair kararlar) şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca bkz. ÇON, Ömer, *Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi*, Ankara 2013, s. 54; KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 193.

<sup>3</sup> **Kısa bir misal:** Ret talebinin incelenmesini düzenleyen 42 nci maddenin “Reddi istenen hâkim, ret hakkında merci tarafından karar verilinceye kadar o davaya bakamaz. Şu kadar ki, gecikmesinde sakınca bulunan iş ve davalar bunun dışındadır. Daha önce hakkındaki ret talebi mercice reddolunan hâkimin, aynı durum ve olaylara dayanarak yeniden reddedilmesi hâli, hâkimin davaya bakmasına engel oluşturmaz” şeklindeki ikinci fıkrasının son cümlesinin hangi ihtimalde işlerlik kazanacağı belirsizdir. Hatta ilk bakışta bu cümlenin işlerlik kazanması imkânsız görünmektedir. Zira bir hâkim hakkındaki ret talebinin mercice reddolunması halinde, aynı durum ve olaylara dayanılarak yeniden ret

gerektiği açıkçası çok da netlik kazanmış konular değildir. Bu kısa çalışmada da, netlik kazanmayan konular arasında gördüğümüz davaya bakmaktan yasaklı hâkimin görevsizlik kararı vermesinin mümkün olup olmadığı ve davaya bakmaktan yasaklı bir Yargıtay üyesinin kullandığı oyla kesinleşen hükme karşı başvurulabilecek bir hukuki çarenin olup olmadığı inceleme konusu yapılacaktır.

#### **A. Davaya Bakmaktan Yasaklı Hâkimin Görevsizlik Kararı Verip Veremeyeceği Sorunu**

Davanın görevli mahkemede açılması zorunluluğunun, eksikliği dava sırasında giderilemeyen bir dava şartı olması sebebiyle, mahkemenin görevsiz olduğu ihtimallerde davayı (hangi aşamada olursa olsun) görevsizlik kararıyla sonlandırması gerekeceği, görevsiz olmasına rağmen esas hakkında karar vermiş olması halinde, istinaf yolunda bu kararın kaldırılarak dosyanın görevli mahkemeye gönderileceği (m. 353/1(a/3)), *hâlihazırdaki*<sup>4</sup> temyiz yolunda ise kararın bozulacağı (1085 sayılı K. m<sup>5</sup>. 428/1(b.2)), bu bozma kararına karşı ilk derece mahkemesinin direnemeyeceği, tarafların da usulî müktesep hak itirazında bulunamayacağı<sup>6</sup> malumdur.

Peki, davanın görevsiz mahkemede açılmış ve fakat davaya bakan hâkimin m. 34'de sayılan sebeplerden ötürü davadan çekinmek zorunda olması ihtimalinde, hâkim çekinme kararı (34/1) mı vermelidir yoksa görevsizlik kararı mı vermelidir (yahut görevsizlik kararı verebilir mi)? İki farklı gerekçeyle bu soruya olumsuz cevap vermek mümkündür:

---

talebinde bulunulması halinde, zaten bu ret talebi süre aşımı sebebiyle geri çevrilecektir (m.41/1(a)). Çünkü böyle bir ihtimalde öğrenmeden sonraki ilk duruşma zaten çoktan geçmiş olacaktır. *Fikrimizce* iki ihtimalde bu cümle cari olacaktır: İlk ihtimal, hâkimin aynı durum ve koşullara dayanılarak, *başka bir davada* reddolunması, ikinci ihtimal ise, hâkimin aynı durum ve koşullara dayanılarak *diğer tarafça* reddolunmasıdır.

<sup>4</sup> İstinaf yolunun fiilen işlemeye başlamasıyla görevsizlik kararı üzerine bölge adliye mahkemesinin vereceği kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacaktır (m. 353/1(a)).

<sup>5</sup> 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önceki hükümler.

<sup>6</sup> Bkz. KURU, Baki, "Usulî Müktesep Hak", *Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara 1974, ss. 395-409, s. 406.

*İlk olarak*, davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması 375 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince, bir yargılamanın iadesi sebebidir. Yani, bu yargılama hatası istinaf kanun yolunda kararın kaldırılarak, dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine<sup>7</sup>, temyiz kanun yolunda kararın bozulmasına sebep olmasının yanı sıra, kesin bir hükmün bertaraf edilmesine sebep olabilecek derecede ağır bir yargılama hatasıdır<sup>8</sup>. Buna mukabil, davanın görevsiz mahkemede açılmış ve karara bağlanmış olması, Kanun'da yargılamanın iadesini gerektirecek derecede ağır bir yargılama hatası olarak düzenlenmemiştir. Şu halde *evleviyyet*<sup>9</sup> gereğince, hâkimin önce yasaklılığını göz önüne alarak, görevsizlik kararı vermek yerine çekinme kararı vermesinin gerekeceğini söylemek mümkündür.

*İkinci olarak*, 35 inci maddenin birinci fıkrası, çekinme kararına karşı üst mahkemeye başvurulabileceğini ifade etmekte ve yasaklama sebebinin doğduğu tarihten itibaren, o hâkimin huzuru ile yapılan bütün işlemlerin, üst mahkemenin kararı ile iptal olunabileceğini, hüküm ve kararların ise herhâlde iptal *olunacağını* öngörmektedir. Dikkat edilirse Kanun, "hüküm ve kararlar" tabirini kullanarak, usule ilişkin nihai kararları da iptal yaptırımına tabi tutmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, davaya bakmaktan yasaklı olan hâkimin vermiş olduğu görevsizlik kararının da üst mahkemece iptal olunacağını söylemek mümkündür. Şu halde, böyle bir karar, üst mahkemece iptal yaptırımına tabi tutulduğuna göre, davaya bakmaktan yasaklı olan hâkimin görevsizlik kararı veremeyeceği (çünkü verirse, zaten bu karar üst mahkemece iptal olunacaktır) ve çekinmek zorunda kalacağı (m. 34/1) sonucuna ulaşmak mümkündür.

<sup>7</sup> AKKAYA, Tolga, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Ankara 2009, s. 329.

<sup>8</sup> AKCAN, Recep/KAYA, Cemil, "Medeni ve İdari Yargıda Hakimın Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi", *İÜHFİM*, 68 (1-2), 2010, ss. 171-196, s. 177.

<sup>9</sup> Türk Dil Kurumu'nun Büyük Türkçe Sözlüğü'nde bu kelimenin herhangi bir karşılığı verilmemiştir. Fakat Arapça kökenli *evleviyyet* (اولوييت) kelimesinin Osmanlı Türkçesi sözlüğünde karşılığı *üstünlük, öncelik hakkı* (~le eki ile bir an önce, öncelikle) şeklinde verilmektedir. Bkz. KANAR, Mehmet, *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, İstanbul 2011, s. 323-324.

### **B. Davaya Bakmaktan Yasaklı Hâkimin Kullandığı Oyla Kesinleşen Hükme Karşı Hukuki Çareler**

Aslında yukarıdaki başlık, biraz sonra inceleme konusu yapılacak husustan daha geniş kapsamlıdır. Zira hâkimin bir karara oy kullanarak katılmış olması, bu kararın heyet halinde çalışan bir mahkemeden sadır olduğu anlamına gelmektedir. Bu şekilde çalışan mahkemeler ise Yargıtay daire ve genel kurullarından ibaret değildir. Zira ilk derece mahkemeleri arasında yer alan asliye ticaret mahkemeleri bazı dava ve işleri heyet halinde incelemekte<sup>10</sup>, istinaf mercii olan bölge adliye mahkemeleri de heyet halinde çalışabilmektedir (m. 354/1). Ancak bu mahkemelerde davaya bakmaktan yasaklı hâkimin oyunu ihtiva eden hükmün şekli anlamda kesinleşmesi, bu ağır yargılama hatasının yaptırımsız kalması anlamına gelmemektedir. Gerçekten, 375 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi, davaya bakmaktan yasaklı olan hâkimin karara katılmış olması ihtimaline de, yargılamanın iadesi yolunu açık tutmaktadır. Bu nedenle, anılan ihtimalleri çalışmada ayrıca irdelemeye gerek olmayacaktır.

Çalışmanın bu başlığında irdelenecek ihtimal, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmün (veya direnme kararının) temyiz incelemesine katılan ve fakat 34 üncü maddede sayılan hallerden birinin mevcut olması sebebiyle davaya bakmaktan yasaklı olan Yargıtay üyesinin kullandığı oyla kesinleşen karara karşı başvurulabilecek bir *hukuki çarenin* mevcut olup olmadığıdır. İlk olarak, böyle bir sorunun uygulama açısından gerçekten önemli olup olmayacağını biraz irdelemekte yarar vardır: Hâkimlerin bazı hallerde (m. 34) davaya bakmaktan mutlak suretle yasaklı olmalarının en önemli sebebi elbette onların tarafsızlığını korumak ve bu hususta toplumsal bir şüphenin oluşmasının önüne geçilmesidir. Gerçekten, davanın hâkime ait olması yahut onunla doğrudan ilgili olması veya taraflardan biri ile hâkim arasındaki yakın hısımlığın mevcut olması gibi durumlarda hâkimlerin davaya bakabilmelerine müsaade edilmesi, toplumda onların *tarafsızlık*

---

<sup>10</sup> 6545 sayılı Kanunun 45 inci maddesi ile getirilen bu değişiklik ile asliye ticaret mahkemelerinin büründüğü yeni yapının genel bir değerlendirmesi için bkz. KIYAK, Emre, "6545 Sayılı Kanunun Hukuk Yargılamasına Getirdikleri ve Asliye Ticaret Mahkemelerinin Yeni Yüzü", *AD*, Sayı: 50, Eylül 2014, ss. 144-166, s. 152 vd.

vasıflarına yönelik şüphelerin doğmasına sebep olabilirdi. Yine böyle ihtimallerde hâkimlerin, *davanın esası yönünden*<sup>11</sup>, *davayı inceleme ve karar verme* yükümlülüğüne tabi kılınmaya devam olunması, onları bir anlamda *tarafsızlıklarından ödün vermeye zorlamak* manasına gelebilecekti<sup>12</sup>. İşte bu ve benzeri sebeplerle hâkimlerin tarafsız hareket etme yeteneklerini yitirmeleri kuvvetle muhtemel olan durumlarda davaya bakmaları yasaklanmıştır<sup>13</sup>. Peki, hâkimlerin, bir davanın

<sup>11</sup> Hatırlanacağı üzere davanın açılması ile mahkemenin davayı inceleyip karar verme yükümlülüğü doğar (Bkz. KIYAK, Emre, *Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları*, Ankara 2014, s. 78 vd). Elbette bu yükümlülük davaya bakmaktan yasaklı hâkim için de mevcuttur. Fakat yasaklı hâkim bu yükümlülüğünü *çekinme kararı* vermek suretiyle yerine getirecektir. Bu nedenle yukarıdaki cümlede *davanın esası yönünden* ibaresine özellikle yer verilmiştir. Tam tersi durumda, yani hakkında çekinme sebebi mevcut olmamasına rağmen, davaya bakmaktan çekinen hâkim aleyhine, hakkın yerine getirilmesinden kaçınmış olması sebebine (m. 46/1(e)) binaen hukuki sorumluluk hükümlerinin işletilmesi mümkün olabilecektir. Bkz. KARAFAKİH, İsmail Hakkı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara 1953, s. 34.

<sup>12</sup> Hâkimlerin tarafsızlığı ile ilgili bkz. İNCEOĞLU, Sibel, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, İstanbul 2008, s. 33 vd; DEMİRCİOĞLU, Yaşar, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*, Ankara 2007, s. 74 vd; KIRMAZ, Birol, *Avrupa Birliği Sürecinde Hâkimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı*, Ankara 2009, s. 78 vd; TANRIVER, Süha, "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *TBB*, Sayı: 53, 2004, ss. 191-215, s. 198; NAMLI, Mert, *Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi*, İstanbul 2014, s. 186 vd; ÇON, 16 vd; AKCAN/KAYA, s. 172.

<sup>13</sup> Geçmiş dönemde de bu yönde hükümlere rastlamak mümkündür. Mesela bkz. Mecelle m. 1808, Günümüz Türkçesiyle: "*Lehine hüküm verilen kişinin; hâkimin, üstsoy ve altsoyundan biri, karısı veya hükmolunacak malda ortağı ya da ücretli çalışanı yahut hâkimin verdiği ücretle geçinen adamı (kendisinin yardımı ile yaşayan birisi) olmaması gerekir.*

*Bundan dolayı, hâkim, bunlardan birinin davasını dinleyip lehine hüküm veremez* ", ayrıca bkz. m. 1809 (SANCAK, Yusuf/KIYAK, Emre, "Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü-l Kazâ",

*yargılama süreci içinde* değil de, dava sonunda verilen hükmün *hukuki* denetimi süreci içinde böyle bir sınırlamaya tabi tutulması gerekli midir? Evet. Zira yargılama sonrasında verilen hükmün hukuki denetimi sonrasında ortaya çıkacak tablo, tarafların menfaatlerinin zedelenmesine sebep olabilecek bir yapıya bürünmeye müsaittir. *Temyiz bağlamında düşünülecek olursa*, ilk derece mahkemesinin verdiği hükmün, temyiz incelemesi sonucu bozulması gerekirken, bu incelemeye katılan daire üyelerinden birinin taraflı tutumu sebebiyle onanması (ve böylelikle kesinleşmesi), hükmü temyiz etmekte aslında haklı olan tarafın haksızlığa uğratılması anlamına gelecektir<sup>14</sup>. Yargıtay dairelerinin bir

---

*SÜHFD*, 22 (2), 2014, ss. 45-105, s. 68, asıl metnin transkripsiyonu için bkz. s. 98-99).

<sup>14</sup> Somutlaştırmak adına iki misal: Yargıtay 1 inci hukuk dairesi üyelerinden (H), temyiz incelemesine konu dava dosyasının taraflarından (K)'nin eski eşidir. *Olması gereken*, böyle bir durumda (H)'nin (bu yönde bir itiraz mevcut olmasa dahi) çekinmesi ve dosyanın başka bir üyenin katılımıyla incelenip karara bağlanmasıdır. Fakat (H)'nin böyle davranmayıp dosyanın incelenmesine katıldığı varsayımı altında: *Birinci ihtimal*, (H)'nin de katıldığı Yargıtay 1 inci hukuk dairesi üyeleri, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmün onanmasına karar vermiştir. Şu halde (karar düzeltme ihtimali bir kenara bırakıldığında) bu hükme karşı başvurulabilecek herhangi bir olağan kanun yolu mevcut değildir. Böyle bir durumda ilk akla gelebilecek olan, hükme karşı *yargılamanın iadesi* yoluna başvurulması olsa da, yargılamanın iadesi oluşturacak sebebin (m. 375/1(b)) hükmü veren hâkimin nezdinde değil, bilakis hükmün hukuki denetimini gerçekleştiren hâkim nezdinde gerçekleşmiş olduğu ve yargılamanın iadesinde amacın ağır yargılama hatasına binaen hükmün ortadan kaldırılarak yeniden bir yargılamanın yapılmasının sağlanması olduğu düşünüldüğünde, bunlara bir de temyiz yolunda bir yargılama yapılmadığı ve bu nedenle temyiz incelemesinde oluşacak hatanın yargılama hatası değil, hukuki denetim hatası olduğu eklenince, anılan ihtimalde yargılamanın iadesine başvurulamayacağı açık olacaktır. Böyle bir durumda Yargıtay'ın hükmü onayan dairesine yöneltilebilecek bir talebin mevcut olduğunu söylemek de kanımızca mümkün değildir. *İkinci ihtimal*, (H)'nin de katıldığı Yargıtay 1 inci hukuk dairesi üyeleri, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmün bozulmasına karar vermiştir. Bozma ilamı ilk derece mahkemesine ulaştığında, (bozma ilamının esasa ilişkin bir karar olduğu ve direnme imkânının bulunduğu varsayımı altında) ilk derece



başkan ve dört üye ile toplanıyor olması ve salt çoğunlukla karar vermeleri (Yargıtay K. m. 40/1) böyle bir tablonun ortaya çıkma ihtimalini daha da gerçekçi kılmaktadır. Şu halde, hâkimlerin tarafsızlığını temin eden müesseselerin yargılama prosedürleri dışında bir kararın hukuki denetimine ilişkin prosedürlerde de cari olması gerektiği açıktır. Aslında mevzuat zaten bu yönde düzenlemeler ihtiva etmektedir.

mahkemesi hâkimi için iki şekilde hareket etme imkânı olacaktır: *İlk olarak* kararında direnebilir. Bu karar nihai bir karar olduğu için, ilk karar lehine bozulan tarafın direnme kararını temyiz hakkı mevcut olacaktır. Direnme incelemesinin ise artık yasaklı hâkimin üyesi olduğu hukuk dairesinde değil, hukuk genel kurulunda yapılacağı tabidir. Şimdi mesele biraz farklı bir boyut kazanmaktadır. Her ne kadar inceleme artık yasaklı hâkimin üyesi olduğu hukuk dairesinde yapılsa da hukuk genel kurulunda bu (yasaklı) hâkimin de mevcut olacağı tabidir (Yargıtay K. m. 7/1). Peki, bu inceleme sırasında da yasaklı hâkim, oylamaya katılmış olsa ve onun oyu ile hüküm onanmış olsa, başvurulabilecek hukuki bir çare mevcut mudur? *Fikrimizce* hayır. *İkinci olarak*, hâkim bozma ilamına uyararak yeniden yargılama yapıp yeniden karar verebilir –ki bu kararın da yeniden temyiz edilmesi mümkün olacaktır. Şimdi burada da birkaç sorun ortaya çıkmaktadır: *İlk olarak* karar henüz kesinleşmediği için, yasaklı hâkimin oyuyla ortaya çıkan bozma hükmünün ilk derece mahkemesi nezdinde yahut ikinci temyiz incelemesinde mevzu bahsi mümkün müdür? *Fikrimizce* hayır. Zira gerek ilk derece mahkemesinin gerek ikinci temyiz incelemesini yapacak dairenin bir önceki temyiz incelemesini gerçekleştiren dairenin kararını bu açıdan denetlemesini mümkün kılan bir mekanizma hâlihazırda mevcut değildir. İkinci temyiz incelemesini gerçekleştirecek dairenin, ilk daire ile aynı daire olması halinde de bu kanaatten sapmayı gerektirecek farklı bir durum mevcut değildir. Fakat elbette ikinci temyiz incelemesinde, kararın incelemesine katılacak üyelere birinin yasaklı olduğunun farkına varılması halinde, bu üyenin çekinmesinin sağlanacağı açıktır. *Peki ya*, ilk derece mahkemesinin bozma ilamına uyararak vermiş olduğu hükmün yeniden temyiz edilmesi üzerine bu hükmün onanması halinde, ilk bozma ilamının ikinci temyiz incelemesinde denetlenmesi mümkün müdür? *Tartışılabilir*. Fakat *fikrimizce* bu ihtimalde, ilk bozma ilamının denetlenmesini sağlayacak bir mekanizma vaz edilmesi, bu bozma ilamına uyararak ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamanın da boşa çıkarılması ihtimalini ihtiva edecektir –ki böyle bir düzenlemenin usul ekonomisine aykırı olacağı düşüncesindeyiz.

Nitekim Yargıtay Kanununun 39 uncu maddesinin üçüncü fıkrası, daire veya genel kurul başkan ve üyelerinin reddolunabileceğini, ret hususundaki istemlerin, reddedilen başkan veya üye katılmaksızın ilgili daire veya genel kurullarca incelenerek kesin olarak karara bağlanacağını açıkça ifade etmektedir. Kanunun bu şekilde ret müessesesini düzenlemiş olması, yasaklılık sebeplerinin mevcut olması halinde daire veya genel kurul başkan ve üyelerinin çekinmek zorunda olacağını *evleviyyet* gereğince kaçınılmaz kılmaktadır<sup>15</sup>. Fakat Yargıtay Kanununda yer alan bu düzenleme (yukarıda belirtilen) davaya bakmaktan yasaklı Yargıtay üyesinin çekinmeyerek oy kullanması –ki bunu davaya bakmaktan yasaklı bidayet mahkemesi hâkiminin çekinmeyerek davayı görüp karara bağlaması şeklinde algılamak mümkündür, ancak bu halde hüküm kesinleşse dahi yargılamanın iadesi yoluna başvurmak mümkün olabilecektir<sup>16</sup>- sebebiyle hükmün onanması ihtimalini kapsamamaktadır. Yargıtay’ın temyiz incelemesine binaen verdikleri kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulamayacağına göre<sup>17</sup>, Yargıtay

---

<sup>15</sup> ÇON, s. 120; AKCAN/KAYA, s. 189.

<sup>16</sup> Lakin öğretide, temyiz yolunda dahi hâkimin yasaklılığının ileri sürülmemiş olması halinde artık yargılamanın iadesi yoluna başvurulamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergün, *Medenî Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 717 dn. 29; NAMLI, s. 204. Karş. “...Öğretide egemen görüşe... bakılırsa, davalı tarafı, yargıcın davaya bakmaktan yasaklı olduğunu daha dava sırasında biliyor olup da onun davaya bakmasına itiraz etmemişse veya yargıcın yasaklılığını temyiz süresi içinde öğrendiği halde bu bozma sebebine dayanarak hükmü temyiz etmemiş ise, hüküm kesinleşince artık yargılamanın yenilenmesi yoluyla o hükmün kaldırılmasını isteyemeyecektir. Bu görüşe katılmıyorum. Yasaklı olan hâkimin davaya bakmış olması hiç de ‘hayra alâmet’ değildir, bağışlanabilecek olay değildir. Onun verdiği hükmün ortadan kaldırılması olanağına kapıyı alabildiğine açık tutmak dürüstlüğe, hukuka, adliyeye değer vermenin kaçınılmaz gereğidir...” (UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011, s. 1045).

<sup>17</sup> Belirtmek gerekir ki, Temyiz Mahkemesinin 26/1/1943 tarihli ve 5314 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 25/11/1942 tarihli ve 41/23 sayılı içtihadı birleştirme kararının (**Metni**: “*Mahallî mahkemelerince verilen kararlar aleyhine vukubulan temyiz taleplerinin müruru müddetten dolayı*

reddi hakkındaki Temyiz kararlarına karşı iadei muhakeme talep olunup olunamayacağı hususunda Temyiz Birinci Hukuk Dairesinin 11/9/1942 tarih ve 2711-2035 ve Temyiz Dördüncü Hukuk Dairesinin 10/11/1942 tarih ve 40 numaralı ilâmları arasında husule gelen içtihat ihtilâfının halli Dördüncü Hukuk Dairesi Reisliğinin 199 numaralı yazısıyla istenilmesine mebni toplanan Tevhidi içtihat Heyeti Umumyesinde keyfiyet müzakere edilerek; dâvanın esası hakkındaki kararların yeniden muhakeme yapılmak suretiyle iptal veya tadil edilebilmesi bahis mevzuu olduğu yoksa Temyiz mahkemesince esasa mütâallik bir hükmün temyizen tetkiki neticesinde verilen tasdik, nakız yahut temyiz istidasının reddi gibi kararların bu mevzu haricinde kaldığı açıkça anlaşılmakta olup temyiz yoluyla verilen o gibi mukarrerata karşı yalnız tashihi karar usulü vaz ve kabul edilmiş bulunmasına ve **esas halletmeyen temyiz mukarreratına karşı muhakemenin iadesi istenebilmek için emsali muhakeme usullerinde mevcut olmayan bu hususa dair kanunda bir sarahat bulunmak lâzım gelip mezkûr usul kanunu ise aslın hilafı olan böyle bir sarahati ihtiva etmemesine ve esas hakkındaki hükümlere mahsus olan bir yolun temyizen tetkik neticesinde verilen mukarrerata karşı kıyas yoluyla kabul ve tatbiki cihetine gidilemeyeceğine** ve içtihadın tevhidi müzakeresine mevzu teşkil eden hâdiselere benzer hallerde zarar görenler Temyiz Mahkemesinden eski hale getirme talebinde bulunmak yahut temyiz kararına mesnet teşkil eden vesikada yapılan sahtelikten dolayı suçlu olan kimselerle suç ortakları aleyhine tazminat dâvası açmak hususlarında muhtar bulunmalarına göre o gibi kararlara karşı Temyiz Mahkemesinden iadei muhakeme istenemeyeceği oyların üçte ikisini geçen çoğunluğuyla karar altına alındı”) da desteklemesiyle, öğreti ve uygulamada Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Yargıtay’ın ilk derece mahkemesi olarak vermiş olduğu kararlara karşı bu yola başvurulmasının mümkün olup olmadığı yönünde öğretide görüş ayrılıkları mevcuttur. **Yargıtay’ın bütün kararlarına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulamayacağı görüşünde olan yazarlara misal olarak:** ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 377; “...Temyiz Mahkemesinin bir tevhidi içtihad kararında isabetle belirttiği üzere, Temyiz kararlarına karşı karşı iadei muhakemeye gidilemez. Bu görüş Fransada da aynen kabul edilmiştir (Petit Codes Dalloz, Code de Procédure Civile, Paris 1957 de art. 480, N. 9 ve orada zikredilen içtihadı atfen). Çünkü iadei muhakeme müessesesinin gayesi, anlaşmazlığın özünü halleden kararların bazı önemli sebepler dolayısıyla

üyesinin bu hareketi sebebiyle zarara uğrayan tarafın başvurabileceği başka bir hukuki çare aramak zorunlu olacaktır. Bu noktada ilk olarak, 46 ncı maddenin birinci fıkrasının (c) –ve *fikrimizce* bazı ihtimallerde ayrıca (a) ile (b)- bendine dayanılarak *davaya bakmaktan yasaklı olmasına rağmen*, karara katılan Yargıtay üyesinin hukuki sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olabileceğini söylemek gerekir. İkinci olarak, yargılamanın iadesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla temyiz üzerine verilen karar aleyhine uygulanamayacaktır<sup>18</sup>. Peki, medeni usul hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında kıyasın *belli bir aşamaya kadar*<sup>19</sup>

---

*ortadan kaldırılması ve aynı konuda yeniden karar verilmesidir. Temyiz mahkememiz, anılan içtihadı birleştirme kararında, iadei muhakeme konusundaki kanun hükümlerinin kıyas yolu ile genişletilemeyeceğini haklı olarak belirtmiştir...*” şeklindeki üstü kapalı ifadeleriyle UMAR, Bilge, "Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme", *İÜHFİM*, 29 (1-2), 1963, ss. 261-298, s. 266; UMAR, (Şerh), s. 1042 (NAMLI da, UMAR'ı bu görüş taraftarları arasında göstermektedir. Bkz. NAMLI, s. 166 dn. 795). **Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda verilen kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulmasının mümkün olacağı görüşünde olan yazarlara misal olarak:** ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 910; BİLGE/ÖNEN, s. 709; KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt 5)*, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 5170 ve ayrıca burada dn. 12'de verilen, 20.1.1968, 9/50-52; 20.1.1968, 9/51-43 künyeli HGK kararları; MUŞUL, Timuçin, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 552; NAMLI, s. 166. Biz de ikinci görüşteyiz.

<sup>18</sup> Dipnot. 17'de verilen İçtihadı Birleştirme Kararı metninde yer alan ve koyu harflerle vurgulanan ifadelerden de bu sonuca ulaşmak mümkündür. UMAR da, bu ifadelerin haklı olduğunu desteklemektedir. Bkz. UMAR'ın aynı dipnotta yer alan ve İÜHFİM'de yayınlanan makalesinden alıntılanan cümleleri.

<sup>19</sup> Belli bir aşamaya kadar, çünkü öğretilerde konuyla ilgili dile getirilen şu cümleler bizi bu fikre yöneltmiştir: "...Kanunu tefsir ederken hedef ve gayeyi nazara almalıdır. Ne dar ne de kıyasa gidecek kadar geniş tefsir yoluna gitmemelidir..." (KARAFAKİH, s. 7); "...Usul hukuku kaidelerinin amme hukukundan oluşu, usul hükümlerinin zaman ve mekân itibarıyla uygulanmasında ve bilhassa bir dereceye kadar da yorumunda özellikler gösterecektir" (ÜSTÜNDAĞ, s. 41); "...Genel çerçeveden bakıldığında, medeni usul hukuku kurallarının yorumuna ilişkin olarak, maddi hukuk

mümkün olmasına rağmen, neden bu şekilde bir sınırlandırma hiç tereddüt etmeden zihinlerde yer ediyor? Biraz daha irdelemek adına; mademki yargılamanın iadesine ilişkin hükümlerin uygulanma alanı kıyas yoluyla genişletilemez, o halde neden 443 üncü maddenin birinci fıkrasında yargılamanın iadesine ilişkin hükümlerin, *niteliğine uygun düştüğü şekilde* tahkimde de uygulanacağı açıkça belirtilmiştir? *Fikrimizce* bu soru, cevabı da ihtiva etmektedir: Kanun koyucu, *her ikisi* yargılama prosedürü olmasına rağmen, mahkeme yargılmasına ait yargılamanın iadesi davasının tahkimde uygulanabilmesi için açık bir düzenlemeye gitme ihtiyacı hissetmiştir. Böyle bir ihtiyacın hissedilmesinin ilk plandaki amacı, tahkimde verilen kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı yönünde oluşabilecek belirsizlikleri engellemek olsa da, arka plandaki amacın *kıyasın sınırlarının tespitinin uygulamaya bırakılmasının getirebileceği tehlikeleri* engellemek olduğunu söylemek çok yanlış olmasa gerek. Nitekim 443 üncü maddenin düzenlenme tarzı da bu görüşü desteklemektedir. Zira maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları, yargılamanın iadesine ilişkin hükümlerin tahkimde ne şekilde uygulanacağını netleştirmektedir. Şu halde, kanun koyucu bir yargılama prosedürü olan tahkim yolunda bile yargılamanın iadesi yolunun nasıl uygulanacağına ilişkin açık bir düzenlemeye gitme ihtiyacı hissettiğine göre, *zaten bir yargılama prosedürü olmayan, bilakis mahkemece verilen bir kararın hukuki denetim prosedürü olan* temyiz yolunda Yargıtay hukuk dairesinin (veya genel kurulunun) verdiği kararların ortadan kaldırılarak yeniden inceleme yapılmasına imkân sunacak bir hukuki çarenin *ancak kanuni bir düzenleme* ile yapılabileceği sonucuna ulaşmak

*kurallarının yorumuna ilişkin söylenenlerden farklı bir hususun söz konusu olmayacağını belirtmek mümkündür. Bununla birlikte, medeni usul hukuku kurallarının genellikle emredici kurallar olması, bu kuralların yorumunda, hukuk uygulayıcısının sahip olduğu serbesti sınırlarını biraz daha daraltacaktır. Gerçekten, emredici hukuk kurallarının yorumunda, hukuk uygulayıcıların yorumlama noktasında sahip olduğu yetkiler bir ölçüde kısıtlanmaktadır. Bunun sebebi, bu kuralların esnekleştirilmemesi gerektiğine yönelik inançtır...”* (ULUKAPI, Ömer, *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Baskı, Konya 2014, s. 14). İstisnai hükümler açısından kıyasın uygulanma alanına ilişkin olarak ayrıca bkz. SÖZER, Ali Nazım, *Hukukta Yöntembilim*, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 185-186.

gerekir. *Fikrimizce* bu çalışmada ele alınan ihtimal gibi *hukuki denetimin sağlıklı yapılmasını engelleyecek, tabiri caizse ağır hukuki denetim hatalarının* bertaraf edilmesine yönelik düzenlemelere gidilebilir. Olması gereken hukuk açısından bu şekilde bir değerlendirme yapmak mümkün olmakla birlikte, hâlihazırdaki düzenlemeler çerçevesinde bu şekilde kesinleşen<sup>20</sup> bir hükmü, daha doğru bir ifadeyle Yargıtay'ın onama hükmünü bertaraf etmeye yönelik herhangi bir hukuki çarenin mevcut olmadığı görülmektedir.

### SONUÇ

Sonuç babında kısaca şunları söylemek mümkündür: Davaya bakmaktan yasaklı hâkim görevsizlik kararı veremez. Eğer böyle bir karar verirse, istinaf yolunda bu karar, *davaya bakmaktan yasaklı hâkim tarafından verilmiş olması sebebiyle* kaldırılarak dosya kararı veren mahkemeye gönderilir. Hâlihazırda uygulanan temyiz yolunda ise, bu karar, *yasaklı hâkim tarafından görevsizlik kararı verilemeyeceği* gerekçesiyle bozularak, dosya kararı veren ilk derece hukuk mahkemesine gönderilir. Böylelikle davaya bakmaktan yasaklı hâkimin, *görevsizlik kararını kaldırarak çekinme kararı vermesi* temin edilir ki, bu şekilde çekinme kararının üst mahkemece denetimi sağlanmış olur.

Bir davanın yargılama aşamalarında olduğu gibi hukuki denetimine yönelik aşamalarda da hâkimlerin yasaklılığı ve reddine ilişkin hükümlerin cari olması gerektiği ve hâlihazırdaki düzenlemelerin de bu yönde olduğunu belirtmek gerekir. Buna mukabil, ağır bir yargılama hatası olarak kabul edilen davaya bakmaktan yasaklı hâkimin davayı inceleyip karar vermiş olması ihtimaline yargılamanın iadesi yolu açık bırakılırken, bu ağır hatanın mahkemenin vermiş olduğu hükmün hukuki denetimi esnasında Yargıtay üyeleri nezdinde gerçekleşmiş olması ihtimaline yönelik paralel bir hukuki çareye Kanun'da yer verilmemiştir. Yargılamanın iadesine ilişkin bir prosedürün kıyas yoluyla böyle ihtimallere teşmil edilmesi mümkün olmadığına göre, hâkimlerin tarafsızlığının, mahkemenin vermiş olduğu hükmün hukuki denetimi

---

<sup>20</sup> Yargıtay'ın vermiş olduğu onama kararına karşı karar düzeltme yolunun açık olması ihtimalinde, *Yargıtay kararının usul ve kanuna aykırı bulunması* (m. 440/1(b.4)) sebebine dayanılarak kararın düzeltilmesi istenebilecektir.

aşamasında da *etkin* bir şekilde temini için, *hükmün davaya bakmaktan yasaklı Yargıtay üyesinin oyuyla kesinleşmiş olma ihtimalinin* getireceği sakıncaları bertaraf etmeye yönelik düzenlemelere gidilmesi gerektiği açıktır. Hâlihazırdaki düzenlemeler çerçevesinde böyle bir durumda menfaati zedelenen taraf Yargıtay üyesinin hukuki sorumluluğuna gidebilecektir.

### KAYNAKLAR

AKCAN, Recep/KAYA, Cemil, "Medeni ve İdari Yargıda Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi", *İÜHFM*, 68 (1-2), 2010, 171-196.

AKKAYA, Tolga, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Ankara 2009.

ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara 1960.

BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergün, *Medenî Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1978.

ÇON, Ömer, *Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi*, Ankara 2013.

DEMİRCİOĞLU, Yaşar, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*, Ankara 2007.

İNCEOĞLU, Sibel, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, İstanbul 2008.

KANAR, Mehmet, *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, İstanbul 2011.

KARAFAKİH, İsmail Hakkı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara 1953.

KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2012.

KIRMAZ, Birol, *Avrupa Birliği Sürecinde Hâkimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı*, Ankara 2009.

KIYAK, Emre, "6545 Sayılı Kanunun Hukuk Yargılamasına Getirdikleri ve Asliye Ticaret Mahkemelerinin Yeni Yüzü", *AD*, Sayı: 50, Eylül 2014, 144-166. (Makale)

KIYAK, Emre, *Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları*, Ankara 2014. (Kitap)

KURU, Baki, "Usuli Müktesep Hak", *Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara 1974, 395-409. (Makale)

KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt 1)*, 6. Baskı, İstanbul 2001. (Usul: Cilt 1)

KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt 5)*, 6. Baskı, İstanbul 2001. (Usul: Cilt 5)

MUŞUL, Timuçin, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2012.

NAMLI, Mert, *Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi*, İstanbul 2014.

SANCAK, Yusuf/KIYAK, Emre, "Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü-İ Kazâ", *SÜHFD*, 22 (2), 2014, 45-105.

SÖZER, Ali Nazım, *Hukukta Yöntembilim*, 2. Baskı, İstanbul 2011.

TANRIVER, Süha, "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *TBB*, Sayı: 53, 2004, 191-215.

ULUKAPI, Ömer, *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Baskı, Konya 2014.

UMAR, Bilge, "Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme", *İÜHF*, 29 (1-2), 1963, 261-298. (Makale),

UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011. (Şerh)

ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2000.



**ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER IŞIĞINDA AİLE VE  
ÇALIŞMA YAŞAMININ UZLAŞTIRILMASI KAPSAMINDA  
EBEVEYN İZİNİN UYGULAMADAKİ YERİ**

**Yrd. Doç. Dr. Namık HÜSEYİNLİ\***

**THE ROLE OF PARENTAL LEAVE IN RECONCILIATION  
OF WORK AND FAMILY LIFE BALANCE IN THE LIGHT OF  
INTERNATIONAL AGREEMENTS**

**ÖZET**

*Çalışma hayatında kadın istihdamının düşük oranlarda seyri ister gelişmiş isterse de gelişmekte olan ülkelerde sosyal sorunların başında gelmektedir. İstihdama katılımın düşüklüğü sorununun temelinde kadınların aile yükümlülükleri yatmaktadır. Özellikle çocuk bakımı en çok kadınlar için sorun teşkil etmekte, çalışma hayatına katılımı ve kadınların istihdamının devamlılığını engellemektedir. Nitekim toplumsal yaşamda aile ve çalışma yaşamlarının uzlaştırılması sağlanarak çalışma hayatı içinde daha fazla yer alması bu sorunların çözümü ile mümkün olacaktır. Bu nedenle bakım hizmetlerinde cinsiyet rollerinin değişimi istihdam artışının yanı sıra kadının toplumsal statüsünü de geliştirecektir. Ebeveyn izni çözüm aracı gibi aile sorumluluklarında geleneksel rol dağılımında dengeleyici çözümlerden biri gibi toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin kaldırılması ve kadınların istihdamı üzerinde etkili olacaktır.*

---

\* Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi, İnsan Kaynakları Bölümü.

**ANAHTAR KELİMELEER:** Ebeveyn İzni, Cinsiyet Eşitsizliği, Kadın İstihdamı, Çocuk Bakımı, Kadın İşgücü.

**ABSTRACT**

*Low rates of women's employment in work life are one of the main social problems for both developed and developing countries. Main reason behind the low inclusion in employment is the family obligations of women. Childcare in particular constitutes a problem for women, which prevents their involvement in work life and the permanence of their employment. Reconciliation of work and family life in the society and resolution of these problems will enable more involvement of women in work life. Changing gender roles in childcare services will increase both women's employment and status of women in the society. With this respect, solution tools like parental leave and balancing the roles of the family responsibilities will decrease gender inequality in the society and increase the employment of women.*

**KEYWORDS:** Parental Leave, Gender Equality, Women's Employment, Childcare, Women Labor Force.

**GİRİŞ**

Çalışma hayatına kadın işgücünün daha fazla katılımının sağlanması için hem uluslararası belgelerde hem de ülke mevzuatlarda çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Özellikle son yıllarda Avrupa Birliği (AB) sosyal politikası kapsamında demografik sorunlardan kaynaklı olarak ortaya çıkan olumsuzlukların giderilmesi için politikalar izlenmektedir. Çeşitli düzenlemelerle kadın erkek cinsiyetleri arasındaki eşitsizliklerin giderilmesi, çalışma hayatında fırsat eşitliğinin sağlanması ve ayrımcılığın engellenmesi için çaba sarf edilmektedir. Bu doğrultuda çalışma mevzuatlarında kadın istihdamının arttırılmasının sağlanması amacıyla esnek uygulamalar çerçevesinde kadına tanınan ebeveyn izni gibi yasal düzenlemelerle kadının işgücü piyasasında pozisyonunun güçlendirilmesi ve aile ile iş hayatının bir arada yürütülmesi hedeflenmektedir. Çocuk sahibi kadın çalışanların istihdamının bu uygulamalar aracılığıyla devamlı olacağı ve istihdam oranında artış sağlanacağı düşünülmektedir.

Kadınlar açısından doğum öncesi ve doğum sonrası dönemleri yasal düzenlemelerle belirli haklar tanınarak en hassas bir süreçte koruma

sağlanması gereken bir dönemdir. Alınacak önlem ve tedbirler kadının sağlığı için önemli olduğu kadar, çocuğun korunması, bakımının yapılması ve bunun yanı sıra istihdamının devamlılığını sağlayıcı nitelikte olması gerekmektedir. Nitekim kadının cinsiyeti, doğurganlığı ve ebeveynlik sorumluluğu ayrımcılığa sebebiyet vermemesi gerektiği kadar, kadını da toplumsal yaşamdan tecrit etmemesi gerekir. Araştırmalarda, sorunun çözümü açısından eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerinin uygulanması, istihdamda fırsat eşitliği politikaları ve aile ile çalışma yaşamının uzlaştırılması temelinde bu yönde de ailevi sorumluluklar ve çocuk bakımın yükünün ebeveyn izni gibi düzenlemelerle paylaşılarak kadınların çalışma hayatına kazandırılması önerilmektedir<sup>1</sup>.

Özellikle eşitsizliğin kaldırılması ve aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılmasına ilişkin önlemler kapsamında ele alınan ebeveyn izni AB Temel Haklar Şartının 33. maddesinde, bir sosyal hak olarak düzenlenmiştir. Zaman içinde Avrupa düzeyinde sosyal diyalog yoluyla oluşturulan ilk sözleşme niteliği taşıyan 96/34 Sayılı Yönergeyle düzenlenen Ebeveyn İzni Sözleşmesi bu konuda çerçeve itibarıyla en kapsamlı düzenlemedir. Sözleşmenin hükümleri çerçevesinde çocuk bakımı sorumluluğunun kadınlar üzerindeki baskısının kaldırılması ve kadın erkek arasında cinsiyetçi rollerin dönüşümü için ebeveyn izninin düzenlenmesi ve geniş bir şekilde uygulanmasının teşviki söz konusudur.

Bu doğrultuda çalışma hayatında kadın etkinliğinin artırılarak aile fertlerinin eşitlik temeli üzerinde işgücüne katılımı yönünde kabul edilen uluslararası belgeler, Avrupa Adalet Divanı kararları ve daha sonra ebeveyn izni konusunda ülke uygulamaları kapsamında ülkemizde ebeveyn izni konusunda izlenen süreç incelenmiştir.

<sup>1</sup> ERALTUĞ, Ayşegül, Avrupa Birliği Hukuku'nda Ebeveyn İzni, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:9, Cilt: 3, İstanbul, 2006, ss. 112-132.; İŞİĞİÇOK, Özlem, "İstihdam ve Eşitlik Politikaları Kapsamında Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Ebeveyn İzni", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt: 55, Sayı: 1, ss. 777-789.; EKİN Ali/KAYIRGAN, Hasan, "Uluslararası Alanda Ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni", DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, ss. 1045-1066; KAYA, Gözde, *Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı*, Avrupa Birliği Bakanlığı, Ankara, 2012, s. 226-242.

## **1. Aile ve Çalışma Yaşamı Bileşiminde Kadın İşgücünün Sorunları**

Toplumda yaşanan demografik değişimler ekonomik ve sosyal alanda olumsuz sonuçlara neden olmaktadır. Doğurganlık oranı, ortalama ömür süresinin uzaması nüfus yaşlılığı gibi değişimlerin ekonomik büyüme, istihdam, işgücü üretkenliği, özel tasarruflar, vergi yükü ve yaşam standartları üzerindeki olumsuz etkileri tartışılmaktadır. Neticede işgücü kapasitesinin ve üretkenliğinin azalması, ekonomide genel tasarruf miktarının azalması ve sosyal güvenlik harcamalarının artışı gibi muhtemel sorunlar<sup>2</sup>, ister Avrupa ülkelerinde isterse de diğer ülkelerde sosyal ve ekonomik geleceğin sağlıklı ilerleyişi açısından irdelenmektedir.

Yapılan araştırmalarla çalışma ilişkisinin tarafı olan kadınların işgücüne katılımı erkeklere göre düşük oranlarda kaldığı istatistik verilerle sabittir. Nitekim toplumsal yaşam içinde kadınlar için özel bir sınır çizildiği ve özel alanda kendisi için belirlenen belirli sorumluluklar kapsamında kaldıkları görülmektedir<sup>3</sup>. Özel alan sınırları içinde onlar için tanımlanan “asıl görev” çerçevesinde ev ve çocuk bakımı yükü kadın istihdamını etkilemektedir. Yine geleneksel aile yapısından kaynaklı rol ayrımı kadını eve mahkûm etmekte olup, beceri ve kabiliyetlerini kullanmasını engellemektedir<sup>4</sup>.

Son on yıllar çalışma hayatına kadın işgücü oranlarının yükselişi, kadın haklarının korunması ve artışın devamlılığı açısından çeşitli düzenlemeleri gerekli kılmıştır. İşgücü piyasasına artan oranda katılımlar farklı sorunları da ortaya çıkarmıştır<sup>5</sup>. Keza çalışma hayatının en önemli sorunu gibi kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olabilmeleri amacıyla

<sup>2</sup> **GÖKÇE**, Burcu/**AKIN**, Yılmaz, “Avrupa Birliği’nin Yaşlanma Sorununa Bir Çözüm Olarak Türkiye’nin Üyeliği”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi Cilt: 8, No:1, Ankara, 2009, s. 30.

<sup>3</sup> **ALKAN**, Ayten, *Yerel Yönetimler ve Cinsiyet*, Dipnot Yayınları, Ankara, 2005, s. 12-13.

<sup>4</sup> **SÜRAL**, Nurhan, “Türkiye’de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller Ve Hukuki Çerçeve”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, İzmir, 2013, s. 297.

<sup>5</sup> **BOLCAN**, Aybike Elif, “Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın”, Çalışma ve Toplum, Cilt: 1, Sayı: 24, İstanbul, 2010, s. 272

uluslararası düzeyde koruyucu haklar sağlayan sözleşmeler düzenlenmiştir. Bu doğrultuda kadın erkek eşitsizliğinin engellenmesi kadının çalışma hayatına aktif katılımını, ekonomik bağımsızlığını, toplumun erkeklerle aynı haklara sahip bireyi konumunu sağlayacaktır<sup>6</sup>.

Ailevi sorumluluklar kadının çalışma yaşamında fırsat eşitliğine sahip olmasını engellemektedir. Bu sorunlar yalnızca kadını değil, aynı zamanda erkekleri de etkilediği çeşitli AB düzenlemelerinde dile getirilse de<sup>7</sup>, genellikle ağırlığın kadınlar üzerinde olduğu bilinmektedir. Bu itibarla uluslararası belgelerle de kadın ve erkek çalışanlar arasında sorumlulukların eşit olarak paylaşılması ile ev içerisinde erkeklerle eşit iş dağılımı değil, kadınların işgücü piyasasına katılımı hedeflenmektedir. Ailevi sorumluluklar ve özellikle bu çerçevede çocuk bakımı yükümlülüğü paylaşımı aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması yolunda bu hedefe ulaşmak için uygulanan bir araçtır<sup>8</sup>.

Kadınların aile ve bakım sorumlulukları esnek biçimli, çalışma koşulları ve saatleri daha uygun işlerde çalışmaya sevk etmektedir. İşgücü piyasasının düzensiz ve güvencesiz işleri olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Bu ise çalışma gücünün yitirildiği yaşlılık döneminde de güvencesizliği beraberinde getirmekte ve sosyal korumanın vergiler ile finanse edildiği evrensel sosyal güvenlik modelinin kadınlara sağlayacağı güvencenin önüne geçmektedir<sup>9</sup>. Bakım hizmetlerinin paylaşılması ve çeşitli bakım hizmeti uygulamalarının geliştirilmesi bu güvencesizliği belirli ölçüde engelleyebilecektir. Keza ebeveyn izninin ortaya çıkışı işgücü piyasalarında esnek emek talebindeki artışla birlikte yaygınlaşmıştır.

Dünyanın pek çok ülkesinde ailevi yükümlülükler ve bu kapsamda çocuk bakımı ve ailenin diğer üyelerinin bakımı işleri genellikle kadınların üzerindedir. Kadının çalışma hayatına katılımının sağlanması için bu yükümlülüklerin paylaşılması, devletin belirli sağlık ve sosyal hizmetler içeren politikalar izleyerek destek ve programlarla

<sup>6</sup> **UZNER** Hülya, (Derleyen), *Kadın İşçinin El Kitabı*, Türk Metal Sendikası, Ankara, 2011, s. 13.

<sup>7</sup> **SÜRAL**, s. 297.

<sup>8</sup> **KAYA**, age. s. 229.

<sup>9</sup> **GÖKBAYRAK**, Şenay, “İşgücü Piyasaları ve Sosyal Güvenlikte Dönüşüm Ekseninde Kadınların Emeklilik Güvencesi”, *Çalışma ve Toplum*, Cilt: 2, Sayı: 29, 2011, (ss. 165-190), s. 169.

ailede ve toplumda birden çok rolü olan kadınların giderek artan orantısız yükünü azaltması uygun olacaktır<sup>10</sup>. Ekonomik özgürlüğü bulunan kadın toplumun güçlü bir bireyi olarak toplumsal hayata daha çok katkı sağlayacaktır. Bu nedenle kadın istihdamı engelinin temelinde yatan sorunların tespit edilerek bu yönde uluslararası belgeler ışığında yasal düzenlemeler yapılması, düzenleyici politikalar izlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

Kadın işgücü üzerinde etkili olan geleneksel aile yapısından kaynaklı olan bazı engellerin son yıllarda hafiflemiş olduğu söylenebilir. Özellikle gelişmiş ülkelerde hem erkeğin, hem de kadının gelir sağlayarak aile bütçesine yapmış olduğu katkı istihdam yasalarını esnetmiş, ancak ailevi sorumlulukların oluşturmuş olduğu baskıları ortadan kaldıramamıştır. Bu doğrultuda aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması yönünde alınacak tedbir ve düzenlemeler sorunun çözümü olabilir. Konu hem kadın hem de erkek çalışanı ilgilendirse de özellikle sorunun muhatabı, çözümünün etkilediği taraf olarak esasen kadınlardır. AB’nde de izlenen sosyal politikalarla aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması sağlanarak yaşlı nüfusun artışı ve çalışan nüfusun azalması gibi demografik sorunlar kadınlar ve yaşlıların işgücü piyasasına katılımı ile çözümü hedeflenmektedir<sup>11</sup>.

## **2. Aile ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılmasında Ebeveyn İzninin Rolü**

Belirtildiği gibi, kadınların istihdamı önünde başlıca engellerden biri olarak çocuk bakımı sorumluluğu görülmektedir. Nitekim sosyal politika alanında sağlanan hizmetler ve düzenlemeler kadınların üzerinden bu yükü kaldırmakta yetersiz kalmaktadır. Örneğin, çocuk bakımını karşılanabilir bir bedelle nitelikli kurumlar tarafından sağlanması sorunun çözümü açısından önemli bir adım olabilir. Aksi durumda bakım yükümlüğünü kendisi üstlenen kadınlar mecburen ya işgücü piyasasını terk etmeyi ya da kısmi süreli işlerde çalışmayı seçmek zorunda kalacaktır<sup>12</sup>. Günümüz toplumsal hayatında geleneksel aile

---

<sup>10</sup> **GÜNGÖR**, Ayşegül, *Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri*, Ankara Barosu, Ankara, 2012, ss. 289-313.

<sup>11</sup> **Mc GLYNN**, 2006, s. 94-95’den aktaran: **KAYA**, s. 229.

<sup>12</sup> **ERDUT**, Zeki, “Avrupa Birliği’nde Çalışan Kadınların Hakları”, Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan, TÜHİS Yayın No: 38, Ankara, 2000, s. 357.

yapısından farklı olarak eşlerin çalışmasına olumlu bakılması, erkek işçinin aile reisi olarak ailenin geçimini sağladığı geleneksel yapının ortaya çıkardığı farklı riskler de dikkate alındığında, çözüme muhtaç sosyal sorunlar açısından bakım hizmetleri ve ebeveyn izni uygulamalarının getirilmesi öncelikli talepler olmaktadır<sup>13</sup>.

Uygulamada çocuk bakımına yönelik yasal düzenlemeler ülkelere göre farklılık göstermektedir. Bu uygulamalardan biri gibi ebeveyn izni çocuk bakımı ile ilgili diğer izinlere göre farklı bir izin türü olup<sup>14</sup>, bakım sorumluluk paylaşımında en fazla rolü olan bir düzenlemedir. Bakım hizmetlerinde çok ülkede kadınların, ailenin diğer üyelerinin bakımını üstlenmek açısından önemli bir rol üstlendikleri görülmektedir<sup>15</sup>. Sağlanacak bakım hizmetleri devletin sunum şekline ve aracına bağlı olarak farklılık arz edebilecektir. Bunlardan birincisi bakım hizmetlerinin profesyonel olarak sağlanması, ikincisi parasal desteğin sağlanması ve üçüncüsü ise zamana bağlı olarak sunulan bakım hizmetleri kapsamında ebeveyn izni şeklinde<sup>16</sup> iş güvencesi ve belirli oranda ücret garantisi sağlanarak sorumlulukların paylaşımı yönünde ebeveynlerden birinin izin alarak bakımı üstlenmesi olacaktır. Çocuk sahibi kadınların çalışma hayatından uzaklaşmamaları için babalar da sorumluluk alacak ve belirli bir süre ebeveyn izni kullanarak çocuk bakımını üstlenecektir.

Toplumsal cinsiyet ayrımcılığı sorunları kapsamında çözüm yolları açısından çocuk bakımının kadının temel yükümlülüklerinden bir olarak görülmesi algısının toplumsal politikalar ve hizmet paylaşımları ile değiştirilmesi gerekmektedir. Çocuk bakımı hizmetlerinin oluşturularak sorumluluğun babalara doğru genişlemesi toplumsal cinsiyet algılamalarında dönüşüme sebep olacaktır. Bu yönde amaç ve

<sup>13</sup> **ERDUT**, Tijen “İşgücü Piyasasında Enformelleşme ve Kadın İşgücü”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 6, (ss. 11–49), İstanbul, 2005, s. 41.

<sup>14</sup> **SAYIN**, Aysun, *Avrupa Birliğinde Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği*, KEİG, İstanbul, 2008, s. 18-19.

<sup>15</sup> **GÜNGÖR**, s. 50.

<sup>16</sup> **KALFA**, Aslıcan, “Refah Rejimi Bağlamında Çocuk Bakımı Hizmetleri”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 26, İstanbul, 2010, s. 202; **GÖKBAYRAK**, Şenay, “Refah Devletinin Dönüşümü ve Bakım Hizmetlerinin Görünmez Emekçileri Göçmen Kadınlar”, *Çalışma ve Toplum*, Cilt: 2, Sayı: 21, İstanbul, 2009, s. 59-60.

hedefler açısından en etkili araçlardan biri gibi ebeveyn izni son yıllarda en çok tartışılan ve talep edilen bir konudur.

Ebeveyn izni çocuk bakım hizmetinin son ayağı olarak eşitsiz cinsiyet rollerini değişimi ve aile ve çalışma yaşamını uyumlaştırma aracı gibi kadınların ailevi sorumluluklardan sıyrılarak çalışma hayatına daha aktif katılımını sağlayacaktır. Diğer yönüyle ise erkekler ebeveyn ve diğer bakım izinleri yoluyla bakım sorumluluklarında daha fazla görev alarak<sup>17</sup> kadınların toplumsal hayata daha fazla katılımında rol oynayacaklar. Neticede bakım sorumluluğu sadece kadınların değil, toplumun diğer bireylerinin de üstleneceği bir etkinlik haline getirilecektir. Toplumsal hayata daha aktif bir katılım, kadının toplumdaki statüsünü değiştirecektir<sup>18</sup>.

### **3. Uluslararası Mevzuatta Aile ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması Açısından Düzenlemeler**

Günümüzde sosyal politika alanında önemli bir gelişme katıldığı ve çeşitli sözleşmeler, direktifler ve diğer belgelerle koruma sağlandığı söylenebilir. Çalışma hayatının vazgeçilmez bir bireyi olarak kadınlara ilişkin uluslararası belgelerde yer alan düzenlemeler sözleşmeyi imzalayan ülkeler açısından bağlayıcı niteliği ile ülke mevzuatlarında belirli eksikliklerin giderilmesine ve sözleşmeye uygun uyumlaştırma yapılmasına neden olmaktadır. Çeşitli düzenlemelerle çalışma hayatında kadın çalışanların haklarının geliştirilmesi ve eşitlik çerçevesinde erkeklerle aynı haklara sahip olabilmesi ve kadın istihdamı önündeki engellerin kaldırılması için çaba sarf edilmektedir. Özellikle AB'nin eşitsiz cinsiyet rollerini dönüştürme ve aile ve iş yaşamını uyumlaştırma politikaları dikkat çekmektedir. Aile içinde kadınların ve erkeklerin paylaştıkları işler, kadın ve erkek arasındaki ev yaşamındaki cinsiyete dayalı iş bölümü iş yaşamına da aynı şekilde yansıtılması için piyasa merkezli politikalar desteklenmektedir<sup>19</sup>.

#### **3.1. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri**

Birleşmiş Milletler (BM) sözleşmelerinde ekonomik ve toplumsal haklar bakımından kadınlara yönelik çeşitli koruyucu haklar

---

<sup>17</sup> **DEDEOĞLU**, Saniye, "Toplumsal Cinsiyet Rollerini Açısından Türkiye'de Aile Ve Kadın Emeği", *Toplum Ve Bilim*, Güz 2000, (ss. 139-171), s. 52.

<sup>18</sup> **KALFA**, s. 194.

<sup>19</sup> **DEDEOĞLU**, ss. 52-150-151.



düzenlenmiştir. Ayrımcılığın engellenmesi, eşitlik ilkesinin korunması, çalışma ve aile yaşamının uyumlaştırılması bazında koruyucu hükümler içeren belgeler uluslararası niteliğiyle ülkelere yön verecektir. Özellikle gebelik ve analık nedeniyle belirlenen haklar çalışma hayatında kadın istihdamının devamlılığını sağlayıcı düzenlemelerdir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)<sup>20</sup> kadınlara, "bütün insanların ayrılmaz bir hakkı olan çalışma hakkı"nın, erkeklerle eşitlik temeli üzerinde sağlanması (md. 11/1/a) ve eşit çalışma fırsat hakkının sağlanması için bütün uygun önlemler alınması (md. 11/1-b) eşitlik ilkesi kapsamında önemli düzenlemelerdir. Sözleşmede gebelik ya da analık izni gerekçeleriyle işten çıkarma veya bu nedenle göre ayırım gözetme yasaklanmıştır. Önceki işini, kıdemini ve toplumsal haklarını yitirmeksizin ücretli ya da benzeri toplumsal yardımlarla doğum izni verilmesi, toplumsal yaşama katılabilmesi için özellikle çocuk bakım kolaylıklarının sağlanması ve geliştirilmesi yönünde aile yükümlülüklerini destekleyici toplumsal hizmetler verilmesi öngörülmüştür (md.11/2). Sözleşme kadının üremedeki rolünün ayrımcılık için bir temel oluşturamayacağı, çocukların yetiştirilmesi konusunda erkeklerle kadınlar arasında ve bir bütün olarak toplumca sorumluluk paylaşmayı gerektirdiği ve dolayısıyla, toplumda ve ailede, kadınların rolü gibi, erkeklerin geleneksel rolünde de bir değişiklik yapılması gerektiğini düzenlemiştir<sup>21</sup>.

Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde<sup>22</sup> "Adil ve uygun işte çalışma şartları" başlığı ile herkese çalışma ve dinlenme hakkı kapsamında koruyucu haklara yer verilmiştir (md. 7/d). Sözleşme kapsamında toplumun doğal ve temel bir birimi olan aileye, özellikle kuruluşu sırasında ve bakmakla yükümlü oldukları çocukların bakım ve

<sup>20</sup> Sözleşme metni: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), [http://www.unicef.org/turkey/cedaw/\\_gi18.html](http://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html), Erişim Tarihi: 17.05.2015.

<sup>21</sup> **ALPKAYA**, Gökçen, "Uluslararası Hukukta Kadının Durumuna İlişkin Bazı Veriler", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Gündüz ÖKÇÜN'e Armağan), Cilt: 47, Sayı: 1-2, (ss. 11-44), Ankara, 1992, s. 36-37.

<sup>22</sup> Sözleşme metni: Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin134.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf), Erişim Tarihi: 25.05.2015.

eğitim sorumluluğu döneminde koruma ve yardım sağlanması düzenlenmiş ve ayrıca uluslararası uygulamanın uygunluğunun denetimi öngörülmüştür<sup>23</sup>.

Dünya Kadın Konferansı Kararları<sup>24</sup> ile toplumun temel birimi olan ailede kadınların çok önemli bir yeri olduğu, bu birimin güçlendirilmesi gerektiği, vurgulanmıştır. 15 Eylül 1995 tarihli Dördüncü Dünya Kadın Konferansının da kabul edilen “Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu” kararları doğrultusunda bu yönde stratejik hedef ve eylemler belirlenmiştir<sup>25</sup>. Toplumda erkeklerin çok gerisinde kalan kadınların bireysel, ailesel ve bir bütün olarak toplumsal düzeyde aralarındaki eşitliğin sağlanması için cinsiyet rollerinde dönüşüm hedefleri öngörülmüştür. Bu çerçevede çalışma ve aile sorumluluklarının uyumlu olmasını yaygınlaştırma amacıyla, hükümetler tarafından kadın ve erkeklerin çalışma güvenliğine sahip ebeveynlik izni ve yardımlarını artırmak, kadın ve erkeklerin aile sorumluluklarını eşit paylaşmalarını sağlama ve diğer yükümlülükler öngörülmüştür (md. 179/c). Yine evdeki işlerde, özellikle yaşlıların ve çocukların bakımıyla ilgili işlerde aile sorumluluklarının paylaşılması kavramını yerleştirmek için, cinsiyete dayalı işbölümünü değiştirmeye yönelik eğitim politikaları geliştirmek (md. 179/d) cinsiyet rolleri üzerinde kalıpları değiştirecektir. Aynı çerçevede kadınların eşit ve tam düzeyde karar alma sürecine katılımı için alınacak önlemler, ebeveynliğe ilişkin sorumlulukların paylaşılması ve kadının toplumsal yaşama katılımını artırma için aile yaşamıyla çalışma yaşamını uzlaştıracak önlemler (md. 190/i) ile kadının toplum içinde rolü güçlendirilmek istenmiştir<sup>26</sup>.

### **3.2. Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri**

Uluslararası Çalışma Örgütü’ne (ILO) göre ebeveynlik izni, annelik izninin bitiminden sonra, çalışan anne ve babalara yeni doğan çocuklarına bir süre bakabilmeleri için istihdam, sosyal güvenlik ve

---

<sup>23</sup> TULUKÇU, N. Binnur, *Dinlenme Hakkı*, Ankara, 2012, s. 72.

<sup>24</sup> GÜNGÖR, s. 37.

<sup>25</sup> TAŞKIN, Lale, “Uluslararası Sözleşmeler Işığında Kadının Durumu”, C.Ü. Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi, Sivas, 2004, 8 (2), s. 17; YAKTIL, Gürsel, *Toplumsal Yaşamda Kadın, Toplumsal Yaşamda Kadın*, 7. Baskı, A.Ü.A.Ö.F Yayınları, Eskişehir, 2013, s. 197-199.

<sup>26</sup> Pekin Deklarasyon metni için bkz: GÜNGÖR, s. 135.

tazminat açısından kendilerini bir derece güvencede hissederek verilen izin olarak tanımlanmaktadır.<sup>27</sup>

Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin 111 Sayılı ILO Sözleşmesi “*ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşeye bakılmadan yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabii olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı*” ayrımcılık olarak nitelendirmiştir. Ayrımcılık kavramı çerçevesinde üye ülkelerden çalışma ve meslek bakımından herhangi bir ayrımcılığa son verilmesi ve çalışma ve meslek bakımından fırsat ve davranış eşitliği sağlanması yönünde ulusal politika saptanması talep edilmektedir (md. 2).

Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında 156 sayılı ILO Sözleşmesi<sup>28</sup> ile aile sorumlulukları ve kendilerine bağımlı çocukları ve bakıma muhtaç diğer aile bireyleri sebebiyle ekonomik hayata katılımı ve ekonomik gelişme imkânları sınırlanan veya engellenen çalışanları ilgilendiren bir belgedir. Sözleşmede “her üye devletin kadınlar ve erkekler arasında gerçek bir davranış ve fırsat eşitliği sağlanması bakımından aile sorumlulukları olan çalışanların ayrımcı uygulamalara maruz kalmaksızın çalışma hayatına katılımını sağlamak, bu kişilere karşı ayrımcı uygulamaları kaldırmak ve aile sorumlulukları ile çalışma hayatını bağdaştırabilmeleri amacıyla ulusal politikalar izlemeleri” yer almaktadır. İş ortamında yeterli sayıda çocuk bakım ünitelerinin yer alması, aile sorumluluklarına ilişkin sosyal destek hizmetlerinin sağlanması, doğum sonrasında babaya da çocuğun bakımı için izin verilmesi, aile sorumlulukları sebebiyle işten ayrılanlara tekrar işe dönebilme imkânının getirilmesi gibi hükümler kadını ve aileyi koruyucu ve istihdam güvencesi getirici hükümlerdir (md. 3).

<sup>27</sup> EKİN – KAYIRGAN, s. 1055-1056.

<sup>28</sup> “Kadın Hakları: Uluslararası Hukuk Ve Uygulama”, “Aile Sorumlulukları Bulunan İşçiler Hakkında Sözleşme”, (Editör: Burcu YEŞİLADALI), İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, s. 481-486. [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C183](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C183), Erişim Tarihi: 15.05.2015; ŞEN, Murat, *Türkiye Cumhuriyeti'nin Onayladığı İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler*, Ankara, 2003, s. 275.

İşverenin Girişimiyle Çalışmanın Sona Erdirilmesine İlişkin 158 Sayılı ILO Sözleşmesi medeni hal, aile sorumlulukları, cinsiyet, hamilelik ile doğum izni sırasında işe gelmemenin, işten çıkarmak için geçerli bir gerekçe olamayacağını düzenlemiştir (md. 5/d,e). Sözleşme tüm çalışanlara yönelik genel bir düzenleme içinde belirtilen hallerde kadınlara da koruma sağlayan önemli bir uluslararası sözleşme niteliği taşımaktadır.

Analığın Korunmasına İlişkin 183 Sayılı ILO Sözleşme<sup>29</sup> tüm çalışan kadınlara uygulanarak anne sağlığı, ekonomik güvenlik ve toplumsal cinsiyet eşitliği ve çocuğu doğduğunda annelere dinlenme hakkını anneliğin korunmasının ana unsuru olarak düzenlemiştir. 103 Sayılı Anneliğin Korunması Sözleşmesi ile öngörülen 12 haftalık izin bu sözleşme ile en az 14 haftaya çıkarılmış ve izin sonrası annelere iş güvencesi sağlanmıştır<sup>30</sup>. Hamilelik veya doğum ile ilgili nedenlerden ötürü kadın işçinin işten çıkartılmasını kanun dışı sayan sözleşme, işten çıkarmanın hamilelik, doğum ve onun sonuçları veya bakım ile ilgili olmadığını kanıtlama yükümlülüğünü işverene yüklemiştir<sup>31</sup>.

Analığın Korunmasına İlişkin 191 sayılı Tavsiye Kararı ile 183 sayılı sözleşmede öngörülen 14 haftalık iznin 18 haftaya kadar çıkarılması ileri sürülmüştür<sup>32</sup>. Karar doğum izni kullanan kadına iş güvencesi sağlanmasını (md. 5) ve çocuğun çalışan anne ya da babasının, annelik izninin bitimini takip eden dönemde ebeveyn iznini kullanma hakkına sahip olması öngörülmektedir (md. 10/3). Ayrıca kararında ebeveyn izninin verileceği dönem, iznin uzunluğu ve ebeveyn yardımlarının ödenmesi, çalışan ebeveynler arasında ebeveyn izninin dağılımı ve kullanım biçimlerini ulusal yasa ve düzenlemelerle belirlenmesini öngörülmüştür (md. 10/4).

### **3.3. Avrupa Konseyi Belgeleri (Avrupa Sosyal Şartı)**

Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi (Avrupa Sosyal Şartı), insan hakları sözleşmesi niteliği taşıyan uluslararası belge gibi, 1961 ve 1996 tarihli metinlerinde insan haklarından olan sosyal hakların tanınmasını ve

---

<sup>29</sup> 1952 tarihli Analığın Korunmasına İlişkin 103 Sayılı Sözleşmeyi tadil edici nitelikte bir sözleşmedir.

<sup>30</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü, Geleceğin Korunması: Annelik, babalık ve çalışma, s. 2, <http://www.oit.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/areas/woman/brosurler/bro02.pdf>, Erişim Tarihi: 04.03.2015.

<sup>31</sup> “Kadın Hakları, s. 487-493.

<sup>32</sup> ILO, Geleceğin Korunması, s. 4,.

güvenceye bağlanmasını sağlamış olup<sup>33</sup>, Türkiye, 1989 yılında çekince koyarak onaylamıştır<sup>34</sup>. Sosyal Şartın kadın-erkek eşitliğine yönelik eşitlik ya da ayırım gözetmeme ilkesine yer vermemesi eleştirilmiş ve bu eksiklik 1988 tarihli Avrupa Sosyal Şartına Ek Protokolle<sup>35</sup> giderilmiştir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda<sup>36</sup> ebeveyn izin düzenlemesine yer verilerek çocuk sahibi olan kadınların ya da erkeklerin çalışma ve aile yaşamlarının uzlaştırılması hedeflenmiş<sup>37</sup>, cinsiyet temelinde ayırım gözetilmeden, ailevi sorumlulukları olan çalışanların fırsat eşitliği ve eşit işlem görme hakkı da düzenlenmiştir<sup>38</sup>. Alpkaya'ya göre: Birinci bölümde, "*toplumun temel birimi olarak ailenin tam gelişmesinin sağlanabilmesi için siyasal ve ekonomik korunmaya hakkı vardır*" (md. 16) ilkesi, uluslararası düzeyde, kadın-erkek eşitliğinin sınırlarını çizmenin yanı sıra kadının kendini özgürce gerçekleştirebileceği alan olarak aileyi gören bir anlayışı yansıtmaktadır<sup>39</sup>.

Sosyal Şartın ikinci bölümde, ailevi sorumlulukları olan çalışanların istihdam edilmesinin yanı sıra, kreş hizmetleri ve diğer çocuk bakımı ile ilgili düzenlemeler olmak üzere, kamusal ya da özel hizmetleri geliştirme ya da teşvik etme (27/1-c) yükümlülüğü getirilmiştir. Her bir ebeveyne, süresi ve koşulları ulusal mevzuat, toplu sözleşmeler ya da uygulama tarafından belirlenecek, doğum izni sonrasındaki bir dönemde, çocuğa bakmak için aile izni verilmesi olanağını sağlamak (md. 27/2) ebeveyn iznini öngören temel düzenlemelerdendir.

<sup>33</sup> **GÜLMEZ**, Mesut, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek Miyiz?" Çalışma ve Toplum, Cilt: 1, İstanbul, 2007, (ss. 27-52), s. 29

<sup>34</sup> **ÇELİK**, Aziz, "Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı ve Türkiye'nin Uyum Süreci-2", Sendikal Notlar, Sayı: 25, 2005, (ss. 1-19), s. 2.  
[http://www.kristalis.org.tr/aa\\_dokuman/AB%20Sosyal%20Politikasi%20.pdf](http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/AB%20Sosyal%20Politikasi%20.pdf), 15.06.2015.

<sup>35</sup> Türkiye 6 Ekim 2004'de çekince koyarak imzalamıştır.

<sup>36</sup> Sözleşme metni için bkz: **GÜNGÖR**, ss. 289-313.

<sup>37</sup> **KÖKKİLİNÇ**, s. 115-116; **KALFA**, s. 207.

<sup>38</sup> **SUR**, Melda, "Çalışma Hayatında Kadının Hukuki Durumu", Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, (Der. Zafer GÖREN), D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları No: 86, İzmir, 1998, s.173.

<sup>39</sup> **ALPKAYA**, s. 41-42

### **3.4. Avrupa Birliği Belgeleri**

AB düzeyinde kadınların istihdama etkili katılımının sağlanması, aile ve iş yaşamının uyumlaştırılması ve çocuk doğum oranlarının arttırılması üzerinden yapılan tartışmalar doğrultusunda toplumsal cinsiyet rollerinde yapılan dönüştürmeler<sup>40</sup> işgücü piyasasında sorunların hafifletilmesinde çözüm yollarından biri olarak görülmektedir.

Roma Antlaşması ile başlayan ekonomik bütünleşme ve daha sonra siyasi bütünleşmenin sağlanması ile sosyal politika alanında önemli gelişmeler kat edilmiştir<sup>41</sup>. 2010 yılına kadar kadın istihdam oranını %60'ın üzerine çıkarma amacıyla<sup>42</sup> kadınların geniş haklar öngören politikalar izlenmiştir. Sosyal politikalar olmaksızın bütünleşme sağlanamayacağı gerçeğinden hareketle 1987'de Avrupa Tek Senedi<sup>43</sup> ile gelişen süreçte ayrımcılığın yasaklanması, cinsiyetler arasında eşitliyi temin eden hükümlerle kadınların çalışma hayatında istihdama katılımının kolaylaştırılması yönünde birçok haklar geliştirilmiştir. Doğrudan çalışan kadınlarla ilişkili gözükmeyen 1992'de Maastricht Antlaşması ve eki Sosyal Politikaya İlişkin Protokol ve bu antlaşması çerçevesinde hazırlanan Maastricht Sosyal Politika Sözleşmesi<sup>44</sup> ile çalışan kadınlara koruyucu haklar, ebeveyn izni üzerinde uzlaşma sağlanması ve çalışan anne ya da babanın en az üç ay çocuk bakım izni tanınması düzenlemiştir<sup>45</sup>. Yine istihdam politikasının ortak bir Avrupa görevi olduğunu ilk defa ilan eden 1997 tarihli "Amsterdam Antlaşması ve Sosyal Politikaya İlişkin Anlaşma" 'da kadınlara fırsat eşitliği ve

---

<sup>40</sup> **SAYIN**, s. 19. 51.

<sup>41</sup> **DİNÇ**, s. 8.

<sup>42</sup> **KESİCİ**, Mehmet Rauf, "Avrupa Emek Piyasası Dinamikleri ve Avrupa İstihdam Stratejisi Temelinde Türkiye'nin Uyumu", Çalışma ve Toplum, Cilt: 11, Sayı: 28, İstanbul, 2011, s. 86.

<sup>43</sup> **ÇELİK**, Aziz, "Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı Ve Türkiye'nin Uyum Süreci-1", Sendikal Notlar, Sayı: 24, 2005, s. 1-22. [http://www.kristalis.org.tr/aa\\_dokuman/absosyalpolitikasi1.pdf](http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/absosyalpolitikasi1.pdf). 14.06.2015.; **DİNÇ**, s. 8

<sup>44</sup> Sosyal Politika Antlaşması ayrı bir antlaşma olarak yürürlükten kalkarak AT Antlaşmasına katılmış oldu.

<sup>45</sup> **KALFA**, s. 207.

muamelede eşitlik yükümlülüğü<sup>46</sup>, her iki cins arasında eşitsizliklerin ortadan kaldırılması, mesleki yaşamları ile aile yaşamları arasında en iyi dengeyi kurabilmelerine fırsat tanıyan koşullar yer almıştır. Nitekim Temmuz 1998'de Avusturya'da toplanan “Çalışma ve Sosyal İşler” ve “Fırsat Eşitliği” ortak gayri resmi Konseyi ekonomik bir gereklilik olarak gördüğü fırsat eşitliği çerçevesinde Avrupa sosyal modelini sürdürebilmenin kadınların işgücü piyasasına katılmasına bağlı bulunduğunu ilan edilmiştir. Bu kapsamda kadın ve erkekler arasında fırsat eşitliğini bütünleştirme, ayrımcılıkla mücadele etme, mesleki yaşamla aile yaşamını bağdaştırma hedeflenmiştir. Mesleki yaşamla aile yaşamını bağdaştırma çerçevesinde, erişilebilir ebeveyn izin sistemleri ve diğer izin tiplerinde olduğu gibi, çocuklar ve bakma yükümlülüğü olan diğer kişiler için daha nitelikli karşılama hizmetlerinin uygulamaya konulması dâhil, aile yararına politikaları hazırlanması öngörülmüştür.

1990'lı yıllarda ortaya çıkan emek piyasası sorunlarının doğurduğu sıkıntıları gidermek için belirlenen Avrupa İstihdam Stratejisi<sup>47</sup>, sosyal politikaların en önemli bir ayağın oluşturan çocuk bakım hizmetleri üzerinde de durmuştur. Bakım hizmetlerinin de yaygınlaştırılarak istihdam yaratma ve geleneksel aile yapısını dönüştürme, kadın ve gençlerin emek piyasasına girişinin kolaylaştırılması, istihdam politikalarında fırsat eşitliği uygulamaları, çalışma ve aile yaşamını bağdaştırmak gibi aktif iş piyasası önlemleri planlamıştır<sup>48</sup>. Nitekim İstihdam Stratejisinde işgücü piyasasında fırsat

<sup>46</sup> **KESİCİ**, Mehmet Rauf/**SELAMOĞLU**, Ahmet, “Genel Hatlarıyla Avrupa İstihdam Stratejisi ve Geçirdiği Dönüşüm”, “İş, Güç” Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, Haziran 2005, (ss.25-51), s. 32; **ESER YILMAZ**, Burçin/**TERZİ**, Harun, “Türkiye’de İşsizlik Sorunu Ve Avrupa İstihdam Stratejisi Türkiye’de İşsizlik Sorunu Ve Avrupa İstihdam Stratejisi”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 30, Ocak-Haziran, Kayseri, 2008, (ss.229-250) s. 238.

<sup>47</sup> **ÖZAYDIN**, Mehmet Merve, “Küreselleşme Sürecinde Türkiye’de İşsizlik Sorunu ve Düşündürdükleri”, İnternet Adresi: [www.harbis.org.tr/media%5Cagudosya.3.doc](http://www.harbis.org.tr/media%5Cagudosya.3.doc), Erişim Tarihi: 14.06.2015, s. 2; **ÖZGÜLER**, Verda Canbey, *Avrupa ve Türkiye İşgücü Piyasalarının Karşılaştırmalı Analizi*, İstanbul, 2013, s. 87-88.

<sup>48</sup> **KALFA**, s. 207; **KESİCİ**, s. 84; Avrupa Toplulukları Komisyonu Tebliği, “Komisyonun Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Konusunda Oluşturulacak

eşitliğini sağlamak, her türlü ayrımcılığı önlemek, çalışma ve aile yaşamını bağdaştırmak, cinsiyet eşitsizliği ile mücadele etmek, kariyer kesintilerine, ebeveyn izinlerine, kısmi süreli çalışmaya ve yüksek kalitede çocuk bakım hizmetlerine yönelik politikalar uygulayarak kadın istihdamının artırılmasını desteklemek stratejinin dört temel unsurunun birisi belirlenmiştir<sup>49</sup>.

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması hedefi ile Komisyon tarafından 1982 tarihinden günümüze kadar uzanan süreçte belirlenen eylem planlarının birincisinde kadın işçiler için eşit muamele ve ebeveyn izninin yaşama geçirilmesi, akabinde uygulanan diğer eylem planlarında kadın erkek eşitliğini ana plan ve politikalara yerleştirme ve kadınların toplumsal statüsünün iyileştirilmesi amaçlanmıştır. 2001-2005 yılları için belirlenen Beşinci Eylem Planı kapsamında ise, ekonomik yaşam, karar alma mekanizmalarına katılım ve temsil eşitliği, sosyal haklar, özel yaşam ve kadın ve erkek için belirlenmiş roller açısından temel hedefler belirlenmiştir<sup>50</sup>.

Bir diğer önemli belge gibi AB Temel Haklar Şartı, Avrupa Anayasası'nın ikinci bölümüne olduğu gibi aktarılmıştır<sup>51</sup>. Belgede sosyal hak çerçevesinde düzenlenen haklar içinde ebeveyn iznine de yer vermiştir. Şartın 20. maddesi kanun önünde eşitlik ilkesini, 21. maddesi vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağını, cinsiyet temelinde

---

Topluluk Çerçeve Stratejisine Yönelik Görüşleri 2001–2005”, 2000, s. 162, [http://statik.iskur.gov.tr/tr/dis\\_iliskiler/toplum\\_cerceve\\_stratejisi.htm](http://statik.iskur.gov.tr/tr/dis_iliskiler/toplum_cerceve_stratejisi.htm), Erişim Tarihi: 20.05.2015.

<sup>49</sup> **ERTÜRK**, Şükran, *Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifi Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın ve Erkek Eşitliği*, Ankara, 2008, s. 123-124; **ATAMAN**, Berrin Ceylan, “Avrupa Birliği Sosyal Politikasının Temel Prensipleri ve Avrupa İstihdam Stratejisi”, Avrupa Birliği İstihdam ve Sosyal Politikası, (Derleyen: Berrin Ceylan Ataman), Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2005, s. 17.

<sup>50</sup> **GÜNAL**, Pınar, “Avrupa Birliği'nin Güney Avrupa Sosyal Devlet Modeline Etkisi: İspanya Örneği”, T.C. Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü, Yardım ve Dayanışma Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ankara, 2010, (ss. 81-97), s. 82.

<sup>51</sup> **ODER**, Bertil Emrah, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, İstanbul, 2004, s. 319-321.



ayrımcılığın diğer ayrımcılık biçimleri ile 21. maddede sayılıp yasaklanmasının yanı sıra, 23. maddede kadın erkek eşitliği temelinde her alanda sağlanması düzenlenmiştir. Şartın 33. maddesinde ise ailevi, mesleki yaşamı bağdaştırabilmek üzere herkesin analıkla ilgili bir nedenle işten çıkarılmaya karşı korunma hakkına, ücretli doğum iznine ve doğum veya evlat edinme sonrası ebeveyn iznine sahip olduğu belirtilmiştir<sup>52</sup>.

### 3.4.1. Avrupa Birliği Yönergeleri

Çalışma hayatında eşitliğinin sağlanması kapsamında kadın-erkek eşitliğinin korunması ve ayrımcılığın engellenmesi, eşit işe eşit ücret verilmesi, işe girişlerde, mesleki eğitimde ve diğer alanlarda cinsiyetler arasında ayrımcılık yapılmaması kapsamında kabul edilen yönergeler önemli düzenlemelerdir. Bu çerçevede sosyal politika müktesebatı içinde yönergelerin genel dağılım itibarıyla ağırlıklı işçi sağlığı ve iş güvenliği, ikinci sırada çalışma koşullarına ilişkin olanlar ve üçüncü sırada ise serbest dolaşım ile kadın erkek eşitliği ve ayrımcılık yasağına ilişkindir<sup>53</sup>.

96/34/EC Sayılı Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesine İlişkin 03.06.1996 tarihli ve Yönerge<sup>54</sup>, konuya ilişkin olarak en kapsamlı ve sosyal tarafların<sup>55</sup> üstünlük kullanarak özel ve toplu mevzuat oluşturma yöntemiyle kabul ettikleri düzenlemedir. İş ve aile hayatını bağdaştırmak ve erkeklerle kadınlar arasında fırsat ve muamele eşitliğini geliştirmek amacıyla sosyal tarafların ebeveyn izni çerçeve antlaşmasını kabul etmeleri üzerine Avrupa Konseyi üye ülkelerde antlaşmanın yürürlüğünü sağlama amacıyla bu direktifi düzenlemiştir<sup>56</sup>. 8 Mart 2010 tarihli,

<sup>52</sup> Belge metni için bkz; **REÇBER**, Kamuran, *Avrupa Birliği Hukuku*, Bursa, 2013, ss. 710-713.

<sup>53</sup> **ÇELİK**, Türkiye'nin Uyum Süreci-1, s. 19-20; European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2006: 5'den **KALFA**, s. 207.

<sup>54</sup> 1997 yılında 1997/75 sayılı direktifle İngiltere ve Kuzey İrlanda'yı teşmil edilmiştir.

<sup>55</sup> Avrupa Sanayi ve İşveren Konfederasyonları Birliği, (UNICE), Avrupa Kamu İşletmeleri ve Genel Ekonomik Yarar İşletmeleri Merkezi (CEEP), Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu (ETUC).

<sup>56</sup> **BOLCAN**, s. 262.; **UÇKAN**, Banu, "Avrupa Birliği Anayasası'nın Genel Çerçevesi ve Sosyal Politikalara İlişkin Temel Düzenlemeleri", Çalışma ve Toplum, Cilt: 3, Sayı: 6, 2005, s. 128-129; **KAYA**, s. 231; **ERALTUĞ**, s. 118.

2010/18/EU sayılı Yönergeyle, Doğum İzni Hakkındaki Çerçeve Antlaşmanın uygulanması ve 96/34/EC sayılı yönergenin ilga edilmesi karara bağlanmıştır<sup>57</sup>. Kadın ve erkeğin mesleki ve ailevi sorumluluklarının uzlaştırılmasını sağlamayı amaçlayan Ebeveyn İzni Yönergesi iznin tüm üye ülkelerde ücretli olarak düzenlememesi, ücrete ilişkin herhangi bir hükme yer vermemesi ve bu eksikliğin 2010/18 sayılı yeni Yönergede de çözüme kavuşturulmaması yönüyle eleştirilmektedir<sup>58</sup>.

Yönergede ebeveyn izninin tanımına yer verilerek, “iş sözleşmesiyle çalışan kadın ve erkeklerin doğum ya da evlat edinme yoluyla anne ve baba olmaları halinde çocuklarının bakımlarını yerine getirebilmeleri için anne ve babalara tanınan izin hakkı” olarak ifade edilmiştir. Yönergenin temel hedefi öncelikle, erkek ve kadın işçilere belirli bir yaşa erişene kadar, çocuklarına bakabilmeleri için en az üç ay boyunca ebeveyn izni verilmesidir<sup>59</sup>. Üç aylık ebeveyn izni, 2010/18 sayılı Yönerge ile dört aya çıkarılmıştır<sup>60</sup>.

Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesi md. 1/1 ile ana ve babaların ebeveyn sorumlulukları ile çalışma hayatındaki sorumlulukları asgari olarak belirlenmiştir. Üye devletlere yürürlükte olan yasal düzenlemelerle, toplu sözleşmelerle, uygulamada tanımlanmış bir iş sözleşmesi veya bir iş ilişkisi ile çalışan tüm çalışanlara, cinsiyet farkı gözetilmeksizin uygulanması yükümlülük olarak sözleşmede belirlenmiştir (md. 1/2). Sözleşme ile doğum veya evlat edinme neticesinde çocuk sahibi olan kadın veya erkek işçilere, çocuk en fazla 8 yaşına gelinceye kadar bakımını üstlenebilmeleri için en az dört aylık ebeveyn iznini garanti etmiş ve verilen izin süresinin ise anne veya baba tarafından birbirine devri yasaklamıştır. Ebeveyn izni olarak verilecek dört ayın üç aylık kısmını eşlerin kendi aralarında devrine izin verilmiş,

---

<sup>57</sup> 2010/18 sayılı Yönerge Tam Metni için bkz. Çalışma Mevzuatı İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, T.C. Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Yayın No: 11, (Editör: Dr. Fazıl AYDIN), Ankara, 2014.

<sup>58</sup> **KONUĞ**, Bahar, “Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi”, Journal of Yaşar University, Cilt: 8, Sayı: Özel, 2013, (s. 1725-1752), s. 1734; **KAYA**, s. 300.

<sup>59</sup> Avrupa Birliği’nde Sosyal Güvenlik, T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, Ankara, 2012, s. 25-26.

<sup>60</sup> **KONUĞ**, s. 1734.

ancak bir aylık kısmın devri ise yasaklanmıştır. Yasağın amacı, kocanın ebeveyn izninin tamamını devredememesi ve en azından bir aylık kısmını bizzat kullanmasını sağlamaktır. Devredilemeyen bir aylık sürenin kullanımı ulusal mevzuat ve toplu sözleşmelerin belirlenmesine bırakılmıştır<sup>61</sup>. İzin sonrası iş güvencesinden yararlanacak olan işçinin, izninin başladığı gün itibarıyla kazanılmış ya da kazanılma sürecinde olan hakları ebeveyn izninin bitimine kadar aynen korunacaktır<sup>62</sup>.

#### 4. Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları

AB devletlerarasında işbirliği ve bütünleşme amacı taşıyan ulusüstü bir örgüt<sup>63</sup> gibi üye ülkelerde kural koyma gücüne sahiptir. Ancak sosyal politika alanında kural koyma, politika belirleme yetkisi üye ülkelerce Birliğe bırakılmak istenmemektedir<sup>64</sup>. Avrupa bütünleşme önderlerinin görüşü doğrultusunda başarılı bir ekonomik bütünleşmenin sonucunda bir sosyal bütünleşme sağlanacağı<sup>65</sup> beklentisine rağmen statüsü ve yetkisi değişmedikçe, başta eşitlik sorunu olmak üzere diğer sosyal politika konularında da AB'nin zorlayıcı bir yaptırım getirmesinin beklenemeyeceği savunulmaktadır. Bu kapsamda Adalet Divanı kararları etkili bir araç olarak görülse de, direktifler ve çerçeve anlaşmaları doğrultusunda bağlayıcı kararlar alınmasına rağmen bu direktif ve anlaşmaların genel ilkelerle sınırlı olması önemli bir gelişme sağlamasını engellemektedir<sup>66</sup>. Buna rağmen AB'de eşitlik ve ayrımcılığın yasaklanması konusunda yapılan düzenleme miktarı ve Adalet Divanının içtihat sayısı ve içtihatlarının önemi, sosyal politikanın diğer alanlarının çok üstünde olup, ebeveyn izni ihtilaflarında vermiş olduğu kararlarla konuya ilişkin belirleyiciliği ve üye ülkelere yön verici özelliğini ortaya koymaktadır.

Divan uluslararası sözleşmeler çerçevesinde cinsiyete dayalı genel ayrımcılık ve eşitlik ilkesi temelinde vermiş olduğu hükümlerde, çalışma hayatında erkekler ve kadınlar arasında sağlanması gereken

<sup>61</sup> SÜRAL, Türkiye'de Kadın İstihdamı, s. 295.

<sup>62</sup> BOLCAN, s. 262; SAYIN, s. 100.

<sup>63</sup> BAYRAM, Mehmet Hanifi, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, Ankara, 2013, s. 91.

<sup>64</sup> KORAY, Avrupa., s. 25.

<sup>65</sup> GÜLMEZ, Mesut, *Avrupa Birliğinde Sosyal Politika*, Türkiye-AB Sendikalar Koordinasyon Komisyonu, Ankara, 2003. s.3.

<sup>66</sup> KORAY, Avrupa..., s. 25.

eşitliği ve ayrımcılık yapılmamasını esas alarak kadın çalışanların çalışma hayatında koruyucu bir tutum izlemektedir.

Ebeveyn izninin diğer izinlerle çakışmalarında bazen sorunlar yaşanmakta ve her iki iznin ayrı-ayrı kullanıp kullanmaması konusunda tereddütler ortaya çıkmaktadır. Adalet Divanının vermiş olduğu bir kararında, toplu iş sözleşmesiyle yıllık ücretli izin kullanılacak dönemin belirlenmiş olması durumunda, ebeveyn izninin bu dönemle çakışması halinde her iki iznin de ayrı-ayrı kullandırılması gerektiğine hükmedilmiştir<sup>67</sup>.

İkiz çocuk sahibi ebeveynlerin yargıya taşıdıkları çifte izin talepleri Divan kararıyla aydınlatılmıştır<sup>68</sup>. Yunan mahkemesine yapılan başvuru doğrultusunda ikiz çocuk sahibi ebeveynlerin çifte ebeveyn izni talebi, ikiz çocuklar için verilen 9 aylık ücretli ebeveyn izni kullandıktan sonra ikinci bir izin istemini uygun görülmemesi nedeniyle Adalet Divanının tarafından reddetmiştir. Kararda yönergenin yorumunun bu izin hakkı tanınmasının her çocuğa göre ayrı bir ebeveyn izni hakkı tanınması anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Ancak Divan bir başka kararında ise, toplu iş sözleşmesiyle yıllık ücretli izin kullanılacak dönemin belirlenmiş olması durumunda, ebeveyn izninin bu dönemle çakışması halinde her iki iznin de amaçlarının bir birinden farklı olması nedeniyle ayrı ayrı kullandırılması gerektiğine karar vererek her iki iznin kullanılmasını sağlamıştır<sup>69</sup>.

Ebeveyn İzni Yönergesi izinden yararlanana ebeveyne izninin bitiminde, aynı işe veya bu mümkün değilse buna eşdeğer veya iş sözleşmesine veya ilişkisine uygun benzer bir işe dönme hakkı tanınmasının yanı sıra, ebeveyn izninin başladığı gün itibariyle kazanılmış ya da kazanılma sürecinde olan haklar açısından koruma sağlamaktadır. Nitekim kazanılmış ya da kazanılma sürecinde olan haklar ebeveyn izninin bitimine kadar aynen korunacaktır<sup>70</sup>. Bu itibarla, izne ayrılanın

---

<sup>67</sup> ATRG, C 106, 30.4.2004, s. 4.

<sup>68</sup> CJEU, ZoiChatzi v. IpourgosIkonomikonCase C-149/10, 16 September 2010; theParentalLeave Directive 2010/18, [http://sim.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2015/04/Burri\\_-Parents-who-want-to-reconcile-work-and-care.pdf](http://sim.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2015/04/Burri_-Parents-who-want-to-reconcile-work-and-care.pdf), Erişim Tarihi: 18.06.2015.

<sup>69</sup> Merino Gomez v ContinentalIndustrias del CauchoSA, ATRG, C 106, 30.4.2004, s. 4.

<sup>70</sup> **BOLCAN**, s. 262; **SAYIN**, s. 100.

ebeveynin izni kullanması nedeniyle, izini kullanmadan önce kazanmış olduğu haklar kısıtlanmayacağı gibi, kaybetmesi de söz konusu olmayacaktır. Divanı'nın konuya ilişkin 29.10.2009 tarih ve C-63/08 sayılı kararı ebeveyn izni kullanan işçinin haklarının korunması açısından emsal karar gibi davacının ebeveyn iznini kullanmadan önce kazanmış olduğu haklarının dikkate alınması talebini uygun bulmuştur<sup>71</sup>.

## 5. Karşılaştırmalı Hukukta Ebeveyn İzni

### 5.1. Avrupa Ülkelerinde Uygulamalar

AB düzeyinde kadınların istihdama etkili katılımının sağlanması, aile ve iş yaşamının uyumlaştırılması ve çocuk doğum oranlarının artırılması ilkelerinden hareketle hem ebeveyn izni hem de diğer bakım hizmetleri düzenlemeleri yapılması gerekli görülmüştür. Zira bu konuda halen uygulamanın yetersiz olarak belirtilmektedir<sup>72</sup>. Ancak genelde ebeveyn izni en yaygın olarak AB ülkelerinde uygulanmaktadır. Çocuk bakımında sosyal hizmetlerin etkinleştirilmesi ve bakım için erkeğin de izin alabilmesini öngören ebeveyn izni, başta Kuzey Avrupa ülkeleri gibi bazı ülkelerde toplumsal cinsiyet eşitliğine dayalı olarak izlenen politikalara uygun bir şekilde uygulanması daha önceden de söz konusu idi<sup>73</sup>.

Nüfus yaşlanmasının önüne geçme, doğum oranlarını artmasını sağlama, iş ve aile yaşamı uyumlaştırmasının sağlanarak kadınların daha fazla çalışma hayatının içine çekme amacıyla izlenen politikalar açısından çocuk bakımı sorunun kadınların üzerinden kaldırılması yönünde uygulamalar bu politikanın bir parçası olarak görülmektedir<sup>74</sup>. Nitekim İsveç'te sorunun çözümü için ebeveyn izni sistemine bağlı bir politika yürütülmektedir. İspanya, İngiltere, İtalya, Hollanda ve Portekiz gelir vergisi üzerinden ya da çocuk bakım maliyetine katılmak için yardım sistemleri aracılığıyla sağlanan sübvansiyon sağlanması veya Avusturya, Hollanda, İngiltere ve Lüksemburg'da görüldüğü üzere kurumsal anlamda bakım hizmetleri arzını artırmak için yaygın olarak kreş ve bakım evlerinin kurulması sorunun çözümü için

<sup>71</sup> Avrupa Adalet Divanı Kararı, T: 29.10.2009, S: C-63/08, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 25, Çev: Alpay Hekimler, (ss. 601-608), <http://calismatoplum.org/sayi25/hekimler.pdf>, Erişim Tarihi: 23.06.2015.

<sup>72</sup> SAYIN, s. 12-13.

<sup>73</sup> KALFA, s. 205.

<sup>74</sup> GÖKÇE - AKIN, s. 30; KAYA, s. 229.

uygulanmaktadır<sup>75</sup>. Özellikle babaların ebeveyn izninden yararlandırılması Fransa, Almanya ve İngiltere gibi ülkeler ele alındığında kadınların işgücü piyasasını terk etmemeleri yönünde atılan önemli bir adım gibi değerlendirilmiştir<sup>76</sup>.

Uygulamada ebeveyn iznini erkeklerin fazla kullanmadıkları görülmekte, batılı ülkelerde bile fazla kullanılmamaktadır. Bazı ülkelerde erkeklerin kullanımında artışa rağmen görülse de, halen kadınların daha fazla izni kullandığı görülmektedir. Örneğin, İsveç'te bakım izinlerinin yüzde 80'nin, Danimarka ve Finlandiya'da yüzde 95'nin ve Norveç'te ise yüzde 91'nin anneler tarafından kullanıldığı belirtilmektedir<sup>77</sup>. Sorunun çözümü için AB Komisyonu tarafından AB vatandaşlarının ebeveyn izni konusunda daha fazla bilgilendirilerek babalar tarafından kullanımı desteklenmiştir<sup>78</sup>. Babalar tarafından kullanımın teşviki amacıyla İzlanda ve Almanya'daki gibi ebeveyn izni süresinin arttırılması ve eklenen bölümün babalar tarafından kullanılması gibi teşvik edici düzenlemeler yapılmıştır<sup>79</sup>.

Hollanda'da 1985'te çıkarılan ve 1991'de kabul edilen ebeveyn izni yasası ile çalışma saatleri azaltılarak tam zamanlı ve standart çalışma sistemi getirilmiş ve ebeveyn izni giderek yaygınlaşan çeşitli ve bireyselleştirilmiş çalışma saatleri ile uyumlu hale getirilmiştir<sup>80</sup>. Son 15 yılda çocuk bakımı ve kısa veya uzun dönemli ebeveyn izinleri konusunda önemli gelişmeler sağlanmıştır<sup>81</sup>. İzin dönemi 1997 yılında çocuğun 8 yaşına kadar kullanılabilceği ve izin süresi ise 2009 yılında yasayla getirilen değişiklikle 26 haftaya çıkarılmış ve önceden ücretsiz

<sup>75</sup> **ERDUT**, Avrupa Birliği'nde Çalışan Kadınlar, s. 357.

<sup>76</sup> Erken Yaşlarda Çocuk Refahı ve Kadın İstihdamı Politika Belgesi, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, s. 18, <http://www.unicef.org.tr/bilgimerkezidetay.aspx?id=78>, Erişim tarihi: 28.06.2015.

<sup>77</sup> **KORAY**, Avrupa..., s. 29.

<sup>78</sup> **KAYA**, s. 300.

<sup>79</sup> **KORAY**, Avrupa..., s. 29.

<sup>80</sup> **TBMM**, s. 62.

<sup>81</sup> **KAPAR**, Recep, Hollanda'da Kadınların Kısmi Süreli İstihdamı ve Etkileri, Çalışma ve Toplum, Cilt: 2, Sayı: 29, İstanbul, 2011, s. 141.

olan izin, bu tarihten sonra asgari ücretin % 50' si oranında ödenmektedir<sup>82</sup>.

Finlandiya'da yasal olarak annelere verilen doğum izninin ardından her iki ebeveyn için tanınan ebeveyn izni süresi doğum izninin bitiminden itibaren 158 gün olarak belirlenmiş ve birden fazla olan her çocuk için 60 gün daha ekleneceği düzenlenmiştir<sup>83</sup>. Hamilelik nedeniyle, analık izni ya da ebeveyn izni sırasında işten çıkarmalar yok hükmünde sayılacaktır<sup>84</sup>. Ayrıca ebeveyn izni sonrasında 3 yaşını doldurana kadar ücretsiz çocuk bakım izni düzenlenmiştir. Yine çocuğun okuldaki ikinci yılının sonuna kadar bir ebeveyn çalışma saatlerini günde maksimum 6 saat ve haftada ortalama 30 saat azaltma hakkına sahiptir. Ebeveyn izni sırayla kullanabilmekte ve her iki ebeveynin aynı anda kullanılmasına izin verilmemektedir<sup>85</sup>.

İsveç'te ilk kez 1974 yılında uygulanarak Avrupa ülkelerine öncülük ettiği söyleneceği<sup>86</sup>, iznin uygulaması 1937 yılında analık izni ile karma bir şekilde uygulamaya dayandığı ifade edilmektedir<sup>87</sup>. Toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlama amacıyla kadın istihdamının artırılması politikalarını izleyen İsveç'te bu yönde en önemli araç olarak özellikle çocuk bakım hizmetlerini kamusal hizmet gibi yaygınlaştırma yolu tercih edilmiş ve profesyonel bakım hizmetleri, doğrudan ve dolaylı nakit yardımlar ve analık izni, ebeveyn izinleri gibi araçlar kullanılmıştır<sup>88</sup>. Ebeveyn izninin kullanımında görülen eşitsizliğin kaldırılması için,

<sup>82</sup> **TBMM**, s. 62.

<sup>83</sup> Finlandiya Çalışma Ziyareti Raporu, 27-29 Kasım 2006, s. 20, [http://ailetoplum.aile.gov.tr/data/54293635369dc32358ee2a90/finlandiya\\_raporu\\_finlandiya\\_raporu.doc](http://ailetoplum.aile.gov.tr/data/54293635369dc32358ee2a90/finlandiya_raporu_finlandiya_raporu.doc), Erişim Tarihi: 29.06.2015.

<sup>84</sup> **ŞENAY**, Emeklilik Güvencesi, s. 168.

<sup>85</sup> **TBMM**, Finlandiya raporu, [www.athgm.gov.tr/./finlandiya\\_raporu\\_finlandiya\\_rapor](http://www.athgm.gov.tr/./finlandiya_raporu_finlandiya_rapor), Erişim Tarihi: 29.06.2015.

<sup>86</sup> **KORAY**, 1993, s. 39.

<sup>87</sup> **КРАВЧЕНКО, Ж. В/МОТЕЮНАЙТЕ, А.**, Женщины И Мужчины На Работе И Дома: Гендерное Разделение Труда В России И Швеции, Журнал Исследований Социальной Политики, Том: 6, № 2, [http://ecsocman.hse.ru/data/157/633/1219/Kravhenkox2c\\_Moteunajte.\\_Wensiny\\_i\\_muwhiny\\_na\\_rabote\\_i\\_doma.pdf](http://ecsocman.hse.ru/data/157/633/1219/Kravhenkox2c_Moteunajte._Wensiny_i_muwhiny_na_rabote_i_doma.pdf), Erişim Tarihi: 16.06.2015. (ss. 177-200), s. 185.

<sup>88</sup> **KALFA**, s. 198-206.

2005'te İsveç'te iznin 15 aya çıkarılması ve iznin beş ayını anne, beş ayını baba ve kalan beş ayının kullanımını ise ebeveynlerin seçimine bırakılması teklif edilmiştir. Ancak bu teklif kabul görmemiştir<sup>89</sup>. İzin süresi bir bütün olarak doğum izni ve ebeveyn iznini kapsamakta olup toplam 480 gün belirlenmiştir. İzin 60 günü, sadece anneler tarafından, 60 gün ise babalar tarafından kullanılması ve kalan günler eşlerin istedikleri şekilde paylaşılacaktır. Paylaşılabilen iznin 390 günü, kazancın %80'i üzerinden ve kalan 90 gün sabit asgari ücret olarak ödenecektir<sup>90</sup>.

Almanya'da ise 1970'li ve 1980'li yıllardan itibaren birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi boşanma oranlarının yükseldiği ve geleneksel aile yapısının bozularak önemli ölçüde tek ebeveynli aile yapısına dönüştüğü için<sup>91</sup> gerekli politikalar uygulanması kaçınılmaz olmuştur. Bu doğrultuda 1986 yılında uygulanmaya başlanan ebeveyn izni 2001 yılında tekrar düzenlemeye tabi tutulmuştur<sup>92</sup>. Nitekim aile içindeki görev dağılımının, aile ve iş ilişkisinde dengenin sağlanması ve erkeklerce iznin cazip görülmesi için 2007 yılında Alman Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Yasası'nda değişiklikler yapılmıştır<sup>93</sup>. İzin kadınlar için tanınan toplam 14 haftalık doğum izni süresi çocuğun 3 yaşı dolana kadar arzu ettikleri tarihte kullanılacaktır. Ancak işverenin kabul ettiği durumlarda ebeveynlik süresinin bir yıllık dilimi ertelenip, çocuğun 3. ve 8. yaşı arasında kullanılabilir. Ebeveynlik süresini kullanan her anne veya babaya şartlar doğrultusunda haftada 30 saate kadar çalışma fırsatı

<sup>89</sup> **EKİN – KAYIRGAN**, s. 1061-1062; **KORAY**, Meryem, “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Cinsiyet Eşitliği Politikaları: Sol-Feminist Bir Eleştiri”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 29, İstanbul, 2011, s. 29-30.

<sup>90</sup> *Erken Yaşlarda Çocuk Refahı*, s. 19-20-41.

<sup>91</sup> **KALFA**, s. 198

<sup>92</sup> **TBMM**, Her Alandaki Kadın İstihdamının Artırılması Ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları No: 12 Kasım 2013, s. 59, [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon\\_raporu\\_2014\\_1.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_raporu_2014_1.pdf), Erişim Tarihi: 29.06.2015.

<sup>93</sup> *Doğum İzni – Ebeveyn Zamanı – Yarım Günlük İş*; s. 11. [http://www.igmetall-wob.de/uploads/media/Mutterschutz\\_tuerkisch.pdf](http://www.igmetall-wob.de/uploads/media/Mutterschutz_tuerkisch.pdf), Erişim Tarihi: 29.06.2015.



tanınmıştır<sup>94</sup>. İzni süresinin ilk on iki ayı maaşın yaklaşık % 67'si ödenmekte olup, toplam izin sonuna kadar ödeme miktarı ortalama ücretin % 22'sine denk gelmektedir<sup>95</sup>.

### 5.2. Eski SSCB Ülkelerinde Ebeveyn İzni

Eski Sovyetler Birliği'nde 1981 yılında uygulanmaya başlayan çocuk bakım izni ve yardımı günümüzde de bazı değişikliklerle bağımsızlığını kazanan cumhuriyetlerce sürdürülmektedir. Nitekim SSCB'de çocuğun üç yaşı dolana kadar verilen çocuk bakım yardımı çalışan devlet ve kolhoz mülkiyetlerinde çalışanların yanı sıra işten ayrılarak eğitimini sürdüren kişilere de tanınmıştır. Bu çerçevede ilgili çalışana çocuğun bir yaşına kadar izin verilmekteydi.

#### 5.2.1. Rusya

Rusya İş Hukukunda “Çocuk Bakım izni” adı altında tanınan izin süresi 3 yıl olmak üzere iki kısımda uygulanmaktadır. İş Kanunu md. 256'ya göre çalışan kadın 1,5 yaşına kadar verilen ebeveyn izni doğum sonrası işyerine doğum belgesi sunularak müracaattan 10 gün sonra izne ayrılabilir. İşveren başvuruyu geri çeviremez. Ebeveyn iznini toplu veya parçalı olarak kullanmak mümkün olup, izni kullanacak kişinin bu nedenle sözleşmesi feshedilemeyecektir. Yasada bu izni kullanan ebeveynin kısmi süreli çalışabileceği düzenlenmiştir.

İzin ücreti 1,5 yıl Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından çocuk bakım ücreti olarak, kalan 1,5 senesi ise işveren tarafından karşılanır. Eğer kamu işvereni ise bütçeden ödenmek üzere İş Fonu tarafından tazminat olarak karşılanır. Doğum izninden sonra 1,5 yaşına kadar ödeme yapılır, ancak bu süre içinde kadın tekrar hamile kalırsa çocuk bakım ücreti ile doğum ücreti arasında tercih yapmak zorundadır. Ücretten yararlananın bu ikisinden birisini seçmesi gerekir. Ancak İş Fonu tarafından ödenen tazminat doğum ücreti ile eş olarak devam edecektir. Mevsimlik işlerde uygulama farklı olup mevsimlik çalışma süresince ücret ödenecektir<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> SCHOLZ, Olaf, Almanya Sosyal Güvenlik Mevzuatı, s. 9, <http://www.xn--trkiyeemeklilik-zvb.com/mevzuatlar/genel/3.pdf>, Erişim Tarihi: 30.06.2015.

<sup>95</sup> TBMM, 2013, s. 59.

<sup>96</sup> Постановления Правительства РФ от 10 июня 2005 г. N 368 (СЗ РФ. 2005. N 25. Ст. 2505).

Çocuk bakım ücreti alan kadın işçi, bu süreçte işten ayrıldığı takdirde ücret durdurulacaktır. Ancak bir başka durum işyerinin kapanması halidir ki, işçi kullanmaya başladıktan sonra işyeri kapanabilir. Bu durum işçinin 1,5 yaşına kadar ücret almasına engel değildir. Sebebine bakılmadan işçi 1,5 yaşına kadar doğum sonrası ebeveyn ücreti alması aynı şekilde devam edecektir. Ancak bu işçinin bu haktan yararlanabilmesi için, işsizlik ücreti almaması gerekir. Ücret alınan süre işçini kıdeminden sayılmayacaktır. Yakın gelecek için hazırlanan kanun taslağıyla ebeveyn izninin 4,5 yıla çıkarılması ve ayrıca bu sürenin kıdemden sayılması planlanmaktadır<sup>97</sup>. Evlat edinmelerde çocuk veya çocukların her iki eş tarafından evlat edinildiği durumlarda, bu izin eşlerin kendi tercihleri üzerine eşlerden birine verilir (RF İş K. md. 257).

#### **5.2.2. Azerbaycan**

Azerbaycan hukukunda ebeveyn izni ayrıca düzenlenerek çalışanlara çocuğun üç yaşına kadar ona bakıma göre kısmen ücretli izin alma hakkı düzenlenmiştir. Bağımsızlık öncesi uygulama ile günümüzdeki fark ödenecek ücretin seviyesinin önemli miktarda azaltılmasıdır. Söz konusu ücret “üç yaşına kadar çocuğa bakım muaveneti” adı ile sosyal sigorta ödemesine esas teşkil eden bir ödeme türü olarak tanımlanmıştır. Yönetmelikte<sup>98</sup> ebeveynlerden birine veya ailenin diğer bireyine çocuğa bakıma göre her çocuk için üç yaşını doldurana kadar yasal olarak belirlenen miktarda ödeme yapılması ve izin verilmesi öngörülmüştür. Bu durumda Azerbaycan Cumhuriyeti Emek Mecellesinin md.127.1 gereğince kısmen ücretli sosyal izin hakkına çocuğa doğrudan hizmet eden ebeveynlerden biri veya ailenin diğer üyesi çocuğun üç yaşına kadar bu hakka sahip olacaktır. Ebeveynlerin dışında “ailenin diğer bir üyesi” ifadesinden ister aynı aile içinde yaşayan akrabalar veya çok yakın bir çevrede ikamet eden reşit akraba anlaşılmaktadır<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> С 2014 Года Увеличен Отпуск По Уходу За Ребенком, <http://www.vesti.ru/doc.html?id=1177915>, Erişim Tarihi: 01.07.2015.

<sup>98</sup> “Mecburi Devlet Sosyal Sigortası Üzere Ödemelerin Ve İşgücünü Geçici Yitirmiş İşçilere İşveren Hesabına Ödenilen Muavenetin Hesaplanması Ve Ödenilmesi Hakkında Yönetmelik”.

<sup>99</sup> **QASIMOV**, Alış, *Emek Hukuku*, Bakü, Qanun Yayınevi, s. 331.

Çocuk bakımını üstlenenin yazılı dilekçesi esasında izin tamamen veya kısmen kullanılabilir. Hamilelik ve doğum izni sona erdikten sonra çocuk bakım izni kullanılabilir. Annenin maaşının yüksek olması durumunda baba hem izni kullanabilecek ve çocuğun bakımını üstlenmenin yanı sıra kısmi bakım ücreti alabilecektir. Nitekim bunun için babanın işyerine başvurması, izin ve bakım yardımı istemesi gereklidir. İzin isteğe bağlı olarak bir bütün olarak veya parçalı olarak kullanılmaktadır<sup>100</sup>.

Müracaat üzerine verilecek bakım izin ücreti zamanında başvurmayan ebeveynin başvurusu üzerine geriye dönük olarak da ödenebilecektir. Üç yaşa kadar kısmi ödeme yapılacak çocuk bakımını izin süresince ödemeler Devlet Sosyal Müdafaa Fonu tarafından ödenecektir. Ödemeler Azerbaycan Cumhurbaşkanının "Çocuğa kulluğa göre kısmen ücretli bakım izni olanlara verilen ödemenin artırılması hakkında" 2013 yılı 23 Ağustos tarihli kararı ile 1,5 yaşına kadar aylık 30 manat, 1,5 yaş ile 3 yaşına kadar ise 15 manat olmak üzere daha düşük ücret olarak belirlenmiştir. Doğum sonrası annenin yatılı tedavi devam ediyor ise, ödeme bakımı sağlayan kişinin aile üyesi olmasa bile ödeme bu kişiye yapılacaktır. Ödeme başlangıcı kadın ebeveyne hamilelik ve doğum izninin sona erdiği tarihte itibaren başlatılmaktadır. Ayrıca yasa çerçevesinde belirli grup çalışanlara ücret miktarında ayrıcalık tanınmıştır. Örneğin, Çernobil kazasında hastalığa yakalanan veya malul olan işçilere kısmen ücretli izin ücretleri yasada belirlenen standart ücretin iki katı şeklinde olacaktır<sup>101</sup>.

İzin kullanan kadın işçi izin süresince kısmi süreli çalışması veya evde çalışması mümkün olmaktadır. Ancak bu durumda izni kullanmasına rağmen ödenen çocuk bakım yardımı durdurulacaktır. Ayrıca çocuk ebeveyne tanınan izin süresince devletin bakım hizmeti sunan çocuk evi veya kreşlerde bulunuyorsa bu durumda çocuk bakım ücreti durdurulacaktır.

### **5. 3. Türkiye Çalışma Hayatında Kadınların Sorunları ve Ebeveyn İzninin Değerlendirilmesi**

Uluslararası belgeler kapsamında değerlendirilen ebeveyn izni Türk hukukunda halen düzenlenmediği için, son yıllarda özellikle bu konu çok tartışılmakta, aile ve çalışma yaşamının uyumlaştırılması ve

<sup>100</sup> QASIMOV, s. 331.

<sup>101</sup> ALİYEV, Mayıs, *Sosial Teminat Hukuku*, Bakü, 2007, s. 356.

eşitsizliklerin giderilmesi bakımından bir an önce ebeveyn izninin yasalaştırılması talepleri tekrarlanmaktadır. Günümüze kadar uygulamaya geçirilemeyen izni sorunu Avrupa Birliği'ne uyum yasaları kapsamında ülkemizin taahhütleri içinde yer almaktadır. İzin hakları bakımından memurlara tanınan hakların daha gerisinde kaldığı gerekçesiyle en azından memurlara paralel düzenlemeler getirilmesi dile getirilen taleplerdendir. Ülkemizde kadınların siyasal, sosyo-kültürel ve ekonomik hayata katılımı ve bu yönde eşitlik ilkesi gereği cinsiyet farkı gözetilmeksizin tüm haklardan eşit yararlanmaları için belli başlı düzenlemeler mevcuttur. Kadınlara hamilelik ve doğum sonrası izinler, süt izni, ücretsiz izin gibi 4857 sayılı yeni İş Kanununda haklar uygulansa da kadın istihdamının verimli bir şekilde sağlanması açısından yeterli olmamaktadır. Bu doğrultuda değişik çalışmalar, tasarılar yapılarak sorunun giderilmesi istense de bu güne kadar bir gelişme kat edilememiştir. Süreç açısından ele alındığında ebeveyn izni tartışmaları öneri ve tasarı şeklinde sunularak sürekli gündemde tutulmuştur.

Doğum İzinlerinin Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı adı altında 2000 yılında Devlet Bakanlığı tarafından hazırlanarak Başbakanlığa gönderilen doğum izinleri konusunda farklı sosyal güvenlik kuruluşlarına bağlı olarak çalışanlar arasında eşitliği sağlamak ve izin sürelerini AB standartlarına uyumlu hale getirmek amaçlanmıştır. Daha sonra izin haklarında her iki ebeveynin de yararlanması konusunda görüşler değerlendirilerek 2002 tarihinde tekrar gönderilmiştir. Tasarı haline getirilmeyen taslakla doğum sonrasında izin süreleri konusunda her iki ebeveyn için bazı haklar verilmesi öngörülmüştür. İşçi ve memur olarak çalışan kadınların ücretsiz doğum izinlerinin anne ve babaların kullanabileceği ebeveyn iznine dönüştürülmesi bu tasarının en önemli getirisi olacaktır. Ayrıca evlat edinme halinde de bu izin haklarından yararlanılabilmesi tasarıyla amaçlanmıştır<sup>102</sup>.

Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü'nün 14 Ocak 2005 tarihli Devlet Memurları Kanunu ve İş Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı<sup>103</sup> ile işçilere verilecek ebeveyn iznine ilişkin değişiklikler

---

<sup>102</sup> **BOLCAN**, s. 262.

<sup>103</sup> Tasarı metni bkz: [https://www.alomaliye.com/devlet\\_memurlari\\_is\\_kanun\\_degis.htm](https://www.alomaliye.com/devlet_memurlari_is_kanun_degis.htm), Erişim Tarihi: 24.06.2015.

yapılmak istenmişse de, işveren kesiminin baskısıyla tasarı gerçekleştirilememiştir. TİSK'in tasarıya ilişkin raporunda ise, ebeveyn izninin Avrupa'ya has sosyal yaşamın ortaya çıkardığı bir farklılık olduğu ve bu nedenle Türkiye için uygun olmadığı ileri sürülmüş, izin hakkının kötüye kullanılabilme ihtimali vurgulanmış ve erkeklere çocuk bakımı için verilse bile, bu zamanın çocuk bakımı için harcanmayacağını iddia edilmiştir<sup>104</sup>. Tasarının 5. maddesi geçici bakım sözleşmesi yapılması halinde ücretli izin süresinin tamamlanmasından sonra çocuğun bakımı için kadın işçiye veya işçi olan eşine altı aylık ücretsiz izin süresi öngörülmüş ve bu sürenin eşlerin talebi halinde birbirini izleyen iki dönem halinde kullanılabilmesi yer almıştır. Yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmayacak olan bu süre kadın işçi veya eşinin istekleri halinde on iki aya kadar uzatılabilecektir.

Tasarı ile getirilmek istenen bu düzenleme BM CEDAW Komitesine sunulan 2003 raporunda geleneksel ebeveynlik kavramını ve çocuk yetiştirme kadının doğal işlevi olduğu fikrini güçlü bir şekilde sorgulayan hem kadın hem de erkeklerin ilgi ve ihtiyaçları açısından eşlere iş ve özel hayatları için alternatif yollar sağlayacak bir düzenlemedir. Ancak tasarıyla getirilmek istenen ebeveyn izni süresi ücretsiz ve yıllık iznin hesaplanmasında dikkate alınmamıştır. Oysa STK Gölge Raporunda<sup>105</sup> da belirtildiği üzere ebeveyn izni yasasının gerçekleştirilmesinde amaç, mevcut hamilelik izni yasasını tamamlayan bir mekanizma gibi hayata geçirilerek babaların çocuk bakımındaki sorumluluklarını yerine getirmesini sağlamaktır. Bu da Avrupa ülkelerinde uygulandığı gibi, iznin babadan anneye devredilemez biçimde, doğum iznindeki gibi ücretli bir izin olarak yasalaştırması ile mümkündür. Etkin bir biçimde uygulanan ebeveyn izni aile ve iş

<sup>104</sup> DEDEOĞLU, Saniye, "Eşitlik mi Ayrımcılık mı?, Türkiye'de Sosyal Devlet ve Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı", Çalışma ve Toplum, Cilt: 2, Sayı: 21, İstanbul, 2009, s. 52.; EKİN - KAYIRGAN, s. 1060.

<sup>105</sup> Türkiye'nin Kadına Karşı Ayrımcılığı Önleme Komitesi'ne Sunduğu Altıncı Periyodik Rapor için STK Gölge Raporu CEDAW Komitesi'nin 46. Oturumu için Temmuz 2010, Hazırlayanlar CEDAW Sivil Toplum Yürütme Kurulu ve TCK Kadın Platformu, s. 17, [http://kasuum.ankara.edu.tr/files/2013/02/CedawTR\\_6-gozden-gecirme-golge-rapor.pdf](http://kasuum.ankara.edu.tr/files/2013/02/CedawTR_6-gozden-gecirme-golge-rapor.pdf).; Erişim Tarihi. 14.06.2015.

yaşamının uzlaşması için kadın istihdamını teşvik eden temel uygulamalarından bir olacaktır.

4857 sayılı İş Kanunda kadınlara verilen 6 aylık ücretsiz izin çocuk bakım izni gibi kadın işçinin talebi halinde verilmesi zorunlu bir izin olarak düzenlenmiştir. Nitekim iznin niteliği açısından yasada verilebilir değil, verilir kelimesi kullanılmıştır<sup>106</sup>. Bu izin kadın işçilere tanınan bir hak gibi talep edildiği durumda işveren tarafından verilmesi gerekir. Aksi takdirde kendisine izin verilmeyen işçi işverenin iradesine aykırı olarak izne ayrıldığı için sözleşmesi feshedilirse işveren ne haklı sebeple ne de geçerli sebeple fesih nedenlerinden yararlanamayacaktır. Nitekim izin kullandırılmayan işçi sözleşmeyi haklı sebeple feshederek tazminat hakkına sahip olabileceği gibi, aynı şekilde sözleşmesi izne ayrıldığı için feshedilirse yine tazminat hakkını koruyacaktır. Bu doğrultuda altı aylık ücretsiz izin doğum izni akabinde talep üzerine işçiye tanınması gerekmektedir. Diğer yönden, kadınların bu izin dönüşü işe geri dönüşlerinde eski işlerinde veya eşdeğer bir işe başlatılmaları zorunlu olacaktır. Mevcut olan düzenleme 4857 sayılı İş Kanununun 74. maddesine göre, doğum yapan kadın işçiye tanınan altı aya kadar ücretsiz izin hakkı evlat edinen ebeveynlere kullandırılmamaktadır.

Çocuk bakımı her iki ebeveynin sorumluluğuna verilmesi ve yalnızca annenin sorumluluğunu öngören anlayışın kırılarak ortak sorumluluk öngören ebeveyn izni konusunun yasalaştırılması çeşitli komisyon raporlarında dile getirilmiştir<sup>107</sup>. Nitekim altı aylık ücretsiz iznin niteliği de dikkate alındığında ülkemizde ebeveyn izni uygulamasından bahsedilemeyecektir. Yıllardır yapılan tüm tartışmalara rağmen bu konuda bir ilerleme kat edilmediği, uluslararası belgelerin ve dünya ülkelerindeki uygulamaların göz ardı edildiği görülmektedir. Son gelişmeler doğrultusunda bugüne kadar İş Kanunumuzda yer almayan babalık izni İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile kabul edilerek işçilere 5 gün babalık izni tanınarak eşinin doğum yapması halinde işçi ücretli izin olarak kullanacaktır. Oysaki 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 104/B maddesi gereğince memura, eşinin doğum yapması halinde, isteği üzerine daha önce 3 gün olan babalık izni

---

<sup>106</sup> DEMİR, Fevzi, *İş Hukuku Uygulaması*, İzmir, 2013, s. 94.

<sup>107</sup> SAYIN, s. 100-101

on güne çıkarılmış ve ayrıca eşi doğum yapan memura, doğum tarihinden itibaren isteği üzerine yirmi dört aya kadar ücretsiz izin verilmesi hüküm altına alınmıştır.

Kadın istihdamının önündeki engellerin kaldırılması belli başlı yasal düzenlemelerin yapılmasını ve buna yönelik uygulamaların arttırılmasını gerekli kılmaktadır. Nitekim toplumsal yaşamımızda cinsiyet eşitsizliklerinin ortadan kaldırılması, kadının aile ve iş yaşamının uyumlaştırılmasının sağlanması kadın istihdamının önünü açacaktır. Türkiye mevzuatında bakım hizmetinin düzenlenmesi açısından İş Kanununu kapsamında doğum izni, ücretsiz altı aylık izin ve işverenlerin kreş ve emzirme odası açma yükümlülüğü yer almaktadır. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 74. Maddesi kadın işçilerin doğumdan önce ve sonra sekizer hafta olmak üzere toplam 16 haftalık doğum izni hakkı bakım açısından Avrupa ülkelerindeki ortalama doğum izni süresinin üzerinde bir düzenlemedir. Bu durum başka bir yönüyle eleştirilmiş, çocuk bakım sorumluluğunu sadece kadına yükleyen ve pratikte de işverenlerin kadın istihdam etme konusundaki ayrımcılığını güçlendiren bir düzenleme gibi değerlendirilmiştir<sup>108</sup>. Diğer yönden “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odalar ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik” İş Kanunu kapsamında bulunan işyerlerinde uygulanmasına bazı imkanlar tanımıştır. Yönetmelik 100–150 kadın işçi çalıştıran işyerlerinde 0–1 yaşarası çocuklar için emzirme odaları, 150’den fazla kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde ise 0–6 yaş aralığı çocukların bakılması için kreş açma zorunluluğu getirmiştir. Düzenleme her ne kadar olumlu bir düzenleme gibi gözükse de kapsama alanı açısından oldukça yetersiz olduğu vurgulanmaktadır. Benzeri düzenleme devlet memurları için Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Çocuk Bakım Evleri Hakkında Yönetmeliktir. Yönetmelik memurların çalıştıkları kurumlarda 0-6 yaşarası grup için 50 ve daha fazla sayıda çocuk için kreş açılmasını öngörmüştür. Keza TBMM'nin “Her Alandaki Kadın İstihdamının Artırılması ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporunda kreş açma kıstasının 150 kadın işçi şartı “200 çalışan”<sup>109</sup> olarak önerisi eskisine göre daha geniş kapsama sahip olsa da sorunun çözümü için yeterli olmayacaktır.

<sup>108</sup> ŞENAY, Göçmen Kadınlar, s. 72.

<sup>109</sup> TBMM, s. 169.

Bazı haklar açısından yapılan düzenlemeler çalışanlara olumlu yansımaktadır. Örneğin, doğum dönemi süreleri açısından sosyal güvenlik riskleri açısından verilen haklar gösterilebilir. 5510 sayılı Kanununu md. 28 gereğince, emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalılardan, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul çocuğu bulunanların, 1 Ekim 2008 gününden sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenecektir. Eklenecek bu süreler ayrıca emeklilik yaş hadlerinden indirilecektir. Kadın sigortalı, doğumdan sonra iki yıldan daha az bir süreyi çalışmadan geçirmiş ise, bu süreler de borçlanılarak daha erken emekli olmalarına olanak sağlanmıştır.

Bunun yanı sıra Anayasa'nın kadın ve erkek cinsiyetinin eşit haklara sahip olduğu hükmünden yola çıkarak eşitliğin sağlanması yönünde düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda kadınlarla ilişkili çeşitli düzenlemeler yapılmasını öngören T.C. Başbakanlık 25 Mayıs 2010 tarihli "Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması" genelgesi yürürlüğe girmiştir. Genelgede sosyal güvenlik ve iş hukukunda süt izni, doğum izni, ebeveyn izni ve kadınlara yönelik teşvikler öngörülerek kadın istihdamının artırılması amaçlanmıştır. Bir diğer önemli hedefler belirleyen 2014-2018 dönemini kapsayan Onuncu Kalkınma Planıdır<sup>110</sup>. Plan kapsamında kadın istihdamının ve işgücüne katılma oranının artırılması tedbirlerinin gerekliliği vurgulanmıştır. Planda aile yaşamının iş yaşamından olumsuz etkilenmesini önlemek amacıyla güvenceli esnek çalışma, kreş ve çocuk bakım hizmetlerinin yaygınlaştırılması ve erişilebilir kılınması ile ebeveyn izni gibi alternatif modellerin uygulanması hedeflenmiştir.

Uluslararası kurumlar nezdinde de Türkiye'nin ebeveyn izni düzenlemesi de dâhil olmak üzere çocuk bakımına ilişkin yasal altyapısı ve uygulamasının yetersiz olduğu görülmektedir. Yine ülkemizin üyesi olduğu ve her yıl düzenli olarak katılım sağladığı BM Kadının Statüsü Komisyonunun 57. Dönem Toplantısı, "Kadın ve Kız Çocuklarına Yönelik Her Türlü Şiddetin Önlenmesi ve Ortadan Kaldırılması"

---

<sup>110</sup> Onuncu Kalkınma Planının (2014 - 2018) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına Sunulduğuna Dair Başbakanlık Tezkeresi İle Plan Ve Bütçe Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss476.pdf>, Erişim Tarihi, 02.07.2015.



konusuyla 2013 toplantısında bu yetersizlik ele alınarak değerlendirilmiştir. Kadın istihdamının geniş bir şekilde ele alındığı toplantıda esnek çalışma saatleri, kadınlar ve erkekler arasındaki ücret farklılıkları, çocuk bakımı ve kreş hizmetleri, ebeveyn izni ve kadınların karar almada yeri gibi konular başlıca üzerinde durulan konulardan olmuştur<sup>111</sup>.

Bir başka düzenleme, “Aile Paketi”<sup>112</sup> olarak nitelendiren ve 2015 yılı başında çıkarılan tasarı kadının çalışma hayatından kopmaması için getirilen önerilerle tartışmaları beraberinde getirdi. Pakette yer alan ve doğum sonrasında kadın çalışana ilk doğumda 2, ikinci doğumda 4, üçüncü doğumda da 6 ay süreyle yarı zamanlı çalışma imkânı tanınmanın yanı sıra ücretin ödeneceği başlangıçta düzenlenmiştir. Ancak eleştiriler üzerine süre; hem memurlar hem de işçiler için her çocuk doğumunda 6 ay süreli yarı çalışma olarak tekrar düzenlendi. Kadın bu kısmi çalışmaya 16 haftalık izin süresi bittikten sonra başlayabilecektir. Bu süre engelli çocuk sahibi olan kadınlar için 1 yıl olarak belirlenmiştir. Ayrıca çoğul doğumlarda bu süreler 30 gün eklenmesi ve evlat edinme halinde de bu haktan yararlanılması yer almaktadır. Altı aylık süreden sonra kadın çalışan işten çıkarılamaması güvencesiyle çocuğun 6,5 yaşına kadar kısmi süreli çalışabilecek. Tasarıya göre, yasal olarak kanunda belirlenen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışan kadının bu süreye ilişkin ücreti ve sigorta primleri işveren tarafından, çalışmadıkları sürenin ücret ve primleri ise İşsizlik Sigortası Fonu’ndan karşılanacaktır. Devletin ödeyeceği limit her çalışana ücretinin yarısı ancak üst limit olarak asgari ücret kadar ek ödeme olacaktır. Bakıma muhtaç çocukların belirlenen yaş sınırına kadar kadınlara kısmi çalışma fırsatı verilmesi, çalışma ile bakım işlerini birlikte yürütülmesi amacının tezahürüdür. Bu amacın çalışma yaşamının uyumlulaştırılması adı altında kadınları güvencesiz, esnek zamanlı işlere yönlendirdiği, çocuk bakımının her halükarda kadın görevi olduğu düşüncesini pekiştirdiği ve cinsiyet ayrımcılığını daha da derinleştirdiği yönünde tartışmalar ortaya çıkmıştır. Ancak şunu ifade

<sup>111</sup> TBMM, s. 177-178.

<sup>112</sup> Ailenin Ve Dinamik Nüfus Yapısının Korunması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarı Metni: <http://www.memurlar.net/common/news/documents/498798/370449.pdf>, Erişim Tarih: 02.07.2015.

etmek gerekir ki, nüfusun doğurganlık oranının yükseltilmesi ve kadın istihdamının da sürekliliği açısından bu düzenleme tek yönlü bir çalışma gibi yetersiz olmaktadır. Bakım sorumluluklarını da içine alacak şekilde bir düzenleme yapılarak uzun vadede sosyal politika hedefleri belirlenmesi doğru olacaktır.

Diğer gelişmiş ülkelerin sağlamış olduğu haklarla karşılaştırıldığında Türkiye'nin sağlaması gereken sosyal politikalar ve ebeveyn izni gibi yasal düzenlemeyi bekleyen konularda epeyce geç kaldığı aşikârdır. İster Avrupa ülkelerinde ister de eski SSCB Cumhuriyetlerinde uygulanan ebeveyn izni uygulaması tüm tartışmalara rağmen halen bekletilmektedir. İzin uygulanabilirliği açısından, özellikle işverenlerin tepkisini engellemek amacıyla, belirli sayıdan az işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanacak ebeveynlik izinlerinden dolayı zarar görme ihtimali bulunan işverenlerin devlet kanalıyla desteklenmesi bu yönde uygulanabilirliğini arttıracaktır. Yine sendikaların işverenler ya da işveren sendikaları ile yapacakları toplu iş sözleşmelerine ebeveyn izinleri hakkında hükümler konularak gerçekleştirilmesi başlangıçta iznin uygulamaya konulması açısından destekleyici önerilerdir<sup>113</sup>.

### **SONUÇ**

Ebeveyn izni uygulamaları ister gelişmiş, isterse de gelişmişlik düzeyi Türkiye'nin altında olan birçok dünya ülkelerinde sürdürülmektedir. Bu bakımdan çalışan anne-babaların mesleki, özel ve aile yaşamlarını uyumlu hale getirebilmeleri açısından sosyal politika araçlarından biri gibi çocuk bakımının ebeveyn tarafından verilerek aile ve çalışma yaşamı dengesi kurulmasına katkı yapmaktadır.

Toplumsal yaşamda kadının aile içindeki konumu, hamilelik ve analık halinde uygun çalışma koşullarının sağlanması, iş güvencesine sahip olması ve istihdamının sürekliliği açısından kadın işçilerin yeterli şekilde koruyucu haklara sahip olmaları gereklidir. Nitekim günümüzde çocuk bakımı gibi kadın istihdamı önündeki engeller toplumun ikincil işgücünü oluşturan kadınların çalışmasını sekteye uğratmaktadır. Oysa toplumda cinsiyete dayalı eşitsizlikleri bertaraf edici ve aile ve çalışma dengesini sağlayıcı ebeveyn izni gibi uygulamalar sosyal politikanın en

---

<sup>113</sup> EKİN - KAYIRGAN, s. 1062-1063.

önemli sorunlarından biri olan kadın istihdamının arttırılmasına da vesile olacaktır.

Ailevi sorumlulukların sadece kadın üzerinde bırakan geleneksel anlayışın yasalarda da sürdürülmesi kadının işgücüne katılmasını etkilemekte ve cinsiyete dayalı işbölümünü derinleştirmektedir. Ülkemizde kadın istihdamının düşük olması nedenlerinin başında bakım hizmetlerinin yetersizliği gelmektedir. Nitekim bakım hizmeti bir bütün olarak ele alındığında, devletin sağlaması gereken kurumsal hizmetler, parasal yardım ve zaman dilimi açısından verilecek izinler olarak geniş bir sosyal politika uygulamasıdır. Sadece ebeveyn izni uygulanması tabii ki, sorunu ortadan kaldırmayacaktır. Ancak bakım hizmetinin bir parçası olarak ebeveyn izninin çalışma hayatına yerleştirilerek ebeveynlere ücretli izin hakkı tanınması bu sorunu belirli düzeyde azaltacak ve erkeklere de sorumluluk yükleyerek çocuk bakımına ilişkin sorumlulukları paylaşmalarına imkân tanınması ile kadın istihdamının sürekliliği arttırılacaktır.

Diğer yönden ebeveyn izni talebinin karşılanması da yeterli olmayacaktır. Ebeveyn izni uygulamasının ortaya çıkaracağı sorunları da kapsayacak şekilde düzenlemeler yapılması gerekmektedir. İzin uygulanmasının önündeki zorlukların aşılması için araştırmalarda da vurgulandığı üzere zor durumda kalacak işverenlere verilecek desteğin yanı sıra, izin nedeniyle çalışma hayatına ara vermiş olan kadınların ve erkeklerin de çalışma hayatına uyumunun sağlanması için gerektiği taktirde hizmet içi eğitim verilerek çözüm sağlanacaktır.

Bilindiği üzere ebeveyn izni yıllardır üzerinde tartışılmasına ve önerilmesine rağmen işveren kesiminin baskısıyla uygulanmaya konulmamıştır. Bir taraftan devletin uzun vadeli sosyal politika projeleri kapsamında nüfusun doğurganlık artışının korunması ve kadın istihdamının arttırılarak sürekliliğinin sağlanması amaçları bu yönde yeni düzenlemeler yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Öte taraftan ise bu gibi düzenlemelerin ortaya çıkaracağı maliyet ve diğer sorunları nedeniyle işveren kesiminin baskısının yanı sıra getirilecek tek yönlü düzenlemeler sorunun çözümüne değil daha da derinleşmesine neden olacaktır. 2015 yılı başında genç nüfus artışının desteklenmesi, doğum yapan anneye doğum yardımı verilmesi, doğum yapan kadınların çalışma saatlerini azaltması, işverenlerin istihdamda geçici iş ilişkisi kurması, özel istihdam bürolarının genç ve kadın istihdamında rol üstlenmesi

yönünde düzenlemeleri öngören "Aile Paketi" tasarısı bu yönde tartışmaları daha da arttırmıştır.

Temel amacı istihdamı destekleme adıyla hayata geçirilmesi düşünülen bu gibi uygulamalar toplumda bütün kadınların geleceğini ilgilendirmektedir. Aile ve çalışma yaşamının uyumlaştırılmasının ve kadınların çalışma yaşamında konumunun güçlendirilmesi bakım sorumluluklarını yine kadının üzerinde bırakarak sadece kısmi süreli çalışma biçiminin verilmesiyle mümkün olmayacaktır. Toplumsal yaşamda aile ve bakım sorumluluklarının tamamını üstlenmiş kadın tipi olarak değil, tüm bunlardan bağımsız bir birey olarak erkeklerle eşit sorumlulukları paylaşan kadın tipi toplumun sağlıklı gelişimine katkı yapacaktır. Bu doğrultuda devlet sadece kadınların doğum izni, emzirme izni, kısmi çalışma gibi bireysel düzenlemelerle değil, ebeveyn iznini de içinde bulunduran bakım sorumluluklarının çözümünü de kapsayan genel politikalarla kadının toplumsal yükümlülüklerini azaltması gerekmektedir. Yasa ile getirilen düzenlemeler sırf doğum oranı veya istihdam oranlarını artırma amacıyla değil, kadına toplumun bir bireyi olarak zorunlu hakları sağlaması ile zaten olumlu sonuçlar doğuracaktır. Aynı zamanda sadece kadına değil, bu düzenlemelerin ülkenin toplumsal yaşamına sağlayacağı katkıları, sosyolojik yönüyle etkileri de bir bütün olarak değerlendirilerek verilmelidir. Eşitsizliği ve ayrımcılığı toplum yaşamından bertaraf eden, çalışma hayatında kadın ve erkeklerin çalışma barışını temin eden koruyucu haklar doğurganlık oranlarını, istihdam yaratma amacını ve aynı zamanda çocukların sağlıklı gelişimini de etkileyecektir.

#### **KAYNAKLAR**

ALİYEV, Mayıs, Sosyal Teminat Hukuku, Bakü, 2007.

ALKAN, Ayten, Yerel Yönetimler ve Cinsiyet, Dipnot Yayınları, Ankara, 2005.

ALPKAYA, Gökçen, Uluslararası Hukukta Kadının Durumuna İlişkin Bazı Veriler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Gündüz ÖKÇÜN'e Armağan), Cilt: 47, Sayı: 1-2, Ankara, 1992.

ASLİCAN, Kalfa, Refah Rejimi Bağlamında Çocuk Bakımı Hizmetleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 26, İstanbul, 2010.

ATAMAN, Berrin Ceylan, “Avrupa Birliği Sosyal Politikasının Temel Prensipleri ve Avrupa İstihdam Stratejisi”, Avrupa Birliği İstihdam ve Sosyal Politikası, (Derleyen: Berrin Ceylan ATAMAN), Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2005.

ATAMAN, Hakan, Avrupa Sosyal Şartı Ve Uygulaması, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2010.

Avrupa Birliği’nde Sosyal Güvenlik, T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, Ankara, 2012.

Avrupa Toplulukları Komisyonu Tebliği, “Komisyonun Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Konusunda Oluşturulacak Toplum Çerçeve Stratejisine Yönelik Görüşleri 2001–2005”, 2000, [http://statik.iskur.gov.tr/tr/dis\\_iliskiler/toplum\\_cerceve\\_stratejisi.htm](http://statik.iskur.gov.tr/tr/dis_iliskiler/toplum_cerceve_stratejisi.htm), 20.05.2015.

BAYRAM, Mehmet Hanifi Avrupa Birliği Hukuku Dersleri, Ankara, 2013.

BOLCAN, Aybike Elif, Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın, Çalışma ve Toplum, Cilt: 1, Sayı: 24, İstanbul, 2010.

CEDAW Sivil Toplum Yürütme Kurulu ve TCK Kadın Platformu (Hazırlayanlar), Türkiye’nin Kadına Karşı Ayrımcılığı Önleme Komitesi’ne Sunduğu Altıncı Periyodik Rapor için STK Gölge Raporu, CEDAW Komitesi’nin 46. Oturumu, Temmuz, 2010, [http://kasaum.ankara.edu.tr/files/2013/02/CedawTR\\_6-gozden-gecirme-golge-rapor.pdf](http://kasaum.ankara.edu.tr/files/2013/02/CedawTR_6-gozden-gecirme-golge-rapor.pdf), 14.06.2015.

Çalışma Mevzuatı İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, T.C. Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Yayın No: 11, (Editör: Fazıl Aydın), Ankara, 2014.

ÇELİK, Aziz, “Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı ve Türkiye’nin Uyum Süreci-2”, Sendikal Notlar, Sayı: 25, Mart 2005. [http://www.kristalis.org.tr/aa\\_dokuman/AB%20Sosyal%20Politikasi%202.pdf](http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/AB%20Sosyal%20Politikasi%202.pdf), 15.06.2015

ÇELİK, Aziz, “Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı Ve Türkiye’nin Uyum Süreci-1”, Sendikal Notlar, Sayı: 24, 2005, [http://www.kristalis.org.tr/aa\\_dokuman/absosyalpolitikasi1.pdf](http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/absosyalpolitikasi1.pdf), 14.06.2015.

DEDEOĞLU, Saniye, “Eşitlik mi Ayrımcılık mı?, Türkiye’de Sosyal Devlet ve Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 21, İstanbul, 2009.

DEDEOĞLU, Saniye, Toplumsal Cinsiyet Rollerini Açısından Türkiye’de Aile Ve Kadın Emegi, Toplum ve Bilim, Sayı: 86, Ankara, 2000.

DEMİR, Fevzi İş Hukuku Uygulaması, İzmir, 2013.

DİNÇ, Meryem, “Çalışma Hayatında Kadınlarla İlgili Hukuki Düzenlemeler”, Kamu-İş Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 3, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/636.pdf>, 14.05.2015.

Doğum İzni – Ebeveyn Zamanı – Yarım Günlük İş; s. 11. [http://www.igmetall-wob.de/uploads/media/Mutterschutz\\_tuerkisch.pdf](http://www.igmetall-wob.de/uploads/media/Mutterschutz_tuerkisch.pdf), 29.06.2015.

EKİN Ali/KAYIRGAN, Hasan, Uluslararası Alanda Ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni, D.EÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel Sayı, İzmir, 2013.

ERALTUĞ KÖKKİLİNÇ, Ayşegül, Avrupa Birliği Hukuku’nda Ebeveyn İzni, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 9, Cilt: 3, İstanbul, 2006.

ERDUT, Tijen, “İşgücü Piyasasında Enformelleşme ve Kadın İşgücü”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 6, İstanbul, 2005.

ERDUT, Zeki, “Avrupa Birliği’nde Çalışan Kadınların Hakları”, Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan, TÜHİS Yayın No: 38, Ankara, 2000.

Erken Yaşlarda Çocuk Refahı ve Kadın İstihdamı Politika Belgesi, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı. <http://www.unicef.org.tr/bilgimerkezidetay.aspx?id=78>, 28.06.2015.

ERTÜRK, Şükran, Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifi Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın ve Erkek Eşitliği, Ankara, 2008.

ESER, Burçin Yılmaz/TERZİ, Harun, Türkiye’de İşsizlik Sorunu Ve Avrupa İstihdam Stratejisi Türkiye’de İşsizlik Sorunu Ve Avrupa İstihdam Stratejisi, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 30, Kayseri, 2008.

Finlandiya Çalışma Ziyareti Raporu, 27-29 Kasım 2006. [http://ailetoplum.aile.gov.tr/data/54293635369dc32358ee2a90/finlandiya\\_raporu\\_finlandiya\\_raporu.doc](http://ailetoplum.aile.gov.tr/data/54293635369dc32358ee2a90/finlandiya_raporu_finlandiya_raporu.doc), 29.06.2015.

GÖKBAYRAK, Şenay, İşgücü Piyasaları ve Sosyal Güvenlikte Dönüşüm Ekseninde Kadınların Emeklilik Güvencesi, Çalışma ve Toplum, Cilt: 2, Sayı: 29, İstanbul, 2011.

GÖKBAYRAK, Şenay, Refah Devletinin Dönüşümü ve Bakım Hizmetlerinin Görünmez Emekçileri Göçmen Kadınlar, Çalışma ve Toplum, Cilt: 2, Sayı: 21, İstanbul, 2009.

GÖKÇE, Burcu/AKIN Yılmaz, Avrupa Birliği'nin Yaşlanma Sorununa Bir Çözüm Olarak Türkiye'nin Üyeliği, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi Cilt: 8, No:1, 2009.

GÜLMEZ, Mesut Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek Miyiz? Çalışma ve Toplum, Cilt: 1, Sayı: 12, İstanbul, 2007.

GÜLMEZ, Mesut, Avrupa Birliğinde Sosyal Politika, Türkiye-AB Sendikal Koordinasyon Komisyonu, Ankara, 2003.

GÜNAL, Pınar, Avrupa Birliği'nin Güney Avrupa Sosyal Devlet Modeline Etkisi: İspanya Örneği, T.C. Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü, Yardım ve Dayanışma Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ankara, 2010.

GÜNGÖR, Ayşegül Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri, Ankara Barosu, Ankara, 2012.

İŞİĞİÇOK, Özlem, "İstihdam ve Eşitlik Politikaları Kapsamında Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Ebeveyn İzni", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt: 55, Sayı: 1, İstanbul, 2005.

Kadın Hakları: Uluslararası Hukuk Ve Uygulama, "Aile Sorumlulukları Bulunan İşçiler Hakkında Sözleşme", (Editör: Burcu YEŞİLADALI), İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, s. 481-486, [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C183, 15.05.2015](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C183, 15.05.2015).

Kadın İşçinin El Kitabı, (Der. Hülya UZUNER), Türk Metal Sendikası, Ankara, 2011.

KAPAR, Recep, Hollanda'da Kadınların Kısmi Süreli İstihdamı ve Etkileri, Çalışma ve Toplum, Cilt: 2, Sayı: 29, İstanbul, 2011.

KAYA, Gözde, Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı, Avrupa Birliği Bakanlığı, Ankara, 2012.

KESİCİ, Mehmet Rauf Avrupa Emek Piyasası Dinamikleri ve Avrupa İstihdam Stratejisi Temelinde Türkiye'nin Uyumu, Çalışma Ve Toplum, Cilt: 11, Sayı: 28, İstanbul, 2011.

KESİCİ, Mehmet Rauf/SELAMOĞLU, Ahmet “Genel Hatlarıyla Avrupa İstihdam Stratejisi ve Geçirdiği Dönüşüm”, “İş, Güç” Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2005, <http://www.isgucdergi.org/?p=article&id=243&cilt=7&sayi=2&yil=200,02.06.2015>.

KONUK, Bahar, Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi, Journal of Yaşar University, Cilt: 8, Sayı: Özel, İzmir, 2013.

KORAY, Meryem Avrupa Birliği ve Türkiye’de Cinsiyet Eşitliği Politikaları: Sol-Feminist Bir Eleştiri, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 29, İstanbul, 2011.

ODER, Bertil Emrah, Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık. Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2004.

Onuncu Kalkınma Planının (2014 - 2018) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına Sunulduğuna Dair Başbakanlık Tezkeresi İle Plan Ve Bütçe Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss476.pdf>, 02.07.2015.

ÖZAYDIN, Mehmet Merve, “Küreselleşme Sürecinde Türkiye’de İşsizlik Sorunu ve Düşündükleri”, [www.harbis.org.tr/media%5Cagudosya.3.doc](http://www.harbis.org.tr/media%5Cagudosya.3.doc), 14.06.2015.

ÖZGÜLER, Verda Canbey, Avrupa ve Türkiye İşgücü Piyasalarının Karşılaştırmalı Analizi, İstanbul, 2013.

QASIMOV, Alış, Emek Hukuku, Qanun Yayınevi, Bakü, 2006.

REÇBER, Kamuran, Avrupa Birliği Hukuku, Bursa, 2013.

SAYIN, Aysun, Avrupa Birliğinde Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği, (KEİG), İstanbul, 2008.

SCHOLZ, Olaf, Almanya Sosyal Güvenlik Mevzuatı, s. 9, <http://www.xn--trkiyeemeklilik-zvb.com/mevzuatlar/genel/3.pdf>, 30.06.2015.

SUR, Melda “Çalışma Hayatında Kadının Hukuki Durumu”, içinde Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, (Der. Zafer Gören), DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları No.86, İzmir, 17-18 Mayıs 1998.

SÜRAL, Nurhan, Türkiye’de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve, DEÜ Hukuk Fak. Dergisi Cilt: 15, İzmir, 2013.

ŞEN, Murat, Türkiye Cumhuriyeti’nin Onayladığı İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, Ankara, 2003.



TAŞKIN, Lale, Uluslararası Sözleşmeler Işığında Kadının Durumu, C.Ü. Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi, Sivas, 2004.

TBMM Finlandiya raporu, [www.athgm.gov.tr/.../FINLANDIYA\\_RAPORU\\_FINLANDIYA\\_RAPOR](http://www.athgm.gov.tr/.../FINLANDIYA_RAPORU_FINLANDIYA_RAPOR), 29.06.2015.

TBMM, Her Alandaki Kadın İstihdamının Artırılması Ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları No: 12 Kasım 2013, [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon\\_raporu\\_2014\\_1.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_raporu_2014_1.pdf), 29.06.2015.

TULUKÇU, N. Binnur, Dinlenme Hakkı, Ankara, 2012.

UÇKAN, Banu, Avrupa Birliği Anayasası'nın Genel Çerçevesi ve Sosyal Politikalara İlişkin Temel Düzenlemeleri, Çalışma ve Toplum, Cilt: 3, Sayı: 6, İstanbul, 2005.

Uluslararası Çalışma Örgütü, Geleceğin Korunması: Annelik, babalık ve çalışma”, <http://www.oit.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/areas/woman/brosurler/bro02.pdf>, 16.05.2015.

YAKTIL, Gürsel Toplumsal Yaşamda Kadın, Toplumsal Yaşamda Kadın, 7. Baskı, A.Ü.A.Ö.F Yayınları, Eskişehir, 2013.

КРАВЧЕНКО Ж.В./МОТЕЮНАЙТЕ, А., Женщины И Мужчины На Работе И Дома: Гендерное Разделение Труда В России И Швеции, Журнал Исследований Социальной Политики, Том 6, № 2, [http://ecsocman.hse.ru/data/157/633/1219/Kravhenkox2c\\_Moteunajte.\\_Wensiny\\_i\\_muwhiny\\_na\\_rabote\\_i\\_doma.pdf](http://ecsocman.hse.ru/data/157/633/1219/Kravhenkox2c_Moteunajte._Wensiny_i_muwhiny_na_rabote_i_doma.pdf), 16.06.2015.

С 2014 Года Увеличен Отпуск По Уходу Заробенком, <http://www.vesti.ru/doc.html?id=1177915>, 01.07.2015



## ARACILIK KONSORSİYUMU

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Sencer KARA\*

## INTERMEDIATION CONSORTIUM

### ÖZET

*Sermaye piyasası araçlarının halka arzının, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yetkilendirilmiş yatırım kuruluşları aracılığıyla gerçekleştirilmesi esastır. Ayrıca sermaye piyasası araçlarının satışının ve bunlara ilişkin anapara, faiz ödemesi gibi benzeri yükümlülüklerin halka arza aracılık eden yetkili kuruluş veya diğer yetkili kuruluşlar vasıtasıyla yerine getirilmesi zorunludur. Bazı halka arzlarda sermaye piyasası aracı miktarının çokluğu, birden fazla yetkili kuruluşu işbirliği yapmaya yöneltir. Böylece hem finansal riskler paylaşılmış, hem de sermaye piyasası araçları daha fazla sayıda yatırımcıya ulaştırılmış olur. Yetkili kuruluşları tarafından belirli bir halka arz işlemine aracılık faaliyetini gerçekleştirmek üzere oluşturulan birlikler 'aracılık konsorsiyumu' olarak ifade edilmektedir. Bu çalışmada aracılık konsorsiyumunu ve konsorsiyum lider ve üyelerine ilişkin olarak 30.12.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri incelenmektedir.*

**ANAHTAR KELİMELELER:** Halka Arz, Halka Arza Aracılık, Aracılık Konsorsiyumu, Konsorsiyum Lideri, Adi Ortaklık

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

### **ABSTRACT**

*It is essential that the public offer of the capital market instruments is performed via institutions authorized to perform investment services and activities by The Capital Markets association of Turkey. Also, sales of capital market instruments and such obligations as payment of principal and interests are required to be performed through the authorized institution acting as an underwriter in public offering or through other authorized institutions. In some public offers, the multitude of capital market instruments paves the way to the collaboration of more than one authorized institution. In this way, not only are the financial risks shared, but also capital market instruments are made available to more investors. The unities that are formed by authorized institution to perform a certain act of underwriting the public offering process by are referred as 'intermediation consortium'. In this article, The Capital Markets Law numbered 6362, published and came into force on 30.12.2012, and its provisions regarding intermediation consortium, its leader and members are discussed.*

**KEYWORDS:** *PublicOffer, IntermediationforPublicOffering, IntermediationConsortium, ConsortiumLeader, OrdinaryPartnership.*

### **I. GENEL OLARAK**

Sermaye piyasası yatırım hizmet ve faaliyetlerinden birini halka arza aracılık oluşturmaktadır (Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) m.37/1-e, f; III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri İle Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, m.4/1-e,f) ). Halka arz<sup>1</sup>, hem birincil piyasada<sup>2</sup> hem de ikincil piyasada<sup>3</sup> kullanılabilen bir satış yöntemidir<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Halka arz, "sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrışı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışı"ni ifade eder (SPK m.3/1-f).

<sup>2</sup> Birincil piyasalar, sermaye piyasası araçlarının ilk kez ihraç edilerek, alım satımı ve dağıtımigibi faaliyetlerin yürütüldüğü piyasalardır. ÜNAL, Oğuz Kürşat, Aracı Kurumlar, Ankara 1997, s.28; KARA, Mustafa Sencer, Sermaye Piyasası Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009, s.14.

Sermaye piyasası araçlarının<sup>5</sup> halka arzının, yetkili bir kuruluş aracılığıyla gerçekleştirilmesi esastır<sup>6</sup>. Bu aracılık faaliyeti sadece Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yetkilendirilmiş aracı kurumlar ile kalkınma ve yatırım bankaları tarafından yürütülebilir (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.52; SPK m.3/1-a; 39/9; II-5.2 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği, m.4/1-s).

Sermaye piyasası araçlarının halka arzına aracılık, yüklenimde bulunarak (yüklenimli) (SPK m.37/1-e) ya da yüklenimde bulunmaksızın (yüklenimsiz) (SPK m.37/1-f) gerçekleştirilebilir. Yüklenimli aracılık faaliyetinin (aracılık yüklenimi) ise bakiyeyi yüklenim, tümünü yüklenim, kısmen bakiyeyi yüklenim ve kısmen tümünü yüklenim olmak üzere dört farklı şekli bulunmaktadır.

“Bakiyeyi yüklenim”de, halka arza aracılık eden yetkili kuruluş, satışı yapan ihraççı ve/veya halka arz edene, ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışa sunmayı ve satılmayan kısmının tamamının bedelini satış süresi sonunda tam ve nakden ödeyerek satın almayı taahhüt eder (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.51/1-a-1). “Tümünü yüklenim”de ise, halka arza aracılık eden yetkili kuruluş, ihraç

<sup>3</sup> İkincil piyasalar, birincil piyasada ihraç edilmiş ve halen dolaşımda bulunan sermaye piyasası araçlarının el değiştirerek işlem gördüğü piyasalardır. ÜNAL, ARACI KURUMLAR, s.34; KARA, s.15.

<sup>4</sup> MEMİŞ, Tekin/TURAN, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2015, s.51; YOĞLU, Tolga, Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri, İstanbul 2008, s.76; TEKİNALP, Ünal, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982, s.22; MANAVGAT, Çağlar, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991, s.79; ÜNAL, ARACI KURUMLAR, s.35.

<sup>5</sup> Sermaye piyasası araçları, “menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını” ifade eder (Sermaye Piyasası Kanunu m.3/1-ş).

<sup>6</sup> Sermaye piyasası araçlarının halkı arzının yetkili kuruluşlar aracılığıyla gerçekleştirilmesi esas olmakla birlikte, istisnai olarak payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklar, paylarını talep toplamaksızın kendileri satabilir. Satış, yetkili kuruluşlar aracılığıyla da gerçekleştirilebilir (II-5.2 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği, m.15; 17).

edilecek sermaye piyasası araçlarının bedelini satış başlamadan önce tam ve nakden ödeyerek tamamını satın almayı ve daha sonra da halka satmayı üstlenir (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.51/1-a-2). Sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışa sunulması ve satılmayan kısmın bir bölümünün bedeli satış süresi sonunda tam ve nakden ödenerek satın alınması halinde “kısmen bakiyeyi yüklenim”; satışın başlamasından önce tam ve nakden ödenmek suretiyle bir kısmının satın alınarak halka satılması halinde ise “kısmen tümünü yüklenim” söz konusu olur (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.51/1-a-3,4).

Halka arza piyasası araçlarını satın alma taahhüdünde bulunmaksızın, sadece satışa aracılık etmeyi üstlenebilir. Yüklenimsiz aracılık (en iyi gayret aracılık eden yetkili kuruluş, halka arz edilecek sermaye aracılığı) olarak ifade edilen bu halde yetkili kuruluş, ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarını, izahnamede belirtilen satış süresi içinde satışa sunmayı, satılmayan kısmı ise satışı yapana iade etmeyi veya bunları daha önce satın almayı taahhüt etmiş üçüncü kişilere satmayı taahhüt eder (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.51/1-b)<sup>7</sup>.

Halka arza aracılık eden yetkili kuruluş, halka arz edilecek sermaye piyasası araçlarının satışı ile bunlara ilişkin anapara, faiz ödemesigibi yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlar. Yetkili kuruluş, izahnamede öngörülen satış koşulları ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak halka arzı gerçekleştirmekle yükümlüdür (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.28/1,3). Bazen ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak halka arzı gerçekleştirmek, aracılığı yalnız yürüten yetkili kuruluşun gücünü aşması sebebiyle mümkün olmayabilir.

Aracılık yükleniminde bulunacak yetkili kuruluşların, yüklenebilecekleri mali sorumluluğun azami sınırı Kurul tarafından belirlenir (SPK m.42). Halka arza aracılık faaliyetleri esnasında, aracı

---

<sup>7</sup> Yüklenimli aracılık faaliyetinde yüklenimde bulunan yetkili kuruluş, sermaye piyasası araçlarının ihraççıdan satın alırken belirlenen değeri ile tekrar yatırımcılara satarken belirlenen değeri arasındaki fark “spread”, kârını oluşturur. ALLEN, Samuel N., A Lawyer’s Guide to the Operation of Underwriting Syndicates, *New England Law Review*, Volume 26, No 319, s.321.

kurumların yüklenebilecekleri taahhütlerin tutarı, Kurul'un sermaye yeterliliği düzenlemeleri uyarınca belirlenen sınırı aşamaz (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.54/1-g). Aracı kurumların yüklenebilecekleri taahhütlerin üst sınırına "yüklenim üst sınırı"<sup>8</sup> denilmektedir.<sup>9</sup> Halbuki bazı halka arzlarda aracı kurumların yüklenmeleri gereken taahhütlerin tutarı bu sınırın üstünde olabilmektedir.<sup>10</sup>

Halka arzına aracılık edilen sermaye piyasası araçlarının miktar ve tutarlarının yüksek olması halinde, ortaya çıkacak mali risk ve iş yükünü bir yetkili kuruluş tek başına üstlenmekten çekinebilir. Yetkili kuruluş gerek mali sorumluluğu, gerekse iş yükünü paylaşmak isteyebilir.<sup>11</sup> Bu gibi durumlarda, sermaye piyasası araçlarının halka arzına birden fazla yetkili kuruluş aracılık edebilir. Birden fazla yetkili

<sup>8</sup> Aracı kurumlar, "dar yetkili", "kısmi yetkili" ve "geniş yetkili" olmak üzere üç gruba ayrılır. Aracılık yüklenimi sadece "geniş yetkili aracı kurumlar" tarafından gerçekleştirilebilir (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.8). Seri:V No:34 sayılı Aracı Kurumların Sermayelerine Ve Sermaye Yeterliliğine İlişkin Esaslar Tebliği'nin 7. maddesine göre geniş yetkili aracı kurumların 25.000.000 TL asgari özsermayeye sahip olması gerekir. Aynı Tebliğ'in 9.maddesine göre ise, aracı kurumların, aracılık yüklenimi nedeniyle oluşan borçları veya taahhütleri, takas kurumlarına ve müşterilere olan borçları dahil, bilançoda yer alan tüm kısa ve uzun vadeli borçları toplamı, sermaye yeterliliği tabanlarının 15 katını aşamaz.

<sup>9</sup> AYOĞLU, s.207, dpn.672; KARA, s.113.

<sup>10</sup> Halka arza aracılık sözleşmesinde yer alan yüklenim üst sınırını aşan sözleşme hükümleri ile yapılan işlemler geçerli sayılmaktadır. AYOĞLU, s.207, dpn.672; TEKİNALP, s.90; ÜNAL, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005, s.632-633. Ancak bu halde Kurul, sermaye piyasası mevzuatı hükümlerine aykırı faaliyeti sebebiyle aracı kurumun faaliyetlerinin kapsamını sınırlandırmaya veya geçici olarak durdurmaya, tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini iptal etmeye ya da öngöreceği diğer her türlü tedbiri almaya yetkilidir (SPK m.96). Kurul ayrıca idari para cezası da verebilir (SPK m.103/1).

<sup>11</sup> ÜNAL, ARACI KURUMLAR, s.200; İNCEOĞLU, Mehmet Murat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2004, s.114; AYOĞLU, s.300.

kuruluşun halka arza aracılık etmesi halinde, bu kuruluşlar tarafından “aracılık konsorsiyumu”<sup>12</sup> oluşturulur.

Aracılık konsorsiyumu oluşturulmasının sebepleri arasında ihraççı ortaklıkların özellikle bazı banka veya aracı kurumlar ile çalışmak istemeleri de yer almaktadır. İhraççı ortaklıklar, kendi halka arzlarında halen ticari ilişkileri bulunan ya da potansiyel olarak çalışabileceklerini düşündükleri kuruluşların bulunmalarını isterler<sup>13</sup>. Bir diğer sebep ise, bilgi asimetrisini azaltmak ve sermaye piyasası araçlarının değerlerinin doğru oluşmasını sağlamaktır. Ayrıca bazı halka arzların yapıldığı bölge, ilgili sektör ile ilgili olarak deneyim gerektirebilir. Bu nedenle aracı kurum ve bankalar, diğerlerinin deneyimlerden yararlanmak amacıyla birlikte çalışma talebinde bulunurlar<sup>14</sup>.

II-5.2 sayılı Tebliğ, m.28/1 hükmünde, sermaye piyasası araçlarının halka arzının, yetkili kuruluş veya bu kuruluşlardan oluşan konsorsiyum aracılığıyla gerçekleştirilmesinin esas olduğu ifade edilmiştir. III-37.1 sayılı Tebliğ’in “Aracılık Konsorsiyumu”<sup>15</sup> başlıklı 56. maddesinde konsorsiyuma ilişkin hükümler getirilmiş, 57. maddede ise konsorsiyum sözleşmesi düzenlenmiştir. Her ne kadar gerek SPK’da, gerekse Kurul tarafından çıkarılan tebliğlerde “aracılık konsorsiyumu”na ilişkin hükümler yer alsada, kavram olarak verilmemiştir. “Aracılık konsorsiyumu”, ihraç eden ve/veya halka arz edenin<sup>16</sup> sahip olduğu sermaye piyasası araçlarının halka arzında, satışa aracılık etmek üzere

---

<sup>12</sup> BARLAS, aracılık konsorsiyumu yerine “emisyon konsorsiyumu” ifadesini kullanmıştır. Emisyon konsorsiyumunu da “saf tedavül konsorsiyumu” ve “üstlenme konsorsiyumu” olarak ikiye ayırmıştır. BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2012, s.251.

<sup>13</sup> EJARA, s.50.

<sup>14</sup> EJARA, s.50.

<sup>15</sup> Sermaye Piyasası Kurulu’nun internet sayfasında yayınlamış olduğu III-37.1 sayılı Tebliğ’in İngilizce metninde, “aracılık konsorsiyumu”, “intermediationconsortium” olarak ifade edilmiştir. Bkz. Çevrimiçi: <http://www.cmb.gov.tr/apps/teblig/displayteblig.aspx?id=499&ct=f&action=displayfile>

<sup>16</sup> Halka arz eden, “sahip olduğu sermaye piyasası araçlarını halka arz etmek üzere Kurula başvuruda bulunan gerçek veya tüzel kişileri” ifade eder (SPK m.3/1-g).



Kurul tarafından yetkilendirilmiş birden fazla yatırım kuruluşunun oluşturduğu birlik olarak tanımlanabilir.

Aracılık konsorsiyumunun gerek halka arz eden, gerekse konsorsiyum üyeleri bakımından bir takım avantajları bulunmaktadır. Konsorsiyum sayesinde daha geniş yatırımcı kitlesine ulaşmak kolaylaşacaktır. Ayrıca konsorsiyum üye sayısına bağlı olarak, her bir üyenin satması gereken sermaye piyasası aracı ile birlikte risk de azalır<sup>17</sup>. Konsorsiyum üyeleri aracılık riskini üstlenmeleri ve verdikleri hizmetler sebebiyle halka arz fiyatının altında ayrıcalıklı sermaye piyasası aracı satın almaları da mümkündür<sup>18</sup>.

## II. ARACILIK KONSORSİYUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

### 1. Hukukî Nitelik

Türk hukukunda kabul edilen hakim görüş, aracılık konsorsiyumu üyeleri arasındaki ilişkinin hukukî niteliğinin “adi ortaklık” olduğu yönündedir<sup>19</sup>. Bu görüşe göre, aracılık konsorsiyum sözleşmesi ile SPK ve ilgili mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde, Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) adi ortaklığa ilişkin hükümleri uygulanır<sup>20</sup>.

Aracılık konsorsiyumunun hukukî niteliğine ilişkin olarak, klasik anlamda konsorsiyumların özelliklerinin incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Konsorsiyum ilişkisinden söz edilebilmesi için, iki veya daha çok gerçek veya tüzelkişinin belirli bir işi veya işler dizisini birlikte gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmeleri ve bunlardan her birinin diğerlerinden bağımsız olarak işin sadece bir bölümünü yerine getirmeyi

<sup>17</sup> KARA, s.13.

<sup>18</sup> KÜTÜKÇÜ, Doğan, Sermaye Piyasası Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2004, s.433; KARA, s.13.

<sup>19</sup> MANAVGAT, s.98, 101; BARLAS, s.257; KÜTÜKÇÜ, s.435; YASAMAN, Hamdi, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992, s.116; BERZEK, Ayşe Nur, Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti, *Reha Poroy’a Armağan*, İstanbul 1995, s.60; İNCEOĞLU, s.122; AYOĞLU, s. 310, 312. ÜNAL, aracılık konsorsiyumunu gerçek bir adi ortaklıktan çok, adi ortaklıkla ilgili hükümlerin uygulandığı, adi ortaklığa çok benzeyen “suigeneris” bir topluluk olarak nitelendirmenin mümkün olduğunu ifade etmiştir. ÜNAL, ARACI KURUMLAR, s.201.

<sup>20</sup> ÜNAL, ARACI KURUMLAR, s.201; YASAMAN, s.116.

üstlenmesi gerekir<sup>21</sup>.Çoğunlukla işin görülmesi taahhüt edilen kişi ile yapılan sözleşmede, konsorsiyum üyelerinin müteselsil sorumlulukları kaldırılmaktadır. Her bir konsorsiyum üyesi, yüklenilen işin sadece kendi üstlendiği bölümün yerine getirilmesinden sorumlu tutulur<sup>22</sup>. Eğer üyeler arasında bu şekilde bir paylaşım olmayıp, her üye işin tamamının ifasından sorumlu tutuluyorsa, bu halde gerçek ve teknik anlamda konsorsiyum ilişkisinin bulunduğu söylenemez<sup>23</sup>.

Konsorsiyum ilişkilerinde, genellikle işleme konu olan ekonomik değerler (sermaye piyasası araçları) üzerinde üyelerin birlikte mülkiyeti (elbirliği veya paylı) de bulunmaz. Her bir konsorsiyum üyesi, işleme konu ekonomik değer üzerinde kendi payı oranında bireysel mülkiyet hakkına sahiptir<sup>24</sup>. Konsorsiyumların bir diğer özelliği konsorsiyum üyelerinin kazanç elde etme ve paylaşma amacı taşımasının nadiren görülmesidir<sup>25</sup>. Çoğunlukla her bir konsorsiyum üyesi, işin kendi payına düşen bölümünün kazancını elde etmek istemekte ve kaybına katlanmaktadır. Her ne kadar konsorsiyumlar ortak bir iktisadi amaçla oluşsalar da, her zaman kazanç elde etme ve paylaşma amacı söz konusu olmaz<sup>26</sup>.

Klasik anlamda konsorsiyumların bu özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, aracılık konsorsiyumlarını yürüttükleri aracılığın türüne göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, halka arza aracılık faaliyetinin yüklenimli veya yüklenimsiz olarak yürütülmesi mümkündür. Yüklenimli aracılık

---

<sup>21</sup> BARLAS, s.243; TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal, JointVenture, *Prof.Dr.Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı*, Ankara 1988, s.162; KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-JointVenture, Ankara 2007, s.37; KORKUT, Ömer, Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (JointVenture) ve İş Ortaklığı, *Legal Hukuk Dergisi*, Nisan 2007, s. 1164;ŞAHİN, Turan, Konsorsiyum Sözleşmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011 (92), s.452; AYOĞLU, s.309.

<sup>22</sup> ŞAHİN, s.453.

<sup>23</sup> BARLAS, s.249; AYOĞLU, s.309.

<sup>24</sup> BARLAS, s.250; ŞAHİN, s.455; AYOĞLU, s.309.

<sup>25</sup> BARLAS, s.259; AYOĞLU, s.309.

<sup>26</sup> BARLAS, s.246-247; ŞAHİN, s.454; AYOĞLU, s.310.

faaliyeti yürüten aracılık konsorsiyumları, klasik konsorsiyumların karakteristik özelliklerini taşımaktadır. Gerek klasik konsorsiyumlarda<sup>27</sup>, gerekse yüklenimli aracılık faaliyeti yürüten aracılık konsorsiyumlarında<sup>28</sup>, üyeler arasındaki ilişkinin hukukî niteliğinin adi ortaklık olduğu kabul edilmektedir. Klasik konsorsiyumlarda olduğu gibi, yüklenimde bulunan aracılık konsorsiyumlarında üyelerin müteselsil sorumluluğunun genellikle sözleşme ile bertaraf edilmesi ve satış işlemine konu olan sermaye piyasası araçları üzerinde birlikte mülkiyetin bulunmaması, üyeler arasındaki ilişkinin adi ortaklık niteliğinde olmasına engel değildir. Farklılık arz eden bu hususların adi ortaklığa ilişkin TBK'nın emredici nitelik taşımayan, yedek hukuk kuralı niteliğinde hükümlerinde düzenlenmiş olmaları sebebiyle, aksinin kararlaştırılması her zaman mümkündür<sup>29</sup>. Aracılık konsorsiyumu sözleşmesi, SPK ve ilgili mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde, yüklenimli aracılık faaliyeti yürüten aracılık konsorsiyumları için adi ortaklığa ilişkin TBK m.620 vd. yer alan hükümler uygulanabilecektir. Ancak burada aracılık konsorsiyumunun yapısı ve özelliklerinin de göz önünde bulundurulması gerekir<sup>30</sup>.

Yüklenimsiz aracılık faaliyeti (en iyi gayret aracılığı) yürüten aracılık konsorsiyumları ise, klasik anlamda konsorsiyumların karakteristik özelliklerini göstermemektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, konsorsiyum üyeleri arasında işin görülmesinde bir paylaşım yapılmıyor ve her üye işin tamamının ifasından sorumlu tutuluyorsa, bu halde gerçek ve teknik anlamda konsorsiyum ilişkisinin bulunduğu söylenemez. Yüklenimsiz aracılık faaliyeti yürüten aracılık konsorsiyumu üyelerinin satışa aracılık edimleri bölünmeye müsait olmadığından üyeler, TBK m.638/3 hükmü ve kıyasen uygulanabilecek vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m.511/1 hükmü gereğince ihraççı ve /veya halka arz edene karşı müteselsilen sorumludurlar. Bu yönüyle

<sup>27</sup> POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, N.77; KAPLAN, s.37; BARLAS, s.257-258; YALMAN, Macit/TAYLAN, Erbay, Adi Ortaklık, Ankara 1976, s. 40.

<sup>28</sup> MANAVGAT, s.101; AYOĞLU, s.310.

<sup>29</sup> ŞAHİN, s.458; BARLAS, s.257-258.

<sup>30</sup> BARLAS, s.246-247; İNCEOĞLU, s.123; AYOĞLU, s.310-311.

yüklenimsiz aracılık faaliyeti yürüten aracılık konsorsiyumları, klasik anlamda adi ortaklık niteliği taşımaktadırlar<sup>31</sup>.

## **2. Aracılık Konsorsiyumu Açısından Adi Ortaklığın Unsurlarının İncelenmesi**

Adi ortaklık sözleşmesine ilişkin hükümler TBK'nın 620-645. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK m.620/I'e<sup>32</sup> göre, "*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir*". Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, "*Bir ortaklık, kanunla<sup>33</sup> düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır*". Eğer bir ortaklık, Ticaret Kanunu ve diğer kanunlarda düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, adi ortaklığa ilişkin TBK hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla adi ortaklık hükümleri uygulanacak ortaklığın, diğer kanunlarda düzenlenmiş ortaklık tiplerinden birine uymamalıdır.

TBK m.620/I hükmü göz önünde bulundurulduğunda, adi ortaklıkta kişi, sözleşme, ortak amaç, katılım payı ve işbirliği unsurlarının bir arada bulunması zorunludur. Dolayısıyla bu unsurların varlığı, konsorsiyum sözleşmesi bakımından da önem taşımaktadır.

### **a. Kişi Unsuru**

Adi ortaklık sözleşmesi için "iki ya da daha fazla" kişinin bulunması gerekir. Türk hukukunda, şahıs şirketlerinde tek ortaklı şirket niteliği kabul edilmemiştir<sup>34</sup>. Adi ortaklık için en az iki ortak şartı olsa da, üst sınır belirlenmemiştir. Adi ortaklıkların ortakları, gerçek veya

---

<sup>31</sup> AYOĞLU, s.312.

<sup>32</sup> 6098 sayılı TBK 620/I hükmünde, 818 sayılı Eski BK'da olduğu gibi "şirket" değil, "adi ortaklık sözleşmesi" tanımlanmıştır.

<sup>33</sup> 818 sayılı Borçlar Kanununun 520 nci maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan "Ticaret Kanununda" şeklindeki dar kapsamlı ibare yerine, Tasarımın 620 nci maddesinin ikinci fıkrasında "kanunla" ibaresi kullanılmıştır. 6098 sayılı TBK Gereçesi, m.620.

<sup>34</sup> Halbuki6102 sayılı TTK hükümlerine göre, anonim ortaklıklar (TTK m. 338) ile limited ortaklıklar (TTK m.573/1) tek ortaklı olabilirler.

tüzelkişilerden oluşabilir<sup>35</sup>. Aracılık konsorsiyum sözleşmesinin taraflarını ise sadece aracı kurumlar ile kalkınma ve yatırım bankaları oluşturabilir. Sözleşme taraflarının sınırlı oluşu, aracılık konsorsiyumlarının adi ortaklık olarak nitelendirilmelerine engel değildir<sup>36</sup>.

#### **b. Sözleşme Unsuru**

Bir adi ortaklığın kurulabilmesi için ortakların ortaklığı kurma hususunda açık veya zımni bir şekilde iradelerini açıklamış ve anlaşmış olmaları gerekir. Ortaklar arasında ilişki sözleşmenin yapılması ile kurulur. Adi ortaklık sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir. III.-37.1 sayılı Tebliğ'in 57. maddesinin birinci fıkrasında, aracılık konsorsiyumu sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. TBK m.12'nin emredici hükmü göz önünde bulundurulduğunda, Tebliğ hükmü ile yazılı şekil şartı getirilemez.

#### **c. Ortak Amaç Unsuru**

Adi ortaklık ortak bir amaca ulaşmak için kurulur. Ortaklık kurulurken her ortağın aynı amacı taşıması gerekir. Bu unsur adi ortaklığı iş görme sözleşmelerinden ayırmaktadır<sup>37</sup>. Adi ortaklıkta bu amaç her zaman iktisadidir<sup>38</sup>. Aracılık konsorsiyumunda ortak amaç, sermaye piyasası araçlarının halka arzını sağlayarak kazanç elde etmektir. Konsorsiyum üyelerinin satılamayan sermaye piyasası araçlarını satın alma taahhüdünde bulunmaları ortak amaç olarak değerlendirilemez<sup>39</sup>. Konsorsiyum üyelerinin nihai amacı bu sermaye piyasası araçlarının kendi mülkiyetlerinde kalması değil, tekrar yatırımcılara satılmasıdır<sup>40</sup>.

#### **d. Katılım Payı Unsuru**

Adi ortaklıkta, ortakların emeklerini ve mallarını ortak amaca erişmek için birleştirmeleri gerekir (TBK m.620/1). Ortaklar, katılım payı

<sup>35</sup> POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.75a; PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013, s.15; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s.21; YONGALIK, Aynur, Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991, s.6; BARLAS, s.19.

<sup>36</sup> İNCEOĞLU, s.118.

<sup>37</sup> POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.77b; PULAŞLI, s.15-16.

<sup>38</sup> PULAŞLI, s.16; BİLGİLİ/ERTAN, s.24.

<sup>39</sup> ÜNAL, ARACI KURUMLAR, s.203; İNCEOĞLU, s.118.

<sup>40</sup> İNCEOĞLU, s.118.

olarak para, alacak veya başka bir mal ya da emek koymak zorundadırlar (TBK m.621/1) Katılım payının niteliği konusunda bir sınırlama olmayıp, iktisadi değeri olan her unsur getirilebilir<sup>41</sup>.

Katılım payının ortaklığa fiilen ve gerçekten getirilmesi adi ortaklığın varlığı bakımından zorunlu değildir. Katılım payı, sermayeden ve ortaklık malvarlığından farklı kavramlardır<sup>42</sup>. Bu nedenle yeni TBK m.621'de, eski BK m.521'den farklı olarak "sermaye" yerine "katılım payı" ifadesi kullanılmıştır<sup>43</sup>.

Ünal'a göre, aracılık konsorsiyumlarına konulabilecek katılım payı öncelikle nakit para olmalıdır. Bununla birlikte emek ve ticarî itibarın da katılım payı olarak konulması mümkündür. Ancak satılmayan menkul kıymetleri satın almayı taahhüt eden ortaklar, sadece emek ve ticarî itibarlarını katılım payı olarak koyamazlar. Zira bu halde emek ve ticarî itibar, ortak amacı gerçekleştirmeye yeterli değildir<sup>44</sup>.

İnceoğlu'na göre ise, aracılık konsorsiyumlarında katılım payı çoğu zaman emek ve ticarî itibardır. Konsorsiyum üyelerinin ortak amacı menkul kıymetlerin üçüncü kişilere satılması olduğundan, bu yönde çaba göstermeyi taahhüt de, bir para borcunu değil, yapma borcunu, yani emeği ifade eder. Konsorsiyum sözleşmelerinde üyelerin belli bir miktar para koyduklarını iddia etmek güçtür. Üyelerin katılım payının bir miktar para olması gerektiğini ileri sürmek ancak kesin bağlantı aracılığı sözleşmesinin mevcut olduğu durumlarda mümkündür<sup>45</sup>.

Ayoğlu'na göre ise, hangi aracılık yöntemi tercih edilirse edilsin, aracılık konsorsiyumlarına konulan katılım payı aslında emek ve ticarî itibardan ibarettir<sup>46</sup>.

Kanaatimizce aracılık konsorsiyumlarına konulabilecek katılım payı bakımından bir sınırlama yapmak mümkün değildir. Adi ortaklıklarda olduğu gibi her türlü unsur katılım payı olabilir. Ancak

---

<sup>41</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.23.

<sup>42</sup> Bu hususta bkz. YONGALIK, s.37-42.

<sup>43</sup> BARLAS, s.43.

<sup>44</sup> ÜNAL, ARACI KURUMLAR, s.203.

<sup>45</sup> İNCEOĞLU, s.119-120.

<sup>46</sup> AYOĞLU, s.327.

aracılık konsorsiyumunun yürüttüğü aracılık faaliyetinin türüne göre, katılım payında da farklılık görülebilir<sup>47</sup>. Buna göre yüklenimsiz aracılık faaliyetinde (en iyi gayet aracılığı) sadece emek ve ticarî itibar getirilebilir. Yüklenimli aracılık faaliyetlerinde ise, emek ve ticarî itibarın yanında nakit para da katılım payı sayılabilir<sup>48</sup>. Zira, tümünü yüklenim aracılığında ödeme taahhüdünün satışı yapan ihraççıya yapılmasıyla, konsorsiyum üyesi yüklendiği miktar oranında konsorsiyuma karşı da sorumluluk altına girmekte ve taahhütte bulunmaktadır. Hatta konsorsiyum üyesi, konsorsiyumun oluşumunda ne miktarda yüklenimde bulunacağını, konsorsiyum liderine bildirerek bir taahhüt altına girmekte, konsorsiyum sözleşmesinde de bu taahhüdünü yinelemektedirler.

#### e. İşbirliği Unsuru (Affectio Societatis)

Latince “*affectio societatis*” olarak ifade edilen işbirliği unsuru, ortaklığın başarıya ulaştırılması niyeti<sup>49</sup> anlamındadır. Bu unsur gereği adi ortaklıkta her ortak, ortak amacın gerçekleşmesi hususunda eşit temel üzerinde birleşerek çalışma yükümlülüğü altındadır<sup>50</sup>.

İşbirliği unsuru aracılık konsorsiyumlarında da bulunan bir unsurdur. İşbirliği unsuru gereğince, her bir üye ihraççı ve/veya hala arz edene karşı taahhüt edilen sermaye piyasası araçlarının satışının başarılı bir şekilde gerçekleştirilmesi hususunda çaba ve özeni göstermek yükümlülüğü altındadır. Üyeler, konsorsiyum işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özeni gösterirler (TBK m.628/1). Kurul, işbirliği unsuru kapsamında, konsorsiyum üyelerinin halka arz aracılık faaliyeti yürütülürken üyelerin uyması gereken ilke ve esasları belirlemiştir (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.54).

### III. ARACILIK KONSORSİYUMU SÖZLEŞMESİ

Bir halka arzın başlangıcında, Kurul’un halka arza aracılık hususunda yetkilendirdiği (yetkili) kuruluşların bir araya gelerek aracılık konsorsiyumu oluşturmaları, ileride konsorsiyum lideri olacak bir kuruluşun ihraççı veya halka arz edeni ikna etme çabalarıyla başlar. İhraççı veya halka arz edenin sermaye piyasası araçlarını halka arz

<sup>47</sup> YONGALIK, s.10, 43.

<sup>48</sup> MANAVGAT, s.98.

<sup>49</sup> POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.60.

<sup>50</sup> PULAŞLI, s.19.

etmeyi kabul etmesi halinde, ihraççı veya halka arz eden ile yetkili kuruluş arasında halka arz aşamasında verilecek hizmetler, aracılık faaliyeti dolayısıyla ödenecek ücretler ile karşılıklı hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir yetki sözleşmesi yapılır<sup>51</sup>. Yetkili kuruluş aracılık konsorsiyumu oluşturmaya yönelik olarak çoğunlukla konsorsiyuma katılmasında yarar gördüğü diğer yetkili kuruluşları belirleyip, bunlara birer davet mektubu<sup>52</sup> gönderir. Yetkili kuruluşlar ise, yüklenmeyi taahhüt ettikleri miktarı lidere bildirirler. Konsorsiyum lideri olan yetkili kuruluş da, bu bildirimleri değerlendirerek uygun bulduğu yetkili kuruluşlara “halka arza aracılık sözleşmesi” ile “aracılık konsorsiyum sözleşmesi”nin bir örneğini göndererek icapta bulunur. Tarafların anlaşması halinde yetkili kuruluşlar arasında aracılık konsorsiyumu sözleşmesi imzalanır<sup>53</sup>.

Halka arza aracılık sözleşmesi, lider yetkili kuruluş ile ihraççı ve/veya halka arz eden arasında imzalanır. Aracılık konsorsiyum sözleşmesi ise, konsorsiyum üyesi olan yetkili kuruluşlar arasında yapılır. Her iki sözleşmenin konusu ve amacı farklıdır. Halka arza aracılık sözleşmesinden sonra, konsorsiyum sözleşmesinin yapılabilmesi için ihraççı ve/veya halka arz edenin onayının alınması gerekir (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.56/1). Konsorsiyum ilişkisinde yer alacak her bir yetkili kuruluş, halka arza aracılık sözleşmesinde benimsenecek düzenlemeye göre ihraççı ve/veya halka arz edene karşı sadece kendi taahhüt ettiği yüklenim miktarından bireysel olarak sorumlu olacak, ancak müteselsil sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu nedenle ihraççı ve/veya halka arz

---

<sup>51</sup> TANÖR, Reha, Türk Sermaye Piyasası, 2. Cilt-Halka Arz, İstanbul 2000, s.265; İNCEOĞLU, s.115. Bu yetki sözleşmesi, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenen ve imzalanması zorunlu bir sözleşme değildir. TANÖR, s.265.

<sup>52</sup> İNCEOĞLU, bu davet mektubunun icaba davet hukukî niteliği taşıdığı ifade etmektedir. İNCEOĞLU, s.115, dñn.155. AYOĞLU ise, bu mektuba müzakere sürecini başlatma önerisinden daha fazla bir anlam yüklememek gerektiğini; yetkili kuruluşların bu davete karşı lidere karşı gönderdikleri, yüklenmeyi düşünebilecekleri sermaye piyasası aracı miktarını içeren bildirimlerin icaba davet olarak yorumlanabileceğini belirtmiştir. AYOĞLU, s.301.

<sup>53</sup> ALLEN, s.323.



edene konsorsiyum sözleşmesi ve üyelerini inceleyerek, uygun görmemesi halinde teklife onay vermekten kaçınarak, istemediği konsorsiyum üyesi olacak yetkili kuruluşların aracılık sözleşmesine taraf haline gelmesine engel olabilecektir<sup>54</sup>.

AYOĞLU, bir alt yüklenim ilişkisinin söz konusu olduğu ve konsorsiyum ilişkisinin alt yükleniciler ile lider arasında mevcut olmasına karşın ihraççıya aksettirilmediği hallerde, konsorsiyum üyeleri halka arza aracılık sözleşmesinin tarafı haline gelmediklerinden, konsorsiyumun kompozisyonuna ilişkin olarak ihraççının onayının alınmasına gerek duyulmayacağını ifade etmiştir<sup>55</sup>. Alt yüklenim ilişkisi içinde lider yetkili kuruluş ile diğer kuruluşlar arasında oluşturulacak konsorsiyumda, yapılan yüklenim neticesinde satın alınacak sermaye piyasası araçlarının bir bölümünün sadece satın alınması yüklenimde bulunan lider yetkili kuruluşa taahhüt edilmektedir. Bu halde halka arza aracılık etmek üzere gerçek anlamda aracılık konsorsiyumu da söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle lider yetkili kuruluş ile alt yükleniciler arasında mevcut iç ilişki için onay verilmesi gerekmemektedir. Buna karşın, ihraççı ve/veya halka arz edene karşı halka arza aracılık amacıyla yüklenimde bulunacak yetkili kuruluşların oluşturacakları her konsorsiyumda, ihraççı ve/veya halka arz edenin onayının alınması şüphesiz zorunlu olacaktır.

Aracılık konsorsiyum sözleşmesi ile halka arza aracılık sözleşmesi birlikte de yapılabilir. Bu halde her iki sözleşmede yer alacak hükümler tek sözleşmede birleştirilir ve bu sözleşme sermaye piyasası aracını ihraç eden ve/veya halka arz eden ile konsorsiyum lideri ve konsorsiyuma katılan diğer yetkili kuruluşlar tarafından birlikte imzalanır. Sözleşme imzadan en az 2 iş günü öncesinden konsorsiyuma katılan yetkili kuruluşlar ile paylaşılır (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.56/2).

### **1. Konsorsiyum Sözleşmesinin Tarafları**

Halka arza aracılık faaliyeti, Kurul'dan izin almaları kaydıyla<sup>56</sup> aracı kurumlar ile kalkınma ve yatırım bankaları tarafından yürütülebilir

<sup>54</sup> AYOĞLU, s.303.

<sup>55</sup> AYOĞLU, s.303.

<sup>56</sup> Faaliyet izin başvuruları ayrı ayrı incelenerek Kurulca uygun görülmesi halinde yatırım kuruluşuna icra edebileceği yatırım hizmetleri ve

(III-37.1 sayılı Tebliğ, m.52; SPK m.3/1-a; 39/9; II-5.2 sayılı Tebliğ, m.4/1-s). Dolayısıyla aracılık konsorsiyumunun taraflarını da ancak aracı kurumlar ile kalkınma ve yatırım bankaları oluşturabilir.

Aracı kurum<sup>57</sup>, bazı yatırım hizmet ve faaliyetlerini yürütmek üzere Kurul tarafından yetkilendirilen bir yatırım kuruluşudur<sup>58</sup>. Aracı kurumlar, yürütecekleri faaliyetin türüne göre “dar yetkili”<sup>59</sup>, “kısmi yetkili”<sup>60</sup> ve “geniş yetkili”<sup>61</sup> olmak üzere üç gruba ayrılır. Aracı

---

faaliyetlerini gösteren tek bir yetki belgesi verilir. Yetki belgesinin alınmasından önce faaliyete başlanamaz(III-39.1 sayılı Tebliğ, m.17/5).

- <sup>57</sup> Aracı kurumların kuruluşuna Kurulca izin verilebilmesi için;
- a) Anonim ortaklık şeklinde kurulmaları,
  - b) Paylarının tamamının nama yazılı olması,
  - c) Paylarının nakit karşılığı çıkarılması,
  - ç) Sermayelerinin Kurulca belirlenen miktardan az olmaması,
  - d) Esas sözleşmelerinin bu Kanun ve ilgili düzenlemelerde yer alan hükümlere uygun olması,
  - e) Kurucularının bu Kanunda ve ilgili düzenlemelerde belirtilen şartları haiz olması,
  - f) Ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması gerekir (SPK m.43/1).
- <sup>58</sup> Yatırım kuruluşu;aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları ifade eder (SPK m.3/1-v).
- <sup>59</sup> Dar yetkili aracı kurum, Kurul’un yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetlere ilişkin esaslar ile ilgili düzenlemeleri uyarınca emir iletimine aracılık ve/veya yatırım danışmanlığı faaliyetlerinden herhangi birini yürütecek olan aracı kurumu ifade eder (III-39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ, m.4/1-d).
- <sup>60</sup> Kısmi yetkili aracı kurum, Kurul’un yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetlere ilişkin esaslar ile ilgili düzenlemeleri uyarınca işlem aracılığı, en iyi gayret aracılığı faaliyeti, sınırlı saklama hizmeti ve/veya portföy yöneticiliği faaliyetinden herhangi birini yürütecek olan aracı kurumu ifade eder (III-39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ, m.4/1-ğ).
- <sup>61</sup> Geniş yetkili aracı kurum, Kurul’un yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetlere ilişkin esaslar ile ilgili düzenlemeleri uyarınca portföy aracılığı faaliyeti, genel saklama hizmeti ve/veya aracılık yüklenimi faaliyetinden herhangi birini yürütecek olan aracı kurumu ifade eder (III-

kurumların yürütebilecekleri faaliyetlerden birisi de halka arza aracılıktır. Yüklenimsiz aracılık faaliyeti (en iyi gayret aracılığı) kısmi yetkili aracı kurum; aracılık yüklenimi faaliyeti ise sadece geniş yetkili aracı kurum tarafından gerçekleştirilebilir (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.8).

Kalkınma ve yatırım bankaları<sup>62</sup>, Kurul'dan izin almaları halinde halka arza aracılık faaliyetinde bulunabilirler. Kalkınma ve yatırım bankaları ticaret bankalarının aksine mevduat kabul etmezler. Kendi özkaynaklarıve diğer mali kaynaklardan topladıkları fonları orta ve uzun vadeli yatırımlarda kullanırlar. Bu bankaların en önemli faaliyetleri, sermaye piyasası araçlarının halka arzına aracılıktır<sup>63</sup>.

## 2. Konsorsiyum Sözleşmesinde Bulunması Gereken Asgari Unsurlar

III.-37.1 sayılı Tebliğ'in 57. maddesinin birinci fıkrasına göre, konsorsiyum sözleşmesinde yer verilmesi gereken asgari hususlar Kurul tarafından belirlenir. Halka arza aracılık sözleşmesi ile konsorsiyum sözleşmesinin bir arada yapılmak istenmesi halinde, her iki sözleşmede yer alacak hükümler, tek sözleşmede birleştirilebilir (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.57/2). Kurul, Tebliğ hükmüne dayalı olarak konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken asgari unsurları tespit etmiş ve yayımlamıştır<sup>64</sup>. Buna göre aracılık konsorsiyum sözleşmesinde asgari şu unsurların yer alması gerekmektedir<sup>65</sup>:

39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş Ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ, m.4/1-e).

<sup>62</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesine göre “*kalkınma ve yatırım bankası, mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullanırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini*” ifade eder.

<sup>63</sup> JEON, Jin Q/ LEE, Cheolwoo, A new measure for heated negotiation in the IPO syndicate, *North American Journal of Economics and Finance*, Volume 33, July 2015, s.278; YASAMAN, s.118.

<sup>64</sup> Kurul 2499 sayılı Mülga SPK döneminde yayımlamış olduğu halka arza aracılık sözleşmesi ve konsorsiyum çerçeve sözleşmelerinde değişiklik yapmamıştır.

<sup>65</sup> Bkz.çevrimiçi:  
<http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=24&fn=24.pdf&submenuheader=8>

- I. Tarafları Tanıtıcı Bilgiler
- II. Sözleşmede Kullanılacak Kısaltmalar
- III. Sözleşmenin Konusu
- IV. Aracılığın Türü ve Kapsamı
- V. Tarafların Hak, Taahhüt ve Yükümlülükleri
- VI. Halka Arzda Kısıtlamalar
- VII. Satış İlişkin Esaslar
- VIII. Satış Sonrası Hizmetler
- IX. Yatırım Kuruluşlarına Ödenecek Ücret veya Komisyonun Tespit ve Ödeme Esasları
- X. Delil Şartı
- XI. Sözleşmenin Süresi ve Sona Ermesi
- XII. Konsorsiyum İşlem ve Hesaplarının Tasfiyesi
- XIII. Uygulanacak Hükümler
- XIV. Yetkili Mahkeme ve İcra Daireleri
- XV. Yetkili İmzalar ve Tebligat Adresleri

Kurul, konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken unsurları saydıktan sonra, sözleşmede özellikle bazı açıklamaların yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Sözleşmede ihraççının hak ve yükümlülükleri ile satış hizmetlerinin konsorsiyum üyeleri arasında paylaşımının belirtilmesi gerekir. Konsorsiyum üyelerinin yüklenim tutar ve oranları, konsorsiyum liderinin hak, taahhüt ve yükümlülükleri, konsorsiyum üyelerinin hak, taahhüt ve yükümlülükleri, varsa verilen garantiler, izahname ve sirkülerdeki bilgilerden sorumluluk, bu bilgilerde yapılacak değişikliklerin bildirilme esasları, ilan ve reklamların kimin tarafından yapılacağı ve sorumluluk esasları, talepleri karşılanan yatırımcılara ait menkul kıymetlerin, Takasbank nezdindeki hesaplarına hangi sürede virman edileceğine ilişkin açıklama yer almalıdır.

Sözleşmede yer alabilecek sorumluluk hükümlerinin iç ilişkide geçerli olacağı, ancak konsorsiyum üyelerinin dışarıya karşı müteselsilen sorumlu olduklarına ilişkin hüküm bulunmalıdır. Konsorsiyum üyelerinin

gerekli gördükleri takdirde iç ilişkideki sorumluluğu temin için kontrgarantiler temin etmeleri ve rücu ilişkisini açıkça düzenlemeleri de mümkündür.

Konsorsiyum üyelerine ödenecek komisyon veya ücretin tespiti ile paylaşımında uygulanacak hesaplama yönteminin anlaşılabilir şekilde yer alması ve bunun ödenmesi esaslarına yer verilmesi gerekir. Temerrüt faizi belirlenmek isteniyorsa, faizin hangi tutar üzerinden işletileceği, faiz oranının ne olduğu açıklanmalıdır.

Kurul'un konsorsiyumsözleşmesinde bulunmasını istediği hususlar, sözleşme bakımından sınırlama getirmemektedir. Taraflar sözleşme serbestisi gereğince, SPK ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırı olmayacak şekilde Kurul tarafından belirtilmeyen hususlarda da düzenleme yapabilirler<sup>66</sup>.

III.-37.1 sayılı Tebliğ'in 57. maddesinin birinci fıkrası gereğince, Kurul tarafından belirlenen ve konsorsiyum sözleşmesinde yer verilmesi gereken asgari unsurlarda eksiklik olması halinde, sözleşmeye de geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>67</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, Kurul tarafından yayımlanan asgari unsurlar sözleşmenin kurulması için gereken objektif esaslı hususları içermekte olup, bunlarda eksik olması sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Kurul tarafından yayımlanan asgari unsurlar listesi, örnek bir metin teşkil etmektedir. Her ne kadar Kurul tarafından yayımlanan listede yer almasına rağmen, delil şartı, tarafların tebligat adresleri gibi unsurlara sözleşmede yer verilmemesi sözleşmenin geçersiz kılınması için haklı bir gerekçe olamaz<sup>68</sup>.

Kurul, sermaye piyasası araçlarına ilişkin izahnamenin onaylanması aşamasında konsorsiyum sözleşmelerini inceler. Bu inceleme sırasında gerekli görürse, sözleşmede sermaye piyasası mevzuatının gerektirdiği değişiklik ve ilavelerin yapılmasını ister (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.58).

### 3. Konsorsiyum Sözleşmesinin Şekli

Aracılık konsorsiyum sözleşmesinin şekline ilişkin bir SPK'da yer almamaktadır. III.-37.1 sayılı Tebliğ'in 57. maddesinin birinci

<sup>66</sup> MANAVGAT, s.101, 102; AYOĞLU, s.312.

<sup>67</sup> İNCEOĞLU, s.121; AYOĞLU, s.313.

<sup>68</sup> AYOĞLU, s.313.

fıkrasına göre ise, “Konsorsiyum oluşturulması halinde, konsorsiyuma katılan yetkili yatırım kuruluşları arasında yazılı bir konsorsiyum sözleşmesi düzenlenir”. Kurul, bu Tebliğ hükmü ile konsorsiyum sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiğini düzenlemiş, aynı şekil şartını halka arza aracılık sözleşmeleri için de aramıştır (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.55). Konsorsiyum sözleşmesinin halka arza aracılık sözleşmesi ile tek sözleşmede birleştirilmesi halinde, bu sözleşmeyi ihraççı ve/veya halka arz eden ile konsorsiyum üyesi aracı kurum ve kalkınma ve yatırım bankası birlikte imzalar (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.57/2).

Türk Borçlar Kanunu’nun 12. maddesine göre, “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”. Kanunun bu hükmü gereğince kanun dışında herhangi bir düzenleme ile yazılı şekil şartı getirilemez. Tebliğ hükmü<sup>69</sup> ile de aracılık konsorsiyumu sözleşmesinin yazılı şekil şartına bağlanması mümkün değildir<sup>70</sup>.

Her ne kadar konsorsiyum sözleşmesi için aranan yazılı şekil şartı geçerlilik şartı olmasa da, sözleşmenin yazılı yapılmasını gerektiren bazı sebepler de bulunmaktadır. III-37.1 sayılı Tebliğ’in 58. maddesi gereğince konsorsiyum sözleşmelerinin izahnamenin onayı aşamasında yazılı olarak Kurul’un incelemesine sunulması gerekmektedir. Ayrıca gerek yatırımcıların gerekse tarafların haklarını ispat edebilmeleri bakımından ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 200. maddesinin birinci fıkrası<sup>71</sup> gereğince ispat şartı olarak konsorsiyum sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> SPK m.2/2’ye göre, “Bu Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu Kanunun uygulanmayacağı belirtilmediği hâllerde genel hükümler uygulanır”. Ancak TBK m.12 hükmünün emredici olması sebebiyle, bu hükme aykırı Tebliğ’de öngörülen yazılı şekil zorunluluğu, geçerlilik şartı olarak algılanamaz.

<sup>70</sup> İNCEOĞLU, s.120; AYOĞLU, s.314-315; KARA, s.110-111.

<sup>71</sup> 6100 sayılı HMK m.200/1’e göre, “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan

#### IV. ARACILIK KONSORSİYUMUNDA İÇ İLİŞKİ

##### 1. Mülkiyet İlişkisi

İnceoğlu, aracılık konsorsiyumlarında adi ortaklıktan farklı olarak, ortakların iştirak halinde mülkiyetine tabi bir malvarlıklarının çoğunlukla bulunmadığını; aracılık sözleşmelerine, pazarlanmak amacıyla devredilen menkul kıymetler üzerinde ortakların iştirak halinde mülkiyetlerinin değil, bireysel mülkiyetlerinin söz konusu olacağına dair hükümler konulduğunu ifade etmektedir<sup>73</sup>. Ayoğlu'na göre ise, yüklenimli aracılık sözleşmelerinde olduğu gibi, konu ekonomik değerler (halka arzı yapılan sermaye piyasası araçları) üzerinde konsorsiyum üyelerinin bireysel mülkiyet hakları söz konusudur<sup>74</sup>.

Kanaatimizce aracılık konsorsiyumlarında, halka arzına aracılık yapılan sermaye piyasası araçları üzerindeki mülkiyet ilişkisi, aracılığın türüne göre farklı olmaktadır. Tümünü yüklenim aracılık türünde, konsorsiyum üyeleri, sadece kendi yüklendikleri sermaye piyasası araçları üzerinde bireysel mülkiyet hakkı sahibidirler. Zira yüklendikleri sermaye piyasası araçlarını ihraççı ve/veya halka arz edenden satın almakta ve tekrar kendi nam ve hesaplarına yatırımcılara satmaktadırlar<sup>75</sup>. Bu halde satın alınan sermaye piyasası araçlarının mülkiyeti satın alan konsorsiyum üyesine geçmektedir. Tümünü yüklenimde konsorsiyum üyeleri, halka arz edilen bütün sermaye piyasası araçlarını satın almalarına rağmen, bakiye yüklenim ve kısmen (bakiye/tümünü) yüklenimde halka arzına aracılık yapılan sermaye piyasası araçlarının bir kısmını satın alırlar. Satın alınmayan kısmın mülkiyeti satıcı sıfatını haiz ihraççı ve/veya halka arz edende kalmaktadır. Bu halde konsorsiyum üyeleri yüklendikleri sermaye

---

*hukukî işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukukî işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz”.*

<sup>72</sup> AYOĞLU, s.315.

<sup>73</sup> İNCEOĞLU, s.124.

<sup>74</sup> AYOĞLU, s.309.

<sup>75</sup> İNCEOĞLU, s.79; ÜNAL, ARACI KURUMLAR, s.77; YASAMAN, s.114; MANAVGAT, s.65; KARA, s.97.

piyasası araçları bakımından kendi nam ve hesaplarına; yüklenilmeyen kısım için ise ihraççı ve/veya halka arz eden nam ve hesabına hareket etmektedir.

Yüklenimsiz aracılık (en iyi gayret aracılığı) faaliyetinde ise, konsorsiyum üyelerinin yüklenim taahhüdünde buldukları ve satın aldıkları sermaye piyasası aracı bulunmamaktadır. Yüklenimsiz aracılık faaliyetinde konsorsiyum üyeleri, ihraççı ve/veya halka arz eden nam ve hesabına hareket etmektedir<sup>76</sup>. Bu nedenle yüklenimsiz aracılık faaliyetinde konsorsiyum üyelerinin halka arzına aracılık ettikleri sermaye piyasası araçları üzerinde iştirak halinde veya bireysel mülkiyet hakları bulunmamaktadır.

## **2. Konsorsiyumun Yönetimi**

Sermaye piyasası araçlarının halka arzına aracılık yapmak üzere bir konsorsiyumun oluşturulması halinde, konsorsiyumun yönetimini üyelerden biri “konsorsiyum lideri” olarak üstlenir<sup>77</sup>. Konsorsiyum liderinin, Kurul tarafından halka arza aracılık faaliyeti konusunda yetkilendirilmiş bir aracı kurum veya kalkınma ve yatırım bankası olması gerekir (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.56/2; II-5.2 sayılı Tebliğ, m.28/2).Konsorsiyum işlerinin sevk ve idare yetkisi konsorsiyum liderine ya sözleşme ile ya da konsorsiyum üyelerinin alacağı karar ile bırakılır<sup>78</sup>. Ancak Kurul, konsorsiyum sözleşmesinde bulunması gereken unsurlar içerisinde, konsorsiyum lideri yatırım kuruluşunu tanıtıcı bilgilerin (ticaret unvanı, merkez adresi, kuruluş tarihi, ticaret sicil numarası, sermayesi) bulunmasını aramaktadır. Bu nedenle uygulamada da konsorsiyum lideri, konsorsiyum sözleşmesinde belirlenmektedir.

Konsorsiyumun yönetiminde yegane söz sahibi konsorsiyum lideridir. Konsorsiyumun diğer üyelerinin yönetime doğrudan katılma ve

---

<sup>76</sup> İNCEOĞLU, s.77; ÜNAL, ARACI KURUMLAR, s.78; YASAMAN, s.114; MANAVGAT, s.66; KARA, s.97.

<sup>77</sup> ŞAHİN, s. 455; BARLAS, s.247-248; AYOĞLU, s.322; ALLEN, s.330; JEON/LEE, s.281; CORWIN, Shane A/SCHULTZ, Paul, The Role of IPO UnderwritingSyndicates: Pricing, Information Production, andUnderwriterCompetition, *TheJournal Of Finance*,Volume LX, No.1, February 2005, s.445.

<sup>78</sup> BARLAS, s.247-248; AYOĞLU, s.322.



müdahale hakları bulunmaz. Bununla birlikte, yönetim yetkisinin aynı anda birden fazla konsorsiyum üyesine verilmesi de mümkündür. Bu halde yönetim yetkisi verilen konsorsiyum üyeleri “eş lider” olarak ifade edilmektedir. Uygulamada bazen iki konsorsiyum üyesine “eş liderlik” tanınmaktadır<sup>79</sup>.

Adi ortaklılara ilişkin TBK m.629/2 hükmüne dayalı olarak, konsorsiyum liderinin yönetim yetkisinin kaldırılması hususunda tartışma bulunmaktadır. TBK m.629/2’ye göre, “Ortaklık sözleşmesinde yetkinin kaldırılmayacağına ilişkin bir hüküm bulunsa bile, haklı bir sebep varsa, diğer ortaklardan her biri yönetim yetkisini kaldırabilir”. Bu düzenleme ile haklı sebeplerin varlığı halinde, her ortağın yönetim yetkisini kaldırma yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin sözleşme ile de kaldırılmayacağı kabul edilmiştir.

Bu hususta Barlas, konsorsiyum yapılanmasında liderin yerinin oldukça önemli olduğunu, onun varlığının diğer üyeler bakımından konsorsiyuma katılma noktasında özel önem taşıdığını, yönetim yetkisinin kaldırılarak yeni lider atanmasının ya da her üyenin yönetime yetkili kılınmasının konsorsiyumun mahiyeti ile bağdaşmayacağını, konsorsiyum liderinin kendisine düşen görevleri gereği gibi yerine getirmemesi halinde diğer üyelerin TBK m.639/1, b.7 uyarınca konsorsiyum ilişkisini haklı nedenle fesih suretiyle sona erdirebileceklerini ifade etmiştir<sup>80</sup>. İnCEOğluise, konsorsiyumun sona erdirilmesinin, üçüncü kişilere karşı taahhütlerin yerine getirilmemesine neden olabileceğini, hatta başta yatırımcılar olmak üzere tüm sermaye piyasasının bundan zarar görebileceğini, aracılık konsorsiyumunun sona erdirilmesinin halka arzın gerçekleşmemesine ve konsorsiyumun ihraççı kuruluşa olan taahhüdün yerine getirilememesine yol açacağını, konsorsiyum liderinin görevlerini vahim derecede ihmal etmesi durumunda, konsorsiyum liderinin taşıdığı öneme rağmen, yönetim yetkisinin kendisinden alınmasının ve ortakların bir karar alıp, yeni bir lider atamalarının mümkün olması gerektiğini belirtmiştir<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> BARLAS, s.247-248; AYOĞLU, s.322; ŞAHİN, s. 455; ALLEN, s.330; JEON/LEE, s.281; CORWIN/SCHULTZ, s.445.

<sup>80</sup> BARLAS, s.259-260.

<sup>81</sup> İNCEOĞLU, s.125-126.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, adi ortaklıktan farklı olarak geçici, yani sermaye piyasası araçlarının halka arzının tamamlanması ile ilişkinin sona erdiği bir yapı olması sebebiyle, aracılık konsorsiyumlarına sürekli bir ortaklık ilişkisi göz önünde bulundurularak öngörülen yönetim yetkisinin haklı nedenle kaldırılması mekanizması uygulanmamalıdır. Konsorsiyum lideri gerek halka arza ilişkin süreci başlatması bakımından ihraççı ve/veya halka arz eden bakımından, gerekse konsorsiyumun oluşturulması yönünden üyeler bakımından önemli bir yere sahiptir. TBK m.629/1, b.7'de tanınan azil imkânı, konsorsiyum ilişkisinin niteliği ve konsorsiyum liderinin bu ilişki içerisindeki yeri etkin ve öncü rolü ile bağdaşmamaktadır. Ancak, istisnai bazı hallerde azil yolunun kullanılmasına olanak tanınmalıdır. Özellikle konsorsiyum lideri yatırım kuruluşunun ödeme güçlüğüne düşmesi gibi kendisinden kaynaklanan sebeplerle konsorsiyum liderliği görevini yerine getirememesi veya liderin halka arzın başarısını tehlikeye düşürmesi gibi istisnai hallerde, yönetim yetkisinin kaldırılarak yeni konsorsiyum lideri atanmasına imkân tanınmalıdır<sup>82</sup>.

### **3. Konsorsiyum Lideri ve Eş Liderin Hak ve Yükümlülükleri**

Konsorsiyum liderinin üstlendiği görev gerek ihraççı ve/veya halka arz eden, gerek konsorsiyum üyeleri, gerekse yatırımcılar bakımından önem taşımaktadır. Zira, halka arza ilişkin olarak ihraççı ve/veya halka arz eden ile ön görüşmeleri konsorsiyum lideri yürütür. Daha sonra konsorsiyumun oluşturulması ve üyelerin yüklenim miktarlarının tespiti konsorsiyum lideri tarafından gerçekleştirilir<sup>83</sup>. Konsorsiyum lideri, halka arz sürecinin organize edilmesine yönelik danışmanlık hizmetlerini yürütür; ihraççı ortaklığı gerek hukuki gerek mali yönden inceler<sup>84</sup>.

Konsorsiyum sözleşmesinde, konsorsiyum lideri ve eş liderin görev ve sorumlulukları açıkça düzenlenir (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.28/2).

---

<sup>82</sup> Aynı yönde bkz. AYOĞLU, s.325.

<sup>83</sup> ALLEN, s.321; NARAYANAN, Rajesh P./ RANGAN, Kasturi P./RANGAN, Nanda K, The role of syndicate structure in bank underwriting, *Journal of Financial Economics*, Volume 72, June 2004, s.558; AYOĞLU, s.323.

<sup>84</sup> NARAYANAN/RANGAN/RANGAN, s.559; AYOĞLU, s.323.

Sermaye piyasası araçlarının ihracında fiyat, satış ve dağıtım esasları, ihraççı ve/veya halka arz eden tarafından ya da ihraççının yetkili organ kararı ve/veya halka arz edenin yazılı onayının bulunması halinde, konsorsiyum lideri veya eş liderce belirlenir (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.5/1).

Sabit fiyat veya fiyat aralığı ile talep toplama yönteminin kullanıldığı halka arzlarda, talep formlarını toplayan konsorsiyum üyesi her bir yetkili kuruluş, izahnamede ve/veya konsorsiyum sözleşmesinde belirtilen usulde talepte bulunan yatırımcı listesini konsorsiyum liderine iletir. Konsorsiyum lideri iletilen yatırımcı listelerini konsolide ederek, talep toplama süresinin sona ermesinden sonra halka arz edilen sermaye piyasası araçlarının yatırımcılar arasındaki dağıtımını gerçekleştirir(II-5.2 sayılı Tebliğ, m.20/1).

Talep toplama süresinin bitimini izleyen iki iş günü içerisinde konsorsiyum lideri, sermaye piyasası aracı satın almak isteyen yatırımcıların adı/soyadını, varsa T.C. Kimlik numaralarını, ticaret unvanlarını, vergi kimlik numaralarını, talep ettikleri sermaye piyasası aracı miktarını, teklif edilen fiyatı, talepte bulunulan asgari miktarı, talebin sisteme girildiği tarih ve saat ile sermaye piyasası araçlarının yatırımcılar arasındaki dağıtımını gösterir bir liste düzenleyerek ihraççıya ve/veya halka arz edene verir (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.23/1).

Fiyat teklifi alma yoluyla talep toplama yönteminde, halka arz süreci devam ederken gelen talep tutarına ilişkin açıklama yapılamaz. Konsorsiyum lideri veya eş liderler halka arz fiyatı ve üzerindeki fiyatlardan halka arza gelen talep tutarını yanıltıcı olmamak şartıyla ancak halka arz süresinin bitimini takiben Kurul'un özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde açıklayabilir. Yapılacak açıklama, halka arzda talepte bulunan tahsisat gruplarının seçilmiş bir kısmına ilişkin olamaz (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.28/4).

İhraççı ve/veya halka arz eden, dağıtım listesinin teslimini izleyen iki iş günü içinde listeyi onaylayarak konsorsiyum liderine teslim eder. Konsorsiyum lideri, karşılanan taleplere ilişkin sermaye piyasası araçlarının yatırımcılara teslimini izahnamede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yerine getirir (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.23/2,3).

Onaylanan dağıtım listesini alan konsorsiyum lideri karşılanamayan taleplere ilişkin bedel iadelerinin yerine getirilmesi için aynı gün içerisinde konsorsiyum üyelerine bildirimde bulunur. Konsorsiyum üyeleri, bildirim izleyen iş günü içerisinde karşılanamayan

taleplere ilişkin bedel iadelerini yerine getirir (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.23/4).

Konsorsiyum lideri, konsorsiyum sözleşmesi ile SPK ve ilgili Tebliğ hükümlerinde kendisine tanınan halka aza yönelik olağan işlemleri yapmaya yetkilidir. Olağana dışı iş ve işlemlerde TBK m.625/3 gereğince bütün konsorsiyum üyelerinin oybirliği gereklidir<sup>85</sup>. Ayrıca konsorsiyum lideri, TBK m.630/3 gereğince de konsorsiyum üyelerine hesap verme yükümlülüğü altındadır<sup>86</sup>.

Konsorsiyum lideri, konsorsiyumda üstlendiği rol ve sorumluluk sebebiyle iki tür getiriye hak kazanır. Bunlardan birincisi, gerek konsorsiyumu gerekse halka arz sürecini yönetmesi sebebiyle diğer konsorsiyum üyelerince ödenen yönetim ücretidir. Yönetim ücreti, en iyi gayret aracılığı ve bakiyeyi yüklenim aracılığı işlemlerinde konsorsiyum üyelerince elde edilen komisyon gelirlerinden; tümünü yüklenim aracılığında ise sermaye piyasası araçlarının ihraççı ve/veya halka arz edenden salım ile piyasaya (yatırımcılara) satım fiyatları arasındaki fark dolayısıyla elde edilen getiriden düşülür<sup>87</sup>. Eş liderin varlığı halinde bu ücret konsorsiyum lideri ile eş lider arasında paylaşılır<sup>88</sup>. Konsorsiyum liderliğinin diğer önemli getirisi ise ticari itibardır<sup>89</sup>. Büyük miktarlı halka arzlarda konsorsiyum lideri olmak, sektör üyeleri ve potansiyel müşteriler (ihraççılar) nezdinde itibar kazandırmaktadır<sup>90</sup>.

#### **4. Konsorsiyum Üyelerinin Hak ve Yükümlülükleri**

Konsorsiyum üyelerinin, öncelikle taahhüt edilen sermaye piyasası araçlarının satışını gerçekleştirme hususunda gerekli çabayı göstermek zorundadırlar. Üyeler, sermaye piyasası araçlarının satışında, tahsisinde, dağıtılmasında, bedellerinin ihraççıya ödenmesinde konsorsiyum liderinin talimatlarına uymak ve konsorsiyum sözleşmesi,

---

<sup>85</sup> MANAVGAT, s.99; AYOĞLU, s.324.

<sup>86</sup> BARLAS, s.260; AYOĞLU, s.324.

<sup>87</sup> ALLEN, s.321; NARAYANAN/RANGAN/RANGAN, s.558; AYOĞLU, s.323.

<sup>88</sup> CORWIN/SCHULTZ, s.447.

<sup>89</sup> NARAYANAN/RANGAN/RANGAN, s.558; AYOĞLU, s.323-324.

<sup>90</sup> AYOĞLU, s.324.

SPK ve ilgili Tebliğ hükümlerine uygun hareket etmek ile yükümlüdürler (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.28/3). Bunların yanında konsorsiyum üyelerinin, konsorsiyuma karşı katılım payının ifası<sup>91</sup> ile sadakat ve özen borcunda söz konusudur.

Adi ortaklıklarda, ortakların özen borçlarına ilişkin TBK m.628 hükmü aracılık konsorsiyumlarına da uygulanabilir<sup>92</sup>. Her bir konsorsiyum üyesi, aracılık konsorsiyumu işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür. Üyeler, diğer konsorsiyum üyelerine karşı kendi kusurlarıyla verdikleri zararları, başka işlerde konsorsiyuma sağladıkları menfaatlerle mahsup ettirmeksizin gidermek zorundadır (TBK m.628/1,2).

Adi ortaklıklarda ortakların rekabet yasağına ilişkin TBK m.626 hükmünün, aracılık konsorsiyumlarında yer alan üyeler için de uygulanması hususu tartışma konusudur. Manavgat'a göre, ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının satışa sunulduğu dönemde, konsorsiyum üyelerinden birinin elinde bulunan aynı ihraççıya ait değişik tertip ve serideki sermaye piyasası araçlarını büyük miktarda satışa sunmasının bu yasağın kapsamında kalacağını savunmaktadır.

Yasaman ve Ayoğlu'na<sup>93</sup> göre ise, konsorsiyum üyelerinin rekabet yasağı hususunda somut olayın şartları dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre yatırım kuruluşunun, aynı zamanda birden fazla aracılık konsorsiyumuna üye olması sektörde rastlanılan bir uygulamadır. Ayrıca kanaatimizce aracılık konsorsiyumlarının adi ortaklıktan farklı olarak yürüttükleri faaliyetin niteliği gereği süresi sınırlı bir yapı olduğu göz önünde bulundurulacak olursa, rekabet yasağının varlığı çok istisnai hallerde kabul edilmesi gerekir.

Her konsorsiyum üyesinin, yönetim yetkisi bulunmasa dahi, TBK m.631/1 gereğince konsorsiyumun işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıtlarını inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkı bulunmaktadır. Konsorsiyum üyelerinin konsorsiyum

<sup>91</sup> Katılım payının ifası hususunda bkz. II.2.d

<sup>92</sup> BARLAS, s.260.

<sup>93</sup> YASAMAN, s.117, dpn.18; AYOĞLU, s.328.

işlerini incelemeye ilişkin bu hakkı, konsorsiyum sözleşmesi ile kaldırılamaz (TBK m.631/2).

Yüklenimli aracılık türünde, her bir konsorsiyum üyesi ihraççıdan kendi nam ve hesabına satın aldığı ve sonra piyasaya sattığı sermaye piyasası aracının değer farkından kazanç elde etmektedir. Yüklenimsiz aracılık (en iyi gayret aracılığı) ve bakiyeyi yüklenim türünde ise, konsorsiyum lideri elde edilen toplam komisyon tutarı üzerinden kendi yönetim ücretini mahsup etmekte ve kalan tutarı satış komisyonu olarak konsorsiyum üyelerini paylaşmaktadır. Ancak bu halde TBK m.623/1 hükmünün öngördüğü eşit paylaşım metodu uygulanmayacaktır. Paylaşım, konsorsiyum sözleşmesinde öngörülen paylaşım metoduna göre yapılır. Ayrıca konsorsiyum yönetim masrafları ve fiyat istikrarını sağlamaya yönelik işlemlerin neden olduğu maliyet de konsorsiyum üyeler arasında paylaşılır<sup>94</sup>.

## **V. ARACILIK KONSORSİYUMUNDA DIŞ İLİŞKİ**

### **1. Konsorsiyumun Temsili**

Kurul'un III-37.1 sayılı Tebliğinin 56. maddesinin ikinci fıkrasına göre, aracılık konsorsiyumunu Sermaye Piyasası Kurulu'na, resmi kurumlara, üçüncü kişilere, sermaye piyasası aracını ihraç edene ve/veya halka arz edene karşı, konsorsiyum lideri temsil eder. Her ne kadar Tebliğin bu hükmünde "eş lider" in temsil yetkisinden söz edilmemiş olsa da, aksi konsorsiyum sözleşmesinde belirtilmedikçe, eş liderlerin de konsorsiyumu temsil yetkisine sahip oldukları kabul edilmelidir<sup>95</sup>. Hakeza, II-5.1 sayılı İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği'nin 7. maddesinin dördüncü fıkrasında, konsorsiyum oluşturulması halinde konsorsiyum lideri ile varsa eş liderin izahnameyi imzalayacağı düzenlenmiştir.

III-37.1 sayılı Tebliğinin 56. maddesinin ikinci fıkrasında konsorsiyum liderinin, konsorsiyumu temsil edeceği ifade edilmiştir. Halbuki aracılık konsorsiyumu adi ortaklık niteliğinde olup, üyelerinden ayrı bir tüzelkişiliği bulunmamaktadır. Bu nedenle Tebliğ hükmü,

---

<sup>94</sup> AYOĞLU, s.329.

<sup>95</sup> İNCEOĞLU, s.124; AYOĞLU, s.326.

liderinin konsorsiyum üyelerini ayrı ayrı temsil ettiği şeklinde yorumlanmalıdır<sup>96</sup>.

## 2. Konsorsiyum Lideri ve Eş Liderin Sorumluluğu

Konsorsiyum lideri ve eş liderlerin, konsorsiyum üyesi olmaları yanında, yönetim ve temsilden kaynaklanan bireysel sorumluluk halleri söz konusudur. Bu sorumluluk hallerinde konsorsiyum üyelerinin sorumluluğu söz konusu olmaz. Konsorsiyum lideri ve eş liderlerin görev ve sorumlulukları, konsorsiyum sözleşmesinde açıkça düzenlenir.

Kurul, halka arz işlemlerine ilişkin olarak konsorsiyum lideri ve eş liderin bazı sorumluluk hallerini, Tebliğ hükümleri ile açıklığa kavuşturmuştur. Konsorsiyum lideri, konsorsiyumun sözleşmeye uygun şekilde yürütülmemesinden kusuruna ve durumun gereklerine göre zararlar kendisine yükletilebildiği ölçüde sorumludur (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.28/2).

Konsorsiyum lideri veya eş liderler, halka arz fiyatı ve üzerindeki fiyatlardan halka arza gelen talep tutarını yanıltıcı olmamak şartıyla, ancak halka arz süresinin bitimini takiben Kurul'un özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde açıklayabilir. Açıklamanın doğruluğundan konsorsiyum lideri veya eş liderler, kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumlu tutulur (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.28/4).

Sermaye piyasası araçlarının dağıtımın, Tebliğ hükümleri ile izahnamede yer alan esaslara uygun olarak yapılmamasından konsorsiyum lideri ve eş liderler, ihraççı ve/veya halka arz eden ile kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumludur (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.19/4).

Mükerrer talep durumunda, mükerrer taleplerin tespiti amacıyla yapılan kontrol sonucunda başvuru taleplerinin satışa sunulan sermaye piyasası aracıtutarından az olması halinde ve izahnamede belirtilmesi kaydıyla, bir defadan fazla talepte bulunan yatırımcıların en yüksek miktarlı ikinci talep tutarları da hesaplamada dikkate alınabilir. Satışa sunulan sermaye piyasası aracı tutarının tamamını karşılayacak talep belirleninceye kadar hesaplamaya bu şekilde devam edilir. Bu konuda

<sup>96</sup> İNCEOĞLU, s.124-125.

yapılan işlemlere ilişkin sorumluluk konsorsiyum oluşturulmuş olması durumunda konsorsiyum liderine aittir (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.22/2).

6362 sayılı SPK m.10/1 ile II-5.1 sayılı Tebliğ, m.25/1 gereğince kamuyu aydınlatma belgesinin (izahnamenin) gerçeği yansıtmamasından sadece belgeyi imzalayan konsorsiyumlilerinin sorumluluğu bulunmaktadır. Her ne kadar SPK m.10/1 ile II-5.1 sayılı Tebliğ, m.25/1 hükümlerinde, sadece lider aracı kurumun sorumluluğu ifade edilmiş olsa da, kamuyu aydınlatma belgesini imzalamaları sebebiyle eş liderlerin de sorumlu tutulmaları gerekir.

### **3. Konsorsiyum Üyelerinin Sorumluluğu**

Konsorsiyum üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak SPK veya ilgili Tebliğ'lerde açık bir düzenleme yer almamaktadır. Konsorsiyum üyelerinin ihraççı ve/veya halka arz eden karşı sorumluluğu, bu yatırım kuruluşlarının vekil konumunda bulunmaları nedeniyle BK m.511/2 hükmü gereğince müteselsil nitelikte olduğu kabul edilmektedir<sup>97</sup>. Ayrıca adi ortaklıklara ilişkin TBK m.638/3 gereğince de konsorsiyum üyelerinin müteselsil sorumlu oldukları ifade edilmektedir. Ancak sözleşmeye konulacak hüküm ile bireysel sorumluluk hali kararlaştırılabilir<sup>98</sup>. İnceoğlu'na göre, bireysel sorumluluğun kabul edilebilmesi için müteselsil sorumluluğun kaldırıldığına ilişkin kaydın halka arza aracılık sözleşmesinde yer alması gerekir. Müteselsil sorumluluğun sadece konsorsiyum sözleşmesine konulacak hükümle kaldırılması mümkün değildir<sup>99</sup>.

Ayoğlu'na göre ise, konsorsiyum üyelerinin sorumluluğunun yürütecekleri aracılığın türüne göre değerlendirilmesi gerekir<sup>100</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, yüklenimsiz aracılık faaliyeti yürüten aracılık konsorsiyumlarının konusunu bölünemeyen bir iş görme edimi oluşturması sebebiyle, bu konsorsiyum üyelerinin birlikte vekil statüsünde kabul edilmeleri ve ihraççı ve/veya halka arz edene karşı müteselsilen sorumlu kabul edilmeleri gerekir. Halbuki yüklenimli

---

<sup>97</sup> İNCEOĞLU, s.123-124; YASAMAN, s.117; MANAVGAT, s.100.

<sup>98</sup> YASAMAN, s.117; MANAVGAT, s.100.

<sup>99</sup> İNCEOĞLU, s.123.

<sup>100</sup> AYOĞLU, s.330.



aracılık faaliyeti yürüten konsorsiyum üyeleri yalnızca satışa aracılık yönündeki iş görme edimi için müteselsil sorumludurlar. Yüklenime ilişkin taahhütleri her bir konsorsiyum üyesi kendi yüklendiği miktar bakımından sorumludur. Adi ortaklıklara ilişkin TBK m.638/3 hükmü, konsorsiyum ilişkilerinin niteliğine uygun düşmemesi sebebiyle, yüklenimli aracılık faaliyeti yürüten konsorsiyum üyeleri bakımından müteselsil sorumluluğun gerekçesi olamaz<sup>101</sup>. Ancak konsorsiyum üyelerinin tüzelkişi tacir sıfatını haiz olmaları (TTK m.16/1) ve TTK m.7/1 gereğince iki 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 olmaları nedeniyle, yüklenimli aracılık faaliyeti yürüten konsorsiyum üyeleri de müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu halde konsorsiyum üyelerinin müteselsil sorumluluktan kurtulabilmeleri, halka arza aracılık sözleşmesine müteselsil sorumluluğu kaldıran bir hükmün konulmasına bağlıdır<sup>102</sup>.

#### VI. ARACILIK KONSORSİYUMUNUN SONA ERMESİ

Aracılık konsorsiyumlarının sona erme sebepleri, tarafların sözleşmeyi feshetme hakları, fesih hakkının kullanılacağı haller konsorsiyum sözleşmesinde düzenlenir. Konsorsiyum sözleşmesinde sona ermeye ilişkin hüküm bulunmayan hallerde adi ortaklığa ilişkin TBK m.639 hükmü uygulanacaktır. Bu maddede sona erme sebepleri 7 bent halinde düzenlenmiştir. Düzenlenen sona erme sebeplerinden sözleşmede öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesi, ortakların oybirliğiyle sona erdirme kararı almaları ve haklı nedenle fesih hallerinin konsorsiyum ilişkileri bakımından önem taşıdığı; hükümde yer alan diğer sona erme hallerinin pratikte fazla bir öneminin bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>103</sup>.

Konsorsiyum sözleşmesinde öngörülen amaç olan halka arzın tamamlanması (TBK m.639/1, b.1) veya sürekli nitelik taşıyan aracılık konsorsiyumlarında sürenin sona ermesi (TBK m.639/1, b.5) ile aracılık konsorsiyumu da kendiliğinden sona erecektir. Halka arzın

<sup>101</sup> BARLAS, s.260; AYOĞLU, s.330-331.

<sup>102</sup> AYOĞLU, s.332.

<sup>103</sup> BARLAS, s.260.

gerçekleşmesinin imkânsızlaşması halinde de konsorsiyumun sona ereceği kabul edilmektedir<sup>104</sup>. İzahnamenin Kurul tarafından onaylanmaması (SPK m.6/4) veya BİST Ulusal Pazarda veya Bölgesel Pazarda işlem görmeye izin verilmemesi hallerinde amacın gerçekleşmesi imkânsız hale gelmektedir. Uygulamada genellikle halka arza aracılık ile birlikte yapılan konsorsiyum sözleşmelerine, halka arz edenlerin izahnamenin SPK tarafından onaylanmasından önce satıştan vazgeçmeleri durumunda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin hüküm konulmaktadır. Halka arz edenin satıştan vazgeçmesi de amacın gerçekleşmesini imkânsızlaştırır. Halka arzdan vazgeçme hakkının sözleşme ile konsorsiyum liderine de tanınabileceği ve bu halde de imkânsızlaşmanın gerçekleştiği ifade edilmektedir<sup>105</sup>.

TBK m.639/1, b.2 hükmüne göre “ortaklardan birinin ölümü” konsorsiyum üyelerinden birinin tüzelkişiliğini kaybetmesi olarak anlaşılmalıdır<sup>106</sup>. Konsorsiyum üyesi yatırım kuruluşlarından birinin iflası da konsorsiyum sözleşmesini sona erdirecektir (TBK m.639/1, b.3)<sup>107</sup>. Konsorsiyum sözleşmesinde düzenlenmiş olması halinde konsorsiyum üyelerinden biri de sözleşmeyi feshedebilir (TBK m.639/1, b.6).

Haklı nedenlerin varlığı halinde, konsorsiyum üyelerinden birinin talebi üzerine mahkeme kararı ile konsorsiyum sözleşmesinin feshedilmesi imkân dahilindedir<sup>108</sup>. İhraççı ve/veya halka arz edenler ile yatırımcıların menfaatlerinin korunması bakımından mahkemelerin fesih kararı almakta çekingen davranacakları ifade edilmektedir<sup>109</sup>. Mahkemenin feshe karar vermesi halinde, TBK m.645 gereğince konsorsiyum üyeleri halka arza aracılık sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden kurtulamayacaklardır<sup>110</sup>. Kanaatimize göre, halka arza aracılık sözleşmesi ile konsorsiyum sözleşmesinin ayrı yapılması

---

<sup>104</sup> TANÖR, s.275; İNCEOĞLU, s127.

<sup>105</sup> TANÖR, s.275; İNCEOĞLU, s127.

<sup>106</sup> MANAVGAT, s.103; AYOĞLU, s.333.

<sup>107</sup> MANAVGAT, s.103; AYOĞLU, s.334.

<sup>108</sup> MANAVGAT, s.103; BARLAS, s.260; AYOĞLU, s.334.

<sup>109</sup> MANAVGAT, s.103; İNCEOĞLU, s.128; AYOĞLU, s.334.

<sup>110</sup> AYOĞLU, s.334, dpn.1107.

halinde, ihraççı ve/veya halka arz edene karşı sorumluluk, halka arz sözleşmesini imzalayan konsorsiyum liderinde olmakta, diğer konsorsiyum üyelerinin sorumluluğu kalmamaktadır.

Konsorsiyum üyelerinin, mahkeme kararıyla haklı nedenlerle ihraç edilmesi mümkün olmadığı ifade edilmekteydi<sup>111</sup>. Kanaatimizce konsorsiyum sözleşmesinde hüküm bulunmasa dahi, TBK m.633 gereğince haklı nedenlerin varlığı halinde, konsorsiyum üyelerinin konsorsiyumdan çıkarılması mümkündür.

Aracılık konsorsiyumlarına ait bir malvarlığının bulunmaması sebebiyle, adi ortaklığın tasfiyesine ilişkin hükümler (TBK m.642-644) uygulanmayacaktır<sup>112</sup>. Konsorsiyum üyeleri arasındaki masraf, fiyat istikrarını sağlamaya yönelik işlemlerin neden olduğu maliyetler ile satış komisyonuna ilişkin işlemlerin tasfiyesi yapılacaktır<sup>113</sup>.

## SONUÇ

Sermaye piyasası araçlarının halka arzının, yetkili bir kuruluş aracılığıyla gerçekleştirilmesi esastır. Bu aracılık faaliyeti sadece Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yetkilendirilmiş aracı kurumlar ile kalkınma ve yatırım bankaları tarafından yürütülebilir (III-37.1 sayılı Tebliğ, m.52; SPK m.3/1-a; 39/9; II-5.2 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği, m.4/1-s). Sermaye piyasası araçlarının halka arzına aracılık, yüklenimde bulunarak (yüklenimli) (SPK m.37/1-e) ya da yüklenimde bulunmaksızın (yüklenimsiz) (SPK m.37/1-f) gerçekleştirilebilir. Yüklenimli aracılık faaliyetinin (aracılık yüklenimi) ise bakiyeyi yüklenim, tümünü yüklenim, kısmen bakiyeyi yüklenim ve kısmen tümünü yüklenim olmak üzere dört farklı şekli bulunmaktadır.

Halka arzına aracılık edilen sermaye piyasası araçlarının miktar ve tutarlarının yüksek olması halinde, ortaya çıkacak mali risk ve iş yükünü bir yetkili kuruluş tek başına üstlenmekten çekinebilir. Yetkili

<sup>111</sup> AYOĞLU, s.334; BİLGİLİ, Fatih, Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara 2003, s.150. Aksi yönde bkz. MANAVGAT, s.100.

<sup>112</sup> BARLAS, s.260; AYOĞLU, s.335.

<sup>113</sup> AYOĞLU, s.335.

kuruluş gerek mali sorumluluğu, gerekse iş yükünü paylaşmak isteyebilir. Bu gibi durumlarda, sermaye piyasası araçlarının halka arzına birden fazla yetkili kuruluş aracılık edebilir. Birden fazla yetkili kuruluşun halka arza aracılık etmesi halinde, bu kuruluşlar tarafından “aracılık konsorsiyumu” oluşturulur. “Aracılık konsorsiyumu”, ihraç eden ve/veya halka arz edenin sahip olduğu sermaye piyasası araçlarının halka arzında, satışa aracılık etmek üzere Kurul tarafından yetkilendirilmiş birden fazla yatırım kuruluşunun oluşturduğu birlik olarak tanımlanabilir.

Kabul edilen hakim görüşe göre, aracılık konsorsiyumu üyeleri arasındaki ilişkinin hukukî niteliği “adi ortaklık”tır. Bu görüşe göre, aracılık konsorsiyum sözleşmesi ile SPK ve ilgili mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde, Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) adi ortaklığa ilişkin hükümleri uygulanır.

Halka arza aracılık sözleşmesi, lider yetkili kuruluş ile ihraççı ve/veya halka arz eden arasında imzalanır. Aracılık konsorsiyum sözleşmesi ise, konsorsiyum üyesi olan yetkili kuruluşlar arasında yapılır. Aracılık konsorsiyum sözleşmesi ile halka arza aracılık sözleşmesi birlikte de yapılabilir. Bu halde her iki sözleşmede yer alacak hükümler tek sözleşmede birleştirilir ve bu sözleşme sermaye piyasası aracını ihraç eden ve/veya halka arz eden ile konsorsiyum lideri ve konsorsiyuma katılan diğer yetkili kuruluşlar tarafından birlikte imzalanır.

Aracılık konsorsiyumunun taraflarını, Kurul’dan izin almaları kaydıyla aracılık konsorsiyumunun taraflarını da ancak aracı kurumlar ile kalkınma ve yatırım bankaları oluşturabilir.

III.-37.1 sayılı Tebliğ’in 57. maddesinin birinci fıkrasına göre, konsorsiyum sözleşmesinde yer verilmesi gereken asgari hususlar Kurul tarafından belirlenir. Kurul tarafından belirlenen ve konsorsiyum sözleşmesinde yer verilmesi gereken asgari unsurlarda eksiklik olması halinde, sözleşme yine de geçerli olduğu kabul edilir.

III.-37.1 sayılı Tebliğ’in 57. maddesinin birinci fıkrasına göre ise, “*Konsorsiyum oluşturulması halinde, konsorsiyuma katılan yetkili yatırım kuruluşları arasında yazılı bir konsorsiyum sözleşmesi düzenlenir*”. TBK m.12’nin emredici hükmü gereğince, Tebliğ hükmü ile aracılık konsorsiyumu sözleşmesinin yazılı şekil şartına bağlanması mümkün değildir. Her ne kadar konsorsiyum sözleşmesi için aranan yazılı şekil şartı geçerlilik şartı olmasa da, sözleşmenin yazılı yapılmasını

gerektiren bazı sebepler de bulunmaktadır. III-37.1 sayılı Tebliğ'in 58. maddesi gereğince konsorsiyum sözleşmelerinin izahnamenin onayı aşamasında yazılı olarak Kurul'un incelemesine sunulması gerekmektedir. Ayrıca gerek yatırımcıların gerekse tarafların haklarını ispat edebilmeleri bakımından ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesinin birinci fıkrası gereğince ispat şartı olarak konsorsiyum sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir.

Aracılık konsorsiyumlarında, halka arzına aracılık yapılan sermaye piyasası araçları üzerindeki mülkiyet ilişkisi, aracılığın türüne göre farklı olmaktadır. Tümünü yüklenim aracılık türünde, konsorsiyum üyeleri, sadece kendi yükledikleri sermaye piyasası araçları üzerinde bireysel mülkiyet hakkı sahibidirler. Zira yükledikleri sermaye piyasası araçlarını ihraççı ve/veya halka arz edenden satın almakta ve tekrar kendi nam ve hesaplarına yatırımcılara satmaktadırlar. Üyeler, bakiye yüklenim ve kısmen (bakiye/tümünü) yüklenimde halka arzına aracılık yapılan sermaye piyasası araçlarının bir kısmını satın alırlar. Satın alınmayan kısmın mülkiyeti satıcı sıfatını haiz ihraççı ve/veya halka arz edende kalmaktadır. Bu halde konsorsiyum üyeleri yükledikleri sermaye piyasası araçları bakımından kendi nam ve hesaplarına; yüklenilmeyen kısım için ise ihraççı ve/veya halka arz eden nam ve hesabına hareket etmektedir. Yüklenimsiz aracılık faaliyetinde konsorsiyum üyelerinin halka arzına aracılık ettikleri sermaye piyasası araçları üzerinde iştirak halinde veya bireysel mülkiyet hakları bulunmamaktadır.

Sermaye piyasası araçlarının halka arzına aracılık yapmak üzere bir konsorsiyumun oluşturulması halinde, konsorsiyumun yönetimini üyelerden biri "konsorsiyum lideri" olarak üstlenir. Konsorsiyumun yönetiminde yegane söz sahibi konsorsiyum lideridir. Konsorsiyumun diğer üyelerinin yönetime doğrudan katılma ve müdahale hakları bulunmaz. Bununla birlikte, yönetim yetkisinin aynı anda birden fazla konsorsiyum üyesine verilmesi de mümkündür. Bu halde yönetim yetkisi verilen konsorsiyum üyeleri "eş lider" olarak ifade edilmektedir. Adi ortaklıktan farklı olarak geçici, yani sermaye piyasası araçlarının halka arzının tamamlanması ile ilişkinin sona erdiği bir yapı olması sebebiyle, aracılık konsorsiyumlarına sürekli bir ortaklık ilişkisi göz önünde bulundurularak öngörülen yönetim yetkisinin haklı nedenle kaldırılması mekanizması uygulanmamalıdır.

Konsorsiyum üyelerinin, öncelikle taahhüt edilen sermaye piyasası araçlarının satışını gerçekleştirme hususunda gerekli çabayı göstermek zorundadırlar. Üyeler, sermaye piyasası araçlarının satışında, tahsisinde, dağıtılmasında, bedellerinin ihraççıya ödenmesinde konsorsiyum liderinin talimatlarına uymak ve konsorsiyum sözleşmesi, SPK ve ilgili Tebliğ hükümlerine uygun hareket etmek ile yükümlüdürler (II-5.2 sayılı Tebliğ, m.28/3). Bunların yanında konsorsiyum üyelerinin, konsorsiyuma karşı katılım payının ifası ile sadakat ve özen borcu da söz konusudur.

Kurul'un III-37.1 sayılı Tebliğinin 56. maddesinin ikinci fıkrasına göre, aracılık konsorsiyumunu Sermaye Piyasası Kurulu'na, resmi kurumlara, üçüncü kişilere, sermaye piyasası aracını ihraç edene ve/veya halka arz edene karşı, konsorsiyum lideri temsil eder. Her ne kadar Tebliğin bu hükmünde "eş lider" in temsil yetkisinden söz edilmemiş olsa da, aksi konsorsiyum sözleşmesinde belirtilmedikçe, eş liderlerin de konsorsiyumu temsil yetkisine sahip oldukları kabul edilmelidir. III-37.1 sayılı Tebliğinin 56. maddesinin ikinci fıkrasında konsorsiyum liderinin, konsorsiyumu temsil edeceği ifade edilmiştir. Halbuki aracılık konsorsiyumu adi ortaklık niteliğinde olup, üyelerinden ayrı bir tüzelkişiliği bulunmamaktadır. Bu nedenle Tebliğ hükmü, liderinin konsorsiyum üyelerini ayrı ayrı temsil ettiği şeklinde yorumlanmalıdır.

Konsorsiyum lideri ve eş liderlerin, konsorsiyum üyesi olmaları yanında, yönetim ve temsilden kaynaklanan bireysel sorumluluk halleri söz konusudur. Bu sorumluluk hallerinde konsorsiyum üyelerinin sorumluluğu söz konusu olmaz. Konsorsiyum lideri ve eş liderlerin görev ve sorumlulukları, konsorsiyum sözleşmesinde açıkça düzenlenir.

Konsorsiyum üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak SPK veya ilgili Tebliğ'lerde açık bir düzenleme yer almamaktadır. Konsorsiyum üyelerinin ihraççı ve/veya halka arz eden karşı sorumluluğu, bu yatırım kuruluşlarının vekil konumunda bulunmaları nedeniyle BK m.511/2 hükmü gereğince müteselsil nitelikte olduğu kabul edilmektedir.

Aracılık konsorsiyumlarının sona erme sebepleri, tarafların sözleşmeyi feshetme hakları, fesih hakkının kullanılacağı haller konsorsiyum sözleşmesinde düzenlenir. Konsorsiyum sözleşmesinde sona ermeye ilişkin hüküm bulunmayan hallerde adi ortaklığa ilişkin TBK m.639 hükmü uygulanacaktır. Düzenlenen sona erme sebeplerinden

sözleşmede öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesi, ortakların oybirliğiyle sona erdirme kararı almaları ve haklı nedenle fesih hallerinin konsorsiyum ilişkileri bakımından önem taşıdığı; hükümde yer alan diğer sona erme hallerinin pratikte fazla bir öneminin bulunmadığı kabul edilmektedir.

#### KAYNAKÇA

ALLEN, Samuel N., A Lawyer's Guide to the Operation of Underwriting Syndicates, *New England Law Review*, Volume 26, No 319, s.319-353.

AYOĞLU, Tolga, Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri, İstanbul 2008.

BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2012.

BERZEK, Ayşe Nur, Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti, *Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul 1995, s.51-65.

BİLGİLİ, Fatih, Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara 2003

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa 2013.

CORWIN, Shane A/SCHULTZ, Paul, The Role of IPO Underwriting Syndicates: Pricing, Information Production, and Underwriter Competition, *The Journal Of Finance*, Volume LX, No.1, February 2005, s.443-486.

EJARA, Demissew Diro, Syndicate Size In Global IPO Underwriting, *International Business & Economics Research Journal*, Volume 6, No.3, March 2007, s.49-56.

İNCEOĞLU, Mehmet Murat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2004.

JEON, Jin Q/ LEE, Cheolwoo, A new measure for heated negotiation in the IPO syndicate, *North American Journal of Economics and Finance*, Volume 33, July 2015, s. 278-304.

KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture, Ankara 2007.

KARA, Mustafa Sencer, Sermaye Piyasası Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009.

KORKUT, Ömer, Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (JointVenture) ve İş Ortaklığı, *Legal Hukuk Dergisi*, Nisan 2007, s. 1151-1164.

KÜTÜKÇÜ, Doğan, Sermaye Piyasası Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2004.

MANAVGAT, Çağlar, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991.

MEMİŞ, Tekin/TURAN, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2015.

NARAYANAN, Rajesh P./ RANGAN, Kasturi P./RANGAN, Nanda K, The role of syndicatestructure in bank underwriting, *Journal of Financial Economics*, Volume 72, June 2004, s.555-580.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014.

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013.

ŞAHİN, Turan, Konsorsiyum Sözleşmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011 (92), s.451-483.

TANÖR, Reha, Türk Sermaye Piyasası, 2. Cilt-Halka Arz, İstanbul 2000.

TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal, JointVenture, *Prof.Dr.Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı*, Ankara 1988, s.143-176.

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982.

ÜNAL, Oğuz Kürşat, Aracı Kurumlar, Ankara 1997. (ARACI KURUMLAR)

ÜNAL, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005. (SERMAYE PİYASASI)



YALMAN, Macit/TAYLAN, Erbay, Adi Ortaklık, Ankara 1976.

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

YONGALIK, Aynur, Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991.



## YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

**1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) olarak hazırlanmış bir disket/cd.si ile ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere üç adet A4 kâğıt çıktısı gönderilmelidir.**

**2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin yabancı dildeki adı, en fazla 100 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve beş adet anahtar kelimenin (Keywords) eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda kaynakça yer almalıdır.**

**3. Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

**4. Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **11,5** punto **tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar \* işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

**5. Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10,5** punto, **Tek** satır aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

**6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.**

**7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.**

**BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEYECEKTİR.**

**Haberleşme Adresi:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü  
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

**İnternet adresi:** <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr>

**e-posta:** [hukukdergi@selcuk.edu.tr](mailto:hukukdergi@selcuk.edu.tr)