

ISSN: 2146-1082



İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi İnÜHFD
Inonu University Law Review InULR

Cilt: 9 – Sayı: 2
Temmuz – Aralık 2018

Vol.: 9 – No: 2
July – December 2018



2010 Yılından itibaren **TÜBİTAK - ULAKBİM** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren **HEINONLINE** tarafından taranan dergiler arasındadır.

EBSCOhost tarafından taranan dergiler arasındadır.

INDEX COPERNICUS tarafından taranan dergiler arasındadır.

2017 yılından geçerli olmak üzere **INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

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

2010 yılından geçerli olmak üzere **ERIHPLUS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **CiteFactor** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Scilit** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

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

2010 yılından geçerli olmak üzere **Crossref** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren **WorldCat** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Sobiad** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

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

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

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası

İLETİŞİM ADRESİ:

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

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

www.inonu.edu.tr/hukukdergi - http://dergipark.gov.tr/inuhfd

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU

Baş Editör – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editörler-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Mete ERDEM

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi. Adem YELMEN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Arş. Grv. Volkan MAVİŞ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Uğur AŞKIN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata

School of Law, Keele University, United Kingdom.

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand

Prof. Dr. Tamer Budak

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hayri Keser

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof. Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İbrahim ERMENEK	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Oğuz S. AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, DergiPark sistemi üzerinde yer alan (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>) adresine gerekli formlar ile birlikte göndermeleri gereklidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usül izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.
Example: Inonu University, School of Law
11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER

Anıl Yamaç - Zekiye Özen İNCİ	1-22
Diplomatik Ajanın Özel Hizmetçisinin Ceza Yargısından Bağımsızlığı	
Uğur AŞKIN	23-48
Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu	
Selin ÖZDEN MERHACI - Vehbi Umut ERKAN	49-70
Anglo-Amerika Hukukundan Kıta Avrupası Hukukuna - Özel Hukukta <i>De minimis</i> Kuralı	
Mesut AYGÜN - Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN	71-102
Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi	
Yavuz Selim KARA	103-124
İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia'ya Erişim Engeli	
Burçak YILDIZ	125-156
Yargıtay Kararları Işığında Coğrafi Markalar	
Leyla Müjde KURT	157-186
Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet	
Elif UZUN	187-210
Uluslararası Andlaşmaların Geçici Uygulanması - Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 25. Madde	
Ashhan KAYIK AYDINALP	211-236
Baskı Feshine İlişkin Alman Federal İş Mahkemesi Kararının İncelenmesi	
Tolga CANDAN	237-258
Avrupa Birliği'nin Spor Alanında Düzenleme Yapma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları	
Fulya ERLÜLE	259-284
Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı	
Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN	285-312
İfa Engellerin Hukukunda Amacın Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkması	
Hıgn ÖZKAYA ÖZLÜER	313-340
İmar Barışı Düzenlemesine Hukuki Bir Yaklaşım	
Levent BÖRÜ	341-372
Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu	
Deniz POLAT AKGÜN	373-390
Anayasalar, Siyasi Kültür ve "Haida Gwaii'nin Ruhü"	
Bayram KESKİN	391-414
İdari Yargılamada Makül Süre Kavramının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İncelenmesi	

Güçlü AKYÜREK	415-440
Olağanüstü Afrika Daireleri ve Habre Davası	
Abdurrahman SAYGILI	441-454
Devlet Teorisi'nde Tarihin Yeri: Bir Kurgudan Hikaye, Bir Hikayeden Hakikat Yaratmak	
Baki Oğuz MÜLAYİM	455-484
İşçi Alacaklarına İlişkin Davalarda Net Tutar Yerine Brüt Tutar Üzerinden Karar Verilmesi	
Akasya KANSU KARADAĞ	485-498
Göç, Yoksulluk ve İnsan Hakları	
Selin SERT SÜTÇÜ	499-526
Yurtdışında Üniversite Öğrenimi Gören Ergin Çocuğun Öğrenimi için Yararlandığı Burs ve Benzeri Ödemelerin Geri Ödenmesi Meselesinin Türk Medeni Kanununda Düzenlenen Eğitim Nafakası Hakkı Hükümleri ile Birlikte Değerlendirilmesi	
Nurten İNCE AKMAN	527-560
Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)	
Hasan Hüseyin BAYRAKLI – Mehmet HATİPOĞLU	561-592
İzaha Davet ve İzah Üzerine Yapılacak İşlemlerin Davaya Konu Olması	
Elif EŞİYOK	593-606
Türkiye'de Reklamların Denetimi: Reklam Kurulu Kararları Üzerinden Bir İnceleme:	
Cengiz ARIKAN – Onur ALTUNSU	607-630
Yönetimde İstikrar Arayışı Ekseninde İtalya'nın Seçim Sistemi Reformları	
Dilan MIZRAK	631-664
Azınlık Hakları ile Yerli Halkların Haklarının Kolektif Hak Kullanımı Çerçevesinde Karşılaştırılması	
Serkan AYAN	665-692
Kefalet Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme	

CONTENTS

Anıl Yamaç - Zekiye Özen İNCİ	
Immunity From Criminal Jurisdiction of The Private Servants of The Diplomatic Agents	1-22
Uğur AŞKIN	23-48
The Issue of Recourse For Compensation Owing to The Protection Measures	
Selin ÖZDEN MERHACI - Vehbi Umut ERKAN	49-70
From Anglo - American Law to Continental European Law - <i>De Minimis Rule</i> in Private Law	
Mesut AYGÜN - Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN	71-102
The Hague Convention on The International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance	
Yavuz Selim KARA	103-124
The Latest Violation of Freedom of Expression: Blocking Access to Wikipedia	
Burçak YILDIZ	125-156
Geographical Trademarks in Light of Jurisprudence of Turkish Court of Appeal	
Leyla Müjde KURT	157-186
Joint Custody in The Case Of Divorce	
Elif UZUN	187-210
Provisional Application of Treaties – Article 25 of The Vienna Convention on The Law of Treaties	
Ashlıhan KAYIK AYDINALP	211-236
Review of The Decision of German Federal Labor Court on Dismissal Under Third-Party Pressure	
Tolga CANDAN	237-258
The Scope and The Limits of The European Union's Powers on Regulation of Sport ..	
Fulya ERLÜLE	259-284
The Right of Visiting The Child to The Party Who Has Not Been Given Custody in The Light of Supreme Court Decisions	
Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN	285-312
Accomplishment of Purpose and Loss of Purpose in Irregularities of Performance	
İlgin ÖZKAYA ÖZLÜER	313-340
Zoning Peace From a Legal Perspective	
Levent BÖRÜ	341-372
Creditors Committee on The Ordinary Concordat	
Deniz POLAT AKGÜN	373-390
Constitutions, Political Culture and “ <i>The Spirit Of Haida Gwaii</i> ”	
Bayram KESKİN	391-414
The Concept of Reasonable Time in Administrative Jurisdiction in The Light of European Human Rights Court (ECtHR) Decisions	

Güçlü AKYÜREK	415-440
Extraordinary African Chambers and The Case of Habre	
Abdurrahman SAYGILI	441-454
The Place of History in State Theory: From Fiction to Story, From Story to Truth	
Baki Oğuz MÜLAYİM	455-484
The Labor Courts Decisions Given on The Gross Amount Instead of Net Amount Regarding Employee's Receivables	
Akasya KANSU KARADAĞ	485-498
Migration, Poverty and Human Rights	
Selin SERT SÜTÇÜ	499-526
Valuation of The Retention of Scholarships and Similar Payments Used For The Learning of Children's Efforts For The Learning of The Child With The Education Provided in The Turkish Civil Law	
Nurten İNCE AKMAN	527-560
Transition of The Digital Information of The Deceased Onto The Inheritors (Digital Heritage)	
Hasan Hüseyin BAYRAKLI – Mehmet HATİPOĞLU	561-592
Invitation to Clarify and Justifiability of Administrative Acts Pursuant Clarification	
Elif EŞİYOK	593-606
Control of Advertising in Turkey: An Analysis on Advertising Board Decision	
Cengiz ARIKAN – Onur ALTUNSU	607-630
Italy's Election System Reforms in The Context of Seeking Governance Stability	
Dilan MIZRAK	631-664
A Comparison on Minority Rights and Indigenous Rights in The Context of Practicing Collective Rights	
Serkan AYAN	665-692
Competent Courts at Disputes Arised From Surety Contracts	

DİPLOMATİK AJANIN ÖZEL HİZMETÇİSİNİN CEZA YARGISINDAN BAĞIŞIKLIĞI

IMMUNITY FROM CRIMINAL JURISDICTION OF THE PRIVATE SERVANTS OF THE DIPLOMATIC AGENTS

DOI: 10.21492/inuhfd.418466

Anıl ÇAMYAMAÇ*
Z. Özen İNCİ**

Özet

Temelde devletlerarasındaki ilişkileri düzenlediği için diplomasi hukuku şüphe yoktur ki uluslararası hukukun en eski ve en önemli dallarından biridir. Diplomasi hukukunun kuralları genel olarak 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesiyle kodifiye edilmiştir. Gönderen devletin elçilik personeli ve onların hâne halkını teşkil eden aile üyelerine sağlanan kabul eden devletin ceza yargısından bağışıklık diplomasi hukukunun en çok tartışılan konularından biridir. Uluslararası hukukun en eski kurallarından biri olarak tanınmasına karşılık, bu kural aynı zamanda en fazla eleştirilen kurallardan biridir. Bu tür bir bağışıklığın sağlanmasıyla özel statüyü haiz özel bir insan sınıfı yaratıldığına inanılmaktadır. Ancak, diplomatik misyon üyeleri arasında bu bağışıklıktan yararlanmada bazı seviye farkları vardır. Az sayıda istisna dışında birçok devlet, özellikle de diplomatik rütbeyi haiz olmayan kişiler için başta olmak üzere diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kısıtlaması eğilimi sergilemektedir. Böylelikle, bu bağlamda ilk düşünülenler bir diplomatik misyonun üyelerinin özel hizmetçileri olmaktadır. Bu çerçevede, bu çalışmanın temel amacı diplomatik ajanın özel hizmetçisinin kabul eden devletin ceza yargısından bağışıklığıyla alâkalı konulara ışık tutmaktır.

Anahtar Kelimeler: 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, ceza yargısından bağışıklık, diplomatik ajanlar, özel hizmetçi, hâne halkı üyesi.

Abstract

One of the most oldest and important branches of international law is without a doubt the law of diplomacy since it mainly regulates the intercourse between states. The rules of the law of diplomacy are mainly codified by the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations. One of the most arguable subjects on the law of diplomacy is the immunity from the criminal jurisdiction of the receiving states, which is provided for the embassy personnel and their family members of the sending state, forming part of their households. Although it is recognised as one of the most oldest rules of international law, it is also one of the most criticised rules, as well. It is believed that a special class of people have been created by providing this kind of immunity for them. Yet, among the members

* Dr. Öğretim Üyesi, Kıbrıs İlim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı. E-mail: anil.camyamac@kiu.edu.tr (ORCID: 0000-0002-8476-9110)

** Dr. Öğretim Üyesi, Girne Amerikan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. E-mail: ozeninci@gau.edu.tr

Makale Gönderilme Tarihi: 25.04.2018

Submitted : 25.04.2018

Makale Kabul Tarihi: 31.07.2018

Accepted : 31.07.2018

of the diplomatic mission there are some level of differences in enjoying this immunity; with a few exceptions, most of the States have demonstrated the tendency to restrict the diplomatic privileges and immunities, particularly for those who do not have diplomatic title. Hence, in this sense the private servants of the members of a diplomatic mission would be the first ones to be thought of. In this respect, the main purpose of this article is to shed light on the issues relating to immunity from the criminal jurisdiction of the receiving state for a diplomatic agent's private servants.

Keywords: 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations, diplomatic immunities and privileges, immunity from criminal jurisdiction, diplomatic agents, private servant, member of a household.

GİRİŞ

Uluslararası hukukun en eski dallarından biri, dolayısıyla da en eski kuralların var olduğu alanlardan birisi olan diplomasi hukukunun tartışılan en önemli konuları arasında, kuşkusuz, diplomatik misyon üyeleri başta olmak üzere bazı kişilere tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar gelmektedir. Bazı çevrelerce üstün bir kesim yarattığına inanılan¹ bu ayrıcalık ve bağışıklıkların tartışma konusunu teşkil eden en önemli hususlardan biri, bu kişilerin, gönderildikleri devletlerin ceza yargısından muaf tutulması olmaktadır.

Diplomatik misyon şefi ve diplomatik rütbeyi haiz misyon üyeleri bir kenara, bu kişilerin aile fertleri, diplomatik misyonun teknik ve idarî kadrosuna dâhil kişilerle onların aile üyeleri, diplomatik misyonun hizmetli kadrosu kapsamındaki kişilerle birlikte diplomatların özel hizmetlilerinin dahi, en azından belli bir dönemde ve belirli ülkelerle sınırlı olarak, ceza yargısından bağışıklıklarının söz konusu olduğu gözlenmektedir². Hemen ilâve edilmelidir ki, diplomatik rütbeyi haiz kişiler hariç, diğer kişilerin ceza yargısından muafiyetleri birtakım koşullara tâbi tutulmuştur. Tüm bu hususlar bir kenara, en fazla soru işareti olan konu hiçbir diplomatik rütbeyi haiz olmadığı gibi, eğer diplomatların yaşadıkları konutlar elçilik binalarının dışındaysa, elçilik binasında dahi bulunmayan misyon üyelerinin özel hizmetçilerinin ceza bağışıklığının hangi aşamada olduğudur.

¹ 1975 yılında *Washington Post*'ta yer alan bir makalede, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanan ayrıcalıklı kesimlerden bahsedilirken, onların, "insan türünün en elit kesimi" (*the most elite of the human species*) olarak nitelendirildikleri gözlenmektedir. Bkz. ANDERSON J. & WHITTEN L., "The Diplomatic Immunity Charade", *Washington Post*, November 15 1975, s. C18.

² Sayılan bu kişi gruplarına diplomatik kurye ve diplomatik *ad-hoc* kuryeler de dâhil edilmelidir. 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi m. 27/5&6.

Anlatılanlar kapsamında, bu kısa çalışmada, özel hizmetçilerin, eğer varsa ceza yargısı karşısındaki muafiyetleri, tarihî bir perspektiften ele alınmaya çalışılacaktır³. Bunun için, öncelikle, genel olarak diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların dayandırıldıkları temel hukukî teoriler, sonrasında ceza yargısından muafiyete ilişkin genel düzenlemeler ortaya konulduktan sonra, özel hizmetçilerin ceza yargısından muafiyetlerinin olası dayanak noktaları ilgili düzenlemeler ve örnekler çerçevesinde ele alınarak, günümüzdeki durum aktarılmaya çalışılacaktır.

I. DİPLOMATİK AYRICALIK VE BAĞIŞIKLIKLARIN GENEL OLARAK HUKUKÎ DAYANAĞINA DAİR TEORİLER

Uluslararası diplomasi hukuku çerçevesinde tartışmaların odak noktasında yer alan husus diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların neden tanındığı yönündedir. Daha belirgin ve açık bir ifadeyle sormak gerekirse, bu ayrıcalık ve bağışıklıkların hukukî dayanakları nelerdir? Uluslararası diplomasi hukukunda diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların hukukî dayanağına dair geliştirilen birçok teori içerisinde⁴, tarihî perspektiften

³ Diplomatik ajanların kişisel hizmetçilerine ceza yargısından muafiyet tanınması hususu bir yana, genel olarak diplomatik rütbeyi haiz misyon görevlilerine tanınan kabûl eden devletin ceza yargısından muafiyete ilişkin dokunulmazlığın bazı hâllerde kişisel hizmetçilerine karşı işlenen suçlarda da gündeme gelmesi ele alınan konuyu daha ilginç hâle getirebilmektedir. Daha açık bir ifadeyle ortaya koymak gerekirse, diplomatik ajanların özel hizmetçileri, ceza yargısından muafiyetin konusunu teşkil eden fiil çerçevesinde kurban konumunda olabilmektedir. Meselâ, 2000 yılında Bangladeşli bir hizmetçinin New York'ta Bahreynli diplomatik görevlinin hizmetindeyken kaçarak kendisine yöneltilen muameleye karşı hukuk yollarına başvurmaya çalıştığı aktarılmaktadır. Bkz. SENGUPTA S., An Immigrant's Legal Enterprise. "In Suing Employer, Maid Fights Diplomatic Immunity", The New York Times, January 12 2000, s. B1 ve B10. Bu konuya ilişkin daha ayrıntılı örnekler için bkz. ASHMAN C. & TRESCOTT P., Diplomatic Crime, New York, 1991, s. 248-273. Son zamanlarda, diplomatik ajanların özel hizmetçilerine dair en çok tartışılan konuların başında ise onlara karşı işlenen suçlar ve daha da önemlisi aynı haklarının ihlâline ilişkin meseleler gelmektedir. Tüm bu konular hakkında ayrıntılı hukukî değerlendirmeler için bkz. STAIANO F., "Domestic Workers' Human Rights versus Diplomatic Immunity: Developments in International and National Jurisprudence", Italian Yearbook of International Law, vol. 22, 2013, s. 201-220; REIßMANN A. & BOTHE S., "Ending Impunity for the Bottommost Diplomatic Caste: German Practice in Relation to Domestic Workers in Diplomatic Households", German Yearbook of International Law, vol. 57, 2014, s. 633-649; SPADINGER W., "Private Domestic Staff: A Risk Group on the Fringe of the Convention", in Diplomatic Law in a New Millenium, edited by Behrens, Oxford, 2017, s. 132-145, özellikle s. 137-142.

⁴ Meselâ, Türk hukukunda *Bilse'l* in konuya dair yedi teori saydığı aktarılmaktadır. Bkz. ALTUĞ Y., Devletler Umumi Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 1995, s. 127.

bakıldığında, üç teorinin ön plâna çıktığı gözlenmektedir: “ülke-dışılık teorisi” (*theory of extra-territoriality*), “temsil teorisi” (*theory of representative character*) ve “işlevsellik teorisi” (*theory of functionalism*)⁵. Tamamıyla bir kurmacaya dayanması sebebiyle eleştirilen ve 19. yüzyılın sonundan itibaren yavaş yavaş terk edilmeye başlanılan ülke-dışılık teorisine göre, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların sebebi, tanındığı kişilerin kabul eden devletin ülkesinde değil de, her daim kendi devletin (gönderen devletin) ülkesinde sayılmalarıyla açıklanmaktadır. Öte yandan, en eski teorilerden biri konumundaki temsil teorisine göre ise, bir egemenin diğer egemene dokunamayacağı kuramından (*par in parem non habet imperium*) hareketle, egemeni temsil eden kişi için de koruma tanınması gerektiği anlayışından yola çıkılmış, günümüzde ise diplomatik dokunulmazlıktan yararlananların egemeni değil, ama uluslarını temsil ettikleri mütalâa edilerek bu kişilere de dokunulmazlık tanınması gerektiği şeklinde evrilmiştir. Bu iki teori yanında, modern zamanlarda diplomatik ayrıcalıkların ve bağımsızlıkların dayandırıldığı temel teorinin işlevsellik teorisi olduğu görülmektedir ki, bu teori çerçevesinde diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların tanınmasının nedeni olarak diplomatik misyon üyelerinin kabul eden devletin topraklarında temsil ettikleri devlet adına görevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri ve bu çerçevede de her türlü baskıdan muaf kılınmaları biçiminde ortaya konulmaktadır.

Kısaca bahsedilen bu teorilerden en eskisi temsil teorisiyken, özellikle 16 ilâ 17. yüzyılda ağır basan ülke-dışılık teorisinin, yukarıda da belirtildiği üzere günümüzde tamamen terk edildiği gözlenmektedir. Öte yandan, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların çağdaş anlamda temel

⁵ Konuyu ele alan birçok eserde bu üç teoriye ilişkin daha geniş açıklamalar olduğu gözlenmektedir. Meselâ, bkz. PREUSS L., “Capacity for Legation and the Theoretical Basis of Diplomatic Immunities”, *New York University Law Quarterly Review*, vol. 10/1, 1932, s. 178-187; OGDON M., *Juridical Bases of Diplomatic Immunity*, Washington D.C., 1936, s. 63-194; WILSON C.E., *Diplomatic Privileges and Immunities*, Tucson, 1967, s. 1-25; O’CONNELL D.P., *International Law*, vol. II, 2nd edition, London, 1970, s. 887-889; do NASCIMENTO e SILVA G.E., *Diplomacy in International Law*, Leiden, 1972, s. 111-114; PRZETACZNIK F., “The History of the Jurisdictional Immunity of the Diplomatic Agents in English Law”, *Anglo-American Law Review*, vol. 7/2, 1978, s. 353-358; NAHLIK S.E., “Development of Diplomatic Law. Selected Problems”, *Recueil des cours*, vol. 222, 1990-III, 1990, s. 221-224; BOCZEK B.A., *The A to Z of International Law*, Lanham, 2010, s. 48. Türk Hukuk doktrininde bu konuya ilişkin olarak bkz. MERAY S.L., “Devletler Hukukuna Giriş, II. Cilt, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 1965, s. 29-30; YAŞAR H., “Cezaî Yönden Diplomatik Bağımsızlık ve Ayrıcalıklar”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 2 Sayı 3, 1976, s. 35-36; AKSAR Y., *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 298-299.*

dayanağının işlevsellik teorisi olarak kabul edildiği ve bunun yanı sıra temsil teorisinin de, her ne kadar işlevsellik teorisi kadar olmasa da, bu konuda kendisine yer bulduğu mütalâa edilebilir. Nitekim konuya dair en temel düzenleme niteliğini haiz ve diplomatik hukuk kurallarını kodifiye ettiği görülen 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinin*⁶ giriş bölümünün dördüncü paragrafında, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temel olarak işlevsellik teorisine dayandırıldığı şu şekilde açıkça vurgulanmaktadır: “*Bu gibi ayrıcalıkların ve bağışıklıkların amacının fertleri yararlandırmak olmayıp, Devletleri temsil eden diplomatik misyonların görevlerinin etkin şekilde yapılmasını sağlamak olduğunu müdrük bulunarak, ...*”. Bununla birlikte, aynı ifadede “*devletleri temsil eden*” şeklinde yer verilen ibare ile temsil teorisine de, en azından bir nebze olsa, işaret edildiği dikkatlerden kaçmamalıdır. Paralel biçimde konuya dair daha eski bir düzenleme olan 1928 tarihli *Diplomatik Yetkilere Dair Havana Sözleşmesinin*⁷ girişinde diplomatik görevlilerin devlet başkanının kişiliğini değil, sadece hükümetlerini temsil ettiğine ve devletlerini temsil ettikleri için resmî görevlerini gerçekleştirmeye yönelik bağışıklıkları talep etmeleri gereğine vurgu yapıldığı görülmektedir. Böylelikle, 1928 tarihli *Havana Sözleşmesinde*, hem temsil teorisine, hem işlevsellik teorisine yer verildiği gözlenmektedir.

II. DİPLOMATİK AYRICALIK VE BAĞIŞIKLIKLAR BAĞLAMINDA CEZA YARGISINDAN MUAFİYET: GENEL OLARAK

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklar kapsamında, başta diplomatik misyon üyeleri olmak üzere bazı kişilere kabul eden devletin ceza yargısından muafiyet tanındığı gözlenmektedir. Günümüzde, diplomatik misyon üyeleri, çalışanları ve hane halkını oluşturan aile üyelerine genel bir ceza yargısı muafiyeti sağlanması tartışılan bir durum olsa da⁸, 1961

⁶ 18 Nisan 1961 tarihinde Avusturya'nın başkenti Viyana'da imzalanan ve 24 Nisan 1964 tarihinde yürürlüğe giren 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesine* günümüzde 191 devlet taraftır. Türkiye, ilgili bu Sözleşmenin 6 Mart 1985 tarihi itibarıyla tarafı hâline gelmiştir. Metin için bkz. Resmî Gazete 12.09.1984 Sayı: 18513. Ayrıca, bkz. REÇBER K., *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku*, Bursa, 2011, s. 183-195.

⁷ 21 Mayıs 1929 tarihinde yürürlüğe giren ve günümüzde 15 Amerikan Devletinin tarafı olduğu *Havana Sözleşmesinin* İngilizce tam metni için bkz. via <https://grberridge.diplomacy.edu/havana-conventions/> (ziyaret tarihi: 27/09/17).

⁸ Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde ayrıcalıklı bir sınıf yaratıldığı iddialarının bir sonucu olarak ciddi biçimde ceza yargısından muafiyetin kısıtlanması konusunda görüşlerin ortaya konulduğu gözlenmektedir. Konuya ilişkin meselâ bkz. GRIFFIN M.,

tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinin* açık düzenlemesi karşısında bu kurumun özelliklerinin incelenmesi yerinde olacaktır.

Diplomatik bağışlıklar çerçevesinde ceza yargısından muafiyete ilişkin söz konusu Sözleşmenin 31. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şu şekildedir: “*Diplomatik ajan, kabul eden Devletin cezaî yargısından bağışlıktır*”. Görüldüğü üzere, maddede yer verilen bu açık düzenleme çerçevesinde, diplomatik ajanlar kabul eden devletin ceza yargısından muafırlar. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ceza yargısından bağışlığın, cezaî sorumluluğu ortadan kaldırmadığı, sadece kabul eden devletin ceza yargısına ilişkin düzeninin işletilmemesi anlamını taşıdığıdır. Sözleşmenin ilerleyen maddelerinde benzer bağışlığın misyonun diplomatik rütbeyi haiz olmayan teknik ve idarî hizmetliler sınıfındaki personeli ile diplomatik ajanının ve teknik ve idarî hizmetliler sınıfındaki personelin hane halkına da tanındığı görülmektedir. Bu itibarla, 37. maddenin birinci fıkrasında diplomatik ajanın aile üyelerinin, kabul eden devletin vatandaşı olmamak koşuluyla ilgili bağışlıktan yararlanacağı düzenlenmişken, müteakip fıkrada misyonun teknik ve idarî personeli ve onlarla birlikte oturan aile üyelerinin kabul eden devletin vatandaşı olmamak veya o devlette sürekli ikamet etmemek koşullarıyla ceza yargısından bağışık oldukları düzenlenmiştir. Hatta, aynı maddenin üçüncü fıkrasında misyonun hizmetli kadrosunda bulunanların da, tıpkı önceki sınıflar da olduğu gibi, kabul eden devletin vatandaşı olmamak veya o devlette sürekli ikamet etmemek koşullarıyla ve sadece vazifelerinden ötürü gerçekleştirdikleri fiiller kapsamında ceza yargısından bağışık olduklarının düzenlendiği görülmektedir.

III. DİPLOMATİK AJANLARIN ÖZEL HİZMETÇİLERİNİN CEZA YARGISINDAN MUAFİYETİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1- Tarihî Perspektiften Devletlerin Konuya İlişkin Benimsediği Genel Tutum

Wilson tarihî perspektifle bakıldığında, diplomatik ajanın hizmetçisine ceza yargısından muafiyet tanınıp tanınmaması konusunda devlet uygulamalarında iki uç durumun söz konusu olduğuna işaret etmektedir ki, yazara göre ya bu kişilere çok geniş ayrıcalık tanınmış ve genelde ceza yargısından muaf kılınmışlardır ya da hiçbir şekilde ceza yargısından muaf tutulmamışlardır⁹. Öte yandan, *do Nascimento e Silva*

Diplomatic Impunity, *Student Lawyer*, vol. 13/2, 1984, s. 18-25. Doktrinde bu konuya ilişkin taleplerle ilgili örnekleri çoğaltmak mümkündür.

⁹ Bkz. WILSON, s. 165-166.

1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi* öncesi konuya ilişkin uygulamalar açısından üçlü bir ayrıma, özetle, şu şekilde gidilebileceğini aktarmıştır: Bir yanda diplomatlara tanınan ayrıcalık ve bağımsızlıkların aynısının hizmetçilere de tanınması uygulamasını benimseyen devletler, diğer tarafta özel hizmetçilere bu tür ayrıcalık ve bağımsızlıkları kesinlikle tanımayan devletler ile üçüncü bir grup olarak ilk iki uygulamayı bağdaştırarak bir orta yol bulan ve böylelikle kabul eden devletin vatandaşı olunmaması kaydıyla özel hizmetçileri de bu bağımsızlıklardan yararlandıran devletler¹⁰.

Diplomatik ajanın hizmetçisine ilişkin 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi*ndeki ilgili düzenlemenin içeriğini irdelemeden evvel, tarihî bir perspektifle konunun ele alınmasında, kuşkusuz, bu konuya ilişkin kuralların nasıl bir gelişim gösterdiğinin kavranması açısından yarar vardır. Anglo-Sakson hukuk sistemini benimsemiş devletlerde uzunca bir süre genelde diplomatik niteliği haiz olmayan özel hizmetçilere de ceza yargısından muafiyet tanındığı gözlenmektedir. Fakat bu kişilere ceza yargısından muafiyet tanınması o kadar kolay ulaşılan bir husus olmamıştır. Anglo-Sakson hukuk sistemi dışında kalan bazı devletlerin de 20. yüzyılda özel hizmetçilere muafiyet tanımaya başladığı görülmektedir. Bu çerçevede, öncelikle çeşitli devletlerde özel hizmetçiler çerçevesindeki uygulamaları değerlendirmek yararlı olacaktır.

Konunun irdelenmesine ilk olarak İngiltere'den başlamak isabetli olacaktır. Bu itibarla, *Don Pantaleo de Sa Dâvası*nın hâkimlerinden biri olan dönemin önemli hukukçularından *Zouche*'nin diplomatik misyondaki görevlilerin arasında diplomatik görevli ve büyükelçinin sade hizmetçisi ayrımını yapan ilk yazar olduğu ve ilk gruptaki kişilere cezaî muafiyetin tanınmasını savunurken, ikinci gruptaki kişilere cezaî muafiyet tanınmaması gerektiğini ileri sürdüğü aktarılmaktadır¹¹. Benzer

¹⁰ Bkz. do NASCIMENTO e SILVA, s. 146.

¹¹ Konuyla ilgili aktarım için bkz. PRZETACZNIK, s. 389. Hattâ, *Przetacznik*, *Zouche*'nin bu düşüncesinin dayanağının muhtemelen hâkimlik yaptığı *Don Pantaleo de Sa Dâvası* ile bağlantılı olabileceğine işaret etmektedir. *Don Pantaleo de Sa* dönemin Portekiz Büyükelçisinin kardeşidir ve karıştığı bir sokak kavgasında genç bir İngiliz'i öldürmekten dolayı yargılanmıştır. Dâvada, *don Pantaleo de Sa*, gerek Portekiz Büyükelçisinin kardeşi olmasını, gerekse Portekiz'in müstakbel büyükelçi adayı oluşunu iddia ederek ceza yargısından muafiyet talep etmiş, fakat bu talebi kabûl edilmiş; dâva sonunda suçlu bulunarak kafası kesilmiştir. Bkz. YOUNG E., *The Development of the Law of Diplomatic Relations*, *British Yearbook of International Law*, vol. 40, 1964, s. 154.

düşüncelerin başka yazarlarca da ileri sürüldüğü belirtilen¹² 16 ilâ 17. yüzyıl İngiltere'sinde doktrinin tutumu bir yana, konuya ilişkin uygulamaların tutarsızlığına işaret edilerek¹³, bu durumun 1708 tarihli *Diplomatik Ayrıcalıklara Dair Kanun* veya daha bilinen ismiyle *7 Anne Kanunu* ile düzene girdiği belirtilmektedir¹⁴. İlgili bu kanununun öngördüğü üç sınıftan üçüncüsü evdeki hizmetçiler olarak sınıflandırılmış ve bunların içerisine vale, uşak, kâhya, aşçı ve evde kalan diğer hizmetçilerin girdiği mütalâa edilmiştir¹⁵. Zaman içerisinde özel hizmetçilerin ceza yargısından muafiyetleri durumunun mahkemeler tarafından sınırlandırılarak ele alındığı ve bu itibarla da bu kişilerin ceza yargısından muaf tutulmaları için şu gibi temel şartların arandığı ifade edilmektedir: iyi niyetle atanmış olmaları¹⁶; kendilerinin de büyükelçinin rezidansında kalıyor olmaları¹⁷; gerçekten hizmet görüyor olmaları¹⁸ ve yarı zamanlı değil¹⁹ tam zamanlı çalışmaları²⁰. Buna karşılık, Amerika

¹² Bu konuda işaret edilen dönemin önemli yazarlarından bir diğeri *Hale*'dir.

¹³ Özel hizmetlilerin ceza yargısından muafiyetleri konusunda 16 ilâ 17. yüzyılda İngiltere'deki dâvaları inceleyen *Przetacznik*'in bir bölüm dâvada bu kişilere ceza dokunulmazlığı verilmediği, buna karşılık bir bölüm dâvada ise bu kişilere cezaî dokunulmazlığın tanındığını aktarmaktadır. Yazar bu çerçevede ilk gruba giren dâvaları şu şekilde sıralamıştır: *Pedro d'Ayalia* (İspanyol Büyükelçisinin rahibi)/öldürme suçu; *Borghesi* (İspanyol Büyükelçisinin kâhyası)/komplo; *Le Chesnee* (Fransa Büyükelçisinin çevirmeni)/komplo; Portekiz Büyükelçisinin hizmetlisi/medenî tazminat. İkinci gruba giren dâvalar ise şu şekilde sıralanmıştır: Danimarka Büyükelçisinin teşrifâtçısı/cinayet; *Destrapes* (Fransız Büyükelçisinin sekreteri)/komplo; İspanyol Büyükelçisinin hizmetçisi/kazara yaralama; Venedik Büyükelçisinin hizmetçisi/öldürme; *G. Villa* (Portekiz Büyükelçisinin hizmetçisi)/medenî tazminat; *J. Hoyer* (İsveç Büyükelçisinin hizmetçisi)/medenî tazminat ve darp; *Lucas* (İspanyol Büyükelçisinin rahibi)/kral hakkında kötü söylemde bulunma. Bkz. PRZETACZNIK, s. 389-390.

¹⁴ Bkz. PRZETACZNIK, s. 390 vd. Ayrıca, bu Kanunun uygulanmasına ilişkin genel olarak bkz. MERVYN JONES J., "Immunities of Servants of Diplomatic Agents and the Statute of Anne 7, C.12", *Journal of Comparative Legislation & International Law*, vol. 22/1, 1940, s. 19-31; YOUNG, s. 158-160.

¹⁵ Bkz. PRZETACZNIK, s. 390. Bu çerçevede, 1765'teki *Lockwood v. Cosgarne* Dâvasında *Lord Mansfield*'in murahhasların bağışıklığının onun hizmetçilerini de kapsadığını belirttiği vurgulanmaktadır. Bkz. NAHLIK, s. 233 dipnot: 84.

¹⁶ "*Lockwood v. Coysgarne*" (1765); "*Delvalle v. Plomer*" (1811); "*Triquet v. Bath*" (1764).

¹⁷ "*Toms v. Hammond*" (1733); "*Malachi Cardino Dâvası*" (1744).

¹⁸ "*Crosse v. Talbot*" (1724); "*Wigmore v. Alvarez*" (1731); "*Fontainier v. Heyl*" (1765); "*Ball v. Fitzgerald*" (1730).

¹⁹ "*Masters v. Manby*" (1757); "*Darling v. Atkins*" (1769).

²⁰ Bkz. PRZETACZNIK, s. 392. Ayrıca, bkz. MERVYN JONES, s. 20-27. Benzer şekilde, *Hershey* de bu konuda hizmetçinin rezidansda gelip geçici işlerde çalışmaması gerektiğini ve bir hizmetçinin bağışıklıktan yararlanabilmesi için o hizmetin göstermelik

Birleşik Devletleri Büyükelçisinin atlı araba şoförünün ceza yargısından muaf tutulmadığı 1827 tarihli *Gallatin Dâvası* konuya ilişkin dönemin İngiliz uygulamalarına aksi bir örneği teşkil etmektedir²¹. *Mervyn Jones* ve *Gutteridge* ise, İngiliz Hukukunda düşük rütbeli memurların ve hizmetçilerin ceza yargılamasından muafiyetine ilişkin doğrudan hiçbir karar olmadığına işaret ederek, 19. ve 20. yüzyılda diplomatik listede adın geçen hizmetçilerin yargılamadan muaf tutulduklarını belirtmiş ve bu çerçevede 20. yüzyıl bağlamında şu iki örneğe yer vermişlerdir: 1906 yılında Amerika Birleşik Devletleri büyükelçisinin şoförünün tehlikeli araba kullanmaktan dolayı hakkında açılan dâvanın düşürülmesi ve benzer şekilde 1938 yılında Hollânda Büyükelçisinin şoförünün alkolün etkisinde araba kullanmasına ilişkin dâvanın Mahkemece yetkisi olmadığı gerekçesiyle düşürülmesi²². Bunun dışında, 1950’lerde bir İngiliz Mahkemesi tarafından diplomatik listede bile yer almayan Suudi Arabistan Elçiliğindeki bir hizmetçiye diplomatik bağışıklık tanıdığı aktarılmaktadır²³.

Amerika Birleşik Devletleri’nin de, tıpkı İngiltere’de olduğu gibi, diplomatik dokunulmazlıkları geniş tuttuğu ve diplomatik ajanların hizmetçilerine de ceza yargısından muafiyet tanıdığı gözlenmektedir. 1790 yılında çıkartılan Kanuna uygun olarak Amerika Birleşik Devletleri Mahkemelerinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar oldukça geniş yorumlanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri uygulaması çerçevesinde örneğin 1836 tarihli bir dâvada İngiliz elçisi tarafından işe alınmış kaçak bir kölenin yakalanmasının diplomatik ayrıcalıkları ihlâl ettiği kararının verildiği²⁴ veya büyükelçilikte aşçı olarak çalışan bir kişinin cezaî bağışıklığının açıkça tanındığı²⁵ dâva örneklerine rastlanmaktadır²⁶.

değil, gerçekten görülmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. HERSHEY A.S., *The Essentials of International Public Law and Organization*, Revised Edition, New York, 1930, s. 410 dipnot: 55.

²¹ *Gallatin Dâvası*na dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. HERSHEY A.S., *Diplomatic Agents and Immunities*, Washington D.C., 1919, s. 154-155.

²² Bkz. MERVYN JONES, s. 27; GUTTERIDGE J.A.C., “Immunities of the Subordinate Diplomatic Staff”, *British Yearbook of International Law*, vol. 24, 1947, s. 150. *Przetacznik* ise, İngiliz uygulamalarında diplomatik ajanın evindeki hizmetçilerine cezaî yargı bağışıklığının tanındığını belirterek şu örneklere yer vermiştir: Fransız Büyükelçisinin hizmetçisi (1865); İspanyol Elçisinin şoförü (1871); Osmanlı Büyükelçisinin şoförü (1888); İtalyan Büyükelçisinin hizmetçisi (1894). Bkz. PRZETACZNIK, s. 392.

²³ Bkz. WILSON, s. 176.

²⁴ “*United States v. Jeffers*”.

²⁵ “*United States v. Lafontaine*”.

Ceza yargısından muafiyet tanınması sadece Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerle sınırlı kalmamıştır. İngiltere gibi, 19. yüzyılda, Almanya’da da diplomatik ajanın özel hizmetçisine ceza yargısından muafiyet tanındığı gözlenmektedir. Bu itibarla, Nazi dönemi öncesinde yürürlükte olan “Mahkemelerin Kuruluşuna Dair Kanun”un (*Gerichtverfassungsgesetz*) 18 ilâ 19. kesimlerinde misyon şefi ve üyeleri, büro personeli ve çalışanlar ana başlığında misyon şefi ve üyelerinin özel hizmetçileri şeklinde üç kategoride sayılan kişilerin Alman vatandaşı olmamak kaydıyla Alman yargı sisteminden muaf olduklarının düzenlendiği aktarılmaktadır²⁷. Hattâ, ilgili bu düzenlemenin, 1899 yılında Berlin’deki İspanyol Büyükelçisinin saldırı suçuyla suçlanan Fransız vatandaşı özel hizmetçisinin diplomatik bağışıklık iddiasının kabulüyle uygulamaya sokulduğu bir örnek de zikredilmektedir²⁸.

Bu konuda en geniş uygulamalardan biri Avusturya tarafından ortaya konulmuştur. Amerika Birleşik Devletleri’nden sonra kanunlarında ülkesindeki diplomatik ajanın özel hizmetçisine diplomatik dokunulmazlık tanıyan yegâne devlet olduğu belirtilen Avusturya’nın hem 1804 tarihli Ceza Kanunundaki düzenleme²⁹ hem de 1834 ve 1839 yıllarında yayınlanan iki İmparatorluk Kararnâmesiyle³⁰ hizmetçilere muafiyet sağlandığı aktarılmaktadır. Buna karşılık, *Avusturya Yüksek Mahkemesi* ilk derece mahkemesinin kararını bozduğu 1971 tarihli kararında, 1919 tarihli Kanunun Avusturya’da bağışıklık tanınacak kişileri uluslararası hukuk tarafından bağışıklık tanınan kişilerle sınırladığını ve o tarihte uluslararası hukukta özel hizmetçilere bağışıklık tanıyan hiçbir

²⁶ Bkz. WILSON, s. 174. Hattâ, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki uygulamalar değişmeden evvel konuya ilişkin bilinen en önemli örneklerden biri Çekoslovak Büyükelçiliğinde çalışan iki Ekvatorluya ilişkin *Carrera v. Carrera Dâvası*dır. Bkz. *ibid.*

²⁷ Bkz. GUTTERIDGE, s. 151-152.

²⁸ Bkz. GUTTERIDGE, s. 152.

²⁹ *Roma Yabancılar Mahkemesinin* 1951 yılında verdiği konuya ilişkin kararda, Mahkeme, kanunlarında özel hizmetçilere tam bir bağışıklık tanıyan düzenleme bulunduran iki devletten birini Avusturya olarak belirtirken diğerinin de 1790 tarihli Kanunu ile Amerika Birleşik Devletleri olduğunu zikretmiştir. “Diplomatic Immunity—Servants: Case of Mohammed Lajed Ahmed”, *American Journal of International Law*, vol. 49/1, 1955, s. 101.

³⁰ Bkz. DENZA, s. 411-412. Bu itibarla, *Denza*, Yunan Büyükelçisinin özel hizmetçisi konumundaki bir kişiye ilişkin açılan dâvada Avusturya ilk derece mahkemesinin özel hizmetçilere ilişkin 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi* m. 37/4’te yer verildiği üzere istisnâ olacak şekilde özel koruma sağlayan 1834 ve 1839 tarihli İmparatorluk Kararnâmelerinin yürürlükte olduğu şeklinde bir karar verdiğini aktarmaktadır.

kuralın olmadığını belirterek özel hizmetçiye bağışıklık tanınmasını kabul etmemiştir³¹.

İsviçre'nin ise, en azından II. Dünya Savaşı öncesinde, sadece misyon şefinin hanesinde yaşayan ve İsviçre vatandaşı olmayan özel hizmetçiye bağışıklık tanıdığı belirtilmektedir³².

Buraya kadar ortaya konulan devlet uygulamaları bir kenara, bu konuda tam tersi bir tutumu benimseyen, yâni diplomatik ajanın özel hizmetçisini kesinlikle ceza yargısından muaf tutmayan devletler de vardır. Bu devletlerarasında Fransa, Brezilya, Arjantin, İtalya ve SSCB gibi devletler sayılmaktadır³³.

Yer verilen bu devletlerden İtalya'nın, her ne kadar diplomatik ajanın özel hizmetçisine dokunulmazlık tanıma konusunda katı bir tutum içerisinde olduğu belirtilse de, istisnâ de olsa bazı dâvalarda özel hizmetçiye dokunulmazlık tanıdığına rastlanmıştır. Meselâ, 1938 yılındaki *Reinhardt Dâvasında* bir bebeği öldürmekle suçlanan özel hizmetçiye *Roma İlk Derece Mahkemesi* tarafından diplomatik dokunulmazlık tanındığı görülmüştür³⁴. Buna karşılık, 1951 tarihli *Roma Yabancılar Mahkemesinin* bir diplomatik ajanın özel hizmetçisi konumundaki şahsın bir aracı kullanırken bir kişiyi ezmekten suçlandığı dâvada iddia edilen diplomatik dokunulmazlığı vermediği görülmüştür³⁵. İtalya'nın, 19. yüzyılda yaşanan iki dâvada (1881 ve 1894) yabancı diplomatların atlı araba şoförlerine cezâî bağışıklık tanımadığı da eklenmelidir³⁶.

Türk Hukukunda ise, hâlen 9 Aralık 1931 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesinde belirlenen sınıflar bağlamında ele alınan diplomatik yargı

³¹ Bkz. DENZA, s. 412. Ayrıca, bkz. NAHLIK, s. 233 dipnot: 84.

³² Bkz. GUTTERIDGE, s. 152. *Gutteridge*, hizmetçilere dair bağışıklıkları tanıyan diğer devletlerarasında Japonya ve Kolombiya gibi devletleri de saymaktadır. Bkz. *ibid.*, s. 154-155.

³³ Bkz. GUTTERIDGE, s. 153-156; WILSON, s. 165-166 ve 176-178; do NASCIMENTO e SILVA, s. 146. Sovyet uygulamasının, hizmetçiler bir yana, üçüncü kâtip seviyesinin altındaki görevlilere dahi bağışıklıkları reddettiği belirtilmektedir. Bkz. O'CONNELL, s. 894.

³⁴ Bkz. GUTTERIDGE, s. 153; WILSON, s. 176-177; DEÁK F., *Organs of States in Their External Relations: Immunities and Privileges of State Organs and of the State*, in *Manual of Public International Law*, edited by Sørensen, London, 1968, s. 404. Ayrıca, bkz. LAUTERPACHT H. (ed.), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1938-1940*, *International Law Reports*, vol. 9, Cambridge, 1988, s. 435; MURTY B.S., *The International Law of Diplomacy: The Diplomatic Instrument and World Public Order*, New Haven, 1989, s. 409 dipnot: 240 (ilgili dipnotun başlangıcı bir önceki sayfadır).

³⁵ Bkz. "*Case of Mohammed Lajed Ahmed*", s. 100-101.

³⁶ Bkz. GUTTERIDGE, s. 153.

bağışıklığı kurumu çerçevesinde özel hizmetçilere bu yönlü bir bağışıklık tanınmadığı gözlenmektedir³⁷.

1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi* öncesi tüm bu uygulamalar bir yana, Uluslararası Hukuk Komisyonunun konuya ilişkin değerlendirmesinde, devletlerin diplomatik ajanın özel hizmetçisine dair geliştirdiği uygulamaların yeknesak olmadığı, ama Komisyonun bu kişilere de diplomatik ajanlara verilen tüm ayrıcalık ve bağışıklıkların tanınmasından yana olmadığı³⁸. Nitekim sözleşmedeki düzenlemenin bu görüşün bir yansıması olarak ortaya çıktığını mütalâa etmek yanlış olmasa gerektir.

2- 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi m. 37/4'ün İncelenmesi

Diplomatik ajanların özel hizmetçilerinin kabul eden devletin ceza yargısından muafiyetine ilişkin 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi* m. 37/4'te yer verilen düzenleme şu şekildedir:

“Misyon üyelerinin özel hizmetçileri, kabul eden Devletin vatandaşı veya daimî surette orada mukim değillerse, işleri dolayısıyla aldıkları ücretlere ilişkin vergi ve resim bağışıklığından yararlanırlar. Diğer bakımlardan, ayrıcalık ve bağışıklıklardan ancak kabul eden Devletin tanıdığı ölçüde yararlanırlar. Bununla beraber, kabul eden Devlet, bu gibi şahıslar üzerindeki yargı yetkisini misyonun görevlerinin ifasına gereksiz şekilde müdahalede bulunmayacak tarzda kullanılmalıdır”.

Bu düzenlemeden de açıkça görüldüğü üzere, sadece diplomatik ajanların değil, daha geniş bir düzenleme ile misyon üyelerinin özel hizmetçilerine ilişkin bir düzenlemeye gidildiği gözlenmektedir. Bunun dışında, kabul eden devletin vatandaşı olmama veya orada sürekli ikamet etmeme maddede açıkça belirtilen şartlardandır. Bunun haricinde, fıkrada vergi ve resimler dışında, diğer tüm ayrıcalık ve bağışıklıkların tanınması konusunda takdirin kabul eden devlete bırakılmış olduğu görülmektedir. Düzenlemeye dair altı çizilmesi gereken en son husus, kabul eden devletin bu kişiler üzerinde gerektiğinde yargı yetkisini kullanırken, bu yetkiyi

³⁷ Bkz. “Adalet Bakanlığı Genelgesi” no: 72/1 (1 Mart 2008). Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. MERAY, s. 46-47; YAŞAR, s. 48-49; TEZCAN D., Türk Hukukunda Diplomatik Yargı Bağışıklığı, in Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yıllığı 1985, Ankara, 1986, s. 147-149; REÇBER, s. 65-66.

³⁸ Bkz. MURTY, s. 409.

misyonun görevlerinin görülmesini gereksiz şekilde etkilemeden kullanması gereğinin açıkça vurgulanmış olmasıdır³⁹.

Benzer nitelikli düzenlemelere ilgili diğer sözleşmelerde de yer verildiği görülmektedir. Bu itibarla, 1969 tarihli *Özel Misyonlara Dair Sözleşmenin*⁴⁰ ilgili 38. maddesi şu şekildedir:

“*Özel misyon üyelerinin özel hizmetçilerinin, çalışmaları neticesinde almış oldukları maaşları her türlü harç ve vergiden muaf tutulacaktır. Diğer tüm durumlarda, ancak kabul eden devletin izin verdiği ölçüde ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yararlanabileceklerdir. Her hâlikârda, kabul eden devlet, bu kişiler üzerinde özel misyon işlevlerinin performansına gereksiz şekilde müdahale teşkil etmeyecek biçimde yetkisini kullanmalıdır*”.

Konuya dair düzenleme içeren bir diğer Sözleşme konumundaki 1975 tarihli *Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi*⁴¹ m. 36/4’te ise şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir:

“*Misyon üyelerinin ev sahibi devletin vatandaşı veya sürekli mukimi olmayan özel hizmetçilerinin çalışmaları neticesinde almış oldukları maaşları her türlü harç ve vergiden muaf tutulacaktır. Diğer durumlarda, ancak kabul eden devletin izin verdiği ölçüde ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yararlanabileceklerdir. Her hâlikârda, kabul eden devlet, bu kişiler üzerinde misyon işlevlerinin performansına gereksiz şekilde müdahale teşkil etmeyecek biçimde yetkisini kullanmalıdır*”.

a- Misyon Üyesinin Özel Hizmetçisi Kavramı ve Bu Kavramın Diğer Benzer Kavramlardan Farkı

Misyon üyesinin özel hizmetçisi kavramına ilişkin genel bir açıklamaya 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi* m. 1/(h)’de şu şekilde yer verildiği gözlenmektedir: “*«Özel hizmetçi»*

³⁹ Bu düzenlemenin kökenlerinin, her ne kadar düzenleme sadece misyonun teknik ve hizmetli personeline ilişkin oluşturulmuş olsa da, Harvard Hukuk Fakültesinin konuya ilişkin taslak metninin 23. maddesinde yer aldığına işaret edilmektedir. Bkz. HARDY, s. 78 dipnot: 3; WILSON, s. 167. Harvard Taslak metni ve bu bağlamda 23. madde için sırasıyla bkz. “Diplomatic Privileges and Immunities”, American Journal of International Law Supplement, vol. 26/1, 1932, s. 15-192, özellikle s. 23.

⁴⁰ 8 Aralık 1969 tarihinde New York’ta imzalanan ve 21 Haziran 1985 tarihinde yürürlüğe giren *Özel Misyonlara Dair Sözleşmeye* günümüzde 38 devlet taraftır. Türkiye ilgili bu Sözleşmenin tarafı değildir.

⁴¹ 14 Mart 1975 tarihinde Viyana’da imzalanan bu Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir. Türkiye ise, Sözleşmeyi 30 Mart 1976 tarihinde imzalamış, ama henüz onaylamamıştır.

misyonun bir üyesinin ev hizmetinde bulunan ve gönderen Devlet hizmetinde çalışmayan bir şahıstır". Bu çerçevede, ele alınan düzenlemede "misyon üyesinin özel hizmetçisi" kavramı, *prima facie*, kolay anlaşılır, herhangi bir karışıklığa yol açmayacak bir kavram olarak nitelendirilebilse de, gerçekte, özellikle uygulamalar incelendiğinde, kavramın belirlenmesinde çeşitli sorunların ortaya çıktığı, bazı hususların, en azından bu tür kişilere bir dokunulmazlık atfedilecekse, aydınlatılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Her şeyden evvel, 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi* çerçevesinde kullanılan "özel hizmetçi" terimden farklı olarak, günümüzde, "evde çalışan özel personel" (*private domestic staff*) kavramının tercih edildiği belirtilmektedir⁴². Nitekim son yıllarda konuya dair incelemelerde "özel hizmetçi" kavramı yerine "evde çalışan özel personel" ve benzeri terimlerin kullanıldığı gözden kaçırılmamalıdır⁴³.

Misyon üyesinin özel hizmetçisi kavramını incelerken, birden fazla kelimeden veya terimden oluşan bu kavramı bölümlere ayırarak irdelemeye çalışmak isabetli olacaktır. Bu çerçevede, öncelikle misyon üyesi kavramından başlanması uygundur. Yukarıda ayrıntısıyla incelendiği üzere, esasen, diplomatik ajanların, daha belirgin bir ifadeyle diplomatik rütbeyi haiz misyon üyelerinin özel hizmetçilerine bazı devletler tarafından ceza yargısından muafiyet sağlandığı görülmüştür. Buna karşılık, 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinde* düzenlemede genel olarak misyon üyelerinden bahsedildiği, diplomatik rütbeyi haiz olan misyon üyeleri ile diğerleri arasında bir ayrıma gidilmemiş olduğu dikkat çekmektedir. Bu çerçevede, ilk akla gelen soru, diplomatik misyon şefi bir yana, diplomatik rütbeyi haiz misyon üyeleri dışındaki misyon üyelerinin namına çalışan özel hizmetçilerin tümünün de bu kapsama girip girmeyeceği hususudur. İlgili düzenleme çerçevesinde dikkat çeken, bu konuda herhangi bir ayırım yapılmamış olmasıdır ki, özellikle diplomatik rütbeyi haiz olmayan örneğin teknik ve idarî hizmetlilerin özel hizmetçilerinin dahi kapsam altına gireceği görülmektedir. Nitekim bu genişletmeye doktrininde de işaret edilmektedir⁴⁴.

⁴² Bkz. SPADINGER, s. 132.

⁴³ Bu çerçevede, Spadinger "evde çalışan özel personel" kavramını kullanırken, *Staiano* ile *Reissmann* ve *Bothe* "evde çalışanlar" (*domestic workers*) terimini kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. *supra* dipnot: 3.

⁴⁴ Bkz. do NASCIMENTO e SILVA, s. 147. Ayrıca, genel olarak bu konuda bkz. ÇELİK E.F., *Milletlerarası Hukuk*, I. Kitap, 2. Baskı, İstanbul, 1987, s. 353.

Özel hizmetçi kavramının diğer kavramlarla, özellikle de diplomatik misyonun hizmetli sınıfıyla farkının ortaya konulması gerekmektedir. Böylelikle, özel hizmetçi kavramı bağlamında misyon üyelerinin özel hizmetçileri ile misyonun kendi hizmetli kadrosunu oluşturanların ayırt edilmesi, bu kişilerin maaşlarının kimin tarafından ödendiğinin tespiti ile mümkün olmaktadır⁴⁵. Bu çerçevede, misyon hizmetli kadrosu üyelerinin maaşlarını gönderen devlet öderken, misyon üyesinin özel hizmetçisinin maaşını ise onu tutan misyon üyesinin kendisi ödemektedir. Bu bağlamda, *Spadinger*, hizmetli kadrosunun genelde gönderen devletin vatandaşı olduğu ve görevlerine gönderen devletin merkez yetkililerince yerleştirildiklerine, özel hizmetçilerde ise bir iş akdine dayanıldığına dikkat çekmektedir⁴⁶.

b- Diplomatik Ajanın Özel Hizmetçisinin Ceza Yargısından Muafiyetine Dair Düzenlemenin Unsurları ve Ele Alınan Konu Açısından Olası Uygulamaya Dair Değerlendirmeler

Misyon üyesinin özel hizmetçisi kavramı ve ona ilişkin birtakım önemli unsurları bir önceki alt başlıkta irdeledikten sonra, m. 37/4 kapsamında yer alan diğer unsurlar ile açıkça maddede yer verilmeyen ve fakat genel uygulamada aranılması muhtemel olabilecek unsurları kısaca incelemekte fayda vardır. Diplomatik ilişkilere dair düzenleme getiren eski metinlerde genel olarak yer verilmeyen bir husus olan özel hizmetçilerin durumu, 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinde* düzenlenirken, oldukça genel bir düzenlemeye gidildiği ve açıkça görüldüğü üzere bu kişilere cezaî dokunulmazlık tanınmasının devletlere bırakıldığı gözlenmektedir. Bir başka deyişle, eski metinlerde olduğunun aksine, Sözleşmede sessiz kalınması yerine bu konuda devletlere inisiyatif tanınmış olmaktadır.

Bunun dışında, devletlere bu konuda yetki tanıyan bu düzenlemede, özel hizmetçinin, kabul eden devlet vatandaşı olmaması veya kabul eden devlette sürekli ikametgâhının bulunmaması gerektiği düzenlemesine maddede açıkça yer verildiği görülmektedir. Her şeyden evvel, birçok

⁴⁵ Bkz. do NASCIMENTO e SILVA, s. 146. Öte yandan, işaret edilmelidir ki, esas sorunun hizmetli kadrosu ile özel hizmetçiler arasında farkın ortaya konulmasından çok, hizmetli kadrosu ile yine bazı alanlarda aynı görevleri ifa edebilen teknik idarî kadronun ayırt edilmesine ilişkin ortaya çıktığı hususudur. Bu konudaki açıklamalar için bkz. *ibid.*

⁴⁶ Bkz. SPADINGER, s. 133. Benzer, şekilde, *Denza* da, hizmetli kadrosu çalışanlarının kabul eden devlet tarafından işe alındığını, özel hizmetçilerin ise misyon üyelerince işe alındıklarını ve misyonun kendisinin bir üyesi olmadıklarını belirtmektedir. Bkz. DENZA, s. 410.

devletin vatandaşlık düzenlemelerinde, bir başka devletin diplomatik hizmetine girilmesi, vatandaşlığın otomatik kaybını da beraberinde getirmektedir⁴⁷. Bunun haricinde, özel hizmetçiler, birçok durumda gerek gönderen devletin, gerek kabul eden devletin vatandaşı konumunda olmamaktadır⁴⁸. Bu durumda da, üçüncü bir devlet vatandaşlığını taşıyan özel hizmetçiye muafiyetlerin tanınıp tanınmaması kabul eden devletin takdirindedir. Bununla birlikte, kabul eden devlet, kanımızca, yine kendi takdiriyle kendi vatandaşı konumundaki özel hizmetçiye de bağışıklık tanıyabilecektir⁴⁹. Nitekim 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi* öncesindeki dönemde özel hizmetçilere muafiyet tanıyan devletlerden büyük bir kısmının kendi vatandaşlığını taşıyan kişileri istisna olarak görüp bu muafiyetten onları yararlandırmamalarına karşılık, İngiliz uygulamasında tam aksine, bunun göz ardı edilerek kendi vatandaşları konumundaki özel hizmetçilere de muafiyet tanınabildiği ifade edilmiştir⁵⁰.

İlgili hükümde dikkatli bir biçimde düzenlendiği görülen bir diğer husus ise, eğer bu kişilere dokunulmazlık tanınmayacaksa, kabul eden devletçe, bu kişiler üzerindeki yargı yetkisinin diplomatik misyonunun

⁴⁷ İsveç vatandaşlık kanununu örnek olarak gösteren *Detter* bu konuya işaret ederken, İsveçli yetkililerin ilgili hükmü uygulamadıklarına da vurgu yapmayı ihmal etmiştir. Bkz. DETTER I., *The International Legal Order*, Dartmouth, 1994, s. 470 dipnot: 352. Gerçekten de en son 2001 yılında yenilenen *İsveç Vatandaşlık Kanununda* bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İlgili İsveç Kanununun İngilizce metni için bkz. www.refworld.org/pdfid/420cadf64.pdf (ziyaret tarihi: 16/04/18). Öte yandan, 2009 tarihli 5901 sayılı *Türk Vatandaşlığı Kanununun* “Türk Vatandaşlığını Kaybettirme” başlıklı m. 29/1(a)’da şu şekilde bir düzenlemeye yer verildiği gözlenmektedir: “*Yabancı bir devletin, Türkiye’nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine yurtdışında temsilcilikler, yurt içinde ise mülki idare amirleri tarafından bildirilmesine rağmen, üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içerisinde kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanlar*”.

⁴⁸ Meselâ, yukarıda değinilen, 1899 tarihli bir dâvada Alman Mahkemelerinin Berlin’deki İspanyol Büyükelçisinin saldırı suçuyla suçlanan Fransız vatandaşı olan özel hizmetçisine diplomatik bağışıklık tanımalarına ilişkin karar zikredilebilir. Bkz. *supra* dipnot: 28. Aksi yönde bkz. *In re Jursitis* in WILSON, s. 171-172.

⁴⁹ Vatandaşlık konusuna ilişkin olarak, her ne kadar özel hizmetçiler çerçevesinde bir açıklama yapmamış olsa da, *von Glahn*, herhangi bir liste vermeksizin, sınırlı sayıdaki devletin diplomatik bağışıklık atfedilecek çalışanlar listesinde kendi vatandaşlarının yer almasına izin verdiğine işaret etmektedir. Bkz. von GLAHN G., *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 7th edition, New York, 1996, s. 432. Ayrıca, bkz. DENZA, 402.

⁵⁰ Bkz. BROOKFIELD S.H., “Immunity of the Subordinate Personnel of a Diplomatic Mission”, *British Yearbook of International Law*, vol. 19, 1938, s. 152.

işlevini engelleyecek biçimde kullanmaması hususudur⁵¹. Bu itibarla, *Hardy*, bu düzenlemeyle, kabul eden devlete ilgili misyon personelini farazî olarak ilgili kişinin hizmetinden mahrum bırakacak şekilde hareket etme hakkı tanınmadığını ve uygun olan durumlarda misyonun atılan adımlardan haberdar edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵². *Denza* ise, m. 37/4'te yer alan bu düzenlemenin ne şekilde uygulanacağını kabul eden devletin idarî takdir yetkisi dâhilinde olduğunu ve sadece duruşmaların zamanlaması, yasadışı göçmen statüsünde olan bir kişinin sınır dışı edilmesi gibi hususları etkileyeceğinin altını çizmiştir⁵³.

İncelenen hususlar bir yana, maddede yer verilen ve bu çalışmanın konusunu doğrudan teşkil etmeyen vergi ve resimlerden muafiyet ayrıcalığının, temelde bu kişilere değil, bu kişileri çalıştıran misyon personeline sağlanan bir ayrıcalık olduğuna ve bu bağlamda, diplomatik misyon üyelerinin bu kişileri çalıştırmaktan ötürü kabul eden devletin iç hukuk düzenlemesini teşkil eden vergi ve benzeri yüklerle muhatap olmamasının sağlandığına işaret edilmektedir⁵⁴.

Tüm bu anlatılanlar sonrasında belirtilmelidir ki, kabul eden devlet, misyon çalışanlarının özel hizmetçilerine de yargı bağışıklığı tanıma yoluna gidebilir. Bu çerçevede, bu kişilere ceza yargısından muafiyet tanınması söz konusu olduğunda, yukarıda incelenen fıkrada yer almayan, fakat bugüne kadar gelen uygulamalarla şekillenmiş bazı ek unsurların gündeme gelebileceği düşünülmelidir. Bu bağlamda, öncelikle, özel hizmetçiye bu tür bir bağışıklığın tanınmasında *bona fide*, açık ifadesiyle iyi niyet muhakkak ki aranılan en önemli husus olacaktır. Daha eski örneklerde gözlemlendiği üzere, at arabası olmayan bir misyon üyesinin şoförünün olması, bahçesi olmayan bir misyon üyesinin bahçıvanının olması, rezidansında mutfakı olmayan misyon şefinin aşçısının olması ve hatta Faslı Müslüman bir büyükelçinin İngiliz rahibi olması iyi niyete aykırı bulunmuştur⁵⁵. Bu örneklerin incelenmesinden de ortaya çıkartılacağı üzere, diplomatik misyon üyesinin özel hizmetçisi konumundaki bu kişinin iyi niyetli olarak bu hizmeti gerçekten gören bir kişi olması gerekmektedir. Gördüğü işin, diplomatik niteliği olması,

⁵¹ Yukarıda belirtildiği üzere, bu tür bir hükmün oluşturulmasında, konuya ilişkin *Harvard Taslağının* 23. maddesinden esinlendiği mütalâa edilmektedir. Bkz. *supra* dipnot: 39.

⁵² Bkz. HARDY, s. 78. Benzer şekilde, *Wilson* da, temsilcinin rahatının bozulmadığı, büyükelçinin etkilendiği durumlarda, hizmetçiye herhangi bir ayrıcalık tanınmadığına işaret etmiştir. Bkz. WILSON, s. 175.

⁵³ Bkz. DENZA, s. 411.

⁵⁴ Bkz. DENZA, s. 411. Karşı görüş için bkz. SPADINGER, s. 137.

⁵⁵ Bu örneklere ilişkin bkz. WILSON, s. 166-167.

kişinin konumu göz önüne alındığında beklenemeyecek bir durumdur. Bununla birlikte, hizmetçinin, sadece kendi işi gereği olan bir faaliyetten ötürü cezaî muafiyet kapsamında olması, ona işi dışındaki bir faaliyetten ötürü bu muafiyetin tanınmaması durumunun bazı dâvalarda *açıkça* gözetildiği görülmüştür⁵⁶.

Özel hizmetçi için bu tür bir muafiyetin tanınmasına ilişkin belirlenebilecek diğer önemli olası bir koşul bu görevin sürekli nitelikte olması, yâni daha açık bir ifadeyle yarı zamanlı bir görev niteliğinde gerçekleştiriliyor olmamasıdır. Öte yandan, hizmetçinin yanında çalıştığı misyon üyesiyle beraber kalması gerekip gerekmediği sorusu değerlendirilmesi gereken bir diğer hususu teşkil etmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken, m. 37/4'teki düzenlemenin sadece sürekli ikametgâhın bulunmaması şartına odaklanmış olduğu, burada gündeme getirilenin ise kabul eden devletin ülkesinde sürekli bir ikametgâh bulunmaksızın görev süresi boyunca aynı hane çatısında yaşayıp yaşanmaması hususudur. Esasen, tarihsel perspektiften bakıldığında, başta aile üyeleri olmak üzere elçinin beraberindekilerin aynı ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlandırılması onunla beraber kalınmasına bağlanmıştır. Ancak, günümüzde bu şekilde bir tespitin gerçekçi olmayacağı düşünülmelidir. Nitekim ayrıcalık ve bağışıklıkların dayanağı olan teorilerin en temeli işlevsellik ve sonrasında ise temsildir. Bu çerçevede, her ne kadar uygulamada görülmesi oldukça zor da olsa, özel hizmetçinin yanında çalıştığı misyon üyesiyle beraberinde kalması kanımızca bir zorunluluk teşkil etmemektedir. Özel hizmetçiye eğer tanınacaksa muafiyet tanınmasının dayanağı da temelde işlevsellik olmaktadır.

Bir son husus, diplomatik ajanın kendisinin değil de, aile üyesinin özel hizmetçisi konumunda olan kişilerin diplomatik bağlamda özel hizmetçi kavramına girip girmeyeceğinin tartışılmasıdır⁵⁷. Bu minvalde, meselâ, diplomatik ajanın hâne çatısı altında yaşayan kızının veya

⁵⁶ Örneğin *Novello v. Toogood Dâvasında*, Mahkeme, Portekiz Büyükelçisi tarafından müzik eğitmeni olarak işe alınmış İngiliz vatandaşı kişiye ilişkin izinsiz girişle alâkalı olayda bağışıklık iddiasını, dâvaya konu olan hareketin özel nitelikli oluşu ve misyonun amaçları dışında kalmasından ötürü reddetmiştir. Bkz. WILSON, s. 175. *Wilson* da, açıkça ve haklı olarak, hizmetçilere görevleri dışında kalan hareketlerden dolayı bağışıklık sağlanmasının haklı gösterilemeyeceğine işaret etmektedir ki, uygulamanın da bu yönde geliştiğini vurgulamaktadır. Bkz. *ibid.*, s. 178. Benzer bir karar yukarıda da belirtilen *Mohammad Lajed Ahmed Dâvasında* verilmiştir. Bkz. “*Case of Mohammed Lajed Ahmed*”, s. 101.

⁵⁷ Bkz. WILSON, s. 166.

oğlunun dadısı veya ihtiyar anne ve babasının bakıcısı, doğrudan kendisinin hizmeti altında bulunmasa bile, bu kapsam altına alınabilecek midir? Bu kişilerin de kapsam altına alınabilirliğinin tartışılması, zaten oldukça genişletildiği düşünülen bu kurumu daha da fazla yıpratabilecektir. Öte yandan, aynı hane çatısı altında yaşayıp, her ne kadar diplomatik ajana doğrudan hizmet etmese de, onun yakınlarına hizmet etmesi, bu durumun, bir bağlamda işlevsellik teorisinin kapsamına girdiğinin iddia edilmesine de yol açabilecektir. Netice itibarıyla, oldukça tartışmalı görünse de, kanımızca, kabul eden devlet, kendi inisiyatifiyle bu konuda bir belirlemeye gitmelidir.

Toparlamak gerekirse, misyon üyelerinin özel hizmetçilerine dair ilgili bu düzenlemenin, gözlemlendiği üzere, eskiden beri özel hizmetçilere diplomatik muafiyet tanıyan devletlerin dahi artık bu tür muafiyetleri tanımaktan kaçınmasına yol açmıştır. Nitekim, 1960'larda dahi hizmetçilere bu tür muafiyetin tanındığına işaret edilen Amerika Birleşik Devletleri'nde artık bu tür muafiyetlerin tanınmadığı vurgulanmaktadır⁵⁸. Bu durumun çeşitli sebepleri olabilir. Örneğin, 1970'lerde yukarıda da bahsedilen Avusturya Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu kararda, Mahkeme, 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinde* bu kişilere diplomatik bağışıklığın tanınmamasının olası nedenlerinden biri olarak bu kişiler açısından işlevsel gerekliliğin yoksunluğu olduğunu ifade etmiştir⁵⁹. Daha da önemlisi, tarihin tozlu yapraklarındaki örnekler göz atıldığında, genelde, özel hizmetçinin diplomatik ajanın ve özellikle de diplomatik misyon şefinin hizmetçisi olduğu görülmektedir. Oysa ki, 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinde* kapsam oldukça genişletildiği, diplomatik misyon şefi bir yana, diplomatik misyonunun diplomatik rütbeyi haiz görevlileriyle birlikte bu rütbeyi haiz olmayan görevlilerinin dahi özel hizmetçilerinin kapsam altına alınabileceği gözlenmektedir. Dolayısıyla, devletlerin bu kadar geniş tutulacak şekilde kişiler üzerinde yargı yetkisinden, özellikle de cezaî yargı yetkisinden feragat etmesinin kolay olmadığı gerçeği de, kanımızca, hesaba katılmalıdır.

⁵⁸ Bkz. von GLAHN, s. 432. Amerika Birleşik Devletleri'nde 1978'de kabul edilen Diplomatik İlişkiler Kanunu ile birlikte eski düzenleme değişmiştir. Bkz. "Era of Diplomatic Immunity Is Ended for Many Employees of Embassies in the U.S.", The New York Times, December 30 1978, s. 20.

⁵⁹ Bkz. DENZA, s. 412. Mahkeme, özel hizmetçilere bağışıklıkların bahşedilmesi konusunda, gerek devletler arasında yeknesak bir uygulamanın oluşmadığından, gerekse konuya ilişkin bir *opino juris*'in bulunmadığından dem vurmıştır.

SONUÇ

Uluslararası hukuk çerçevesinde ceza yargısından muafiyetin diplomatik çerçevede kimlere verilmesi gerektiği ve hatta verilmesi gerekip gerekmediği kamuoyu tarafından tartışılardursun, 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi* düzenlemeleri bağlamında bazı devletler tarafından ülkelerinde diplomatik görevlilerin özel hizmetçilerinin de ceza yargısından muaf tutulmasına dair uygulamanın sonlandırıldığı görülmüştür. Esasen, Sözleşmeye ilişkin doktrinde gerçekleştirilen ilk yorumlar değerlendirildiğinde, diplomatik ajanların özel hizmetçilerine dair bir düzenlemenin getirilmiş olmasına, özellikle de önceki benzer düzenlemelerde bu şekilde bir hükme yer verilmemiş olması da gözetilerek, oldukça olumlu yaklaşmış olduğu görülmektedir⁶⁰. Buna karşılık, zaman içerisinde diplomatik ajanın özel hizmetçisine ceza yargısından muafiyet tanıyan devletlerin dahi bu yönlü uygulamalarını sonlandırdıkları izlenmiştir. Daha açık ifade etmek gerekirse, lehe yorumlanan düzenlemenin zaman içerisinde özel hizmetçiler bağlamında aleyhe bir uygulamaya dönüştüğü ifade edilebilir. Bu çerçevede, başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere İngiltere gibi Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen devletlerin ülkelerinde diplomatik ajanın özel hizmetçisinin suç işlemesi durumunda bu kişileri artık ceza yargısından muaf tutmadıkları görülmektedir.

Bu durumun öncelikli muhtemel nedenleri arasında ise 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinde* özel hizmetçiler kavramının genişletilmesine yer verilebilir. Öte yandan, Avusturya Yüksek Mahkemesinin konuya ilişkin vermiş olduğu kararında belirtildiği üzere⁶¹, bu konuda devlet uygulamalarında bir yeknesaklık bulunmaması ve hatta bu konuda bir *opinio juris*'in oluşmamış olması da bu yönlü bir düzenleme ve ona bağlı tutumlarda etkili olmuştur. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonunun tavrı da bu hususları destekler niteliktedir⁶².

⁶⁰ 1961 öncesi metinlerde diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklar çerçevesinde hizmetçilere ilişkin herhangi açık bir düzenlemenin yokluğuna işaret eden *Wilson*, 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinde* ilk kez bu konuda bir düzenlemeye yer verildiğini dile getirdikten sonra, bu konuda liberal davranan devletlerin, özellikle uluslararası hukuktaki karşılıklılık ve misilleme kurumları çerçevesinde özel hizmetçilere sağlanan bağımsızlıkları azaltabileceklerini ifade etmiş olsa da, yine de özel hizmetçiler bağlamında lehe gelişmeler yaşanacağını belirtmekten geri durmamıştır. Bkz. WILSON, s. 165-179.

⁶¹ Bkz. *supra* dipnot: 31 ve 59.

⁶² Bkz. *supra* dipnot: 38.

KAYNAKÇA

Kitap & Makaleler

- AKSAR Y. Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2015.
- ALTUĞ Y. Devletler Umumi Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 1995.
- ASHMAN C. & TRESCOTT P. Diplomatic Crime, New York, 1991.
- BOCZEK B.A. The A to Z of International Law, Lanham, 2010.
- BROOKFIELD S.H. “Immunity of the Subordinate Personnel of a Diplomatic Mission”, British Yearbook of International Law, vol. 19, 1938, s. 151-160.
- ÇELİK E.F. Milletlerarası Hukuk, I. Kitap, 2. Baskı, İstanbul, 1987.
- DEÁK F. “Organs of States in Their External Relations: Immunities and Privileges of State Organs and of the State”, in Manual of Public International Law, edited by Sørensen, London, 1968, s. 381-467.
- DENZA E. “Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention” on Diplomatic Relations, 3rd edition, Oxford, 2012. (reprint from the 2008 edition)
- DETTER I. The International Legal Order, Dartmouth, 1994. “Diplomatic Immunity—Servants: Case of Mohammed Lajed Ahmed”, American Journal of International Law, vol. 49/1, 1955, s. 100-101.
- do NASCIMENTO e SILVA G.E., Diplomacy in International Law, Leiden, 1972.
- GRIFFIN M. “Diplomatic Impunity”, Student Lawyer, vol. 13/2, 1984, s. 18-25.
- GUTTERIDGE J.A.G. “The Immunities of the Subordinate Diplomatic Staff”, British Yearbook of International Law, vol. 24, 1947, s. 148-159.
- HARDY M. Modern Diplomatic Law, Manchester, 1968.
- HERSHEY A.S. Diplomatic Agents and Immunities, Washington D.C., 1919.
- HERSHEY A.S., The Essentials of International Public Law and Organization, Revised Edition, New York, 1930.
- LAUTERPACHT H. “Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1938-1940”, International Law Reports, vol. 9, Cambridge, 1988. (reprint of 1942 edition)
- MERAY S.L. Devletler Hukukuna Giriş, II. Cilt, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara, 1965.
- MERVYN JONES J. “Immunities of Servants of Diplomatic Agents and the Statute of Anne 7, C.12”, Journal of Comparative Legislation & International Law, vol. 22/1, 1940, s. 19-31.
- MURTY B.S., The International Law of Diplomacy: The Diplomatic Instrument and World Public Order, New Haven, 1989.
- NAHLIK S.E. “Development of Diplomatic Law. Selected Problems”, Recueil des cours, vol. 222, 1990-III, 1990, s. 187-364.
- O’CONNELL D.P. International Law, vol. II, 2nd edition, London, 1970.
- OGDON M. Juridical Bases of Diplomatic Immunity, Washington D.C., 1936.
- PREUSS L. “Capacity for Legation and the Theoretical Basis of Diplomatic Immunities”, New York University Law Quarterly Review, vol. 10/1, 1932, s. 170-187.

- PRZETACZNIK F. “The History of the Jurisdictional Immunity of the Diplomatic Agents in English Law”, *Anglo-American Law Review*, vol. 7/2, 1978, s. 348-395.
- REÇBER K. *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku*, Bursa, 2011.
- REİBMANN A. & BOTHE S. “Ending Impunity for the Bottommost Diplomatic Caste: German Practice in Relation to Domestic Workers in Diplomatic Households”, *German Yearbook of International Law*, vol. 57, 2014, s. 633-649.
- SPADINGER W. “Private Domestic Staff: A Risk Group on the Fringe of the Convention”, in *Diplomatic Law in a New Millenium*, edited by Behrens, Oxford, 2017, s. 132-145.
- STAIANO F. “Domestic Workers’ Human Rights versus Diplomatic Impunity: Developments in International and National Jurisprudence”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 22, 2013, s. 201-220.
- TEZCAN D. “Türk Hukukunda Diplomatik Yargı Bağışıklığı”, in *Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yıllığı 1985*, Ankara, 1986, s. 137-167.
- von GLAHN G. *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 7th edition, New York, 1996.
- WILSON C.E. *Diplomatic Privileges and Immunities*, Tucson, 1967.
- YAŞAR H. “Cezaî Yönden Diplomatik Bağışıklılık ve Ayrıcalıklar”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 2 Sayı 3, 1976, s. 29-55.
- YOUNG E. “The Development of the Law of Diplomatic Relations”, *British Yearbook of International Law*, vol. 40, 1964, s. 141-182.

Gazete Haberleri & Makaleleri

- ANDERSON J. & WHITTEN L. “The Diplomatic Immunity Charade”, *Washington Post*, November 14 1975, s. 18.
- “Era of Diplomatic Immunity Is Ended for Many Employees of Embassies in the U.S.”, *The New York Times*, December 30 1978, s. 20.
- SENGUPTA S. “An Immigrant’s Legal Enterprise. In Suing Employer, Maid Fights Diplomatic Immunity”, *The New York Times*, January 12 2000, s. B1 ve B10.

KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNATTA RÜCU SORUNU

THE ISSUE OF RECOURSE FOR COMPENSATION OWING TO THE PROTECTION MEASURES

DOI: 10.21492/inuhfd.432433

Uğur AŞKIN*

Özet

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat meselesi, CMK'nın 141 ila 144. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kişiler, CMK m. 141'de sınırlı sayıda belirtilen hallerden ötürü koruma tedbirleri nedeniyle tazminat isteyebilir. Burada tazminat, kovuşturmaya yer olmadığı kararının veya hükmün kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve herhalde hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içinde ağır ceza mahkemeleri aracılığıyla tazminata neden olan sorumlulardan değil, Devletten istenebilir. Devlet, koruma tedbirleri nedeniyle ödediği tazminattan dolayı sorumlulara rücu eder. CMK'da rücu edilebilecek kişiler, hâkim ve Cumhuriyet savcılarını iftira eden ve yalan tanıklıkta bulunanlarla sınırlanmıştır. Ancak koruma tedbirlerine ilişkin haksızlığı veya hukuka aykırılığı gerçekleştiren diğer kamu görevlilerine dahi, idarenin genel sorumluluk esaslarına göre Devletin rücu edebilmesi mümkündür. Çalışmamızın ilk kısmında koruma tedbirlerine ilişkin genel açıklamalarda bulunduktan sonra ikinci kısmında rücu kavramı hakkında bilgi verilmiştir. Üçüncü kısımda ise, koruma tedbirleri nedeniyle tazminatta rücu meselesi ele alınmıştır. Bu kısımda, Devletin rücu edebileceği kişiler hakkında ayrıntılı açıklamalarda bulunulup, rücu amacıyla açılacak tazminat davasında süre, görevli ve yetkili mahkeme ile davanın incelenmesi ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Koruma tedbirleri, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat, devletin rücu edebilmesi, rücu amacıyla açılacak dava

Abstract

The issue of compensation for protection measures is expressed between the articles 141 to 144 of the Code of Criminal Procedure (CCP). Individuals can claim compensation for a limited number of cases arranged in the article 141 of the Code of Criminal Procedure for protection measures. Compensation hereby can be requested from the State, not from the responsible, within three months since the date of the judgement that there is no room for the prosecution or the date of notification of the finalization of the judgement or in any case within a year since the date of finalization of the judgement via assize courts. The State recourses to those responsible for the compensation it has paid for the protection measures. Those who are recoused by the state, could be adjudicators, public prosecutors and calumniators, perjurers in accordance with the CCP. However, it is possible

* Arş. Grv., İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Anabilim Dalı. E- mail: ugur_askin_19@hotmail.com. (ORCID: 0000-0002-3842-8745)
Makale Gönderilme Tarihi: 08.06.2018 Submitted : 08.06.2018
Makale Kabul Tarihi: 02.08.2018 Accepted : 02.08.2018

for the state to recourse to other public officials who perform injustices or unlawful acts in respect of protection measures in accordance with the general principles of the administration. In the first part of our study, after making general statements about protection measures, the second part informed about the concept of recourse. In the third part, the issue of recourse for compensation owing to the protection measures was discussed. In this section, detailed explanations are made concerning the individuals that the state can recourse to, and consequently it is assessed the duration, competent court and place of the jurisdiction of the compensation case.

Keywords: Protection measures, compensation for protection measure, recourse of the state, lawsuit for recourse.

GİRİŞ

Devletin en temel görevlerinden biri, kişi özgürlüğünü korumak ve güvence altına almaktır. Bunun sağlanması ise, kişi özgürlüğünü kısıtlayan kuralların Anayasa ve diğer yasalarla sınırlarının belirlenmesiyle mümkündür. Kişi hak ve özgürlüklerine kısıtlama oluşturan alanlardan biri de koruma tedbirleridir. Maddi gerçeğe ulaşma amacıyla başvuru koruma tedbirleri, yargı mercileri tarafından ceza muhakemesinin yapılmasını ve verilen kararların yerine getirilmesini sağlayan tedbirlerdir¹.

Yetkili merciler, koruma tedbirlerini kişiler üzerinde hukuka uygun tatbik etmelidir. Bu nedenle Cumhuriyet savcılarını, hâkimler ve diğer kamu görevlileri, koruma tedbirlerini kanunda gösterilen şekilde uygulamalıdır. Fakat bu tedbirlerin yerine getirilmesinde söz konusu merciler azami özeni gösterebilirler bile, nihayetinde insan olmalarından ötürü hata yapma ihtimalleri kaçınılmazdır.

Koruma tedbirlerinin haksız veya hukuka aykırı uygulanması nedeniyle kişilerin maddi ve manevi zararlarını isteyebilmeleri hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Çünkü Devlet ve organları, koruma tedbirlerine ilişkin kurallara öncelikle kendileri riayet etmelidir. Aksi halde, bu tedbirlerin uygulanması sırasında ortaya çıkan zararların Devlet tarafından karşılanması gerekir². Belirtelim ki, Devlet, koruma tedbirleri nedeniyle

¹ ALBAYRAK, Mustafa/ÖZER, Fatma/İLHAN, Fikret/ERDOĞAN, Mustafa, Yargı Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara 2014, s. 8; ALDEMİR, Hüsnü, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ankara 2012, s. 21; UNGAN, Abdulkadir, Haksız Fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Doğan Tazminat, Ankara 2017, s. 60.

² YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2018, s. 728; ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 378; ÖZTÜRK, Bahri/EKER KAZANCI, Behiye/SOYER GÜLEÇ, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 333; YENİDÜNYA, A.

ödediği tazminatı görevinin gereklerine aykırı hareket eden hâkim ve C. savcılarını, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunanlar ile diğer kamu görevlilerine rücu ederek tahsil eder.

Yakalama veya tutuklamanın haksız ya da hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle tazminat ödenmesi meselesi ilk kez 1961 Anayasasının 30'uncu maddesinde yer almıştı. Bu anayasal düzenlemeye uygun olarak 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun ile tazminatı gerektiren haller ayrıntılı olarak düzenlenmişti. Bu kanun koruma tedbirleri nedeniyle tazminat verilmesini yakalama ve tutuklamayla sınırlandırmıştı³. Bunların dışında kalan koruma tedbirleri için hukuk mahkemelerinde genel hükümlere göre tazminat davaları açılmaktaydı⁴.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin bu kanunun yedinci bölümünün 141 ila 144'üncü maddeleri arasında düzenlenen hükümleri uygulanır. Bu tarihten önceki işlemler hakkında ise, 466 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaya devam eder (5320 s. k. m. 6)⁵. İfade edelim ki, koruma tedbirleri nedeniyle tazminatın

Caner/İçer, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s. 529; GÜLTAŞ, Veysel, Tutuklama ve Kanun Yolları, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 546.

³ YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 486-487; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2017, s. 468; YENİDÜNYA/İÇER, s. 529; AYCI, Emrullah, Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ankara 2014, s. 138; SINAR, Hasan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, İstanbul 2016, s. 399; CANOĞLU, s. 29; UNGAN, s. 57; ALBAYRAK/ÖZER/ İLHAN/ERDOĞAN, s. 4.

⁴ "... plakalı aracına 10.12.2003-08.06.2005 tarihleri arasında haksız el konulmasından dolayı 5271 sayılı CMK'nın 141 ve devamı maddeleri gereğince tazminat davası açtığı anlaşılmakla; 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 6. Maddesi gereğince 5271 sayılı kanunun 141. maddesinin 01.06.2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulanacağı, bu tarihten önce yapılan işlemlere ilişkin tazminat davalarının hukuk mahkemelerinde genel hükümlere görülmesi gerektiği gözetilerek görevsizlik kararı vermesi gerekirken yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm tahsisi"(Yarg. 7. CD., 2009/9031 E., 2009/10998 K., 15.10.2009 T.), www.kazanci.com.tr., Erişim tarihi: 22.04.2018.

⁵ "1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5320 sayılı CMY'nin Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Yasa'nın, 18 inci maddesi ile 07.05.1964 gün ve 466 sayılı Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Yasa yürürlükten kaldırılmış ve 5271 sayılı CMK.nun Yedinci Bölümünde, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ana başlığı altında, 141 ila 144 üncü maddelerinde, tazminat isteme koşulları ve sonuçları yeniden kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş ise de, 5320 sayılı Yasanın 6 ncı maddesindeki Ceza Muhakemesi Kanununun 141 ila 144 üncü madde hükümlerinin 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulanacağı bu tarihten

kapsamı 466 sayılı Kanundan farklı olarak, CMK’da yakalama ve tutuklama ile sınırlı tutulmayarak, daha geniş düzenlenmiştir⁶.

1. KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Ülkemiz açısından koruma tedbirleri nedeniyle tazminat meselesi ilk kez 1961 Anayasası’nın 30’uncu maddesinin son fıkrasında yakalama ve tutuklama sebepleri sayıldıktan sonra; *“Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre Devletçe ödenir”* şeklinde düzenlenmişti⁷. Bu düzenleme 1982 Anayasası’nın 19’uncu maddesinin son fıkrasında; *“Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre Devletçe ödenir”* şeklinde yerini korumuştur. Bu hükümlerden hareketle, haksız veya hukuka aykırı olarak uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle Devletin tazminat ödemesi, hukuk devleti ilkesinin gereğidir⁸.

Hukuka aykırı koruma tedbirleri nedeniyle kişilerin Devletten tazminat isteyebilecekleri, uluslararası düzenleme olarak AİHS’in *“özgürlük ve güvenlik hakkı”* başlıklı 5’inci maddesinin son fıkrasında; *“Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya*

önceki işlemler hakkında ise, 7.5.1964 tarihli ve 466 s. Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağıının belirtilmiş olması karşısında davacının tutuklandığı tarih itibarıyla, tazminat istemi hakkında 466 sayılı Yasa hükümleri uyarınca bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden tutuklama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte olmayan yasa maddeleri uygulanarak davanın reddine karar verilmesi...” (Yarg. 9. CD., 2007/9343 E., 2007/9008 K., 06.12.2007 T.), emsal.yargitay.gov.tr, Erişim tarihi: 23.04.2018.

⁶ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 472; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 334-335; ŞAHİN, s. 379; BAYTAR, Serdal, Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılama, TBB Dergisi, S: 61, 2015, s. 359; SINAR, s. 399; CANOĞLU, Veysel Candan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara 2017, s. 29; ALDEMİR, s. 21; AYCI, s. 139; 5271 sayılı CMK yürürlüğe girmeden önce yakalama veya tutuklama dışındaki arama ve el koyma gibi koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemleri genel hukuk mahkemelerinde açılıyordu. Bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 488.

⁷ GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 223-224; CANOĞLU, s. 18; UNGAN, s. 56-57.

⁸ YURTCAN, Ceza Yargılama Hukuku, s. 728; GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, II, s. 224; BAYTAR, s. 360; AYCI, s. 141.

tutuklama işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı olduğu...” şeklinde ifade edilmiştir⁹.

5271 sayılı CMK’nın yedinci bölümünün “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” başlığı altındaki 141 ila 144’üncü maddelerinde, haksız ve hukuka aykırı koruma tedbirlerinden dolayı tazminat istenmesine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemeyle özel hukuk, idare hukuku ve ceza hukukunun tazminat kavramlarını birleştirmiştir¹⁰.

Konuya ilişkin bölüm başlığı “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” olmasına rağmen, tüm koruma tedbirleri CMK’nın 141’inci maddesi kapsamında tazminat istemine hak vermez. Çünkü CMK m. 141’de koruma tedbirleri nedeniyle tazminatı gerektiren haller tek tek sayılmıştır¹¹. Bu nedenle maddede sayılanların dışında kalan koruma

⁹ ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÛTÛNCÛ, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 578-579; ÜNVER/HAKERİ, s. 468; GÛLTAŞ, Yakalama ve Tutuklama, s. 547-548.

¹⁰ SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 337.

¹¹ CMK’nın 141’inci maddesindeki koruma tedbirleri nedeniyle tazminatı gerektiren haller şunlardır: Suçun soruşturması veya kovuşturması sırasında kişilerin; 1) Yasal şartlar dışında kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanması, tutuklanması veya tutukluluğunun devamına karar verilmesi, 2) Kanuni gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmaması, 3) Kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanması, 4) Kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmaması ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmemesi, 5) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilmesi, 6) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri hükümlülük sürelerinden fazla olması veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılması, 7) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözlü açıklanmaması, 8) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmemesi, 9) Hakkındaki arama kararı ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi, 10) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulması veya korunması için gerekli tedbirler alınması ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılması veya zamanında geri verilmemesi, 11) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanun’da öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmamasıdır. Ayrıca CMK m. 323/3’e göre, yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamının veya bir kısmının infaz edilmesi nedeniyle kişinin uğradığı maddi ve manevi zararlar da CMK’nın 141 ila 144’üncü maddelerinde düzenlenen koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlere göre tazmin edilir.

tedbirlerine ilişkin CMK'nın 141'inci maddesinden hareketle tazminat talep edilebilmesi mümkün değildir. Örneğin iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlarla izleme, beden muayenesi, moleküler genetik inceleme gibi koruma tedbirleri nedeniyle CMK m. 141 vd. hükümleri uyarınca tazminat istenemez¹². Ancak bu tür koruma tedbirlerinden doğacak haksızlıkların da CMK'nın 141'inci maddesindeki korumaya alınması gerekirdi. Bu hususta düzenleme yapılmaması doktrinde eksiklik olarak görülmektedir¹³.

CMK'nın 141'inci maddesinin kapsamı dışında kalan koruma tedbirleri için her ne kadar koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümler uygulanamasa bile, bu tedbirlerden zarara uğrayanlar tazminat hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde adli yargıda Devlet aleyhine dava açabilir¹⁴. Bu dava haksız fiil hükümlerine göre asliye hukuk mahkemelerinde görülür¹⁵. Çünkü 6545 sayılı Kanunla birlikte, CMK'nın

¹² ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/KIRIT/AKCAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ, s. 563; HAKERİ/ÜNVER, s. 469.

¹³ DONAY, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 180; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2017, s. 481; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, s. 473; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 334-335; GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, II, s. 225; HAKERİ/ÜNVER, s. 783; AYCI, s. 249.

¹⁴ "5271 sayılı CMK'nın 141. maddesinde "suç soruşturması ve kovuşturması sırasında" gerçekleşen koruma tedbirlerindeki hukuka aykırılıklar yönünden bu kanun hükümlerine göre tazminat istenebileceği ve madde metninde bu aykırılıkların tahdidi şekilde sıralandığı, infaz aşamasında meydana gelen hukuka aykırılıkların madde kapsamında bulunmadığı bu yöndeki hukuka aykırılıkların idari yargı görev alanında kaldığı ve bu mahkemeler önünde tazminat isteminde bulunulabileceği kabul edilmiş ise de, Uyuşmazlık Mahkemesinin 26.01.2015 tarih, 2015/9 Esas – 2015/17 Karar sayılı ilamında, Cumhuriyet Savcısınca düzenlenen müddetnamenin adli yargı tarafından verilen ve kesinleşen mahkûmiyet ilamının infazına ilişkin bir takım bilgiler içerdiği ve adli yargı mercii tarafından icra edilen işlemler silsilesinin bir parçası olduğu, müddetname düzenlenmesi işleminin ve mahkemelerce verilen şartla tahliye kararının idari bir işlem olarak kabulünün mümkün olmadığı, adli bir işlem olduğunun belirtilmesi karşısında, müddetnamenin yanlış düzenlenmesi nedeniyle uğranılan bir zarar bulunup, bulunmadığı, hususları değerlendirilerek davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, gerek 466 sayılı Kanun gerekse 5271 sayılı CMK'da infaz aşamasında infaz kanunlarındaki değerlendirmeye binaen kişinin fazladan cezaevinde kalması nedeniyle tazminata hak kazanabileceği hususunun düzenlenmediği, davacının yasal çerçevede müddetnameye yaptığı itirazın mahkemece değerlendirilerek 2013 yılında şartla salıverildiğinin anlaşılması ve yasal şartları oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 12. C.D, 2014/17488 E., 2015/7877 K., 11.05.2015 T.), emsal.yargitay.gov.tr, Erişim tarihi: 27.04.2018.

¹⁵ ŞAHİN, s. 379; Koruma tedbirlerinin CMK m. 141'in kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın, bireyler koruma tedbirleri nedeniyle uğradıkları zararların giderilebilmesi

141'inci maddesine; “*Birinci fıkrada yazan haller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk halleri de dahil olmak üzere hakimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak devlet aleyhine açılabilir*” ifadesi 3'üncü fıkra olarak eklenmiştir. Bu bağlamda CMK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan haller dışında kalan koruma tedbirlerine karşı, aynı maddenin 3'üncü fıkrasından hareketle haksız fiil hükümlerine göre Devlet aleyhine adli yargıya başvurulabilir¹⁶. Ancak CMK m. 141/1'den farklı olarak m.141/3'te tazminatın konusu, hâkim veya Cumhuriyet savcılarının işlem ve kararlarıyla sınırlandırılmıştır. Kolluk ve diğer kamu görevlilerinin işlemleri bu madde kapsamında düzenlenmediği için, bunlara karşı idari yargıda Devlet aleyhine tam yargı davası açılabilir¹⁷.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminatta kişiler maddi ve manevi zararlarını isteyebilir. Maddi zarar, haksız veya hukuka aykırı koruma tedbiri dolayısıyla kişinin bedensel veya ekonomik olarak uğradığı mali kayıptır. Aynı şekilde yoksun kalınan kar ile koruma tedbirinin uygulanması sebebiyle yapılan giderler de bu niteliktedir. Manevi zarar ise, haksız veya hukuka aykırı koruma tedbirinin uygulanması sebebiyle kişide oluşan elem ve ızdırıp ile itibar sarsılmasıdır¹⁸. Bunların bir nebze

için bireysel başvuru yoluna ve iç hukuk yolları tüketildikten sonra da İHAM'a başvurabilir. Bkz. ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 358; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 473.

¹⁶ “*İddianamede mağdur olarak gösterilen davacı hakkında tutulan fişleme kayıtlarının iddianamede aynen yer alması, içeriğiyle ilgili hiçbir değerlendirme yapılmaksızın ve değer yargısında bulunulmaksızın CMK'nın 141/3 üncü fıkrası uyarınca tazminatı gerektirmektedir. Zira sanıklara isnat edilen suç gözetildiğinde, bu kayıtların iddianamede aynen yer alması gerekmediği gibi, aynen yer almasında kamusal bir yarar da bulunmamaktadır. Yargılama faaliyetlerinden kaynaklanan ve emredici veya yasaklayıcı bir norm bulunmaması nedeniyle, kişisel kusur veya haksız fiil kapsamında değerlendirilemeyecek bu özensiz davranış nedeniyle doğan zararın giderilmesinde, Devletin kusursuz sorumluluğu söz konusu olup, yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda oluşan bu tür zararların tazminat hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde Devlet tarafından karşılanması gerekmektedir.*” (Yarg. 12. CD., 2015/13049 E., 2015/17584 K., 11.11.2015 T.), emsal.yargitay.gov.tr, Erişim tarihi: 27.04.2018.

¹⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/KIRIT/AKCAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ, s. 579; HAKERİ/ ÜNVER, s. 469.

¹⁸ “*Manevi tazminat miktarı belirlenirken objektif bir kriter olmamakla birlikte, hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre ve benzeri hususlar da gözetilmek suretiyle hakkaniyet ölçüsünü aşmayacak bir şekilde, hak ve nesalet kurallarına uygun makul bir miktar olarak tayin ve tespiti gerekirken, 288 gün süreyle tutuklu kalan davacı için hükmedilen manevi tazminat miktarının bu ölçülere*

de olsa giderilmesi için manevi zararların karşılanması amaçlanır¹⁹. Tazminat isteminde bulunan kişinin bu tür zararlarını isteyebilmesi için dilekçesinde, zarara uğradığı işlemin ve zararın, nitelik ile niceliğini kaydetmesi, bunların belgelerini eklemesi gerekir (CMK. m. 142/3). Ayrıca maddi ve manevi zararlar neticesinde belirlenen tazminata faiz de eklenir²⁰.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasının, kovuşturmaya yer olmadığı kararının veya hükmün kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve herhalde karar veya hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içinde açılması gerekir (m. 142/1)²¹. Buradaki süreler hak düşürücü nitelikte olup, bu sürelerin uzaması söz konusu olmadığı gibi eski hale getirme imkânından yararlanılabilmesi de mümkün değildir²². Bu dava, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde duruşmalı olarak görülür. Ancak o yer ağır ceza mahkemesi tazminat

ıymayıp fazla tayini..." (Yarg. 12. CD., 2013/12066 E., 2013/15043 K., 04.06.2013 T.), www.corpus.com.tr, Erişim tarihi: 02.05.2018.

¹⁹ CENTEL/ZAFER, s. 484; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 337; ÜNVER/HAKERİ, s. 469; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 475-476; GÜLTAŞ, s. 547; AYCI, s. 256.

²⁰ GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, II, s. 242; AYCI, s. 263; GÜNAY, s. 30; "Davacı, haksız tutuklama nedeniyle tazminat talebine ek olarak muacceliyet tarihinden itibaren yasal faize hükmolunması talep ettiği dikkate alınarak, kabul edilen maddi ve manevi tazminat miktarlarına temyize konu tazminata ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren yasal faize hükmolunması gerekirken, tutuklama tarihinden itibaren yasal faize hükmolunması" (Yarg. 12. CD., 2015/12013 E., 2016/7609 K., 02.05.2016 T.), emsal.yargitay.gov.tr, Erişim tarihi: 02.05.2018.

²¹ "Tazminat davasının dayanağı olan Ankara 5. Ağır Ceza Mahkemesinin, 2006/240 Esas 2009/47 Karar sayılı ceza dava dosyasının incelenmesinde; sanığın (davacının) suç işlemek için örgüt kurma ve ihaleye fesat karıştırmak suçlarından tutuklu kaldığı, yapılan yargılama sonunda 04.03.2009 tarihinde beraatine hükmedildiği, hükmün 05.02.2013 tarihinde kesinleştiği, beraatle sonuçlanan ceza dosyasında CMK'nın 231/3-232/6 ncı maddeleri gereğince tazminat hakkının davacıya hatırlatıldığı ve beraat hükmünün kesinleştiğinin davacıya 25.04.2013 tarihinde tebliğ edildiği, tazminat davasının ise 07.11.2013 tarihinde, 3 aylık yasal süreden sonra açıldığının anlaşılması karşısında, süresinde açılmayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken kısmen kabulüne karar verilmesi..." (Yarg. 12. CD., 2014/17367 E., 2015/3277 K., 23.02.2015 T.), www.corpus.com.tr, Erişim tarihi: 04.05.2018.

²² YURTCAN, Erdener, CMK Şerhi, 8. Baskı, Ankara 2017, C: 1, s. 578; SOYASLAN, s. 337; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/KIRIT/AKCAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ, s. 590; AYDIN, Hüseyin, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ceza Hukuku Dergisi, 2012, s. 24; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 487; GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, II, s. 244; ÜNVER/HAKERİ, s. 478; ŞAHİN, s. 382; YENİDÜNYA/İÇER, s. 532; SINAR, s. 401; CANOĞLU, s. 147; UNGAN, 126; GÜNAY, s. 37; ALDEMİR, s. 413; AYCI, s. 275.

konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza mahkemesi yoksa dava en yakın ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır (m. 142/2)²³.

2. RÜCU KAVRAMI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Arapça kökenli olan “rücu” kelimesi Türkçede; geri dönme, sözünü geri alma ve cayma anlamlarına gelir²⁴. Hukuki olarak ise rücunun iki anlamı vardır. Birincisi vazgeçme ve cayma şeklinde ve sözleşmeden dönme anlamında kullanılan rücutur. İkincisi ise, bir kimsenin alacaklısına ödediği şeyi diğerinden istemesi şeklinde tarif edilen rücutur²⁵. Diğer bir ifadeyle ikinci anlamdaki rücu, üç kişilik bir ilişkideki haklarını veya borçlarını devreden kişi ile bunu devralan kişi arasında sonradan yapılan bir iç hesaplaşma durumunu ifade eder²⁶. İfade edelim ki, koruma tedbirleri nedeniyle tazminatta, rücunun ikinci anlamı kullanılmaktadır.

Memurlar veya diğer kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili yetkilerini kullanarak kişisel kusurlarından doğan zararlardan ötürü, Devletin ödediği tazminatı sorumlulara rücu etmesinin dayanağını Anayasa'nın 40'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrasındaki; “*Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*” hükmü ile, 129'uncu maddesinin 5'inci fıkrasındaki; “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kişisel kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek şartıyla yalnızca idare aleyhine açılabilir*” hükmü oluşturur.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kişisel kusurlarıyla verdikleri zararları, görevleriyle ilgili olan ve görevleriyle ilgili olmayan şeklinde ikiye ayırarak incelemek gerekir. İlk olarak memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, görevleriyle ilgili yetkilerini kullanarak kişisel kusurlardan doğan zararlara ilişkin tazminat davaları, kendilerine rücu

²³ “*Davacı, soruşturma işlemlerinin kanuna aykırı ve usulsüz yapıldığını ve bu nedenle zarara uğradığını belirterek tazminat isteminde bulunmuştur. Şu halde, davanın görüm ve çözüm yeri Ağır Ceza Mahkemesidir. Bu nedenle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirmeye yargı yolu bakımından görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir*” (Yarg. 4. HD., 2014/9435 E., 2014/12551 K., 29.09.2014 T.), emsal.yargitay.gov.tr, Erişim tarihi: 04.05.2018.

²⁴ www.tdk.gov.tr., Erişim Tarihi: 30.04.2018.

²⁵ KARSLI, Abdurrahim, Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları, İstanbul 1994, s. 8.

²⁶ CANOĞLU, s. 191.

edilmek şartıyla yalnızca idare aleyhine açılabilir (Anayasa m. 129/5)²⁷. Burada idare, rücu cebri icra yetkisini kullanarak yapamaz, idarenin adliye mahkemelerinde tazminat davası açması gerekir²⁸. İkinci olarak memurlar ve diğer kamu görevlilerinin göreviyle ilgili olmayan kişisel kusurlarından doğan zararlara ilişkin tazminat davaları, doğrudan memurlara ve diğer kamu görevlilerine karşı açılır²⁹. Çünkü görevle ilgili olmayan hususlarda memurlar veya kamu görevlileri herhangi bir güvenceden yararlanmayıp, özel hukuk hükümlerine göre sorumludur³⁰.

3. KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNATTA RÜCU

A. Genel Açıklamalar

Koruma tedbirleri nedeniyle görevinin gereklerine aykırı hareket eden kamu görevlilerine rücu meselesini düzenleyen CMK'nın 143'üncü maddesinin 2'inci fıkrasındaki; *"Devlet ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbirleriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder"* şeklindeki hüküm, 6545 sayılı Kanun'un 103'üncü maddesiyle 18.06.2014

²⁷ *"Devlet, bu yasal sorumluluğu nedeniyle öncelik ve ivedilikle yasadan doğan yükümlünü tazminatı ödemekle yerine getirmektedir. Devletin bu yasadan doğan bu yükümlülüğü sonucunda yaptığı ödemenin bir bağış ve atıfet olmadığı da işin kapsam ve niteliğinden bellidir. Aksi halde zarar veren verdiği zarardan sorumlu tutulmamış olacaktır. Böyle bir sonucun hukuken uygun görülmeceği açıktır. Bu durumda Devletin yaptığı ödeme nedeniyle zarar verene kusuru nedeniyle rücu etme hakkının var olduğunun kabulü esasen sorumluluk hukukunun genel bir kuralıdır. Zarar veren hukuka aykırı eylemi nedeniyle Devleti zarar görene karşı yükümlülük altına sokmuş ve Devlette bu yasal yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Devletin zarar verene ödeme yapması sonucu, devletin malvarlığında zarar verenin eylemi nedeniyle bir eksilme meydana geldiği, ödemekle yükümlü olan zarar vereninde, borcunun başkası tarafından ödenmesi nedeniyle ödeme miktarı kadar haksız zenginleştiği açıktır."* (Yarg. 4. HD., 2007/7529 E., 2007/6666 K., 17.05.2007 T.), GÜNAY, Erhan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2018, s. 275.

²⁸ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Bursa 2017, s. 672; AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017, s. 768.

²⁹ *"Davalının, davacının kolundan tutarak birden fazla çekmesi ile etkili eylemde bulunduğu iddiasıyla ve davalı hasım gösterilmek suretiyle eldeki tazminat davasının açıldığı yerel mahkemece değinilen yönler gözetilerek, somut olayın memurun görev ve yetkisini kullanması sonucu meydana gelmediği, adliyede idari işler müdürü olarak görev yapan davalının yapmış olduğu eylemin kamu hizmetinden kaynaklı hizmet kusuru olmayıp kişisel bir kusur olduğu ve davalının kişisel kusurundan dolayı adli yargıda dava açabileceği yönündeki direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, yerindedir"* (Yarg. HGK., 2014/10067 E., 2016/512 K., 13.04.2016 T.), www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 07.05.2018.

³⁰ GÖZLER/GÜRSEL, s. 672.

tarhinde yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak benzer düzenleme yine 6545 sayılı Kanun'un 70'inci maddesiyle, CMK'nın 141'inci maddesine 4'üncü fıkraya olarak; “Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkim ve Cumhuriyet savcılarına bir yıl içinde rücu eder” ifadesiyle eklenmiştir³¹.

6545 sayılı Kanun değişikliği öncesi CMK'nın 143'üncü maddesinin 2'inci fıkrasındaki tazminatın “kamu görevlilerine” rücu edilebilmesi hususu, yapılan değişiklikle birlikte “hâkim ve Cumhuriyet savcılarıyla” sınırlandırılmıştır. Ayrıca bu değişiklikle, hâkim veya Cumhuriyet savcılarında rücu yapılabilmesi 1 yıllık süreye bağlanmıştır.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminatta rücutun, hâkim ve C. savcılarında karşı yapılanı CMK'nın 141'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunanlara karşı yapılanı CMK'nın 143'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenmiştir. Her ne kadar CMK'da düzenlenmemiş olsa bile, diğer kamu görevlilerinin (kolluk) koruma tedbirlerine ilişkin faaliyetlerinden kişiler zarara uğrayabilir. Bu nedenle Devletin koruma tedbirleri nedeniyle tazminatta rücu edebileceği kişileri, hâkim veya Cumhuriyet savcılarında, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiler ve diğer kamu görevlileri olmak üzere üçe ayırmak gerekir.

B. Rücu Edilebilecek Kişiler

a. Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarında

Hâkim ve C. savcılarının görevlerinden ötürü verdikleri zararları, idari ve yargı faaliyetleri sırasında vermelerine göre ikili bir ayırım yaparak incelemek gerekir. İlki, hâkim ve savcılarında yaptıkları işlemler yargısal faaliyetten ayrılabilen idari nitelikteki bir işlemse ve bu işlemlerden ilgililer bir zarara uğramışsa, Adalet Bakanlığında aleyhine idarenin sorumluluk esaslarına göre tam yargı davası açılabilir. Örneğinin, bir kişinin C. savcısı tarafından kolunun mühürlenerek hastaneye gönderilmesi veya mahkeme kararıyla kaldırılan giyabi tutuklama kararının C. Savcısı tarafından kayıtlardan silinmemesi idari nitelikteki işlemlerdendir³².

İkincisi, hâkim ve C. savcılarının yaptıkları işlemler yargı faaliyetine ilişkinse, bu işlemlerden doğan zararların giderilmesi için Anayasa'nın 40'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ile CMK'nın 141'inci

³¹ YURTCAN, s. 739; CANOĞLU, s. 192; AYCI, s. 328.

³² YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2016, s. 934.

maddesine göre hareket etmek gerekir³³. Anayasa'nın 40'ncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, resmi görevlilerin işlemleri sonucu oluşan zararların Devlet tarafından tazmin edileceği, CMK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasında ise, koruma tedbirleri nedeniyle ortaya çıkan zararların Devlettten istenebileceği ifade edilmiştir³⁴. Bu düzenlemelerden hareketle, hâkim ve C. savcılarının koruma tedbirlerine ilişkin işlemleri neticesinde ortaya çıkan zararlar için yalnızca Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir³⁵.

Devlet, koruma tedbirleri nedeniyle ödediği tazminatı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve C. savcılarının bir yıl içinde rücu eder (CMK m. 141/4). Burada devletin rücu edebilmesi için, hâkim veya C. savcısının görevinde ihmal ve gecikme göstermesi yeterli olmayıp, görevinin gereklerine kasten aykırı hareket etmesi gerekir³⁶. Fakat bu mercilerin görevlerinin

³³ Hâkim ve C. savcılarının yargısal faaliyetlerinden doğan zararların giderilmesini düzenleyen 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun "Tazminat Davaları" başlıklı 93/A maddesi, 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19'uncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Hâkimler ve savcılarının kişisel sorumluluğuna gidilmesini önleyen bu maddenin kaldırılmasıyla birlikte, bu faaliyetlerden ötürü doğrudan hâkim ve C. Savcılarının karşı dava açılabilmesi kanaatine varılmamalıdır. Çünkü 2802 sayılı Kanun'un 93/A maddesi yürürlükten kaldırılrsa bile, Anayasa'nın 40'ncü maddesinin 3'üncü fıkrasındaki açık hükmü gereğince hâkim veya savcılarının yaptığı işlemler sebebiyle doğrudan kendilerine dava açılması mümkün olmayıp, davaların yine Devlet aleyhine açılması gerekir. Bkz. ŞEN, Ersan, Hâkim ve Savcının Şahsi Sorumluluğu ve Denetimi, www.haber7.com, Erişim tarihi: 09.05.2018.

³⁴ Doktrinde Özen'e göre; koruma tedbirlerinin uygulanması nedeniyle hâkim ve savcılarının sorumluluğunu dar ve geniş anlamda hukuki sorumluluk olarak ikiye ayırmak gerekir. Dar anlamda hukuki sorumluluk, CMK m. 141/1'de düzenlenen hukuka aykırı koruma tedbirlerine ilişkin sorumluluğu ifade eder. Geniş anlamda hukuki sorumluluk ise, CMK m. 141/3'te yer alan ve m. 141/1 haricindeki koruma tedbirlerine ilişkin sorumluluğu ifade eder. Bkz. ÖZEN, s. 596.

³⁵ YURTCAN, CMK Şerhi, s. 578; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 498; ÜNVER/HAKERİ, s. 482; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/KIRIT/AKCAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ, s. 579; GÖKCEN/BALCI/ ALŞAHİN/ÇAKIR, II, s. 240-241; ŞAHİN, s. 385; ÖZEN, s. 598; YILDIRIM/YAŞIN/KAMAN/ÖZDEMİR/ ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s. 935; ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s. 368.

³⁶ SOYASLAN, s. 339; ÖZEN, s. 596; SINAR, s. 406; ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s. 368; AYCI, s. 330; Doktrinde Yurtcan'a göre; CMK'nın 141'inci maddesinde hâkim veya C. savcılarının koruma tedbirleri nedeniyle rücuda bulunabilmek için, bu yargı mercilerinin görevi kötüye kullanmaları gerektiği ifade edildiği için, bu ibare TCK'nın 257'nci maddesinin kurduğu temel çerçevede ele alınmalı ve görevde ihmalin söz konusu olduğu durumlarda da rücu müessesesine başvurulabilmelidir. Çünkü önceki yasadan ayrılarak TCK'nın 257'nci

gereklere aykırı davranmalarının belirlenmesinin nasıl yapılacağına ilişkin kanunda boşluk bulunmaktadır.

Kanaatimce, hâkim veya Cumhuriyet savcılarının koruma tedbirleri nedeniyle rücuda bulunabilmek için, bu kişilerin en azından TCK'nın 257'nci maddesinin 1'inci fıkrasındaki görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyetleri gerekir³⁷. Ayrıca görevi kötüye kullanma suçunun özel şekilleri olan rüşvet veya zimmet suçlarından mahkûmiyet halinde de rücu koşulu gerçekleşmiş olur³⁸. Nitekim Yargıtay kararlarında hâkim ve C. savcılarının rücu için, bu mercilerin icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm olmaları şartı aranmaktadır³⁹.

Hâkim veya C. savcılarının görevlerini kötüye kullanmaları, rücu için yeterli değildir. Aynı zamanda görevi kötüye kullanma eylemi ile tazminata konu karar veya işlem arasında illiyet bağının bulunması

maddesi görevi kötüye kullanma başlığı altında, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarını aynı hükümde düzenlemiştir. Bu nedenle hâkim veya savcı görevi kötüye kullansa ya da görevde ihmal etse sonuç değişmez ve rücu mekanizması işler. Bkz. YURTCAN, s. 579.

³⁷ Doktrinindeki karşı görüşe göre, hâkim ve C. Savcılarının rücu için TCK m. 257'deki görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet şartı aranmamalıdır. Çünkü rücu, cezai sorumluluk kapsamında bir müessese olmayıp, hukuki sorumlulukla ilgilidir. Bu bakımdan cezai sorumluluğu gerektiren görevi kötüye kullanma suçu ile hukuki sorumluluğu gerektiren görevi kötüye kullanma eylemi birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Neticede hâkim veya C. savcılarının görevlerinin gereklerine aykırı davranmaları yalnızca TCK m. 257'den mahkûm olmalarıyla değil, herhangi bir şekilde ispatlanabilir. Ayrıca 6545 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte, rücu 1 yıllık süreye bağlanmıştır. Bu nedenle rücu için hâkim ve C. Savcısının görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm olması şartının aranması, bu suça ilişkin yargılamadan dolayı 1 yıllık rücu süresinin geçmesine neden olur. Bkz. DONAY, s. 181; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/KIRIT/AKCAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ, s. 594-595; CANOĞLU, s. 193.

³⁸ SOYASLAN, s. 339; YALVAÇ, Gürsel, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 301; YURTCAN, s. 578; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 498; ŞAHİN, s. 386; AYCI, s. 330.

³⁹ "Hâkim ve Cumhuriyet savcılarının işlem ve kararlarındaki her türlü hata, özensizlik veya yanlış, ilgililer açısından tazminat hakkını doğurmaz. Bu nedenle ilgilinin öncelikle bu işlem veya karar nedeniyle zarara uğradığını hukukun genel ilkeleri kapsamında ispatlaması gerekmektedir. Yine bu haller nedeniyle hükmedilen tazminatın ödenmesi dolayısıyla, Devletin ilgili hâkim veya Cumhuriyet savcısına rücu edebilmesi de ancak; CMK'nın 141/4 üncü maddesindeki koşulların gerçekleşmesi, başka bir anlatımla hâkim veya Cumhuriyet savcısının icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm edilmesine bağlıdır." (Yarg. 12. CD., 2015/13049 E., 2015/17584 K., 11.11.2015 T.), emsal.yargitay.gov.tr, Erişim tarihi: 11.05.2018.

gerekir⁴⁰. Bu nedenle her görevi kötüye kullanma eylemi rücuya sebebiyet vermez.

Devlet, koruma tedbirleri nedeniyle ödediği tazminatı, şartları oluşmuşsa hâkim veya C. savcısına rücu etmek zorundadır. Bu husus CMK m. 141/4'te "rücu eder" ifadesiyle ortaya koyulmuş olup, bu konuda Devlete takdir hakkı tanınmamıştır.

b. İftira Eden veya Yalan Tanıklıkta Bulunan Kişiler

İftira veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınan ya da tutuklanan kişiler, Devlete karşı tazminat davası açabilir. Devlet ise, ödediği tazminatı iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu eder (CMK m. 143/3). İfade edelim ki, söz konusu duruma maruz kalan kişilerin, uğradıkları zararların tazmini için Devlete karşı dava açmaları zorunlu değildir. Bunlar, doğrudan iftira veya yalan tanıklık fiillerini gerçekleştirenlere karşı hukuk mahkemelerinde dava açabilir⁴¹.

İftira veya yalan tanıklık durumlarının belirlenmesinde kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimce, Devletin iftirada bulunan veya yalan tanıklık yapan kişiye rücu edebilmesi için, bu kimsenin iftira⁴² ya da yalan tanıklık⁴³ suçundan mahkûm edilmesi⁴⁴ ve

⁴⁰ HAKERİ/ÜNVER, s. 482; AYCI, s. 329.

⁴¹ "Dava, haksız şikâyet nedeni ile maddî ve manevî tazminat istemine ilişkindir. Davacı, Davalının haksız şikâyeti sonucu tutuklandığını belirterek kaldığı süre içerisindeki maddî ve manevî zararları için tazminat talebinde bulunduğu davasını devlete karşı değil şahsa karşı açtığı anlaşıldığından, dava haksız fiil esasına göre açılmış bir davadır. Bu davanın genel yetkili mahkemelerde görülmesi gerekir"(Yarg. 4. HD., 2007/11203 E., 2007/10647 K., 24.09.2007 T.), www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 11.05.2018.

⁴² İftira suçunu düzenleyen TCK'nın 267'nci maddesine göre; "(1) Yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Fiilin maddî eser ve delillerini yudurarak iftirada bulunulması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır. (3) Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş mağdurun aleyhine olarak bu fiil nedeniyle gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması hâlinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. (5) Mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükümlenir. (6) Mağdurun mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, beşinci fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır. (7) İftira sonucunda mağdur hakkında hapis cezası

mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi gerekir⁴⁵. Burada hâkim ve C. savcılarına rücutan farklı olarak 1 yıllık süre öngörülmediği için, iftira

dışında adli veya idarî bir yaptırım uygulanmışsa; iftira eden kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (8) İftira suçundan dolayı dava zamanasını, mağdurun fiili işlemediğinin sabit olduğu tarihten başlar. (9) Basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçundan dolayı verilen mahkûmiyet kararı, aynı veya eşdeğerde basın ve yayın organıyla ilan olunur. İlan masrafı, hükümlüden tahsil edilir.”

⁴³ Yalan tanıklık suçunu düzenleyen TCK'nın 272'nci maddesine göre; “(1) Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (3) Üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun soruşturma veya kovuşturması kapsamında yalan tanıklık yapan kişi hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (4) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi ile ilgili olarak gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (5) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin göz altına alınması veya tutuklanması hâlinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. (6) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur.(7) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, altıncı fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır. (8) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında hapis cezası dışında adli veya idarî bir yaptırım uygulanmışsa; yalan tanıklıkta bulunan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁴⁴ Doktrindeki karşı görüşe göre; rücu özel hukuka ilişkin bir müessese olup, bunun yapılabilmesi için cezai sorumluluk gerektiren iftira veya yalan tanıklık suçlarından mahkûmiyet şartı aranmamalıdır. Bu nedenle iftira veya yalan tanıklık durumlarının belirlenmesinin ispatının daha geniş anlaşılması gerekir. Gerçekten CMK m. 141’de, “iftira eden” veya “yalan tanıklıkta bulunan” ifadelerine yer verilmiş, ayrıca bu suçlardan kişilerin mahkûmiyeti aranmamıştır. Bkz. CANOĞLU, s. 195.

⁴⁵ Devlet ödediği tazminattan dolayı, kusuru bulunan görevlilere, beyanıyla gözaltına alınma ve tutuklamada etkili olan ve kötü niyetli olduğu hükmüle kesinleşen muhbire ve yalancı tanığa rücu eder. Bkz. YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 739; İftira veya yalan tanıklık sebebiyle gözaltına alma ve tutuklama gerçekleşse bile, iftira edenin ve yalan tanıklıkta bulunanın, iftira ya da yalan tanıklık suçundan mahkûmiyetinin kesinleşmesi gerekir. Dolayısıyla bu suçlardan dolayı hiç soruşturma açılmamış veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiş yahut da kovuşturma evresi mahkûmiyet dışında bir kararla sonuçlanmışsa, Devlet ödediği tazminatı iftira edene veya yalan tanıklık yapana rücu edemez. Bkz. GÖKCAN, s. 473; AYCI, s. 329.

eden veya yalan tanıklıkta bulunanlarda söz konusu suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün aranmasında bir sakınca yoktur⁴⁶.

İftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişilere Devlet tarafından ödenen tazminatın rücu edilebilmesi, iftira veya yalan tanıklıktan dolayı kişilerin gözüne alınması ve tutuklanması ile sınırlandırılmıştır⁴⁷. Bu nedenle Devlet, iftira ya da yalan tanıklık nedeniyle gözüne alınma veya tutuklanma haricindeki koruma tedbirlerinin uygulanmasından kaynaklanan tazminatları, iftirayı veya yalan tanıklığı gerçekleştiren kimselere rücu edemez⁴⁸.

Rücu bakımından önem arz eden diğer bir nokta ise, illiyet bağıdır. İftira veya yalan tanıklığa ilişkin beyanlar ile şüpheli veya sanığın gözüne alınması veya tutuklanması arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir. İftirada veya yalan tanıklıkta bulunulmasına rağmen gözüne alınma veya tutuklama işlemi yapılmamışsa, zaten bir tazminat ödenmeyeceği için rücunun yapılabilmesi de mümkün olmaz⁴⁹.

⁴⁶SOYASLAN, s. 339; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/KIRIT/AKCAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ, s. 579; ŞAHİN, s. 386; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 474.

⁴⁷ “Dava, haksız şikâyet nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Davacılar, davalıların haksız şikâyet biçimindeki eylemlerinin kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu; ayrıca, tutukluluk süresince çalışamayıp maddi zarara uğradıklarını ileri sürerek, davalıların maddi ve manevi tazminat ile sorumlu tutulmasını istemişlerdir. Yerel mahkemece, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 141-144. maddeleri gereğince haksız veya hukuka aykırı tutuklanma nedeniyle zarara uğrayanların maddi ve manevi zararlarını Devletten isteyebilecekleri, davaya konu olayın ağır ceza mahkemesinin görev alanına girdiği gerekçesiyle, mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir. Dava konusu olayda davacılar, davalıların soruşturma veya kovuşturma aşamasındaki işlemler nedeniyle değil, davalıların verdiği haksız şikâyet dilekçesi nedeniyle zarara uğradıklarını ileri sürerek, davalıların haksız eylemleri nedeniyle tutuklandıklarını ileri sürmüşlerdir. Yerel mahkemece açıklanan olgu gözetilerek, davanın haksız şikâyet nedeniyle uğradıkları zararın ödetilmesini istedikleri benimsenip Borçlar Yasası'nın 41 ve izleyen maddeleri gereğince işin esası incelendikten sonra varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir” (Yarg. 4. HD., 2011/5406 E, 2011/5368 K.), www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 17.05.2018.

⁴⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 480; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 357; GÖKCAN, s. 473; CANOĞLU, s. 194; AYCI, s. 333; Arama, elkoyma gibi koruma tedbirlerinin uygulanması ve bundan dolayı tazminat ödenmesi halinde iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kimseye rücu, CMK m. 143/3 uyarınca değil, tazminat hukukunun genel ilkeleri uyarınca mümkün olacaktır. Bkz. YERDELEN, Erdal, Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, Ankara 2006, s. 129.

⁴⁹CANOĞLU, s. 195-196; AYCI, s. 333.

c. Diğer Kamu Görevlileri

6545 sayılı Kanunla 18.06.2014 tarihinde yürürlükten kaldırılan CMK'nın 143'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında rücu edilecek kişiler, "kamu görevlileri" olarak ifade edilmekteydi⁵⁰. Buradaki kamu görevlileri ifadesi TCK m. 6'daki tanımlamaya göre, hâkim ve C. savcılarını ile diğer kamu görevlilerini de kapsayacak nitelikteydi.

CMK m. 143/2'nin yürürlükten kaldırılmasıyla Devletin, haksız veya hukuka aykırı uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle ödediği tazminatı rücu edebileceği kişiler, hâkimler veya C. savcılarını (m. 141/4) ile iftira eden ya da yalan tanıklıkta bulunan kişiler (m. 142/3) şeklinde CMK'da düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemelerde ödenen tazminatın diğer kamu görevlilerine rücu edilebileceğine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Dolayısıyla bu hususta 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklikte isabet görülmemektedir.

Her ne kadar CMK'da diğer kamu görevlilerine rücu konusunda bir düzenleme olmasa dahi, Anayasa'nın 40'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrası ile 129'uncu maddesinin 5'inci fıkrasından hareketle sorunun çözüme kavuşturulması gerekir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde diğer kamu görevlilerinin koruma tedbirlerine ilişkin yetkilerini kullanırken görevlerine ilişkin kişisel kusurlarından kaynaklanan zararlar için, kişiler yalnızca Devlet aleyhine idare mahkemelerinde tam yargı davası açabilir. Bu dava sonucunda Devlet ödediği tazminatı, diğer kamu görevlilerine Anayasa m. 40/3 ile m. 129/5'e dayanarak rücu edebilir. Böylelikle koruma tedbirleri nedeniyle tazminatın anayasal dayanağını oluşturan bu maddeler, Devleti haksız yere tazminat ödemek zorunda bırakan kamu görevlisine bu tazminatı karşılatmayı da öngörmüştür⁵¹.

İfade edelim ki, Anayasa m. 40/3 ile m. 129/5'e uygun olarak koruma tedbirleri nedeniyle kamu görevlilerinin verdikleri zararların giderilmesinde aynı zamanda 657 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi de uygulanır⁵². Çünkü özel norm niteliğindeki CMK m. 143/2'nin

⁵⁰ Mülga CMK'nın 143'üncü maddesinin 2'nci fıkrası; "Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbirleri ile ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder" şeklindeydi.

⁵¹ GÖZLER/KAPLAN, s. 672; AKGÜNER/BERK, s. 768.

⁵² 657 sayılı DMK'nın 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrası; "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen

yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, genel norm niteliğindeki 657 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi uygulanabilir hale gelmiştir⁵³. Bu maddeden hareketle, bireyler kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken koruma tedbirleri nedeniyle uğradıkları zararların giderilmesi için personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine idare mahkemelerinde tam yargı davası açabilir. Kurum, koruma tedbirleri nedeniyle ödediği tazminatı genel hükümlere göre sorumlu personele adli yargıda rücu eder.

C. Rücu Hakkının Yerine Getirilmesi Amacıyla Tazminat Davasının Açılması

a. Genel Açıklamalar

657 sayılı DMK'nın 13'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası; *"12 nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir"* şeklindedir. Bu maddenin atıfta bulunduğu yönetmelik, Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında yönetmeliktir.

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in "Kamu Zararından Doğan Alacakların Tahsil Şekilleri" başlıklı 12'nci maddesine göre, kamu zararından doğan alacaklar sorumlulardan, zararın meydana geldiği tarihten itibaren faiziyle birlikte tahsil edilir. Bu zararları sorumlular, rızaen ve sulh yolu ile ödeyerek ya da takas yaparak karşılar. Aksi halde Devletin, kamu zararına sebep olanlar aleyhine genel hükümlere göre adli yargıda rücu ilişkin dava açması gerekir⁵⁴.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12'nci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki; *"Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır"* ifadesi ile, 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasındaki; *"Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır"* ifadesi, Devletin ödediği tazminata ilişkin rücu hakkını kullanabilmesini TBK'daki genel hükümlere bağlamıştır⁵⁵.

miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır" şeklindedir.

⁵³TANGAL, Murat, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2016, s. 110.

⁵⁴AKYILMAZ, Bahtiyar, Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu, İÜHFİM, C: 69, S: 1-2, 2011, s. 70.

⁵⁵657 sayılı DMK'nın 13'üncü maddesinin gerekçesi; *"Bu madde, kamu hukukuna tabi görevler bakımından idare edilenlere verilecek zararlar konusundaki sorumluluğu düzenlemekte ve bu bakımdan idare ile memur arasındaki sorumluluk münasebetini düzenleyen 12'nci maddeden farklı bir nitelik taşımaktadır. Buradaki esas, yalnız*

Devletin koruma tedbirleri nedeniyle ödediği tazminata ilişkin bedeli, re'sen kamu görevlisinin maaşından kesebilmesi mümkün değildir. Çünkü rucu, rızaen veya sulh yoluyla sağlanamamışsa adli yargıda buna ilişkin dava açılmalıdır.

b. Davanın Süresi

Devletin, haksız veya hukuka aykırı uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle ödediği tazminata ilişkin rucu hakkının yerine getirilmesi amacıyla açacağı tazminat davasının süreleri, kime karşı açılacağına göre farklılık arz eder. Burada davanın açılabilceği kişilere ilişkin üçlü bir ayırım yaparak dava süreleri belirlenir.

İlk ayırım, rucu hakkının yerine getirilmesi amacıyla tazminat davasının hâkimler ve Cumhuriyet savcılarına karşı açılmasıdır. Burada Devletin, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimlere ve C. savcılarına karşı bir yıl içinde dava açması gerekir (CMK m. 141/4). Bu süre, tazminat davasının kesin hükümle sonuçlanmasından sonra başlar⁵⁶. Belirlenen 1 yıllık sürenin geçmesinden sonra Devletin, görevinin gereklerine aykırı hareket eden kişilere karşı rucu imkânı ortadan kalkar.

İkinci ayırım, rucu hakkının yerine getirilmesi amacıyla tazminat davasının iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunanlara karşı açılmasıdır. Devletin, bu kişilere rucu amacıyla açacağı davanın süresine ilişkin CMK'nın 142'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında herhangi bir sınırlama yoktur. Ancak TBK m. 73'deki rucun yapılabilmesine ilişkin genel hüküm niteliğindeki süreler burada da geçerlidir. Buna göre rucu istemi tazminatın ödenmesi ve birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenilmesinden itibaren 2 yılın ve herhalükarda tazminatın tamamının ödenmesinden itibaren 10 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Üçüncü ayırım ise, rucu hakkının yerine getirilmesi amacıyla tazminat davasının diğer kamu görevlilerine karşı açılmasıdır. Burada diğer kamu görevlilerine karşı açılacak tazminat davalarının süreleri, Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik'e göre belirlenmesi gerekir⁵⁷. Bu yönetmeliğin

memurların görevleri dolayısıyla değil, kamu hukukuna tabi bütün görevler dolayısıyla mevcut olduğu için, bu maddede Devlet memuru deyimi yerine personel deyimi kullanılmıştır. Hususi hukuka tabi hizmetlerde çalışan personel bakımından, tabii, hususi hukuk esasları uygulanacaktır" şeklindedir. Bkz. AKGÜNER/BERK, s. 769.

⁵⁶ YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 741; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 498; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 481.

⁵⁷ 19.10.2006 Tarihli ve 26324 sayılı Resmî gazete.

12'nci maddesine göre, diğer kamu görevlilerine karşı rücu dolayısıyla açılacak tazminat davalarının zamanaşımına uğraması genel hükümlere tabidir. Dolayısıyla bu davalarda, genel hüküm mahiyetinde olan TBK'nın 73'üncü maddesindeki zararın ödenmesi ve birlikte sorumlu kişinin öğrenilmesinden itibaren 2 yıl, herhalükarda tazminatın ödenmesinden itibaren 10 yıl içerisinde dava açılmasına ilişkin genel kural uygulanır.

c. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Hâkim ve C. savcılarını ile diğer kamu görevlilerinin işlemleri ya da iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunanların beyanları neticesinde koruma tedbirleri nedeniyle uğranılan zararları tazmin eden Devlet, bu kişilere karşı rücu hakkını kullanabilmek için haksız fiil hükümlerine göre adli yargıda tazminat davası açar. Nitekim bu hususu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12/3 ile 13/1 maddeleri, rücuun sağlanmasında genel hükümlerin uygulanacağını vurgulayarak ortaya koymuştur⁵⁸.

Devletin koruma tedbirleri nedeniyle ödediği tazminata ilişkin rücu hakkını yerine getirebilmek amacıyla açacağı davada görevli yargı merci ağır ceza mahkemeleridir. Burada rücu ilişkin davayı ağır ceza mahkemeleri TBK'daki genel hükümlere göre inceler. Rücu davalarında ağır ceza mahkemelerinin görevli olması, hem usul ekonomisi ilkesi hem de tazminata karar veren merciin rücu karar vermeye yetkili olması kuralı açısından uygundur. Ayrıca CMK m. 144'ün gerekçesi; "...*bu gibi durumlarda haksız ihbar, şikâyet veya tanıklığın hürriyet ve hak kaybına etkisi mahkemesince değerlendirilecek, bu etkinin varlığı saptandığında ödemek zorunda kaldığı tazminat nedeniyle Devletin, o kişi veya kişilere rücu hüküm altına alınacaktır...*" şeklindedir. Bu gerekçedeki "mahkemesince" ifadesi ile kastedilenin tazminat kararını veren ağır ceza mahkemesi olduğu açıktır⁵⁹.

⁵⁸ "657 sayılı Kanun'un 12. maddesi gereğince, kamu görevlisi olan davacıların, kamu görevini yaparken aldıkları kamulaştırma kararının iptali üzerine, idarenin ödemek zorunda kaldığı ve yargılama gideri olarak idareye verdikleri iddia olunan zararın, rücuken kendilerinden tahsiline ilişkin davanın, anılan maddeye göre genel hükümler dairesinde adli yargı yerlerince çözümü gerekir. Zira dava, yargılama gideri olarak idarenin ödediği meblağın tahsili için açılan bir rücu davası niteliğinde olup, anlaşmazlığın çözümünde Borçlar Kanunu hükümleri gözönünde tutulmalıdır. Borçlar Kanunu'na dayalı hak iddialarına ilişkin anlaşmazlıkların çözümünün ise adli yargı yerinin görev alanına girdiği kuskusuzdur" (Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 1986/4 E., 1986/4 K., 07.04.1986 T.), KAYA, Cemil, *Rücuken Tazminat İstemiyle Açılan Davalarda Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulaması*, İÜHF, C: 70, S: 1, s. 121.

⁵⁹ AYCI, s. 287.

Koruma tedbirleri nedeniyle ödenen tazminata ilişkin rücu hakkını yerine getirebilmek amacıyla açılacak davada yetkili mahkeme ise, tazminata karar veren ağır ceza mahkemesidir. Bu durum, mahkemenin gerek dosyaya vakıf olması gerekse usul ekonomisi ilkesi açısından uygundur.

d. Davanın İncelenmesi ve Yürütülmesi

Devletin koruma tedbirleri nedeniyle ödediği tazminata ilişkin rücu davasını, ağır ceza mahkemesi TBK'daki genel hükümlere göre inceler. Bu nedenle rücu davasında yargılama giderleri, vekâlet ücreti vb. gibi hususlarda genel hükümler uygulanır. Dava harcı bakımından ise, rücu talep eden Hazine olduğu için harçtan muafır⁶⁰.

Rücu talebinde kimin bulunacağı ise, teminatın Devlet hazinesinden ödenmesinden hareketle belirlenir. Burada hazine adına hareket etme yetkisi hazine temsilcisinde olduğu için, koruma tedbirleri nedeniyle devletin ödediği tazminata ilişkin rücu talebinde de kendisinin bulunması gerekir⁶¹. Ayrıca rücu talebinde bulunma hususunda hazine temsilcisine takdir hakkı tanınmamıştır. Çünkü Anayasanın 40. ve 129. maddelerinden hareketle gerekli şartların oluşması halinde Hazine temsilcisinin rücu talebinde bulunması zorunludur⁶².

Devletin, sorumlu kamu görevlisine rücu hakkını yerine getirebilmek amacıyla açacağı tazminat davasında, TBK'daki haksız fillere ilişkin hükümler (m. 49) uygulanır. Bu nedenle koruma tedbirleri nedeniyle ödenen tazminatta sorumlu kamu görevlisine mahkemenin rücu kararı verebilmesi için, haksız fille ilişkin şartların bulunması gerekir⁶³.

⁶⁰ AYCI, s. 289.

⁶¹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/KIRIT/AKCAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ, s. 595.

⁶² "Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasındaki; "kendilerine rücu edilmek kaydıyla ibaresi" kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğunu ifade etmekte ve bu Anayasal zorunluluk nedeniyle bu gibi hallerde dava dilekçelerinde ayrıca ve mutlaka rücu talebinde bulunmaları gerekmektedir" (Danıştay 5. Daire, 1995/3611 E., 1997/2485 K., 10.11.1997 T.), Danıştay Dergisi, S: 96, s. 217.

⁶³ Anayasanın 40. maddesinde rücu hakkının genel hükümlere göre yapılacağı hükme bağlanmıştır. Buradaki genel hükümlerden Borçlar Kanunu hükümleri olduğu düşüncesi yaygındır. Ancak genel hükümler deyimiyle kastedilenin İdare hukukunun genel hükümleri olması gerektiği, kamusal niteliği ve hizmet kusurunun değerlendirilmesi gerektiği gibi nedenlerle açıklanabilir. Çünkü idarenin rücu kararına karşı idari yargıda dava açılabilmesi, rücu ile ilgili yönetmelik hükümlerine göre idarenin disiplin kurulları aracılığıyla rücu kararı alacağı, aylıklardan kesinti yapılacağı gibi hükümler

TBK m. 49'a göre haksız fiil sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, sorumluların kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar vermesi gerekir. Ayrıca sorumluların gerçekleştirdiği fiille ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.⁶⁴

Koruma tedbirleri nedeniyle ödenen tazminata ilişkin mahkemenin rücu kararı verebilmesi için ilk unsur, sorumluların kusurlu olmasıdır⁶⁵. Burada koruma tedbirleri nedeniyle sorumluların kusurlu olması, hâkimler ve C. savcılarını bakımından görevlerinin gereklerine kasten aykırı davranmalarını, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunanların, iftira veya yalan tanıklık fiillerini gerçekleştirmelerini, diğer kamu görevlilerinin ise koruma tedbirlerine ilişkin görevlerinde kanuna aykırı hareket etmelerini ifade eder. Dolayısıyla bu kişilerin kusuru olmadıkça sorumlulukları doğmaz.

İkincisi, sorumluların gerçekleştirdiği fiillerin hukuka aykırı olmasıdır⁶⁶. Diğer bir ifadeyle, hâkim ve C. savcılarını ile diğer kamu görevlilerinin işlemleri hukuka uygunsa, kişilerin bu işlemler nedeniyle uğradıkları zararları tazmin edebilmeleri mümkün değildir.

Üçüncüsü, sorumluların gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiiller nedeniyle bireylerin zarara uğramasıdır. Devlet hazinesinin zarar verici fiil olmasaydı alacağı durumla fiil sonucu aldığı durum arasındaki fark, zararı oluşturur⁶⁷. Dolayısıyla koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında bireyler maddi veya manevi bir zarara uğramamışsa, sorumlulara rücu mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, ortada herhangi bir zarar olmamasına rağmen sırf görevin gereklerine aykırı davranmak veya iftira ya da yalan tanıklıkta bulunmak tek başına rücu için yeterli değildir.

Sonuncusu ise, sorumluların fiiliyle ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır⁶⁸. Bu eylemler olmasa bile, bireylerin koruma tedbirlerinin uygulanması nedeniyle zararları ortaya çıkıyorsa, fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı için tazminat sorumlulara rücu yapılamaz.

Hazine temsilcisi ve rücu talep edilen kişi, rücu isteminin kabulüne veya reddine ilişkin kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurabilir.

gözetildiğinde genel hükümler ile kastedilenin idare hukukunun genel hükümleri olduğu anlaşılacaktır. Bkz. AYCI, s. 338.

⁶⁴ ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 2, İstanbul 2017, s. 33.

⁶⁵ SINAR, s. 406.

⁶⁶ ANTALYA, s. 39.

⁶⁷ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. TURGUT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 2, 13. Baskı, İstanbul 2017, s. 39.

⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 45.

Kesinlik sınırına göre, istinafta verilen karara karşı temyize de gidilebilir⁶⁹.

SONUÇ

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat sebepleri CMK m. 141’de tek tek sayılmıştır. Bunlardan biri somut olayda gerçekleşirse, kişiler yalnızca Devlet aleyhine tazminat davası açabilir. Ancak Devlet, ödediği tazminatı hâkimler ve C. savcılarına CMK m. 141/4’e, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunanlara m. 142/3’e ve diğer kamu görevlilerine Anayasa m. 129/5 ile 657 sayılı DMK m. 13’e dayanarak rucu eder.

Koruma tedbirleri nedeniyle ödenen tazminata ilişkin hâkimler ve C. savcılarının rücuda bulunabilmek için, bu kişilerin görevlerinin gereklerine aykırı davranarak zarara sebebiyet vermesi gerekir. Kanunda rucu için, görevin gereklerine aykırılıktan dolayı TCK m. 257’deki görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet şartının aranmasına ilişkin bir açıklık yoktur. Aynı sorun, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunanlara rucu için, iftira veya yalan tanıklık suçundan mahkûmiyet hükmü aranması hususunda da mevcuttur. Kanaatimce, Devletin koruma tedbirleri nedeniyle rücuda bulunabilmesi için, hâkim ve C. savcılarının görevi kötüye kullanma suçundan, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunanların iftira veya yalan tanıklık suçundan mahkûmiyeti aranmalıdır.

Koruma tedbirleri nedeniyle Devletin açacağı rucuya ilişkin tazminat davasında, görevli ve yetkili mahkeme hakkında kanunda açık hüküm yoktur. Kanaatimce gerek usul ekonomisi ilkesi gerekse tazminata karar verenin rucuya da karar verebilmesi kuralından hareketle ağır ceza mahkemeleri bu davalarda görevlidir.

Buradaki rucu davasının tabii olduğu sürelerinde aydınlatılması gerekir. CMK m. 141/4’de hâkim ve C. savcılarının rücuda bulunabilmesi 1 yıllık süreye bağlanmıştır. Ancak iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiler ile diğer kamu görevlilerine rucu için kanunda herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bununla birlikte rucu davasının genel hükümlere tabii olmasından hareketle, TBK m. 74’deki rucua ilişkin genel zaman aşımı süreleri bu kişilere karşı açılacak rucu davalarında da geçerlidir.

Mahkemenin rucu kararı verebilmesi için, TBK’daki haksız fiil sorumluluğuna ilişkin şartların olması gerekir. Bu nedenle mahkeme

⁶⁹ AŞKIN, Uğur, Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu, Ankara 2018, s. 223-224.

kusur, zarar, hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurlarının bulunması halinde rücu kararı verebilir.

KAYNAKÇA

- AKGÜNER, Tayfun/ BERK, Kahraman, İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu, İÜHFİM, C: 69, S: 1-2, 2011.
- ALBAYRAK, Mustafa/ÖZER, Fatma/İLHAN, Fikret/ERDOĞAN, Mustafa, Yargı Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara 2014.
- ALDEMİR, Hüsnü, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ankara 2012.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 2, İstanbul 2017.
- AŞKIN, Uğur, Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu, Ankara 2018.
- AYCI, Emrullah, Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ankara 2014.
- AYDIN, Hüseyin, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ceza Hukuku Dergisi, 2012.
- BAYTAR, Serdal, Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşlanması, TBB Dergisi, S: 61, 2015.
- CANOĞLU, Veysel Candan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara 2017.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2017.
- DONAY, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Hukuku ve Maddi- Manevi Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2009.
- GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 2018.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Bursa 2017.
- GÜLTAŞ, Veysel, Tutuklama ve Kanun Yolları, 5. Baskı, Ankara 2018.
- KARSLI, Abdurrahim, Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları, İstanbul 1994.
- KAYA, Cemil, *Rücu Nedeniyle Açılan Davalarda Görevli Yargı Yerin Belirlenmesi Konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulaması*, İÜHFİM, Cilt: 70, Sayı: 1.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. TURGUT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 2, 13. Baskı, İstanbul 2017.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2017.
- ÖZEN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri/EKER KAZANCI, Behiye/SOYER GÜLEÇ, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Ankara 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2017.
- SINAR, Hasan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, İstanbul 2016.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016.
- ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 8. Baskı, Ankara 2017.

- ŞEN, Ersan, *Hâkim ve Savcının Şahsi Sorumluluğu ve Denetimi*, <http://www.haber7.com>.
- TANGAL, Murat, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2016.
- UNGAN, Abdulkadir, Haksız Fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Doğan Tazminat, Ankara 2017.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2017.
- YENİDÜNYA, A. Caner/İçer, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.
- YERDELEN, Erdal, Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, Ankara 2006.
- YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2016.
- YURTCAN, Erdener, CMK Şerhi, 8. Baskı, C: 1, Ankara 2017.
- YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2018.
- www.tdk.gov.tr.
- <https://emsal.yargitay.gov.tr>.
- <https://www.corpus.com.tr>.
- www.kazanci.com.tr.

**ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDAN KITA AVRUPASI
HUKUKUNA – ÖZEL HUKUKTA *DE MINIMIS* KURALI**
**FROM ANGLO-AMERICAN LAW TO CONTINENTAL EUROPEAN
LAW– *DE MINIMIS* RULE IN PRIVATE LAW**

DOI: 10.21492/inuhfd.446918

Selin ÖZDEN MERHACI*
Vehbi Umut ERKAN*

Özet

Karşılaştırmalı hukukun işlevsel denklik ilkesi bir hukuk düzeninde somut hukuki soruna getirilen çözümden yola çıkılarak, bir başka hukuk düzeninde o kuruma işlevsel olarak denk hukuk kurumlarının tespitini gerektirir.

De minimis, özellikle Amerikan hukukunda sıklıkla yargı tarafından başvuru bir kurumdur. Bu kurum, önemsiz zararların tazmin edilmemesini veya dava edilememesini sağlamaktadır. Buna karşılık yazılı hukuk kurallarını hukukun birincil kaynağı olarak kabul eden kıta Avrupası ülkelerinde açıkça *de minimis* kuralı olarak nitelendirilebileceğimiz bir kurala rastlanmamaktadır.

Anglo-Amerikan hukukunda sıklıkla kullanılan bu kurumun, kıta Avrupası hukuk düzenlerinde birebir karşılığı bulunmasa da, karşılaştırmalı hukuk bakış açısıyla yaklaşıldığında aynı işlevi gören kuralların izlerini tespit etmek mümkündür. Özellikle haksız fiiller ve komşuluk hukukundaki bazı düzenlemelerin, önemli ve önemsiz zararlar ayrımı yaptığı görülmektedir.

Avrupa Birliğinde bazı alanlarda hazırlanan direktifler, üye ülkelerin bu kurumu iç hukuklarına almaları sonucunu doğurmuştur. Bunlardan en bilinenleri rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler, ayıplı ürünlerin neden olduğu zararlardan doğan düzenlemeler ve fikri haklar alanında yapılan düzenlemelerdir.

De Minimis kuralına Avrupa’da hukukun birleştirilmesi çalışmaları kapsamında da yer verildiği görülmektedir. Nitekim bu gelişmeler altında *de minimis* kuralı kıta Avrupası hukuklarına yabancı bir kurum değildir.

Anahtar Kelimeler: *De minimis*, DCFR, önemsiz zarar, haksız fiiller hukuku, tazminat hukuku

Abstract

Functional method of comparative law necessitates determining the functionally equivalent institutions in different legal systems, on the basis of a solution to a legal problem adopted in a particular legal system.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı. (sozden@law.ankara.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-8233-1166)

• Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı. (erkan@law.ankara.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-0280-9896)

Makale Gönderilme Tarihi: 23.07.2018

Submitted: 23.07.2018

Makale Kabul Tarihi: 28.08.2018

Accepted: 28.08.2018

De minimis rule is a solution which is especially utilized by the American judiciary. This institution ensures trivial damages not to be compensated or litigated. On the other hand, in continental European law, which accepts written legal rules as the primary source of law, *de minimis* rule is not explicitly designated.

Although this institution is often used in Anglo-American law and cannot be found in the continental European law, it is possible to find the traces of the same functioning institutions when they are being approached from a comparative law point of view. Particularly in some regulations of tort law and neighborhood law, it appears that there is a distinction between significant and insignificant damages.

European Union law forced the member states by its directives to codify this institution in their domestic laws in particular areas. The most known examples can be found in antitrust law, the law on liability for defective products and copyright law.

De minimis rule is also found in the scope of the unification of laws in Europe. As a matter of fact, it can be concluded that it is not a foreign institution to continental European law.

Keywords: *De Minimis*, *DCFR*, trivial damages, law of torts, damages

I. GİRİŞ

Kısaca *de minimis* olarak da anılan Latince ifadesiyle “*de minimis non curat lex*” veya “*de minimis non curat praetor*” yani “hukuk/hakim önemsiz konularla ilgilenmez” kuralı¹, Roma hukukunda da izlerine rastlanan ve uzun zamandan beri Anglo-Amerikan hukukunda değer atfedilen kurallardan birisidir.

Günümüzde ise özellikle kıta Avrupası hukukuna bakıldığında Avrupa Birliği düzenlemeleri ve Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu tarafından hazırlanan Ortak Referans Çerçevesi Taslağı’nda (*Draft Common Frame of Reference-DCFR*) sözleşme dışı sorumluluktan doğan zararların düzenlendiği bölümde yer alan md. VI-6:102 ile bu kural gündeme gelmiştir. “*De Minimis* Kuralı” başlıklı bu maddeye göre, “önemsiz zararlar göz ardı edilebilir”.

İfadenin arkasında yatan sorunlar ilk bakışta net olarak görülemeyebilir ve hatta hukukun, hukukçuların ve mahkemelerin önemsiz sayılabilecek, ufak zararlar için meşgul edilmesi uygun da bulunmayabilir. Ancak yakından bakıldığında bu ifadenin bir hukuk kuralı olarak değerlendirilmesi, bir başka ifadeyle belirli bir zaman diliminde oluşan zararlar veya zarar görenler arasında genelleme yapılması çok da doğru görülmemektedir². Bu anlamda yazılı hukuk kurallarının hukukun

¹ Gözler, kuralı “*Küçük şeyler hakime götürülemez*” olarak ifade etmektedir; GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, Bursa 2011, s. 622.

² Bkz aynı yönde: KOZIOL, Helmut: Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, 2012, https://www.jan-sramek-verlag.at/fileadmin/user_upload/Koziol_BasicQuestions_ePDF_HighResOpen_FINAL.p

birincil kaynağı olarak kabul edildiği kıta Avrupası hukuklarında bu kurala yer verilmediği; bu hukuk düzeninde tüm zararların dava edilebilir olmasından ve tazminata hakim olan ilkelerden dolayı bu kuralın uygulanamayacağı, böylelikle *de minimis* kuralının kıta Avrupası hukuklarına yabancı olduğu düşünülebilir. Her ne kadar kural, bir kıta Avrupası hukukçusuna yabancı görünse de, daha detaylı bakıldığında kıta Avrupası hukukunda bu kurumun izlerine rastlamak mümkündür.

Bu çalışmada kuralın doğduğu Anglo-Amerikan hukukunda uygulanma biçimi ele alınacak, daha sonra ise kıta Avrupası ve Avrupa Birliği hukukunda uygulama alanları değerlendirilecektir.

II. ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA *DE MINIMIS* KURALI

A. Tarihçe ve Ele Alınış Biçimi

De minimis ifadesi, 15. yüzyıla kadar kıta Avrupası hukuklarında bilinmemekte olup, bu kurumun ilk izlerine *Iustinianus*'un *Digesta*'sında yer alan *Callistratus* ve *Ulpianus* ile *Paulus*'un metinlerinde rastlanmaktadır. İfadenin kıta Avrupasında ilk kez kullanılması ise 1644'te *Augustini Barbosae*'nin deyişler kitabında karşımıza çıkmaktadır. Kitapta deyiş "*de minimis non curat Praetor*" veya "*quod Praetor non curat de minimis*" şeklinde ifade bulmuştur.

Anglo-Amerikan hukukunda ortaya çıkması benzer şekilde olmuştur. Kuralın uygulanmasının tarihsel örnekleri var olmakla birlikte, ilk kez 16. ve 17. yüzyıllarda kullanılmıştır. 18. yüzyılda ise bu ifade bir hukuk kuralı olarak değerlendirilmiştir³.

Günümüze gelindiğinde Amerikan hukukunda bu kurala, Kaliforniya Medeni Kanunu⁴ § 3533'de yer verildiği görülmektedir. Maddeye göre "hukuk önemsiz şeylerle ilgilenmez". Bu ifade Kanun'un 1872 yılında kabul edilen 9. bölümü içinde yer almaktadır. Kanun'un bu bölümü, "Hukuk İlkeleri (*Maxims of Jurisprudence*)⁵" başlığını

df, s. 19 (E-book, Erişim Tarihi: 19.04.2018); VAN BOOM, Wilhelm: "De Minimis Curat Praetor-Redress for Dispersed Trifle Losses", *Journal of Comparative Law*, Vol. 4, 2009, s. 172.

³ VEECH, Max L./MOON Charles R.: "De Minimis Non Curat Lex", *Michigan Law Review*, Vol. 45, No. 5, 1947, s. 538-539.

⁴ *Kaliforniya Medeni Kanunu*;

<https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codedisplayexpand.xhtml?tocCode=CIV> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

⁵ "*Maxims of Jurisprudence* veya *Legal Maxims*" Anglo-Amerikan hukukunda özlü söz haline gelmiş geleneksel hukuk ilkeleridir; *Black's Law Dictionary*, (GARNER, Bryan A. ed.), 2004, s. 1000 (*maxim*).

taşımaktadır. Bölümün ilk paragrafı olan § 3509, bölümde yer alan ilkelerin Kanun'un maddelerini değerlendirmek amacıyla değil, kuralların adil bir biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla kullanılması gerektiğini ifade etmiştir.

Bu kapsamda değerlendirildiğinde bu kuralın, kişinin uğradığı zarara katlanma yükümlülüğü ile ilgili olduğunu anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle bu kural kapsamında bazı zararlar, hayatın olağan akışında kişinin katlanması gereken zararlar olarak tanımlanmıştır⁶. Ancak bu ifade, kişiden kişiye veya her olayda değişiklik gösterebilecek niteliktedir. Bu nedenle ifadenin teknik bir hukuk kuralı olarak değil, hukuk düzenin sivri köşelerini gidermeye yarayan bir yorum metodu olarak değerlendirilmesi gerektiği, nitekim Kaliforniya Medeni Kanunu'nda da ifadenin bu şekilde ele alındığı belirtilmektedir⁷.

Yanı sıra belirtilmelidir ki Anglo-Amerikan hukukunda *de minimis* kuralı sadece tazminat hukuku bağlamında değerlendirilmemektedir. Hatta kuralı çok çeşitli şekillerde tercüme edildiği görülmekle birlikte “hukuk, küçük veya önemsiz uyuşmazlıkları çözmez” şeklinde, hemen hemen hukukun tüm alanlarını kapsayacak şekilde tercüme eden yazarlar da bulunmaktadır⁸. Böylelikle kural, uyuşmazlığın hem maddi hukuk kuralları dikkate alınarak çözülmesine, hem de usul hukuku anlamda ele alınmasına değer bulunmadığını ifade etmektedir. Hatta aşağıdaki örneklerden görüleceği üzere bazı hallerde mahkemeler kuralı, uygulanan hukuk kuralının doğurduğu yaptırımları iptal etmek, geri almak amacıyla da kullanabilmektedir.

Bununla birlikte Anglo-Amerikan hukukunda kuralın, ceza hukukunu da kapsayacak şekilde anlaşıldığı ve hatta bazı kanunlarda yer bulduğu görülmektedir. Örneğin Hawaii Ceza Kanunu'nun⁹ “*De Minimis* İhlaller” başlığını taşıyan 702-236. maddesine göre; iddia edilen eylemin ağırlığına veya eklenen şartların doğasına göre sanığın eylemi, zarar gören tarafından reddedilmeyen, alışıl gelmiş bir izin veya hoşgörü kapsamında değerlendirilebilen ve suçu tanımlayan kuralın amacına aykırı olmayan bir eylemse, mahkeme davayı düşürebilir. Ayrıca eylem, suçu tanımlayan

⁶ VAN BOOM, s. 172.

⁷ VEECH/MOON, s. 543-544.

⁸ INESI, Andrew: “A Theory of De Minimis and a Proposal for Its Application in Copyright”, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 21, Issue 2, 2006, s. 945-946; Kuralın Latince'den İngilizce'ye birçok çevirisi bulunmaktadır. Bkz.: NEMEROFOSKY, Jeffrey: “What is Trifle Anyway?”, Gonz. L. Rev., Vol. 37, 2001, s. 316.

⁹ *Hawaii Ceza Kanunu için bkz.:* <https://law.justia.com/codes/hawaii/2017/title-37/>, (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

kural ile doğacak olumsuz sonuca yol açmayacaksa veya mahkumiyete hükmetmek için çok önemsiz bir boyuttaysa, eylemin yasama organı tarafından yasaklanması sırasında öngörülmeleyen diğer hafifletici unsurlar söz konusuysa mahkeme davayı düşürebilir¹⁰.

Federal düzeyde ise kural, en belirgin şekilde Emeklilik Geliri Güvence Yasası'nın "*De Minimis* Kuralı" başlıklı § 1398'da¹¹ yer almaktadır. Adı geçen Yasa, emeklilik planı yönetenlerin, sağlayıcılardan herhangi bir kişisel fayda elde etmelerine izin vermemekle birlikte, Yasa'nın bu maddesi "*De Minimis*" sayılabilecek değerlerde bazı faydalar sağlanmasını veya hediye alabilmesini mümkün kılmıştır.

Günümüzde kuralın Anglo-Amerikan hukukunda sözleşmeler, haksız fiiller ve diğer medeni hukuk uyuşmazlıkları ile ceza hukukunda kullanıldığı görülmektedir. Kuralın hukukun birçok alanında uygulandığı göz önüne alındığında, kuralın uygulama alanı konusunda bir genelleme yapılmasının oldukça güç olduğu belirtilmektedir. Ancak bakıldığında, mahkemelerin kurala değer atfetmesinin başlıca sebebinin yargılama görevinin verimli şekilde yerine getirmesini sağlamak ve sistemi önemsiz konularla çıkmaza sokmaya engel olmak olduğu tespit edilmiştir¹². Örneğin *Deutsch v. United States* davasında Amerikan mahkemeleri, bir mahkûmun hapis hane görevlileri tarafından dolabından kalemlerinin çaldığı iddiasıyla 4,20 dolar tazminat talebiyle açtığı davada, mahkûmun talebini önemsiz, ciddiyetsiz olarak nitelendirmiş ve hüküm vermeye değer bulmamıştır¹³. Benzer şekilde *Altman v. Hurst* davasında polis şefi *Hurst*'ın, *Altman* adlı polis memuruna devriye görevi vermesi nedeniyle, memurun yıllık iznini yeniden planlaması gerekmesi üzerine polis memurunun haklarının ihlal edildiğini, sözleşme ile Nisan ayında izin kullanacağını önceden tespit edilmiş olduğunu iddia ettiği davada mahkeme, polis memurunun yıllık izin tarihinin değişmesini "*de minimis*"

¹⁰ Benzer bir düzenlemeye New Jersey Ceza Kanunu'nda da yer verilmiştir; *New Jersey Ceza Kanunu* için bkz.: <https://law.justia.com/codes/new-jersey/2017/title-2c/section-2c-2-11/> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

¹¹ *Emeklilik Geliri Güvence Yasası için bkz.:* <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2015-title29/pdf/USCODE-2015-title29-chap18-subchapIII-subtitleE-part1-sec1389.pdf> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

¹² NEMEROFSKY, s. 324.

¹³ *Deutsch v. United States*, 67 F.3d 1080 (3d Cir. 1995); <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/67/1080/584554/> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

olarak nitelendirerek iddiayı mahkeme önünde görmeye değer bulmamıştır¹⁴.

Buna karşılık taşınmaz mülkiyetinin ihlalinde (*trespass*), Anayasal hakların ihlalinde, toplu davalarda (*class action*), kuralın tarihi gelişiminin özel hukuk alanında olması sebebiyle bazı mahkemeler tarafından ceza davalarında, bazı mahkemeler tarafından hükümet kararlarına karşı açılan davalarda, koruma ve gözetimine bir mal bırakılan kişinin sorumluluğunu ihlal etmesi hallerinde uygulamayacağına ilişkin görüşler de bulunmaktadır¹⁵.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken bir husus da *de minimis* kuralının doğurduğu hukuki etkidir. Kural tazminata hükmedilmesine bir engel olarak mı, yoksa dava hakkının varlığı bakımından mı değerlendirilmelidir? Dava açma hakkının açıkça tanındığı davalarda bu kural, tazminata hükmedilmesine bir engel teşkil etmektedir. Çoğunluğu oluşturan diğer davalarda ise dava hakkının bulunmadığı sonucuna varılmasını sağlamaktadır. Tarihi gelişimine bakıldığında kuralın, dava açma hakkına bir engel olarak ortaya çıktığı anlaşılmakta olup, Amerikan mahkemelerinin dava açma hakkının bulunduğu kabul edildiği olaylarda, kuralın isteksizce uygulandığını, dava hakkının bulunmadığı kabul edilen davalarda ise *de minimis* kuralının uygulanmasına daha sıcak yaklaşıldığı belirtilmektedir¹⁶.

B. De Minimis'in Uygulanması İçin Değerlendirilen Unsurlar

Kuralın uygulanması bakımından kesin kriterlerin tespit edilmesi mümkün olmamaktadır. Nitekim hangi ölçüde zararların “*de minimis*” teşkil ettiğinin somut olay bazında tespiti gerekmektedir¹⁷. Hatta neyin önemsiz kabul edildiği zamana göre bile değişebilmektedir. Örneğin hukuken kapalı alanlarda sigara içilmesi önceleri herhangi bir yaptırıma tabi tutulmuşken, bir başka ifadeyle sigara içmeyenler için önemsiz bir zarar olarak nitelendirilirken, günümüzde kapalı alanlarda sigara içmek çeşitli idari ve cezai yaptırımlara konu edilerek, sigara içmeyenler bakımından önemsiz zarar olarak değerlendirilmemektedir¹⁸. Ancak

¹⁴ *Altman v. Hurst*, 737 F.2d 1240 (7th Cir 1984), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/734/1240/365618/> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: NEMEROFSKY, s. 330 vd.

¹⁶ VEECH/MOON, s. 560-561.

¹⁷ VEECH/MOON, s. 545.

¹⁸ VAN BOOM, s. 171.

Anglo Amerikan hukuk literatürüne bakıldığında “*de minimis*” kuralının uygulanması için somut uyuşmazlığa etki eden çeşitli faktörleri sınıflandırma çabası olduğu görülmektedir.

Bu unsurların ilki ve belki de en önemlisi, somut olayda oluşan zararın türü ve büyüklüğüdür¹⁹. Bu unsur özellikle mahkemeler tarafından önlere gelen talepleri reddederken değerlendirilmektedir. Özellikle bu unsur ufak meblağlardaki zararların göz ardı edilebilmesi için kullanılmıştır. Ancak belirtilmelidir ki, zararın önemsiz ve meblağ olarak düşük değerinde olduğu her zararda *de minimis* savunmasının kabul gördüğünü belirtmek mümkün değildir. Bu anlamda *de minimis* kuralının uygulandığı veya uygulanmadığı halleri dava konusunun değerine göre sınıflandırmak da mümkün görünmemektedir. Örneğin bir ceza davasında mahkeme \$0,32 değerindeki şekerin çalınması olayında *de minimis* kuralını uygulamazken²⁰, \$32.000 değerinde bir tutarı²¹, *de minimis* olarak nitelendirmiştir²².

Yargılama giderleri de bir diğer unsur olarak ele alınmaktadır²³. Örneğin Kaliforniya Temyiz Mahkemesi *de minimis*'i değerlendirdiği bir davada “*Bu dava, bu mahkemenin ve üst derece mahkemelerinin, davayı ele alan ve kamu yararı için çalışan hukuk biriminin ve Kaliforniya vatandaşlarının vergileriyle finanse edilen yargı sistemimize ait kaynakların saçma bir şekilde israfıdır.*” şeklinde bir değerlendirme yapmıştır²⁴. Bir başka kararda ise mahkeme, usul ekonomisi gerekçesiyle davayı düşürmüştür²⁵. Değerlendirmeye alınan bu unsurun ilk unsur olan

¹⁹ VEECH/MOON, s. 545 vd.

²⁰ *Commonwealth v. Moses*, 504 A.2d 330, 350 Pa. Super. 231 (1986), <https://www.courtlistener.com/opinion/2382457/com-v-moses/> (Erişim tarihi: 20.07.2018).

²¹ *In Re Ambanc La Mesa Limited Partnership, Debtor.liberty National Enterprises, a California Limitedpartnership, Creditor-appellant, v. Ambanc La Mesa Limited Partnership, an Arizona Limitedpartnership, Debtor-appellee*, 115 F.3d 650 (9th Cir. 1997), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/115/650/568300/> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

²² INESI, s. 952-953.

²³ Amerikan hukukunda davayı kaybeden tarafın yargılama masraflarına katlanması kuralı yoktur. Amerikan Kuralı adı verilen bu kurala göre herkes davada kendi vekalet ücretine kendi katlanır; *Black's Law Dictionary*, s. 92 (*American Rule*).

²⁴ *Harris v. Time, Inc.*, 191 Cal. App. 3d (1987), <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/191/449.html> (Erişim Tarihi: 23.05.2018).

²⁵ *City of Bozeman v. Vaniman*, 898 P.2d 1208 (Mont. 1995), <https://www.courtlistener.com/opinion/883634/city-of-bozeman-v-vaniman/>, (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

zararın türü ve büyüklüğü unsuru ile birlikte değerlendirilmesine dikkat çekilmiştir. Nitekim kazanılacak olandan fazla bir masrafın yapılacağı hallerde yargılamaya devam edilmesinin akla uygun olmayacağı belirtilmektedir²⁶.

Göz önüne alınacak diğer unsur, kanun maddesi, sözleşme hükmü veya *common law* kuralının bir başka ifadeyle ihlal edilen hukuk kuralının altında yatan amaç olarak tespit edilmiştir²⁷. Amerikan Yüksek Mahkemesi de bir olayda, “*belirlenen standartlara aykırı olarak bir de minimis sapması yapılacaksa, elbette ki o standardın altında yatan amaca bakılmadur*”²⁸ diyerek bu hususu ifade etmiştir. Amerikan Federal Mahkemesi de bir olayda, kuralın altında yatan amacın Kanada menşeli olmayan malların Kanada’dan ABD’ye girişinin önlenmesi olması sebebiyle, malların sadece %1’inin Kanada dışından olduğu bir ihracata *de minimis* kuralını uygulamış ve ihracatın engellenmesine izin vermemiştir²⁹.

Mahkemeler somut olayda uygulanacak hukuk kuralının altında yatan amaç ile birlikte kuralın uygulanması halinde doğabilecek sonuçları da değerlendirerek *de minimis* uygulayıp uygulamayacağına da karar verebilmektedir. Eğer hukuk kuralının uygulanması adil görünmeyen kesin ve şiddetli sonuçlar doğurabilecekse mahkemelerin bu kuralı uygulamama eğiliminde olduğu tespit edilmiştir³⁰.

Uygulamada değerlendirilen bir başka unsur, *de minimis* kuralının kabulünün üçüncü kişilerin haklarına etkisidir. Mahkemeler, eğer üçüncü kişilerin haklarına da etki edecek bir hüküm ortaya çıkacaksa, olay tek başına *de minimis* savunmasının uygulanmasına elverişli de olsa, hüküm vermeyi tercih etmektedir. Özellikle Anayasaya uygunluk denetimi veya hukuk kuralının yorumlanmasını gerektiren hallerde mahkemeler, *de minimis* savunmasını reddetmektedir. Benzer şekilde üçüncü kişilere de emsal oluşturabilecek davalarda ve toplu davalarda (*class action*) mahkemeler hüküm verme eğilimindedir³¹.

²⁶ VEECH/MOON, s. 553; INESI, s. 953.

²⁷ VEECH/MOON, s. 545; INESI, s. 953.

²⁸ *Wisconsin Department of Revenue v. William Wrigley, Jr. Co.*, 505 U.S. 214 (112 S.Ct. 2447, 120 L.Ed.2d 174), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/214> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

²⁹ *Alcan Aluminum Corp. v. United States*, 165 F.3d 898, <https://openjurist.org/165/f3d/898/alcan-aluminum-corporation-v-united-states> (Erişim Tarihi: 20.07.2018); INESI, s. 953-954.

³⁰ INESI, s. 954.

³¹ INESI, s. 955.

Son unsur ise, failin kusurudur. Nitekim kişinin kasıtlı olarak hukuka aykırı bir fiil işlemesi halinde bu hukuka aykırılıktan sorumlu olmaması, benzer hukuka aykırılıkların devamına yol açacağı endişesi doğurmaktadır. Bu nedenle de kusurun ağırlığının da *de minimis* kuralının uygulanmasında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Böylelikle fiilin kasıtlı işlenmesi halinde, zarar verenin *de minimis* kuralından yararlanamayacağı kabul edilmektedir³².

III. KİTA AVRUPASI HUKUKLARINDA *DE MINİMİS* KURALI

Kıta Avrupası hukuklarına bakıldığında *de minimis* kuralının kurumsal olarak kabul edilmediğini ancak işlevsel olarak denk³³ olan bazı kurumların bulunduğunu görmekteyiz. Hatta Avrupa Birliği ve hukukun birleştirilmesi kapsamında açıkça bu kuruma yer verildiği de anlaşılmaktadır. Bu çerçevede öncelikle *de minimis* kuralına kıta Avrupası hukukuna dahil ülkelerin ele alış biçimleri değerlendirildikten sonra, Avrupa Birliği düzenlemeleri ve hukukun birleştirilmesi çalışmalarına yer verilmiştir.

A. Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla *De Minimis* Kuralı

Moreteau, Fransız Medeni Kanunu'nda *de minimis* kuralına yer verilmediğini belirtmektedir. Yazar küçük zararlarda bile adaletin yerine gelmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ancak kuralın, bir başka ifadeyle önemsiz zararların göz ardı edilebilmesinin örf ve adet hukuku çerçevesinde sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından kabul edilebilir olduğunu ifade etmektedir. Buna karşılık haksız fiiller alanında, tam tazminat ilkesinin geçerli olduğunu, bir mutlak hakkın ihlali halinde sembolik de olsa bir tazminata hükmedileceğini belirtmektedir³⁴.

Koziol ise, kıta Avrupası hukuklarında bu kuralın ilk uygulamasının komşuluk hukukuna ilişkin hükümlerde yer aldığını belirtmektedir.

³² VEECH/MOON, s. 554 vd.; INESI, s. 956.

³³ Karşılaştırmalı hukukun işlevsel denklik ilkesi uyarınca, bir hukuk düzeninde yer alan bir hukuk kurumundan yola çıkarak diğer hukuk düzenlerinde aynı veya benzer kurumların araştırılmasını değil, somut bir hukuki probleme ilişkin çözümün diğer hukuk düzenlerinde nasıl ele alındığının araştırılmasını gerektirir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: OĞUZ, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 67 vd.

³⁴ MORETEAU, Olivier: "Basic Questions of Tort Law from a French Perspective", in Koziol, Helmut (ed.), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, 2015, s. 73; https://www.jan-sramek-verlag.at/fileadmin/user_upload/Koziol_ComparaTortLaw_Eng_0040_2_DRUCK_eBook.pdf (Erişim tarihi: 20.07.2018).

Yazar'a göre bu ilke, İsviçre Medeni Kanunu md. 684'te (TMK md. 737) yer almaktadır. Madde hükmüne göre, komşular birbirlerine verecekleri hafif rahatsızlıklarına katlanmak zorundadır. Nitekim madde de bu husus, "herkes komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür" ifadesiyle belirtilmiştir. Alman Medeni Kanunu (*BGB*) §906 (1)'de de komşuluk hukukuna ilişkin benzer bir hüküm dikkat çekmektedir. Bu hükme göre, bir taşınmazın malikinin, "kendi mülkünün kullanımını bozmadığı veya sadece önemsiz bir şekilde bozduğu" hallerde bir başka taşınmazdan kaynaklanan etkileri engelleyemeyeceği belirtilmektedir. Bu yaklaşım, bir taşınmaz sahibinin, sadece komşu tarafından taşınmazın o yerdeki örf ve âdete göre kullanımını önemli ölçüde bozan ihlalleri yasaklayabileceğini öngören Avusturya Medeni Kanunu'nun §364 (2) da yer almaktadır³⁵. Benzer şekilde Fransız hukukunda da her ne kadar *de minimis*'in kabul görmediği belirtilmiş olsa da komşuluk hukuku kapsamında verilen önemsiz rahatsızlıkların bu kurum içinde değerlendirilebileceği ifade edilmektedir³⁶.

Kıta Avrupası haksız fiil hukukuna gelindiğinde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin genel hükmü olan 41. maddesinde, zararın ağırlığı ve türü bakımından bir sınırlandırma getirilmediği, zarar önemsiz bir meblağ olsa dahi talep ve dava edilebilir olduğu belirtilmektedir. Bu anlamda zarar görenin ekonomik durumu veya mal varlığındaki eksilme dikkate alınmaksızın zarar tam olarak tazmin edilmelidir. Ancak mahkemenin zararın hesaplanmasında usul ekonomisini dikkate alarak önemsiz zararları (*de minimis non curat lex*) göz ardı edebileceği belirtilerek "*de minimis*" kuralına bir atıf yapılmıştır³⁷.

Ayrıca *Koziol*'a göre kıta Avrupası'nda bir *de minimis* örneği de, kişilik haklarının ihlalinde manevi tazminata ilişkin hükümlerde yer

³⁵ KOZIOU, s. 179. Türk Hukukunda da TMK md. 737/II uyarınca, bir fiil olumsuz etki doğursa bile, hoşgörülebilir düzeyi geçmez ise taşkınlık teşkil etmez ve diğer komşuların bu fiile katlanmak zorundadır. Bu durum Türk Hukukunda taşınmaz mülkiyetinin kanunda doğan kısıtlaması olarak kabul edilmektedir (SİRMEN; A. Lale: Eşya Hukuku, 4. Baskı Ankara 2016, s. 422; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 2009 İstanbul, s. 457).

³⁶ MORETEAU, s. 74.

³⁷ BREHM, Ronald: "Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch", Das Obligationenrecht, Berner Kommentar, 2013, OR Art. 41, s. 64, N. 69a. Ancak zarar önemsiz olsa bile, toplam tazminat bedeli bir frank gibi sembolik bir bedele hasredildiyse, mahkemenin yine de kararında bu hususa yer vermesi gerektiği kabul edilmektedir (BGer 2A.279/2004 vom 14.03.2005; BREHM, OR Art. 41, s. 64, N. 69a).

almaktadır. Yazar, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde kişilik haklarının ihlalinde manevi tazminat miktarının belirlenmesinde “ihlalin ağırlığının” dikkate alınmasını, bir *de minimis* örneği olarak değerlendirmektedir³⁸. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi, kişilik haklarının ihlalinde manevi tazminata hükmedilebilmesi bakımından özellikle ciddi bir ihlalin aranması şartını getirmiş olup, madde yargı kararlarını yansıtır bir biçimde konuyu ele almıştır³⁹. Maddede yer alan “ihlalin ağırlığı (*Schwere der Verletzung*)” ifadesinin, sadece tazminat talep hakkı bakımından değil, tazminatın hesaplanması bakımından da önem taşıdığı ifade edilmektedir⁴⁰.

³⁸ KOZIOL, s. 180.

³⁹ BREHM, Art. 49, s. 587, N. 12; MULLER, Christof: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016, OR Art. 49 N. 8 ve 9; HEIERLI, Christian/ SCHNYDER, K. Anton: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage 2011, OR Art. 49, N. 11.

⁴⁰ LANDOLT, Hardy: “Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45-49 OR”, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1c/2, 2007, s. 780, N. 99. Türk Hukuku'na bakıldığında, kişilik hakkının zedelenmesi halinde maddi tazminata ilişkin bir düzenleme eski Borçlar Kanunu md. 49'da da yer almaktaydı. Maddenin ilk halinde manevi tazminata hükmedilebilmesi için, kusurun ağır olması şartı aranmaktayken, saldırının (ihlalin) ağırlığı koşulu yer almamaktaydı. Ancak doktrinde, İsviçre Borçlar Kanunu'na uygun olarak saldırının ağırlığı koşulunun aranması gerektiği kabul edilmekteydi. Bununla birlikte, eski Borçlar Kanunu md. 49'da, 12.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, kusurun ağır olması şartı kaldırılmış; fakat saldırının ağırlığı koşuluna madde metninde yer verilmemiştir. (Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz.: KILIÇOĞLU, Ahmet: “Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, Ankara 1990, s. 106 vd; KESKİN, A. Dilşad: Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016, s. 243 vd.). Diğer taraftan eski Borçlar Kanunu md. 49/II'de yer alan, “Hakim, manevi tazminat miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alır.” hükmü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesine alınmıştır. Madde gerekçesinde hakimın tazminatın belirlenmesinde “hal ve mevkiin icabını/durumun gereğini” yani “saldırının kişilik hakkı zedelenen kişinin manevi kişilik değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde” tutması gerektiğini, ancak “hakimin manevi tazminatı belirlerken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları” da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk bulunmadığı, bunun kanun önünde eşit ilkesine aykırı görüldüğü ifade edilerek, madde metninde yer verilmediği ifade edilmiştir⁴⁰. Ancak Yargıtay manevi tazminat miktarının hesaplanmasına ilişkin vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında, manevi tazminatı düzenleyen Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde manevi zararın ağırlığı şartının aranmadığını; buna karşın alelade bedeni acılar için manevi tazminata hükmedilmesinin doğru olmayacağını ifade etmiştir (Yargıtay 9. HD. T. 21.09.2016 E. 21958/ K. 16232; Aynı yönde bkz.: Yargıtay 21. HD. T. 23.11.2015 E. 5928/ K. 20734 –

Diğer yandan Alman hukukunda da kişilik hakları ihlalinde manevi tazminata ilişkin *BGB* §253(2)'de bu hükme yer verilmediği, ancak mahkemelerin tazminatın hakkaniyet çerçevesinde değerlendirilmesinin önemsiz zararların göz ardı edilebilmesine yol açtığını belirtilmektedir⁴¹. Bu anlamda zararın geçici ve önemsiz olması halinde manevi zararın tazmininin reddedilebilmesi mümkündür. Buna ilişkin istisna ise zararın kasten verilmiş olmasıdır. Eğer zarar kasıtlı bir fiille verilmişse, önemsiz zararların tazmini göz ardı edilemez. Bu anlamda Alman mahkemeleri tarafından yaratılmış bir *de minimis* eşliğinin varlığından söz edilebilir, ancak bu eşik sebebiyle zarar görenin tazminat talep hakkı kısıtlanmamaktadır⁴². Ayrıca, *BGB* §253 kapsamında olmayan genel kişilik haklarının ihlali durumunda tazminata hükmedilebilmesinin ciddi bir müdahalenin gerekli olması şartına bağlı olması aranmaya devam etmektedir⁴³.

B. Avrupa Birliği Hukukunda *De Minimis* Kuralı ve Kuralın Üye Devlet Hukuklarına Etkileri

Avrupa Birliği'nin bazı düzenlemelerinde “*de minimis*” kuralının kabul edildiği görülmektedir. Özellikle bazı direktiflerde *de minimis* kuralının yansımalarına rastlamak mümkündür. Bu anlamda Avrupa Birliği hukukunun üye ülke hukuklarına nazaran bu kuruma daha sıcak yaklaştığı belirtilebilir.

Birlik hukukuna bakıldığında *de minimis*'in ilk örneği rekabet hukuku düzenlemelerinde karşımıza çıkmaktadır⁴⁴. 2001 yılında yayınlanan “Rekabeti hissedilir derecede sınırlamayan önemsiz anlaşmalar hakkında komisyon notu (*De Minimis* Notu)⁴⁵” ile Avrupa

www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 17.07.2018; Ayrıca bkz.: AYRANCI, Hasan: “Yargıtay Uygulaması Işığında Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Tarafların Sıfatı, İşgal Ettikleri Makam, Diğer Sosyal ve Ekonomik Durumlar”, e-Akademi, Nisan 2006, S. 50 -<http://www.e-akademi.org/makaleler/hayranci-1.htm>, (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

⁴¹ KOZIOL, s. 180.

⁴² VON BAR, Christian/CLIVE, Eric (ed.): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Vol. 4, Münih 2009, s. 3744.

⁴³ KOZIOL, s. 180.

⁴⁴ Avrupa Birliği hukukundan önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de kısaca değinmek gerekmektedir. Sözleşme md. 35/3(b)'ye göre, AİHM'e başvurma şartlarından biri, başvuruçunun önemli bir zarar görmüş olmasıdır. Bu şart da *de minimis* ilkesinin bir uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır; bkz.: GÖZLER, s. 621 vd.

⁴⁵ Kuralın temeli 1997 yılında yayınlanan önemsiz anlaşmalar hakkındaki nota (*Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 85(1) maddesi anlamında olmayan küçük önem taşıyan*

Birliği rekabet hukukunun bir parçası olan *de minimis* kuralı, rakipler arasındaki anlaşmalarda pazar payına göre %10, rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalarda ise %15'lik bir pay oranı belirlemiş ve tarafların pazar payının bu oranın altında kalması halinde anlaşmaların yaptırım ile karşılaşmayacağını kabul etmiştir. Kuralın amacı küçük teşebbüslerin pazarda rekabet gücünü arttırmak olarak ifade edilmektedir⁴⁶. En son 2014 yılında⁴⁷ revize edilen kurala ilişkin çalışma notu da yayınlanmıştır⁴⁸. Yapılan bu değişlikle birlikte iç pazarda rekabetin önlenmesi, kısıtlanması veya bozulması amacını taşıyan anlaşmalara orana bakılmaksızın *de minimis* kuralının uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Kuralın, Avrupa Birliği rekabet hukuku kapsamında uygulanması, kıta Avrupası içinde kuralın uygulama alanının bakımından tespit ettiğimiz ilk ve en bilinen örnektir⁴⁹.

Avrupa Birliği düzenlemeleriyle kabul edilen ve üye ülke hukuklarına etki eden, *de minimis* kuralı kapsamında değerlendirilebilecek bir hüküm de, 85/374/AET no'lu Avrupa Birliği Direktifi'nde⁵⁰ yer

anlaşmalar hakkında not) dayanmakla birlikte *de minimis* kuralının ilk ifadesine bu metinde rastlanmaktadır; *Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma Madde 101 (1) kapsamında rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayan küçük önem taşıyan anlaşmalar hakkında not (De Minimis)*, OJ C 368, 22.12.2001, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:368:0013:0015:EN:PDF>, (Erişim Tarihi: 20.07.2018); bkz.: TOMUR, Kerem: *Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri*, Ankara 2004, s. 27 vd.

⁴⁶ATEŞ, Mustafa: "Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 7, No. 2, 2008, s. 58; Ayrıca bkz.: ARI, Zekeriyya: "Rekabet Hukukunda De Minimis Kuralı (Hissedilir Etki)", *Batider*, C. XXI, S. 4, 2002, s. 69 vd.

⁴⁷*Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma Madde 101 (1) kapsamında rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayan küçük önem taşıyan anlaşmalar hakkında not (De Minimis Notu)*, OJ C 291, 30.08.2014, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=EN), (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

⁴⁸*Komisyon Görevlileri Çalışma Belgesi, De Minimis Notundan hangi anlaşmaların yararlanabileceğini tanımlamak amacıyla "amaca göre" rekabet kısıtlamalarına dair rehberlik* http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

⁴⁹Türk Hukukunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik yapılarak *de minimis* kuralına yer verilmesi hususunda çalışmalar olduğu bilinmekle birlikte bu tasarıların henüz yasalaşmadığı anlaşılmaktadır.

⁵⁰25 Temmuz 1985 tarihli Ayıplı Üründen Doğan Sorumluluğa İlişkin Üye Devlet Kanun, İkincil Düzenleme ve İdari Kurallarının Yakınlaştırılmasına İlişkin 85/374/AET sayılı Konsey Direktifi; <https://eur-lex.europa.eu/legal->

almaktadır. Direktif'in 9. maddesinde ayıplı üründen üreticinin sorumluluğun doğabilmesinin ön koşulu olarak, mala verilen zararlarda 500 €'luk bir alt sınır getirilmiştir. Kusursuz sorumluluğun kabul edildiği bu madde, üye ülke hukuklarına da etki etmiştir. Hüküm benzer şekilde Avusturya, Alman ve İsviçre hukuklarına da alınmıştır. İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanununun 6. maddesine göre zarar gören, mala verilen zararlarda 900 CHF altında olan zararlara kendi katlanmalıdır. Bu sınır Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu §11 ve Avusturya Ürün Sorumluluğu Kanunu §2'de 500 € olarak kabul edilmiştir⁵¹. Fransız hukukuna bakıldığında 500 €'luk sınırın iç hukuka alınmamış, bu anlamda zarar göreni koruma amacına öncelik tanınmıştır. Ancak Avrupa Adalet Divanı'nın verdiği bir karar sonrasında Fransız hukukunda da 500 €'luk sınırın uygulanması zorunluluğu doğmuştur⁵².

Avrupa Birliği hukukunda *de minimis* kuralının bir uygulaması olarak değerlendirilebilecek bir düzenleme de 2001/29/AT sayılı Bilgi Toplumu Direktifi⁵³,nde yer aldığı belirtilmektedir. Direktif'in *de minimis* kapsamında değerlendirilebilecek ilk düzenlemesi Direktif'in Dibacesi'nde yer almaktadır. Dibace md. 35'te yer alan düzenlemede, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırma ve istisnalar kapsamında eser sahibine ödenecek adil bedelin, eser sahibinin haklarına verilen zararın asgari düzeyde (*minimal*) olması halinde doğmayacağı belirtilmektedir. Bununla ilgili Adalet Divanı'nın Direktif'in eser sahibinin haklarına

content/EN/TXT/?uri=celex:31985L0374 (Erişim Tarihi: 20.07.2018); Direktif'in Türk hukukuna etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: KIRCA, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s.79 vd.

⁵¹KOZIOL, s. 180; Bu hüküm Türk hukukunda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a alınmamıştır.

⁵²MORETEAU, s. 74-75; Davada mahkeme, 85/374/AET sayılı Direktif'in 13. maddesini yorumlamıştır. Direktif'in 13. maddesine göre Direktif, Direktif'in bildirildiği tarihte üye ülkede var olan sözleşmeden doğan, sözleşme dışı veya özel sorumluluk hükümleriyle zarar görenin lehine olan düzenlemeleri etkilemeyecektir. Mahkeme kararında, söz konusu hükmün üye devletlerin ayıplı üründen doğan zararlar bakımından farklı düzenlemeler yapmasına izin verdiği şeklinde yorumlanamayacağına hükmetmiştir; *María Victoria González Sánchez v Medicina Asturiana SA*, Case C-183/00, 25 April 2002;

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130da20081a79de964885a105ba17280055f1.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb3mRe0?text=&docid=47303&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=108806>, (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

⁵³2001/29/AT sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılmasına İlişkin 22 Mayıs 2011 tarihli Direktif, OJ EC L 167/10; <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

getirilen istisna ve sınırlandırmaları düzenleyen 5. maddesini değerlendirdiği davada üye devletlerin madde kapsamında yer alan istisna ve sınırlandırmaları iç hukuklarına uyarlamaları halinde eser sahibinin adil bedel alma hakkına sahip olması gerektiğini ancak Dibace'nin 35. maddesinde yer alan kural ışığında bazı hallerin adil bedel yükümlülüğünden kapsamı dışında değerlendirilebileceğini tespit etmektedir. Mahkeme davada, üye devletlerin şahsi kullanım istisnası kapsamında eşit davranma ilkesini göz önünde tutarak ve eser sahibinin haklarına verilen zararın ölçüsünü değerlendirerek, kullanıcının adil bedel ödeme yükümlülüğünden muaf tutabileceğini belirtmiştir⁵⁴.

Benzer şekilde Direktif'in kamuya iletim hakkının eser sahibinin münhasır haklarından birisi olarak tespit eden 3(1). maddesinden bahsi geçen "kamu"nun "oldukça fazla sayıda insan" olarak algılanması gerektiği ve bunun da bir *de minimis* eşiği (*de minimis threshold*) oluşturduğu anlaşılmaktadır. Böylelikle Adalet Divanı kararlarında küçük veya önemsiz sayıda kişiden oluşan insan topluluklarına iletimin madde kapsamına girmeyeceği ve eser sahibinin münhasır haklarına aykırılık oluşturmayacağını ve bunun *de minimis* kapsamında değerlendirileceğini ifade etmiştir⁵⁵.

C. Hukukun Birleştirilmesi Kapsamında *De Minimis* Kuralı

1. Hukukun Birleştirilmesi Çalışmaları ve DCFR

Hukukun birleştirilmesi özellikle Avrupa ülkeleri düzeyinde uzun yıllardır tartışılan ve üzerinde çalışmalar yapılan bir konudur. Bugün Avrupa'da birçok komisyon karşılaştırmalı hukukun işlevsel denklik ilkesini kullanarak hukukun en azından Avrupa ülkeleri düzeyinde birleştirilmesi, ortak kavram ve kurallara ulaşılması için çaba

⁵⁴ *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S*, Case C-463/12, 05.03.2015, para. 56 vd.; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd3371b8cc638b40458c4bc1f5849b0763.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyOa3v0?text=&docid=162691&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=605938> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

⁵⁵ *Società Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso*, Case C-135/10, 15.03.2012, para. 84, 86; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0135&from=EN> (Erişim Tarihi: 20.07.2018); *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH v Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*, Case C-117/15, 31.05.2016, para. 43; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0117&from=EN> (Erişim Tarihi: 20.07.2018)

göstermektedir⁵⁶. Hukukun birleştirilmesi aynı zamanda Avrupa Birliği'nin de hukuk politikası içerisinde yer almaktadır⁵⁷. Bu anlamda Avrupa Birliği içinde hukuk birliği sağlanması için önemli çalışmalar yapılmaktadır. Ancak Avrupa Birliği hukukunun önemli bir parçası olan tüzük ve direktifler hukukun birleştirilmesi için yeterli olamamaktadır. Bazı sebeplerden dolayı, Avrupa Birliği tarafından çıkartılan direktiflerin uygulama alanının sınırlı olması ve ulusal yasa koyucu tarafından iç hukukun Direktiflerle uyumlaştırılması gerektiğinden, sorunların hukukun bir anlamda birleştirilmesini amaçlayan Avrupa birliği düzenlemeleri ile değil, iç hukuk kurallarının uygulanmasıyla çözümlenmesine sebebiyet vermektedir⁵⁸.

Bu süreç içinde hukukun birleştirilmesi bakımından belki de en önemli gelişme 2009 yılında nihai metni yayınlanan Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (*DCFR*)'dir. *DCFR*, Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu (*Study Group on European Civil Code*) ve Avrupa Topluluğu Özel Hukuku Araştırma Grubu (*Acquis Group*) tarafından yapılan karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına dayanmaktadır. *DCFR*'nin amacı, ortak bir referans çerçevesi oluşturulmasına öncülük etmek olarak tespit edilmiş olup, metin akademik bir referans metnidir. Bir başka ifadeyle kanun koyuculara ve akademisyenlere yol göstermek amacıyla hazırlanmış olup, bağlayıcılık iddiası taşımamaktadır. Bu anlamda çalışmanın Avrupa özel hukuklarının uyumlaştırılmasına ve özel hukukun Avrupalılaştırılmasına hizmet etmesi beklenmektedir⁵⁹.

DCFR'in sistematığına bakıldığında metnin sadece haksız fiillere ilişkin değil, borçlar hukukunun hemen hemen tüm alanlarına ilişkin düzenlemeler getirdiğini görmekteyiz. Konumuz bakımından önem taşıyan bölüm taslağın IV. bölümüdür. Bu bölüm, "Bir Başkasına Verilen Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluk" başlığını taşımaktadır. Haksız fiillerin ele alındığı bu başlık altında, Bölüm I haksız fiillere ilişkin temel kurala, Bölüm II zarar kavramına, Bölüm III hukuki sorumluluğa,

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÖZKAN, Zehra: "Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 1, 2017, s. 159 vd.

⁵⁷ Avrupa Birliği'nde Avrupa özel hukuku alanında genel bir yasama yetkisi tanımlanmamıştır. Genel yasama yetkisi kurucu anlaşmalarda yer almamakla birlikte, özel hukuk alanında hukukun birleştirilmesine ilişkin bazı yetkiler verilmiştir; ÖZKAN, s. 168 vd.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: OĞUZ, s. 50 vd.

⁵⁹ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Münih 2009, s. 7 vd.

Bölüm IV nedensellik bağına, Bölüm V hukuka uygunluk nedenlerine, Bölüm VI tazminatlara, Bölüm VII diğer yardımcı hükümlere ayrılmıştır.

2. DCFR ve *De Minimis* Kuralı

Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nın haksız fiillerde tazminata ilişkin kurallara yer verilen bölümünün VI-6:102 maddesinde *de minimis* kuralına yer verilmiştir. Kurala göre “önemsiz zararlar göz ardı edilebilir”. Kuralın arkasında yatan politika şu şekilde açıklanmıştır;

“*Bu madde, önemsiz zararın tazminat talebine veya önleyici yasal koruma talebine yol açmamasını öngörmektedir. Buradaki fikir şudur: önemsiz zararların yüksek uygar toplumda onarımı gerektirmeyen, sosyal olarak kabul edilebilir bir müdahale olarak kabul edilmesi ve bir zararın giderilmesi yerine karşı tarafın yargılama giderlerine katlanması sağlanarak zarara uğratma amacı taşıyan tazminat taleplerinin engellenmesi gerekir. Önemsiz zararların tazminat talebinden yoksun bırakılması, sadece avukatların veya ilgili tazminat talep haklarının devredildiği kurumların kar elde ettiği toplu davaları veya diğer kolektif taleplerini de önleyecektir. Aynı anda birçok kişi tarafından katlanılsa bile önemsiz zararlar önemsiz kalır*”⁶⁰.

DCFR’in hükme ilişkin yorumunda neyin önemsiz zarar olarak değerlendirileceği de tartışılmaktadır;

“*Zararın önemsiz olup olmadığı hususunda ekonomik hususlar değil, daha ziyade ilgili kişilerin korunan hukuki menfaatleri, sorumluluk nedenlerinin türleri ve diğer nedensellik şartları dikkate alınır. Bir çocuğun eski ve neredeyse ekonomik olarak değersiz bebeğinin yok edilmesi ya da alınması önemsiz değildir ve tek başına yaşayan yaşlı bir kadının köpeğinin öldürülmesi de önemsiz değildir; bu durumda tazminat tutarı en düşük seviyede olsa bile, bu madde altında önemsiz bir zarar olarak görülmez. Kasıtlı olarak meydana gelen zarar neredeyse hiçbir zaman önemsiz olarak kategorize edilemez. Bununla birlikte tıbbi olarak bilgilendirilmiş ve doğru biçimde uygulanmış bir enjeksiyondan aceleci bir hemşire tarafından yeterince bilgilendirilmeden yapıldığını belirten birinin şikâyeti önemsizdir. Tabii ki eğer enjeksiyon nedeniyle bir komplikasyon meydana gelmişse durum farklıdır: küçük bireysel zararların ciddi sonuçları önemsiz değildir. Günlük yaşamın küçük rahatsızlıkları da sosyal olarak kabul edilebilir ve bu nedenle önemsizdir: kapalı bir havalimanı servisinden önemsiz bir enfeksiyon (nezle) kapmış olması tazminat talep sebebi değildir, kendi misafir odası zanneden*

⁶⁰ VON BAR/CLIVE, s. 3742.

*birinin bir başkasının odasına girmesi, özel hayatın gizliliğinin ihlali sebebiyle tazminat talep sebebi olarak değerlendirilemez*⁶¹.

Bu açıklamalar altında *DCFR*'da önemsiz zararın ekonomik mülahazalar dikkate alınarak tespit edilemeyeceği ve kasıtlı işlenen fiillerden doğan zararların önemsiz olarak değerlendirilemeyeceği tespit edilmiştir.

Koziol, genel bir hüküm olarak *DCFR*'ye alınan bu kurumun Avrupa'daki mevcut hukuk düzenlerinde yer almadığını ifade etmektedir. Ancak yazar, Avrupa ülkelerinde bu düzeyde bir genel hükmün işaretlerinin bulunabileceğini belirtmektedir⁶². Benzer şekilde *Van Boom* da Avrupa ortak hukuk temelinde böyle bir uygulamanın yer almadığını ve bunun kural olarak nitelendirilemeyeceğini tespit etmektedir. Nitekim Avrupa ülkelerinde neyin önemsiz zarar olarak tanımlanabileceği birçok etmenin değerlendirilmesiyle tespit edilebilir ki bu etmenler her ülkede farklıdır. Örneğin Avrupa düzeyinde yargılama giderleri, vekâlet ücretleri ve yargılama süresi gibi etmenler değerlendirilerek önemsiz zararların tespiti gerekir ki, belirtildiği üzere bunlar ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir⁶³.

Bu tespitlerle birlikte *DCFR*'nin bir akademik metin de olduğu dikkate alındığında, *de minimis* kuralına yer verilmiş olması anlaşılır bulunmaktadır. Buna karşılık Avrupa hukukunda bir *de minimis* kuralından bahsetmek mümkün olmadığı da göz önünde alındığında, kanun koyucuların ve uygulayıcıların kurala büyük değer atfedeceğini söylemek mümkün görünmemektedir.

IV. SONUÇ

De minimis kuralının özellikle Amerikan hukuk düzeninde hem yazılı hukuk kapsamında hem de yargı düzeni içinde bir yeri olduğu açıktır. Özellikle önemsiz zararların varlığı halinde, tazminata hükmedilmemesi veya bunun bir dava şartı olarak değerlendirilmesi Amerikan hukukçularına yabancı değildir. Bu hukuk sisteminde *de*

⁶¹ VON BAR/CLIVE, s. 3742.

⁶² KOZIOL, Helmut: “Comparative Conclusions”, in Koziol, Helmut (ed.), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, (Comparative Conclusions) 2015, s. 784; https://www.jan-sramek-verlag.at/fileadmin/user_upload/Koziol_ComparaTortLaw_Eng_0040_2_DRUCK_eBook.pdf (Erişim tarihi: 20.07.2018).

⁶³ VAN BOOM, s. 183.

minimis olarak nitelendirilecek zararların belli bir objektif sınıflandırmaya tabi tutulmasına ilişkin çabaların da bulunduğu görülmektedir.

Avrupa Birliği düzenlemeleri açısından değerlendirildiğinde ise, kuralın üye ülkelerin ulusal hukuklarına nazaran daha çok uygulama alanına sahip olduğu hatta kuralın bire bir Latince ifadesiyle çeşitli düzenlemeler içinde yer aldığı görülmektedir. Bu tespitin devamında üye ülke hukuklarının da AB düzenlemeleri sebebiyle kuralı benimseme eğilimi/zorunluluğu gösterdiklerini de tespit etmek gerekmektedir.

Kıta Avrupasına ülkelerinin maddi hukuklarına gelindiğinde gerek AB düzenlemeleri gerekse işlevsel olarak denk kurumların var olması nedeniyle *de minimis* ifadesinin hukuk sistemine dahil ülkelere yabancı olmadığı belirtilmelidir. Ancak bu kurumun genel bir hüküm olarak kanunlarda veya uygulamada yer bulmadığı, ancak bazı hukuk kurumlarının *de minimis* kuralıyla işlevsel olarak aynı sonucu doğurduğu anlaşılmaktadır. Hal böyleyken *DCFR*'de olduğu gibi Avrupa ülkelerinin özel hukuklarında genel bir *de minimis* düzenlemesinin kanun koyucu tarafından tazminat hukuku içinde yer verileceği beklentisi gerçekçi görünmemektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- ARI, Zekeriyya: “Rekabet Hukukunda De Minimis Kuralı (Hissedilir Etki)”, *Batider*, C. XXI, S. 4, 2002, s. 357-386.
- ATEŞ, Mustafa: “Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C. 7, No. 2, 2008, s. 47-76.
- AYRANCI, Hasan: “Yargıtay Uygulaması Işığında Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Tarafların Sıfatı, İşgal Ettikleri Makam, Diğer Sosyal ve Ekonomik Durumlar”, *e-Akademi*, Nisan 2006, S. 50, - <http://www.e-akademi.org/makaleler/hayranci-1.htm>, (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Black's Law Dictionary*, (GARNER, Bryan A. ed.), 2004.
- BREHM, Ronald: “Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch”, *Das Obligationenrecht, Berner Kommentar Art. 49*, 2013.
- GÖZLER, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, Bursa 2011.
- INESI, Andrew: “A Theory of De Minimis and a Proposal for Its Application in Copyright”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 21, Issue 2, 2006, s. 945-995.
- HEIERLI, Christian/ SCHNYDER, K. Anton: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 5. Auflage 2011.
- KESKİN, A. Dilşad: *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, Ankara 2016.

- KILIÇOĞLU, Ahmet: “Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Anısına Armağan, Ankara 1990, s.103-110.
- KIRCA, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.
- KOZIOL, Helmut: Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, 2012, https://www.jan-sramek-verlag.at/fileadmin/user_upload/Koziol_BasicQuestions_ePDF_HighResOpen_FINAL.pdf, (E-book, Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- KOZIOL, Helmut: “Comparative Conclusions”, in Koziol, Helmut (ed.), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, 2015; https://www.jan-sramek-verlag.at/fileadmin/user_upload/Koziol_ComparaTortLaw_Eng_0040_2_DRUCK_eBook.pdf (Erişim tarihi: 20.07.2018).
- LANDOLT, Hardy: “Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45-49 OR”, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1c/2, 2007.
- MORETEAU, Olivier: “Basic Questions of Tort Law from a French Perspective”, in Koziol, Helmut (ed.), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, 2015; https://www.jan-sramek-verlag.at/fileadmin/user_upload/Koziol_ComparaTortLaw_Eng_0040_2_DRUCK_eBook.pdf (Erişim tarihi: 20.07.2018).
- MULLER, Christof: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016.
- NEMEROFSKY, Jeffrey: “What is Trifle Anyway?”, Gonz. L. Rev., Vol. 37, 2001, s. 315-341.
- OĞUZ, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 2009 İstanbul.
- ÖZKAN, Zehra: “Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 1, 2017, s. 157-199.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Münih 2009.
- SİRMEN; A. Lale: Eşya Hukuku, 4. Baskı Ankara 2016.
- TOMUR, Kerem: Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri, Ankara 2004.
- VAN BOOM, Wilhelm: “De Minimis Curat Praetor-Redress for Dispersed Trifle Losses”, Journal of Comparative Law, Vol. 4, 2009, s. 171-185.
- VEECH, Max L./MOON Charles R.: “De Minimis Non Curat Lex”, Michigan Law Review, Vol. 45, No. 5, 1947, s. 537-570.
- VON BAR, Christian/CLIVE Eric (ed.): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Vol. 4, Münih 2009.

İnternet Kaynakları ve Mahkeme Kararları

- 2001/29/AT sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılmasına İlişkin 22 Mayıs 2011 tarihli Direktif, OJ EC L 167/10; <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF> (Erişim Tarihi: 27.06.2018).

- 25 Temmuz 1985 tarihli Ayıplı Üründen Doğan Sorumluluğa İlişkin Üye Devlet Kanun, İkincil Düzenleme ve İdari Kurallarının Yakınlaştırılmasına İlişkin 85/374/AET sayılı Konsey Direktifi; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31985L0374> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Alcan Aluminum Corp. v. United States*, 165 F.3d 898, <https://openjurist.org/165/f3d/898/alcan-aluminum-corporation-v-united-states> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Altman v. Hurst*, 737 F.2d 1240 (7th Cir. 1984), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/734/1240/365618/> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma Madde 101 (1) kapsamında rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayan küçük önem taşıyan anlaşmalar hakkında not (De Minimis)*, OJ C 368, 22.12.2001, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:368:0013:0015:EN:PDF>, (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma Madde 101 (1) kapsamında rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayan küçük önem taşıyan anlaşmalar hakkında not (De Minimis Notu)*, OJ C 291, 30.08.2014, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.291.01.0001.01.ENG&toc=OJ:C:2014:291:FULL, (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- City of Bozeman v. Vaniman*, 898 P.2d 1208 (Mont. 1995), <https://www.courtlistener.com/opinion/883634/city-of-bozeman-v-vaniman/>, (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Commission Staff Working Document, Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Commonwealth v. Moses*, 504 A.2d 330, 350 Pa. Super. 231, <https://www.courtlistener.com/opinion/2382457/com-v-moses/> (Erişim tarihi: 20.07.2018).
- Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S, Case C-463/12, 05.03.2015*; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd3371b8cc638b40458c4bc1f5849b0763.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyOa3v0?text=&docid=162691&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=605938> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Deutsch v. United States*, 67 F.3d 1080 (3d Cir. 1995); <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/67/1080/584554/> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Emeklilik Geliri Güvence Yasası*; <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2015-title29/pdf/USCODE-2015-title29-chap18-subchapIII-subtitleE-part1-sec1389.pdf> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Harris v. Time, Inc.*, 191 Cal. App. 3d (1987), <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/191/449.html> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Hawaii Ceza Kanunu*, <https://law.justia.com/codes/hawaii/2017/title-37/>, (Erişim Tarihi: 25.04.2018).

- In Re Ambanc La Mesa Limited Partnership, Debtor.liberty National Enterprises, a California Limitedpartnership, Creditor-appellant, v. Ambanc La Mesa Limited Partnership, an Arizona Limitedpartnership, Debtor-appellee*, 115 F.3d 650 (9th Cir. 1997), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/115/650/568300/> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Kaliforniya Medeni Kanunu*; <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codedisplay.expand.xhtml?tocCode=CIV> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- María Victoria González Sánchez v Medicina Asturiana SA*, Case C-183/00, 25 April 2002; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130da20081a79de964885a105ba17280055f1.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb3mRe0?text=&docid=47303&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=108806>, (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- New Jersey Ceza Kanunu*, NJ Rev Stat § 2C:2-11 (2017); <https://law.justia.com/codes/new-jersey/2017/title-2c/section-2c-2-11/> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).
- Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH v Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*, Case C-117/15, 31.05.2016; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0117&from=EN> (Erişim Tarihi: 20.07.2018)
- Società Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso*, Case C-135/10, 15.03.2012; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0135&from=EN> (Erişim Tarihi: 20.07.2018)
- Wisconsin Department of Revenue v. William Wrigley, Jr. Co.*, 505 U.S. 214 (112 S.Ct. 2447, 120 L.Ed.2d 174), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/214> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

**ÇOCUK NAFKASI VE DİĞER AİLE NAFKA TÜRLERİNİN
ULUSLARARASI TAHSİLİNE İLİŞKİN LA HAYE SÖZLEŞMESİ**
**THE HAGUE CONVENTION ON THE INTERNATIONAL RECOVERY OF
CHILD SUPPORT
AND OTHER FORMS OF FAMILY MAINTENANCE**

DOI: 10.21492/inuhfd.424598

Mesut AYGÜN*
Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN**

Özet

Milletlerarası unsurlu nafakaya ilişkin olarak, yeni gelişmeleri dikkate alan; daha çağdaş, rasyonel çözümler getiren düzenlemeler önem kazanmış bulunmaktadır. Bu bağlamda Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı çatısı altında, 2007 yılında, biri nafaka alacaklarının tahsiline, diğeri uygulanacak hukuka ilişkin olmak üzere iki yeni sözleşme akdedilmiştir. Bunlar: “Çocuk Nafakası ve Aileye İlişkin Diğer Nafaka Alacaklarının Milletlerarası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi” ile “Nafaka Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Protokolü” dür.

Türkiye uygulanacak hukuka ilişkin La Haye Protokolüne taraf olmamakla birlikte; diğeri La Haye Sözleşmesine 2016 yılında taraf olmuş, Sözleşme, Türkiye açısından 1 Şubat 2017 tarihinde uluslararası alanda yürürlüğe girmiştir. Keza 2007 tarihli Sözleşme, 1956 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi de dâhil olmak üzere, tüm önceki Sözleşmelerin yerini alması amacıyla hazırlanmıştır. Bu Sözleşme, yabancı hukuklar hakkında bilgi temini, adli yardımlaşma, tanıma-tenfiz ve nafaka alacaklarının tahsili konusunda gelişen iletişim ve bilişim teknolojilerine dayanan, daha çağdaş milletlerarası nafaka sistemi kurmayı amaç edinmiştir.

Bu çalışmada, Türkiye'nin taraf olduğu 2007 tarihli La Haye Sözleşmesinin yabancı nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi ile yabancı nafaka alacaklarının tahsilinde ne gibi yenilikler getirdiği, uygulamada beklentileri ne ölçüde karşılayacağı hususları üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Nafaka, La Haye sözleşmesi, nafaka alacağı, milletlerarası tahsil sistemi, tanıma-tenfiz

Abstract

It has become important to consider new developments and more modern, rational solutions regarding the maintenance with foreign element. In this context, two new Instruments were concluded in 2007 under the framework of The Hague Conference on Private International Law, one relating to international recovery of claims for maintenance

* Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı. (maygun@anadolu.edu.tr) (ORCID: 0000-0001-6598-0415)

** Ar. Gör. Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, (gozdecaglayanaygun@anadolu.edu.tr) (ORCID: 0000-0001-5099-0178)

Makale Gönderilme Tarihi: 17.05.2018

Submitted: 17.05.2018

Makale Kabul Tarihi: 28.08.2018

Accepted: 28.08.2018

and the other about the applicable law. These are the "Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance" and the "Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations".

Although Turkey is not a party to The Hague Protocol on the law applicable; it became a party to the other Hague Convention in 2016, and the Convention came into force on February 1, 2017, for Turkey in the international arena. The 2007 Convention has been prepared with the intention of replacing all the previous Conventions, including the 1956 United Nations Convention. This Convention aims to establish a more contemporary international maintenance system based on the communication and information technologies that develop in the field of information about foreign laws, judicial assistance, recognition-enforcement and the recovery of claims for maintenance.

This study focused on the 2007 Hague Convention that Turkey is a party to regarding foreign maintenance decisions, the recognition and enforcement and the innovations such as the recovery of foreign claims for maintenance and what extent it will meet the expectations in detail.

Keywords: Maintenance, The Hague Convention, claim for maintenance, the system of international recovery, recognition-enforcement

GİRİŞ

Nafaka alacaklarının tahsiline ilişkin 1956 tarihli New York Sözleşmesi ile nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin 1958 ve 1973 tarihli La Haye Sözleşmeleri, kendilerinden beklenen hedefleri tam anlamıyla karşılayamamışlardır. Bu Sözleşmeler, tesis ettikleri sistemlerin yavaş işlemesi, maliyetli olması ve taşıdıkları eksiklikler nedeniyle etkin bir şekilde uygulanamamış, uygulamada ortaya çıkan problemlerin çözümüne uzak kalmışlardır¹.

Yirminci yüzyılın sonlarına doğru, 1956 tarihli New York Sözleşmesi ile nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin La Haye Sözleşmelerinin uygulanması ve denetimine ilişkin problemler had seviyeye ulaşmıştır. Özellikle New York Sözleşmesinin getirmiş olduğu sistemin artık ihtiyaçları karşılamaması ve nafakanın tahsilinde gelişen bilgi teknolojilerinden yararlanma gereksinimi sonucunda nafakanın uluslararası alanda tahsili konusunda yeni bir sözleşme hazırlanması gerekliliği ortaya çıkmıştır². Yeni gelişmeleri dikkate alan, çağdaş, rasyonel çözümler getiren düzenlemelere ihtiyaç duyulması nedeniyle, La Haye Uluslararası Özel Hukuk Konferansı, BM'nin de desteğini alarak,

¹ GROFF, Maja: "The Potential of the 2007 Child Support Convention: Addressing Global Poverty and Supporting Economic Rights", The Recovery of Maintenance in The EU and Worldwide (Edited by Paul Beaumont, Burkhard Hess, Lara Walker and Stefanie Spancken), Hart Publishing, Oxford 2014, s. 89.

² AYGÜN, Mesut: Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 107.

nafaka alacaklarının uluslararası tahsili, tanıma-tenfiz ve uygulanacak hukuk konularını kapsayacak yeni bir sözleşme oluşturmak amacıyla, 1990'lı yılların başından itibaren çalışmalar başlatmıştır³.

La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın üç hafta süren 21. Oturumunun, 23 Kasım 2007 tarihli La Haye'deki son toplantısında, nafakanın milletlerarası alanda tahsilini kolaylaştırmak ve uygulanacak hukuka ilişkin yeni eğilimleri karşılamak amacıyla hazırlanan iki ayrı uluslararası sözleşmenin metinlerini içeren nihai senet, imzaya açılmış ve yetmiş devlet tarafından imzalanarak, kabul edilmiştir⁴. Bu Sözleşmeler: "Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi"⁵ ile "Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Protokolü"dür.

Uygulanacak hukuka ilişkin 2007 tarihli La Haye Protokolü ile 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi birbirlerinin tamamlayıcısı olmakla birlikte, her iki metin de birbirinden bağımsız niteliktedir. Dolayısıyla, devletler Protokol ve Tahsil Sözleşmesine birlikte veya ayrı ayrı taraf olmakta serbesttirler⁶. 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesine

³ BORRAS, Alegria/ DEGELING, Jennifer: Explanatory Report of Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, (Explanatory Report), HCCH: <<https://assets.hcch.net/upload/exp138.pdf>>, (Erişim tarihi: 21.01.2018), s. 49.

⁴ DUNCAN, William: "The New Hague Child Support Convention: Goals and Outcomes of the Negotiations", (The New Hague Child Support Convention), Family Law Quarterly, 43(1), 2009, s. 1; JANZEN, Ulrike: "Die neuen Haager Übereinkünfte zum Unterhaltsrecht und die Arbeiten an einer EG-Unterhaltsverordnung", Familie Partnerschaft Recht (FPR), 2008, s. 219; LONG, Eimear: "The New Hague Maintenance Convention", International and Comparative Law Quarterly, 57(4), 2008, s. 984; DUNCAN, William: "The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance", (2007 The Hague Convention), Yearbook of Private International Law, Vol. X, Sellier.elp, Munich 2008, s. 314; BEAUMONT, Paul: "The Maintenance Project, The Hague Conference and The EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity", The Rabels Journal of Comparative and International Private Law, 73(3), 2009, s. 514; O'CALLAGHAN, Elaine: "Annual Review of International Family Law 2009", The International Survey of Family Law, Eds. Atkin, Bill/ Banda, Fareda, Jordan Publishing Limited, Bristol 2011. s. 4.

⁵ Bkz. HCCH: "Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance", <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=131>>, (Erişim tarihi: 21.01.2018).

⁶ ZUPAN, Mirela: "Innovations of The 2007 Hague Maintenance Protokol", The Recovery of Maintenance in The EU and Worldwide (Edited by Paul Beaumont, Burkhard Hess, Lara Walker and Stefanie Spancken), Oxford 2014, s. 314; TANRIBİLİR, Feriha Bilge: Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 110.

şu ana kadar otuz dokuz devlet taraf olmuştur. Sözleşmeye ilk olarak Norveç, sonrasında Arnavutluk taraf olduktan sonra, Sözleşme, 60. maddesine uygun olarak, 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷.

Avrupa Birliği (AB), La Haye Protokolü ile La Haye Tahsil Sözleşmesine taraf olmakla birlikte, bu Düzenlemelerin henüz yürürlükte olmadığı dönemde, nafaka yükümlülüklerine ilişkin her türlü uyumsuzluğu Birlik içerisinde yeknesak olarak çözüme kavuşturmak amacıyla Tüzük hazırlıklarına başlamıştır⁸. Nihayetinde, AB Komisyonu ve Konseyi tarafından hazırlanan, 4/2009 sayılı Nafaka Yükümlülüğüne İlişkin Uyuşmazlıklarda Yetki, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile İşbirliği Hakkında Tüzük 18 Aralık 2008 tarihinde kabul edilmiştir⁹. 4/2009 sayılı Nafaka Tüzüğü, 18 Haziran 2011 tarihinden itibaren (Danimarka ve Birleşik Krallık hariç) üye devletlerde yeknesak olarak uygulanmaya başlanmıştır¹⁰. AB'nin 2007 tarihli La Haye Düzenlemelerine taraf olmasının ve nafakayla ilgili tüm milletlerarası uyumsuzlıklara yönelik 4/2009 sayılı Nafaka Tüzüğünü kabul etmesinin, çocuklar lehine nafaka yükümlülüklerinin karşılanması başta olmak üzere uluslararası alanda ihtiyaç duyulan yeknesaklığın sağlanması bakımından önemli ve öncü bir gelişme olduğu kabul edilmektedir¹¹.

Türkiye yakın zamanda nafakaya ilişkin 2007 tarihli La Haye Sözleşmesine taraf olmuştur. 25/04/2016 tarih ve 6708 sayılı Kanunla katılmamızın uygun bulunduğu Sözleşme, 22/05/2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Dolayısıyla 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi, 2016 yılında iç hukukumuz açısından bağlayıcılık kazanmış olup, 60. maddesine uygun olarak, katılma yoluyla taraf olan Türkiye açısından 1 Şubat 2017 tarihinde uluslararası alanda yürürlüğe girmiştir.

⁷ WALKER, Lara: Maintenance and Child Support in Private International Law, Hart Publishing, Oxford 2015, s. 1.

⁸ ANDRAE, Marianne: "Zum Verhältnis der Haager Unterhaltskonvention 2007 und des Haager Protokolls zur geplanten EU-Unterhaltsverordnung", Familie Partnerschaft Recht (FPR), 2008, s. 197.

⁹ BARIATTI, Stefania: Cases and Materials on EU Private International Law, Hart Publishing, Oxford 2011, s. 1126 vd.; ROGERSON, Pippa: Collier's Conflict of Laws, Fourth Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2013, s. 86.

¹⁰ WALKER, s. 37; BARIATTI, s. 1128; TEKİNALP, Gülören/ UYANIK, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 230.

¹¹ BREMNER, Philip: "International Child Maintenance in Europa", The Future of Family Property in Europe, Eds.: Boele-Woelki, Katharina/ Miles, Jo and Scherpe, Jens, Cambridge: Intersentia, 2011, s. 419.

I. SÖZLEŞMENİN AMACI VE NİTELİĞİ

Sözleşmenin amacı, 1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, Sözleşmenin amacı,

- “taraf devletlerin makamları arasında kapsamlı bir işbirliği sistemi kurarak,
- Taraf devletlerde nafaka kararlarının tesis edilmesi ve bu kararlarda değişiklik yapılması konusunda elverişli uygulamalar yaratarak,
- Nafaka kararlarının taraf devletlerde hızlı ve basit bir usule tâbi olarak tanınması ve tenfizini sağlayarak ve
- Nafaka kararlarının hızlı bir şekilde icra edilebilmesi için etkin önlemler alarak, çocuk nafakası ve diğer aile nafaka türlerinin etkin bir şekilde uluslararası tahsilini sağlamaktır” (m. 1).

Sözleşmenin 1. maddesinde belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi ve aynı zamanda Sözleşmeye daha çok devletin taraf olması, uluslararası ölçekte daha çok kabul görmesi için âkit devletlere pek çok kolaylık sağlanmıştır. Sözleşmede örneğin, usul işlemlerinde kullanılacak dil (m. 44), standart formlar (m. 12/2; 11/4), âkit devletlerin nafakaya ilişkin kanuni düzenlemeleri hakkında bilgi beyanında bulunmaları (m. 57) gibi konulara önem verilmiştir. Ayrıca nafaka ile ilgili diğer Sözleşmelerdeki yavaş ve maliyetli sistemin olumsuz etkilerini gidermek için yeni bilgi teknolojilerinin kullanılması önerilmekte ve bu konuda âkit devletler teşvik edilmektedir. Sözleşmenin bütün bu yönleriyle, La Haye Sözleşmeleri ile 1956 tarihli New York Sözleşmesinin aynı zamanda diğer uluslararası sözleşmelerin en elverişli hükümlerini bünyesinde toplamaya çalıştığı söylenebilir¹².

Sözleşmenin hazırlanış amaçları ile birinci maddesinde ifade edilen amaçları dikkate alarak daha genel bir ifadeyle, Sözleşmenin, taraf devletlerarasında nafakaya ilişkin sorunların çözümüne yönelik yanıt veren, erişilebilir, hızlı, verimli, düşük maliyetli, adil ve tarafların etkin erişimini sağlayan bir süreç öngörerek, özellikle çocuğun üstün yararını koruyarak, onun hayatını idame ettirebilmesi için gerekli olan nafakanın ve diğer nafaka türlerinin tahsilini veyahut tanınması ve tenfizini amaçladığı sonucuna varmak mümkündür¹³.

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, nafakaya ilişkin diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak, karma bir yöntemle hazırlanmış; Sözleşme için hem klâsik milletlerarası özel hukuk araçları, hem de

¹² DUNCAN, The New Hague Child Support Convention, s. 3.

¹³ DUNCAN, 2007 The Hague Convention, s. 318.

uluslararası hukukta başvurulan bir yöntem olan uluslararası adli ve idari işbirliği yöntemi kullanılmıştır¹⁴. 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, çocuk nafakası başta olmak üzere, eş nafakası ve diğer nafaka türlerinin yabancı ülkelerde tahsilini kolaylaştırmak amacıyla akdedilmiştir. La Haye Tahsil Sözleşmesi, 1956 tarihli New York Sözleşmesinden farklı olarak, sadece nafaka alacaklarının tahsilini değil, aynı zamanda nafakaya ilişkin kararların tanınması ve tenfizi usullerini de içermektedir.

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, modernize edilmiş sistem içerisinde, birbiriyle bağlantılı işlevleriyle, aile hukukuna ait nafakaların tahsilinde etkin bir uluslararası mekanizma temin etmeyi hedeflemektedir.

İdari işbirliği ve aynı zamanda tenfiz sözleşmesi olan 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, bu tip sözleşmelerin mahiyeti gereği, ancak Sözleşme hükümlerine göre, âkit devletlerarasında karşılıklılığın gerçekleşmesine bağlı olarak uygulanabilen bir sözleşmedir. Başka bir ifadeyle, 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi, *erga omnes/loi uniforme* niteliğinde bir sözleşme değildir.

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, hem nafaka alacaklarının tahsiline ilişkin 1956 tarihli New York Sözleşmesinin, hem de nafaka kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin 1958 ve 1973 tarihli La Haye Sözleşmelerinin yerine geçmek üzere akdedilmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN UYGULAMA ALANI

Sözleşmenin 2. maddesine göre, Sözleşmenin kapsamında üç tür nafaka yer alabilecektir. Bunlar, çocuk nafakası, eş nafakası ile çocuk ve eş nafakası dışında kalan diğer nafakalardır. Bu nafakaların Sözleşmenin kapsamında nasıl yer alacaklarına ilişkin olarak detaylı açıklamalarımıza geçelim:

A. Çocuk Nafakası

Sözleşmenin kapsamında yer alan nafakaların başında, ebeveyn-çocuk ilişkisinden kaynaklanan, 21 yaşından küçüklere yönelik olan çocuk nafakası gelmektedir (m. 2/1-a). Ancak, âkit devletler çekince ileri sürerek Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin yaş sınırını 18 yaşa kadar çekebilir (m. 2/2). Devletlerin koymuş olduğu çocuk yaşına ilişkin çekince, bazı yazarlar tarafından kişi bakımından çekince (*rationa*

¹⁴ ESTIN, Ann Laquer: “Families Across Borders: The Hague Children’s Conventions and the Case for International Family Law in the United States”, Fla. L. Rev., Vol. 62(1), 2010, s. 49; DUNCAN, The New Hague Child Support Convention, s. 6-7; TANRIBİLİR, s. 115.

personae) olarak ifade edilmektedir¹⁵. Eğer âkit devlet söz konusu çekinceyi koymuşsa, 2007 tarihli Sözleşme, 18 ve 21 yaş aralığındaki kişilere hiçbir şekilde uygulanamayacaktır. Ayrıca bu çekinceyi koyan bir âkit devlet, çekinceyle hariç tutulan söz konusu yaştaki kişilere, Sözleşmenin uygulanmasını talep edemez¹⁶.

Âkit devletler, Sözleşmenin 2. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, çocuk nafakası yükümlülüğü bakımından, Sözleşmenin 21 yaş ve üstüne uygulanacağı yönünde beyanda bulunabilirler. Nitekim Türkiye, Sözleşmeye taraf olurken beyanda bulunarak, eğitimine devam eden çocuklar yönünden yaş sınırını 25'e çıkarmıştır. Ancak bu yönde ileri sürülecek beyanlar, iki âkit devlet arasında aynı nafaka yükümlülüğüne (çocuk nafakasına) ilişkin olması durumunda sonuç doğurabilecektir (m. 2/3).

Sözleşmede çocuk nafakası düzenlenirken “ebeveyn-çocuk ilişkisinden kaynaklanan nafaka yükümlülükleri” dikkate alınmıştır. Sözleşme hükümleri, çocukların ebeveynlerinin medeni hallerine bakılmaksızın uygulanmaktadır (m. 2/4). Dolayısıyla diğer La Haye Sözleşmelerinde olduğu gibi, Sözleşmenin uygulanması için çocuğun evlilik içinde doğmuş olması şartı aranmayacaktır¹⁷.

B. Eş Nafakası

Sözleşmede eş nafakası m. 2/1-b ve c'de düzenlenmiştir. Madde düzenlenirken eş nafakası iki farklı kategoriye ayrılmıştır. Birinci kategori, çocuk nafakası talebiyle başvuru yapıldığında eş nafakasına yönelik bir kararın tanınması veya tenfizi halidir. Eşe karşı nafaka yükümlülüğüne ilişkin tanıma ve tenfiz talepleri çocuk nafakası ile birlikte ileri sürüldüğünde, Sözleşmenin kapsamında olacak ve Sözleşmenin bütün bölümleri bunlara uygulanabilecektir (m. 2/1-b)¹⁸.

Diğer kategori ise çocuk nafakası olmadan sadece eş nafakası talebinin ileri sürülmesidir. Talebin sadece eş nafakası olması halinde, eş karşı nafaka yükümlülüğüne ilişkin talepler, Sözleşmenin zorunlu kapsamına girmekle birlikte; idari işbirliği ve merkezî makamlar

¹⁵ BORRAS, Alegria: “The Necessary Flexibility in the Application of the New Instruments on Maintenance”, Convergence and Divergence in Private International Law Liber Amicorum Kurt Siehr, Eds.: Katharina Boele-Woelki/ Talia Einhorn/ Daniel Girsberger/ Symeon Symeonides, The Hague: Schulthess Eleven International Publishing, 2010, s. 184.

¹⁶ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 69.

¹⁷ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 73.

¹⁸ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 69.

aracılığıyla başvuru hükümlerini içeren Sözleşmenin İkinci ve Üçüncü Bölümleri bu taleplere uygulanmayacaktır (m. 2/1-c).

Dolayısıyla çocuk nafakası ile birlikte başvuru konusu yapılan eş nafakasına ilişkin kararın tanınması ve tenfizi, merkezî makamlar aracılığıyla talep edilebilirken; sadece eş nafakası başvurusunda merkezî makamlar kullanılmadan, doğrudan talep edilen devletin yetkili makamına başvuru yapılacaktır.

Ancak âkit devletler, Sözleşmenin 2. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, sadece eş nafakası için, İkinci ve Üçüncü Bölüm dâhil Sözleşmenin tamamının eşe karşı nafaka yükümlülüğüne uygulanacağı yönünde beyanda bulunarak Sözleşmenin kapsamını genişletebilir (m. 2/3)¹⁹. Nitekim Türkiye, Sözleşmeye taraf olurken, Sözleşmenin tamamını eşe yönelik nafakalara genişlettiği yönünde beyanda bulunmuştur. Ancak bu yönde ileri sürülecek beyanların, iki âkit devlet arasında aynı nafaka yükümlülüğüne (eş nafakasına) ilişkin olması durumunda sonuç doğuracağı unutulmamalıdır (m. 2/3).

C. Diğer Nafaka Türleri

Hemen belirtelim ki, çocuk nafakası ve eş nafakası dışında kalan diğer nafaka türleri Sözleşmenin zorunlu kapsamında yer almamaktadır. Dolayısıyla, kardeşler arasındaki nafakalar, ana-babanın çocuklarından talep ettiği nafakalar ile yansoy veya kayın hısımlığından kaynaklanan nafakalar Sözleşmenin zorunlu kapsamına girmemektedir²⁰. Ancak, âkit devletler, Sözleşmenin 2. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca beyanda bulunmak suretiyle, Sözleşmenin uygulama alanını genişleterek, diğer nafaka türlerini de Sözleşmeye dâhil edebilirler²¹. Sözleşmenin 2/3. maddesine göre, âkit devletler, Sözleşmenin tümünü veya bir bölümünü, (özellikle korunmaya muhtaç kişilere ilişkin yükümlülükler de dâhil olmak üzere) aile ilişkisi, ebeveynlik, evlilik veya kayın hısımlığından doğan diğer nafaka türleri bakımından genişleteceğine dair beyanda bulunabilir.

Özetlemek gerekirse, 2. maddeye göre, Sözleşmenin kapsamında üç tür nafakanın yer aldığı söylenebilir. Bunlardan çocuk nafakası ve (Sözleşmenin II. ve III. Bölümleri uygulanmaksızın) eş nafakası, Sözleşmenin zorunlu kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, çocuk

¹⁹ DUNCAN, 2007 The Hague Convention, s. 319.

²⁰ ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 207.

²¹ ÖZOĞUL, Mustafa: “2007 tarihli La Haye Nafaka Sözleşmesi”, Uluslararası Özel Hukuk Bülteni, S. 8 (Mayıs-Ağustos 2016), s. 37.

nafakası ve eş nafakası dışında kalan diğer nafaka türleri (kardeşler arasındaki nafakalar, ana babanın çocuklarından talep ettiği nafakalar ile yansoy ve kayın hısımlığından kaynaklanan nafakalar) kural olarak Sözleşmenin kapsamında değildir. Bu nafakaların Sözleşmenin kapsamına girebilmesi ve en az iki âkit devlet arasında sorumluluk doğurabilmesi için, söz konusu devletlerin aynı nafaka yükümlülükleri ve Sözleşmenin aynı bölümlerini kapsayacak şekilde beyanda bulunmaları gerekmektedir.

Türkiye, çocuk nafakasını, eğitimi devam etmesi şartıyla 25 yaşını doldurmamış çocuklara yönelik nafakaları da alacak şekilde Sözleşmenin kapsamını genişletmiştir. Türkiye ayrıca, Sözleşmenin 2/3. maddesi uyarınca, Sözleşmenin tamamını, eşe yönelik nafakalar ile herhangi bir yaş sınırı gözetmeksizin hayatını idame ettiremeyecek derecede fiziksel veya zihinsel engelli çocuklar ve bakıma muhtaç ana veya babaya yönelik nafakalara teşmil ettiğini beyan etmiştir. Dolayısıyla Türkiye açısından, kardeşler arasındaki nafakalar, (bakıma muhtaç durumda olmayan) ana veya babaya yönelik nafakalar ile yansoy ve kayın hısımlığından kaynaklanan nafakalar Sözleşmenin kapsamında yer almayacaktır.

III. NAFKA ALACAĞININ TAHSİLİ İÇİN İDARİ İŞBİRLİĞİ SİSTEMİ

A. Genel Olarak

Sözleşmenin amacı çocuk nafakası ve diğer aile nafaka türlerinin etkin bir şekilde uluslararası tahsilini sağlamaktır. Nafakanın uluslararası tahsilini sağlamak için âkit devletlerin merkezî makamları arasında kapsamlı bir işbirliği sistemi öngörülmüştür. Nitekim nafaka ödemelerinin tahsil edilmesini ve hızlı transferini kolaylaştırmak, nafakaların tahsili için gerektiğinde soybağının kurulmasına yardım sağlamak gibi merkezî makamların özel görevleri bulunmaktadır.

İdari işbirliği, Sözleşmenin önemli odak noktalarından birini oluşturmaktadır. Sözleşme çerçevesinde idari işbirliği merkezî makamlar aracılığıyla gerçekleştirilmekte ve her âkit devletten bir merkezî makam oluşturma talep edilmektedir²². Nafakanın tahsili sürecinde, başvuruların sonuçlandırılması için merkezî makamlar birbirleriyle koordine edilmektedir.

Nafakaların tahsiline ilişkin uluslararası sözleşmelerde en çok sorun teşkil eden husus, başvuru işlemlerinin sonuçlanmasının aylar, hatta yıllar alabilmesidir. Söz konusu gecikmeler birtakım nedenlere dayanmaktadır. Bu bağlamda, talep edilen devlette nafakaya ilişkin davaları yürüten

²² DUNCAN, The New Hague Child Support Convention, s. 9-10.

makamların iş yükü sebebiyle geç karar vermeleri, bunun yanında bahse konu işlemlerle ilgili ne yapmaları gerektiği konusunda emin olamamaları, yetkili makamlar tarafından yapılacak işlemlere ilişkin şartların ülkeden ülkeye göre farklılık göstermesi ve bundan dolayı gerekli belgelerde anlaşmazlık çıkması, belgelerin çevirisinin yapılmasında karşılaşılan sorunlar öne çıkmaktadır²³.

2007 tarihli La Haye Sözleşmesi, nafaka davalarında artık kronikleşmiş bir durum arz eden gecikme sorununa yönelik iyileştirmeler getirmiştir. Sözleşmede, talep eden devletteki bir alacaklının nafakayı en kolay yoldan tahsil etmesini amaçlayan çeşitli başvuru olanakları, Sözleşme kapsamında bir başvuruya dâhil edilmesi gereken ayrıntılı bilgiler, merkezî makamın zorunlu olarak takip etmesi gerektiği başvuruların ve davaların iletimi, alımı, işleme konulmasına ilişkin hükümler yer almaktadır²⁴.

B. Merkezî Makamlar

2007 tarihli La Haye Sözleşmesini, diğer La Haye Sözleşmelerinden ayıran en temel özellik, nafaka kararlarının tahsili konusunda etkili olmak amacıyla kurulan idari işbirliği sistemidir. Sistemin kurulmasının nedeni, nafakanın uluslararası tahsilini hızlı, etkin ve ekonomik bir şekilde sağlamaktır. Sistemin devreye girmesiyle beraber adli, idari ve diğer yetkili makamlar, kendi ulusal merkezî makamlarıyla daha sıkı ilişki içinde çalışacaklardır.

1. Merkezî Makamın Tayini

İdari işbirliği sistemi kapsamında, Sözleşmenin 4. maddesinin birinci fıkrasına göre, her âkit devlet, Sözleşme tarafından verilen görevleri yerine getirmesi için birer merkezî makam tayin etmekle yükümlüdür²⁵. Hatırlanacağı üzere, 1956 tarihli New York Sözleşmesinde uygulayıcı makamlar olarak, gönderici makam ve aracı kurumlar söz konusuydu. 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi, nafakaya ilişkin işlemlerin tek çatı altında yapılması için, New York Sözleşmesinde olduğu gibi gönderici makam ve aracı kurumlar yerine, son dönem La Haye Sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılan merkezî makamlar sistemini kabul etmiştir²⁶. Merkezî makamlar, âkit devletler tarafından belirlenmiş kamu

²³ CARLSON, Mary Helen: “United States Perspective on the New Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance”, *Family Law Quarterly*, 43(1), 2009, s. 31.

²⁴ BORRAS/DEGELING, *Explanatory Report*, s. 79.

²⁵ WALKER, s. 202; TANRIBİLİR, s. 115.

²⁶ BORRAS/DEGELING, *Explanatory Report*, s. 79.

otoriteleridir. Amaçları, idari işbirliği görevlerini yerine getirmek ve Sözleşme kapsamında taraflara yardım sağlamaktır²⁷. Türkiye, merkezî makam olarak, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nü tayin etmiştir.

2. Merkezî Makamın Görevleri

Sözleşme, başvuruların hızlı bir şekilde sonuçlanması ve işlemlerde verimliliğin artırılması amacıyla “Merkezî Makam” modelini benimsemiştir. Sözleşmede merkezî makamların görevleri genel ve özel görevler şeklinde ikiye ayrılarak, farklı maddeler halinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 5. maddesine göre, merkezî makamların genel görevi, âkit devletlerarasında işbirliği yapmak ve diğer âkit devletlerdeki merkezî makamları Sözleşmenin uygulanması için teşvik etmektir. Ayrıca merkezî makamlar, Sözleşmenin uygulanması sonucu ortaya çıkan sorunları gidermek için mümkün olduğunca çözüm bulmak için çalışacaklardır²⁸.

Merkezî makamların özel görevleri ise Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Merkezî makamların özel görevleri kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, merkezî makamın başvuruları alma, iletme, usuli işlemleri başlatma ve başvurulara ilişkin yardım sağlama yükümlülüğüdür. Yardım sağlama yükümlülüğüne ilişkin merkezî makamın bu görevleri, temel ve özel nitelikte görevlerdir. Söz konusu görevlerin titizlikle yerine getirilmesi zorunludur²⁹.

Merkezî makamların özel görevlerine ilişkin ikinci kısım, aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. Merkezî makamlardan, yukarıda açıklanan özel görevleri yerine getirmeleri amacıyla, “tüm uygun tedbirleri” almaları beklenmektedir³⁰.

Türkiye’de Sözleşmenin yürürlüğe girmediği dönemde, merkezî makamlar, nafaka kararının iç hukuka göre tanıma ve tenfiz şartlarını taşımaması veya borçlunun ekonomik durumunun icra takibinin semeresiz kalacağı izlenimini vermesi halinde tenfiz sürecini hiç başlatmamaktaydı. Ancak 2007 tarihli Lahey Sözleşmesi, tanıma ve tenfiz sürecinde merkezî makamların yetkisini yeniden ele alarak başvuruların kayda alınıp derhal tenfiz işlemi yapacak merciiye gönderilmesi yükümlülüğü getirmiştir.

²⁷ WALKER, s. 203.

²⁸ WALKER, s. 204; BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 83.

²⁹ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 85.

³⁰ FUCIK, Robert: “Das neue Haager Unterhaltsübereinkommen. Globale Kooperations- und Anerkennungsmechanismen”, *Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht*, 2008 (3), s. 221; BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 87.

Öyle ki bu hususta merkezî makamlara arabuluculuk, uzlaşma gibi alternatif usullere teşvik etme yönünde görev dahi yüklemiştir³¹.

C. Merkezî Makamlar Aracılığıyla Yapılan Başvurular

2007 tarihli Sözleşme, âkit devletlerdeki merkezî makamların işbirliğine dayanan az masraflı ve etkili bir sistemin gelişmesini öncelikli olarak benimsemiştir³². Bununla birlikte, başvuru sahibinin merkezî makamların aracılığına başvurmadan, talep edilen devletin mahkemelerine veya yetkili bir makamına doğrudan başvuru yapması şeklinde bir yol (m. 37) daha bulunmaktadır. Dolayısıyla Sözleşme kapsamında, merkezî makamlar aracılığıyla yapılan başvuru ile talep edilen devletin yetkili makamlarına doğrudan yapılan başvuru olmak üzere iki başvuru yolunun varlığından söz edilebilir.

Sözleşmeye göre nafakaların tahsili konusunda hedeflenen kolaylık, düşük maliyet ve verimliliğin sağlanabilmesi bakımından asıl başvuru yolu, nafaka tahsili amacıyla yapılacak başvuru ve işlemlerin merkezî makamlar aracılığıyla yapılmasıdır³³. Bu yola ilişkin olarak, nafakaya ilişkin başvuru, talepte bulunan kişinin ikamet ettiği âkit devletin merkezî makamı aracılığıyla talepte bulunulan âkit devletin merkezî makamına yapılır (m. 9). Nafaka alacaklısı, ikamet ettiği âkit devletin merkezî makamına başvurarak talebini gerçekleştirir. Nafaka alacaklısının ikamet ettiği âkit devletin merkezî makamı, başvuruyu alarak, borçlunun bulunduğu âkit devletin merkezî makamına iletir³⁴.

Merkezî makamlar aracılığıyla başvuruda bulunabilmek için başvurunun, Sözleşmenin 10. maddesinin kapsamına girmesi gerekmektedir. Nafaka alacağını tahsil etmek isteyen nafaka alacaklısı, talep edilen devlette; a) bir kararın tanınması veya tanınma ve tenfizi, b) talep edilen devlette verilen veya tanınan bir kararın yerine getirilmesini, c) soybağının belirlenmesinin gerekli olduğu haller de dâhil olmak üzere, hiçbir mevcut kararın bulunmadığı durumlarda, talep edilen devlette bir kararın verilmesi, d) talepte bulunulan devlette bir kararın tanınması ve tenfizi, 20. madde kapsamında tanınma ve tenfizin esasına ilişkin bir eksiklik ya da 22. maddenin b ve e fıkralarında belirtilen nedenler yüzünden mümkün değilse ya da reddedilmişse, söz konusu talepte bulunulan devlette yeni bir kararın verilmesi, e) Talep edilen devlette

³¹ ÖZOĞUL, s. 38.

³² WALKER, s. 208; BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 85-87, para. 112.

³³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 208; BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 111.

³⁴ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 111.

verilen bir kararın değiştirilmesi veya f) talep edilen devlet dışında başka bir devlette verilen bir kararın değiştirilmesi başvurularında bulunabilir (m. 10/1).

Aynı zamanda, talep eden devlette aleyhine nafaka kararı bulunan borçlu ise, a) talep edilen devlette önceki bir kararın icrasının durdurulması ya da sınırlandırılmasına yol açan bir kararın ya da eşdeğerde bir işlemin tanınması, b) talep edilen devlette verilen bir kararın değiştirilmesi, c) talep edilen devlet dışında başka bir devlette verilen bir kararın değiştirilmesi başvurularında bulunabilir (m. 10/2). Borçlu açısından bakıldığında, Sözleşmenin 10. maddesi uyarınca başvuru yapması, alacaklıya nazaran daha sınırlı nedenlere bağlı kalmaktadır.

1. Başvurunun İşleme Alınması

Başvurucu, ikamet ettiği ülkedeki merkezî makama m. 11'de yer verilen bilgi ve belgelerle başvurur. Başvurucunun ikamet ettiği ülkedeki merkezî makam, kendisine yapılan başvuruda gerekli bütün bilgi ve belgelerin mevcut olup olmadığını kontrol edecek ve eksiklik varsa bunun tamamlanması için başvuru sahibine yardımcı olacaktır (m. 12/1). Talep eden devletin merkezî makamı, başvurunun Sözleşme hükümlerine uygun olduğu kanaatine varırsa, başvuruyu, başvuru sahibi adına, talep edilen devletin merkezî makamına iletacaktır. Talep edilen devletin merkezî makamı, çocuğun mali durumunu belirten belgeyi, kararın tam metnini, kararın uygulanabilir olduğunu belirten belgeyi, ödenmemiş borç miktarını gösteren belgeyi ve nafaka anlaşmasının tam metni ile belirli bir nafaka anlaşmasının menşe devlette karar olarak uygulanabilir olduğunu belirten belgelerin menşe devletin yetkili makamı tarafından onaylanmış tam suretini talep eden devletin merkezî makamından talep edebilecektir (m. 12/2).

2. Hizmetlere ve Başvuru Usullerine Etkin Erişim ve Ücretsiz Adli Yardım

Sözleşmenin sağladığı hizmetlere ve başvuru usullerine etkin erişim hakkı, 2007 tarihli Sözleşmenin temel bir ilkesidir. Sözleşmenin 14. maddesinde belirtilen işlemler, idari veya adli işlemler olabilir³⁵. Sözleşmenin hazırlanış amaçları arasında belirtildiği üzere, nafaka alacaklıları genellikle sınırlı maddi imkâna sahip kişiler oldukları için başvuru masraflarının, alacaklıların Sözleşmeden yararlanmasına engel

³⁵ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 139.

olmaması önemli bir husustur³⁶. Dolayısıyla Sözleşmede, çocuğa karşı nafaka yükümlülüğüne ilişkin başvurular başta olmak üzere, hizmetlere ve başvuru usullerine etkin erişim hakkı ile ücretsiz adli yardım hakkı tanıyan bir sistem getirilmiştir (m. 14-17).

Taraf devletler, merkezî makamlar aracılığıyla yapılan nafaka başvuruları ve nafakanın tahsili işlemlerine başvuru sahiplerinin etkin erişimini sağlamakla yükümlüdür (m. 14/1). Söz konusu etkin erişimi sağlamak için talep edilen devletin, başvuru sahibine ücretsiz adli yardım sağlaması öngörülmüştür (m. 14/2). Konvansiyon kapsamında başvurana adli yardım sağlanmasının nedeni, parasal mevzuların başvuru için engel olmasını ortadan kaldırmaktır. Ücretsiz adli yardım, talep edilen taraf devlette açılan eşdeğer ulusal davalarda sağlanandan daha az olamaz (m. 14/4). Sözleşme kapsamındaki dava veya başvuruya ilişkin masraf ve giderler için hiçbir menkul kıymet, bono veya mevduat, ne şekilde tanımlanmış olursa olsun, teminat olarak istenemez (m. 14/5).

Sözleşmeye göre, çocuğa (21 yaşından küçüklere) yönelik ebeveyn-çocuk ilişkisinden kaynaklanan nafaka yükümlülüklerine ilişkin, merkezî makamlar aracılığıyla yapılan başvurularda nafaka alacaklısına, talep edilen devlet tarafından ücretsiz adli yardım sağlanacaktır (m. 15/1). Maddede tüm başvurulardan söz edildiği için, bu hüküm, nafaka kararının alınması ve nafakaya ilişkin kararın tanınması ve tenfizi başvurularında da geçerlidir³⁷. Fakat talep edilen devlet, (madde 10/1/a ve b kapsamındaki başvurular ile madde 20/4'de düzenlenen davalar hariç olmak üzere) başvuru veya temyiz dayandığı gerekçenin açıkça temelsiz olduğu sonucuna varırsa ücretsiz adli yardım talebini reddedebilir (m. 15/2).

D. Doğrudan Başvurular

2007 tarihli Sözleşmenin 37. maddesinde, başvuru sahibinin merkezî makamların aracılığına başvurmadan, talep edilen devletin yetkili bir makamına doğrudan başvuru yapması şeklinde ortaya çıkan bir yol daha kabul edilmiştir. Yetkili makamdaki kasıt, talep edilen devlette bulunan ve o devlet tarafından yetkilendirilmiş mahkeme, idari organ veya diğer devlet kurumlarıdır.

Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, yabancı nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin Sözleşmenin ilgili hükümleri, sadece merkezî makamlar aracılığıyla tanıma ve tenfiz talebinin ileri

³⁶HIRSCH, Juliane: “Neues Haager Unterhaltsübereinkommen - Erleichterte Geltendmachung und Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen über Ländergrenzen hinweg”, *Der Familien-Rechts-Berater International (FamRB Int.)*, 2008(3), s. 70-74.

³⁷DUNCAN, 2007 *The Hague Convention*, s. 323.

sürülmesinde değil, aynı zamanda 37. madde uyarınca talepte bulunulan devletin yetkili makamına doğrudan tanıma ve tenfiz talebinin ileri sürülmesi halinde de uygulanacaktır (m. 19/5)³⁸. Ancak, bir âkit devletteki yetkili bir makama doğrudan yapılan tanıma ve tenfiz taleplerinde, Sözleşmenin temel bir prensibi olan adli veya idari usul ve işlemlere etkili erişimin sağlanmasına ilişkin hükümler ile adli yardıma ilişkin hükümlerin sadece bir kısmı uygulanabilecektir (m. 37/2).

Ancak Sözleşmenin 37. maddenin üçüncü fıkrası, Sözleşmenin kapsamını, çok sınırlı koşullarda olmak kaydıyla, korunmaya muhtaç kişilere karşı nafaka yükümlülüğü bakımından genişletmektedir³⁹. Bu genişleme ancak şu durumların gerçekleşmesi halinde söz konusu olabilir:

- Korunmaya muhtaç bir kişi lehine hükmedilen bir nafaka kararının tanınması ve tenfizi için doğrudan bir başvuru yapılması,
- Menşe devletteki nafaka kararının, korunmaya muhtaç kişinin, Sözleşmenin 2. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca (21 yaşını tamamlamamış) çocuk olduğu dönemde verilmiş olması ve
- Menşe devletteki nafaka kararının, korunmaya muhtaç kişinin, 21 yaşını doldurduktan sonra, hastalık veya bedensel zayıflık nedeniyle bakımının sağlanması için verilmiş olması gerekir⁴⁰.

Doktrinde, Sözleşmenin m. 37/3. fıkrası, korunmaya muhtaç yetişkin kişiler bakımından oldukça sınırlı bir koruma sağlaması nedeniyle eleştirilmektedir⁴¹. Yardıma muhtaç yetişkin kişilerin Sözleşme kapsamında daha geniş bir yardımdan faydalanmaları hususunda bir mutabakat sağlanamamışsa da bahse konu sorun tavsiye niteliğindeki bir kararlarla çözülmeye çalışılmıştır.

IV. NAFKA KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

A. Genel Olarak

2007 tarihli La Haye Sözleşmesi, önceki diğer La Haye Sözleşmelerinden farklı olarak, hem nafaka alacaklarının tahsilini, hem de nafakaya ilişkin kararların tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Sözleşmeye daha fazla sayıda devletin taraf olması için, 2007 tarihli Sözleşmede tanıma ve tenfizin kapsamı, önceki diğer La Haye

³⁸ DUNCAN, 2007 The Hague Convention, s. 326.

³⁹ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 201.

⁴⁰ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 201.

⁴¹ BEAUMONT, s. 530.

Sözleşmelerine göre daha geniş tespit edilmiştir⁴². 1958 ve 1973 tarihli La Haye Sözleşmelerinin uygulanmasında, bazı devletler, tanıma ve tenfize ilişkin işlemleri ayrıntılı bir şekilde gözden geçirme prosedürüne tâbi tutmakta ve bu durum gecikmelere ve maliyetlerin artmasına sebep olmaktadır. İşlemlerdeki gecikme ve yüksek maliyet alacaklıya ağır bir yük oluşturmaktaydı⁴³. 2007 tarihli Sözleşme, bahse konu işlemlere ilişkin önemli ölçüde iyileştirmeler, tanıma ve tenfiz hakkında verilen kararın gözden geçirilmesine ilişkin kısıtlamalar, davalıya tanıma ve tenfizin reddine ilişkin itirazda bulunabilme, istisnai durum söz konusu olmadıkça tanıma kararının temyize götürülemeyeceği gibi hususlar öngörmektedir⁴⁴.

2007 tarihli Sözleşmenin kapsamına giren nafakalar hakkında âkit devletlerin adli veya idari makamları tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizi Sözleşmenin (V. Bölümünde) 19 ila 31. madde hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler, gerek merkezî makamlar aracılığıyla tanıma ve tenfiz talebinin ileri sürülmesi, gerek ilgili kişi tarafından, 37. madde uyarınca talepte bulunulan devletin yetkili makamına doğrudan tanıma ve tenfiz talebinin ileri sürülmesi halinde uygulanacaktır (m. 19/5).

B. Tanıma ve Tenfizin Kapsamı

2007 tarihli La Haye Sözleşmesinde, 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinde olduğu gibi hem adli makamlardan, hem de idari makamlardan verilen nafakaya ilişkin kararların ve sulhlerin tanınıp tenfiz edileceği kabul edilmiştir. 2007 tarihli Sözleşmede, 1973 tarihli Sözleşmeden farklı olarak, kararların ve sulhlerin yanı sıra, nafaka anlaşmalarının da Sözleşme kapsamında tanınması ve tenfizi mümkün hale gelmiştir.

1. Nafaka Kararları ve Sulhler

Sözleşmede, “karar” teriminin, adli veya idari makamlar huzurunda veya söz konusu makamlar tarafından varılmış bir çözüm veya anlaşmayı da içerdiği belirtilerek, sulhlerin de kararlar gibi tanıma ve tenfize konu olabileceği kabul edilmiştir⁴⁵. Ayrıca bir karar, nafaka borcunun endeksleme yoluyla otomatik uyarlanması, ödenmemiş borçları, geçmişe etkili nafakayı, faiz ödemesi ile masraf ya da giderlerin belirlenmesini içerebilir (m. 19/1).

⁴² DUNCAN, 2007 The Hague Convention, s. 324; LONG, s. 990.

⁴³ CARLSON, s. 32.

⁴⁴ WALKER, s. 147.

⁴⁵ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 157.

Bir karar sadece nafaka yükümlülüğüne ilişkin değilse, m. 19-31 hükümleri, söz konusu kararın sadece nafaka yükümlülüklerini ilgilendiren kısmına uygulanır (m. 19/2). Bu hüküm ile getirilen sınırlama, Sözleşmenin genel kapsamına ilişkin bir sınırlama değildir, sadece tanıma ve tenfize ilişkin Beşinci Bölüm hükümlerinin uygulama alanına dair bir sınırlama getirilmektedir. Örnek vermek gerekirse, kararda nafakayla birlikte soy bağıının kurulmasına da hükmedilmişse, soybağının kurulmasına ilişkin kısmın tanınması ve tenfizi Sözleşme kapsamında değildir. Bu hüküm, nafakaya ilişkin ön ve yan meseleler bakımından önemli bir koruma sağlamaktadır⁴⁶. Nitekim bazı devletlerin iç hukukunda soybağının herkese karşı ileri sürülebilecek nitelikte kurulmasını gerektirecek hükümlerin varlığı nedeniyle, sadece nafaka amaçları için kurulan soybağının tanınması, kamu düzenine aykırı görülebileceğinden, bu hüküm oldukça önemlidir. Dolayısıyla bu hüküm sayesinde, tek başına soybağının kurulmasından etkilenmeksizin, sadece kararın nafakanın ödenmesine ilişkin kısmının tanınması ve tenfizi, söz konusu devletler açısından mümkün hale gelebilecektir⁴⁷.

2007 tarihli Sözleşmede, 1973 tarihli Sözleşmeden farklı olarak, idari makam tanımlanmıştır. Buna göre idari makam, kurulduğu devletin hukukuna göre, kararları, temyiz konusu olabilen ya da adli bir makam tarafından inceleme konusu yapılabilen ve aynı konuda adli bir makamın kararıyla benzer bir kuvvet ve etkiye sahip olan kamu kuruluşunu ifade etmektedir (m. 19/3).

Ayrıca, sadece nafaka borçlusu ile nafaka alacaklısı arasındaki kararların değil, bir kamu kurumu tarafından nafaka alacaklısına yapılmış nafaka yerine sağlanan faydaların nafaka borçlusu tarafından ödenmesine hükmeden kararların veya bir kamu kurumu tarafından nafaka alacaklısına yapılmış ödemeler ölçüsünde nafaka alacaklısı ve borçlusu arasında verilen kararların tanınması ve tenfizi de o kamu kurumu tarafından talep edilebilir (m. 36/3).

2. Nafaka Anlaşmaları

2007 tarihli Sözleşmenin Resmi Gazete’de yayımlanan Türkçe metninde her ne kadar ‘nafaka düzenlemesi’ ifadelerine yer verilmişse de, Çalışma kapsamında “*maintenance arrangement*”ın İngilizce anlamına

⁴⁶ LEVANTE, Marco: “Die Reform des internationalen Unterhaltsrechts - das Haager Unterhaltsübereinkommen und das Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht von 2007”, *Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander*, Herausgegeben von Franco Lorandi und Daniel Staehelin, 2011, s. 737.

⁴⁷ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 159.

daha uygun olarak, ‘nafaka düzenlemesi’ yerine, ‘nafaka anlaşması’ ifadesi kullanılacaktır.

Sözleşmenin 19 ila 31. madde hükümlerine göre tanıma ve tenfiz, Sözleşmenin 30. maddesinde düzenlenen nafaka anlaşmalarına da uygulanır (m. 19/4). Nafaka anlaşması, ‘Tanımlar’ başlığını taşıyan Sözleşmenin 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre nafaka anlaşması, nafaka ödemelerine ilişkin yetkili bir makam tarafından düzenlenmiş veya geçerli bir belge olarak onaylanmış olan yahut yetkili bir makam tarafından gerçekliği doğrulanmış veya karara bağlanmış, tescil edilmiş veya sunulmuş olan ve yine yetkili bir makam tarafından incelenmesi ve değiştirilmesi mümkün olan yazılı anlaşmayı ifade eder (m. 3/1/e).

Nafaka anlaşmalarını düzenleyen Sözleşmenin 30. maddesi, Sözleşmenin kapsamına resmi belgelerin ve özel anlaşmaların dâhil edilmesine ilişkin uzun tartışmaların sonucunda kabul edilmiştir. Bazı ülkelerde nafaka yükümlülüğüne ilişkin resmi niteliği haiz belgeler bilinmemektedir. Öte yandan, bazı şartlar altında, kararlar gibi hüküm ve sonuç doğuran özel anlaşmalara da bazı ülkeler yabancıdır. Bu tür anlaşma veya belgeler Sözleşmenin kapsamına almırken, nafakanın ödenmesi konusundaki gönüllülüğü uluslararası düzeye taşıma amacı kendini göstermiştir. Aynı zamanda bu düzenleme ile sonuca ulaşma konusunda daha elverişli olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına karşı artan genel eğilimi karşılaması açısından önemli bir adım atılmıştır⁴⁸. Keza, nafaka anlaşmalarının da tanıma ve tenfize konu edilebilmesinin, merkezî makamların nafakanın gönüllü ödenmesini sağlamak için uygun olduğu durumlarda arabuluculuk, uzlaşma veya benzer süreçler kullanarak dostane çözümler teşvik etmek şeklindeki yükümlülüğüyle de uyumlu olduğu söylenebilir⁴⁹.

Bir nafaka anlaşmasının Sözleşme kapsamında tanınması veya tenfizi için temel şart, anlaşmanın, yapıldığı devlette bir yargı kararı gibi icra edilebilir olmasıdır (m. 30/1). Bazı ülkelerde olduğu gibi, bir nafaka anlaşması, karardan ziyade tarafları arasında akdedilen sözleşme gibi uygulanması durumunda, 2007 tarihli Sözleşmenin kapsamı dışında kalacaktır⁵⁰.

Bir âkit devlet, Sözleşmenin 62. maddesi uyarınca çekince koyarak, nafaka anlaşmasını tanımama ve tenfiz etmeme hakkını saklı tutabilir (m.

⁴⁸ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 187; DUNCAN, 2007 The Hague Convention, s. 324-325.

⁴⁹ DUNCAN, 2007 The Hague Convention, s. 325.

⁵⁰ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 187.

30/8). Nitekim Türkiye, 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi bakımından tek çekincesini bu konuda ileri sürmüş, nafaka anlaşmalarını tanımama ve tenfiz etmeme hakkını saklı tutmuştur. Dolayısıyla, âkit devletler tarafından nafaka anlaşmalarının tanınması veya tenfizi konusunda Türk makamlarına başvuru yapıldığında, söz konusu çekince nedeniyle başvuru kabul edilmeyecektir.

C. Tanıma ve Tenfizin Şartları

Bir âkit devletten verilen nafaka kararının tanınması ve tenfizi için bazı koşulların varlığı aranmaktadır. Nafaka kararlarının Sözleşmeye göre tanınması ve tenfizine ilişkin şartlar, 1973 tarihli Sözleşmeye göre daha geniş tutulmuştur. Böylelikle 2007 tarihli Sözleşmeye daha çok devletin taraf olması amaçlanmıştır⁵¹.

Sözleşmenin 20. maddesinin birinci fıkrasında, menşe devlette verilen bir kararın hangi durumlarda diğer âkit devletlerde tanınıp tenfiz edileceği düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hükümde tanıma ve tenfiz için bulunması gereken yetkiye ilişkin şartlar düzenlenmiştir. Menşe devlette adli ya da idari makamlardan verilen nafaka kararının talep edilen devlette tanınıp tenfiz edilebilmesi için kararın verildiği menşe devlet makamının Sözleşmeye göre yetkisinin bulunması gerekir. Nafaka kararı, birinci fıkrada sayılan ve yetkili olduğu kabul edilen makamlardan biri tarafından verilmemişse, Sözleşmeye göre tanınması veya tenfizi mümkün değildir. Aslında birinci fıkra hükmü, nafakaya ilişkin kararın, uyuşmazlık konusu veya taraflarla gerçek bir irtibatı bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir makam tarafından verilmiş olması durumunda, bu tür aşkın yetki durumlarının arzu edilmemesinden kaynaklanmaktadır⁵². Nafaka kararını veren makamların m. 20/1'e göre, hangi hallerde yetkili kabul edileceğini incelemekte fayda bulunmaktadır:

- ***Davalının mutad meskeninin nafaka talep edildiği sırada kararın verildiği (menşe) devlette bulunması (m. 20/1/a)***

Hatırlanacağı üzere, tanıma ve tenfize ilişkin 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinin 7. maddesinde kararın verildiği devletin merciinin yetkili sayılabileceği hallerden birisi, “*nafaka borçlusu veya alacaklının mutad meskeninin davanın açıldığı sırada kararın verildiği devlette bulunması*” durumuydu. 2007 tarihli Sözleşmenin ilgili hükmü benzer bir düzenleme kabul etmiştir. Nafaka talep edildikten ya da dava açıldıktan sonra davalının mutad meskeninin değişmiş olması, tanıma ve tenfize engel olmayacaktır.

⁵¹ DUNCAN, 2007 The Hague Convention, s. 324.

⁵² BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 161.

- ***Davalının kararı veren makamın yetkisini açıkça ya da örtülü olarak (yetkiye ilişkin itirazda bulunmadan davanın esasına ilişkin savunma yaparak) kabul etmiş olması (m. 20/1/b)***

Davalının, kararı veren makamın yetkisini zımnen kabul etmiş sayılmaması için, yetki itirazını herhangi bir zaman diliminde değil, menşe devletin kanunlarına göre ilk itiraz olarak ileri sürebileceği anda yapmalıdır. Aksi takdirde yetki itirazında bulunmamış, mahkemenin yetkisini kabul etmiş sayılacaktır.

- ***Nafaka alacaklısının mutad meskeninin nafaka talep edildiği sırada kararın verildiği (menşe) devlette bulunması (m. 20/1/c)***

1973 tarihli La Haye Sözleşmesinde de dolaylı yetki oluşturması bakımından geniş ölçekte kabul gören nafaka alacaklısının mutad meskeni, nafakaya ilişkin çoğu bölgesel düzenlemeler ve iç hukuk sistemlerinde yetkinin tesisi bakımından, zayıf taraf olan alacaklıyı korumak için getirilen özel bir argüman olduğu kabul edilmektedir⁵³. Ancak ABD başta olmak üzere bazı devletler, kendi hukuklarındaki bazı gereklilikler nedeniyle, özellikle alacaklının mutad meskeninin tek başına yetkinin belirlenmesinde yetersiz kaldığı gerekçesiyle bu bent hükmüne karşı çıkmıştır. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında ABD'nin baskısıyla âkit devletlerin, alacaklının mutad meskenine göre yetkinin belirlenmesi başta olmak üzere m. 20/1. f. kapsamındaki bazı dolaylı yetki hallerine çekince koymaları mümkün hale gelmiştir⁵⁴. Dolayısıyla, taraf devletler diledikleri takdirde (c) bendindeki bu şart için Sözleşmeye çekince koyabilirler (m. 20/2).

- ***Davalının kararın verildiği (menşe) devlette çocukla birlikte yaşamış veya orada yerleşerek çocuğa bakmış olması şartıyla, nafaka alacaklısı çocuğun mutad meskeninin nafaka talep edildiği sırada menşe devlette bulunması (m. 20/1/d)***

Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında İsviçre delegasyonu tarafından önerilen, önemli ölçüde destek gören bu şart, dolaylı yetkinin tesisi bakımından daha önceki La Haye Sözleşmelerinde yer almayan, yeni bir şarttır⁵⁵. Doktrinde, nafakaya ilişkin karar veren makamın yetkisinin çocuğun mutad meskenine bağlı kılınmasının, alacaklının yararına olması ve yetkinin ailenin yaşadığı yere özgülenmesi gibi nedenlerle pek çok

⁵³ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 161.

⁵⁴ DUNCAN, The New Hague Child Support Convention, s. 11.

⁵⁵ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 163.

devlet (özellikle ABD) açısından kabul edilebilir bir durum olduğu ifade edilmiştir⁵⁶. Zira bu hüküm sayesinde, geçmişte çocukla birlikte aynı ülkede yaşayıp, çocuğun bakımını sağlayan nafaka borçlusunun, daha sonra iş veya benzeri nedenlerle, başka bir ülkeye gittiği durumlarda, nafaka kararının verildiği ve aynı zamanda çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet ile borçlu arasında bir bağ kurulması mümkün hale gelmektedir⁵⁷.

- ***Çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü hariç olmak üzere, tarafların yetki konusunda bir anlaşma yapmış olmaları (m. 20/1/e)***

Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında, tarafların yetkisi konusunda anlaşmalarının, taraf iradesinin nafakada yetkinin tesisi için yeterli bir temel oluşturup oluşturmadığı göz önüne alınarak tartışılmıştır. Neticesinde, çocuklarla ilgili nafaka yükümlülüklerine ilişkin uyuşmazlıklar dışında bu ihtimalin dâhil edilmesi yönünde mutabakata varılmıştır. Uygulanacak hukuka ilişkin 2007 tarihli La Haye Protokolünde hukuk seçiminin kendi menfaatlerini yeterince koruyamayacak durumda olduğu kabul edilen 18 yaşın altındakiler ile beden ve ruh sağlığı yerinde olmayan bazı yetişkinler için geçerli olmadığı yönündeki anlayış, yetki anlaşması bakımından 2007 tarihli La Haye Sözleşmesinde de benimsenmiş, çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü konusundaki uyuşmazlıklar bakımından yetki anlaşması kabul edilmemiştir⁵⁸. Ayrıca, taraf devletler diledikleri takdirde (e) bendindeki bu şart için Sözleşmeye çekince koyabilirler (m. 20/2).

- ***Nafaka kararının, sadece tarafların vatandaşlığına bağlı olarak yetki kazanmamış olan ve kişilerin şahsi statüleri ile ebeveyn sorumluluğuna ilişkin konularda yetkili makamlar tarafından verilmiş olması (m. 20/1/f)***

Bu hüküm, (f) bendinin kapsadığı pek çok duruma yönelik, örneğin boşanma durumunda, nafakaya da hükmedilen davalar açısından uygulama alanı geniş, tarafları açısından avantajları olan bir hükümdür. Bu hüküm ile sadece vatandaşlığa bağlı yetki tesisi kabul edilmeyerek, aşkın yetki kurallarına dayanarak yetkili olan makamlar tarafından verilen nafaka kararlarının tanınması ve tenfizinin önüne geçilmek istenmiştir⁵⁹.

⁵⁶ WALKER, s. 154.

⁵⁷ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 163.

⁵⁸ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 163.

⁵⁹ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 163.

Taraf devletler diledikleri takdirde (f) bendindeki bu şart için Sözleşmeye çekince koyabilirler (m. 20/2).

D. Tanıma ve Tenfiz Engelleri

Yeni Sözleşmenin amaçlarından biri, mümkün olduğunca çok sayıda nafaka kararının tanınması ve tenfizini sağlamaktır. Ancak Sözleşmenin 22. maddesinde sınırlı sayıda belirtilen bazı hallerde tanıma ve tenfiz talebi reddedilebilir. Sözleşmenin 22. maddesinde sayılan tanıma ve tenfizin reddedileceği haller, kümülatif olmayıp, biri diğerine alternatifidir⁶⁰. Bu tanıma ve tenfiz engellerini genel hatlarıyla ele alalım:

- ***Kararın kamu düzenine aykırı olması (m. 22/a)***

Kamu düzenine aykırılığa ilişkin bu tanıma ve tenfiz engeli, 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinde de yer almaktadır. Menşee devlette verilen nafakaya ilişkin kararın, tanıma ve tenfizin talep edildiği devletin iç hukukuyla uyumlu olmaması, kamu düzenine aykırılığın gerçekleştiği anlamına gelmez⁶¹. Tanınması veya tenfizi istenen kararın, talep edilen devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması gerekir. Başka bir ifadeyle, bu aykırılığın talep edilen devlette tahammül edilemez sonuçlara yol açacak nitelikte olması gerekir⁶². Temel insan hak ve hürriyetlerinin ağır ihlalinin söz konusu olduğu durumlar gibi, oldukça sınırlı uygulamalara karşılık gelecek bu hükmün uygulanması, Sözleşmeden beklenen amaçların gerçekleşmesi bakımından uygun olacaktır⁶³.

- ***Kararın usul işlemlerinde yapılan bir hile sonucu verilmiş olması (m. 22/b)***

Bu tanıma ve tenfiz engeli, hilenin anlamı ve istisna tutulabilecek durumlar açısından, devletler arasında derin farklılıklar bulunduğu için toplantılarda uzun süren tartışmaların neticesinde kabul edilmiştir. Hile, kasıtlı olarak sahtecilik yapma veya kasıtlı olarak görevi suiistimal etme şeklinde açıklanabilir. Bu bent kapsamında usul işlemlerinde hileye örnek olarak, davacının kasıtlı olarak ilâmın yanlış adrese tebliğ edilmesine neden olan veya karar verecek makamı yanıltıcı ve delilleri saklama filleri verilebilir. 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinde de yer alan bu tanıma ve tenfiz engeli, kamu düzenine aykırılıktan farklı olup, kamu düzeni engelinden ayrı olarak düzenlenmiştir.

⁶⁰ DUNCAN, The New Hague Child Support Convention, s. 12.

⁶¹ LEVANTE, s. 738.

⁶² BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 169.

⁶³ WALKER, s. 157.

- **Tarafları ve konusu aynı olan bir davanın daha önce talep edilen devletin bir merciinde açılmış ve görülmekte olması (m. 22/c)**

1973 tarihli La Haye Sözleşmesinde de yer alan bu tanıma ve tenfiz engeli, derdestlik kavramını tanıma ve tenfiz anında doğrudan yetki kurallarının etki göstereceği şekilde Sözleşmeye entegre edilmektedir. Tanıma veya tenfizin talep edildiği devlette aynı taraflar arasında ve (konu bakımından) aynı amaca yönelik daha önce açılmış ve görülmekte olan bir dava olması, Sözleşmeye göre nafakaya ilişkin kararın tanınması veya tenfizine engel olabilir. Burada tanıma veya tenfizi istenen kararın konusu ile talep edilen devlette görülen davanın konusunun örtüşmesi önemlidir. Örneğin, tanınması veya tenfizi istenen, daha önce hükmedilen nafakanın arttırılmasına ilişkin kararın konusu ile yine aynı taraflar arasında tanıma veya tenfizin talep edildiği devlette görülmekte olan, nafaka bağlanmasına ilişkin davanın konusu aynı değildir, derdestlikten söz edilemez⁶⁴.

- **Tanınması veya tenfizi istenen karar ile aynı taraflar arasında ve aynı konuda olmak üzere, talep edilen devlette veya üçüncü bir devlette verilen karar arasında çelişki bulunması (m. 22/d)**

Kararın, talep edilen devlette veya talep edilen devlette tanıma ve tenfiz için gerekli şartları haiz olsa dahi başka bir devlette aynı konuda ve aynı taraflar arasında verilmiş bir kararla bağdaşmaması, ayrı bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinde de yer alan, çelişkili kararlara ilişkin bu tanıma ve tenfiz engeli, milletlerarası karar ahengi, hukukî güvenlik ve istikrar bakımından, düzen menfaatlerinin sağlanmasında önemli bir işlev görmektedir. Şu hususu önemle vurgulamak gerekirse, tanıma veya tenfizi talep edilen kararla bağdaşmayan, üçüncü bir devlette verilen kararın tanıma veya tenfize engel olabilmesi için, tanıma veya tenfizi talep edilen kararın, talep edilen devlette tanıma ve tenfiz için gerekli şartları taşıyor olması gerekir⁶⁵.

- **Davalının hukukî dinlenilme haklarına aykırı olarak karar verilmiş olması (m. 22/e)**

Kararın tanınması ve tenfizin reddedilebileceği 22. maddenin e bendi ve alt bentlerinde yer alan tenfiz engeli şu hükmü içermektedir:

“Davalının menşe devletteki davada hazır bulunmadığı ve temsil edilmediği durumlarda:

⁶⁴ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 169, 171.

⁶⁵ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 171.

- i. Menşe devlet hukukunun davanın ihbarına olanak sağlamasına karşın davalıya usulüne uygun ihbar yapılmamış ve kendisini savunma hakkına sahip olamamışsa veya
- ii. Menşe devlet hukuku davanın ihbarına olanak sağlamıyor, karar davalıya usulüne uygun bir şekilde bildirilmemiş ve maddî vakia ve hukukî hususlara ilişkin itiraz ya da temyiz imkânı sunulmamışsa.

Bu tenfiz engeli, La Haye Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'nın Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sonucunda hem i) hem de ii) alt bentlerine uygulanabilir kabul edilen 70 numaralı Çalışma Dokümanında yapılan tekliften alınmıştır. Bu engel, daha önceki La Haye Sözleşmelerinde yer almayan, adil yargılanma hakkı bakımından hukukî dinlenilme ve savunma hakkının sağlanmasına ilişkin yeni bir tenfiz engelidir.

• **Kararın m. 18'e aykırı olarak verilmiş olması (m. 22/f)**

Hatırlanacağı üzere, Sözleşmenin 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, nafaka alacaklısının mutad meskeni değişmediği sürece, alacaklının mutad meskeninin bulunduğu âkit devlette verilen bir karara ilişkin olarak, diğer bir âkit devlette, nafaka hakkındaki kararın değiştirilmesi veya aynı nafakaya ilişkin farklı bir karar alınması mümkün değildir. Bu hüküm ile birden fazla karar verilmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu kuralın istisnaları da aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Dolayısıyla, Sözleşmenin 18. maddesine aykırı olarak verilen kararların tanınması ve tenfizi talebi reddedilebilir.

E. Tanıma ve Tenfiz Usulü

2007 tarihli Sözleşmenin 23 ve 24. maddelerinde tanıma ve tenfiz usulüne ilişkin ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Bu hükümlerin getirilmesinin amacı, basitleştirilmiş, hızlı ve düşük maliyetli bir usul oluşturmaktır⁶⁶. Dolayısıyla, tanıma veya tenfiz talep edilen devletin hukukundan kaynaklanabilecek karmaşık ve maliyetli usul işlemlerinin, nafaka alacaklısının alacağını elde etmesinde gecikmeye engel olunmak istenmiştir⁶⁷.

Sözleşmede tanıma ve tenfiz için getirilen usule ilişkin asıl mekanizma, kararın icrası için kayıt edilmesi veya icra edilebilir olduğunun ilanı usulüdür (m. 23). Ancak kararın icrası için kayıt edilmesi veya icra edilebilir olduğunun ilanı usulleri, Türkiye gibi tanıma ve tenfiz için doğrudan mahkemeye başvuru devletlerin yargılama hukuku

⁶⁶ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 171.

⁶⁷ DUNCAN, 2007 The Hague Convention, s. 324.

sistemlerine yabancıdır⁶⁸. Bu nedenle, Diplomatik Oturumda bazı devletlerin önerisi üzerine ve Sözleşmeye katılımı artırmak amacıyla, 23. maddedeki usule alternatif nitelikte bir usul Sözleşmede yer almıştır (m. 24)⁶⁹.

Özetle, nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi usulü bakımından, 23. maddede düzenlenen asıl usul olan kayıt veya ilan usulü ile 24. maddede düzenlenen alternatif usul olmak üzere iki çeşit usulün varlığından söz edilebilir. Şimdi genel hatlarıyla bu usuller üzerinde duralım:

1. Kayıt veya İlan Usulü (m. 23)

Sözleşme hükümlerine bağlı olarak, tanıma ve tenfiz usulüne ilişkin konulara talepte bulunulan devletin hukuku uygulanır (m. 23/1).

Nafaka alacaklısı, (Bölüm III hükümleri uyarınca) merkezî makamlar aracılığıyla tanıma veya tenfiz başvurusu yaptığında, talep edilen devletin merkezî makamı, derhal başvuruyu, kararın icra edilebilirliğini gecikmesizin beyan edecek ya da icrası için kararı kayıt altına alacak olan makama yönlendirmekle yükümlüdür. Yetkili makam, aynı zamanda talep edilen devletin merkezî makamı ise bahsi geçen tedbirleri kendisi almakla yükümlüdür (m. 23/2).

Sözleşmenin 19. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, talepte bulunulan devletteki yetkili makama doğrudan başvuru yapıldığında, söz konusu yetkili makam, gecikmesizin kararın icra edilebilirliğini beyan edecek veya icrası için kararı kayda geçirecektir (m. 23/3).

Fakat nafaka kararının icrası için beyan etme ve kayda geçirme, sadece (m. 22/a'da düzenlenen) talepte bulunulan devletin kamu düzenine açıkça aykırıysa yetkili makam tarafından reddedilebilir. Nafaka kararının tanınması ve tenfizi talebinin reddi halinde başvuru sahibinin veya davalının görüş sunma hakkı da bulunmamaktadır (m. 23/4).

23. maddenin 2. ve 3. fıkraları kapsamında yapılan beyan veya kayıt veya bunlara ilişkin olarak 4. fıkra kapsamındaki ret hakkında başvuru sahibi veya davalı gecikmesizin bilgilendirilirler. Başvuru sahibi veya davalı, esas ya da usule ilişkin olarak itiraz veya temyiz yoluna başvurabilir (m. 23/5). İtiraz veya temyiz başvuru süresi, 5. fıkra kapsamında bildirim yapıldığı tarihten itibaren 30 gündür. Ancak itiraz veya temyiz başvurusunda bulunan tarafın yerleşim yeri, beyan veya kaydın yapıldığı veya reddedildiği âkit devlette değilse, itiraz veya temyiz

⁶⁸ DUNCAN, 2007 The Hague Convention, s. 324.

⁶⁹ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 171.

süresi, bildirim yapıldığı tarihten itibaren 60 gündür (m. 23/6). Başvuru sahibi veya davalının itiraz veya temyiz taleplerinin belirli bir süreyle sınırlandırılması, Sözleşmeyle getirilen önemli bir yeniliktir. Böylelikle, nafakanın mümkün olduğunca çabuk tahsil edilmesi sağlanmak istenmiştir⁷⁰.

Başvuru sahibi veya davalı, m. 20 veya 22'deki tanıma-tenfiz şartlarına veya engellerine; tanıma-tenfiz başvurusuna (m.25/1/a, b veya d veya m. 25/3/b gereğince) eklenecek belgelerin doğruluğu veya eksik olup olmadığına dayanarak itiraz veya temyiz yolu başvurabilir (m. 23/7). Aynı zamanda davalı, vadesi dolan ödemelere ilişkin olduğu ölçüde, geçmişte yaptığı nafaka ödemelerini ileri sürerek borcun yerine getirildiği yönünde itiraz veya temyizde bulunabilir (m. 23/8). Başvuru sahibi veya davalı, itiraz veya temyize ilişkin karar hakkında gecikmeksizin haberdar edilir (m. 23/9).

Talepte bulunulan devletin hukuku izin verdiği takdirde, temyiz veya itiraz başvurusu, istisnai bir durum olmadığı sürece kararın icrasını durdurmazdır (m. 23/10).

2. Alternatif Usul (m. 24)

Sözleşmenin 24. maddesi, tanıma ve tenfiz için alternatif bir usul getirmektedir. Çoğu devlet, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi açısından (23. maddede düzenlenen) kademeli tenfiz (*exequatur stage*) sistemine sahip değildir. Bu devletlerin hukukunda, tanıma ve tenfize ilişkin ayrı bir kayıt veya icra edilebilirlikle ilgili beyanda bulunulmayan, yabancı kararın tanınması ve tenfizi için doğrudan millî mahkemeye başvurunun söz konusu olduğu tek aşamalı bir sistem öngörülmektedir⁷¹. Dolayısıyla, Sözleşmenin 23. maddesinde düzenlenen nafaka kararının, önce icra edilebilir olduğunun yetkili makam tarafından kayıt veya ilan edilmesi, daha sonra taraflara tanınan itiraz veya temyiz imkânını içeren iki aşamalı tanıma-tenfiz usulü, tanıma ve tenfiz kararı için doğrudan mahkemeye başvurunun söz konusu olduğu Türkiye gibi devletler açısından pek de aşına olmayan bir usuldür. Bu nedenle, Sözleşmenin 24. maddesinde tek aşamalı alternatif bir tanıma-tenfiz usulü getirilmiştir⁷².

Sözleşme m. 24/1. fıkraya göre, âkit bir devlet, Sözleşmenin 63. maddesi uyarınca, 24. maddede belirtilen (alternatif) tanıma ve tenfiz usulünü uygulayacağını beyan edebilir. Nitekim Türkiye, sözleşmeye taraf

⁷⁰ WALKER, s. 166.

⁷¹ WALKER, s. 167-169.

⁷² BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 177.

olurken, tanıma ve tenfiz uygulamasında alternatif usulü düzenleyen 24. maddeyi tercih ettiğini beyan etmiştir.

Sözleşmenin 24. maddesindeki usul, 23. maddeyi yansıtan unsurları içerecek şekilde düzenlenmekle birlikte, 23. maddeye göre gözden geçirme imkânlarının daha sınırlı olduğu, bazı savunmalar bakımından borçluya daha fazla sorumluluk yükleyen, daha hızlı ve esnek bir yapı arz etmektedir⁷³.

Nafaka alacaklısı, (Bölüm III hükümleri uyarınca) merkezî makamlar aracılığıyla tanıma veya tenfiz başvurusu yaptığında, talep edilen devletin merkezî makamı, derhal başvuruyu, tanıma veya tenfiz hakkında karar verecek olan makama yönlendirmekle yükümlüdür. Yetkili makam, aynı zamanda talep edilen devletin merkezî makamı ise söz konusu kararı kendisi almakla yükümlüdür (m. 24/2). Dava, usulüne uygun olarak ve derhal davalıya ihbar edildikten ve iki tarafın da beyanda bulunabilmeleri için yeterli imkân verildikten sonra, yetkili makam tarafından tanıma ve tenfiz kararı verilir (m. 24/3).

Yetkili makam, 22. maddenin a, c ve d bentlerinde belirtilen tanıma ve tenfiz engellerini re'sen (kendiliğinden) inceleyebilir. Yetkili makam, bunların dışında, madde 20 ve 22'de düzenlenen tanıma-tenfiz şartları ve engelleri ile madde 23/7/c'de belirtilen hususları, davalı tarafından ileri sürülmüş olması halinde ya da bu hususlara ilişkin şüphelerin 25. maddeye istinaden sunulan belgelerin metinlerinden açıkça anlaşılması halinde dikkate alabilir (m. 24/4). Tanıma ve tenfiz engeli, tanıma ve tenfizin geçmiş dönemde vadesi gelen ödemelere ilişkin olduğu ölçüde, borcun yerine getirildiği hususuna da dayanabilir (m. 24/5).

Talepte bulunulan devletin hukuku izin verdiği takdirde, (temyiz veya itiraz gibi) herhangi bir başvuru, istisnai bir durum olmadığı sürece kararın icrasını durdurmazdır (m. 24/6).

F. Tanıma ve Tenfize İlişkin Diğer Hususlar

Talepte bulunulan devlette kararın tamamının tanınmasının veya tenfizinin mümkün olmadığı durumlarda, kararın bölünebilen herhangi bir kısmının tanınması veya tenfizinin mümkün olması halinde, bu kısım hakkında tanıma veya tenfiz kararı verilebilir. Bu duruma kısmi tanıma veya kısmi tenfiz adı verilmektedir. Kararın kısmi olarak tanınması ve tenfizi yoluna her zaman başvurulabilir (m. 21).

⁷³ BORRAS/DEGELING, Explanatory Report, s. 177; DUNCAN, The New Hague Child Support Convention, s. 11.

Nafaka kararları bakımından çok sık karşılaşılsa da, bazen sadece nafaka kararının tanınması için başvuru yapılabilir. Sözleşmenin nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin IV. Bölüm hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, yabancı nafaka kararlarının tanınması başvurularına da uygulanacaktır (m. 26).

Talepte bulunulan devletin herhangi bir yetkili makamı, menşe devletin yetkili makamının yargı yetkisini dayandırdığı maddi vakıalarla bağlıdır (m. 27). Ayrıca, talepte bulunulan devletin herhangi bir yetkili makamı, kararın esasına ilişkin olarak yeniden bir inceleme yapamaz (m. 28). Dolayısıyla bu maddede âkit devlet makamları tarafından verilmiş nafakaya ilişkin kararların esas yönünden yeniden gözden geçirilemeyeceği (*revision au fond*) hususu vurgulanmıştır.

Nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin Sözleşmenin IV. Bölüm hükümleri uyarınca talepte bulunulan devlette yapılması gereken herhangi bir işlemde, çocuğun veya başvuranın hazır bulunması gibi bir şart aranmaz (m. 29).

SONUÇ

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin kapsamında, üç tür nafakanın yer aldığı söylenebilir. Bunlardan çocuk nafakası ve (Sözleşmenin idari işbirliğine II. ve III. Bölümleri uygulanmaksızın) eş nafakası, Sözleşmenin zorunlu kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, çocuk nafakası ve eş nafakası dışında kalan diğer nafaka türleri (kardeşler arasındaki nafakalar, ana babanın çocuklarından talep ettiği nafakalar ile yansoy ve kayın hısımlığından kaynaklanan nafakalar) kural olarak Sözleşmenin kapsamında değildir. Bu nafakaların Sözleşmenin kapsamına girebilmesi ve en az iki âkit devlet arasında sorumluluk doğurabilmesi için, söz konusu devletlerin aynı nafaka yükümlülükleri bakımından ve Sözleşmenin aynı bölümlerini kapsayacak şekilde beyanda bulunmaları gerekmektedir. Sözleşmenin uygulama alanını genişletmek bakımından devletlere beyan yoluyla tercih imkânı tanınmasının avantajlı yönleri bulunabilir; ancak bu hususun Sözleşmenin uygulanma kabiliyetini azalttığı, hatta bu konuda 2007 tarihli La Haye Sözleşmesini, 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi ile 1956 tarihli New York Sözleşmesinin gerisinde bıraktığı açıkça ortadadır. Sözleşmenin uygulama alanı düzenlenirken, 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinde olduğu gibi, nafaka yükümlülükleri mümkün olduğunca geniş çerçevede ele alınıp, bazı nafaka türlerinin dâhil edilmemesi bakımından devletlere çekince ileri sürebilme imkânı getirilmesi daha uygun bir yol olurdu.

Türkiye, çocuk nafakasını, eğitimi devam etmesi şartıyla 25 yaşını doldurmamış çocuklara yönelik nafakaları da alacak şekilde Sözleşmenin kapsamını genişletmiştir. Türkiye ayrıca, Sözleşmenin 2/3. maddesi uyarınca Sözleşmenin tamamını, eşe yönelik nafakalar ile herhangi bir yaş sınırı gözetmeksizin hayatını idame ettiremeyecek derecede fiziksel veya zihinsel engelli çocuklar ve bakıma muhtaç ana veya babaya yönelik nafakalara teşmil ettiğini beyan etmiştir. Dolayısıyla Türkiye açısından, kardeşler arasındaki nafakalar, (bakıma muhtaç durumda olmayan) ana veya babaya yönelik nafakalar ile yansoy ve kayın hısımlığından kaynaklanan nafakalar Sözleşmenin kapsamında yer almayacak; bu nafaka türleri bakımından, nafaka alacaklarının tahsiline ilişkin 1956 tarihli New York Sözleşmesi ile nafakaya ilişkin kararların tanınması ve tenfizine ilişkin 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulanmaya devam edecektir.

2007 tarihli La Haye Sözleşmesini, diğer La Haye Sözleşmelerinden ayıran en temel özellik, nafaka kararlarının tahsili konusunda etkili olmak amacıyla idari işbirliği sistemini getirmesidir. İdari işbirliği sistemi kapsamında, Sözleşmenin 4. maddesinin birinci fıkrasına göre, her âkit devlet Sözleşme tarafından verilen görevleri yerine getirmesi için birer merkezî makam tayin etmekle yükümlüdür. 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi, nafakaya ilişkin işlemlerin tek çatı altında yapılması için, 1956 tarihli New York Sözleşmesinde olduğu gibi gönderici makam ve aracı kurumlar yerine, merkezî makamlar sistemini kabul etmiştir. Türkiye, merkezî makam olarak, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nü tayin etmiştir.

2007 tarihli Sözleşme, âkit devletlerdeki merkezî makamların işbirliğine dayanan az masraflı ve etkili bir sistemin gelişmesini öncelikli olarak benimsemiştir. Sözleşme, nafaka alacaklarının tahsilini kolaylaştırmak üzere merkezî makamların görevlerini oldukça geniş şekilde düzenlemiştir. Sözleşmede merkezî makamların bu görevleri arasında, soybağının tespitine yardımcı olmak; arabuluculuk, uzlaşma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını teşvik etmek gibi daha önceki Sözleşmelerde düzenlenmeyen hususlara yer verilmiştir. Sözleşmede merkezî makamlar aracılığıyla başvuru yapılmasının yanında, (1956 tarihli New York Sözleşmesinden farklı olarak) başvuru sahibinin merkezî makamların aracılığına başvurmadan, talep edilen devletin mahkemelerine veya yetkili bir makamına doğrudan başvuru yapması şeklinde bir yol (m. 37) daha bulunmaktadır.

2007 tarihli La Haye Sözleşmesi, önceki diğer La Haye Sözleşmelerinden farklı olarak, hem nafaka alacaklarının tahsilini, hem de nafakaya ilişkin kararların tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Sözleşmeye daha fazla sayıda devletin taraf olması için, 2007 tarihli Sözleşmede tanıma ve tenfizin kapsamı, önceki diğer La Haye Sözleşmelerine göre daha geniş tespit edilmiştir. 2007 tarihli La Haye Sözleşmesinde, 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinde olduğu gibi hem adli makamlardan, hem de idari makamlardan verilen nafakaya ilişkin kararların ve sulhlerin tanınıp tenfiz edileceği kabul edilmiştir. Öte yandan Sözleşmede, nafaka kararının tenfiz edilebilirliğini artırmak açısından kararı veren merciin yetkili kabul edilebileceği haller daha geniş olarak düzenlenmiştir. Nafaka kararının tanınması ve tenfizi şartlarına ilişkin olarak 2007 tarihli Sözleşmenin, önceki La Haye Sözleşmelerinden en önemli farkı, bu Sözleşmede sadece kamu düzenine uygunluk şartının re'sen incelemeye tâbi tutulması ve Sözleşmede sayılan diğer şartların itiraz olarak veya kanun yolunda ileri sürülmesi halinde incelenebileceğinin kural olarak kabul edilmiş olmasıdır.

2007 tarihli Sözleşmede tanıma ve tenfiz usulüne ilişkin ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Bu hükümlerin getirilmesinin amacı, basitleştirilmiş, hızlı ve düşük maliyetli bir usul oluşturmaktır. Sözleşmede tanıma ve tenfiz için getirilen usule ilişkin asıl mekanizma, kararın icrası için kayıt edilmesi veya icra edilebilir olduğunun ilanı usulüdür (m. 23). Ancak kararın icrası için kayıt edilmesi veya icra edilebilir olduğunun ilanı usulleri, Türkiye gibi tanıma ve tenfiz için doğrudan mahkemeye başvurulmuş devletlerin yargılama hukuku sistemlerine yabancıdır. Bu nedenle, Diplomatik Oturumda bazı devletlerin önerisi üzerine ve Sözleşmeye katılımı artırmak amacıyla, 23. maddedeki usule alternatif nitelikte bir usul Sözleşmede yer almıştır (m. 24). Sözleşme m. 24/1. fıkraya göre, âkit bir devlet, Sözleşmenin 63. maddesi uyarınca, 24. maddede belirtilen (alternatif) tanıma ve tenfiz usulünü uygulayacağını beyan edebilir. Nitekim Türkiye, sözleşmeye taraf olurken, tanıma ve tenfiz uygulamasında alternatif usulü düzenleyen 24. maddeyi tercih ettiğini beyan etmiştir.

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, Türkiye açısından 1 Şubat 2017 tarihinden itibaren yürürlüğe girdiği için, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün "Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsiline Dair 16.11.2011 tarih ve 64/2 sayılı Genelge"yi yenilemesi, Sözleşmenin uygulanmasına açıklık kazandırması açısından oldukça önemlidir.

KAYNAKÇA

- ANDRAE, Marianne: “Zum Verhältnis der Haager Unterhaltskonvention 2007 und des Haager Protokolls zur geplanten EU-Unterhaltsverordnung”, *Familie Partnerschaft Recht (FPR)*, 2008, s. 196-202.
- AYGÜN, Mesut: *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
- BARIATTI, Stefania: *Cases and Materials on EU Private International Law*, Hart Publishing, Oxford 2011.
- BEAUMONT, Paul: “The Maintenance Project, The Hague Conference and The EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity”, *The Rabels Journal of Comparative and International Private Law*, 73(3), 2009, s. 509-546.
- BORRAS, Alegria: “The Necessary Flexibility in the Application of the New Instruments on Maintenance”, *Convergence and Divergence in Private International Law Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eds.: Katharina Boele-Woelki/ Talia Einhorn/ Daniel Girsberger/ Symeon Symeonides, The Hague: Schulthess Eleven International Publishing, 2010, s. 173-192.
- BORRAS, Alegria/ DEGELING, Jennifer: *Explanatory Report of Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, (Explanatory Report), HCCH: <<https://assets.hcch.net/upload/expl38.pdf>>, (Erişim tarihi: 21.01.2018).
- BREMNER, Philip: “International Child Maintenance in Europa”, *The Future of Family Property in Europe*, Eds.: Boele-Woelki, Katharina/ Miles, Jo and Scherpe, Jens, Cambridge: Intersentia, 2011, s. 407-422.
- CARLSON, Mary Helen: “United States Perspective on the New Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance”, *Family Law Quarterly*, 43(1), 2009, s. 21-35.
- DUNCAN, William: “The New Hague Child Support Convention: Goals and Outcomes of the Negotiations”, (The New Hague Child Support Convention), *Family Law Quarterly*, 43(1), 2009, s. 1-20.
- DUNCAN, William: “The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance”, (2007 The Hague Convention), *Yearbook of Private International Law*, Vol. X, Sellier,lp, Munich 2008, s. 313-331.
- ESTIN, Ann Laquer: “Families Across Borders: The Hague Children’s Conventions and the Case for International Family Law in the United States”, *Fla. L. Rev.*, Vol. 62(1), 2010, s. 47-108.
- FUCIK, Robert: “Das neue Haager Unterhaltsübereinkommen. Globale Kooperations- und Anerkennungsmechanismen”, *Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht*, 2008 (3), s. 219-232.
- GROFF, Maja: “The Potential of the 2007 Child Support Convention: Addressing Global Poverty and Supporting Economic Rights”, *The Recovery of Maintenance in The EU and Worldwide* (Edited by Paul Beaumont, Burkhard Hess, Lara Walker and Stefanie Spancken), Hart Publishing, Oxford 2014, s. 89-100.
- HIRSCH, Juliane: “Neues Haager Unterhaltsübereinkommen - Erleichterte Geltendmachung und Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen über

- Ländergrenzen hinweg”, Der Familien-Rechts-Berater International (FamRB Int.), 2008(3), s. 70-74.
- JANZEN, Ulrike: “Die neuen Haager Übereinkünfte zum Unterhaltsrecht und die Arbeiten an einer EG-Unterhaltsverordnung”, Familie Partnerschaft Recht (FPR), 2008, s. 218-221.
- LEVANTE, Marco: “Die Reform des internationalen Unterhaltsrechts - das Haager Unterhaltsübereinkommen und das Protokoll über das auf Unterhaltungspflichten anwendbare Recht von 2007”, Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander, Herausgegeben von Franco Lorandi und Daniel Staehelin, 2011, s. 729-746.
- LONG, Eimear: “The New Hague Maintenance Convention”, International and Comparative Law Quarterly, 57(4), 2008, s. 984-996.
- LORTIE, Philippe: “The Development of Medium and Technology Neutral International Treaties in Support of Post-Convention Information Technology Systems - The Example of the 2007 Hague Convention and Protocol”, Yearbook of Private International Law, Vol. X, Sellier.elp, Munich 2008, s. 359-365.
- O’CALLAGHAN, Elaine: “Annual Review of International Family Law 2009”, The International Survey of Family Law, Eds. Atkin, Bill/ Banda, Fareda, Jordan Publishing Limited, Bristol 2011.
- ÖZOĞUL, Mustafa: “2007 tarihli La Haye Nafaka Sözleşmesi”, Uluslararası Özel Hukuk Bülteni, S. 8 (Mayıs-Ağustos 2016).
- ROGERSON, Pippa: Collier’s Conflict of Laws, Fourth Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge: Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.
- TEKİNALP, Gülören/ UYANIK, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- WALKER, Lara: Maintenance and Child Support in Private International Law, Hart Publishing, Oxford 2015.
- ZUPAN, Mirela: “Innovations of The 2007 Hague Maintenance Protokol”, The Recovery of Maintenance in The EU and Worldwide (Edited by Paul Beaumont, Burkhard Hess, Lara Walker and Stefanie Spancken), Oxford 2014, s. 311-328.
- HCCH: “Convention on The International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance”, <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=131>>, (Erişim tarihi: 21.01.2018).

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN EN YENİ İHLALİ: WİKİPEDIA'YA ERİŞİM ENGELİ

THE LATEST VIOLATION OF FREEDOM OF EXPRESSION: BLOCKING ACCESS TO WIKIPEDIA

DOI: 10.21492/inuhfd.441416

Yavuz Selim KARAYAKA*

Özet

Bir ülkede demokrasinin egemen olduğunu gösteren en önemli verilerden biri bireylerin kendini özgürce ifade edebiliyor olmasıdır. Bu özgürlük ise hukukta ifade özgürlüğü kavramı altında kurumsallaşmıştır. Demokrasinin ayrılmaz parçası olan ifade özgürlüğü, iletişim araçlarının da özgür olmasını gerektirmektedir. Günümüzün en etkin kullanılan iletişim aracı olan internet ve internet tabanlı sosyal medyada da ifade özgürlüğünün sağlanmasının gerektiği şüphesizdir. Ne var ki Türkiye geleneğinde yaygın kullanılan sosyal medya araçlarına erişimin engellenmesi gibi bir durum vardır. Daha önce YouTube ve Twitter gibi dev sitelere uygulanan bu tedbir bugün de Wikipedia'ya uygulanmaktadır. Yıllar içinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken birtakım hususlar belirlenmiştir. Bu değerlendirmede esas olarak, üç aşamalı test olarak da bilinen, sınırlandırmanın kanunlarla düzenlenmiş olması, meşru bir amaca hasredilmesi ve demokratik toplum düzeninin bu tedbiri gerektirmesi şartlarının sağlanıp sağlanmadığı denetimi yapılmaktadır. Çalışmada, bu ölçütlerin belirlenmesinde ciddi katkısı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları asıl başvuru kaynakları olacaktır. Anayasa Mahkemesinin Twitter kararı da dikkate alınarak Wikipedia'ya erişim engeli değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: İfade özgürlüğü, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, İnternet, sosyal medya, erişimin engellenmesi tedbiri, Wikipedia,

Abstract

One of the most important indicators of a state ruled with democracy is that individuals who are able to express themselves freely. This freedom secured its position under the concept of freedom of expression in the law. Freedom of expression, which is an inseparable part of democracy, requires communication tools be free. There is no doubt that freedom of expression should be provided in the internet and internet-based social media, which are the most effective means of communication today. However, Turkey has a tradition as blocking access to widely-used social media. This measure, previously applied to the giant sites like YouTube and Twitter, is still applied to Wikipedia today. A number of points that should be followed in limiting the freedom of expression have been determined over the years. In this assessment, it is mainly investigated whether the

* Avukat, Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, (E-mail:yselimakarayaka@gmail.com) (ORCID: 0000-0001-6117-6606)

Makale Gönderilme Tarihi: 06.07.2018

Submitted: 06.07.2018

Makale Kabul Tarihi: 10.09.2018

Accepted: 10.09.2018

conditions are met -which also known as the three-stage test- that the limitation is regulated by the law and it is confined to a legitimate purpose and that the democratic society order requires this measure. The precedents of the European Court of Human Rights, which makes a significant contribution to the determination of these criteria, will be the main reference in the study. Taking into consideration the Constitutional Court's Twitter decision, blocking access to Wikipedia will be examined.

Keywords: Freedom of expression, restrictions to freedom of expression, internet, social media, access blocking, Wikipedia

İfade özgürlüğü insanlığın tüm mutluluklarının bağlı olduğu düşünsel mutluluğu için zorunludur. J.S. Mill

*Küresel bir köy haline gelecek dünyanın köy meydanı internet olacak.
Bill Gates*

I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE SOSYAL MEDYA

İnsanlığın tarih boyunca en önemli buluşlarından biri olan hukuk, var olduğundan bu yana hep hak ve adalet kavramlarıyla insan hayatına dokunmuştur. İlk hukuk metinlerinde dahi var olan yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi hakların yanına zaman içinde yeni haklar eklenmiştir. Bu haklardan biri de ifade özgürlüğü hakkıdır.

İfadenin korunmasının gerektiği fikri oldukça eskilere gitmektedir. Avrupa'da reform hareketlerinde muhalif sesler olarak ortaya çıkan Protestanların talepleri bu hakkın doğumunda etkin rol oynamıştır¹. Ne var ki ifade özgürlüğünün hukuki bir kurum olarak tanınması ancak İngiltere Haklar Bildirgesi'yle olmuştur². Bu özgürlüğün günümüzde kullandığımız anlamla kurumsallaşması ise 12 Haziran 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirgesi, 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi ve 1787 Amerika Birleşik Devletleri Federal Anayasası gibi düzenlemelerle gerçekleşmiştir³.

İfade özgürlüğü birçok metinde kendine yer bulmakla birlikte bu hakkın ciddi anlamda tartışılıp korunması demokratik devlet düzenlerinin

¹ AKGÜL, Mehmet Emin: "İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Millî Güvenlik Gerekeşiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (1), 2012, s. 4.

² İngiltere'de tanınan bu hak daha çok parlamentodaki temsilcilerin sözlerinden dolayı sorumsuzluğunu düzenlemektedir. Bu yüzden bu tarihteki ifade özgürlüğünü parlamenter bağışıklığı olarak değerlendirmek yerinde olacaktır. Daha fazla bilgi için bkz. ZOLLER, Elisabeth: "Freedom of Expression: Precious Right in Europe, Sacred Right in The United States", Indiana Law Journal, 84 (3), 2009, s. 803.

³ KAMBER, Suat: İfade Özgürlüğü, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Ankara 2012, s. 33.

ihyasıyla mümkün olmuştur. Abraham Lincoln'un tanımıyla 'halkın halk için halkı yönetmesi' olan demokrasinin işleyebilmesi için halkın yönetimde etkin şekilde yer alması gerekmektedir. Bu etkinlik Atina şehir devletlerinde seçkin bir grubun kararlara doğrudan katılımıyla olmaktadır⁴, son birkaç yüzyılda her yurttaşın oy kullanabildiği düzenli seçimlerle sağlanmaya çalışılmaktadır.

Toplumların kendi yönetimine katılabilmeleri yönetim işlerini ve dolayısıyla yöneticileri eleştirmeleriyle mümkün olmaktadır. Bu eleştiri kültürünün devamlılığını sağlamak amacıyla bu kanalların işler halde tutulabilmesi demokrasi kültürü olan ülkelerin en belirgin özelliklerindedir. Bu yüzdendir ki ifade özgürlüğü demokratik toplumun en temel şartlarından biri olarak görülmektedir⁵.

İfade özgürlüğü, en geniş anlamıyla fikir, inanış, kanaat, davranış veya duyguların şiddet içermeyen bir şekilde dış dünyaya aktarılmasının serbest olması demektir⁶. Ne var ki hukuki metinlerde kendine koruma bulan ifade bu denli geniş yorumlanmamaktadır. Hukuki terim olarak ifade özgürlüğündeki ifadenin terim anlamı düşünce ve kanaatlerin açıklanmasında başvurulan söz, yazı, resim veya diğer yollardır⁷. İfade özgürlüğünün kullanılacağı alanlar tahdidi olarak sayılmayarak zaman

⁴ KORKMAZ, Elif: "Demokrasi Kavramı ve Modern Demokrasi Kuramlarından Biri Olarak Müzakereci Demokrasi", Balcı, Muzaffer (ed.), Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler -V-, Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2016, s. 366.

⁵ ERDOĞAN, Mustafa: "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", Liberal Düşünce Dergisi, (24), 2001, s. 9.

⁶ ERDOĞAN, s.8.

⁷ T.C. 1982 Anayasası'nın Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti başlıklı 26. maddesinin tam metni şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir"

içerisinde bireylerin kendini ifade edeceği yeni alanların ifade özgürlüğünden faydalanmasının önü kapatılmamıştır. Nitekim tarihsel olarak daha geç dönemlerin ürünü olan kitle iletişim araçları ifade özgürlüğünün en çok ihtiyaç duyulduğu mecralardan biri olmuştur. Toplumu etkileme gücü nedeniyle bu araçlardaki ifadelerin daha sıkı korunmasının gerektiği kabul edilmektedir⁸.

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte insanların bilgi edinmede kullandığı araçlar da değişmektedir. Haber ve yorumları kitlelere ulaştıran gazete ve dergiler bu görevi radyo ve televizyonla paylaşmak zorunda kalmıştır. Özellikle son birkaç yılda cebimize kadar giren internet teknolojileri ise insanlar arasındaki bilgi ve fikir akışını daha da çeşitlendirmiştir. Gazete, radyo ve televizyon kullanıcıları pasif bir konumda olup, sadece bu kanallardaki bilgileri kabul edip etmemekte serbestlerdi. Okuyucu, dinleyici veya izleyici konumundaki insanlar beğenmediği içeriklere tepki olarak ancak başka gazete okuyabilir, radyo frekansını değiştirebilir veya diğer televizyon kanalına geçebilirdi. İnternet, ifadenin edinilmesi, yayılması ve paylaşılmasında oldukça önemli bir mecra olmakla birlikte diğer kitle iletişim araçlarından farklı özelliklere sahiptir. İnternetle birlikte kullanıcılar içerik üreticisi haline gelmişlerdir. Bu evrim ise demokratik toplum düzeninde sağlanması beklenen halkın kendini yönetmesini sağlamakta büyük bir adımdır.

İnternetin kullanıcılarına aktif bir katılım imkânı sunması yakın zamana kadar sistemli bir şekilde kullanılıyor değildi. İnternet siteleri yine büyük oranda tek yönlü olarak çalışmakta, kullanıcılar bu alanlara kısmen katılmaktaydı. Bu katılımın artırılıp sistemli hale getirilmesi ise sosyal medya kavramının doğuşuyla olmuştur.

En basit anlatımla kullanıcıların internet üzerinden yaptığı paylaşımlarla iletişim ağı kurmasını ifade eden sosyal medya ifadesindeki sosyal kelimesi Latince kökenli bir kelimedir. Latince “*yoldaş, ortak, müttefik*” anlamlarında kullanılan “*socius*” kelimesi, “*alis*” son ekiyle birlikte “*socialis*” halini almıştır⁹. Buradan Fransızca ve İngilizce’ye geçen bu kelime “*social*” şeklinde kullanılmaktadır. Kelimenin Latince’deki yoldaş anlamının yanında “*topluma uygun, toplumu gözetten,*

⁸ ŞEN, A. Fulya / ŞEN, Y. Furkan: “Sosyal Medya, İletişim Hakkı ve İfade Özgürlüğü Üzerine Bir Değerlendirme”, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 17 (2), 2015, s. 128.

⁹ Nişanyan Sözlük: “sosyal”, <http://www.nisanyansozluk.com/?k=sosyal%20medya&view=annotated>, (Erişim Tarihi: 10.06.2018)

toplumsa” anlamları da bulunmaktadır. Türkçe’ye sosyal olarak geçen bu kelime, TDK’de “*toplumla ilgili olan, toplumsal, içtimai*” olarak tanımlanmaktadır.

Sosyal medyanın içindeki diğer kelime medya da aslen Latince kökenlidir. Latince’de aradaki şey anlamına gelen “*medium*” kelimesinin çoğulu olan “*media*” “*araçlar, aracılar*” anlamına gelmektedir¹⁰. Buradan İngilizce’ye geçen kelimenin sözlükteki karşılığı *araçlar, özellikle basın yayın araçlarıdır*¹¹. Türkçe’ye medya olarak geçen kelimenin TDK’deki karşılığı “*iletişim ortamı, iletişim araçları*” şeklindedir¹². Medya kavramı içinde birçok ayrı kavram ve terim olmakla birlikte akla ilk olarak gazete, radyo, televizyon gibi kitle iletişim araçları gelmektedir. İnternet sonrası dönemdeki iletişim araçlarını ifade için ise yeni medya ifadesi kullanılmaktadır¹³.

Sosyal medya kavramı oldukça geniş olup paylaşım yapmayı mümkün kılan internet sitelerini, bu sitelerdeki sanal ilişkileri, blog veya sözlükler gibi tek yönlü bilgi akışının olduğu platformları da kapsamaktadır. Bu çalışmada kullanılan sosyal medya teriminden ise *internet kullanıcılarının etkileşime geçmesi şart olmaksızın karşılıklı iletişimin mümkün olduğu paylaşım siteleri* anlaşılmalıdır. Çalışmanın konusu olan Wikipedia sitesi ise kullanıcılarına içerik üretme ve paylaşma imkânı vermesinin yanında kullanıcıları arasında iletişim kanalları da sunmaktadır. Buna göre Wikipedia sosyal medya olarak değerlendirilmelidir.

II. SOSYAL MEDYADA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

Özgürlüklerin doğası gereği kimi kısıtlamalara tabi olduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Bu yüzden Wikipedia’ya getirilen erişim engelini değerlendirmeden önce ifade özgürlüğünün sınırlandırılması usulünü görmemiz gerekmektedir.

¹⁰ Wiktionary: “Media”, https://en.wiktionary.org/wiki/media#Etymology_1, (Erişim Tarihi: 10.06.2018)

¹¹ Oxford Living Dictionaries: “Media”, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/media>, (Erişim Tarihi: 10.06.2018)

¹² Türk Dil Kurumu: “medya”, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ac0e0a8dc3a15.31766364, (Erişim Tarihi: 10.06.2018)

¹³ BULUNMAZ, Barış: “Yeni Medya Eski Medyaya Karşı: Savaşı Kim Kazandı ya da Kim Kazanacak?”, Karadeniz Teknik Üniversitesi İletişim Araştırmaları Dergisi, 4(7), 2011, s. 24.

İfade özgürlüğü, yerel ve uluslararası anlamda birçok kanun ve sözleşmeye konu edilmiştir. Tüm bu düzenlemeler içinde etki kabiliyetleri göz önünde bulundurulduğunda yerel anlamda Anayasa, uluslararası anlamda ise AİHS hükümlerinin öncelikle incelenmesi en doğrusu olacaktır.

İfade özgürlüğü, Türkiye Cumhuriyeti'nin 1982 tarihli Anayasası'nın 26. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”

İfade özgürlüğü alanında 26. maddeyle getirilmiş özel sınırlama sebepleri uygulanırken Anayasa'nın 13. maddesinin de gözetilmesi gerekmektedir¹⁴. Buna göre, maddede gösterilen sebeplerin varlığı halinde dahi sınırlandırmalar hakkın özüne dokunmamalı, kanunla getirilmiş olmalı, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.

AİHS'nin 10/2. maddesinde ifade özgürlüğünün tanımı yapılmaksızın nasıl sınırlandırılaacağı düzenlenmiştir. Buna maddeye göre:

“Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

¹⁴ T.C. 1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması başlıklı 13. maddesinin tam metni şöyledir: *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*

Anayasa ve Sözleşme'nin ilgili maddelerinin genel itibariyle benzer düzenlemeler olduğu görülmektedir¹⁵. Anayasa'da Sözleşme'den farklı olarak devletin milletiyle bölünmez bütünlüğü, milli egemenlik ve cumhuriyetin korunması sebepleri sayılmıştır. Devletlerin Sözleşme'de belirtilenden daha geniş sınırlandırma yetkisinin olması Sözleşme'ye aykırılık olarak görülmemelidir. Aksini düşünmek Sözleşme'ye üye tüm devletlerin yerel şart ve düzenlemelerinin olabildiğini reddetmek olup devletlerin egemenlik alanlarını Sözleşme'nin ruhuna aykırı derecede kısıtlamak olacaktır¹⁶. Bununla birlikte, takdir yetkisi de denen devlete tanınan müdahale alanı kötüye kullanılmamalıdır. Devletlerin bu alanı kötüye kullanıp kullanmadığı AİHM tarafından her somut olayda ayrıca değerlendirilmektedir¹⁷.

AİHS'de toprak bütünlüğü, ulusal güvenlik ve kamu emniyeti gibi sınırlama şartların kaleme alındığı dönemdeki önemini yitirdiği veya günlük hayattaki karşılığı değiştiği için konuya farklı yaklaşımları kabul etmeyi ve belki yeniden kanunlaştırmayı gerektirmektedir. Yazılı metinlerin kimi noktalarda eksik ve yetersiz kalmasına rağmen Sözleşme metnini değiştirmeksizin günümüze uygun bir korunmanın sağlanması mümkündür. Bunun ise ancak “yasalarda öngörülen” ve bu amaçlara ulaşmayı mümkün kılan “demokratik bir toplumda gerekli” önlemleri almakla mümkün olduğu genel kabul görmektedir. Tartışmaların yoğunlaştığı yer üç basamaklı test olarak da adlandırılan yasallık, meşruiyet ve ölçülülüğü içeren gereklilik denetiminde olmuştur¹⁸.

Karar makamları geleneksel medya organlarında ifade özgürlüğü ihlali iddialarında uygulanan üçlü kontrolün sosyal medyada ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sırasında da uygulanması gerektiğini düşünmektedir¹⁹. Bu görüşe uygun olarak 1 Haziran 2011 tarihinde yayınlanan İfade Özgürlüğü ve İnternet Üzerine Ortak Deklarasyon'da ifade özgürlüğünün diğer tüm iletişim araçları gibi internette de

¹⁵ ÖZBEY, Özcan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (106), 2013, s. 48.

¹⁶ SUNAY, Reyhan: “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, s. 79.

¹⁷ AİHM: Bergens Tidende ve diğerleri v. Norveç, Başvuru No. 26132/95, 02.05.2000, p.48; Nilsen ve Johnsen v. Norveç, Başvuru No. 23118/93, 25.11.1999, p.43

¹⁸ BENEDEK, Wolfgang / KETTEMANN, Matthias.C: İfade Özgürlüğü ve İnternet, Matbam Ajans&Reklam&Tanıtım, Ankara 2014, s. 39.

¹⁹ AİHM: Ahmet Yıldırım v. Türkiye, Başvuru No. 3111/10, 18.12.2012, p.54; aynı karar, Paulo Pinto De Albuquerque'nin Mutabakat Şerhi; Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukrayna, Başvuru No. 33014/05. 05.05.2011, p.30.

korunması gerektiği, internette ifade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamaların uluslararası standartlara uygun olması gerektiği belirtilmiştir²⁰.

İfade özgürlüğünün ihlali iddiasıyla AIHM'ye yapılan bir başvuruda Mahkeme, internet sitelerinin güncel haberlere erişimin ve daha genel olarak bilginin iletilmesinin kolaylaşmasına hizmet ettiği gerekçeleriyle internetin bütün olarak ifade özgürlüğünün korumasında olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır²¹. Ayrıca, ifade özgürlüğünün sadece haber içerikleriyle ilgili olmadığı, haberin veya düşüncenin yayılmasını sağlayan araçlar için de sağlanması gerektiği de eklenmiştir. Haber ve düşünce aktarımı için kullanıldığı konusunda en ufak bir şüphe olmayan internet ve sosyal medya araçlarının ifade özgürlüğü anlamında korunmalarının gerektiği açıktır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nda geçtiğimiz yıllarda alınan ve Türkiye de dâhil 47 ülkenin temsilcilerince imzalanan bir kararda internette ifade özgürlüğü kullanımının insan hakkı niteliğinde olduğu düzenlenmiştir. İnsanların normal hayatta kullandıkları haklar herhangi bir değişiklik veya sınırlamaya tabi olmaksızın tüm medya türlerinde geçerlidir. İnternetin doğasından gelen açıklık ve evrenselliğiyle beraber farklı formlara dönüşümü mümkün olup hepsi korunmalıdır²².

Ulusal anlamda en üst mahkeme olan Anayasa Mahkemesi kamuoyunda "Twitter Kararı" olarak da bilinen kararında başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması açısından internetin önemli bir araçsal değeri olduğu sonucuna varmıştır. İnternet alt yapısını kullanan sosyal medya da kişilerin bilgi ve düşüncelerini paylaşmada, yaymada ve açıklamada vazgeçilmez niteliktedir. Tüm bu veriler ışığında, günümüzde düşünce açıklamanın en yaygın ve etkili yolu

²⁰ Oldukça geniş katımlı bu deklarasyonda Birleşmiş Milletler Düşünce ve İfade Özgürlüğü Özel Raportörü, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Medya Özgürlüğü Temsilcisi, Amerikan Devletler Örgütü İfade Özgürlüğü Özel Raportörü ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu İfade Özgürlüğü ve Bilgiye Erişim Özel Raportörü gibi alanında etkin ve söz sahibi kişilerin imzaları bulunmaktadır. Daha geniş bilgi için bkz. Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet: <http://www.osce.org/fom/78309?download=true>, (Erişim Tarihi: 16.06.2018)

²¹ AIHM: Times Newspapers Limited v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 3002/03, 23676/03, 10.03.2009, p. 27.

²² United Nations General Assembly Human Rights Council. "Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development". (Thirty-Second Session). (2016, June 27), p.1.

olan internet ve sosyal medya araçlarıyla ilgili düzenlemeler yapılmadan önce çok dikkat edilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır²³.

A. Hukuken Öngörölmüş Olma

Sözleşmenin 10/2. ve Anayasa'nın 13. maddeleri gereğince ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için üç ayrı koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan ilki hukuken öngörölmüş olmaktır²⁴. AİHM ve AYM de önüne gelen davalarda ilk olarak yasallık veya kanunilik olarak da adlandırılan bu şartın sağlanıp sağlanmadığına bakmaktadır²⁵.

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin kanunla olması gerektiği Anayasa'da ve AİHM içtihatlarında hüküm altına alınmıştır. Ancak burada şekli değil, maddi anlamda kanunun anlaşılması gerektiği kabul görmektedir²⁶. Maddi anlamda kanundan ise yasama organınca yapılması şartı olmaksızın genel, soyut ve objektif düzenlemeler anlaşılmalıdır²⁷. Common Law'ın yazısız özellikli olması AİHM'nin bu yönde karar almasını özellikle etkilemiştir. İngiltere'ye karşı yapılan başvurularda düzenlemelerin şekli anlamda kanun olmadığından bahisle ihlal kararı vermenin Sözleşmenin ruhuna aykırı olacağı hükmüne varılmıştır. İngiltere'nin taraf olduğu Sunday Times (1979) ve Silver (1983) başvurularında yasallık konusundaki içtihatlar yerleşmiştir²⁸. Söz konusu başvurularda yazılı kanunların yanında örf ve adet hukukunun da Sözleşme kapsamında kanun olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir²⁹.

Türkiye'de 2007'de yürürlüğe giren 5651 sayılı "*İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*"a dayanılarak

²³ AYM: Yaman Akdeniz ve diğerleri, Başvuru No. 2014/3986 E. 02.04.2014 (Twitter Kararı)

²⁴ BENEDEK / KETTEMANN, s.38.

²⁵ SAĞLAM, Abdi: "AİHS'ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (25), 2016, s. 84.

²⁶ AİHM: The Sunday Times v. Birleşik Krallık (No.1), Başvuru No. 6538/74, 26.04.1979, p.47; Silver ve diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 5947/72, 25.03.1983, p.88.

²⁷ AİHM: The Sunday Times v. Birleşik Krallık (No.1), p.49.

²⁸ FENDOĞLU, Hasan Tahsin: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (25), 2016, s. 14.

²⁹ AİHM: The Sunday Times v. Birleşik Krallık (No.1), p.47.

sosyal medyaya müdahale edilmektedir. 5651 sayılı kanunun gerekçesinde Anayasa'nın 41.³⁰ ve 58.³¹ maddelerine gönderme yapılmaktadır³².

Kanun esasen 5237 sayılı TCK'de yer alan bazı suçların internet ortamında işlenmesi halinde alınması gereken adli ve idari tedbirleri düzenlemektedir. Kanunda bu tedbirleri soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkemenin vereceği öngörülmüştür. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcıya da muvakkat tedbir yetkisi tanınmıştır³³. Kanun gereği erişim engelleme yetkisi verilen makamlar bunlarla sınırlı değildir. Erişim sağlayıcının yurt dışında olması veya yurt içinde olsa dahi çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş

³⁰ T.C. 1982 Anayasası'nın Ailenin Korunması başlıklı 41. maddesinin tam metni şöyledir: *"Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar"*

³¹ T.C. 1982 Anayasası'nın Gençliğin Korunması başlıklı 58. maddesinin tam metni şöyledir:

"Devlet, istiklâl ve cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetiştirme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır."

Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır."

³² Adalet Komisyonu raporunda bu kanunun hazırlık aşamasında "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi" ve Alman Tele Hizmetler Kanunu'ndan (*Gesetz über die Nutzung von Telediensten – Teledienstegesetz*) faydalanıldığını belirtiyorsa da bu etki oldukça sınırlı kalmıştır. Adalet Bakanlığı'nın taslağının aksine kanun yeni suçlar ihdas etmeyip bir siber suç kanunu olarak nitelendirilemez. Türkiye Büyük Millet Meclisi: <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1914.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.06.2018)

³³ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/2. maddesi erişim engelleme usulünü şu şekilde düzenlemiştir:

"Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. (Ek cümle: 6/2/2014-6518/92 md.) Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir."

suçlarının oluştuğu kanaati oluşursa BTK Başkanı da resen bu sitelere erişimi engellemeye yetkilidir³⁴.

B. Sınırlama Nedenleri

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında dikkat edilecek bir diğer husus ise sınırlandırma sebeplerinin belirli olmasıdır³⁵. Özgürlüğün kullanılması esas, sınırlandırılması istisna olduğundan bu istisnaların neler olduğunun belirlenmesi ve bunların dar yorumlanması gerekmektedir³⁶.

Anayasa ve AİHS'de ifade özgürlüğünün sınırlandırma sebepleri sayılarak belirlenmiştir. Anayasa'da bu özgürlüğün ancak millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlığın, genel ahlâkın, başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatının korunması, suçların önlenmesi, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanması, savaş kışkırtıcılığının engellenmesi, her türlü ayrımcılık, düşmanlık veya kin ve nefret savunuculuğunun önlenmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği düzenlenmiştir³⁷. Bu sayılan sebepler dışında herhangi bir sebeple sınırlandırma yapılması hakkın ihlali olarak görülecektir.

5651 sayılı kanunda erişim engelleme tedbiri için bazı suç tiplerinin işlendiğine dair yeterli şüphenin oluşması aranmaktadır. Bu suçlar TCK'da düzenlenmiş olan intihara yönlendirme (madde 84), çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194), müstehcenlik (madde 226), fuhuş (madde 227), kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228) suçları ve 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk aleyhine işlenen suçlar olarak sıralanmıştır³⁸.

³⁴ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/4 maddesinde BTK Başkanı'na yetki verilen haller şöyle sayılmıştır:

"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkan tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir."

³⁵ ÖZBEY, s.58.

³⁶ SUNAY, s.78.

³⁷ T.C. 1982 Anayasası'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında bu haller sayılmıştır.

³⁸ 5651 sayılı kanunun 8/1-a bendinde bu suç tipleri sayma yöntemiyle gösterilmiştir.

C. Demokratik Toplumda Gerekli Olma

Anayasa ve Sözleşmede demokratik toplumun gerekleri temel ilkelerden biri olarak düzenlenmiştir³⁹. Bu durum ise maddelerde yazılı olmasa dahi bu ilkenin gözetilmesini gerektirmektedir. Kullanılmasının demokratik bir toplum için zorunlu olduğu birçok karar ve düzenlemede kabul edilen ifade özgürlüğünün kısıtlanması sırasında bu şartın sağlanmış olması çok daha önemlidir.

Demokratik toplumun gerektirdikleri ifadesinin kapsamına ölçülülük, zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç olma ve daha hafif bir tedbirle hedeflenen amaca ulaşılamıyor olmasının girdiği kabul edilmektedir⁴⁰.

1. Ölçülülük

Demokratik toplum düzeninin sağlanması sırasında hakka getirilecek kısıtlamaların sınırının belirlenmesinde belki de en hassas ilke ölçülülüktür. Yasalarla düzenlenmiş, nedene bağlı amaca ulaşma konusunda gerekli olduğu düşünülen bir tedbirin diğer tüm ölçütlere uygun olmasına rağmen her olayda değişen şartların da etkisiyle tam olarak tanımlanamayan ölçülülük ilkesine aykırı düşmesi mümkündür. Yine de ölçülülüğü tanımlamak gerekirse en geniş ifadeyle “sınırlandırmada kullanılan araçlar ile korunması amaçlanan değerler arasındaki makuliyet” olarak ifade edilmektedir⁴¹.

2. Zorlayıcı Sosyal İhtiyaç

Demokratik toplum düzeninin sağlanması denetimi yapılırken ölçülülük testiyle yetinilmemektedir. Sözleşmenin 10/2 maddesinde ifadesini bulan gereklilik de her başvuru açısından ayrıca değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmeler sırasında “gerekli” ifadesinin zorunlu ve yararlı arasında bir karşılığı vardır. Ancak gerekliliğin ne olmadığı tespitini tek başına yeterli değildir. Bu yüzden mahkeme gerekliliğin karşılığı olarak zorlayıcı sosyal ihtiyaç (pressing social need) ifadesini kullanmaktadır⁴².

Zorlayıcı sosyal ihtiyacın belirlenmesi sırasında birçok toplumsal unsur değerlendirmeye alınmaktadır. Bu yüzden tek başına kamu güvenliği meşru sınırlama sebebi olarak yeterli olmayacaktır. Kamu

³⁹ ÖZBEY, s.53.

⁴⁰ AİHM: Coster v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 24876/94, 18.01.2001, p.104; S. ve Marper v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008, p.101; Glor v. İsviçre, Başvuru No. 13444/04, 30.04.2009, p.94.

⁴¹ SAĞLAM, s.56.

⁴² AİHM: Döner ve diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 29994/02, 07.03.2017, p.100.

güvenliğinin yanı sıra halkın ilgisi, hakkın konusu ve tarafların rızası gibi durumlar da bu ihtiyacın belirlenmesinde esas alınmalıdır⁴³.

3. Son Çare Olma

Sosyal medyaya getirilecek erişim engelleme tedbiri son çare niteliğinde olmalıdır. Erişim engellemeyle elde edilmesi beklenen sonuca başkaca yollarla ulaşılabilmesi mümkün görülebiliyorsa bu yolun denenmesi gerekmektedir⁴⁴. Söz gelimi, içerik veya yer sağlayıcının uyarılması ile tedbire konu içeriğin kaldırılması yolu denenmeden doğrudan erişim engeli koyulması son çare ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

D. Özgürlüklerin Sınırlanmasında Devlete Tanınan Takdir Yetkisi

Mahkeme, kendisine yapılan başvuruları incelerken yerel bir karar organı olarak değil, Sözleşme gereği tamamlayıcı olarak görev yapmaktadır. Nitekim Sözleşme ve protokollerin asıl uygulayıcısı taraf devletler olup, ancak bir uyuşmazlık çıkması halinde Mahkeme devreye girecektir⁴⁵. Devletler ile Mahkeme arasında böyle bir ilişkinin olması başvuruların incelenmesi sırasında dikkat edilmesi gereken takdir yetkisinin kaynağı olarak görülmektedir⁴⁶.

Takdir yetkisinin teorik gereklilikten çok pratik gerekliliklerden doğduğu ifade edilmektedir. Dönemin koşullarının esaslı şekilde değişmesine rağmen Sözleşme'nin uygulanabilirliğini devam ettirmek, taraf devletlerle arada çıkabilecek anlaşmazlıklarda uzlaşabilmek gibi bazı durumların takdir yetkisi kuramının doğmasına yol açtığını savunanlar da vardır⁴⁷. Bununla beraber kimilerine göre ise takdir yetkisi adı altında verilen her bir taviz Sözleşme'nin orijinal halinden biraz daha uzaklaşmaya neden olmakta, her somut olay için ayrı değerlendirmenin

⁴³ KOHNSTAMM, Jacob: Opinion 01/2014 on the Application of Necessity and Proportionality Concepts and Data Protection within the Law Enforcement Sector. Brüksel; Data Protection Working Party, Brüksel 2014.

⁴⁴ KARAN, Ulaş: "Sosyal Medya ve Azınlıklar: Uluslararası Standartlar ve Bazı AB Üyesi Ülkelerin Mevzuatı ile Türkiye Mevzuatının Karşılaştırılması", http://www.sosyalmedyaveazinliklar.com/uploads/2/9/5/4/2954793/legal_framework_research_in_the_eu_and_turkey-3.0.pdf, (Erişim Tarihi: 16.06.2018) s. 131.

⁴⁵ FUGLISTALER, Gabriel: The Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights' Post-2011 Jurisprudence, IDHEAP, Lozan 2016, s. 15.

⁴⁶ TÜRMEK, Rıza: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", Yargıtay Dergisi, 28(1-2), 2002, s.202.

⁴⁷ ATAKAN, s.31.

yapılması gerekçesiyle Mahkemenin kararlarındaki öngörülebilirlik kaybolmaktadır⁴⁸.

Kararların öngörülebilir olmadığı itirazlarına karşılık Mahkemenin önüne gelen başvuruları değerlendirmeye tabi tuttuğu standart bir test oluşmuştur⁴⁹. Bu testin ana başlıklarını müdahalenin dayandığı meşru amaç, sözleşmecî devletlerin ortak tavrı, ilgili hakkın niteliği ve müdahalenin devlet politikasının bir parçası olması şeklinde sıralayabiliriz.

III. WIKIPEDIA'YA ERİŞİMİN ENGELLENMESİ

Wikipedia, kendini, kullanıcıların birçok farklı dilde hazırladığı özgür, bağımsız, reklamsız, ücretsiz, kar amacı gütmeyen internet ansiklopedisi olarak tanıtmaktadır⁵⁰. Yüzbinlerce kullanıcının meydana getirdiği içerikler internet kullanıcılarının erişimine sunulmaktadır. 300'den fazla dilde hazırlanmış yaklaşık 50 milyon makalenin yer aldığı site internetin yaygınlaşmasıyla insanların bir konuyla ilgili bilgi edindiği birincil kaynaklardan biri konumuna yükselmiştir⁵¹. Dünya genelinde en çok tıklanan 5. site olan Wikipedia⁵², kullanıcılarına paylaşım yapma ve paylaşımları yorumlama imkanı da sunmaktadır.

Wikipedia'nın bu denli yoğun kullanılıyor olması devlet organlarının da bu alana olan ilgisini artırmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin ilgili kurumları, daha önce YouTube ve Twitter'a getirdiği erişim engellerinin bir benzerini yakın zamanda Wikipedia'ya da uygulamıştır. 29 Nisan 2017'de siteye girmeye çalışan kullanıcılar 5651 sayılı kanun gereğince yapılan teknik ve hukuki inceleme neticesinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nun aldığı kararla idari tedbir uygulanarak erişime kapatıldığı uyarısını almışlardır⁵³. Erişim engelleme tedbirinin kaldırılması için yapılan başvurunun ardından sitenin İngilizce versiyonunda yer alan **'Suriye İç Savaşı'na Yabancı**

⁴⁸ ATAKAN, s.32.

⁴⁹ AİHM: Buckley v. Birleşik Krallık, Başvuru No.20348/92, 25.09.1996, p.76; Leyla Şahin v. Türkiye, Başvuru No. 44774/98, 29.06.2004, p.99-115.

⁵⁰ Wikipedia: "Introduction", <https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Introduction>, (Erişim Tarihi: 13.06.2018)

⁵¹ BARNETT, David: "Can We Trust Wikipedia? 1.4 Billion People Can't Be Wrong", https://www.independent.co.uk/news/long_reads/wikipedia-explained-what-is-it-trustworthy-how-work-wikimedia-2030-a8213446.html, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

⁵² Alexa: "wikipedia.org Traffic Statistics", <https://www.alexa.com/siteinfo/wikipedia.org>, (Erişim Tarihi: 16.06.2018)

⁵³ Turkey Blocks: "Wikipedia Blocked in Turkey", <https://turkeyblocks.org/2017/04/29/wikipedia-blocked-turkey/>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

Müdahalesi' (Foreign involvement in the Syrian Civil War) ve **'Devlet Destekli Terörizm'** (State-sponsored terrorism) maddelerinde Türkiye'ye ayrılan bölümlerin engellemeye sebep olduğu cevabı verilmiştir⁵⁴. Söz konusu kararın kaldırılması için Ankara 1. Sulh Ceza Hakimliğine yapılan başvuru ise reddedilmiştir. Wikipedia yetkilileri son çare olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlar, söz konusu başvuru ise halen görüşülmemiştir⁵⁵.

Wikipedia'ya erişim engeliyle ilgili olarak adli makamların kararlarının yanında hükümet yetkilileri ve BTK Başkanı'nın açıklamalarına kısaca bakmak yerinde olacaktır. Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliği verdiği ret kararında ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki en temel haklardan olmakla birlikte sınırsız olmadığını, şartların oluşması halinde ölçülü bir sınırlandırmanın yapılabileceğini belirtmiştir. Ayrıca 20 Temmuz 2016'da olağanüstü hal gerekçesiyle AİHS'nin geçici olarak askıya alındığını ve askıya alınamayacak haklar arasında ifade özgürlüğünün olmadığını da eklemiştir. Erişim engeline gerekçe gösterilen içeriklerin uluslararası platformlarda ve ülke içerisinde ülke itibarını ve saygınlığını zedeleyeceği kanaatine varıldığı, terörü destekleyen bir ülke izlenimi verdirerek haksız saldırıda bulunduğu ifade edilmiştir. Erişim engelleme tedbirinin esasen URL engelleme yönetimiyle yapılmasına hükmedildiği, söz konusu adreslerin şifreli olmasından dolayı bunun mümkün olmadığı, sitenin uyarılmasına karşın içeriklerin kaldırılmadığı, tüm bu sebeplerle siteye erişimin tamamen engellenmesinin yerinde olduğu hükmüne varılmıştır⁵⁶. Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanı Ahmet Arslan, erişim engelleme kararının ölçülülük ve orantılılığın gözetilerek alındığını söylemiştir⁵⁷. BTK Başkanı Ömer Fatih Sayan ise kendilerine engel konusu içeriklerin kaldırıldığı söylenmesine rağmen sadece makaledeki bazı cümlelerin ayıklandığını, makalenin halen sitede durduğunu belirtmiştir. Wikipedia

⁵⁴ Diken: “‘Devlet Destekli Terörizm’: Wikipedia'ya Erişim Engelinin Nedeni İki İngilizce Madde”, <http://www.diken.com.tr/devlet-destekli-terorizm-wikipediaya-erisim-engelinin-nedeni-iki-ingilizce-madde/>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

⁵⁵ NTV: “Wikipedia Anayasa Mahkemesi'ne Başvurdu”, <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/wikipedia-anayasa-mahkemesine-basvurdu.p3tezeQnhk-7OaFGkuyCQw>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

⁵⁶ Takvim: “Mahkemeden Wikipedia Kararı”, <https://www.takvim.com.tr/guncel/2017/05/05/mahkemeden-wikipedia-karari>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

⁵⁷ Birgün: “Bakan Arslan'dan Wikipedia Açıklaması”, <https://www.birgun.net/haber-detay/bakan-arslan-dan-wikipedia-aciklamasi-199201.html>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

benzeri sitelerin erişime engellenmesini istemediklerini ancak bu halde de erişime açamayacaklarını eklemiştir⁵⁸.

A. Erişim Engeli Tedbirinin Değerlendirmesi

İnternet sitelerine getirilen erişim engellerinde yapılan üç basamaklı testten çalışmanın önceki kısımlarında bahsedilmişti. Bu teste göre önce tedbirin kanuni olup olmadığına bakmamız gerekmektedir. Wikipedia'ya erişim engeli ilk etapta mahkeme veya savcılığın değil BTK'nin kararıyla konulmuştur. 5651 sayılı yasanın 8/A-1 fıkrasında milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ilgili bakanlığın talebiyle BTK Başkanı içeriğin çıkarılması veya erişim engelleme tedbirine karar verebilmektedir. Kararın alınmasından sonraki 24 saat içerisinde söz konusu karar sulh ceza hâkiminin onayına sunulmalıdır. Bu maddelere göre Türkiye Cumhuriyeti'nin terörist organizasyonları desteklediğine dair iddiaları barındıran Wikipedia makalelerin milli güvenlik ve kamu düzenini bozacağı düşünülerek bu yol tercih edilmiştir. AİHM, idari makamlara verilen yetkinin kapsam ve usulünün açıklıkla belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir⁵⁹. İzlenen bu yolun şeklen kanuna uygun olduğu söylenecek olsa da bakanlık ve BTK'ya bu denli geniş yetkiler verilmesi kanunilik ilkesinin ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Ayrıca erişim engellemeye gerekçe olarak gösterilen içerikler İngilizce olup daha çok yabancı kullanıcıların kullanımına açıktır. Bu içeriklerin Türkiye kamu düzenini bozacağını söylemek pek mümkün değildir.

Gereklilik testinin ikinci basamağında yer alan nedene bağlılık testinde hakkın sınırlanmasında dayanılabilecek hususlar arasında milli güvenlik ve kamu düzeni gösterilmiştir. AİHM kararlarında ifadelerin şiddet, kin ve nefrete davet etmediği sürece sınırlandırmaya tabi olmaması gerektiği belirtilmektedir⁶⁰. Mahkemenin verdiği kararlarda incelemenin daha çok ifadelerin terörü ve terör örgütlerini övme kapsamında yapıldığı görülmektedir. Wikipedia'daki makalelerde ise terör veya terör örgütü övücülüğü söz konusu olmayıp, Türkiye Cumhuriyeti'nin terör örgütüne destek verdiği iddiaları vardır. Bu anlamda ifadelerin şiddeti ve terörü desteklemesinden farklı bir durum söz konusudur. Söz konusu

⁵⁸ Yurt: "BTK Başkanı Ömer Fatih Sayan: Wikipedia ve Benzeri Servisler Ülkemizde Olmalı", <http://www.yurtgazetesi.com.tr/gundem/btk-baskani-omer-fatih-sayanwikipedia-ve-benzeri-servisler-ulkemizde-h79108.html>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

⁵⁹ AİHM: Ahmet Yıldırım v. Türkiye, p.59.

⁶⁰ AİHM: Erbakan v. Türkiye, Başvuru No. 59405/00, 06.07.2006; Sürek v. Türkiye, Başvuru No. 26682/95, 08.07.1999.

makalelerdeki ifadelerin halkın kin ve nefretine neden olması durumu ise fiili olarak pek mümkün değildir. Makaledeki ifadeler her ne kadar saldırgan ve gerçeği yansıtmıyor da olsa etki gücü ve ulaşılabilirliği itibariyle kamuoyunun kin ve nefretini çekecek bilinirliğe ulaşmamıştır.

Gereklilik testinin üçüncü ve son basamağında yer alan demokratik toplumun gereği olma şartının ilk basamağı ölçülülüktür. Wikipedia'ya getirilen engelin ilk olarak URL engelleme yöntemi şeklinde olduğu, bunun teknik olarak mümkün olmadığı için sitenin tamamen engellendiği açıklanmıştır. 140'tan fazla dilde içerik sağlanan bu sitenin İngilizce versiyonunda yer alan iki makaleden dolayı sitenin tamamen kapatılmasının ölçülü olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Mahkeme, benzer bir başvuruda internetteki bilgilerin çoğunluğuna erişim engellenmesinin internet kullanıcılarının haklarının ihlali olacağına hükmetmiştir⁶¹. Üstelik Wikipedia yetkililerinin beyanlarına göre söz konusu makalelerin kaldırılması site prensipleri gereği kıdemli yazarlarca karar verilebilecek bir durumdur. Kıdemli yazarlar sitedeki içeriklerle ilgili şikayet geldiğinde makalelerde doğrulanabilir ve güvenilir kaynakların kullanıldığına, bu kaynaklara doğru atıf yapıldığına ve dilin objektifliğinin sağlandığına kanaat getirirse makaleler kaldırılmamaktadır⁶². Türkiye'nin ilgili şikâyetinden sonra da makaleler kaldırılmamakla birlikte rahatsız edici olduğu düşünülen ifadelerin değiştirildiği veya kaldırıldığı ifade edilmektedir. Buna karşın sitenin tamamına erişimin engellenmesi tedbiri halen devam etmektedir.

Demokratik toplumun gereklerinin sağlanmasında gözetilecek ikinci husus ise zorlayıcı sosyal ihtiyaç olarak gösterilmektedir. Çalışmanın önceki kısımlarında da değinildiği üzere içerik İngilizce olarak yayınlanmış olup, erişim engeli konulmasına değin kamuoyunda hiçbir tepki veya rahatsızlık meydana getirmemiştir. Esasen erişim engelleme ile birlikte bu makalelerden Türkiye kamuoyu haberdar olmuştur. Bu anlamda toplumun bu içeriklerin varlığından dolayı ciddi rahatsızlık duyduğunu ve kaldırılması için ilgili yerlere ciddi baskı yaptığını söylemek de pek mümkün değildir.

Demokratik toplumun gerekliliğinde yer alan son çare olma ilkesi ise burada gerçekleşmiş görünmektedir. Yetkililerin beyanlarına göre

⁶¹ AİHM: Ahmet Yıldırım v. Türkiye, p.66.

⁶² Sputnik Türkiye: "Wikipedia Yetkilisi: Türkiye'yi Rahatsız Eden İçerikler Değişti, Neden Hala Erişim Engeli Var?", <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201801171031840319-wikipedia-turkiye-erisim-engeli-katherine-maher/>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

Wikipedia sitesi önceden bilgilendirilmiş, içerikler ısrarla kaldırılmadığı için siteyi tamamen erişime kapatma yoluna gidilmiştir.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında dikkat edilecek esaslardan bir diğeri devlete tanınan takdir yetkisinin aşılmamasıdır. Kamu düzeni ve milli güvenliğin söz konusu olduğu hallerde devlete tanınan takdir yetkisi ifadenin terörü ve şiddeti teşvik etmesi halinde oldukça geniş olmaktadır diğere durumlarda daha dardır. Wikipedia'daki ifadelerin terörü teşvik etmekten çok Türkiye'yi terörü teşvik etmekle suçlaması durumu vardır. İfade özgürlüğünde korunan ifadeler her zaman doğru olmak durumunda olmayıp doğru görünüyorsa yeterlidir. İçerik üreticilerine oldukça geniş takdir hakkı tanıyan Wikipedia'da her türlü içeriğin doğruluk testinden geçirilmesi mümkün değildir. Buna karşın bu özgürlük sınırsız olmayıp her türlü bilgi ve yorumu paylaşmayı da kapsamamaktadır. Rahatsız edici ifadelerin de ifade özgürlüğünden yararlanması gerektiği gerçeğiyle birlikte bu ifadelerin Türkiye'ye saldırı niteliğinde mi yoksa rahatsız edici nitelikte mi olduğu konusu oldukça ince bir çizgidedir. Tüm bunların yanında yine Mahkeme kararlarında internete erişim engellemede Hükümet'in kısıtlama gerekçelerini yeterli gerekçeleri gösterir delilleri sunarak kamuoyunu ikna etmesi gerekmektedir⁶³. Erişim engeli konusunda toplumun yeterince bilgilendirilmemiş olması ve erişim engeli kararının verilmesinin ardından kararın tekrar gözden geçirilmemiş olması ifade özgürlüğü ihlali iddialarını güçlendirmektedir.

Wikipedia'ya erişim engelinde Türk yetkili makamlarının dayanabileceği en önemli olgulardan biri AİHM'nin de kabul ettiği müdahalenin devlet politikasının bir parçası olmasıdır. Türkiye'nin özellikle son yıllarda Suriye'deki silahlı gruplara destek verildiğine dair haber ve yorumlara karşı ciddi tepkiler verdiği sabittir. Bu politikanın gereği olarak dünyanın diğere bölgeleriyle Türkiye'nin ilişkileri konusunda yapılacak haber ve yorumlara karşı müsamaha sınırı oldukça genişken, makalenin konusu bölgedeki kişi ve örgütlerle ilişkiler konusunda yapılan haberler oldukça sıkı kontrol edilmektedir. Son dönemlerde Afrin Harekâtı başta olmak üzere birçok yerde sıcak çatışmaya girilmesinin de etkisiyle bu bölgeyi konu edinen sübjektif yayınlara karşı daha hassas davranıldığı görülmektedir.

Takdir yetkisinde gözetilecek hususlardan bir diğeri devletlerin ortak tavrının olup olmadığıdır. Dünya genelinde Wikipedia'ya belli

⁶³ AİHM: Ahmet Yıldırım v. Türkiye, Paulo Pinto De Albuquerque'nin Mutabakat Şerhi.

sürelerle veya sınırlı sayıda makale için erişime kapatan ülkeler olmakla birlikte Türkiye dışında tümüyle kapatan bir ülke bulunmamaktadır⁶⁴. Türkiye'deki engelleme kararına dayanak gösterilen makalelerde İsrail, Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Hindistan, Rusya, İran gibi birçok ülkenin de adı vardır⁶⁵. Makalede adı geçen devletler hakkındaki iddiaların bazıları Türkiye'yle ilgili olanlardan daha ağır ithamlardır. Buna karşın hiçbirinde bu içerikler gerekçe gösterilerek erişim engelleme kararı verilmemiştir. AIHM'nin kararlarında yer verdiği devletlerin ortak tavrı burada erişim engeli tedbirine hükmetmeme olarak şekillenmiştir⁶⁶. Böylece hakkın sınırlanmasında Türkiye'ye tanınacak takdir yetkisinin daha dar olacağı görülmektedir.

IV. SONUÇ

İfade özgürlüğü demokratik toplum düzeninin sağlanmasında esaslı bir yere sahiptir. Özgürlüğün sağlanmasında ifade araçların özgürce kullanılması da şarttır. Günümüz şartlarında internet ve sosyal medya araçları en etkin ve yaygın kullanılan alanlar olduğundan öncelikle buralarda ifade özgürlüğünün sağlanması gerekmektedir⁶⁷.

İfade özgürlüğü birçok uluslararası sözleşmede korunduğu gibi⁶⁸ 1982 Anayasası'nda da düzenlenmiştir. Hakkın sınırlandırılması belli şartların varlığına bağlıdır. Yakın zamanda erişimin engellendiği en yaygın kullanılan sosyal medya platformlarından olan Wikipedia da bu korumadan faydalanmalıdır.

AIHM'nin geliştirdiği üç basamaklı test Wikipedia'ya getirilen erişim engeline uygulandığında kanunilik anlamında soru işaretlerinin olduğu, sınırlama nedenlerinin ancak geniş yorumlanmasıyla alınan tedbirin yerinde olacağının düşünülebileceği, demokratik toplumun

⁶⁴Wikipedia: "Censorship of Wikipedia", https://en.wikipedia.org/wiki/Censorship_of_Wikipedia, (Erişim Tarihi: 13.06.2018)

⁶⁵ Wikipedia: "Foreign Involvement in the Syrian Civil War", "State Sponsored Terrorism", https://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_involvement_in_the_Syrian_Civil_War, https://en.wikipedia.org/wiki/State-sponsored_terrorism, (Erişim Tarihi: 13.06.2018)

⁶⁶ FUGLISTALER, s.22.

⁶⁷ AIHM: Ahmet Yıldırım v. Türkiye, p.54-55.

⁶⁸ Arama Motorları Bağlamında İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere CM/Rec(2012)3 sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin CM (2005)56 Final Sayılı Bildirgesi, CM/Rec(2007)16, CM/Rec(2007)11, CM/Rec(2008)6 ve CM/Rec(2012)3 nolu Tavsiye Kararları ile Avrupa Parlamentosu'nun 2008/2160 (INI) nolu Tavsiye Kararı ifade özgürlüğünün internet ve sosyal medyada da sağlanmasının gerektiğinin düzenlendiği kararlar olarak dikkat çekmektedir.

gerekliliği içinde zikredilen ölçülülüğün sağlanmadığı, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın gereği olarak bir tedbir alındığına dair somut verilerinin olmadığı, buna karşın teknik anlamda bu tedbirin son çare olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Takdir yetkisinin değerlendirilmesinde ise kamu düzeni ve milli güvenlik gerekçelerinin kabul edilmesinin zor olmasının yanında, bu gerekçeler yerinde kabul edilirse takdir payının daha geniş bırakılmasının yerinde olacağı, ancak söz konusu makalelerde konu edinen diğer devletlerin uygulamaları ve dünya genelinde Wikipedia'nın tamamen engellendiği örneklerin olmamasının takdir yetkisini daraltacağı kanaati oluşmuştur.

Tüm bu veriler ışığında, yapılması gereken, yasaklanan içeriklerin internet ortamında daha hızlı yayıldığına da dikkate alınarak yasaklılığın hem teoride hem de pratikte daha başka sorunlar doğuracağını kabul etmek olacaktır. AİHM'nin Ahmet Yıldırım v. Türkiye kararında da gösterildiği üzere sitelerin tümüne erişimin engellenmesi geleneğinin tamamen kaldırılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

BASIL KAYNAKLAR

- AKGÜL, Mehmet Emin: “İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gereksesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (1), 2012, s. 1-42.
- ATAKAN, Arda: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 16(3-4), 2010, s. 29-36.
- BENEDEK, Wolfgang ve KETTEMANN, Matthias.C: İfade Özgürlüğü ve İnternet, Matbam Ajans&Reklam&Tanıtım, Ankara 2014, s. 12-48.
- BULUNMAZ, Barış: “Yeni Medya Eski Medyaya Karşı: Savaşı Kim Kazandı ya da Kim Kazanacak?”, Karadeniz Teknik Üniversitesi İletişim Araştırmaları Dergisi, 4(7), 2011, s. 22-29.
- ERDOĞAN, Mustafa: “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, Liberal Düşünce Dergisi, (24), 2001, s. 8-13.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (25), 2016, s. 1-17.
- KAMBER, Suat: İfade Özgürlüğü, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Ankara 2012, s. 29-40.
- KOHNSTAMM, Jacob: Opinion 01/2014 on the Application of Necessity and Proportionality Concepts and Data Protection within the Law Enforcement Sector. Brüksel; Data Protection Working Party, Brüksel 2014.
- KORKMAZ, Elif: “Demokrasi Kavramı ve Modern Demokrasi Kuramlarından Biri Olarak Müzakereci Demokrasi”, Balcı, Muzaffer (ed.), Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birlikleri –V-, Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2016, s. 365-369.

- ÖZBEY, Özcan: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (106), 2013, s. 41-92.
- SAĞLAM, Abdi: "AİHS'YE Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (25), 2016, s. 89-123.
- SUNAY, Reyhan: "Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları", Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, s. 73-130.
- ŞEN, A. Fulya ve ŞEN, Y. Furkan: "Sosyal Medya, İletişim Hakkı ve İfade Özgürlüğü Üzerine Bir Değerlendirme", İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 17 (2), 2015, s. 123-136.
- TÜRMEEN, Rıza: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", Yargıtay Dergisi, 28(1-2), 2002, s. 192-213.
- ZOLLER, Elisabeth: "Freedom of Expression: Precious Right in Europe, Sacred Right in The United States", Indiana Law Journal, 84 (3), 2009, s. 803-808.

MAHKEME KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

- Ahmet Yıldırım v. Türkiye, Başvuru No. 3111/10, 18.12.2012
- Bergens Tidende ve diğerleri v. Norveç, Başvuru No. 26132/95, 02.05.2000
- Buckley v. Birleşik Krallık, Başvuru No.20348/92, 25.09.1996
- Coster v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 24876/94, 18.01.2001
- Döner ve diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 29994/02, 07.03.2017, p.98.
- Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukrayna, Başvuru No. 33014/05. 05.05.2011
- Erbakan v. Türkiye, Başvuru No. 59405/00, 06.07.2006
- Glor v. İsviçre, Başvuru No.13444/04, 30.04.2009
- Leyla Şahin v. Türkiye, Başvuru No. 44774/98, 29.06.2004
- Nilsen ve Johnsen v. Norveç, Başvuru No. 23118/93, 25.11.1999
- S. ve Marper v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008
- Silver ve diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 5947/72, 25.03.1983
- Süreç v. Türkiye, Başvuru No. 26682/95, 08.07.1999
- The Sunday Times v. Birleşik Krallık (No.1), Başvuru No. 6538/74, 26.04.1979, p.47.
- Times Newspapers Limited v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 3002/03, 23676/03, 11.10.2005
- Anayasa Mahkemesi Yaman Akdeniz ve diğerleri, Başvuru No. 2014/3986 E. 02.04.2014

İNTERNET KAYNAKLARI

- KARAN, Ulaş: "Sosyal Medya ve Azınlıklar: Uluslararası Standartlar ve Bazı AB Üyesi Ülkelerin Mevzuatı ile Türkiye Mevzuatının Karşılaştırılması", http://www.sosyalmedyaveazinliklar.com/uploads/2/9/5/4/2954793/legal_framework_rese_arch_in_the_eu_and_turkey-3.0.pdf, (Erişim Tarihi: 16.06.2018) s. 134-140.
- Türk Dil Kurumu: "medya", http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ac0e0a8dc3a15.31766364, (Erişim Tarihi: 10.06.2018)
- Nişanyan Sözlük: "sosyal", <http://www.nisanyansozluk.com/?k=sosyal%20medya&view=annotated>, (Erişim Tarihi: 10.06.2018)

Türkiye Büyük Millet Meclisi: <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1914.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.06.2018)

Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet: <http://www.osce.org/fom/78309?download=true>, (Erişim Tarihi: 16.06.2018)

Alexa: “wikipedia.org Traffic Statistics”, <https://www.alexa.com/siteinfo/wikipedia.org>, (Erişim Tarihi: 16.06.2018)

Wiktionary: “Media”, https://en.wiktionary.org/wiki/media#Etymology_1, (Erişim Tarihi: 10.06.2018)

Oxford Living Dictionaries: “Media”, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/media>, (Erişim Tarihi: 10.06.2018)

Wikipedia: “Introduction”, <https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Introduction>, (Erişim Tarihi: 13.06.2018)

Wikipedia: “Censorship of Wikipedia”, https://en.wikipedia.org/wiki/Censorship_of_Wikipedia, (Erişim Tarihi: 13.06.2018)

Wikipedia: “Foreign Involvement in the Syrian Civil War”, https://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_involvement_in_the_Syrian_Civil_War, (Erişim Tarihi: 13.06.2018)

Wikipedia: “State Sponsored Terroism”, https://en.wikipedia.org/wiki/State-sponsored_terrorism, (Erişim Tarihi: 13.06.2018)

BARNETT, David: “Can We Trust Wikipedia? 1.4 Billion People Can't Be Wrong”, https://www.independent.co.uk/news/long_reads/wikipedia-explained-what-is-it-trustworthy-how-work-wikimedia-2030-a8213446.html, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

Turkey Blocks: “Wikipedia Blocked in Turkey”, <https://turkeyblocks.org/2017/04/29/wikipedia-blocked-turkey/>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

Zeldin, Wendy: “Global Legal Monitor”, <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/u-n-human-rights-council-first-resolution-on-internet-free-speech/>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

Diken: “‘Devlet Destekli Terörizm’: Wikipedia’ya Erişim Engelinin Nedeni İki İngilizce Madde”, <http://www.diken.com.tr/devlet-destekli-terorizm-wikipediaya-erisim-engelinin-nedeni-iki-ingilizce-madde/>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

NTV: “Wikipedia Anayasa Mahkemesi'ne Başvurdu”, <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/wikipedia-anayasa-mahkemesine-basvurdu,p3tezeQnhk-7OaFGkuyCQw>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

Takvim: “Mahkemenin Wikipedia Kararı”, <https://www.takvim.com.tr/guncel/2017/05/05/mahkemenin-wikipedia-karari>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

Birgün: “Bakan Arslan’dan Wikipedia Açıklaması”, <https://www.birgun.net/haber-detay/bakan-arslan-dan-wikipedia-aciklamasi-199201.html>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

Yurt: “BTK Başkanı Ömer Fatih Sayan: Wikipedia ve Benzeri Servisler Ülkemizde Olmalı”, <http://www.yurtgazetesi.com.tr/gundem/btk-baskani-omer-fatih-sayan-wikipedia-ve-benzeri-servisler-ulkemizde-h79108.html>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

Sputnik Türkiye: “Wikipedia Yetkilisi: Türkiye’yi Rahatsız Eden İçerikler Değişti, Neden Hala Erişim Engeli Var?”, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201801171031840319-wikipedia-turkiye-erisim-engeli-katherine-maher/>, (Erişim Tarihi: 20.06.2018)

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA COĞRAFİ MARKALAR GEOGRAPHICAL TRADEMARKS IN LIGHT OF JURISPRUDENCE OF TURKISH COURT OF APPEAL

DOI: 10.21492/inufd.447548

Burçak YILDIZ*

Özet

Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre; bir marka, ilişkin olduğu mal/hizmetin coğrafi kaynağını gösteriyorsa ya da bu konuda halkı yanıltıyorsa, söz konusu markanın tesciline izin verilmemektedir. Coğrafi markaların hangi durumlarda anılan tescil engelleri kapsamına gireceği hususu, özellikle yargı kararları ile şekillenmiştir. Çalışmamızda coğrafi markalara ilişkin tescil engelleri, yargı kararları ışığında ele alınmaktadır.

Bir markanın coğrafi kaynak gösterip göstermediği ya da yanıltıcı olup olmadığı, ilgili çevrenin algısına göre belirlenmektedir. Eğer ilgili çevre, coğrafi markanın ilişkin olduğu mal veya hizmetin üretim yerine işaret ettiği kanaatinde ise, SMK m.5.1c ya da m.5.1.f hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Anılan durumlarda, marka, ilişkin olduğu mal veya hizmetin coğrafi kaynağını doğru olarak gösteriyorsa m.5.1c, yanıltıcı olarak gösteriyorsa m.5.1.f hükmü uygulanmaktadır.

Yargıtay, Pendik Kararı'nda; coğrafi markaların tescil edilebildiği durumlarda dahi tek başlarına tescil edilemeyeceklerini, bunların ancak başka sözcüklerle birlikte oluşturduğu tamlamaların tescil edilebileceğini belirtmiştir. Yargıtay'ın sonraki tarihli kararlarında da benimsenmiş ve kökleşmiş olan bu yaklaşımı, kanaatimizce yerinde değildir. SMK coğrafi markaların ilgili çevre ve rakipler açısından sakınca yaratacağı durumlarda bu markaların tescilini zaten engellemektedir. Bu itibarla Yüksek Mahkemenin söz konusu sınırlayıcı yaklaşımına gerek olmadığı gibi, anılan yaklaşımın Kanun'da da hiçbir dayanağı yoktur.

Anahtar Kelimeler: Marka, coğrafi marka, yanıltıcı marka.

Abstract

According to Industrial Property Code (IPC), trademarks which consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the geographical origin of the goods or services, shall not be registered. Also trademarks which are of such a nature as to deceive the public, as to the geographical origin of the goods or service shall not be registered as well. Such absolute grounds for refusal or invalidity have been patterned especially on jurisprudence. In this article, the absolute grounds for refusal or invalidity

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-mail: burcakyildiz@gmail.com. (ORCID: 0000-0002-8792-995X)

Makale Gönderilme Tarihi: 25.06.2018

Submitted: 25.06.2018

Makale Kabul Tarihi: 19.09.2018

Accepted: 19.09.2018

regarding geographical trademarks are examined in light of jurisprudence of Turkish Court of Appeal.

Whether a trademark designates the geographical origin of the goods/services or deceives the public as to the geographical origin of the goods/service is determined according to the perception of the relevant class of persons. IPC Art. 5.1c or Art. 5.1f shall be applied where the relevant class of persons perceives the geographical place in the trademark as the place of manufacture of the goods/service. If this place is the actual place of manufacture, IPC Art. 5.1c shall be applied and if not, IPC Art. 5.1f shall be applied.

In Pendik Judgment, the Court of Appeal has given the decision that the geographical names can not be registered as trademarks unless they are part of a noun phrase. This approach, which has later been ingrained, is inaccurate. IPC already prevents the registration of geographical trademarks where such registration will be considered harmful for the relevant class of persons or competitors. In this respect, the restrictive approach of the High Court is both unnecessary and groundless in terms of IPC.

Keywords: Trademark, geographical trademark, misleading trademark.

I. TERMİNOLOJİ VE KAPSAM

A. Coğrafi Marka Kavramı

Coğrafi marka kavramı kapsamına temel olarak bir coğrafi yerin adını içeren kelime markaları girmektedir. Ayrıca belirli bir coğrafi alana doğrudan gönderme yapan, orayı anımsatan ifadeler de coğrafi kaynağa işaret ediyor olabilir. Örneğin belirli bir şehir ile özdeşleşmiş caddelerin adları¹ (Broadway, Park Avenue, Champselysee gibi), o şehirde yaşayanlara verilen adlar (New Yorker (New Yorklu), Neapolitan gibi)², o şehirle özdeşleşmiş yer adları (örneğin şehrin ortasından geçen nehrin adı), o şehrin adının kısaltılmış hâli (“İstanbul” yerine “İst” markası gibi)³.

Sinai Mülkiyet Kanunu (SMK) mutlak ret nedenleri kapsamında: “coğrafi kaynak belirten ... *işaretler*”den söz etmektedir (m.5.1.c). Bu itibarla resimler (Boğaziçi Köprüsü’nün resmi), rakamlar (belirli bir şehrin trafik plakası veya telefon kodundan oluşan rakamlar), renkler (belirli bir şehrin futbol takımının ya da ülkenin bayrağının renkleri⁴) de, coğrafi kaynağa işaret edebilmektedir⁵.

¹ ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, C.I, A.Ü.Hukuk Fakültesi, Ankara 1997, s.79; KAYA, Arslan: Marka Hukuku, Arıkan, İstanbul 2006, s.96, dn.54.

² Bkz. dn.101.

³ MCCARTHY, Thomas: McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 4th Ed, West Group, St. Paul, MN 2002, no.14-8.

⁴ SCHRICKER, Gerhard: “Protection of Indications of Source, Appellations of Origin and Other Geographic Designations in the Federal Republic of Germany”, IIC, 3, 1983, s.313.

⁵ Ulusal, yurtiçi, global (küresel) gibi terimler kural olarak tasvirî niteliktedir. Bkz. MCCARTHY, no.14-11. Bununla birlikte, söz konusu terimlerin (ülkemizdeki “Yurtiçi Kargo” örneğinde olduğu gibi) kullanım sonucu ayırt edicilik kazanabilmeleri

B. Kapsam

Çalışmamızda coğrafi markalar konu edilmekte olup; yukarıda da belirtildiği gibi bu kavramla coğrafi adları ya da işaretlendirmeleri içeren markalar kastedilmektedir. Anılan kavram, SMK m.33 vd.'nda düzenlenmekte olan “coğrafi işaret” kavramından farklıdır. Coğrafi işaretlerin marka olarak tescil edilemeyecekleri hususu, SMK m.5.1.j hükmünde özel olarak düzenlenmiş olup; coğrafi işaretleri içeren (coğrafi) markalar, çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

II. COĞRAFİ MARKALARA UYGULANABİLECEK TESCİL ENGELLERİ

A. Ticaret Alanında Coğrafi Kaynak Belirten İşaret veya Adlandırmaları Münhasır ya da Esas Unsur Olarak İçeren İşaretler, Marka Olarak Tescil Edilemez (SMK m.5.1.c)

SMK m.5.1.c hükmüne göre⁶; ticaret alanında coğrafi kaynak belirten işaret veya adlandırmaları münhasır ya da esas unsur olarak içeren işaretler, marka olarak tescil edilemez⁷.

Coğrafi markalar kural olarak tasvirî/tanımlayıcı niteliktedir. Söz konusu ad/işaretlendirmelerin marka olarak tescil edilmeleri durumunda, bunlar üzerinde marka sahibinin tekel hakkının doğacak olması, hem mevcut hem de ilerde piyasaya girecek olan rakiplerin menfaatlerine zarar verecektir⁸. Bu nedenle kanun koyucu, coğrafi yere işaret eden ifadelerin kural olarak, herkesin kullanımına açık olması gerektiğini, belirli bir

mümkündür. Bu konudaki açıklamalar için bkz. aşağıda “II.A.2.a.aa.ii.Başlangıçta Coğrafi Kaynak Gösteriyor Olsa da, Sonradan Kullanım Yolu ile Ayırt Edicilik Kazanmış Olan Coğrafi Markalar”.

⁶ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, RG.10.01.2017, S.29944 .

Aynı yönde bkz. mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) m.7/1,c (RG.27.06.1995, S.22326). Bu itibarla mülga KHK m.7/1,c hükmünü esas alan yargı kararları, günümüzde 6769 sayılı SMK m.5.1.c hükmüne ilişkin olarak da emsal değerini korumaktadır.

⁷ Aynı yönde bkz. Avrupa Birliği (AB)'nin 2015/2436 sayılı Marka Yönergesi m.4.1.c (Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, OJ L.336/1-26, 23.12.2015) ve 2017/1001 sayılı Birlik Markası Tüzüğü m.7.1.c (Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark, OJ L.154/1-99, 16.6.2017).

ABD hukukunda da aynı yönde düzenleme mevcuttur. Bkz. Trademark Act sec.2(e)(2), 15 U.S.C.§1052(e)(2) (https://www.uspto.gov/sites/default/files/trademarks/law/Trademark_Statutes.pdf).

⁸ GEVERS, Florent: “Geographical Names and Signs Used as Trade Marks”, EIPR, 8, 1990, s.288.

üreticinin tekeline verilemeyeceğini, bunun kamu düzeninin gereği olduğunu kabul etmektedir⁹.

Ancak coğrafi markaların coğrafi kaynak belirtmediği, diğer bir deyişle ayırt edicilik kazandığı ve tasvirî nitelik taşımadığı durumlarda, tescil edilebilmeleri mümkündür.

1. Söz Konusu Tescil Engelinin Şartları

a. Tescili Talep Edilen Markanın, İlişkin Olduğu Mal/Hizmetin Coğrafi Kaynağını Belirtiyor Olması

aa. Coğrafi Kaynak Belirtme Kavramı

Bir markanın ticaret alanında coğrafi kaynak belirtmesinden ne kastedildiği hususu, temel olarak, Avrupa Adalet Divanı'nın 1999 tarihli **Windsurfing Chiemsee Kararı**'nda ele alınmıştır¹⁰. Karara göre coğrafi kaynak belirtmekten kasıt: ilgili çevrenin, coğrafi markanın ilişkin olduğu mal/hizmeti, markada adı geçen coğrafi yer ile ilişkilendiriyor olmasıdır¹¹. Coğrafi yer ile ilişkilendirme de; markada yer alan coğrafi adın, ilgili çevre tarafından, markanın ilişkin olduğu mal/hizmetin üretim yeri olarak

⁹ Bkz. Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı (1/699) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 341, m.5'in Gerekeşi (www.tbmm.gov.tr: Çalışmamızda atf yapılan tüm linkler, 24.07.2018 tarihi itibarıyla etkin durumdadır).

¹⁰ *Windsurfing Chiemsee Produktions - und Vertriebs GmbH (WSC) v. Boots- und Segelzubehör Walter Huber & Franz Attenberger, Cases C 108/97 and C 109/97* (ECJ, May 4, 1999), ECJ 4 May 1999 (joined cases C-108/97 and 109/97), <http://curia.europa.eu>.

Karara konu olan "Chiemsee" ibaresi, Almanya'da Baviera eyaletinin en büyük gölünün adıdır. Gölün yakınında yerleşim yeri bulunan davacı şirket, spor giysileri için söz konusu gölün adını ve resmini marka olarak tescil ettirmiştir. Marka sahibinin Chiemsee'deki mağazasında bu markayı taşıyan ürünler satılmaktadır; satılan ürünlerin tasarımı Chiemsee'de yapılmakla beraber, bunların üretimleri marka sahibinin başka bir yerde yerleşik olan bağlı şirketi tarafından gerçekleştirilmektedir.

Davalılar ise, davacı ile aynı tür spor giysileri üreten rakip üreticilerdir. Davalılar, ürünlerinde aynı gölün adını, davacı ile karıştırılmayacak bir şekil ile birlikte kullanmaktadırlar. Davacı marka sahibi, davalıların söz konusu gölün adını ürünlerinde kullanmalarının kendi markası ile iltibas yarattığını ileri sürmüş ve marka hakkına dayanarak bu kullanımların engellenmesini talep etmiştir.

Davalılar, davaya konu olan ifadenin bir yer adı olduğu için herkes tarafından kullanılabilir, tasvirî işaret niteliği taşıdığını; üstelik her ne kadar davacı ile aynı ifadeyi kullansalar da, davacının markasıyla karıştırılmayacak kadar farklı şekilde kullandıklarını ve iltibastan söz edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir.

Alman yerel mahkemesi coğrafi markaların hangi durumlarda tescil edilebileceği hususunda Avrupa Adalet Divanı'na soru yöneltmiştir.

Divan, kural olarak coğrafi adların tasvirî işaret niteliği taşıdığını, ilgili herkesin kullanımına açık olduğunu, bunun temelinde de kamu düzeninin korunması düşüncesi yattığını belirtmiştir (no.25). Bununla birlikte coğrafi markaların hiçbir şekilde tescil edilemeyeceği iddiasını reddetmiştir. Mahkeme, tescil engelinden söz edilebilmesi için, ilgili çevrenin markayı nasıl algıladığı hususuna dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

¹¹ Bkz. *Windsurfing Chiemsee Kararı*, no.32.

algılanması ihtimalini ifade etmektedir¹². Buna göre; coğrafi marka, markada işaret edilen yer ile markanın ilişkin olduğu mal/hizmet türünü akla getiriyorsa, SMK m.5.1.c'deki tescil engeli söz konusudur¹³.

Buna karşın ilgili çevre, söz konusu markayı, marka sahibi ve sadece onun mal/hizmetiyle bağlantılı olarak algıladığı takdirde, coğrafi yer adları marka olarak tescil edilebilmektedir. Böyle bir durumda söz konusu coğrafi marka ayırt edicilik kazanmış olduğundan, SMK m.5.1.c hükmüne aykırılıktan söz edilemez.

bb. İlgili Çevre Kavramı

Bir markanın coğrafi kaynak gösterip göstermediği, *ilgili çevrenin* algısına göre belirlenmektedir. Yargıtay, ilgili çevre kavramını: “Türkiye’de kullanıldığı mal ve hizmetlerin mevcut veya potansiyel tüketicileri, üreticileri, bir diğer ifadeyle hitap edilen tüketici kesimi” şeklinde tanımlamaktadır¹⁴. Yüksek Mahkemeye göre; mal veya hizmetin hitap ettiği, orta seviyede dikkat ve algı seviyesine sahip, normal düzeyde bilgilendirilmiş ve makul ölçüde dikkatli, ortalama düzeydeki sunucu/yararlanıcı/tüketici kitlesinin algısı temel alınmaktadır¹⁵.

İlgili çevre; yabancı coğrafi markalar açısından da önem taşımaktadır. Yabancı dildeki markalara ilişkin olarak söz konusu ibarenin anlamının *ilgili çevre* tarafından, hiçbir duraksamaya yer bırakmaksızın, refleks olarak anlaşılıp anlaşılmadığı incelenmektedir¹⁶. Örneğin **Golden Horn Kararı**’nda, “İstanbul Golden Horn” markasının coğrafi kaynak gösterdiğine hükmedilmiştir. Kararda; Türk turizmde otelcilik ve konaklama sektöründe hizmet veren kimselerin ve İstanbul’da yaşayan kimselerin büyük bir bölümünün söz konusu ibarenin Haliç anlamına

¹² MCCARTHY, no.14.4-13.

¹³ Bkz. Windsurfing Chiemsee Kararı, no.37.

¹⁴ Bkz. Yargıtay’ın Georgia Kararı, 11.HD, 07.03.2016, E.2015/7533, K.2016/2466 (Kazancı). İlgili çevre kavramının ürünün alıcılarını ve imalatçılarını ifade ettiği hususunda bkz. KAYA, s.92.

¹⁵ Bkz. TurkOil Kararı, 11.HD, 08.02.2010, E.2008/10686, K.2010/1408 (yayımlanmamıştır).

Coğrafi markalara ilişkin ilgili çevre kavramıyla: “makul derecede bilgilendirilmiş, makul derecede dikkatli ve basiretli, ortalama düzeydeki alıcıların” kastedildiği hususunda bkz. CORNISH, William / LLEWELYN, David: Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights, Sweet&Maxwell, London 2003, s.667; “bilgi sahibi olabilecek, yeteri kadar dikkatli ve tedbirli tüketici” kıstasının temel alınacağına ilişkin bkz. 11.HD, 06.12.2017, E.2016/4087, K.2017/6941 (www.yargitay.gov.tr).

¹⁶ Örnek karar için bkz. Solar Kararı:11.HD, 10.06.2008, E.2008/1843, K.2008/7664 (yayımlanmamıştır).

geldiğini bildiği, bu nedenle anılan ifadenin geçici konaklama hizmetleri bakımından tasvirî nitelikte olduğu belirtilmiştir¹⁷.

cc. İlgili Çevrenin Coğrafi Markayı Söz Konusu Yer ile İlişkilendirip İlişkilendirmediğinin Tespiti

i. Temel Kıstas: İlgili Çevrenin Markada Yer Alan Coğrafi Adı, Üretim Yeri Gibi Algılaması Kıstası

Yukarıda da belirtildiği gibi, coğrafi markanın tesciline ilişkin olarak önemli olan, ilgili çevrenin bu coğrafi adı, mal/hizmetin üretim yeri gibi algılama ihtimalinin bulunup bulunmadığıdır¹⁸. Yargıtay bu kıstası; "... işaret görüldüğünde hiçbir özel zihni çabaya mahal kalmadan ve doğrudan doğruya, işareti, anılan ürün ve hizmetlerin coğrafi kaynağı veya bir vasfı olarak" algılama şeklinde ifade etmiştir¹⁹.

Bir markada yer alan coğrafi adın coğrafi kaynak belirtip belirtmediği, markanın ilişkin olduğu mal/hizmetler dikkate alınarak belirlenmektedir. Buna göre bir coğrafi ad, coğrafi kaynak belirtme ihtimali olan bazı mal/hizmet türleri açısından tasvirî işaret niteliğindeki diğer bazı mal/hizmet türleri açısından marka olarak tescil edilebilmektedir²⁰.

Buna göre; eğer ilgili çevre, coğrafi markanın ilgili mal/hizmetin üretim yerine işaret ettiği kanaatinde ise²¹, anılan ifadenin ayırt ediciliğinden söz edilemeyecek; söz konusu ad, tasvirî işaret niteliğinde olacaktır²². Coğrafi kaynak gösterilmesi, genellikle söz konusu coğrafi yerin, markanın ilişkin olduğu mal/hizmetler açısından özellik arz ettiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Bu değerlendirme kapsamında, ilgili mal/hizmet türüyle, markada adı geçen coğrafi yer arasında yakınlık olup olmadığı önem taşımaktadır. Yargıtay, bu bağlantı saptanırken: "ibarenin

¹⁷ 11.HD, 22.06.2017, E.2016/874, K.2017/4008 (Kazancı).

¹⁸ Örneğin sigaralar için "Küba", bilgisayarlar için "Silikon Vadisi", finansal hizmetler için "Frankfurt" ibarelerinin marka olarak tescil edilemeyeceği hususunda bkz. BENTLY, Lionel / SHERMAN, Brad: Intellectual Property Law, 4th Ed, OUP, Oxford, United Kingdom 2014, s.950.

¹⁹ Bkz. yukarıda TurkOil Kararı, dn. 15.

²⁰ KAYA, s.101.

²¹ İlgili çevrenin, markada adı geçen coğrafi yerin, söz konusu malın üretim yeri olduğunu düşündükleri durumların yanı sıra, söz konusu malın adı geçen coğrafi yerde tasarlandığını düşünceleri durumunda da, markanın coğrafi kaynak belirtmesi söz konusudur. Bkz. Windsurfing Chiemsee Kararı, no.36. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda "*İ.B.4.Mal/Hizmetin Coğrafi Markada Adı Geçen Yerde Üretilmemiş Olmasının, Markanın Yanıltıcı Sayılmasına Yol Açıp Açmayacağı Hususunda*".

²² Bkz. Windsurfing Chiemsee Kararı, no.29-30. Karş. Bodrum Rakısı Kararı, 11.HD, 13.04.2010, E.2008/12876, K.2010/4172, yayımlanmamıştır).

doğrudan doğruya söz konusu hizmetleri akla getirip getirmediği, ürün ve hizmetin özelliklerini ön plana çıkartıp çıkartmadığı” hususlarına dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Örneğin **Ankara Beton Kararı**’nda, “Ankara Beton” ifadesinin, 37. sınıfa ilişkin olarak doğrudan doğruya söz konusu hizmetleri akla getirmediği, ürün ve hizmetin özelliklerini ön plâna çıkartmadığı, sunulan hizmetin tanıtım ve vasıflarından uzak olduğu gerekçesiyle tescil edilebileceğine hükmedilmiştir²³.

Buna karşın **Fatsa Kararı**’nda: “Fatsa+şekil” ibaresinin “fındık ve fıstık ezmeleri, işlenmiş fındık, kavrulmuş fındık, kıyılmış, beyazlaştırılmış toz ve tane fındık” gibi ürünler açısından coğrafi kaynak belirttiğine karar verilmiştir²⁴.

Coğrafi adın, ilişkin olduğu mal/hizmet açısından bir özellik taşımadığı durumlarda ise, coğrafi markanın keyfî olarak seçildiği, coğrafi kaynak gösterme işlevinin bulunmadığı anlaşılmaktadır²⁵.

ii. Yardımcı Kıstaslar

aaa. Özdeşleşme/Bütünleşme Kıstası

Yargıtay, ilgili çevrenin coğrafi markayı söz konusu yer ile ilişkilendirip ilişkilendirmediğinin tespitine ilişkin bazı kararlarında, coğrafi yer ile ilgili mal/hizmet türünün özdeşleşmiş ya da bütünleşmiş olup olmadığını incelemektedir.

“**Herdem İzmir Rakısı**” **Kararı**’nda, “*İzmir ilinin rakı emtiası ile özdeşleşen bir özelliğinin bulunmadığına*”, bu nedenle tasvirî/tanımlayıcı nitelik taşımadığına, söz konusu ibarenin rakı için marka olarak tescil edilebileceğine hükmedilmiştir²⁶.

Benzer bir yaklaşıma, “Ayvalık Tost Ekmeği & Tost Büfesi+şekil” markasına ilişkin **Ayvalık Tostu Kararı**’nda rastlanmaktadır²⁷. Kararda: “markanın asıl unsurunun ‘Ayvalık’ ibaresi olduğu, *bu ilçenin ‘Ayvalık Tostu’ ile bütünleştiği*, coğrafi bölge, kent veya ilçe ile özdeşleşen ürün veya hizmet için coğrafi adın tek başına veya asıl unsur olarak markasal

²³ 11.HD, 19.02.2013, E.2012/3532, K.2013/2887 (yayımlanmamıştır).

²⁴ 11.HD, 31.10.2012, E.2011/9292, K.2012/17017 (yayımlanmamıştır).

²⁵ MCCARTHY, no.14-17.

²⁶ 11.HD, 14.01.2014, E.2013/10297, K.2014/686 (Kazancı). Kararda ayrıca, marka sahibinin bu ibareyi çok uzun bir süreden beri kullandığı, böylece markanın ayırt edicilik kazanmış olduğu da vurgulanmıştır. Karar düzeltme talebi ise reddedilmiştir (11.HD, 05.06.2014, E.2014/6870, K.2014/10564, Kazancı).

²⁷ 11.HD, 28.05.2015, E.2014/12414, K.2015/7228 (Kazancı); 11.HD, 22.06.2017, E.2017/1980, K.2017/3994 (yayımlanmamıştır).

tescilinin mümkün olmadığı” gerekçesiyle hükümsüzlüğüne karar verilmiştir²⁸.

bbb. Özel Bir Ünü Bulunmaması Kıstası

Yargıtay’ın coğrafi markanın söz konusu yer ile ilişkilendirilmesine ilişkin diğer bazı kararlarında ise, gösterilen coğrafi yerin ilgili mal/hizmet türüne ilişkin olarak özel bir ününün bulunup bulunmadığına dikkat edilmiştir²⁹.

Altınözü Kararı’nda, zeytinyağı markası olarak tescil edilmiş olan Altınözü markasının, Hatay’ın Altınözü ilçesinin adını taşıdığı gerekçesiyle hükümsüzlüğü talep edilmiştir³⁰. Yargıtay: söz konusu talebi, diğer gerekçelerin yanı sıra, “Altınözü ilçesinin... zeytinyağı satışlarında isminden faydalanılacak derecede (örneğin bir Ayvalık, Edremit ve Gemlik gibi) *şöhret sahibi de olmadığı*” gerekçesiyle reddetmiştir³¹.

İzmir Rakısı Kararı’nda da, “Somut olayda İzmir ili rakıları ile ünlü bir kent olmayıp, ‘İzmir’ denildiğinde akla hemen rakı mamulü gelmemekte ve dosyada *İzmir’in rakıları ile ünlü bir yer olduğu yönünde deliller de bulunmamaktadır*” gerekçesine dayanılmış ve “İzmir Rakısı” markası hukuka uygun bulunmuştur³².

²⁸ Susurluk Tostçusu Kararı’nda da, “Susurluk Tostçusu” ibaresinin coğrafi ad ile bütünleşmiş, tanınmış olduğu, coğrafi kaynak gösterdiği için marka olarak tescil edilemeyeceğine hükmedilmiştir. 11.HD, 17.04.2013, E.2011/5495, K.2013/7507 (yayımlanmamıştır). Karar düzeltme istemi reddedilmiştir: 11.HD, 04.10.2013, E.2013/10615, K.2013/17476 (yayımlanmamıştır).

²⁹ Bursagaz Kararı (11.HD, 03.05.2010, E.2008/13431, K.2010/4860) ve Elazığ Gaz Kararı’nda (11.HD, 25.04.2011, E.2009/12401, K.2011/4899), Yargıtay, Bursa ve Elazığ şehirlerinin doğalgaz ile ünlü olmaması nedeniyle, söz konusu markaların ayırt edici olduğuna ve tescil edilebileceğine hükmetmiştir. Bkz. ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2016, s.144-145.

Kemer Kararı (11.HD, 17.04.2008/17.04.2008, E.2006/12860, K.2008/5125) için bkz. ÇOLAK, s.146.

“Niagara” ifadesinin içeceklerle ilişkin olarak Birlik markası olarak tescili talebi, Niagara Şelalelerinin, her ne kadar içme suyuna ilişkin olmasa da, coğrafi kaynak gösterdiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz. Niagara Bottling LLC v EUIPO, T-89/15, ECLI:EU:T:2016:244, no.23-37 (<http://curia.europa.eu>).

³⁰ 11.HD, 09.10.1984, E.1984/4499, K.1984/4560 (Kazancı). 551 sayılı mülga Markalar Kanunu döneminde verilen bu Karar, aynı esaslara dayanıldığından, 6769 sayılı SMK dönemi için de emsaldir (551 sayılı Markalar Kanunu, RG.12.03.1965, S. 11951).

³¹ Kararın diğer ret gerekçeleri hakkında bkz. aşağıda “II.A.2.b.a.aa.i.aaa.Markada Yer Alan Coğrafi Ad/İşaretleştirilmenin Bilinmediği ya da İkincil Anlamının Bulunduğu Durumlar”.

³² 11.HD, 26.02.2009, E.2007/13038, K.2009/2203 (yayımlanmamıştır).

Benzer bir yaklaşıma **Yatağan Kararı**'nda rastlanmaktadır. Yargıtay, ilçenin bıçak ve kesici aletler imalatının önemli bir merkezi olarak bilindiğini, bu nedenle “Yatağan” markasının bıçak, kama, hançer, balta gibi çeşitli mallar açısından coğrafi kaynak gösterdiğini belirtmiştir³³.

Italiana Kararı'nda ise, İtalya'nın kadın çorabı alanında yaygın üne sahip olmadığı için “Italiana+şekil” markasının coğrafi kaynak göstermediğine hükmedilmiştir³⁴.

ccc. İlişkin Olduğu Mal/Hizmetin İlerde Söz Konusu Coğrafi Alanda Üretilmesi Potansiyeli Bulunması Kıtası

Coğrafi markanın konu olduğu mal/hizmetin, markada adı geçen coğrafi alanda üretilebilme potansiyelinin bulunması dahi, marka ile coğrafi alan arasında bağ kurulması için yeterlidir. Marka için başvuru yapıldığı anda, adı geçen alanda bu yönde bir üretim yapılmıyor olsa bile, geçmişte böyle bir üretim gerçekleşmişse ve/veya ilerde böyle bir üretim yapılabilmesi mümkünse, bu durumda marka (yanıltıcı da olsa³⁵) coğrafi kaynak göstermektedir³⁶.

Anılan hususta **Datça Şarabı Kararı** önem taşımaktadır³⁷. Kararda; Datça'nın iklimi ve toprağının şarap üretimine uygun olduğu, antik çağlara uzanan ve başarısı kanıtlanmış şarapçılık geçmişine ve dolayısıyla şarap üretimi için büyük bir potansiyele sahip bulunduğu ifade edilmiştir. İlgili çevrenin “Datça Şarapları+şekil” markasını “Datça yöresi üzümlerinden üretilmiş şarap” olarak algılayabilecekleri, bunun da coğrafi kaynak gösterme anlamına geleceği gerekçesiyle, söz konusu markanın tescil edilemeyeceği belirtilmiştir³⁸.

³³ Aynı yöndeki Mengen Kararı için bkz. 11.HD, 17.12.2014, E.2014/13252, K.2014/19912 (Kazancı).

³⁴ 11.HD, 15.04.2004, E.2003/9024, K.2004/4061 (Kazancı).

³⁵ Bu konuda bkz. aşağıda “*İ.L.B.1. Yanıltıcılık Kavramı*”.

³⁶ Avrupa Adalet Divanı'nın Windsurfing Chiemsee Kararı'nda, dava anında söz konusu mal/hizmetin belirtilen coğrafi alanla fiilen bir bağlantısı bulunmasa bile, ilerde diğer teşebbüsler tarafından kullanılma ihtimali varsa, bunun da tescil engeli kapsamında olduğu kabul edilmiştir. Bkz. no.37.

³⁷ 11.HD, 13.09.2017, E.2016/1615, K.2017/4308 (Kazancı).

³⁸ Buna karşın Yargıtay 11.HD, tarafları aynı olan ve aynı yıl verdiği Datça Bağ ve Şarapçılık Kararı'nda aksi yönde hüküm tesis etmiştir. Davacı, “Datça Bağ ve Şarapçılık” markasını tescil ettirmek üzere TÜRK PATENT'e (*o dönemki adıyla TPE*'ye) başvurmuş; ancak başvurusu:

“Datça Yarımadasında; bağcılık, zeytincilik sektörlerinin yöre ekonomisi açısından oldukça önemli olduğu, yörenin 3b diye bilinen bal, badem ve balık ile meşhur olduğu,

b. Coğrafi Markanın, Markanın Münhasır ya da Esas Unsuru Olması

Tescil engelinden söz edilebilmesi için, markanın coğrafi kaynak göstermesi yeterli değildir; ayrıca coğrafi ad/işaretleştirilmenin markanın münhasır ya da esas unsuru niteliğinde olması da şarttır. Coğrafi kaynak gösteren ad/işaretleştirilmelerin, yanıltıcı olmamak şartıyla³⁹, yan unsur olarak tescil edilebilmeleri ise mümkündür⁴⁰.

Coğrafi ad/işaretleştirilmenin markanın münhasır unsuru olması, markanın sadece söz konusu ad/işaretleştirilmeden oluşmasını ifade etmektedir (Örneğin sadece “Paris” kelimesinden oluşan parfüm markası). Coğrafi adın/işaretleştirilmenin markanın esas unsuru olması ise; kelime, şekil gibi pek çok unsurdan oluşan markada bunun öne çıkartılmasıdır⁴¹.

Coğrafi ad/işaretleştirilmenin markanın esas unsuru mu yoksa yan unsur mu olduğu hususu, “markanın bütünü itibariyle bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayırıcılığını vurgulayan imaj”a göre belirlenmektedir⁴².

2. Söz Konusu Tescil Engeline Aykırılık Teşkil Etmediği İçin Coğrafi Markaların Tescil Edilebildiği Durumlar

a. Coğrafi Kaynak Göstermeyen Coğrafi Markaların Tescili

aa. Coğrafi Markaların Coğrafi Kaynak Göstermediği Bazı Durumlar

i. Baştan Beri Ayırt Edici Olan Coğrafi Markalar

aaa Markada Yer Alan Coğrafi Ad/işaretleştirilmenin Bilinmediği ya da İkincil Anlamının Bulunduğu Durumlar

badem başta olmak üzere pek çok bitki türünün yetişmekte olduğu, bunun yanı sıra antik çağlardan itibaren yörenin bağcılık ve şarapçılıkta marufiyet kazanmış olduğu” gerekçesiyle reddedilmiştir. Davada, ilk derece mahkemesi, TÜRK PATENT’in (TPE’nin) söz konusu gerekçesini yerinde görmemiş ve dava konusu ifadenin marka olarak tescil edilebileceğine hükmetmiştir. Mahkeme buna: “... bağcılık ve zeytincilik yapılan, bal-badem ve balık yetişen, şarapçılık yapılan yerin sadece Datça olmayıp ülkenin değişik yörelerinde de adı geçen ürünlerin yetiştiği (örneğin İzmir üzümü, Gemlik zeytini, Şemdinli balı, Şarköy şarabı vb gibi)” gerekçesini göstermiştir. Karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Bkz. 11.HD, 06.02.2017, E.2015/12597, K.2017/601 (Kazancı).

³⁹ Bu konuda bkz. aşağıda “II.B.1. Yanıltıcılık Kavramı”.

⁴⁰ Bu konuda bkz. aşağıda “II.A.2.b.aa.Coğrafi Kaynak Belirten İbarenin Yan Unsur Olduğu Durumlar”.

⁴¹ KAYA, s.96.

⁴² KAYA, s.96; 11 HD, 27.02.2001, E.2001/1399, K.2000/1718 (yayımlanmamıştır).

Bazı durumlarda markada yer alan ibare, aslında bir coğrafi yer adı olmasına rağmen, ilgili çevre bu yeri bilmiyor, anılan ibareyi hayalî bir kelime sanıyor olabilir. Örneğin söz konusu coğrafi yer, küçük bir yerleşim yerinin ya da başka bir ülkedeki bir yerin adı ise, coğrafi marka ayırt edicilik kazanabilmektedir⁴³. Otomobil markası “Pontiac”ın, elektronik markası “Hitachi”nin ya da sigara markası “Marlboro”nun bir yer adı olduğu, pek çok alıcısı tarafından bilinmemektedir⁴⁴. Söz konusu markalara: Korkut, Muratbey, Serdivan, Yenişehir, Nilüfer, Han, Çavdarhisar, Alaca, Aralık, Kofçaz, Köse, Türkoğlu markaları da örnek gösterilmektedir⁴⁵.

Coğrafi markaların baştan beri ayırt edici olduğu diğer durum ise, söz konusu ibarenin ikincil anlamının olmasıdır⁴⁶. Buna göre; coğrafi marka, ilgili çevrede, bir yer adı olarak değil de, diğer anlamı ile algılanıyorsa, marka coğrafi kaynak göstermemektedir⁴⁷. Daha açık ifadeyle, söz konusu marka ilgili çevrenin aklına ilk plânda coğrafi yeri değil, ikincil anlamını ve dolayısıyla da marka sahibini ve onun mal/hizmetini getiriyorsa, markanın ayırt edicilik kazanmış olduğundan söz edilebilecektir⁴⁸.

⁴³ CORNISH / LLEWELYN, s.668.

⁴⁴ MCCARTHY, no.14-59; GEVERS, s.288.

⁴⁵ Örnekler için bkz. TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ: Marka İnceleme Kılavuzu 2015, <http://www.turkpatent.gov.tr>, s.30.

⁴⁶ Markaya konu adların ikincil anlamı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. LLEWELYN, David / KITCHIN, David / MELLOR, James / MEADE, Richard / MOODY-STEWART, Thomas / KEELING, David / JACON, Robin: Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names, 14th Ed., Sweet&Maxwell, London 2005, s.195 vd.

⁴⁷ O'CONNOR, Bernard: The Law of Geographical Indications, Cameron May, London 2004, s.111.

ABD hukukuna göre de, coğrafi markalar, tescili talep edilen ibarenin birincil anlamı coğrafi yer adı ise ve alıcıların söz konusu mal/hizmetin belirtilen coğrafi yerden kaynaklandığını düşünme ihtimalleri söz konusu ise, tescil edilemez. Bu konuda bkz. USPTO (ABD Patent ve Marka Ofisi) Temyiz Kurulu'nun Mersin Kararı (<http://ttabvue.uspto.gov/ttabvue/v?pno=86263642&pty=EXA&eno=23>). Karara konu olayda Türk girişimci, künefeyi de içeren birçok mal türü için “Mersin” ibaresini marka olarak tescil ettirmek üzere başvurmuştur. Ancak başvurusu ABD tüketicileri nezdinde Mersin ibaresinin birincil anlamının ülkemizdeki bir şehrin adı olduğu ve tescilli talep edilen malların Mersin şehri ile bağlantılı olduğu gerekçeleriyle reddedilmiştir. Karar hakkındaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ÜNSAL, Önder Erol: “‘Mersin’ Kelimesi A.B.D.’nde Gıda Ürünlerinin Coğrafi Kaynağını Belirten Bir Adlandırma mıdır? USPTO Temyiz Kurulu Mersin Kararı”, <https://iprgezgini.org>.

⁴⁸ Bu konuda bkz. MCCARTHY, no.14-23.

Örneğin peynir ve krakerlere ilişkin “Çubuk” markası, Ankara’nın Çubuk ilçesini akla getirmemektedir⁴⁹. Oysa aynı marka, Çubuk ilçesinde yaygın olarak üretilmekte olan salatalık turşusuna ilişkin olsaydı, bu durumda markanın coğrafi kaynak gösterip göstermediği hususu önem kazanacaktı.

Altınözü Kararı’nda, zeytinyağına ilişkin olarak tescil edilmiş olan “Altınözü” markasının terkin talebiyle açılan davada Yargıtay, talebi: “Gerçekten de Altınözü hernekadar Hatay iline bağlı bir ilçe adı ise de, ...bu ismin sadece bir şehir adı olmayıp, satımı konu mamulün saf ve kaliteli olduğu anlamına da geldiği” gerekçesiyle reddetmiştir.

Beşiktaş Kararı’na konu olayda ise, coğrafi bir marka olduğu gerekçesiyle “Beşiktaş” markasının hükümsüzlüğü talep edilmiştir. Mahkeme: “Beşiktaş denilince akla ilk gelenin semt değil futbol kulübü olduğu” gerekçesiyle, talebi reddetmiştir⁵⁰.

bbb.Markaya Konu Ad/İşaretin Mecazi Olarak Kullanıldığının, Coğrafi Kaynak Göstermediğinin Açık Olduğu Durumlar

Coğrafi yer adı olan ibare, markada mecazi olarak kullanılmışsa, bu tür markaların ilişkin olduğu mal/hizmetin, markada adı geçen coğrafi yerden kaynaklanmadığı, orada üretilmediği hususunda ilgili çevrede⁵¹ herhangi bir şüphe oluşmamaktadır⁵². Bu tür markalar, özellikle, markanın ilişkin olduğu mal ve hizmetin markada yer alan coğrafi adın bulunduğu bölgede üretilme olanağının bulunmadığı durumlarda söz konusu olmaktadır⁵³.

Söz konusu markalara: Hollandalı baca üreticisinin Sicilya’daki Etna Yanardağı’nın adını alan “Etna” markası, Muz için “Antartika” markası, dondurma için “Sahara” markası gösterilmektedir⁵⁴.

Gezegen ve uzay cisimlerinin adları (“Dünya”, “Satürn Otomobilleri”, “Samanyolu”, “Ay-burger” (*Moon-burger*) gibi da ayırt

⁴⁹ “Çubuk” markasının beyaz peynirler, kaşar peynirleri ve kaymak emtiası yönünden hükümsüzlüğünün talep edildiği Çubuk Kararı için bkz. 11.HD, 30.09.2014, E.2014/8318, K.2014/14877 (Kazancı).

⁵⁰ 11.HD, 30.10.2006, E.2005/10005, K.2006/10749 (Kazancı).

⁵¹ Coğrafi yer adlarının mecazi kullanımının tespitinde, “*makul nitelikteki ilgili çevre*” dikkate alınmaktadır. Buna göre, örneğin “Kuzey Kutbu” markalı sigaraların gerçekten de Kuzey Kutbu’nda üretilmediğini düşünen bazı alıcıların bulunması, sonucu değiştirmeyecektir. Bkz. MCCARTHY, no.14-7.

⁵² GEVERS, s.286; MCCARTHY, no.14-15.

⁵³ MCCARTHY, no.14-15.

⁵⁴ ADDOR, Felix / GRAZIOLI, Alexandra: “Geographical Indications Beyond Wines and Spirits - A Roadmap for a Better Protection for Geographical Indications in the WTO TRIPS Agreement”, JWIP, 5(6), 2002, s.871; GEVERS, s.288; O’CONNOR, s.120.

edici olup; üretim yeri tüm Dünya ya da Satürn olan bir mal söz konusu olamayacağından, tescil edilebilmektedir⁵⁵.

ccc. Markaya Konu Ad/İşaretin Jenerik Ad Hâline Geldiği, Bu Nedenle Artık Coğrafi Kaynak Göstermediği Anlaşıyorsa

Coğrafi yer adı içeren bazı terimler, jenerik ad niteliği taşımaktadır. Bu tür adlar, coğrafi kaynağı değil, bir mal/hizmetin türünü işaret etmektedirler. Brüksel lahanası, Bermuda şortu, Panama şapkası, Eau de Cologne gibi kavramlar bunlara örnek gösterilebilir. Örneğin parfüm markalarında yer alan “Eau de Cologne” ifadesinin sadece malın türünü gösterdiği, buna karşın malın Fransa’nın Cologne yöresinden kaynaklandığını gösterme işlevi bulunmadığı açıktır.

Bunlar zaten tasvirî işaret niteliği taşıdıklarından, markanın esaslı ya da münhasır unsuru olarak tescil edilemezler⁵⁶. Bununla birlikte söz konusu kavramlar, ayırt edicilik taşıyan bir markanın yan unsuru olabilirler.

ddd. Coğrafi Kaynağı İma Eden İfadelerin Coğrafi Kaynak Göstermediği Hususunda

Coğrafi kaynağı doğrudan doğruya çağrıştırıp akla getirmeyen, telmihte (dolaylı anlatımda) bulunan; ancak ima yoluyla akla getirebilecek ibarelerin marka olarak tescil edilebilecekleri kabul edilmektedir⁵⁷.

Yargıtay’ın **Ganos Kararı**’na konu olan olayda: “Çınaraltı Ganos” ibaresinin 33. sınıfa ilişkin marka olarak tescili, Türk Patent Marka Kurumu (*o dönemki adıyla Türk Patent Enstitüsü “TPE”*) tarafından: “‘Ganos’un Tekirdağ ili sınırları içerisinde şaraplarıyla ünlü bir bölge adı olduğu ve coğrafi kaynak bildiren bu ibarenin şarap için marka olmayacak bir ibare olduğu” gerekçesiyle reddedilmiştir. Ancak Yargıtay, aksi yönde bir yaklaşım sergilemiş; “Ganos ibaresinin... doğrudan doğruya ‘şarap’

⁵⁵ MCCARTHY, no.14-9, no. 14-15.

⁵⁶ MCCARTHY, no.14.3; GEVERS, s.286; O’CONNOR, s.112, dn.23.

⁵⁷ Kıyasan bkz. Dem Kararı:

“Mal ve hizmet ile sadece uzaktan ilişkisi olan basit hatırlatmalar veya telmihter, markaya tasvirî bir karakter veremeyeceği gibi, esasen bir mal ve hizmeti doğrudan doğruya çağrıştırıp akla getirmeyen, ancak telmihte bulunan kelimelerin yasaklanması mümkün değildir. Öte yandan, tescili istenen işaret, özel bir zihni çabaya mahal bırakmadan, mal ile sıkı bir ilişkisi sebebiyle malın bir özelliğini veya kompozisyonunu düşündürdüğü takdirde ise bu takdirde ayırt edicilik vasfına sahip olduğu söylenemeyecektir.”

(11.HD, 02.11.2015, E.2015/4688, K.2015/11384 (Kazancı)). Ayrıca kıyasan bkz. Uykudan Önce Kararı, 11.HD, 08.12.2009, E.2008/3167, K.2009/12638 (yayımlanmamıştır).

emtiyasını hatırlatmadığı”na, bu nedenle de coğrafi kaynak belirttiğinden söz edilemeyeceğine hükmetmiştir⁵⁸.

eee. Markada Adı Geçen Yerdeki Teşebbüsü İşletme Hakkının Başvuru/Marka Sahibinin Tekelinde Olduğu ve Markanın Anılan Teşebbüse İşaret Etmesinin Kaçınılmaz Olduğu Durumlarda, Markanın Coğrafi Kaynak Göstermediği Hususunda

Bazı durumlarda marka olarak tescili talep edilen adın coğrafi bir yerin adı mı olduğu yoksa belirli yerdeki bir teşebbüse mi işaret ettiği hususu açık değildir. Böyle durumlarda eğer söz konusu adın coğrafi yerin adı olduğu ve coğrafi kaynak gösterdiği kabul edilecek olursa, anılan adın marka olarak tesciline izin verilmeyecektir. Aksinin (belirli yerdeki bir teşebbüsün adı olduğunun) kabulü halinde ise bu ad, marka olarak tescil edilebilecektir.

Eğer markada adı geçen coğrafi yerde tek bir teşebbüs bulunmaktaysa ve başvuru/marka sahibinin bu teşebbüsü işletme konusunda tekel hakkı söz konusu ise, bu durumda anılan adın rakiplerin kullanımına açık tutulması zorunlu değildir⁵⁹. Örneğin belli bir bölgedeki su kaynağını kullanma ya da bir stadyumu veya müzeyi işletme hususunda sadece bir işletmeci yetkiliyse, söz konusu teşebbüsün adının coğrafi kaynak göstermediği ve marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmektedir.

EUİPO Temyiz Kurulu’nun **Wembley Kararı**’nda; “Wembley” ifadesinin sadece “Wembley Stadyumu”na mı yoksa Wembley’in de içinde yer aldığı, Londra’nın Brent ilçesinde yer alan daha geniş bir coğrafi alana mı işaret ettiği hususu tartışılmıştır. Kararda; Wembley Stadyumu’nun ticarî olarak tek bir kişi tarafından işletildiği, bu itibarla söz konusu ifadenin anılan kişiye işaret etmesinin kaçınılmaz olduğu, dolayısıyla coğrafi kaynak göstermediği ve marka olarak tescil edilebileceği ifade edilmiştir⁶⁰.

⁵⁸ 11.HD, 15.03.2012, E.2012/2098, K.2012/3861 (yayımlanmamıştır).

⁵⁹ ARKAN, s.79-80’den naklen: “Belli bir bölgedeki su kaynağını kullanma hususunda sadece bir firmanın yetkili olması halinde de, o bölge isminin (su için) herkesin kullanımına açık tutulması gerekmez”.

⁶⁰ EUİPO’nun (*European Union Intellectual Property Office*: Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi) 16.01.2018 tarihli ve R.1415/2017-2 sayılı Wembley Kararı hakkındaki değerlendirmeler için bkz. WALLENTIN, Thomas: “Exclusivity and Its Boundaries in Sports (law)”, https://www.ksw.at/fileadmin/user_upload/Wallentin_PPP_EUROSAF.pdf;

Benzer bir tartışma Birlik markasına ilişkin **Neuschwanstein Kararı**'nda söz konusu olmuştur. Karara konu olayda; tescil edilen "Neuschwanstein" ibaresinin sadece Neuschwanstein Şatosu'nun adı olarak mı, yoksa şatonun bulunduğu coğrafi yerin adı olarak mı nitelendirileceği hususunda tartışma yaşanmıştır. Mahkeme, söz konusu ifadenin şatonun adı olduğuna, bu adın hayali bir ad olarak şatoya konulmuş olduğuna, coğrafi yerin adı olarak değerlendirilemeyeceğine, markanın tescilli olduğu hediyelik eşyalara ilişkin olarak coğrafi kökene işaret etmediğine hükmetmiş ve markanın hükümsüzlüğü talebini reddetmiştir⁶¹.

Yargıtay'ın **Çırağan Kararı**'nda da:

“kandiller ile aydınlatılarak yapılan şenlik, donanma' anlamını taşıyan 'Çırağan' ya da 'Çerağan' sözcüğünün zamanla 'Çırağan Sarayı' ile özdeşleşmiş bulunduğu, Milli Emlak Müdürlüğü'nce verilen irtifak hakkına ilişkin protokolde irtifak konusu taşınmazın 'Çırağan Sarayı' ve bitişiğindeki arsa olduğuna ve böylece 'Çırağan' adının da davacı tarafından kullanılmak üzere devredildiğinin kabulünün" gerektiğine hükmedilmiştir⁶².

- ii. Başlangıçta Coğrafi Kaynak Gösteriyor Olsa da, Sonradan Kullanım Yolu ile Ayırt Edicilik Kazanmış Olan Coğrafi Markalar

Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal/hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa, bu markanın tescili, coğrafi kaynak belirttiği gerekçesiyle reddedilemez (SMK m.5.2). Bu tür markalara: maden suyuna ilişkin Beypazarı, işkembe-paça ürününe ilişkin Beykoz, piliç ürününe ilişkin Mudurnu markaları örnek olarak gösterilmektedir⁶³.

Coğrafi bir markanın kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmasından söz edilebilmesi, markanın belirli bir teşebbüse ait olacak şekilde

KARADENİZLİ, Tolga: "Dünya Kupası Öncesi Bir Tanımlayıcılık Tartışması: Wembley İbaresini Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?", www.iprgezgini.org.

⁶¹ *Bundesverband Souvenir-Geschenke-Ehrenpreise eV v EUIPO*, T-167/15, ECLI:EU:T:2016:391 (<http://curia.europa.eu>). Karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. BOCKHORN, Vanessa: "The European Union Trademark Neuschwanstein Remains Registered for the Free State of Bavaria", <http://www.patguard.de>; FÜTMAN, Özlem: "Romantik Almanya, Romantik Yol, Romantik Müzik; Neuschwanstein Davasında Hukuk Sözcüsü Görüşü", www.iprgezgini.org.

⁶² Bkz. 11.HD, 25.06.2000, E.2000/2127, K.2000/5561 (Kazancı).

⁶³ Bkz. TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ, s.31.

algılanması, söz konusu mal/hizmet ile teşebbüsün bağlantılı hâle gelmesi gerekmektedir⁶⁴.

Markanın ayırt edicilik kazanmış sayılması için, ilgili çevrenin tamamının coğrafi marka ile belirli bir teşebbüs arasında bağlantı kuruyor olması zorunlu değildir. Bu çevrenin önemli orandaki bir kesiminin kanaati, ayırt edicilik için yeterlidir⁶⁵.

Coğrafi kaynak gösteren markalar kural olarak tasvirî marka niteliğindedirler⁶⁶. Bunların kullanım sonucu ayırt edici hâle geldiği, artık coğrafi kaynak göstermediğini ispat yükümlülüğü, başvuru sahibindedir⁶⁷.

Sonradan ayırt edicilik kazandığını ispat için ise, coğrafi markanın yoğun bir reklâm kampanyası eşliğinde uzun süre kullanıldığı ve böylelikle ilgili çevrede belirli bir teşebbüsün markası olarak algılanmaya başlandığı ortaya konmalıdır⁶⁸. İspat kapsamında; marka sahibi tarafından pazarın ne oranında paya sahip olduğu, markanın ne derece yoğun, coğrafi açıdan ne derece yaygın ve ne kadar uzun süredir kullanılıyor olduğu önem taşımaktadır⁶⁹. Ayrıca; markanın tanıtımı için yapılan harcama miktarından, alıcı çevresinde söz konusu markayı belirli bir teşebbüs ile bağlantılı olarak algılayanların oranından (hitap edilen tüketici kesimi nezdinde bilinip bilinmediğinden), benimsenme oranından, pazar payı ve cirosuyla ilgili bilgilerden, ticaret ya da borsa odaları gibi ilgili ticarî ve meslekî örgütlerin açıklamalarından yararlanılabilir⁷⁰.

Coğrafi markanın başvuru tarihinden önce kullanılarak ayırt edicilik kazandığı ispatlanırken; Türkiye'deki ve "markasal kullanım"ın varlığı ortaya konmalıdır⁷¹. Tescili talep edilen marka, ticaret unvanı ile aynıysa,

⁶⁴ KAYA, s.100. Ayrıca bkz. Windsurfing Chiemsee Kararı, no.46; 11.HD, 30.05.2016, E.2015/11011, K.2016/5913 (Kazancı).

⁶⁵ Windsurfing Chiemsee Kararı, no.54.

⁶⁶ Yargıtay kararına konu olan bir olayda, coğrafi kaynak belirten coğrafi yer adı, aynı zamanda marka sahibinin soyadıdır. Yargıtay; anılan hâlde, söz konusu ibarenin, marka sahibinin soyadı olsa bile, coğrafi yer adından bağımsız olarak ayırt edicilik kazanmadıkça "coğrafi yasaklık sebebiyle" tescil edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. 11.HD, 08.01.2013, E.2011/15470, K.2013/165 (Kazancı).

⁶⁷ MCCARTHY, no.14-11; KAYA, s.102.

⁶⁸ ARKAN, s.83.

⁶⁹ Kullanmanın hangi durumlarda "uzun ve kesintisiz" sayılabileceğinin somut olayın şartlarına göre belirleneceği hususunda bkz. ARKAN, s.83.

⁷⁰ Bkz. Windsurfing Chiemsee Kararı, no.51 ve Yargıtay'ın Georgia Kararı (bkz. dn.14). Markanın bu kapsamda değerlendirilebilmesi için yoğun bir kampanyayla uzun süre tanıtım ve satışın yapılmış olması gerektiği hususunda bkz. YILMAZ, Lerzan: Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, 2. Baskı, Aristo, İstanbul 2017, s.317.

⁷¹ Bkz. dn.14'teki Georgia Kararı.

ticaret unvanında yer alan coğrafi yer adının “unvansal” kullanıldığına ilişkin deliller, SMK m.5.2 hükmü anlamında yeterli olamaz⁷².

Ayırt ediciliğin varlığı saptanırken, ayrıca, markanın “tescil edilmiş şeklinin” ayırt edicilik kazanmış olup olmadığı incelenmelidir. Yargıtay’ın **Hatay Sofrası Kararı**’na konu olan olayda, marka “Hatay Sofrası+şekil” şeklinde tescil edilmiş olmasına rağmen, etkin tanıtım ve kullanım “Akdeniz Hatay Sofrası” ifadesi için yapılmıştır. Ayırt edicilik kazanan ifadenin markanın tescil edilmiş hâli olmadığı gerekçesine dayanan Yüksek Mahkeme, markanın hükümsüz kılınmasına karar vermiştir⁷³.

Kütahya Kararı’nda Yargıtay, “Kütahya” ibaresinin özellikle seramik ve çinileriyle bilinen bir şehrin adı olmasına ve kural olarak tek başına kimseye marka olarak verilemeyecek olmasına rağmen, “Kütahya Seramik” markasının ayırt edicilik kazandığını belirtmiştir⁷⁴.

Benzer şekilde **Turkish Card Kararı**⁷⁵ ve **Cargo Türk Kararı**’nda⁷⁶, “‘Türk’ ibaresinin... bir ulusu, bir aidiyeti ifade etmesine” rağmen, söz konusu markaların kullanım sonucu ayırt edicilik kazandıklarına ve tescil edilebileceklerine hükmedilmiştir.

- bb. Yargıtay’ın Coğrafi Kaynak Belirtmeyen Coğrafi Ad ve İşaretlendirmelerin Tescili Konusunda Yaklaşımı
i. Tek Başlarına Tescil Edilemeyeceğine İlişkin Yaklaşım Hakkında

Yukarıda açıklandığı gibi, bir coğrafi marka, coğrafi kaynak göstermiyorsa⁷⁷, markanın münhasır ya da esaslı unsuru olarak tescilinde herhangi bir sakınca yoktur. Her ne kadar Sınai Mülkiyet Kanunu, coğrafi kaynak göstermeyen coğrafi markaların tesciline izin vermişse de, Yargıtay, bu tür markalara ilişkin olarak, Kanun’da bulunmayan ek bir sınırlama kabul etmiştir. 11. Hukuk Dairesi, **Pendik Kararı**’nda, coğrafi markaların tek başlarına tescil edilemeyeceklerini; bunların başka sözcüklerle birlikte oluşturdukları tamlamaların tescil edilebileceğini belirtmiştir.

⁷² Karş. Turkish Factoring Kararı, 11.HD, 19.11.2014, E.2014/11229, K.2014/17981 (Kazancı).

⁷³ 11.HD, 12.12.2014, E.2014/12678, K.2014/19659 (Kazancı).

⁷⁴ 11.HD, 13.09.2017, E.2016/1626, K.2017/4312 (Kazancı).

⁷⁵ 11.HD, 24.11.2014, E.2014/11235, K.2014/18259 (Kazancı).

⁷⁶ Karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. 11.HD, 19.03.2009, E.2008/12179, K.2009/3219 (yayımlanmamıştır). Bkz. aşağıda “II.B.2. “Türk” İfadesini İçeren Markalarda Yanıltıcılık”.

⁷⁷ Bkz. yukarıda “II.A.1.a.aa.Coğrafi Kaynak Belirtme Kavramı”.

Karara konu olayda: davacı, nişasta vb. ürünlere ilişkin olarak “Pendik” markasını tescil ettirmek üzere Türk Patent Marka Kurumu’na (TPE’ye) başvurmuş, ancak başvurusu coğrafi kaynak gösterdiği gerekçesiyle reddedilmiştir. TÜRK PATENT (TPE) Kararı’nın iptali talebiyle açılan davada ilk derece mahkemesi, davacının talebini kabul ederek markanın tesciline hükmetmiş; ancak Yargıtay kararı bozmuştur.

Bozma kararında, ülkemizdeki bir şehir veya ilçe ya da bilinen bir yerleşim yeri adının tek başına marka olarak tescilinin mümkün olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme,

“şehir, ilçe veya maruf yerleşim yerlerinin isimlerini teşkil eden sözcükler hangi ürünün markası olarak kullanılacak ise, onunla birlikte tesciline imkan verilmesinin yasal düzenlemenin amacına daha uygun olduğu” şeklinde yorum yapmıştır. Anılan kapsamda, örneğin “İstanbul” ve “Ankara” adlarının tek başlarına marka olarak tescil edilemeyecekleri, söz konusu yer adlarının “İstanbul Şarabı”, “Restaurant İstanbul” “Ankara Pazarları” gibi ekler alınarak tescil edilebileceği yönünde hüküm tesis edilmiştir. Yargıtay, bu doğrultuda “Pendik” sözcüğünün tek başına marka olamayacağı, zira anılan durumda bir yer adının marka sahibinin tekeline bırakılmış olacağı şeklinde görüş belirtmiştir.

Yargıtay’ın bu yaklaşımı sonraki tarihli kararlarında da benimsenmiş ve kökleşmiştir. Örneğin **Anadolu Grubu Kararı**’nda; Yargıtay, “Anadolu” ifadesinin tek başına değil, “grup” kelimesi ile “Anadolu Grubu” şeklinde kullanılıyor olması nedeniyle tescil edilebileceğine hükmetmiştir⁷⁸.

Afyon Yumurtası Kararı’nda da, markanın tamlama şeklinde olduğundan tescil edilebileceğine hükmedilmiştir⁷⁹.

Keban Kararı’nda ise, tek başına “Keban” sözcüğünün marka olarak tescil edilemeyeceği ifade edilmiştir⁸⁰.

Aynı esas, “Özel Çankaya Hastanesi+şekil”den oluşan markanın hükümsüzlüğünün talep edildiği **Çankaya Hastanesi Kararı**’nda da benimsenmiştir. Kararda,

“...her ne kadar ‘Çankaya’ ibaresi Ankara’da Cumhurbaşkanlığı Köşkü gibi önemli yapı, bölge, parklara sahip iyi bilinen bir semt adı olması nedeniyle tek başına bir kimseye marka olarak verilemez ise de,

⁷⁸ 11.HD, 02.10.2017, E.2016/2243, K.2017/4908 (Kazancı).

⁷⁹ 11.HD, 13.02.2017, E.2015/12593, K.2017/760 (Kazancı). Kararda Afyon’un yumurta üretimi konusunda özellik taşıyıp taşımadığı ve/veya ilgili çevrede böyle bir kanaat uyandırıp uyandırmadığı hususu tartışılmamıştır.

⁸⁰ 11.HD, 07.02.2017, E.2015/12418, K.2017/615 (Kazancı).

faaliyet alanı, sektörel adlar ya da ayırt edici ibareyi bir bütün olarak markasal algı yaratacak ilaveler eklenmesi halinde 556 sayılı KHK'nın (SMK m.5.1.c hükmüne karşılık gelen) 7/1,c hükmündeki tescil engelinin aşılabileceği"ne hükmedilmiştir⁸¹.

Dalaman Kararı'nda; rent-a car hizmeti için tescil edilmiş olan "Dalaman" markası, "herhangi bir ek olmaksızın hizmetlerde kullanıldığı" gerekçesiyle hükümsüz kılınmıştır⁸².

Beyoğlu Kararı'nda ise, "Beyoğlu" ibaresinin alkollü içkileri kapsayan mal hizmet sınıfına ilişkin tescili kabul edilmemiştir. Kararda; "Beyoğlu sözcüğünün tescili istenen 33. sınıftaki emtia için cins, çeşit, vasıf, kalite, coğrafi kaynak belirtmediği ve içki emtiasının hammaddesinin üretildiği yer olmadığı" belirtilmiş; yine de "Beyoğlu" ifadesinin tek başına tescil edilemeyeceği gerekçesiyle tescil talebi reddedilmiştir⁸³.

ii. Yargıtay'ın Pendik Kararı'nda Benimsediği Yaklaşımın ve Gerekçelerinin Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın coğrafi markalara ilişkin olarak Pendik Kararı'nda benimsediği ve sonraki kararlarına da temel teşkil eden yaklaşımı, kanaatimizce yerinde değildir. Zira SMK, coğrafi markaların tescilinin ilgili çevre ve rakipler açısından sakınca yaratacağı durumlarda bu markaların tescilini zaten engellemekte; anılan tür markaların tescili ancak sınırlı bir kapsamda mümkün olmaktadır. Bu itibarla Yüksek Mahkemenin söz konusu sınırlayıcı yaklaşımına gerek olmadığı gibi, bu yaklaşımın Kanun'da da hiçbir dayanağı yoktur.

Yüksek Mahkeme, coğrafi yer adlarının tek başlarına tesciline izin verilmemesinin gerekçeleri arasında:

"... ülkemizdeki şehir, bölge veya maruf mahal isimlerinin tek bir sözcük olarak bir kişi lehine marka olarak tesciline olanak tanımak, bu isimlerin artık başkaları tarafından markalarında kullanılmayacağı sonucunu ortaya çıkaracaktır. Örnek verilmek gerekirse İstanbul, Ankara veya İzmir veya dava konusu olayda olduğu gibi İstanbul'un maruf bir ilçesinin adı olan sadece 'Pendik' sözcüğünün bir kişi adına marka olarak tescil edilmesi halinde, bu sözcük artık bir kişinin tekelinde kalacak ve bu şekilde

⁸¹11.HD, 26.03.2015, E.2014/18739, K.2015/4159 (Kazancı); 11.HD, 03.03.2016, E.2015/8413, K.2016/2358 (Kazancı).

⁸²11.HD, 21.01.2014, E.2013/17226 K.2014/1276 (Kazancı).

⁸³11.HD, 09.12.2010, E.2010/11657, K.2010/12704 (yayımlanmamıştır). Ayrıca bkz. Cibali Kararı, 11.HD, 27.05.2010, E.2009/374, K.2010/6001 (ÇOLAK, s.146).

bir kamu adı başkaları tarafından markalarında kullanılamayacaktır.”

gerekçesine dayanmaktadır. Ancak bu gerekçe kanaatimizce yerinde değildir. Şöyle ki; bir coğrafi ad, ister Yargıtay’ın işaret ettiği şekilde mal/hizmet türü eklenerek bir tamlama içinde, ister tek başına tescil edilmiş olsun, rakiplerin söz konusu adı kullanmaları bütünüyle engellenmiş değildir. Kararda örneği verilen “İstanbul Şarabı” markası üzerinden değerlendirme yapılacak olursa: şarap için tek başına “İstanbul” ifadesinin tescili de, Yargıtay’ın zorunlu kıldığı şekilde “İstanbul Şarabı” ifadesinin tescili de, rakiplerin söz konusu yer adını markalarının yan unsuru olarak tescil etmelerine engel olamaz⁸⁴. Benzer şekilde, her iki durumda da, rakipler, üretim yerini belirtmek amacıyla, “İstanbul” ifadesini ticarî hayatta dürüst şekilde kullanma hakkına sahiptirler⁸⁵ (SMK m.7.5.b).

Yargıtay’ın dayandığı bir diğer gerekçe de: “... yerleşen uygulamaya göre, bu isim, markanın ‘kök’ sözcüğü olacak ve iltibas iddiası ile diğer marka başvurularının önlenmesine neden teşkil edecektir” şeklinde ifade edilmiştir. Oysa bir kelime markası tescil edildiğinde, söz konusu kelimenin aynısı ya da benzeri, aynı ya da benzer mal/hizmetler için tescil edilememektedir (SMK m.5.1.ç, m.6.1). Bu kural, coğrafi markalar için de geçerlidir. Buna göre şarap için tek başına “İstanbul” kelimesi tescil edilse bile, bu tescil, “İstanbul” kelimesinin aynısının ya da benzerinin şarap ya da benzerî sınıflar için başkalarınca tescilini zaten önleyecektir. Üstelik Yargıtay’ın tesciline izin verdiği hâliyle “İstanbul Şarabı” markasının tescili de aynı sonucu doğurmaktadır: bu ifadenin tescili durumunda da, (tıpkı tek başına “İstanbul” ifadesinin tescilinde olduğu gibi), -kök ifade olan- “İstanbul” ifadesinin ve benzeri ifadelerin, şarap ve benzer mal/hizmetler için başkalarınca tescili engellenebilecektir.

Ayrıca iltibas iddiası her iki tür tescil durumunda da söz konusu olacaktır. Zira Yargıtay’ın belirttiği gibi, “İstanbul” kök ifade olduğundan, (hem “İstanbul Şarabı” markasında hem “İstanbul” markasında) iltibasın varlığı “İstanbul” kelimesi dikkate alınarak saptanacaktır. Bu durumda “İstanbul” markası ile “İstanbul Şarabı” markasının tescili arasında, iltibas tehlikesi açısından bir farklılık söz konusu olmayacaktır.

⁸⁴ Bu konuda bkz. aşağıda “II.A.2.b.aa.Coğrafi Kaynak Belirten İbarenin Yan Unsur Olduğu Durumlar”.

⁸⁵ Bu konuda bkz. aşağıda “II.A.3.Coğrafi Markanın Tescilinin Rakiplerin Kullanımına Etkisi”.

Yargıtay, söz konusu kararında bir diğer gerekçe olarak: “556 sayılı KHK.nin genel amacı dikkate alındığında böyle bir imtiyazın kimseye tanınmaması gerekir” ifadesine yer vermiştir⁸⁶. Söz konusu gerekçe, öğretide Yasaman tarafından eleştirilmiştir⁸⁷: Yazara göre:

“İstanbul adının şarap ürününde kullanılması, halkın zihninde bir karışıklık meydana getirmez. Zira İstanbul bağcılık ve şarapçılıkla ünlü bir bölge değildir. Bu bakımdan ‘İstanbul’ ibaresi şarap için ayırt edici bir işarettir. Buna karşılık Müreffe veya Bozcaada ilçe adları, şarap ürünlerinde kullanılmak istense, coğrafi işaretlerle karışıklığa yol açacağı açıktır.”

Gerçekten de, yukarıda belirtildiği gibi, eğer bir marka coğrafi kaynak gösteriyorsa, zaten tek başına da olsa, bir tamlamanın parçası da olsa, münhasır ya da esas unsur şeklinde tescil edilemez. Bu itibarla coğrafi kaynak gösteren markalar tescil edilemeyeceğinden, bunlar üzerinde kimse lehine bir imtiyaz da tanınmamaktadır. Aksine tescili talep edilen marka, coğrafi kaynak göstermekte ise, bir tamlama içinde olsa dahi, markanın esaslı unsuru olamaz.

İlgili mal/hizmet için marka sahibine bir tekel hakkı tanınması ise, sadece coğrafi kaynak göstermediği için tesciline izin verilen coğrafi markalarda söz konusu olmaktadır. Bu aşamada, şarap için “İstanbul” ifadesine izin verilmesi durumunda doğan tekel, “İstanbul Şarabı” markasının tescili ile doğan tekelden farklı olmayacaktır⁸⁸.

Sonuç olarak Yargıtay’ın anılan görüşünün gerekçeleri, bu sınırlama için yerinde olmayıp; Kanun’da da hiçbir dayanağı yoktur. Yargıtay’ın anılan sınırlama ile coğrafi markalara ilişkin sağlamayı hedeflediği koruma, kanun koyucu tarafından zaten sağlanmıştır. Nitekim hukukumuzda mehaz teşkil eden yabancı hukuk sistemlerinde de, coğrafi yer adlarının, diğer şartları taşınması durumunda, tek başlarına marka olarak tescil edilebilmeleri mümkündür.

⁸⁶ Benzer bir yaklaşıma Keban Kararı’nda rastlanmaktadır. Karar için bkz. dn.80.

⁸⁷ YASAMAN, Hamdi / ALTAY, Sıtkı Anlam / AYOĞLU, Tolga / YUSUFOĞLU, Fülürya / YÜKSEL, Sinan: Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi, C.I, Vedat, İstanbul 2004, s.68’den naklen.

⁸⁸ Kararda: “Dairemizce benimsenen bu ilke, esasen renklerin marka olarak tescilinde de uygulanagelmektedir” gerekçesine de dayanılmaktadır. Ancak söz konusu iki marka türünün kıyasa elverişli olduğu kabul edilemez.

b. Coğrafi Markaların, Coğrafi Kaynak Belirtmesine Rağmen Tescil Edilebildiği Durumlar

aa. Coğrafi Kaynak Belirten İbarenin Yan Unsur Olduğu Durumlar

Coğrafi kaynak gösteren ibare, markada sadece yan unsur durumundaysa, SMK m.5.1.c hükmü kapsamına girmemekte ve yanıltıcı olmaması kaydıyla tescil edilebilmektedir⁸⁹. Ancak markanın yan unsuru olarak tesciline izin verilen durumlarda, bunun kullanım aşamasında da yan unsur olarak kalması, diğer bir ifadeyle ön plâna çıkartılmaması gereklidir⁹⁰.

Dikkat edilmesi gereken husus; coğrafi bir ifadenin markanın yan unsuru olarak tescilinin, marka sahibine söz konusu ifade üzerinde bir tekel hakkı kazandırmadığıdır⁹¹.

bb. Mal veya Hizmetlerin Coğrafi Menşelerini Garanti Etmek İçin Coğrafi Markaların Garanti Markası Olarak Tescil Edildiği Durumlar

Ferdî markalardan farklı olarak, garanti markalarının ilgili mal/hizmetin coğrafi kaynağını göstermesi mümkündür⁹². Bu tür markalarda, coğrafi kaynak gösteren ifade, markanın münhasır ya da esaslı unsuru olabilir⁹³. SMK m.31, garanti markasını; “marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, *coğrafi menşelerini* ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaret” olarak tanımlamıştır.

Hükümde, garanti markasının *işletmelerin* coğrafi menşelerini garanti etmeye yaradığı belirtilmiştir; ancak söz konusu ifade yerinde değildir. Mevzuat AB düzenlemelerinde de⁹⁴, ticarî hayatta *mal veya*

⁸⁹ Yukarıda da belirtildiği gibi, coğrafi kaynak göstermeyen coğrafi markalar, zaten münhasır ya da esas unsur olarak tescil edilebilmektedirler; anılan nitelikteki markalar evleviyetle yan unsur da olabilmektedir. Bkz. yukarıda “II.A.2.Coğrafi Kaynak Göstermeyen Coğrafi Markaların Tescili”.

⁹⁰ KAYA, s.97.

⁹¹ KAYA, s.97.

⁹² SMK’da ortak markaların mal veya hizmetin coğrafi kökeni ile ilgisi düzenlenmemiştir. SMK m.30.4. Oysa AB hukukunda ticarî hayatta mal veya hizmetlerin coğrafi kökenine işaret eden ad ve işaretlerin ortak marka olabilecekleri açıkça ifade edilmiştir (2917/1001 sayılı Birlik Markası Tüzüğü m.74.2).

⁹³ Garanti markası hakkındaki açıklamalar için bkz. BOZGEYİK, Hayri: “Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi”, İÜHFİM, 71(2), 2013, s.99.

⁹⁴ Bkz. 2015/2436 sayılı Marka Yönergesi m.28.4 ve 2017/1001 sayılı Birlik Markası Tüzüğü m.83.1.

hizmetlerin coğrafi kökenine işaret eden ad ve işaretlerin garanti markası olarak nitelenebileceği ifade edilmektedir⁹⁵.

3. Coğrafi Markanın Tescilinin Rakiplerin Kullanımına Etkisi
a. Rakiplerin, Söz Konusu Coğrafi İfadeyi, Dürüstçe ve Ticarî Hayatın Olağan Akışı İçinde Kullanabilecekleri Hususunda

Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine ait olmakla beraber (SMK m.7), kanun koyucu belli durumlarda başkası adına tescilli bir markanın kullanımının tecavüz teşkil etmeyeceğini düzenlemiştir. Anılan durumlardan biri de, SMK m.7.5.b hükmüdür⁹⁶. Buna göre; bir coğrafi yer adı, ayırt edicilik kazandığı için bir marka sahibi tarafından tescil edilse bile, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticarî hayatın olağan akışı içinde kullanılabilir (SMK m.7.5). Böyle durumlarda başkası adına tescilli bir markada yer alan kelimelerin, malların veya hizmetlerin *coğrafi kaynağına* ilişkin açıklamalarda bulunacak şekilde kullanılması tecavüz olarak nitelendirilemez ve marka sahibi tarafından engellenemez⁹⁷.

Örneğin Yargıtay'ın **Trakya Kararı**'nda, "Trakya" markasını tescil ettirmiş olan davacının, davalının ürettiği kaşar peynirlerinde "ürünün yöresini belirtmek amacıyla" bu ifadeyi kullanmasını engelleyemeyeceği belirtilmiştir⁹⁸.

b. Rakiplerin, Söz Konusu Coğrafi Adı, Yeterince Ayırt Edicilik Sağlayan Ekler Yaparak ve Kendi Markalarının Tali Unsuru Olarak Tescil Ettirebilecekleri ve/veya Kullanabilecekleri Hususunda

Bir coğrafi marka tescil edildiği durumlarda dahi, söz konusu coğrafi ad, marka sahibi dışındaki kişiler tarafından, kendi markalarının tali unsur olarak tescil edilebilmekte ve kullanılabilir⁹⁹. Şöyle ki; tescil edilen coğrafi markada yer alan coğrafi ad, iltibas oluşturmayacak

⁹⁵ İngiliz Patent Ofisi'ne peynirlere ilişkin tescil edilmiş olan "Stilton Certification Trade Mark" ve ketene ilişkin tescil edilmiş olan "Irish Linen" markaları, coğrafi kaynak gösteren garanti markalarına örnek gösterilebilir (www.ipo.gov.uk); bu konudaki açıklamalar için bkz. BELSON, Jeffrey: Certification Marks, Sweet&Maxwell, London 2002, s.26.

⁹⁶ Aynı yönde bkz. mülga 556 sayılı KHK m.12; 2015/2436 sayılı Marka Yönergesi m.14.1.b; 2017/1001 sayılı Birlik Markası Tüzüğü m.14.1.b.

⁹⁷ Bkz. Windsurfing Chiemsee Kararı, no.28.

⁹⁸ 11.HD, 19.11.2014, E.2014/11272, K.2014/17954 (Kazancı).

⁹⁹ YASAMAN, s.441.

şekilde ve “yeterince ayırt edicilik sağlayan ekler yapılması şartıyla”¹⁰⁰ rakipler tarafından da marka olarak kullanılabilir¹⁰¹. Coğrafi adlardan oluşturan markalar, zayıf marka niteliğinde olduklarından¹⁰², eklerin de “yeterince ayırt edici olması” şarttır.

Örneğin **Çine Topçam Madran Kararı**’nda Yargıtay, kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmış ve tescil edilmiş markada (“Bozdoğan Belediyesi Madran”+şekil”) yer alan coğrafi adın (“Madran”), rakibin markasında (“Çine Topçam Madran+şekil”) tali unsur olarak kullanılabileceğine, bu kullanımın engellenemeyeceğine hükmetmiştir¹⁰³.

Çankaya Hastanesi Kararı’nda da, davacının “Özel Çankaya Hastanesi” markasının esaslı unsurunun “Çankaya” ibaresi olduğuna, davalının tescilsiz “Çankaya Doruk Hastanesi+şekil” markasındaki “Çankaya” ibaresinin ise tali unsur olmadığına, esas unsur olduğuna, bu şekilde tescilsiz marka olarak kullanımının haksız rekabet oluşturduğuna hükmedilmiştir¹⁰⁴.

Kütahya Kararı’na konu olayda davacı; “Kütahya porselen”, “Kütahya ambalaj”, “Kütahya yapı kimyasalları”, “Kütahya ceravit”, “Kütahya keramik”, “Kütahya karo”, “Kütahya porsalev” markalarının sahibidir. Davalı ise: “KSE Kütahya Sanat Evi Kırk Yıllık Dostluklara” markasını tescil ettirmiştir. Yüksek Mahkeme, davacının markasında geçen yer (“Kütahya”) adının, rakipleri tarafından, yeterince ayırt edicilik sağlayan eklerle marka olarak kullanılabilceğini, davalının markasındaki “KSE” kısaltmasının açılımının “Kütahya Sanat Evi” olduğunu, “KSE” ve

¹⁰⁰ Bkz. 11.HD, 06.12.2017, E.2016/4087, K.2017/6941 (Kazancı).

¹⁰¹ Örneğin marka olarak tescil edilmiş ve markanın baskın unsuru olan coğrafi yer adının sonuna “-lı” ekini ekleyerek (“Samsun Pasta” markası - “Samsunlu Pasta” markası gibi) oluşturulan ibare, ayırt etmeye yeterli değildir. Bu konuda bkz. 11.HD, 05.06.2015, E.2015/2042, K.2015/7849 (Kazancı). Aynı yönde bkz. “Oldenburglu” anlamına gelen “Oldenburger” markasının coğrafi kaynak gösterdiğine ilişkin EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE: “Guidelines for Examination of European Union Trade Marks”, Part B, Examination, Section 4, Absolute Grounds for Refusal, Chapter 4, Descriptive Trade Marks, Article 7(1)(c) EUTMR, <https://euipo.europa.eu/ohimportal/trade-mark-guidelines>, s.14’teki açıklamalar.

¹⁰² YASAMAN, Hamdi: Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları III, Vedat, İstanbul 2008, s.214.

¹⁰³ Karar düzeltme istemi de reddedilmiştir. 11.HD, 26.09.2006, E.2006/8109, K.2006/9272 (yayımlanmamıştır).

¹⁰⁴ Bkz. dn.81. Aynı yönde bkz. 11.HD, 24.05.2017, E.2016/7388, K.2017/3036 (Kazancı); Alara Kararı için bkz. 11.HD, 28.05.2013, E.2011/8258, K.2013/11074 (yayımlanmamıştır); Far East Chinese Kararı için bkz. 11.HD, 22.01.2007, E.2005/13641, K.2007/572 (Kazancı).

“Sanat Evi” eklerinin işitsel, görsel, kavramsal ve genel izlenim olarak yeterince ayırt edicilik sağladığına hükmetmiştir¹⁰⁵.

Ezine Çiftliği Kararı’nda ise; “Tahsildaroğlu Ezine Çiftliği” ve “Ezine Çiftliği+şekil” ibareli markaları tescil ettirmiş olan davacı, davalının aynı sınıflarda tescil ettirdiği “Altıncılık Ezine Çiftliği+şekil” markasının hükümsüzlüğünü talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, davalı markasındaki ayırt edici kısmın ‘Altıncılık’ ibaresi olduğunu belirtmiş, talebi reddetmiştir¹⁰⁶.

Tınaztepe Kararı’na konu olan olayda, dinlenme tesisi işleten ve “Dağ-Tur Tınaztepe” markasını tescil ettirmiş olan davacı, işletmesinin hemen yanında faaliyet gösteren davalının “Zirve Tınaztepe Tesisleri+şekil” markasının hükümsüzlüğünü talep etmiştir. Mahkeme, “Tınaztepe” ibaresinin davalı markasında coğrafi yer adı olarak, yardımcı unsur niteliğinde yer aldığı gerekçesiyle, davanın reddine karar vermiştir.

Anzer Balı Kararı’nda “Anzer Balı” markası tescilliyken, “BallıköyAnzer” markasının tescil edilebileceği¹⁰⁷; **Marmarabirlik Kararı**’nda ise “Marmarabirlik” ve “Marmarabirlik+şekil” markaları tescilliyken “Om Oğuz Marmara+şekil” markasının tescil edilebileceğine hükmedilmiştir¹⁰⁸.

B. Mal veya Hizmetin Coğrafi Kaynağı Konusunda Halkı Yanıltacak İşaretler, Marka Olarak Tescil Edilemez (SMK m.5.1.f)

1. Yanıltıcılık Kavramı

Mutlak ret nedenlerinden SMK m.5.1.f hükmü de, coğrafi markalarla ilgili düzenleme içermektedir. Anılan hükme göre; mal veya hizmetin coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltacak işaretler, marka olarak tescil edilemez¹⁰⁹. Görüldüğü gibi, bu tescil engeline konu olan markalar da, (SMK m.5.1.c hükmü gibi) aslında coğrafi kaynak göstermektedir; ancak yanıltıcı şekilde, markanın ilişkin olduğu mal/hizmetin gerçek üretim yerinden farklı bir yere işaret etmektedir.

Önemle belirtilmesi gereken husus; yanıltıcı coğrafi markalar, tıpkı coğrafi kaynak belirten markalar gibi, markanın ilişkin olduğu mal/hizmet

¹⁰⁵ Bkz. dn.74. Aynı yöndeki Trakya Kararı için bkz. dn.98.

¹⁰⁶ 11.HD, 19.02.2013, E.2013/538, K.2013/2896 (yayımlanmamıştır). Aynı yönde bkz. Taksim Mağazaları Kararı, 11.HD, 04.11.2015, E.2015/4404, K.2015/11573 (Kazancı); 11.HD, 23.11.2017, E.2016/3179, K.2017/6489 (Kazancı).

¹⁰⁷ 11.HD, 08.01.2014, E.2013/10848, K.2014/284 (Kazancı).

¹⁰⁸ 11.HD, 15.01.2007, E.2005/13625, K.2007/188 (Kazancı).

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. mülga 556 sayılı KHK m.7/I,f; 2015/2436 sayılı Marka Yönergesi m.4.1.g; 2017/1001 sayılı Birlik Markası Tüzüğü m.7.1.g.

türü ile markada adı geçen coğrafi yer arasında bir bağlantının bulunduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Eğer markada adı geçen coğrafi yer, markanın ilişkin olduğu mal/hizmet ile bağlantılı ise, özellikle de bu tür mal/hizmet üretimi konusunda ünlü bir yerse, (SMK m.5.1.c veya) SMK m.5.1.f gündeme gelebilmektedir¹¹⁰. Buna karşın, bir coğrafi marka coğrafi kaynak göstermiyorsa, bu durumda yanıltıcılığın da söz edilemeyecek; mal/hizmetin coğrafi markada adı geçen yerde üretilmiş olup olmamasının bir önemi bulunmayacaktır¹¹¹.

Buna göre, markada gösterilen yer ile markanın ilişkin olduğu mal/hizmet türü arasında bağlantının bulunduğu durumlarda; marka, ilişkin olduğu mal/hizmetin coğrafi kaynağını doğru olarak gösteriyorsa SMK m.5.1.c, yanıltıcı olarak gösteriyorsa SMK m.5.1.f hükmü uygulanmaktadır.

Coğrafi açıdan yanıltıcı markalara, özellikle Türkiye’de üretildiği hâlde, yurtdışında üretildiği izlenimi veren, yabancı dildeki markalar örnek gösterilmektedir¹¹². Bu aşamada da, yabancı sözcüklü markanın ilişkin olduğu mal/hizmet türünün, söz konusu dilin konuşulduğu ülkeyle bağlantılı olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Örneğin konfeksiyona ilişkin bir markanın İtalyanca olması ve/veya İtalya’daki bir yer adını içermesi durumunda yanıltıcılığın söz edilebilirken, bir çay ürünü üzerinde İtalyanca marka kullanılması yanıltıcılığa yol açmayabilir.

Yanıltıcılığın varlığından söz edilebilmesi için, -tıpkı coğrafi kaynak belirtme şeklindeki tescil engeline olduğu gibi- *ilgili çevrenin* kanaati temel alınmaktadır¹¹³. Marka, ilgili çevrede, ilişkin olduğu mal/hizmetin, aslında kaynaklanmadığı bir yerden kaynaklandığı izlenimi uyandırıyor, bu durumda yanıltıcı sayılmaktadır.

SMK m.5.1.f hükmü, mal veya hizmetin coğrafi kaynağı konusunda halkı *yanıltacak* işaretlerden söz etmektedir¹¹⁴. Bu nedenle yanıltma tehlikesinin varlığının yeterli değildir¹¹⁵.

¹¹⁰ “Dutch” (Hollandalı) markasının ABD’de üretilen mürekkep için tescil edilebileceği, ancak peynirler için yanıltıcı olacağı hususunda bkz. MCCARTHY, no.14-17.

¹¹¹ Bkz. aşağıda “*II.B.4.Mal/Hizmetin Coğrafi Markada Adı Geçen Yerde Üretilmemiş Olmasının, Markanın Yanıltıcı Sayılmasına Yol Açıp Açmayacağı Hususunda*”.

¹¹² KAYA, s.105.

¹¹³ Bkz. SMK m.5 Gerekçesi: “Burada önemli olan, işaretin ortalama algılama seviyesine sahip tüketiciyi yanıltıcı nitelikte olup olmadığıdır”.

¹¹⁴ Mülga KHK’da: “halkta yanlış anlama *ihimali*” yeterli görülmekteydi (m.42/I,e). SMK’da ise, yanıltıcı hâle gelmekten söz edilmiştir.

¹¹⁵ YASAMAN, s.240; KARAN, Hakan / KILIÇ, Mehmet: Markaların Korunması, 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan, Ankara 2004, s.91. Karş. BOZBEL, Savaş:

Yanılıclılıktan söz edilebilmesi için, markanın ilgili çevreyi objektif olarak yanıltıp yanıltmadığı incelenmektedir. Buna karşın markanın coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltma kastı zorunlu bir unsur değildir.¹¹⁶.

Yanıltıcı marka konusunun ele alındığı kararlardan **Mengen Kararı**'na konu dava, 29 ve 30. sınıftaki ürünlere ilişkin olarak "Mengen+şekil" ibaresinin tescili talebiyle açılmıştır. İlk derece mahkemesi: "coğrafi yer isimlerinin belli bir hizmet ve malla ilgili olarak bilinirlik kazanması durumunda... anılan mallar ilgili yerden gelmiyorsa veya anılan yerde sunulmuyorsa yanıltıcılık yaratacağı"na hükmetmiştir. Söz konusu karar, Yargıtay tarafından onanmıştır¹¹⁷.

Yargıtay, kozmetiğe ilişkin "**Docteur Renaud Paris Timely**" **Kararı**¹¹⁸ ve "**Docteur Renaud Paris**" - "**Hygenic Care**", "**Suncare**", "**Sanitary Care**", "**Hand Care**" **Kararı**¹¹⁹ ile kolonyaya ilişkin "**Docteur Renaud Paris The Leaves**" **Kararı**'nda¹²⁰ ise, markada yer alan "Paris" ifadesinin coğrafi kaynak yönünden yanıltıcılığa yol açmadığına hükmetmiştir¹²¹.

Amerikan Kültür Kararı'nda da, yabancı dil kursları işleten Amerikan Kültür Derneği'nin (adıylay aynı olan) markasının yanıltıcı olmadığına hükmedilmiştir. Yargıtay; söz konusu markanın, eğitim öğretim hizmetleri bakımından ABD ile bağlantı kurularak hizmetin coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltıcı olacağına hükmeden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹²².

Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2015, s.389. *Bozbel*, gerçek bir yanıltma tehlikesinin varlığının dahi yeterli olduğu görüşündedir.

¹¹⁶ YILMAZ, s.271.

Öğretide; başvurunun anılan mutlak ret nedeni kapsamında reddedilebilmesi için, halkı yanılttığı konusunda herhangi bir şüphe bulunmaması gerektiği, şüphe bulunan durumlarda tescilin reddedilmeyip, çözümün mahkemeye bırakılmasının uygun olacağı belirtilmektedir. Bkz. ARKAN, s.86

¹¹⁷ Bkz. dn.33.

İsviçre'de yerleşik olmayan bir şirket tarafından ve yine anılan ülke dışında üretilmekte olan çikolatalar için "Swiss Miss" markasının tescili, İngiliz Marka Ofisi ve ardından mahkemece reddedilmiştir. Bkz. Swiss Miss TM [1997] RPC 219; CORNISH / LLEWELYN, s.667.

¹¹⁸ 11.HD, 27.09.2004, E.2003/14372, K.2004/8888 (Kazancı).

¹¹⁹ 11.HD, 18.09.2006, E.2005/8351, K.2006/8792 (Kazancı).

¹²⁰ 11.HD, 30.10.2003, E.2003/11215, K.2003/10128 (Kazancı).

¹²¹ Oysa "MCL Parfums de Paris" markasının, parfümü de içeren ürün türleri için tescili talebi, İngiliz Patent Ofisi'nce reddedilmiştir. Bu konuda bkz. BENTLY / SHERMAN, s.964.

¹²² 11.HD, 28.05.2010, E.2008/10827, K.2010/6039 (Kazancı).

Ararat Kararı'nda ise; Ermenistan tabiiyetindeki davacı şirketin, alkollü içkilere ilişkin olarak Ararat ifadesini marka olarak tescil ettirme talebi reddedilmiştir¹²³. Kararda

“‘Ararat’ kelimesinin Türkiye'deki tüketicilerde derhal Ağrı ilinin, çevresini ve Ağrı Dağı'nı hatırlattığı, hedef tüketicisinin markanın üzerinde bulunduğu ürün olan konyak ile Türkiye arasında bir ilişki kuracağı, sanki ürünün Türkiye'de veya Türkiye'nin katılımıyla üretilip pazarlandığı duygusuna kapılacağı, oysa ürünün Ermenistan'da üretildiği, şu halde markanın temsil ettiği ürünün kaynağı ve üretim yeri hakkında tüketiciyi yanılttığı” gerekçesine dayanılmıştır¹²⁴.

Eğer coğrafi marka, baştan beri yanıltıcı ise ve buna rağmen tescil edilmişse, markanın hükümsüzlüğü söz konusu olabilmektedir (SMK m.25.1). Bazı durumlarda ise, marka tescil edildiği tarihte mal/hizmetin coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltacak nitelik taşımadığı için tescil edilmiş; ancak daha sonra yanıltıcı hâle gelmiş olabilir. Böyle durumlarda, SMK m.26.1.c hükmü uyarınca markanın iptali söz konusu olabilmektedir¹²⁵. Anılan hükme göre; marka sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle gerçekleştirilen kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltması durumunda, markanın iptaline karar verilmektedir¹²⁶.

¹²³ 11.HD, 22.03.2005, E.2004/4734, K.2005/2590 (Kazancı). Davalı TÜRK PATENT (TPE), ret gerekçesinde, diğer hususların yanı sıra, tescil isteminin “Ermenistan(’ın) Ağrı Dağı ve Ağrı iliyle çevresi hakkındaki hak talepleri bilindiğinden kamu düzenine aykırı olduğu” gerekçesine de dayanmıştır. Ancak mahkeme bu iddiayı yerinde görmemiş; kamu düzenine aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir.

Kararda Ağrı şehriyle konyak üretimi arasında bir bağlantı bulunup bulunmadığı ise tartışılmamıştır.

¹²⁴ OHİM (günümüzdeki adıyla EUIPO), şaraplarıyla ünlü bir Yunan bölgesinin adı olan “Arcadia” ifadesinin İtalyan şaraplarına ilişkin tescili talebini reddetmiştir. Enotria Holdings/Arcadia, R.246/1999-1 (27.03.2000) kararı hakkında bkz. BENTLY / SHERMAN, s.964.

¹²⁵ Aynı yönde bkz. 2015/2436 sayılı Marka Yönergesi m.20.b ve 2017/1001 sayılı Birlik Markası Tüzüğü m.58.1.c. Karş. Mülga 556 sayılı KHK m.42/1.e.

¹²⁶ Mülga 556 sayılı KHK m.16/IV hükmüne göre:

“Markanın devri, mal veya hizmetlerin *coğrafi kaynağı*, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise, yeni marka sahibi halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde marka tescilinin sınırlı bir hale getirilmesini kabul etmediği takdirde devir işlemi Enstitü tarafından yapılmaz.”.

Hüküm, 6769 sayılı SMK'ya alınmamıştır. Bununla birlikte mehzaz 207/2009 sayılı Tüzük m.17.4'te varlığını sürdürmektedir.

2. “Türk” İfadelerini İçeren Markalarda Yanıltıcılık

Markanın yanıltıcı olup olmadığı hususunun önem kazandığı bir diğer durum da, “Türk” kelimesini içeren markalar açısından söz konusudur. TTK m.46.3 hükmüne göre; “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve “Millî” kelimeleri bir ticaret unvanına ancak Bakanlar Kurulu kararıyla konabilmektedir. Ancak aynı ifadelerin marka olarak tescil edilmelerinde böyle bir denetim söz konusu değildir. Bu itibarla, kanaatimizce, anılan markaların, Türk vatandaşları ya da Türk tabiiyetindeki kişiler tarafından ve/veya ülkemizde üretilmeyen mal/hizmetlere ilişkin olarak tescili talep edildiğinde, söz konusu başvurular “coğrafi kaynak gösterdiği” ya da “yanıltıcılık” gerekçesiyle engellenebilmelidir. Bununla birlikte Yargıtay’ın, içinde “Türk” ifadesi içeren markalara ilişkin bu yönde bir inceleme yapmadığı görülmektedir.

Örneğin **Turkish Factoring**, **Turkish Card** ve **Cargo Turk Kararlarında**, markanın ayırt edici olduğu gerekçesiyle tescil edilebileceğine hükmedilmiştir¹²⁷. Kararlarda marka sahibinin Türk tabiiyetinde olup olmadığı ya da markaya konu mal/hizmetin Türkiye’de üretilip üretilmediği hususları tartışılmamıştır.

3. Yan Unsur Olarak ya da Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazandığı Gerekçesiyle de Tescil Edilemeyeceği Hususunda

Yanıltıcı coğrafi markanın, markanın münhasır ya da esas unsuru olamayacağı açıktır. Söz konusu ifadelerin markanın yan unsuru olduğu başvuruların da, ilgili çevreyi yanıltıcı sonuçlar doğurabileceğinden, resen reddedilmesi gerekmektedir¹²⁸.

Benzer şekilde yanıltıcı bir coğrafi markanın, sonradan ayırt edici hâle geldiği gerekçesiyle tescil edilebilmesi de mümkün değildir;¹²⁹ zira SMK m.5.2’de m.5.1.f hükmüne atıf yapılmamıştır. Bu husus, Yargıtay’ın “**Docteur Renaud Paris**” - “**Hygenic Care**”, “**Suncare**”, “**Sanitary Care**”, “**Hand Care**” marka başvurularına ilişkin kararında da vurgulanmıştır¹³⁰.

¹²⁷ Bkz. dn.72, 75, 76.

¹²⁸ KAYA, s.105.

¹²⁹ YILMAZ, s.274.

¹³⁰ Bkz. dn.119.

4. Mal/Hizmetin Coğrafi Markada Adı Geçen Yerde Üretilmemiş Olmasının, Markanın Yanıltıcı Sayılmasına Yol Açıp Açmayacağı Hususunda

Yukarıda da belirtildiği gibi, coğrafi markalar, sadece söz konusu markadaki yer adı ile mal/hizmet arasında bağlantının bulunmadığı durumlarda tescil edilebilmektedir. Anılan durumlarda coğrafi ad, markanın ilişkin olduğu mal/hizmet için özellik arz etmediğinden ve ilgili çevre de, coğrafi markayı söz konusu mal/hizmetin üretim yeri olarak değerlendirmediklerinden, mal/hizmetin coğrafi markada adı geçen yerde üretilip üretilmemesinin de önemi yoktur¹³¹. Dolayısıyla eğer coğrafi yer ile mal/hizmet bağlantılı değilse, ilgili çevre, mal/hizmetin o coğrafi kökenden kaynaklandığı kanaatinde değilse, markanın ilişkin olduğu mal/hizmetin, markada adı geçen yerde üretilmiyor olması mümkün olup, böyle durumlarda yanıltıcılıktan söz edilemez¹³².

Buna karşın; ilgili çevrenin bir mal/hizmetin coğrafi markada işaret edilen yerde üretildiği kanaatinde olması durumunda, söz konusu marka zaten coğrafi kaynak gösterdiklerinden tescil edilmemelidir. Bir coğrafi markada işaret edilen yer, mal/hizmet ile bağlantılı olmasına ve tescil engeli kapsamında bulunmasına rağmen, marka tescil edilmişse, bu durumda markanın mal/hizmetin coğrafi kaynağına doğru şekilde işaret etmesi durumunda SMK m.5.1.c, yanıltıcı şekilde işaret etmesi durumunda SMK m.5.1.f hükmü uygulanmaktadır.

“Herdem İzmir Rakısı” Kararı’nda, İzmir’de rakı üretimi yapan davacı, “davalının Tekirdağ ilinde üretim yapmasına rağmen İzmir’de üretim yapıyormuş izlenimi verdiğini” ileri sürmüştür. Ancak Yüksek Mahkeme, “‘Herdem İzmir Rakısı’ ibaresi rakı emtiası bakımından coğrafi kaynak göstermediği, İzmir ilinin rakı emtiası ile özdeşleşen bir özelliğinin bulunmadığı, bu ibare yönünden... tüketicilerin yanıltılmasının söz konusu olmadığı”na hükmetmiştir¹³³.

C. Kamu Düzenine Aykırı Coğrafi İşaretler, Marka Olarak Tescil Edilemez (SMK m.5.1.ı)

SMK m.5.1.ı hükmüne göre kamu düzenine veya genel ahlâka aykırı işaretler marka olarak tescil edilemez. Söz konusu tescil engeli, bazı

¹³¹ MCCARTHY, no.14-17; PHILIPS, Jeremy: Trade Mark Law, A Practical Anatomy, OUP, Oxford, New York 2003, s.134.

¹³² EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, s.16.

Neuschwanstein Kararı’nda; “Neuschwanstein” markasının ilişkin olduğu hediyelik eşyaların, adı marka olarak tescil edilmiş olan şatoda üretilmiş olmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir (Karar için bkz. dn.61).

¹³³ Bkz. dn.26. Ayrıca bkz. Keban Kararı, dn.80.

durumlarda coğrafi markalar için de uygulama alanı bulabilmektedir¹³⁴. Konu, Yargıtay'ın **Kerbela Kararı**'nda ele alınmıştır¹³⁵. Anılan adın, pastacılık ürünleri, kahve, dondurma gibi ürünleri içeren 30. sınıfa tescil edilebilmesi için yapılan başvuru, 556 sayılı KHK'nin (SMK m.5.1.1 hükmüne karşılık gelen) 7/1.j bendine aykırılık gerekçesiyle reddedilmiştir. Kararda:

“Kerbela ibaresinin ülke insanı ve çekişmeli malların ortalama tüketicilerinin tamamına yakını tarafından dini muhtevaya sahip son derece önemli ve acı bir olayı son derece kuvvetli biçimde çağrıştırdığı ve hatta bunun ötesinde bu hadiseyle özdeşleşen bir isim olduğu, toplumun önemli bir kesiminde gıda ürünlerinde marka olarak kullanılmasının anılan tarihi olaya dair çağrışımla birlikte ve rencide edici bir algıya neden olacağı”

belirtilmiştir.

Kaynakça

- ADDOR, Felix / GRAZIOLI, Alexandra: “Geographical Indications Beyond Wines and Spirits - A Roadmap for a Better Protection for Geographical Indications in the WTO TRIPS Agreement”, JWIP, 5(6), 2002, s.865-897.
- ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, C.I, A.Ü.Hukuk Fakültesi, Ankara 1997.
- BELSON, Jeffrey: Certification Marks, Sweet&Maxwell, London 2002.
- BENTLY, Lionel / SHERMAN, Brad: Intellectual Property Law, 4th Ed, OUP, Oxford, United Kingdom 2014.
- BOCKHORN, Vanessa: “The European Union Trademark Neuschwanstein Remains Registered for the Free State of Bavaria”, <http://www.patguard.de>.
- BOZBEL, Savaş: Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2015.
- BOZGEYİK, Hayri: “Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi”, İÜHFMD, 71(2), 2013, s.91-102.
- CORNISH, William / LLEWELYN, David: Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights, Sweet&Maxwell, London 2003.
- ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2016.
- EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE: “Guidelines for Examination of European Union Trade Marks”, Part B, Examination, Section 4, Absolute Grounds for Refusal, Chapter 4, Descriptive Trade Marks, Article 7(1)(c) EUTMR, <https://euipo.europa.eu/ohimportal/trade-mark-guidelines>.

¹³⁴ Ayrıca bkz. SMK m.5.1.h.

¹³⁵ 11.HD, 19.02.2014, E.2013/12938, K.2014/2960 (Kazancı).

- FÜTMAN, Özlem: “Romantik Almanya, Romantik Yol, Romantik Müzik; Neuschwanstein Davasında Hukuk Sözcüsü Görüşü”, www.iprgezgini.org.
- GEVERS, Florent: “Geographical Names and Signs Used as Trade Marks”, EIPR, 8, 1990, s.285-291.
- KARADENİZLİ, Tolga: “Dünya Kupası Öncesi Bir Tanımlayıcılık Tartışması: Wembley İbaresini Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?”, www.iprgezgini.org.
- KARAN, Hakan / KILIÇ, Mehmet: Markaların Korunması, 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan, Ankara 2004.
- KAYA, Arslan: Marka Hukuku, Arıkan, İstanbul 2006.
- LLEWELYN, David / KITCHIN, David / MELLOR, James / MEADE, Richard / MOODY-STEWART, Thomas / KEELING, David / JACON, Robin: Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names, 14th Ed., Sweet&Maxwell, London 2005.
- MCCARTHY, Thomas: McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 4th Ed, West Group, St. Paul, MN 2002.
- O'CONNOR, Bernard: The Law of Geographical Indications, Cameron May, London 2004.
- PHILIPS, Jeremy: Trade Mark Law, A Practical Anatomy, OUP, Oxford, New York 2003.
- SCHRICKER, Gerhard: “Protection of Indications of Source, Appellations of Origin and Other Geographic Designations in the Federal Republic of Germany”, IIC, 3, 1983, s.307-328.
- TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ: Marka İnceleme Kılavuzu 2015, <http://www.turkpatent.gov.tr>.
- ÜNSAL, Önder Erol: “‘Mersin’ Kelimesi A.B.D.’nde Gıda Ürünlerinin Coğrafi Kaynağını Belirten Bir Adlandırma mıdır? USPTO Temyiz Kurulu Mersin Kararı”, <https://iprgezgini.org>.
- WALLENTIN, Thomas: “Exclusivity and Its Boundaries in Sports(law)”, https://www.ksw.at/fileadmin/user_upload/Wallentin_PPP_EUROSAF.pdf.
- YASAMAN, Hamdi: Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları III, Vedat, İstanbul 2008.
- YASAMAN, Hamdi / ALTAY, Sıtkı Anlam / AYOĞLU, Tolga / YUSUFOĞLU, Fülürya / YÜKSEL, Sinan: Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi, C.I, Vedat, İstanbul 2004.
- YILMAZ, Lerzan: Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, 2. Baskı, Aristo, İstanbul 2017.

BOŞANMA DURUMUNDA BİRLİKTE (ORTAK) VELÂYET JOINT CUSTODY IN THE CASE OF DIVORCE

DOI: 10.21492/inuhfd.456782

Leyla Müjde KURT*

Özet

TMK. m. 336 f. 3'e göre, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyet "*çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*" Bu düzenleme uzun süre boyunca Türk hukukunda boşanma durumunda velâyetin ana veya babadan ancak birine verilebileceği, boşanmadan sonra ana babanın velâyeti birlikte kullanmalarının mümkün olmadığı biçiminde yorumlanmıştır. Bununla birlikte, zamanla pek çok ülkede boşanmadan sonra birlikte velâyete imkân tanıyan yasal değişiklikler yapılması, çeşitli uluslararası hukuk metinlerinde ana babanın boşanmadan sonra da çocuk üzerinde eşit hak ve yükümlülükler sahip olması esasının benimsenmesi, Türk hukukunda da boşanmadan sonra birlikte velâyetin mümkün olup olamayacağı tartışmasını beraberinde getirmiştir. Boşanmanın ardından velâyetin tek başına ana veya babadan birine verilmesinin dayanağı olarak görülen TMK. m. 336 f. 3 hükmünün lâfzının açık olup olmadığı, bu hükmün emredici olup olmadığı, emredici ise isabetli bir düzenleme olup olmadığı, hükümde kanun boşluğu bulunup bulunmadığı meseleleri tartışmalıdır. Yargıtay son içtihatlarında boşanmadan sonra ana babanın çocuk üzerinde birlikte velâyet hakkına sahip olabileceğine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması yönünde kararlar vermeye başlamıştır. Kanun koyucunun boşanmadan sonra velâyet meselesini düzenleyen TMK. m. 336 f. 3 hükmünde tarafı olduğumuz uluslararası anlaşmaları ve çocuğun üstün yararı ilkesini göz önünde tutarak değişiklik yapması ve çocuğun üstün yararının gerektirdiği durumlarda birlikte velâyete imkân tanınması en isabetli çözüm olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Velâyet hakkı, birlikte velâyet, boşanma, çocuğun üstün yararı.

Abstract

According to the Article 336/III of Turkish Civil Code, in the case of divorce, the custody belongs "*to the party who is given the custody*". This provision is interpreted for a longtime as a proof for the impossibility of joint custody in the case of divorce in Turkish law. However, after a while, in many countries legal revisions that allow for the joint custody have been done and in many international treaties the principle that the parents should have equal rights and obligations towards their child even after the divorce has been adopted. These developments caused the discussion about the possibility of the joint

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı. (E-mail: merkumay@law.ankara.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-0155-5054)

Makale Gönderilme Tarihi: 03.09.2018

Submitted: 03.09.2018

Makale Kabul Tarihi: 27.09.2018

Accepted: 27.09.2018

custody in the case of divorce in Turkish law. It is controversial whether the wording of the Article 336/III of Turkish Civil Code is clear, whether this provision is mandatory and appropriate, whether there is a lacuna in this provision. The Court of Appeals has begun to recognize the foreign judgements that award joint custody after the divorce in its latest jurisprudence. The legislator should revise the Article 336/III of Turkish Civil Code which regulates the problem of custody after divorce by taking the international treaties signed by Turkey and the principle of the best interests of the child into consideration. The legislator should allow for the joint custody after divorce in cases where the interest of the child requires this solution.

Keywords: The right of custody, joint custody, divorce, the best interests of the child.

GİRİŞ

Velâyet; kanun koyucunun ana babaya, kural olarak küçük, istisnaen de kısıtlı durumdaki çocuklarının şahıs ve malvarlıklarına ilişkin olarak yüklediği yükümlülüklerin ve tanıdığı yetkilerin bütününe kapsayan bir “yüküm-hak”tır¹. Birlikte (ortak) velâyet; en geniş ifadeyle, ana babanın velâyeti eşit yetkilerle ve aralarında uzlaşarak kullanmaları anlamına gelir². Birlikte velâyette ebeveynlerin çocuğun bakımı ve eğitilmesine ilişkin ödevleri aralarında paylaşmaları veya çocuğa birlikte bakmaları zorunlu değildir. Boşanma durumunda birlikte velâyete karar veren hâkim, çocuğun sürekli olarak ebeveynlerden birinin yanında kalmasına veya ebeveynlerin yanında dönüşümlü olarak kalmasına, yanında kalmadığı diğer ebeveyn ile de kişisel ilişki kurmasına

¹ BÜCHLER, Andrea/CLAUSEN, Sandro: “Vierter Titel: Die Ehescheidung und die Ehetrennung/Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen Art. 298”, in: Schwenzer, Ingeborg/Fankhauser, Roland (Hrsg.), *CommFam, Scheidung Band I: ZGB/Band II*, 3. Aufl., Bern 2017, Art. 298, N. 27; AFFOLTER-FRINGELI, Kurt/VOGEL, Urs: “Die elterliche Sorge/der Kinderschutz, Art. 296-317 ZGB”, in: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.), *BK-Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern* 2016, Art. 296, N. 5, N. 8; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 341-342; ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 1074.

² Birlikte velâyet velâyet hakkının ana ile baba arasında paylaşılması (örneğin, çocuğun bakımının anneye, mallarının yönetiminin babaya bırakılması) anlamına gelmez. Velâyet hakkına ana ve baba her ikisi birden, birbirlerinden bağımsız biçimde sahiptirler. BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 296, N. 17; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1079; SERDAR, İlknur: “Birlikte Velâyet”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.1, 2008, s. 162; İNCE, Nurten: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, *TAAD*, 9 (4), Nisan 2018, s. 195.

hükmedebilir³. Birlikte velâyetin özünü, ebeveynlerin çocuğa ilişkin önemli konulardaki kararları beraber vermeleri oluşturur⁴. Örneğin, çocuğun hangi okula gideceği, hangi şehir ve ülkede ikamet edeceği, meslek seçimi konusunda veya dinî inanç konusunda nasıl yönlendirileceği, hasta olduğunda ona hangi tıbbî tedavinin uygulanacağı gibi çocuk için önemli konularda, birlikte velâyette, ebeveynlerden biri tek başına karar veremez; diğer eş ile uzlaşarak karar alınması gerekir⁵.

743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsi 1926'da, mehoz İsviçre Medenî Kanunu ise 1912 yılında yürürlüğe girmiştir. Boşanma durumunda çocuğun velâyetinin ana veya babadan birine verilmesini esas alan bu kanunların yürürlüğe girmesinden günümüze kadar aile kavramında değişiklikler meydana gelmiştir. 1970'li yıllara kadar benimsenen aile modelinde annenin ev işleri ile uğraşıp çocukların yetiştirilmesini üstlenmesi gerektiği, babanın ise bir işte çalışıp ailenin ekonomik ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlü olduğu anlayışı hâkimdi. Bu bakımdan, boşanma halinde çocuğun velâyetinin çoğunlukla anneye bırakılması biçimindeki tek başına velâyet sistemi sorgulanmıyordu. Oysa çocuğun bağımsız bir hak süjesi olarak kabulü, kadının iş hayatına katılımının artması, kadın-erkek eşitliğinin benimsenmesi gibi unsurlar aile anlayışını değişime uğratmış olup, bugün babanın da anne kadar çocuk bakımı ve yetiştirilmesinde aktif rol alması kabul görmektedir. Aile kavramına izafe edilen anlamdaki değişiklik ile paralel olarak, özellikle 1970'li yıllardan sonra boşanma halinde ortak çocuğun velâyetinin ana ve

³ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 3, N. 5; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 45; PICHONNAZ, Pascal: "Le droit du divorce en question: problèmes choisis / III. L'autorité parentale conjointe "automatique"", in: Pichonnaz, Pascal/Rumo-Jungo, Alexandra (éd.s), Le droit du divorce: Questions actuelles et besoin de réforme, Symposium en droit de la famille 2007, Genève/Zurich/Bâle 2008, s. 20; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 124; ÖCAL-APAYDIN, Bahar: "İsviçre Medeni Kanununun Velâyete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velâyetin Kural Olarak Benimsenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 651.

⁴ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 27; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 296, N. 19.

⁵ Ana babanın çocuk hakkındaki önemli bir konuda uzlaşamaları durumunda sorunun hâkimin yardımına başvurularak çözülmesi gündeme gelir. BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 24; ÖCAL-APAYDIN, s. 651; İNCE, s. 108.

baba tarafından birlikte yürütölüp yürütölemeyeceği meselesi tartışılmaya bařlamıřtır⁶.

TMK. m. 336 f. 3'te "*Velâyet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*" ifadesi yer almaktadır. Boşanma halinde velâyet hakkının hâkimin "*çocuğu kendisine bıraktığı taraf*"a ait olacağını belirten bu hükmünden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bu hüküm, boşanma durumunda hâkimin velâyeti ana veya babadan birine vermesini zorunlu mu kılmaktadır; yoksa hâkimin boşanmaya rağmen çocuğu ana ve babanın birlikte velâyeti altında bırakması mümkün müdür?

Bu çalışmanın amacı, Türk hukukunda boşanma durumunda hâkimin ebeveynlerin ortak çocukları üzerinde velâyet hakkını birlikte kullanmalarına hükmedip hükmedemeyeceğini belirlemek ve şayet birlikte velâyete hükmedebilecek ise birlikte velâyet ile tek başına velâyet arasında tercih yaparken hangi ölçütlere dayanması gerektiğini belirlemektir.

I. BOşANMA DURUMUNDA BİRLİKTE VELÂYET KONUSUNDA YAşANAN GELİşMELERE GENEL BAKIş

A. Boşanma Durumunda Birlikte Velâyetin Etkilerini Ortaya Koyan Bilimsel Araştırmalar

1970'lerden itibaren⁷, boşanmadan sonra velâyetin ana ve babaya birlikte verilmesinin olumlu ve olumsuz yönlerini ortaya koymak üzere Batı ölkelerinde çeşitli bilimsel araştırmalar yapılmıştır. Bu araştırmalardan çıkan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

⁶ Aile kavramının ve buna bağlı olarak velâyet modellerinin tarihî gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOTSKA, Kerima: "Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung - unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes", FPR 2005, s.89; İNCE, s. 192 vd.; SERDAR, s. 155 vd.

⁷ 20. yüzyılda özellikle 70'li yıllara kadar bilimsel çevrelerde çocuğun bağlanma duygusunun güçlendirilmesinin önemine vurgu yapılıyor, boşanma durumunda çocuğun velâyetinin tek bir ebeveyne verilmesinin onun gelişimi için en uygun çözüm olduğu kabul ediliyordu. Bunun hukuk politikasına yansması ise, boşanma durumunda çocuğun ihtiyacı olan kararlılık ve devamlılığın velâyetin tek bir ebeveyne -çoğunlukla anneye- verilmesi suretiyle sağlanabileceği anlayışının benimsenmesi olmuştur. Ancak 70'li yıllardan itibaren, boşanan çiftlerin çocukları üzerinde yapılan bilimsel araştırmaların sonuçlarının da etkisiyle bu anlayış eleştirilmeye başlanmıştır. Bu konuda bkz. KOTSKA, s. 90; SCHWENZER, Ingeborg: "Gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung", recht 1998, s. 213.

- Boşanma sonrasında ana babasının birlikte velâyeti altında bırakılan çocukların boşanmanın yol açtığı travmayı ana veya babadan birinin velâyeti altındaki çocuklara nazaran daha rahat atlattıkları, psikolojik açıdan daha iyi durumda oldukları tespit edilmiştir. Zira ebeveynlerinin birlikte velâyeti altında bulunan çocuk, her iki ebeveyni ile de rahat ve devamlı bir temas kurabilmekte; böylece bir ebeveyni kaybettiği hissine kapılmamaktadır⁸.

- Boşanma durumunda ebeveynlerin velâyeti birlikte yürütmeleri, her iki ebeveynine de çocuk ile temas kurma imkânı vermekte, ebeveynlerin çocuğa karşı sorumluluk duygularını güçlendirmektedir⁹. Birlikte velâyet, ebeveynlerden birinin (özellikle, babanın) çocuğun sadece masraflarını karşılayan onunla ilgili önemli meselelere dâhil olamayan bir figür olmaktan çıkmasına, onun da çocuğun yetiştirilmesine aktif olarak katılabilmesine imkân sağlamaktadır¹⁰.

-Velâyet modeli ile ebeveynlerin anlaşmazlık düzeyleri arasında doğrudan bir bağlantı gözlemlenmemektedir. Boşanmadan sonra tek başına velâyetin ebeveynler arasındaki çatışmaları azalttığı veya birlikte velâyetin bu çatışmaları artırdığı yönünde bir genelleme yapılamamaktadır¹¹. Ancak, ebeveynler arasında ileri düzeyde çatışma durumu söz konusu olduğunda, birlikte velâyetin çocuğun yararına olmadığı da tespit edilmiştir. Zira bu durumda çocuğun ana ve babası arasındaki inatlaşma ve güç mücadelelerinin ortasında sıkışıp kalma tehlikesi doğmaktadır¹².

Özetle, yapılan bilimsel araştırmalar, birlikte velâyetin sağlıklı biçimde işleyebileceği şartlar mevcut olduğu takdirde bu velâyet modelinde yetişen çocukların, tek başına velâyet modelinde yetişenlere nazaran psikolojik yönden yeni durumlarına daha iyi uyum

⁸ SCHWENZER, s. 214; KİREMİTÇİ, Müge: Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 22; İNCE, s. 198.

⁹ PICHONNAZ, s. 18-19; PICHONNAZ, Pascal/FOUNTOULAKIS, Christiana: “Droit de la famille, procédure et exécution: un panorama des nouveautés/II. L’authorité parentale conjointe”, in: Fountoulakis, Christiana/Pichonnaz, Pascal/Rumo-Jungo, Alexandra (éd.s), Droit de la famille et nouvelle procédure 6e Symposium en droit de la famille, Genève/Zurich/Bâle 2012, s. 17; STAUB, Liselotte/HAUSHEER, Heinz/FELDER, Wilhelm: “Gemeinsame elterliche Sorge-eine psychologische Betrachtungsweise”, ZBJV 142/2006, s. 543.

¹⁰ KİREMİTÇİ, s. 22.

¹¹ STAUB/HAUSHEER/FELDER, s. 540; PICHONNAZ, s. 18.

¹² STAUB/HAUSHEER/FELDER, s. 550, 552; KİREMİTÇİ, s. 23.

sağlayabildiklerini ve ebeveynleri ile daha sağlıklı iletişim kurabildiklerini ortaya koymuştur¹³.

B. Avrupa Hukuk Sistemlerinde Boşanma Durumunda Birlikte Velâyetin Kabulü

Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğunda, özellikle 1990'lerden itibaren, boşanma durumunda ebeveynlerin ortak çocukları üzerinde birlikte velâyetlerinin devam etmesi esası kabul edilmeye başlamıştır. Örneğin, İngiltere, İtalya, Fransa, İspanya, İsviçre ve Almanya gibi ülkelerde boşanma durumunda da ana ve babanın velâyet hakkını kural olarak birlikte kullanmaya devam edeceği kabul edilmiştir¹⁴.

İsviçre hukukunda, 2000 yılına kadar, hâkimin boşanma durumunda birlikte velâyete hükmetmesine dayanak oluşturacak bir kanunî düzenleme yoktu. Boşanmada birlikte velâyete ilişkin olarak İsviçre Medenî Kanunu'nda 2000 ve 2014 yıllarında olmak üzere iki defa değişikliğe gidilmiştir. 2000 yılında yürürlüğe giren ilk değişiklik ile İMK. m. 133 hükmünde hâkime, ebeveynlerin birlikte velâyet konusunda ortak talepte bulunmaları, çocuğun bakımına ve masraflarına katılma konularında aralarında anlaşmaları ve birlikte velâyetin çocuğun yararına uygun olması şartlarının gerçekleşmesi halinde boşanma durumunda birlikte velâyete hükmetme yetkisi tanınmıştır. Bu düzenlemede boşanma halinde kural tek başına velâyet, istisna ise birlikte velâyetti. İsviçre hukukunda 2014 yılında yürürlüğe giren değişiklik¹⁵ ile İMK. m. 133 hükmünden hâkimin ancak ebeveynlerin ortak talebi halinde birlikte velâyete hükmedebileceği düzenlemesi kaldırılmış; İMK. m. 298 f. 1'de "*Hâkim, boşanma halinde, şayet çocuğun yararı gerektiriyorsa, ebeveynlerden birine tek başına velâyeti verebilir.*" ifadesine yer verilmiştir. İMK. m. 296 f. 2'ye göre ise "*Çocuk, ergin olana kadar ana*

¹³ SCHWENZER, s. 214; PICHONNAZ/FOUNTOULAKIS, s. 17; KİREMİTÇİ, s. 23, 94; BİRİNCİ-UZUN, Tuba: "Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkiye Birlikte Velâyet Modeli", Hacettepe HFD, 6 (1) 2016, s. 150.

¹⁴ Avrupa ülkelerinde boşanma durumunda birlikte velâyete ilişkin kanunî düzenlemeler hakkında bkz. PICHONNAZ, s. 20 vd.; SCHWENZER, s. 214 vd.; İNCE, s. 201 vd.

¹⁵ Kanun değişikliği için bkz. RO 2014 357. Bu değişikliğin yapılmasında doktrininde birlikte velâyetin kural olarak boşanma durumundan etkilenmemesi gerektiği, çocuğun üstün yararının boşanma durumunda da birlikte velâyetin devam etmesini gerektirdiği yönünde ileri sürülen görüşler etkili olmuştur. Bu yönde eleştiriler için bkz. PICHONNAZ, s. 23 vd.; SCHWENZER, s. 218.

ve babanın birlikte velâyeti altındadır.”. İMK m. 296 f. 2ve İMK. m 298 f. 1 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde çıkan sonuç, boşanma durumunda birlikte velâyetin kural, tek başına velâyetin ise ancak çocuğun yararının gerektirdiği hallerde başvuru istisnâ bir durum haline gelmiştir¹⁶. Birlikte velâyet kural olmakla birlikte kendiliğinden gerçekleşmemekte, hâkimin her boşanma vakasında tek başına velâyetin çocuğun daha yararına olup olmadığını inceleyerek karar vermesi gerekmektedir¹⁷.

Alman hukukunda da boşanmanın ebeveynlerin velâyete birlikte sahip olmaları üzerinde bir etkisi yoktur (AMK. § 1671). Yani kural boşanmadan sonra da birlikte velâyetin devam etmesidir. Tek başına velâyet ise istisnadır¹⁸. AMK. § 1671 f. 1’e göre, birlikte velâyeti yürüten ebeveynlerden her biri, aile mahkemesinden velâyetin tek başına kendisine verilmesini talep edebilir. Hükme göre, bu talebin kabulü için ya diğer ebeveynin bunu kabul etmesi ve çocuk on dört yaşını tamamlamışsa onun da tek başına velâyete itiraz etmemesi ya da mahkemenin birlikte velâyetin kaldırılmasını çocuğun menfaatine en uygun durum olarak değerlendirmesi gerekir.

¹⁶ FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, s. 893; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 1; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 4. İsviçre hukukunda birlikte velâyet konusunda 2014 yılında yapılan değişiklik konusunda bkz. ayrıca ÖCAL-APAYDIN, s. 648-650; İNCE, s. 204-205.

¹⁷ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 1; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 9.

¹⁸ AMK. § 1671 f. 4 hükmünün önceki hali boşanma durumunda, birlikte velâyete olanak tanıyan hiçbir istisnaya yer vermeksizin, velâyetin ana veya babadan ancak birine verileceğini öngörmekteydi. Bu nedenle, 1982’de Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu hükmü Alman Anayasası’nın çocukların bakım ve eğitiminin ana babanın doğal hakkı olduğuna ilişkin hükmünü (m. 6 f. 2) ihlâl ettiği gerekçesiyle iptaline kadar boşanmadan sonra birlikte velâyet mümkün değildi. İptal kararı için bkz. BVerG, NJW 1983,101. Boşanma halinde birlikte velâyet kuralı 1997 yılında yapılan çocuk hukuku reformu kapsamında AMK. § 1671 hükmü değiştirilerek kanunda yerini almıştır. Bu konuda bkz. SCHILLING, Roger: “Rechtliche Probleme bei der gemeinsamen Sorge nach Trennung bzw. Scheidung”, NJW 2007, Heft 45, s. 3233-3240, s. 3233; İNCE, s. 202.

C. Boşanma Durumunda Birlikte Velâyet İle İlgili Uluslararası Hukuk Metinlerinde Benimsenen Prensipler

1. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol

11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol 1.8.2016 tarihinde yürürlüğe girerek iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Protokolün 5. maddesine göre “*Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir.*” Protokolün eşlerin evliliğin bitmesi halinde çocukları ile olan ilişkilerindeki hak ve sorumluluklar açısından eşit olduklarını belirten 5. maddesi, boşanma halinde ebeveynlerin birlikte velâyete sahip olmalarının kabul edilmesine dayanak teşkil eden bir hükümdür¹⁹.

2. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde mahkemeler tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren tüm faaliyetlerde “çocuğun yararı”nın temel düşünce olacağı belirtilmiştir (m. 3 f. 1). Sözleşmede çocuğun mümkün olduğu ölçüde ana-babası tarafından bakılma hakkına sahip olduğu da belirtilmiştir (m. 7 f. 1). Öte yandan Sözleşmede taraf devletlerin çocuğun yetiştirilmesi bakımından ana ve babanın beraber sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her tür çabayı gösterecekleri hükmüne (m. 18 f. 1) yer verilmiştir. Bu hükümlerden, çocuğun yararına aykırı düşmedikçe, boşanma halinde birlikte velâyete imkân tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır²⁰.

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Tarafı bulunduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre, herkes aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir (m. 8 f. 1). Bu

¹⁹ GENÇCAN, Ömer Uğur: “Ortak Velâyet”, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl: 27, Mart 2017, s. 26; İNCE, s. 221.

²⁰ SCHWENZER, s. 216; PICHONNAZ/FOUNTOULAKIS, s. 18; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 239; GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velâyet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Ekim 2017, s. 175-176; AYBAY, Erdem/ŞEN, Bülent: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velâyet Sorunu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1-2, Ocak-Şubat 2016, s. 596.

hakka hem ebeveynlerin, hem de çocukların sahip olduğu, çocuk ile ebeveynleri arasında aile hayatının ana babanın boşanmasından sonra da sürdüğü gerekçeleriyle boşanma sonrasında ebeveynlere birlikte velâyetin tanınması imkânını dışlayan ulusal düzenlemelerin AİHS. m. 8'e aykırı olacağı ileri sürülmektedir²¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,2009 yılında verdiği bir kararda evlilik dışı doğan çocuğun babasının birlikte velâyet talebine ana itiraz ettiği (ebeveynler arasında birlikte velâyet konusunda anlaşma sağlanmadığı) takdirde birlikte velâyetin çocuğun menfaatine uygun olup olmadığı incelenmeksizin bu talebin reddine yol açan Alman hukukundaki düzenlemenin²²AİHS.nin aile hayatının korunmasına ilişkin 8. ve cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir²³. AİHM.nin bu kararı boşanma ile ilgili olmamakla birlikte, söz konusu karardan çocuğun yararının hangi velâyet türünde daha iyi sağlanacağına ilişkin tam bir değerlendirme yapılmadan velâyet konusunda karar verilmesinin AİHS. m. 8'e aykırı olacağı sonucu çıkarılmaktadır²⁴.

4. Avrupa Konseyi'nin Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (84) 4 sayılı ve 28.2.1994 tarihli Ebeveyn Sorumluluklarına İlişkin Tavsiye Kararı'nın²⁵ 6. ilkesine göre, ebeveynlerin boşanması halinde velâyet hakkında karar vermeye yetkili merci, gerekli tüm uygun tedbirleri alır; örneğin, ebeveynlerin razı olması halinde birlikte velâyete hükmedebilir. Yetkili merci kararını verirken ebeveynler arasında bir anlaşma varsa, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla bu anlaşmayı dikkate alır. Böylece Konsey, üye devletleri, boşanan ebeveynlerin ortak talepte bulunmaları halinde çocuğu ebeveynlerin birlikte velâyeti altında bırakmaya davet etmektedir²⁶.

²¹ SCHWENZER, s. 215.

²² AMK. § 1626a hükmünün eski halinde, evlilik dışı doğan çocuğun velâyetinin, ebeveynler ortak kararları ile birlikte velâyeti talep etmedikçe veya evlenmedikçe, anaya ait olacağı düzenlemesi yer alıyordu.

²³ AİHM.nin 3.12.2009 tarihli Zaunegger c. Allemagne Kararı (no. 22028/04). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["FRE"\],"appno":\["22028/04"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-96059"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi: 1.6.2018)

²⁴ PICHONNAZ/FOUNTOULAKIS, s. 22.

²⁵ Tavsiye Kararı için bkz. [http://euromedjusticeii.eu/files/repository/20090707173539_Coe.Rec\(84\)4surlesresponsabilitesparentales.pdf](http://euromedjusticeii.eu/files/repository/20090707173539_Coe.Rec(84)4surlesresponsabilitesparentales.pdf). (Erişim Tarihi: 1.6.2018).

²⁶ Bu konuda bkz. SCHWENZER, s. 214, dn. 36; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 239; GÜLGÖSTEREN, s. 175.

II. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA DURUMUNDA HÂKİMİN BİRLİKTE VELÂYETE HÜKMEDİP HÜKMEDEMEYECEĞİ MESELESİ

Türk hukukunda boşanma halinde birlikte velâyetin mümkün olup olmadığı tartışılırken üzerinde durulan iki temel düzenleme vardır. Bunlardan ilki TMK. m. 182 f. 2’de yer alan “*Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun (...) yararları esas tutulur.*” hükmüdür. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere hükümdeki “*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesinden birlikte velâyetin mümkün olmadığı sonucu değil, sadece velâyet bir tarafa verilmişse diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenleneceği sonucu çıkmaktadır²⁷. Asıl tartışma konusu hüküm ise “*Velâyet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*” ifadesinin yer aldığı TMK. m. 336 f. 3 hükmüdür. Boşanma durumunda velâyetin “*çocuk kendisine bırakılan tarafa*” ait olacağını düzenleyen bu hükmün boşanma durumunda hâkimin birlikte velâyete karar vermesine engel teşkil edip etmediği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

A. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

1. Mevcut Yasal Düzenleme Çerçevesinde Hâkimin Boşanma Durumunda Birlikte Velâyete Hükmedip Hükmedemeyeceği Konusundaki Görüşler

Boşanmada velâyet meselesine ilişkin düzenleme getiren TMK. m.336 f. 3 hükmünün boşanma durumunda birlikte velâyeti mutlak surette dışlayan bir düzenleme olup olmadığı; dışlıyorsa bu düzenlemenin isabetli olup olmadığı konularında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

a. TMK. m. 336 f. 3 Hükmünün Boşanma Durumunda Birlikte Velâyete İzin Vermediği Görüşü

Bazı yazarlara göre, TMK. m. 336 f. 3 hükmü emredici nitelikte olup, boşanma durumunda ancak ana veya babadan birinin velâyete sahip olmasına izin vermekte, birlikte velâyete ise izin vermemektedir. Birlikte

²⁷Bu görüşte: KOÇHİSARLIOĞLU, s. 96; ÖZTAN, Bilge: “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu” (Birlikte Velâyet), in: Arkan, Sabih/Yongalık, Aynur/Şit, Başak (ed.), Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 253-254; APAYDIN, Eylem: “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1), 2018, s. 460.

velâyet bakımından ortada bir kanun boşluğu değil, menfî bir çözüm vardır²⁸. Ancak bu yazarlar arasında mevcut düzenlemenin isabetli olup olmadığı konusunda görüş birliği yoktur. Hatemi/Kalkan-Oğuztürk'e göre, bu düzenleme isabetlidir. Zira birlikte velâyet, boşanmış eşlerin çocukları üzerinden çekişmelerini devam ettirmelerine yol açabileceğinden çocuğun yararına uygun değildir²⁹. Buna karşılık, TMK. m. 336 f. 3'ün boşanma halinde tek başına velâyeti emrettiğini kabul eden yazarlardan bazıları bu düzenlemeyi isabetli bulmamaktadır. Örneğin, Serozan'a göre, çocuğun üstün yararı gerektirdiği ve ebeveynler bu konuda anlaşabildiği takdirde boşanma durumunda birlikte velâyete imkân tanınması isabetli olur. Boşanmada birlikte velâyete izin vermeyen TMK. m.336 f. 3 hükmü, anayasal teminat altındaki ana baba hakkına, çocuğun kişiliğini geliştirme, ana babadan ayrılmama hakkına ve (velâyet çoğunlukla anaya bırakılacağından) kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırıdır. Yazara göre, yapılması gereken, hükmün bu nedenlerden ötürü Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurularak iptal ettirilmesidir³⁰.

b. TMK. m. 336 f. 3 Hükmünün Boşanma Durumunda Birlikte Velâyete Engel Olmadığı Görüşü

Doktrinde bazı yazarlar, TMK. m. 336 f. 3 hükmün hâkimin boşanma halinde çocuğun yararına uygun olduğu takdirde ana ve babanın birlikte velâyetine hükmetmesine engel olmadığı görüşündedirler. Koçhisarlıoğlu'na göre, hükümde kullanılan “*taraf*” terimi bir üslup sorunu ile ilgilidir. Bu ifade, “*taraf veya taraflar*” olarak da anlaşılabilir³¹. Yazara göre, hükmün lâfzının açık olduğu ve açıkça birlikte velâyete izin vermediği kabul edilse dahi, *contra legem* bir yorum ile birlikte velâyete imkân tanınabilmelidir. Zira kanun koyucunun izlediği amaç (ana, baba ve çocuğun meşru menfaatlerinin korunması) ile

²⁸ Bu görüşte: HATEMİ/KALKAN-OĞUZTÜRK, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 140; SEROZAN, Soybağı Hukuku, s. 772.

²⁹ HATEMİ, Hüseyin/KALKAN-OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 131-132.

³⁰ SEROZAN, Rona: “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler” (Soybağı Hukuku), Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.772-773.

³¹ Yazara göre, “*Velâyet (...), boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan taraf veya taraflara ait olur*” denmesi üslup açısından uygun olmayacağından, kanun koyucu esnek, her çözüme elverişli bir ifade olarak “*taraf*” sözcüğünü kullanmıştır. KOÇHİSARLIOĞLU, s. 105-106.

kullandığı araç (boşanmada velâyetin tek başına anaya veya babaya verilmesi) arasında baştan mevcut veya sonradan meydana gelen durum değişiklikleri nedeniyle bir çatışma meydana geldiği kabul edilmelidir. Hâkim TMK. m. 1 f. 1 gereği, amaç ile araç arasındaki bu çatışmayı düzeltmeli ve gerektiğinde TMK. m. 336 f. 3'ün lâfzına rağmen birlikte velâyete hükmetmelidir³².

Özta'n'a göre, TMK. m. 336 f. 3 hükmünde örtülü boşluk vardır. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi yapmaktaki amacı, boşanma halinde çocuğun menfaatlerinin en iyi biçimde korunmasıdır. Fakat bu hüküm boşanma halinde hiçbir şekilde birlikte velâyete izin verilmemesi biçiminde uygulanırsa bu amaca hizmet etmez. Dolayısıyla, hükmün amaca uygun sınırlanması (teleolojik redüksiyon) yoluyla, en azından anlaşmalı boşanmalarda, ebeveynler birlikte velâyeti istiyorlarsa ve bu durum çocuğun menfaatine olacaksa, hâkim birlikte velâyete hükmetmelidir³³.

Apaydın'a göre, kanun koyucu kanunun yapıldığı tarihte boşanma sonrasında birlikte velâyet kurumunun varlığının farkında olmadığı için TMK. m. 336 f. 3'te birlikte velâyet ihtimali düzenlenmemiştir. Boşanma durumunda birlikte velâyet konusunda menfî bir çözüm söz konusu olmayıp, kanun koyucunun bu kurumun varlığını bilmemesinden kaynaklanan gerçek bir boşluk vardır. Hâkim bu gerçek boşluğu TMK. m. 1'e göre doldurarak boşanmadan sonra birlikte velâyete karar verebilir³⁴.

Gençcan'a göre, 11 No.lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 2016 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte TMK.'nun birlikte velâyeti engelleyen hükümleri örtülü olarak kaldırılmıştır. Zira Anay. m. 90'a göre, yürürlükte olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar ile kanunlar aynı konuda farklı hükümler içeriyorsa, uluslar arası anlaşma hükümlerine göre karar verilir. Ek 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesinde eşlerin evliliğin sona ermesi halinde çocuklarıyla olan ilişkilerinde haklar ve sorumluluklardan eşit biçimde yararlanacakları

³² KOÇHİSARLIOĞLU, s. 243-244. Bu yönde: SERDAR, s. 194.

³³ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1090-1091; ÖZTAN, Birlikte Velâyet, s. 260. Yazar, TMK. m. 336 f. 3 hükmü düzenlenirken, tipik olamayan bir hal olan birlikte velayetin gözden kaçırıldığını, hükümde gerekli istisnaya yer verilmediği için amaca göre sınırlama yolundan yararlanılabileceğini savunmaktadır.

³⁴ APAYDIN, s. 457-459.

düzenlenmekle, boşanma durumunda hâkimin birlikte velâyete hükmedebilme imkânı uluslararası bir andlaşma hükmü çerçevesinde Türk hukukuna girmiş bulunmaktadır³⁵.

İnce'ye göre ise, TMK.nun velâyete ilişkin düzenlemeleri boşanma durumunda birlikte velâyeti yasaklamamaktadır. Çocuk Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol gibi taraf olduğumuz uluslararası andlaşmalar Anay. m. 90 hükmü uyarınca göz önünde tutularak hâkim çocuğun üstün yararına uygun olduğu takdirde boşanma durumunda birlikte velâyete hükmedebilir³⁶.

c. Yeni Düzenlemenin Nasıl Olması Gerektiği Konusundaki Görüşler

Boşanma halinde tek başına velâyetin en uygun çözüm olduğunu, bu bakımdan TMK. m. 336 f. 3 hükmünde değişikliğe gerek olmadığını savunan yazarlar³⁷ bulunmakla birlikte, doktrindeki hâkim görüş³⁸ bu düzenlemenin değiştirilip, boşanma halinde birlikte velâyete imkân tanıyan açık bir kanunî düzenlemenin yapılması gerektiği yönündedir. Ancak yeni bir düzenlemenin gerekliliğini savunan yazarlar arasında tek başına velâyet ile birlikte velâyet arasında kural-istisna ayrımı yapılıp yapılmaması gerektiği, böyle bir ayrım yapılacaksa hangisinin kural, hangisinin istisna olması gerektiği meseleleri tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, olması gereken hukuk açısından, boşanma halinde birlikte velâyet kural, tek başına velâyet ise ebeveynler arasında çözüme kavuşturulamayan anlaşmazlıkların bulunması gibi hallerde başvurulabilecek istisnaî bir durum olmalıdır. Zira boşanma durumunda ana babanın velâyete birlikte sahip olmaları çocuğun üstün yararına daha fazla hizmet ettiği gibi, velâyetin ana baba açısından hak olması ile de uyumludur³⁹. Bir diğer görüşe göre, kural tek başına velâyet olmalı; ancak hâkime istisnaen çocuğun menfaati gerektiriyorsa birlikte velâyete

³⁵ GENÇCAN, s. 26.

³⁶ İNCE, s. 221.

³⁷ Bu görüşte: HATEMİ/KALKAN-OĞUZTÜRK, s. 131-132.

³⁸ Bu görüşte: KOÇHİSARLIOĞLU, s. 86; ÖZTAN, Birlikte Velâyet, s. 260; KÖSEOĞLU, Bilâl/KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s. 444; SERDAR, s. 194; İNCE, s. 220; APAYDIN, s. 449.

³⁹ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 86, 149, 237; SERDAR, s. 194; GENÇCAN, s. 27; APAYDIN, s. 472.

hükmetme konusunda takdir yetkisi de tanınmalıdır⁴⁰. Bir başka görüşe göre, tek başına velâyet ve birlikte velâyet arasında birinin kural diğerinin ise istisna olması gibi bir ayırım yapılmamalıdır. Tüm ailelerin menfaatine olacak tek bir düzenleme yapılamayacağı için, hâkimin çocuğun üstün yararına hangi velâyet modeli en çok hizmet ediyorsa o velâyet modeline hükmedebilmesi esas olmalıdır⁴¹.

B. Yargı Uygulamasındaki Durum

Türk hukukunda boşanmadan sonra birlikte velâyete ilişkin ilk karar, 27.5.2009 tarihinde İzmir 4. Aile Mahkemesi tarafından bir anlaşmalı boşanma davasında, tarafların talebi üzerine ve somut olayda çocuğun yüksek yararının birlikte velâyeti gerektirdiğinden bahisle verilmiştir⁴².

Yargıtay'ın önüne boşanmada birlikte velâyete ilişkin meseleler ya yabancılik unsurlu uyuşmazlıklarda boşanmada birlikte velâyete izin veren yabancı ülke hukukunun uygulanması ya da yabancı mahkemelerin boşanmaya ilişkin verdikleri birlikte velâyet kararlarının tanınmasına ilişkin olarak gelmiştir. Yargıtay 2017 yılına kadarki içtihatlarında velâyetin kamu düzenine ilişkin olduğu ve TMK.'nun velâyete ilişkin düzenlemelerinin (TMK. m. 336'nın) emredici olduğu gerekçesiyle boşanma durumunda birlikte velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması talebini reddetmiştir⁴³. Ancak Yargıtay 20.2.2017 tarihli kararı ile evliliğin devamı durumu dışında (yani evlilik dışında doğum veya boşanma durumlarında) birlikte velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olduğu içtihadından dönmüştür. Evlilik dışı doğan

⁴⁰ KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s. 444. Benzer görüşteki Aybay/Şen'e göre, boşanma durumunda birlikte velâyetin esas kural olarak kabulü toplumumuzun yapısı göz önüne alındığında boşanmanın ardından doğurabileceği olumsuzluklar nedeniyle isabetli olmaz. Bu konuda boşanan ebeveynlere bir seçimlik hak tanınması uygun olur. AYBAY/ŞEN, s. 597.

⁴¹ BİRİNCİ-UZUN, s. 156; İNCE, s. 222. Öztan, boşanmadan sonra birlikte velâyete hükmedilip hükmedilmeyeceğinin tamamen hâkimin takdirine bırakılması gerektiğini savunduğu, bir velâyet modelinin kural, diğerinin istisna olması gerektiğini ifade etmediği için yazarın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. ÖZTAN, Birlikte Velâyet, s. 259.

⁴² İzmir 4. Aile Mahkemesi, E. 448, K. 470, T. 27.5.2009. Karar için bkz. SERDAR, s. 171 dn. 59.

⁴³ Örneğin, Yarg. 2. HD., E.2006/6824, K. 2006/13638, T. 10.10.2006; Yarg. 2. HD., E. 2012/21186, K. 2013/7440, T. 19.3.2013. (<https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi: 1.6.2018).

çocuğun babasının birlikte velâyet talebinin söz konusu olduğu ve İngiliz hukukunun uygulanmasının gerektiği bu olayda Yargıtay, İngiliz hukukundaki birlikte velâyet düzenlemesinin Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olduğunun söylenemeyeceğini ifade ederek ilk derece mahkemesinin verdiği birlikte velâyet talebinin Türk kamu düzenine aykırılığı nedeniyle reddi kararını bozmuştur⁴⁴.

Yargıtay daha sonraki bir kararında da boşanma durumunda birlikte velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tanınmasının reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını boşanmadan sonra birlikte velâyetin Türk kamu düzenine “açıkça” aykırılık teşkil ettiğinden söz edilemeyeceği gerekçesi ile bozmuştur. Yargıtay söz konusu kararda boşanma konusunda birlikte velâyete ilişkin iç hukuktaki düzenlemelerimizi tespit ederken, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No.lu Protokol’ün 5. maddesine atıf yapmış ve Anay. m. 90 f. son gereği aynı konuda kanunlarla farklı düzenleme içermeleri halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerinin uygulanacağına işaret etmiştir⁴⁵.

Yargıtay’ın yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdiği ancak Türk hukuku bakımından da boşanma durumunda birlikte velâyetin kabul edilebileceğine işaret ettiği bu kararlarından sonra ilk derece mahkemeleri de ebeveynlerin ortak talebi üzerine birlikte velâyete hükmetmeye başlamıştır⁴⁶.

⁴⁴Yarg. 2. HD., E. 2016/15771, K. 2017/1737, T. 20.2.2017: (<https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi: 1.6.2018).

⁴⁵Yarg. 2. HD., E. 2016/18674, K. 2017/13800, T.4.12.2017: *(...) iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velâyet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.*” (<https://legalbank.net/>, Erişim Tarihi: 1.6.2018).

⁴⁶ Yargıtay’ın içtihat değişikliğinden sonra Bölge Adliye Mahkemeleri’nin boşanma durumunda ebeveynlerin ortak talebi üzerine birlikte velâyete hükmedilebileceği yönünde verdikleri karar örnekleri için bkz. APAYDIN, s. 463-466.

C. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

1. Mevcut Yasal Düzenleme Çerçevesinde Hâkimin Boşanma Durumunda Birlikte Velâyete Hükmedip Hükmedemeyeceği Açısından

Kanaatimizce, TMK. m. 336 f. 3 hükmünde yer alan “*Velâyet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ifadesinde hükmün lâfzı açık olup, boşanma halinde hâkimin ancak ana veya babadan birinin tek başına velâyete sahip olmasına hükmedebileceği yönündedir. Hükümde yer alan “*tarafa*” ifadesi, “*tarafa veya taraflara*” biçiminde anlaşılmaya elverişli bir ifade değildir. Kanun koyucu bu hükümde boşanma durumunda birlikte velâyet bakımından menfî bir çözüm getirmiştir. Velâyetin boşanma durumunda çocuğun kendisine bırakıldığı “*tarafa*” ait olacağı ifadesinin zıt anlamından çıkan sonuç, bu hüküm çerçevesinde hâkimin velâyeti her iki tarafa birden bırakamayacağıdır.

Yürürlükteki Medenî Kanunumuz, 22.11.2001 tarihinde kabul edilmiş olup, o tarihte mehaz İsviçre Medenî Kanunu’nda boşanmada velâyet durumuna ilişkin değişiklik yapılmış ve birlikte velâyet imkânı İMK. m. 133 hükmü ile tanınmış durumdaydı. Şu halde TMK. m. 336 f. 3 hükmünde boşanmada velâyetin çocuk kendisine bırakılan “*tarafa*” ait olduğunu belirtmekle yetinen kanun koyucunun boşanma durumunda birlikte velâyet kurumundan haberdar olmadığı, bu imkâna kanunda yer verip vermemek konusunda bir tercihte bulunmadığı söylenemez. Bu bakımdan, doktrinde ileri sürülen görüşlerden kanun koyucu kanun hükmünü düzenlediği sırada boşanmada birlikte velâyet kurumundan haberdar olmadığı için birlikte velâyet konusunda “gerçek/açık boşluk” bulunduğu görüşüne katılmıyoruz⁴⁷.

Bir kanun hükmü yorumlanırken, yorumun yapıldığı yer ve zamandaki şartların ve ihtiyaçların da göz önünde tutulması gerekmele birlikte, bu imkân kanun hükmü ile sınırlıdır. Şu halde, zamanın ihtiyaçlarından bahisle kanun hükmüne aykırı (*contra legem*) bir yorum yapılarak kanun hükmü düzeltilemez⁴⁸. Günümüz şartları ve ihtiyaçları

⁴⁷ Kanun koyucunun bu kurumun varlığından haberdar olmaması durumu 1926’da kabul edilen 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsi bakımından düşünülebilirse de, 2001 yılında kabul edilen 4721 sayılı yürürlükteki Medenî Kanunumuz bakımından böyle bir durum söz konusu olamaz.

⁴⁸ OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 76-77.

bakımından boşanma durumunda birlikte velâyetin -sağlıklı yürütülmesinin şartları mevcut olmak kaydıyla-, tek başına velâyete nazaran çocuğun yararına daha fazla hizmet ettiği görüşüne katılıyoruz. Ancak boşanma durumunda velâyetin bir tarafa bırakılacağını açıkça belirten TMK. m. 336 f. 3 hükmünü zamana uydurmak amacıyla “kanuna aykırı (*contra legem*) bir yorum”la hükmün birlikte velâyete de imkân verdiği sonucuna varmak kanaatimizce mümkün değildir.

TMK. m. 336 f. 3 hükmünde “örtülü boşluk” bulunup bulunmadığına gelince, örtülü kanun boşluğu; kanunda somut olaya uygulanacak bir kuralın bulunduğu, ancak kuralın yanlışlıkla fazla geniş tutulduğu, kanun koyucunun gerekli istisnaları getirmeyi savsakladığı veya unuttuğu durumlarda söz konusudur⁴⁹. Şu halde, örtülü boşluk ancak yanlışlıkla, ihmal veya unutmaya ile olur. Oysa kanun koyucunun TMK. m. 336 f. 3 hükmünde boşanmada tek başına velâyet esasını getirirken bilinçsiz, unutmadan kaynaklanan bir tutumu yoktur. Hükmün amacının boşanma sonrasında da velâyet kurumu aracılığıyla “çocuğun üstün yararının sağlanması” olduğu doğrudur. Ancak kanaatimizce kanun koyucu da zaten çocuğun üstün yararının boşanan çiftlerden birinin tek başına velâyeti yürütmesi ile gerçekleşeceği inancından hareketle, bilinçli olarak birlikte velâyet imkânını dışlamıştır. Bu tercih, artık eskimiş bulunan bir aile kavramı anlayışını esas almaktadır. Kanun koyucunun 2001 yılında kabul ettiği TMK.’nda yaptığı bu tercih, kadın-erkek rollerinin değiştiği, babaların da çocuğun yetiştirilmesine katılmak istedikleri, eşlerin boşandıktan sonra çocuklar için medenî ilişkiler sürdürebilmelerinin de mümkün olduğu gibi hususları dikkate almadığı için isabetsizdir. Bu durumda kanun hükmünün beğenilmezliğinden söz edilebilirse de, hükümde boşluk bulunduğundan bahisle hâkimin kendini kanun koyucu yerine koyarak kanun hükmünü düzeltmesi yargının yasama alanına müdahalesi olup, hukuk güvenliğini tehdit eder⁵⁰.

Kanaatimizce, mevcut hukukî düzenleme bakımından, TMK. m. 336 f. 3 hükmünde boşanma durumunda birlikte velâyet açısından açık

⁴⁹ SEROZAN, Rona: Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku (Medenî Hukuk), 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 157. Yazar, örtülü boşluklar için “*Tipik olayı düşünen yasa koyucu, atipik olayı düşünmemiştir; bu atipik olay için eklenmesi gerekli dışlayıcı ayrığı eklemeyi savsaklamıştır.*” ifadesini kullanmaktadır.

⁵⁰ Tatmin edici ve ihtiyaçlara uygun bulunmayan bir kanun hükmünü değiştirmenin hâkimin değil, kanun koyucunun görevi olduğu konusunda bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 104-105.

veya örtülü boşluk bulunduğu ya da *contra legem* bir yorum yapılabileceği kabul edilerek birlikte velâyete imkân tanınamaz. Biz, sorunun bu isabetiz hüküm normlar hiyerarşisi çerçevesinde bertaraf edilerek çözülebileceği görüşüne katılıyoruz. İç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalardan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokolün 5. maddesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3., 7. ve 18. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi boşanma halinde ebeveynlerin velâyete birlikte sahip olmalarına dayanak teşkil edebilecek hükümler içermektedir⁵¹. Velâyet hakkı temel bir hak olup, boşanma durumunda birlikte velâyet ihtimalini tümüyle dışlayan TMK. m. 336 f. 3 hükmü söz konusu uluslararası andlaşma hükümlerinden ayrıldığından Anay. m. 90 f. son gereği boşanmada velâyet konusu bakımından, TMK.'nun bu hükmü değil, belirttiğimiz uluslararası andlaşma hükümleri uygulanmalıdır. Bu itibarla Türk hukukunda da boşanma durumunda hâkim birlikte velâyete – çocuğun yararı bunu gerektirdiği ölçüde- hükmedebilir.

Boşanma durumunda birlikte velâyete izin vermeyen TMK. m. 336 f. 3 hükmünün, Serozan'ın işaret ettiği üzere⁵², Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılarak iptal ettirilmesi de düşünülebilir. Gerçekten de söz konusu hükmün (çocuğun hem ana, hem baba tarafından birlikte yetiştirilme hakkı bulunduğu düşünüldüğünde) çocuğun manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin Anay. m. 17'ye, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını düzenleyen Anay. m. 20'ye, (velâyetin çoğunlukla anaya bırakıldığı dikkate alındığında) kadın-erkek eşitliğini düzenleyen Anay. m. 41'e aykırı olduğu ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce TMK. m. 336 f. 3 hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden de normlar hiyerarşisi çerçevesinde uluslararası andlaşma hükümleri esas alınarak bu hükmün uygulanması engellenebilir durumdadır.

2. Yeni Düzenlemenin Nasıl Olması Gerektiği Açısından

Boşanma durumunda hâkimin birlikte velâyete karar verip veremeyeceği tartışmasını sona erdirmek bakımından en esaslı çözüm kuşkusuz kanun koyucunun TMK.'nda acilen değişiklik yaparak hâkime birlikte velâyete hükmetme imkânını kanunla açıkça tanıması olacaktır. Biz yapılması gereken yasal değişiklikte birlikte velâyet ile tek başına

⁵¹ Bkz. yukarıda I. C.

⁵² SEROZAN, Soybağı Hukuku, s. 773.

velâyet arasında kural-istisna ayrımı yapılmaması gerektiği görüşüne⁵³ katılıyoruz. Boşanma durumunda birlikte velâyet, sağlıklı bir biçimde yürütülmesinin şartları mevcut olmak kaydıyla (özellikle ebeveynlerin aralarında şiddetli bir çatışma ortamının bulunmaması ve birbirleri ile iletişim sağlayabilmeleri, aile içi şiddetin de söz konusu olmaması durumunda), tek başına velâyete nazaran çocuğun daha fazla menfaatindedir. Ancak boşanmaların çoğunda birlikte velâyete hükmedilmesi gerektiği, yalnızca istisnâî durumlarda tek başına velâyete hükmedilebileceği peşinen söylenemez. Çocuğun üstün yararına hangi velâyet modelinin hizmet edeceği ancak her somut olayda olayın tüm şartları değerlendirilerek tespit edilebilir. Kanaatimizce, yapılacak yeni kanunî düzenlemede velâyet modelleri arasında kural-istisna ilişkisi getirilerek hâkimin bu konudaki takdir yetkisi sınırlandırılmamalıdır. Kuşkusuz, velâyet hakkı ana babanın tabii ve temel bir hakkı olduğundan ve boşanma durumunda tek başına velâyete karar verilmesi velâyet kendisine bırakılmayan ebeveynin bu hakkını ortadan kaldıracağından, tek başına velâyete kolayca, gelişigüzel hükmedilmemeli; bu konuda titiz davranılmalıdır⁵⁴. Ancak bu tespit de kanunda velâyet türleri arasında kural-istisna ilişkisi ihdas edilmesini gerektirmez.

Kanunî düzenlemeler yapılırken her ülkenin kendi sosyo-kültürel şartlarının da göz önünde tutulması gerekir. Birlikte velâyetin sağlıklı biçimde işleyişine engel olabilecek faktörlerden aile içi şiddet (özellikle kadının şiddet gördüğü için eşinden boşanması) ve kültürel faktörlerden dolayı ebeveynlerin boşanma sonrası çatışmayı sonlandıramama ve çocukları için olsa dahi birbirleri ile asgarî medenî ilişki kuramama olguları ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilir. Bu bakımdan, çoğu Avrupa ülkesinin kanunlarında boşanma durumunda birlikte velâyetin kural, tek başına velâyetin ise istisna olarak düzenlenmiş olması Türk hukuku açısından da aynı sonuca varılmasını gerektirmez. Türk hukukunda getirilecek yeni düzenleme açısından vardığımız sonuç, boşanma durumunda birlikte velâyet ile tek başına velâyet arasında kural-istisna ilişkisi kurmak gerekmeksizin, somut olayda birlikte velâyetin sağlıklı işleminin şartlarının mevcut olduğu durumlarda bu imkânı anadan, babadan ve özellikle çocuktan esirgememek gerektiğidir.

⁵³ Bu görüş için bkz. yukarıda II. A. 2.

⁵⁴ Bu konuda bkz. BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 9; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 183 vd.

Boşanma durumunda velâyet meselesini düzenleyen TMK. m. 182 ve m. 336 hükümlerinde değişiklik yapılarak bu hükümlere “çocuğun yararı” ölçütünün eklenmesi isabetli olacaktır. TMK. m. 182 f. 1 hükmünün;

“Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, anayı, babayı, ayırt etme gücü bulunduğu takdirde çocuğu ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, çocuğun yararı için önemli olan tüm hal ve şartları dikkate alarak ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.” biçiminde değiştirilmesini öneriyoruz.

TMK. m. 336 f. 3 hükmünün ise;

“Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada hâkim, çocuğun yararına göre velâyeti ana ve babanın her ikisine veya ana ya da babadan birine verir; ana ve babadan hiçbiri velâyet görevini yerine getirebilecek durumda değilse, çocuğa vasi atar.” biçiminde değiştirilmesini öneriyoruz.

III. TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMİN BOŞANMA DURUMUNDA VELÂYET MODELİNİ BELİRLEMESİ ve BİRLİKTE VELÂYETİN SINIRLARI

A. Hâkimin Boşanma Durumunda Velâyet Modelini Nasıl Belirleyeceği

TMK. m. 336 f. 3 hükmünün boşanma durumunda birlikte velâyeti dışlayan düzenlemesinin ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin birlikte velâyete imkân tanıyan hükümleri ile bertaraf edilerek, hukuk düzenimizin mevcut halinde de hâkimin boşanma durumunda birlikte velâyete hükmedebileceğini tespit ettik. Boşanma durumunda uygulanacak velâyet modeli belirlenirken ananın, babanın, çocuğun menfaatleri çatışabilir. Bu menfaatler arasında hâkimin üstün tutacağı menfaat çocuğun olmalıdır⁵⁵. Hâkim çocuğun yararını en üst düzeyde sağlayacak velâyet modeli hangisi ise ona hükmetmelidir. Çocuğun yararı kavramı, somut olayın şartları içinde, çocuğun duygusal, zihni, bedensel,

⁵⁵ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 34; ÖZTAN, Bilge/ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Velâyetin Tevdii”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), Ekim 2016, s. 481 vd.; İNCE, s. 218.

sosyal kişiliğinin en üst düzeyde gelişimini sağlayacak koşullar bütününe sağlanmasını ifade eder⁵⁶.

Her boşanma davasında hâkim tarafların ergin olmayan ortak çocuğu varsa çocuğun tâbi olacağı velâyet modeli hakkında re'sen karar vermelidir (TMK. m. 182 f. 1). Hâkim, çocuğun yararı ölçütünü temel almak suretiyle, ebeveynlerin ve -ayırt etme gücü varsa- çocuğun velâyet konusundaki tercihlerini dinlemeli; somut olayın tüm şartlarını değerlendirerek velâyet modelini belirlemelidir. Somut olayın şartları çerçevesinde hâkim özellikle ana ve babanın her birinin çocuğa bakma ve onu yetiştirme yeteneklerini, her bir ebeveynin çocuk ile arasındaki kişisel ilişkinin mevcut durumunu, ana ve babanın kendi aralarında iletişim kurma istek ve yeteneklerini göz önünde bulundurmalıdır⁵⁷.

Hâkimin birlikte velâyete karar verebilmesi için boşanan ebeveynlerin bu konuda anlaşmaları ve ortak talepte bulunmaları şartı aranmamalıdır⁵⁸. Bir tarafın velâyeti tek başına yürütmek istemesi, birlikte velâyete hükmedilmesine engel olmamalıdır. Velâyet bakımından esas olan çocuğun yararı olduğundan, gayret ettiklerinde çocuk için medenî bir ilişki düzeyi tutturabilecek bilinç ve yetenekteki ebeveynler bakımından hâkim re'sen birlikte velâyet kararı verebilmelidir.

Hâkim boşanma durumunda ana ve babanın velâyete birlikte sahip olmalarına hükmettiği takdirde, çocuğun yararını temel ölçüt kabul etmek kaydıyla, ana, baba ve çocuğun taleplerini de göz önünde bulundurarak, onun hangi ebeveynle birlikte yaşayacağı konusunda söz konusu olabilecek farklı modellerden birine de karar vermelidir⁵⁹.

⁵⁶ BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 15; ÖZTAN/ÖZTAN, s. 482. Yargıtay kararlarında da velâyet konusu düzenlenirken gözetilecek temel ilkenin çocuğun üstün yararı olduğu ifade edilmektedir. Örneğin bkz. Yarg. 2. HD., E. 2016/12054, K. 2016/11763, T. 16.06.2016 : “Velâyet düzenlemesi yapılırken göz önünde tutulması gereken temel ilke çocuğun "üstün yararı"(...) dır. Çocuğun üstün yararı belirlenirken: onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlakî ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir.” (<https://legalbank.net/>, Erişim Tarihi: 1.6.2018).

⁵⁷ Hâkimin boşanmadan sonra tek başına velâyete mi, birlikte velâyete mi hükmedeceği konusunda yararlanacağı ölçütler konusunda bkz. ayrıca BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 34.

⁵⁸ Hâkimin boşanmadan sonra ebeveynlerin bu yönde bir talebi olmasa da birlikte velâyete re'sen karar verebileceği görüşünde: KOÇHİSARLIOĞLU, s. 239; SERDAR, s. 185.

⁵⁹ Çocuğun ebeveynlerden biri ile beraber yaşadığı birlikte velâyet modeli ile çocuğun dönüşümlü olarak belirli süreleri ananın, belirli süreleri babanın yanında yaşayarak

B. Boşanmada Birlikte Velâyete Hükmedilmemesi Gereken Haller

Yapılan bilimsel araştırmalara göre, birlikte velâyetin sağlıklı biçimde yürütülebilmesi boşanan ebeveynler arasında şiddetli bir çatışma ortamının bulunmaması, ebeveynlerin sağlıklı iletişim kurabilecek durumda olmaları, her iki ebeveynin de velâyeti yürütebilecek yetenekte olması gibi şartların bir araya gelmesi ile mümkündür⁶⁰. Hâkimin ne zaman -çocuğun yararına olmadığı gerekçesiyle- birlikte velâyete hükmetmemesi gerektiğinin tespit edilmesi bakımından hali hazırda boşanma durumunda birlikte velâyet kurumunu uygulamakta olan İsviçre hukukunda benimsenen ölçütlerin Türk hukuku bakımından da yol gösterici olacağı kanaatindeyiz. Aşağıda sayılan nedenler bulunduğu, hâkimin tek başına velâyete karar vermesi veya her iki ebeveyn de velâyet hakkını kullanmaya elverişsiz ise çocuğa vasi ataması isabetli olur.

1. Velâyetin Kaldırılması Nedenlerinin Bulunması

TMK. m. 348 hükmü “*deneyimsizlik, hastalık, başka bir yerde bulunma veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememeyi*” ya da “*çocuğa yeterli ilgiyi göstermeme veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamayı*” velâyetin kaldırılması nedeni olarak düzenlemiştir. Örneğin, ebeveynin çocukla hiç ilgilenmemesi, ona zaman ayırmaması, çocuğa cinsel tacizde bulunması veya şiddet uygulaması, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı ya da şiddet eğilimi nedeniyle velâyet görevini yerine getiremeyecek durumda olması velâyet hakkının o ebeveyninden kaldırılması için neden teşkil eder⁶¹. Velâyetin kaldırılması nedeni teşkil eden hususlardan biri boşanan ebeveynlerden her ikisi bakımından mevcutsa, hâkim velâyet hakkını onlardan alıp çocuğa vasi tayin etmelidir. Buna karşılık, velâyetin kaldırılması nedeni boşanan ebeveynlerden sadece biri bakımından mevcut olup da diğer ebeveyn velâyeti yürütebilecek durumda ise hâkim, diğer ebeveynin velâyeti tek başına yürütmesine hükmetmelidir. Zira

geçirdiği birlikte velâyet modelleri hakkında bkz. BÜCHLER/CLAUSEN, Art.298, N. 5 vd.; İNCE, s. 210 vd.

⁶⁰ STAUB/HAUSHEER/FELDER, s. 552; KİREMİTÇİ, s. 24.

⁶¹ Örnekler için bkz. ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1154; İNCE, s. 222.

çocuğun eğitimi ve bakımı ile gerektiği gibi ilgilenemeyecek bir kişinin velâyete dâhil edilmesi çocuğun yararına olmaz⁶².

Belirtmek gerekir ki, ebeveynlerden biri TMK. m. 348 hükmünde velâyetin kaldırılması nedeni olarak sayılanlar dışında bir nedenle de çocuğun sorumluluğunu üstlenemeyecek durumda olabilir. Bu tür durumlarda da hâkimin velâyeti tek başına diğer ebeveyne vermesi gündeme gelir⁶³. Örneğin, ebeveynlerden biri tutarsız bir kişilik yapısı sergileyerek çocuktaki güven duygusunu zedeliyorsa onun velâyete katılmamasında çocuğun yararı bulunduğu sonucuna varılabilir.

2. Ebeveynler Arasında Sürekli Çatışma Durumunun Bulunması

Ebeveynler arasında sürekli, ciddi ve kronik hale gelmiş olan bir anlaşmazlık, çatışma durumunun bulunması, velâyetin tek başına ebeveynlerden birine bırakılmasını haklı kılabılır. Bunun için birlikte velâyetin çocuğun menfaatlerine önemli zararlar vereceği somut olgulara dayalı olarak tespit edilmiş olmalıdır. Ebeveynler arasındaki çatışma ortamı, özellikle ebeveynlerin uzlaşmasının gerekli olduğu çocuk için önemli konularda gerekli kararlarının alınamamasına veya velâyetin yerine getirilmesindeki ödev ve sorumlulukların zamanında farkına varılamamasına ya da çocuğa çok fazla yüklenilip sıkıntı verilmesine yol açacak mahiyette ise, tek başına velâyete hükmedilmesi çocuğun yararına olur⁶⁴.

⁶² BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 19; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 16.

⁶³ Bir ebeveynde TMK. m. 348 (İMK. m. 311) hükmünde değinilen velâyetin kaldırılması nedenleri kadar ağır olmayan başka nedenlerin bulunmasının da boşanma sonrası velâyetin tek başına diğer ebeveyne verilmesine yol açabileceği konusunda bkz. FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, s. 902; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 16; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 22.

⁶⁴ FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, s. 896; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 24 (Bu yazarlar, tek başına velâyete hükmedilebilmesi için boşanan ebeveynlerin velâyetin önemli konularındaki uyuşmazlıklarını yapıcı biçimde ve mahkeme önüne gitmeksizin çözemeyecek durumda olduklarına ilişkin haklı bir kaygının olması gerektiğini ifade etmektedirler.); BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 23. Boşanma durumunda birlikte velâyetin sağlıklı işleyebilmesi için ebeveynler arasında çözüme kavuşturulamayan anlaşmazlıklar bulunmaması, varsa aralarındaki çatışmanın sonlanmış olması gerektiği, aksi takdirde tek başına velâyetin tercih edilmesi gerektiği konusunda bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, s. 86; KİREMİTÇİ, s. 24.

Ebeveynler arasında her ailede yaşanabilecek olan, boşanma durumunda sıklıkla görülebilen münferit tartışmalar veya görüş ayrılıkları velâyetin bir tarafa verilmesi için yeterli değildir. Keza, ebeveynlerin sadece çocuğun yetiştirilmesi konusunda farklı görüşlere sahip olmaları da tek başına velâyete hükmetmek için yeterli bir neden teşkil etmez⁶⁵.

3. Ebeveynlerin Birbirleri İle İşbirliğinde Bulunma ve İletişim Kurma İstek veya Yeteneklerinin Bulunmaması

Boşanan ebeveynlerin çocuk üzerinde birlikte velâyeti sağlıklı biçimde yürütebilmeleri için asgarî düzeyde de olsa birbirleriyle işbirliğinde bulunabilmeleri ve iletişim kurabilmeleri gerekir. Zira işbirliği ve iletişim imkânının bulunmaması özellikle çocuğun yetiştirilmesi bakımından önemli olan meseleler bakımından (örneğin, çocuğun hangi okula gideceği, okulla ilgili sorunlarının nasıl çözüleceği, meslek seçimi, hastalandığında tıbbî tedavisinin nasıl sağlanacağı vb.) ortak bir karar alınmamasına yol açar. Ebeveynlerin birbirleriyle işbirliğinde bulunma ve iletişim kurma istek ve/veya kabiliyetlerinin yokluğu nedeniyle tek başına velâyete hükmedebilmek için bu eksikliğin kronik bir hal almış olması ve çocuğun yararını olumsuz biçimde etkilemesi gerekir⁶⁶.

Karşılıklı işbirliği ve iletişim konusundaki sürekli tıkanıklık her iki tarafın bu konudaki isteksizliğinden veya yeteneksizliğinden değil de, bir tarafın bilinçli bir biçimde diğer ebeveyn ile işbirliğinde bulunmayı ve iletişim kurmayı reddetmesinden kaynaklanıyorsa, durum nasıl ele alınmalıdır? Bu durumda tek başına velâyetin işbirliğinde ve iletişimde bulunmayı engelleyen tarafa değil, buna hazır olan tarafa tevdi edilmesi gerektiği akla gelebilir. Zira tek başına velâyet işbirliğini ve iletişimi

⁶⁵ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 19; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 23. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ebeveynler arasında süregelen anlaşmazlığın birlikte velâyete engel olabilmesi için çatışma düzeyinin ağır olması gerektiğine ilişkin bir kararı için bkz. BGE 141 III 472 (479).

⁶⁶ BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 24; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 27 vd.; FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, s. 897-898. Boşanan ebeveynler arasında işbirliği istek ve yeteneğinin bulunmamasının velâyetin ebeveynlerden birine tevdiini haklı kılabileceği yönünde bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 10.6.2009 tarihli 5A_170/2009 sayılı kararı. (Karar için bkz. <https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/Ofd38a70-0ff3-4420-8c74-f2da693c55f2?hitPos=1&source=find-redirect-from-single-hit&SP=2|eapyyk>, Erişim Tarihi: 1.6.2018). Birlikte velâyetin sağlıklı yürütülebilmesi için gerekli en önemli şartlardan birinin ebeveynlerin birbirleriyle iletişim kurabilmeleri olduğu konusunda bkz. KİREMİTÇİ, s. 24.

engelleyen tarafa bırakılırsa, bu ebeveyn, velâyet hakkını kullanmanın gereklerine aykırı davrandığı halde, adeta ödüllendirilmiş olur⁶⁷. Oysa İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında velâyetin tevdiinin ebeveynlerden birinin kusuru ile veya işbirliğinde bulunmak istemeyen ebeveyni cezalandırmak ile ilgili bir mesele olmadığını, bu konuda tek ölçütün çocuğun yararı olduğunu belirterek, somut olayın şartları içinde çocuğun yararı öyle gerektirdiği için tek başına velâyeti işbirliğinde bulunmaktan kaçınan ebeveyne bırakmıştır⁶⁸. Kanaatimizce de bu karar isabetlidir. Zira sırf işbirliğinde bulunmaktan kaçınan ebeveyni cezalandırmak için çocuğun yararı feda edilemez. Tek başına velâyete karar verilecek ise, velâyetin hangi tarafa bırakılacağı konusunda ölçüt çocuğun yararı olmalıdır.

Kural olarak boşanan ebeveynlerden çocuk ile ilgili önemli meseleler bakımından işbirliğinde bulunmaya ve iletişime açık olmaları beklenir. Bu noktada aile içi şiddet sorunu üzerinde de durulmalıdır. Ebeveynlerden birinin diğerinin şiddetine maruz kalmış olduğu durumlarda, şiddet mağduru ebeveyninden boşandığı kişi ile işbirliğinde bulunmasının ve iletişim kurmasının beklenmesi adil ve haklı bir beklenti olmaz. Bu nedenle, bu tür durumlarda, ebeveynler arasında işbirliği yeteneğinin ve işbirliğine istekliliğinin bulunmaması nedeniyle tek başına velâyete hükmedilmesi yerinde olur⁶⁹.

4. Ebeveynlerin Ortak İsteklerinin Velâyetin Taraflardan Birine Verilmesi Yönünde Olması

Boşanma durumunda ebeveynler velâyetin içlerinden biri tarafından tek başına yürütülmesi konusunda aralarında anlaşış bu konuda hâkimden talepte bulunurlarsa, hâkim tarafların bu anlaşmaları ile bağlı mıdır? Doktrinde velâyetin bir “yüküm-hak” olduğuna, bu itibarla bundan kolayca vazgeçilememesi gerektiğine işaret edilmektedir⁷⁰. Kanaatimizce

⁶⁷ Bu sorun hakkında bkz. BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 24; BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 30, 31.

⁶⁸ İsviçre Federal Mahkemesi, söz konusu kararında, somut olayda işbirliğini engellemeyen taraf çocuk ile ilgilenebilecek, ona bakabilecek durumda olmadığından, birlikte velâyet de mahkemenin sürekli müdahalelerini gerektirerek çocuğa zarar vereceğinden, çocuğun yararını esas alarak onun işbirliğini engelleyen tarafın tek başına velâyeti altında olmasına karar vermiştir. BGE 142 III 197 E.3.7.

⁶⁹ Bu görüşte: BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 32; FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, s. 810.

⁷⁰ BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 33.

de bu konuda velâyetin kamu düzenini ilgilendiren, ebeveynlerin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir konu olduğu göz önünde tutularak sonuca ulaşılmalıdır. Anlaşmalı boşanmalarda dahi eşlerin ortak çocuklarının velâyetine ilişkin yaptığı düzenleme ancak hâkim bunu uygun bulursa uygulanabilmektedir⁷¹. Bu bakımdan, hâkimin tarafların vardığı tek başına velâyete ilişkin böyle bir anlaşmayı dikkate alması gerekmektedir birlikte, nihayetinde hâkim sadece tek başına velâyet çocuğun yararına uygunsa bu tür velâyete hükmetmelidir. Ancak ebeveynlerden biri daha ilk baştan çocuğun yetiştirilme ve bakım sorumluluğunu üstlenmeyi ısrarla istemiyorsa, birlikte velâyetin çoğunlukla çocuğun yararına olmayacağı da gözden uzak tutulmamalıdır⁷². Zira her ne kadar kişi velâyet sorumluluğundan serbestçe vazgeçemez ise de, çocuğa bakmamakta ve onu eğitmemekte ısrarcı olan kişiye bunu zorla yaptırmak fiilen mümkün olmayacaktır⁷³.

SONUÇ

1- Boşanma durumunda birlikte velâyet modelinin-sağlıklı yürütülebileceği şartlar mevcut olduğu takdirde- tek başına velâyet modeline nazaran çocuk açısından daha olumlu olduğu bilimsel araştırmalar ile tespit edilmiştir. Velâyet kurumunun temel amacının çocuğun yararına hizmet etmek olduğu göz önünde tutulduğunda, boşanma sonrası ana babanın velâyeti birlikte yürütmelerinin çocuğun yararına olduğu durumlarda bu imkân ana, babadan ve özellikle çocuktan esirgenmemelidir.

2- TMK. m. 336 f. 3 hükmünün boşanma durumunda velâyetin “*çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa*” ait olacağını ifade eden ve hâkime

⁷¹ Ortak çocuğu bulunan eşlerin anlaşmalı boşanabilmeleri için çocukların durumu konusunda bir düzenleme yapmaları ve bu düzenlemenin hâkim tarafından uygun bulunması gereklidir (TMK. m. 166 f. 3/ İMK. m. 111 f. 1). Şu halde anlaşmalı boşanmalarda ebeveynler velâyetin içlerinden biri tarafından tek başına yürütülmesi konusunda anlaşmışlarsa, hâkim, ancak bu durum çocuğun yararını tehlikeye düşürmüyorsa, bu anlaşmaya uygun olarak velâyeti tevdi eder. BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 27; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 698.

⁷² BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298, N. 33; BK- AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298, N. 28.

⁷³ Ebeveynlerin çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli giderleri karşılama yükümlülükleri ise, velâyet hakkına sahip olmalarına bağlı olmayan ve cebren icrası mümkün olan bir yükümlülüktür (TMK. m. 327 f. 1). Ebeveyn istesin, istemesin bu masraflara katılmak zorunda kalacaktır.

boşanma durumunda ana ve babanın velâyeti birlikte yürütmesine hükmetme imkânını tanımayan düzenlemesinin temelinde kanun koyucunun bugün artık geçerliliğini yitirmiş olan bir aile kavramı anlayışını ve boşanma durumunda çocuğun yararının tek başına velâyet ile –daha ziyade de velâyetin anaya bırakılması ile- en iyi biçimde sağlanabileceği varsayımını benimsemiş olması yatmaktadır. Yürürlükteki Medenî Kanun’unuzun kabul edildiği 2001 yılında, mehz İsviçre Medenî Kanunu’nda boşanma durumunda birlikte velâyete imkân veren açık düzenleme yapılmış durumdayken, kanun koyucunun TMK. m. 336 f. 3 hükmünde bu imkânı tanımamış olması, bu kurumdan haberdar olmamasından veya hükmün münhasıran tek başına velâyeti öngören lâfzına gerekli istisna getirmeyi unutmuş olmasından kaynaklanmış olamaz. Bu durum kanun koyucunun boşanma durumunda birlikte velâyet konusunda bilinçli olarak menfî bir çözüm getirmek istemiş olduğunu ortaya koymaktadır. Boşanma durumunda birlikte velâyete imkân tanımayan TMK. m. 336 f. 3 hükmünde açık veya örtülü bir kanun boşluğu söz konusu değildir. Kanun koyucunun birlikte velâyeti mutlak biçimde dışlayan tercihi bilinçli, fakat isabetsiz bir tercih olmuştur.

3- Boşanmada velâyet meselesini düzenleyen ve birlikte velâyete imkân tanımayan TMK. m. 336 f. 3 hükmü, normlar hiyerarşisi ile bertaraf edilebilir. Zira iç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokol, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi boşanma durumunda birlikte velâyete hükmedilmesine dayanak teşkil eden hükümler içermektedir. Anay. m. 90 f. son uyarınca boşanmada birlikte velâyet meselesi bakımından TMK. m. 336 f. 3 hükmü değil, aynı konuda farklı düzenleme getiren söz konusu uluslararası andlaşma hükümleri esas alınacağından, Türk hâkimi hukuk düzenimizin mevcut halinde de boşanma durumunda çocuğun yararına ise birlikte velâyete hükmedebilir.

4- Boşanma durumunda hâkimin birlikte velâyete mi, yoksa ana veya babadan birinin tek başına velâyet hakkını kullanmasına mı hükmedeceği konusunda belirleyici ölçüt çocuğun üstün yararınıdır. Hâkim, her somut olayın tüm şartlarını dikkate alarak hangi velâyet modelinin çocuğun daha fazla yararına olduğuna karar vermelidir. Bu bakımdan hâkim, ebeveynlerin ve çocuğun velâyet modeli konusundaki tercihlerini, ebeveynlerin her birinin çocuğa bakma ve onu yetiştirme becerilerini, çocuk ile mevcut ilişkilerinin durumunu, birbirleri ile işbirliğinde

bulunma ve iletişim kurma yeteneklerinin bulunup bulunmadığı gibi hususları göz önüne bulundurulmalıdır.

5- Velâyet kamu düzenine ilişkin bir mesele olup temel amaç çocuğun yararına hizmet etmek olduğundan, taraflar gayret gösterdiklerinde birlikte velâyeti yürütebilecek kapasitede iseler hâkim ana babanın ortak talebi olmadan da birlikte velâyete karar verebilmelidir. Boşanmadan sonra birlikte velâyetin sağlıklı biçimde işleyebilmesi için ana babanın çocuk ile ilgili meselelerde işbirliğinde bulunabilecek, iletişim kurabilecek durumda olmaları ve her ikisinin de velâyet sorumluluğunu üstlenebilecek niteliklere sahip olması gerekir. Bu nedenle, ebeveynlerden en az biri bakımından velâyetin kaldırılması nedenlerinden biri varsa birlikte velâyete hükmedilmemelidir. Keza, ebeveynlerin arasında kronik hale gelmiş yoğun bir çatışma durumu varsa veya birbirleri ile işbirliğinde bulunma ve iletişim kurma yetenekleri bulunmuyorsa ya da aile içi şiddet gibi sorunlar söz konusu ise, hâkim bu durumlarda da birlikte velâyete hükmetmemelidir.

6- Türk Medenî Kanunu'nun boşanmada velâyet meselesini düzenleyen hükümlerinde değişiklik yapılarak hâkime boşanma durumunda çocuğun yararı gerektiriyorsa birlikte velâyete hükmetme yetkisi açıkça tanınmalıdır. Yapılacak kanun değişikliğinde boşanma durumunda birlikte velâyet ile tek başına velâyet modelleri arasında kuralistisna ilişkisi getirilerek hâkimin takdir yetkisi sınırlanmamalı; velâyet modelinin tespiti konusunda belirleyici ölçüt çocuğun yararı olmalıdır.

KAYNAKÇA

- AFFOLTER-FRINGELI, Kurt/VOGEL, Urs: “Die elterliche Sorge/der Kinderschutz, Art. 296-317 ZGB”, in: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.), BK-Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern 2016.
- APAYDIN, Eylem: “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1), 2018, s. 445-475.
- AYBAY, Erdem/ŞEN, Bülent: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velâyet Sorunu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1-2, Ocak-Şubat 2016, s. 589-615.
- BİRİNCİ-UZUN, Tuba: “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, Hacettepe HFD, 6 (1) 2016, s. 135-166.
- BÜCHLER, Andrea/CLAUSEN, Sandro: “Vierter Titel: Die Ehescheidung und die Ehetrennung/Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen Art. 298”, in:

- Schwenzer, Ingeborg/Fankhauser, Roland (Hrsg.), CommFam, Scheidung Band I: ZGB/Band II, 3. Aufl., Bern 2017, s. 403-444.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- FELDER, Wilhelm/HAUSHEER, Heinz/AEBI-MÜLLER, Regina/DESCH, Erica: “Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl”, ZBJV 150/2014, s. 892-916.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: “Ortak Velâyet”, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl: 27, Mart 2017, s. 24-30.
- GÜLGÖSTEREN, Zeynep Aya: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velâyet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Ekim 2017, s. 157-180.
- HATEMÎ, Hüseyin/KALKAN-OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- İNCE, Nurten: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, TAAD, 9 (4), Nisan 2018, s. 189-229.
- KİREMİTÇİ, Müge: Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- KOTSKA, Kerima: “Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung - unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes”, FPR 2005, s. 89-95.
- KÖSEOĞLU, Bilâl/KOCAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2011.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- ÖCAL-APAYDIN, Bahar: “İsviçre Medeni Kanununun Velâyete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velâyetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 631-658.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- ÖZTAN, Bilge: “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu” (Birlikte Velâyet), in: Arkan, Sabih/Yongalık, Aynur/Şit, Başak (ed.), Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 251-260.
- ÖZTAN, Bilge/ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Velâyetin Tevdii”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), Ekim 2016, s. 473-495.
- PICHONNAZ, Pascal: “Le droit du divorce en question: problèmes choisis / III. L'autorité parentale conjointe "automatique"”, in: Pichonnaz, Pascal/Rumo-Jungo, Alexandra (éd.s), Le droit du divorce: Questions actuelles et besoin de réforme, Symposium en droit de la famille 2007, Genève/Zurich/Bâle 2008, s. 14-26.
- PICHONNAZ, Pascal/FOUNTOULAKIS, Christiana: “Droit de la famille, procédure et exécution: un panorama des nouveautés/II. L'autorité parentale conjointe”, in: Fountoulakis, Christiana/Pichonnaz, Pascal/Rumo-

- Jungo, Alexandra (éd.s), Droit de la famille et nouvelle procédure 6e Symposium en droit de la famille, Genève/Zurich/Bâle 2012, s. 13-36.
- SCHILLING, Roger: “Rechtliche Probleme bei der gemeinsamen Sorge nach Trennung bzw. Scheidung”, NJW 2007, Heft 45, s. 3233-3240.
- SCHWENZER, Ingeborg: “Gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung”, recht 1998, s. 212-218.
- SERDAR, İlnur: “Birlikte Velâyet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2008, s. 155-197.
- SEROZAN, Rona: Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku (Medenî Hukuk), 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- SEROZAN, Rona: “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler” (Soybağı Hukuku), Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 759-777.
- STAUB, Liselotte/HAUSHEER, Heinz/FELDER, Wilhelm: “Gemeinsame elterliche Sorge-eine psychologische Betrachtungsweise”, ZBJV 142/2006, s. 537-552.

**ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN GEÇİCİ UYGULANMASI –
VİYANA ANDLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİ 25. MADDE
PROVISIONAL APPLICATION OF TREATIES – ARTICLE 25 OF THE
VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES**

DOI: 10.21492/inuhfd.443456

Elif UZUN*

Özet

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25. maddesi, taraflar mutabık kaldığı takdirde, bir andlaşmanın, yürürlüğe girmeden önce geçici olarak uygulanabileceğini belirtir. Bunun anlamı, yürürlüğe girmesi için iç hukukta bazı işlemlerin yapılması gereken bir andlaşmanın bu iç hukuk prosedürünün tamamlanmasından önce uygulanmaya başlayabilmesidir. Bu hükmün, uluslararası örf ve âdet hukukunun kodifiye edilmesi anlamına geldiği kabul edilmektedir. Ne var ki gerek 25. madde gerekse çok taraflı andlaşmalardaki geçici uygulama hükümleri kimi zaman uluslararası ihtilaflara neden olabilmektedir. Bu ihtilafların nedeni genellikle andlaşmayı geçici uygulamayı ilk başta kabul etmiş devletlerin andlaşmayı geçici uyguladıkları dönemde ortaya çıkan uluslararası sorumluluktan kurtulma isteğidir. Diğer yandan VAHS 25. maddedeki ve çok taraflı andlaşmalardaki geçici uygulama hükümlerindeki bazı açıklığa kavuşmamış hususlar da ihtilaflara neden olabilmektedir. Bu makale Türkçede incelenmemiş bu konuyu ve konu hakkındaki uluslararası hukuk literatürünü betimsel bir yaklaşımla ele almaktadır. Bu teorik düzeydeki anlatıma ilaveten, geçici uygulama hakkında tartışma yaratan bazı uluslararası ihtilaflar ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun halihazırda yürüttüğü çalışma kısaca ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası andlaşmalar hukuku, andlaşmaların geçici uygulanması, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

Abstract

Article 25 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) confirms that a treaty may be applied provisionally pending its entry into force if negotiating states have agreed on it. This means that a treaty, which needs the completion of internal law procedures to enter into force, can be applied before its entry into force. This provision is accepted as the codification of international customary law. Yet Article 25 and provisional application clauses in multilateral treaties may give rise to international disputes. Behind such disputes is generally a desire of the states, having first agreed to apply the treaty provisionally, to subsequently avoid their treaty obligations under provisional application. The aim of this article is to examine a topic which has attracted little or no interests in the

* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.
(E-mail: eluzun@anadolu.edu.tr), (ORCID: 0000-0001-7825-7840)

Makale Gönderilme Tarihi: 13.07.2018

Submitted: 13.07.2018

Makale Kabul Tarihi: 23.10.2018

Accepted: 23.10.2018

Turkish doctrine, thereby turning its attention to the international literature for a primarily descriptive study. In so doing, it will also briefly analyse pertinent international disputes predicated upon wider academic discussions on provisional application of treaties as well as the ongoing work of the International Law Commission.

Keywords: Law of treaties, provisional application of treaties, Vienna Convention on the Law of Treaties

GİRİŞ

Andlaşmalar, uluslararası hukukun en önemli kaynağıdır. Özellikle Birleşmiş Milletler'in kuruluşundan sonra çok taraflı uluslararası andlaşmaların sayısında yaşanan artış, andlaşmaların uluslararası hukukun kaynağı olmak bakımından önemini büyük ölçüde artırmıştır. Bugün için 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS), uluslararası andlaşmalar hukukunun otorite sahibi metni olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme bu otoritesini sadece çok taraflı bir andlaşma olmasından ve Sözleşme'yle bağlanan devletlerin sayısından almamaktadır; VAHS aynı zamanda andlaşmalar hukuku alanındaki örf ve âdet hukukunu da kodifiye etmiştir. Dolayısıyla andlaşmalar hukuku araştırma ve tartışmalarının merkezinde VAHS bulunmaktadır.

Bu makale, uluslararası andlaşmalar hukukunun aynı zamanda VAHS'de de karşılığı olan bir sorununa odaklanmaktadır: Andlaşmaların geçici uygulanması. VAHS'nin 25. maddesi uyarınca, taraflar anlaştıkları takdirde, andlaşmanın tamamı veya bir kısmı, andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce uygulanmaya başlayabilmektedir. 25. maddenin ikinci fıkrası ise, andlaşmayla bağlanmama iradesini bildiren devlet açısından geçici uygulamanın sona ereceğini hükme bağlamıştır.

Türkçe literatürde geçici uygulama konusunda neredeyse hiçbir incelemenin bulunmadığı gerçeğinden yola çıkılarak, bu makalede, geçici uygulamaya yönelik ağırlıklı olarak betimsel bir inceleme sunulacaktır. Bu çerçevede VAHS temelinde geçici uygulamanın kapsamına, unsurlarına ve hukuki sonuçlarına ilişkin uluslararası hukuk literatürünün genel yaklaşımı sunulacaktır. Konu ele alınırken, geçici uygulamanın merkezde olduğu güncel sayılabilecek bazı uluslararası hukuk uyumsuzluklarına da değinilecek, son olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) yürütmekte olduğu geçici uygulama çalışmasının hâlihazırdaki durumu kısaca özetlenecektir.

GEÇİCİ UYGULAMA: TANIM VE TERMİNOLOJİ

Uluslararası hukukun kaynağı olarak andlaşmalar her geçen gün önemini artırmaktadır. Devletlerin uluslararası hukuk uyarınca sahip olduğu yükümlülükler bir taraftan uluslararası örf ve âdet hukukunun

kodifiye edilmesiyle, diğer taraftan ise devletlerin akdettikleri iki ve çok taraflı andlaşmalar yoluyla uluslararası andlaşmalarda daha çok görünür hâle gelmektedir¹. Bu açıdan andlaşmaların “uluslararası hukuktaki en önemli yükümlülük kaynağı” olduğu söylenebilir². Sahip olduğu bu konum ve uluslararası hukukun kaynakları arasındaki artan öneminin sonucu olarak uluslararası andlaşmalar hukuku gittikçe daha çok önem kazanmakta, andlaşmalar hukuku kavram ve kurumları daha çok tartışma konusu olmaktadır.

Bir uluslararası andlaşma, “uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde, hak ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren ya da sona erdiren yazılı irade uyuşması”dır³. Normal şartlarda bir andlaşmanın uygulanmaya başlaması için tarafların andlaşmayla bağlanması ve andlaşmanın yürürlüğe girmesi gerekir. Andlaşmanın uygulanması açısından tarafların sorumlu tutulabilmesi de bu yolla olur.

Andlaşmalar hukuku alanındaki örf ve âdet hukukunu kodifiye eden *Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi*'nin⁴ (VAHS) 11. maddesine göre, “Bir Devletin bir andlaşma ile bağlanma rızası imza, bir andlaşma teşkil eden belgelerin teatisi, onay, kabul, tasvip veya katılma veya üzerinde mutabık kalındıysa diğer herhangi bir araçla açıklanabilir”. Dolayısıyla, yetkili bile olsalar temsilcilerin imzaladığı andlaşmayla bağlanabilmek için, imzacı devletlerin iç hukukta gerçekleştirilmesi gereken eylemler bulunmaktadır. Bir andlaşmanın müzakerelerine katılmış, andlaşmayı imzalamış olmak, andlaşmayla bağlanma işlemlerini sonlandırma yükümlülüğü doğurmaz. Andlaşmayı imzalamış olan devlet pekâlâ andlaşmayla bağlanmayabilir⁵. Andlaşmayı imzalamış olan devlet iç hukuk uyarınca gerekli prosedürü başlatmayabileceği gibi, iç hukuk prosedürü sonunda andlaşmayla bağlanmama iradesi ortaya çıkabilir. Nitekim VAHS 11. maddede sayılan onay, kabul ve tasvip bağlanma

¹ Bkz. Yusuf AKSAR, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – I*, 3. baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), s. 101.

² James CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8. baskı (Oxford: OUP, 2012), s. 30.

³ Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri – I*. Kitap, 12. baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), s. 111.

⁴ *Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969*. Türkçesi: Aslan GÜNDÜZ, *Milletlerarası Hukuk* (İstanbul: Beta Basım Yayım, 1998), ss. 182-205. Orijinal metin: <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>> (03.07.2018).

⁵ Martin A. ROGOFF ve Barbara E. GAUDITZ, “The Provisional Application of International Agreements”, *Maine Law Review*, C. 39, 1987, s. 34.

yöntemleri, imza sonrasında devletlerin iç hukuk uyarınca ek bir işlem yapmasını gerektirir.

Andlaşmanın uygulanmaya başlanması için ise, andaşmanın yürürlüğe girmiş olması gerekir. VAHS'nin 'Yürürlüğe girme' başlıklı 24. maddesinin ilgili hükümleri şu şekildedir:

- “1. Bir andaşma, kendisinin öngördüğü veya görüşmecî Devletlerin mutabık kalabilecekleri tarzda ve tarihte yürürlüğe girer.
2. Böyle bir hüküm veya mutabakat yoksa, andaşma bütün görüşmecî Devletler için andaşma ile bağlanma rızası tespit edilir edilmez yürürlüğe girer.
3. Andlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonraki bir tarihte bir Devletin andaşma ile bağlanma rızasını açıklaması halinde, andaşma aksini öngörmedikçe, o Devlet bakımından andaşma o tarihte yürürlüğe girer.”

Andlaşmaların bağlayıcılığı için bağlanma ve yürürlüğe girme bu hayati öneme sahip olsa da VAHS md. 25 yürürlüğe girme öncesinde de andaşmanın uygulanabileceğine dair hüküm içermektedir. Anılan maddenin birinci fıkrası şu şekildedir:

- “1. Bir andaşma veya bir andaşmanın bir bölümü
 - a- andaşmanın kendisi öngörürse veya
 - b- görüşmecî Devletler başka bir tarzda böyle mutabık kalırlarsa, andaşma yürürlüğe girinceye kadar geçici olarak uygulanır.”

Maddeye göre, andaşmada öngörülmesi veya tarafların başka bir vasıtayla bu yönde mutabık kalması durumunda, andaşma veya andaşmanın bir kısmı, andaşmalar hukukunun ve bizzat andaşmanın kendisinin öngördüğü yürürlüğe girme koşulları gerçekleşmeden önce uygulanmaya başlayacaktır. Dolayısıyla ortada henüz yürürlüğe girmemiş bir andaşmanın uygulanmaya başlaması, böylece ilgili devletler açısından⁶ yükümlülük ve sorumluluk doğurması söz konusudur.

⁶ 1986 Viyana Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütlerle Uluslararası Örgütler Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25. maddesi de aynı formülasyona sahiptir. Bkz. *Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations* (1986), U.N. Doc. A/CONF.129/15 (1986). İnternet erişimi: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf> (06.07.2018).

İlk bakışta tuhaf yahut paradoksal gelebilecek bu uygulama⁷ esasında örf ve adet hukukundan kaynaklanmaktadır. Gerçi VAHS'nin hazırlanması esnasına uygulamayı destekleyen *opinio juris*'in varlığından bahsedilmese ve UHK'deki ve Viyana Konferansı'ndaki çalışmalarda somut devlet pratiği gündeme getirilmemiş olsa da genel kanaat 25. maddenin ilk fıkrasının örf ve âdet hukukunun yansımaları olduğu yönündedir⁸. Nitekim devlet uygulamasına dair pek çok örnek de vermek mümkündür⁹.

Bu noktada hatırlatmamız gereken bir husus VAHS md. 25'in ikinci fıkrasıyla ilgilidir. İkinci fıkraya göre,

“Andlaşma başka türlü öngörmedikçe veya görüşmeci Devletler başka türlü mutabık kalmadıkça, bir andlaşmanın veya bir andlaşmanın bir bölümünün bir Devlet bakımından uygulanmasına, o Devlet, aralarında geçici olarak andlaşmanın uygulandığı diğer Devletleri andlaşmaya taraf olmamak hususundaki niyetinden haberdar ederse, son verilecektir”.

Bu fıkrayla örf ve âdet hukuku kodifiye edilmemiş olup, andlaşmalar hukukuna yeni bir hüküm getirilmiştir¹⁰.

VAHS md. 25'in başlığında ve hükmün kendisinde kullanılan ifadenin ‘geçici uygulama’ olduğuna işaret etmemiz gerekiyor¹¹. UHK'nin

⁷ Tuhaflık yahut paradoksal oluş şuradan kaynaklanmaktadır: Bir yanda yürürlüğe girmediği halde uygulanan ve hukuki sonuç doğuran bir andlaşma bulunmakta, diğer yanda ise hukuki sonuç doğurduğu halde onay, katılma gibi usullerle andlaşmayla bağlanması beklenmektedir. Bkz. ROGOFF ve GAUDITZ, “The Provisional Application of International Agreements”, s. 41.

⁸ Denise MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, The Vienna Conventions on the Law of Treaties, Ed.: O. CORTEN ve P. KLEIN (Oxford: OUP, 2011), s. 640-1.

⁹ Geçici uygulamanın 1648 Westphalia Barış Andlaşması'ndan itibaren örnekleri için bkz. Robert E. DALTON, “Provisional Application of Treaties”, The Oxford Guide to Treaties, Ed.: Duncan B. HOLLIS (Oxford: OUP, 2012), s. 222-6.

¹⁰ MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 641; Heike KRIEGER, “Article 25”, Vienna Convention on the Law of Treaties, Ed.: O. DÖRR ve K. SCHMALENBACH (Berlin-Heidelberg: Springer-Verlag, 2012), s. 412. VILLIGER ayırım yapmaksızın md. 25'in örf ve âdet hukukunu yansıttığını söyler: Mark. E. VILLIGER, Commentary on the 1969 Vienna Convention or the Law of Treaties (Lieden ve Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), s. 357.

¹¹ Metnin İngilizce orijinalinde kullanılan kelime ‘*provisional*’dır. Kelimenin geçici dışında ‘koşullu’, ‘koşula bağlı’ anlamları da mevcuttur. Türkçe metinlerde üzerinde durulması gerekli olmamakla birlikte, konunun terminolojik olarak incelendiği çalışmalarda ve VAHS'nin UHK'deki hazırlanış sürecinde, ‘*provisional*’ kelimesinin hukuki etkiler açısından değil (yani koşula bağlılık değil) zaman açısından anlam taşıdığı

VAHS ile ilgili yürüttüğü çalışmalarda raportörler ‘geçici yürürlüğe girme’ ifadesini kullanmış, bu kullanıma bazı üyeler ciddi itiraz etmesine rağmen Viyana Konferansı’na gönderilen metin ‘geçici yürürlüğe girme’ ifadesini muhafaza etmişti. Bununla birlikte Konferans’ta yapılan tartışmalar sonucunda ‘geçici uygulama’ ifadesi benimsenmiştir. Yine de uluslararası andlaşmalar hukuku ile ilgili önemli metin ve çalışmalarda zaman zaman ‘geçici uygulama’ya karşılık gelmek üzere ‘geçici yürürlüğe girme’ ifadesinin kullanıldığına rastlamak mümkündür¹².

Bu hâliyle ‘geçici uygulama’ ifadesi, genel itibariyle andlaşmaların yürürlüğe girmesi ile uygulanması arasındaki farkı da yansıtır. Zira andlaşmaların yürürlüğe girmesi ile andlaşmanın tamamının veya bir kısmının uygulanmaya başlaması aynı âna denk gelir. Kimi zaman ise andlaşmanın bazı hükümleri andlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra uygulanmaya başlanır. Yani andlaşma yürürlüğe girmiş ancak hükümlerinin tamamının veya bir kısmının uygulanmaya başlaması için andlaşmada öngörülen bir koşulun (olay veya süre) gerçekleşmesi beklenmektedir. Bunun yanında andlaşmaların bazı hükümleri kimi zaman andlaşma yürürlüğe girmeden önce uygulanmaya başlar. VAHS md. 24(4) uyarınca,

“Bir andlaşma metninin tevsiki, Devletlerin andlaşma ile bağlanma rızasının tespit edilmesi, yürürlüğe giriş tarzı veya tarihi, çekinceler, depoziter makamının işlevleri ve andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce zorunlu olarak ortaya çıkan diğer meseleleri düzenleyen hükümleri, andlaşma metninin kabulü zamanından itibaren uygulanır.”

Dolayısıyla andlaşmanın yürürlüğe girmesi ile hükümlerinin uygulanması her zaman aynı durumu ifade etmez¹³.

GEÇİCİ UYGULAMANIN LEH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER

Gerek Viyana Konferansı’nda gerek devlet uygulamalarında gerekse literatürde geçici uygulamanın tercih edilmesi için öne sürülen en

üzerinde de durulmak zorunda kalmıştır. Ör. bkz. VILLIGER, Commentary on the 1969..., s. 354.

¹² MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 647; Anneliese Quest MERTSCH, Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Nature (Lieden ve Boston: Brill, 2012), s. 3.

¹³ MERTSCH, Provisionally Applied Treaties..., s. 12.

önemli gerekçe ‘aciliyet’ tir¹⁴. Bilhassa çok taraflı andlaşmalar söz konusu olduğunda andlaşmanın yürürlüğe girmesi için imza dışında ek işlemler yapılması gerekmekte, bu ek işlemlerin tamamlanarak andlaşmanın yürürlüğe girmesi kimi zaman andlaşmanın imzalanmasından yıllar sonra gerçekleşebilmektedir. Ne var ki kimi andlaşmalar konuları itibariyle acilen uygulanmayı gerektirmekte, geçici uygulama opsiyonu andlaşmanın resmî olarak yürürlüğe girinceye kadar olan sürede, söz konusu acil ihtiyacın karşılanmasını sağlamaktadır. Aciliyet özellikle çatışmaları sonlandıran andlaşmalar söz konusu olduğunda gündeme gelmektedir¹⁵. Bunun yanında doğal afetlerle ilgili andlaşmalarda da aciliyet nedeniyle geçici uygulama hükümlerine ihtiyaç duyulduğu söylenebilir. Örneğin 26 Nisan 1986’da Çernobil Nükleer Santrali’nde meydana gelen kaza sonrasında 26 Eylül 1986’da imzalanan *Nükleer Kaza veya Radyolojik Acil Hallerde Yardımlaşma Sözleşmesi* ile *Nükleer Kaza Halinde Erken Bildirim Sözleşmesi*¹⁶ geçici uygulama ile ilgili bir hüküm içermektedir¹⁷.

Geçici uygulama lehindeki gerekçelerden bir başkası, geçici uygulamanın sağladığı esnekliktir. Andlaşmaların çoğunca uzun süren onaylanma süreçlerinin tamamlanmasına gerek kalmadan uygulanmaya başlaması, andlaşmalar hukukunun daha esnek kullanılması olarak görülmüştür¹⁸.

Geçici uygulamanın lehinde belirtilen görüşler arasında, hassas konularda yapılmış andlaşmalar için bu uygulamanın bir tür önlem niteliği

¹⁴ MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 643; DALTON, “Provisional Application of Treaties”, s. 234; MERTSCH, *Provisionally Applied Treaties...*, s. 9; Juan Manuel GÓMEZ-ROBLEDO, *First Report on the Provisional Application of Treaties*, BMGK A/CN.4/664, 2013, <<http://undocs.org/en/A/CN.4/664>> (12.06.2018). par. 27; René LEFEBER, “Treaties, Provisional Application”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, C. X, Ed.: R. WOLFRUM (Oxford: OUP, 2012), par. 1.

¹⁵ KRIEGER, “Article 25”, s. 408; GÓMEZ-ROBLEDO, *First Report on the Provisional Application of Treaties*, par. 27;

¹⁶ Her iki sözleşme için: R.G., T. 03.09.1990, S. 20624. Metin için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc073/kanuntbmmc073/kanuntbmmc07303610.pdf> (12.06.2018).

¹⁷ *Nükleer Kaza veya Radyolojik Acil Hallerde Yardımlaşma Sözleşmesi*’nin 15., *Nükleer Kaza Halinde Erken Bildirim Sözleşmesi*’nin ise 13. maddesi şu şekildedir: “Herhangi bir Devlet imza sırasında veya bu Sözleşmenin kendisi için yürürlüğe girmesinden önceki herhangi bir tarihte, bu Sözleşmeyi geçici olarak uygulayacağını beyan edebilir.”

¹⁸ MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 643; DALTON, “Provisional Application of Treaties”, s. 234; GÓMEZ-ROBLEDO, *First Report on the Provisional Application of Treaties*, par. 28-30;.

taşıdığı da dile getirilmektedir¹⁹. Tarafların pozisyonlarından ödün vermek durumunda kaldıkları andlaşmalar söz konusu olduğunda, andlaşmanın yürürlüğe girmesi için gereken usuli işlemlerin yapılmasına dek geçen sürede bu hassasiyetlerin gözetilmesi gerekmektedir. Bu yönüyle geçici uygulama, VAHS md. 18 hükmünün bir tamamlayıcısı olarak iş görür. VAHS md. 18'e göre, bir andlaşmayı imzalayan devlet, andlaşma yürürlüğe girinceye veya andlaşmaya taraf olmama niyetini beyan edene kadar “*andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınmak mecburiyetindedir*”. İşte geçici uygulama da bu mecburiyeti güçlendirerek²⁰ tarafların andlaşma yürürlüğe girinceye kadar pozisyonlarını korumasını sağlamaya hizmet edebilmektedir. Nitekim *Avrupa’da Konvansiyonel Silahlı Kuvvetler Antlaşması’nın Bazı Hükümlerinin Geçici Olarak Uygulanması Hakkındaki Protokol*²¹ tam da bu amaca hizmet etmektedir²².

Geçici uygulamanın taraftar bulan gerekçelerinden bir başkası, geçici uygulama ile yaratılan andlaşma rejimlerine geçişin kolaylaştırılmasıdır. Andlaşma hükümlerinin bir kısmının geçici uygulama vasıtasıyla andlaşmanın tamamı fiilen yürürlüğe girmeden önce uygulanmaya başlanarak farklı andlaşma rejimleri arasında oluşabilecek hukuki boşlukların önüne geçilmiş de olacaktır²³.

Geçici uygulama aleyhine ileri sürülen az sayıdaki görüşten birisi, böyle bir uygulamanın iç hukuk veya anayasal düzen ile uluslararası hukuk arasında bir çatışmaya neden olabileceğidir²⁴. Geçici uygulamaya dair ileri sürülen bir başka itiraz ise, geçici uygulamanın iç hukuk uyarınca gerekli onaylama prosedürünün devre dışı bırakılması için bir

¹⁹ KRIEGER, “Article 25”, s. 409; GÓMEZ-ROBLEDO, First Report on the Provisional Application of Treaties, par. 31; LEFEBER, “Treaties, Provisional Application”, par. 1.

²⁰ GÓMEZ-ROBLEDO, First Report on the Provisional Application of Treaties, par. 31.

²¹ R.G. 26.6.1992, S. 21266. Metin için bkz. <[https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc075/kanuntbmmc07503818.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc075/kanuntbmmc075/kanuntbmmc07503818.pdf)> (12.06.2018).

²² KRIEGER, “Article 25”, s. 409; GÓMEZ-ROBLEDO, First Report on the Provisional Application of Treaties, par. 31.

²³ KRIEGER, “Article 25”, s. 410; MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 643; LEFEBER, “Treaties, Provisional Application”, par. 1; GÓMEZ-ROBLEDO, First Report on the Provisional Application of Treaties, par. 33.

²⁴ MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 643; GÓMEZ-ROBLEDO, First Report on the Provisional Application of Treaties, par. 35.

hile olarak kullanılmaya açık olmasıdır²⁵. İç hukukla ilgili bu itirazları bir sonraki başlık altında daha ayrıntılı bir şekilde ele alacağız.

GEÇİCİ UYGULAMA VE İÇ HUKUK

Geçici uygulamanın leh ve aleyhindeki görüşlere bakıldığında, uygulama lehindeki görüşlerin uluslararası hukuk açısından dile getirildiğini, aleyhteki görüşlerin ise iç hukuk açısından söz konusu olduğu görülmektedir. Çünkü, tekrarlayacak olursak, geçici uygulama ulusal hukukların gerektirdiği onay süreçleri tamamlanmaksızın andlaşmaların kısmen veya tamamen uygulanabilmesine olanak tanımaktadır. Özellikle güçler ayrılığının belirgin olduğu devletler söz konusu olduğunda, andlaşmayı imzalamaya yetkili kişi veya organların işlemlerinin iç hukuk açısından bu imzayı denetlemeye yetkili organlar tarafından geçersiz kılınma riski bulunmaktadır. Sözgelimi, Türk hukuku açısından, Anayasa md. 90 uyarınca, “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır*”. Bu kurala tabi olmayan istisna grubu andlaşmaların varlığına rağmen, yine Anayasanın aynı hükmü uyarınca, “*Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır*”²⁶. Benzer uygulamalara sahip devletler açısından, kanunlarda değişiklik getiren veya bütçe uygulamalarına aykırılık teşkil andlaşmaların geçici uygulama ile uygulanma imkanı, en azından iç hukuka uygun davranan devlet yetkilileri açısından imkansız hâle gelmektedir²⁷.

İç hukuk ile uluslararası taahhütler arasında yaşanabilecek çelişkilerden kaçınmanın bir yolu ise, geçici uygulamanın sonuç doğurmasını iç hukuktaki düzenlemeler veya akdedilen andlaşmalar ile ilgili andlaşmanın iç hukuktaki prosedürünün tamamlanması koşuluna

²⁵ KRIEGER, “Article 25”, s. 412; MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 643; GÓMEZ-ROBLEDÓ, First Report on the Provisional Application of Treaties, par. 35.

²⁶ Türk hukukunda andlaşmalara taraf olma usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKSAR, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – I, s. 178-82; PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri – 1. Kitap, s.167; Yücel ACER ve İbrahim KAYA, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 6. baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), s. 85-7; Enver BOZKURT, M. Akif KÜTÜKÇÜ ve Yasin POYRAZ, Devletler Hukuku, 7. baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), s. 72-77; Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar), Der.: A.N. TÜRÜNCÜ vd. (İstanbul: Beta, 2017), s. 162-6.

²⁷ LEFEBER, “Treaties, Provisional Application”, par. 15.

bağlanmasıdır²⁸. Başka bir ifade ile, geçici uygulamanın bağlayıcı hâle gelmesi için taraf devletin iç hukuktaki aşamaları tamamlaması gerekli görülebilir. Bu durumda her ne kadar geçici uygulamanın talep ettiği acil uygulama söz konusu olmasa da, özellikle yürürlüğe girmesi uzun süre alan uluslararası andlaşmaların en azından andlaşmaya taraf olmuş devletlerce kısmen veya tamamen uygulanmaya başlanması imkanı ortaya çıkmış olur. Uluslararası andlaşmalarda böyle bir seçenek sunulmasının nedeni, devletlerin geçici uygulamayı yasaklayacak veya ayrıntılı düzenleyecek iç hukuk kuralları yaratmasını önlemektir²⁹. Devletlerin geçici uygulama hükümlerinden tümden kaçınmasını engellemenin bir başka yolu ise, geçici uygulamanın iç hukuklara tabi kılınmasıdır. Geçici uygulamayı iç hukuka tabi kılan andlaşma hükümlerine uluslararası hukuk literatüründe ‘sınırlama kaydı’ (*limitation clause*) adı verilir³⁰. Böylece andlaşmayı kısmen veya tamamen geçici uygulamakta olan devletin iç hukuku ile uygulanmakta olan andlaşma hükümleri arasında bir çatışma çıktığında iç hukukun üstün geleceği kabul edilmiş olur³¹.

Tam da bu noktada geçici uygulamanın iç hukuklarla ilişkisi açısından sıklıkla atıf yapılan iki tahkim kararına, *Kardassopoulos* ve *Yukos* kararlarına değinmemiz gerekiyor. Her iki dava da *Enerji Şartı Anlaşması*³² (EŞA) çerçevesinde ortaya çıkmıştır.

EŞA “*enerji sektöründe uluslararası işbirliğini destekleyen çok taraflı ilk belge*”dir³³. Anlaşma’nın 45. maddesi geçici uygulamaya ilişkindir. Maddenin ilk fıkrasına göre;

“Her bir imzacı bu Anlaşmayı, Anlaşma 44. Maddeye uygun şekilde kendisi için yürürlüğe girinceye dek³⁴ -böyle bir geçici

²⁸ KRIEGER, “Article 25”, s. 417; MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 645.

²⁹ KRIEGER, “Article 25”, s. 417.

³⁰ MERTSCH, *Provisionally Applied Treaties...*, s. 73.

³¹ KRIEGER, “Article 25”, s. 418; MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 645.

³² *Enerji Şartı Anlaşması - Energy Charter Treaty* (ECT), 17 Aralık 1994, Lizbon. Türkiye Anlaşma’nın tarafıdır: R.G. 12 Temmuz 2000, S. 24107. Orijinal metin için bkz. Energy Charter Secreteriat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents*, 2004, Belçika. İnternet erişimi: <<http://www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf>> (404.07.2018).

³³ P. BAKLACI ve Esen AKINTÜRK, “Enerji Şartı Anlaşması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2006, s. 98.

³⁴ Anlaşma’nın 44. maddesi uyarınca Anlaşma otuzuncu devletin onay, kabul, tasvip veya katılım belgesini Depozitör’e tesliminden doksans gün sonra yürürlüğe girecek, bundan sonra onay, kabul, tasvip veya katılım belgesini gönderen devlet açısından ise o devletin belgeyi göndermesinden doksans gün sonra yürürlüğe girecektir.

uygulama kendi anayasası, yasaları veya düzenlemeleri ile uyumsuz olmadığı ölçüde- geçici olarak uygulama konusunda fikir birliğine varmıştır”. İkinci fıkranın (a) bendine göre ise, “Birinci fıkra hükümlerine rağmen her bir imzacı, imza esnasında, Depozitör’e geçici uygulamayı kabul edemeyeceğini belirten bir beyanı teslim edebilir. Birinci fıkra da yer alan yükümlülük böyle bir beyanda bulunmuş olan imzacıya tatbik edilemez. Böyle bir imzacı beyanını Depozitör’e sunacağı bir bildirimle her zaman geri çekebilir”³⁵.

Bu hükümler uyarınca EŞA’nın imzacılar tarafından, vazgeçme yönünde beyanda bulunmadıkları sürece, geçici olarak uygulanacağı görülmektedir. İmzacı devletleri geçici uygulamadan çekilmekten alıkoymak üzere tasarlanmış bir başka hüküm, aynı maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde yer almaktadır. Buna göre, bir devlet EŞA’yı geçici olarak uygulamayacağını beyan ederse, ne kendisi ne de bu devletten yatırımcılar geçici uygulamaya dayanarak hak talep edebilecektir.

ICSID’de verilen 6 Temmuz 2007 tarihli *Kardassopoulos* hakemlik kararına yol açan olaylarda bir Yunan yatırımcı Kardassopoulos, Gürcistan Cumhuriyeti’nin, daha önce verdiği bir enerji imtiyazını 1995-1997 arasında verdiği kararlarla kamulaştırarak kendisini zarara uğrattığını iddia etmiştir. Yunanistan ve Gürcistan Aralık 1994’te EŞA’yı imzalamış, Anlaşma her iki devlet için de 1998 Nisan’ında, EŞA md. 44’te öngörülen usul ve süre sonunda yürürlüğe girmiştir³⁶. Kardassopoulos’un iddiasına göre Gürcistan 1994’te EŞA’yı imzalamakla

³⁵ Anlaşmanın bu hükümlerinin çevirisi tarafımdan yapılmıştır. İngilizcesi şu şekildedir; Birinci fıkra: “Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally pending its entry into force for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations.” İkinci fıkranın (a) bendi: “(a) Notwithstanding paragraph (1) any signatory may, when signing, deliver to the Depository a declaration that it is not able to accept provisional application. The obligation contained in paragraph (1) shall not apply to a signatory making such a declaration. Any such signatory may at any time withdraw that declaration by written notification to the Depository.” Geçici uygulamayı ele alan Türkçe iki makale, Resmî Gazetede ki çevirisini esas alarak konuyu incelemiştir. Bkz. Bağdagül KAYA CANER, “Enerji Şartı Anlaşmasının Muvakkaten Uygulanması ve Anlaşmadan Çekilme Hakkında Bir Değerlendirme”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s. 324; İslam Safa KAYA, “Uluslararası Andlaşmalardan Çekilme Hakkı ve Uluslararası Andlaşmaların Geçici Uygulanması: Enerji Şartı Andlaşması Örneği”, The Journal of Academic Social Science Studies, N. 44, Spring II, 2016, s. 198-9.

³⁶ Matthew BELZ, “Provisional Application of the Energy Charter Treaty: Kardassopoulos v. Georgia and Improving Provisional Application in Multilateral Treaties”, C. 22, Emory International Law Review, 2008, s. 739.

Anlaşma'yı tümünden uygulama yükümlülüğü altına girmiştir. Bu iddianın dayanağı, EŞA md. 45'teki geçici uygulama kaydıdır. Gürcistan ise EŞA md. 45'in sadece bir temenniden ibaret olduğunu iddia etmiştir. Gürcistan'a göre, eğer md. 45 bir temenniye dile getirmiyorsa bile, maddede atıf yapılan iç hukuka uygunluk dikkate alınmalıdır. Bu durumda da hem Yunan hem de Gürcü hukuku geçici uygulamaya izin vermemektedir³⁷. Dolayısıyla EŞA, henüz yürürlüğe girmediği dönemde, Gürcistan açısından bağlayıcı değildir. Hakemlik mahkemesi Kardassopoulos lehine karar vermiştir. Mahkeme maddede yer alan geçici uygulamayı bir temenni olarak değil, hukuki hak ve yükümlülükler yaratan bir ifade olarak görmüş³⁸, geçici uygulamanın uluslararası hukukta hak ve yükümlülük yaratan bir kurum olduğuna karar vermiş³⁹, iki ülkenin iç hukuklarının da geçici uygulamayla uyumsuz olmadığını tespit etmiş⁴⁰, dolayısıyla Gürcistan'ın imzaladığı tarihten itibaren EŞA'yı uygulamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir⁴¹.

EŞA'nın geçici uygulamaya dair bu hükümlerinin tartışmanın merkezine oturduğu davalardan bir başkası olan Yukos davası⁴² Rusya Federasyonu'na karşı açılmıştır. Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından özelleştirilen ancak bir süre hisseleri yine devlete ait kalan enerji alanında faaliyet gösteren Yukos şirketinin %51 hissesi, 1995 ve 1996 yıllarındaki hisse satışlarıyla Cebelitarık merkezli, iki Rus yatırımcının önderliğindeki bir grup yatırımcıya ait olan bir şirket tarafından satın alınır. İç siyasetin etkili olduğu bir sürecin sonunda Yukos'un ortakları çeşitli nedenlerle tutuklanır, şirket aleyhine vergi cezaları kesilir, Yukos'un yan şirketleri satışa çıkarılır. Bunun üzerine Rusya Federasyonu'na önce EŞA'nın şart koştuğu dostane çözüm için

³⁷ Kardassopoulos v. Georgia, Decision on Jurisdiction, 6 Temmuz 2007, ICSID (W. Bank), Case No. ARB/05/18, par. 73.

³⁸ Kardassopoulos v. Georgia, Decision on Jurisdiction, par. 209.

³⁹ Kardassopoulos v. Georgia, Decision on Jurisdiction, par. 223.

⁴⁰ Kardassopoulos v. Georgia, Decision on Jurisdiction, par. 224-46.

⁴¹ Karar andlaşmaların yorumu ve EŞA'nın başka hükümleriyle de ilgili pek çok hususu içermektedir ve farklı açılardan eleştiri konusu yapılmıştır. Eleştiri için ör. bkz. BELZ, "Provisional Application of the Energy Charter Treaty...", s. 742-9.

⁴² Literatürde ve medyada sıklıkla tek bir dava gibi atıf yapılan Yukos davasında esasında ortada üç dava vardır. Davalar birbirleriyle ilişkili, aynı tarafa yönelmiş, arka arkaya açılmış ve aynı gün karara bağlanmış oldukları için, en büyük dava olan Yukos davası olarak anılmaktadırlar. Davanın büyüklüğü (Rusya'dan talep edilen miktar yaklaşık 114 milyar USD, karara bağlanan tazminat tutarı ise yaklaşık 50 milyar USD'dir), Rusya'nın dünya enerji piyasasında kazanmaya çalıştığı rol, davanın seyri gibi nedenlerle Yukos hakkında akademik ve siyasi pek çok yayın ve haber bulmak mümkündür.

başvurular, üç aylık sürenin sona ermesiyle de Lahey Daimi Hakemlik Mahkemesi'ne gidilir⁴³. Rusya Federasyonu EŞA'yı 17 Aralık 1994'te imzalamış ancak başvuru yapıldığı tarih itibariyle onaylamamış, üstelik EŞA md. 45(2)(b)'de yer alan geçici uygulamayacağı beyanında da bulunmamıştır. Davacı taraf(lar)ın iddiası Rusya Federasyonu EŞA'yı imzaladığı için geçici olarak uygulamak zorunda olduğu, Daimi Hakemlik Mahkemesi'nin EŞA uyarınca davaya bakmaya yetkili olduğu, Yukos (ve diğer şirketler) ile ilgili idari tasarrufların EŞA'nın ihlali anlamına geldiği ve zararlarının tazmin edilmesi gerektiğidir. Daimi Hakemlik Mahkemesi, 30 Kasım 2009 tarihinde verdiği kararla⁴⁴ geçici uygulamaya ilişkin de önemli bir tartışma yapmak durumunda kalmıştır. Rusya'nın iddiasına göre, EŞA md. 45'te yer alan iç hukuka uygun olma, yani "sınırlama kaydı", Rusya'nın iç hukukuna uygun olmayan EŞA hükümlerini geçici olarak uygulama yükümlülüğü doğurmuyordu⁴⁵. Mahkeme böyle parçalı bir uygulamanın söz konusu olamayacağına karar vermekle beraber, EŞA'daki sınırlama kaydının bütün bir andlaşmanın, yani EŞA'nın geçici olarak uygulanmasının Rus hukukuna uygun olup olmadığıyla ilgili olduğuna karar vermiştir⁴⁶. Aksi takdirde bu, iç hukukun uluslararası hukukun ihlali için bir mazeret olarak sunulamayacağı şeklindeki kuralın yok sayılması anlamına gelecektir⁴⁷. Mahkeme bunun yanında önemli bir tespitte daha bulunarak, geçici uygulamanın bir uluslararası hukuk mekanizması olduğuna, sınırlama kayıtlarının yanlış yorumlanmasının iç hukukun uluslararası hukuku kontrol eder hale getireceğine, bunun da uluslararası ilişkilerde kabul edilemez bir belirsizliğe yol açacağına karar vermiştir⁴⁸. Mahkemeye göre Rus hukuku, EŞA'nın geçici olarak uygulanmasını kabul etmekte, bu da Rus devleti açısından yükümlülük doğurmaktadır⁴⁹. Bu ara karardan sonra Mahkeme, 18 Haziran 2014'te,

⁴³ Alex. M. NIEGBRUEGGE, "Provisional Application of the Energy Charter Treaty: The Yukos Arbitration and the Future Place of Provisional Application in International Law", C. 8, Chicago Journal of International Law, 2007, s. 362-5.

⁴⁴ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 Kasım 2009, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227.

⁴⁵ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, par. 294.

⁴⁶ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, par. 311.

⁴⁷ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, par. 312.

⁴⁸ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, par. 319.

⁴⁹ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, par. 394.

Rusya'yı üç ayrı başvuru için toplamda 50 milyar USD tazminata mahkûm etmiştir⁵⁰. Rusya bu karara karşı Lahey Bölge Mahkemesi'ne başvurmuştur. Lahey Bölge Mahkemesi ise, Rusya'nın geçici uygulama yükümlülüğünü kabul etmekle birlikte, Daimi Hakemlik Mahkemesi'nin benimsediği tutumun tersine, bu sorumluluğun EŞA'nın sadece Rus hukukuyla uyumlu kısımları açısından söz konusu olduğuna karar vermiştir⁵¹. Bu tutum sonucunda da, EŞA'nın tahkime işaret eden hükümlerini Rus hukukuna uygun görmeyerek, Daimi Hakemlik Mahkemesi'nin yetkisizliğine karar vermiştir⁵².

GEÇİCİ UYGULAMA ANLAŞMASI

Geçici uygulama, geçici uygulamaya dair bir anlaşmadan kaynaklanır⁵³. Bu anlaşma farklı şekillerde tezahür edebilir: Geçici uygulanacak andlaşmada bu yönde bir hüküm bulunabileceği gibi, andlaşmanın geçici uygulanacağına dair ayrı bir anlaşma akdedilebilir veya bu husus mektup teatisi yoluyla veya başka herhangi bir yolla hükme bağlanabilir. Ama her halükârda ortada geçici uygulamaya dair ayrı bir anlaşmanın var olduğunu kabul etmek gerekir⁵⁴.

Andlaşmanın geçici uygulamaya dair hüküm içermesi durumunda, geçici uygulamaya dair hüküm 'andlaşmadan ayırık bir taahhüt' olarak tasavvur edilir. Bu durum, VAHS md. 24(4)'teki şu ifade ile uyumludur:

“Bir andlaşma metninin tevsiki, Devletlerin andlaşma ile bağlanma rızasının tespit edilmesi, yürürlüğe giriş tarzı veya tarihi, çekinceler, depoziter makamının işlevleri ve andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce zorunlu olarak ortaya çıkan diğer meseleleri düzenleyen hükümleri, andlaşma metninin kabulü zamanından itibaren uygulanır.”

Bu hüküm çerçevesinde geçici uygulama, 'andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce zorunlu olarak ortaya çıkan diğer meseleleri düzenleyen hükümler' kapsamında değerlendirilir⁵⁵.

⁵⁰ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Final Award, 18 Temmuz 2014, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227.

⁵¹ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Final Award, par. 5.23.

⁵² Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Final Award, par. 5.95.

⁵³ MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 649.

⁵⁴ MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 650.

⁵⁵ MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 650; Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar), s. 112.

Geçici uygulama anlaşması, geçici uygulanacak andlaşmadan farklı bir anlaşmayla da hükme bağlanabileceği gibi herhangi bir şekilde de bu konuda fikir birliğine varılarak geçici uygulamanın hayata geçirilmesi mümkündür⁵⁶. Andlaşmalara ekler veya protokoller de geçici uygulamayı konu edinebilir⁵⁷. Devletler tek taraflı beyanlarla andlaşmayı geçici olarak uyguladıklarını ilan edebilecekleri gibi, bu yönde zımnî bir uzlaşmadan bahsetmek bile mümkün olabilir⁵⁸. Bunun yanında “büyük olan küçüğü de içerir” *-in maiore minus-* genel ilkesi uyarınca devletler geçici uygulamaya her zaman karar verebilirler⁵⁹.

GEÇİCİ UYGULAMANIN SONA ERMESİ

Geçici uygulama, andlaşmayla bağlanmış olan devletler açısından andlaşmanın yürürlüğe girmesiyle birlikte sona erer. Artık andlaşma, bu devletler açısından geçici olarak uygulanmamaktadır; söz konusu devletler andlaşmanın tarafı olarak yürürlükte olan bir anlaşmayı uygulamaktadırlar. Bununla birlikte, özellikle çok taraflı andlaşmalarda, andlaşma andlaşmayla bağlı devletler açısından yürürlüğe girmiş olsa bile, andlaşmayı imzalamış olmakla birlikte gerekli iç hukuk prosedürünü tamamlamadığı ve, eğer varsa, andlaşmanın kendisi açısından yürürlüğe gireceği süre henüz geçmediği için andlaşmanın kendileri açısından yürürlüğe girmediği devletler söz konusudur. Böyle bir durumda andlaşmanın, henüz andlaşmayla bağlanmamış devletin kabul ettiği bir geçici uygulama kaydı varsa andlaşma yürürlüğe girmiş olsa bile, andlaşmanın kendisi açısından yürürlüğe girmediği devlet için geçici uygulama devam edecektir⁶⁰. Özetle, VAHS md. 25’te yer alan ve uluslararası andlaşmalarda kendisine yer bulan ‘andlaşma yürürlüğe girinceye dek’ ifadesindeki yürürlüğe girme, andlaşmanın ilk onaylayanlar eliyle yürürlüğe girmesinden değil ama her bir ilgili devlet açısından yürürlüğe girmiş olma anlamına gelmektedir.

VAHS md. 25’in ikinci fıkrasına göre, “Andlaşma başka türlü öngörmedikçe veya görüşmeci Devletler başka türlü mutabık kalmadıkça, bir andlaşmanın veya bir andlaşmanın bir bölümünün bir Devlet bakımından uygulanmasına, o Devlet, aralarında geçici olarak

⁵⁶ MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 650; LEFEBER, “Treaties, Provisional Application”, par. 6.

⁵⁷ KRIEGER, “Article 25”, s. 414.

⁵⁸ MATHY, “1969 Vienna Convention – Article 25”, s. 651.

⁵⁹ VILLIGER, Commentary on the 1969..., s. 354.

⁶⁰ KRIEGER, “Article 25”, s. 416; LEFEBER, “Treaties, Provisional Application”, par. 10; Anthony AUST, Modern Treaty Law and Practice, 6. baskı (Cambridge: CUP, 2016), s. 154.

andlaşmanın uygulandığı diğer Devletleri andlaşmaya taraf olmamak hususundaki niyetinden haberdar ederse, son verilecektir". Bu hüküm özellikle iç hukuku uyarınca gerekli prosedür sonucu andlaşmayla bağlanma iradesi ortaya çıkmayan devlet için bir koruma sağlamaktadır⁶¹. Bu hüküm çerçevesinde sona eren geçici uygulama, sadece taraf olmama iradesini bildiren devlet açısından değildir. Diğer devletler açısından söz konusu olan geçici uygulama, bu devletin beyanından etkilenmez⁶².

Bununla birlikte VAHS'nin bu hükmünün geçici uygulamadan vaz geçme veya geçici uygulamayı kabul etmeme yönünde açık bir nokta bıraktığını söylemek gerekmektedir. Zira, eğer aksi andlaşmada öngörülmemişse, VAHS'ye göre bir devletin andlaşmayla bağlanma iradesini ifade etmeksizin geçici uygulamayı kabul etmemesi söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla VAHS uyarınca bir devletin geçici uygulama kaydı olan bir andlaşmada iç hukukunca gerekli prosedürleri yerine getirene dek geçici uygulamaya tabi olmama usulüne dair herhangi bir şey bulmak mümkün değildir. Nitekim yukarıda değindiğimiz hakemlik kararlarında ortaya çıkan tartışma konularından birisi, ilgili andlaşmanın (EŞA) geçici uygulama ile ilgili hükümleri kadar VAHS'deki belirsizliktir.

Devletlerin geçici uygulamanın sona ermesine dair hüküm koyması da mümkündür. Sözgelimi *Açık Semalar Antlaşması*'nın⁶³ XVIII. maddesinde hükme bağlanan geçici uygulama bu şekildedir:

"Bu geçici uygulama, bu Antlaşma'nın imzaya açıldığı tarihten sonraki 12 aylık dönem boyunca geçerli olacaktır. Geçici uygulama döneminin sona ermesinden önce bu Antlaşma'nın yürürlüğe girmemesi durumunda, sözkonusu dönem tüm imzacı Devletler karar verdikleri takdirde uzatılabilir. Herhalükarda, geçici uygulama dönemi bu Antlaşma'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte son bulacaktır. Ancak, Taraf Devletler, bu Antlaşma'yı onaylamamış olan imzacı Devletler bakımından geçici uygulama dönemini uzatmaya karar verebilirler."

Açık Semalar Antlaşması'nın 1992'den 2002'deki yürürlüğe girene dek tümüyle geçici olarak uygulandığını⁶⁴ da not etmemiz gerekiyor.

⁶¹ VILLIGER, Commentary on the 1969..., s. 355.

⁶² VILLIGER, Commentary on the 1969..., s. 355.

⁶³ *Açık Semalar Antlaşması – Open Skies Treaty*, 24 Mart, 1992, R.G., T. 9.4.1994, S. 21900.

⁶⁴ AUST, Modern Treaty Law and Practice, s. 155.

GEÇİCİ UYGULAMA ANLAŞMASININ BAĞLAYICILIĞI VE HUKUKİ SONUÇLARI

Uluslararası hukuk literatürünün ağırlıklı olarak geçici uygulamanın uluslararası hukuk açısından bağlayıcı olduğu, devletin sorumluluğunu doğurduğu, geçici uygulamaya tabi olan andlaşmanın hüküm doğuracağı düşüncesinde olduğu söylenebilir⁶⁵. Bu görüş, ağırlıklı olarak, geçici uygulamanın doğurduğu bağlayıcılığın, tıpkı yürürlükteki andlaşmanın doğurduğu sorumluluk gibi olduğunu iddia eder. Mertsch, VAHS'nin hazırlık sürecinde UHK'de ve Viyana Konferansı'nda yapılan tartışmalara atıf yaparak bu yaklaşımın sorunlu olduğunu, artık itibar edilmemesi gereken bir 'yürürlük' ve 'uygulama' denklığıne dayandığını söyler⁶⁶.

Yukarıda da belirtildiği gibi, geçici uygulama anlaşması, tek başına farklı bir anlaşma olarak görülme durumundadır⁶⁷. Bu hâliyle geçici uygulama anlaşması, uluslararası hukuk açısından bağlayıcılık doğuran bir metin olarak karşımıza çıkar⁶⁸. Ancak Mertsch bu yaklaşımın da sorunlu olduğunu, çünkü andlaşmaların bağlayıcı olduğuna dair zaten bir ön kabul olduğunu, asıl sorunun geçici uygulamanın bunun bir istisnası olup olmayacağına açık şekilde ortaya koyulması olduğunu savunur⁶⁹. Ona göre geçici uygulamanın uluslararası hukuk açısından teorik konumu belirsizliklerle doludur ve devlet uygulaması pragmatik amaçlarla şekillendirilmiştir. Bazı andlaşma türlerinde geçici uygulama kaydının mutlak surette uluslararası yükümlülük yaratma amacını taşıdığı rahatlıkla tespit edilmekle birlikte bazı andlaşmalarda bunu söylemek mümkün değildir⁷⁰.

Mathy, geçici uygulama ile iç hukuk arasında çıkan çatışmalar nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlık sayısının azlığına dikkat çekerken, bunun nedeni olarak devletlerin daha sonra onayını alamayacakları taahhütlerin altına girme konusunda oldukça dikkatli hareket etmelerini gösterir⁷¹. Ortada bir anlaşma bulunduğuna göre, VAHS'nin 'Ahde vefa (*pacta sunt servanda*)' başlığını taşıyan 26. maddesinin "Yürürlükteki her

⁶⁵ KRIEGER, "Article 25", s. 420; MATHY, "1969 Vienna Convention – Article 25", s. 646; LEFEBER, "Treaties, Provisional Application", par. 16; DALTON, "Provisional Application of Treaties", s. 245.

⁶⁶ MERTSCH, Provisionally Applied Treaties..., s. 120-7.

⁶⁷ MATHY, "1969 Vienna Convention – Article 25", s. 650.

⁶⁸ MERTSCH, Provisionally Applied Treaties..., s. 140.

⁶⁹ MERTSCH, Provisionally Applied Treaties..., s. 142.

⁷⁰ MERTSCH, Provisionally Applied Treaties..., s. 231-33.

⁷¹ MATHY, "1969 Vienna Convention – Article 25", s. 646. DALTON da bu hususa, geçici uygulamanın suiistimaline dair endişe bildirenlerin görüşlerinin yersizliğine vurgu yaparken dikkat çeker. Bkz. DALTON, "Provisional Application of Treaties", s. 241.

andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir” hükmü uyarınca, devletlerin geçici uygulamaya ile yükledikleri yükümlülükleri yerine getirmeleri gerekmektedir.

Bununla birlikte geçici uygulamanın devletler açısından bağlayıcı olmadığına dair görüşler de mevcuttur. Bu görüşler bilhassa ‘sınırlama kaydı’ bulunan geçici uygulamada belirleyici olanın ‘iç hukuk’ olduğunu söyler. Bu çerçevede geçici uygulamanın bir ‘soft law’ örneği olduğu, dolayısıyla ancak sınırlı ölçüde hukuki sonuç doğuracağı dile getirilir. VAHS md. 25(2)’de yer alan, geçici uygulamadan tek taraflı vaz geçebilme hükmü de, geçici uygulamanın yarattığı iddia edilen hukuki yükümlülüklerin zayıflığına delil olarak gösterilir⁷². Nitekim yukarıda iki örneğini gördüğümüz bazı davalarda devletler geçici uygulamanın sorumluluk doğurmadığını iddia etme yoluna da gitmişlerdir. Ancak devlet pratiğinin geçici uygulamanın hukuk hak ve yükümlülükler yarattığını tasdik ettiğini söylemek yanlış olmaz⁷³. Bunun yanında VAHS’de de ifadesini bulmuş bir uluslararası hukuk kuralı olarak, “Bir taraf bir andlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz”. Yine de, ‘sadece’ geçici olarak uygulanan andlaşmaların meşruiyet ve hukuki belirlilik açısından eksik kaldığını da eklemek gerekmektedir⁷⁴.

Geçici uygulama anlaşmasının, devletlerin andlaşmayla bağlanma iradesiyle ilişkisi yoktur. Daha önce de belirttiğimiz gibi bir devlet bir andlaşmayı imzalamak suretiyle geçici uygulamayı kabullendiği hâlde söz konusu andlaşmayla bağlanma yoluna gitmeyebilir. Bu açıdan geçici uygulamayı kabul etmiş olmak, bağlanma yönünde bir vaat anlamı taşımaz. Bu açıdan geçici uygulama anlaşması için andlaşmayla bağlanma rızası da aranmamış olur⁷⁵.

UHK’ NİN GEÇİCİ UYGULAMA HAKKINDAKİ MEVCUT ÇALIŞMASI

UHK, 2011’deki altmış üçüncü döneminde “Andlaşmaların Geçici Uygulanması” konusunu uzun dönem çalışma programına dahil etme kararı almıştır⁷⁶. Giorgio Gaja’nın karara ekli raporu, geçici uygulama

⁷² Geçici uygulamanın hukuken bağlayıcı olmadığı, daha doğrusu hukuki olmayan bir bağlayıcılığı olduğu yönündeki görüşlerin ayrıntılı bir analizi için bkz. MERTSCH, Provisionally Applied Treaties..., s. 73-118.

⁷³ KRIEGER, “Article 25”, s. 420.

⁷⁴ KRIEGER, “Article 25”, s. 420.

⁷⁵ MERTSCH, Provisionally Applied Treaties..., s. 14.

⁷⁶ Report of the International Law Commission, Sixty-third session, A/66/10, par. 365. İnternet erişimi: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/66/10>> (03.07.2018).

çerçevesinde ortaya çıkan bazı sorunlara işaret eder. Gaja'nın sunduğu rapora göre, UHK'nin konuyu değerlendirmesi ihtiyacı; (1) VAHS'de geçici uygulamanın tanımının yapılmamasının geçici uygulamanın bağlayıcılığı açısından belirsizlik yaratmasından, (2) Yukos gibi hakemlik kararlarında ortaya çıkan uyuşmazlıkların VAHS'deki belirsizlikle ilişkili olmasından ve (3) VAHS'nin, andlaşmayla bağlanmama iradesini belirtmemiş devletlerin geçici uygulamayı reddetmelerine dair daha önce de değinilen boşluktan kaynaklanmaktadır⁷⁷.

UHK'nin 2012'deki dördüncü döneminde ise, konu çalışma programına dahil edilerek Juan Manuel Gómez-Robledo özel raportör olarak atanmıştır. Özel raportör 20 Şubat 2018 itibariyle beşinci raporunu sunmuştur⁷⁸. UHK'nin çalışması sürecinde geçici uygulamanın halihazırdaki durumu üzerine tespitlerde bulunulmuş, geçici uygulamaya dair devlet pratiği incelenmiş, uluslararası andlaşmalarda bulunan geçici uygulama hükümlerinin dökümü yapılmış, geçici uygulama ile VAHS'nin ilişkili olabilecek hükümleri arasındaki bağlantı analiz edilerek bu hükümlerle ilgili kılavuz hükümlerin hazırlanmasına başlanmış ve üye devletlere konuyla ilgili görüşleri sorularak alınan yanıtlar değerlendirilmiştir. Nihayetinde özel raportörün son raporu olan beşinci raporda, uluslararası andlaşmalarda kullanılabilecek model hükümler geliştirilmiştir. Bu model hükümlerle, uluslararası andlaşmalarda yer alacak geçici uygulama hükümlerinin daha belirli ve daha az ihtilafa yol açacak biçime büründürülmesi amaçlanmıştır. Bu model hükümler, geçici uygulamanın (1) başlamasına, (2) sona ermesine ve (3) geçici uygulamanın kapsamına ilişkin olarak, farklı olasılıklar da düşünülerek toplam sekiz adettir.

UHK'nin, Özel Raportör'ün beşinci raporunda, geçici uygulamanın başlangıcına dair önerdiği dört model hüküm şu şekildedir⁷⁹:

“1. model hüküm:

Müzakereci [âkit]⁸⁰ Devletler [uluslararası örgütler] bu Andlaşmayı imza tarihinden (veya mutabık kalınacak herhangi bir tarihten) itibaren geçici olarak uygulama konusunda anlaşmışlardır.

⁷⁷ Provisional Application of Treaties (Mr. Giorgio Gaja), A/66/10, Annex C.

⁷⁸ Juan Manuel GÓMEZ-ROBLED0, Fifth Report on the Provisional Application of Treaties, BMGK, A/CN.4/718 <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/718>> (03.07.2018).

⁷⁹ GÓMEZ-ROBLED0, Fifth Report on the Provisional Application of Treaties, par. 73-77.

⁸⁰ Model hüküm çevirilerindeki köşeli ayraçlar metnin orijinalinde bulunmaktadır.

2. model hüküm:

Müzakereci [âkit] Devletler [uluslararası örgütler] bu Andlaşmayı [belirli bir tarihten] itibaren geçici olarak uygulama konusunda anlaşmışlardır.

3. model hüküm:

Müzakereci [âkit] Devletler [uluslararası örgütler] bu Andlaşmayı [Andlaşmanın ... maddelerini] geçici olarak uygulama konusunda anlaşmışlardır. Böyle bir geçici uygulamaya razı olmadığını imza esnasında Depozitör'e haber veren Devletler [uluslararası örgütler] bu durumdan müstesnadır.

4. model hüküm:

Bu Andlaşma, bir Devletin [bir uluslararası örgütün] ilgili diğer Devletleri [uluslararası örgütleri] haberdar ettiği veya Depozitör'e bu sonucu doğurmak üzere bir beyanda bulunduğu tarihten itibaren geçici olarak uygulanacaktır.”

UHK'nin, Özel Raportör'ün beşinci raporunda, geçici uygulamanın sona ermesine dair önerdiği iki model hüküm şu şekildedir:

“5. model hüküm:

Bu andlaşmanın geçici olarak uygulanması, andlaşmanın, andlaşmayı geçici olarak uygulamakta olan bir Devlet [uluslararası örgüt] bakımından yürürlüğe girmesiyle sona erer.

6. model hüküm:

Bu Andlaşmanın bir Devlet [uluslararası örgüt] açısından geçici olarak uygulanması, bu Devlet [uluslararası örgüt] diğer Devletleri [uluslararası örgütleri] (veya Depozitör'ü) Andlaşma ile bağlanmayacağı niyetini bildirdiği takdirde sona erer.”

UHK'nin, Özel Raportör'ün beşinci raporunda, geçici uygulamanın kapsamına dair önerdiği iki model hüküm şu şekildedir:

“7. model hüküm:

Diğer Devletlere [uluslararası örgütleri] (veya Depozitör'ü) Andlaşmayı geçici olarak uygulayacağını bildiren Devlet [uluslararası örgüt] ilgili Devletlerin [uluslararası örgütlerin] mutabık kaldığı bütün hükümlere uymakla yükümlüdür.

8. model hüküm:

Diğer Devletlere [uluslararası örgütleri] (veya Depozitör'ü) Andlaşma'nın [...] maddelerini geçici olarak uygulayacağını bildiren Devlet [uluslararası örgüt] ilgili Devletlerin [uluslararası örgütlerin] mutabık kaldığı bütün hükümlere uymakla yükümlüdür.”

UHK'nin andlaşmaların geçici uygulanması ile ilgili çalışması devam etmektedir. Hem geçici uygulamanın VAHS'nin diğer hükümleriyle olan ilişkisi hakkındaki kılavuz hükümlerin hazırlığı gerekse de alıntıladığımız bu model hükümler üzerindeki okuma ve değerlendirme çalışmaları henüz tamamlanmamıştır. Ancak bu hâliyle bile çalışma, geçici uygulamadan doğan sorunlara ilişkin bir fikir vermektedir.

SONUÇ

VAHS'nin 25. maddesi iç hukukta gerekli işlemlerin tamamlanmaması nedeniyle henüz yürürlüğe girmemiş bir andlaşmanın tamamının veya bir kısmının tarafların mutabakatıyla geçici olarak uygulanabileceğini öngörmektedir. Bu hüküm kaynağını uluslararası örf ve adet hukukundan almaktadır. Nitekim gerek tarihsel olarak gerekse de VAHS sonrasında iki ve çok taraflı andlaşmalarda geçici uygulama kaydı içeren andlaşmaların akdedildiği görülmektedir.

Tarafların andlaşmanın iç hukukta da kabul edileceğine kesin güven duyduğu ve barış andlaşmaları gibi aciliyet gerektiren hususlarda geçici uygulama konusunda ihtilaf çıkmamakla birlikte, çok taraflı andlaşmaların uygulanmasında bazı ihtilaflarla karşılaşılabilir. Geçici uygulama genel olarak kabul gördüğü şekliyle geçici uygulamayı kabul etmiş, en azından itiraz etmemiş devletler açısından hukuki sorumluluk doğurmaktadır. Ortaya çıkan ihtilaflar, VAHS md. 25 ve buna paralel hazırlanan andlaşma hükümlerindeki bazı belirsizlikler nedeniyle sorumluluk tartışmalarına yol açmaktadır. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu, VAHS'deki bağlayıcılık ruhuna uygun olarak, uygulamada bu belirsizliklerin giderilmesi amacıyla bir çalışma yürütmektedir. Çalışmanın ortaya koyduğu üzere, VAHS'nin geçici uygulamaya ilişkin hükümlerinin genel anlamı konusunda bir anlaşmazlık bulunmamakta ancak devletler arasında yapılacak andlaşmalardaki geçici uygulama hükümlerinin olası uyuşmazlıkları önceden bertaraf etmek için daha açık bir şekilde düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Kitap, Kitap Bölümü ve Makaleler

- ACER, Yücel ve İbrahim KAYA (2015). Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 6. baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık).
- AKSAR, Yusuf (2015). Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – I, 3. baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık).
- AUST, Anthony (2016). Modern Treaty Law and Practice, 6. baskı (Cambridge: CUP).
- BAKLACI, P. ve E. AKINTÜRK, “Enerji Şartı Anlaşması”, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2006, ss. 97-113.

- BELZ, Matthew (2008). “Provisional Application of the Energy Charter Treaty: Kardassopoulos v. Georgia and Improving Provisional Application in Multilateral Treaties”, C. 22, Emory International Law Review, ss. 727-60.
- BOZKURT, Enver, M. Akif KÜTÜKÇÜ ve Yasin POYRAZ (2012). Devletler Hukuku, 7. baskı (Ankara: Yetkin Yayınları).
- CRAWFORD, James (2012). Brownlie’s Principles of Public International Law, 8. baskı (Oxford: OUP).
- DALTON, Robert E. (2012). “Provisional Application of Treaties”, The Oxford Guide to Treaties, Ed.: Duncan B. HOLLIS (Oxford: OUP), ss. 220-47.
- KAYA CANER, Bağdagül (2014). “Enerji Şartı Anlaşmasının Muvakkaten Uygulanması ve Anlaşmadan Çekilme Hakkında Bir Değerlendirme”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, ss. 314-32.
- KAYA, İslam Safa (2016). “Uluslararası Andlaşmalardan Çekilme Hakkı ve Uluslararası Andlaşmaların Geçici Uygulanması: Enerji Şartı Andlaşması Örneği”, The Journal of Academic Social Science Studies, N. 44, Spring II, s. 193-201.
- KRIEGER, Heike (2012). “Article 25”, Vienna Convention on the Law of Treaties, Ed.: O. DÖRR ve K. SCHMALENBACH (Berlin-Heidelberg: Springer-Verlag), ss. 407-421.
- LEFEBER, René (2012). “Treaties, Provisional Application”, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, C. X, Ed.: R. WOLFRUM (Oxford: OUP), ss. 1-5.
- MATHY, Denise (2011). “1969 Vienna Convention – Article 25”, The Vienna Conventions on the Law of Treaties, Ed.: O. CORTEN ve P. KLEIN (Oxford: OUP), ss. 639-56.
- MERTSCH, Anneliese Quest (2012). Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Nature (Lieden ve Boston: Brill).
- NIEGBRUEGGE, Alex. M. (2007). “Provisional Application of the Energy Charter Treaty: The Yukos Arbitration and the Future Place of Provisional Application in International Law”, C. 8, Chicago Journal of International Law, ss. 355-76.
- PAZARCI, Hüseyin (2014). Uluslararası Hukuk Dersleri – 1. Kitap, 12. baskı (Ankara: Turhan Kitabevi).
- ROGOFF, Martin A. ve Barbara E. GAUDITZ (1987). “The Provisional Application of International Agreements”, Maine Law Review, C. 39, ss. 29-81.
- TÜTÜNCÜ, A.N. vd., Ed. (2017). Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar) (İstanbul: Beta, 2017).
- VILLIGER, Mark. E. (2009). Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (Lieden ve Boston: Martinus Nijhoff Publishers).

Andlaşmalar, Kararlar ve Raporlar

Açık Semalar Antlaşması – Open Skies Treaty, 24 Mart, 1992, R.G., T. 9.4.1994, S. 21900.
Avrupa’da Konvansiyonel Silahlı Kuvvetler Antlaşması’nın Bazı Hükümlerinin Geçici Olarak Uygulanması Hakkındaki Protokol, R.G. 26.6.1992, S. 21266.
Metin için bkz.
<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc075/kanuntbmmc075/kanuntbmmc07503818.pdf>
(12.06.2018).

- Enerji Şartı Anlaşması - Energy Charter Treaty* (ECT), 17 Aralık 1994, Lizbon. Türkiye Anlaşma'nın tarafıdır: R.G. 12 Temmuz 2000, S. 24107. Orijinal metin için bkz. Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents*, 2004, Belçika. İnternet erişimi: <<http://www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf>> (404.07.2018).
- Gómez-Robledo, Juan Manuel, First Report on the Provisional Application of Treaties, BMGK A/CN.4/664 <<http://undocs.org/en/A/CN.4/664>> (12.06.2018).
- Gómez-Robledo, Juan Manuel, Fifth Report on the Provisional Application of Treaties, BMGK, 2018, A/CN.4/718 <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/718>> (03.07.2018).
- Kardassopoulos v. Georgia, Decision on Jurisdiction, 6 Temmuz 2007, ICSID (W. Bank), Case No. ARB/05/18. İnternet erişimi: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0444.pdf>> (29.06.2018).
- Nükleer Kaza Halinde Erken Bildirim Sözleşmesi*, R.G., T. 03.09.1990, S. 20624. Metin için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc073/kanuntbmmc073/kanuntbmmc07303610.pdf> (12.06.2018).
- Nükleer Kaza veya Radyolojik Acil Hallerde Yardımlaşma Sözleşmesi*, R.G., T. 03.09.1990, S. 20624. Metin için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc073/kanuntbmmc073/kanuntbmmc07303610.pdf> (12.06.2018).
- Report of the International Law Commission, Sixty-third session, A/66/10, par. 365. İnternet erişimi: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/66/10>> (03.07.2018).
- Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi - Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1969. Türkçesi: Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk (İstanbul: Beta Basım Yayım, 1998)*, ss. 182-205. Orijinal metin: <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>> (03.07.2018).
- 1986 Viyana Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütlerle Uluslararası Örgütler Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi - *Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations* (1986), U.N. Doc. A/CONF.129/15 (1986). İnternet erişimi: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf> (06.07.2018).
- Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 Kasım 2009, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227. İnternet erişimi: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0910.pdf>> (29.06.2018).
- Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Final Award, 18 Temmuz 2014, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227. İnternet erişimi: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>> (29.06.2018).

BASKI FESHİNE İLİŞKİN ALMAN FEDERAL İŞ MAHKEMESİ KARARININ İNCELENMESİ

REVIEW OF THE DECISION OF GERMAN FEDERAL LABOR COURT ON DISMISSAL UNDER THIRD-PARTY PRESSURE

DOI: 10.21492/inuhfd.425045

Aslıhan KAYIK AYDINALP*

Özet

Baskı feshi işveren tarafından belirli bir işçinin işten çıkarılmasının, üçüncü kişiler, müşteriler, distribütörler, işverenin diğer çalışanları, işçi temsilcisi, bankalar, işyerini devralacak işveren ya da devlet kurumları tarafından hukuki ya da iktisadi zarar (örneğin; ilgili işçi ile beraber çalışmaktan kaçınma, fesih, grev ya da siparişlerin iptali gibi) verileceği tehdidi altında istenmesi halinde söz konusu olur. Baskı feshi, işçinin yetersizliğine, davranışlarına ve aynı zamanda işletmeye ilişkin sebeplere dayanan derhal feshin istisnası olmakla birlikte aynı zamanda süreli fesih olarak da açıklanabilir. Baskı feshinin “gerçek” ve “gerçek” olmayan baskı feshi olmak üzere iki türü mevcuttur. Gerçek olmayan baskı feshinde üçüncü kişilerin işverene uyguladığı baskı, feshin gerçek sebebi olmayıp, bilakis fesih işçinin feshine yol açan davranışlarına dayanmaktadır. Bu durumun aksine gerçek baskı feshinde üçüncü kişiler ya da işverenin diğer çalışanları, işçinin yetersizliğine ya da davranışlarına dayanan kanıtlanabilir bir fesih sebebi olmaksızın, işçinin işten çıkarılmasını istemektedir. Baskı feshinin uygulanma alanı bulunduğu Almanya’da, Federal İş Mahkemesi’nin görüşüne göre bu durumda işletmeye ilişkin sebepler nedeniyle bir fesih söz konusudur. Gerçek baskı feshinin geçerliliği yargı kararlarıyla oluşturulmuş sıkı şartlara bağlanmıştır. İncelemeye konu kararda ise işçi, işyeri ve işi ile ilgili olmayan işlemiş olduğu bir suç nedeniyle, diğer işçiler tarafından işverene karşı yapılan baskı sonucu işten çıkarılmıştır. Çalışmamızda ilk olarak Federal İş Mahkemesi’nin kararı genel hatlarıyla incelenmiş olup akabinde Türk hukukunda baskı feshinin uygulanabilirliği değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Baskı feshi, gerçek baskı feshi, gerçek olmayan baskı feshi, süreli feshi, derhal fesih.

Abstract

If third parties, customers, suppliers, employees, the works council, trade union, banks or government institutions want to under threat of legal or economic disadvantages (e.g. refusal to cooperate with the worker concerned, Termination, strike or withdrawal of orders) for the employer of this the dismissal of a certain workers, can be dismissal under third-party pressure (druckkündigung). Dismissal under third-party pressure is a special case of extraordinary termination, both as a behavioral, people-related as well as operational except ordinary, but also as an ordinary termination. There are two types of

* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD. (E-mail:aslihan.kayik@inonu.edu.tr.), (ORCID: 0000-0003-3146-4636)

Makale Gönderilme Tarihi : 18.05.2018

Submitted: 18.05.2018

Makale Kabul Tarihi : 02.11.2018

Accepted: 02.11.2018

dismissal under third-party pressure; “real” and “fake” dismissal under third-party pressure. In the fake dismissal under third-party pressure is the pressure exerted by a third party termination on the employer is not the real reason for termination, but rather the underlying misconduct of the employee. In contrast, real dismissal under third-party pressure express that the staff or third parties require the termination of the worker, without the need for a behavior-related or personal-related reason for termination is detectable. In this case according to German Federal Labour Court a termination for operational reasons is in question. The effectiveness of a real dismissal under third-party pressure is subject to strict conditions. In the studied sentence is related that the workers through dismissal under third-party pressure due to offense not related to work is dismissed. In our work, firstly the sentence of the German Federal Labor Court roughly was examined and then the applicability of the dismissal under third-party pressure in Turkish Law was assessed.

Keywords: Dismissal under third-party pressure, real dismissal under third-party pressure, fake dismissal under third-party pressure, ordinary termination, extraordinary termination.

I. İNCELEME KONUSU KARAR

(Alman Federal İş Mahkemesinin 15.12.2016, 2 AZR 432/15 Kararı)¹

KONU

“Görev Dışında İşlenen Suç Nedeniyle Baskı Feshi

GENEL KURAL

İşçilerin haksız işten çıkarma taleplerinin, işveren tarafından yerine getirilmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınmaları halinde, işveren işçiler tarafından ekonomik zarar verileceği tehdidi altında yapılan baskıyı, çalışmaktan kaçınmanın hukuka aykırı olduğuna dikkat çekmek ve bu hukuka aykırı davranışlarının devam etmesi halinde iş hukukuna ilişkin yaptırımların uygulanacağı bildiriminde bulunmak suretiyle önlemeyi denemezse, ilgili işçinin işten çıkarılması “gerçek” baskı feshi olarak kabul edilemez.

SÜREÇ

1. Bremen-Bremerhaven-Kammern Bremerhaven İş Mahkemesi Karar 21. Ekim 2014-11 Ca 11185/13.
2. Bremen Eyalet İş Mahkemesi Karar 17. Haziran 2015 -3 Sa 129/14.

OLAY

Taraflar haklı nedenle derhal feshin, ikinci olarak da süreli feshin geçerliliği hakkında anlaşmazlığa düşmüşlerdir.

¹ İncelemeye konu Alman Federal İş Mahkemesi karar çevirisi yazar tarafından yapılmıştır (BAG Urteil vom 15.12.2016, 2 AZR 431/15).

Davalı konteynür terminali işletmekte ve yaklaşık 1.000 işçi çalıştırmaktadır. Davacı ise ilgili işyerinde 2007 Kasım ayından beri liman işçisi olarak çalışmaktadır.

Davalı iş ilişkisini, 2011 Eylül ayında davacının görev dışında işlemiş olduğu çocuk istismarı suçu şüphesiyle feshetmiştir. Davacı bu suç nedeniyle hüküm giymiştir. Açmış olduğu feshe karşı koruma davasından sonra ilk derece mahkemesinde başarılı olmuştur, davalı iş ilişkisini 2012 Nisan ayında, diğer çalışanların davacı ile beraber çalışmayı reddettikleri gerekçesiyle tekrar feshetmiştir. Bu feshin hukuken geçersiz olduğu yasal olarak tespit edilmiştir.

Davacı 2013 Haziran ve Temmuz ayında iki gün işyerine tekrar çalışmaya başlamak için geldiğinde, hem davalının diğer çalışanları hem de alanda çalışan üçüncü firmanın işçileri çalışmayı, davacı terminal alanında çalıştığı sürece reddetmişlerdir. Davalı bunun akabinde iş ilişkisini 23 Temmuz 2013 tarihinde, işçi temsilcisini dinledikten sonra, yazılı olarak bir kez daha derhal gerekli süre içinde feshetmiştir.

Buna karşılık davacı, yasal süre içinde, incelenmekte olan feshe karşı koruma davasını açmıştır. Davacı, ne derhal fesih için haklı bir sebep sunulduğunu ne de tali olarak ileri sürülen süreli feshin sosyal seçim kriteri bakımından geçerli olduğunu, ileri sürmüştür.

Davacı;

- 1. 23 Temmuz 2013' te yapılan fesihle, taraflar arasındaki iş ilişkisinin sona ermediğinin tespitini,*
- 2. Davalının, şartlarda herhangi bir değişiklik olmaksızın, kendisini liman işçisi olarak feshe karşı koruma davasının geçerli bir şekilde sonuçlanmasına kadar tekrar çalıştırmaya mahkûm edilmesini,*

talep etmektedir.

Davalı ise davanın reddini talep etmektedir. Davalı, haklı nedenle derhal feshin ya da en azından süreli feshin hukuken geçerli sayılmasını savunmaktadır. Davalı, kendi çalışanlarının ve üçüncü firmanın işçilerinin, davacının terminal alanında çalıştığı sürece çalışmayı reddetmesi nedeniyle ağır ekonomik zarara uğrayacağını söylemektedir. Davalı defalarca bu durum karşısında davacıyı koruduğunu söylemektedir. Ancak kendisinin, davacıyla birlikte çalışmayı reddeden diğer çalışanlarını, uyarma ya da onlara karşı fesih ihbarında bulunma ya da onların ücretlerinden kesinti yapmakla yükümlü olmadığını ileri sürmektedir.

Önceki merci bir taraftan derhal feshin geçersizliğine karar verirken, diğer taraftan süreli feshin geçerli olduğuna karar vermiştir. Davalı karşı temyiziyle davanın bir bütün olarak reddini talep ederken, davacı temyiziyle dava talebini süreli fesih bakımından tekrar sürdürmüştür.

KARAR GEREKÇESİ

Davalının karşı temyizi haksız olarak nitelendirilirken, davacının temyizi haklı olarak kabul edilmiştir. Davalının 23 Temmuz 2013 tarihinde yapmış olduğu fesih, taraflar arasındaki iş ilişkisini sonlandırmamaktadır. Tekrar çalışma talebi daire tarafından karara bağlanmamıştır.

1. Eyalet İş Mahkemesi davacının süreli feshi ile ilgili olarak feshe karşı koruma davasını, haksız olarak reddetmiştir. Bu konuyu daire re'sen kesin olarak karara bağlayabilir. Davalı Feshe Karşı Koruma Kanunu (Kündigungsschutzgesetz, KSchG) m.1/f.2, c.1 anlamında süreli feshi, sosyal seçim kriteri bakımından geçerli olarak gösterecek hiçbir uygun sebep göstermemiştir. Hüküm, Feshe Karşı Koruma Kanunu m. 1/f.1 ve m.23/f.1' e göre taraflar arasındaki iş ilişkisine uygulanır.

1. Üçüncü kişilerin, işverene zarar verileceği tehdidi altında, belirli işçilerin işine son verilmesi yönündeki ciddi talepleri, feshi objektif olarak haklı gösterecek sebebin eksik olması halinde, Feshe Karşı Koruma Kanunu m. 1/f.2, c. 1 anlamında feshin sebebi olabilir. Hiç şüphesiz ki böyle bir "gerçek" baskı feshi, çok ciddi şartlara bağlanmıştır. Özellikle işveren, çalışanları ya da çalışanlarının bir kısmı tarafından talep edilen fesih isteğine derhal boyun eğmemelidir. Bilakis mağdur işçisini korumalı ve diğer çalışanlarını bu tehditte caydırabilmek için imkân dâhilinde olan elinden gelen tüm çabayı göstermelidir (BAG 19. Juli 2016- 2 AZR 637/15- Rn. 28; 18. Juli 2013 – 6 AZR 420/12 -Rn. 39). Bu yükümlülük, işverenin baskıya mâni olmaya yönelik aktif bir davranışını gerektirir (BAG 19. Juli 2016 – 2 AZR 637/15 – Rn. 38). Böyle bir çabaya rağmen tehdidin gerçekleşmesi imkân dâhilinde görülür ve bu yüzden işveren ağır ekonomik zarar ile tehdit edilirse, fesih haklı olabilir. Ancak bu durumda da fesih, zarara engel olmak için dikkate alınması gerekli ve uygun tek araç olmalıdır (BAG 19. Juli 2016 – 2 AZR 637/15 – aaO; 18. Juli 2013 – 6 AZR 420/12 – aaO).

2. Bu ilkeler dikkate alındığında, olayda "gerçek" bir baskı feshi mevcut değildir. Zira işveren, kendisi tarafından önceden ileri sürülen beyanları dikkate alındığında, baskı sonucu dava konusu edilen fesih

başka, baskıyı önlemeyi yeterli bir şekilde denememiştir. Dolayısıyla Feshe Karşı Koruma Kanunu m. 1/f.2' ye göre baskı, feshi geçerli kılan sebep değildir.

a. Davalı, diğer işçiler tarafından gerçekleştirilecek fesih tehdidine ya da müşterilerin siparişlerini iptal edeceği tehdidine, delil olarak dayanmamıştır. Ancak çalışanların büyük bir kısmının tehdidi, davacının çalışmaya başlaması halinde, işi bırakma yönündedir. Gerçi böyle bir baskının kullanılması, ağır ekonomik zarara yol açacak nitelikteyse, “gerçek” baskı feshinin haklı çıkması için kabul edilebilir. Ancak böyle bir durumda da işverenin, ilgili işçinin feshi için yapılan baskıya mâni olmak için imkânların öngördüğü ölçüde elinden gelen tüm çabayı göstermesi şartı, gereklidir. Bunun için işverene karşı yapılan tehditte, işçilerin iş bırakmayla birlikte iş sözleşmelerini feshedecekleri ya da siparişlerin iptali tehdidi ihtimallerinin mevcut olması gerekir. Haksız olarak ileri sürdükleri fesih talepleri işveren tarafından yerine getirilmediği için çalışmaktan kaçınan işçiler, iş sözleşmesinden kaynaklanan asli edim borcunu ihlal etmiş olurlar. Böyle bir durumda işverenin, gerektiğinde uyarıdan sonra davranışlarının sözleşmeyi haklı olarak feshetme yetkisi verecek derecede ağır olduğu ve çalışmamaları nedeniyle de herhangi bir ücrete hak kazanamayacakları noktasında işçilerin dikkatini çekmesi beklenir. Bu yönde bir açıklama, baskının uygulanması halinde de gereklidir. Böylece işçilerin çalışmayı reddetmeden önce davranışlarının sonucu hakkında detaylıca düşünmeleri sağlanmış olur. İşverenin bu doğrultuda bir açıklaması olmaksızın işçilerin iş ilişkilerinin varlığını ekonomik ve hukuki zarara uğratma pahasına, iş bırakmaya devam etmeye hazır oldukları varsayılmaz.

b. İşverenin önceden yaptığı geçersiz fesih sonucu feshe karşı koruma davasını kazanan işçinin tekrar çalıştırılmasının söz konusu olması halinde de işverenin ilgili işçiyi işten çıkarmak yerine öncelikle diğer çalışanları baskıdan vazgeçirmeyi deneme yönündeki yükümlülüğü devam eder. Aksi halde diğer çalışanlar, işten çıkarma taleplerinde ve niyetlerinde (baskının kullanılması yoluyla başarıya ulaşmak için) kendilerini cesaretlenmiş hissedebilirler. Bu yüzden işveren fesih talebine, re'sen karşı koymalıdır. İşveren net bir şekilde, işten çıkarma için herhangi bir haklı ya da geçerli sebep olmadığını ve işten çıkarma taleplerinin, fesih sebepleri olmaksızın kabul edilemeyeceğini açıklamalıdır (BAG 19. Juli 2016 – 2 AZR 637/15 – Rn. 41).

c. Bu yükümlülükler, baskının uygulanma sebebinin işçinin yerine getirmiş olduğu iş ile ilgili olmayan ve özellikle ahlaki olarak iğrenç

kabul edilen suç olması halinde de ortadan kalkmaz. İşveren böyle bir durumda da ilk olarak fesih yerine, diğer önlemleri alma yönündeki yükümlülüğüne uygun davranmalıdır. Sadece davalı değil aynı zamanda işyerinde çalışan diğer işçiler de davacı tarafından işlenmiş suçun, iş hukukuna ilişkin bir yaptırımı olmadığı yönündeki yargı kararına saygı göstermelidir. Dolayısıyla dayanılan fesih isteği ne yasal ne de objektif olarak haklıdır.

d. Davalının iddialarına bakıldığında da çalışanlarını baskıdan vazgeçirmek için imkân dahilinde görülen elinden gelen tüm çabayı göstermediği anlaşılmaktadır.

aa. Davacının konteynir terminalindeki yerinden ayrılmadığı sürece diğer çalışanların çalışmaya başlamayı reddetmesi, hukuka aykırıdır. Gerçi davalının iddiasına göre, davalının temsilcileri diğer işçileri defalarca işe çağırmış ve tekrar çalışmaya başlamalarını talep etmişlerdir. Ancak davalının temsilcileri işçilere karşı iş bırakmanın hukuka aykırılığına dikkat çekmemiş ve işçilere karşı devam eden yasaya aykırı davranışları neticesinde iş hukukuna ilişkin yaptırımların uygulanacağı uyarısında bulunmamışlardır. Davalı kendisinden özellikle beklenen şekilde davranmak yerine, aleni olarak sözleşmeyi bozucu şekilde davranmış, diğer çalışanlarına karşı örnek olma fonksiyonunu kendiliğinden yerine getirmiştir. İşveren çalışmaktan kaçınma karşısında ve özellikle kendisine karşı özel olarak sadakatle bağımlı olan yönetici kadroya, aynı ve açık bir şekilde davranışlarının makul olmadığını ve bu nedenle iş hukukuna ilişkin yaptırım olarak en azından ücret kesme hakkının saklı olduğunu açıklamalıydı. Ayrıca davalı, çalışmaktan kaçınma yoluyla baskı uygulayan işçilere karşı süreli ya da haklı nedenle derhal fesih sebeplerinin eksik olması nedeniyle fesih taleplerini reddettiğini ve pes etmeye razı olmadığını açıklamalıydı. Davalının iddiaları dikkate alındığında bahsedilen hususların önceden yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.

bb. Davalı çalışmayı reddeden işçiler karşısında, ne işçilerin davranışlarının hukuka aykırılığına dikkat çekmiş ne onları iş hukukuna ilişkin somut yaptırımlarla tehdit etmiş ne de fesih isteklerine açıkça karşı çıkmıştır. Dolayısıyla davalının çalışmaktan kaçınan işçiler karşısında, imkânların öngördüğü ölçüde elinden gelen tüm çabayı fiilen uyguladığı yönünde karar verilemez. Ancak Eyalet İş Mahkemesinin, işverenin bu gibi yaptırımlarının diğer çalışanların haklı çıkarlarının hesaba katılması halinde elverişsiz sayılacağı yönündeki görüşü uygun değildir. Zira hukuka aykırı olarak çalışmanın reddi halinde, herhangi bir haklı çıkar

mevcut değildir. İşveren Eyalet İş Mahkemesinin kabulü karşısında, baskıyı önlemek için elinde gelen tüm çabayı göstermesi konusunda herhangi bir takdir hakkına sahip değildir. Bilakis bu durum, her somut olayın şartları dikkate alınarak, objektif olarak belirlenir. Eyalet İş Mahkemesinin, davalının inandırıcı bir şekilde diğer işçilerin çalışmaktan kaçınmalarının öylesine ağır ve sürekli olduğunu ortaya koyduğuna ilişkin varsayımı, uyarı sözünün söz konusu durumda uygun araç olarak görülmemesinden dolayı oldukça yetersizdir. Uyarı sözü, kaçınma davranışının nasıl ağır ve sürekli olacağını, davalının çalışmaktan kaçınan işçileri davacının ikinci kez işe başlamasından önce evvelki çalışmaktan kaçınma yüzünden tehdit etmesi ya da uyarması ve/ ya da ücret kesmeye tehdit etmesi ve/ ya da uygulaması halinde, söylemez.

cc. Davalı, işyerinde çalışan diğer firma çalışanlarının da çalışmaktan kaçınmaları nedeniyle ne derece ekonomik zararının mevcut olduğuna, daha doğrusu gelecekte olacağına somut olarak dayanmamıştır. Dolayısıyla davacının iş ilişkisinin sona erdirilmesinden başka davalıdan beklenilebilir hangi önlemlerin mevcut olabileceğine bağlı değildir.

- II. Feshe karşı koruma davasının tamamen reddi talepli davalının karşı temyizi, yukarıda açıklanan gerekçeler nedeniyle dayanaksızdır. Davalı, Feshe Karşı Koruma Kanunu m.1/f.2, c.1 uyarınca yapılan süreli feshi sosyal seçim kriteri bakımından geçerli gösterecek herhangi bir sebep beyan etmemiştir. Bu itibarla Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) m. 626/f.1 uyarınca derhal fesih için haklı bir sebep de mevcut değildir.
- III. Tekrar çalışmaya ilişkin talep dairede karara çıkmamıştır. Daire fesih davasının süresi için çalışmaya karar vermiştir. Dairenin kararıyla birlikte dava yasal olarak bitirilmiştir.
- IV. Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Zivilprozessordnung, ZPO) m. 91/f.1, m. 97/ f.1' e göre yargılama giderleri, başarısız olduğu temyiz yolu da dâhil olmak üzere, davanın kaybeden tarafı olan davalı üzerine bırakılmıştır.”

III. OLAYIN ÖZETİ

Davalı iş ilişkisini, 2011 Eylül ayında davacının görev dışında işlemiş olduğu çocuk istismarı suçu şüphesiyle feshetmiştir. Davacı bu suç nedeniyle yargılanmıştır. Açmış olduğu feshe karşı koruma davasından sonra davacı ilk derece mahkemesinde başarılı olmuştur ancak davalı iş ilişkisini 2012 Nisan ayında, diğer çalışanların davacı ile beraber

çalışmayı reddettikleri gerekçesiyle tekrar feshetmiştir. Bu feshin de hukuken geçersiz olduğu tespit edilmiştir.

Davacı 2013 Haziran ve Temmuz ayında iki gün, işyerine çalışmaya tekrar başlamak için geldiğinde, hem davalının diğer çalışanları hem de alanda çalışan üçüncü firmanın işçileri, davacı terminal alanında çalıştığı sürece, çalışmayı reddetmişlerdir. Davalı bunun akabinde iş ilişkisini 23 Temmuz 2013 tarihinde, işçi temsilcisini de dinledikten sonra, gerekli süre içinde yazılı olarak bir kez daha feshetmiştir.

Bremen İş Mahkemesi ve Eyalet İş Mahkemesi yapılan derhal feshi geçersiz, süreli feshi ise geçerli olarak kabul etmiştir. Davacı dosyayı temyize götürerek temyiz ile birlikte süreli feshin geçerliliğine ilişkin kararın iptalini, davalı ise karşı temyiziyle gerek süreli gerek derhal feshe ilişkin kararın iptal edilmesini talep etmiştir. Alman Federal İş Mahkemesi 2. Dairesi, Eyalet İş Mahkemesinin kararını, 23 Haziran 2013' te yapılan fesihle taraflar arasındaki iş ilişkisinin ne süreli ne de derhal fesih yoluyla sona erdiği gerekçesiyle, iptal etmiştir.

IV. DEĞERLENDİRME

A. Baskı Feshinin Tanımı

Baskı feshi, belirli bir işçinin iş sözleşmesinin feshinin, işçi temsilcisi, distribütörler, çalışanlar, sendika, bir denetim kuruluşu, işverenin bir sponsoru ya da müşterileri gibi üçüncü kişilerce istenmesi üzerine işveren tarafından yapılması halinde söz konusu olur². İşyerinin devrinde, devralacak işveren tarafından işyerinde çalışan işçilerin hepsinin ya da bir kısmının iş sözleşmelerinin feshedilmesi talebinin, devreden işverene devralma şartı olarak sunulması halinde de baskı feshi gündeme gelecektir³. Belirli bir işçinin işten çıkarılması için işverene karşı yapılan

² Palandt/ WEIDENKAFF, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 72. Auflage, München 2013, Rn. 52, s. 962; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rudi: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage, München 2013, Rn. 185, s. 1740; KompaktKommentar/ SCHNEPPENDAHL, Heike: KompaktKommentar, Arbeitsrecht, 3. Auflage, Rn. 63, s. 747; APS/ DORNER, Klements/ VOSEN, Reinhard: Kündigungrechts Grosskommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Auflage, 2012 München, Rn. 337, s. 1644; KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 1338.

³ İşyeri devri halinde, devrin devralacak işveren tarafından belirli bir personel sayısına bağlı kılınması halinde, işyerinin devredilebilmesi konusundaki güçlüğün, işçi aleyhine sonuç vermemesi hakkındaki görüş için bkz. ALPAGUT, Gülsevil: İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul 2010, s. 139-141; İşyerinin devri halinde, iş sözleşmelerinin feshinin devralacak işveren tarafından devir şartı olarak sunulması halinde, İşK. m. 6/f. 5' te yer alan yasağa aykırı davranılmış olacağı hakkında detaylı

baskı, işverene ekonomik yönden zarar verileceği tehdidi altında yapılmaktadır⁴. Tehdit yoluyla gerçekleştirilen baskı neticesinde gerçekleştirilebilecek zarar olarak şunlar sayılabilir: iş bırakma, grev, ilgili işçi ile beraber çalışmaya devam etmekten kaçınma, diğer işçilerin kendi iş sözleşmelerini feshedecekleri tehdidi, ticari ilişkiler açısından siparişlerin iptal edileceği tehdidi, ambargo, ticari ilişkilerin sonlandırılması gibi⁵.

B. Fesih Sebepleri Arasındaki Yeri

Baskı feshinde, fesih sebebi olarak gösterilen işçinin işten çıkarılmasına ilişkin baskı, işçinin davranışına, yetersizliğine ya da işletmeye ilişkin sebep olarak değerlendirilir⁶. Derhal feshin istisnai bir durumu olarak işçinin yetersizliğine, davranışlarına ya da işletmeye ilişkin olarak ortaya çıkan baskı feshinin sebebi aynı zamanda süreli fesih sebebi olarak da açıklanabilir⁷. Diğer bir anlatımla baskı, derhal fesih için haklı bir sebep ya da süreli fesih için geçerli bir sebep olarak nitelendirilebilir⁸. Derhal ya da süreli feshin hukuken geçerli olup olmadığı (gerçek olmayan baskı feshinde) yapılan baskının şekli ve derecesine bağlıdır⁹. İşveren baskıyı süreli fesih yoluyla önleyebilir ya da baskıyı katlanılabilir derecede azaltabilirse, derhal feshe karar veremez¹⁰.

Haklı ya da süreli fesih sebeplerinin eksik olması halinde ekonomik tehdit altında yapılan baskı, yargı kararları dikkate alındığında, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerine ilişkin bir sebep olarak nitelendirilebilir¹¹.

bilgi için bkz. ÖZKARACA, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 278-279.

⁴ HWK/ SANDMANN, Bernd: Arbeitsrecht Kommentar, 5. Auflage, Köln 2012, Rn. 295, s. 1851; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 185, s. 1740.

⁵ APS/ DORNER-VOSEN, Rn. 337, s. 1644; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 185, s. 1740; Palandt/ WEIDENKAFF, Rn. 52, s. 962; HWK/ SANDMANN, Rn. 297, s. 1852; BAG 19.6.1986 AP KSchG 1969 Prg. 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 33= NZA 1987, 21.

⁶ ErfK/ OETKER, Harmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage, München 2013, Rn. 182, s. 2134; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 185, s. 1740; BAG 19.6.1986 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 33= NZA 1987, 21; BAG 31.1.1996 AP BGB § 626 Druckkündigung Nr. 13= NZA 1996, 581.

⁷ APS/ DORNER-VOSEN, Rn. 337, s. 1644.

⁸ LOWISCH, Manfred/ CASPERS, Georg/ KLUMPP, Steffen: Arbeitsrecht, 9. Auflage, München 2012, Rn. 626, s. 169; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 185, s. 1740.

⁹ HWK/ SANDMANN, Rn. 298, s. 1852; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 185, s. 1740.

¹⁰ HWK/ SANDMANN, Rn. 298, s. 1852.

¹¹ STAUDINGER/ PREIS, Ulrich: Staudinger Arbeitsrecht Kommentar, Berlin 2011, Rn. 235, s. 1791; KompaktKommentar/ SCHNEPPENDAHL, Rn. 63, s. 747; ErfK/ OETKER, Rn. 182, s. 2134; HWK/ SANDMANN, Rn. 296, s. 1851; Alman Federal İş

Ancak işletmenin, işyerinin ve işin gereklerine dayandırılan fesihle sosyal seçim ilkesinin uygulanması gerekirken, baskı feshinde fesih isteğinin belirli bir işçi üzerinde yoğunlaşmış olması bu ilkenin uygulanmasına imkân vermez¹². Eğer üçüncü kişilerin belirli bir işçinin işten çıkarılması yönündeki baskıları, işçinin yetersizliği ya da davranışlarına dayanan bir fesih sebebi teşkil ediyorsa, baskı nedeniyle yapılan fesih aslında işçinin yetersizliği ve davranışlarına dayanan bir fesih olarak nitelendirilecektir¹³.

İş hukuku kural olarak üçüncü kişilere, yetkisiz taleplerini kabul ettirme hakkı vermez. Dolayısıyla üçüncü kişiler tarafından ekonomik tehdit altında yapılan baskıyı, işletmeye bağlı bir sebep olarak nitelendirip, iş sözleşmesinin feshini bu baskıya dayandırmak doğru değildir¹⁴. Ancak baskının yanı sıra işçinin yetersizliği ve davranışları gibi feshe yol açan diğer sebepler de mevcutsa, ekonomik ve dolayısıyla işletmeye ilişkin tehdit altında yapılan fesih baskısı, işverene çıkarların denkleştirilmesi çerçevesinde haklı olarak fesih yetkisi verebilir¹⁵.

İnceleme konusu kararda işçinin işten çıkarılması amacıyla işverene karşı yapılan fesih baskının sebebini, söz konusu işçiye karşı görevi ile ilgili olmayan bir suçtan dolayı şüphe duyulması ve akabinde yargılanması oluşturmaktadır. Dolayısıyla kararda işçinin yetersizliği ya da davranışları nedeniyle süreli ya da haklı nedenle derhal fesih için gerekli bir sebep bulunmamasına rağmen yapılan bir fesih söz konusudur. Federal İş Mahkemesi bu feshi, gerekli şartların sağlanması halinde, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle yapılan fesih olarak kabul etmektedir.

C. Baskı Feshi Türleri

1. Gerçek Olmayan Baskı Feshi

Gerçek olmayan baskı feshi, fesih sebebi olarak işverene karşı yapılan baskının yanı sıra süreli ya da haklı nedenle derhal feshe yol açan sebeplerin de mevcut olması halinde söz konusudur. Böyle bir durumda yani işçinin yetersizliği veya davranışlarına dayanan fesih sebeplerinin mevcut olması ve işverenin bunların yanı sıra fesih baskısına da dayanıyor olması halinde, üçüncü kişilerin ya da diğer çalışanların baskısı sonucu yapılan fesih, sebebin ağırlık derecesine göre süreli ya da haklı nedenle

Mahkemesi tarafından sınırları çizilmiş olmasına rağmen bu görüşü doktrinde sorunlu bulanlar mevcuttur, bkz. STAUDINGER/ PREIS, Rn. 235, s. 1791.

¹² ErfK/ OETKER, Rn. 184, s. 2135.

¹³ ErfK/ OETKER, Rn. 183, s. 2134; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 185, s. 1740; HWK/ SANDMANN, Rn. 296, s. 1851.

¹⁴ STAUDINGER/ PREIS, Rn. 235, s. 1791.

¹⁵ STAUDINGER/ PREIS, Rn. 235, s. 1791.

derhal fesih olarak nitelendirilir¹⁶. Bu nedenle gerçekleştirilen feshin geçerli ya da haklı bir fesih olup olmadığı, işçinin yetersizliği veya davranışının feshine sebebiyet verecek nitelik ve ağırlıkta olup olmadığına bağlıdır. Bu nedenle çalışmamızın devamında açıklanan şartlar ve değerlendirmeler, gerçek baskı feshi olarak nitelendirilen duruma ilişkindir.

2. Gerçek Baskı Feshi

Gerçek baskı feshi, üçüncü kişilerin ya da işverenin diğer çalışanlarının çeşitli tehditler uygulayarak işverenden bir işçinin iş sözleşmesini sona erdirmesini, aslında gerçek bir fesih sebebi olmamasına rağmen istemeleri halinde söz konusu olur¹⁷. Diğer bir anlatımla gerçek baskı feshinde ne süreli ne de haklı nedenle derhal fesih sebepleri mevcut olmamasına rağmen yapılan bir fesih mevcuttur¹⁸. Gerçek baskı feshinde tehdit uygulanarak belirli bir işçinin işten çıkarılması amacıyla işverene karşı yapılan fesih baskısı, başlı başına feshin sebebinin oluşturmaktadır. Fesih için gerekli objektif sebeplerin mevcut olmaması halinde işverene uygulanan baskı, Alman Medeni Kanunu m. 626'nin şartları açısından işletmeye, işyerine ve işin gereklerine ilişkin sebepler nedeniyle yapılan feshine yol açar. Ancak bu feshin geçerli olabilmesi, Alman Federal İş Mahkemesi tarafından oluşturulan, bir sonraki başlıkta açıklayacağımız, sıkı şartların gerçekleşmesi koşuluna bağlanmıştır.

D. Baskı Feshinin Şartları

İşverene uygulanan baskının fesih sebepleri arasında yer alması ve feshin geçerli olabilmesi için baskının uygulanması, tek başına yeterli değildir. Fesih sebeplerinin genişletilmemesi açısından baskı sonucu yapılan feshin kabul edilebilmesi, yargı kararlarıyla şekillendirilmiş, sıkı şartların gerçekleşmesi halinde mümkündür. Dolayısıyla baskı sonucu bir işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli olup olmadığını belirlerken, bu şartların yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

Baskı feshinin kabul edilebilmesi için gerekli şartlardan ilki, işverenin borçları arasında yer alan gözetme borcuna dayanmaktadır. Gözetme borcu nedeniyle işveren, üçüncü kişileri uyguladıkları tehdit ve baskıdan vazgeçirebilmek için imkânların elverdiği ölçüde elinden gelen tüm çabayı göstermekle yükümlüdür¹⁹. Bu şarta uygun hareket

¹⁶ APS/ DORNER-VOSSSEN, Rn. 338, s. 1645; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 1338.

¹⁷ ErfK/OETKER, Rn.183, s. 2134; BAG 26.1.1962 AP BGB §626 Druckkündigung Nr. 8.

¹⁸ KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 1338.

¹⁹ Palandt/ WEIDENKAFF, Rn. 52, s. 962; ErfK/ OETKER, Rn. 185, s. 2135; KompaktKommentar/ SCHNEPPENDAHL, Rn. 128, s. 1067, Rn. 196, s. 1081;

edilmemesi halinde yapılan fesih, sırf bu eksiklik nedeniyle geçersiz olacaktır²⁰. İşverenin gözetme borcundan hareketle getirilen bu şart, işverenin baskıya mâni olmaya yönelik aktif bir davranışını gerektirmektedir²¹. İşveren baskıya karşı koymaya yönelik bu aktif davranışı re'sen yapmalıdır²². Fesih isteği özellikle ayrımcılık yasaklarının ihlal edilmesi gibi sebeplerden ileri geliyorsa, işveren üçüncü kişileri bu baskılarından vazgeçirebilmek için yine elinden gelen çabayı göstermelidir²³. İşverene karşı yapılan fesih baskısı, üçüncü kişiler tarafından değil de işverenin diğer işçileri tarafından da yapılabilir. Bu doğrultuda baskı, işten çıkarılması istenen işçiyle beraber çalışmaktan kaçınma şeklinde meydana gelebilir. Böyle bir durumda işveren, işçilere karşı yapmış oldukları eylemin, iş sözleşmesinden kaynaklanan asli edim borcunun yani iş görme borcunun ihlalini oluşturduğunu bildirmelidir. Bildirimin yanı sıra, iş görme borcunun ihlali nedeniyle iş sözleşmelerinin feshedebileceği ve çalışmama nedeniyle ücrete hak kazanamayacakları uyarısı da yapılmalıdır. İşverenin elinden gelen tüm çabayı göstermesine rağmen diğer işçilerin, işten çıkarılması istenen işçi ile birlikte çalışmaktan kaçınması halinde, baskı sonucu yapılan fesih haklı ya da geçerli fesih olarak nitelendirilebilir²⁴. Ancak burada yargı kararlarıyla oluşturulmuş diğer şartların da mevcut olması gerekmektedir²⁵. Baskı sonucu işverenin işletmeye bağlı sebepler nedeniyle süreli fesih yapması halinde, bildirim süresi içinde işçiyi çalıştırmaya devam etmesi gerekir²⁶.

Diğer bir şart, yine işverenin gözetme borcundan hareketle, feshin tehdit sonucu gerçekleşebilecek zarardan kaçınmak için var olan tek araç

STAUDINGER/ PREIS, Rn. 235, s. 1791; APS/ DORNER-VOSEN, Rn. 339, s. 1645; HWK/ SANDMANN, Rn. 299, s. 1852; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 1339; BAG 31.1.1996 AP BGB § 626 Druckkündigung Nr. 13.; BAG 18.9.1975 AP BGB § 626 BGB Druckkündigung Nr. 10.

²⁰STAUDINGER/ PREIS, Rn. 235, s. 1791; Palandt/ WEIDENKAFF, Rn. 52, s. 962; KompaktKommentar/ SCHNEPPENDAHL, Rn. 128, s. 1067, Rn. 196, s. 1081; APS/ DORNER-VOSEN, Rn. 339, s. 1645; ErfK/ OETKER, Rn. 185, s. 2135; SANDMANN, Rn. 299, s. 1852; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 1339; BAG 31.1.1996 AP BGB § 626 Druckkündigung Nr. 13.; BAG 18.9.1975 AP BGB § 626 BGB Druckkündigung Nr. 10.

²¹BAG 19. Juli 2016 – 2 AZR 637/15 – Rn. 38.

²²HWK/ SANDMANN, Rn. 299, s. 1852.

²³HWK/ SANDMANN, Rn. 300, s. 1852.

²⁴ErfK/ OETKER, Rn. 185, s. 2135; KompaktKommentar/ SCHNEPPENDAHL, Rn. 128, s. 1067.

²⁵KompaktKommentar/ SCHNEPPENDAHL, Rn. 128, s. 1067.

²⁶HWK/ SANDMANN, Rn. 299, s. 1852.

olmasıdır²⁷. Eğer tehdit suretiyle işyerine yöneltilen zararın, iş sözleşmesinde değişiklik yapılmak ya da işyeri değişikliği yapılmak suretiyle önlenmesi mümkünse, feshin zarardan kaçınmak için tek araç olmaması nedeniyle, fesih hukuken geçersiz olacaktır (BAG 4.10.1990-2 AZR 201/90)²⁸. Bu şartın mevcut olması halinde, işçinin de kendisinden beklenebilir çözüm yollarına uyma yükümlülüğü mevcuttur²⁹. Bu duruma örnek olarak, işçinin iş sözleşmesinde değişiklik yapılmasına ya da işyerinin değiştirilmesine onay vermesi, gösterilebilir³⁰. Türk hukuku açısından bu durum, İş Kanunu m. 22 uyarınca değişikliğin geçerli bir nedene dayandığı hale örnek olarak verilebilir³¹.

Bir diğer şart ise, işverene karşı yapılan fesih baskısının ekonomik zarar verileceği tehdidi altında yapılmasıdır. Bu tehdit; işverenin diğer işçileri tarafından gerçekleştirilecek grev, ilgili işçi ile beraber çalışmaktan kaçınma, iş sözleşmelerinin feshi şeklinde meydana gelebileceği gibi, üçüncü kişiler tarafından ticari ilişkiler açısından siparişlerin iptal edileceği, ambargo uygulanacağı ya da ticari ilişkilerin sonlandırılacağına ilişkin tehdit şeklinde de meydana gelebilir. İşverenin işçileri ya da üçüncü kişiler tarafından yöneltilen bu nitelikteki bir tehdidin, aynı zamanda ağır ve sürekli de olması gerekir.

Feshin geçerli olabilmesi için gerekli son şart, işverenin öne atılan sebebe bizzat kendisinin yol açmamış olmasıdır³². Dolayısıyla işveren

²⁷ Palandt/ WEIDENKAFF, Rn. 52, s. 962; ErfK/ OETKER, Rn. 186, s. 2135; KompaktKommentar/ SCHNEPPENDAHL, Rn. 63, s. 747; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 1339; BAG 10.10.1957 AP BGB § 626 BGB Druckkündigung Nr. 1.

²⁸ KompaktKommentar/ SCHNEPPENDAHL, Rn. 63, s. 747.

²⁹ ErfK/ OETKER, Rn. 186, s. 2135; KompaktKommentar/ SCHNEPPENDAHL, Rn. 128, s. 1067; HWK/ SANDMANN, Rn. 301, s. 1852.

³⁰ ErfK/ OETKER, Rn. 186, s. 2135; KompaktKommentar/ SCHNEPPENDAHL, Rn. 128, s. 1067; HWK/ SANDMANN, Rn. 301, s. 1852.

³¹ İş Kanunu m. 22 hakkında detaylı bilgi için bkz. ALPAGUT, Gülsevil: “İş Kanunu’nun 22. maddesinin Uygulama Alanı”, Legal İSGHD, 9/2006, s. 54; Kılıçoğlu/ Şenocak, C.2, s. 200; AYDIN, Ufuk: “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2011, Yıl 6, Sayı 23, s. 23; AKYİĞİT, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 998; EYRENCİ, Öner: “4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Değerlendirme”, Legal İSGHD, Yıl 2004, C. 1, S. 1, s. 38.

³² APS/ DORNER-VOSSEN, Rn. 339, s. 1645; ErfK/ OETKER, Rn. 183, s. 2134; STAUDINGER/ PREIS, Rn. 235, s. 1791;

Palandt/ WEIDENKAFF, Rn. 52, s. 962; HWK/ SANDMANN, Rn. 300, s. 1852; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 1339; BAG 16.1.1962 AP BGB § 626 Druckkündigung Nr. 8.

kendisinin yol açtığı durumu tehdit olarak nitelendirip, fesih için kendisine karşı baskı yapıldığı savunmasına dayanamayacaktır.

Baskı feshinde, şüphe feshinden³³ farklı olarak işverenin, feshi ten önce işçiyi dinleme yükümlülüğü yoktur³⁴. Ancak şüphe feshinde olduğu gibi baskı feshinde de, baskı durumunun sonradan ortadan kalkması halinde işçinin tekrar işe alınma hakkı vardır³⁵.

E. Değerlendirme Sonucu

İncelemeye konu Alman Federal İş Mahkemesi kararına bakıldığında, işverenin diğer işçileri baskılarından vazgeçirebilmek için imkân dâhilinde öngörülen elinden gelen tüm çabayı göstermediği anlaşılmaktadır. Zira ilk olarak işveren, ilgili işçi ile birlikte çalışmaktan kaçınan diğer işçilere karşı yapmış oldukları kaçınma eyleminin, iş sözleşmesinin ihlali anlamına geldiğini bildirebilirdi. Bildirimin yanı sıra, çalışmaktan kaçınmaya devam etmeleri halinde, bu ihlale bağlanan iş hukukuna ilişkin yaptırımları uygulayacağını bildirebilirdi ya da uygulayabilirdi. Yine iş hukukuna ilişkin bir idari yaptırım olarak ücret kesme cezası verebilirdi. Oysa incelenen karara bakıldığında, işverenin bu önlemleri almayıp çalışmaktan kaçınma eylemi karşısında, ilgili işçiyi işten çıkardığı görülmektedir. Kararda da belirtildiği üzere işverenin bu davranışı, çalışmaktan kaçınan işçileri cesaretlendirir niteliktedir. İşverenin, işçilere karşı bahsedilen iş hukukuna ilişkin yaptırımları uygulayacağı uyarısında bulunmaması nedeniyle, çalışmaktan kaçınan işçilerden böyle bir uyarı olmaksızın, bu yaptırımların uygulanacağını öngörmeleri ve çalışmaktan kaçınma eylemine son vermeleri beklenemez. Zira böyle bir açıklama olmaksızın, işçilerin iş ilişkilerinin varlığını ekonomik ve hukuki zarara uğratma pahasına çalışmaktan kaçınmaya devam etmeye hazır oldukları varsayılamaz. Dolayısıyla işveren işçiyi gözetme borcuna aykırı davranarak, imkânların öngördüğü ölçüde elinden gelen tüm çabayı gösterme şartını yerine getirmemiştir. Bu şart yerine getirilmediğinden, bunun akabinde uygulanması gereken feshin zararı önlemek için tek çözüm yolu olma şartını incelemeye gerek yoktur. Eğer işveren gerekli önlemleri alma şartını yerine getirmiş olsaydı, zararı

³³ Şüphe feshi hakkında detaylı bilgi için bkz. DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Şüphe Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11, Y. 2008, s. 65-72; BAYSAL, Ulaş: “Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, S. 35, Y. 2016, s. 83-97; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 1331-1337.

³⁴ ErfK/ OETKER, Rn. 186, s. 2135; BAG 4.10.1990 AP BGB § 626 Druckkündigung Nr. 12.

³⁵ LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 626, s. 169.

önlemek için feshin tek çözüm yolu olup olmadığının incelenmesi gerekecekti.

Baskı feshinin şartları açısından bakıldığında, tehdidin ekonomik yönden zarar doğuracak nitelikte olması gerekir. Oysaki kararda davalı, ne işçiler tarafından gerçekleştirilecek bir fesih tehdidinde ne de müşterilerin siparişlerini iptal edeceği tehdidinde somut olarak dayanmıştır. Bunun yanı sıra davalı tehditlerin ağır ve sürekli olduğunu da ispatlamamıştır.

F. Baskı Feshinin Hukuki Sonuçları

Baskı feshi yukarıda sayılan şartlara uygun olarak yapılmış ise, yapılan fesih geçerli bir fesih olarak kabul edilecektir. Bunun sonucu olarak işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişki sona erecektir. Baskı feshi başarılı olursa, işçi Alman Medeni Kanunu m. 824,826' da yer alan şartlar altında haksız olarak işten çıkarılmasına sebep olan kişiler karşısında bir tazminat hakkına sahip olabilir³⁶. Fesih isteğinin aynı zamanda kişisel haklara bir müdahale oluşturması halinde, hakkın temeli olarak m. 823/f.1 dikkate alınır³⁷.

İstisnai olarak baskı durumunun gerçekleşmesine işverenin kusurlu davranışı yol açmış ise, iş sözleşmesi feshedilen işçi işveren karşısında Alman Medeni Kanunu m. 280/f.1' den kaynaklanan tazminat hakkına sahip olur³⁸. Ancak işverenin böyle bir kusuru olmasa da özel hukuk açısından gerekli şartların gerçekleşmesi halinde bir tazminat hakkı söz konusu olabilir³⁹.

G. Türk İş Hukuku Açısından Baskı Feshi

1. Genel Olarak

Türk iş hukuku açısından iş sözleşmesini sona erdiren sebeplerden biri olan fesih, süreli ve haklı nedenle derhal fesih olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çalışma konumuz açısından bu iki fesih türüne genel olarak işçinin yetersizliği ve davranışlarına dayanan fesih için bakmak gerekmektedir. Haklı nedenle derhal fesih, ortaya çıkan bir durum nedeniyle sürekli borç ilişkisi yaratan iş sözleşmesine devamın, dürüstlük kuralı gereği taraflardan beklenemeyecek derecede çekilmez hale gelmesinde söz konusudur⁴⁰. İşçinin davranışlarına dayanan haklı nedenle

³⁶ APS/ DORNER-VOSSSEN, Rn. 344, s. 1646; ErfK/ OETKER, Rn. 187, s. 2135; Palandt/ WEIDENKAFF, Rn. 52, s. 962; HWK/ SANDMANN, Rn. 302, s. 1852.

³⁷ HWK/ SANDMANN, Rn. 302, s. 1852.

³⁸ ErfK/ OETKER, Rn. 183, s. 2135; LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 626, s. 169; BAG 10.9.1975 AP BGB § 626 Druckkündigung Nr. 10.

³⁹ LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 626, s. 169.

⁴⁰ ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 237; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 679; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI,

derhal fesih sebepleri “Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığı altında İş Kanunu’nun 25. maddesinde sayılmıştır. Maddede hangi hallerin bu nitelikte olduğu konusunda bir sınırlandırmaya gidilmemiş, benzeri hallerin de fesih sebebi sayılacağı belirtilmiştir⁴¹.

Sürelî fesih ise, feshe yol açan davranışların haklı nedenle derhal fesih sebepleri kadar ağır olmamakla birlikte, iş akışını ve işyerindeki uyumu olumsuz etkilemesi halinde ortaya çıkmaktadır⁴². Geçerli fesih

Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018, s. 222; AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, İstanbul 2016, s. 277-319; EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 218-232; TUNÇOMAÇ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2015, s. 212; DEMİRCİOĞLU, Murat/ CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2015, s. 172; KORKMAZ, Fahrettin/ ALP, Nihat Seyhun: Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 225, 226; ALPAGUT, Gülsevil: “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2006, Y.1, S.1, s. 72; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2015, s. 232-244; DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Hizmet Sözleşmesi”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler Tebliğler*, İstanbul 2012, s. 330, 331; ALPAGUT, Gülsevil: “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 31, Yıl: 2011, s. 938; BEDÜK, Mehmet Nusret: “İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı”, *Prof. Dr. Sarper SÜZEK’ e ARMAĞAN*, İstanbul 2011 s. 922; YÜREKLİ, Sabahattin: *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 228, 229; ÖZCAN, Durmuş: İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Ankara 2013, s. 32-45; Konuya ilişkin Yargıtay’a intikal etmiş bir olay hakkındaki karara göre; “...Somut olayda, davacı işçinin işyerinde 06/12/2010 günü F. Ç. isimli bir başka işçiyle kavga ettiği ve ona tokat vurduğuna dair tutanak düzenlenmiştir; aynı tarihli ve el yazılı savunmasında davacı olayı doğrulamıştır. Davalı işveren bunun üzerine 4857 sayılı Kanununun 26. maddesindeki hak düşürücü süre içinde 4857 sayılı Kanununun 25/II. maddesine uygun olarak iş aktini haklı nedenle ve derhal feshetmiştir...”, Y. 7. HD., 13.02.2014, E. 2013/20587, K. 2014/3739, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 28.8.2015; Yargıtay’ın haklı nedenle feshe ilişkin örnek niteliğindeki kararları için bkz. Y9HD, 29.9.2003, E. 2003/16598, K. 2003/15552; Y9HD, 26.3.2002, E. 2001/19820, K. 2002/4952; Y9HD, 8.2.2005, E. 2004/8810, K. 2005/3622; Y9HD, 13.4.2005, E. 2004/19728, K. 2005/13022; Y9HD, 8.3.2007, E. 2006/21174, K. 2007/6123; Y9HD, 28.4.2005, E. 2004/31892, K. 2005/14992, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 28.8.2013.

⁴¹ SÜZEK, s. 681.

⁴² 4857 sayılı Kanun’un 18. maddesinin gerekçesine bakıldığında, “İşçinin yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılmaz.” açıklamasının yer aldığı görülmektedir, <https://tisk.org.tr/tr/e->

yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf, E.T. 17.5.2018; ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, İstanbul 2017, s. 465; SÜZEK, s. 617; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 194; ÖZCAN, s. 10-25; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. “İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlendiği, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağıın belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır. İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasten veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır. İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir. İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür. Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar (Dairemizin 28.04.2008 gün ve 2007/34009 Esas, 2008/10347 Karar sayılı ilamı)”.Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin yaptığı telefon görüşmeleri incelendiğinde, müşterilere yanlış bilgiler verdiğinin tespit edildiği ve bu nedenle iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiği savunulmuştur. Mahkemece; davacının, 24.09.2014 tarihli telefon görüşmesinde ürünün garanti süresinin 2016 yılında bitiyor olduğunu bilmesine karşın, 2015 yılında bittiğini söyleyerek müşteriyi yanılttığı ve sözleşmesini yenilediği yine 26.09.2014 tarihli telefon görüşmesinde ise başka bir müşteriye Nitromix isimli kombinin üretimden kalkacağını söyleyerek yanıltıcı beyanda bulunarak garanti süresinin uzatılmasını sağladığı gerekçeleri ile “feshin haklı nedene dayandığı kabul edilerek, davanın reddine karar verilmiştir.” Feshe konu olaylar ile ilgili olarak müşterilerin şikayetleri bulunmadığı gibi davacının davranışlarının işyerinde herhangi bir olumsuzluğa yol açmadığı da ortadadır. Çağrı merkezi müşteri temsilcisi olarak çalışan davacıya garanti sürelerinin uzatımı hususunda nasıl bir bilgilendirme yapıp, eğitim verildiği de davalı işverence

nedenlerinden bir kısmı da işçinin işyerinde olumsuzluklara yol açan davranışlarından oluşmaktadır⁴³. Dolayısıyla işverenin korunan menfaat alanı işyerine ilişkin olduğundan, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı ya da toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmadığı takdirde, iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olarak kabul edilmeyecektir⁴⁴. Ancak işçinin görevi ile ilgili olmayan, iş ilişkisini ilgilendirmeyen özel hayatına ilişkin davranışları, işçinin yaptığı iş ve işletmenin kendine özgü amacı çerçevesinde işyerinde belirgin bir huzursuzluğa ve kargaşaya neden oluyorsa, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebileceğinden söz edilebilir⁴⁵.

Baskı feshi, Türk hukukunda açık bir şekilde kabul edilmiş değildir. Ancak yargı kararlarına bakıldığında baskı feshi ifadesine yer verilmesi de zaman zaman yapılan fesihlerin baskı feshi olduğu görülmektedir. Yargı kararlarında geçen “baskı feshi” kavramı ise, iş sözleşmesinin işçi tarafından sona erdirilmesi için baskı uygulanan durumlar için kullanılmış olup, gerçek anlamda baskı feshini tanımlamamaktadır⁴⁶.

ortaya konulup, ispatlanamamıştır. Davacının eylemlerinden dolayı davalı işveren bir zarara uğramamış olup, ölçülülük ilkesine de aykırı olarak hakkında disiplin yaptırımları uygulanabilecek iken, iş sözleşmesinin feshine karar verilmesi de orantılı değildir...”, Y. 9. HD., E. 2016/2277, K. 2017/151, T. 17.1.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.15.5.2018.

⁴³ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 478.

⁴⁴ KESER, Hakan: “İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebiyle İşverence Feshedilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 37, Y. 2017, s. 9-32, s. 18.

⁴⁵ KESER, s. 21; “İster işçinin özel hayatı, ister aile hayatı, ister işçinin cinsel yönelimine ilişkin bir işçi davranışı söz konusu olduğunda, bu davranışın iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep veya haklı sebep olup olmadığı değerlendirilmesinde dikkate alınacak kıstaslar; -İşçinin davranışı sonucunda, iş ilişkisinin, iş ilişkisine devam etmek işveren açısından çekilmez hale gelip gelmediği ve, - İş ilişkisine devamın tam anlamıyla çekilmez hale gelmemesine karşın davranışın işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor olup olmadığı, olacaktır...”, KESER, s. 30.

⁴⁶ Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. “...Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının 07.05.2005-23.06.2009 tarihleri arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile davalı işyerinde satış temsilcisi olarak çalıştığı, davacının 23.06.2009 tarihinden itibaren özel nedenler ve başka bir alanda kariyer yapacağından dolayı işten ayrılmak istediğine dair istifa dilekçesi vererek işyerinden ayrıldığı, davacı asilin 11/12/2012 tarihli duruşmada alınan isticvap beyanı doğrultusunda davacının iş akdinin davalı işverenin zorlaması sebebiyle gerçekleştiği, baskı feshi nedeniyle iş akdinin sonlandığının anlaşıldığı, davacının iş akdini şarta bağlı olarak feshetmesi sebebiyle feshin gerçek bir istifa beyanı ile yapılmadığı, feshe zorlama sebebiyle iş akdinin sonlandığı kanaatine varıldığı, davacının işyerindeki toplam kıdemini 5 yıldan

Sürelî ya da haklı nedenle derhal feshine yol açan işçi davranışının, iş akışını veya işyerindeki uyumu olumsuz etkilemesi halinde işçinin işten çıkarılması işverenin kendi verdiği bir karar doğrultusunda olabileceği gibi, işyerinde çalışan diğer işçiler ya da üçüncü kişiler tarafından istenmesi sonucu da olabilir. Bu talebin işveren dışındaki kişiler tarafından istenmiş olması yapılan feshi geçersiz ya da haksız fesih haline getirmez. Feshin geçerli olup olmadığının tespiti yapılırken, işten çıkarma talebinin kimin tarafından ileri sürüldüğü önemli olmaksızın yapılan davranışın sürelî ya da haklı nedenle derhal feshine sebebiyet verip vermediği önem taşımaktadır. Dolayısıyla hukuk sistemimizde açık bir şekilde ifade edilmese de gerçek olmayan baskı feshi uygulanmaktadır. Uygulamaya bakıldığında özellikle müşterilerden gelen şikâyetler doğrultusunda yapılan fesihler bu niteliktedir. Zira müşteri şikâyetlerine, çoğu zaman bir fesih sebebi oluşturan işçinin davranışı yol açmaktadır⁴⁷.

fazla olduğu “bu kadar kıdemi bulunan bir işçinin durup dururken iş sözleşmesini” feshetmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu, “davalı iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından kıdem ve ihbar tazminatı hak kazanmayacak şekilde sona erdirildiğini” ispatlayamadığı gerekçesiyle devanın kısmen kabulüne karar verilmiştir...”, Y. 7. HD., E. 2013/7653, K. 2013/15567, T. 26.9.2013; Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 9. HD., E. 2008/26792, K. 2010/21578, T. 2.7.2010; Y. 9. HD., E. 2010/22895, K. 2010/37240, T. 10.12.2010, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com.tr., E.T.15.5.2018.

⁴⁷ Yargıtay’ın bu konu hakkındaki bir kararına göre; “Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı hususunda ihtilaf mevcuttur. İşyerinde müşteri temsilcisi olarak çağrı alma işini yerine getiren davacının iş sözleşmesi, işverence çağrı karşılama işini zamanında yapmaması, mola sürelerini uzatması, müşteri ile işyeri düzenlemelerine aykırı konuşma şekli ile muhatap olması ve müşteri şikâyetine sebep olması sebepleriyle ve 4857 sayılı Kanun’un 25/II-h. maddesine dayanılarak feshedilmiştir. Davalı vekili tarafından, belirtilen durumlara ilişkin hata tespit tutanakları, davacının savunmasının alındığına ve çeşitli disiplin işlemleri yapıldığına dair belgeler sunulmuştur. Belirtilen delil durumu dikkate alındığında, sözleşmenin feshine sebep olarak gösterilen eylemlerin haklı fesih sebebi ağırlığında bulunmadığı, davalı feshinin ancak geçerli sebebe dayalı fesih niteliğinde olduğu açıktır. Buna göre davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”, Y. 22. HD., E. 2014/17426, K. 2015/30779, T. 12.11.2015; Konu hakkında verilmiş bir diğer Yargıtay kararına göre; “...Dosya içeriğine göre, dava dışı yolcunun, davalıya ait toplu taşıma aracının şoförü tarafından sözlü tacize uğradığını belirterek müşteri şikâyetinde bulunduğu, bunun üzerine davalı tarafından davacı hakkında disiplin soruşturması yapıldığı ve davacı işçinin yazılı savunmasının alındığı, davacının yazılı savunmasında, şikâyete konu olayın meydana geldiği güzergahta görev yaptığını, son durağa gelmeden bir kadın yolcu dışında otobüste bulunan tüm yolcuları indirdiğini ve bu yolcu ile bir süre sohbet ettiğini, sohbet esnasında kadın yolcunun hızlıca otobüsten indiğini beyan ettiği görülmektedir. Dava dışı yolcunun şikâyeti, davacının yazılı savunması ve olayın

Bu şikâyetlerin geri planında ise şikâyete yol açan davranışa karşı gerekli tedbirlerin, işçinin işten çıkarılması da bu açıdan bir tedbirdir, alınmaması halinde, şikâyete konu işçinin çalıştığı işyerinden mal ya da hizmet alınmayacağı yönündeki ekonomik baskı yatar. Gerçek baskı feshinin ise, hukukumuzda kabul edilip edilemeyeceği eğer edilecekse haklı nedenle derhal feshe mi yoksa süreli feshe mi dayandırılacağı önem arz etmektedir.

2. Haklı Nedenle Derhal Fesih Açısından Baskı Feshi

Çalışma konumuz açısından bakıldığında, işçinin işlediği suçun iş sözleşmesinin devamına etkisi farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen haklı nedenle derhal fesih sebepleri arasında işlenen suça, iş hukuku açısından bazı durumlarda sonuç bağlandığı görülmektedir. Derhal fesih sebeplerinden m. 25/II, f bendine bakıldığında "İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenemeyen bir suç işlemesi" düzenlemesi yer almaktadır. Burada yer alan derhal fesih sebebinin uygulanabilmesi için üç şartın mevcut olması gerekmektedir. Bu şartlar; suçun işyerinde işlenmesi, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan bir suç olması ve cezası ertelenemeyen bir suç olmasıdır⁴⁸. Bu şartlara sahip bir suçun işlenmesi, işyeri ve yapılan iş ile doğrudan ilgili olduğu için fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. İşçi tarafından işlenen suç m. 25/II, e uyarınca işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışı ise yine haklı nedenle derhal fesih söz konusu olacaktır⁴⁹. Hangi

gelişimi birlikte değerlendirildiğinde işçinin doğruluk ve bağlılık kurallarına aykırı nitelikteki davranışta bulunduğu ve iş sözleşmesinin feshinin haklı sebebe dayandığı anlaşılmalı olup davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...", Y. 22. HD., E. 2015/24569, K. 2015/28955, T. 19.10.2015, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.15.5.2018; Konuya ilişkin benzer nitelikteki kararlar için bkz. Y. 9. HD., E. 2015/17326, K. 2015/22870, T. 23.6.2015; Y. 22. HD., E. 2015/12644, K. 2015/18715, T. 28.5.2015; Y. 22. HD., E. 2014/33545, K. 2014/36435, T. 23.12.2014; Y. 9. HD., E. 2014/30804, K. 2014/33007, T. 6.11.2014; Y. 9. HD., E. 2014/11615, K. 2014/29091, T. 2.10.2014; Y. 22. HD., E. 2013/30869, K. 2013/23131, T. 1.11.2013; Y. 22. HD., E. 2013/17713, K. 2013/19191, T. 19.9.2013, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.15.5.2018.

⁴⁸ SÜZEK, s. 687; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 557; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 223; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 228.

⁴⁹ Konuya ilişkin Yargıtay kararına göre; "...Davalı iddiasına göre davacı hakkında feshe dayanak yapılan davacı tarafından düşük fiyatlarla şirketin mallarını sahte irsaliye ve faturalarla sattığı ve bedelleri zimmetine geçirdiği yönündeki eylemdir. Söz konusu isna dair olarak davacı hakkında ... Cumhuriyet Başsavcılığının 2012/149744 Hz-

olayların doğruluk ve bağlılığa uymadığının tespiti ise her somut olayda farklılık göstermekle birlikte, verilen yargı kararlarına bakıldığında bunların işçinin yaptığı işi etkileyen eylemler olduğu görülmektedir. Örnek vermek gerekirse, ambar tesellüm memurunun hırsızlıktan tutuklanması, banka görevlisinin yetersiz teminat alması gibi⁵⁰. Suçun işyerinde değil de işyeri dışında işlenmiş olması ve m. 25/II, e kapsamında değerlendirilememesi halinde ise, işçinin iş sözleşmesinin feshi için işçinin devamsızlığının olması gerekir⁵¹. İşçinin devamsızlığı açısından m.

2012/20409 Sayılı kararı ile "hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanma" suçundan cezalandırılmasına dair iddianame düzenlenmiş olup ardından kovuşturma evresine gelen dosya kesinleşmemiş durumdadır. Davacının iş sözleşmesinin feshi noktasında 4857 Sayılı İş Kanun'unun 25. maddesine göre haklı fesih koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi açısından ve ceza soruşturmasının sonucunun bu davayı etkileyecek nitelikte olması sebebiyle ilgili ceza dosyası araştırılmadan ve ceza soruşturmasının sonucu beklenmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...", Y. 22. HD., E. 2015/16400, K. 2017/15855, T. 3.7.2017; Konuya ilişkin Yargıtay'ın bir diğer kararına göre; "... Somut olayda; İş sözleşmesi, cinsel taciz gibi eylemle haklı nedenle feshedildiği savunulan ve aynı zamanda ceza mahkemesinde fesih nedeninden dolayı kamu davası açılan işçinin açtığı kıdem ve ihbar tazminat istemli davasında, feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı sunulan delillerle anlaşılmadığından ceza dosyasının sonucu eldeki fesihle ilgili uyumsuzluğun çözümünü doğrudan etkileyecek durumda olup, kesinleşmesi beklenmeden sonuca gidilmesi hatalıdır...", Y. 9. HD., E. 2015/34468, K. 2015/36791, T. 24.12.2015, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.15.5.2018.

⁵⁰ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 554; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 222.

⁵¹ Konu hakkında Yargıtay'ın bir kararına göre; "...Davalı, davacının emeklilik talebiyle dilekçe verdiği 12.10.2011 tarihinde yaşı ve çalıştığı süre itibarıyla emekliliğe hak kazanmadığını, emekliliğinin ancak 2023 yılında söz konusu olabileceğini, 18.10.2011-21.10.2011 tarihleri arasında tutulan tutanakların davacıya tebliğ edilemediğini, davacı aleyhine aynı dönemde kasten adam öldürme suçundan ötürü Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma başlatıldığını, kolluk kuvvetlerince aranmasına rağmen bulunamadığını, bu sebeple de davacının ikamet ettiği adresin ne davalı tarafından ne de Savcılık ve Emniyet Müdürlüğü tarafından tespit edilemediğini, 20.dönem TİS gereği iş akdinin haklı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, dosya kapsamında mevcut 18.10.2011-21.10.2011 tarihleri arasını kapsayan 4 adet tutanakta davacının görevine başlamadığının tespit edildiği, davacının gelmemesinin nedeninin 1.10.2011 tarihinde Diyarbakır'da, işyeri sınırları dışında ve işle ilgili olmayan bir sebeple cinayet işlenmesinden kaynaklandığı, davalı işverenin davacının böyle bir suç işlediğinden haberdar olduğu, ancak iş sözleşmesinin devamsızlık sebebiyle feshedildiği, suçun işyeri sınırları dışında işlenmesi sebebiyle davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Somut olayda, taraflar arasında iş sözleşmesinin feshi konusunda uyumsuzluk bulunmaktadır. İşverence davacının 18-19-20-21 Ekim 2011 tarihlerinde devamsızlığı sebebiyle iş sözleşmesi sona erdirilmiş olmakla devamsızlığı temadi eden bir eylem olup işyeri dışında işlenen bir suç sebebiyle fesih yapılmamış olması göz önüne alındığında feshin haklı sebeple yapıldığı açık olduğundan davacının kıdem ve ihbar

25/IV'te "İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 inci maddedeki bildirim süresini aşması." düzenlemesi yer almaktadır. İşçinin gözaltına alınmasına ya da tutuklanmasına sebebiyet veren olayın bu düzenleme kapsamında, işyerinde veya işyeri dışında gerçekleşmesi ya da mahkûm olup olmaması önemli değildir⁵². Ancak işyeri dışında işlenen suç nedeniyle gözaltı ya da tutukluluk hali gerçekleşmemişse veya 17 inci maddedeki bildirim sürelerinin aşılması söz konusu değilse, m. 25/IV uygulanması mümkün olmayacaktır. İşlenen suçun sayılan maddelerde yer alan düzenlemelere dâhil edilememesi halinde, haklı nedenle derhal feshin yapılamaması gerekir. Dolayısıyla incelenen karar açısından işyeri dışında ve görevle ilgili olmayan böyle bir suçun işlenmiş olması, sayılan maddeler kapsamında değerlendirilemez. İşverene ilgili işçinin, görev dışında işlediği suç nedeniyle işten çıkarılması yönünde üçüncü kişiler ya da işverenin diğer işçileri tarafından baskının yapılmış olması da bu durumu değiştirmemelidir. Her ne kadar İş Kanunu m. 25/II' de benzeri hallerin de fesih sebebi olarak sayılacağı yer olsa da, iş ve işyerini ilgilendirmeyen böyle bir durumun haklı nedenle derhal fesih sebebi sayılamaması gerekir. Zira böyle bir

tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalı olmuştur...", Y. 7. HD., E. 2015/5501, K. 2016/6221, T. 14.3.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.15.5.2018; Aynı yönde Yargıtay'ın bir diğer kararına göre; "4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesi bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, işçinin aynı Kanun'un 25/II. maddesinde öngörülen ve işverene derhal fesih yetkisi tanıyan haklı sebepler niteliğinde ve ağırlığında olmayan, işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen, sözleşmeye aykırı davranışlardır. İşçinin davranışı ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olabilir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Yargılama sırasında bu sebeplerin ağırlıkları her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. İşçinin iyiniyet ve ahlak kurallarına uymayan davranışı sonucunda iş ilişkisine devam etmek işveren açısından çekilmez hale gelmişse, diğer bir anlatımla güven temeli çökmüşse işverenin haklı sebeple derhal fesih hakkı doğar. Buna karşılık, işçinin davranışı taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökertecek ağırlıkta bulunmama, iş ilişkisine devamu tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte, işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve işverenden bu sebeple iş ilişkisini yürütmesi normal olarak beklenemiyorsa 4857 Sayılı Kanun'un 18/1. maddesi gereği geçerli fesih hakkı doğar", Y. 22. HD., E. 2017/44570, K. 2017/29536, T. 19.12.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.15.5.2018.

⁵² AKYİĞİT, Ercan: "İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 16, Aralık 2009, s. 57; SÜZEK, s. 693; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 232.

baskıyı haklı nedenle derhal fesih sebeplerinden birine dayandırmak mümkün değildir.

3. Süreli Fesih Açısından Baskı Feshi

İşçinin işyeri dışındaki davranışının, iş akışını ve işyerindeki uyumu olumsuz etkilemesi halinde, geçerli bir fesih sebebinin meydana geldiğinin kabul edilmesi gerekir. İşçinin işyeri dışındaki bir davranışının suç teşkil etmesi durumunda, bu durumun iş akışı ve işyerindeki uyumu olumsuz etkilememesi halinde geçerli bir fesih sebebi kural olarak meydana gelmiş olmaz. Böyle bir durumda diğer işçiler ya da üçüncü kişiler olarak niteleyebileceğimiz sendika, işverenin müşteri çevresi, iş yaptığı kredi kuruluşları gibi kişiler tarafından ilgili işçinin işten çıkarılması yönünde işverene karşı yapılan baskı ve baskı neticesinde işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi, feshin geçerli fesih kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında önem taşımaktadır.

İşçinin işyeri dışında gerçekleştirdiği davranış, işçinin işyerindeki çalışmasını etkilemiyorsa fesih sebebi sayılmaz⁵³. Zira burada ne süreli ne de haklı nedenle derhal fesih sebebi mevcuttur. Bu noktada işçinin işi ile ilgili olmayan ve işyeri dışında işlemiş olduğu suç nedeniyle, işten çıkartılmasının diğer işçiler ya da üçüncü kişiler tarafından istenmesi halinde ne geçerli ne de haklı bir fesih mevcuttur. Gerçek bir fesih sebebi olmamasına rağmen, çalışan diğer işçilerin ya da üçüncü kişilerin tehdit yolu ile işveren üzerinde baskı uygulayarak ilgili işçinin işten çıkarılmasını istemelerine, yani gerçek bir baskı feshine, kural olarak hukuk sistemimiz müsaade etmemektedir⁵⁴. Ayrıca işyeri dışında gerçekleştirilen, yapılan iş ile ilgili olmayan bir suçun yaptırımı iş

⁵³ KESER, s. 30; Konuya yönelik bir Yargıtay kararına göre; “”4857 sayılı Kanun’un 18. maddesi bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler işçinin aynı Kanun’un 25/11. maddesinde öngörülen sebepler Niteliğinde ve ağırlığında olmayan işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sözleşmeye aykırı davranışlarıdır. İşçinin davranışı ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olabilir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz””, Y. 22. HD., E. 2014/8528, K. 2014/8378, T. 16.4.2014, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.15.5.2018.

⁵⁴ Her ne kadar yargı kararlarında işyeri dışında gerçekleştirilen böyle bir davranışın işyerinde olumsuzluklara yer açacağı belirtilse de gerçekleştirilen fesih, işçinin gözüaltına alınması ve tutuklanması halinde devamsızlıkla ilgili İş Kanunu m. 25/IV’ e dayandırılmıştır, ilgili karar için bkz. Y. 9. HD., E. 2008/11072, K. 2009/127, T. 19.1.2009, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.15.5.2018.

hukukuna ilişkin olmamalıdır. Ancak bu nitelikteki bir suçun işlenmesi sonucunda işverene yapılan baskı, işverenin ekonomik ya da hukuki açıdan zarara uğramasına yol açacak nitelikte ise, yapılan baskının baskı feshine sebebiyet verdiğini kabul edip, feshi işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle yapılan süreli feshe dayandırmak mümkün olabilir. İşçinin işi ile ilgisi olmayan ve işyeri dışında gerçekleştirdiği suç toplumda infial yaratacak ve işverenin imajını ciddi şekilde zedeleyecek ve dolayısıyla işyerini etkileyecek nitelikte olması halinde ise baskı feshinin evleviyetle kabul edilmesi gerekir. Zira böyle bir durumda işverenden bu işçiyi korumasını beklemek hakkaniyete aykırı olacaktır. Yargıya intikal eden bu nitelikteki suçlar açısından verilen kararlar mevcut olmakla birlikte, dayanak olarak İş Kanunu m. 25/II, e gösterilmektedir⁵⁵. Hâlbuki işyeri dışında işlenen, yapılan iş ile ilgisi olmayan bu gibi durumları e bendine dayandırmak, haklı nedenle derhal fesih açısından baskı feshi başlığı altında yaptığımız açıklamalar nedeniyle, mümkün değildir. Bunun yerine böyle bir feshi; işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle feshe dayandırıp yargı kararları ile sınırları çizilip, şartları oluşturulan baskı feshinin kabul edilmesi daha yerinde olacaktır. Zira işçinin bu nitelikte bir suç işlemesi, e bendinde yer alan, işverene karşı gerçekleştirilen doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olarak nitelendirilemez.

V. SONUÇ

Alman Federal İş Mahkemesi tarafından oluşturulan şartlar altında işverenin gerçek baskı feshini uygulayabilmesi mümkündür. Ancak bu şartların sıkı bir şekilde denetlenmesi gerekir. İşverenin baskı uygulayanlara karşı kendisinden beklenen, almak zorunda olduğu önlemler değerlendirilirken, objektif olarak her somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. İşverenin bu yükümlülüğü, baskıya neden olan suçun niteliği önemli olmaksızın, her zaman mevcuttur. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, feshin baskıyı önlemek için tek çözüm yolu olup olmadığı değerlendirilmeksizin, yapılan fesih sırf bu nedenle geçersiz bir fesih olarak kabul edilir. Dolayısıyla mahkemenin, işverenin baskıyı uygulayanları bu baskıdan vazgeçirebilmek adına elinden gelen tüm çabayı göstermediği ve ortada ağır ve devamlılık arz eden bir baskı olmadığı gerekçesiyle verdiği karar yerindedir.

⁵⁵ İlgili karar için bkz. Y. 9. HD., E. 2009/15500, K. 2010/6077, T. 8.3.2010, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.15.5.2018.

Türk hukukunda işyeri dışında iş ile ilgili olmaksızın işlenen suçlar açısından yapılan fesihlerin İş Kanunu m. 25/IV' e uymaması halinde, m. 25/II, e' ye dayandırıldığı görülmektedir. Hâlbuki yukarı da açıkladığımız gerekçeler nedeniyle, bu fesihlerin m. 25/II, e' ye dayandırılması mümkün değildir. Bu nitelikteki suçlar açısından, üçüncü kişilerin ya da işverenin diğer çalışanlarının ilgili işçinin işten çıkarılması için baskı yapması ve işverenin ekonomik ya da hukuki tehdit altında olması halinde, baskı feshine yer verilebilir. Zira burada her ne kadar işçinin suça konu davranışı kanaatimizce fesih sebebi olarak nitelendirilemese de baskı nedeniyle işverenin ve doğal olarak işyerinin ekonomik ya da hukuki tehdit altında olması hali; işletmenin, işyerinin ve işin gereklerini nedeniyle feshine yol açabilecek niteliktedir. Dolayısıyla şartları sıkı kurallar silsilesine bağlanmış gerçek baskı feshinin, hukukumuzda kabul edilmesi daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- AKYİĞİT, Ercan: “İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 16, Aralık 2009, s. 53-62.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, İstanbul 2016.
- ALPAGUT, Gülsevil: “İş Kanunu’nun 22. maddesinin Uygulama Alanı”, Legal İSGHD, 9/2006.
- ALPAGUT, Gülsevil: “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, Y.1, S.1, s. 71-83.
- ALPAGUT, Gülsevil: İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul 2010.
- ALPAGUT, Gülsevil: “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 31, Yıl: 2011.
- AYDIN, Ufuk: “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2011, Yıl 6, Sayı 23, s. 22-36.
- APS/ DORNER, Klements/ VOSSSEN, Reinhard: Kündigungrechts Grosskommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Auflage, München 2012.
- ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, İstanbul 2017.
- BAYSAL, Ulaş: “Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 35, Y. 2016, s. 83-97.
- BEDÜK, Mehmet Nusret: “İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’ e ARMAĞAN, İstanbul 2011.

- DEMİRCİOĞLU, Murat/ CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2015.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Şüphe Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11, Y. 2008, s. 65-72.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler Tebliğler, İstanbul 2012.
- ErfK/ MULLER-GLOGE, Rudi: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage, München 2013.
- ErfK/ OETKER, Harmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage, München 2013.
- ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978.
- EYRENCİ, Öner: “4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Değerlendirme”, Legal İSGHD, Yıl 2004, C. 1, S. 1.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- HWK/ SANDMANN, Bernd: Arbeitsrecht Kommentar, 5. Auflage, Köln 2012.
- KESER, Hakan: “İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebiyle İşverenlerce Feshedilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 37, Y. 2017, s. 9-32.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul 2008.
- KompaktKommentar/ SCHNEPPENDAHL, Heike: KompaktKommentar, Arbeitsrecht, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2013.
- KORKMAZ, Fahrettin/ ALP, Nihat Seyhun: Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014.
- LOWISCH, Manfred/ CASPERS, Georg/ KLUMPP, Steffen: Arbeitsrecht, 9. Auflage, München 2012.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018.
- ÖZCAN, Durmuş: İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Ankara 2013.
- ÖZKARACA, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Palandt/ WEIDENKAFF, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 72. Auflage, München 2013.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2015.
- STAUDINGER/ PREIS, Ulrich: Staudinger Arbeitsrecht Kommentar, Berlin 2011
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2015.
- YÜREKLİ, Sabahattin: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014.

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN SPOR ALANINDA DÜZENLEME YAPMA YETKİSİNİN KAPSAMI VE SINIRLARI

THE SCOPE AND THE LIMITS OF THE EUROPEAN UNION'S POWERS ON REGULATION OF SPORT

DOI: 10.21492/inuhfd.472912

Tolga CANDAN*

Özet:

1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'nin gerek kurumsal yapısında, gerekse de işleyişine dair alanlarda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler içerisinde, Avrupa Birliğinde (AB) ilk defa kurucu antlaşmalarda spor alanında özel bir düzenlemeye yer verilmesi dikkat çekmektedir. Bu kapsamda, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma'nın (ABİHA) 165. maddesi uyarınca, AB'ye üye devletlere ait spor politikalarının desteklenmesi ve koordinasyonu yetkisi verilmiştir. Geçmişte Kurucu Antlaşmalarda açıkça bu alanda Avrupa Birliği'nin düzenleme yapma yetkisi bulunmasa da, Avrupa Komisyonu'nun spor alanında bazı düzenleme ve faaliyetlerde bulunduğu görülmektedir. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) bu alana ilişkin verdiği önemli kararlar bulunmaktadır. Getirilen bu yeni düzenlemeyle birlikte "spor" artık Avrupa Birliği'nin yetkili olduğu alanlardan birisi haline gelmiştir. Bu yeni ve açık yetkinin varlığı, AB'nin spor alanındaki eylem ve faaliyetlerinin artması için yeni olanaklar sağlaması beklentisini de beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'ne spor alanında verilen yetkilerin kapsamı, sınırı ve Avrupa Birliği Spor Politikası açısından muhtemel sonuçları ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Lizbon Antlaşması, AB spor politikası, sporun Avrupa boyutu, AB'nin spor alanında yetkisi.

Abstract:

Significant changes were made by the Treaty of Lisbon, which entered into force on the 1st of December 2009, on both the institutional structure and the functioning of the European Union. Within these amendments, it is noteworthy that for the first time in the European Union (EU), a special arrangement in the field of sport is included in the founding treaties. In this context, in accordance with Article 165 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the EU has been given the power to support and to coordinate the sport policies of the member states. In addition, the European Court of Justice (ECJ) has made important decisions regarding this area. In the Past it has been seen that The EU Commission has some actions and activities in the field of sports although the European Union has clearly no competence to make arrangements in this area. Along with this new arrangement, "the sport" has now become one of the areas where the European Union is empowered to regulate. The presence of this new and explicit power has also brought with it the expectation that the EU will provide new opportunities for boosting activities and services in sport. This study will examine the scope and the limits of the

*Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (E-Mail: candan@tau.edu.tr). (ORCID: 0000-0003-0666-3027)
Makale Gönderilme Tarihi: 21.10.2018 Submitted: 21.10.2018
Makale Kabul Tarihi: 12.11.2018 Accepted: 12.11.2018

European Union's powers on regulation of sport, which were given by the Treaty of Lisbon, and its possible consequences with regards to Sport Policies of the European Union.

Keywords: Treaty of Lisbon, EU sport policy, European dimension of sport, EU's powers on sport

GİRİŞ

1 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, Avrupa Birliğinde (AB) ilk defa kurucu antlaşmalarda spor alanında özel bir düzenlemeye yer verilmiştir¹. Her ne kadar geçmişte Kurucu Antlaşmalarda açıkça bu alanda Avrupa Birliği'nin düzenleme yapma yetkisi bulunmasa da, Avrupa Komisyonu'nun daha önce spor alanında bazı düzenleme ve faaliyetlerde bulunduğu ve yine Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) bu alana ilişkin önemli kararlar verdiği görülmektedir². Komisyon'un Eğitim ve Kültür Genel Müdürlüğü (DG) tarafından yürütülen bu faaliyet ve çalışmaların hukuki dayanağını, o zaman yürürlükte bulunan Roma Antlaşması'nın eğitim ve kültür alanlarına ilişkin 149 ve 151. maddelerinde düzenlenen özel yetkiler oluşturmaktadır³.

Öte yandan Lizbon Antlaşması öncesinde AB kurumlarının bu alandaki faaliyetlerinin temel dayanağını, ekonomik faaliyet olarak nitelendirilen spor aktivitelerinin, İç Pazar ve Rekabet hukuku alandaki

¹ Lizbon Antlaşması'nın tam metni için: O.J. 2007 C-306/01 (17 Aralık 2007), [http://europa.eu/Lizbon_treaty/full_text/index_en.htm], s. 2, (erişim tarihi 12.04.2018).

² Bu kapsamda örnek olarak 11 Temmuz 2007 tarihinde Komisyon tarafından hazırlanan Spor Beyaz Kitabından söz etmek mümkündür. Söz konusu belgede, Avrupa toplumunda sporun karşılaştığı ticari baskılar, genç oyuncu istismarları, doping, ırkçılık, şiddet, yolsuzluk ve para aklama gibi konulara dikkat çekilerek, Avrupa'da sporun rolü konusunda stratejik bir yaklaşım oluşturacak, AB düzeyinde oluşturulan politikalarda sporun görünürlüğünün artması ve sektörün ihtiyaçlarının karşılanması için kamu bilincinin artırılmasına yönelik temel hedefler belirlenmiştir. Spor Beyaz Kitabı için bkz. Dok. KOM (2007) 391, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:52007DC0391>] (erişim tarihi 20.05.2018). Yine Komisyon'un Spor Beyaz Kitabına ilişkin 11 Temmuz 2009 tarihli açıklamasında bu hususa dikkat çekilmektedir. [<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%2011811%202007%20ADD%204>], s. 2, (erişim tarihi 12.02.2018).

³ AT Antlaşmasınının 149. maddesi AB'ye, üye devletlerin yetki ve sorumluluklarına riayet etmek koşuluyla gerektiğinde öğretim, mesleki eğitim ve gençlik alanlarında üye devletlerarasında işbirliğini destekleyecek faaliyetlerde bulunma imkânı tanımaktadır. Yine benzer şekilde 151. madde de ise, AB'nin kültür alanında üye devletlerarasındaki işbirliğini teşvik etmek ve gerektirdiğinde destekleyici ve tamamlayıcı faaliyetlerde bulunmak yetkisini düzenlemektedir.

etkilerinin oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁴. Özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)  nce Walrave/Koch vs. UCI kararında ve daha sonra meşhur Bosman kararında, spor faaliyetlerinin o zamanki ismiyle AT antlaşmasının 2. maddesi uyarınca ekonomik amaçlı yapılması halinde Topluluk hukukunun yetkisi içinde yer aldığını açıkça ifade etmiřtir⁵. Ayrıca ABAD'ın, Lizbon Antlaşması'nın y r rl ge girmesinden sonraki dönemdeki kararlarında da bu yaklaşımı sürdürmeye devam ettiği g r lmektedir⁶.

Ayrıca AB Komisyonu'nun, spor alanının özel niteliğini de dikkate alarak, spor kulüpleri ile profesyonel sporcuların sportif faaliyetlerinin rekabeti kısıtlayıcı etkisini de kapsayacak biçimde Avrupa Birliği rekabet hukuku kurallarını ve hakim durumu kötüye kullanma yasağı ilkesini uyguladığı g r lmektedir⁷. Öte yandan Avrupa Birliği'ne Lizbon Antlaşması ile ilk defa, spora ekonomik faaliyet eksenli mevcut yaklaşımdan farklı olarak, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma'nın (ABİHA) 165. maddesi uyarınca, bu alanda sınırlı bir özel yetki verilmiştir. Bu alışmada Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'ne spor alanında verilen bu özel yetkinin kapsamı, sınırı ve Avrupa Birliği Spor Politikası açısından muhtemel sonuçları ele alınacaktır.

1. LİZBON ÖNCESİ DURUM

Lizbon Antlaşmasının y r rl ge girmesinden önce, AB birincil hukukunda Avrupa Birliği'nin spor alanına ilişkin faaliyette bulunmasına

⁴ AB hukukunun ekonomik temelli normlarının spor faaliyetlerine de uygulanmasına ilişkin olarak ABAD'ın bu alandaki içtihadı incelendiğinde, Büyük ölçüde işçilerin serbest dolaşımı alanıyla başlayan gelişim daha sonra malların serbest dolaşımı, hizmet sunma serbestisi, rekabet, devlet yardımları, vergilendirme ve hatta AB'nin diş ilişkileri alanlarını da kapsayacak şekilde genişlediği anlaşılacaktır. Konuyla ilgili olarak bkz. NIEDOBITEK, Matthias, "AEUV Art. 165", (STREINZ, Rudolf, EUV/AEUV Kommentar içinde) 2. Aufl. 2012, Rn. 31.

⁵ Bkz. C-36/74, Walrave/Koch, Slg.1974, I- 01405 kararın tam metni için [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61974CJ0036>] (erişim tarihi 20.05.2018); C- 415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921.

⁶ Ayrıca bkz. C- 51/96 ve C- 191/97, Deliğe, Slg. 2000, I-2549; C- 176/96, Lehtonen, Slg. 2000, I-2681; C- 325/08, Barnard, Slg. 2010, I-2177.

⁷ SCHWARZE, Jürgen/ HETZEL, Philipp, "Der Sport im Lichte des europäischen Wettbewerbsrecht", Europarecht (EuR) 2005, s. 581-605; Spor Beyaz kitabına ilişkin açıklamalar için bkz. KATRİN, Merkel, "Weiřbuch Sport und Lissabon Vertrag: Der Sport in der EU auf neuen Wegen", (Sport im Spannungsfeld von Recht, Wirtschaft und europ ischen Grundfreiheiten içinde), Logos-Verlag, 2009, s. 179-192. https://www.cep.eu/Analysen_KOM/KOM_2007_391_Weissbuch_Sport/cepAnalyse_KOM_2007_391_Weissbuch_Sport.pdf (erişim tarihi 15.05.2018).

cevaz veren herhangi bir açık hüküm bulunmamaktadır⁸. Ancak önemli sayıda sporcunun, AB Hukuku tarafından güvence altına alınan serbest dolaşım hakkına ilişkin genel hükümlere dayanarak açtığı davalar nedeniyle, ABAD'ın özellikle ekonomik faaliyet olarak değerlendirilebilecek nitelik taşıyan spor aktivitelerinin, Kurucu Antlaşmanın işçilerin serbest dolaşıma ilişkin hükümlerine aykırılık teşkil edip etmediğini değerlendirdiği çok sayıda hukuki uyumsuzlukla uğraştığı görülmektedir⁹. Özellikle ABAD'ın 1995 yılında futbolda transfer kurallarına ilişkin olarak verdiği Bosman kararı, çok uzun süre kamuoyunda ciddi tartışmalara yol açmıştır¹⁰. Sonraki dönemde bu kararın yarattığı hukuki belirsizliğin giderilmesi ve Avrupa Birliği'nin spor alanında finansal destek sağlaması için gerekli hukuki temelin oluşturulması, Avrupa Birliği kurumlarının başlıca hedefi olmuştur¹¹. Bu doğrultuda alınan gerek Avrupa Parlamentosu¹², gerekse Avrupa Birliği Zirvesi'nin¹³ hukuki bağlayıcılığı olmayan siyasi kararlarında, Avrupa Birliği'nin mevcut hukuki çerçevesi içerisinde, spor alanının özerkliği ve yapısının korunması ve spor alanının kendine özgü niteliğine güçlü bir

⁸ Açıklama için bkz. MURESAN, Remus, Ausnahmen von den EU-Grundfreiheiten im Bereich des Sports nach der "Deliege"- Konzeption, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010, s. 236; BLANPAIN, Roger, "The Specificity of Sport from a Legal Perspective", BLANPAIN, Roger/COLUCCI, Michele/HENDRICKX, Frank(ed.), The Future of Sports Law in the European Union: Beyond the EU Reform Treaty and the White Paper, Kluwer, 2008, s. 4.

⁹ GABRIS, Tomáš, Behaviour Clauses in Sports: Basic Rights of Sportsmen, Tilburg: School of Law, Tilburg University, 2010, s. 14 vd [http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=106138] (erişim tarihi 23.04.2018).

¹⁰ AB içinde uluslararası transfer sisteminin yeniden düzenlenmesine neden olan Bosman Kararı sonrası tartışmalar için bkz. BOGAERT, Stefaan van den, Practical Regulation of the Mobility of Sportsmen in the EU Post Bosman, Kluwer Law International, 2005; FİDANOĞLU, Behiç, "Sporting Exception In The European Union's Sports Policy", Ankara Bar Review, 2012/2, s. 67-80; GARDINER, Simon/WELCH, Roger, "Bosman-There and Back Again: The Legitimacy of Playing Quotas under European Union Sports Policy", European Law Journal, Vol. 17, No.6, November 2011, s. 828- 849.

¹¹ BROST, Stefan, "Die Besonderheit des Sports im neuen Artikel 165 des Lissabonner Vertrages", SpuRt 5/2010, s. 178- 182; ayrıca bkz. Vorschläge des Internationalen Olympischen Komitees (IOK) zur Rahmengesetzgebung im europäischen Sport "Sportprotokoll", Ziffer 4, Januar 2002.

¹² Entschließung über die Zukunft des Profifussballs vom 29.03.2007 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A52007IP0100]; Entschließung zum Weissbuch Sport vom 08.05.2008, (A6-0149/2008).

¹³ 12 Aralık 2008 tarihli AB Zirvesi Sonuç Bildirgesi'nin 5. No'lu Ekinde yer alan „Spor Alanındaki Açıklaması” için bkz. [https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_4_zirveler_1985_sonrasi/2008_12_bruksel_zirvesi_baskanlik_sonuc_bildirgesi_de.pdf] (erişim tarihi 12.12.2017).

Şekilde dikkat edilmesinin gerektiği vurgulanmıştır. Ancak bu siyasi taleplerin sonrasında, Avrupa Birliği ile spor alanının ilişkisine yönelik hukuken bağlayıcı olan herhangi bir düzenleme yapılamamıŐtır.

Sonraki dönemde ise 1997 yılında imzalanan Amsterdam AntlaŐmasına eklenen Spora ilişkin Bildirge ile sporun ekonomik boyutu dışındaki toplumsal ve sosyal boyutlarına dikkat çekilmiş ve bu amaçla AB Komisyonu bünyesinde bir spor birimi kurulmasına karar verilmiŐtir¹⁴. Ayrıca bu metinde, amatör sporların kendine özgü niteliklerine verilen önemin vurgulandığı açıkça görülmektedir.  ye devletlerin hukuken bağlayıcı olmayan bu ortak açıklaması, daha çok politik bir mesaj anlamı taşımaktadır. Daha sonra yapılan Kurucu Antlaşma değişikliğiyle yine Nice AntlaŐmasına eklenen Bildirge ile Kurucu Antlaşma metinlerinde bir kez daha spor kavramına yer verilmiş; spor alanının sosyal, eğitsel ve kültürel fonksiyonlarına değinilerek spor alanının kendine özgü özelliklerinin tanındığı bir kere daha vurgulanmıştır. Her ne kadar Amsterdam Bildirgesinden daha kapsamlı olsa da, Nice AntlaŐmasına bağlı bu Bildirge de, hukuken bir bağlayıcılık taŐımamaktadır¹⁵.

Spor alanının AB birincil hukukuna dahil edilmesine ilişkin en önemli gelişmeyi, Avrupa Anayasası için Oluşturulan Konvansiyon¹⁶  alıŐmaları kapsamında ortaya atılan öneriler çerçevesinde spor alanının AB hukukuna dahil edilmesine yönelik yapılan yoğun tartışmalar oluşturmaktadır. Bu tartışmalar sırasında;

- H lihazırda zaten Avrupa Birliği Destek Fonlarından Spor için gerekli finansal kaynakların bulunması,

-Avrupa Birliği ile  ye devletlerarasında spor alanındaki yetkinin katmanlı yetki (subsidiarite) ilkesi çerçevesinde ulusal spor yapılarını koruyacak biçimde açıkça belirlenmesi,

- Sporun kendine özgü niteliğinin ciddi biçimde dikkate alınması ve böylece Bosman kararının etkisinin azaltılması,

¹⁴ Amsterdam Antlaşması'na ekli Spor Hakkındaki Bildirge için bkz. [<https://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-de.pdf>] (erişim tarihi 12.05.2017).

¹⁵ PARRISH, Richard/GARCIA, Borja Garc a/MIETTINEN, Samuli/SIEKMANN, Robert, "Der Vertrag Von Lissabon Und Die Sportpolitik Der Europäischen Union", Studie, Ausschuss für Kultur und Bildung des Europäischen Parlaments, 2010, s. 19 vd. [[https://www.Europarl.europa.eu/Rg-Data/etudes/join/2010/438607/IPOL-CULT_ET\(2010\)438607_DE.pdf](https://www.Europarl.europa.eu/Rg-Data/etudes/join/2010/438607/IPOL-CULT_ET(2010)438607_DE.pdf).] (erişim tarihi 15.03.2018).

¹⁶ KUMRULU, G lce, "Avrupa'nın Geleceğine İlişkin Konvansiyon", Ankara Avrupa  alıŐmaları Dergisi, Cilt: 2 Sayı:4 (Bahar: 2003) s. 163-191.

-Sporun toplumsal önemi ile sosyal ve eğitsel işlevinin vurgulanması gerektiği gerekçeleri kullanılarak, spor alanının da Avrupa Birliği hukuku birincil mevzuatına dahil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁷.

Konvansiyon çalışmaları sonunda spor alanının Anayasal Antlaşma Taslağı'nın "Eğitim, Mesleki Eğitim, Gençlik ve Spor" başlığı altında 5. bölümünde yer almasına karar verilmiştir. Şu an ABİHA 165. maddesinin lafzına baktığımızda, bu düzenlemenin gerçekten de büyük ölçüde Anayasal Antlaşma Taslağında önerilen III-282. maddesiyle örtüştüğü görülmektedir¹⁸.

2. LİZBON ANTLAŞMASI SONRASI AB'NİN SPOR ALANINDAKİ YETKİSİ: ABİHA MD. 165¹⁹

2.1. Yetkiye İlişkin Genel Açıklama

Avrupa Birliği, bilindiği üzere kurucu antlaşmalarla belirlenen amaçlara ulaşmak için, yalnızca üye devletlerin, kurucu antlaşmalarla kendisine verdiği yetkileri kullanabilir. Bu nedenle sınırlı yetkiye sahip Avrupa Birliği'nin, hangi alanlarda ve hangi ölçüde düzenleme yapabileceği, Kurucu Antlaşmalarda düzenlenen yetkilendirme ilkesine

¹⁷ GRODDE, Meinhard, "Die Aufnahme des Sports in die Europäische Verfassung", Sport und Recht (SpurT), 2005, s. 222-227. Konvansiyon çalışmaları sırasında Almanya, İngiltere ve İsveç temsilcileri, sonuçlarının öngörülemeyeceği gerekçesiyle spor alanının AB hukukuna dahil edilmesine karşı çıkmışlardır.

¹⁸ Anayasal Antlaşma Taslağının md. III-282/1 (2)'de yer alan "Birlik, sporun toplumsal ve eğitici işlevini göz önünde bulundurarak, Avrupa'da sporla ilgili konulara katkıda bulunur" şeklindeki düzenleme, ABİHA md. 165/1 uyarınca, "*Birlik, sporun kendine özgü niteliğini, gönüllülük esasına dayalı yapısını ve sosyal ve eğitsel işlevini göz önünde tutarak, sporda Avrupa boyutunun geliştirilmesine katkıda bulunur.*" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, Avrupa Birliği'nin kendi spor politikasını hedefleyen, güçlü bir spor perspektifi vurgusuna yer verilmesi hedeflenmiştir. Bkz. EICHEL, Benjamin, C 310, Der Sport im Recht der Europäischen Union: Rechtliche Wirkungen der Unionskompetenz aus Art. 165 AEUV für die Regelungsbefugnisse von Mitgliedstaaten und Sportverbänden, Nomos Verlag, 1. Auflage 2013, s. 140 vd; 165. maddenin Anayasal Antlaşma'da düzenlenen şekliyle karşılaştırmak amacıyla ayrıca bkz. WIESNER, Florian, Unionsziele im Europäischen Verfassungsrecht: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung - dargestellt am Unionsziel der Sportförderung, Peter Lang Frankfurt, 2008, s. 119 vd.; Anayasal Antlaşma metni için Official Journal of the European Union, C 310, 16 December 2004, 16.12.2004 tarihli AB Resmi Gazetesi, C310/127. [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=OJ%3AC%3A2004%3A310%3ATOC>] (erişim tarihi 12.03.2017).

¹⁹ PERSCH, Sven, "Sportförderung in Europa: Der neue Art. 165 AEUV", NJW 27/2010, s. 1917- 1920.

göre belirlenmektedir²⁰. Lizbon Antlaşması ile AB birincil mevzuatına getirilen önemli yeniliklerinden birisi de bu alanda karşımıza çıkmaktadır. Lizbon Antlaşması ile ilk defa, üye devletler ile Avrupa Birliği arasında yetkilerin ne şekilde paylaşılacağına ilişkin bir yetki kataloğu oluşturulmuştur²¹. Bu çerçevede, Avrupa Birliği'nin yetkili olduğu alanlar, üç temel ve iki spesifik olmak üzere 5 farklı kategoride sınıflandırılmıştır. Bu alanlar münhasır yetki, paylaşılan yetki, destekleyici, koordine edici ve tamamlayıcı yetki, ekonomi ve istihdam politikalarının koordinasyonu ve ortak dış politika ve güvenlik politikası şeklinde düzenlenmiştir. Bu makale kapsamında yetki konusu sadece spor alanının içinde yer aldığı destekleyici, koordine edici ve tamamlayıcı yetki kategorisi kapsayacak ölçüde incelenecektir.

Avrupa Birliği süreç içinde giderek daha fazla spor alanına müdahil olmaya başlamıştır. Bu gelişim sonucu olarak Lizbon Antlaşması ile spor alanı, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmasının (ABİHA) 6. maddesinde düzenlenen destekleyici, koordine edici ve tamamlayıcı yetki kullanılabilir alanlar içinde sayılmıştır²². Ayrıca, sporun Avrupa boyutunun desteklenmesi amacıyla, ilk defa kurucu antlaşmalarda özel düzenleme yapılmış, bu amaçla ABİHA'nın XII. Başlığını taşıyan Eğitim, Mesleki Eğitim, Gençlik ve Spor bölümünün 3. kısmında yer alan 165. maddesi ile spor alanına ilişkin bir düzenleme, Avrupa Birliği birincil hukuku içine yerleştirilmiştir. AB bu yeni düzenleme ile daha önce

²⁰ AB Antlaşması madde 5: “1. Birliğin yetkilerinin sınırları, **yetkilendirilme ilkesine tabidir**. Birlik yetkilerinin kullanılması, katmanlı yetki ve orantılılık ilkelerine tabidir. 2. Yetkilendirilme ilkesi gereğince Birlik, Antlaşmalar'da belirlenen hedeflere ulaşmak için, ancak üye devletler tarafından Antlaşmalar'da kendisine verilen yetkilerin sınırları dahilinde hareket eder. Antlaşmalar'da Birliğe verilmemiş yetkiler üye devletlere aittir...”.

²¹ Lizbon Antlaşmasıyla getirilen “Yetki Katalođu”na ve yetki kategorilerine ilişkin olarak bkz. STREINZ, Rudolf/OHLER, Christoph/HERMANN, Christoph, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, C.H. Beck München. 2010, s.103- 110; CALLIESS, Christian, Die neue Europäische Union Nach dem Vertrag von Lissabon, Mohr Siebeck Tübingen, 2010, s. 186-194; ALYANAK, Servet, Avrupa Birliği Hukukunda Yetki Sorunu, Yetkin Yay., Ankara 2015, s. 40 vd; CRAIG, Paul, The Lisbon Treaty, Law, Politics and Treaty Reform, Oxford University Press, 2010, s. 158 vd.; BAYKAL, Sanem/ GÖÇMEN, İlke, Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin Yay., Kasım 2016, s. 263 vd.

²² Avrupa Birliğinin, üye devletlerin eylemlerini desteklemek, koordine etmek veya tamamlamak amacıyla tedbirler alma yetkisine sahip olduğu alanlar: insan sağlığının korunması ve iyileştirilmesi, sanayi, kültür, turizm, eğitim, mesleki eğitim, gençlik ve **spor**, sivil savunma ve idari işbirliği şeklinde tahdidi olarak sayılmıştır. Bkz. CALLIESS, “ Die neue...”, s. 191.

kendisine yönelik kurucu antlaşmaların eğitim alanındaki yetkisini aykırı biçimde kullanmak suretiyle, yetkisi bulunmadığı spor alanındaki faaliyetleri desteklediğine dair eleştirileri giderecek bir hukuki dayanağa kavuşmuştur. Bu sayede AB artık spor alanındaki faaliyetlere yönelik desteğini artık doğrudan yürütme imkânına kavuşmuştur²³.

Ayrıca Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesiyle birlikte kurumsal olarak bazı adımlar atılmış ve bu çerçevede; Avrupa Birliği Spor Bakanlarından oluşan Bakanlar Konseyi bünyesinde oluşturulan Bakanlar Konseyi Spor Çalışma Grubu 16.07.2010 tarihinde görevine başlamıştır. Bu görevlendirmenin akabinde yapılan hazırlık çalışmaları sonucunda AB düzeyinde spor politikasının geliştirilmesi ve teşviki için Konsey tarafından iki çalışma planı kabul edilmiştir²⁴.

2.2. Spor İle İlgili Kurucu Antlaşma Maddeleri

Avrupa Birliği'nin "Yetki Kategorileri ve Yetki Alanlarını" düzenleyen, ABİHA'nın I. Başlığı altında yer alan 2. maddesinin 5. fıkrası, Birliğin, üye devletlerin yetkilerinin yerine geçmeksizin, onların eylemlerini destekleyici, koordine edici veya tamamlayıcı yetkiler kullanmasına imkân veren yetki kategorisini düzenlemektedir. Buna fıkraya göre;

"Birlik, Antlaşmalar'da öngörülen belirli alanlarda ve koşullar dâhilinde, üye devletlerin bu alanlardaki yetkilerini ikame etmeksizin, üye devletlerin eylemlerini desteklemek, koordine etmek veya tamamlamak amacıyla eylemlerde bulunma yetkisine sahiptir" denilmektedir. Bu maddenin hükmü gereği söz konusu yetkinin hangi alanlarda kullanılacağı, aynı antlaşmanın 6. maddesinde sayılmıştır. ABİHA 6. maddesi uyarınca, "...Birliğe, üye devletlerin eylemlerini desteklemek, koordine etmek veya tamamlamak amacıyla Avrupa düzeyinde tedbirler alma yetkisi tanınan alanlar..." listesinin e) bendinde "eğitim, mesleki eğitim, gençlik" alanlarının yanı sıra "spor" alanına da yer verilmiştir.

Kurucu Antlaşmalarda spora ilişkin getirilen özel düzenleme ABİHA'nın 165. maddesidir. 165. maddenin ilk fıkrasında Avrupa Birliği'nin spor alanında yapacağı eylem ve faaliyetlerinin temel amacının belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu fıkra uyarınca, "Birlik, sporun kendine

²³ PARRISH/GARCIA/MIETTINEN/SIEKMANN, "Der Vertrag Von Lissabon...", s. 11.

²⁴ 2011-2014 yıllarını kapsayan ilk plan -Arbeitsplans der Europäischen Union für den Sport (2011-2014) Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nin 01.06.2011 tarihli ABl. C 162 sayısında yayınlanmıştır. 2014-2017 yıllarını kapsayan ikinci plan ise -EU-Arbeitsplan für den Sport (2014- 2017) Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin 14.06.2014 tarihli ABl. C 183 sayısında yayınlanmıştır.

özgü niteliğini, gönüllülük esasına dayalı yapısını ve sosyal ve eğitsel işlevini göz önünde tutarak, sporun Avrupa boyutunun desteklenmesine katkıda bulunacaktır.” Burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu alandaki yetkinin hala öncelikli olarak üye devletlerde olduğu; bu çerçevede esasen ilgili fıkrada belirtildiği üzere, sporun gönüllülük esasına dayalı olarak ulusal spor federasyonları aracılığıyla yürütülen faaliyetlerine, AB'nin sadece Avrupa düzeyinde katkıda bulunacağıdır.

Yine AB'nin hedeflerinin sayıldığı ikinci fıkrada ise, “...spor karşılaşmalarında dürüstlük ve şeffaflığın ve spordan sorumlu kurumlar arasındaki işbirliğinin teşvik edilmesi ve başta genç sporcular olmak üzere, sporcuların bedensel ve ahlaki bütünlüğünün korunması yoluyla, sporun Avrupa boyutunun geliştirilmesi” yer almaktadır.

Bu çerçevede Avrupa Birliği spor politikasının 3 somut hedefi belirlenmiştir. Bu hedeflerden ilkinin spor karşılaşmalarında dürüstlük ve şeffaflık oluşturmaktadır. Bu hedefle ilgili öncelikle doping, şike ve sporda şiddetle mücadele çabalarının ekonomik olarak desteklemesi önem arz etmektedir. Yine spor karşılaşmalarında açıklık ve şeffaflığın teşvik edilmesi için sınır ötesi spor müsabakalarına sporcuların katılması için gerekli imkânların sağlanması ve bu amaçla AB'nin temel ilkeleri arasında yer alan uyrukluğa dayalı ayrımcılık yasağı ilkesinin spor alanına özgü biçimde hassasiyetle uygulanması gerekmektedir²⁵. Bu fıkrada ikinci hedef olarak, spordan sorumlu kurumlar arasında işbirliğinin teşvik edilmesi belirlenmiştir. Bu amaçla Birlik tarafından söz konusu kurumlar arasında ortak toplantılar düzenlenerek, Spor Birlik ve Federasyonları arasında bilgi ve deneyimleri paylaşılması öngörülmüştür. Avrupa Birliği özellikle genç sporculara büyük önem vermektedir. Bu nedenle belirlenen üçüncü hedef olarak sporcuların bedensel ve ahlaki bütünlüğünün korunması belirlenirken genç sporcuların desteklenmesi ayrıca zikredilmiştir. Bu amaçla yasal yollardan doping ile mücadele ve aynı zamanda gençlerin profesyonel düzeyde spor yapmaya yönlendirilmesi hedefler arasında yer almaktadır²⁶.

165. maddenin üçüncü fıkrasında ise, “Birlik ve üye devletlerin eğitim ve spor alanında, üçüncü ülkelerle ve başta Avrupa Konseyi olmak

²⁵ STEINER, Udo, “Quo Vadis Sportrecht”, Causa Sport, 2009, s. 14-20; STREINZ, Rudolf, “Zum Recht der Unionsbürger auf Gleichbehandlung im Amateursport”, Spurt 2010, s. 231-233.

²⁶ RUFFERT, Mattias, “AEUV Art. 165”, (CALLIESS, Christian/RUFFERT, Mattias, (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharte içinde), 5. Aufl. 2016, Rn. 20.

üzere, yetkili uluslararası örgütlerle işbirliğini geliştireceği...” belirtilmiştir. Bu fıkra ile Avrupa Birliği düzeyinde spor alanının dış boyutuna yer verilirken, Birliğin bu alanda uluslararası işbirliği inisiyatifini üye devletlerle birlikte kullanması gerektiği gösterilmiştir. AB spor alanında Erasmus + gibi ortak programlar aracılığıyla üye devletlerle birlikte eğitim ve spor alanında uluslararası alanda işbirliği imkânlarını geliştirecek faaliyetler yürütecektir.

Bu madde de belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi amacıyla Avrupa Birliği organlarının hangi tasarruflarda bulunacağı dördüncü fıkrada düzenlenmiştir. Bu fıkra uyarınca,

“Avrupa Parlamentosu ve Konsey, olağan yasama usulü uyarınca hareket ederek ve Ekonomik ve Sosyal Komite ile Bölgeler Komitesi’ne danıştıktan sonra, üye devletlerin kanun ve ikincil düzenlemelerinin uyumlaştırılması hariç olmak üzere, teşvik tedbirleri kabul eder”, yine “Konsey, Komisyon’un önerisi üzerine tavsiyeler kabul eder.”

2.3. Genel Olarak Spor Maddesinin Lafzı ve Sistematiği

165. maddenin lafzına baktığımızda açık biçimde “spor” kavramının tanımına yer verilmediği görülmektedir²⁷. Spor kavramının üye devletlerde farklı biçimlerde anlaşılması Avrupa Birliği düzeyinde ortak bir spor tanımı yapılmasını güçleştirmektedir. Bu nedenle genellikle AB kurumlarının çeşitli rapor ve resmi açıklamalarında sporu daha çok işlevi, hedefleri ve sorunlu alanları açısından ele aldıklarını görmekteyiz²⁸.

Ancak AB Komisyonu’nun Spor Beyaz Kitabında esas olarak Avrupa Konseyi’nin 1992 yılında kabul ettiği Avrupa Spor Şartı’nda yer alan spor tanımını kullandığı görülmektedir²⁹. Komisyon’un tercihi olan bu tanıma göre; spor, fiziksel olarak formda olmayı ve ruhsal sağlığı ifade etmek veya iyileştirmek, sosyal ilişkiler oluşturmak veya her düzeydeki

²⁷ Spor kelimesinin etimolojik kökeni ve tanımı için bkz. EICHEL, “Der Sport...”, s. 22 vd; HOLZKE, Frank, Der Begriff Sport im deutschen und europäischen Recht, Diss. Köln, 2001, s. 2 vd.

²⁸ Örnek olarak AB Komisyonu’nun 10.12.1999 tarihli Sporun sosyal işlevine ilişkin Helsinki Raporu, AB Konseyi’nin 09.12.2000 tarihli Nice Zirve açıklamasını gösterebiliriz.

²⁹ Spor Beyaz Kitabı için bkz. Dok. KOM (2007) 391, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:52007DC0391>] (erişim tarihi 20.05.2018). [<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%2011811%202007%20ADD%204>], s. 2, (erişim tarihi 12.02.2018).

rekabette sonuç elde etmek amaçlarıyla, bireysel veya organize katılım yoluyla gerçekleşen her türlü fiziksel faaliyet olarak açıklanmaktadır³⁰.

Bu tanımlardan dikkat çeken husus, spor faaliyetlerinin yoğun fiziksel aktivite olarak nitelendirilmesidir. Ancak günümüzde satranç, bridge, go gibi zihin oyunlarının da spor olarak tanınması gerektiği yönündeki tartışmalar devam etmektedir. Hatta bu tartışmalar ABAD önüne kadar taşınmıştır³¹. Öte yandan 165. maddenin profesyonel spor faaliyetlerinin yanı sıra, amatör ve hobi spor faaliyetlerini de kapsadığı kabul edilmektedir³². Avrupa Birliği'nin spor alanındaki yetkisi, ABİHA 165. madde ilk fıkrasının ikinci cümlesinde "Sporun Avrupa Boyutunun" geliştirilmesine katkıda bulunmak şeklinde genel biçimde düzenlenmiştir³³. Dolayısıyla Avrupa Birliği'nin spor politikasının çekirdeğini sporun Avrupa boyutu kavramı oluşturmaktadır. 165. maddedeki yetkiyi kullanılarak Avrupa Birliği kendi spor politikası aracılığıyla spor alanında ortak bir Avrupa resmi oluşturmayı hedeflemektedir³⁴. Ancak, burada özellikle seçilen katkı kavramıyla bu

³⁰ Bkz Avrupa Spor Şartı, md. 2/1 (a) [<https://rm.coe.int/16804c9dbb>] (erişim tarihi 23.08.2018).

³¹ CLASSEN, Claus Dieter, "Sport (Art 165. Abs. 1)", (VON DER GROBEN, Hans/SCHWARZE, Jürgen/HATJE, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht içinde), 7. Auflage 2015, Rn. 17.; Aksi yönde görüş içeren Divan Kararı için bkz. ABAD 26 Ekim 2017 tarihli C- 90/16 sayılı Kararı. ABAD, bu uyuşmazlıkta, Bridge kart oyununu yeterli ölçüde bedensel faaliyet içermediği gerekçesi ile 28 Kasım 2006 tarih ve 2006/112 Sayılı Konsey Direktifinin 132. maddesinin ilk fıkrası m bendi anlamında "spor" sayılmayacağı şeklinde karar vermiştir. Karar metni için [<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dc68ee78653e5d407785b2a025eefde173.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pbh0Ne0?text=&docid=196124&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=236107>] (erişim tarihi 15.008.2018).

³² BLANKE, Hermann- Josef, "Art. 165/166 AEUV", (GRABITZ, Ebenhard/HILF, Meinhard/NETTESHEIM, Martin (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union içinde), 2018, Rn. 138.

³³ Madde metninin Almancası "der Europäischen Dimension des Sports" şeklindedir. İngilizce metinde ise bu kavram, "European sporting issues" şeklinde yer almaktadır. Antlaşma metninde yer alan Almanca ve İngilizce arasındaki lafzi farklılık, Birliğin eylemlerinin yer aldığı ikinci fıkrada ortadan kalmaktadır. Bu fıkranın İngilizcesinde "the European dimension in sport" şeklinde ifade yer almaktadır. Bkz. MURESAN, Remus, "Die neue Zuständigkeit der Europäischen Union im Bereich des Sports", Causa Sport 2010, s. 101.

³⁴ BROST, "Die Besonderheit ...", s. 178.

alandaki destekleme faaliyetinin Spor Federasyonları ve üye devletlerle birlikte kullanılabilmesi belirtilmektedir³⁵.

AB ve ilgili kurumların kendilerine tanınan bu yetkiyi, sporun kendine özgü niteliğini, gönüllülük esasına dayalı yapısını ve sosyal ve eğitsel işlevini göz önünde tutarak kullanması gerekmektedir. İkinci fıkrada ise Birliği bu alanda temel hedeflerinin sayıldığını görüyoruz. Ayrıca üçüncü fıkrada, Birliğin yanı sıra üye devletlerin de, eğitim ve spor alanında, başta Avrupa Konseyi olmak üzere, üçüncü ülkelerle ve yetkili uluslararası örgütlerle işbirliğini geliştirmesi düzenlenerek Avrupa Birliği'nin spor alanındaki temel hedeflerine uluslararası bir işbirliği hedefinin de dâhil edildiğini görmekteyiz. Son fıkrada ile Birliğin öngörülen hedeflere ulaşmak amacıyla hangi hukuki araçları kullanabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda Birlik, üye devletlerin kanun ve ikincil düzenlemelerini uyumlaştırmamak koşuluyla teşvik tedbirleri alabilecek, tavsiye kararları kabul edebilecektir. Ayrıca bu araçların yanı sıra AB'ye benzer şekilde yetkilerin verildiği kültür politikası alanında da kullanılan ve hukuken bağlayıcı olmayan ilke kararları, Yeşil ve Beyaz Kitap gibi başka araçlarda Sporun Avrupa Boyutunun desteklenmesi için kullanılabilir³⁶. Ayrıca, 165. maddenin lafzında sporun sadece Avrupa boyutunun geliştirilmesine değinilmesiyle, üye devletlerin, ulusal ve federal ve eyalet düzeyindeki yetkilerinin korunduğu özellikle vurgulanmak istemiştir³⁷.

2.4. AB'nin Spor Alanındaki Faaliyetlerinin Hedefleri

165. maddenin ikinci fıkrasına bakıldığında Birliğin eğitim, mesleki eğitim, gençlik ve spor alanlarındaki eylemlerinin yöneldiği temel hedeflerin somut biçimde sayıldığı görülmektedir. Bu hedefler arasında spor alanındaki temel hedefin, sporun Avrupa boyutunun geliştirilmesi olduğu tekrar vurgulanarak, spor karşılaşmalarında dürüstlük ve şeffaflığın, yine spordan sorumlu kurumlar arasında işbirliğinin teşvik edilmesi ve başta en genç sporcular olmak üzere, sporcuların bedensel ve ahlaki bütünlüğünün korunması yoluyla bu amacın nasıl gerçekleştirilmesi

³⁵ FLORIAN, Christoph, Die europäische Dimension des Sports. Der Unionsrechtsrahmen für den Sport und seine Änderung durch den Vertrag von Lissabon, Tectum Verlag, 2014, s. 90

³⁶ FECHNER, Frank, "EGV Art. 151", (VON DER GROEBEN, Hans/SCHWARZE, Jürgen, (Hrsg.) Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, içinde), 2003, Rn. 49 vd.

³⁷ WIESNER, Florian, Unionsziele im Europäischen Verfassungsrecht: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung - dargestellt am Unionsziel der Sportförderung, Peter Lang Frankfurt, 2008, s. 88.

gerektiği somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda, sporda Avrupa boyutunun geliştirilmesi için spor müsabakalarında dürüstlük ve şeffaflığın teşvik edilmesi gerekmektedir. Spor faaliyetlerinin temelinde yer alan dürüstlük unsuru, eşitlik, öngörülebilirlik, doğruluk ve hakkaniyet ilkeleri olarak spor örf ve adet kuralları içinde kabul edilmektedir³⁸. Spor karşılaşmalarında açıklık ve şeffaflık ise herkesin ayrımcılığa uğramadan bu müsabakalarda yer alabilme imkânının sunulması anlamına gelmektedir. Özellikle bu konularda sorunlu alanların başında dopingle mücadele ve sporda şiddetin önlenmesi yer almaktadır³⁹.

İkinci fıkrada ayrıca AB'ye başta en genç sporcular olmak üzere, sporcuların bedensel ve ahlaki bütünlüğünün korunması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü de getirilmiştir. Özellikle bu kapsamda sporcuların sağlık koşullarını güvence altına almak amacıyla dışarıdan gelen tehlikelere karşı etkili bir anti-doping politikasının oluşturulması gerekmektedir⁴⁰. Bu hassas konu, başta genç sporcular olmak üzere tüm sporcuları anti-doping konusunda eğitim ve bilinçlendirme faaliyetlerini de içermektedir.

165. maddenin 3. fıkrasında ise Avrupa Birliği'nin yanı sıra üye devletlere de açıkça eğitim ve spor alanında, başta Avrupa Konseyi olmak üzere, üçüncü ülkelerle ve yetkili uluslararası örgütlerle işbirliğini geliştirme yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece sporun uluslararası boyutunun da önemi vurgulanarak bu alanda yetkinin üye devletlerle birlikte paylaşıldığı belirtilmiştir. AB Komisyonu, bu alanda Spor Beyaz Kitabında spor organizasyonları, üye devletler ve AB arasında işbirliğinin geliştirilmesine yönelik önerilerde bulunmuştur. Bu işbirliği alanlarının başında doping ile ortak mücadele yürütülmesi gelmektedir. Uluslararası işbirliği Avrupa Spor Politikasının en önemli unsurlarından birisini oluşturmaktadır. AB'nin spor alanını destekleme hedeflerinin dış yönünü oluşturan bu işbirlikleri, tek başına AB organlarına bu yetkiyi kullanma imkânı vermemektedir. Fıkroda belirtildiği üzere AB'nin yanı sıra üye devletler de bu alanda yetki sahibidir. Üye devletler arasında ortaya çıkabilecek muhtemel anlaşmazlıkların önüne geçilmesi için, uluslararası alanda işbirliğini kapsayan konularda, AB'nin yanı sıra üye devletlerin de

³⁸ SUMMERER, Thomas, "Teil 2: Sport, Vereine, Verbände und Kapitalgesellschaften" (FRITZWEILER, Jochen/ PFISTER, Bernhard/ SUMMERER, Thomas, (Hrsg.) Praxishandbuch Sportrecht, içinde) 2014, Rn.13.

³⁹ BROST, "Die Besonderheiten ...", Spurt 2010, s. 178 vd.

⁴⁰ NOLTE, Martin, Sport und Recht: Ein Lehrbuch zum internationalen, europäischen und deutschen Sportrecht (Beiträge zur Lehre und Forschung im Sport), 2004, s. 38 vd.

taraf olduğu karma uluslararası anlaşmaların imzalanmasını zorunlu kılmaktadır⁴¹.

2.5. Yetkinin Kullanılması ve İzin Verilen Hukuki Araçlar

Avrupa Birliğinin bağlayıcı karar alma yetkisine sahip organlarının 165. maddede düzenlenen amaçların gerçekleştirilmesine yönelik hangi eylem ve faaliyetlerde bulunacağı 4. fıkrada düzenlenmiştir. Bu kapsamda bu maddede belirtilen amaçların gerçekleştirilmesine katkıda bulunmak için iki farklı araç öngörülmüştür. Bu araçlardan ilkini, ABİHA md. 294'te düzenlenen olağan yasama usulü uyarınca Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in çıkaracağı teşvik tedbirleri oluşturmaktadır⁴². Teşvik tedbirlerinden ne anlaşılması gerektiği ve bu tedbirlerin açıkça hangi hukuki tasarruf aracıyla yerine getirileceği 165. maddede belirtilmemiştir. Ayrıca AB'nin hukuki tasarrufta bulunma yetkisine sahip organlarının tasarruflarının sayıldığı ABİHA md. 288'de de teşvik tedbirleri tasarrufuna yer verilmemiştir. Bu nedenle teşvik tasarrufları biçimsel olarak gösterilmemiş hukuk tasarrufu olup AB'nin kendine özgü düzenleme araçlarından birisi olarak değerlendirilmektedir⁴³. 11-12 Aralık 1992 tarihli AB Zirvesi Sonuç Bildirgesinde teşvik tedbirlerini “üye devletlerle işbirliğini güçlendirmek amacıyla veya ilgili politik alanlarda üye devletlerin faaliyetlerini desteklemek veya tamamlamak amacıyla yürütülen ve gerektiğinde Topluluk programlarıyla finansal destek verilmesi şeklinde yapılan Topluluk tedbirleri şeklinde tanımlanmıştır⁴⁴. Burada dikkat edilmesi gereken husus, AB'nin aldığı tedbirlerin üye devletlerin ulusal politikalarına yerine geçmesi değil, onları teşvik etmesi gerektiğidir. Bu teşviklerin ekonomik biçimde olması gerekmemeyle birlikte, uygulamada AB'nin finansal desteği büyük önem taşımaktadır⁴⁵.

Bu tedbirlerin, genel olarak hukuki bağlayıcılık taşıyan her türlü Birlik tasarrufu ile düzenlenebileceğinin aksini gösteren bir kısıtlama bulunmamaktadır⁴⁶. Bu çerçevede Birlik Tüzük, yönerge veya karar

⁴¹ AB'nin bu alandaki yetkisi için bkz. NIEDOBITEK, “AEUV Art. 165...”, Rn. 48.

⁴² Avrupa Birliğinde yasama usullerine ilişkin bkz. BAYKAL/ GÖÇMEN, “Avrupa Birliği Kurumsal ...”, s. 288 vd.

⁴³ CLASSEN, “Sport (Art 165. Abs. 1)”, Rn. 27; BLANKE, “Art. 165/166 AEUV”, Rn. 110.

⁴⁴ CLASSEN, “Sport (Art 165. Abs. 1)”, Rn. 25; BLANKE, “Art. 165/166 AEUV”, Rn. 101.

⁴⁵ SIMM, Marion, “Art. 150 EGV”, (Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU- Kommentar içinde), 2000, Rn. 21.

⁴⁶ MURESAN, “Die neue Zuständigkeit...”, s.102; NIEDOBITEK, “AEUV Art. 165”, Rd. 58.

biçimde düzenleme yaparak teşvik tedbirlerinde bulunabilecektir. Nitekim Anayasal Antlaşmanın III-282/3 maddesi uyarınca Avrupa Kanunu veya Çerçeve Kanunu ile bu tedbirlerin alınabileceği öngörülmüştü. Ancak, AB bu düzenlemeleri yaparken üye devletlerin ulusal düzenlemelerinin uyumlaştırılması yasağına uymak zorundadır. Bu yasak üye devletlerin bu alanda bir düzenlemesi bulunmaması halinde bile geçerlidir. Doktrinde AB'nin 165. maddenin 4. fıkrasına dayanarak Spor alanında yönerge çıkartıp çıkarmayacağı tartışmalıdır. Ancak Persch AB'nin bu maddeye dayanarak Anti-Doping yönergesine çıkarmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir.⁴⁷

Avrupa Birliği'nin yasama yetkisini kullanan iki organı olan Avrupa Parlamentosu ve Konsey, spor alanında bu düzenlemeyi yaparken Ekonomik ve Sosyal Komite ile Bölgeler Komitesi'ne danışmak zorundadır. Avrupa Birliğine bağlayıcı teşvik tedbirlerinin yanı sıra ikinci olarak, Konseye Komisyonun önerisi üzerine bu alanda nitelikli çoğunluk ile tavsiye kararı alma imkânı tanınmıştır. Tavsiye kararları ABİHA md. 288 fıkra 5 uyarınca bağlayıcı olmayıp içeriği itibarıyla üye devletlere iç hukuklarına aktarma yükümlülüğü getirmemektedir. Bu açıdan üye devletler, tavsiye kararlarını yerine getirmek veya iç hukuklarına aktarmak konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak Konsey'in tavsiye kararlarının üye devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından AB hukukunun yorumlanması konusunda dikkate alması gerekmektedir⁴⁸.

2.6. Yetkinin Sınırları

Avrupa Birliği'nin genel olarak yetkisinin sınırlarını belirleyen yetkilendirme ilkesi, katmanlı yetki ilkesi ve orantılılık ilkelerinin yanı sıra, spor politikasına özgü olarak Avrupa Birliği'nin bu alandaki yetkisini sınırlandıran spor alanının özerkliği ilkesi, toplumsal ödevlerin yerine getirilmesine dayanan katmanlı yetki ilkesi ve 165. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen uyumlaştırma yasağı bulunmaktadır.

2.6.1. Avrupa Spor Alanının Özerkliği

Avrupa Birliği, spor özerk alanının kurallarına uygun faaliyet etmek zorundadır. Temel Haklar Şartının 12. maddesinde güvence altına alınan ve spor alanı için büyük önem arz eden dernek kurma ve örgütlenme özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi bu özerkliğin hukuki temelini oluşturmaktadır⁴⁹. Avrupa Birliği düzeyinde de

⁴⁷ PERSCHT, "Sportförderung in Europa...", s.1919 vd.

⁴⁸ Bu konuda bkz C- 322/88, Grimaldi, Slg. 1989, I-4407, Rn. 18.

⁴⁹ NOLTE, Martin, "Staatliche Verantwortung im Bereich Sport- Ein Beitrag zur normativen Abgrenzung von Staat und Gesellschaft", Lorenz-von-Stein-Institut für

dernek kurma ve örgütlenme özgürlüğü Divan tarafından tanınmaktadır⁵⁰. Alman Anayasası'nın 9. maddesinde düzenlendiği gibi bu özgürlüğü kapsamını, öncelikle dernek kurma serbestisi ve kendi iç işleyişi ve yönetimini kendi özerk kuralları ile belirleme hakkı oluşturmaktadır. Bu açıdan doping konusuyla bağlantılı olarak, doping olarak neyin kabul edilip neyin edilmeyeceğini belirleyecek olan devlet değil, özerk spor kulüp ve federasyonlarının kendi uzmanlık alanları ve etik ilkeleri çerçevesinde belirledikleri ölçütleri olacaktır⁵¹. Aynı şekilde spor alanında düzenleme yapma yetkisi sadece ilgili spor dernek ve federasyonlarına aittir.

2.6.2. Katmanlı Yetki İlkesi (Subsidiarite İlkesi)⁵²

Lizbon Antlaşması sonrasında da, eğitim ve spor alanında öncelikli düzenleme yapma yetkisi üye devletlere aittir. AB spor alanında destekleyici faaliyetlerini yürütürken, AB antlaşmasının 5. maddesinde düzenlenen katmanlı yetki ilkesi gereğince, sadece öngörülen eylemin amaçlarının üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve fakat söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri itibarıyla Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda harekete geçebilecektir⁵³. Özellikle sınıraşan nitelikler taşıyan hedefler söz konusu olduğunda işin doğası gereği, Avrupa Birliği eylem ve faaliyetlerinin hedeflenen amaçlara ulaşmak açısından daha etkili sonuçlar doğurduğu durumların olduğu da bilinmektedir. Örneğin ABIHA md. 166/2 yer alan hedefler içerisinde bulunan mesleki eğitimlerin ve mesleki eğitim alanların hareketliliğinin

Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, 2004, s. 307. AB Temel Haklar Şartı'nın 12. maddesi, toplanma ve dernek kurma özgürlüğünü düzenlemektedir. Bu çerçevede, herkes, özellikle siyasi, sendikal ve sivil konularda olmak üzere, her düzeyde, barışçıl toplantı yapma ve dernek kurma özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlükler spor dernekleri biçiminde faaliyet spor kulüpleri içinde geçerlidir. Aynı şekilde Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 11. maddesinde de, "Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir" şeklinde güvence altına alınmıştır.

⁵⁰ Bkz. ZINGER, Susanne, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, s.127.

⁵¹ STEINER, "Quo Vadis...", 2009, s. 14-21.

⁵² ÇİLİNGİR, Sevgi, "AB Hukukunda Subsidiarite İlkesi ve Uygulanması", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt: 19, Sayı: 3, Yıl: 2017, s. 349-371.

⁵³ AB'nin yetki kullanımının sınırlarını belirleyen Katmanlı Yetki İlkesinin (Subsidiarite İlkesi) Lizbon Antlaşması Sonrasındaki kullanılmasına ilişkin olarak karşılaştırma için bkz. GÜNEŞ, Ahmet. M., "Avrupa Birliği'nde Subsidiarite İlkesinin Uygulanmasının Ulusal Parlamentolar Tarafından Denetlenmesi", Legal Hukuk Dergisi, Sayı 141, Yıl 2014, s. 37-62; YÜKSEL, Metin/ALTAN, Yakup, "Lizbon Antlaşması Sonrasında Subsidiarite İlkesi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 3, 2011, s.131-147.

teşviki hedefinin gerçekleşmesinde AB'nin aldığı teşvik edici tedbirlerin daha etkili sonuçlar doğurduğu tespit edilmiştir. Uygulamada başarılı olan eğitim programları göstermiştir ki, Avrupa Birliği'nin desteği olmadan  ye devletlerin bu başarılı sonuçlara ulaşması mümkün deđildir⁵⁴. Öte yandan Avrupa Birliği tarafından sporun desteklenmesi, sporun özerkliği çerçevesinde toplumsal fonksiyonunun korunması ve subsidiarite ilkesi dikkate alınarak yerine getirilmelidir. Katmanlı yetki ilkesi, öncelikle özerk sporların sorumluluğunun devlet sorumluluğundan önce o alanın kendi özerk kurumlarının sorumluluğunda olduğunu ve bu yüzden devletin yetkisini bu alanda sınırlayıcı bir işleve sahip olduğunu g stermektedir⁵⁵. Sonuç olarak, devlet, spor kurumları o alanda yeterli ölçüde faaliyette bulunamayacaksa harekete geçecektir. Aynı şekilde AB'de, spor Federasyonlarının ve  ye devletlerin kendi kaynaklarının gerekli amaçlara ulaşmak için yeterli olmaması halinde, finansal destek şeklinde spor alanına dahil olması gerekmektedir⁵⁶.

2.6.3. Uyumlaştıırma Yasağı

Avrupa Birliği'nin spor alanını desteklerken kullanacağı yetkiyi sınırlandıran bir diğer düzenleme de 165. maddenin dördüncü bendinde yer alan uyumlaştıırma yasağıdır. Öyle ki AB, spor alanında yapacağı teşvik tedbirlerini, ancak  ye devletlerin kanun ve ikincil düzenlemelerinin uyumlaştıırılmaması halinde başvurabilecektir. Uyumlaştıırma yasağına iliştin sınırlandırmayı Birliğin  ye devletleri destekleyici, koordine edici, tamamlayıcı yetki kullandığı tüm politik alanlarda g rebilmekteyiz⁵⁷. Lizbon Antlaşması ile birlikte getirilen ABİHA md. 2/5 (2) uyarınca uyumlaştıırma yasağı bu yetki kategorisindeki tüm politika alanlarını kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.  ye devletlerin ilgili politika alanında herhangi bir ulusal düzenlemesi bulunmasa bile, AB o alanda o devletin ikincil mevzuatını uyumlaştıırarak biçimde herhangi bir eylem veya faaliyette bulunamayacaktır.

Öte yandan Avrupa Komisyonu sporu, AB halklarını birleştirmenin katalizörü olarak nitelendirmektedir⁵⁸. Bu durum, aynı zamanda hukuki uyumlaştıırma tehlikesini içinde barındırmaktadır⁵⁹. Ayrıca spor alanında yetkili ulusal ve uluslararası örgütlerle işbirliğinin geliştiriilmesi hedefi de,

⁵⁴ CLASSEN, “Sport (Art 165. Abs. 1)”, Rn. 46.

⁵⁵ NOLTE, “Staatliche Verantwortung...”, s. 132.

⁵⁶ STEINER, Udo, “Verfassungsfragen des Sports”, NJW 1991, s. 2729-2731.

⁵⁷ Bu alanlar için bkz ABİHA md.166/4 mesleki eğitim, md. 167/5 kültür, md. 168/5 Halk sağlığı.

⁵⁸ NOLTE, “Staatliche Verantwortung...”, s. 292.

⁵⁹ PERSCHT, “Sportförderung in Europa...”, s.1918.

aynı şekilde bir biçimde hukuk kurallarının uyumlaştırılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu noktada, uyumlaştırma yasağı ile 165. madde de öngörülen hedefler arasında bir dengenin dikkate alınarak, uyumlaştırma yasağının çok katı bir biçimde uygulanmaması düşünülmelidir. Özellikle küresel bir sorun haline gelen doping, şike, bahis ve spor manipülasyonları ile kara parayla mücadele ve sporda şiddetin önlenmesi açısından bu yaklaşımın daha doğru olacağı söylenmektedir. Kesin bir uyumlaştırma yasağı uygulanan Avrupa Birliği'nin spor politikasına ilişkin faaliyetleri, Avrupa çapında dopingle mücadele konusunda oldukça farklı ulusal hassasiyetlere sahip üye ülkeler bulunduğu dikkate alındığında, tüm Avrupa düzeyinde ortak bir anti-doping politikası yürütülmesi konusunda gerekli adımların atılması açısından yetersiz kalacaktır⁶⁰. Ancak Avrupa çapında oluşturulacak olan asgari koşulların belirlenmesi dopingle mücadeleye Avrupa boyutunun geliştirilmesi imkanını tanıyacaktır. Bu nedenle 165. madde de yer alan uyumlaştırma yasağı, asgari koşulların Avrupa düzeyinde belirlenmesi şeklinde uygulanmalıdır.⁶¹

2.7. ABAD İctihadı Üzerindeki Muhtemel Etkileri

Avrupa Birliği'nin 165. maddede yer alan hedefleri ve bu hedeflerin yerine getirilmesi için ön görülen tedbirlerin yorumu, doğrudan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yorum yetkisi kapsamında değerlendirilecek şekilde düzenlenmiştir. Bu şekilde düzenleme yapılarak, ileride Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde sporun kendine özgü niteliği dikkate alınarak, sporla ilgili istisnaların hukuka uygunluk nedeni sayılmasına imkân tanıma amacı güdülmüştür⁶². Sportif amaçlı olduğu tanınan faaliyetlere ilişkin soruşturmalarda, kural olarak spor faaliyetleri Avrupa Birliği hukukunun istisnaları içinde kabul edilmektedir⁶³. Bu ilkeyi Divan, 16.03.2010 tarihli kararıyla onaylayarak ilk defa bir kararında 165. maddeye dayanmıştır⁶⁴.

⁶⁰Dopingle mücadele alanında hukuki farklılıklara ilişkin olarak OTT, Steffen, "Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit des Selbstdopings im Leistungssport", Schriften zum Sportrecht, Bd. 32, Nomos, 2013, s. 225-247; VIEWEG, Klaus, "Staatliches Anti-Doping-Gesetz oder Selbstregulierung des Sports? ", SpuRt 2004, s. 194-197.

⁶¹PERSCHT, "Sportförderung in Europa...", s. 1918.

⁶²Spor alanında tanınan istisnalar için PFISTER, Bernhard, "Meca-Medina, kein Schritt zurück!", SpuRt 2007, s. 58-59.

⁶³WIESNER, "Unionsziele im Europäischen Verfassungsrecht...", s. 158.

⁶⁴Divan kararlarında genel olarak sporun kendine özgü niteliğini ve sporun sosyal ve eğitsel işlevini dikkate almaktadır. Bu temelde, eğitimini tamamlayan genç bir sporcunun, profesyonel olarak eğitim gördüğü Kulübün dışındaki bir başka kulüp ile

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Lizbon Antlaşması ile sporun alanının 165. madde kapsamında Avrupa Birliği birincil mevzuatı içine alınması, AB hukuku açısından önemli bir yenilik oluşturmaktadır. Bu maddede belirlenen amaçlar çerçevesinde, Avrupa Birliği'nin spor hukuku ve spor politikası alanındaki yetkisinin sınırları belirlenmiştir. Avrupa Birliği, gelecekte bu alanda bazı tedbirler alırken spor alanının özerkliği ilkesine uygun düzenleme yapmak ve Avrupa sporunun, spor yayınları ve doping gibi yapısal sorunlarını dikkate almak zorunluluğu bulunmaktadır. Devletler, sporun özerkliği ilkesini zedelemeyen spora gereken destekliği vermekle yükümlüdür. Spor ve devlet işbirliği ilişkisi çerçevesinde, sporun desteklenmesi ve mevcut sorunlarının çözülmesi için gerekli önlemlerin atılması mümkün olacaktır. Avrupa Birliği de, spora verdiği desteği, üye devletler ile spor federasyonları arasındaki işbirliğini teşvik etmek amacıyla koordine etmek, desteklemek ve tamamlamak şeklinde yerine getirebilir. Bu durum aynı zamanda, spor alanının özerk yapısının tanınması ve sporun desteklenmesi açısından katmanlı yetki ilkesine riayet edilmesini ve Spor federasyonlarıyla işbirliği mecburiyetini zorunlu kılmaktadır. Avrupa Birliği, ayrıca genç sporcular başta olmak üzere, sporcuların bedensel ve ahlaki bütünlüğünün korunması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Avrupa Birliği, 165. maddenin birinci fıkrasında sporun Avrupa boyutunu desteklemeyi, ikinci fıkrasında ise Avrupa boyutunu geliştirmeyi hedeflemektedir. Bu amaç, Avrupa Birliğinin ortak hedefinin göstergesidir.⁶⁵ Bu yeni gelişmelerle, aynı zamanda her üye devletin ulusal kültür değerlerinden birisi olan spor alanının, daha fazla biçimde Avrupa Birliği düzeyine ulaştırılması hedeflenmiştir. Avrupa Politika Merkezi'nin (CEP) 2010 Mart ayında yayınladığı Sporun Avrupa Boyutu isimli çalışmaya göre, finansal destekleme ve sportif gelişmeye düzenleyici etki yapacak hukuki çerçevenin oluşturulması şeklinde iki farklı müdahale biçimi öngörülmektedir⁶⁶. Söz konusu çalışmada önemle vurgulanan bir diğer husus da doping ile mücadele amacıyla spor federasyonları maddi olarak desteklenmesi zorunluluğudur. Bu çerçevede

sözleşme imzalaması halinde, genç oyuncuların eğitimlerinin desteklenmesi amacıyla, eğitim veren kulübün zararının karşılanması amacıyla bir tazminat talep edilmesini, ABIHA md. 45 hükmüne aykırılık olarak kabul etmemiştir.

⁶⁵ WIESNER, "Unionsziele im Europäischen Verfassungsrecht...", s. 58.

⁶⁶ CEP- Studie zur Europäischen Dimension des Sports, [http://www.cep.eu/analysen-zur-eu-politik/weitere-themen/die-europaeische-dimension-des-sports/], (erişim tarihi 20.07.2018).

ayrıca, spora ilişkin eğitim programlarının hazırlanması, spor alanında iletişim projeleri, gençlik programları, değişim programları, karşılıklı diplomaların tanınması, engelliler için spor, spor derneklerinin desteklenmesi spor alanındaki kadın erkek eşitliğinin desteklenmesi gibi proje ve çalışmalar önerilmektedir.

Yine Avrupa Kıtası çapında uluslararası spor turnuvalarının düzenlenmesi, Avrupa içinde spor kültürünün geliştirilmesi açısından önem arz etmektedir. Ayrıca Avrupa Spor Federasyonları Birliği gibi çatı organların oluşturulması, Avrupa Spor Mahkemesi kurulması gibi farklı seçenekler de gündeme gelebilecektir. Birlik ve üye devletlerin, spor alanında yetkili uluslararası örgütlerle işbirliğinin desteklenmesi amacıyla Avrupa Birliği çapında spor federasyonları birlikleri arasında bilgi ve fikir alışverişinin sağlanması amacıyla çeşitli toplantı ve organizasyonların yapılması için çaba harcanması öngörülmektedir. Bu amaçla AB düzeyinde ortak platformlar oluşturulması, ortak Avrupa Federasyonlar Birliği gibi çatı örgütlerin kurulmasına destek verilmesi bu amacın gerçekleşmesi için öngörülen hedefler arasında bulunmaktadır.

Avrupa Birliği'nin spor alanındaki amaçlarından birisini de, başta genç sporcular olmak üzere, sporcuların bedensel ve ahlaki bütünlüğünün korunması oluşturmaktadır. Bu amaç beraberinde, Avrupa Birliği'ne temel hakların korunması alanındakine benzer bir sorumluluk getirmektedir⁶⁷. Bu çerçevede, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı hükümlerinin spor hukukunun kendine özgü niteliğine uygun olarak Avrupa Birliğinin spor faaliyetlerini desteklemesi doğrultusunda yorumlanması anlamını taşımaktadır. Yine ayrıca sporcuların bedensel ve ahlaki bütünlüğünün korunması için dopingle mücadele için korunma tedbiri olarak Avrupa çapında kampanya düzenlenmesi imkânı söz konusu olabilecektir. Bu amacın kapsamının içine öncelikli olarak maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere genç sporcular girmektedir.

Ayrıca Avrupa Birliği, sporun Avrupa boyutunu desteklerken, sosyal ve eğitsel işlevini de göz önünde bulundurmaktadır. Burada sporun genel olarak sosyal ve eğitsel işlevinden daha çok sporun Avrupa boyutunun desteklenmesi hedefinin bir parçası olarak ifade edilmektedir. Bu nedenle, örneğin spor ders saatlerinin giderek azaltılması gibi yapısal sorunlara ilişkin Avrupa Birliği düzeyinde genel düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. Ancak genç sporcuların ve öğrencilerin spor yapma

⁶⁷ Nolte, "Staatliche Verantwortung im Bereich Sport...", s. 137.

imkânlarını arttırmak amacıyla kulüpleşmeyi destekleyici önlemlerin alınması düşünölebilecektir.

KAYNAKÇA:

- ALYANAK, Servet, Avrupa Birliği Hukukunda Yetki Sorunu, Yetkin Yay., Ankara 2015.
- BAYKAL, Sanem/ GÖÇMEN, İlke, Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin Yay., Kasım 2016.
- BLANKE, Hermann- Josef, "Art. 165/166 AEUV", (GRABITZ, Eberhard/HILF, Meinhard/NETTESHEIM, Martin (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union içinde), 2018, Rn. 138.
- BLANPAIN, Roger, "The Specificity of Sport from a Legal Perspective", BLANPAIN, Roger/COLUCCI, Michele/HENDRICKX, Frank (ed.), The Future of Sports Law in the European Union: Beyond the EU Reform Treaty and the White Paper, Kluwer, 2008.
- BOGAERT, Stefaan van den, Practical Regulation of the Mobility of Sportsmen in the EU Post Bosman, Kluwer Law International, 2005.
- BROST, Stefan, "Die Besonderheit des Sports im neuen Artikel 165 des Lissabonner Vertrages", SpuRt 5/2010, s. 178- 182.
- CALLIESS, Christian, Die Neue Europäische Union Nach dem Vertrag von Lissabon, Mohr Siebeck Tübingen, 2010.
- CLASSEN, Claus Dieter, "Sport (Art 165. Abs. 1)", (VON DER GROEBEN, Hans/SCHWARZE, Jürgen/HATJE (Hrsg.)), Europäisches Unionsrecht içinde, 7. Auflage 2015.
- CRAIG, Paul, The Lisbon Treaty, Law, Politics and Treaty Reform, Oxford University Press, 2010.
- ÇİLİNGİR, Sevgi, "AB Hukukunda Subsidiarite İlkesi ve Uygulanması", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt: 19, Sayı: 3, Yıl: 2017, s. 349-371.
- EİCHEL, Benjamin, Der Sport im Recht der Europäischen Union: Rechtliche Wirkungen der Unionskompetenz aus Art. 165 AEUV für die Regelungsbefugnisse von Mitgliedstaaten und Sportverbänden, Nomos Verlag, 1. Auflage 2013.
- FECHNER, Frank, "EGV Art. 151", (VON DER GROEBEN, Hans/SCHWARZE, Jürgen, (Hrsg.)) Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäische Gemeinschaft, içinde, 2003.
- FİDANOĞLU, Behiç, "Sporting Exception In The European Union's Sports Policy", Ankara Bar Review, 2012/2, s. 67-80.
- FLORIAN, Christoph, Die europäische Dimension des Sports. Der Unionsrechtsrahmen für den Sport und seine Änderung durch den Vertrag von Lissabon, Tectum Verlag, 2014.
- GABRIS, Tomáš, Behaviour Clauses in Sports: Basic Rights of Sportsmen, Tilburg: School of Law, Tilburg University, 2010.
- GARDINER, Simon/WELCH, Roger, "Bosman- There and Back Again: The Legitimacy of Playing Quotas under European Union Sports Policy", European Law Journal, Vol. 17, No.6, November 2011, s. 828- 849.
- GRODDE, Meinhard, "Die Aufnahme des Sports in die Europäische Verfassung", Sport und Recht (SpuRt), 2005, s. 222-227.

- GÜNEŞ, Ahmet. M., “Avrupa Birliği’nde Subsidiarite İlkesinin Uygulanmasının Ulusal Parlamentolar Tarafından Denetlenmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı 141, Yıl 2014, s. 37-62.
- HOLZKE, Frank, *Der Begriff Sport im deutschen und europäischen Recht*, Diss. Köln, 2001.
- KATRIN, Merkel, “Weißbuch Sport und Lissabon Vertrag: Der Sport in der EU auf neuen Wegen”, (Sport im Spannungsfeld von Recht, Wirtschaft und europäischen Grundfreiheiten içinde), Logos-Verlag, 2009, s. 179-192.
- KUMRULU, Gülce, “Avrupa’nın Geleceğine İlişkin Konvansiyon”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 2 Sayı :4 (Bahar: 2003) s. 163-191.
- MURESAN, Remus, “Die neue Zuständigkeit der Europäischen Union im Bereich des Sports, *Causa Sport* 2010, s. 99-105.
- MURESAN, Remus, Ausnahmen von den EU-Grundfreiheiten im Bereich des Sports nach der “Deliege” - Konzeption, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010.
- NOLTE, Martin, “Staatliche Verantwortung im Bereich Sport- Ein Beitrag zur normativen Abgrenzung von Staat und Gesellschaft”, *Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*, 2004.
- OTT, Steffen, “Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit des Selbstdopings im Leistungssport”, *Schriften zum Sportrecht*, Bd. 32, Nomos, 2013, s. 225-247.
- PARRISH, Richard/GARCIA, Borja Garcia/MIETTINEN, Samuli/SIEKMANN, Robert, “Der Vertrag Von Lissabon Und Die Sportpolitik Der Europäischen Union”, *Studie*, Ausschuss für Kultur und Bildung des Europäischen Parlaments, 2010.
- PERSCH, Sven, “Sportförderung in Europa: Der neue Art. 165 AEUV”, *NJW* 27/2010, s. 1917- 1920.
- RUFFERT, Matthias, “Art. 165”, Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, (Hrsg.), *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharte*, 5. Aufl. 2016.
- SCHWARZE, Jürgen/ HETZEL, Philipp, “Der Sport im Lichte des europäischen Wettbewerbsrecht”, *Europarecht (EuR)* 2005, s. 581-605.
- STEINER, Udo , “Quo Vadis Sportrecht”, *Causa Sport*, 2009, s. 14-20.
- STEINER, Udo, “ Verfassungsfragen des Sports”, *NJW* 1991, s.2729-2731.
- STREINZ, Rudolf, “ Zum Recht der Unionsbürger auf Gleichbehandlung im Amateursport”, *SpuRt* 2010, s. 231-233.
- STREINZ, Rudolf/NIEDOBITEK, Matthias, “AEUV Art. 165”, (STREINZ, Rudolf, *EUV/AEUV Kommentar* içinde) 2. Aufl. 2012.
- STREINZ, Rudolf/OHLER, Christoph/HERMANN, Christoph, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, C.H. Beck München. 2010.
- SUMMERER, Thomas, “Teil 2:Sport, Vereine, Verbände und Kapitalgesellschaften” (FRITZWEILER, Jochen/ PFISTER, Bernhard/ SUMMERER, Thomas,(Hrsg.) *Praxishandbuch Sportrecht*, içinde) 2014.
- VIEWEG, Klaus, “Staatliches Anti-Doping-Gesetz oder Selbstregulierung des Sports”, *SpuRt* 2004, s. 194-197.
- WIESNER, Florian, *Unionsziele im Europäischen Verfassungsrecht: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung - dargestellt am Unionsziel der Sportförderung*, Peter Lang Frankfurt, 2008.
- YÜKSEL, Metin/ALTAN, Yakup, “Lizbon Antlaşması Sonrasında Subsidiarite İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt16, Sayı 3, 2011, s.131-147.

YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE VELAYETİN KULLANILMASI KENDİSİNE BIRAKILMAYAN TARAFIN ÇOCUĞU ZİYARET HAKKI

THE RIGHT OF VISITING THE CHILD TO THE PARTY WHO HAS NOT BEEN GIVEN CUSTODY IN THE LIGHT OF SUPREME COURT DECISIONS

DOI: 10.21492/inuhfd.468697

Fulya ERLÜLE*

Özet

Boşanma ile ilgili olarak uygulamada yaşanan sorunların başında boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçlarından birisi olan çocukların velayeti kendilerine bırakılmamış olan ana ve babalarıyla kişisel ilişkilerinin düzenlenmesi gelmektedir. TÜİK'in 2016 verilerine göre, kesinleşen boşanma davalarından 109 bin 978 çocuk etkilenmiş ve boşanan kişilerin % 28'i en az bir çocuğun velayetini almıştır. Boşanmanın çocuk psikolojisi üzerinde yarattığı etkileri inceleyen araştırmalar, boşanmanın çocuklar üzerinde yarattığı olumsuz sonuçlar arasında en yıkıcı olanın ebeveynlerden birisi ile çocuk arasında mevcut olan ilişkinin sona ermesi olduğunu göstermektedir. Bu nedenle boşanmadan sonra velayet hakkı kendisine bırakılmayan ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkinin çocuğun yararına uygun şekilde düzenlenip sürdürülmesi ayrı bir öneme sahiptir.

Uygulamada Yargıtay ziyaret hakkının kapsamının belirlenmesinde, çocuğa ilişkin olarak çocuğun yaşı, okul dönemleri, çocuğun sağlık durumu gibi kişisel özelliklerini dikkate aldığı gibi; çocuk ile arasında kişisel ilişki kurulacak olan tarafın durumunu da göz önünde bulundurmakta ve ziyaret hakkına sahip tarafın çalışma koşulları, yerleşim yeri, yıllık izinleri, çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ana veya babanın sağlık durumu, sosyal çevresi gibi olguları dikkate almaktadır. Tarafların oturdukları yerin birbirlerine olan uzaklığı da Yargıtay tarafından göz önüne alınmaktadır.

Ziyaret sürelerinin kişisel ilişki kurma hakkının amacını gerçekleştiremeyecek derecede kısa tutulduğu ya da ziyaret günlerinin geniş zaman aralıklarına dağıldığı hallerde kişisel ilişkinin uygun nitelikte olduğundan söz edilemez. Nitekim Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu 7.5.2015 tarihli bireysel başvuru kararında, boşanma davası neticesinde başvurucuya sınırlı görüşme hakkı tanınmasının ve kişisel ilişki konusundaki kısıtlamaların başvurucunun aile hayatına saygı hakkına bir müdahale oluşturduğuna ve başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, velayet hakkı, ziyaret hakkı, aile hayatına saygı hakkı, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuğun yararı

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (E- mail: ferlule@marmara.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-5683-6523)

Makale Gönderilme Tarihi: 09.10.2018

Submitted: 09.10.2018

Makale Kabul Tarihi: 13.11.2018

Accepted: 13.11.2018

Abstract

One of the major problem after divorcement is the right of visiting a child to the party who has not been given custody. According to TUIK's 2016 data, 109,978 children has been affected from divorce decision and % 28 of the divorcees got at least one child's custody. Research related to the effect of divorcement on child's psychology has shown that the most destructive effect of divorcement to the child's psychology is, the termination of the personal relation with one of the parent. Accordingly, the relation between the child and the party who has not been given custody shall be regulated according to the best interest of a child.

In practice, The Supreme Court takes the factors in consideration such as child's age, school period, child's health, the parties working conditions, place of settlement, annual leaves, health of parents who wants to have relation with the child, social enviroment, and remoteness of settlement places etc. in order to determine the content of right of custody. The distance between parties' residences is also taken into account by the Supreme Court.

Restricted time for the relation with the child or spread of time to large period is considered as not suitable for personal relations. Accordingly, Constitutional Court's personal application 07.05.2015 dated decision held that, narrow visiting time and restriction of personal relation is deemed to be an intervention to applicant's family life and is contrary to Art.20 of the Constitution.

Keywords: Divorcement, right of custody, the right of visiting, the right of respect to the family life, establishing a personal relation with the child, the best interest of a child

I. GİRİŞ

Günümüzde boşanma oranları tüm dünyada hızla artmakta, bu alanda yapılan araştırmalar son 30 yıl içinde dünyada boşanma oranlarında kayda değer bir artışın söz konusu olduğunu, nüfusun sadece % 44'ünün parçalanmamış ailelerden oluştuğunu ortaya koymaktadır¹. Buna göre, tüm çocukların yedide birini boşanmış ana babaların çocukları oluşturmaktadır.

Son yıllarda Türkiye'de de aile kurumuna ilişkin sorunlu alanlara bakıldığında, nedenleri ve sonuçları bakımından ilk sıralarda boşanmanın yer almaya başladığı görülmektedir². Ülkemizde boşanma sayısı son beş yıl içinde % 9,8, son on yıl içinde ise % 41 oranında artmış durumdadır³.

¹ Boşanma Nedenleri Araştırması, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara 2009, s.29; TATLIOĞLU, Kasım/DEMİREL, Nuri, Sosyal Bir Gerçeklik Olarak Boşanma Olgusu: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl:4, S.22, Mart 2016, s. 61.

² Bkz. Boşanma Nedenleri Araştırması, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara 2014, s.45.

³ Türkiye İstatistik Kurumunun verilerine göre, kaba boşanma hızı 2017 yılında bir önceki yıla göre % 1,8 artarak 128.411'e yükselmiş ve kaba boşanma hızı binde 1,60 olarak gerçekleşmiştir³. Türkiye'de boşanmaların % 38,7'si evliliğin ilk beş yılı içinde, %

Boşanma ile ilgili olarak uygulamada yaşanan sorunların başında boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçlarından birisi olan çocukların velayeti kendilerine bırakılmamış olan ana ve babalarıyla kişisel ilişkilerinin düzenlenmesi gelmektedir. Türkiye İstatistik Kurumunun 2016 verilerine göre, kesinleşen boşanma davalarından 109 bin 978 çocuk etkilenmiş ve boşanan kişilerin % 28'i en az bir çocuğun velayetini almıştır⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesinde, boşanma ve ayrılık kararından sonra velayetin kullanılmasının kendisine verilmeyen eşin, çocukla kişisel ilişkilerinin hakim tarafından düzenleneceği, aynı maddenin II. fıkrasında ise velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas alınacağı ifade edilmiştir.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasında amaç, çocuk ile ana ve baba arasında evlilik birliği süresince mevcut olan ilişkinin korunması ve sürdürülmesinin sağlanmasıdır⁵. Çocuğun velayetinin kendisine

20,7'si ise evliliğin 6-10 yılları arasında gerçekleşmiştir. Bkz. Evlenme ve Boşanma İstatistikleri 2017, Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, S. 27593, 02 Mart 2018.

Boşanma hızında görülen artış eğiliminin gelecekte nasıl bir seyir izleyeceğini tahmin etmek amacıyla Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması (TBNA) 2014 yılı çalışması kapsamında ileri istatistik analiz modelleri kullanılarak bir tahmin modeli geliştirilmiştir. Tahmin modellemesine göre boşanma hızının 2023 yılında binde 1.93 olacağı tahmin edilmektedir. Bkz. Boşanma Nedenleri Araştırması, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara 2014, s.47; Boşanma hızının ortalama binde 2'nin üzerinde seyrettiği Avrupa ülkelerine kıyasen binde 1,60-1,70 civarında olan boşanma hızı, şimdilik düşük boşanma oranlarına sahip ülkeler arasında yer almamız sonucunu doğurmakla birlikte dikkat çeken bir orandır. Bkz. Boşanma Nedenleri Araştırması, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara 2014, s.45.

⁴ Velayet hakkı kendisine bırakılmayan ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişkinin kurulabileceği olasılıkların başında genellikle boşanma ve ayrılığa karar verilmesi gelse de; çocukla kişisel ilişki kurulması hakkının uygulama alanı bu kurumlara sınırlı değildir. Medeni Kanunu'nda, boşanma ve ayrılığa karar verilmesinin yanında (TMK m. 182); ortak hayata ara verilmesi (TMK m. 197/IV, m. 336/II), ana ve babanın evli olmaması (TMK m. 337, m. 323); ana ve babadan velayet hakkının kaldırılması (TMK m. 348, m. 323) veya velayetin değiştirilmesi, ana ve babanın velayet hakkı kaldırılmamakla birlikte çocuğun TMK m. 347 uyarınca bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi (TMK m. 323) hallerinde de kişisel ilişki kurulması mümkündür.

⁵ Çocukla kişisel ilişki kurulması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SERDAR, İlknur, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı", Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı: 2007, İzmir 2007, s. 739-781; ERLÜLE, Fulya, Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması, MÜHF-HAD, C.16, S.3-4, Y. 2010, s. 217-248; YILMAZ, Canan, "Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki

bırakılmadığı ebeveyn de, çocuğun sağlık durumundan, eğitim ve öğretim hayatı ile mesleki ve akademik hedeflerinden haberdar olup; karşılaştığı sorunlar ile baş etmede çocuğun yanında olmak ister. Hem ana ve babanın hem de çocuğun temel insan hakları arasında yer alan kişisel ilişki kurma hakkından⁶, çocuğun velayeti kendisine bırakılmadığı gerekçesiyle hiç bir ebeveyn yoksun bırakılamaz.

Medeni Kanunumuzun 323. maddesinde bu husus, “ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Medeni Kanunu’muzun 323. maddesinde, her ne kadar sadece ana ve babanın, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmişse de Türk öğretisi⁷ ve uygulamasında⁸ kişisel ilişki kurma hakkının ana ve babanın yanında çocuğa da tanınmış bir hak olduğu kabul edilmektedir.

Nitekim bu husus Yargıtay tarafından, YHGK, 20.3.2013 tarihli (E. 2012/2-799, K. 2013/389) kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

“... Bu hak anne baba için olduğu kadar çocuk için de bir haktır. (2003 tarihli Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m.4/I). İlişkide annelik babalık duygularının tatmini yanında çocuğun bedensel, fikri, ruhsal, eğitsel, kültürel gelişimine yönelik yararı da gözetilir”.

Çocuğun anne ve babasıyla kişisel ilişki kurma hakkı, Uluslararası Hukuk bakımından 2003 tarihli Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 4. maddesi ile tanınmış olduğu gibi, Medeni Kanunumuzun 323. maddesine karşılık gelen mehz İsviçre Medeni Kanununun 273. maddesinin I. fıkrasında 1998 yılında gerçekleştirilen değişiklik çerçevesinde⁹ ana baba ve çocuğun karşılıklı olarak kişisel ilişki kurma hakkına sahip oldukları açıkça hüküm altına alınmıştır.

Kurulması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Y. 35, S. 1, 2015, s. 103-141.

⁶ Ana ve baba açısından çocukla kişisel ilişki kurma hakkı Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin I. fıkrası ile çocuk açısından ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9. maddesinin III. fıkrası ile güvence altına alınmış durumdadır.

⁷ SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s.242; SERDAR, s. 756-757; ERLÜLE, s. 221-22; YILMAZ, s. 106.

⁸ Bkz. YHGK, 20.3.2013 tarihli (E. 2012/2-799, K. 2013/389). www.kazanci.com.tr

⁹ İsviçre’de 26.06.1998 tarihinde kabul edilip, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanununun boşanma hukukuna ilişkin hükümlerinde gerçekleştirilen boşanma hukuku revizyonu kapsamında, İsviçre Medeni Kanunu’nun çocukla kişisel ilişki

Hemen belirtelim ki çocuğun velayeti kendisine bırakılmamış ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişkinin kurulması ancak bir mahkeme kararının alınması halinde mümkündür. Kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin olarak hakim tarafından verilecek kararlar bir düzenleme yapıncaya kadar, velâyet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası olmadan kişisel ilişki kurulamaz. (TMK m. 326/III).

II. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA ŞEKİLLERİNDEN ZİYARET HAKKI

Çocuğun velayeti kendisine bırakılmamış bununla birlikte TMK m. 323 vd. hükümleri uyarınca çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişki çoğunlukla çocuğun velayet hakkına sahip olan ebeveyninden teslim alınarak, haftanın belli günleri ve tatil günlerinin hakim tarafından belirlenmiş olan sürelerle riayet edilerek çocukla birlikte geçirilmesi şeklinde gerçekleşir ve bu durumda ziyaret hakkından söz edilir.

Kişisel ilişki kurma şekillerinden ziyaret hakkının tesis edilmesi ile çocuk ile velayet hakkı kendisine bırakılmamış ebeveyn arasında evlilik birliği süresince mevcut olan ilişkinin boşanmadan sonra da korunması ve sürdürülmesi amaçlanmaktadır. Zira boşanmanın çocuk psikolojisi üzerinde yarattığı etkileri inceleyen araştırmalar, boşanmanın çocuklar üzerinde yarattığı olumsuz sonuçlar arasında en yıkıcı olanın ebeveynlerden birisi ile çocuk arasında mevcut olan ilişkinin sona ermesi olduğunu göstermektedir¹⁰. Bu nedenle boşanmadan sonra velayet hakkı kendisine bırakılmayan ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkinin çocuğun yararına uygun şekilde düzenlenip sürdürülmesi ayrı bir öneme sahiptir.

Çocukla kişisel ilişki kurulması genellikle, çocukla görüşme, hafta sonları ile sömestr ve yaz tatilleri çocukla birlikte geçirerek, çocuğu ziyaret etme şeklinde gerçekleşiyorsa da; çocukla kişisel ilişki kurulması ziyaret hakkından ibaret değildir¹¹. Kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveyn ile çocuk farklı şehirlerde yaşadıkları veya kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveynin sağlık sorunları nedeniyle ziyaret hakkını

kurulmasına ilişkin 273 ve 275. maddeleri değiştirilerek yeniden kaleme alınmıştır. Bu değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SCHNYDER, Bernhard, Die ZGB-Revision 1998/2000 (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht), Zürich 1999, s. 105 vd.

¹⁰ KOÇ, Evren, Jülide/YILMAZ, Mahmut, Boşanma ve Çocuk, (Evlilik Biter Ebeveynlik Sürer), Ankara-2016, s. 162.

¹¹ BLUM, Richard, Der Persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind gemäss Art. 273-275 ZGB (Besuchsrecht), Zürich 1983, s. 72; SERDAR, s. 760.

gerçekleştirmesinin mümkün olmadığı hallerde, kişisel ilişki kurma hakkının bir diğer şekli olan çocukla iletişim kurma hakkı gündeme gelir¹². Ziyaret hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı bu gibi hallerde, mektup, e-posta, telefon, kısa mesaj, whatsapp, skype gibi iletişim araçları vasıtasıyla da kişisel ilişki kurulabilir¹³.

Ancak çocuk iletişim araçlarını kullanacak yaşta olmadığı ya da henüz okuma yazma bilmediği için bu şekilde de kişisel ilişkinin kurulması mümkün olmuyorsa, velayet hakkına sahip olan ebeveynin kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveyni çocuğun eğitim göreceği okul, seçeceği üniversite ve geleceğe ilişkin kariyer planları ile çocuğa yönelik olarak gerçekleşecek tıbbi müdahaleler hususunda bilgilendirmesi gerekir¹⁴. Bu sonuncu halde çocukla kişisel ilişki kurma şekillerinden, bir diğeri olan bilgilendirme hakkından söz edilir¹⁵. Hemen belirtelim ki çocukla iletişim kurma hakkı ve bilgilendirme hakkı, kişisel ilişki kurma şekillerinden ziyaret hakkı kapsamında da uygulama alanı bulmaya devam ederler.

Kural olarak, ziyaret hakkı kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveynin çevresinde gerçekleşir. Kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana ya da baba, tek başına seyahat edebilecek yaşta olmayan çocuğu almak ve geri getirmekle, çocuğun velayetinin kendisine bırakıldığı ebeveyn de çocuğu, gerekli zamanda hazırlamakla yükümlüdür¹⁶. Bununla birlikte çocuğun velayetinin kendisine bırakıldığı ebeveyn, çocukla kişisel ilişki kurma bu kapsamda ziyaret hakkına sahip olan tarafla, çocuğun görüşmesini engellediği takdirde; icra müdürlüğünce velayet hakkına sahip olan tarafa icra emri gönderilmektedir. İcra emrinde özellikle kişisel

¹² ERLÜLE, s. 227.

¹³ SCHWENZER, Ingeborg, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB (Herausgeber: HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas), 3. Aufl., Basel-Genf- München 2006, Art. 273, N. 12; BLUM, s. 73; SEROZAN, s. 241; SERDAR, s. 760; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2016, s. 337; HEGNAUER, Cyril, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 2. Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270-275 ZGB, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 276-295 ZGB, Bern 1997, Art. 273, N. 83; ERLÜLE, s. 227.

¹⁴ ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 612; ERLÜLE, s. 228; SERDAR, 761.

¹⁵ SEROZAN, s. 241.

¹⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile Hukuku, s. 320; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 273, N. 18; AMREIN, Bernhard/GULER, Albert/HÄFELI, Cristoph, Mustersammlung zum Adoptions- und Kindesrecht, 4. Aufl., Zürich 2005, s. 178; ERLÜLE, s. 233.

ilişkiye engel olunmaması, aksi takdirde ilam hükmünün İcra ve İflas Kanunu m. 341'e göre cezalandırılacağı ihtarı yer almaktadır¹⁷. İcra emrinin gereği yerine getirilmez ise ilam hükmü zorla yerine getirilmekte ve ilam hükmünün yerine getirilmesine muhalefet eden kişi, şikâyet üzerine İİK m. 341 gereğince altı aya kadar hapisle tazyik edilmektedir. İİK m. 25/b'ye göre çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi bir uzmanın bunların bulunmadığı yerlerde ise bir eğitimcinin hazır bulunmasıyla yerine getirilmektedir¹⁸.

Belirtelim ki çocukla kişisel ilişki kurulmasının amacı ve anlamına aykırı olan cebri icra uygulamasını sona erdirmeye yönelik olarak Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmış “Mağdur Hakları Kanun Tasarısı” üzerinde çalışmalar devam etmektedir¹⁹.

Tasarının “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Hizmetler” Başlıklı 16. maddesine göre, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararı rıza en yerine getirilmediği takdirde, diğer taraf veya vekili çocuğun oturduğu yer adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğüne başvurabilecek, talebi alan müdürlük, teslim yükümlüsü ile irtibata geçerek belirlenen gün ve saatte kararda belirtilen koşullarda herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın çocuğun bulunduğu adreste, müdürlükte veya belirlenen başka bir yerde karşı tarafa teslimini isteyecektir.

Teslim yükümlüsünün yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, talep üzerine müdürlükçe kararın uygulanmasını göstermek amacıyla bir plan hazırlanacak, plana uyulmaması durumunda, müdürlük tarafından planın gereği zorla yerine getirilecektir.

Zorla yerine getirme işlemlerinin adli destek uzmanları tarafından yürütülmesi sağlanacaktır.

¹⁷ ÖZBAY, İbrahim, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, e-akademi, S. 84, Şubat 2009, erişim tarihi: 15.9.2018.

¹⁸ BÖLÜKBAŞI, Özge, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, EÜHFD, C. XV, S. 3-4 (2011), s. 281; MAVİ, Ömer, İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcra Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu, TBB Dergisi, Sayı 74, 2008, s. 275 vd.

¹⁹ <http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf>

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararı kapsamında hazırlanan plana aykırı hareket edenler, şikâyet üzerine altı aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılacaktır.

Velayet hakkına sahip ana ya da babanın plandaki yükümlülüklerini haklı bir sebep olmaksızın birden fazla yerine getirmemesi durumunda, çocuğun menfaati dikkate alınarak velayet hakkı sahibi değiştirilebileceği gibi; durum ve koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilecektir.

Son olarak belirtelim ki ziyaret hakkı kapsamında ortaya çıkan başta ulaşım masrafları olmak üzere çocuğun bakımına ilişkin masraflar ve diğer masrafları, kural olarak çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ebeveyn karşılamakla yükümlüdür. Ancak çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveynin maddi durumunun iyi olmadığı hallerde çocuğun velayetine elinde bulunduran ebeveynin masrafları kısmen ya da tamamen karşılaması gerekebilir²⁰.

III. ZİYARET HAKKININ DÜZENLENMESİNDE HÂKİMİN DİKKATE ALMASI GEREKEN İLKELER

Medeni Kanunumuzda çocukla ana baba arasındaki kişisel ilişkinin bu bağlamda ziyaret hakkının ne zaman ve ne sıklıkla kurulması gerektiğini düzenleyen bir hüküm mevcut değildir²¹. Medeni Kanunumuz kişisel ilişkinin düzenlenmesini somut kurallara bağlamak yerine, Kanunu'nun 323. maddesinde ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir denilmiştir. Kanun koyucu 323. madde hükmünde kişisel ilişkinin “uygun nitelikte” olmasını arayarak, kişisel ilişkinin değişen koşullara uyarlanabilmesine olanak sağlamış ve kişisel ilişkinin uygun olup olmadığının tespitinde hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır²².

Medeni Kanunu'muzun 4. maddesinin kendisine tanımış olduğu takdir yetkisine dayanarak, uygun nitelikte bir kişisel ilişkinin kurulması ve sürdürülmesini sağlayacak olan hakim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, kişisel ilişki kurma şeklini, kişisel ilişkinin çocuğu ziyaret etme şeklinde gerçekleştiği hallerde ziyaretlerin sıklığı ve süresini, ziyaretlerin başlangıç ve bitiş günlerini düzenleyecektir²³. Ancak, tesis

²⁰ BREITSCHMID, Peter, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 273, N.7; HEGNAUER, Berner Komm., Art. 273, N.146; ERLÜLE, s. 233.

²¹ ERLÜLE, s. 223.

²² ERLÜLE, s. 223.

²³ HEGNAUER, “Persönlicher Verkehr-Grundlagen”, ZVW 1993, s.9; ERLÜLE, s. 224.

edilmiş olan kişisel ilişki çocuğun yaşı ya da eğitimine bağılı olarak zamanla uygunluğunu kaybedebilir bu gibi hallerde de hakim, kişisel ilişkiyi değışen koşullara uyarlama imkanına sahiptir²⁴.

Çocukla Kurulacak Kişisel ilişkide, kişisel ilişkinin uygun olup olmadığını tespit edecek olan hakim, her şeyden önce Çocuk Hukukuna ilişkin uluslararası ve ulusal tüm metinlere damgasını vurmuş olan çocuğun yararı ilkesini dikkate almalıdır²⁵.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin olarak, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. ve 9. maddeleri ile Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 4 ila 8. maddelerinde çocuğun yararı kavramına yer verilmiştir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının esas alınacağı ifade edildikten sonra, sözleşmenin zorunlu hükümlerinden birisi olan 9.maddesinin III. fıkrasında sözleşmeye taraf Devletlerin, ana ve babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterecekleri ifade edilmiştir.

Ancak ne Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. ve 9. maddelerinde ne de Avrupa Konseyi Çocuklarla kişisel ilişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 4 ila 8. maddelerinde çocuğun yararı kavramı tanımlanmış değildir. Esasen çocuğun yararı kavramı yapısı gereğı, genel geçer bir tanımının yapılmasına olanak ta vermez. Çocuğun yararı kavramı, çocuğun yaşı, kişisel ihtiyaçları, eğitim durumu gibi her somut olaya özgü koşulların dikkate alınarak hakimin takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir kavramdır.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının amacı, eskiden kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan anne baba ile çocuk arasındaki hısımlık ilişkisinin sürdürülmesi şeklinde anlaşılmaktaydı²⁶. Oysa günümüz modern Aile Hukukunda, çocuğun yararı ilkesi esas alınmakta ve anne

²⁴ HEGNAUER, “Persönlicher Verkehr-Grundlagen”, ZVW 1993, s.9; ÖZTAN, s. 1038.

²⁵ Ayrıca bkz. ERLÜLE, s. 225-226; YILMAZ, 110-113.

²⁶ ERLÜLE, s. 223.

babanın yararı ile çocuğun yararının çatıştığı hallerde çocuğun yararı üstün tutulmaktadır²⁷.

Hukukumuz bakımından Medeni Kanunu'muzun ana baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasını düzenleyen 323. maddesinde açıkça çocuğun yararı kavramına yer verilmemiştir²⁸. Her ne kadar Medeni Kanunu'muzun 323. maddesinde açıkça çocuğun yararı kavramına yer verilmemiş ise de; kişisel ilişkinin uygun olup olmadığının tespitinde, çocuğun yararının her değer ve bu arada ana ve babanın menfaatlerinin de üstünde tutulacak olması karşısında 323. madde açısından çocuğun yararı dikkate alınmak gerekir²⁹. Nitekim Medeni Kanunu'muzun 324. maddesinin II. fıkrasında kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada³⁰ öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocukla ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya verilmişse geri alınabilir denilmiştir. Medeni Kanunumuzun 182. maddesinde de boşanma ve ayrılığa karar verecek olan hakimin "...velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulacağı" açıkça ifade edilmiştir.

Uygulamada Yargıtay da³¹, 20.03.2013 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında, çocuğun yararına ilişkin olarak, "...İlişkide anne ve babalık duygularının tatmini yanında çocuğun bedensel, fikri, ruhsal, eğitsel, kültürel gelişimine yönelik yararı da gözetilir. Anne babanın yararı ile çocuk yararı çatışırsa, çocuğun yararına üstünlük tanınır." demiştir. Görüldüğü üzere, hukukumuz bakımından kişisel ilişkinin kurulmasına ancak çocuğun yararı var ise izin verilmektedir.

Çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesinde hakimin çocuğun yararını çerçevesinde dikkate alması gereken bir diğer ilke çocuğun

²⁷ SCHWENZER, Basler Komm.,Art. 273, N. 6; BREITSCHMID, Art. 273, N.3; AMREIN/GULER/HÄFELI, s. 176; YILMAZ, s. 111.

²⁸Buna karşılık Medeni Kanunu'muzun üçüncü kişiler ile çocuk arasında kişisel ilişkiyi düzenleyen 325. maddesinde çocuğun menfaati (yararı) kavramına yer verilmiştir. Medeni Kanunu'muzun 325. maddesinde, "Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir." denilmiştir.

²⁹ ERLÜLE, s. 225.

³⁰ Medeni Kanunu'muzun 324. maddesinin I. fıkrasında, "Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür." denilmiştir.

³¹ Bkz. YHGK, 20.3.2013 tarihli (E. 2012/2-799, K. 2013/389).

dinlenmesi ilkesidir. Kişisel ilişkinin kurulmasında ve sürdürülmesinde çocuğun görüşünün alınması başka bir deyişle çocuğun dinlenmesi ayrı bir öneme sahiptir³². Nitekim hem uluslararası sözleşmelerde hem de öğretide ayırt etme gücüne sahip çocuğun görüşlerini ve isteklerini ifade edebilmesi için dinlenmesi gerektiği kabul edilmektedir³³.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları sözleşmesinin 12. maddesinde, “görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun”; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. maddesinde “Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğun ve Avrupa Konseyinin Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde “yeterli ayırt edebilme yeteneğine sahip olduğu kabul edilen bir çocuğun” kendi yüksek yararlarına açıkça aykırı olmadıkça görüşlerini ve isteklerini ifade edebilmesi için dinlenmesi gerektiği belirtilmektedir.

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1997 yılında İsviçre’de de yürürlüğe girmesinin ardından, İsviçre kanun koyucusu 2000 yılında Boşanma Hukukunda gerçekleştirilen revizyon çerçevesinde İsviçre Medeni Kanunu’nda boşanma davası sırasında çocuğun dinlenmesine (eİMK m. 144)³⁴ boşanma davası sırasında haklı sebeplerin bulunması halinde çocuğun temsiline (eİMK m. 146)³⁵ ve velayetin tevdiinde çocuğun dinlenmesine ilişkin (eİMK m. 133) hükümlere yer vermiştir. Hemen

³² Ayrıca bkz., YILMAZ, s. 113-118.

³³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 337; ÖZTAN, s. 1029-1030; OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II., İstanbul 2009, s. 1228.

³⁴ İMK m. 144 hükmünde, boşanma davası sonrasında çocukla ilgili tedbirlerin alınmasına ilişkin hususlarda çocuğun yaşı veya başka önemli sebepler bu duruma engel olmadığı takdirde, üzerinde mutabık kalınan şekilde, çocuğun ya mahkeme aracılığıyla ya da yetkili üçüncü bir kişi aracılığıyla dinlenmesi düzenlenmiştir. OKTAY-ÖZDEMİR, Çocuğun Dinlenme Hakkı, s. 1226.

³⁵ İMK m. 146 hükmünde, haklı (önemli) sebeplerin bulunması halinde boşanma davası sırasında çocuğun temsili düzenlemiştir. Maddenin 2. fıkrasında haklı sebepler sınırlı olmayacak şekilde sayılmıştır. Haklı (önemli) sebeplerin bulunup bulunmadığını inceleme yükümlülüğü, özellikle velayetin ana babadan birine verilmesinde ve kişisel ilişki tesisinde ana babanın anlaşamaması durumunda söz konusu olur. Öte yandan vesayet makamı ya da ana veya babadan biri bu hususu talep ederse üzerinde düşünülmalıdır. Nihayet ana baba anlaşmaları yönünde bir beyanda bulunsalar dahi üzerinde anlaşılan çözümün uygunluğu hususunda tereddüt edilirse yine çocuğun temsili yoluna gidilir. Bkz. FRANKHAUSER, Roland, (Çev. Öztan, Bilge), Aile Krizinde Çocuğun Hakları, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 4, Güz 2007), s. 105; OKTAY-ÖZDEMİR, Çocuğun Dinlenme Hakkı, s. 1226.

ifade edelim ki İsviçre Usul Hukuku'nun yeknesaklaştırılması çerçevesinde İsviçre Medeni Kanunu'nun m. 144. ve m. 146. hükümleri İsviçre Usul Kanunu'nun içine alınmıştır (ZPO Art. 297-300)³⁶. Uygulamada da İsviçre Federal Mahkemesi³⁷ henüz çocuğa katılım hakkını tanıyan yukarıda kendilerine yer verdiğimiz hükümler yürürlüğe girmeden önce, boşanmadan sonra çocukların velayetlerinin tevdi ile ilgili davalarda, çocuğun görüşünün alınması ve dinlenmesi gerektiğini doğrudan doğruya Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesine dayandırarak kabul etmiştir³⁸.

Hukumumuz bakımından Anayasamızın 25. ve 26. maddelerinde yetişkinler ile çocuklar arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın düşünme ve düşüncüyü açıklama özgürlüğü düzenlenmiş olmakla birlikte; Çocuk Koruma Kanunu hariç, diğer kanunlarda çocuğun düşüncelerinin dikkate alınmasına ve çocuğun dinlenmesine ilişkin bir hüküm mevcut değildir³⁹. Hukumumuz bakımından çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ile ilgili tek hüküm velayet hakkının kullanılmasına ilişkin TMK m. 339/3 hükmü olup, anılan hükümde, ana babanın olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanyacakları ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutacakları ifade edilmiştir⁴⁰.

Konumuzla ilgili olarak ise boşanma sonrasında çocuğun velayetinin tevdi ve velayet hakkı kendisine bırakılmayan taraf ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin TMK m. 182 hükmünde, boşanma ve ayrılığa karar verecek olan hakimin "...velayetinin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulacağı" ifade edilmiş ancak hakime açıkça çocuğun dinlenilmesini ve çocuğun görüşünü aldıktan sonra karar vermesini emreden bir ifadeye yer verilmemiştir.

³⁶ İsviçre Medeni Kanunu'nun anılan hükümleri, 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren yürürlükte olan İsviçre Usul Kanunu'na dahil edilmiştir. Bkz. AS 2010 1739; BBI 2006 7221.

³⁷ BGE 124 III 90, 92.

³⁸ SEROZAN, s. 69; aynı yönde FRANKHAUSER, Roland, (Çev. Öztan, Bilge), s. 99.

³⁹ OKTAY-ÖZDEMİR, Çocuğun Dinlenme Hakkı, s. 1223.

⁴⁰ Öğretide TMK m. 339/3 hükmü, çocuğun temsili ile ilgili olması, çocuğun bilgilendirilmesi ve aydınlatılması görevini kapsamaması ve sadece olgun çocuğa görüş bildirme imkanı tanınması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir. Hüküm bu yönüyle eksik olduğu gibi Türkiye tarafından onaylanmış olan Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinin gereğini de çocukla ilgili yargılamalar yönünden yerine getirememektedir. OKTAY- ÖZDEMİR, Çocuğun Dinlenme Hakkı, s. 1224.

Ancak öğretide belirtildiği üzere⁴¹, Anayasa'mızın 90. maddesi uyarınca, Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümlerinin ilgili Kanun hükümlerinden önce uygulanması zorunluluğunun ve ana babanın önemli konularda olabildiğince çocuğun görüşlerini dikkate almalarına ilişkin TMK m. 339/3 hükmünün bir gereği olarak hukukumuz bakımından da çocuğun dinlenmesi gerekir.

Nitekim Türk Hukuk uygulamasında Yargıtay, Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12., Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddelerini dikkate alarak, gerek velayet hakkının tevdi ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin boşanma davalarında gerekse şahsi ilişki ve velayet hakkının değiştirilmesine ilişkin davalarda çocuğun uluslararası sözleşmelere uygun olarak dinlenmesi gerektiğine hükmetmekte ve bu gerekliliğin yerine getirilmediği ilk derece mahkemesi kararlarını bozmaktadır.

Bu durumda çocuğun hangi yaş itibariyle ayırt etme gücüne sahip olduğu sorusunun cevaplandırılması gerekir. Ebeveynlerin Sorumluluklarına İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkeleri m. 3.6, "çocuğun dinlenme hakkını" düzenlemiş ancak, bir çok ulusal hukuk sisteminin aksine bu konuda özel bir yaş şartı veya olgunluk ölçütü belirlememiştir. Ancak, İlke 3.6'da da açıkça belirtildiği üzere, çocuğun yaşı ne kadar büyükse ve çocuk ne kadar olgunsa, çocuğun ifade ettiği görüşlere de o oranda ağırlık verilecektir.

Türk Hukuk uygulamasına baktığımızda, Yargıtay'ın çocukların on yaşından itibaren görüş açıklayabilecekleri yönünde kararları⁴² olduğunu görürüz. İsviçre Federal Mahkemesi⁴³ ise 2005 yılında vermiş olduğu bir ilke kararında çocukların kural olarak 6 yaşını doldurmalarından itibaren görüş açıklayabileceklerini kabul etmektedir⁴⁴.

Buna göre, ayırt etme gücüne sahip bir çocuğun, kişisel ilişki kurmaktan kaçınması, kişisel ilişkiyi reddetmesi halinde kişisel ilişki kurulması talebinin çocuğun yararına hizmet etme, onu üstün tutma amacına uygun düşmediği için reddedilmesi gerekir. Zira çocuğun ısrarla kişisel ilişkiyi reddetmesine rağmen kişisel ilişkinin zorla kurulması

⁴¹ OKTAY-ÖZDEMİR, Çocuğun Dinlenme Hakkı, s. 1224, s. 1228.

⁴² Bkz., Yarg. HGK. E. 2011/2-884 K.2012/197 T.16.03.2012 sayılı kararı ve OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1231-1234.

⁴³ BGE 131 III 553.

⁴⁴ CANTIENI, Linius, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Eine empirische Untersuchung, Diss., Bern 2007, s. 22.

yerinde olmadığı gibi, böyle bir durum çocuğun kişilik hakkının ihlalini de oluşturur⁴⁵.

IV. ZİYARET HAKKININ DÜZENLENMESİ

Çocukla kurulacak kişisel ilişkinin türü ne olursa olsun çocuğun yararının korunması ve sürekli ve objektif bir düzenin sağlanması gerekir. Çocukla kişisel ilişki kurma şekillerinden den ziyaret hakkını düzenleyecek olan hakim, söz konusu kişisel ilişkinin uygun olup olmadığına her şeyden önce çocuğun yararı çerçevesinde, çocuğun kişisel ihtiyaçlarını, çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olup olmadığını, çocuğun okul ve dinlenme saatlerini ve ilgi alanlarını dikkate alarak karar vermesi gerekir⁴⁶. Öte yandan hakim, ziyaret hakkının sürekli ve objektif bir düzen içerisinde gerçekleşmesi için ziyaretlerin sıklığını ve devam süresini her somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak tespit etmesi gerekir⁴⁷.

Uygulamada Yargıtay ziyaret hakkının kapsamının belirlenmesinde, çocuğa ilişkin olarak çocuğun yaşı⁴⁸, okul dönemleri⁴⁹, çocuğun sağlık durumu⁵⁰ gibi kişisel özelliklerini dikkate aldığı gibi; çocuk ile arasında kişisel ilişki kurulacak olan tarafın durumunu da göz önünde bulundurmakta ve kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın

⁴⁵ YILMAZ, s. 114.

⁴⁶ ERLÜLE, s. 229.

⁴⁷ HEGNAUER, Berner Komm., Art. 273, N. 89; AMREIN/GULER/HÄFELI, s. 177; HEGNAUER, Cyril, "Vormundschaftsbehörde und persönlicher Verkehr. Ein Überblick", ZVW 1998, s. 174; SERDAR, s. 763; ERLÜLE, s. 229.

⁴⁸ "...Kişisel ilişki temininde aslolan çocuğun yüksek yararı olmakla birlikte analık ve babalık duygularını tatmin de önemlidir. Boşanma kararında yer alan kişisel ilişkiye dair düzenleme kişisel ilişkiden beklenen amaca uygun olmadığı gibi, çocuğun ulaştığı yaş itibarıyla da menfaatine uygun değildir..." Yarg. 2. HD. 13.02. 2008, 18022/1446, GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2008, s. 1237.

⁴⁹ "...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk L. Öğrenim çağındadır. Ayın her haftasının Cuma, cumartesi ve pazar günlerini baba yanında geçirmesi onun fikri ve bedeni gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği gibi, annenin velayet görevini yerine getirmesini engelleyecek niteliktedir. Düzenlenen ilişki çoktur. Bu yönün dikkate alınmaması isabetsizdir. Ancak yanılığının giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün bu kısmının davacının (annenin) temyizi de dikkate alınarak düzeltilerek onanmasına karara verilmesi gerekmiştir." Yarg. 2. HD. 25.03.2004. 2695/3758, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1232.

⁵⁰ "...Çocuklardan Y. 7.7.1999 doğumludur. Dosyadaki mevcut raporlardan Y.'nin bronşit, astım, reflü ve Akdeniz anemisi rahatsızlıklarının olduğu sabittir. Y.'nin davacılar da yatılı bırakılması halinde onun bu rahatsızlıklarının onun hayatında tehlike yaratıp yaratmayacağı konusunda, sağlık kururlu raporu alınmadan ve gerekli araştırma yapılmadan Y. İle yazılı olduğu şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi doğru olmamıştır." Yarg. 2. HD. 31.05.2007. 15598/9133, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1246.

çalışma koşulları⁵¹, yerleşim yeri⁵², yıllık izinleri⁵³, çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ana veya babanın sağlık durumu⁵⁴, sosyal çevresi⁵⁵ gibi olguları dikkate almaktadır. Yine tarafların oturdukları yerin birbirlerine olan uzaklığı⁵⁶ da Yargıtay tarafından göz önüne alınmaktadır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, ziyaret hakkı, sürekli ve objektif bir düzeni gerektirdiği için ziyaret etme hakkının kapsamını belirleyecek olan hakimin, ziyaretin süresini duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklaması, başka bir deyişle kararında ziyaret hakkının hangi gün başlayıp hangi gün biteceğini göstermesi gerektiği gibi; ziyaret hakkının hangi saat başlayıp hangi saat biteceğini de göstermesi gerekir⁵⁷.

Uygulamada Yargıtay, kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş tarihlerinin açıkça gösterilmediği⁵⁸ ya da kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş

⁵¹ “...Çocuğun yaşı ve velayet hakkı kendisine bırakılan annenin tam gün çalışıyor olması nedeniyle, çocuk ile babası arasında her hafta sonu kişisel ilişki kurulmasına yönelik düzenleme doğru değildir. Daha uygun süreli kişisel ilişki kurulması gerekir...” Yarg. 2. HD. 21.06.2004, 7303/8092, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1227 -1228.

⁵² “...Taraflar yakın yerleşim yerlerinde oturmaktadırlar. Baba ile çocuk arasında çocuğun eğitimine engel olmayacak şekilde hafta sonunda amacına uygun, evlat baba duygularını tatmin edecek derecede kişisel ilişki kurulmasına karar verilmemesi doğru bulunmamıştır.” Yarg. 2. HD. 11.02.2002, 724/1683, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1257

⁵³ “...Davalı babanın avukat olması nedeniyle yaz tatilinde adli ara verme tarihine denk gelecek şekilde çocukla kişisel ilişki kurulması çocuğunda yararındır. Bu durum değerlendirilmeden Temmuz ayında kişisel ilişki kurulması uygun değil ise de, bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün bu yönden düzeltilerek onanması gerekmiştir.” Yarg. 2. HD. 10.04.2007, 5431/5973, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1228.

⁵⁴ “...Çocuklardan Y. 7.7.1999 doğumludur. Dosyadaki mevcut raporlardan Y.’nin bronşit, astım, reflü ve Akdeniz anemisi rahatsızlıklarının olduğu sabittir. Y.’nin davacılar da yatılı bırakılması halinde onun bu rahatsızlıklarının onun hayatında tehlike yaratıp yaratmayacağı konusunda, sağlık kururlu raporu alınmadan ve gerekli araştırma yapılmadan Y. İle yazılı olduğu şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi doğru olmamıştır.” Yarg. 2. HD. 31.05.2007. 15598/9133, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1246.

⁵⁵ ÖZTAN, s. 607.

⁵⁶ “...Ortak çocuk 8.6.2004 doğumlu olmakla mutlak surette anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Tarafların buldukları şehirlerin birbirine olan mesafesi de dikkate alındığında her cumartesi kişisel ilişki kurulması çocuğun bedeni ve fikri gelişimine engel oluşturacağı gibi annenin velayet görevini yerine getirmesinde güçlük çıkartacağı anlaşılmıştır. Daha uygun süre ile kişisel ilişki kurulmasının gözetilmemesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yarg. 2. HD. 30.11.2005. 12953/16623, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1259.

⁵⁷ ERLÜLE, s. 231.

⁵⁸ Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16.02.2004 tarihli kararında bu husus “...Çocuk ile babası arasındaki kişisel ilişkinin, başlangıç ve bitiş tarihlerinin açıkça, infazda

tarihleri gösterilmekle birlikte, kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş saatlerinin gösterilmediği⁵⁹ yerel mahkeme kararlarını, hükmün infazında güçlük yarattığı gerekçesiyle bozmaktadır.

Yargıtay, velayet hakkına sahip olmayan anne ve baba ile çocuk arasında ziyaret hakkını tesis ederken, ulusal ve dini bayramlar⁶⁰ gibi özel günleri de dikkate almakta ve kişisel ilişki için dini bayramların ikinci günlerinin uygun olduğunu kabul etmektedir⁶¹.

Belirtelim ki ziyaret hakkının kapsamının belirlenmesinde, çocuğun yaşı ve kişisel ihtiyaçları, ziyaretin gerçekleşeceği yerin ve ziyaret süresinin örneğin, çocuğun geceleyip gecelemeceğinin⁶² belirlenmesi açısından ayrı bir öneme sahiptir⁶³.

Bu nedenle uygulamada Yargıtay, ziyaret hakkının uygun nitelikte, dolayısıyla çocuğun yararına olup olmadığını tespit ederken, çocuğun

güçlük yaratmayacak şekilde gösterilmeyerek yazılı olduğu gibi hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” demek suretiyle açıkça ifade edilmiştir. Yarg. 2. HD. 16.02.2004, 144/1715, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1252.

⁵⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 17.01.2008 tarihli kararında, “...Davalı baba ile çocuk arasında düzenlenen kişisel ilişkide; 1-30 Temmuz dönemi için kişisel ilişkinin başlama ve bitiş saati gösterilmemiştir. Sözü edilen eksiklik hükmün infazında şüphe ve tereddüt yaratacak niteliktedir. (HUMK. m. 389) Bu yönün gözetilmemesi isabetsizdir.” denilerek, hükümden ziyaret süresinin başlangıç ve bitiş saatlerinin gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yarg. 2. HD. 17.01.2008, 2894/226, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1253. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 18.3.2013 tarihinde vermiş olduğu bir başka kararında da, “...Velayet hakları davalı anneye verilen müşterek çocuklarla davacı baba arasında kurulan kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş saatlerinin gösterilmemesinin infazda tereddüt yaratacak olup, bozmayı gerektirmiştir.” demiştir. Yarg. 2. HD. 18.03.2013, 2012/21398, www.kazanci.com.tr

⁶⁰ Yarg. 2. HD. 24.01.2002, 16994/438. www.kazanci.com.tr

⁶¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 03.07.2012 tarihinde vermiş olduğu kararında, “...Velayetleri davalı anneye bırakılan müşterek çocuklar ile davacı baba arasında kurulacak kişisel ilişkilerde çocukların üstün yararı yanında, babalık duygularının da tatmin edilmesi gerekmektedir. Mahkemece her ayın birinci ve üçüncü haftalarında kurulan kişisel ilişki ile dini bayramlarda kurulan kişisel ilişkinin yatılı olmaması ve Temmuz ayında kurulan kişisel ilişkinin de süre yönünden yetersiz olduğu anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, tarafların aynı şehirde oturdukları dikkate alınarak yaş sınırlaması da yapılmaksızın daha uygun süre kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı olduğu şekilde kişisel ilişki kurulması doğru olmamıştır.” denmiştir. Yarg. 2. HD. 03.07.2012, 494/18523, www.kazanci.com.tr

⁶² “...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk 14.02.2003 doğumludur. Küçük B., yaşı nedeniyle anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Bu husus nazara alınmaksızın gece yatısına kalacak şekilde yazılı şekilde baba ile şahsi ilişki tesisi isabetsizdir.” Yarg. 2. HD.06.07.2005, 8556/10642.

⁶³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile Hukuku, s. 320; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 273, N. 14; BLUM, s. 83; ERLÜLE, s. 232.

yaşını dikkate almaktadır. Yargıtay, küçük yaşta ana bakım ve şefkatine muhtaç olan çocuğun, velayetin kendisine bırakıldığı taraftan uzunca bir süre ayrı kalmasını⁶⁴ yerinde bulmadığı gibi; okul çağında olan çocuklar⁶⁵ yönünden de ziyaret süresinin çocukların eğitimlerini aksatacak şekilde düzenlenmesini uygun bulmamaktadır.

Yargıtay, ana bakım ve şefkatine muhtaç olan 0-3 yaş aralığında çocuklar söz konusu olduğunda, süt çocuğunun annesinin yanında kalması gerektiğini ifade etmekte⁶⁶, babayla gece yatısına kalacak şekilde kişisel ilişki kurulmasını yerinde bulmamakta⁶⁷, baba ile gece yatısına kalacak şekilde kişisel ilişki kurulmasına yönelik yerel mahkeme kararlarını bozmaktadır.

Yargıtay, çocuğun mutlak surette ana bakım ve şefkatine muhtaç olmadığı durumlarda ise kural olarak, gece babasının yanında kalabileceğine hükmetmekte ancak her hafta sonu kişisel ilişkinin çok olduğuna, bu durumun velayet hakkına sahip olan tarafın velayet görevini yerine getirmesini engelleyeceğini ilke kararı olarak benimsemektedir⁶⁸.

⁶⁴ “...Velayeti anneye bırakılan müşterek çocuk 27.05.2004 doğumludur. Ana bakım ve şefkatine muhtaçtır. Yaşı bakımı gerektirmesi sebebiyle her yıl 1 Temmuz saat 9.00’den 31 Temmuz saat 17.00 arası baba yanında kişisel ilişki kurulması doğru olmamış ise de; bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün düzeltilerek onanması gerekmiştir.” Yarg. 2. HD. 12.05.2005, 5560/7845, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1239.

⁶⁵ “...Taraflar ayrı ayrı yerlerde oturdukları gibi ayrıca küçük, öğrencidir. Kişisel ilişki belirlenirken buna uygun süre tayini, çocuğun eğitim ve yetiştirilmesini engellemeyecek şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken, çocuğun eğitim ve yetiştirilmesini engelleyecek biçimde yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.” Yarg. 2. HD., 27.09.2004, 9721/10736, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1232-1233.

⁶⁶ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.02.2014 tarihli kararında⁶⁶ “Davalı baba ile 24.08.2012 doğumlu müşterek çocuk E. arasında her yıl 1 Temmuz – 31 Temmuz tarihleri arasında kurulan kişisel ilişki, çocuğun yaşının çok küçük olması, henüz anne sütüyle beslenmesi, uzun süre anneden ayrı kalması dikkate alındığında bu sürenin çocuğun üstün yararına uygun bulunmadığı ve çok uzun süreli olduğunun kabulü gerekmektedir.” demiştir. Yarg. 2. HD.; 12.02.2014, 20379/2619, GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2015, s. 1308-1309.

⁶⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 03.11.2009 tarihli kararında⁶⁷ ise, “...velayeti anneye bırakılan müşterek çocuk 29.08. 2007 doğumlu C ile baba arasında kişisel ilişki düzenlenirken öncelikle çocuğun bedeni ve fikri gelişimi dikkate alınmalıdır. Müşterek çocuğun yaşı göz önüne alınarak, babayla yatılı kalmayacak şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde kişisel ilişki düzenleme yapılması doğru bulunmamıştır.” denilmiştir. Yarg. 2. HD.; 03.11.2009, 15608/18818, GENÇCAN, (Boşanma 2015), s. 1308.

⁶⁸ YHGK, 20.3.2013 tarih ve E. 2012/2-799, K. 2013/389 sayılı kararında⁶⁸; “...ziyaret günleri olarak, ebeveyn ve çocuk için güçlük ve sorun çıkarmayacak gün ve dönemler

Yargıtay okul çağındaki çocuklar söz konusu olduğunda, her hafta sonu kişisel ilişki kurulmasını ve ayda iki hafta gibi uzunca bir süre kişisel ilişki kurulmasını velayet hakkına sahip olan tarafın çocukla olan ilişkisinin tümünden kesilmesine yol açacağı gibi çocuğun eğitim ve öğretim hayatını da olumsuz yönde etkileyeceği için yerinde bulmamaktadır⁶⁹.

Uygulamada Yargıtay ziyaret hakkını düzenlerken, tarafların oturdukları yerin birbirlerine olan uzaklığını da dikkate almakta⁷⁰, tarafların aynı şehirde oturmaları halinde kişisel ilişkinin on beş günde bir, ayın belli günlerinde; hatta çocuk çok küçük değilse gece yatılı olacak şekilde tesis edilebileceğini kabul etmektedir⁷¹. Görüldüğü üzere Yargıtay,

tercih edildiğini, bu dönemlerin genellikle hafta sonları ve tatil günleri olduğunu ancak, çocuğun bütün hafta sonlarını velayet kendisine verilmeyen ebeveynle geçirmesinin; gerek velayete sahip taraf, gerekse çocuk için sakıncalı sonuçlar doğurabileceğini, somut olayda yerel mahkemece, velayeti davacı annede bulunan 7.12.2005 doğumlu M. ile baba arasında her hafta sonu Cumartesi günü saat 09.00'dan Pazar günü saat 18.00'e kadar kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş olmasının, küçüğün yaşı, eğitimini, bedeni ve fikri gelişimini olumsuz yönde etkileyeceğinden doğru olmadığını, kişisel ilişkide hafta sonları ve tatil günlerinin, çocuğun yaşı da gözetilerek, ebeveynler tarafından paylaşılmasının makul ve adil olduğu, aksi takdirde her hafta sonu velayet kendisinde olan annenin çocuğu teslim ve geri alma durumu nedeniyle hafta sonlarını planlayamaz duruma düşeceği, çocuğun da kendini psikolojik bakımdan daha rahat ve serbest hissedeceği tatil günleri ve hafta sonları gibi ayrıcalıklı günleri sadece bir tarafta geçirmesi; sıkıntılı günleri ise, velayeti üstlenenle geçirmesi, velayeti üstlenenden uzaklaşmasına, soğumasına, karşı tarafa bağlanmasına yol açabileceğini” ifade etmiştir. Yarg. HGK.: 20.3.2013 tarihli, E. 2012/2-799, K. 2013/389 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

⁶⁹ GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1241-1245. Nitekim bu durum Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 25.03.2004 tarihli kararında⁶⁹ “...Velayeti anneye verilen müşterek çocuk L. Öğrenim çağındadır. Ayın her haftasının Cuma, cumartesi ve pazar günlerini baba yanında geçirmesi onun fikri ve bedeni gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği gibi, annenin velayet görevini yerine getirmesini engelleyecek niteliktedir. Düzenlenen ilişki çöktür.” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Yarg. 2. HD. 25.03.2004. 2695/3758, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1232.

⁷⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 30.11.2005 tarihinde vermiş olduğu kararda, “...Ortak çocuk 8.6.2004 doğumlu olmakla mutlak surette anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Tarafların buldukları şehirlerin birbirine olan mesafesi de dikkate alındığında her cumartesi kişisel ilişki kurulması çocuğun bedeni ve fikri gelişimine engel oluşturacağı gibi annenin velayet görevini yerine getirmesinde güçlük çıkartacağı anlaşılmıştır. Daha uygun süre ile kişisel ilişki kurulmasının gözetilmemesi usul ve yasaya aykırıdır.” demiştir. Yarg. 2. HD. 30.11.2005. 12953/16623, bkz. GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1259.

⁷¹ GENÇCAN, (Boşanma 2015), s. 136-1337. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 3.7.2012 tarihli ve E. 2012/494, K. 2012/18523 sayılı bir kararında, tarafların aynı şehirde oturduklarının anlaşıldığı, velayetleri davalı anneye bırakılan müşterek çocuklar ile davacı baba arasında kurulacak kişisel ilişkilerde çocukların üstün yararı yanında, babalık

tarafaların aynı şehirde oturmaları halinde, ziyaret hakkının çocuğun velayeti kendisine bırakılmamış tarafta gece yatılı olarak kalabileceği şekilde düzenlenmesini önemsemektedir.

Tarafaların birbirlerinden farklı şehirlerde oturmaları halinde ise Yargıtay, kişisel ilişkinin çocuğun okul ve yarıyıl tatillerinde senede bir defa uzun süreli olarak veya yaz tatilinde amacına uygun olarak uzun süreli tesis edilmesini gerektiğini⁷²; ayrıca kişisel ilişki tesisi edilirken kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın yıllık izinlerini geçirdiği ayın ya da belli bir ayın örneğin, adli tatilin dikkate alınarak; sık ve kısa süreli olmayacak şekilde kişisel ilişkinin tesis edilmesini gerektiğini kabul etmektedir⁷³.

Tarafaların farklı ülkelerde yaşamaları halinde ise Yargıtay, yurt dışında bulunan ve kendisine velayet hakkı bırakılmayan taraf ile kurulacak kişisel ilişkinin yılda en az bir defa düzenlenmesi ve bu sürenin bir aydan az olmaması gerektiği görüşündedir⁷⁴.

duygularının da tatmin edilmesi gerektiği, yerel mahkemece her ayın birinci ve üçüncü haftalarında kurulan kişisel ilişki ile dini bayramlarda kurulan kişisel ilişkinin yatılı olmaması ve Temmuz ayında kurulan kişisel ilişkinin de süre yönünden yetersiz olduğu, mahkemece, tarafların aynı şehirde oturdukları dikkate alınarak yaş sınırlaması da yapılmaksızın daha uygun süre ile kişisel ilişki kurulması gerekirken yetersiz kişisel ilişki kurulmasının doğru olmadığına hükmetmiştir. Yarg. 2. HD. 3.07.2012, 494/18523, www.kazanci.com.tr

⁷² Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 01.11.2004 tarihli kararında⁷², “...Taraflar ayrı yerleşim yerlerinde oturmaktadırlar. Küçüklerle yaz tatillerinde amacına uygun daha uzun süreli kişisel ilişki tesisi gerekirken; yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” demiştir. Yarg. 2. HD. 01.11.2004, 11692/12888, GENÇCAN, (Boşanma 2015), s. 1340.

⁷³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 10.04.2007 tarihli kararında⁷³, “...Davalı babanın avukat olması nedeniyle yaz tatilinde adli ara verme tarihine denk gelecek şekilde çocukla kişisel ilişki kurulması çocuğunda yararınadır. Bu durum değerlendirilmeden Temmuz ayında kişisel ilişki kurulması uygun değil ise de, bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün bu yönden düzeltilerek onanması gerekmiştir.” demek suretiyle kişisel ilişki kurma hakkına sahip babanın avukat olması sebebiyle yıllık izinlerini geçirdiği adli tatili dikkate almıştır. Yarg. 2. HD. 10.04.2007, 5431/5973, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1228.

⁷⁴ GENÇCAN, (Boşanma 2015), s. 1344; Yargıtay’a göre, taraflar ayrı ülkelerde bulunuyorlarsa, kişisel ilişkinin haftalık görüşme şeklinde tesisi, amaca uygun değildir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 02.06.2008 tarihinde vermiş olduğu kararında, “...Taraflar ayrı ülkelerde oturmaktadırlar, her hafta cumartesi ve pazar günleri şahsi ilişki kurulması tarafların ve çocuğun yaşama şartlarını aşırı derecede kısıtlar.” demek suretiyle, kişisel ilişkinin haftalık görüşme şeklinde tesisini yerinde bulmamıştır.

Öte yandan Yargıtay'a göre, taraflar ayrı ülkelerde oturmakta iseler, üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı⁷⁵ saklı olduğu gibi; kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana ya da babanın yurtdışında bulunması halinde, Aile Mahkemesi hâkiminin çocuğun yurda dönmeme ihtimalini dikkate alarak, somut tedbirler⁷⁶ alması gerekir.

Belirtelim ki ziyaret sürelerinin, kişisel ilişki kurma hakkının amacını gerçekleştiremeyecek derecede kısa tutulduğu⁷⁷ ya da ziyaret günlerinin geniş zaman aralıklarına yayıldığı hallerde kişisel ilişkinin uygun nitelikte olduğundan söz edilemeyeceği gibi; ziyaretlerin çok uzun sürdüğü⁷⁸ durumlarda da kişisel ilişkinin uygun nitelikte olduğundan söz edilemez⁷⁹.

Yargıtay, ziyaret sürelerinin kişisel ilişkinin amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını önemsemekte, ziyaret sürelerinin kişisel ilişkinin amacını gerçekleştiremeyecek derecede kısa olduğu⁸⁰ ya da

⁷⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 28.09.2004 tarihinde⁷⁵, "...çocuğun babasının Amerika'da olduğunun anlaşılmasına, çocukla davacı babaannenin kişisel ilişkisinin çocuğun menfaatine uygun olmayacağına yönünde ciddi ve inandırıcı bir olgu ve delil ortaya konulmadığına göre, yerinde bulunmayan temyiz isteminin reddine" karar vermiştir. Yarg. 2. HD.28.09.2004, 7666/10783, GENÇCAN, (Boşanma 2015), s. 1346.

⁷⁶ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 14.12.2005 tarihinde çocuğun yurtdışından dönmeme olasılığına ilişkin olarak vermiş olduğu kararda⁷⁶, "...Davalı anne İtalyan uyruklu olup, İsviçre'de yaşamaktadır. Çocukla kişisel ilişki yurtdışını kapsayacak şekilde verildiğinden çocuğun dönmeme ve kişisel ilişkinin zedelenme olasılığı nedeniyle bu konuda somut ve uygulanması mümkün tedbirler alınmak suretiyle yeniden kişisel ilişki düzenlenmesi için kararın bu bölümünün bozulması gerekmektedir." demiştir. Yarg. 2. HD. 14.12.2005, 13699/17555, GENÇCAN, (Boşanma 2015), s. 1346.

⁷⁷ "Bozma kararına uyulması üzerine mahkemece baba ile 2003 doğumlu müşterek çocuk arasında düzenlenen kişisel ilişki günleri uygun olmakla birlikte, hafta sonları iki saat, dini bayramlarda da altı saat süre ile verilen kişisel ilişki süreleri çok kısa olup, kişisel ilişkinin amacına uygun düşmez. Ancak bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediklerinden hükmün bu bölümünün de düzeltilerek onanması yönüne gidilmiştir..." Yarg. 2. HD. 09.02.2005, 14940/1605, GENÇCAN, s. 1254-1255.

⁷⁸ "Davacı-davalı baba ile küçük ararsında 1 Temmuz ile 31 Temmuz arasında kişisel ilişki kurulmuş ise de; uzman raporunda da belirlendiği gibi küçüğün anneye çok bağlı olduğu, çocuğun yaz tatilinde uzun süre babayla şahsi ilişki kurulmasının olumsuz sonuç doğurabileceği ve uygun olmayacağı belirtilmesine rağmen uzun süreli kişisel ilişki doğru olmamıştır. Bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediklerinden, hükmün bu kısmının düzeltilerek onanması gerekmektedir..." Yarg. 2. HD. 15.03.2005, 1255, GENÇCAN, s. 1255.

⁷⁹ ERLÜLE, s. 231.

⁸⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 09.02.2005 tarih ve 14940/1605 sayılı kararında, "...Bozma kararına uyulması üzerine mahkemece, baba ile 2003 doğumlu müşterek çocuk arasında düzenlenen kişisel ilişki günleri uygun olmakla birlikte, hafta sonları iki saat, dini bayramlarda da altı saat süre ile verilen kişisel ilişki süreleri çok kısa olup, kişisel

ziyaret sürelerinin çok uzun olduđu⁸¹ hallerde kişisel ilişkinin uygun nitelikte olmadığını kabul etmektedir.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin önüne 16.12.2013 tarih ve 2013/9047 başvuru numarası ile gelen bireysel başvuruda, velayeti annesine verilen müşterek çocukla arasında tesis edilen kişisel ilişkinin kısa tutulması nedeniyle yetersiz olduğu yönündeki itirazlarının Yargıtay tarafından karşılanmadığını belirten başvurucu, Anayasa'nın 20., 36. ve 41. maddelerindeki haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu özetle⁸², çocuğu ile arasındaki kişisel ilişkinin çok kısa tutulması

ilişkinin amacına uygun düşmez. Ancak bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün bu bölümünün de düzeltilerek onanması yönüne gidilmiştir..." Yarg. 2. HD. 09.02.2005, 14940/1605, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1254-1255.

⁸¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 15.03.2005 tarih ve 1255 sayılı kararında ise, "...Davacı-davalı baba ile küçük arasında 1 Temmuz ile 31 Temmuz arasında kişisel ilişki kurulmuş ise de; uzman raporunda da belirlendiği gibi küçüğün anneye çok bağı olduğu, çocuğun yaz tatilinde uzun süre babayla şahsi ilişki kurulmasının olumsuz sonuç doğurabileceği ve uygun olmayacağı belirtilmesine rağmen uzun süreli kişisel ilişki doğru olmamıştır." demiştir. Yarg. 2. HD. 15.03.2005, 1255, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1255.

⁸² Anayasa Mahkemesinin önüne 16.12.2013 tarih ve 2013/9047 başvuru numarası ile gelen 7.5.2015 karar tarihli bireysel başvuruda başvurucu özetle, çocuğu ile arasındaki kişisel ilişkinin çok kısa tutulması nedeniyle temyiz isteminde bulunduğunu, Yargıtay kararında yerel mahkeme tarafından belirlenen kişisel ilişki sürelerinin daha da kısaltıldığını, Cumartesi günlerinin çalışma günleri olması nedeniyle kişisel ilişkinin çalışma programına uygun şekilde tesis edilmesi talebinde bulunmasına rağmen, Yargıtay tarafından yerel mahkemece kişisel ilişki tesisi için belirlenen Pazar gününün neden gösterilmeksizin Cumartesi olarak değiştirildiğini, ayrıca İlk Derece Mahkemesi tarafından Temmuz ayı boyunca kişisel ilişki kurulması öngörüldüğü halde, bu hükmünde Yargıtay tarafından değiştirildiğini, itirazlarının karşılanmadığını ve yargılamanın adil olmadığını belirterek Anayasa'nın 20., 36. ve 41. maddelerindeki haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bireysel başvuru kararında, Aile yaşamına Saygı hakkının Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alındığı ifade edildikten sonra, başvuru konusu olayda, başvurusunun çocuğu evlilik içinde dünyaya gelmiş olup, hukuken mevcut olan ailenin bir parçasıdır. Ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri aile yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olup, boşanma ve ayrılık davaları kapsamında aile ilişkilerine müdahalede bulunulmuş olması, aile yaşamını ortadan kaldırmaz. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının anne ve babanın boşanmasının ardından da devam edeceği açık olup, anne babanın ve çocuğun aile yaşamlarına saygı hakları belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de kapsamaktadır. Söz konusu yükümlülük yalnızca çocukların kamusal makamlar tarafından koruma altına alınmasına ilişkin uyumsuzluklar açısından değil; ebeveyn ve diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin uyumsuzluklar için de geçerlidir. Somut başvuru açısından, boşanma davası

nedeniyle temyiz isteminde bulunduğunu, Yargıtay kararında yerel mahkeme tarafından belirlenen kişisel ilişki sürelerinin daha da kısaltıldığını, Cumartesi günlerinin çalışma günleri olması nedeniyle kişisel ilişkinin çalışma programına uygun şekilde tesis edilmesi talebinde bulunmasına rağmen, Yargıtay tarafından yerel mahkemece kişisel ilişki tesisi için belirlenen Pazar gününün neden gösterilmeksizin Cumartesi olarak değiştirildiğini, ayrıca İlk Derece Mahkemesi tarafından Temmuz ayı boyunca kişisel ilişki kurulması öngörüldüğü halde, bu hükmünde Yargıtay tarafından değiştirildiğini, itirazlarının karşılanmadığını ve yargılamanın adil olmadığını belirterek Anayasa'nın 20., 36. ve 41. maddelerindeki haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu 7.5.2015 tarihli bireysel başvuru kararında, aile yaşamına saygı hakkının Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alındığı ifade edildikten sonra, ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama isteklerinin aile yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olduğu, boşanma ve ayrılık davaları kapsamında aile ilişkilerine müdahalede bulunulmuş olmasının, aile yaşamını ortadan kaldırmadığı, ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının anne ve babanın boşanmasının ardından da devam edeceği, anne babanın ve çocuğun aile yaşamlarına saygı haklarının belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de kapsadığı, somut başvuru açısından,

neticesinde velayet hakkı tanınmayan başvurucuya sınırlı görüşme hakkı tanınması ve kişisel ilişki konusundaki kısıtlamaların başvurucunun aile hayatına saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır. Derece mahkemelerinin kendisine velayet hakkı tanınmayan anne veya baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesis ettiği durumlarda, kurulması öngörülen ilişkinin uygulanabilir ve etkili olmasını temin edebilecek şekilde hareket etmesi zaruridir. Başvurucunun çalışma gün ve saatlerine uygun olmayan kişisel ilişki tesisine ilişkin hükümün yetersiz ve müşterek çocuk ile arasındaki manevi bağı korumasında etkisiz kalacağı yönündeki itirazların dakanun yolu mercii tarafından da karşılanmayarak İlk Derece Mahkemesi Hükmünün düzeltilerek onandığı, İlk Derece Mahkemesi kararında öngörülen görüşme gününde gerekçe belirtilmeksizin yapılan değişiklik dikkate alındığında kişisel ilişkiye ilişkin takdirin gereklerinin Derece Mahkemesi kararlarında somut verilerle bağlantı kurularak yeterli şekilde ortaya konulmadığı görülmektedir. Bu çerçevede çocuk ile başvuru arasında sınırlı kişisel ilişki tesisi ile kararlardaki gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, kişisel ilişkinin uygulanabilir ve etkili olacak şekilde hareket etme yükümlülüğü açısından etkisiz kaldığı, başvurucunun çocuğu ile kişisel ilişkinin yerine getirilmesinde kamusal makamlarca gereken çabanın gösterilmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 20. Maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

boşanma davası neticesinde velayet hakkı tanınmayan başvurucuya sınırlı görüşme hakkı tanınmasının ve kişisel ilişki konusundaki kısıtlamaların başvurucunun aile hayatına saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu, derece mahkemelerinin kendisine velayet hakkı tanınmayan anne veya baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesis ettiği durumlarda, kurulması öngörülen ilişkinin uygulanabilir ve etkili olmasını temin edebilecek şekilde hareket etmesinin zorunlu olduğu, İlk Derece Mahkemesi kararında öngörülen görüşme gününde gerekçe belirtilmeksizin yapılan değişikliğe ilişkin takdirin gereklerinin somut verilerle bağlantı kurularak yeterli şekilde ortaya konulmadığı, çocuk ile başvuru arasında sınırlı kişisel ilişki tesisi ile kararlardaki gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, kişisel ilişkinin uygulanabilir ve etkili olacak şekilde hareket etme yükümlülüğü açısından etkisiz kaldığı, başvurucunun çocuğu ile kişisel ilişkinin yerine getirilmesinde kamusal makamlarca gereken çabanın gösterilmemiş olduğu ifade edilmiş ve açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Son olarak belirtelim ki ziyaret sürelerinin, kişisel ilişkinin devamı boyunca uygun nitelikte olması gerekir. Ancak bu uygunluk zamanla çocuğa ilişkin nedenlere bağlı olarak ya da kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafa ilişkin nedenlere bağlı olarak kaybolabilir. Bu durumda ziyaret sürelerinin veya sıklığının, çocuğun yaşı ya da eğitiminden kaynaklı değişikliklere göre yeniden düzenlenmesi gerekir⁸³.

Nitekim Yargıtay kişisel ilişkinin niteliği gereği kesin hüküm teşkil etmediğini ve ziyaret sürelerinin ve sıklığının çocuğun yaşı ya da eğitimine bağlı olarak yeniden düzenlenebileceği kabul etmektedir⁸⁴.

⁸³ HEGNAUER, Berner Komm., Art. 273, N.121; HEGNAUER, "Persönlicher Verkehr-Grundlagen", ZVW 1993, s.9; ÖZTAN, s. 609; ERLÜLE, s. 232.

⁸⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 07.04.2004 tarih ve 3313/4469 sayılı kararında⁸⁴, "...Kişisel ilişki ile ilgili kararlar teknik anlamda kesin hüküm teşkil etmez. İleride değişen şartlara göre her an yeniden düzenlenebilir. Somut olayda, velayet hakkı anneye verilen müşterek çocuk O.K. 24.2.2003 doğumlu olup anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Gerçekleşen bu durum karşısında küçüğün gece yatısına kalacak şekilde ve her yılın 1 Temmuz-20 Temmuz tarihleri arasında uzun süreli olarak babaya bırakılması küçüğün bedeni ve fikri gelişimi yönünden olumsuz sonuçlar doğuracağı gibi, anne bakım ve şefkatinden de yoksun bırakacaktır. Bu yön nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir." demiştir. Yarg. 2. HD., 07.04.2004, 3313/4469, GENÇCAN, (Boşanma 2008), s. 1279.

V. ZİYARET HAKKININ SINIRLARI

Uluslararası hukuk bakımından kişisel ilişki kurma hakkının sınırları, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 4. maddesinin II. fıkrasında; çocuk ile ana ve babası arasında kişisel ilişki, çocuğun sadece yüksek yararları gerektirdiği takdirde, kısıtlanabilir veya engel olunabilir demek suretiyle ifade edilmiştir.

Hukukumuz bakımından kişisel ilişkinin ve bu anlamda ziyaret hakkının sınırları ise Medeni Kanunumuzun 324. maddesinde gösterilmiştir.

TMK m. 324. maddesinin I. fıkrasında, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip taraf ve çocuğun velayetini elinde bulunduran taraf, çocuğun yararına uygun davranmakla yükümlü kılınmış; maddenin II. fıkrasında da kişisel ilişki kurma hakkının reddedilmesine veya kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına neden olabilecek olgular sınırlandırıcı olmayacak şekilde belirtilmiştir.

TMK m. 324/II hükmü şu şekildedir:

“Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkra da öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir”.

Belirtelim ki öğretiyeye göre son çare (ultima ratio) olarak başvurulması gereken kişisel ilişki kurma talebinin baştan reddedilmesi ya da sona erdirilmesi yerine çocuğun yararına uygun düşen diğer bir çözüm şeklinin benimsenmesi örneğin, ilişkinin içeriğinin değiştirilmesi ya da sınırlandırılması da mümkündür⁸⁵.

İsviçre öğretisinde bu hallere örnek olarak, ziyaret hakkının sona erdirilmesine rağmen kişisel ilişki kurma şekillerinden iletişim hakkının devamına karar verilmesi ya da ziyaret hakkına üçüncü kişinin nezaretinde izin verilmesi gösterilmektedir⁸⁶.

⁸⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile Hukuku, s. 321; SCHWENZER, Basler Komm., Art. 274, N. 16; HEGNAUER, Berner Komm., Art. 274, N. 40; AMREIN/GULER/HÄFELI, s. 182; aynı yönde BGE 120 II 233.

⁸⁶ SCHWENZER, Basler Komm., Art. 274, N. 16; BREITSCHMID, Handkomm., Art. 273, N.8. İsviçre hukukunda İMK m. 307 (MK m. 346) anlamında bir koruma önlemi olduğu ifade edilen üçüncü kişi nezaretinde kişisel ilişki kurma hakkı, kişisel ilişkinin sona erdirilmesine alternatif oluşturur. Kişisel ilişkinin üçüncü kişinin nezaretinde kullanılması ile kriz dönemlerinin daha rahat şekilde aşılması, yersiz korkuların ortadan kaldırılması, çocuğun etkili bir şekilde korunması özellikle de çocuğun cinsel istismara uğrayacağı ya da kaçırılacağı şüphesinin egemen olduğu, madde bağımlılığı ya da

Nitekim Medeni Kanunumuzun 324. maddesine karşılık gelen İsviçre Medeni Kanununun 273. maddesine, 1998'de gerçekleştirilen değişiklik çerçevesinde eklenen II. bir fıkra ile kişisel ilişkinin yürütülmesi ya da yürütülmemesinin çocuk üzerinde olumsuz etkiler yaratması halinde, vesayet makamına kişisel ilişkinin taraflarını uyurma ve onlara talimat verme yetkisi tanınmıştır⁸⁷.

KAYNAKÇA

- AMREIN, Bernhard/GULER, Albert/HÄFELI, Cristoph, *Mustersammlung zum Adoptions-und Kindesrecht*, 4. Aufl., Zürich 2005.
- BLUM, Richard, *Der Persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind gemäss Art. 273-275 ZGB (Besuchsrecht)*, Zürich 1983.
- BÖLÜKBAŞI, Özge, *Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi*, EÜHFD, C. XV, S. 3-4 (2011), s. 268-287.
- BREITSCHMID, Peter, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zürich 2007.
- CANTIENI, Linius, *Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Eine empirische Untersuchung*, Diss., Bern 2007.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 2016.
- ERLÜLE, Fulya, *Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması*, MÜHF-HAD, C.16, S.3-4, Y. 2010, s. 217-248.
- FRANKHAUSER, Roland, (Çev. Öztan, Bilge), *Aile Krizinde Çocuğun Hakları*, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 4, Güz 2007), s.99-106.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Ankara 2008. (Boşanma 2008).
- GENÇCAN, Ömer Uğur, *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Ankara 2015. (Boşanma 2015).
- HAMMER-FELDEGES, Marianne, "Persönlicher Verkehr-Probleme der Rechtsanwendung für Vormundschaftsbehörden, Richter und Anwälte", ZVW 1993, s.15-27.
- HEGNAUER, Cyril, "Persönlicher Verkehr-Grünlagen", ZVW 1993, s. 2-14.

psikolojik rahatsızlıkların söz konusu olduğu ya da kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ana ya da baba ile ilgili olarak çocuğun olumsuz yönde etkilendiği durumların bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır. Bkz.; ERLÜLE, s. 235, dñn. 83'te anılan yazarlara. Hukukumuz bakımından uygulamada Yargıtay, üçüncü kişi gözetiminde kişisel ilişki düzenlenmesinin kişisel ilişki hakkını sınırlar şekilde olup taraflar açısından da olumsuz sonuçlar doğurabileceği ve amacına uygun düşmeyeceği gerekçesiyle yerinde olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için bkz. Yarg. 2 HD., 04/07/2005, 8419/10482, GENÇCAN, s. 1271.

⁸⁷ SCHWENZER, Basler Komm., Art. 273, N. 22; BREITSCHMID, Handkomm., Art. 273, N.8.

- HEGNAUER, Cyril, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 2. Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270-275 ZGB, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 276-295 ZGB, Bern 1997.
- HEGNAUER, Cyril, Vormundschaftsbehörde und persönlicher Verkehr. Ein Überblick, ZVW 1998, s. 169-179.
- KOÇ, Evren, Jülide/YILMAZ, Mahmut, Boşanma ve Çocuk, (Evlilik Biter Ebeveynlik Süre), Ankara-2016.
- MAVİ, Ömer, İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu, TBB Dergisi, Sayı 74, 2008, s. 269-281.
- OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II., İstanbul 2009, s. 1219-1242.
- ÖZBAY, İbrahim, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, e-akademi, S. 84, Şubat 2009, erişim tarihi: 15.9.2018.
- ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- SCHNYDER, Bernhard, Die ZGB-Revision 1998/2000 (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht), Zürich 1999.
- SCHWENZER, Ingeborg, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB (Herausgeber: HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas), 3. Aufl., Basel-Genf- München 2006.
- SERDAR, İlknur, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı: 2007, İzmir 2007, s. 739-781.
- SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017.
- TATLIOĞLU, Kasım/DEMİREL, Nuri, Sosyal Bir Gerçeklik Olarak Boşanma Olgusu: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl:4, S.22, Mart 2016, s. 59-73.
- YILMAZ, Canan, “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Y. 35, S. 1, 2015, s. 103-141.

İFA ENGELLERİ HUKUKUNDA AMACIN GERÇEKLEŞMESİ VE AMACIN ORTADAN KALKMASI

ACCOMPLISHMENT OF PURPOSE AND LOSS OF PURPOSE IN IRREGULARITIES OF PERFORMANCE

DOI: 10.21492/inuhfd.450154

Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN*

Özet

Amacın gerçekleşmesi ve amacın ortadan kalkması, bu çalışmada kabul ettiğimiz sistematik uyarınca, amacın boşa çıkması kavramı altında yer almaktadır. Amacın boşa çıkması kavramı kapsamında yer alan bir diğer kavram ise, amacın anlamsızlaşmasıdır. Bu çalışmada temelde ele alınan amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması ifa engelleri arasında yer alan sonraki kusursuz imkânsızlık (TBK m.136) kapsamında yer almaktadır. Söz konusu hükmü amacın gerçekleştiği ve ortadan kalktığı durumlardan, borçlunun o ana kadar masraf yapmış olduğu durumlara uyguladığımızda adil olmayan sonuçlarla karşılaşmaktadır. Zira TBK m.136 gereğince borçlu borcundan kurtulmakta ve alacaklıdan karşı edimi isteme hakkını kaybetmektedir veya aldığı karşı edimi iade etmek durumundadır. Bu nedenle borçlunun o ana kadar masraf yapmış olduğu amacın gerçekleştiği ve ortadan kalktığı durumlarda, kanaatimizce örtülü boşluk olduğu kabul edilmeli ve amaca uygun sınırlama yöntemi ile söz konusu hükmün, söz konusu durumlara uygulanmaması sonucuna ulaşılmalıdır. Bu noktada ortaya çıkan boşluk TMK m.1 uyarınca hâkimin hukuk yaratması ile doldurulacaktır. Hâkimin koyacağı kural ise, kanaatimizce borçlunun karşı edimi talep edebilmesi, ancak karşı edimden yerine getirmediği kendi edimini mahsup etmesine yönelik olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İfa engelleri, amacın boşa çıkması, amacın gerçekleşmesi, amacın ortadan kalkması, objektif imkânsızlık.

Abstract

Accomplishment of purpose and loss of purpose fall under the concept of irregularity of purpose as per the systematic we follow in this work. Another concept which falls under the scope of irregularity of purpose is the purpose becoming meaningless. Accomplishment of purpose and loss of purpose being handled basically under this work fall within the scope of subsequent objective impossibility (Turkish Code of Obligations Art. 136) which is among the irregularities of performance. When this provision in question is applied to the cases of accomplishment of purpose and loss of purpose in which the debtor made expenses until that moment, unfair results occur. Because as per the Article 136 of the Turkish Code of Obligations, debtor is discharged

* Dr. Öğrt. Üyesi, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
(E-Mail: nozdogan@cu.edu.tr). (ORCID: 0000-0001-8678-6259)

Makale Gönderilme Tarihi: 01.08.2018

Submitted: 01.08.2018

Makale Kabul Tarihi: 14.11.2018

Accepted: 14.11.2018

from its obligation and loses its right to demand counter claim from the creditor or has to return the counter claim that he has received. For this reason in the cases of accomplishment of purpose and loss of purpose in which the debtor made expenses until that moment, in our opinion implicit legal gap has to be accepted to exist and in conclusion the provision in question should not be applied to these cases by following the method of limitation fit for purpose. The legal gap that occurs here should be filled by the judge by creating law as per the Article 1 of The Turkish Civil Code. In our opinion, the rule that the judge will create should be for the debtor being able to demand the counter claim but to deduct his own obligation which he has not performed from the counter claim.

Keywords: Irregularities of performance, irregularity of purpose, accomplishment of purpose, loss of purpose, objective impossibility.

I. GİRİŞ

Amacın gerçekleşmesi ve amacın ortadan kalkması kavramları, tespit edilebildiği kadarıyla, ilk olarak Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra Alman hukukçu *Klein*¹ tarafından kapsamlı bir şekilde incelenmiş, ardından yine Alman hukukunda *Beuthien*² tarafından detaylı bir incelemeye tabi tutulmuştur. Bunun yanında söz konusu kavramlar birçok Alman hukukçu tarafından ele alınmıştır. Bu doğrultuda esasında söz konusu kavramlara eserlerinde yer verip, tartışmaya açan Alman hukukçularıdır. Bununla birlikte tarihi çok eskilere dayanmamakla birlikte, İsviçre-Türk hukukunda da bazı yazarlarca söz konusu kavramlara eserlerinde yer verilmiştir. Türk hukuku açısından bu yazarların başında *Serozan* gelmektedir.

Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması, ifa engelleri kapsamında yer almakla birlikte, hangi tür ifa engeli sayılacağına ilişkin ve bu bağlamda sonuçlarına ilişkin tartışmalar bulunmaktadır. Bu çalışmada temel amacımız söz konusu kavramların hangi tür ifa engeli kapsamında yer alacağını ortaya koymak ve bunun sonuçlarını ele almaktır.

II. İFA ENGELLERİ KAVRAMI

Sözleşmeler, ideal bir biçimde, varsa sözleşmedeki yoksa kanundaki hükümlere uygun bir ifa ile sona erer. Ancak ifa ile sözleşmenin sona erebilmesi için, söz konusu ifanın bütün ifa unsurlarına (ifanın tarafları, konusu, yeri ve zamanı) uygun olması gerekmektedir. Bir diğer anlamda, ancak tam ve doğru ifa ile sözleşme sona erecektir. Eğer ifa, ifa unsurlarından birine bile aykırı ise, ifa edilmeme söz konusu olacaktır.

¹ KLEIN, Peter: *Untergang der Obligation durch Zweckerreichung*, Berlin 1905.

² BEUTHIEN, Volker: *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Tübingen 1969.

Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) ifa edilmemeye ilişkin hükümlere baktığımızda, tüm ifa edilmeme hallerini kapsayan bir kavramın kullanılmayıp, bunun yerine tek tek imkânsızlık, temerrüt, gereği gibi ifa etmeme gibi ifa edilmeme hallerinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Oysa başka hukuk sistemlerinde ve çeşitli uluslararası metinlerde, bütün ifa edilmeme durumlarını kapsayan tek bir kavram kullanılmaktadır^{3 4}. Bu bağlamda borçlar hukuku sistemimizde eleştiriye açık birçok nokta olmakla birlikte, çalışma konumuzun sınırlarını aşmamak adına bu eleştirilere değinilmemekte, sadece bu eksikliğe dikkat çekmeyle yetinmekteyiz⁵.

³ Örneğin Alman hukukunda, 2002 değişikliği sonrasında bütün ifa edilmeme hallerini (imkânsızlık, temerrüt, gereği gibi ifa etmeme, işlem temelinin çökmesi, culpa in contrahendo sorumluluğu) kapsayacak şekilde yükümlülüğün ihlali (*Pflichtverletzung*) kavramına BGB §280'de yer verilmiş bulunmaktadır. İsviçre hukukunda tüm ifa edilmeme hallerini kapsayan bir tanım bulunmamaktadır. Bunun yerine tek tek imkânsızlık, temerrüt gibi ifa edilmeme halleri düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunun Genel Hükümlerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 2020 Tasarısında (Schweizerischen Vorentwurf über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts) ise, Art.118 vd. hükümlerde ifa etmeme üst başlığı altında, temerrüt ve diğer yükümlülük ihlalleri şeklinde ikili bir ayrıma yer verilmiştir. Bu bağlamda söz konusu metinde temerrüt dışındaki ifa etmeme halleri için, BGB'de olduğu gibi yükümlülüğün ihlali (*Pflichtverletzung*) kavramına yer verilmiş olmaktadır. Uluslararası metinlerden Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale Of Goods – CISG*) m.25 vd. da sözleşmenin ihlali (*Breach of Contract/Vertragsverletzung*) kavramına yer verilmiştir. Ancak burada borçlunun ifa rızasının olmadığı durumlar ön plana alınmıştır. Bir diğer anlamda borçlunun borcunu ifa etmemesinde rızası bulunmaktadır. UNIDROIT İlkeleri (*Principles of International Commercial Contracts-PICC*) 7. Bölümde ve European Contract Code (*Gandolfi Code*) 8. Bölümde ise, ifa edilmeme (*Non-Performance/Nichterfüllung*) kavramının kullanıldığı görülmektedir.

⁴ Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. ATAMER, Yeşim: “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematiğe Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiğe”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.327 vd.

⁵ Bu hususta eleştirilmesi gereken noktaların başında, TBK'da her bir ifa etmeme türü için farklı kavramların ve farklı sonuçların öngörülmüş olmasıdır. Örneğin TBK m.112 hükmü kapsamında imkânsızlık ve gereği gibi ifa etmeme halinde, dönme hakkına yer verilmezken, m.117 vd. hükümlerinde düzenleme alanı bulan temerrütte, m.125 hükmünde dönme hakkına yer verilmiş olması günümüz hukuku açısından yetersizdir. Bunun dışında imkânsızlığın halen baştaki ve sonraki olmak üzere ayrıma tabi tutulup, başlangıçtaki imkânsızlığın kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması da, eleştiriye açık bir diğer husustur. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. SEROZAN, Rona: “BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının, İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi”, (BK Tasarısı), HPD, Mayıs 2006, S.6, s.44 vd; ATAMER, s.

İfanın unsurlarından her türlü sapmayı ele alacak bir kavram arayışında ifa engelleri (*Leistungshindernis*) veya ifa bozukluğu (*Leistungsstörung*) kavramları öne çıkmaktadır⁶. Öğretide ifa engeli kavramının açılımı ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Bu doğrultuda *Serozan*'a göre, ifa engeli kavramı sözleşmenin ihlali kavramından daha geniş bir kavramdır ve ifa engeli kapsamına alacaklı temerrüdü, alacaklının etki alanında gerçekleşen ifa imkânsızlığı, baştan (konuda) imkânsızlık, borçlunun sorumluluğunu gerektiren sonraki imkânsızlık, borçlu temerrüdü, sözleşmenin müspet ihlali, sözleşme öncesinde kusur (*culpa in contrahendo*), işlem temelinin çökmesi (borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesi ve alacaklının beklentisinin boşa çıkması) girmektedir⁷. Öz'e göre ise, ifa engelleri olarak adlandırılan durumlar, klasik terminolojide borca aykırılık kavramının modern terminolojideki karşılığıdır⁸. Sadece alacaklı temerrüdü borca aykırılık sayılmayacağı halde ifa engeli olarak nitelendirilebilir⁹.

Sonuç olarak ister ifa engeli ister ifa edilmeme kavramı kullanılsın temelde akla alacaklı temerrüdü¹⁰, imkânsızlık, borçlu temerrüdü, gereği gibi ifa etmeme, işlem temelinin çökmesi kavramları gelmektedir.

Bu çalışmada ele alacağımız amacın gerçekleşmesi ve amacın ortadan kalkması ifa engeli olmakla birlikte Türk-İsviçre BK'da düzenlenmemiş ve öğretide de fazla tartışılmamış iki kavramdır. Bununla birlikte son yıllarda söz konusu durumların hangi tür ifa engeli sayılacağı ve sonuçlarının ne olacağına ilişkin gerek Türk hukukunda gerekse İsviçre hukukunda farklı tartışmalar bulunmaktadır. Bu bağlamda bizim bu

318 vd.; HAVUTÇU, Ayşe: "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s.314 vd.

⁶ Öğretide ifa bozukluğu ve ifa engeli kavramı aynı anlama gelecek şekilde kullanılmakla birlikte, kanaatimizce ifa bozukluğu kavramının kullanılması ifa engeli kavramına göre daha yerindedir. Zira ifa engeli denilince esasında borçlu borcunu ifa etmek istiyor, ancak mücbir sebep yüzünden, yani bir engel yüzünden ifa edemiyor gibi bir çağrışım yapmaktadır. Bununla birlikte ifa engeli kavramının kullanımı artık yerleşmiş bir kullanım olduğu için, çalışmamız kapsamında biz de bu kavramı kullanmayı tercih ediyoruz.

⁷SEROZAN, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s.131-132. Aynı doğrultuda bkz. ATAMER, s. 317; HAVUTÇU, s.313-314.

⁸ÖZ, Turgut: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu * Yürürlük Kanunu, C.1, Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.871.

⁹ Böylece yazar borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa imkânsızlığını ve aşırı ifa güçlüğüne de borca aykırılık kapsamında görmektedir (ÖZ, s.871, dñn.1).

¹⁰ Alacaklı temerrüdü TBK'da borçların ifası bölümünde yer almakla birlikte, aslında tipik bir ifa engelidir.

çalışmadaki amacımız, öncelikle söz konusu kavramları açıklayarak, bu durumların Türk hukukunda hangi tür ifa engeli kapsamında yer alacağı ve sonuçlarının ne olacağı üzerinde durmaktır.

III. AMACIN GERÇEKLEŞMESİ¹¹ (ZWECKERREICHUNG) VE AMACIN ORTADAN KALKMASI¹² (ZWECKFORTFALL)

A. Genel Olarak

Öğretide amacın gerçekleşmesine ilişkin verilen tipik örnek, hekim ve hasta arasındaki tedavi sözleşmesi kapsamında hekim hastaya belirli tarihte randevu veriyor, ancak hasta randevu öncesinde kendiliğinden iyileşiyor (amacın gerçekleşmesi) veya hasta randevu tarihi gelmeden ölüyor (amacın ortadan kalkması). Bir diğer örnek, gemisi karaya oturan A, B ile geminin kurtarılmasına ilişkin sözleşme yapıyor. Kurtarma işleminden önce gemi suların yükselmesi nedeniyle kendiliğinden kurtuluyor (amacın gerçekleşmesi) veya gemi bir yıldırım çarpması sonucu ya da çürük olduğu için tamamen parçalanıyor (amacın ortadan kalkması). Söz konusu örneklerde ilk durumlarda alacaklı sözleşme ile elde etmek istediği amaca ifa dışında başka bir yolla ulaşmaktadır¹³. İkinci durumlarda ise, edim konusu olan şey ortadan kalktığı için sözleşme amacı yerine getirilememektedir. Her iki durumda da dikkat edilmesi gereken iki husus vardır. Bunlardan ilki, her iki durumda da ne alacaklının ne de borçlunun sorumluluğu bulunmamaktadır. Diğeri ise, sözleşmenin amacından kasıt, objektif (nesnel) amacdır. Bu iki durum söz konusu değilse, bizim bu çalışmada ele aldığımız anlamda, amacın gerçekleşmesi veya amacın ortadan kalkmasından da bahsedilemeyecektir. Bu nedenle öncelikle aşağıda bu iki unsur ele alınacaktır.

¹¹ Amacın gerçekleşmesi kavramının tarihsel gelişimi, özellikle Roma hukukuna uzantısı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. BEUTHIEN, s. 28 vd.

¹² Öğretide, Almanca karşılığı *Zweckfortfall* olan, bizim kullandığımız amacın ortadan kalkması kavramı yerine kullanılan diğer kavramlar için bkz. amacın çökmesi kavramı (CANBOLAT, Ferhat: Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 127); amacın düşmesi kavramı (GÜLEKLİ, Yeşim: “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, İÜMHAD 1990, N.18, s.60).

¹³ Bizim bu çalışmada amacın gerçekleşmesi kavramı kapsamında ele aldığımız durumlarda, alacaklının herhangi bir sorumluluğu olmadan, hukuken aynı edimi ifa dışında bir yolla (sözleşme ilişkisine dâhil olmayan üçüncü kişinin edimi veya bir doğa olayı) elde etmesi söz konusudur. Bununla birlikte, alacaklının sözleşmedeki amacına ekonomik açıdan eş değerde başka bir şeyi elde etmesi, bu çalışmada kullanılan amacın gerçekleşmesi kavramı kapsamında yer almamaktadır.

B. Unsurları

1. Alacaklının ve Borçlunun Kusurunun Bulunmaması

Amacın gerçekleşmesi de amacın ortadan kalkması da esasında alacaklının etki alanında gerçekleşmektedir. Ancak alacaklının burada en geniş boyutlarıyla bile hiçbir kusuru bulunmamaktadır¹⁴. Ayrıca alacaklı, bu gelişmeleri önceden öngörebilecek veya öngörmesi gerekir durumda da değildir. Eğer alacaklının kusuru nedeniyle amaç gerçekleşmiş veya ortadan kalkmış ise, burada alacaklının yol açtığı bir ifa engeli söz konusu olacaktır¹⁵. Böyle bir durumda da sorunun çözümü değişecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, burada alacaklının kusuru ile kastedilen gerçek ve teknik anlamda bir kusur olmayıp, hukuki ödevde aykırılık kusurundan, doğal anlamda kusurdan bahsedilmektedir. Doğal kusur ile kastedilen, alacaklının aklı başında, sağgörümlü birisi gibi hareket etmemesidir¹⁶.

Amacın gerçekleşmesi, ortadan kalkması ve alacaklının kusuru nedeniyle ortaya çıkan ifa engeli durumunda (alacaklının yol açtığı ifa imkânsızlığı) ele alınacak temel problem, borçlunun alacaklıdan karşı edimi talep edip edemeyeceğidir. Zira bu üç durumda da borçlu borcunu ifa edememektedir. Bununla birlikte acaba borçlu alacaklıdan karşı edimi talep edebilecek midir sorusu, zaten bu çalışmada cevap aranacak soruların da başında gelmektedir. Hemen belirtelim ki, amacın gerçekleşmesi veya ortadan kalkmasına oranla, alacaklının kusuru nedeniyle ortaya çıkan ifa engeli durumunda borçlu daha avantajlı konumdadır. Türk-İsviçre hukukunda bu sorunun çözümüne ilişkin genel bir hüküm¹⁷ bulunmamakla birlikte, Alman hukukunda BGB §326/2'de

¹⁴ SEROZAN, s.158; CANBOLAT, s.125. *Kurt*'a göre, amacın gerçekleşmesi alacaklının sorumlu olduğu bir nedenden de kaynaklanabilir. Örneğin doktor çağırılan hasta, çağırdığı doktor gelmeden önce başka bir doktora tedavi olup iyileşir (KURT, L. Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.104, 105). Bizim bu çalışmada ele aldığımız amacın gerçekleşmesi kavramı ile *Kurt*'un ele aldığı amacın gerçekleşmesi kavramı örtüşmemektedir. Bu çalışmada amacın gerçekleşmesi kavramı ile kastedilen, alacaklının herhangi bir katkısı olmadan amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesidir.

¹⁵ Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. GIGER, Marcel: Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Bern 1992, s.3 vd.; İNCEOĞLU, M. Murat: "İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması", AÜHF 2008, C.57, S.4, s.237 vd.; SEROZAN, s.153 vd.; GÜNDOĞDU, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, XII Levha, İstanbul 2014, s.331 vd.

¹⁶ SEROZAN, s. 156-157.

¹⁷ Alacaklının sorumlu olduğu amacın gerçekleşmesi veya ortadan kalkması durumlarına ilişkin TBK'da bazı özel sözleşme tipleri için öngörölmüş hükümler bulunmaktadır. Hizmet sözleşmesi için TBK m.408 (eBK m.325), kira sözleşmesi için TBK m.324,325

bir hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, ifa imkânsızlığına kendisi yol açan alacaklı, karşılıklı sözleşmede edim hasarına katlanacağı gibi, karşı edim hasarını da yerine getirmek zorundadır. Bir diğer anlatımla borçlu borcundan kurtulur, ancak karşı edimi de ister. Ayrıca söz konusu hükümde göze çarpan bir husus daha vardır ki, alacaklı, karşı edimden, borçlunun edimin yerine getirilmesinden kurtulmakla tasarruf etmiş olduklarını düşebilecektir. Türk-İsviçre hukuk öğretisinde de, Alman hukukundaki çözüme paralel bir çözüm getirilmekte olup, buna ilişkin farklı yasal hükümlerden yararlanılmaktadır¹⁸.

Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasında öne çıkan bir diğer özellik ise, söz konusu durumların gerçekleşmesinde borçlunun da herhangi bir kusurunun bulunmaması gerektiğidir¹⁹. Zira borçlunun kusuru nedeniyle amaç gerçekleşmiş veya amaç ortadan kalkmış ise, TBK m.112 kapsamında bir ifa engeli söz konusu olacaktır.

2. Amacın Gerçekleşmesi veya Ortadan Kalkmasında, Sözleşmenin Objektif Amacının Söz Konusu Olması

Bir sözleşme ilişkisinde taraflar çoğu kez sözleşmenin objektif (nesnel) amacının yanında, subjektif (özel) bir amaç da güderler. Örneğin başka bir şehre tayininizin çıkacağı düşüncesi ile ev kiraladığınızda, kira sözleşmesinin objektif amacı kira bedeli karşılığında evin kullanım hakkını elde etmektir. Subjektif amacı ise, bir anlamda sizi o sözleşmeyi kurmaya iten neden ise, başka bir şehre taşınmak zorunda kalacağınız için ev kiralamaktır. Sonradan tayininiz çıkmadığında sözleşmenin subjektif amacının²⁰ anlamsızlaşmasından²¹ (*Zweckvereitelung*) bahsedilecektir. Oysa amacın gerçekleşmesi veya ortadan kalkmasında söz konusu olan, sözleşmenin objektif amacıdır²². Zira buna ilişkin yukarıda vermiş olduğumuz örneklerden, tedavi

(eBK m.252) bu hükümlere örnek verilebilir. Bu doğrultuda bkz. SEROZAN, s.155. Ayrıca bkz. KURT, s.273 vd.; GÜNDOĞDU, s.344 vd.

¹⁸ Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 5. Auflage, Basel 2011, Art.119, N.14; SEROZAN, s. 155 vd. Aksi görüş için bkz. GIGER, s.103-104; İNCEOĞLU, s.243 vd.

¹⁹ BEUTHIEN, s.27; SULZER, Stefan: Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 2002, s.63.

²⁰ Burada kullanım amacının söz konusu olduğuna ilişkin olarak bkz. CANBOLAT, s.185.

²¹ Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. IV, B.

²² SULZER, s.63; SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, (Dönme), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.260, 366-367; SEROZAN, s. 158; GÜLEKLİ, s.60; KURT, s.103. Burada asıl amacın gerçekleştiğine ilişkin olarak bkz. CANBOLAT, s.185.

sözleşmesinde hasta için objektif amaç, hekimin tedavisi sonucunda iyileşmektir. Hasta kendiliğinden iyileşir veya tedavi öncesinde ölürse, sözleşmenin objektif amacı ifa dışı yoldan gerçekleşmiş olacak veya sözleşmenin objektif amacı ortadan kalkmış olacaktır. Amacın anlamsızlaşması durumunda ise, sözleşmenin objektif amacının gerçekleşmesi halen mümkündür. Buna karşılık alacaklının bu sözleşme ve bundan doğan edim ile ulaşmayı amaçladığı subjektif amaç, öngörülemez nitelik taşıyan ve alacaklının risk alanına da dâhil olmayan bir takım sebepler yüzünden erişilemez hale gelmiştir²³. Bu doğrultuda öğretide amacın anlamsızlaşması, koşulların sonradan değişmesi sonucunda edimin ifasının hala mümkün olmakla beraber, alacaklı açısından edimin tüm anlamını yitirmesi hali olarak ifade edilmektedir²⁴.

C. Amacın Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkmasının Hangi Tür İfa Engeli (İmkânsızlık mı Alacaklı Temerrüdü mü) Sayılacağı Problemi

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere, amacın gerçekleşmesi veya ortadan kalkması nedeniyle ortaya çıkan ifa engeli durumunda ele alınacak temel problem, borçlunun alacaklıdan karşı edimi talep edip edemeyeceğidir. Bu soruna çözüm bulabilmek adına, öncelikle amacın gerçekleşmesi veya ortadan kalkmasının hangi tür ifa engeli kapsamında değerlendirileceğinin belirlenmesi gerekmektedir²⁵. Zira bu kavramlara ilişkin hukukumuzda yasal bir düzenleme söz konusu olmadığı için, söz konusu problemin çözümünde hangi yasal hükümlerin uygulama alanı bulabileceğinin belirlenebilmesi açısından, gerekli hukuksal nitelendirmenin yapılması gerekmektedir.

Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasının hukuki niteliğine ilişkin öğretide temelde iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki olan, Alman ve İsviçre hukukunda hâkim olan görüşe göre, amacın gerçekleşmesinde de amacın ortadan kalkmasında da objektif imkânsızlık söz konusudur. Diğeri, özellikle İsviçre hukukunda *Weber*'in savunduğu görüşe göre ise, söz konusu durumlarda alacaklı temerrüdü söz konusudur. Aşağıda her iki görüşün savunucuları ve gerekçeleri ile bunlara yöneltilen eleştiriler ele alınacaktır.

²³ GÜLEKLİ, s.60.

²⁴ EMMERICH, Volker: Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005, s.375.

²⁵ Bir görüşe göre, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması durumları, TBK'da düzenlenmesi ihmal edilmiş ifa engellerindedir [Bu hususta bkz. SEROZAN, (BK Tasarısı), s.47].

1. Objektif İmkânsızlık Görüşü

Amacın gerçekleşmesi ve amacın ortadan kalkmasının objektif imkânsızlık teşkil edeceğine ilişkin görüş, özellikle Alman hukukunda savunulmaktadır.

Beuthien'e göre, alacaklı temerrüdü, alacaklının kendisine sunulan ifayı kabul etmek istememesi durumunda (tipik durum) veya geçici olarak alacaklının ifayı kabul etmesinin engellendiği (atipik durum) durumlarda söz konusu olur²⁶. Eğer alacaklı gelecekte borçlunun ifasını hiçbir zaman kabul edemeyecekse veya edimin ifasına katılamayacaksa, böyle bir durumda alacaklı temerrüdü değil, imkânsızlık söz konusu olacaktır. Aynı durum alacaklı dışında başka hiç kimse tarafından ifanın kabul edilemeyeceği (kabul imkânsızlığı ve olanaksızlığı) durumunda da geçerli olacaktır. Bu doğrultuda yazara göre, sürekli kabul imkânsızlığı ve sürekli kabul olanaksızlığı, alacaklı temerrüdünü dışlar²⁷. Alacaklı taraf açısından sürekli bir biçimde ifanın kabulüne ilişkin bir engel varsa, bu aynı zamanda borçlu taraf açısından da sürekli bir ifa engeli teşkil eder. Yazara göre, dar anlamda borç ilişkisinin (*Schuldverhältnisse im engeren Sinne*), yani alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu bir tek edimin amacı, borçlu tarafından veya borçlu hesabına taahhüt edilen edim sonucunun, bir diğer ifadeyle borcun içeriğinin gerçekleştirilmesidir²⁸. Borcun içeriği gerçekleştirilemiyorsa, objektif imkânsızlık söz konusu olur²⁹. Borçlu tarafından veya onun hesabına gerçekleştirilecek sonuç, başka bir şekilde alacaklı için gerçekleşmişse, borcun içeriği gerçekleştirilemez. Böylece yazara göre, amacın gerçekleşmesinde de objektif imkânsızlık söz konusudur³⁰. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, *Beuthien*, diğer yazarlardan farklı olarak, amacın gerçekleşmesi halini, amacın gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi olarak ele almaktadır. Zira yazara göre, dar anlamda borç ilişkisi ifa dışında bir yolla amacına erişemez³¹.

Larenz'e göre, amacın ortadan kalkmasında, borçlu tarafından taahhüt edilen edime ilişkin edim sonucu, artık gerçekleştirilemeyeceği

²⁶ BEUTHIEN, s. 237, s.251.

²⁷ BEUTHIEN, s. 238.

²⁸ BEUTHIEN, s. 45 vd.

²⁹ BEUTHIEN, s.26.

³⁰ *Beuthien* söz konusu eserinde açıklamalarını daha çok amacın gerçekleşmesi temelinde yapmaktadır. Bizim bu çalışmada ele aldığımız amacın ortadan kalması durumunu, sınırlı bir biçimde ele almıştır. Ancak belirtmek gerekir ki yazar, amacın ortadan kalkması hali içinde imkânsızlığı kabul etmektedir (s.228).

³¹ BEUTHIEN, s.46.

için, edim imkânsız hale gelmiştir³². Yazara göre, edim sonucu borçlu veya alacaklı dışında, doğa olayı veya borç ilişkisinde yer almayan üçüncü bir kişinin fiili yoluyla gerçekleştirilmişse, burada ne borçlunun ne de alacaklının sorumlu olduğu imkânsızlık söz konusu olacaktır³³. Çünkü gerçekleşen amaç, bir daha gerçekleştirilemez.

Esser/Schmidt'e göre, gerek amacın gerçekleşmesinde gerekse amacın ortadan kalkmasında imkânsızlığa ilişkin hükümler doğrudan veya en azından kıyasen uygulanmalıdır³⁴. Zira amacın ortadan kalkmasında, tedavi edilecek hastanın randevu gününden önce ölmesi veya kurtarılacak geminin kurtarma işleminden önce batmasında, borçlunun taahhüt altına girdiği edim fiili (kurtarma veya tedavi) imkânsız hale gelmiştir³⁵. Ancak amacın gerçekleşmesine ilişkin olarak ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, amacın edimden başka bir yolla elde edildiği hallerde imkânsızlık sonucuna varmak için, başka yoldan elde edilen alacaklı menfaatinin, bir defada bireysel edimle elde edilmesi gerekmektedir³⁶. Kurtarılacak geminin kurtarma işlemi öncesinde kendiliğinden yüzmesi veya boğazına bir şey kaçarak boğazı tıkanan çocuğun kuvvetli bir öksürükle boğazına kaçan şeyi çıkarmasında olduğu gibi. Bu örneklerde de esasında edim fiili halen yapılabilecektir. Ancak söz konusu edim fiil sözleşmenin amacına uygun olarak yapılamaz. Bunun dışında sözleşme konusu edim bireysel değilse, edim dışında amacın gerçekleşmesi halinde imkânsızlık söz konusu olmaz³⁷. Bir diğer anlatımla alacaklının sözleşme ile elde etmek istediği menfaatine uygun ya da eş değerde başka şeyi, başka yolla elde etmesi halinde imkânsızlık yoktur. Örneğin A, B'den bir kitap ısmarladıktan sonra, eve döndüğünde aynı kitabı arkadaşı F'nin hediye ettiğini görürse, B sözleşmeyi yine de ifa edebilir. A'nın kitabı ne yapacağı B'yi ilgilendirmez.

³² LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, s.312. Bununla birlikte yazar, işlem temeline ilişkin kitabında ve borçlar hukukuna ilişkin kitabının 9.baskısına kadar, işlem temelinin çökmesi görüşünde olduğunu, ancak artık bu görüşünü değiştirip, imkânsızlık görüşünde olduğunu belirtmektedir (LARENZ, s.312, dpn.18).

³³ LARENZ, s.315.

³⁴ ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike: Schuldrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil: Teilbd. 2: Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, 8. Aufl., Heidelberg 2000, s.30.

³⁵ ESSER/SCHMIDT, s.31.

³⁶ ESSER/SCHMIDT, s.32.

³⁷ ESSER/SCHMIDT, s.31.

Emmerich'e göre, amacın gerçekleşmesi durumlarının birçoğunda imkânsızlık söz konusudur³⁸. Zira alacaklı temerrüdü geçici bir ifa engelidir. Oysa imkânsızlık süreklidir. Geminin kendiliğinden yüzmesi örneğinde, artık hiç kimse kurtarma filini gerçekleştiremez. Amacın ortadan kalkmasında da, örneğin hastanın ölmesi veya geminin batmasında, taahhüt edilen edimin ifası imkânsız hale gelmiştir.

Objektif imkânsızlık görüşü sadece Alman öğretisinde³⁹ değil, İsviçre⁴⁰ ve Türk öğretisinde⁴¹ de hâkim görüş durumundadır. *Sulzer*'e göre, amacın gerçekleşmesi ile birlikte alacaklı istediğini elde etmiştir. Bu nedenle borçlunun sunacağı edime de ihtiyacı kalmamıştır. Artık borçlunun, taahhüt ettiği edimi ifa etmesi mümkün olmadığı için, burada sonraki imkânsızlık söz konusudur. Yazar amacın ortadan kalkmasında da, hem edimin hem de ifanın imkânsız olduğunu ifade eder. Sadece burada amacın gerçekleşmesinden farklı olarak, alacaklının ihtiyacı karşılanmamış, yani alacaklı tatmin edilmemiştir⁴². *Gauch/Schluep/Emmenegger*'e göre, amacın gerçekleşmesi veya ortadan

³⁸ EMMERICH, s.371.

³⁹ Yukarıda görüşlerine yer verilen yazarlar dışında ayrıca bkz. ERNST, Wolfgang: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2, Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 7. Aufl., München 2016, §275, N.155; SCHULZE, Reiner: NomosKommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 9.Aufl., Baden-Baden 2017, §275, N.10

⁴⁰ SULZER, s.70, 110; SULZER, Stefan: "Clausula rebus sic stantibus und der gestörte Vertragszweck Zugleich Bemerkungen zu BGE 127 III (2001) 300 ff.", (Clausula rebus sic stantibus), AJP 2003, s.991; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N.2561; GIGER, s.25; GIGER, Hans: Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Art. 97 OR, Zürich/St. Gallen 2016, Art 97, N.16; FURRER, Andreas/WEY, Rainer: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Zürich-Basel-Genf 2016, Art. 97, N.37; MORTL, Fabian: "Die Preisgefahr bei Leistungsunmöglichkeit des Unternehmers", St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 27, Zürich/St. Gallen 2015, s.6.

⁴¹ SEROZAN, s.158; SEROZAN, (Dönme), s.366-367; DURAL, Mustafa: "Alman Hukukunda Sözleşmenin Amacının Engellenmesi ve Sözleşmenin Amacına Erişilmesine İlişkin Görüşler", BATİDER, C.VII, S.4, Aralık 1974, s.909 (Yazar kendi görüşünü açık bir şekilde ifade etmekten ziyade bu durumlarda imkânsızlığı kabul etmenin daha kolay gözüktüğünü ifade etmektedir); CANBOLAT, s.150, 154; TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat: "Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi", AÜHF 2008, C.57, S.3, s.691-692. Amacın gerçekleşmesi açısından bkz. KURT, s. 105.

⁴² SULZER, s.73, s.110.

kalkmasında, borçlu edimi ifa edebilir olsa da, amaca yönelik ifade bulunamaz. Bu nedenle objektif imkânsızlığı kabul etmek daha yerindedir.

2. Alacaklı Temerrüdü Görüşü

Amacın gerçekleşmesi veya amacın ortadan kalkmasının alacaklı temerrüdü teşkil edeceğine ilişkin görüş ise, özellikle İsviçre hukukunda savunulmaktadır.

Söz konusu görüşün başlıca savunucularından *Weber*'e göre, alacaklının borçlunun edimine menfaatinin kalmaması durumunda objektif imkânsızlık söz konusu değildir⁴³. Amacın gerçekleşmesi ve amacın ortadan kalkmasında, örneğin tedavi öncesinde hastanın iyileşmesinde veya tamir öncesinde misli eşyanın yok olmasında, borçlu tarafından edimin ifası hala mümkündür⁴⁴. Doktor veya tamirci edim fiilini yerine getirebilir. Bu nedenle bu görüşün savunucularına göre, söz konusu durumlarda imkânsızlık değil, alacaklı temerrüdü söz konusudur.

IV. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRMA

Çalışma konumuzu teşkil eden amacın gerçekleşmesi ve amacın ortadan kalkmasına ilişkin olarak, gerek Alman-İsviçre hukukuna ilişkin eserlerde gerekse Türkçe eserlerde bazı kavramlar birbiri yerine yanlış kullanılmakta veya kapsayıcı bir kavram, içinde barındırdığı durumlardan sadece biri için kullanılmaktadır. Bu kavram karışıklığının bir nedeni, önceden Alman hukukunda geçerli olan, imkânsızlığın başlangıçtaki ve sonraki olmak üzere ayrılmasıydı. Bir diğer nedeni de, bazı eserlerde aynı hukuki kurum/kurumların farklı ad/adlarla ele alınmış olmasıdır. Bu nedenle aşağıda amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasının benzer kavramlarla ilişkisi ele alınacaktır.

A. Amacın Boşa Çıkması (*Zweckstörung*) Kavramı İle Karşılaştırma

Çalışma konumuzda temel olarak ele aldığımız amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasının, amacın boşa çıkması veya amacın bozulması olarak Türkçeleştirebileceğimiz *Zweckstörung* kavramından ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki,

⁴³ WEBER, Rolf H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd.VI: Obligationenrecht, 1.Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000, Art.97, N.129. Aynı doğrultuda bkz. WIEGAND, Art.119, N.6; AEPLI, Viktor: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd.V/1h/1, Das Erlöschen der Obligationen, Art.114-126 OR, 3. Auflage, Zürich 1991, Art.119, N.51.

⁴⁴ WEBER, Art.97, N.130.

amacın boşa çıkması üst kavramdır⁴⁵ ve temelde amacın gerçekleşmesi, amacın ortadan kalkması ve aşağıda ele alacağımız amacın anlamsızlaşması (*Zweckvereitelung*)⁴⁶ kavramlarını kapsamaktadır⁴⁷. *Beuthien* ise, amacın boşa çıkması kavramını öncelikle sözleşmenin kurulmasından önce ve sonra olarak ikiye ayırmaktadır⁴⁸. Sözleşmenin kurulmasından önce amacın boşa çıkması kavramının kapsamına, amacın bozulması (*Zweckverfehlung* – örneğin gemisi bataklığa saplanan G kurtarma ekibini bu konuda görevlendirir, ancak sözleşmenin kurulduğu sırada gemi zaten kurtarılmıştır. Bu nedenle kurtarma ekibi işi yapmayarak geri döner⁴⁹) ve amaca erişilmesi (tedavi sözleşmenin kurulduğu sırada hastanın zaten iyileşmiş olması) kavramlarını dâhil ederken; sözleşme kurulduktan sonra amacın boşa çıkması kavramının kapsamına amacın ortadan kalkması ve amacın gerçekleşmesi kavramlarını dâhil etmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus yazarın başlangıçtaki ve sonraki amacın boşa çıkmasına ilişkin yaptığı ayırım, güncel eserlerde yer almamaktadır. Hatta yazarın farklı anlama gelmek üzere kullandığı kavramlar (örneğin *Zweckverfehlung-Zweckfortfall*) güncel eserlerde⁵⁰ aynı anlama gelmek üzere birbiri yerine kullanılmaktadır. Bu farklılığın temel sebebi, 2002 öncesinde Alman hukukunda, İsviçre-Türk hukukunda olduğu gibi imkânsızlığın, başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık şeklinde bir ayırma tabi tutulması idi. Ancak 2002 reformu ile Alman hukukunda bu ayırım kaldırılmış ve artık BGB §275 düzenlemesi ile tek bir imkânsızlığın olduğu kabul edilmiştir.

⁴⁵ Bu hususta bkz. BEUTHIEN, s.3 vd., s.228, 229; SULZER, s.61 vd.; MORTL, s.6. Öğretide bazı yazarlar ise, amacın boşa çıkması (*Zweckstörung*) ile aşağıda ele alacağımız amacın anlamsızlaşması (*Zweckvereitelung*) kavramlarını aynı anlamda kullanmaktadır (Bkz. EMMERICH, s.374, s.447; SCHULZE, §275, N.10; BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, XII Levha, İstanbul 2009, s.155).

⁴⁶ Öğretide *Zweckvereitelung* kavramının karşılığı olarak amacın boşa çıkması kavramının kullanılmasına ilişkin olarak bkz. SEROZAN, s.264; CANBOLAT, s.181; KURT, s.68). *Dural* ise, *Zweckvereitelung* kavramının karşılığı olarak amacın engellenmesi ifadesini kullanmakla birlikte, yazarın bu durumlara ilişkin verdiği örnekler, bizim bu çalışmada *Zweckfortfall* (amacın ortadan kalkması) durumuna ilişkin verdiğimiz örneklerle örtüşmektedir. Bir anlamda yazar *Zweckvereitelung* kavramı ile *Zweckfortfall* kavramını aynı anlamda kullanmış olmaktadır (s.908).

⁴⁷ SULZER, s.62.

⁴⁸ BEUTHIEN, s.227 vd.

⁴⁹ BEUTHIEN, s.132.

⁵⁰ KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, §53, N.14; TOPUZ/CANBOLAT, s.691. *Zweckverfehlung* ve *Zweckereitelung* kavramlarının aynı anlama gelmek üzere kullanıldığına ilişkin olarak ise bkz. SEROZAN, s.264.

Bu bağlamda *Beuthien'in*, başlangıçtaki amacın boşa çıkması hallerine, başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin görüşü de Alman hukuku açısından anlamını yitirmiş olmaktadır.

Amacın boşa çıkması, sözleşmeyle kararlaştırılan amacın imkânsızlaşması şeklinde ifade edilebilir olsa da, söz konusu ifade amacın boşa çıkması kavramını tam olarak karşılamamaktadır. Zira amacın boşa çıkması veya amacın bozulması, amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesi, amacın ortadan kalkması veya amacın anlamsızlaşması biçiminde olabilir. Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasında imkânsızlık kabul edilebilir olsa da, birazdan ele alacağımız amacın anlamsızlaşmasında amacın gerçekleşmesi imkânsız değildir.

B. Amacın Anlamsızlaşması (*Zweckvereitelung*) Kavramı İle Karşılaştırma

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere, amacın anlamsızlaşmasında sözleşmenin sübjektif amacının alacaklı açısından boşa çıkması söz konusu olmaktadır⁵¹. *Emmerich* bu konuda klasik olarak, bir kilise ana kapısını bir sanatçıya yaptırmak üzere anlaşır, fakat yapılan kapının montajından önce kilise yanar, örneğinden (*Kirchenportalfall*) hareket etmektedir⁵². Yazara göre bu örnekte söz konusu olan problemin çözümü tartışmalı olmakla birlikte, bugün için kabul edilen çözüm, bu durumlarda edimin temelini (kilise) ortadan kalkması nedeniyle imkânsızlık olduğunun kabulü ve buna ilişkin kuralların (BGB §§326 II ve 645 I) uygulanmasıdır⁵³. Yazar açıklamalarına devam ederken bir başka örnekten (*Krönungszugfällen*), kralın taç giyme törenini izlemek için bir pencere kiralanır, fakat sonradan tören yapılmaz, hareket etmektedir. Yazara göre bu örnekteki problemin çözümü, kullanma rizikosunu (*Verwendungsrisiko*) kavramı ile ilgidir⁵⁴.

Kullanma rizikosundan anlaşılması gereken, edimin borçlu tarafından yerine getirilmesi imkânsız değildir, ancak edim borçlu tarafından yerine getirildiğinde, alacaklı edimi başlangıçta düşündüğü

⁵¹ Aynı doğrultuda bkz. SEROZAN, s.264; SEROZAN (Dönme), s.367; GÜLEKLİ, s.60; KURT, s.68; BAYSAL, s.159.

⁵² EMMERICH, s.374.

⁵³ Söz konusu örnek ve amacın anlamsızlaşmasına ilişkin diğer örnekler için bkz. SULZER, s.75.

⁵⁴ Yazara göre burada kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğu (BGB §§536 f.) söz konusudur (EMMERICH, s.375).

amaca uygun kullanamayacaktır⁵⁵. Şüphesiz böyle bir durum da, imkânsızlık olarak kabul edilemeyecektir⁵⁶.

Öğretide bazı yazarlarca⁵⁷ amacın anlamsızlaşması ile kullanma imkânsızlığı (*Verwendungsunmöglichkeit*)⁵⁸ veya kullanma rizikosunu (*Verwendungsrisiko*) kavramları birbirinden farklı ele alınmakta, kullanma imkânsızlığı olarak adlandırılan durumlarda amacın boşa çıkmasının ve imkânsızlığın söz konusu olmadığı ifade edilmektedir. Bazı yazarlar⁵⁹ ise, her iki kavramı aynı anlama gelecek şekilde ele almaktadır. *Emmerich*'e göre, amacın anlamsızlaşması olarak kabul edilebilecek asıl durumlarda, koşulların sonradan değişmesi sonucunda edimin ifası hala mümkün olmakla beraber, alacaklı açısından edimin tüm anlamını yitirmesi söz konusudur⁶⁰. Böyle bir durumda alacaklı kullanma rizikosunu taşıdığı için, karşı edimi yerine getirmeye ilişkin kendi yükümlülüğünde bir değişiklik olmayacaktır. Sadece istisnai olarak bazı durumlarda işlem temelinin çökmesi söz konusu olabilecektir⁶¹, buna karşılık imkânsızlık veya alacaklı temerrüdünden bahsedilemeyecektir⁶². Aksi görüşte olan *Sulzer*'e göre, amacın anlamsızlaşması halinde de, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasında olduğu gibi, imkânsızlık söz konusudur⁶³. Yazara göre, borçlunun edim yükümlülüğü ifa edilebilir olsa da, bu ifa ile artık amaca ulaşılamaz. Çünkü alacaklının menfaati ya başka bir biçimde tatmin edilmiştir ya da ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla

⁵⁵ ESSER/SCHMIDT, s.33.

⁵⁶ ESSER/SCHMIDT, s.33.

⁵⁷ MORTL, s.6.

⁵⁸ Kullanma imkânsızlığını amacın anlamsızlaşması ile karşılaştırmaksızın inceleyen yazarlar için bkz. KOLLER, §53, N.14; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N.2566; AEPLI, Art.119, N.31.

⁵⁹ EMMERICH, s.375; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N.2566; KURT, s.68 ve dñn.141'de yer alan yazarlar.

⁶⁰ Aynı doğrultuda bkz. SULZER, s.74 vd. Ayrıca bkz. LARENZ, s.326; ERNST, §275, N.163; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N.2566; GIGER, s.24, dñn.2; CANBOLAT, s.181 vd.

⁶¹ Bu doğrultuda bkz. LARENZ, s.327 vd.; SCHULZE, §275, N.10; SEROZAN, s.264; SEROZAN (Dönme), s.367; GÜLEKLİ, s.62 vd.; KURT, s.73 vd. (Bununla birlikte yazar, borçlunun sözleşmede açıkça alacaklının edimden özel bir amaçla yararlanma imkanının varlığını taahhüt ettiği durumlarda imkansızlığı kabul etmektedir, s.73).

⁶² EMMERICH, s.375. Bu durumda alacaklı temerrüdünün söz konusu olduğuna ilişkin olarak bkz. KOLLER, §53, N.14 (Ancak yazar istisnai olarak alacaklının önemli sebepten dolayı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı olabileceğini ifade etmektedir).

⁶³ SULZER, s.85 vd.; s.111 vd. Aynı doğrultuda bkz. MORTL, s.6. İsviçre Federal Mahkemesi'nin amacın anlamsızlaşması durumunu imkansızlık olarak nitelendirdiği kararı için bkz. BGE 57 II 532 (Karar için bkz. KOLLER, §53, N.15).

borçlunun edimi anlamsız ve amaçsız hale gelmiştir. Yazar kralın taç giyme törenine ilişkin örnekte, çoğunluk görüşünden farklı olarak, imkânsızlık olduğunu kabul etmektedir⁶⁴. Bir diğer görüşe⁶⁵ göre ise, amacın anlamsızlaşması durumunda bozucu şartın gerçekleşmesi söz konusudur. Bu görüşe göre, tarafların açık veya örtülü irade beyanları ile kullanım amacını sözleşme içeriğine dâhil etmesi, hukuki niteliği itibariyle TBK m.170 vd. hükümleri bağlamında koşuldur. Böyle bir durumda kullanım amacının gerçekleşmemesi bozucu koşuldur. Ancak bozucu koşulu düzenleyen TBK m.173/II hükmünün amacın anlamsızlaşması durumlarına uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı için, bu durumda örtülü kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmelidir⁶⁶. Bu duruma ilişkin sözleşmede bir hüküm yoksa hâkim TMK m.1 hükmü gereğince hukuk yaratma yetkisini kullanarak bu boşluğu dolduracaktır. Bu doğrultuda sözleşmeye müdahale eden hâkim, önce sözleşmeyi uyarlama yoluna gitmeli bu mümkün olmazsa sözleşme ilişkisinin sona ermesi yönünde karar vermelidir⁶⁷. Bu konuda ileri sürülen bir başka görüşe⁶⁸ göre ise, amacın anlamsızlaşması istisnai durumlarda TBK m.32 hükmü bağlamında, geleceğe ilişkin temel yanılması olarak değerlendirilebilir. Gelecekteki olaylar önceden görülebilir olaylar ise, temel yanılmasının konusunu oluşturabilir. Başka bir görüşe⁶⁹ göre de, bir tarafın sözleşmeyi kurarken güttüğü öznel amaç, işlem temeli teşkil ettiği durumda, amacın anlamsızlaşması sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına, bu mümkün değilse sona ermesine yol açabilir.

⁶⁴ SULZER, s.114; SULZER, (Clausula rebus sic stantibus), s.992 vd.

⁶⁵ CANBOLAT, s.266 vd.

⁶⁶ CANBOLAT, s.270.

⁶⁷ CANBOLAT, s.274.

⁶⁸ BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988, s.204; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.407; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s.403; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, (Hata), İstanbul 1968, s.403; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993, s.430; GÜLEKLİ, s.61. Aksi görüş için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018; s.103; BAYSAL, s.157.

⁶⁹ BAYSAL, s.155 vd. Yazar ayrıca, TBK m.138 hükmünde sadece ifa güçlüğü'nün düzenlenip, amacın anlamsızlaşmasına yer verilmemiş olmasını da eleştirmektedir. Bu doğrultuda bkz. s.87.

Kanaatimizce amacın anlamsızlaşması durumunda, alacaklının sözleşme ile ulaşmak istediği sonuca artık menfaati kalmamıştır. Bu hususu ifade etmek üzere ister sözleşmenin sübjektif amacı ister kullanım amacı ister saik kavramı kullanılsın, kural olarak bu durum diğer tarafı ilgilendirmeyecektir ve bu sonuca katlanması gereken de alacaklıdır. Oysa bazı durumlar söz konusu olabilir ki, bu durumlarda alacaklının sözleşme ile elde etmek istediği öznel amacı, sözleşme içeriğine dâhil olmuş olabilir. İşte bu durumda söz konusu olan amacın anlamsızlaşmasına ilişkin kanunda herhangi bir hüküm yer almadığı için, buna ilişkin sözleşmede de bir hüküm yoksa TMK m.1 gereğince uyuşmazlığı çözümede uygulanacak kuralı hâkim koyacaktır. Amacın anlamsızlaşması durumunda, sözleşme kurulduğunda alacaklı kendi edimini önceden yerine getirmiş ise, bunun iadesini isteyecek, borçlu ise eğer alacaklı edimini önceden ifa etmişse bunu iade etmek istemeyecek veya alacaklı edimini ifa etmemişse edimin ifasını talep edecektir. Bu noktada hâkimin koyacağı kural taraf iradeleri doğrultusunda sözleşmenin uyarlanması ya da sona erdirilmesi yönünde olmalıdır.

V. AMACIN GERÇEKLEŞMESİ VE ORTADAN KALKMASINDA BORÇLUNUN ALACAKLIDAN KARŞI EDİMİ TALEP EDİP EDEMEYECEĞİ PROBLEMİ

A. Problemin Ortaya Konulması

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere, bir ifa engeli olarak amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasına ilişkin temel sorun, bu durumlarda borçlunun alacaklıdan karşı edimi ve özellikle o ana kadar yapmış olduğu masrafları talep edip edemeyeceğidir. Bu doğrultuda, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasına ilişkin yasal düzenleme bulunmadığı için, söz konusu durumların hukuki nitelendirmesinin yapılması gerekmektedir. Buna ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında gerek Türk öğretisinde gerekse İsviçre-Alman öğretisinde söz konusu durumların ifa engeli türlerinden sonraki kusursuz imkânsızlık⁷⁰ (TBK m.136, OR Art.119, BGB §275) kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir. Bu belirlemeyi yaptıktan sonra ilk olarak ele alınması gereken husus TBK m.136 hükmünün sonuçlarıdır. Borcu sona erdiren sebepler arasında yer alan söz konusu hüküm, esasında bir ifa

⁷⁰ Bu konuda “borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık” kavramının “sonraki kusursuz imkânsızlık” kavramı yerine kullanılmasının daha doğru olduğuna ilişkin olarak bkz. DURAL, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, (İmkânsızlık), İstanbul 1976, s.110.

engeli türüdür. Ancak sonraki kusursuz imkânsızlıkla birlikte borçlunun borcu (parça borcu) da sona erecektir. Dolayısıyla edim hasarı alacaklıdır⁷¹. Eğer karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme söz konusu ise, bu defa karşı edim hasarı⁷² gündeme gelecektir. Bir diğer anlatımla borçlu borcundan kurtulduktan sonra, alacaklıdan karşı ifa talebinde bulunabilir mi? TBK m.136/II hükmü bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Zira söz konusu hükme göre, 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. Dolayısıyla bu hüküm doğrultusunda karşı edim hasarı da borçludur. Bir diğer anlatımla, borçlu borcundan kurtulmakta ve alacaklıya karşı olan alacak hakkını da kaybetmektedir veya alacaklı edimini daha önce ifa etmiş ise, bunu iade etmekle yükümlüdür.

Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması hukuken TBK m.136 hükmü kapsamında yer aldığına göre, hükmü bu durumlara uyguladığımızda, borçlu o ana kadar yapmış olduğu masrafları da karşı edimi de alacaklıdan isteyemeyecektir. Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasına ilişkin verdiğimiz örneklere tekrar dönecek olursa, tedavi sözleşmesi örneğinde hekim hastanın randevu tarihinden önce ölmesi veya kendiliğinden iyileşmesi durumunda, borcundan kurtulacak ve bununla birlikte varsa o ana kadar yapmış olduğu masrafları ve karşı edimi isteyemeyecektir. Bir diğer örnek gemi kurtarma olayında, kurtarma ekibi gemiyi kurtarmak üzere yola çıktığında, olay yerine varmadan gemi batarsa veya kendiliğinden tekrar yüzerse, borcundan kurtulacak ve bununla birlikte, yol masraflarını ve varsa başka masraflarını ve karşı edimi isteyemeyecektir. TBK m.136 hükmünün amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasına uygulanması ile borçlunun yapmış olduğu masrafları ve karşı edimi alacaklıdan isteyememesi öğretide eleştirilmekte ve başka çözüm arayışlarına yönelimler görülmektedir. *Serozan*'a göre, söz konusu

⁷¹ Edim hasarı, tek tarafa ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcun konusu borçlunun kusuru olmaksızın ifa edilemiyorsa, borçlunun borçtan kurtulup kurtulamayacağı ile ilgilidir. Borçlu borçtan kurtuluyorsa edim hasarı alacaklıdır, kurtulmuyorsa edim hasarı borçludur. Bu hususta bkz. TANDOĞAN, Halük: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.106-107; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.60. Ayrıca bkz. EREN, s.1329; DURAL, (İmkânsızlık), s.161.

⁷² Karşı edim hasarı, edim hasarından farklı olarak sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olabilir. Ayrıca karşı edim hasarı probleminin ortaya çıkabilmesi için, önce edim hasarının alacaklıya ait olmak üzere gerçekleşmiş bulunması gerekir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.61).

durumlarda karşı edim hasarı borçluya yüklenemez⁷³. Çünkü borçlu bir sürü masraf yaptıktan sonra alacaklıya eli dolu gelmiş, fakat sırf alacaklıya özgü olup, onun etki alanında yatan bir nedenle ifayı gerçekleştirememiştir. İfa, alacaklının elinde olmayan ama yine de kökeni onun çevresinde yatan bir nedenle imkânsızlaşmıştır. O halde amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması halinde, masraflar ve karşı edim problemi ne şekilde çözülecektir? Aşağıda öğretilerde bu konuda ileri sürülen çözüm önerileri ele alınacaktır.

B. Çözüm Önerileri

1. Alman Öğretisindeki Çözüm Önerileri

Beuthien'e göre, edimin zorlaşması kadar kolaylaşması da imkânsızlık yaratır⁷⁴. Amacın gerçekleşmesine ilişkin geminin kurtarılması örneğinde olduğu gibi, amacın gerçekleşmesine ilişkin durumlarda edim aşırı derecede kolaylaşmaktadır ve bu da imkânsızlıktan başka bir şey değildir. Zira gemi kurtarma örneğinde borçlunun fiiliyle kurtarma edimini gerçekleştirme imkânı kalmamıştır. Yazara göre BGB §326/1⁷⁵ hükmünün ilk cümlesinin birinci kısmı, edimin aşırı zorlaşması durumlarına uygun bir hüküm⁷⁶ içermektedir⁷⁷. Edimin aşırı derecede zorlaşması şanssızlık, aşırı derecede kolaylaşması ise şanstır. Bu şans ve şanssızlık alacaklı ve borçlu tarafta aynı etkiyi yaratmaz⁷⁸. Yazar, edimin kolaylaştığı hallerde alacaklının durumunun edimin zorlaşmasından daha farklı olduğunu, zira alacaklının elinin boş kalmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle de yazar, amacın gerçekleştiği hallerde söz konusu hükmün uygulanmasına ilişkin kanunda örtülü boşluk olduğunu savunmaktadır⁷⁹. *Beuthien*, söz konusu boşluğun doldurulmasında §326/1 hükmünün birinci cümlesinin ikinci kısmından⁸⁰ yararlanılması gerektiğini ifade

⁷³ SEROZAN, s.159.

⁷⁴ BEUTHIEN, s.116 vd.

⁷⁵ Alman hukukunda imkânsızlık türleri BGB §275 hükmünde düzenlenmiş olup, imkânsızlığın sonuçları ise §275/4 hükmünün gönderme yapmış olduğu diğer hükümlerde düzenlenmiştir. Bu bağlamda borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlıkta karşı edim problemi §326 hükmünde yer almaktadır.

⁷⁶ Söz konusu hükme göre, borçlu §275/1'e göre edimini ifa edemezse karşı edimi de talep edemez.

⁷⁷ BEUTHIEN, s.119.

⁷⁸ BEUTHIEN, s.118.

⁷⁹ BEUTHIEN, s.119.

⁸⁰ Söz konusu hükme göre, kısmi ifa halinde BGB §441/3 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bir diğer anlatımla kısmi imkânsızlık halinde karşı edim ayıplı mal satımında olduğu gibi indirim tabi tutulur.

etmektedir⁸¹. Yazara göre, kısmi ifa sadece edimin kısmen ifa edilmesi halinde söz konusu olmaz. Edim kavramına, edimin ifası için yapılan hazırlık hareketleri de dâhildir⁸². Borçlu edim hazırlığına başlayınca kısmi ifada bulunmuş olmaktadır. Bu nedenle de §326/1 hükmünün birinci cümlesinin ikinci kısmından yararlanarak kısmi ifaya ilişkin bir oranda karşı edimi isteme hakkını elde eder. Bu kısmi karşı edim, borçlunun yapmış olduğu masraflar kadardır⁸³.

Beuthien amacın ortadan kalktığı durumlarda ise, alacaklının eline geçen bir şey olmadığı için, alacaklıdan amacın gerçekleşmesinde olduğu gibi borçlunun yapmış olduğu masrafları karşılamaının beklenemeyeceğini savunmaktadır⁸⁴. Bu nedenle yazara göre, amacın ortadan kalktığı durumlarda §326/1 hükmünün ilk cümlesinin birinci kısmının uygulanması yerinde olacaktır. Yani borçlu alacaklıdan karşı edimi ve yapmış olduğu masrafları talep edemeyecektir.

Larenz'e göre, BGB §326/1 kuralını amacın ortadan kalkması durumlarına uyguladığımızda, özellikle o ana kadar borçlunun yapmış olduğu masraflar var ise, adil olmayan sonuçlar ortaya çıkmaktadır⁸⁵. Yazar bu noktadaki çözüm önerilerini *Köhler*'in açıklamalarına dayandırmaktadır⁸⁶. Buna göre, kanunda farklı sözleşme tipleri (eser, hizmet, kira) için farklı çözüm önerileri getirilmiştir. Bu özel kurallar kısmen doğrudan kısmen kıyas yolu ile uygulanarak tatmin edici çözümler ortaya çıkabilir. Amacın gerçekleşmesi durumunda ise, eğer edim sonucu taraflara isnat edilemeyen bir nedenden gerçekleşmişse, doğa olayı veya sözleşme dışı üçüncü bir kişi tarafından, bu durumlar da alacaklının etki alanından kaynaklanmış gibi aynı şekilde ele alınmalı ve borçlu karşı edimi talep edebilmelidir⁸⁷.

Esser/Schmidt'e göre, amacın ortadan kalkması durumunda borçlu §326 hükmüne göre karşı edim alacağını ve yapmış olduğu masrafları isteyemeyecektir. Ancak edimin yerine getirilmesine temel olan şeyin ortadan kalkması, alacaklının etki alanına giren bir durumdan kaynaklanıyorsa farklı değerlendirme yapılmalıdır. Bu durumda yazara göre, eser sözleşmesine ilişkin §645 hükmü, genel bir kural gibi

⁸¹ BEUTHIEN, s.122 vd.

⁸² BEUTHIEN, s.119 vd.

⁸³ BEUTHIEN, s.124.

⁸⁴ BEUTHIEN, s.118.

⁸⁵ LARENZ, s.312.

⁸⁶ LARENZ, s.313, dpn. 26.

⁸⁷ LARENZ, s.316.

uygulama alanı bulmalı ve kural olarak borçlu karşı edimi isteyebilmelidir⁸⁸. *Esser/Schmidt*, amacın gerçekleşmesi durumunda ise, yine etki alanı teorisinden hareket etmektedir⁸⁹. Yazara göre, bu durumda edime ihtiyacı olup olmadığına karar vermek alacaklıyı ilgilendirir. Alacaklı edime ihtiyacı olduğuna karar verdikten sonra, bunun sonuçlarına da katlanmalıdır. Buradaki sorumluluk ise alacaklının karşı edim hasarına katlanmasıdır. En azından borçlunun o ana kadar yapmış olduğu masrafları alacaklı tarafından karşılanmalıdır.

2. İsviçre ve Türk Öğretisindeki Çözüm Önerileri

Sulzer'e göre, amacın ortadan kalkması ve amacın gerçekleşmesi OR Art.119 bağlamında imkânsızlık teşkil ettiği için, söz konusu hüküm uygulanmışında borçlu borcundan kurtulacak ve alacaklıdan da karşı edimi talep edemeyecektir. Hükümün uygulanması doğrudur, ancak bu çözüm alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatin adil bir biçimde denkleştirilmesi sonucunu doğurmaz. Yazara göre, eğer borçlu imkânsızlığı ortaya çıkaran olaya kadar herhangi bir masraf yapmamış ise, OR Art.119 hükmünün uygulanması adildir. Ancak borçlu o ana kadar bazı masraflar yapmışsa, bu durumda Art.119/II hükmünün uygulanması adil sonuçlar ortaya çıkarmaz. Bu nedenle yazara göre eser sözleşmesine ilişkin OR Art.378 hükmü genel bir kural gibi uygulanmalı ve borçlu yapmış olduğu masrafları alacaklıdan talep edebilmelidir⁹⁰. Böylece OR Art.119/II'nin adil olmayan sonuçları OR Art.378/I hükmünün olaya uygulanması ile yumuşatılmış olmaktadır.

Amacın gerçekleşmesi ve amacın ortadan kalkması durumlarını alacaklı temerrüdü olarak kabul eden *Weber*'e göre ise, borçlunun karşı edimi talep edip edemeyeceği genel kurallara göre doğrudan cevaplandırılmaz. Bu durumda gerçek bir kanun boşluğu söz konusudur. Yazara göre, söz konusu boşluk şu şekilde doldurulmalıdır: borçlu alacaklıdan karşı edimi talep edebilmelidir, ancak ifa etmediği kısmı karşı edimden mahsup etmelidir⁹¹.

Serozan'a göre, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasında karşı edim hasarının tümüyle alacaklıya yüklenmesi isabetli olmayacaktır⁹². Zira ifa imkânsızlığını yaratan kişi alacaklı değildir. Bununla birlikte

⁸⁸ ESSER/SCHMIDT, s.31.

⁸⁹ ESSER/SCHMIDT, s.32.

⁹⁰ SULZER, s.305. OR Art.378/I hükmünün uygulanma koşulları için bkz. MÖRTL, s.26 vd.

⁹¹ WEBER, Art.97, N.130. Aynı doğrultuda bkz. AEPLI, Art.119, N.51; WIEGAND, Art.119, N.6; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N.2561.

⁹² SEROZAN, s.159.

yazara göre, karşı edim hasarının borçluya yüklenmesi de isabetli değildir. Borçlu birçok masraf yaptıktan sonra alacaklıya eli kolu dolu gelmiştir. Ancak borçlu sırf alacaklıya özgü olup, onun etki alanından kaynaklanan bir nedenle ifayı gerçekleştirilememiştir. Bu nedenle de karşı edim hasarı alacaklı ve borçlu arasında paylaşılmalıdır. Bu noktada yazar eser sözleşmesine ilişkin TBK m.485 (eBK m.370) hükmünden, hukuki kıyas yolu ile genel bir ilke türetilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹³. Sonuç olarak borçlu alacaklıdan en azından yapmış olduğu masrafları (yol harcamaları gibi) isteyebilmelidir.

Canbolat'a göre, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması durumlarında borçlu en azından yapmış olduğu masrafları alacaklıdan isteyebilmelidir⁹⁴. Bu çözüme ulaşmada hukuki temelin belirlenmesine ilişkin olarak ise, yazara göre, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin ve bu hükümlerin hangi sıra ile uygulanacağını belirlemek gerekmektedir. Bu doğrultuda amacın gerçekleştiği ve ortadan kalktığı durumlarda, bunun hukuki sonuçlarına ilişkin olarak taraflar sözleşmede bir düzenleme yapmamışlarsa, sözleşme boşluğu vardır⁹⁵. Bu boşluğun doldurulmasında TMK m.1 uyarınca ilk sırada TBK m.136 hükmünün uygulanması düşünülebilir. Ancak söz konusu hükmün uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı için, örtülü kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmelidir⁹⁶. Böylece ortaya çıkan boşluk hâkimin yaratacağı yeni bir hüküm ile doldurulacaktır.

VI. AMACIN GERÇEKLEŞMESİ VE ORTADAN KALKMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KARŞI EDİM PROBLEMİNE İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ

Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasının hukuki niteliğinin belirlenmesi, bir anlamda hangi tür ifa engeli kapsamında yer alacağını belirlenmesi, özellikle karşı edim probleminin çözümünde önem taşımaktadır. Bu konuda başlıca iki görüş bulunduğunu ve hâkim görüşün imkânsızlık olduğunu yukarıda⁹⁷ ele almıştır. Kanaatimizce de amacın gerçekleşmesi ve amacın ortadan kalkması hukuken imkânsızlık olarak değerlendirilmelidir. Zira özellikle borçlunun edim sonucunu taahhüt ettiği sözleşmelerde, her iki durumda da borçlunun edim sonucunu gerçekleştirme imkânı kalmamıştır. Öte yandan borçlunun edim sonucunu

⁹³ SEROZAN, s.159. Aynı doğrultuda bkz. KURT, s. 292.

⁹⁴ CANBOLAT, s.166.

⁹⁵ CANBOLAT, s.168.

⁹⁶ CANBOLAT, s.169.

⁹⁷ Bkz. III, C, 1.

üstlenmediği, sadece edim fiilini yerine getirerek ifada bulunacağı sözleşme tipleri açısından da, örneğin tedavi sözleşmesi örneğinde, edim konusu olan şey (kişi veya eşya) üzerinde edim gerçekleştirilemeyeceği için, yine ifa imkânsız hale gelmiştir. Bu imkânsızlık borçlunun ve alacaklının sorumlu olmadığı, sonraki imkânsızlıktır⁹⁸. Zira her iki durumda da edimin ifası artık borçlu tarafından yerine getirilemeyecektir. Bu belirleme, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasının söz konusu olduğu durumlarda uygulanacak hükmün TBK m.136 olduğunu da göstermektedir. Söz konusu hükme göre, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinde borçlu borcundan kurtulacaktır. Bununla birlikte karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu karşı edim alacağını da kaybedecektir.

TBK m.136 hükmünü bu haliyle amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması durumlarına uyguladığımızda menfaatler dengesine uymayan bazı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin amacın gerçekleşmesi durumunda, alacaklı ile borçlu sözleşmeyi kurduktan sonra, alacaklı ifa dışı yoldan amacına ulaşmış olmaktadır. Bu anlamda alacaklı zaten sözleşme ile hedeflediği amaca ulaşmıştır ve bu da borçlunun ifası dışında bir yoldan gerçekleşmiştir. Dolayısıyla alacaklının herhangi bir kaybı veya menfaatini zedeleyen bir durum söz konusu değildir. Oysa borçlu açısından durum daha farklıdır. Özellikle borçlu sözleşmeyi kurduktan sonra ifa hazırlıklarına başlamış, bazı harcamalar yapmış ise, ifanın imkânsızlaşması borçlu açısından dezavantajlı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Borçlu edimi ifa etmekten kurtulmuştur, ancak buna ilişkin yapmış olduğu masraflar da kendi üzerinde kalmıştır. Dolayısıyla amacın gerçekleşmesi durumunda borçlu bazı masraflar yapmış ise, alacaklıya göre dezavantajlı durumdadır. Böyle bir durumda da TBK m.136 hükmünü olduğu gibi uygulamak menfaatler dengesine uymamaktadır. İşte kanaatimizce bu hale ilişkin TBK m.136 hükmünde örtülü boşluk bulunmaktadır. Kanaatimizce aynı sonuç amacın ortadan kalkması hali için de geçerlidir. Amacın ortadan kalkmasında alacaklı açısından, amacın gerçekleşmesinden farklı olarak, amacına ulaşamama durumu söz konusudur. Ancak bu durum alacaklı açısından sözleşmeyi kurmadan önceki durumuna göre dezavantajlı bir durum yaratmamaktadır. Zira alacaklı sözleşme ile hedeflediği amaca ulaşamamıştır. Oysa borçlu taraf açısından, borçlunun ifaya ilişkin yapmış olduğu masrafların olması halinde durum daha farklıdır. Zira borçlu sözleşmeyi kurmadan önceki

⁹⁸ Ayrıca burada söz konusu olan imkânsızlık, objektif ve süreklidir.

duruma göre daha dezavantajlıdır. Bu nedenle borçlunun masraf yapmış olduğu hallerde alacaklı ve borçlu eşit konumda değildir.

Öğretide⁹⁹ örtülü boşluk, kanunun çok geniş kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermemiş olan kelime anlamının, kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi (eşit olmayana eşit davranmama) esas alındığında bir sınırlandırmayı gerektirmesi durumunda ortaya çıkan boşluk olarak tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda kanaatimizce TBK m.136 hükmü getirilirken kanun koyucu bu hükmün kapsamına amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması halinin de girdiğini düşünmemiştir. Dolayısıyla hükümde yer alan kuralı bu haliyle amacın gerçekleşmesine uygulamak isabetli değildir. Bu doğrultuda kanaatimizce TBK m.136 hükmü amacın gerçekleşmesi durumlarına uygulanmayarak söz konusu örtülü boşluk doldurulmalıdır¹⁰⁰. Bu durumda amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasına ilişkin uygulanacak bir genel bir hüküm söz konusu olmadığı¹⁰¹ için TMK m.1'e göre hâkim hukuk yaratma yetkisini kullanacaktır. Kanaatimizce burada kabul edilmesi gereken kural, borçlunun alacaklıdan karşı edimi isteyebilmesidir. Ancak borçlu karşı edimden yerine getirmediği kendi edimini mahsup etmelidir. Örneğin antika bir vazunun tamiri için sözleşme yapıldığında, işçilik ücreti olarak 1000 TL kararlaştırılmış olsa ve aynı zamanda tamirci söz konusu tamirat için 500 TL'lik malzeme siparişi vermiş olsa, vazunun sahibi vazoyu tamire götürmeden önce kusuru olmaksızın vazo düşüp kırılrsa, amacın ortadan kalkması söz konusu olacak ve bu durumda imkânsızlık teşkil edeceği için sözleşmeyi sona erdirecektir. İşte bu durumda TBK m.136 hükmü uygulandığında borçlu yapmış olduğu 500 TL'lik masrafa kendisi katlanmak zorunda kalacaktır. Oysa örtülü boşluk olduğu kabul edilip, söz konusu durum hükmün uygulama alanından çıkartılarak, sorunun çözümü hâkime bırakılmalıdır. Bu çözümde de, borçlu herhangi bir tamirat yapmadığı için, 1000 TL'yi mahsup ederek, sadece 500 TL'yi alacaklıdan

⁹⁹ KIRCA, Çiğdem: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD 2001, C.50, S.1, s.96.

¹⁰⁰ Bunun amaca uygun sınırlandırma yöntemi olduğuna ilişkin olarak bkz. KIRCA, s.98 vd.

¹⁰¹ Bu durumlara ilişkin özel bir hüküm olduğu durumlarda şüphesiz söz konusu özel hüküm uygulama alanı bulacaktır. Örneğin taraflar arasında eser sözleşmesi varsa, bu sözleşme kapsamında amacın gerçekleşmesi veya ortadan kalkmasında TBK m.485 hükmü doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Ancak kanaatimizce söz konusu hükmün, kıyas yolu ile genel bir hüküm gibi bütün sözleşme tiplerine uygulanmasının kabulü isabetli değildir. *Canbolat*, pazarlamacılık sözleşmesi açısından TBK m.456, yayım sözleşmesi açısından TBK m.500 hükmünün amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması durumlarında uygulanacak özel hüküm olduğunu ifade etmektedir (s.176, 177).

isteyebilmelidir. Tedavi sözleşmesi örneğinde de, örneğin hekim tedavi için araç-gereç satın almışsa, bunların masraflarını isteyebilmelidir.

VII. SONUÇ

Amacın gerçekleşmesi (*Zweckerreichung*) ve amacın ortadan kalkması (*Zweckfortfall*) kavramları, amacın anlamsızlaşması (*Zweckvereitelung*) ile birlikte amaç bozukluğu veya amacın boşa çıkması (*Zweckstörung*) üst kavramı kapsamında yer almaktadır. Söz konusu durumların her biri ifa engeli teşkil etmekle birlikte, bu durumlara uygulanabilecek genel bir yasal hüküm bulunmamaktadır. Bu doğrultuda kanaatimizce amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması objektif imkânsızlık niteliğinde olup, TBK m.136 hükmü kapsamında, sonraki kusursuz imkânsızlık türünde bir ifa engelidir. Amacın gerçekleştiği ve ortadan kalktığı durumlarda eğer borçlu o ana kadar herhangi bir masraf yapmamış ise, TBK m.136 hükmü gereğince borçlu borcundan kurtulacak ve alacaklıdan karşı edimi isteyemeyecektir, eğer almışsa iade edecektir. Oysa amacın gerçekleştiği ve ortadan kalktığı durumlarda eğer borçlu o ana kadar masraf yapmışsa (örneğin yol masrafı, malzeme masrafı) TBK m.136 hükmünün uygulanması adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Çünkü borçlu söz konusu hüküm gereğince yapmış olduğu masrafları da alacaklıdan talep edemeyecektir. Bu nedenle, borçlunun masraf yapmış olduğu amacın gerçekleşmesi veya ortadan kalkması durumlarında, örtülü boşluk olduğu kabul edilmelidir. Kanaatimizce amaca uygun sınırlama ile bu durumlarda TBK m.136 hükmünün uygulanmaması sonucuna ulaşılmalıdır. Böyle bir durumda ise, bu durumlara ilişkin sözleşmede bir hüküm yoksa, ki çoğu durumda olmayacaktır, TMK m.1'e göre hâkim hukuk yaratma yetkisini kullanacaktır. Kanaatimizce burada kabul edilmesi gereken kural, borçlunun alacaklıdan karşı edimi isteyebilmesidir. Ancak borçlu karşı edimden yerine getirmediği kendi edimini mahsup etmelidir.

KAYNAKÇA

- AEPLI, Viktor: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd.V/1h/1, Das Erlöschen der Obligationen, Art.114-126 OR., 3. Auflage, Zürich 1991.
- ATAMER, Yeşim: “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010.
- BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, XII Levha, İstanbul 2009.

- BEUTHIEN, Volker: Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969.
- BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988.
- CANBOLAT, Ferhat: Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- DURAL, Mustafa: “Alman Hukukunda Sözleşmenin Amacının Engellenmesi ve Sözleşmenin Amacına Erişilmesine İlişkin Görüşler”, BATİDER, C.VII, S.4, Aralık 1974.
- DURAL, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, (İmkânsızlık), İstanbul 1976.
- EMMERICH, Volker: Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- ERNST, Wolfgang: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2, Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 7. Aufl., München 2016.
- ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike: Schuldrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil: Teilbd. 2: Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, 8. Aufl., Heidelberg 2000.
- FURRER, Andreas/WEY, Rainer: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Zürich-Basel-Genf 2016.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008.
- GIGER, Hans: Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Art. 97 OR, Zürich/St. Gallen 2016.
- GIGER, Marcel: Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Bern 1992.
- GÜLEKLİ, Yeşim: “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, İÜMHAD 1990, N.18.
- GÜNDOĞDU, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, XII Levha, İstanbul 2014.
- HAVUTÇU, Ayşe: “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlı Hukuki Sonuçlar”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012.
- İNCEOĞLU, M. Murat: “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”, AÜHFD 2008, C.57, S.4.
- KIRCA, Çiğdem: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD 2001, C.50, S.1.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, (Hata), İstanbul 1968.
- KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009.
- KURT, L. Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136), Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.

- MORTL, Fabian: Die Preisgefahr bei Leistungsunmöglichkeit des Unternehmers, St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 27, Zürich/St. Gallen 2015.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- ÖZ, Turgut: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu * Yürürlük Kanunu, C.1, Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- SCHULZE, Reiner: NomosKommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 9.Aufl., Baden-Baden 2017.
- SEROZAN, Rona: “BK Tasarısı’nın Eksiklik ve Aksaklıklarının, İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi”, (BK Tasarısı), HPD, Mayıs 2006, S.6
- SEROZAN, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.
- SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, (Dönme), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- SULZER, Stefan: “Clausula rebus sic stantibus und der gestörte Vertragszweck Zugleich Bemerkungen zu BGE 127 III (2001) 300 ff.”, (Clausula rebus sic stantibus), AJP 2003.
- SULZER, Stefan: Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 2002.
- TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Beşinci Basım’dan Altıncı Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993.
- TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat: “Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, AÜHFD 2008, C.57, S.3.
- WEBER, Rolf H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd.VI: Obligationenrecht, 1.Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000.
- WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 5. Auflage, Basel 2011.

İMAR BARIŞI DÜZENLEMESİNE HUKUKİ BİR YAKLAŞIM

ZONING PEACE FROM A LEGAL PERSPECTIVE

DOI : 10.21492/inuhfd.467904

Ilgın ÖZKAYA ÖZLÜER*

Özet

7143 Sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun 18/05/2018 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak, kamuoyunda "İmar Barışı" olarak adlandırılan süreç uygulanmaya başlanmıştır. 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen Geçici 16. maddeyle, imar düzenine aykırı yapıların "Yapı Kayıt Belgesi" ile kayıt altına alınması amaçlanmaktadır. Yapı Kayıt Belgesi, kentsel dönüşüm uygulamalarının finansal kaynağını yaratmak üzere, imar düzenine aykırı yapıları kayıt altına alırken yapı sahiplerine de kentsel dönüşüm uygulamasına kadar yapıyı kullanma hakkı vermektedir. Bu yönüyle Geçici 16. madde, idarenin afet riskine karşı alacağı tedbirler için yetersiz; fakat imara aykırı yapıların tespitini sağlaması açısından yerindedir.

Çalışmamız kapsamında Yapı Kayıt Belgesinin mülkiyet hakkı ile ilişkisi kurularak, maddenin bir imar affi olup olmadığı; imar düzenimiz içinde ortaya çıkan benzer uygulamalarla farklılıkları; kamu malları rejimi bağlamında kapsamı incelenmiştir. Afet risklerine karşı tedbir alma yükümlülüğü idarenin asli görevlerinden olduğundan, söz konusu düzenlemeyle depremle yıkılan yapılar nedeniyle idarenin sorumluluğunun, yapı sahibine devredilemeyeceği de ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İmar barışı, Yapı Kayıt Belgesi, imar affi.

Abstract

Law No. 7143 on the Restructuring of Taxes and Other Receivables and Amendments to Certain Laws was published in the Official Gazette on 18/05/2018 and the process called "Zoning Peace" started to be implemented in public. With the Article 16 of the Law No. 7143, appended as the Provisional Article 16 to the Zoning Law No. 3194, it is aimed to take the buildings contrary to the zoning order under registry with the "Building Registration Certificate". Building Registration Certificate in order to create the needed financial source for the urban transformation applications, while registering the buildings that does not comply with the zoning regulations, also gives the building owners the right to use the building until the urban transformation ends. In this aspect, Temporary Regulation No 16 is both, inadequate for the measures that will be taken by the

* Arş. Grv. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. (E-mail ilginozkaya@gmail.com), (Orcid ID- 0000-0002-4242-6208)

Makale Gönderilme Tarihi: 06.10.2018

Submitted: 06.10.2018

Makale Kabul Tarihi: 26.11.2018

Accepted: 26.11.2018

administration against the risk of catastrophes and efficient in order to detect the buildings that are violating the zoning regulations.

In this article, by focusing on the relationship between Building Registration Certificate and the right to property, whether the related regulation is a zoning peace regulation or not, its differences from the similar applications in our zoning order and the scope of it in the context of public estate will be examined. Since the obligation to take measures against disaster risks is the primary duty of the administration, conclusion is drawn as the responsibility of the administration arising from the structures destroyed by an earthquake cannot be transferred to the building owner as per the mentioned regulation.

Keywords: Zoning peace, Building Registration Certificate, zoning amnesty.

1. GİRİŞ

İmar hukukunun temel düzenlemesi, "yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak" amacıyla 1985'ten günümüze yürürlükte bulunan İmar Kanunu'dur¹. Kanun'un kapsamını "Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılar" oluşturmaktadır². Buna göre, Kanun'un hedeflediği imar düzeni; planlar ve yapılar hakkındaki kural, ilke ve esaslar üzerine kurulmuştur. Kuşkusuz bu düzenin, hukuk devletinin gereklerine uygun olarak kurulması gerekmektedir.

Ruhsat, imar hukukunun temel araçlarından biri olarak yapılaşmaya ilişkin izinleri ifade etmektedir³. Ruhsat işlemleri,

"imar mevzuatı ve imar planları ile tesis edilmiş bulunan imar düzenini korumak ve geliştirmek amacıyla, bireylerin ve toplulukların, imar sınırları içinde, malik oldukları arsaların üzerindeki yapı yapma ve mevcut yapılara değişiklik ve ilaveler yapabilme hak ve yetkilerini, gözetim ve denetim altında tutmak ve gerekli tedbirleri alabilmek için getirilmiş denetleme düzenlemeleridir."⁴

Buna göre imar hukukunda "ruhsat", idarenin yapılaşma öncesi, yapı devam ederken ve yapı bitimi sonrasında verdiği izinler yoluyla imar düzenini kurmak ve korumak üzere yürüttüğü kolluk faaliyetinin en önemli araçlarından biridir. İmar Kanunu'nun 20. maddesinde de, "Yapılar [...] imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabilir" ve 21. maddesinde "[...] bütün yapılar için 26. maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatıyısı alınması mecburidir"

¹ 3.5.1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanunu; R.G. T. 9/5/1985, S. 18749.

² İmar Kanunu, madde 2.

³ ÇAL, Sedat; Türk İdare Hukukunda Ruhsat, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

⁴ GEREM, Mehmet; İmar Hukukunda Ruhsat, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1767.htm.

biçiminde ifade edilen esaslar, imar mevzuatına uygun yapılaşmanın en önemli şartını "ruhsat" olarak belirlemiştir. Buna göre, imar düzeni, idarenin verdiği "ruhsat" şartına uygun yapılaşma ile kurulmaktadır.

Türkiye kentleşme tarihi ise, gecekondulaşmayı ve kaçak yapılaşmayı beraberinde büyütmüş, kontrolsüz ve plansız gelişmenin plansız yapılaşmaya fırsat verdiği kimi "denetimsiz"⁵ dönemlerle gelişmiştir. Bu nedenle, her ne kadar imar kamu düzeni, düzenin kurulması, geliştirilmesi ve denetimi anlamına gelmekteyse de; bu düzene ve ruhsat kuralına aykırılıklar zaman zaman affedilmiştir. İmar Affi olarak bilinen bu kanunlarda⁶, imar mevzuatına aykırı yapılar hukukun içine "dahil" edilmiş; yasama yoluyla hukuka aykırılıkları ortadan kaldırılmıştır. Diğer bir deyişle, Türkiye kentleşmesi, aynı zamanda, "imar afları" üzerine yükselmiş "istisnaların" da tarihi olmuştur. Bu bağlamda 7143 Sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 16. maddesinin İmar Kanunu'nda yaptığı değişiklik sonucunda İmar Kanunu'na eklenen Geçici 16. madde, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapılar ile ilgili olduğundan, söz konusu düzenlemenin de bir "imar affı" olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Çalışmamızda İmar Barışı Düzenlemesi olarak anılacak olan Geçici 16. madde, 31 Aralık 2017 tarihinden önce yapılmış ruhsatsız veya ruhsatlı ancak proje eklerine aykırı olan tüm yapılardan gerekli şartları sağlayanlara "Yapı Kayıt Belgesi" verilebileceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemenin ruhsatsız/ruhsata aykırı yapı sahiplerine mülkiyet hakkı kazandırıp kazandırmadığı ya da Yapı Kayıt Belgesinin bu yapıların ruhsatlı yapı gibi muamele görmesi imkânı verip vermediği sorularının yanıtlanması için bu belgenin hukuki niteliğinin ortaya konulması gereklidir. Diğer yandan, imar mevzuatına aykırı kimi yapıların özellikle doğal ve kültürel çevre üzerinde imkânsız zararlara neden olacağı

⁵ İmar denetim faaliyetinin büyük oranda büyükşehir belediyelerine verilmiş bir yetki olduğu belirtilmelidir. Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 11. maddesinde bu yetki geniş olarak tanımlanmış aynı zamanda aynı Kanun'un 7. maddesinde imar uygulamalarının denetiminde de büyükşehir belediyelerinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Buna göre Büyükşehir belediyeleri imar düzeninin denetlenmesi ve aynı zamanda ilçe belediyelerinin yaptıkları uygulama imar planlarının nazım plana uygunluğunu denetleyerek de imar denetimi konusunda yetkili idarelerin başında gelmektedir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın da denetim konusunda yetkili olduğunda şüphe yoktur. Diğer yandan, belediyeler de imar denetimlerinde yetkili idarelerden biridir.

⁶ TERCAN, Binali: "1948'den Bugüne İmar Afları", Mimarlık Dergisi, S. 403, Eylül-Ekim 2018, Y. 55, s.20-25.

tartışmasız olduğundan Yapı Kayıt Belgesinin imar "kamu düzeninin"⁷ yeniden kurulmasına ilişkin işlevi yönünden, Yapı Kayıt Belgesine bağlanan sonuçlar da ele alınmalıdır.

İmar Barışı düzenlemesinin temel hedefi, idarenin Yapı Kayıt Belgesinden elde edeceği gelirlerle kentsel dönüşüm uygulamalarının maddi kaynağını sağlamasıdır⁸. Bu nedenle kanun koyucu, hukuka aykırı yapıların sahipleri ile devlet arasındaki uzlaşmayı, kentsel dönüşüm kararına kadar geçerli olan "geçici" bir süreç olarak öngörmüştür. İmar Kanunu'nun Geçici 16. maddesinde, imar barışı düzenlemesinin temelini oluşturan Yapı Kayıt Belgesinin kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli olduğu açıkça düzenlenmiştir⁹. Sonuç olarak, İmar Barışı düzenlemesinin amacı, Yapı Kayıt Belgesine bağlanan hukuki sonuçları ile ayrılmaz bir ilişki içindedir. Bu nedenle çalışmamız, İmar Barışı düzenlemesinin amacı bağlamında Yapı Kayıt Belgesinin sonuçları üzerine yoğunlaşmaktadır. Yapılan açıklamalar ışığında Yapı Kayıt Belgesinin hukuki niteliğinin ortaya konulması, sonuçlarının düzenlemenin amacına uygun olup olmadığını da belirleyecektir.

2. KENTSEL DÖNÜŞÜMÜN FİNANSAL KAYNAĞI OLARAK İMAR BARIŞI

7143 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 1. fıkrasına göre,

"Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebilir. Başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedilir."

Maddeye göre, İmar Barışı sürecinden beklenen amaçlardan ilki, "afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine

⁷ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 11.Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2011, s.292.

⁸ Kanun'un madde gerekçesinde de, "imar mevzuatına aykırı yapıların kayıt altına alınması ile dönüşüm projelerine finans sağlanarak dönüşüm daha hızlı ve etkin yapılması" amacı ifade edilmiştir.

⁹ İmar Kanunu'nun Geçici 16. maddesinin 10. fıkrası : "Yapı Kayıt Belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerlidir."

aykırı yapıların kayıt altına alınması"; diğeri de, "imar barışının sağlanması"dır.

Maddede ifade bulan "İmar Barışı" tanımsız, belirsiz ve hukuki olmayan bir kavramdır. Buna karşın maddenin genelinden imar barışının, imar düzenine aykırı yapı sahipleri ile devletin "uzlaşısı" olduğu anlaşılmaktadır. İmar düzenine aykırı yapı yapanlar ile imar düzeninin kurucu ve koruyucusu olan devletin uzlaşısı konusu ise aykırılıkların devlet tarafından affedilmesi üzerine kuruludur. İmar düzeni, devletin kolluk faaliyeti ile ilgilidir ve "denetim- kontrol" üzerine kurulu olması gerektiğinden, imar düzenine aykırı davrananlar ile devlet uzlaşısının "barış" ile açıklanmasının yerinde olmadığı kanısındayız. TDK'daki açıklamaya göre barış, "sulh"; "uyum, karşılıklı anlayış ve hoşgörü ile oluşturulan ortam"dır¹⁰. Buna göre devletin imar düzenine aykırı davrananlar hakkında verdiği karar, tek yönlü bir hoşgörüdür ve sonucunda denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle kendi yükümlülüklerini de içeren af niteliğindedir. Diğer yandan, bu affin imar düzenine uygun davranan ve yasal şartları sağlayan yapı sahipleri lehine, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi¹¹ boyutuyla yansıtılması gereken yönleri de eksiktir. Bu nedenle, söz konusu hoşgörünün bir "ortam" yaratmadığı açıktır. Sonuç olarak, İmar Barışı Düzenlemesinin ilk amacı, devletin imara ilişkin denetim ve kontrol yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanan imar düzenine aykırılıklarından doğan yükümlülüklerin ve cezaların kanun koyucu tarafından bir süreliğine "affedilmesidir."

İmar Barışı Düzenlemesinin ikinci amacı, "afet risklerine hazırlık kapsamında yapıların kayıt altına alınması"dır. Bu durum İmar Barışı düzenlemesinin 2. fıkrasında "[...] 6306 sayılı Kanun kapsamında kullanılmak üzere kaydedilen gelirler karşılığı Bakanlık bütçesine ödenek eklemeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenek, dönüşüm projeleri özel hesabına aktarılarak kullanılır." şeklinde ifade edilmişken, Kanun'un genel gerekçesinde de açıklanmıştır. Buna göre Yapı Kayıt Belgesi düzenlenmesi, "mali yükümlülükleri yerine getirilmeden yapılmış kaçak yapıların, [...] Yapı Kayıt Belgesi altında kayıt altına alınması"nu amaçlamaktadır. Yapıların kayıt altına alınması, idarenin imar düzenini sağlamak ve afetlere karşı sağlıklı ve güvenli kentleşmeyi sağlamaya

¹⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=BARI%C5%9E

¹¹ ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28-29 Mayıs 2009, Ankara, s. 452-455

hizmet eden bir aşama olarak kabul edilebilir¹². Bu yönüyle yapı kayıtlarının oluşturulması da idarenin kolluk yetkileri içindedir ve bu yönüyle asli görevlerinden biridir. Anayasa Mahkemesi'nin de ifade ettiği üzere idare, imar kolluk yetkileri kapsamında yürüttüğü denetim ve kontrol yükümlülüğünü özel kişilere devredemeyeceği gibi bu yükümlülüklerini yerine getirmekten de imtina edemez¹³. Diğer yandan, afete karşı alınacak önlemlerin kamu hizmeti niteliği de taşıdığı açıktır¹⁴. İdare, afetlere karşı önlemlerini kamu hizmetleri eliyle üretebilir. Buna göre, idare afetlere karşı kolluk yetkileri kapsamında önlem, denetim ve kontrol faaliyetleri yürütürken, kamu hizmetleri aracılığıyla da afetlere karşı güvenli, sağlıklı ve düzenli kentler ve kentleşme yöntemleri geliştirmelidir.

Yapılan bu açıklamalara karşın, imar barışı düzenlemesi, "Yapı Kayıt Belgesi" yapı sahibinin bildirimindeki verilere dayanan ve afetlere karşı yapının güvenli olması şartını aramayan bir araç olarak uygulamaya girmiştir. İmar Barışı düzenlemesinin 1. fıkrasında bu husus, "*Başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedilir.*" biçiminde ifade edilmiştir. Sonuç olarak, İmar Barışı düzenlemesi idarenin imar düzenini yeniden kurmayı

¹² Çevre ve Şehircilik Bakanı Mehmet Özhaseki, imar barışı düzenlemesi ile ilgili yaptığı açıklamada yapı kayıt sistemi ile ilgili olarak, "*Adam Avcılar'da 5 kat yapılması gereken yere 8 kat yapmış. Orayı yıktığında yeniden 8 kat yapma izni verilirse o af olur. Ama belediyelerin bu getirdiği sadece mevcut durumu, yani çıkmış olan 8 katı kayıt altına alma işi. İlerde orada yapılacak kentsel dönüşümlere, imar plan çalışmalarına, bu kaydın bir engeli olamaz, olmamalı zaten. Bu kayıt alındığında belediye, yıkmak zorunda kalmayacak. Yenileme ya da yıkım istenirse belediye mevcut imarı uygulayacak. Zamanla buradaki imar ve kentsel dönüşüm çalışmalarını tamamlamış olacak. Ayrıca buranın kayıt altına alınmasıyla Maliye'nin de resmi kayıtlarına girmiş olacak. Şu anda belediyeye burayı bir an evvel çarpık kentleşmeden kurtar ve imara uygun hale getirerseniz, yapacak imkanı yok. Bu bir süreç ister.*" demiştir. (<http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/imar-affi-yok-40703820>, (Erişim Tarihi: 25.09.2018) Buna göre yapı kaydı, kentsel dönüşüm çalışmalarının hazırlığı amacıyla, yapıların tespit edilmesine ve maliyenin bu konudaki resmi kayıtlarının hazırlanması amacıyla hizmet etmektedir.

¹³ "Yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilmesi ve denetlenmesinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir kamu hizmeti olması nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilmesi gerekirken, dava konusu kuralla, ruhsat ve izinlerin bir özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirket tarafından verilip denetleneceğinin öngörülmesi, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır." AYM, E.2001/383, K.2003/92, T.16.10.2003, RG: 19.01.2006/26054.

¹⁴ ŞAHİN, Ali Utku: "Afet Yönetimi Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Tesam Akademi Dergisi, Temmuz 2014, 1 (2), s. 7-30.

değil; mevcut durumu kayıt altına alarak yeni imar düzeni için hazırlık yapmasını sağlayan bir aşama görüntüsü vermektedir. Düzenlemede yer alan, "*afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması*" ifadeleri bu durumu ortaya koymaktadır. Diğer yandan, madde devamından bu belgeye sahip yapıların 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Yapılar Hakkındaki Kanun'dan muaf tutulmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre imar barışı düzenlemesi, afetlere karşı alınacak tedbirler kapsamında yalnızca "kayıt altına almak"la sınırlıdır; aynı zamanda bu araç, *zamanla* 6306 sayılı Kanunun öngördüğü kentsel dönüşüm yoluyla "güvenli" yapılara dönüştürülecektir¹⁵. Her ne kadar idarenin sağlıklı kentleşme ve yapılaşmayı sağlama görevi bulunmaktaysa da imar barışı düzenlemesinin koruma alanlarında, hazine arazilerinde vs. yapılan yapıları da, bu yolla kayıt altına alarak kentsel dönüşüme tabi tutabilmesi mümkün olduğundan, idarenin en genel olarak imar kamu düzeni sağlama amacına aykırı sonuçlar doğuracağı ileri sürülebilir.

İdarenin afet riski altındaki yapıları tespit etmesi, kamu güvenliği açısından gerekli önlemleri alması ve gecikmesinde sakınca bulunduğu tespit edilerek inşaat ve fen kuralları gereği hemen yıkımı gereken yapıları yıkması/yıkırtması gereklidir. Buna karşın İmar Kanunu'nun Geçici 16. maddesi, Yapı Kayıt Belgesine başvuranlar açısından binanın afetlere karşı dayanıklı olup olmadığı yönünden inceleme ve tespit süreci işletmeksizin, yalnızca "kayıt altına alma" ile sınırlı bir amaç öngörmektedir. Kanuna göre afet riski karşısında alınacak önlemler söz konusu olduğunda özel kanun¹⁶ niteliğinde olan 6306 sayılı Kanun'un amacına ve idarenin "önleyici" tedbirler alması yükümlülüğüne aykırı olarak, ruhsatsız ve ruhsata aykırı yapılar açısından denetim görevi tarihi belirsiz bir geleceğe ertelenmektedir. Bu durum İmar Barışı düzenlemesinin 10. fıkrasında Yapı Kayıt Belgesinin kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli olduğunun belirtilmesi yoluyla ifade

¹⁵ 6306 sayılı kanun kapsamında riskli alan uygulamasının yaygınlaştırılması ve geniş uygulama bulmasını amaçlayan İmar Barışı düzenlemesi, toplumsal meşruiyetini kazanmak amacıyla kanun koyucunun geçici süreli kullanım hakkı tanınması olarak anlaşılmalıdır. Bu yasa "kazan-kazan" stratejisi içinde devletin riskli alan uygulamaları için aradığı maddi kaynağı yaratırken, hukuka aykırı yapı yapanların "rızasını" da almaktadır. Diğer bir anlatımla, 6306 sayılı Kanundaki baskın zor kullanma yetkisi nedeniyle genel kabul ve uygulama bulamayan kentsel dönüşüm uygulamaları, hukuka aykırı yapıların kullanım hakkının korunması suretiyle rızaya dönüştürüldüğünden önümüzdeki günlerin en yaygın imar ve finansal kaynak üretim aracı olacaktır.

¹⁶ ÖNGÖREN, Gürsel: Kentsel Dönüşüm Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları Yayın No: 5, 2013 İstanbul, s.22.

edilmiştir. İdarenin, afet riskine karşı önlem alması ve afet süreçlerine tedbir alma yükümlülüğünü içeren kolluk yetkilerini, Yapı Kayıt Belgesi alınan yapılar açısından kentsel dönüşüm uygulaması sonrasında ertelemesinin yaratacağı belirsizliğin imar kamu düzeni açısından belirsizlik yarattığı ise kuşkusuzdur.

3. KENTSEL DÖNÜŞÜM UYGULAMA ALANI OLARAK İMAR BARIŞI

Yapı Kayıt Belgesi, başvuruya bağlı bir işlem olarak yapı sahibinin başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlarda yapacağı bildirim üzerine idarenin yapacağı kayıt üzerine düzenlenmektedir. Maddede bu bildirim "yapı sahibi"¹⁷ tarafından yapılacağı belirtilmektedir. İmar barışı düzenlemesinin amacı gözönüne alındığında, Yapı Kayıt Belgesi düzenlenebilen yapıların ve imar barışı düzenlemesinin geçerli olduğu alanların belirlenmesi, idarenin daha önce aykırılıkları nedeniyle kayıt altına almadığı yapıları kayıt altına alarak kentsel dönüşüm uygulamalarına konu edebileceği yerleri ve yapıları da ortaya koyacağından, yapı sahiplerinin Yapı Kayıt Belgesine başvuruları aynı zamanda kentsel dönüşüm uygulama alanını da belirlenebilir kılmaktadır.

İmar Barışı düzenlemesinin kentsel dönüşüm uygulamaları için maddi kaynak olarak kullanılacağına dair yukarıda yaptığımız açıklamaların yanısıra, kentsel dönüşümün istisna bir uygulama rejimi olduğu da unutulmamalıdır. Özellikle kentsel dönüşüm uygulamalarında öncelikli usul olan afet riski altındaki alanların dönüştürülmesine dair 6306 sayılı Kanun'un idareye tanıdığı olağan dışı yetkilerin, afet riskine dair alınacak tedbirlerle ilgili olmasından kaynaklandığı göz önüne alınmalıdır. Bu nedenle olağan usullerle yapılması mümkün olan imar değişikliklerinin idareye olağan dışı ve üstün yetkiler verdiği bir kanun aracılığıyla yapılması Kanun'un amacına aykırıdır¹⁸. Diğer yandan İmar Barışı düzenlemesinin 6. fıkrasında, "*kat mülkiyetine geçilmiş yerlerde de 6306 sayılı Kanununun ek 1 inci maddesinin uygulanmasına engel*" bulunmadığının düzenlenmiş olması, 6306 sayılı Kanun'un uygulama alanını genişleten ek 1. maddesinin kapsamını daha da genişleterek, Yapı

¹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 10.1.2013 tarih ve E.2012/93, K.2013/8 sayılı kararında, "[...] yapının sahibi ibaresinden, ister yapının mülkiyetine sahip kişiler, isterse kiracı, yapı malikinin yakını, intifa hakkı sahibi gibi üçüncü kişiler olsun inşai faaliyeti yapan kişiler anlaşılmaktadır. Danıştay'ın istikrar kazanan içtihatlarında da yapının sahibi ibaresinden, mevzuata aykırı yapıyı inşa eden kişinin anlaşılacağı [...]" belirtilmektedir.

¹⁸ ÖZKAYA ÖZLÜER, İlgin: "6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Alanlarda Riskli Olmayan Yapıların Durumu", Ankara Barosu Dergisi, Y.76, S. 2018/1, s.247.

Kayıt Belgesi alınan kat mülkiyetinde olan yerleri de kapsayacak biçimde belirsiz hale getirmiştir.

6306 sayılı Kanun, riskli yapıları ve riskli alanları kapsamaktadır. Kanun'un Ek 1. maddesi riskli alan ilan edilebilecek yerleri genişletmiştir¹⁹. Ek 1. madde ile 6306 sayılı Kanun kapsamındaki uygulama işlemleri ve 6306 sayılı Kanun'un uygulama alanı öngörülebilir olmaktan çıkmıştır. Söz konusu düzenlemedeki belirsiz, somut olmayan kriterler, riskli alanların belirlenmesi hususunda Cumhurbaşkanına²⁰ geniş bir takdir alanı tanımıştır²¹. Sonuç olarak, Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen kat mülkiyetine tabi alanlar da 6306 sayılı Kanun kapsamında "riskli alan" ilan edilebileceğinden 6306 sayılı Kanun'un uygulama alanı daha da belirsiz hale gelmiştir. Bu bağlamda Yapı Kayıt Belgesi alınan yapılar, kentsel dönüşüm kararına uygun olarak yıkılabileceği gibi, mülkiyet hakkı sahiplerinin haktan kaynaklanan yetkileri 6306 sayılı Kanun kapsamında sınırlanabilir.

Yapılan açıklamalar ışığında, Yapı Kayıt Belgesi alınabilen yapılar ve bu bağlamda, imar barışı düzenlemesinin kapsamındaki alanlar aynı zamanda 6306 sayılı Kanun kapsamında kentsel dönüşüm uygulaması yapılabilir yerlerdir. Bu bağlamda, imar barışı düzenlemesi, kentsel dönüşüm uygulaması yapılabilen yerleri göstermektedir.

İmar Barışı düzenlemesinde, Yapı Kayıt Belgesi uygulamasının "yapı ve arsa" niteliğindeki taşınmazlar için geçerli olduğu vurgulanmıştır. Buna göre, arsa ve arazi arasındaki farkın belirtilmesi yerinde olacaktır. Bilindiği üzere "arazi" imar uygulaması yapılmayan yerleri ifade etmektedir²². Bu çerçevede Emlak Vergisi Kanunu²³ kapsamında arazi

¹⁹ "a) Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu yerlerde; planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan veya imar mevzuatına aykırı yapılaşma bulunan yahut yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanlar, b) Üzerindeki toplam yapı sayısının en az %65'i imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan alanlar, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek, sağlık, eğitim ve ulaşım gibi kamu hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla, Cumhurbaşkanınca riskli alan olarak kararlaştırılabilir. Riskli alan sınırı uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenir."

²⁰ 2.7.2018 tarih ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname öncesinde söz konusu yetki Bakanlar Kuruluna aitti.

²¹ BAL YALÇIN, Burçak: "Hak Arama Özgürlüğü Önünde Bir Engel: Riskli Alan Kararlarına Karşı Dava Açma Süresi", Ankara Üniversitesi. Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, s.2525.

²² "Ham arazi tarımsal araziden imara olgun araziye geçişin ilk aşamasıdır. Bu topraklar henüz parsellenmemiştir ve çoğunlukla yerleşik alanların çevresinde bulunurlar."

tabirinin arsaları kapsadığı belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, arsaların bir kısmı arazi olmadığından imar barışı kapsamının *kimi* arazileri kapsamı dışında tutulduğu izlenimi doğmaktadır. Buna karşın İmar Barışı düzenlemesinin 9.fikrasında, ilgili madde kapsamı dışında kalan taşınmazlar, "*Üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlarda bulunan yapılar ile Hazineye ait sosyal donatı için tahsisli araziler üzerinde bulunan yapılar bu madde hükümlerinden yararlandırılmaz.*" biçiminde ifade edildiğinden, bu iki istisna dışındaki tüm araziler *gerçekte* Kanun kapsamındadır. Diğer bir deyişle iki istisna alan dışında idarenin Yapı Kayıt Belgesi vererek kayıt altına aldığı yapılar kentsel dönüşüme tabi tutulabilecektir. Bu alanlar İmar Barışı düzenlemesinin 11. fıkrasında,

"Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alan ile İstanbul tarihi yarımada içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlar ve ayrıca 19/6/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirlenmiş Tarihi Alan" olarak belirlenmiştir. Sonuç olarak, tarihi ve doğal özellikleri nedeniyle özel koruma alanı olarak kabul edilen boğaz içi sahil şeridi ile Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanında kalan yapılar" olarak gösterilmiştir. Buna göre, sayılan iki alan dışındaki tüm alanlarda imar mevzuatına aykırı yapılar hakkında yapı sahiplerinin gerekli şartları sağlayarak yaptıkları başvurular sonunda Yapı Kayıt Belgesi verilebilecektir. Bu alanlar yapı kayıt sistemine dahil edilerek kentsel dönüşüm uygulanabilir alanlar olarak kabul edilecek, 6306 sayılı Kanun'daki şartları sağlamaları halinde riskli alan ya da riskli yapı kabul edilerek dönüşüme tabi tutulabilecektir.

Bu noktada ifade edilmesi gereken son husus, İmar Kanunu'nun geçici 16. maddesine göre, "*üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlar üzerinde ve kesinleşmiş planlar neticesinde sosyal donatı alanı olarak belirlenmiş ve Maliye Bakanlığınca aynı amaçla değerlendirilmek üzere ilgili kurumlara tahsis edilmiş Hazineye ait taşınmazlar üzerinde bulunan yapılar hakkında*" Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeyeceğidir. Söz konusu istisnalar, imar barışı düzenlemesi

ÜLGER, N. Enver / BAŞ ERAY, Gülen: "Arazi Geliştirme Kuramsal Temelleri", İstanbul Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Yerbilimleri Dergisi, C.16, S.1, Y.2003, s.57
²³ 29.07.1970 tarih ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu, "Madde 12: Türkiye sınırları içinde bulunan arazi ve arsalar bu kanun hükümlerine göre Arazi Vergisine tabidir."

kapsamında kullanıcıları açısından kullanım hakkı da tanınmayan hukuka aykırılıklar olarak kabul edilmektedir.

İmar Barışı düzenlemesi, devletin mülkiyetinde ya da hüküm ve tasarrufu altındaki alanlarda "kaçak" yapılan ve denetimlerle tespit edilemeyen yapıları hukukun "içinde" kabul ederek, bu yapı sahiplerinin "zilyetliğini"²⁴ tanımıştır. Kanunda bu yapılar için "kullanım izni"²⁵ verilebileceği düzenlenmekle birlikte, üçüncü kişilerin özel mülkiyetindeki alanlar ile sosyal donatı alanlarında yapılan yapılar için aynı hükümler öngörülmemiştir. Bu durum da, yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi, imar barışı düzenlemesinin bir "barış"tan ziyade "af" olduğu izlenimi güçlendirmektedir. Diğer yandan, bu düzenlemenin bir "imar affı" olup olmadığı ise aşağıda incelenecektir.

4. MÜLKİYET HAKKI ve İMAR AFFI BAĞLAMINDA YAPI KAYIT BELGESİ

Yapı Kayıt Belgesinin mülkiyet hakkı "kuran/yaratan" bir belge olup olmadığına dair inceleme, imar barışı düzenlemesindeki sistematik içinde ve iki başlık altında yapılabilir. Bu düzenlemeye göre mevzuata aykırı yapılar, Yapı Kayıt Belgesi düzenlenebilecek yapılar veya Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemeyecek yapılar olarak ikiye ayrılmaktadır. Yapı Kayıt Belgesi ise bazı yapılar için mülkiyet hakkı kurmaya esas bir belge iken bazıları için mülkiyet hakkına dönüştürülme ihtimali bulunmayan bir kayıttan ibarettir.

Yapı Kayıt Belgesine konu edilemeyecek taşınmazların neler olduğu, yukarıdan İmar Barışı düzenlemesinin kapsamı içinde ele alınarak

²⁴ Türk Medeni Kanunu'nu 973. maddesinde "Zilyetlik kavramı ve türleri" başlığı altında zilyetlik, "Bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir. Taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiilen kullanılması zilyetlik sayılır." biçiminde düzenlenmiştir.

²⁵ İmar Kanunu'nun "Yapı kullanma izni" başlığı taşıyan 30. maddesinde, yapının kullanılmasını sağlayan belediye ve valilikten alınması gereken bir izne bağlandığı anlaşılmaktadır. söz konusu maddede "iskan" olarak da bilinen yapı kullanma izninin, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti üzerine verildiği düzenlenmiştir. İmar Barışı düzenlemesiyle Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapılar hakkında yapı kullanma izni alınması zorunluluğu kaldırılmamıştır. Diğer bir anlatımla, Yapı Kayıt Belgesi yapı sahipleri için yapının kullanılabilir hale getirmekle birlikte iskan alması zorunluluğunu doğurmaktadır. İmar planı hazırlanmamış yerler için idareye plan yapma, yapı sahipleri açısından da yapı kullanım izni alınması zorunluluğunun yerine getirilmemesi 6306 sayılı Kanun'un ek madde 1 kapsamında söz konusu alanların kentsel dönüşüm uygulamaları yapılabilir yer haline getirmektedir. Yapı Kayıt Belgesinin kentsel dönüşüme kadar geçerli olduğu hatırlanacak olunursa, Yapı Kayıt Belgesi alınması ile kayıt altına alınan yapılar kentsel dönüşüm uygulamalarının hazırlığı olarak kabul edilebilir.

istisnalar içinde belirtilmişti. 6.6.2018 tarih ve 30443 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Tebliği'nin 8. maddesinde de sayıldığı üzere,

"a) 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde, 3194 sayılı Kanunun geçici 16 ncı maddesi uyarınca adı geçen Kanuna eklenmiş olan kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanda,

b) İstanbul tarihi yarımada içinde 3194 sayılı Kanunun geçici 16 ncı maddesi uyarınca adı geçen Kanuna eklenmiş olan kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda,

c) 19/5/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirlenmiş Tarihi Alanda,

ç) Üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlar üzerinde,

d) Kesinleşmiş planlar neticesinde sosyal donatı alanı olarak belirlenmiş ve Maliye Bakanlığınca aynı amaçla değerlendirilmek üzere ilgili kurumlara tahsis edilmiş Hazineye ait taşınmazlar üzerinde, bulunan yapılar hakkında Yapı Kayıt Belgesi düzenlenemez."

Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapılardan, mülkiyet hakkına konu edilebilenleri ise, İmar Kanunu'nun geçici 16. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenmiştir. Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olup Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapılar, öncelikle Bakanlığa tahsis edilir ve Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine taşınmazlar Bakanlıkça rayiç bedel üzerinden doğrudan satılır. Bu düzenlemeye göre dolaylı olarak mülkiyet hakkını kurmak üzere dayanak gösterilebilen Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapılar, "hazineye veya belediyelere" ait yerlerde inşa edilmişlerdir. Bu durumda değerlendirilmeyi bekleyen iki husus vardır. Bunlardan ilki, istisnaları yukarıda sayılanlar dışında devletin tüm mallarının Yapı Kayıt Belgesi yoluyla mülkiyet devrine konu edilip edilemeyeceği ve diğer husus ise, idarenin bu satış konusunda bir takdir yetkisinin olup olmadığıdır.

Devletin mallarının satışının mümkün olup olmadığına dair değerlendirme, bu alanda Anayasa'dan ve diğer özel kanunlardan kaynaklanan kısıtların olup olmaması ile ilgidir. Diğer bir deyişle, kamuya ait taşınmazlardan hangilerinin bu kapsama dâhil olacağı, öncelikle Anayasal sınırlara ve daha sonra da kamu malları teorisi kapsamında belirlenebilir. Anayasa'nın Tarih, Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması başlıklı 63. maddesi; Ormanların Korunması ve Geliştirilmesi başlıklı 169. maddesi; Kıyılardan Yararlanma başlıklı 43. maddesi; Tarım,

Hayvancılık ve Bu Üretim Dallarında Çalışanların Korunması başlıklı 45.maddesi anayasal koruma atında, özel tahsis kararı olmadan imar barışı kapsamı dışında kalan, kesin yapılaşma yasağı olan yerleri düzenlemektedir.

Devletin kamu malları ise, sahipsiz mallar, orta malları ve hizmet mallarından oluşmaktadır²⁶. Peki bu mallardan hangilerinin mülkiyet devri mümkün değildir? Diğer bir anlatımla, özel kanunlarıyla ya da doğası gereği devri engellenen devlet malları nelerdir? Medeni Kanun'un 715. maddesinde, "*Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.*" denildikten sonra, "*Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz. Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tâbidir.*" hükmüne yer verilmiştir.

Kamu mallarından, sahipsiz malların devri mümkün değilken, orta ve hizmet mallarının devri için öncelikli olarak tahsis kaldırılması gereklidir²⁷. Tahsis kararının kaldırılması söz konusu malları idarenin özel hukuka tabi malları getirdiğinden devri de mümkün olacaktır²⁸. GÜLAN'ın haklılıkla ifade ettiği üzere, tahsis kamu yararı üzerine kurulmuştur²⁹. Buna göre, tahsisin kurulması da kaldırılması da kamu yararına dayanmalıdır. Anayasal düzeyde koruma altına alınan, kamu malları rejiminde sahipsiz mallar olarak anılan ve mülkiyete konu edilemeyen mallar, doğal olarak özel mülkiyete de konu edilemezler. Bu kamu taşınmazları üzerindeki yapılar için, Yapı Kayıt Belgesi verilmiş olsa bile, imara aykırı bu yapıların üzerine yapıldığı kamu taşınmazları mülkiyete konu edilemezler. Yine aynı doğrultuda, Kadastro Kanunu'nun "Kamu Malları" başlıklı 16. maddesi de Yapı Kayıt Belgesi verilen kamu mallarından mülkiyete konu olamayacak yerleri açıkça düzenlemiştir. Bu maddeye göre,

"Kamunun ortak kullanılmasına veya bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerlerle Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan

²⁶ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003, s. 751-760.

²⁷ ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 611

²⁸ GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN Pertev/ AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2012, s.869.

²⁹ GÜLAN, Aydın: Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa, İstanbul 1999, s. 112.

sahipsiz yerlerden: A) Kamu hizmetinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina ve tesisler, (hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane veya diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, namazgah, cami genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış olan yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar ve bahçeler ve boşluklar ve benzeri hizmet malları) kayıt, belge veya özel kanunlarına veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine göre hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il, belediye köy veya mahalli idare birlikleri tüzelkişiliği, adlarına tespit olunur.”

Sonuç olarak, sahipsiz mallar mülkiyete konu edilemeyeceği için bu yerler özel mülkiyete de konu olmazlar.

Anayasa’da özel olarak koruma altında olan, tabii varlıklar, servetler, ormanlar, kıyıları gibi yerler mülkiyete konu edilemeyen, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki alanlar olduğundan bu alanlarda Yapı Kayıt Belgesi düzenlense bile özel kişilere yönelik bir mülkiyet tesisi söz konusu olamayacak ve hatta Bakanlık adına bir tahsis de söz konusu olamayacaktır.

Orta malları olarak anılan kamu malları ise hem Kadastro Kanunu’nun 16. maddesinin (b) fıkrasında hem de Medeni Kanun’un 715. maddesinde yararı kamuya ait mallar olarak devletin hüküm ve tasarrufu altında gösterilmiştir. Kadastro Kanunu’nun 16. maddesinin (b) bendine göre,

"Mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri gibi paralı veya parasız kamunun yararlanmasına tahsis edildiği veya kamunun kadimden beri yararlandığı belgelerle veya bilirkişi veya tanık beyanı ile ispat edilen orta malı taşınmaz mallar sınırlandırılır, parsel numarası verilerek yüzölçümü hesaplanır ve bu gibi taşınmaz mallar özel siciline yazılır. Bu sınırlandırma tescil mahiyetinde olmadığı gibi bu suretle belirlenen taşınmaz mallar, özel kanunlarında yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla özel mülkiyete konu teşkil etmezler. Yol, meydan, köprü gibi orta malları ise haritasında gösterilmekle yetinilir. C) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir, istisnalar saklıdır. Yine bu Kanuna göre, ormanlar da ihya veya imar yoluyla mülkiyete konu olmazlar."

İmar Barışı düzenlemesi sonrasında, Karadeniz başta olmak üzere pek çok yaylada imar barışı kapsamında mülkiyet hakkı kazanılacağı düşüncesiyle yapılaşmanın hızlandığı bir gerçektir. Her ne kadar, Aralık

2017 öncesindeki yapılara imar barışı uygulanacak olsa da, Yapı Kayıt Belgesi başvuruları beyana tabi tutulduğu için, bu tarihten sonra yapılan yapılar için de imar barışı kapsamında Yapı Kayıt Belgesi başvurusu yapılmıştır. Bu yönüyle de mera, yayla, kışlak ve otlak gibi kısmen belli bir topluluğun yararlanmasına tahsis edilmiş yerlerde bulunan kaçak yapılar için Yapı Kayıt Belgesi verilmiş olması halinde bu yapılar için mülkiyet hakkının doğup doğmayacağı ortaya konulmalıdır.

4342 sayılı Mera Kanunu'nun 4. maddesinde,

"mera, yaylak ve kışlakların hukuki durumu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, mera, yaylak ve kışlakların kullanma hakkı bir veya birden çok köy veya belediyeye aittir. Bu yerler Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Mera, yaylak ve kışlaklar; özel mülkiyete geçirilemez, amacı dışında kullanılamaz, zaman aşımı uygulanamaz, sınırları daraltılamaz. Ancak, kullanım hakkı kiralanabilir. Kiralama ilkeleri yönetmelikle belirlenir."

Bununla birlikte, Mera Kanunu'nun 14. maddesinde³⁰ düzenlenen "istisna" ile birlikte değerlendirildiğinde, orta malı niteliğindeki

³⁰ "Tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaktan bu Kanunda gösterilenden başka şekilde yararlanılamaz. Ancak, bu Kanuna veya daha önceki kanunlara göre mera, yaylak ve kışlak olarak tahsis edilmiş olan veya kadimden beri bu amaçla kullanılan arazilerden; a) Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının talebi üzerine, 3213 sayılı Maden Kanunu ve 6326 sayılı Petrol Kanunu hükümlerine göre, arama faaliyetleri sonunda belirlenen maden ve petrol faaliyeti için zaruri olan b) Kültür ve Turizm Bakanlığının talebi üzerine, turizm yatırımları için zaruri olan, c) Kamu yatırımları yapılması için gerekli bulunan, d) (Değişik: 3/7/2005 - 5403/27 md.) Köy yerleşim yeri ile uygulama imar plânı veya uygulama plânlarına ilave imar plânlarının hazırlanması, toprak muhafazası, gen kaynaklarının korunması, millî park ve muhafaza ormanı kurulması, doğal, tarihî ve kültürel varlıkların korunması, sel kontrolü, akarsular ve kaynakların düzenlenmesi, bu kaynaklarda yapılması gereken su ürünleri üretimi ve termale dayalı tarımsal üretim faaliyetleri için ihtiyaç duyulan, e) 442 sayılı Köy Kanununun 13 ve 14 üncü maddeleri kapsamında kullanılmak üzere ihtiyaç duyulan, f) Ülke güvenliği ve olağanüstü hal durumlarında ihtiyaç duyulan, g) Doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için ihtiyaç duyulan, ı) (Ek: 10/9/2014-6552/112 md.) Cumhurbaşkanınca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen, (1)(2) i) (Ek: 28/11/2017-7061/53 md.) 9/1/2002 tarihli ve 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu kapsamında ilan edilen endüstri bölgeleri, 26/6/2001 tarihli ve 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu kapsamında ilan edilen teknoloji geliştirme bölgeleri, 12/4/2000 tarihli ve 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu kapsamında kurulan organize sanayi bölgeleri ve 6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu kapsamında kurulan serbest bölgeler için kuruluş ve genişleme aşamalarında ihtiyaç duyulan, j) (Ek: 15/2/2018-7099/11 md.) 16/6/2005 tarihli ve 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu kapsamında Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca kurdurulacak veya 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu

yaylalarda verilen Yapı Kayıt Belgesinden sonra tahsis amacı değişikliğinin ön koşulu olarak kentsel dönüşüm uygulama kararı alınması gerekeceği ortadadır. Kentsel dönüşüm alanı ilan edilen yerlerde Yapı Kayıt Belgesi, kentsel dönüşüm alanı ilanına kadar geçerli olacaktır. Bu doğrultuda söylemek gerekir ki, yaylalarda kentsel dönüşüm alanı ilan edilmeden, tahsis değişikliği söz konusu olamayacağı gibi; orta malı niteliği taşıyan bu alanlarda Yapı Kayıt Belgesi verilmiş olması da bu yerlerin mülkiyete konu edilmesini mümkün kılmayacaktır. Buna göre, kentsel dönüşüm alanı olarak hazine adına tescil edilen bu yerlerden yalnızca mera vasfını yitirenler, mülkiyete konu edilebilir.

İmar Barışı düzenlemesinin 7. fıkrasına göre, Yapı Kayıt Belgesi alınan yapılar, Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, bu taşınmazlar Bakanlığa tahsis edilir. Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine taşınmazlar Bakanlıkça rayiç bedel üzerinden doğrudan satılır. Düzenlemenin 8. fıkrasına göre ise, Yapı Kayıt Belgesi alınan yapılar belediyelere ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş ise, Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine bedeli ilgili belediyesine ödenmek kaydıyla taşınmazlar rayiç bedel üzerinden belediyelerce doğrudan satılır.

Bu düzenlemelere göre, hazine arazilerine yapılan yapılar hakkında Yapı Kayıt Belgesi alınması halinde bu yapılar, öncelikle Bakanlığa tahsis edilerek Bakanlıkça Yapı Kayıt Belgesi sahibine öncelik verilerek satılacaktır. Belediye taşınmazları üzerine inşa edilen yapılar ise, belediye tarafından doğrudan satılacaktır. Düzenlemede dikkat çeken husus, söz konusu iki taşınmazdaki yapılar hakkında Yapı Kayıt Belgesi alınması halinde taşınmazın satılması konusunda Bakanlık ve belediyelerin bağlı yetkisi olduğudur. Diğer bir deyişle, yukarıda istisna olarak ifade

kapsamında yetkilendirilmiş işletmeciler tarafından kurulacak veya kurdurulacak elektronik haberleşme altyapıları için ihtiyaç duyulan, Yerlerin, ilgili müdürlüğün talebi, komisyonun ve defterdarlığın uygun görüşü üzerine, valilikçe tahsis amacı değiştirilebilir ve söz konusu yerlerin tescilleri Hazine adına, vakıf meralarının tescilleri ise vakıf adına yaptırılır.

Durumu ve sınıfı çok iyi veya iyi olan mera, yaylak ve kışlaklarda birinci fıkranın (a), (f), (g), (ğ) ve (h) bentleri hariç, tahsis amacı değişikliği yapılamaz. (1) Bu Kanun kapsamında, 3213 sayılı Maden Kanunu ve 6326 sayılı Petrol Kanunu hükümlerine göre arama ve işletme faaliyetlerinin yürütülmesi ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkartılacak bir yönetmelikle düzenlenir. Harman yeri, panayır, sıvat ve eyrek yerleri gibi kamu orta mallarının tahsis amacı değişikliğinde bu madde hükümleri uygulanır."

ettiğimiz sosyal donatı alanları haricinde hazine arazisinde ya de belediye mülkiyetinde olan yapılar, imar barışı düzenlemesi vesilesiyle özel mülkiyete ve "imara" açılmak zorundadır. Sosyal donatı alanı olarak belirlenen alanların kapsamı ise Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği'nin 5. maddesinde düzenlenen, "sosyal altyapı alanları" tanımı çerçevesinde belirlenebilir. Buna göre sosyal altyapı alanları,

"Birey ve toplumun kültürel, sosyal ve rekreatif ihtiyaçlarının karşılanması ve sağlıklı bir çevre ile yaşam kalitelerinin artırılmasına yönelik kamu veya özel sektör tarafından yapılan eğitim, sağlık, dini, kültürel ve idari tesisler, açık ve kapalı spor tesisleri ile park, çocuk bahçesi, oyun alanı, meydan, rekreasyon alanı gibi açık ve yeşil alanlar" olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, okul, hastane, cami, park, çocuk bahçesi, oyun alanı, meydan, eğlence, dinlenme, piknik ihtiyaçlarının karşılanabileceği lokanta, gazino, kahvehane, çay bahçesi, büfe, otopark gibi kullanımlar ile tenis, yüzme, mini golf, otokros gibi her tür sportif faaliyetlerin yer alabileceği alanlar bu kapsamdadır. Sayılan yerlerden, ilgili kurumlara tahsis edilmiş Hazineye ait taşınmazlar hakkında Yapı Kayıt Belgesi düzenlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle de, sosyal donatı alanlarından hakkında "tahsis" kararı olanlar hazine arazisi olmasına rağmen imar barışı kapsamında değildir.

Sonuç olarak, belirtilen istisna dışında hazine ve belediye taşınmazları hakkında yapı kayıt belgesi düzenlenebildiğinden, kentsel dönüşüm uygulaması da söz konusu olabilecek ve bu alanlar Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıdan farklı, daha büyük ya da kapsamlı yapılara konu edilebilecektir.

Özel mülkiyette bulunan taşınmazlar ise, yukarıda da ifade edildiği üzere, Yapı Kayıt Belgesine dahi konu edilemediğinden, mülkiyet hakkı tartışması kapsamında da değildir. Yapı Kayıt Belgesi, hazineye ya da belediyeye ait taşınmazların bir kısmı hakkında "dolaylı" olarak mülkiyet hakkı doğurmaktadır. Bu kapsamda iki istisna dışında, Yapı Kayıt Belgesinin en önemli özelliği, hukuk dışı zilyetliği kayıt altına almak ve yapılara kullanım hakkı vermek dışında bir işlevinin olmamasıdır.

İmar Barışı düzenlemesinin 3. fıkrasında, Yapı Kayıt Belgesi için yapının "kullanımının" esas alınacağını düzenlenmesi de bu gerekçeye dayanmaktadır. Bu fıkraya göre, Yapı Kayıt Belgesi alan yapılara, talep halinde geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilmektedir. Diğer bir anlatımla, Yapı Kayıt Belgesi mülkiyet hakkı kurmayan; fakat yapı sahibinin yapıyı kullanabilmesini sağlamak üzere zilyetliğini kayıt altına

alarak, su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilmesini sağlayan geçici bir belgedir.

A. İmar Barışının Diğer İmar Afları İle Karşılaştırılması

Yapılan bu açıklamalar ışığında, imar barışı düzenlemesinin bir af olmakla birlikte bugüne dek uygulanan imar aflarına benzemediği söylenmelidir. Bu farklılığın ortaya konulabilmesi açısından imar aflarına ilişkin genel bir değerlendirme ve "Yapı Kayıt Belgesinin" en çok benzediği, "tapu tahsis belgesi" ile karşılaştırılması yerinde olacaktır.

2011 yılında kamu yönetiminde yapılan köklü yapısal yasal değişikliklerle Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın imara ilişkin hemen tüm yetkileri tekelinde toplayarak yetkilerde merkezileşmesi; imar kamu düzenini Bakanlığın nüfuzunda kurulan ve yönetilen bir "şehirlik" faaliyetine çevirmiştir. Bu kapsamda merkezi idarenin vesayet yetkisi genişletilmiş ve Bakanlık aslen yerel yönetimler tarafından yürütülen faaliyetler açısından da yetkili hale gelmiştir. Diğer yandan, özellikle kentsel dönüşüm faaliyetleri kapsamında yürütülen faaliyetler, afet riskine karşı alınacak önlemler nedeniyle yaygınlaşarak arttığından, Bakanlığın bu alandaki etkililiği de artmıştır. Buna göre yerel yönetimler tarafından alınan kimi imar kararları ve imar planları, merkezi idarenin kentsel dönüşüm kararı ile etkililiğini yitirmekte ya da uygulanamaz kılınmaktadır. Kural olarak yerel yönetimlerin ve diğer yandan merkezi idarenin imar düzenini sağlamak üzere yürüttüğü imar kamu düzeni faaliyeti, öncelikle sağlıklı kentleşmenin sağlanması ve afet risklerine karşı kamu güvenliğini sağlamak amacına odaklanmıştır. Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünün 57. maddesinde de idarenin bu faaliyetlerinin dayanak bulduğu ileri sürülmektedir³¹.

Anayasa'nın 57. maddesinde konut hakkına ilişkin düzenleme, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak "*Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.*" biçiminde kaleme alınmıştır. Keleş'in de haklılıkla ifade ettiği üzere, "*1982 Anayasası'nda "konut hakkından" söz edilmiş olmasına karşın, maddenin içeriğinde hakkın tanımına, özüne ve öznesine ilişkin bir anlatıma rastlanamamaktadır.*"³² Maddede yalnızca, devletin çevre koşullarını da dikkate alan bir planlama çerçevesinde, herkesin konut gereksinmesini karşılayıcı "önlem alması" yükümlülüğünden söz

³¹ AYM, 08.12.2004, E. 2004/61, K. 2004/123. (kazanci.com.tr)

³² KELEŞ, Ruşen: "Anayasa'da Kent ve Çevre Hakları", Mimarlık Dergisi, S. 368, Kasım-Aralık, Y.2012, s. 17.

edilmektedir. 1961 Anayasası 49. maddesi ise, sağlık hakkı başlığı altında "*Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır.*" biçimindedir. Her iki düzenleme ilk görünüşte benzer olmakla birlikte bir takım önemli farklılıkları da bünyesinde barındırmaktadır³³. Bu farklılıklardan en önemli sonucu devletin 1980 sonrası yoksul ve dar gelirli ailelerin konut ihtiyaçlarını hedef alan tedbirler almak yerine planlamaya dayanan konut politikalarına yönelmesidir. Buna göre, devletin konutlaşmayı desteklemekte özel amacı, yoksul ve dar gelirli aileleri desteklemekten çıkmıştır. Bu durum, özellikle yeni finans üretim aracı olarak toprak rantının, ekonominin merkezi aracı haline gelmesi nedeniyle de kaçınılmaz olmuştur. Diğer bir deyişle, yapılaşma ihtiyaç karşılamaktan uzaklaşarak³⁴ ihtiyaç yaratmak amacına odaklanmıştır. Bu farklılığın sonuçları imar mevzuatına da yansımış ve konut arzına yönelen şehirleşme, imar aflarının kapsamını da değiştirmiştir.

1980 sonrası imar aflarının amacı, kente göç eden ve yaşayacak yer bulamayan yoksulların "kendi emekleri" ile yaptıkları yapıların, konut hakkını sağlamak için affedilmesi değildir³⁵. Bu tarihten sonra imar afları, hızla artan hukuka aykırı yapıları konut stokuna ekleyerek, planlı biçimde yapı arzına dönüştürmeyi amaçlamaktadır. İmar aflarıyla idarenin denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle doğan zarar, tüm topluma paylaştırılmakta; kısa vadede anlaşılabilen, planlı bir "plansız yapılaşma" politikası, devletin konut politikası haline gelmektedir.

İmar barışı düzenlemesinin, öncesinde çıkan imar affi kanunları gibi hem imar düzenine aykırı yapıları ve hem de gecekonduları içerir biçimde tüm hukuka aykırı yapıları kapsamına alması da, imar konusundaki tüm hukuka aykırılıkları "temizleme" amacının bir sonucudur.

Devletin planlı kentleşmeye dair anayasal hedefinin, bugüne kadar yürürlüğe giren imar aflarının sıklığı göz önüne alındığında, başarılı olmadığı ileri sürülebilir. 1950'li yıllarla birlikte gündeme gelen

³³KABOĞLU, İbrahim: "Yerleşme ve Konut Hakkı: Temel Özgürlük Sosyal Hak Birleşmesi", İnsan Hakları Yılı 1996, Cilt 17 Sayı 1, s. 150-152.

³⁴KÖKTÜRK, Erdal: "Türkiye'de 'Gecekondular ve İmar Affı' Üzerine Bir İnceleme", HKM Jeodezi Jeoinformasyon Arazi Yönetimi Dergisi, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Yayını, Sayı: 2003/89, Ankara, s. 49.

³⁵ERDOĞAN, Murat/ ÖMÜRGÖNÜLŞEN, Uğur: "Yeminli Özel Teknik Bürolar: Gecekondular Sorunu, İmar Affı ve Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi Açıklarından Bir Değerlendirme", Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2, Y.1989, s. 176.

"gecekondu gerçeği" 1960'larla birlikte idarenin rolünü de dönüştürmüştür. Gecekondu ve imara aykırı yapılar, yıkılması "her zaman" zorunlu yapılar olmaktan çıkmıştır. Hatta bu yıllarla birlikte,

*"gecekondu oluşumundan devletin sorumlu olduğu kabul edilmiş ve bu oluşum benimsenmiş, hatta konut sorununun özgün çözümü olarak bile görülmüştür. Gecekonduyunun yıkımındansa, ıslahı ilke edinilmiştir. Böylece, konut alanlarında düzenli ve düzensiz olmak üzere ikili imar düzenine geçilmiştir. Düzenli alanlarında İmar Yasası hükümleri geçerli olmuştur. Düzensiz konut alanlarının (gecekondu alanları) ise ıslahı söz konusudur."*³⁶

İşte bu anlayışın bir sonucu olarak, 1966 yılında 775 sayılı Gecekondu Kanunu ile gecekondu imar düzeni içinde tanımlı yapılar haline gelmiş; 1985 yılında tüm imar aykırılıklarını ve gecekonduları da kapsayacak biçimde af kanunu çıkarılmıştır.

Artan göç ve denetimsiz yapılaşma, şehre göçen insanların konut sorununu gündeme getirdiğinden gerek imar mevzuatına aykırı yapılar gerekse gecekondu arttığından, 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla bu yapılara "yasal"lık kazandırılmıştır. Böylece artan hukuka aykırı yapılaşma ve buna paralel gelişen imar afları her defasında tek seferlik iddiasını taşısa da bir istisna hukukunun Türkiye hukuk literatürüne yeni kavramlarla birlikte girmesine ve "olağanlaştırılmış" bir hukuksuzluğun imar hukukunun parçası haline gelmesine neden olmuştur. Bu kavramlardan en önemlisi, gecekondu için verilmesi öngörülen "tapu tahsis belgesi" ve imara aykırı yapıları kent toprağına dahil ederek planlı hale getiren "ıslah imar planları"dır.

Çalışmamız açısından tapu tahsis belgesinin önemi, "Yapı Kayıt Belgesi"ne bazı yönlerden benzemesidir. İmar Barışı düzenlemesi yalnızca gecekondu hakkında olmadığından Yapı Kayıt Belgesinin, tapu tahsis belgesinden daha geniş bir uygulama hedefi vardır. Diğer yandan tapu tahsis belgesinin mülkiyet hakkını kurmaktaki rolü³⁷, Yapı

³⁶ TORLAK, S.Evinç: "Gecekondulaşmanın Gelişimi, İmar Afları ve İslah İmar Planları", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C.12, S.1, Ocak 2003, s. 65.

³⁷ AİHM kararlarında tapu tahsis belgesinin mülkiyet hakkı ile olan ilişkisi açıklanmıştır. Bu kararlardan birinde, "Tapu tahsis belgesi, tapu senedi olmayıp sadece kişinin söz konusu taşınmazı elinde bulundurduğunu belgelemektedir. Bu belgenin verilmesi, belge sahibine mülkiyet hakkı tanındığı anlamına gelmemekte ve yetkili makamlara tapu senedi verme zorunluluğu getirmemektedir. Gerçekten de 2981 sayılı Kanun'un 10. maddesinde bu belgenin ıslah imar planı gerçekleştirildikten sonra hak sahiplerine

Kayıt Belgesi için öngörülmemiştir; fakat imar düzenine aykırı yapılara idarenin verdiği bir belge olması nedeniyle bu farklılıkların belirginleştirilmesi önemlidir.

Tapu belgesi niteliği olmayan, fakat tapu belgesinin "esasını" oluşturan tapu tahsis belgesi, mülkiyet hakkını doğrudan doğurmamaktadır. Diğer yandan tapu tahsis belgesine dayanarak kullanılan taşınmazla ilgili gerekli şartlar sağlanmadıkça zilyetin mülkiyet hakkı hiç doğmayabilir³⁸. Diğer yandan tapu tahsis belgesi sahibi olmayan kişilerin kanun kapsamındaki aftan yararlanması önünde de bir engel yoktur. Buna göre bu belge, gecekondü sahipleri için hak doğurmaya "esas" bir belge olmakla birlikte, affın konusunu oluşturmamaktadır. İşte, Yapı Kayıt Belgesine ilişkin düzenlemeden en esaslı farkı budur. Yapı Kayıt Belgesi başvurusu olmayanların 7143 sayılı Kanun'un 16. maddesindeki hiç bir hükümden yararlanamaması, bunun bir imar affı olmadığını göstermektedir.

Yapı kayıt belgesi de tek başına mülkiyet hakkı doğurmamaktadır ve hatta yukarıda da ifade edildiği üzere, hazine arazileri ile belediye arazileri dışında, mülkiyet hakkına etki etmemektedir. Devlet, hazine arazisini toprak rantının yeniden üretilmesi yoluyla finansal bir kaynak haline getirmek üzere yapı kayıt belgesini aracı kılmaktadır. Diğer bir deyişle, hazine arazisi üzerine hukuka aykırı yoldan yapılan yapılar için yapı kayıt belgesi düzenlemek için aldığı paranın yanısıra bu belgeyi alan kişiye söz konusu binanın bulunduğu araziye de satmak suretiyle hem bu alanlarda yapılaşmaya göz yummakta, hem devlet mülkiyetindeki taşınmazın mülkiyetinin el değiştirmesi suretiyle mülkiyet rejimini değiştirmektedir.

Sözü edilen bu istisnalar dışında, Yapı Kayıt Belgesinin hukuka aykırı yapı sahibi için mülkiyet hakkı yarattığı/kurduğu ileri sürülemeyeceği gibi, imar barışı düzenlemesinde 2981 sayılı Kanunda olduğu gibi imar affı başvuru yolu da yoktur. Bu durumda imar barışı düzenlemesinin konusu sadece Yapı Kayıt Belgesine bağlanan sonuçlarla ilgilidir.

verilecek tapu senedi için esas teşkil ettiği belirtilmektedir. Tapu tahsis belgesine dayalı olarak tapu kaydı alınmasının bazı şartları bulunmaktadır. Bu şartların yerine getirilmemesi sebebiyle tapu kaydı verilmemesi hâlinde sadece bu belgeye dayalı olarak kullanılan taşınmazın, başvuruçunun elinden alınması ile alacaklı konuma gelindiğinden söz edilemez. Başvuruçucu, bu taşınmazla ilgili olarak Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında "mülk"ün varlığını iddia edemez." AİHM, 2. Daire, 26.04.2011, Anat ve Diğerleri – Türkiye Davası, Başvuru no:37899/04 (kazanci.com.tr)

³⁸ Danıştay 6. Daire, 21.10.2005, E. 2005/4971, K. 2003/7722. (kazanci.com.tr)

Kısaca ifade edilmelidir ki, 7143 sayılı Kanun, imar düzeninde kurulan istisna rejiminin somutlaşmış halidir. Af kanunları ile imar düzeninde açılan istisnalar ve hukuka aykırılıkların hukuk içine çekilmesi çabaları ise İmar Barışı düzenlemesinde görünüm değiştirmiştir. Bu düzenleme, Yapı Kayıt Belgesi başvurusu dışında ayrıca bir af başvuru yolu öngörmeyen, doğrudan mülkiyet hakkı yaratmayan, kentsel dönüşüm kararına dek kullanım hakkı tanıyan, hazine ve belediye taşınmazları üzerindeki yapı kayıt belgeleri açısından ise dolaylı yoldan mülkiyet hakkı kuran, istisnai, "geçici" bir aftır; fakat geçmiş örnekleri gibi bir imar affi değildir.

5. YAPI KAYIT BELGESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

Yapı Kayıt Belgesinin sonuçları, imar barışı düzenlemesinin amaç ve kapsamı ile doğrudan ilişkilidir. Çünkü bu sonuçlar, hem kentsel dönüşüm uygulamalarını kolaylaştırıcı nitelikte, hem de idarenin dönüşüm kararına dek yapı sahibinin yapıyı kullanabilmesine özgülenmiş sonuçlardır. Diğer yandan, kentsel dönüşümün finansal kaynağını yaratma amaçlandığından, Yapı Kayıt Belgesi başvuruları için öngörülen kayıt bedelinin toplanması da bu sonuçlar arasında sayılabilir.

Yapı Kayıt Belgesi, yapının kullanım amacına yönelik olduğundan, Yapı Kayıt Belgesinin en önemli sonucu yukarıda da ifade edildiği gibi, talep halinde ait oldukları abone grubu dikkate alınarak yapılara, "geçici olarak" su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilmesidir. Kanun'un lafzı da göstermektedir ki, idare su, elektrik ve doğalgaz bağlamak konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Yapı Kayıt Belgesi, af niteliği taşıdığından imar mevzuatına aykırı olan yapılara kullanım hakkının yanı sıra, bu yapılarla ilgili İmar Kanunu uyarınca daha önce alınan yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezalarının iptal edilmesini de sağlamaktadır. Yapı Kayıt Belgesi başvurusundan daha önce tespit edilerek, kamu düzenini bozduğu kayıt altına alınan yapılar için de Yapı Kayıt Belgesi verilmesi, yukarıda da ifade edildiği üzere, imar barışı düzenlemesinin barıştan ziyade bir af olduğunu bir kez daha ortaya koymaktadır. Bu af, aynı zamanda idarenin idari yaptırım kararlarını uygulamamasından doğan sorumluluğunu da ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenlemedir³⁹.

³⁹ "İmar düzeninin sağlanması amacıyla, başta yasalar olmak üzere, imar planları ve düzenleyici işlem ve kararlar ile kurallar konulmuş ve bu kuralların ihlali de çeşitli idari yaptırımlara tabi kılınmıştır. Ruhsat veya yapı kullanma izni verilmemesi, yıkım, idari para cezası uygulanması gibi yaptırımlar, imar düzeninin korunması veya bozulan düzenin yeniden kurulmasını sağlar." YASİN, Melikşah: "İmar Kanunu'nun 42. Maddesi: Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Yeni Düzenleme Hakkında Bir

Buna göre, kanun koyucu imar düzenini bozanlar hakkında verilen idari yaptırımları iptal ederek, bu yönden de af getirmiştir. Sonuç olarak, hukuka aykırı yapılara Yapı Kayıt Belgesi ile kullanım izni verilmesinin yanı sıra idari yaptırımlar yönünden de affedilmiştir.

İmar Kanunu'nun geçici 16. maddesinin 10. fıkrasının son cümlesi, Yapı Kayıt Belgesinin sonuçlarından en tartışmalıdır. Kanun koyucu, "Yapının depreme dayanıklılığı hususu malikin sorumluluğundadır." ifadesi Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların depreme dayanıklılığı ile ilgili olarak sorumluluğun yapı sahibine geçtiği izlenimi vermektedir. Buna karşın, Yapı Kayıt Belgesi alınan yapılarla ilgili idarenin mali sorumluluğu ve idarenin denetim yükümlülüğü ortadan kalkmadığından, Yapı Kayıt Belgesinin sorumlulukla ilgili olarak nasıl bir sonuç doğurduğu değerlendirilmelidir. İdare kamu düzenini sağlamak üzere kolluk yetkilerinin asli sahibidir ve bu yetkiler kapsamında idare sorumluluğunu özel kişilere devredemez⁴⁰. Diğer yandan Anayasa'nın 40, 125 ve 129. maddeleri de idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğunun idareye ait olduğunu düzenlerken, yalnızca kusur sorumluluğunu değil kusursuz sorumluluğunu da kapsayan asli bir sorumluluk tanımlamıştır⁴¹.

İdarenin sorumluluğu, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri olarak, idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğu sebebiyle neden olduğu zararları tazmin etmek yükümlülüğünü ifade eden idarenin mali sorumluluğudur. Buna göre idare, işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararlardan ve sosyal devlet ilkesinden kaynaklanan sosyal risk, tehlikeli faaliyetler gibi kimi istisnai durumlarda kusuru olmasa bile doğan zararlardan sorumlu kabul edilmektedir. İdarenin kamu gücü ayrıcalıkları kullandığı hallerde, kamu gücü ayrıcalıklarının idareye yüklediği yükümlülüklerden biri de idarenin mali sorumluluğunun olmasıdır.

Devletin afet riskine karşı alacağı tedbirleri almamasından kaynaklanan sorumluluğu "yapı kayıt belgesi sahibine", salt bu belge nedeniyle devredilemez. Diğer yandan bu hüküm, deprem nedeniyle doğan zararın hesaplanması için idarenin kusur oranında yapılacak hesaplamada bir indirim sebebi dahi olamaz. Eğer ki yapı sahibinin bir

Değerlendirme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 3-4, s. 377.

⁴⁰ DALKILIÇ, Elvin Evrim: "İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı", Ankara Barosu Dergisi, Y.71, S. 2013/2, s. 118; AYM, 26.06.2002; E. 2001/377- K. 2002/59 (kazanci.com.tr)

⁴¹ YAŞAR, Hasan Nuri: "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 66, S.1, s. 201-220.

kusuru bulunmuyorsa, sırf bu hükmün varlığı idarenin kusur oranının hesabında bir indirim olamayacağı gibi, zarar görenin kendi kusuru olarak da kabul edilemez. Sonuç olarak Yapı Kayıt Belgesi alan yapı sahibinin doğan zarardan bu belge nedeniyle kusurlu sayılması mümkün değildir.

Danıştay kararlarında depremden kaynaklanan zararlardan idarenin sorumluluğu konusu "kusur" şartı temelinde ele alınmıştır. Danıştay bir kararında, deprem nedeniyle yıkılan binalarda gerekli denetimin yapılmaması ve yıkım kararına rağmen idarenin yıkımı gerçekleştirmemesi nedeniyle hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğu olduğuna karar vermiştir⁴². Danıştay'ın depremin "öngörülemezliği" ve idarenin doğan zarardan kaynaklanan "kusuruna" odaklandığı 2008 tarihli kararının çalışmamızı da ilgilendiren kısmı ise şu şekildedir:

"Depremin, "önlenemez" ve "öngörülemez" olması nedeniyle zorlayıcı sebebin tipik bir örneğini oluşturduğu kuşkusuzdur. Zarar, münhasıran depremden kaynaklanmışsa idarenin sorumluluğundan söz etmeye hukuken olanak bulunmamakta ise de zararın zorlayıcı sebep dışında idare tarafından ağırlaştırıldığı yargı yerince saptanması durumunda zararın ağırlaşan, artan kısmı bakımından kusuru gözönünde tutularak idarenin tazminle sorumlu tutulması gerekmektedir. Örneğin, deprem bölgesi olarak saptanan bir alanda deprem mevzuatına uygun yapılaşma koşullarına aykırı olarak inşaat ruhsatı verilmesi, fay hattının yapılaşmaya açılması gibi durumlarda ilgili idarelerin deprem sonucu bir bölgedeki doğan zarardan kusurları oranında sorumlu tutulacağı tabiidir. Ancak, deprem sonucu bir bölgedeki binalarda oluşan tüm zararların idarenin tazmin sorumluluğu altında bulunduğundan söz edilemeyeceği de kuşkusuzdur.

Somut olayın irdelenmesine geçmeden önce, zarar görenin eyleminin zararın doğmasında başlıca etken olduğu hallerde idarenin sorumluluktan kurtulacağına da belirtilmesi zorunlu görülmüştür. [...]

Öte yandan, deprem sonucunda oluşan bireysel zararlardan dolayı davalı idareleri kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminle sorumlu tutmaya da hukuken olanak bulunmamaktadır. Zira, bireysel olmayan o bölgede yaşayan için genel nitelikte olan deprem gibi doğal afetlerden doğan zararlar ilgili mevzuatı çerçevesinde devletçe ödenmektedir."⁴³

⁴² Danıştay, 6. Dairesi, 23.05.2012, E. 2011/8609, K. 2012/2662.(kazanci.com.tr)

⁴³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 17.12.2009, E. 2008/11, K. 2009/3108. (kazanci.com.tr)

İdarenin depremden kaynaklanan zararlardan doğan sorumluluğunun, gelişen fen ve mühendisliğin depremle ilgili bilgi ve öngörülerini arttırdığı; İstanbul gibi şehrin tamamına yayılan deprem riskinin eşit olmasa bile tüm bölgelere dağıldığı kabul edilerek idarenin yapı ruhsatı vermek dışında, yapıların denetlenmesi, kontrolü ve güçlendirilmesi aşamalarında da görevli ve yetkili olduğunun gözönüne alınması gerektiği kanısındayız. Buna göre Danıştay'ın idarenin sorumluluğuna ilişkin yaklaşımına katılarak, sınırlı sayıda olmadığı anlaşılan örneklerin deprem sonrasında oluşan zararları arttırarak idarenin kusurunu ortaya koyduğu kabul edilmelidir. Diğer yandan, idarenin sorumluluğunun hesaplanmasında zarar görenin kusuru⁴⁴ oranında yapılacak indirim deprem söz konusu olduğunda da geçerli olmasına karşın, Yapı Kayıt Belgesi almanın yapı sahibi açısından kusur hesabında dikkate alınamayacağı açık olması gereklidir. Diğer yandan, deprem gerçeğinin yakın zamanlı bir tehdit oluşturmasına karşın Geçici 6. maddede, Yapı Kayıt Belgesi başvurularında yapıların depreme karşı dayanıklılığına dair idarenin bir denetim yapması öngörülmediği gibi, yapıların afet riski taşıyan bölgelerde olup olmadığına dahi denetlemesi şartı aranmadan tüm yapıların imar barışı düzenlemesinden yararlanması imkanı tanınarak, olası bir deprem sonunda doğacak zararlar ağırlaştırılmaktadır.

"Yapının depreme dayanıklılığı hususu malikin sorumluluğundadır." ifadesinin, olası anlamlarını belirlemeden önce son olarak, idarenin sorumluluğunun anonim bir sorumluluk olduğu ve kamu görevlisine dahi özgülenemeyecek bir asli sorumluluk olduğunun da vurgulanması gereklidir. Bundan dolayıdır ki idare, imar kamu düzenini sağlamak üzere kolluk yetkilerini özel kişilere ve yapı sahiplerine devredemeyeceği gibi sorumluluğunu da yapı sahibine veremez.

Sayılan gerekçelerle, söz konusu hükmün olası ilk yorumu, bunun yapı sahiplerini uyararak amacı taşıdığı ve "sorumluluğundadır" ifadesini sorumluluk hukuku kapsamında bir hukuki kavram olarak kullanılmadığıdır. Yapı sahibinin uyarılarak, yapının dayanıklılığı konusunda önlem almaya teşvik etmek dışında bir sonucu olmayacak bu hüküm diğer yönüyle Yapı Kayıt Belgesinin yapı sahibinin beyanı esas alınarak düzenlenmesi nedeniyle yapı sahibini idareyi yanlış bilgilendirmemesi için uyarı niteliği taşımaktadır. Yapının Yapı Kayıt Belgesi ile "hukuka uygun" hale gelmediği, bu yapılar hakkında yürütülecek kentsel dönüşüm çalışmaları esnasında Yapı Kayıt Belgesinin

⁴⁴ Gözler, s.1231.

yapının dayanıklılığı konusunda bilimsel ve hukuki bir dayanak olmayacağı açıktır.

6. SONUÇ

7143 sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 31 Aralık 2017 tarihinden önce yapılan ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılarla ilgili olarak 31.10.2018 tarihine kadar başvuru yapılması ve 31.12.2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilmesi hakkındadır. Bu belge bir imar affi olmamakla birlikte, imar mevzuatına aykırı yapılara, yenisi yapılmaya ya da kentsel dönüşüm kararı alınmaya dek kullanım hakkı verilerek zilyetliğinin belirlenmesi amacına hizmet etmektedir. Bu amaçla uyumlu olarak imar barışı düzenlemesinin amacı da Yapı Kayıt Belgesinden edinilen kayıt bedellerinin kentsel dönüşüm çalışmalarında kullanılması olarak gösterilmektedir. Sonuç olarak Yapı Kayıt Belgesinin en önemli amacı, kentsel dönüşüm çalışmalarına konu edilebilecek yapıların tespit edilerek kayıt altına alınmasıdır.

İdarenin deprem benzeri afetlere karşı önlem alması, denetim ve kontrollerde bulunması imar kamu düzeninin önemli bir bölümünü oluşturur. Bu nedenle de bu görevin asli sahibi olan idarenin bu yetkiyi özel kişilere ve yapı sahiplerine devretmesi mümkün değildir. İdarenin sorumluluğu anonim olup kamu görevlilerine ve kişilere özgülenemez. Bu nedendir ki, Yapı Kayıt Belgesi yoluyla yapıların denetim görevini yapı kayıtlarının tamamlanması sonrasında ertelenmesi idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Yapı Kayıt Belgesi sahipleri, yapıları ile ilgili olarak mülkiyet hakkı sahibi haline gelmedikleri gibi hazine ve belediye taşınmazlarındaki yapılar dışındaki taşınmazların mülkiyetini edinmeleri mümkün değildir. Yapı Kayıt Belgesi yapı kullanıcıları için su, elektrik vb gibi yapı kullanımı kolaylaştıran abonelikler için dayanak olarak kullanılabilmeyle birlikte, idare açısından bu aboneliklerin sağlanması zorunlu bir görev değildir. İmar barışı düzenlemesinde bu hususta idarenin takdir yetkisini gösteren ifadenin tercih edilmesi de bunu göstermektedir.

İmar Barışı düzenlemesinin geçici bir düzenleme olduğu, denetim, kontrol yükümlülüğünü yerine getirmeyen ya da eksik getiren idare üzerinde de etki göstermesinden anlaşılmaktadır. Özellikle de Yapı Kayıt Belgesinin kesinleşmiş idari para cezalarının ve yıkım kararlarının iptaline neden olması, yıkımı gereken binanın Yapı Kayıt Belgesi alması

nedeniyle yıkımına engel olmakla birlikte bu yapının zarara neden olması halinde idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

İmar Barışı düzenlemesinin en tartışmalı hususlarından biri, yapı kayıt belgesi verilen yapının depreme dayanıklılığının malikin sorumluluğunda olduğuna dair ifadedir. Kanun koyucu "sorumluluk" kavramıyla yapı sahiplerine dikkat ve özen yükümlülüklerini hatırlatmaya çalışmakta ve fakat kavramın hukuki sonuçlarını göz ardı ettiği tartışmalı bir düzenlemeye neden olmaktadır. Söz konusu düzenlemenin depremden kaynaklanan zararlarda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı ve kusurunun hesaplanmasında tek başına esas alınmasının mümkün olmadığı da vurgulanmalıdır.

KAYNAKLAR

- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- BAL YALÇIN, Burçak, "Hak Arama Özgürlüğü Önünde Bir Engel: Riskli Alan Kararlarına Karşı Dava Açma Süresi", Ankara Üniversitesi. Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, s. 2513-2552.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28-29 Mayıs 2009, Ankara, s. 452-455.
- ÇAL Sedat, Türk İdare Hukukunda Ruhsat, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- DALKILIÇ, Elvin Evrim "İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı", Ankara Barosu Dergisi, Y.71, S. 2013/2, s. 105-125.
- ERDOĞAN Murat; ÖMÜRGÖNÜLŞEN Uğur, "Yeminli Özel Teknik Bürolar: Gecekondu Sorunu, İmar Affı ve Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi Açılırlarından Bir Değerlendirme", Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2, Y.1989, s. 173-214.
- GİRİTLİ, İsmet; BİLGİN, Pertev; AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 1999.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003.
- GÜLAN, Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa, İstanbul, 1999.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 11.Baskı, Ankara, 2011.
- KABOĞLU, İbrahim "Yerleşme ve Konut Hakkı: Temel Özgürlük Sosyal Hak Birleşmesi", İnsan Hakları Yıllığı, 1996 Cilt 17 Sayı 1, s. 149-169.
- KELEŞ, Ruşen "Anayasa'da Kent ve Çevre Hakları", Mimarlık Dergisi, S. 368, Kasım-Aralık, Y.2012.
- KÖKTÜRK, Erdal "Türkiye'de 'Gecekondu ve İmar Affı' Üzerine Bir İnceleme", HKM Jeodezi Jeoinformasyon Arazi Yönetimi Dergisi, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Yayını, Sayı: 2003/89, Ankara, s. 49 - 67.

- ÖNGÖREN, Gürsel, Kentsel Dönüşüm Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları Yayın No: 5, 2013, İstanbul.
- ÖZKAYA ÖZLÜER, İlgin, "6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Alanlarda Riskli Olmayan Yapıların Durumu", Ankara Barosu Dergisi, Y.76, S. 2018/1, s.247-269.
- ŞAHİN, Ali Utku, "Afet Yönetimi Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Tesam Akademi Dergisi, Temmuz 2014, 1 (2), s. 7-30.
- TERCAN, Binali, "1948'den Bugüne İmar Afları", Mimarlık Dergisi, S. 403, Eylül-Ekim 2018, Y. 55, s.20-25.
- TORLAK, Evinç, Gecekondulaşmanın Gelişimi, İmar Afları ve İslah İmar Planları, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C.12, S.1, Ocak 2003, s. 64-73.
- ÜLGER, N. Enver; Baş, Eray Gülen, "Arazi Geliştiriminin Kuramsal Temelleri", İstanbul Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Yerbilimleri Dergisi, C.16, S.1, Y.2003, s.55-65.
- YASİN, Melikşah, "İmar Kanunu'nun 42. Maddesi: Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Yeni Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 3-4, s. 377-396.
- YAŞAR, Hasan Nuri "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 66, S.1, s. 201-220.

ADİ KONKORDATODA ALACAKLILAR KURULU

CREDITORS COMMITTEE ON THE ORDINARY CONCORDAT

DOI: 10.21492/inuhfd.469180

Levent BÖRÜ*

Özet

Konkordato talep eden borçlunun mahkeme tarafından kesin mühlet ile birlikte veya bu süre içerisinde alacaklıların içerisinde belirli bir sayıyı geçmemek kaydıyla kural olarak ihtiyari bazı durumlarda ise zorunlu olarak oluşturulan, konkordato komiserlerini denetlemek için veya ona tavsiyelerde bulunmak için atanan kontrol-danışma organına, alacaklılar kurulu adı verilir. Adi konkordatoda alacaklılar kurulu, 05.03.2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve yürürlüğe giren İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Kanununun 289, 290, 291, 292 maddelerinde ilk kez kurum olarak hükme bağlanmıştır. Bu hükümler ile alacaklıların yargılama üzerindeki konumları, iradeleri daha da güçlendirilmiştir. Bunun sebebi ise, alacaklıların konkordato gibi yeniden yapılandırmaya ilişkin prosedürlerin içerisinde sürekli yer almasının sağlanabilmesi durumunda, konkordato projesinin daha etkin ve hızlı sonuç verebilmesidir. Kurul konkordato projesinin revize edilmesinde veya projenin onaylanmasında merkezi bir rol üstlenmektedir. Özellikle geçmişteki tecrübeler göstermiştir ki, kesin mühlet aşamasında borçlunun geleceğine yön veren karar ortaya konulmalıdır. Bu karar, borçlunun mallarının tasfiyesine veya borçlarının tasfiyesine veyahut tamamen işletmenin devrine yönelik olmalıdır. Böylelikle, bütün ekonomik baskılara, zaman darlığına rağmen borçlunun malvarlığı en iyi şekilde değerlendirilebilmelidir. Eğer borçlunun işletmesi konkordato projesi sonucunda düzelebilecek durumda ise, alacaklılar alacağını tam ve eksiksiz olarak alabileceklerdir. Aksi durumda, özellikle iflâs tasfiyesi durumunda ihale yoluyla malvarlığının satılması söz konusu olacağı için ihale kuralları sebebiyle malvarlığı değerinin yarısına kadar satılması mümkün olabilecektir. Alacaklılar kurulu ile, alacaklıların, mahkeme, borçlu ve konkordato komiseri ile aralarındaki iletişiminin, bilgi akışının daha kolay sağlanması mümkün hale getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, alacaklılar kurulu, alacaklılar toplantısı, konkordato komiseri

Abstract

The creditors committee is a control-advisory body appointed to inspect or advise to the concordat commissioners, which are discretionary in principle but compulsory in some cases, composed upon or within a precise term set forth by the court after the

* Dr. Öğr. Üyesi., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. (E-Mail: leventboru@hacettepe.edu.tr), (Orcid 0000-0003-3043-3467)

Makale Gönderilme Tarihi: 10.10.2018

Submitted: 10.10.2018

Makale Kabul Tarihi:26.11.2018

Accepted: 26.11.2018

debtor's request of concordat. In accordance with the Code Amending Enforcement and Bankruptcy Code and Certain Codes published in the Official Gazette dated 05.03.2018, the board of directors has been established as the institution in articles 289, 290, 291, 292 of the Code for the first time. By means of these provisions, the position and the power of the creditors have been further strengthened. The reason behind this is that concordat project can produce more efficient and faster results if the creditors can be consistently involved in restructuring procedures such as concordat. The committee plays a central role in revising the concordat project or in approving the project. In particular, the past experiences have been demonstrated that the decision to shape the future of the debtor should be made in the precise term phase. This decision should be directed towards the liquidation of the property of the debtor or the liquidation of its debt or the devolution of the entity entirely. Thus, the property of the debtor should be assessed in the best possible way despite all economic pressures and the time constraints. If the debtor's entity can be recovered as a result of the concordat project, the creditors will be able to obtain their credits fully and completely. Otherwise, it may be possible to sell up to half of the asset value due to the public procurement rules, especially in the case of bankruptcy, since the sale of assets through the public procurement will be put into effect. By the creditors committee, it has been made possible to facilitate the flow of information and communication between the creditors and the court, the debtor and the concordat commissioners.

Keywords: Concordat, creditors' committee, meeting of creditors, composition agreement with assignment of assets

I. GİRİŞ

Konkordato¹, bir borçlunun proje² ile yaptığı teklifin Kanun'da (m.302) öngörülen nitelikli çoğunlukta alacaklıları tarafından kabul edilmesi ve yetkili makamca tasdik edilmesi sonucu, vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek teklifi doğrultusunda ve kendisine uygun koşullar çerçevesinde ödenmesini, yeniden yapılandırılmasını, mali durumunun düzeltilmesini veya iflâsa tabi bir kimse ise muhtemel bir iflâstan kurtulmayı sağlayan icra ve iflâs hukukuna ait iyileştirici bir kurumdur (imkândır) (m.285/1)³. Adi (genel) konkordatonun en karakteristik

¹“Konkordato, kelime anlamıyla sözleşme, anlaşma anlamına gelen ‘concordat’, ‘konkordat’; ‘concordato’ kelimesinin karşılığıdır.” YILMAZ, Ejder: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 1256.

² Konkordato projesi, konkordato teklifinde bulunan borçlunun borçlarını nasıl ödemek istediğini gösteren bir ödeme planıdır. MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku, C. II (CII), 6. B. , Ankara 2013, s. 1680.

³ Ayrıca konkordatonun tanımı ve hukuki niteliği için bkz ve karşı. HUNKELER, Daniel: Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, Freiburg 1996, s. 5 vd; KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C.IV (CIV), 3. B., İstanbul 1997, s. 3583 vd; TANRIVER, Süha: Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 3; TANRIVER, Süha/

özelliği, iflâsa tabi olsun veya olmasın, herhangi bir borçlunun alacaklıları ile yapmış olduğu konkordato olmasıdır⁴.

Adi konkordatoda alacaklılar kurulu ise Kanundaki düzenleme (m.289/4; m.290/son fıkra; m.292/3) de dikkate alındığında genel olarak şu şekilde tanımlanabilir: Konkordato talep eden borçlunun mahkeme tarafından kesin mühlet ile birlikte veya bu süre içerisinde alacaklıların (veya onların vekilleri) içerisinde belirli bir sayıyı geçmemek kaydıyla kural olarak ihtiyari bazı durumlarda ise zorunlu olarak oluşturulan, konkordato komiserlerini denetlemek için veya ona tavsiyelerde bulunmak için atanan kontrol-danışma organına verilen isimdir⁵.

Alacaklılar kurulu, ilk defa İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) 2003 yılında 4949 sayılı Kanun değişiklikleri ile hukuk sistemimize giren malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin hükümler (m.309/a) ile ortaya çıkarılmıştır. Daha sonra ise 15.03.2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve yürürlüğe giren İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Kanunda adi konkordatoda (veya borçların tasfiyesine yönelik diğer konkordato türlerinde) da alacaklılar kurulu kurum olarak hükme bağlanmıştır. Alacaklılar

DEYNEKLİ, Adnan: Konkordatonun tasdiki, Ankara 1996, s. 29; POSTACIOĞLU, İlhan E. Konkordato, İstanbul 1965, s. 12; KALE, Serdar: Sorularla Konkordato, İflas Dışı ve İflas İçin Adi Konkordato, İstanbul 2017, s. 2; ÖZTEK, Selçuk/ BUDAK, Ali Cem/ TUNÇ YÜCEL, Müjgan/ KALE, Serdar/ YEŞİLOVA, Bilgehan: Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2018, s. 106 vd; ALTAY, Sümer/ ESKİOCAK, Ali: Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. B., İstanbul 2018, s. 16 vd; PEKCANITEZ, Hakan/ ERDÖNMEZ, Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 4 vd; Aydemir, Efrail: Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, Ankara 2018, s. 15 vd.

⁴ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema: İcra ve İflas Hukuku, 3. B. , Ankara 2017, s. 542-543; ÜSTÜNDAĞ, Saim: İflâs Hukuku, İstanbul 2009, s. 230.

⁵ Bkz ve karşı. WYSS, Claudia: Kollektive Beteiligungsrechte der Gläubiger im Konkurs- und Nachlassverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Revision im Sanierungsrecht, Zürich 2013, s.110; SPRECHER, Thomas: Glaubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Zürich 2003, s. 3 vd; KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl. , Zürich 2018, s. 495; BORK, Reinhard: "Creditors' Committees: An Anglo-German Comparative Study", International Insolvency Review 2012, 21. 21. Vol., s. 127-141, s. 127 vd; OSTROW, Alec P.: "Surviving Life in the Chapter 11 Fishbowl", Chapter 11 Bankruptcy and Restructuring Strategies, Eagan 2008, s. 107-123, s. 118-119.

kurulunun adi konkordatoda da oluşturulabilecek olması adi konkordatoya ilişkin en önemli yeniliklerden birisidir⁶.

Son zamanlarda model aldığımız (ABD, İsviçre, Almanya gibi) ülkelerin yeniden yapılandırmaya ilişkin mevzuat değişikliklerine bakıldığında, gerek iflâs süreçlerinde gerek yeniden yapılandırma veya konkordato süreçlerinde alacaklıların sürece katkı ve etkide bulunma haklarının (doğrudan ve dolaylı kolektif alacak hakkı) artırıldığı gözlemlenmektedir⁷. Başka bir deyişle alacaklıların yargılama üzerindeki konumları, iradeleri daha da güçlendirilmektedir⁸. Bunun en güzel örneği ise alacaklılar toplantısının dışında bir de alacaklılar kurulunun ayrı bir organ olarak ortaya çıkarılmasıdır⁹. Alacaklıların bütününe içerisinde küçük bir azınlıkla kurul oluşturulmaktadır. Bunun sebebi ise, alacaklıların konkordato gibi yeniden yapılandırmaya ilişkin süreçlerin içerisinde sürekli yer almasının sağlanabilmesi durumunda, konkordato projesinin daha etkin ve hızlı sonuç verebilmesidir. Zira, bu süreç içerisinde konkordato talep eden borçlunun malvarlığının tasfiyesine mi yoksa yeniden yapılandırılıp borçlarının tasfiyesine mi karar verileceğine nihayetinde alacaklılar karar verecektir (m.306, 308). Eğer alacaklılar, konkordato talep eden borçlunun işletmesinin devamı ile konkordato

⁶ SARISÖZEN, M. Serhat: 7101 Sayılı Kanun Kapsamında İcra İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, Ankara 2018, s. 62.

⁷ Bkz WYSS, s. 1, 22-23 vd; KREN KOSTKIEWICZ, s. 481-482; BORK, Committee, s. 130; CHRIST, Benedict: “Was bringt eigentlich Chapter 11? Eine anerkannte Form der Unternehmenssanierung”, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 2004, s. 17-19, s. 17 vd; PAULUS, Christoph G./ KNECHT, Thomas C., Gerichtliche Sanierung, München 2018, s. 262.

⁸ GÖB, Alexander Marc/ SCHNIEDERS, Ferit / MÖNIG, Michael: Praxishandbuch Gläubigerausschuss, Einsetzung Aufgaben und Pflichten, München 2016, s. 5 vd.; Alacaklıları tamamen dışarıda bırakacak bir iyileştirme tedbiri hiç bir zaman alacaklılar tarafından destek görmez. (Bkz STAEHELIN, Daniel: Überblick über das neue Sanierungsrecht im Schweizerischen Schuldbetreibungs und Konkursrecht, makale çevirisi, Kavasoglu, Abdurrahman/Çon, Ömer, İsviçre İcra İflas Hukukunda Aciz Hukukunda Yapılan Yeniliklere İlişkin Değerlendirmeler, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, C. 8, s. 35-48, s. 38).

⁹ Türk hukuku doktrinindeki bir görüşe göre, aynı İsviçre hukukunda olduğu gibi olması gereken hukuk açısından alacaklılar toplantısından farklı olarak alacaklılar kategorilerinin temsilcilerinden bir alacaklılar kurulunun (bürosu) teşkil edilmesi gerektiği konusunda bkz Bkz TANRIVER, Süha: İflâs Dışı Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler (Güncel Sorunlar), Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- VIII, 9-10 Ekim 2009 Abant, Ankara 2010, s. 255-280, s. 276; TANRIVER, Süha: İflâs Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Arayışları (Temel Problemler), MİHBİR 13. Antalya Toplantısı- 09-10 Ekim 2015 Antalya, Ankara 2015, s. 247-268, s. 264.

projesinin hayata geçirilmesinin sonucunda, borçlunun iflâsına nazaran kendilerinin eline geçebilecek muhtemel miktardan fazla olacağına kanaat getirmeleri durumunda, iflâs yoluyla tasfiyeyi değil, bilakis konkordato yoluyla borçların tasfiyesi yolunu (m.305/1-a) tercih edeceklerdir¹⁰.

Çalışma konumuz adi konkordatoda alacaklılar kuruludur. Malvarlığının terki suretiyle konkordatodaki alacaklılar kurulu çalışma konumuzun dışında olmakla birlikte, inceleme konumuz ile karşılaştırma yapabilmek amacıyla, ilgili bazı kısımlarda malvarlığının terki suretiyle konkordatodaki alacaklılar kuruluna da çalışmamızda değinilecektir. Ayrıca, çalışmamıza ışık tutabilmesi amacıyla ilgili bazı kısımlarda özellikle İsviçre başta olmak üzere karşılaştırmalı hukuktan da faydalanılacaktır. Zira konkordato hükümleri açısından İsviçre İcra ve İflas Kanunu, Kanunumuzun mehzazını teşkil etmektedir. Hem ülkemiz hem İsviçre için ortak olan nokta ise, konkordatoya ilişkin Kanunda yer alan son değişikliklerin, özellikle inceleme konumuz olan konkordatoda alacaklılar kurulunu da kapsayacak şekilde, Amerika Birleşik Devletleri Eyalet İflâs Kanunu Bölüm 11- Yeniden Yapılandırmaya ilişkin hükümlerinden etkilenmiş olmasıdır¹¹.

II. GENEL OLARAK ADİ KONKORDATODA ALACAKLILAR KURULU

Adi konkordato, esas itibariyle yapılış zamanına göre iflâs dışı (adi) ve iflâs içi konkordato olmak üzere, tenzilât (yüzde), vade ve karma olarak değişik biçimlerde yapılabilir. Burada amaç, konkordato talep eden borçlunun borçlarının yeniden yapılandırılarak faaliyete geçirilmesidir. Dolayısıyla borçlunun işletmesinin devamı amaçlanıp, borçlunun mallarının tasfiyesi mümkün değildir¹². 05.03.2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve yürürlüğe giren İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Kanunun 289, 290, 291, 292 maddelerinde alacaklılar kurulu kurum olarak hükme

¹⁰ Bkz ve karşı. SCHULTHESS KOMMENTAR: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Herausgeber, Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Dominik, Vock, 4. Aufl., Zürich 2017, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 5; CHRIST, s. 17 vd; OEHRİ, Daniel: Der Sachwalter im Nachlassverfahren, Ein Diener zweier Herren, Zürich-Basel-Genf 2018, s. 201; WYSS, s. 24 vd; MUŞUL, Timuçin : İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. B. , Ankara 2017, s. 828.

¹¹ Bkz OEHRİ, s. 17-18, 107, 201, 106-108; BBI 2010, s. 6456; CHRIST, s. 17 vd; WYSS, 23; HUNKELER, s. 83 vd; STAEHELİN, s. 38; PAULUS/KNECHT/ BEİSSENHIRTZ, s. 461; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYVAZ, s. 566.

¹² PEKCANİTEZ, Hakan /ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 4. B. , İstanbul 2017, s. 461; MUŞUL, CII, s. 1704.

bağlanmıştır. Bu hükme göre asliye ticaret mahkemesince, kesin mühlet kararıyla beraber veya kesin mühlet içinde uygun bir zamanda alacaklıların içerisinde herhangi bir ücret takdir edilmemek ve tek sayıda olmak kaydıyla konkordato komiserinin faaliyetlerine nezaret etmek ve ona, mahkemeye tavsiyelerde bulunmak amacıyla alacaklılar kurulu oluşturulabilir. Konkordato Komiserinin Niteliklerine Ve Alacaklılar Kurulunun Zorunlu Olarak Oluşturulmasına Dair Yönetmelik (AKYön) m.11/2'e göre, en az üç alacaklı sınıfının bulunması kaydıyla, alacaklı sayısının iki yüz elliye veya alacak miktarının yüz milyon Türk Lirasını aşması halinde alacaklılar kurulunun oluşturulması zorunludur.

Alacaklılar kurulunun zorunlu olarak oluşturulacağı durumlar dışında ise, kurulun oluşturulup oluşturulmaması mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Mahkeme, konkordato talep eden borçlu ile alacaklılar (özellikle büyük sermayeli şirketler) arasındaki ilişkinin, uyumsuzluğun çözümünün zorluğunu ve karmaşıklığını göz önüne alarak kurulun oluşturulup oluşturulmamasına karar verecektir¹³. Özellikle, gerçek kişilerin konkordato taleplerinde alacaklıların sayısının azlığı, ilişkilerin şirketlere göre daha basit düzeyde olması bu kurulun oluşması ihtiyacını gerektirmeyebilir. Fakat konkordato prosedürü içinde yer alan sülhler arasındaki ilişkinin pratikte daha verimli ve kolay olmasını sağlayacağı için, alacaklılar kurulunun varlığı her zaman faydalı olacaktır¹⁴. Zira, konkordato süresince bütün alacaklılar ile tek tek müzakere edilip, ilişkiler kurulması zordur; buna karşın her alacaklı grubunu temsil eden alacaklılar kurulu ile müzakere edilip, ilişki kurulması ise her zaman daha kolaydır¹⁵.

Alacaklılar kurulu, Mevaz İsviçre İcra ve İflas Kanunu m.295a'da hükme bağlanmıştır. Söz konusu hüküm, Kanun'da 2010 tarihli konkordatoya ilişkin köklü değişiklik yapılan maddelerinde öncelikle yer almamıştı; fakat daha sonraki bir değişiklikle 21.06.2013 tarihinde alacaklılar kurulu Kanunda ek madde olarak düzenlenmiş ve bu ek madde de 1.01.2014 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla bu revizyon ile İsviçre'de de ilk kez adi konkordato da alacaklılar kurulu hükme

¹³ BBl 2010, s. 6484; OEHRI, s. 198; SPRECHER, s. 94.

¹⁴ Almanya'da alacaklılar kurulunun oluşturulması gerek yeniden yapılandırma gerek (iflâs) tasfiyelerinde oldukça popülerdir. Kesin bir istatistiksel sayı olmamakla birlikte, yeniden yapılandırma, iflâs süreçlerinde (tasfiye dahil) %15-20 oranında bu kurulun oluşturulduğu görülmektedir. Bkz BORK, Committee, s. 130.

¹⁵ EPSTEIN, David G. / NICKLES, Steve H.: Principles of Bankruptcy Law. 2. E., St. Paul 2017, s. 97.

bağlanmış olmuştur¹⁶. İsviçre’de alacaklılar kurulu, kesin mühlet ile birlikte veya kesin mühlet içerisinde ancak şartların gerektirmesi durumunda mahkemece oluşturulabilmektedir (SchKG art.295a/1)¹⁷. Dolayısıyla, konkordatoda alacaklılar kurulunun oluşturulması, mahkemenin takdirine bırakılmış, ihtiyari ve istisnaidir; zorunlu değildir¹⁸.

Kanunda açıkça öngörülmediği için gerek Türk hukukunda gerek İsviçre hukukunda geçici mühlette veya bu süreç içerisinde, geçici alacaklılar kurulu oluşturulamaz¹⁹. Bununla birlikte, Alman hukukunda mahkeme tarafından tedbiren Alman Aciz Kanunu (InsO & 22)’deki koşulların oluşması durumunda geçici alacaklılar kurulunun oluşturulması da mümkündür (InsO & 67; & 21/2 Nr 1a; & 22a, 56a). Bu şekilde daha aciz sürecinin başında alacaklılara hakları üzerinde (özellikle yeniden yapılandırmaya mı yoksa ivedilikle tasfiye sürecine mi girilmesi gerektiği yönünde veya borçlunun malvarlığına ilişkin mal ve hakların devrine mi) etkide bulunma hakkı tanınmıştır²⁰.

III. ADİ KONKORDATO DIŞINDA ALACAKLILAR KURULU

Alacaklılar kurulu, adi konkordato dışında iflâs tasfiyesinde veya malvarlığının terki suretiyle konkordatoda da söz konusu olabilmektedir. Hatta bu kurul ilk defa iflâs tasfiyesinde, daha sonra malvarlığının terki suretiyle konkordatoda ortaya çıkmıştır. İnceleme konusuyla bağlantılı

¹⁶ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 1; BASLER KOMMENTAR: Staehelin, Adrian/ Bauer, Thomas/Staehelin Daniel, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BASSKOMMERG, Yazar), 2. Aufl. , Basel 2017, Bauer, Art 295a Nr.1; BUDAK, Ali Cem / TUNÇ-YÜCEL, Müjgan: “İflas, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2015, C. 11, s. 21-38, s. 33.

¹⁷ İsviçre hukukunda da kural olarak alacaklılar kurulu mahkemece belirlenir; fakat kesin mühletin uzatılması durumunda alacaklılar toplantısında yeni bir alacaklılar kurulunun oluşturulması kararı da verilebilir (SchKG art 295b/3).

¹⁸ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 4; BASSKOMMERG, Bauer, Art 295a Nr.2.

¹⁹ BBI 2010, s. 6545, 6484; KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK-Orell Füssli Kommentar (OFK-SCHKG), Aufl. 19, Zürich 2016, art. 295a s. 676.

²⁰ Bkz MÜNCHENER KOMMENTAR: Insolvenzordnung && 1-79, Herausgegeben von Kirchof, Hans-Peter/ Eidenmüller, Horst/ Stürmer, Rolf, 3. Aufl. (MÜNCHKOMM, Yazar), München 2013, Schmid-Burgk, & 67 Rn 1-2; HEIDELBERGER KOMMENTAR: Insolvenzordnung, Herausgegeben von Kayser, Godehard/ Thole, Christoph, 9. Aufl. , Heidelberg 2018, Riedel, & 67 Nr. 2; GÖB/ SCHNIEDERS/ MÖNIG, s. 7-8.

olduğu ölçüde öncelikle iflâs tasfiyesinde, daha sonra malvarlığının terki suretiyle konkordatoda alacaklılar kurulu kısaca incelenecektir.

A. İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Kurulu

Kanunumuzun iflâsın tasfiyesine yönelik hükümlerinde alacaklılar kurulu hükme bağlanmamıştır. Halbuki, İİK mehozını teşkil eden İsviçre İİK'nun iflâsın tasfiyesine ilişkin hükümlerinde alacaklılar kurulu düzenlenmiştir (SchKG art.237). Başka bir deyişle, İsviçre İİK kabul edilirken, Kanunumuz'da iflâsta alacaklılar kurulunun varlığı gerekli görülmemiştir²¹.

İflâs tasfiyesinin organlarından birisi olan alacaklılar kurulu, alacaklılar toplantısı²² ile iflâs idaresi arasında bir koordinasyon, iletişim bağı görevi görmektedir²³. Dolayısıyla, alacaklılar kurulu sadece adi tasfiye yolunda ortaya çıkmakta ve basit tasfiyede ise ortaya çıkmamaktadır²⁴. Bununla birlikte her iki yolda da bu kurulun oluşturulması zorunlu değildir²⁵. İsviçre hukukunda iflâs tasfiyesinin bir organı olarak görev yapan alacaklılar kurulu, birinci alacaklılar toplantısı tarafından belirlenen bir ihtiyari organdır (SchKG art.237,III). Ayrıca alacaklılar isterse, alacaklılar toplantısında bu kurulun oluşturulmasının kararını da alabilirler (SchKG art.237,III). Bu kurul aslında iflas idaresi karşısında alacaklıların menfaatlerini korumak üzere tayin edilir²⁶. Zira iflâs tasfiyelerinde alacaklıların toplanması kural olarak iki kez söz konusu olur ve bunun dışında alacaklıların toplanmasının her zaman icra edilmesi de zordur. Bu sebeple uygulamada çoğu zaman iflâs idaresi ile alacaklılar arasındaki koordinasyon, iletişim sağlanamamakta ve tasfiye de başarılı olamamaktadır²⁷. Hâlbuki alacaklıların toplamının içerisinde

²¹ Alacaklılar kurulunun neden İcra ve İflâs Kanunu'na alınmadığı konusunda ise doktrinde yapılan çalışmalarda yeterli bir açıklama getirilmemiştir Bkz DELİDUMAN, Seyithan: İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Ankara 2002, s. 159 vd.

²² Alacaklılar toplanması, alacaklıları temsil etmediği gibi, müflisin de temsilcisi değildir. Alacaklılar toplanmasının tüzel kişiliği olmayıp hak ve fill ehliyeti yoktur. Alacaklılar toplanması özel bir iflâs organıdır. ERDÖNMEZ, Güray: İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri, İstanbul 2005, s. 25-26.

²³ SPRECHER, s. 142; GEHLER, Karl: Der Gläubigerausschuss im Konkurs- und Nachlassvertragsverfahren, Freiburg 1999, s. 9, 59; BASLER KOMMENTAR: Herausgeber, Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG (BASSKOMM, Yazar), 2. Aufl., Basel 2010, Russenberger, art.237, Nr. 24.

²⁴ WYSS, s. 111.

²⁵ AMONN, Kurt/ WALTHER, Fridolin: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, s. 416; GEHLER, s. 8.

²⁶ MOOR, Ernst: Die Gläubigerversammlung im Konkurs, Basel 1992, s. 19.

²⁷ SPRECHER, s. 131 vd; DELİDUMAN, s. 159.

sınırlı sayıda oluşturulan ve devamlı bir organ olan alacaklılar kurulu ile iflâs idaresi sürekli olarak denetim ve gözetim altında tutulabilecektir. Ayrıca bu kurulun iflâs idaresine tasfiye konusunda yardımcı olmasıyla daha etkin ve hızlı bir tasfiye de mümkün olabilecektir²⁸.

Kanaatimizce uygulamada iflâs tasfiyesine ilişkin ortaya çıkan aksaklıkların giderilebilmesi ve iflas tasfiyesinin daha etkin ve hızlı bir şekilde sağlanabilmesi için alacaklılar kurulunun Kanunumuzun iflâs tasfiyesine ilişkin hükümlerinde de yer alması yerinde olacaktır.

B. Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Alacaklılar Kurulu

Mahkeme içi konkordato düzenleniş şekline göre, adi konkordato ve malvarlığının terki suretiyle konkordato olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²⁹. Malvarlığının terki suretiyle konkordato ile alacaklılara, borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmek veya bu malların tamamını ya da bir kısmını üçüncü kişiye devretmek yetkisi verilir (m.309/a-1). Başka bir deyişle, bu tür konkordatoda borçlu, malvarlığının üzerindeki tasarruf yetkisini alacaklılara terk ederek bu malvarlığının onlar tarafından tasfiye edilmesini ister³⁰. Alacaklıların belirli bir çoğunluğunca kabul edilen konkordato tasdik edilince, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi alacaklılara geçer ve alacaklılar bu yetkilerini seçecekleri tasfiye memurları ile kullanırlar. Tasfiye memurları ise, konkordato talep eden borçlunun malvarlığını en uygun şekilde tasfiye ederek elde edilen parayı alacaklılara paylaşır³¹. Dikkat edilirse bu tür konkordatoda, adi konkordatoda olduğu gibi, alacaklılara belirli bir miktar para ödeme taahhüt edilmez; aksine alacaklılara borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmek veya bu malların tamamını ya da bir kısmını üçüncü kişiye devretmek yetkisi verilir. Malvarlığının terki suretiyle konkordato, yukarıda belirtilen adi konkordato türleri ile birlikte karma şekilde de yapılabilir³².

²⁸ Doktrindeki bir görüşe göre, iflâs idaresinin alacaklıların dışındaki kimselerden de görevlendirilebilmesi gözönüne alındığında alacaklılar kuruluna iflâs tasfiyesinde de ihtiyaç duyulmaktadır Bkz DELİDUMAN, s. 159.

²⁹ Doktrinde konkordato, farklı ölçütler esas alınarak farklı şekillerde çeşitlendirilebilmektedir. Bkz ULUKAPI, Ömer: Konkordatonun Feshi, Konya 1998, s. 21; TANRIVER/DEYNEKLİ, s. 44; KALE, s. 2-3.

³⁰ ERCAN, İbrahim: İcra ve İflas Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2008, s. 102.

³¹ ERCAN, s. 102.

³² PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 461.

Malvarlığının terki suretiyle konkordato kurumu İsviçre İİK'da 1949 yılında hükme bağlanmıştır ve 01.02.1950'den itibaren de yürürlüktedir. Bu tür konkordatoda tasfiye memurları ve alacaklılar kurulu olmak üzere iki tane tasfiye organı öngörülmüştür. Her iki organ da borçlunun malvarlığının tasfiye edilmesinde görevlidir. İsviçre'de ilk kez bu tür konkordatoda alacaklılar kurulu zorunlu bir organ olarak düzenlenmiştir (SchKG art.318/3; art.317/2)³³. Ayrıca, bunun yanında bu konkordatoda alacaklılar toplantısı ve asliye ticaret mahkemesi diğer organlar olarak ortaya çıkmaktadır.

2003 yılında 4949 sayılı Kanun değişiklikleri ile hukukumuzda giren malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin hükümler Kanunumuzun 309/a vd maddelerinde düzenlenmiştir. Alacaklılar kurulu bu tür konkordatoda Kanunumuzun 309/a, 309/ç, 309j maddelerinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, 309/ç maddesinde, alacaklılar kurulunun konkordato tasfiye memurlarını nezaret ve denetleme yetkisine sahip olduğu, konkordato tasfiye memurlarının malvarlığının paraya çevrilmesine ilişkin kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla alacaklılarca seçilen alacaklılar kurulu, konkordato tasfiye memurlarının işlemlerini nezaret ve denetimiyle görevlidir. Bu şekilde, kurul, alacaklıların menfaatini korumakla yükümlüdür ve alacaklılara karşı sorumludur³⁴. İsviçre hukukunda olduğu gibi bizim hukukumuzda da bu tür konkordatoda alacaklılar kurulu zorunlu bir organ olarak öngörülmüştür (m.309a/2; 309b/2).

IV. ALACAKLILAR KURULUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kanun, alacaklılar kurulunun hukuki niteliği konusunda açıkça bir düzenleme yapmamıştır; sadece kurulun oluşumunu ve görevlerini belirtmiştir. Fakat, kurulun hukuki niteliğinin belirlenmesi, özellikle kanunda düzenlenmeyen durumlar için önem arz edecektir; örneğin, kurul üyelerinin hukuki sorumluluğu hakkında kanunda açıkça bir düzenleme söz konusu değildir.

Kurulun hukuki niteliğinin belirlenmesi noktasında ise, özellikle İsviçre başta olmak üzere yabancı doktrindeki görüşlerin gözönünde bulundurulmasında fayda vardır. Fakat, bizim hukukumuzdan farklı olarak, yabancı (özellikle İsviçre) hukuklarda iflâsta da alacaklılar kurulu bulunduğundan, alacaklılar kurulunun hukuki niteliği konkordatodaki

³³ SPRECHER, s. 262.

³⁴ ERDÖNMEZ, Güray: "Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Alacaklılar Kurulunun Görev ve Yetkileri" (Kurul), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/1, s. 199-222, s. 201.

alacaklılar kuruluna göre öncelikle tartışma konusu olmuştur³⁵. Dolayısıyla, iflâstaki alacaklılar kurulunun hukuki niteliğinin belirlenmesine ilişkin tartışmaların, konkordatodaki alacaklılar kurulu için de niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabileceğini belirtebiliriz. Buna göre, doktrinde alacaklılar kurulunun hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür:

Birinci görüşe göre³⁶, alacaklılar kurulu, alacaklılar toplantısınca vekâlet verilen (görevlendirilen) bir temsilcidir. Bu görüşe göre, alacaklılar kurulu alacaklılar toplantısında alacaklıların kendi aralarında belirleyeceği kimselerden oluşacağı için, alacaklılar kurulu ile alacaklılar toplantısı arasında özel hukuk anlamında bir vekâlet ilişkisi doğar.

İkinci bir görüşe³⁷ göre, alacaklılar kurulu, azaltılmış sürekli bir alacaklılar toplantısıdır; çünkü alacaklılar kurulu, alacaklılar toplantısına göre yargılama boyunca dinamiktir, fakat birbiriyle aynı görevleri üstlenmişlerdir.

Diğer bir görüşe göre³⁸ ise, alacaklılar kurulu, mahkeme tarafından atanan yargısal bir organdır ve bu sebeple bu kurul kamusal bir işleve sahiptir. Bu görüşe göre, alacaklılar kurulu, alacaklıların temsilcisi olarak değil, kamusal bir fonksiyona sahip olarak mahkemeye hizmet eder.

Bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe³⁹ göre ise, alacaklılar kurulu alacaklıların temsilcisi değildir; çünkü alacaklılar kurulu, sadece alacaklıların değil, aynı zamanda borçlunun ve diğer ilgililerin de yararlarını korumak zorundadır. Kurul, kendine özgü bağımsız bir organ olarak değerlendirilmelidir. Fakat kurulun bir tüzel kişiliği yoktur.

Alacaklılar kurulu üyeleri, gerçekten de mahkemece atanır. Kurul, konkordato komiserinin faaliyetlerini denetler, komisere tavsiyelerde bulunabilir ve kanunun öngördüğü hallerde mahkemeye görüş bildirir. Komiserin değiştirilmesini mahkemeden talep edebilir (m.289/4). Kesin

³⁵ Bkz GEHLER, s. 34 vd.

³⁶ Bkz FIORI, Silvio: Die Gläubigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht, Zürich 1905, s. 38.

³⁷ EGLI, Albert: Die Einwirkung des Gläubigerelements auf die Organisation und Durchführung des Konkursverfahrens nach erfolgter Konkurseröffnung im schweizerischen Recht, Zürich 1942, s. 58; aynı görüşte olan MOOR, s. 18.

³⁸ MOSER, Stefanie/ STÖCKLI, Kurt: Die Gläubigerausschuss im Nachlassliquidationsverfahren, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 2002, s. 97-100, s. 99; ayrıca bkz BGE 96 III 105.

³⁹ WYSS, s. 111 vd; GEHLER, s. 42; SPRECHER, s. 29-30; BORK, Comitee, s. 136; HEIDELBERGKOMM, Riedel & 67 Nr. 1; DELİDUMAN, s. 163; ERCAN, s. 275; ERDÖNMEZ, Kurul s. 135.

mühletin kaldırılmasını gerektiren durumlarda alacaklılar kurulu duruşmaya davet edilir (m.289/5). Dolayısıyla konkordatoda alacaklılar kurulu, asliye ticaret mahkemesinin denetimi altındadır. Bütün bu sebeplerden dolayı, alacaklılar kurulu kamusal bir fonksiyona sahiptir ve yargının bir organı olarak da görev yapmaktadır. Ancak, alacaklılar kurulunun icra ve iflâs dairesi gibi resmi bir statüsü yoktur. Bütün bu açıklamalar dikkate alındığında alacaklılar kurulunun, kendine özgü veya atipik bağımsız bir organ olduğu sonucuna varabiliriz.

V. ALACAKLILAR KURULUNUN AMACI

Kanun ile alacaklılar kurulunun ortaya konulma amacı, öncelikle yargılamada alacaklıların konumunun güçlendirilmek istenmesidir⁴⁰. Alacaklılar kurulu ile, alacaklıların, mahkeme, borçlu ve konkordato komiseri ile aralarındaki iletişimin, bilgi akışının daha kolay sağlanması mümkün hale getirilmiştir. Özellikle kesin mühletle birlikte alacaklılar kurulunun oluşturulması sonucu, kurula, alacaklıların bütünün doğrudan veya dolaylı olarak alacak haklarının düzenlenmesine etkiye bulunma hakkı tanınmıştır⁴¹. Aksi takdirde, yani kurulun tayin edilmemesi durumunda, alacaklılar toplantısına kadar alacaklıların hakları üzerinde etkisi söz konusu olamayacaktır. Zira unutmamak gerekir ki, kesin mühletle veya kesin mühletin uzatılması kararı ile birlikte alacaklıların alacaklarını elde etme hakkı bir süre daha ertelenmektedir⁴².

Özellikle geçmişteki tecrübeler göstermiştir ki, kesin mühlet aşamasında borçlunun geleceğine yön veren karar ortaya konulmalıdır. Bu karar, borçlunun mallarının tasfiyesine veya borçlarının tasfiyesine veyahut tamamen işletmenin devrine yönelik olmalıdır. Böylelikle, bütün ekonomik baskılara, zaman darlığına rağmen borçlunun malvarlığı en iyi şekilde değerlendirilebilmelidir⁴³. Eğer borçlunun işletmesi konkordato projesi sonucunda düzelebilecek durumda ise, alacaklılar alacağını tam ve eksiksiz olarak alabileceklerdir. Aksi durumda, özellikle iflâs tasfiyesi durumunda ihale yoluyla malvarlığının satılması söz konusu olacağı için ihale kuralları sebebiyle malvarlığı değerinin yarısına kadar satılması mümkün olabilecektir (bkz m.115, 129, 242, 243).

Kurul, konkordato projesinin revize edilmesinde veya projenin onaylanmasında merkezi bir rol üstlenmektedir⁴⁴. Alacaklılar toplantısında

⁴⁰ GÖB/SCHNIEDERS/MÖNNING, s. 5.

⁴¹ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art.295a Nr. 2; WYSS, s. 3-4.

⁴² BASSKOMMERG, Bauer, Art.295a Nr.2.

⁴³ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 2.

⁴⁴ Bkz ve karşı. OEHRİ, s. 201; PAULUS/KNECHT/WIMMER-AMEND/GERLOFF, s. 255; TABB, Charles Jordan: The Law of Bankruptcy, 3. E., St. Paul 2014, s. 86, 1040.

konkordato projesinin kabulüne yönelik gerekli çoğunluğun sağlanabilmesi (m.302) için de ayrıca alacaklıların desteği gerekmektedir. Eğer borçlunun işletmesi konkordato projesi ile de düzelebilecek durumda değilse, biran önce borçlunun malvarlığı daha fazla değer kaybı söz konusu olmadan satılması gerekmektedir (m.305/1-a). Bunun gerçekleştirilebilmesi için ise borçlunun ve alacaklıların mutlaka birlikte bir ekip olarak çalışmalarını gerekmektedir⁴⁵. İşte bu sebeple, mahkeme kesin mühletin kaldırılmasına karar vermeden önce borçluyu, konkordato talep eden alacaklıyı ve alacaklılar kurulunu duruşmaya davet ederek, onları dinlemesi gerekecektir (m.219/son fıkra). Bu konuda Kanun, alacaklılar kurulunu, mahkemeye görüş bildirmekle yükümlü kılmıştır (m.290/7 ve m.291/son fıkra). Mahkemenin her bir alacaklıyı dinlemesi oldukça zor olacağı için, kurul dışındaki alacaklıların duruşmaya davet edilmesi, dinlenmesi mahkemenin takdirine bırakılmıştır (m.291/son fıkra).

Alacaklılar kurulunun oluşturulmasının diğer bir amacı ise, konkordato komiseri, mahkeme ve kurul arasında bir koordinasyon ve denge kurulmasının sağlanmasıdır⁴⁶. Kurul, konkordato komiserinin faaliyetlerini denetleyebilir ve gerektiğinde de konkordato komiserine tavsiyelerde bulunabilir (m.290/son fıkra ilk cümle). Dikkat edilirse, kurula, mahkeme ile birlikte konkordato komiserini denetleme yetkisi verilmiştir. Zira, konkordato komiserinin de alacaklılar kurulunu konkordatonun seyri hakkında düzenli olarak bilgilendirme yükümlülüğü vardır. Ayrıca, alacaklılar kurulu, komiserin faaliyetlerini yeterli bulmazsa, mahkemeden komiserin değiştirilmesini isteyebilir (m.290/son fıkra). Bu şekilde kurulun gözetimi ile konkordato komiserinin haklarını kötüye kullanma ihtimali ortadan kalkar⁴⁷.

Mahkemenin ve komiserin izni ile yapılan ve kurulun da olumlu görüş beyan ettiği konkordato süresince yapılan hukuki işlemlere (m.297/2) karşı ileride alacaklılar tarafından zarar verme kastına dayalı tasarrufun iptali davası (m.280) açılmayacaktır⁴⁸.

⁴⁵ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 2.

⁴⁶ ALTAY/ESKİOCAK, s. 38.

⁴⁷ WYSS, s. 113.

⁴⁸ İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda buna ilişkin açık bir hüküm vardır: Mahkemece veya alacaklılar kurulunca onaylanan konkordato süresince yapılmış hukuki işlemler zarar verme kastıyla tasarrufun iptali davasına konu yapılamaz (SchKG art. 285/3); ayrıca bkz BASSKOMMERG, Bauer, Art 295a Nr.10.; İİK m.331'e göre, konkordato mühleti talebinden sonraki iki yıl içinde alacaklılarını zarara sokmak maksadıyla mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkaran borçlu alacaklının şikayeti üzerine icra

Kurulun varlığı ile bir yandan borçluların işlemleri denetlenirken, bir yandan da alacaklıların hakları konkordatoda temsil edilmektedir⁴⁹ ve konkordato süresince yapılan işlemlerin şeffaflığı sağlanmaktadır⁵⁰. Bu durum Amerikan hukukunda, alacaklılar kurulunun temel fonksiyonu olarak nitelendirilmekte ve şu özdeyişle açıklanmaktadır: “*Davana göz kulak ol ve sesini çıkar*” “*to keep an eye on the case and make noise*”⁵¹.

VI. ALACAKLILAR KURULUNUN, ALACAKLILAR TOPLANTISI, KONKORDATO KOMİSERİ VE BORÇLU İLE İLİŞKİSİ

A. Alacaklılar Kurulu ile Alacaklılar Toplantısı Arasındaki İlişki

Alacaklılar kurulunun, alacaklılar toplantısından ayırt edilmesi gerekir. Bu iki kurumun amaçları, işlevleri ve hukuki nitelikleri birbirinden farklıdır⁵². Alacaklılar kurulu, alacaklılar toplantısından farklı kararlar alabilen veya yetkileri olan, birbirine göre astlık-üstlük ilişkisi olmayan, ayrı ve bağımsız bir organ olarak değerlendirilmelidir⁵³. Yani alacaklılar kurulu, alacaklılar toplantısının asla bir icra organı olarak değerlendirilmemelidir⁵⁴.

Alacaklılar toplantısı, adi (iflâs dışı) konkordatoda İİK m.301-302’lerinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, alacaklı olduğunu iddia eden her alacaklının, komiser tarafından yapılan ilan ile (m.301) bildirilen yer, gün ve saatte toplanmasına, konkordatoda alacaklılar toplantısı adı verilir (m.302). Konkordato komiseri alacaklılar toplantısına başkanlık eder ve borçlunun durumu hakkında bir rapor verir. Borçlu da gerekli açıklamaları yapmak üzere toplantıda hazır bulunmaya mecburdur (m.302/I-II). Alacaklılar toplantısının asıl amacı, konkordato projesinin kabul edilip edilmemesine yöneliktir. Yani, alacaklılar toplantısında, borçlunun mali durumu ve konkordato süreci irdelenerek, borçlunun konkordato teklifi görüşülür ve alacaklıların proje hakkında karar vermeleri sağlanır⁵⁵. Buna

mahkemesince 6 aydan 3 yıla kadar cezalandırılır. Kanaatimizce, alacaklılar kurulunun oluşturulmasından itibaren kurulun onay verdiği işlemler için bu hükmün uygulama kapsamı da daralacaktır.

⁴⁹ TABB, s. 86; STAEHELIN, s. 43.

⁵⁰ BORK, Committee, s. 141.

⁵¹ FERRIÉLL, Jeffrey T. / JANGER, Edward J.: Understanding Bankruptcy, 3. E., New Providence/San Francisco 2013, s. 638.

⁵² WYSS, s. 113; GÖB/SCHNIEDERS/MÖNİG, s. 30.

⁵³ GÖB/SCHNIEDERS/MÖNİG, s. 30; WYSS, s. 112 vd.

⁵⁴ GÖB/SCHNIEDERS/MÖNİG, s. 30.

⁵⁵ YILDIRIM, Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflâs Hukuku, 6. B. , İstanbul 2015, s. 516; TANRIVER, Temel Problemler, s. 264.

göre, konkordato projesinin kabulü için iki çeşit çoğunluk birlikte aranır: Kaydedilmiş olan alacaklıları ve alacakların yarısını aşan bir çoğunluğun aranması gerekir. Diğer durum ise, kaydedilmiş olan alacaklıların dörtte birini ve alacakların üçte ikisini aşan bir çoğunluğun olması gerekir (m.302).

İflâs içi (iflâstan sonra) konkordato ise, iflâs dışı konkordatoda olduğu gibi ne alacaklılar kurulunun oluşturulmasına ne alacaklılar toplantısının yapılmasına ihtiyaç vardır; çünkü iflâsta ikinci alacaklılar toplantısı söz konusu olduğu için, iflâsına hükmedilmiş bir borçlu konkordato talep ederse, iflâs idaresi görüşüyle beraber ikinci alacaklılar toplantısında veya daha sonra müzakere edilmek üzere alacaklılara bu talebi bildirir ve karara bağlanır (m309/1).

Alacaklılar kurulunun üye sayısı belirlidir. Adi konkordatoda bu sayı yedi iken, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda bu sayı beştir. Halbuki alacaklılar toplantısında, alacaklıların sayısında belirleme yapılması ilk etapta mümkün değildir. Zira, alacaklıların sayısı her konkordato sürecindeki somut olaya göre farklılık arz etmektedir⁵⁶.

Sonuç olarak, alacaklılar toplantısı, konkordato projesinin kabul edilip edilmemesi amacıyla bütün alacaklıların bir araya geldiği süreklilik arz etmeyen statik bir organdır. Buna karşın, alacaklılar kurulu ise mahkemece, kesin mühlet kararıyla birlikte yedi alacaklıyı geçmemek üzere alacaklıların içerisinde alacak ve alacakların çeşitliliği dikkate alınarak kural olarak ihtiyari bazı durumlarda ise zorunlu olarak oluşturulan, her ay en az bir kere toplanması gereken süreklilik arz eden dinamik bir organdır. Alacaklılar kurulu ile, alacaklıların, konkordato komiseri veya mahkeme ile arasında iletişiminin sağlanması amaçlanmıştır. Bu kurul, komiserin faaliyetlerine nezaret eder; komisere tavsiyelerde bulunabilir ve kanunun öngördüğü hallerde mahkemeye görüş bildirir (AKYön. m.12/1).

B. Alacaklılar Kurulu ile Konkordato Komiseri Arasındaki İlişki

Alacaklılar kurulunun konkordato komiseri ile arasındaki ilişkisinin tespit edilmesi gerekir. Kurulun, komiserden ayrı ve bağımsız bir varlığı söz konusudur ve her iki kurumun işlevi ve hukuki niteliği birbirinden farklıdır. Doktrinde konkordato komiserinin, konkordato prosedürü içinde görev yapan bir resmi (kamu) görevlisi olduğu veya resmi organ olduğu

⁵⁶ WYSS, s. 125-126; SPRECHER, s. 97.

kabul edilmektedir⁵⁷. Her iki kurumun birbirine göre astlık-üstlük ilişkisi yoktur. Her iki kurum ile de konkordato projesinin hayata geçirilmesine sağlanır.

Alacaklılar kurulu oluşturulurken, komiserin görüşünün alınması zorunludur (m.289/4); çünkü, komiser borçlunun alacaklı ile arasındaki ilişkiyi en iyi şekilde bilebilecek konumda olan kişidir⁵⁸.

Kurul ile komiser arasında sürekli bir iletişimin olması gerekmektedir. Nitekim, komiser, alacaklılar kurulunu konkordatonun seyri hakkında düzenli olarak bilgilendirmekle yükümlüdür (m.290/1-e). Fakat, komiserin konkordatonun seyri ile ilgili olarak alacaklıların her birini düzenli olarak bilgilendirme yükümlülüğü yoktur; çünkü alacaklıların tek tek bilgilendirilmesi artık kurulun görevi içerisinde.

Alacaklılar kurulu, aşağıda ayrıntılı görüleceği üzere, komiserin faaliyetlerini denetler ve ona tavsiyelerde bulunabilir (m.290/son fıkra). Fakat, kurul, komisere emir veya talimat veremez; komiserin konkordatoya ilişkin işlemleri ile ilgili şikayetler, asliye ticaret mahkemesince karara bağlanır (m.290/4). Kurul, komiserin faaliyetlerini yeterli bulmazsa, mahkemedan komiserin değiştirilmesini isteyebilir (m.290/son fıkra).

Kurulun, komiserin faaliyetlerini denetlemesi ve ona tavsiyelerde bulunması, komiser ile yapacakları toplantılar yoluyla yerine getirilir. Şöyle ki, alacaklılar kurulu her ay en az bir kere toplanır ve hazır bulunanların oy çokluğuyla karar alır. Alacaklılar kurulunun aylık olağan toplantıları komiser tarafından belirlenerek bildirilen gün ve yerde yapılır (m.289/IV; AKYön. m.13/1,3).

C. Alacaklılar Kurulu ile Borçlu Arasındaki İlişki

Alacaklılar kurulu ile konkordota talep eden borçlu arasında kural olarak doğrudan karşılıklı bir ilişki söz konusu değildir; birbirleri ile görüş alışverişinde bulunamazlar. Kurulun doğrudan muhatabı borçlu değil, konkordato komiseridir⁵⁹. Borçlunun muhatabı ise kurul değil, konkordato

⁵⁷ Bir görüşe göre, konkordato komiseri resmi bir icra organıdır; yoksa memur değildir (KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı (İcra), Ankara 2017, s. 508; KURU, CIV, s. 3667; KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (El Kitabı), B.2, Ankara 2013, s. 1468). ; Diğer bir görüşe göre ise, konkordato işlemlerini yapmakla görevli resmi bir organdır. (ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 546).; Bir başka görüşe göre ise komiser bir kamu görevlisidir (TANRIVER, s. 26, 124 vd). ; Konkordato komiserinin hukuki niteliği konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz TANRIVER, s. 109 vd.

⁵⁸ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art.295a Nr 8.

⁵⁹ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art.295a Nr 14.

komiseridir. Borçlu ile kurul arasındaki ilişki ise komiserin aracılığıyla yerine getirilmektedir.

Kurulun mahkemece oluşturulması sırasında Kanunda borçlunun da görüşünün alınacağına ilişkin bir hüküm olmamasına karşın, kurul üyelerinin atanmasından önce borçlunun da mahkemece dinlenmesi yerinde olacaktır⁶⁰.

Borçlu, konkordato mühleti içinde tasarruf yetkisini kaybetmiyorsa da, faaliyetini komiserin denetimi altında yapabilmektedir (m.290/2-b). Ayrıca, mühlet kararı verilirken ve mühlet içinde mahkeme, bazı işlemlerin geçerli olmak üzere komiserin izni ile yapılmasına da karar verebilir (m.297/1). Yine İİK m.297/2’de belirtilen işlemleri borçlu mahkemenin izni dışında yapamaz. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır (m.297/2).

Alacaklılar kurulu, komiserin başkanlığında her ay en az bir kere toplanır (m.289/IV; AKYön m.13/1,3). Söz konusu toplantılara, komiserin de izin vermesiyle borçlunun da katılmasına engel yoktur. Hatta borçlunun bu toplantılara katılması konkordato prosedürünün sağlıklı bir şekilde ilerleyebilmesi açısından da faydalı olacaktır.

VII. ALACAKLILAR KURULUNUN OLUŞUMU

A. Genel Olarak

Konkordato geçici mühleti içerisinde olan borçlu için konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun mahkemece anlaşılması durumunda geçici mühletten kesin mühlet aşamasına geçilmesine karar verilir (m.289/1-3). Kesin mühlet kararıyla beraber veya kesin mühlet içinde uygun görülecek bir zamanda mahkemece alacaklılar kurulu oluşturulabilir (m.289/4; AKYön. m.10). Eğer en az üç alacaklı sınıfı bulunması kaydıyla, alacaklı sayısının iki yüz elliye veya alacak miktarının yüz milyon Türk Lirasını aşması halinde alacaklılar kurulunun oluşturulması zorunludur (m. 289/4; AKYön. m.11/2).

Alacaklılar kurulu, konkordato talep eden borçlunun alacaklılarının içerisinden somut olayın değerlendirilmesine göre mahkemece oluşturulur. Bu durumda komiserin yapacağı ilan üzerine alacaklıların alacaklarını bildirmelerinden itibaren de kurul oluşturulabilir⁶¹. Şöyle ki, alacaklılar, komiser tarafından yapılacak ilanla⁶², ilan tarihinden itibaren

⁶⁰ BASSKOMMERG, Bauer, Art 295a Nr.7.

⁶¹ AYDEMİR, s. 37.

⁶² İİK m.299 ve AKYön m.11’e göre, ilanın İİK m.288/2’e uygun bir şekilde yapılması gerekir.

onbeş gün içinde alacaklarını bildirmeye davet olunur (m.299). Komiser, borçluyu iddia olunan alacaklar hakkında açıklamada bulunmaya davet ederek ve alacakların gerçekten var olup olmadığını borçlunun defterleri ve belgeleri üzerinde gerekli incelemelerde bulunarak rapor hazırlar (m.300/1). Burada ayrıca komiser, alacaklılar toplantısına katılabilecek alacaklıları da tespit etmiş olacaktır (m.300-302)⁶³. İşte bu sebeple olacak ki, mahkeme, alacaklılar kurulunu oluştururken komiserin de görüşünü almak zorundadır (m.289/5; AKYön. m.10). Zira, bu noktada komiser, konkordato talep eden borçlu ile alacaklılar arasındaki ilişkiyi en iyi bilebilecek konumdur⁶⁴.

Mahkeme, kurul üyelerini komiserin de görüşünü alarak kendiliğinden atayabilir. Fakat alacaklılardan herhangi birinin veya alacaklıların grup olarak (tek tek alacaklılar ayrı ayrı belirtilerek) kurulun oluşturulmasına yönelik mahkemeye dilekçe vermelerine de engel yoktur. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri Eyalet İflâs Kanunu'na baktığımızda menfaati olan tarafların alacaklılar kurulunun oluşturulmasını mahkemeden talep edebilecekleri hükme bağlanmıştır (Chapter 11-Section 1102 a-2). Konkordato komiseri de kurulun oluşturulmasını talep edebilir (m.289/4). Böylelikle mahkeme hem kurulun oluşturulmasını hem kurul üyelerinin kimlerden oluşması gerektiğini birlikte değerlendirir.

Borçlu da mahkemeden alacaklılar kurulunun oluşturulmasını talep edebilir; hatta borçlunun böyle bir talebi olmasa dahi her halükarda kurul üyelerinin belirlenmesi aşamasında onun mahkemece ve komiserce dinlenmesi sürecin olumlu yönde ilerleyebilmesi bakımından faydalı olacaktır⁶⁵. Böyle bir durumda, borçlunun alacaklılar hakkındaki beyanının alınmasından sonra kurul oluşturulabilir⁶⁶. Burada hemen şunu belirtmek isteriz ki alacaklılar kurulunun zorunlu olarak oluşturulması gereken durumlarda, mahkeme herhangi bir talebi beklemeksizin komiserin görüşünü de alarak alacaklılar kurulunu derhal oluşturması gerekir.

Sonuç olarak, alacaklılar toplantısının bütününe oluşturan alacaklıların niceliğine ve niteliğine ilişkin önceden bir tespit

⁶³ İlanda, alacaklarını bildirmeyen alacakların bilançoda kayıtlı olmadıkça konkordato projesinin müzakerelerine kabul edilmeyecekleri ihtar da yazılır (m.299). ; Ancak bilançoda kayıtlı alacakların gerçeğe uygun olması gerekir. Alacağın gerçekliğinden kuşku duyulması durumunda uzman kişiye inceleme yaptırılması da mümkündür. Bkz AYDEMİR, s. 56.

⁶⁴ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art.295a Nr 8.

⁶⁵ BASSKOMMERG, Bauer, Art.295a Nr.7.

⁶⁶ AYDEMİR, s. 37.

yapılamazken; bunun aksine alacaklılar kurulu üyelerinin niceliği ve niteliği konusunda bir tespit yapılması gerekecektir⁶⁷.

B. Kurulun Üye Sayısı

İİK'nın 289. ve AKYön'ün 10. maddelerinde alacaklılar kurulunun sayısı hakkında düzenlemede bulunulmuştur. Buna göre, mahkemece, kesin mühlet kararıyla beraber veya kesin mühlet içinde uygun bir zamanda 7 *alacaklıyı* geçmemek ve tek sayıda olmak kaydıyla bir *alacaklılar kurulu* oluşturulabilir. Ayrıca alacaklılar kurulu oluşturulurken konkordato komiserinin de görüşü alınabilir. Ayrıca tek bir kurul olmak zorundadır. Dolayısıyla birden fazla kurul oluşturulamaz.

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda Kanunda alacaklılar kurulu üyelerinin sayısı hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık İİK Yönetmeliği'nde, tasfiye memurlarının sayısında olduğu gibi, alacaklılar kurulunun sayısı açıkça düzenlenmiştir (İİKY m.106). Buna göre, alacaklılar kurulunun sayısının beş kişiyi geçmemesi gerekir. Dolayısıyla, kurulun üye sayısı bir ile beş arasında olması gerekir.

Kanaatimizce, her iki tür konkordatoda da kurul üye sayısı konusunda paralel bir düzenlemenin yapılması yerinde olurdu. Bununla birlikte kanun veya yönetmelik ile alacaklılar kurulu üye sayısının tespit edilip edilemeyeceği konusu doktrinde ayrıca tartışma konusu olmuştur.

Ercan⁶⁸, kanun ve yönetmelik ile, alacaklılar kurulu üyelerinin sayısı konusunda bağlayıcı bir sayının getirilmemesi gerektiği düşüncesindedir; çünkü, ona göre konkordato talep eden borçlunun işletmesinin büyüklüğüne göre alacaklılar kurulu üyelerinin sayısının belirlenmesinin tespiti daha uygun olur. Ayrıca, yazar bu görüşüne dayanak olarak İsviçre'deki düzenlemeyi örnek göstermiştir.

İsviçre'deki mevzuata bakıldığında ise gerçekten gerek adi konkordatoda (SchKG art.295a) gerek malvarlığının terki suretiyle konkordatoda (SchKG art.320) alacaklılar kurulunun sayısı hakkında bir tespit yapılmadığını görmekteyiz. Alacaklılar kurulunun üye sayısı konusunda mahkemenin takdir yetkisi vardır. Doktrinde⁶⁹, kurulun üye sayısının mahkemece borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkinin niteliğine, alacaklı sayısına ve işletmenin büyüklüğüne göre takdir edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Alacaklılar kurulu, bir kurul olduğu için en az üç kişiden

⁶⁷ WYSS, s. 125-126; SPRECHER, s. 97.

⁶⁸ ERCAN, s. 271-272.

⁶⁹ OEHRİ, s. 198; WYSS, s. 305; BASSKOMMERG, Bauer, Art 295a Nr.5.

oluşması gerekir⁷⁰; fakat bu sayı beşin üzerinde de olabilir. Uygulamada kurul genellikle 3-7 arasında bir sayıdan oluşturulmaktadır. Mahkeme, özellikle kurulun abartılı bir sayının üzerinde oluşturulmamasına dikkat etmesi gerekir. Aksi takdirde kurulun üye sayısının fazla abartılması durumunda, kurulun çalışma usulünde aksamalar söz konusu olabilir; örneğin toplanmasında güçlükler, karar almada sürecin uzaması gibi.

Amerika Birleşik Devletleri Federal İflas Kanunu'na baktığımızda ise, Türk-İsviçre sisteminden farklı olarak alacaklılar kurulunun, tek bir kuruldun oluşturulması gerekmemektedir ve birden fazla da kurul oluşturulabilir (Chapter 11-Section 1102). Dolayısıyla somut olaya göre her bir kurulun üye sayısı da farklılık arz edebilmektedir. Doktrinde⁷¹ kurulun üye sayısının üç ila 11 arasında oluşturulabildiği; fakat bunun idealinin yedi olduğu belirtilmiştir.

C. Kurul Üyelerinin Niteliği

Mahkeme, alacaklılar kurulunu oluştururken alacaklıların farklı sınıflardan temsilcilerinin olmasına dikkat etmesi gerekir. Bu şekilde farklı alacak sınıflarından kurulun oluşturulması durumunda kurulun kendi içinde birbirlerini denetleme ve dengeleme sistemi de kurulmuş olacaktır⁷².

İsviçre'de alacaklılar kurulunda kimlerin yer alabileceğine ilişkin Kanunla bir düzenleme getirilmemesine karşın⁷³, gerekçede⁷⁴ ve doktrinde⁷⁵ şunlar örnek olarak gösterilmiştir: işçiler, sosyal sigorta kurumları, emekli sandıkları, bankalar, dağıtıcı distribütörler, hizmet sektöründekiler ve ödünç veren alacaklılar gibi. Bu alacaklıların içerisinde özellikle somut olaya göre en fazla alacak oranına sahip olan

⁷⁰ Bir görüşe göre, alacaklılar kurulu tek bir alacaklıdan da oluşturulabilir; bu görüşe göre kurulun tek kişi olarak çalışması heyet olarak çalışmasına göre daha avantajlıdır. Bkz SPRECHER, s. 94-95; Alman hukukunda ise Kanunda (InsO) açıkça kurulun kaç kişiden oluşturulacağına ilişkin hüküm olmamasına karşın, Alman Federal Temyiz Mahkemesi, alacaklılar kurulunun en az iki kişiden oluşturulabileceğine karar vermiştir. Bkz BGH ZIP 2009, s. 727 (www.beck-online.beck.de), (E.T.: 20.08.2018).

⁷¹ FERRIELL/JANGER, s. 637; EPSTEIN/NICKLES, s. 97; TABB, s. 86 vd.

⁷² WYSS, s. 126; GEHLER, s. 24.

⁷³ Kanun koyucu burada bilinçli olarak kanunda kimlerin alacaklılar kurulunda yer alabileceğine ilişkin düzenleme getirmemiştir; çünkü, mahkeme somut olayın özelliklerine göre kurulda kimlerin yer alması gerektiğine karar vermelidir. SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr 10.

⁷⁴ BBl 2010, s. 6484.

⁷⁵ OEHLER, s. 198; SPRECHER, s. 97 vd.

veya alacaklıların sayısının fazla olduğu (işçiler gibi) grupların öncelikle kurulda yer almasına dikkat edilmesi gerekir⁷⁶.

Amerika’da ise, alacaklılar kurulunun, birden fazla oluşturulabileceğini belirtmiştik. Buna göre, Kanunda bu kurullardan birinin mahkemece oluşturulması durumunda, kurulun en büyük yedi alacak iddiasına sahip kimselerden oluşturulması gerekir (Chapter 11-Section 1102 b-1). Bunun dışında bazı durumlarda mahkemenin tayin ettiği “*kayyim*” “*trustee*” da alacaklılar kurulunu oluşturabilir (Chapter 11-Section 1102 a-1). Buna göre, talebe göre mahkeme veya kayyim ek alacaklılar kurullarını, farklı sınıflandırmaların temsiline yönelik (örneğin, hisse sahibi alacaklılara yönelik, committees of equity security holders; committees of creditors holding secured claims gibi) de oluşturabileceklerdir (bkz Chapter 11-Section 1102 a-1-2)⁷⁷.

İİK m.289/4’e göre, alacak sayısı, alacak miktarı ve alacakların çeşitliliği dikkate alınarak alacaklılar kurulunun zorunlu olarak oluşturulacağı durumlar yönetmeliğe bırakılmıştır. Buna göre, alacaklılar kurulunun ihtiyari olarak oluşturulacağı durumlarda, alacakları, hukuki nitelik itibarıyla birbirinden farklı olan alacaklı sınıfları ve varsa rehinli alacaklılar, alacaklılar kurulunda hakkaniyete uygun şekilde temsil edilir. (AKYön. m.10). Alacaklılar kurulunun zorunlu olarak oluşturulacağı durumlarda ise, hukuki nitelikleri büyük ölçüde birbirine benzer alacaklar, aynı alacaklı sınıfında yer alır. Rehinli alacaklılar, rehinin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları bakımından ayrı bir sınıf olarak kabul edilir (AKYön. m.11/1).

Genellikle alacaklılar kurulu oluşturulurken alacağı güvence altına alınmış alacaklılar ve alacağı güvence altına alınmamış alacaklılar olmak üzere iki sınıflandırma üzerinde durulur ve bu iki sınıfın temsilcilerinin de kurulda yer almaları sağlanır⁷⁸. Dolayısıyla Türk hukukunda rehinli alacaklılar ve adi alacaklılar olmak üzere iki alacaklı kategorisi kabul edilmiş; hem zorunlu hem ihtiyari alacaklılar kurulunun içerisinde de mutlaka rehinli alacaklıların temsil edilmesi zorunlu kılınmıştır. Bu bakımdan Türk hukukunda öncelikle rehinli alacaklılar lehine bir sistemin ortaya konulduğu düşünülebilir⁷⁹. Bununla birlikte, alacaklılar kurulunun

⁷⁶ BASSKOMMERG, Bauer, Art 295a Nr.5.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz TABB, s. 86 ve s. 1052; KENNETH, Klee N. / SHAFFER, John K.: “Creditors’ Committee under Chapter 11 of the Bankruptcy Code”, South Carolina Law Review 44, 1993, s. 995-1016, s. 1027 vd.

⁷⁸ Bkz BORK, Committee, s. 132.

⁷⁹ Bkz PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 80.

varlığı aslında adi alacaklılar için daha da önem arz etmektedir; zira rehinli alacaklıların alacakları zaten güvence altına alınmışken, adi alacaklıların alacaklıları ise güvence altında değildir. Konkordato talep eden borçlunun mali durumunun daha da kötüleşmesi ve iflâsı durumunda öncelikle rehinli alacaklıların alacakları karşılanacaktır⁸⁰. Sonuç itibariyle ise, kurulda kimin hangi oranda temsil edileceği hususunun tamamen mahkemenin takdirine bırakıldığını söyleyebiliriz⁸¹.

Doktrinde, alacaklılar kurulunun üyelerinin tüzel kişiler arasından seçilip seçilemeyeceği konusu tartışmalı olmasına rağmen, bizim de katıldığımız doktrindeki hakim görüşe göre, kurul üyeleri tüzel kişilerin arasından da seçilebilir⁸². Alacaklılar kurulunun üyelerinin sadece gerçek veya tüzel kişilerden oluşup oluşamayacağına ilişkin Kanun ve Yönetmelikte bir açıklık yoktur. Dolayısıyla alacaklılar kurulunun üyeleri tüzel kişilerin arasından da seçilebilir ve tüzel kişiler temsilcileri vasıtasıyla alacaklılar kurulunda yer alabilirler. Zira konkordato talep eden borçlunun büyük bir işletmesi olduğu varsayıldığında alacaklıların da genellikle tüzel kişilerden olması beklenir. Örneğin, bankalar ve finans kuruluşları genellikle büyük pay sahibi alacaklılar veya rehinli alacaklıların bunun içinde düşünülmesi muhtemeldir. Bu tür tüzel kişilerin kurulun dışında bırakılması konkordato sürecinin olumlu yönde ilerleyebilmesi için yerinde olmaz⁸³.

Kurul üyelerinin mutlaka konkordato talep eden alacaklıların içerisinden seçilmesi zorunludur (m.299, 300; AKYön. m.10). Kurul üyeleri kendilerini temsil edebilmeleri amacıyla bir avukata da vekâlet vermelerine bir engel bulunmamaktadır.

Alman Aciz Kanunu'na (Inso & 67/3) göre, alacaklılar kurulunun üyeleri, salt alacaklıların içerisinden oluşturulmasına gerek yoktur; kurula alacaklı olmayan birisi de atanabilir. Uygulamada genelde bu tür kurullara hukukçuların veya maliyecilerin atandığı görülmektedir. Özellikle önemli

⁸⁰ KENNETH/SHAFFER, s. 997.

⁸¹ BUDAK/ TUNÇ- YÜCEL, Konkordato Şerhi, m.289, No. 22.

⁸² Bkz ve karşı. WYSS, s. 28, 124; GEHLER, s. 20; BASSKOMM, Russenberger, art.237 Nr.33; MÜNCHKOMM, Schmid-Burgk, & 67 Nr 17; HEGMANN, Ekkehard: Der Gläubigerausschuss, Eine Untersuchung zum Selbstverwaltungsrecht der Gläubiger im Konkurs, Köln 1986, s. 110 vd; SPRECHER, s. 75 vd; GÖB/SCHNIEDERS/MÖNIG, s. 198; ayrıca kurulun, tüzel kişilerden de oluşturulabileceğine ilişkin Alman Federal Temyiz Mahkemesi kararı için bkz BGH NJW 1994, s. 453. (www.beck-online.beck.de), (E.T.: 20.08.2018); Amerikan hukukunda da alacaklılar komitesinin üyelerinin tüzel kişilerden seçilebileceğine ilişkin bkz KLEE/SHAFFER, s. 1006 vd.

⁸³ WYSS, s. 125; SPRECHER, s. 77-78.

alacak gruplarından olan bankaların bu konuda merkez tarafından yetkilendirilen hukukçuları ve maliyecileri birlikte görevlendirildiği gözlemlenmektedir⁸⁴.

Alacaklılar kurulu üyelerinin, konkordatonun işleyişinin sürdürülebilmesi konusunda en iyi donanıma sahip uzmanlardan seçilmesi yerinde olacaktır. Nitekim kurulun etkin ve verimli bir şekilde çalışabilmesi için, kurul üyelerinin tecrübeli ve profesyonel olmaları gerekmektedir⁸⁵. Örneğin alanında uzmanlaşmış icra-iflas hukuku, bankacılık, kıymetli evrak, konkordatoya tabi işletmenin konusuna ilişkin bilgi sahibi olan alacaklılardan oluşturulması faydalı olacaktır⁸⁶.

VIII. ALACAKLILAR KURULUNUN GÖREV VE YETKİLERİ

İİK m.290/6 ve AKYön m.12'ye göre, kurulun görevi şu şekilde ifade edilmiştir: Alacaklılar kurulu, komiserin faaliyetlerine nezaret eder; komisere tavsiyelerde bulunabilir ve kanunun öngördüğü hâllerde mahkemeye görüş bildirir. Kurul üyelerine bu görev ve yetkilerini yerine getirdikleri için herhangi bir ücret ödenmez (m.289/4)⁸⁷. Mahkeme bu talep hakkında borçluyu ve komiseri dinledikten sonra kesin olarak kararını verir. Buna göre kurulun iki temel hususta görevi olduğunu görüyoruz: 1- Komiseri denetleme. 2- Komisere tavsiyede bulunma. 3- Mahkemeye görüş bildirme.

1-Komiseri Denetleme: Kurulun en temel görevi, komiserin işlemlerini konkordato süresince denetlemektir. Kurul, icrai nitelikte bir organ değil, bilakis denetleyici bir organdır. Bu sebeple kurulun konkordato prosedürünün yönetilmesine ilişkin icrai nitelikteki işlemleri yapmaya yetkisi yoktur⁸⁸.

Kurulun doğrudan borçlu ile görüş alışverişi yapması yasaktır. Kurulun muhatabı kural olarak komiserdir. Kurulun komiserin işlemlerini denetleme yetkisi olmasına rağmen, komiserin işlemlerini düzeltme veya iptal etme gibi bir yetkisi yoktur. Başka bir deyişle, kurul, komiserin işlemlerine karşı ne itiraz ne şikayet merciidir⁸⁹. Komiserin konkordatoya

⁸⁴ Bkz BORK, Committee, s.132.

⁸⁵ BORK, Committee, s.131.

⁸⁶ Bkz TABB, s. 1052; OEHRİ, s. 108

⁸⁷ Bork'a göre, kurul üyelerine genellikle tatmin edici bir ücret ödenmemektedir ve bu durum onların görevlerini şevkle ve daha cesurca yerine getirmelerini engelleyebilmektedir. Bu sebeple kurul üyelerine tatmin edici bir şekilde ücret ödenmesi gerekir. (Bkz BORK, Committee, s.141).

⁸⁸ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 14.

⁸⁹ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 14.

karşı işlemleri ile ilgili şikayetler, asliye ticaret mahkemesi tarafından kesin olarak karara bağlanır (m.290/3). Dolayısıyla mahkemenin verdiği kararlara karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz.

Kurulun denetleme şekli, yolu ve kapsamı somut konkordato prosedürüne göre değişkenlik arz edebilir. Özellikle konkordato talep eden borçlunun büyük işletmeye sahip olması durumunda kesin mühlet aşaması daha zor ve karmaşık duruma gelir; bu ise kurulun denetlemesi gereken işlemlerin daha kapsamlı ve yorucu olmasına sebep olur⁹⁰.

2-Komisere Tavsiyede Bulunma: Kurul, komisere sadece tavsiyelerde bulunabilirler. Yoksa kurulun komisere emredici nitelikte talimat verme veya komiserin kararlarını uygulamama gibi hakkı da bulunmamaktadır⁹¹. Fakat bununla birlikte kurulun tavsiyeleri özellikle konkordato prosedürünün sağlıklı ilerleyebilmesi bakımından çok önemlidir. Özellikle kesin mühlet aşamasında, kurulun tavsiyeleri ile borçlunun gerçekten konkordato projesi ile borçlarından kurtulup kurtulamayacağına yön verilebilir veya projenin revize edilmesi sağlanabilir. Eğer borçlunun söz konusu proje ile borçlarından kurtulması mümkün değilse, biran önce tasfiye aşamasına geçilebilir veya işletmenin bazı kısımlarının devri düşünülebilir⁹². Zira borçlunun iflâsına geç karar verilmesi durumunda borçlunun malvarlığının değeri azalabilecek ve alacaklılar alacaklarını tam olarak alamama riskini üzerine almış olacaktırlar⁹³.

3-Mahkemeye Görüş Bildirme: Kurul, Kanunun öngördüğü durumlarda, mahkemeye görüşünü de bildirmesi gerekecektir (m.290/7). Bu durumda kurulun mahkemeye görüşünü bildirmesi bir yükümlülük olacaktır. Örneğin, asliye ticaret mahkemesi kesin mühletin kaldırılmasına karar vermeden önce alacaklılar kurulunu duruşmaya davet ederek görüşünü sorması gerekmektedir (m. 291/2). Yine, mahkeme kesin mühlet içinde konkordato talebinin reddi ile iflâsın açılmasına karar vermeden önce kurulu duruşmaya davet ederek dinlemesi gerekecektir (m.292/2).

Borçlu, mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi hâlde yapılan işlemler hükümsüzdür. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce alacaklılar kurulunun görüşünü

⁹⁰ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 15.

⁹¹ BASSKOMMERG, Bauer, Art 295a Nr.10.

⁹² SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 17.

⁹³ PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 82.

almak zorundadır (m.297/2). Buna göre, mahkeme doktrin tarafından yasak işlemler⁹⁴ adı altında yapılabilecek işlemler için alacaklılar kurulunun görüşünün alınmasını zorunlu kılmıştır.

İsviçre hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, alacaklılar kurulu mahkemenin yerine söz konusu yasak işlemlerin borçlu tarafından yapılmasına doğrudan izin de verebilme hakkına sahiptir (SchKG art.295a/3; art.298/2)⁹⁵.

Kurul, belirtilen bu görevlerini, komiser ile yapacakları toplantılar yoluyla yerine getirecektir. Şöyle ki, alacaklılar kurulu her ay en az bir kere toplanır ve hazır bulunanların oy çokluğuyla karar alır. Alacaklılar kurulunun aylık olağan toplantıları komiser tarafından belirlenerek bildirilen gün ve yerde yapılır. Komiser bu toplantıda hazır bulunarak alınan kararları toplantıya katılanların imzasını almak suretiyle tutanağa bağlar (m.289/IV; AKYön. m.13/1,3). Alacaklılar kurulu ayrıca üyelerinin salt çoğunluğunun talebi üzerine her zaman toplanabilir. Bu halde, yapılacak toplantıların komisere bildirilmesi ise zorunludur (AKYön. m.13/2). Aylık düzenli toplantıların dışında bazı önem arz eden sorunların çözümü veya cevaplanabilmesi amacıyla kurulun, komiser ile e-mail, fax, whatsapp, telekonferans aracılığıyla da iletişime geçebilmesi mümkündür⁹⁶. Fakat mevzuat ile paralellik arz edebilmesi amacıyla söz konusu görüşmelerin daha sonra yazılı hale getirilerek imzalanmasında yarar vardır. Nitekim, kurul üyelerine toplantılara katıldıkları için masraf veya ücret ödenemeyeceği için, şehir dışında olan bazı üyelerin bu şekilde katılımı daha da olanaklı hale getirilebilir.

Kurul üyeleri, kendi aralarında bir başkan seçebilirler ve bunun gerçekleştirilebilmesi ise komiserin onayına tabi değildir⁹⁷; fakat komiserin bu konuda görüşünün alınmasında yarar vardır. Komiser ile kurul arasında koordinasyonun daha kolay sağlanabilmesi açısından, kurul üyelerinin kendi aralarında bir başkan belirlemesi yararlı olacaktır.

Son olarak, alacaklılar kuruluna yukarıda belirtilen görevlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi amacıyla önemli bir yetki verilmiştir. Kurul, komiserin faaliyetlerini yeterli bulmazsa, mahkemeden komiserin değiştirilmesini gerekçeli bir raporla isteyebilecektir. Kurulun bu kararı en az salt çoğunlukla alınması gerekmektedir. Mahkeme bu talep hakkında

⁹⁴ POSTACIOĞLU, s. 65; TANRIVER, s. 75.

⁹⁵ Kurul, bu konuda kesin kararı verir ve bu konuda karar verilmesi için mahkemeye başvuramaz. Kurulun kararı, mahkemeye ancak şikayet yolu ile götürülüp, iptal edilebilir. BASSKOMMERG, Bauer, Art 295a Nr.11.

⁹⁶ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 16.

⁹⁷ BORK, Committee, s. 136.

borçluyu ve komiseri dinledikten sonra kesin olarak karar verecektir (m.290/son fıkra). Mahkemenin bu kararı kesin olacağı için bu karara karşı kanun yoluna gidilemeyecektir⁹⁸.

IX. ALACAKLILAR KURULUNUN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Kurul üyelerinin konkordato süreci içerisindeki hukuki sorumluluklarının belirlenebilecek olması önemlidir. Zira, kurul üyelerinin görevlerini ve yetkilerini tam ve cesur bir şekilde yerine getirebilmeleri için, bu üyelerin kişisel olarak sorumluluklarının kapsamının da önceden belirlenebilmesi gerekir⁹⁹. İİK ve AKYön'de kurul üyelerinin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

İsviçre hukukunda da alacaklılar kurulunun hukuki sorumluluğuna ilişkin açık bir hüküm yoktur. Bunun aksine Alman Aciz Kanunu'nda (InsO) ise alacaklılar kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, kurul üyeleri kusurlu olarak bir başka alacaklıya zarar vermeleri durumunda bu zararı karşılamakla yükümlüdürler (InsO & 71). Bu hükümle zarara uğrayan alacaklı, herhangi bir sözleşmesel ilişkiye veya diğer borç ilişkilerine (örneğin haksız fiile) dayanmaksızın doğrudan kanuna dayanan bir tazminat hakkına sahip olacaktır¹⁰⁰.

Alacaklılar kurulu asliye ticaret mahkemesince atanır (m.289/IV). Kurulun göreve başlaması, alacaklılar toplanmasının seçimine ilişkin kararının asliye ticaret mahkemesi tarafından onaylanmasına bağlıdır (m.309/a, IIc.3). Dolayısıyla kurul, asliye ticaret mahkemesinin denetimi altındadır ve kamusal bir fonksiyona sahiptir. Ayrıca, kurulun yargının bir organı olarak görev yaptığını da söyleyebiliriz. Ancak kurulun bu kadar fazla yetkileri olmasına rağmen, alacaklılar kurulunun icra ve iflâs dairesi gibi resmi bir statüsü yoktur; çünkü, alacaklılar kuruluna Devlet tarafından herhangi bir ücret ödenmez ve vermiş oldukları zararlardan dolayı da devlet sorumlu değildir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere,

⁹⁸ Bir görüşe göre, kurulun, komiserin değiştirilmesini mahkemeden talep etmesi anlamsızdır; ayrıca bu kararın kanun yoluna kapalı olması da yerinde değildir; bu karara karşı istinaf yoluna gidilebilmeydi (bkz PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 82).

⁹⁹ BORK, Committee, s. 136.

¹⁰⁰ Bkz MÜNCHKOMM, Schmid-Burgk, & 71 Nr 3; BORK, Committee, s. 139; HEIDELBERGKOMM, Riedel, & 71 Nr.1.; Alman Federal Temyiz Mahkemesi kararı için bkz BGH ZIP 1994, 46. (www.juris.de), (E.T.: 20.08.2018).

kurulu, yargısal bir organ olarak da kabul edemeyiz. Bu sebeple İİK m.5 burada uygulanamaz ve Devlet aleyhine dava açılmaz¹⁰¹.

Kurul üyelerinin her biri, öncelikle kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille diğer alacaklılara zarar vermişse bu zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Başka bir deyişle, kurul üyelerinin her biri diğer alacaklılara karşı haksız fiil sorumluluğunu (TBK m.49 vd) taşımaktadırlar¹⁰².

Kurulun, az yukarıda da belirtildiği üzere, bazı görev ve yetkileri vardır. Kurulun, bu görevlerini sadakat ve özenle yerine getirme yükümlülüğü söz konusudur. Aksi takdirde bu yükümlülüğün ihlali durumunda, hakkı zedelenen alacaklı için kurul üyelerine karşı tazminat hakkı doğar¹⁰³.

Kurulun içindeki üyeler, farklı alacak sınıflandırılmalarını temsil etseler bile, kararları kurul olarak alacakları için bu durumda kurul üyelerinin müteselsilen sorumlu olacaklarını da söyleyebiliriz. Ancak kurulun bir tüzel kişiliği olmadığı için kurulun doğrudan taraf olarak gösterilmesi yerinde değildir; kurul üyelerinin her birinin taraf olarak gösterilmesi gerekecektir¹⁰⁴.

Kurul üyelerinden birinin tüzel kişiliği temsil etmesi durumunda ise, tüzel kişinin yetkili organını tazminatla sorumlu tutmak gerekir¹⁰⁵.

Kanaatimizce, alacaklılar kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin aynı Alman hukukunda olduğu gibi kanun hükmü ile açık bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

X. SONUÇ

Konkordato talep eden borçlunun mahkeme tarafından kesin mühlet ile birlikte veya bu süre içerisinde alacaklıların içerisinde belirli bir sayıyı geçmemek kaydıyla kural olarak ihtiyari bazı durumlarda ise zorunlu olarak oluşturulan, konkordato komiserlerini denetlemek için veya ona tavsiyelerde bulunmak için atanan kontrol-danışma organına alacaklılar kurulu adı verilir.

Adi konkordatoda alacaklılar kurulu, 05.03.2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve yürürlüğe giren İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Kanunun 289, 290, 291, 292 maddelerinde ilk kez kurum olarak hükme bağlanmıştır. Bu

¹⁰¹ SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 26; SPRECHER, s. 247.

¹⁰² SCHKOMM, Umbach-Spahn/Kesselbach, Art. 295a Nr. 26; SPRECHER, s. 248.

¹⁰³ OEHRİ, s. 108; TABB, s. 86, 1051; SPRECHER, s. 249.

¹⁰⁴ SPRECHER, s. 252; GÖB/SCHNIEDERS/MÖNIG, s. 198.

¹⁰⁵ SPRECHER, s. 250; GÖB/SCHNIEDERS/MÖNIG, s. 198.

hükme göre asliye ticaret mahkemesince, kesin mühlet kararıyla beraber veya kesin mühlet içinde uygun bir zamanda alacaklıların içerisinde herhangi bir ücret takdir edilmemek ve tek sayıda olmak kaydıyla konkordato komiserinin faaliyetlerine nezaret etmek ve ona, mahkemeye tavsiyelerde bulunmak amacıyla alacaklılar kurulu oluşturulabilir. AKYön m.11/2'e göre, en az üç alacaklı sınıfının bulunması kaydıyla, alacaklı sayısının iki yüz elliye veya alacak miktarının yüz milyon Türk Lirasını aşması halinde alacaklılar kurulunun oluşturulması zorunludur.

Kanun ile alacaklılar kurulunun ortaya konulma amacı, öncelikle yargılamada alacaklıların konumunun güçlendirilmek istenmesidir. Alacaklılar kurulu ile, alacaklıların, mahkeme, borçlu ve konkordato komiseri ile aralarındaki iletişimin, bilgi akışının daha kolay sağlanması mümkün hale getirilmiştir. Özellikle kesin mühletle birlikte alacaklılar kurulunun oluşturulması sonucu, kurula, alacaklıların bütünü doğrudan veya dolaylı olarak alacak haklarının düzenlenmesine etkide bulunma hakkı tanınmıştır.

Alacaklılara, alacaklılar toplantısının dışında, konkordato prosedürü boyunca kurul olarak kendi hakları üzerinde etki edebilme hakkı tanınmıştır. Fakat alacaklılar kurulunun, alacaklılar toplantısından ayırt edilmesi gerekir. Bu iki kurumun amaçları, işlevleri ve hukuki nitelikleri birbirinden farklıdır. Alacaklılar kurulu, alacaklılar toplantısından farklı kararlar alabilen veya yetkileri olan, birbirine göre astlık-üstlük ilişkisi olmayan, ayrı ve bağımsız bir organ olarak değerlendirilmelidir. Yani alacaklılar kurulu, alacaklılar toplantısının asla bir icra organı olarak değerlendirilmemelidir.

Alacaklılar kurulu, alacaklıların temsilcisi değildir; çünkü, alacaklılar kurulu, sadece alacaklıların değil, aynı zamanda borçlunun ve diğer ilgililerin de yararlarını korumak zorundadır. Kurul, tüzel kişiliği olmayan kendine özgü bağımsız bir organ olarak değerlendirilmelidir.

Kurulun hukuki niteliğinin ortaya konulması, kurul üyelerinin hukuki sorumluluklarının belirlenebilmesi bakımından önemlidir. Nitekim, İİK ve AKYön'de kurul üyelerinin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun aksine Alman Aciz Kanunu'nda (InsO) alacaklılar kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, kurul üyeleri kusurlu olarak bir başka alacaklıya zarar vermeleri durumunda bu zararı karşılamakla yükümlüdürler (InsO & 71).

Kurul, yargısal bir organ olarak kabul edilmediği için İİK m.5 burada uygulanamaz ve Devlet aleyhine dava açılmaz.

Kurul üyelerinin her biri, öncelikle kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille diğer alacaklılara zarar vermişse bu zararı gidermekle yükümlü olacaklardır. Başka bir deyişle, kurul üyelerinin her biri diğer alacaklılara karşı haksız fiil sorumluluğunu (TBK m.49 vd) taşımaktadırlar.

Kurulun, görevlerini sadakat ve özenle yerine getirme yükümlülüğü de söz konusudur. Aksi takdirde bu yükümlülüğün ihlali durumunda, hakkı zedelenen alacaklı için kurul üyelerine karşı tazminat hakkı da söz konusu olabilecektir.

Kanaatimizce, alacaklılar kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin aynı Alman hukukunda olduğu gibi kanun hükmü ile açık bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- ALTAY, Sümer/ ESKİOCAK, Ali: Modern İflâs Hukuku Açısından Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. B. , İstanbul 2018.
- AMONN, Kurt/ WALTHER, Fridolin: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. , Bern 2013.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema: İcra ve İflâs Hukuku, 3. B. , Ankara 2017.
- AYDEMİR, Efrail: Konkordato, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Suretiyle Yapılandırılması, Ankara 2018.
- BASLER KOMMENTAR: Herausgeber, Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, 2. Aufl. , Basel 2016 (BASSKOMM,Yazar).
- BASLER KOMMENTAR: Herausgeber, Staehelin, Adrian/ Bauer Thomas/Staehelin Daniel, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. , Basel 2017 (BASSKOMMERG,Yazar).
- BORK, Reinhard: “Creditors’ Committees: An Anglo-German Comparative Study”, International Insolvency Review 2012, 21. Vol. , s. 127-141.
- BUDAK, Ali Cem/TUNÇ-YÜCEL, Müjgan: “İflâs, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflâs Kanunu Değişiklikleri”, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2015, C.11, s. 21-38.
- CHRIST, Benedict F.: “Was bringt eigentlich Chapter 11? Eine anerkannte Form der Unternehmenssanierung”, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 2004, s. 17-19.
- DELİDUMAN, Seyithan: İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Ankara 2002.
- EGLI, Albert: Die Einwirkung des Gläubigerelements auf die Organisation und Durchführung des Konkursverfahrens nach erfolgter Konkurseröffnung im schweizerischen Recht, Zürich 1942.
- EPSTEIN, David G. /NICKLES, Steve H: Principles of Bankruptcy Law, 2. E., St. Paul 2017.

- ERCAN, İbrahim: İcra ve İflas Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2008.
- ERDÖNMEZ, Güray: İflâsta Alacaklılar Toplanması Yetkileri, İstanbul 2005.
- ERDÖNMEZ, Güray: “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Alacaklılar Kurulunun Görev ve Yetkileri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/1, s. 199-222 (Kurul).
- FERRIEL, Jeffrey T./JANGER, Edward J.: Understanding Bankruptcy, 3. E. , New Providence/San Francisco 2013.
- FIORI, Silvio: Die Gläubigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht, Zürich 1905.
- GEHLER, Karl: Der Gläubigerausschuss im Konkurs- und Nachlassvertragsverfahren, Freiburg 1999.
- GÖB, Alexander Marc /SCHNIEDERS, Ferit /MÖNIG, Michael: Praxishandbuch Gläubigerausschuss, Einsetzung Aufgaben und Pflichten, München 2016.
- HEGMANN, Ekkehard: Der Gläubigerausschuss, Eine Untersuchung zum Selbstverwaltungsrecht der Gläubiger im Konkurs, Köln 1986.
- HEIDELBERGER KOMMENTAR: Insolvenzordnung, Herausgegeben von Kayser, Godehard/ Thole, Christoph, Aufl. 9, Heidelberg 2018 (HEIDELBERKOMM-Yazar).
- HUNKELER, Daniel: Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, Freiburg 1996.
- KALE, Serdar: Sorularla Konkordato, İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato, İstanbul 2017.
- KENNETH, N. Klee/SHAFFER, John K.: “Creditors’ Committee under Chapter 11 of the Bankruptcy Code”, South Carolina Law Review 44, 1993, s. 995-1016.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl. , Zürich 2018.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK-Orell Füßli Kommentar, 19. Aufl. , Zürich 2016 (OFK-SchKG).
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017 (İcra).
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B. , Ankara 2013 (El Kitabı).
- KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C.IV, 3. B. , İstanbul 1997 (CIV).
- MOOR, Ernst: Die Gläubigerversammlung im Konkurs, Basel 1992.
- MOSER, Stefanie/STÖCKLI, Kurt: Die Gläubigerausschuss im Nachlassliquidationsverfahren, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 2002, s. 97-100.
- MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. B. , Ankara 2017.
- MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku, C.II, 6. B. , Ankara 2013 (CII).
- MÜNCHENER KOMMENTAR: Insolvenzordnung && 1-79, Herausgegeben von Kirchof, Hans-Peter/ Eidenmüller, Horst/ Stürner, Rolf, Aufl. 3, München 2013 (MÜNCHKOMM, Yazar).
- OEHRI, Daniel: Der Sachwalter im Nachlassverfahren, Ein Diener zweier Herren, Zürich-Basel-Genf 2018.

- OSTROW, Alec P.: “Surviving Life in the Chapter 11 Fishbowl”, Chapter 11 Bankruptcy and Restructuring Strategies, Eagan 2008, s. 107-123.
- ÖZTEK, Selçuk/ BUDAK, Ali Cem/TUNÇ YÜCEL, Müjgan/KALE, Serdar/ YEŞİLOVA, Bilgehan : Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2018 (Yazar-Konkordato Şerhi).
- PAULUS, Christoph G./ KNECHT, C. Thomas: Gerichtliche Sanierung, München 2018.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 4. B. , İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ERDÖNMEZ, Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: Konkordato, İstanbul 1965.
- SARISÖZEN, M. Serhat: 7101 Sayılı Kanun Kapsamında İcra İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, Ankara 2018.
- SCHULTHESS KOMMENTAR: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Herausgeber, Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Dominik, Vock, 4. Aufl. , Zürich 2017 (SCHKOMM, Yazar).
- SPRECHER, Thomas: Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Zürich 2003.
- STAEHELIN, Daniel: “Überblick über das neue Sanierungsrecht im schweizerischen Schuldbetreibungs und Konkursrecht”, makale çevirisi, Kavasoğlu, Abdurrahman/Çon, Ömer, İsviçre İcra İflas Hukukunda Aciz Hukukunda Yapılan Yeniliklere İlişkin Değerlendirmeler, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, C. 8, s. 35-48.
- TABB, Charles Jordan: The Law of Bankruptcy, 3. E. , St. Paul 2014.
- TANRIVER, Süha: İflâs Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, MİHBİR 13. Antalya Toplantısı- 09-10 Ekim 2015 Antalya, Ankara 2015, s. 247-268 (Temel Problemler).
- TANRIVER, Süha: İflâs Dışı Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII, 9-10 Ekim 2009 Abant, Ankara 2010, s. 255-280. (Güncel Sorunlar).
- TANRIVER, Süha: Konkordato Komiseri, Ankara 1993.
- TANRIVER, Süha/DEYNEKLİ, Adnan: Konkordatonun tasdiki, Ankara 1996.
- ULUKAPI, Ömer: Konkordatonun Feshi, Konya 1998.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: İflas Hukuku, 8. B. , İstanbul 2009.
- WYSS, Claudia: Kollektive Beteiligungsrechte der Gläubiger im Konkurs- und Nachlassverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Revision im Sanierungsrecht, Zürich 2013.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflâs Hukuku, 6. B. , İstanbul 2015.
- YILMAZ, Ejder: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016.

ANAYASALAR, SİYASİ KÜLTÜR VE
“HAIDA GWAIİ’NİN RUHU”
CONSTITUTIONS, POLITICAL CULTURE AND
“THE SPIRIT OF HAIDA GWAIİ”

DOI: 10.21492/inuhfd.473383

Deniz POLAT AKGÜN*

ÖZET

Siyasi kültür ve anayasalar arasındaki ilişki, uzun süredir tartışma konusudur. Özellikle derinden bölünmüş toplumlarda söz konusu ilişki daha çok önem arz etmektedir. Siyasi kültürün anayasalar ile ilişkisinde ve buna bağlı olarak anayasal değişimlerde, diğer toplumsal koşulların da etkili olduğu göz ardı edilmeden; bir toplumun siyasi kültürünün, o toplumun anayasasına yansımalarının ne ölçüde önemli olduğu, çalışmanın ana sorunsalını oluşturmaktadır. Bu çerçevede, sanat tarihinin önemli yapıtları arasında kabul edilen *Haida Gwaii'nin Ruhü* isimli heykelin bize anlattıklarından yola çıkılarak, etno-kültürel yapısı çeşitli ve değişken olan toplumlarda yaşanan çatışmalara değinilecek ve anayasal değerler üzerinde yaşanan bu çatışmaların anayasalar aracılığıyla nasıl çözümlenebileceği incelenecektir. Bunun için öncelikle siyasi kültür kavramı üzerinde durulacak; ardından, anayasalar ile siyasi kültür arasındaki ilişki, anayasalarda etno-kültürel kimliklerin tanınması temelinde incelenecektir. Buna ilişkin öğretiler ileri sürülen iki temel öneri üzerinde durularak; her iki önerinin de savundukları yaklaşım ve taşıdığı riskler kısaca incelenecektir. Sonuç olarak, anayasacılık penceresinden bakıldığında, özellikle etno-kültürel tanınma taleplerinin anayasalar ile karşılanabilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, siyasi kültür, anayasacılık, etno-kültürel, bölünmüş toplumlar.

ABSTRACT

The relationship between political culture and constitutions has been a subject of debate for a long time. Especially in deeply divided societies this relationship is more important. With consideration of other social conditions, within the framework of the relationship of political culture with constitutions and accordingly with constitutional changes; the main problematic of the study is the extent to which the political culture of a society is reflected in its constitution. In this context, based on the story of *The Spirit of Haida Gwaii* sculpture which is accepted as one of the important works of art history, I will discuss the conflicts in societies with various and variable ethno-cultural structures and will examine how these conflicts on constitutional values can be resolved through constitutions. Therefore, firstly, the concept of political culture will be emphasized; then, the relationship between the constitutions and political culture will be examined on the basis of the recognition of ethno-cultural identities in constitutions. With the emphasis on

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. (E-Mail: deniz06286@gmail.com), (Orcid: 0000-0001-8085-2032)

Makale Gönderilme Tarihi: 22.10.2018

Submitted: 22.10.2018

Makale Kabul Tarihi:26.11.2018

Accepted: 26.11.2018

two proposals put forward in the doctrine, the approach and the risks of them will be briefly examined. As a result, it will be discussed whether it is possible to meet the demands of ethno-cultural recognition through constitutions.

Keywords: Constitution, political culture, constitutionalism, ethno-cultural, divided societies.

I. GİRİŞ

Sanatçı *Bill Reid*'in, 1984-1991 yılları arasında uzun uğraşlar sonucu ortaya çıkardığı “*Haida Gwaii*’nin Ruhü” (*The Spirit of Haida Gwaii*) isimli heykeli, sanat dünyası için olduğu kadar; anayasal felsefe adına da önem taşır. Kanada’nın Britanya Kolumbiyası (*British Columbia*) eyaletine bağlı bir takımada olan *Haida Gwaii*’nin adını taşıyan heykelin yapılma amacı, bölgenin yerlilerini simgelemektir. 1778 yılında *James Cook* tarafından ayak basılmasının ardından, ilkel olarak nitelendirilen bu bölge ve insanların kültürleri baskılanmış; *Haida* yerlilerinin rızası olmadan ve antik *Haida* gelenekleri dikkate alınmadan modern anayasal rejim kabul ettirilmeye çalışılmış ve böylece bu topraklar, ciddi bir başkalaştırma çabasına tanık olmuştur. Ne var ki, *Haida* yerlilerinin, modern toplum tasarımına uygun olmadığı için yargılanan kültürel yapısı yok olmamış ve varlığını sürdürebilmiştir. Öyle ki, *Raid*’in ünlü yapıtında temsil edilen de farklı etno-kültürel (*ethnocultural*)¹ yapıların bulunduğu toplumların da bir arada yaşayabilme seçeneğinin var olduğudur.

Heykel sanatının başyapıtlarından kabul edilen bu eserde, siyah bir kano içerisinde, *Haida* mitolojisinde “Efsanevi Yaratıkların Ruhü” olarak adlandırılan onüç yolcu görülür. Bunlardan, yarı insan olan Anne Ayı ile Baba Ayı, kanonun baş tarafında yüz yüze oturur ve aralarında iki yavru yer alır. Kunduz, kanonun ortasında, tehditkâr bir şekilde; Köpekbalığı Kadın da hemen onun arkasında, kanonun küreklerini çekerler. Utangaç

¹ Etnik, dinsel veya kültürel temelli siyasi hareketler, içerisinde birbirinden farklı talepleri barındırabilmektedir. Etno-kültürel terimi, hem bu türden hareketlerin çoğunlukla merkezinde bulunan ve çalışmanın da ana eksenini oluşturacak olan etnisite bağına işaret ettiği hem de ayrışmaya yol açan diğer her türlü talebi “kültür” kavramı altında topladığı için tercih edilmiştir. Bkz. KONTACI, A. Ersoy: *Kırılgan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü* (2016), Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 13-14. Kavramı, aynı çerçevede kullanan görüşe göre, etnik ve kültürel açıdan görece benzerliklerin ön planda olduğu çağ (eğer böyle bir çağ var idiyse) çoktan sona ermiş; çeşitli siyasi farklılaşmalar, parçalanmalar ve çatışmalar, neredeyse her zaman etno-kültürel ayrışmaların sonucunda yaşanır hale gelmiştir. Bkz. CHOUDHRY, Sujit: “Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design In Divided Societies”, *Constitutional Design For Divided Societies: Integration or Accommodation?* içinde, Choudhry, Sujit (ed.), Oxford University Press, Oxford 2008, s. 5.

ama güzel olan Fare Kadın, geminin arka kısmında sıkışmış durumdadır. Vahşi ve oyunbaz Kurt, Kartalın kanadına dişlerini batırır; kartal da buna karşılık, Ayının pençesine saldırır gibi görünür. Coğrafi sınırları geçebilmeyi temsil eden Kurbağanın ise bir kısmı kanonun içinde, bir kısmı dışında durur. *Carl Sandburg*'ün “*Old Timers*” isimli şiirinden esinlenen, sabit bir şekilde kürek çeken Antik Gönülsüz Asker (*Ancient Reluctant Conscript*) de kanodadır. Çok kimlikli yapının ve dönüşümlerin efendisi efsanevi Kuzgun dümendedir ve kanoyu yönetir. Bu karışık mürettebatın içinde son olarak Kuzguna akrabalığı olan, *Haida* cüppesi ve ladin ağacı kökü şapkası giymiş, kim olduğu belirsiz; ancak, topluluğun lideri olan kişi oturmaktadır².

Kanoya hangi açıdan bakılırsa bakılsın, yıllarca süren baskıya ve hala aralarında çatışma olmasına karşın, her yolcunun kanodaki yeri, etno-kültürel yapısı ve bunun diğerlerince de tanınması için devam eden bir mücadele içinde olduğu ve her birinin ait olduğunu hissettiği kültürde yaşamakta da ısrar ettiği görülmektedir. Tüm yolcular, kendilerine önceden belirlenmiş sonuçları veya hükümleri dayatmayacağına güvendikleri ve kendilerine yön vereceğini umdukları liderlerine adeta kendi öykülerini anlatmaktadırlar. Yolcular, bu şaşkıncı karşılıklı iletişimi “kimlik”lerini kaybetmeden kurmaya çalışırlar. Yapıtın, söz konusu etno-kültürel farklılıklar arası boyutu, *Haida* ulusundan olmayan, Kunduzun, Kurdun ve Avrupa-Amerika mitolojisinden esinlenen Gönülsüz Askerin de varlığıyla kamçılanmıştır³.

“Haida Gwaii'nin Ruhü”, etno-kültürel yapısı çok çeşitli ve hatta değişken toplumlarda yaşanan çatışmalara ve tanınma taleplerine açıkça işaret eder. Çağdaş devlet düzenlerinde bu tanınma, rejimin niteliğinden bağımsız olarak, neredeyse daima ulusal simge niteliğindeki anayasalar aracılığıyla gerçekleştirilir⁴. Bu noktada, anayasalarda farklı kültürlerin tanınıp tanınmayacağı ve tanınacaksa bunun hangi ölçüte göre yapılacağı soruları ortaya çıkar. Genel-geçer bir cevabı bulunmayan bu sorular, geçmişte ve günümüzde görülen etno-kültürel tabanlı isteklerin ve anayasal değerler üzerinde yaşanan çatışmaların odak noktasıdır. Bu kapsamda dile getirilen taleplerin anayasalara nasıl yansıtacağı sorunu da anayasacılık çalışmalarında göz ardı edilemeyecek bir öneme sahip olan “siyasi kültür” kavramı üzerine eğilmeyi gerekli kılmaktadır.

² “*The Spirit of Haida Gwaii*” heykelinin ifade ettiği anlamın çözümlenmesi için genel olarak bkz. TULLY, James: *Strange Multiplicity: Constitutionalism In An Age of Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, s. 17-18.

³ TULLY, s. 24-25.

⁴ KONTACI, 2016, s. 10.

II. SİYASİ KÜLTÜR VE ANAYASALAR

Siyasi kültür, antik çağlardan beri siyasi düşüncenin bir parçası olmasına rağmen, kavramın çağdaş anlamına zemin hazırlayan temelde iki gelişme söz konusudur: Bunlardan ilki, egemenliğin monarkta vücut bulduğuna dair yüzyıllardır süregelen düşünceyi kırarak, halkta olduğunu ilan eden Fransız İhtilalidir. Bundan bir asır sonra ise *Max Weber*'in meşruiyeti; “sadece seçkinlerce değil, tüm halk tarafından kabul görülen” şeklinde tanımlamasıyla, sosyal bilimlerde, siyasi gücün toplumdaki kaynaklarına eğilme ihtiyacı duyulmuştur⁵.

Bütün devletler ve her türlü siyasi rejim, içinde siyasi kültürü barındırır⁶. Siyasi kültür, bir ulusun, ülkedeki siyasi hedeflere karşı yönelimlerinin, yine o ulus içerisinde belirli bir biçimde dağılımı olarak tanımlanmaktadır⁷. Buna göre, bir toplumdaki siyasi kültür, bir siyasi eylemin olduğu şartları belirleyen inanışlar, semboller ve değerler bütünüdür⁸. Tanımın biraz daha genişletilmiş haline göre ise belirli bir düzende işleyen normları ve siyasi görüşleri içeren siyasi kültür; hem siyasi süreçlere anlam veren hem de bir siyasi sistemdeki varsayımları ve kuralları ortaya koyan davranışların, inanışların ve duyguların toplamıdır⁹. Bununla birlikte, aksi görüş, siyasi kültürü, siyasi hayata ve devlete ilişkin semboller, değerler, davranış normları ve ifade biçimlerinin toplamı olarak tanımlanmasının, davranışçı bir yaklaşım olduğunu ve bunun da siyasi kültürün ve hatta siyasi tutumların özerk bireysel davranışlardan ibaret olarak görülmesine yol açtığını ifade etmektedir. Bu nedenle, siyasi kültürün oluşumunda devlet kurumlarının rolünü görmezden gelmesi sebebiyle söz konusu davranışçı yaklaşım, siyasi kültürün özerk davranış

⁵ OLICK, Jeffrey / OMELTCHENKO, Tatiana: “Political Culture”, International Encyclopedia of The Social Sciences içinde, Darity, William A. (ed.), 2. Bası, MacMillan Library Reference, Michigan 2008, s. 300.

⁶ BARZILAI, Gad: Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities, University of Michigan Press, Ann Arbor 2003, s. 13.

⁷ ALMOND, Gabriel A. / VERBA, Sidney: The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy In Five Nations, Sage Publications, California 1989 (ilk baskı, Princeton University Press, Princeton 1963), s. 13.

⁸ VERBA, Sidney: “Comparative Political Culture,” Political Culture and Political Development içinde, Pye, Lucian W. / Verba, Sidney (ed.), Princeton University Press, Princeton 1965, s. 513.

⁹ PYE, Lucian W.: “Political Culture” (1968), International Social Encyclopedia of The Social Sciences içinde, Sils, David L. (ed.), 12, The Macmillan, New York 1968, s. 218. Siyasi kültürün, kitlelerin siyasi davranış gelişimini de şekillendirdiğine ve onlara yön verdiğine ilişkin bir çalışma için bkz. PATRICK, Glenda M.: “Political Culture”, Social Science Concepts: A Systematic Analysis içinde, Sartori, Giovanni (ed.), Sage Publications, Beverly Hills 1984, s. 265-314.

kalıpları olarak tanımlanamayacağını savunanlar tarafından eleştirilmektedir¹⁰.

Siyasi kültüre ilişkin tanımlar, genellikle bireylerin öznel değerlendirmelerini ve bunların sonucunda ortaya çıkan siyasi yönelimleri kapsamaktadır. Öyle ki, siyasi kültürün, siyasetin göreceli ve psikolojik boyutlarını kapsadığı da kabul edilmektedir¹¹. Buna göre, siyaset bilimcileri tarafından siyasi kültür, kültür kavramından daha dar bir anlamda düşünülerek; bireylerin “psikolojik yönelimi (*psychological orientation*)” ve siyasi partiler, hükümet, anayasa gibi siyasi nesnelere ilişkin “yönelim modelleri (*pattern of orientations*)” olarak da tanımlanmaktadır¹². Bu yönelimler de değerler, semboller ve inanışlarla ifade edilmektedir¹³. Bununla birlikte, siyasi kültür hiçbir zaman tek başına bireyi veya toplumu adres göstermez; yalnızca bireyin, toplumun temel birimi olduğunu kabul ederek, toplumdaki ayrı ayrı kişilik özelliklerini içinde barındırır¹⁴. Bu nedenle de bireylerin temel değerleri, toplumun siyasi kültürünün oluşumunda etkili olmaktadır.

Siyasi kültür, siyasi süreçlere şekil veren temel değerlerin, duygu, bilgi ve inanışların toplamı olarak tanımlaması nedeniyle demokrasi teorisi ile de tarihsel yakınlık içerisindedir. Öncelikle, aynı siyasi iktidarın yönetimi altında birbirinden farklı siyasi kültürlerin ve değerlerin barınabileceği olgusu üzerinde durmak gerekir. Başka bir ifadeyle, demokratik siyasi kültür, benzer özelliklere sahip olan/homojen değerler toplamı olmaktan oldukça uzaktır¹⁵. Bu noktada, toplumdaki söz konusu bütünlüğü sağlayabilecek olan, bireylerin davranışlarını belirleyici ana unsur niteliğindeki “kolektivite bağı”dır¹⁶. Bir siyasi kültürün harcı ve birleştirici unsuru olan bu kolektivite bağı veya başka bir deyişle ortak bakış açısı ve bağlı kalınan ortak değerler olmadan anayasal devletin

¹⁰ Bkz. BARZILAI, s. 13. Siyasi kültür kavramına ilişkin ayrıca bkz. WELCH, Stephen: *The Theory of Political Culture*, Oxford University Press, Oxford 2013.

¹¹ PYE, 1968, s. 218.

¹² HEYWOOD, Andrew: *Politics*, 2. Bası, Palgrave Foundations, New York 2002, s. 200; ALMOND / VERBA, s. 13. Siyasi kültürün genellikle, kültürün siyasi yönleri olarak anlaşıldığı ve bunların kendi içinde tutarlı bir bütünü oluşturdukları varsayımı için bkz. DUVERGER, Maurice: *Siyaset Sosyolojisi* (çev. Ş. Tekeli), Varlık Yayınları, İstanbul 1982, s.128.

¹³ HEYWOOD, s. 200.

¹⁴ WILSON, Richard W.: “The Many Voices of Political Culture: Assessing Different Approaches”, *World Politics*, 52 (2), 2000, s. 247.

¹⁵ BARZILAI, s. 13.

¹⁶ WEBER, Max: “The Nature of Social Action”, Weber: *Selections in Translation* içinde, Runciman, W. G. (ed.), Cambridge University Press, Cambridge 1978, s. 17.

imkânsız olduğu söylenebilecektir¹⁷. Ortak değerler, ortak bir geçmiş ve ortak bir gelecek isteği etrafında birleşmiş bir siyasi kültürün, yani kolektif siyasi kültürün merkez kavramları hoşgörü ve güvendir¹⁸. Öyle ki, bu özellikler aynı zamanda demokratik bir toplumun var olabilmesi için de olmazsa olmazdır¹⁹.

Bir ülkenin siyasi hayatının kurucu unsurları olan ortak ilke ve inanışların bir araya gelmesiyle oluşan ve siyasi hayat için temel kuralları belirleyen siyasi kültür; bir toplumun genel anlamda kültürel yapısından farklı olarak daha dar bir alana, güç ve otoritenin ilkesel düzeyde ve uygulamada nasıl yönetileceği konusuna odaklanmış durumdadır²⁰. Bireylerin değerlerinin, siyasi ve psikolojik yönelimlerinin bir biçimi olarak siyasi kültür, anayasalarda etno-kültürel kimliklerin tanınmasına yönelik istekleri şekillendirirken; bunların karşılama derecesine bağlı olarak anayasaların meşruiyetini de etkilemektedir. Bu da, anayasal değerler sisteminin kendisi ve siyasi kültür ile anayasa arasındaki ilişkinin niteliği üzerindeki temel bir tartışmayı beraberinde getirmektedir.

Anayasa; bir ulusun yaşam biçimini, karakteristik özelliklerini ve değerler sistemini içerirken; bireylerin kendi tarihlerinin ve sosyal koşullarının da bir ürünüdür²¹. Mucizevi bir şekilde gökten düşmedikleri ve insan yapımı oldukları düşünülecek olursa; her bir anayasa, hemen daima, bazılarının kaybettiği, bazılarının ise kazandığı bir siyasi mücadelenin sonucudur²². Bu mücadele sonucunda, anayasal değerler üzerindeki her bir tercihin, toplumları farklı sonuçlara götüreceği şüphesizdir. Öyle ki, değerler sistemi içinden bir seri değer, diğerlerine karşın benimsenmesi; siyasal sistemin temel esaslarını belirleyecek ve bu esaslar üzerine inşa edilecek olan kurumların (anayasa gibi) da çerçevesini çizecektir²³. Gerçekten de, demokratik rejimlerin pek çoğunun anayasasında, yalnızca demokratik kurumların inşasına ilişkin değil; anayasal değerlere ilişkin tercihlerin de somutlaştığı görülmektedir. Not etmek gerekir ki; demokratik kurumlara, kurumsal mekanizmalara ve bir

¹⁷FRANKLIN, Daniel P. / BAUN, Michael J. (ed.): *Political Culture and Constitutionalism: A Comparative Approach*, M. E. Sharpe, Inc., New York 1995, s. 6.

¹⁸FRANKLIN / BAUN, s. 6.

¹⁹PYE, Lucian: "Political Culture" (1995), *The Encyclopedia of Democracy* içinde, Lipset, Seymour Martin (ed.), *Congressional Quarterly*, 3, 1995, s. 967.

²⁰PYE, 1995, s. 965.

²¹PITKIN, Hanna Fenichel: "The Idea of A Constitution", *Journal of Legal Education*, 37 (2), 1987, s. 167.

²²PITKIN, s. 168.

²³Bkz. LIPSON, Leslie: *Politika Biliminin Temel Sorunları* (çev. Tuncer Karamustafaoğlu), AÜHF Yayınları, Ankara 1978, s. 22.

takım temel hak ve özgürlüklere ek olarak; demokratik rejimlerde anayasaların, devletin şeklinden, yapısal örgütlenmesine, ülkenin toprak ve ulus bütünlüğüne ve birliğine, tekliğine veya çokluğuna kadar pek çok farklı değer anayasal düzeyde koruma altına alındığı gözlemlenmektedir²⁴. Anayasanın, bir devletin kimlik belgesi niteliğinde olması da buradan kaynaklanır²⁵. Aristoteles’in, “*şehrin kimliğini tanımlamak için çok açıktır ki anayasaya bakmamız gerekmektedir*” ifadesinde de bu anlamın dile getirildiğini görmek mümkündür²⁶. Anayasaların bu konudaki rolünün, belirli bir kimlik oluşturmak ve bu kolektif kimliğin siyasal anlamda ne şekilde ifade edileceğini tasarlamak olduğu söylenebilir²⁷. Ancak, bölünmüş toplumlarda (*divided societies*)²⁸ ortak kimliğin, değerlerin ve nihai amaçların tartışmalı ve çatışma konusu olduğu gerçeği, bu tanımları eksik kılmaktadır. Bununla birlikte, hemen belirtmek gerekir ki, bölünmüş toplum kavramı, bir toplumun yalnızca etnik, dinsel veya kültürel açıdan farklılıklar içermesi anlamına gelmez. Bir toplumun bölünmüş olma niteliğini belirlemede asıl önemli husus, bu türden farklılıkların, var olmalarına ek olarak, değerler ve normlar üzerinde çatışmalara dönüşmesi ve bu çatışmaların siyasal olarak da belirleyici olmasıdır²⁹. Bu nedenle, anayasa koyucular tarafından,

²⁴ KONTACI, 2016, s. 11.

²⁵ LERNER, Hanna: “Constitution-Writing In Deeply Divided Societies: The Incrementalist Approach” (2010), *Nations and Nationalism*, 16 (1), 2010, s. 69.

²⁶ ARISTOTELES: *Politics* (çev. Ernest Barker), Oxford University Press, Oxford 1995, s. 90.

²⁷ WOLIN, Sheldon S.: *The Presence of The Past: Essays On The State and The Constitution*, Johns Hopkins University Press, Baltimore 1989, s. 9.

²⁸ Katmanlaşmanın nasıl oluştuğuna dair bir iddia içermemesi; toplumun, tarihin bir bölümünde bütüncül, sonradan bölündüğü çağrışımını yaratmaması ve birden çok toplumsal katmanın varlığına açıkça işaret etmesi nedeniyle, “bölünmüş toplum” ifadesi yerine, “çok katmanlı toplum” ifadesini tercih eden çalışma için bkz. ERHÜRMAN, Tufan: “Çok Katmanlı Topumlarda İstikrarlı Demokrasi: Birleşik Kıbrıs Örneği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (1), 2012, s. 110, 114.

²⁹ LERNER, Hanna: *Making Constitutions In Deeply Divided Societies* (2011), Cambridge University Press, Cambridge 2011, s. 31-33; KONTACI, s. 14. Ayrıca bkz. CHOUDHRY, Sujit: “Constitutionalism In Divided Societies” (Editor’s Note), *International Journal of Constitutional Law*, 5 (4), 2007, s. 573. Bölünmüş toplum kavramını, etnik, dinsel, ekonomik veya başka herhangi bir kimlik odaklı çatışmaların ve hizipleşmelerin yoğunluğuna, kapsamına ve uzunluğuna bakarak tanımlayan çalışma için bkz. LUSTICK, Ian: “Stability in Deeply Divided Societies: Consociationalism Versus Control”, *World Politics*, 31 (3), 1979, s. 325. Bölünmüş toplumlara, dinsel, dilsel, ırksal veya ideolojik çizgilerle derinden bölünen toplumlar olarak niteleyen çalışma için bkz. ÖZBUDUN, Ergun: “Anayasa Yapımında Perakendeci Yöntem”, *Yeni Türkiye* (50), 2013, s. 196.

özellikle üzerinde yoğun çatışmaların yaşandığı kırılma hatlarına ilişkin yapılacak tercihler, söz konusu anayasanın geleceğini ve etkinliğini de şekillendirebilecek niteliktedir.

Anayasa ve anayasal değerlerden oluşan siyasi kültür arasındaki ilişkiye bakıldığında, genellikle iki olasılıktan birinin gerçekleştiği görülür. Bunlardan ilki, kendisine yeni bir anayasa hazırlayan toplumun neredeyse tamamına yayılan bir uzlaşmanın varlığı ve buna bağlı olarak, toplumun bir bütün olarak benzeşen siyasi kültürüne uygun ve onu yansıtan bir anayasanın kaleme alınmasıdır. Pekleşmiş demokrasilerde³⁰ görebileceğimiz bu yaklaşım, görece sağlıklı ve uzun ömürlü bir anayasa metninin ortaya çıkma ihtimalini arttıracaktır.

İkinci ihtimal, anayasal değerler üzerinde sağlam ve yaygın bir uzlaşımın olmadığı, keskin fikir ayrılıklarının yaşandığı ve dolayısıyla neredeyse özdeş bir siyasi kültürden bahsedemeyeceğimiz bir toplumda, anayasa hazırlama sürecinde bu çatışmaların daha şiddetli şekilde yüzeye çıkacak olmasıdır. Bu noktada, söz konusu ihtimalin, özellikle etno-kültürel anlamda bölünmüş toplumlar için tartışıldığı belirtilmelidir. Elbette, herhangi bir toplumda, anayasal değerlerin tamamının mutlak bir bağlılıkla benimsenmesi beklenemese de; bir demokratik sistemin kırılma aşaması, hâkim anayasal değerler sisteminin tartışmaya yalnızca açık oluşuyla değil; bu tartışmanın yaygınlığı, yoğunluğu ve aldığı biçimlerle ilgilidir³¹. Aksi halde, pekleşmiş demokrasilerde de anayasal değerler sistemi üzerinde tartışmalar olabilmeye karşın; siyasi kültür ve anayasa arasındaki çatışmaya ilişkin tartışmaların, güncel siyasetin içerisinde yoğun şekilde var olduğu toplumlarda, ayrılıkların daha da artması ve uzlaşmanın da buna bağlı olarak giderek daha uzak bir ihtimal halini alması şaşırtıcı olmayacaktır. Özellikle, etno-kültürel temelli anayasal değerlerin farklılaştığı ve çeşitlendiği bir toplumda, bu çeşitliliği³² görmezden gelen; başka bir deyişle, var olan siyasi kültürle

³⁰ “Herkesin demokratik kurumların içinde hareket etmeyi düşündüğü; demokrasinin kendi kendini gerçekleştirir olduğu, yani siyasal güçlerin tümünün kendi menfaatlerini demokratik kurumlara teslim etmeyi en iyi yol olarak gördüğü” rejimleri, pekleşmiş demokrasiler olarak kabul eden tanımlama için bkz. PRZEWORSKI, Adam: *Democracy and The Market: Political and Economic Reforms In Eastern Europe and Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge 1991, s. 26. Kavram hakkında ayrıntılı çözümler için ayrıca bkz. ÖZBUDUN, Ergun: *Çağdaş Türk Politikası, Demokratik Pekleşmenin Önündeki Engeller* (çev. Ali Resul Usul), Doğan Kitap, İstanbul 2003, s. 8-11.

³¹ KONTACI, 2016, s. 12-13.

³² Bölünmüş toplumlarda var olan çeşitlilikten kasıt; etnik, kültürel, dinsel, dilsel veya ekonomik farklılıklara ilişkin sosyolojik yelpazenin genişliğidir. Bir toplumdaki

çatışan bir takım anayasal normların kaleme alınması da anayasanın “yaşayabilmesinin” önünde ciddi bir engel oluşturabilecektir³³.

Anayasa koyucular tarafından, ikinci ihtimal çerçevesinde yapılacak tercihler, toplumda makul düzeyde bir uzlaşıyla kabul edilmeyecek olursa; söz konusu anayasanın meşruiyeti de tartışma konusu olacaktır. Gerçekten de, bir ülkede anayasal değişim açısından asıl belirleyici olan, halkın o anayasa hakkında ne düşündüğüdür³⁴. Hatta aynı meşruiyet tartışması, anayasayı hazırlayan siyasi iktidara da yönelebilecektir³⁵. Öyle ki, devletin kurumsal yapısını düzenleyen ve ideolojik manifesto olma boyutuyla, dayanışmacı iktidarın hedeflerini,

çeşitlilik, bu unsurların herhangi biri, birkaçı veya hepsinin birleşimi temelli olabilir. Bir toplumdaki çoğulculuktan farklı bir kavram olarak etno-kültürel çeşitlilik, çoğulculuğun yalnızca bir yönüdür. Bkz. BELLAMY, Richard: “Dealing With Differences: Four Models of Pluralistic Politics”, *Parliamentary Affairs*, 53 (1), 2000, s. 198-199. Etno-kültürel çeşitliliğe sahip toplumlarda, çeşitli toplumsal katmanlar, aynı siyasi birim içerisinde yer almakla birlikte; siyasi ve sosyal süreçlerde birbirlerinden derin çizgilerle ayrılmışlardır. Bkz. ERHÜRMAN, s. 109. Anayasal değerler üzerinde yaşanan çatışmalar çoğunlukla bu çizgileri takiben oluşan toplumsal kimlikler üzerinden ifade edilmektedir. Bkz. KONTACI, 2016, s. 13-14. Çok kültürlülük veya çok katmanlılık olarak da ifade edilen çeşitlilik, özellikle federal sistemlerin oluşumunu ve işleyişini açıklamaya katkıda bulunan sosyolojik kuramlarda öne çıkmaktadır. Çeşitlilik kavramının federal sistemler açısından değerlendirilmesine ilişkin çalışmalar için bkz. ÇELİK ULUSOY, Demet: “Federal Toplum Anlamak: Federal Sistemlerin Sosyolojik Yaklaşımı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (3), 2015, s. 595-636; ÇELİK ULUSOY, Demet: *Federal Sistemlerde Yetki Paylaşımı ve Yetki Uyuşmazlıklarının Yargısal Çözümü (Karşılaştırmalı)*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 33-42.

³³ Anayasanın “yaşaması” ifadesi, bir anayasanın, ait olduğu toplumun siyasi tarihinde, yalnızca yürürlükte kalma süresine ilişkin nicel bir değerlendirme değildir. Bir anayasanın yaşaması, anayasanın ait olduğu toplum tarafından kabul görmesi ve buna bağlı olarak yürürlükte kalmaya devam etmesi anlamına gelir. Toplumun siyasi kültürünün, anayasasında ne ölçüde yer bulduğu veya toplumu oluşturan bireyler tarafından o anayasada ne ölçüde yer bulduğunun düşünüldüğü; bir anayasanın varlık koşuludur. Başka bir ifadeyle, eğer bir anayasa, toplumun her kesiminin kendi değerlerini onda bulabileceği bir çatı olamıyor; bu çatının altında var olan düzende yaşama ve ortak bir gelecek kurma isteği yaratamıyorsa, bu anayasanın hâlâ yaşadığı söylenemeyecektir. Anayasaların yaşamasına ilişkin çözümler için bkz. ELKINS, Zachary / GINSBURG, Tom / MELTON, James: *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge 2009; ACKERMAN, Bruce: “The Living Constitution”, *Harvard Law Review*, 120, 2007, s. 1738-1812.

³⁴ WHEARE, Kenneth C.: *Modern Constitutions*, Oxford University Press, 2. Bası, Oxford 1966, 112.

³⁵ Not etmek gerekir ki, her siyasi iktidar, devamını sağlayabilmek adına gücünü meşrulaştırmak zorundadır. Bu da, siyasi iktidarın gücüne, yönetilenlerin rızasını eklemesi; yani otoriteye dönüşmesiyle gerçekleşebilir. Bkz. LIPSON, s. 84.

amacını, toplumun temel değer ve ilkelerini barındıran anayasalar; aynı zamanda siyasi iktidarın meşruiyetini de sağlayan “belge” niteliğindedirler³⁶. Başka bir deyişle, toplumu bir arada tutacak harç görevi görerek, onların bir güç haline gelmesini ve birlikte hareket etmesini sağlayan temel değerler, anayasalarda ifadesini bulmaktadır.

Anayasal değerler üzerinde yaşanan çatışmaların en sık karşılaşılan biçimlerinden biri etno-kültürel kimliklerin tanınma taleplerine ilişkin olanlardır. Kırılgan demokrasilerin en belirgin niteliği olan bu çatışmalar; etnik, dinsel veya kültürel farklılıkların siyasal olarak da belirleyici hale geldiği “bölünmüş toplumlar” için özellikle söz konusudur³⁷. Kişilerin, birbirleri yerine geçmişleriyle konuşmaya başladıkları bu gibi toplumlarda, çeşitli dinsel, kültürel ve etnik aidiyetlerin ve farklılıkların sıklıkla dile getirilir olması; gitgide daha derin etno-kültürel ayrışmalara da zemin hazırlayabilmektedir³⁸. Bu yapıdaki bir toplumda, demokratik meşruiyeti olan bir anayasa yapımının, diğerlerine kıyasla daha zor olacağı kuşkusuzdur. Öyle ki, bu denli ağır ve yoğun anayasal tartışmalar, farklılıklar arasında köprü kurmaktan daha çok, onları vurgulayan siyasi bir savaş alanına dönüşme riskini de taşımaktadır³⁹.

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir: Kurumsal yapıların yeniden inşası sürecinde devletin başarısı, siyasi olarak modernleşmeye dair bir gösterge olabilir. Bununla birlikte, bir düşünce birliğinin (*consensus*) olmadığı herhangi bir devlet, güçlü dahi olsa; halkı arasında çatışma meydana gelmesi olasılığını her zaman barındırır⁴⁰. Buna göre, bir siyasi kültürün üzerine, ona tamamen yabancı bir kurumsal yapı, adeta bir örtü gibi serilecek olursa; hem hedeflenen yapının oluşmasını geciktirecek hem de toplumda bükülmelere hatta kırılmalara yol açabilecektir⁴¹. Bu nedenle, anayasa gibi kurumsal yapıların, siyasi kültürün ihtiyaçlarına cevap verebilmesi ve bu siyasi kültürü yansıtması önemlidir.

Siyasi kültür, sınıfsal yapı veya ekonomik menfaatler gibi birtakım toplumsal koşullar ve belki de toplumlararası yahut toplumlar-üstü başka

³⁶ Bkz. GÖNENÇ, Levent: “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 56 (1), 2007, s. 151; DUCHACEK, Ivo D.: “National Constitutions”, Comparative Politics, 1, 1968, s. 93; DUCHACEK, Ivo D.: “Constitution/Constitutionalism”, The Blackwell Encyclopedia of Political Science içinde, Bogdanor, Vernon (ed.), Macmillan, Londra 1991, s. 142.

³⁷ KONTACI, 2016, s. 14; CHOUDHRY, s. 573-575.

³⁸ BELLAMY, s. 198.

³⁹ LERNER, 2010, s. 72.

⁴⁰ FRANKLIN / BAUN, s. 6.

⁴¹ FRANKLIN / BAUN, s. 9.

koşulların içinde bulunduğu bir dizi etkenle birlikte, anayasal kurumların doğması, yaşaması ve etkin bir biçimde uygulanması açısından belirleyici bir rol oynamaktadır⁴². Demokratik siyasi kurumların istikrarlı ve etkin olabilmesi, uygulandıkları toplumda geçerli olan siyasi kültürle uyum içinde olmalarına bağlıdır⁴³. Öyle ki, dışarıdan ithal edilen ve yöneldiği toplumun siyasi kültürünü yansıtmayan kurumsal düzenlemelerin başarı şansı çok düşüktür⁴⁴. Siyasi kültür tartışmalarında karşımıza çıkan ve siyasi kültürün özel bir biçimi olduğu vurgulanan “anayasal kültür” kavramı da aynı önermeyi sunmaktadır. Buna göre, her anayasa metni, o metnin kaleme alınmasını, yorumlanmasını ve gelişimini etkileyen bir kültür üzerine inşa edilir; onu sembolleştirir ve somutlaştırır⁴⁵. Başka bir ifadeyle, anayasalar, yapıldıkları zaman toplumda hâkim olan değerleri, inançları ve menfaatleri veya bunların bir uzlaşmasını yansıtır⁴⁶.

Bir toplumdaki hâkim siyasi kültür ile anayasa arasındaki ilişki, özellikle derinden bölünmüş toplumlarda ön plana çıkar. Böyle toplumlar için “adil” bir anayasa üzerine diyaloglar kurulacaksa, tüm tarafların düşüncelerini ve etno-kültürel taleplerini dile getirebilir olması büyük önem taşır. Öyle ki, böyle bir diyalogda hiçbir taraf ne sessiz kalmak ne de onlara zorla kabul ettirilmiş kurum ve geleneklerin dilinde konuşmak isteyecektir. Dolayısıyla, herkesin bir diğerini, karşı tarafın söylemleriyle dinleyebilmesi, çağdaş anayasacılık adına büyük önemi olan ve belki de atılması en zor ilk adımdır. Bu sayede, toplumun ortak paydası niteliğindeki anayasal değerlerin ve ilkelerin, toplumsal uzlaşma sonucunda anayasaya yansması gerçekleşebilir. Elbette ki, bu süreçte siyasi kültürün değişken olabileceği de unutulmamalıdır. Tam da bu nedenle, farklı etno-kültürel yapıları barındıran toplumların, kültürel farklılaşmayı bertaraf etme amacını güden, tek ve sabit bir bakış açısı ve dışlayıcı bir tutumla değil; olası değişikliklere uyum sağlayabilecek bir anayasa anlayışıyla değerlendirilmesi doğru olacaktır. Eğer bir anayasa, toplumun düşünsel olarak kolayca bölünebileceği, ayrışmaların söz konusu olduğu konularda kapsayıcı olmayan hükümler içeriyorsa, tartışmalı ve kolay kırılabilen bir

⁴² GÖNENÇ, Levent: “Anayasal Değişim”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (4), 2013, s. 1074-1075.

⁴³ ALMOND / VERBA, s. 33, 349, 360 vd.

⁴⁴ Bkz. FRANKLIN / BAUN, s. 1-10; ALMOND / VERBA, s. 498.

⁴⁵ VORLANDER, Hans: “What is Constitutional Culture?” Constitutional Cultures: On The Concept and Representation of Constitutions In The Atlantic World içinde, Hensel, Silke / Bock, Ulrike / Dirksen, Katrin / Thamer, Hans-Ulrich (ed.), Cambridge Scholars, Newcastle 2012, s. 21, s. 27-31.

⁴⁶ WHEARE, s. 98.

metin haline gelmesi de kaçınılmaz olacaktır⁴⁷. Bunun sonucunda, anayasal değerlere yönelik tartışmaların yoğunluğu ve yaygınlığı da artacağından; yalnızca anayasanın değil, demokratik sistemin kırılabilirliği de katmerlenmiş olacaktır.

“Taze başlangıçlar” olarak nitelendirilen anayasalar, eskiden olduğu gibi yalnızca zulme karşı koruyan ve hakları düzenleyen metinler değildir⁴⁸. Aksine, anayasa, uzak bir geçmişte yapılmış özgün bir metinden daha çok, düzenli aralıklarla yapılan kültürlerarası diyaloglar sonucu ulaşılan, bitmeyen bir sözleşmeler serisidir⁴⁹. Etno-kültürel çeşitliliğin çatışmalar yarattığı bölünmüş toplumlarda anayasal dengeyi sağlayabilmek için de anayasalara bu esnek anayasacılık gözlüğüyle bakmak yerinde olabilir. Not etmek gerekir ki, anayasal değişim için gerekli olan anayasaların ördüğü duvarların hareket ettirilmesi, “*içindeki mobilyaların değiştirilmesinden daha zor; ancak, bütün evin yıkılmasını gerektirmeden yeniden şekillenebilecek kadar da kolay*” olmalıdır⁵⁰. Buna karşın, buradaki ince çizgi; anayasal değişimin, anayasa kavramının hiyerarşik üstünlüğünü zedelemeyecek ölçüde ve sıklıkta olması gerekliliğidir. Bu şekilde, özellikle etno-kültürel çeşitliliğe sahip toplumlarda, daha fazla ihtiyacı karşılaması beklenen anayasalar; sistemin sigortası ve bir çeşit uzlaşma zemini olarak görülebilecektir.

Anayasaların, dengeleyici bir unsur ve güvence mekanizması olarak görülebilmesi için, toplumun siyasi kültürünün sahip olduğu çeşitliliğin anayasalara da yansması veya en azından bu çeşitliliğin görmezden gelinmemesi gerekir. Öğretide, özellikle etno-kültürel çeşitliliğin söz konusu olduğu toplumlarda, bunu gerçekleştirebileceği ileri sürülen farklı önerilere rastlamak mümkündür.

III. BÖLÜNMÜŞ TOPLUMLARDA ETNO-KÜLTÜREL ÇEŞİTLİLİĞİN ANAYASALARDA TANINMASINA YÖNELİK ÖNERİLER

Anayasal değerler üzerinde uzlaşıya varamamış toplumlar için bu kapsamda ileri sürülen önerilerden ilki “anayasal vatanseverlik (*constitutional patriotism*)” yaklaşımıdır. Kavram, Türkçeye “anayasal vatandaşlık” veya “anayasal yurttaşlık” olarak çevrilmişse de

⁴⁷ AKZIN, Benjamin: “The Place of The Constitution In The Modern State”, *Israel Law Review*, 2 (1), 1967, s. 15.

⁴⁸ WHEARE, s. 9, 13-14; DUCHACEK, Ivo. D.: “Constitution/Constitutionalism”, *The Blackwell Encyclopedia of Political Institutions* içinde, Bogdanor, Vernon (ed.), Blackwell, 1987, s. 144.

⁴⁹ TULLY, s. 26.

⁵⁰ AKZIN, s. 12.

anayasalarda vatandaşlık ögesi halihazırda çoğunlukla belirtildiği için; bu kavram, sanki anayasadaki vatandaşlık hükmüne duyulan bağlılık gibi anlaşılabilir⁵¹. Kavram, *Dolf Sternberger* tarafından, II. Dünya Savaşı sonrası milliyetçiliğin sakıncalı bir kavram olarak görülmesi nedeniyle, “anayasaya bağlılık” (*Verfassungspatriotismus*) anlamına gelecek şekilde daha önce de kullanılmış; ancak, *Jürgen Habermas*’ın yaklaşımıyla, çok kültürlü toplulukları içinde barındıran devletlerin siyasi meşruluk ve temsil krizlerine bir cevap bulma çabasında, geleneksel çerçevenin dışına çıkabilmiştir⁵². “Anayasaya bağlılık” anlayışına göre, kişilerin ortak paydası etno-kültürel aidiyetler değil; demokratik siyasi kültürdür. Buna göre, yalnızca bu şekilde paylaşılmış ve odak noktası ortak demokratik ilkeler olan bir siyasi kimlik, çok kültürlü bir toplumdaki farklılıkların ve bu farklı yaşamların bütünlüğünü görmeyi sağlayacaktır⁵³. Anayasal demokratik ilkelere bağlılık olarak özetlenebilecek bu yaklaşım, siyasi bir yapıya dahil olmanın tercih edildiği, ona ait olmamayı seçme hakkının ise saklı tutulduğu ve kişinin öznel haklarının güvence altına alındığı kurumsal bir yapı varsayımından yola çıkmaktadır⁵⁴. Ne var ki, bu yaklaşımın açmazı, derinden bölünmüş toplumların çoğunlukla sağlayamadığı, anayasa yapımı öncesi siyasi liberalizm ilkelerinin ön kabulünü ve buna bağlılığı gerektirir olmasıdır⁵⁵. Bu ön kabullerin yerleşmediği toplumlarda ise, özellikle etno-kültürel kimliklere ilişkin anayasal tanınma taleplerini karşılamaktan uzak; aksine, onları görmezden gelmeye ve belki de zayıflatmaya elverişli bir yaklaşıma dönüşmesi olasıdır.

Öğretide yer alan ve toplumun ortak paydasının demokratik ilkeler olmasından yola çıkan bir diğer yöntem, “aşamalı anayasa yapımı

⁵¹Anayasal vatandaşlık konusunda ayrıca bkz. MOORE, Wayne D.: “Constitutional Citizenship”, *Constitutional Politics* içinde, Barber, Sotirios A. / George, Robert P. (ed.), Princeton University Press, Princeton 2001, s. 238-261.

⁵²GÖZTEPE, Ece: “Yurttaşlığın Kamusal ve Ulusüstü Boyutu: Avrupa Yurttaşlığı ve ‘Göçmen Forumu’ Örnekleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 (4), 2003, s. 230.

⁵³HABERMAS, Jürgen: "Citizenship and National Identity," *Between Facts and Norms: Contributions To A Discourse Theory of Law and Democracy* içinde, Habermas, Jürgen (ed.), MIT Press, Cambridge 1996, s. 496-500. Anayasal vatanserverliğe ilişkin ayrıca bkz. MULLER, Jan-Werner, *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, Princeton 2007; MULLER, Jan-Werner, “On the Origins of Constitutional Patriotism”, *Contemporary Political Theory*, 5, 2006, s. 278-296; MULLER, Jan-Werner, "A General Theory of Constitutional Patriotism", *International Journal of Constitutional Law*, 6 (1), 2008, s. 72-95.

⁵⁴GÖZTEPE, s. 236-237.

⁵⁵LERNER, 2010, s. 70.

yaklaşımı” (*incrementalist approach to constitution-making*)dır. Buna göre, derinden bölünmüş toplumlarda, anayasal değerler üzerinde önemli ve giderilmesi güç görüş ayrılıkları, meşruiyeti yüksek ve uzlaşmaya dayalı bir anayasanın kabulünü engelleyeceğinden; anayasalarda, üzerinde uzlaşılabilen ve çözülmesi zor temel konulara ilişkin keskin değil, “yuvarlak” ifadeler kullanılması ve söz konusu temel değerlere yönelik sorunların çözümünün anayasa yapımı sonrası olağan ve görece daha esnek olan siyasi süreçlere bırakılması gerekir. Bu yaklaşım, anayasa yapımında “süratle değil bilgelikle” felsefesinin izlenmesini ve bu nedenle ani dönüşümlerle anayasa değişiklikleri yapılmaması gerektiğini savunur. Dolayısıyla, anayasal değerlere ilişkin yaşanan çatışmaları bir an önce çözmek amacıyla, çatışmaları daha da besleyen, ayrıştırıcı bir anayasa metninden; zıtlıklara ilişkin çözümlerin yavaş ve kademeli bir şekilde geleceğe bırakılmasını önerir⁵⁶. Kuşkusuz bu “çözumsuzlük çözümü” bazı olası riskler taşımaktadır. Bunlardan ilki, başvuru anayasa yapım yönteminin uzlaşmaya ilişkin takvimi belirsiz kılışı ve bunun da toplumsal değişime ilişkin farkında olmadan çizilen sınırların yaratabileceği aşırı katılık ihtimalidir. Böylece, hızlı bir sosyo-ekonomik değişime farkında olmadan sistematik sınırlar çekilebileceği, dile getirilen eleştiriler arasındadır⁵⁷. Buna göre, yaklaşım sonucu tercih edilen muğlak anayasal ifadeler, anayasanın değiştirilmesine yönelik katılığı ve var olan durumu pekiştirmeye kapı aralayabilecektir⁵⁸. Yine, tercih edilen yuvarlak anayasal hükümler nedeniyle, kişiler hukukuna ilişkin birtakım hak ve özgürlüklerden veya dini özgürlükler gibi bazı temel haklardan taviz verilebilmesi olası olduğu gibi; çözüme kavuşturulmamış anlaşmazlıkların anayasal alandan siyasi alana devredilmesiyle, yasama ve yargı kurumları arasında bir tür kutuplaştırıcı etkinin ortaya çıkması da mümkündür⁵⁹. Derinden bölünmüş toplumlardaki kırılganlık, söz konusu risklerin gerçekleşme ihtimalini daha da arttırmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu yaklaşımın, katılımlı anayasa yöntemiyle bir arada kullanıldığı takdirde, derinden bölünmüş toplumlarda ihtiyaç duyulan siyasal ve

⁵⁶ LERNER, 2010, s. 79-82, 85. Aşamalı anayasa yapımına ilişkin bir değerlendirme için ayrıca bkz. GÖNENÇ, Levent: “Anayasa Yapım Sürecinde Temel Tercihler” (2013), Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan içinde, C. 2, Ankara 2013, s. 1084-1085.

⁵⁷ STEPAN, Alfred: “Paths Toward Redemocratization: Theoretical and Comparative Considerations”, *Transitions from Authoritarian Rule: Comparative Perspectives* içinde, O’Donnell, Guillermo / C. Schmitter, Philippe / Whitehead, Laurence (eds.), Johns Hopkins University Press, Baltimore 1986, s. 80.

⁵⁸ LERNER, 2010, s. 83; LERNER, 2011, s. 210-211.

⁵⁹ LERNER, 2010, s. 82-84; LERNER, 2011, s. 208-212.

sosyal diyalog mekanizmalarını güçlendirerek, toplumsal bütünleşmeye katkıda bulunabileceği ve taşıdığı risklerin azaltılabileceği de ileri sürülen görüşler arasındadır⁶⁰. Öyle ki, derin düşünce ayrılıklarının yaşandığı etno-kültürel anlamda çeşitliliğe sahip toplumlarda en önemli zorunluluk, herhangi bir grubun anayasal tanınmanın dışında bırakılmasının önlenmesidir⁶¹.

Aşamalı anayasa yapımı yaklaşımının, halihazırda bölünmüş toplumlar için önerildiği düşünüldüğünde; söz konusu risklerin varlığı, yaklaşımı kendi içinde tartışmalı kılmaktadır. Öyle ki, anayasa yapım sürecinin temel nedenini, zaten bu birkaç adet temel sorunu çözme iddiasının oluşturduğu bölünmüş toplumlarda, eğer bu birkaç temel sorun da ertelenecek veya yaklaşımın önerdiği gibi “olağan siyasal süreçlere” bırakılacaksa, o zaman bu yola neden çıkıldığı sorusunu da sormak gerekir⁶². Başka bir ifadeyle, üzerinde kolaylıkla uzlaşıya varılamayan konuları bir anayasa metninde “çözmek” amacıyla anayasa yapımına kalkışan, etno-kültürel çeşitliliğe sahip bir toplumun, bu yaklaşımı neden tercih edebileceğini söylemek zordur. Ek olarak, bu yaklaşım, çözülememiş sorunların çözülemediğini ve temel konular üzerinde uzlaşı sağlanamadığını her zaman için topluma hatırlatacak; böylece var olan çatışmalar, devam eden siyasi süreçlerde de aynı yoğunlukla yaşanabilecektir. Yukarıda da değinildiği gibi, bir sistemi kırılğan kılan ise anayasal değerlere yönelik tartışmaların güncel siyaset içerisindeki yoğunluğu ve sıklığıdır. O halde, önemi büyük olan ve temel anayasal değerlere ilişkin çözülememiş sorunların siyasi süreçlerde yaratacağı bu çatışmalar, demokratik siyasi sistemlerde eninde sonunda istikrarsızlığı ve kırılğanlığı da yaratacaktır⁶³.

IV. SONUÇ

“*Haida Gwaii'nin Ruhü*”, anayasal bir var olma çabasının simgesidir. Yapıt, etno-kültürel yapısı çeşitli ve hatta değişken olan toplumlarda yaşanan çatışmalara ve anayasal tanınma taleplerine; kanodaki her bir yolcunun, etno-kültürel kimliği ve bunun tanınması için

⁶⁰ GÖNENÇ, 2013, s. 1074, 1084-1085.

⁶¹ Bkz. DIAMOND, Larry: *Developing Democracy: Toward Consolidation*, Johns Hopkins University Press, Baltimore 1999, s. 104; LIJPHART, Arend: “Constitutional Design For Divided Societies”, *Journal of Democracy*, 15(2), 2004, s. 99-100.

⁶² Aynı yönde bkz. KONTACI, Ersoy: *Bahçeşehir Toplantıları Üzerine Notlar-II (Aşamalı Anayasa Yapımı)*, 8 Aralık 2011, <http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/?x=cat:17>, (Erişim Tarihi: 10.10.2018).

⁶³ ALMOND / VERBA, s. 349.

devam eden mücadelesine ve her şeye karşın hepsinin birlikte kürek çekmeye devam etmesine işaret eder. Sonuç olarak şunu ifade etmek gerekir: Her topluma uyan, sabit ve sihirli bir anayasal model yoktur. Anayasaların, meşru kalabilmeleri ve yaşayabilmeleri için yöneldikleri toplumun siyasi kültüründen izler taşımaları beklenir. Dolayısıyla, özellikle bölünmüş toplumlarda, etno-kültürel çeşitliliğin yarattığı çatışmaların anayasalar aracılığıyla çözümlenebilmesi için donmuş anayasacılık kalıplarıyla değil; söz konusu çeşitliliğin yansıtılabileceği esnek anayasa anlayışıyla hareket edilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, toplum içerisindeki değişken siyasi kültüre karşı dayatmacı olmayan anayasalar, tıpkı kendileri gibi, demokratik kurumların da istikrarını ve etkinliğini sağlayabilecektir. Önemli olan, anayasaların toplumda etno-kültürel farklılıkların yol açtığı sorunların çözümlenmesi için bir köprü görevi görmesidir. Yoksa anayasal değerler üzerinde yaşanan çatışmaların çözümlenebileceği tek ve sihirli bir yöntemin var olduğunu iddia etmek güçtür. Başka bir deyişle, anayasalar, birbirini dinleme ve uzlaşma aracı olma nitelikleriyle, söz konusu çatışmaları çözümleyebilmek adına bir fırsat sunarlar. Bu fırsatın değerlendirilebildiği rejimlerde de sistemin bir sigortası olarak görülebilirler. Bitirirken eklemek gerekir ki, söz konusu uzlaşmanın sağlanabilmesi için anayasalarda çeşitli araçlar da öngörülebilir. Bunlar arasında sivil toplumların -örneğin komisyon aşamasında- yasama sürecine dâhil edilmesi, siyasi hayatta her kesime kota uygulamasına geçilmesi, siyasal örgütlenme ve düşünce özgürlüklerinin daha geniş düzeyde tanınması sayılabilir. Bu sayede, sorunların çözümüne dair bir düşünce birliği olmasa dahi; uzlaşmanın sağlanabilmesi için gerekli olan, devletin üzerine kurulacağı ve anayasada tanımlanması beklenen ortak değerlerde ve ilkelere anlaşılabilir.

KAYNAKÇA

- ACKERMAN, Bruce: "The Living Constitution", Harvard Law Review, 120, 2007.
- ALMOND, Gabriel A. / VERBA, Sidney: The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy In Five Nations, Sage Publications, California 1989 (ilk baskı, Princeton University Press, Princeton 1963).
- ARISTOTELES: Politics (çev. Ernest Barker), Oxford University Press, Oxford 1995.
- AKZIN, Benjamin: "The Place of The Constitution In The Modern State", Israel Law Review, 2 (1), 1967.
- BARZILAI, Gad: Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities, University of Michigan Press, Ann Arbor 2003.
- BELLAMY, Richard: "Dealing With Differences: Four Models of Pluralistic Politics", Parliamentary Affairs, 53 (1), 2000.
- ÇELİK ULUSOY, Demet: "Federal Toplumunu Anlamak: Federal Sistemlerin Sosyolojik Yaklaşımı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (3), 2015.

- ÇELİK ULUSOY, Demet: Federal Sitemlerde Yetki Paylaşımı ve Yetki Uyuşmazlıklarının Yargısal Çözümü (Karşılaştırmalı), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- CHOUHRY, Sujit: “Constitutionalism In Divided Societies” (Editor’s Note), International Journal of Constitutional Law, 5 (4), 2007.
- CHOUHRY, Sujit: “Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design In Divided Societies”, Constitutional Design For Divided Societies: Integration or Accommodation? içinde, Choudhry, Sujit (ed.), Oxford University Press, Oxford 2008.
- DIAMOND, Larry: Developing Democracy: Toward Consolidation, Johns Hopkins University Press, Baltimore 1999.
- DUCHACEK, Ivo D.: “National Constitutions”, Comparative Politics, 1, 1968.
- DUCHACEK, Ivo. D.: “Constitution/Constitutionalism”, The Blackwell Encyclopedia of Political Institutions içinde, Bogdanor, Vernon (ed.), Blackwell, 1987.
- DUCHACEK, Ivo D.: “Constitution/Constitutionalism”, The Blackwell Encyclopedia of Political Science içinde, Bogdanor, Vernon (ed.), Macmillan, Londra 1991.
- DUVERGER, Maurice: Siyaset Sosyolojisi (çev. Ş. Tekeli), Varlık Yayınları, İstanbul 1982.
- ELKINS, Zachary / GINSBURG, Tom / MELTON, James: The Endurance of National Constitutions, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- ERHÜRMAN, Tufan: “Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi: Birleşik Kıbrıs Örneği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (1), 2012.
- HEYWOOD, Andrew: Politics, 2. Bası, Palgrave Foundations, New York 2002.
- FRANKLIN, Daniel P. / BAUN, Michael J. (ed.): Political Culture and Constitutionalism: A Comparative Approach, M. E. Sharpe, Inc., New York 1995.
- GÖNENÇ, Levent: “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 56 (1), 2007.
- GÖNENÇ, Levent: “Anayasal Değişim”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (4), 2013.
- GÖNENÇ, Levent: “Anayasa Yapım Sürecinde Temel Tercihler”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan içinde, C. 2, Ankara 2013.
- GÖZTEPE, Ece: “Yurttaşlığın Kamusal ve Ulusüstü Boyutu: Avrupa Yurttaşlığı ve ‘Göçmen Forumu’ Örnekleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52 (4), 2003.
- HABERMAS, Jürgen: "Citizenship and National Identity," Between Facts and Norms: Contributions To A Discourse Theory of Law and Democracy içinde, Habermas, Jürgen (ed.), MIT Press, Cambridge 1996.
- KONTACI, A. Ersoy: Kırılgan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü (2016), Savaş Yayınevi, Ankara 2016.
- KONTACI, Ersoy: Bahçeşehir Toplantıları Üzerine Notlar-II (Aşamalı Anayasa Yapımı), 8 Aralık 2011, <http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/?x=cat:17>, (Erişim Tarihi: 10.10.2018).
- LERNER, Hanna: Making Constitutions In Deeply Divided Societies, Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- LERNER, Hanna: “Constitution-Writing In Deeply Divided Societies: The Incrementalist Approach”, Nations and Nationalism, 16 (1), 2010.
- LJPHART, Arend: “Constitutional Design For Divided Societies”, Journal of Democracy, 15(2), 2004.
- LIPSON, Leslie: Politika Biliminin Temel Sorunları (çev. Tuncer Karamustafaoğlu), AÜHF Yayınları, Ankara 1978.
- LUSTICK, Ian: “Stability in Deeply Divided Societies: Consociationalism Versus Control”, World Politics, 31 (3), 1979.

- MOORE, Wayne D.: “Constitutional Citizenship”, Constitutional Politics içinde, Barber, Sotirios A. / George, Robert P. (ed.), Princeton University Press, Princeton 2001.
- MULLER, Jan-Werner, Constitutional Patriotism, Princeton University Press, Princeton 2007.
- MULLER, Jan-Werner, “On the Origins of Constitutional Patriotism”, Contemporary Political Theory, 5, 2006.
- MULLER, Jan-Werner, "A General Theory of Constitutional Patriotism", International Journal of Constitutional Law, 6 (1), 2008.
- OLICK, Jeffrey / OMETTCHENKO, Tatiana: “Political Culture”, International Encyclopedia of The Social Sciences içinde, Darity, William A. (ed.), 2. Bası, MacMillan Library Reference, Michigan 2008.
- ÖZBUDUN, Ergun: Çağdaş Türk Politikası, Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller (çev. Ali Resul Usul), Doğan Kitap, İstanbul 2003.
- ÖZBUDUN, Ergun: “Anayasa Yapımında Perakendeci Yöntem”, Yeni Türkiye (50), 2013.
- PATRICK, Glenda M.: “Political Culture”, Social Science Concepts: A Systematic Analysis içinde, Sartori, Giovanni (ed.), Sage Publications, Beverly Hills 1984.
- PITKIN, Hanna Fenichel: “The Idea of A Constitution”, Journal of Legal Education, 37 (2), 1987.
- PRZEWORSKI, Adam: Democracy and The Market: Political and Economic Reforms In Eastern Europe and Latin America, Cambridge University Press, Cambridge 1991.
- PYE, Lucian W.: “Political Culture” (1968), International Social Encyclopedia of The Social Sciences içinde, Sills, David L. (ed.), 12, The Macmillan, New York 1968.
- PYE, Lucian: “Political Culture” (1995), The Encyclopedia of Democracy içinde, Lipset, Seymour Martin (ed.), Congressional Quarterly, 3, 1995.
- TULLY, James: Strange Multiplicity: Constitutionalism In An Age of Diversity, Cambridge University Press, Cambridge 1995.
- VERBA, Sidney: “Comparative Political Culture,” Political Culture and Political Development içinde, Pye, Lucian W. / Verba, Sidney (ed.), Princeton University Press, Princeton 1965.
- VORLANDER, Hans: “What is Constitutional Culture?” Constitutional Cultures: On The Concept and Representation of Constitutions In The Atlantic World içinde, Hensel, Silke / Bock, Ulrike / Dirksen, Katrin / Thamer, Hans-Ulrich (ed.), Cambridge Scholars, Newcastle 2012.
- WEBER, Max: “The Nature of Social Action”, Weber: Selections in Translation içinde, Runciman, W. G. (ed.), Cambridge University Press, Cambridge 1978.
- WELCH, Stephen: The Theory of Political Culture, Oxford University Press, Oxford 2013.
- WHEARE, Kenneth C.: Modern Constitutions, Oxford University Press, 2. Bası, Oxford 1966.
- WILSON, Richard W.: “The Many Voices of Political Culture: Assessing Different Approaches”, World Politics, 52 (2), 2000.
- WOLIN, Sheldon S.: The Presence of The Past: Essays On The State and The Constitution, Johns Hopkins University Press, Baltimore 1989.

İDARİ YARGILAMADA MAKUL SÜRE KAVRAMININ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İNCELENMESİ

THE CONCEPT OF REASONABLE TIME IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION IN THE LIGHT OF EUROPEAN HUMAN RIGHTS COURT (ECtHR) DECISIONS

DOI: 10.21492/inuhfd.462996

Bayram KESKİN*

Özet

Yargı alanında insan haklarının en önemli yansıması adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma, hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biridir. Bu hak, yargılama faaliyetlerinin yerine getirilmesinde uyulması gereken esasları belirleyen ve yargılama süreci ile birlikte, yargılama öncesi ve sonrası dönemi de kapsayan bir haktır. Bu hak ile ilgili ulusal ve uluslararası metinlerde bir takım hükümler getirilmiştir. Adil yargılanma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gibi birçok uluslararası sözleşme veya beyannameye yer alan, hukuk sistemimizde de anayasal düzeyde kabul edilmiş temel bir haktır. Makul sürede yargılanma hakkının çerçevesi, adil yargılanma ilkesinin de temel ögesini oluşturmaktadır. AİHS, makul sürede yargılanma hakkı güvencesinin sağlanması amacıyla mutlak bir süre öngörmemiştir. Ancak, AİHS'nin iç hukukta uygulanıp uygulanmadığının yargısal denetimi ile görevli olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), makul sürenin belirlenmesi amacıyla bir kısım ölçütler getirmiştir. AİHM, görülmekte olan davalara ilişkin her bir somut olayın özellikleri yanında bu ilkeleri de göz önüne almaktadır. Başvurucular, idari uyuşmazlıklar ile ilgili AİHM'ne yaptıkları başvurularda en çok, davaların uzun süre geçmesine rağmen sonuçlandırılmamasından yakınmaktadır. AİHS'nin getirdiği kriterlere paralel olarak anayasal ve kanuni düzenlemeler yapılmış, buna rağmen gelinen noktada bir takım eksik ya da aykırı düzenlemelerin var olduğu anlaşılmıştır. AİHM, adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından olan makul sürede yargılanma hakkı, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama hakkı ve mahkemeye başvuru hakkı gibi konularda AİHS'nin 6'ncı maddesine bir takım aykırılıklar olduğunu tespit etmiş; söz konusu aykırılıklar nedeniyle de Türkiye aleyhine bir çok ihlal kararı vermiştir. AİHM, idari uyuşmazlıklara ilişkin verdiği bazı kararlar ile ülkemizde idari yargılama hukukunun gelişimine katkıda bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idari yargılama hukuku.

* Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. (E-mail bayram.keskin@kocaeli.edu.tr), (Orcid ID- 0000-0003-0562-048X)
Makale Gönderilme Tarihi: 23.09.2018 Submitted: 23.09.2018
Makale Kabul Tarihi: 27.11.2018 Accepted: 27.11.2018

Abstract

The most important reflection of human rights in the field of judiciary is the right to fair trial. The right to a fair trial, which is essential element of the rule of law, determines the rules and principles that govern judicial process with all its stages such as pre-trial, trial and post-trial phase of the adjudication. Not only judiciary but also all other state institutions must abide by this principle. A number of provisions regarding this right are made in both national and international instruments. The right to a fair trial, which is mentioned in various kinds of international legal texts, conventions and agreements including European Convention on Human Rights, is fundamental part of our legal system at constitutional level. ‘The right to trial within a reasonable time’ is the main subordinate element of the right to fair trial. The European Convention on Human Rights does not specify a definite time to protect ‘the right to trial within a reasonable time’. However, the European Court of Human Rights, which has the secondary role to supervise domestic protection of the Convention, determines some criteria for determination of reasonable time. While examining the cases before it, the Court scrutinizes the specifications of each concrete case, the criteria as well. Applicants mostly allege the excessive length of judicial proceedings for their applications lodged with the ECtHR related to administrative cases. Notwithstanding the fact that there are abundant Constitutional and statutory amendments which are made according to 6. article of the ECHR and case law of the Court, there are still lots of shortcomings in domestic legal system in respect of the right to a fair trial. These deficiencies mainly revolve around different aspects of fair trial such as; trial within reasonable time, equality of arms, right to a contentious trial, right to a court. It can easily be said that aforementioned problematic issues pave the way for abundant case law which is rendered against Turkey. The Court have made contribution to the development of administrative procedure law with the judgments of the ECtHR regarding administrative disputes.

Keywords: The right to fair trial, the right to trial within a reasonable time, the European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights (ECtHR), administrative procedure law.

I. GİRİŞ

Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin etkili olacak şekilde ele alınması amacıyla, hukuk devleti ilkesinin temeli olan “adil yargılanma hakkı”, bireylere haklarının ihlâli durumunda yargı yerlerinde hak arama teminatı vermektedir. Adil yargılanma hakkı, demokratik bir toplumda adaletin yerine getirilmesi ve adil bir biçimde dağıtılması yönünden vazgeçilmez bir unsurdur.

Avrupa’nın anayasası olarak kabul edilen AİHS’nin 6’ncı maddesinin içeriği, “adil yargılanma hakkı”na ilişkin ayrıntılı hükümler öngörmektedir. Bu madde ceza, medeni hukuk ve idari davalara ilişkin konularda adil yargılanma hakkı güvencesi getirmiştir. Söz konusu güvenceyi sağlamak amacıyla maddede “*yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından*”, “*kamuya açık bir biçimde*” ve “*makul bir süre içinde*” bir davanın görülmesi şartları öngörülmüştür. “*Gecikmiş adalet adalet değildir*” özdeyişi, adil yargılanma hakkının temelini

oluşturan “*yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması*”nın önemini ortaya koymaktadır.

Yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması, bireyleri yargılama faaliyetinin sürüncemede kalmasına karşı korumakta ve içinde buldukları belirsiz durumun giderilmesini sağlamaktadır¹. 1982 Anayasası’nın 141’inci maddesinde davaların “*mümkün olan süratle*” görülmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yargısal işlemlerde gecikme olduğu Anayasa tarafından kabul edilmekle birlikte, AİHS’nin 6’ncı maddesinde “*davaların makul sürede sonuçlandırılmasını isteme*” şeklinde bireylere bir hak olarak tanınan bu durum, Anayasa’da yargı erkine bir görev olarak verilmiştir².

Adaletin yavaş işleminin, diğer bir ifadeyle, davaların makul bir sürede bitirilmemesinin sonuçları, “*idari yargı sistemi*” göz önüne alındığında, daha da ciddi bir boyut kazanmaktadır. Zira idari işlemler “*hukuka uygunluk karinesi*”nden faydalanmakta ve “*icrai olma*” niteliği sebebiyle hukuk âleminde sonuçları derhal doğmaktadır. Bir idari işleme karşı dava açılması dahi doğrudan işlemin yürütülmesini durdurmamakta ve ilgili idare, işlemini yürütmeyi sürdürmektedir. Dolayısıyla, idari uyuşmazlıkların makul sürede sonuçlandırılması bireylerin adil yargılanma hakkının zedelenmesinin önlenmesi noktasında büyük önem taşımaktadır.

AİHS’nin 6’ncı maddesine yönelik hazırlık çalışmalarında Sözleşme dışında bırakılan idari yargı konusunda 1980’li yıllarda bir anlayış değişimi yaşanmış ve AİHM, idari yargı alanındaki konuları AİHS’nin 6’ncı maddesinde bir koşul olarak öngörülen “*medeni hak*” kapsamına dahil etmek suretiyle incelemiştir³. Bu çerçevede, idari yargıda görülen davalarda yaşanan hak ihlallerine ilişkin AİHM’ne pek çok başvuruda bulunulmuştur.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 24.2.2010 tarihli ve (2010)3 sayılı Tavsiye Kararı’na göre, yargısal

¹ KARTAL, Adem: “*Makûl Sürede Yargılanma Hakkı ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu ile İnsan Hakları Tazminat Komisyonunun Söz Konusu Hakkı Korumadaki İşlevleri*”, Terazi Hukuk Dergisi, S.100, Y.2014, s.39.

² BAŞPINAR, Ahmet: “*İdari Yargıda Makûl Süre İçin Öneriler*”, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No:70, Y.2004, Sempozyum (Danıştay ve İdari Yargı Günü 136. Yıl), s. 21.

³ KALAY, Jale: “*AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi*”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 8.

faaliyetlerde oluşan makul olmayan gecikmeler, AİHM tarafından incelenen konuların başında gelmektedir⁴.

Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler tarafından, AİHM'nin verdiği kararlardaki eleştiriler ve öneriler çerçevesinde, iç hukuktaki davalarda yargılamanın sürüncemede kalmasına karşı bir kısım hukukî düzenlemeler yapılmış, bu kapsamda “önleyici”, “tazmin edici” nitelikte ve “bireysel başvuru yolu” şeklinde iç hukuk yolları ihdas edilmiştir. Nitekim 7.5.2010 tarihinde yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 148'inci maddesinde yapılan değişiklikle bireysel *başvuru hakkı* getirilmiş olup, Anayasa Mahkemesi tarafından idari yargıda görülen davaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla yapılan başvurularda ihlâl kararları verilmiştir⁵.

Bu çalışmada, ilk olarak makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak AİHM ve yargı içtihatları ışığında “makul süre”nin tanımı ve kapsamı konusunda bilgiler verilmiştir. Sonrasında, AİHM'nin makul sürede yargılama yapılması hususunda genel çerçeve olarak kabul ettiği ölçütlerin idari yargı alanında ne şekilde uygulandığı/uygulanabileceği tartışılmış; AİHS'nin 6'ncı maddesinde öngörülen koşulun (medeni hak ve yükümlülükler) idari yargı alanında uygulama yöntemleri ele alınmıştır. Son olarak, T.C. Anayasası, AİHS hükümleri ve AİHM kararları ile getirilen öneriler çerçevesinde idari yargı faaliyetlerinde meydana geldiği kabul edilen gecikmelere ilişkin iç hukukta ne gibi önlemler alındığı/alınması gerektiği konuları incelenmiş; sonuç ve öneriler bölümü ile çalışma tamamlanmıştır.

II. MAKUL SÜRE KAVRAMI VE KAPSAMI

A. “Makul Süre” nin Tanımı

“Makul” kavramı ile kastedilen husus, hukukun temelindeki “sosyal bakımdan kabul edilebilir davranışların sınırı” olarak ifade edilmiştir⁶. Bireyleri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumayı amaçlayan “makul sürede yargılanma hakkı”nda belirtilen makul süre kavramı Anayasa'nın 141'inci maddesinde açıkça tanımlanmamış,

⁴ Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation (2010)3 to Member States on Effective Remedies for Excessive Length of Proceedings, 24 February 2010. (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1590115>) E.T.15.06.2018.

⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 20.01.2016 tarih ve B. No:2013/9507 no'lu kararı için bkz.: (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/cc65e74c-12c5-4947-a8c1-87d9af26b4be?wordsOnly=False>) E.T.17.06.2018.

⁶ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “Yargılama Makamları Önünde Makul Süre”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Y. 1991, s.10.

yalnızca “*davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması gerektiği*” vurgulanmıştır.

AİHS'nin 6'ncı maddesindeki hükme göre, “*Herkes yargı önündeki başvurusunun, medeni hak ve sorumluluklarıyla ilgili anlaşmazlıklar ya da cezai alanda kendine yöneltilen suçlamaların özü hakkında karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*”

Anılan madde hükmü makul süre tanımına yer vermemiş, yalnızca makul sürede yargılanma hakkını, adil yargılanma hakkına ilişkin prensibin temel ayaklarından birisi olarak belirlemiştir. Nitekim AİHM, bir yargılama süresinin makul olup olmadığını Sözleşme'nin 6'ncı maddesi ve diğer ilgili maddelerini yorumlamak ve her bir başvurudaki somut olayın özelliklerini göz önüne almak suretiyle değerlendirmektedir. Diğer bir ifadeyle AİHM, her davada geçerli olabilecek mutlak bir süre belirlememiştir. Örneğin, kan nakli yapılan ve AIDS hastalığı bulaşan bir kişinin yaptığı başvuruda AİHM, ulusal mahkemede davanın yirmi bir ay sürmesini, hastanın sağlık durumunu dikkate almak suretiyle, makul süre aşımı olarak kabul ederek mahkûmiyet kararı vermiştir⁷.

Öte yandan, bir davanın sonuçlandırılması için gerekli olan makul bir süreye ilişkin ulusal hukukta da mutlak bir süre öngörülmemiştir. Zira her dava için geçerli, bütün ihtimallerin göz önüne alınarak standart bir sürenin tespitinin de imkânı bulunmamaktadır⁸.

Genel olarak “makul süre”, adaletin etkinliğini ve inanılabilirliğini zayıflatabilecek gecikmeler olmaksızın, bir ceza veya medeni hukuk ya da idari bir davanın makul bir süre içinde görülmesini sağlayan bir güvence olarak tanımlanabilir⁹. AİHM'ne göre, makul süre güvencesinin amacı, “*adalete olan güvenin sağlanması ve yargılamanın taraflarının uzun süreli usul gecikmelerine karşı korunması*”dır¹⁰.

Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde ve AİHM'nin içtihatlarında, bir kısım ülkelerin ulusal mevzuatının aksine, herhangi bir dava türü için özel bir yargılama süresi öngörülmemesi nedeniyle bir ulusal hukuktaki

⁷ BAŞPINAR, s.21.

⁸ TURAN, Hüseyin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İchtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.11, Y.2012, s.51.

⁹ H.-Fransa davası, 24 Ekim 1989, para. 58.

¹⁰ Stogmüller-Avusturya davası, 10 Kasım 1969, para. 5.

yargılama için belirlenen sürenin aşılması doğrudan 6'ncı maddenin ihlali anlamına gelmemektedir¹¹.

B. İdari Davalarda Makul Sürede Yargılanma Hakkının Kapsamı

Bir davada, makul süre güvencesine ilişkin dikkate alınacak sürenin belirlenmesi önem arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle, öncelikle sürenin başlangıç ve bitiş tarihlerinin saptanması gerekmektedir. Usûle ilişkin farklılıklar nedeniyle, ceza davaları ile medeni hukuk ve idari davalarda sürenin başlangıç ve bitiş farklılık arz etmektedir.

1. Bir İdari Davada Makul Sürenin Başlaması ve Sona Ermesi

İdari davalarda makul süre içinde yargılanma güvencesi, kural olarak ilk derece mahkemesinde ya da bazı idari uyuşmazlıklara ilişkin davalara ilk derece mahkemesi sıfatıyla doğrudan bakmakla görevli temyiz mahkemesinde¹² muhakeme usulünün kurulması amacıyla yapılan girişim ile başlamaktadır¹³. Genel olarak, ilk girişim olarak kabul edilen dava dilekçesinin mahkeme kaydına girdiği tarihte sürenin başladığı kabul edilmektedir¹⁴.

Berü-Türkiye davasında, AİHM, idari yargıda açılan tam yargı davasına ilişkin yargılamanın başlangıcı olarak “*davanın açıldığı tarihi*” esas almıştır¹⁵.

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya ilişkin verdiği bir kararında¹⁶, medeni hak ve yükümlülüklerle dair anlaşmazlıklara ilişkin idari yargılamada, sürenin başlama tarihi olarak “*davanın ikame edildiği tarih*”in esas alınacağını ifade etmiştir.

Bununla beraber, bazı durumlarda, örneğin bir idari merciye başvurulmasının mahkemede dava açılması için önkoşul olarak öngörüldüğü hallerde, AİHM, sürenin başlangıcı olarak, davanın açılmasından önceki bir tarihi, yani *zorunlu ön başvuru tarihini* kabul

¹¹ VİTKAUSKAS Dovydas/Grigoriy DİKOV: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması”, Avrupa Konseyi, Y.2012, s.73.

¹² Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalar için bkz. 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24 üncü maddesi.

¹³ EDEL, Frédéric: “The Length of Civil and Criminal Proceeding in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, Council of Europe, Y.2007, s.7.

¹⁴ TURAN, s. 56-57; *Erkner ve Hofauer-Avusturya davası*, 23 April 1987.

¹⁵ *Berü-Türkiye davası*, 11 Ocak 2011 (<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf>) E.T. 18.06.2018.

¹⁶ Sefahattin Akyıl, B. No: 2012/1198, 7.11.2013, para. 45, 47.

etmektedir¹⁷. Örneğin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13'üncü maddesi, idarenin faaliyetlerinden dolayı hakları ihlal edilenlerin, idare aleyhine dava ikame etmeden önce, ilgili kuruma müracaat ederek haklarının yerine getirilmesini istemeleri, zorunlu ön idari dava koşulu olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla, hak ihlaline uğrayan kişilerin ilgili idareye yaptıkları başvuru tarihi, makul süre güvencesinin başlangıç tarihi olarak esas alınabilecektir¹⁸. *Aydan-Türkiye* davasında, AİHM, tazminat davasına ilişkin yargılamanın başlangıcına esas olarak idareye yapılan başvuru tarihini almıştır¹⁹.

Aynı şekilde, *König-Almanya* davasında, AİHM, klinik işletme ve doktorluk yapma yetkisi iptal edilen başvurucu yönünden sürenin başlangıcı olarak idari yargıda açılan dava tarihini değil, başvurucunun ilgili idareye yaptığı başvuru tarihini esas almıştır²⁰.

Öte yandan, dava açılmasından önce bir idari makam tarafından ön inceleme yapılması gerektiği hallerde, mahkemeye başvuru öncesinde ilgili idareye yapılacak itiraz başvurusu da sürenin başlangıcında esas alınabilmektedir²¹. Örneğin, kamu ihaleleri kapsamında ilgili idarelerin aldıkları kararlara karşı, 4734 sayılı Kamu İhaleleri Kanunu'nun 54'üncü maddesi uyarınca, idari yargıda iptal davası açılmadan önce bitirilmesi zorunlu idari müracaat yolu olarak öngörülen “şikayet” ve “itirazın şikayet” başvuruları süre hesabında göz önünde bulundurulacaktır.

İdari yargılamada makul süre güvencesi, ceza ve medeni hukuk davalarında olduğu gibi, nihai kararın verilmesine kadar sürmektedir. İlk derece mahkemesinin kararı kesin ise, diğer bir ifadeyle bu karara karşı bir kanun yolu öngörülmemiş ise, sürenin bitimi karar tarihidir. Ancak, kanun yolu öngörülmüş durumlarda süre, mahkeme kararına karşı yapılan kanun yolu başvurusu üzerine yüksek mahkeme tarafından verilen kararın ilgili kişiye tebliğ tarihinde veya kanun yolu için öngörülen sürenin bitiminde sona ermektedir²². Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya

¹⁷ YILMAZOĞLU, Yunus Emre: “İdari Yargıda Makûl Süre Güvencesi”, *Danıştay Dergisi*, S.134, Y.2013, s.63; *Golder-Birleşik Krallık davası*, 21 Şubat 1975 (<https://www.echr.coe.int>) E.T. 18.06.2018.

¹⁸ *X-Fransa davası*, 31 Mart 1992 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57801%22%5D%7D>) E.T. 19.06.2018.

¹⁹ *Aydan-Türkiye kararı*, 12 Mart 2013 (<http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/aydan.pdf>) E.T. 19.06.2018.

²⁰ DOĞRU, Osman: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.237.

²¹ TURAN, s.58.

²² VİTKAUSKAS D/DİKOV G., s.84.

ilişkin verdiği bir kararında²³, idari yargılamanın süresi yönünden, sürenin sona erdiği zaman dilimi açısından “çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde, yargılamanın sona erdiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayetle ilgili kararını verdiği tarih”in esas alınacağını belirtmiştir.

Makul süre güvencesinin kapsamına yönelik bir kısım özellikli durumlar da bulunmaktadır. Makul sürenin yalnızca yargılama sürecini mi yoksa bir idari davada verilen kararın yerine getirilmesi aşamasını da kapsayıp kapsamadığı hususuna ilişkin olarak, AİHM, bir idari dava neticesinde verilen kararın “hukukun üstünlüğü ilkesi” gereğince yerine getirilmesinin sürenin kapsamına girdiğine karar vermiştir²⁴.

Aynı şekilde, *Büker-Türkiye* davasında, AİHM, Erciyes Üniversitesi’nde asistan olarak görev yapan başvurucunun üniversite tarafından sözleşmesinin yenilenmemesi işlemine karşı açtığı davaya ilişkin yargılamanın sona erme tarihini esas almıştır²⁵.

Bir idari davada anayasaya aykırılık iddiasında bulunulması üzerine mahkemece bu iddia kabul edilerek dosyanın Anayasa Mahkemesi’ne gönderildiği durumda, Anayasal Yargılama süreci kural olarak, makul süre hesabında dikkate alınmamaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararı, idari yargı yerindeki davanın aslını ve özünü doğrudan etkileyecek vasıfta ise, Anayasal Yargılamada geçen süre makul sürenin hesaplanmasında göz önüne alınacaktır²⁶.

Makul süre güvencesine ilişkin diğer bir istisnai durum ise, AİHM, makul sürenin aşıldığı iddiasına ilişkin bir başvuruda, ulusal mahkemede dava henüz sonuçlanmamasına rağmen, iç hukuk yolları tüketilmeden yapılan başvuruyu kabul etmiş ve ulusal mahkemedeki davada esas

²³ Zülfü Gürgöz, B. No: 2015/1188, 7 Kasım 2013, para. 61.

²⁴ ODYAKMAZ, Zehra: “Hukukta Zaman ve İdarî Yargıda Makûl Süre Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.2, Y.2010, s.12; ayrıca Bkz. *Hornsby-Yunanistan davası*, 19 Mart 1997.

²⁵ Bkz. *Büker-Türkiye* davası, 24 Ekim 2000, para. 34 (<https://hudoc.echr.coe.int>) E.T. 20.06.2018. Burada karar düzeltme isteminin reddine ilişkin Danıştay Sekizinci Dairesi’nin karar tarihi değil, Danıştay’ın nihai kararı üzerine, kararın uygulanması amacıyla başvurucunun eski görevine iade edildiğinin bildirimine yönelik tebliği tarihi esas alınmıştır.

²⁶ *Right To a Fair Trial Under the European Convention on Human Rights (Article 6)*, The International Centre for the Legal Protection of Human Rights(Intersight), , Y.2009, s.18.

hakkındaki kararın verildiği tarihe kadar geçen süreyi de makul süre hesabında göz önüne almıştır²⁷.

2. Makul Süreye Yönelik Değerlendirme Kriterleri

Her davada somut olayın özellikleri farklı arz ettiğinden, bütün yargılama türleri yönünden mutlak bir süre tespit etmek mümkün gözükmemektedir. Ancak, Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin ihlali nedeniyle yapılan başvuruların büyük bir bölümünün davaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasını taşıdığı göz önünde bulunduran AİHM, bir yargılama süresinin makul olup olmadığını değerlendirmek amacıyla bir kısım kriterler belirlemiştir. Bunlar; *davanın karmaşıklığı*, *başvurucunun (davacının) tutumu* ile *yetkili idare ve yargı yerinin tutumudur*²⁸. Ancak bazı durumlarda Mahkeme, anılan ilkelere atıf yapmaksızın genel bir değerlendirme yapmak suretiyle de hüküm vermektedir²⁹.

Belirtmek gerekir ki, *Deumeland-Almanya* davasında AİHM, bir yargılamadaki gecikme sebeplerinin her birisi tek başına makul süre aşımı yönünden bir sorun doğurmuyorsa da, bu sebepler birlikte ve topluca ele alındıklarında makul süre yönünden bir gecikmeye yol açabileceğini vurgulamıştır³⁰. Öte yandan, Mahkeme, açıklamasız bırakılan yargılamadaki “uzun duraklama süreleri”nin de kabul edilemeyeceğine karar vermiştir³¹.

a. Davanın Karmaşıklığı

Davanın konusuna ilişkin olarak karşılaşılan karmaşık durumlar, bir yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmamasında etkileyici bir faktör olup olmadığı hususu ele alınacak ilk nedendir³². Yargılamaya konu olayın, fiilî durumlar ve hukukî meseleler nedeniyle karmaşık olması durumunda, AİHM, Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin ihlalinin söz konusu olmadığına karar vermektedir³³. Davanın hangi durumlarda karmaşık

²⁷ Bkz. *Hasdemir-Türkiye davası*, 22 Mayıs 2012, para. 37.

([https://hudoc.echr.coe.int/ENG#{%22itemid%22:\[%22001-110961%22\]}E.T.20.06.2018](https://hudoc.echr.coe.int/ENG#{%22itemid%22:[%22001-110961%22]}))

²⁸ Bkz. *Pretto ve Diğerleri-İtalya davası*, 8 Aralık 1983.

²⁹ MOLE Nuala, Harby CATHARINA: “Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz”, İnsan Hakları El Kitapları No:3, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Y. 2001, s.22.

³⁰ Bkz. *Deumeland-Almanya davası*, 29 Mayıs 1986, para. 90.

³¹ Bkz. *Beaumontin- Fransa davası*, 24 Kasım 1994, para.33.

³² KAŞIKARA, Serhat: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.84, Y.2009, s.247.

³³ Intersight: s.54

olduğuna ilişkin net bir saptama bulunmamakla birlikte, AİHM içtihatları bu konuya ışık tutmaktadır.

Bir davanın karmaşıklığı pek çok etmeden kaynaklanabilmektedir. Davacıların ve tanıkların sayısı, bilirkişi görüşünün alınması zorunluluğu, dava dosyasının yüklü olması³⁴, uluslararası unsurlar, davanın başka davalarla birleştirilmesi gibi durumlar³⁵ örnek olarak sayılabilir.

Bununla beraber, söz konusu etkenlerin yalnız başına yargılamanın uzamasına neden olmadığı ve başkaca unsurların bunlara eklendiği durumlarda davanın karmaşıklığı haklı bir gerekçe oluşturmayacaktır. Örnek olarak, davada uluslararası unsurlardan kaynaklı bir durum olmakla birlikte idari makamlar arasındaki iletişimsizlikten doğan bir gecikme söz konusu ise dava konusunun karmaşıklığından söz edilemeyecektir³⁶.

Mansur-Türkiye davasında AİHM, başvurucuya ilişkin Yunanistan'dan talep edilen belgelerin, devletin idari makamları arasında yaşanan iletişimsizlik ve belgelerin Türkçe'ye çevrilememesi sebebiyle zamanında kullanılamaması gerekçesiyle davanın karmaşıklığından söz edilemeyeceğine karar vermiştir³⁷.

Dava konusunun karmaşıklığının yargılamanın gecikmesi için kabul edilebilir bir etken olup olmadığı hususu AİHM tarafından her somut olay kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim, *Büker-Türkiye* davasında AİHM, idari bir davada yedi buçuk yıllık yargılama süresinin istisnai bir biçimde uzun olduğunu ve hiçbir şekilde davanın karmaşıklığı ile açıklanamayacağını belirtmiştir³⁸.

b. Davacının Tutumu

AİHM, makul süre aşımı konusundaki iddialara ilişkin başvurucunun (idari yargıda davacının) tutumunun yargılamanın gecikmesinde katkısı bulunup bulunmadığı hususunu da incelemektedir. Kural olarak, yalnızca Devletten kaynaklanan gecikmeler sebebiyle makul sürede yargılama yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılabilir³⁹. Ancak davacının tutumu nedeniyle yargılama uzamışsa, bu gecikmeden dolayı Devlet sorumlu tutulamayacaktır.

³⁴ *Bejer-Polonya davası*, 4 Ekim 2001; *Valeriy Kovalenko-Rusya kararı*, 29 Mayıs 2012.

³⁵ ERGÜL, Ergin, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", Güncel Hukuk, Y.2012, s.221

³⁶ KARTAL, s. 43.

³⁷ *Mansur -Türkiye davası*, 8 Haziran 1995, para.64.

³⁸ ERDEM KARAHANOGULLARI, Özlem:"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Yargı", TODAİE İnsan Hakları Yıllığı, S.23-24, Y.2002, s.55.

³⁹ *İdalov-Rusya davası*, 22 Mayıs 2012.

Medeni hukuk davalarında işin takibi taraflara ait olmakla birlikte idari yargılamada “*re’sen araştırma ilkesi*” uyarınca davanın makul sürede sonuçlandırılması görevi asıl olarak mahkemeye ait olacaktır. Bununla birlikte başvurunun, yargılamada özenli davranması, davanın uzamasına neden olacak yöntemlerden kaçınması ve yargılamanın kısaltılmasını sağlayacak imkânlardan faydalanması beklenilmektedir. Ancak, savunmasını yapmak amacıyla kendisine tanınan usullerin kullanılması başvuru aleyhine kullanılamayacaktır⁴⁰.

İdari işlemler, “*hukuka uygunluk karinesi*” gereğince dava açılma dahi yürütülmeye devam etmektedir. Dolayısıyla, idari yargılamada dava açan ve kısa süre içinde davasının sonuçlandırılmasını isteyen kişinin, davayı geciktirme gibi bir niyeti olamayacağı ve medeni hukuk davalarında gibi etken bir işlevi olmadığı dikkate alındığında, başvurucudan kaynaklı bir gecikme ile genellikle karşılaşılmamaktadır⁴¹.

AİHM, incelemekte olduğu başvurularda makul süre aşımı iddiasına ilişkin tarafların ve yargılama yerinin tutumunu ayrı ayrı değerlendirmektedir.

Beaumartin-Fransa kararında AİHM, başvurunun davasını Fransız Danıştay’ında açması gerekirken İdare mahkemesinde açmasından dolayı yargılamanın uzamasını ve davasına ilişkin belgeleri dört aydan fazla süre geçtikten sonra sunmasını, başvurucuya atfedilecek bir kusur olduğunu belirtmiştir. Ancak Danıştay’da ilk duruşmanın beş yıl sonra yapılabilmesi ve ilgili idarenin savunmasını yirmi ay sonra göndermesi nedenleriyle Danıştay’daki yargılama sırasında yaşanan gecikmeleri dikkate alarak Devletin daha fazla kusurlu olduğuna karar vermiştir⁴².

c. Yetkili İdare ve Yargılama Makamının Tutumları

AİHS’nin 6’ncı maddesinde, “*herkesin davasını makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkı bulunduğu*” belirtildiğinden, Sözleşme’ye taraf olan ülkeler, bu hüküm doğrultusunda, davaların makul süre içinde sonuçlandırılması amacıyla gerekli düzenlemeleri yapmak ve önlemleri

⁴⁰ AKKURT, Kemal: “AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkında Makul Süre”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 26-27; ayrıca Bkz. *Union Alimentaria Sanders S.A.-İspanya davası*, 7 Temmuz 1989.

⁴¹ ODYAKMAZ, s.14.

⁴² *Beaumartin-Fransa davası*, 25 Ekim 1994.

(<http://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fac.html>) E.T.22.06.2018.

almak konusunda yükümlü kılınmıştır⁴³. Dolayısıyla, devlet, idari makamlara ve yargılama makamlarına yöneltilebilecek gecikmelerden sorumludur⁴⁴.

İdari makamlar arasındaki koordinasyon eksikliği, işlem dosyasının mahkemeye geç gönderilmesi, idarenin yargılamada delilleri belirlenen sürede mahkemeye sunmaması, yargılama süresinin uzamasında idari makamlara atfedilebilecek hususlardandır⁴⁵. Bilirkişi görüşünün alınmasında yaşanan gecikmeler⁴⁶, duruşmanın sürekli ertelenmesi⁴⁷ ve mahkemenin oluşumunun sık sık değişmesi⁴⁸ gibi durumlar da yargı makamlarından kaynaklanan gecikmelere örnek olarak verilebilir.

Okçu-Türkiye davasında⁴⁹ AİHM, başvuruçunun açtığı tazminat davasında, “*İdare mahkemesinin dava hakkındaki kararını üç yıl dört ayda verdiğini, erteleme kararını ise üç yıl sekiz ayda aldığını, üç kez Danıştay’ın önüne gelen davanın temyiz kararının yedi yıl bir ay süre içerisinde verildiğini belirttikten sonra yargılamadaki gecikmenin yetkili makamlardan (yargılama makamı) kaynaklandığına*” karar vermiştir.

Aynı şekilde, *Şevket Kürüm ve Diğerleri-Türkiye* davasında⁵⁰ AİHM, bir kişinin ölümü sonrasında açılan tazminat davasına ilişkin yargılamada, davanın taşıdığı önemin de göz önüne alınarak yerel mahkemelerin özel bir süratle davranmaları gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, Mahkeme, *beş yıl sekiz ay süren idari davada, yerel mahkemenin yargılamanın gecikmesinde sorumlu olduğuna* karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yöntemi sonucu bakmak durumunda kaldığı davalarda, yargılamanın gecikmesi nedeniyle her bir davadaki somut olayı AİHM’nin belirlediği makul süre değerlendirmesi ilkeleri çerçevesinde incelemektedir. Bu kapsamda, bir bireysel başvuru dosyasında AİHM, idare mahkemesi ve Danıştay temyiz aşaması dahil olmak üzere toplam beş yıl sekiz ay süren davada, somut başvuruya konu

⁴³ KASAPÖĞLU TURHAN, Mine: “İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, Y.2015, s. 186.

⁴⁴ İNCEÖĞLU, Sibel: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı”, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Y.2005, s.386.

⁴⁵ KALAY, s. 289.

⁴⁶ *Masar-Slovakya davası*, 3 Mayıs 2012.

⁴⁷ *G.O-Rusya davası*, 18 Ekim 2011.

⁴⁸ *Simonavičius- Litvanya davası* B. No: 37415/02, 27 Haziran 2006.

⁴⁹ *Okçu-Türkiye davası*, 21 Temmuz 2009.

⁵⁰ *Şevket Kürüm ve Diğerleri-Türkiye davası*, 25 Kasım 2014.

yargılama sürecinin niteliği göz önünde bulundurulduğunda yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varmıştır⁵¹.

Yukarıda yer verilen AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında, idari yargıda görülen davaların uzun yıllar sürmesi nedeniyle makul süre güvencesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. İdari yargıda davaların süratle görülmesi gerekmele beraber, yargılamaların süratli sonuçlandırılması amacıyla adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi kabul edilemez. Bu nedenle, adil yargılanma hakkının korunması için bir kısım davalarda yargılamanın uzun sürmesi, “*makul bir süre içinde yargılamanın sonuçlandırılmasını isteme hakkı*”nın ihlali anlamına gelmeyecektir⁵².

AİHM, Sözleşmeye taraf devletlerin, iş yükünün ağırlığı, yargı ve idari personel sayısındaki yetersizlikler, fizikî koşullardaki yetersizlik gibi nedenlere ilişkin savunmalarını kabul etmemektedir⁵³. Nitekim, *Tusa-İtalya* davasında⁵⁴ AİHM, sözleşmecî devletlerin makul süre güvencesini sağlayacak adalet sisteminin kurulması gerektiğini vurgulamıştır.

III. AİHS 6'NCI MADDESİNİN UYGULAMA ŞARTLARININ İDARİ YARGI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

AİHS'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen “*davanın makul sürede sonuçlandırılmasını isteme hakkı*”nın ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne başvuru yapılabilmesi için başvuran kişinin “medeni hak ve yükümlülükler” ile ilgili bir anlaşmazlığın tarafı konumunda bulunması veya hakkında ceza hukuku alanında bir “suç isnadı” konusunda hüküm kurulması gerekmektedir.

Sözleşme'de “medeni hak ve yükümlülükler” ile “suç isnadı”na yönelik bir tanıma yer verilmemiştir. Ancak söz konusu hakkın AİHS'de düzenlenme amacını göz önünde bulunduran AİHM, yorum yöntemiyle bu kavramların kapsamını genişletmiştir⁵⁵.

Mahkeme, genişletici yorum yöntemini kullanırken “medeni hak ve yükümlülükler”e ilişkin somut bir anlam vermekten kaçınmakta, bunun yerine her somut olayın bu kapsamda olup olmadığına ilişkin ulusal

⁵¹ *Mesut Gerez başvurusu*, B. No: 2014/3998, Karar Tarihi: 21.06.2017.

⁵² YILMAZOĞLU, s. 46.

⁵³ BAŞPINAR, s.27.

⁵⁴ *Tusa-İtalya davası*, B. No:13265/87, 27 Şubat 1992.

⁵⁵ OĞUZ, Hüseyin: “İdari Yargı Yönünden Adil Yargılanma Hakkı Esasları”, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2006, s.20-21.

hukuktan bağımsız olarak değerlendirme yapmaktadır⁵⁶. Buna göre AİHM, uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olduğunu saptarken davanın konusundan ziyade davada tartışılacak meseleye odaklanmaktadır⁵⁷.

Özel nitelikteki hak ve yükümlülükleri belirlenmesinde etkili olan kamu hukuku alanındaki idari işlem ve eylemler, AİHS'nin 6'ncı maddesi kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁸. Dolayısıyla, ulusal yargıdaki bir uyuşmazlığa ilişkin AİHM'ne başvurulabilmesi için davadaki iki tarafın da özel kişi olması zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁹.

König-Almanya davasında⁶⁰ AİHM, uyuşmazlığın kişi ile devlet arasında olması durumunda, devletin özel bir kişi olarak mı yoksa egemenlik hakkına dayalı olarak mı taraf olduğunun belirleyici olmayacağını, bunun yerine olaydaki hakkın niteliğine bakılması gerektiğini vurgulanmıştır.

Bu çerçevede, idari yargı alanına giren ve AİHM tarafından medeni hak ve yükümlülük niteliğinde değerlendirilen durumlar şunlardır⁶¹: “*çalışma hayatı ve işten çıkarma ile ilgili idari işlemler, idarenin kusurundan doğan zararın tazminine ilişkin uyuşmazlıklar, idarenin takdir yetkisini kullanmasından doğan uyuşmazlıklar, bir meslek, sanat veya ticari faaliyetin yürütülmesi ile ilgili uyuşmazlıklar*”.

Anayasa Mahkemesi de AİHM ile benzer ilkeleri benimseyerek, bireysel başvuru yapılabilmesi için başvuran kişinin “medeni hak ve yükümlülükler”e ilişkin bir anlaşmazlığın tarafı konumunda bulunması veya kendisine yöneltilen suçlamanın esası hakkında bir karar verilmesi gerektiği koşulunu aramaktadır⁶².

⁵⁶ KAŞIKARA, Serhat: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nin 6. Maddesi Çerçevesinde Medeni Hak ve Yükümlülük Kavramı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.4, Y.2011, s. 251.

⁵⁷ *Panjeheighalehei-Danimarka davası*, B. No:11230/07, 13 Ekim 2009.

⁵⁸ ÇİFTÇİ, Erhan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İşığı Altında Adil Yargılanma İlkesi ve İdari Yargı”, Danıştay Dergisi, S.106, Y.2003, s.77-97; ayrıca Bkz. *Kök-Türkiye davası*, B. No: 1855/02, 19 Ekim 2006.

⁵⁹ UÇAN, Emine Sevcan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2013, s.27.

⁶⁰ *König-Almanya davası*, B. No: 28 Haziran 1978.

⁶¹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref-Feyyaz GÖLCÜKLÜ: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 272; OĞUZ, 25-31.

⁶² *Onurhan Solmaz başvurusu*, B. No: 2012/1049, 26 Mart 2013, para.33.

Anayasa Mahkemesi, bir bireysel başvuru dosyasında verdiği kararda⁶³, “*Anayasa’nın 36’ncı maddesi ve Sözleşme’nin 6’ncı maddesinde yer verilen güvenceler, başvuru konusundaki haklarına zarar verdiği iddia edilen idari bir kararın iptali talebiyle açılan davalara da uygulanacaktır*” vurgusu yapmış ve yanlış tedavi sebebiyle uğranılan zararların tazmini talebine konu bir uyuşmazlık olduğu anlaşılan davada, yargılama niteliğindeki faaliyetin, medeni hak ve yükümlülükleri kapsamında olan bir yargılama türü olduğunda şüphe bulunmadığını ifade etmiştir.

Bir idari işlemin AİHM’ne başvuru konusu edilmesi halinde, Sözleşme’nin 6’ncı maddesi yönünden, idari işlem ile çiğnendiği iddia edilen hak ve yükümlülüğün malvarlığına dair olup olmadığı ve bu işlemin başvuru açısından mali sonuçlar doğurup doğurmadığı hususları belirleyici bir etkidir⁶⁴. İmar planı ve kamulaştırma gibi mülkiyet hakkına müdahale edilen durumlarda, ayrıca ticari izin ve ruhsatların verilmemesi veya iptali şeklinde mali haklara yapılan müdahale durumunda Sözleşme’nin 6’ncı maddesi uygulanmaktadır⁶⁵.

Devlet ile kamu görevlileri arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda, AİHM, 2007 yılında verdiği *Vilho Eskelinen ve Diğerleri – Finlandiya* kararıyla⁶⁶ önemli ölçüde netlik kazandırmıştır. Kural olarak, bu tür bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, 6’ncı maddenin uygulanacağı yönünde bir karine vardır⁶⁷. Ancak, maddenin uygulanmaması için AİHM’ne göre birlikte ele alınması gereken iki koşul bulunmaktadır. İlki, başvuru kamu görevlisinin, ulusal hukukta açık bir şekilde mahkemeye erişme hakkından mahrum edilmiş olmasıdır. İkinci şart ise, 6’ncı madde ile

⁶³ *Naime Bayracı başvurusu*, B. No: 2013/7017, 8 Eylül 2014, para. 27.

⁶⁴ DOĞRU Osman/Atilla NALBANT: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar”, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi, Avrupa Konseyi, Y.2012, s.612.

⁶⁵ DOĞRU/NALBANT, s.612.

⁶⁶ *Vilho Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya*, B. No:63235/00, 19 Nisan 2007, para.62.

⁶⁷ Örnek olarak, yabancı misyonda görev yapan bir çalışanı tarafından açılan haksız işten çıkarma davasında (*Cudak-Litvanya davası*, B.No: 15869/02, para. 44-47), bir hakim tarafından açılan disiplin davasında (*Oluje-Hrvatistan davası*, B.No: 22330/05, para.36-43), kendisinin atanmasına ilişkin başkanlık kararnamesine karşı savcı tarafından yapılan bir başvuruda(*Zalli- Arnavutluk*, B.No: 52531/07) ve gümrük görevlisinin kurum içinde yükselmesiyle ilgili bir davada (*Fiume-İtalya davası*, B.No: 20774/05, para.33-36) AİHM, Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir (DOĞRU/ NALBANT, s. 613).

teminat altına alınan haktan yoksun kalmanın devletin menfaati ile ilgili sebeplere (devlet otoritesinin kullanımı ile ilgili olması veya memur ile devlet arasında ‘özel bir güven ya da sadakat’ ilişkisinin varlığının bulunması) dayanmasıdır⁶⁸.

İdari yargının görev alanına giren vergi uyuşmazlıklarında, Anayasa’da öngörülen vergi ödeme yükümlüğü malvarlığı ilişkin olmakla birlikte, vergi sorumlusu ile vergi idaresi arasındaki ilişkinin kamusal niteliği ağır basması nedeniyle AİHS’nin 6’ncı maddesi uygulanmayacaktır⁶⁹.

IV. İDARİ YARGILAMADA MAKUL SÜRE GÜVENCESİNİN SAĞLANMASINA YÖNELİK ETKİLİ İÇ HUKUK YOLLARI

A. Makul Süre Aşımını Önleyici Nitelikteki İç Hukuk Yolları

AİHS’nin 6’ncı maddesi uyarınca Sözleşme’ye taraf devletler, davaların makul sürede sonuçlandırılması konusunda yükümlülük altındadır. Öte yandan, Sözleşme’nin 13’üncü maddesinde, AİHS’de bahsedilen hak ve hürriyetleri ihlal edilen bireylerin yerel hukukta etkili bir iç hukuk yoluna başvurma hakkı bulunduğu belirtilmiştir. Bireyler yönünden hak olarak düzenlenen bu husus üye devletler yönünden bir görev olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, AİHM’nin ikincil mahkeme sıfatı dikkate alındığında, üye devletler hak ihlallerini önlemek amacıyla iç hukukta gerekli düzenlemeleri yapmak ve tedbirleri almak konusunda sorumludur.

AİHM’nin hak ihlali yönünde verdiği kararlar uyarınca üye ülkeler tarafından davaların makul sürede sonuçlandırılması için özellikle önleyici bir kısım iç hukuk yollarının ihdas edildiği veya idari yargılamada davaların hızlandırılması için bazı tedbirlerin alındığı görülmektedir.

Makul süre güvencesinin sağlanması amacını taşıyan önleyici nitelikteki iç hukuk yollarının tanındığı üye devletlerden birisi de *Avusturya*’dır. Söz konusu devletin ulusal hukukunda, idari yargılamaların hızlandırılması amacıyla *Genel İdari Yargılama Kanunu*’nun 73’ncü bölümünde, yargılamada bir gecikme ile karşılaşılması halinde davacıya, yargılamanın, -karar verilmek amacıyla- bir üst mahkemeye

⁶⁸ DOĞRU/NALBANT, age, s.612-613.

⁶⁹ ÖZGÜVEN, Ali Volkan: “Adil Yargılanma İlkesi ve Vergi İhtilaflarında Uygulanması II”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 198, Y. 2005, s. 148. Ayrıca Bkz. *Ferrazzini- İtalya davası*, B. No: 44759/98, 12 Temmuz 2001.

gönderilmesini isteme hakkı tanınmıştır⁷⁰. AİHM, idari davalara yönelik iç hukukta yapılan bu düzenlemenin, yargılamadaki gecikmeleri önleyici etkili bir yol olduğuna karar vermiştir⁷¹. Benzer şekilde, *Avusturya Genel İdarî Yargılama Kanunu*, idari makamların bir talep hakkında altı ay içerisinde karar vermemeleri halinde, bireylerin Federal Anayasası kapsamında doğrudan idare mahkemesine başvuru haklarının bulunduğu kural altına almıştır. AİHM, bir önceki düzenlemede olduğu gibi, bu iç hukuk yolunun da etkili olduğunu ifade etmiştir⁷².

Brusco-İtalya davasında⁷³ Mahkeme, İtalya Pinto Yasası'nda yargılamadaki gecikmelerin önlenmesi amacıyla öngörülen iç hukuk yolunun, Sözleşme'nin 13 ve 35'inci maddeleri çerçevesinde etkili olduğuna karar vermiştir⁷⁴.

AİHM, Sözleşme'ye üye devletlerden Fransa, Portekiz ve Polonya tarafından medeni hukuk ve idari davalar yönünden öngörülen bir kısım önleyici nitelikteki iç hukuk yollarının etkili olduğunu vurgulamıştır⁷⁵.

Ülkemizde idari yargıda bir kısım davaların uzun sürdüğü ve ciddi mağduriyetlere neden olduğu bilinmektedir. T.C. Anayasası'nın 141'inci maddesi, yargılamalarda yaşanan gecikmelerin önlenmesi amacıyla "*davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması*"nı yargı organına bir görev olarak vermiştir. Dolayısıyla, bu hükmün, makul süre güvencesi yönünden genel anlamda önleyici fakat soyut nitelikte bir düzenleme olduğu açıktır. Türk idari yargısında, bir kısım ülkelerin aksine, idari yargılamaların sonuçlandırılması için her dava türü için geçerli bir süre öngörülmemiştir. Bu hususta, idari dava türlerinin çokluğu ve sürenin her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiği hususu mutlak bir süre öngörülmesini mümkün kılmamaktadır.

18.6.2014'de yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun⁷⁶ ve sonrasında 10.9.2014 yürürlük tarihli 6552 sayılı Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklikler yapılarak "*ivedi yargılama usulü*" adı altında yeni bir yargılama usulü getirilmiştir. İvedi yargılama

⁷⁰ Venedik Komisyonu, "Can Excessive Length of Proceedings Be Remedied?", Avrupa Komisyonu, 2007, s.35-36.

⁷¹ *Kern-Avusturya kararı*, B.No: 14206/02, 24 Şubat 2005.

⁷² *Basic-Avusturya davası*, B.No: 29800/96, 30 Ocak 2001, para.31.

⁷³ *Brusco-İtalya davası*, 69789, 6 Eylül 2001.

⁷⁴ Venedik Komisyonu: age, s.36.

⁷⁵ *Giummarra-Fransa davası*, 12 Haziran 2001; *Paulino Tomás-Portekiz davası*, 27 Mart 2003; *Charzynski-Polonya davası*, 1 Mart 2005.

⁷⁶ 6545 sayılı Kanun için bkz. 28.06.2014 tarihli ve 29044 sayılı R.G.

usulü kapsamına sınırlı sayıda dava türü (örneğin ihale kararları, acele kamulaştırma kararları vs.) alınmıştır. Bu tür idari davalarda kanunda öngörülen usul kurallarından dava açma süresi, idarenin savunma süresi, ilk inceleme süresi gibi sürelerde değişikliğe gidilmiştir. Anılan dava türlerinin ekonomik yönü bulunduğu ve büyük yatırımlara ilişkin olduğu görülmektedir. Bu konulardaki işlemlerin karmaşık olduğu ve kısa sürede sonuçlandırılmasının güç olduğu açıktır. Dolayısıyla yargılamanın kısa sürede bitirilmesi hak kayıplarına neden olabilecek ve adil yargılanma hakkının amacına uymayabilecektir⁷⁷. Türk idari yargısının etkilendiği Fransız idari yargılama usulünde, ivedi yargılama usulü öngörülmüş ise de, bu usul kapsamındaki davalar, yargılamanın uzun sürmesini gerektirmeyen ve karmaşık nitelikte olmayan konulara ilişkindir⁷⁸.

B. Makul Sürenin Aşımı Durumunda Tazmin Edici Nitelikteki Önlemler

Yargılamaların uzun sürmesi nedeniyle bireylerin uğradığı maddi ve manevi zararların giderilmesi amacıyla ulusal hukukta öngörülen diğer bir tedbir ise tazmin edici nitelikteki başvuru yollarıdır⁷⁹. Bu başvuru yolu genellikle hukuk sistemlerinde sistematik problemlerle karşılaşan ve yargılamalarda tekrar eden ihlalleri önleyemeyen ülkeler tarafından bağımsız nitelikte ya da önleyici nitelikteki iç hukuk yollarına ilave bir tedbir olarak öngörülebilmektedir.

Almanya’da 2011 yılında kabul edilen kanun ile, devam etmekte olan veya sonuçlanan davalarda, yargılamalarda yaşanan gecikmeler nedeniyle temyiz mahkemesine tazminat talebini içeren bir başvuru yapılabileceği öngörülmüştür⁸⁰.

AİHM tarafından da tazmin edici nitelikte etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilen *İspanya Adli Kanunu*’nda öngörülen başvuru yoluna göre, makul sürede sonuçlandırılmadığı iddia edilen yargılamanın bitirilmesini müteakiben ilk olarak Adalet Bakanlığı’na tazminat talebinde bulunulacak, bu talebin reddedilmesi halinde ise idare mahkemelerine başvuru yapılabilecektir⁸¹.

Ülkemizde 19.01.2013 tarihinde Meclis’te kabul edilen 6384 sayılı⁸² *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların*

⁷⁷ SANCAKDAR Oğuz: “İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama Usulü ve Grup Davalar”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Y. 2014, s.198.

⁷⁸ KASAPOĞLU, s. 200.

⁷⁹ Venedik Komisyonu: age, s.31.

⁸⁰ *Taron-Almanya davası*, B.No:53126/07, 1 Haziran 2012.

⁸¹ *González Marin-İspanya davası*, 5 Ekim 1999.

⁸² 6384 sayılı Kanun için bkz. 19.01.2013 tarihli ve 28533 sayılı R.G.

Tazminat Ödenmesi Suretiyle Çözümüne Dair Kanun ile bir Tazminat Komisyonu ihdas edilmiştir. Bu komisyona başvurabilmek için -23.9.2012 tarihinden önce Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapma imkânı bulunmadığından- AİHM'ne uzun süren yargılama iddiasında bulunarak başvuru yapmış olma koşulu gerekmektedir. Dolayısıyla, bu başvuru yolu, yalnızca belirli bir tarihten önce AİHM'ne yapılmış başvurulara yönelik olması nedeniyle AİHM içtihatları çerçevesinde genel nitelikte tazmin edici bir iç hukuk yolu niteliği taşımamaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bir kararında⁸³, “*hukuk sistemimizde, yargılama faaliyetinin uzamasını önleyici veya yargılama faaliyetinin uzamasından doğan zararları giderici etkiye sahip, Anayasa'nın 148'inci maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının kastettiği nitelikte etkin bir başvuru yolu bulunmadığı*”nı belirtmiştir.

C. Bireysel Başvuru Yolu

Makul süre güvencesinin ihlalinin giderilmesi amacıyla ulusal Anayasa Mahkemesine başvuru yolu, sözleşmecî devletlerde yaygın bir yöntemdir. Bir kısım ülkelerde “*anayasal şikâyet*” olarak da adlandırılan “*bireysel başvuru yolu*” Türkiye'nin de aralarında bulunduğu Sözleşme'ye üye bazı ülkelerde (Almanya, İspanya, Avusturya) makul sürede yargılanma hakkının korunmasında önemli bir işlev görmektedir.

1982 Anayasası'na göre, “*Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*”⁸⁴ Bireysel başvuru yolu, makul süre güvencesinin sağlanmasının ötesinde AİHM önündeki davaların sayısının azalmasında da önemli bir rol oynamaktadır.

2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile Türk hukukunda yer almaya başlayan bu başvuru yolu kapsamında, Anayasa Mahkemesi 23.09.2012 tarihi itibarıyla bireysel başvuruları ele almaya başlamıştır. Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin ihlali nedeniyle yapılan başvuruların çoğunluğunu yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle yapılan başvurular oluşturduğu gibi

⁸³ B. No: 2012/12, 17 Eylül 2013.

⁸⁴ Bu hüküm 1982 Anayasasının 148 inci maddesine 2010 yılında 5982 sayılı Kanunla yapılan ilâve ile getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurular için de aynı durum söz konusudur⁸⁵.

Kural olarak, makul süre içinde yargılama yapma yükümlülüğü yönünden etkin bir başvuru yolunun bulunması halinde bireysel başvuru yapılmadan önce bu nitelikteki kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından da belirtildiği üzere⁸⁶, “*hukuk sistemimizde, yargılama faaliyetinin uzamasını önleyici veya yargılama faaliyetinin uzamasından doğan zararları giderici nitelikte, etkin bir başvuru yolu bulunmadığı*”ndan, idari bir uyuşmazlıkta makul sürede yargılanma hakkının ihlali durumunda doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir.

V. SONUÇ ve ÖNERİLER

“*Yargılamanın makul süre içinde sonuçlandırılmasını isteme hakkı*”, adil yargılanma hakkına ilişkin temel unsuru oluşturmaktadır. “Gecikmiş adalet, adalet değildir” ifadesi bu durum en iyi şekilde özetlemektedir. İdari yargı söz konusu olduğunda makul sürede yargılanma hakkı ayrı bir önem taşımaktadır. Zira, idari işlemlerin icrai olma özelliği ve hukuka uygunluk karinesinden faydalanma durumu dolayısıyla işlemin yürütümü dava açılrsa dahi devam etmektedir. Dolayısıyla, bir idari işlem açıkça hukuka aykırı olsa dahi bu özellikleri nedeniyle hak ihlali ve mağduriyetin boyutu daha da büyük olmaktadır.

Makul sürede yargılanma, bazı durumlarda mahkemelerde yargılama başlamadan önceki bir tarihte, örneğin bir idareye yapılması gerekli ön başvuru halinde, başlayabilmektedir. Söz konusu süre, yargılama faaliyeti ile işlemeye başlasa dahi, yargılama makamlarının tutumu yanında idari davanın tarafı olan idarenin ihmali nedeniyle de yargılama uzayabilmektedir.

Makul süre güvencesinin sağlanması için AIHS'ne üye ülkelerin bir kısmında ihdas edilen ulusal başvuru yolları etkin bir nitelik taşımaktadır. Özellikle, hukuk sistemimizde geç uygulanmaya başlansa bile, işlevsel yürütülmesi halinde büyük önem taşıyan “bireysel başvuru yolu”, makul süre güvencesi açısından bireyler yönünden en etkin ve özellikle ulusal mahkemelerin kararları üzerinde en etkili başvuru yolu olma niteliğini taşımaktadır. Öte yandan, idari yargıda makul süre güvencesinin sağlanması amacıyla yargılama makamlarındaki dosya sayılarının

⁸⁵ ESER, Esen: “Makûl Sürede Yargılanma Hakkının İhlali Neticesinde Bireysel Başvuru Hakkı”, Sosyal Bilimler Dergisi, S. 20, Y.2018, s.409.

⁸⁶ Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, B.No: 2012/13, 2 Temmuz 2013.

azaltılması ve yeterli sayıda ve liyakatli yargı personelinin temin edilmesi hususlarında gerekli önlemlerin alınması da gerekmektedir.

İdari yargılama usulünde makul sürede yargılamayı teminen, bazı uyuşmazlıklar bakımından “ivedi yargılama usulü”ne geçilmiştir. Bu adım yargılamanın hızlanması bakımından önemli bir adım olmuştur; ancak ivedi yargılama usulünün idari işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların tamamını kapsamaması; dosya yoğunluğu, idarelerden istenilen belgelerin tam ve zamanında temin edilememesi veya bu bilgi/belgelerin farklı idarelere müteallik olması v.s. gibi sebeplerle ivedi yargılamanın bile istenilen hızda yargılamayı sona erdirememesi gibi sebeplerle tam olarak gerçekleştirilmek istenen tam olarak amacı sağlamamıştır.

Yargılamanın makul sürede yapılamaması iddiasıyla AİHM’ne taşınan/taşınacak davaların önu, 6384 sayılı Kanunla kurulan Komisyon marifetiyle tazminat ödemek suretiyle kesilmeye çalışılmaktadır.

Yine, Anayasa Mahkemesi nezdinde getirilen bireysel başvuru hakkı ile bu yöndeki şikâyet ve müracaatların iç hukukta çözümü yolu benimsenmiştir.

İç hukukta getirilen bu mekanizmalar yeterli değildir. Özellikle taraflar arasında bir eşitsizliğin olduğu idari yargı sisteminde yargılamanın makul sürede bitmesi için yapısal değişiklikler yapılması şarttır.

Bu bağlamda; ivedi yargılama usulü tüm idari uyuşmazlıklara şamil kılınabileceği gibi, bazı kanunlarda varolan “uzlaşma”⁸⁷ gibi mekanizmalar da daha etkin hale getirilebilir. Ayrıca iş hukukunda geçerli olan “arabuluculuk” müessesesini idari yargı alanında uygulamak uyuşmazlıkların yargı dışı çözümünde hızlı bir çözüm olabilecektir.

KAYNAKÇA

- AKKURT, Kemal: *“AİHM Kararları Işığında Adil Yargılama Hakkında Makul Süre”*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.
- BAŞPINAR, Ahmet: *“İdari Yargıda Makul Süre İçin Öneriler”*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, N.O:70, Y.2004, Sempozyum (Danıştay ve İdarî Yargı Günü 136. Yıl), s. 26-35.
- ÇİFTÇİ, Erhan: *“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Adil Yargılama İlkesi ve İdari Yargı”*, Danıştay Dergisi, S.106, Y.2003, s.77-97.
- DOĞRU Osman, Atilla NALBANT: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar*, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları

⁸⁷ Örneğin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun Geçici 6’ncı maddesi.

- Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi Yayını, Avrupa Konseyi, Y.2012.
- DOĞRU, Osman: *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- EDEL, Frédéric: *"The Length of Civil and Criminal Proceeding in the Case-Law of the European Court of Human Rights"*, Council of Europe, Y.2007.
- ERDEM KARAHANOGULLARI, Özlem: *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Yargı"*, TODAİE İnsan Hakları Yıllığı, S.23-24, Y.2002, s.31-63.
- ERGÜL, Ergin, *"Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru"*, Güncel Hukuk, Y.2012.
- ESER, Esen: *"Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali Neticesinde Bireysel Başvuru Hakkı"*, Sosyal Bilimler Dergisi, S. 20, Y.2018, s.406-417.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: *"Yargılama Makamları Önünde Makul Süre"*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Y. 1991, s.10-13.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve Feyyaz GÖLCÜKLÜ: *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması"*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- İNCEOĞLU, Sibel: *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Y.2005.
- KALAY, Jale: *"AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi"*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- KARTAL, Adem: *"Makul Sürede Yargılanma Hakkı ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu ile İnsan Hakları Tazminat Komisyonunun Söz Konusu Hakkı Korumadaki İşlevleri"*, Terazi Hukuk Dergisi, S.100, Y.2014, s.39-51.
- KASAPOĞLU TURHAN, Mine: *"İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü"*, Ankara Barosu Dergisi, S.3, Y.2015, s.183-219.
- KAŞIKARA, Serhat: *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.84, Y.2009, s.231-259.
- KAŞIKARA, Serhat: *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.Maddesi Çerçevesinde Medeni Hak ve Yükümlülük Kavramı"*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.4, Y.2011, s.233-290.
- MOLE Nuala, Harby CATHARİNA: *"Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz"*, İnsan Hakları El Kitapları No:3, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Y. 2001.
- ODYAKMAZ, Zehra: *"Hukukta Zaman ve İdari yargıda Makul Süre Sorunu"*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.2, Y.2010, s.1-31.
- OĞUZ, Hüseyin: *"İdari Yargı Yönünden Adil Yargılanma Hakkı Esasları"*, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2006.
- ÖZGÜVEN, Ali Volkan, *"Adil Yargılanma İlkesi ve Vergi İhtilaflarında Uygulanması II"*, Vergi Sorunları Dergisi, S. 198, Y. 2005, s.146-161.
- Right To a Fair Trial Under the European Convention on Human Rights (Article 6), The International Centre for the Legal Protection of Human Rights(Intersight), , Y.2009.

- SANCAKDAR Oğuz: “İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama Usulü ve Grup Davalar”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu Y. 2014, s.109-199.
- TURAN, Hüseyin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.11, Y.2012, s.47-75.
- UÇAN, Emine Sevcan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2013.
- VENEDİK KOMİSYONU, “Can Excessive Length of Proceedings Be Remedied?”, Avrupa Komisyonu, Y. 2007.
- VİTKAUSKAS Dovydas -Grigoriy DİKOV: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çeviren: Serkan CENGİZ, Avrupa Konseyi, Strazburg, Y.2012.
- YILMAZOĞLU, Yunus Emre: “İdari Yargıda Makul Süre Güvencesi”, Danıştay Dergisi, S.134, Y.2013, s.43-85.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

- Aligül Yüksel başvurusu, B. No:2013/9507, 20.1.2016
- Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2012/13, 2.7. 2013
- Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun başvurusu, B. No: 2012/12, 17.9.2013
- Mesut Gerez başvurusu, B. No: 2014/3998, 21.6.2017
- Naime Bayracı başvurusu, B. No: 2013/7017, 8.9.2014
- Onurhan Solmaz başvurusu, B. No: 2012/1049, 26.3.2013
- Sefahattin Akyıl başvurusu, B. No: 2012/1198, 7.11.2013
- Zülfü Gürgöz başvurusu, B. No: 2015/1188, 7.11.2013

AİHM KARARLARI

- Aydan-Türkiye kararı, B.No:16281/10, 12 Mart 2013
- Basic-Avusturya davası, B. No: 29800/96, 30 Ocak 2001
- Beaumartin- Fransa davası, B. No: 15287/89, 24 Kasım 1994
- Bejer-Polonya davası B. No: 38328/9744, 4 Ekim 2001
- Berü-Türkiye davası, B. No: 47304/07, 11 Ocak 2011
- Brusco-İtalya davası B. No: 69789/01, 6 Eylül 2001
- Büker-Türkiye davası, B.No:29921/96, 24.10.2000
- Charzynski-Polonya davası B. No: 15212/03, 1 Mart 2005
- Cudak-Litvanya davası, B. No: 15869/02
- Deumeland-Almanya davası B. No: 9384/81, 29 Mayıs 1986
- Erkner ve Hofauer-Avusturya davası B. No: 9616/81, 23 April 1987
- Ferrazzini- İtalya davası, B. No: 44759/98, 12 Temmuz 2001
- Fiume-İtalya davası, B. No: 20774/05, 30 Haziran 2009
- G.O-Rusya davası B. No: 39249/03, 18 Ekim 2011
- Giummarra ve diğer.-Fransa davası B. No: 61166/00, 12 Haziran 2001
- Golder-Birleşik Krallık davası, B. No: 4451/70, 21.02.1975

González Marin-İspanya davası B.No: 39521/98, 5 Ekim 1999
H.-Fransa davası, B.No: 6/1988/150/204, 24 Ekim 1989
Hasdemir-Türkiye davası B.No: 44027/09, 22 Mayıs 2012
Hornsby-Yunanistan davası B.No: 18357/91, 19 Mart 1997
İdalov-Rusya davası B.No: 5826/03, 22 Mayıs 2012
Kern-Avusturya kararı, B.No: 14206/02, 24 Şubat 2005
Kök-Türkiye davası, B. No: 1855/02, 19 Ekim 2006
König-Almanya davası, B. No: B. No: 6232/73, 28 Haziran 1978
Mansur -Türkiye davası, 08.06.1995
Masar-Slovakya davası, 3 Mayıs 2012
Okçu-Türkiye davası, 21 Temmuz 2009
Olujic-Hırvatistan davası, B.No: 22330/05, 5 Şubat 2009
Panjeheighalehei/Danimarka davası, B. No:11230/07, 13 Ekim 2009
Paulino Tomás-Portekiz davası B.No: 58698/00, 27 Mart 2003
Pretto ve Diğerleri-İtalya davası, B.No: 7984/77, 8 Aralık 1983
Simonavičius- Litvanya davası B. No: 37415/02, 27 Haziran 2006
Stogmüller-Avusturya davası, B.No: 1602/62, 10 Kasım 1969
Şevket Kürtüm ve Diğerleri-Türkiye davası, B.No:54113/08, 25 Kasım 2014
Taron-Almanya davası, B.No:53126/07, 1 Haziran 2012
Tusa-İtalya davası, B. No:13265/87, 27 Şubat 1992
Union Alimentaria Sanders S.A.-İspanya davası, B.No: 11681/85, 7 Temmuz 1989
Valeriy Kovalenko-Rusya kararı, B.No: 41716/08, 29 Mayıs 2012
Vilho Eskelinen ve Diğ.-Finlandiya, B. No:63235/00, 19 Nisan 2007
X.-Fransa davası, B.No: 18020/91, 31 Mart 1992
Zalli- Arnavutluk, B.No: 52531/07, 8 Şubat 2011

ELEKTRONİK YAYINLAR

Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation (2010)3 to Member States on Effective Remedies for Excessive Length of Proceedings, 24 February 2010 (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1590115>) E.T.15.06.2018
(<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/cc65e74c-12c5-4947-a8c1-87d9af26b4be?wordsOnly=False>) E.T.17.06.2018
(<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf>) E.T. 18.06.2018
(<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57801%22%5D%7D>) E.T. 19.06.2018
(<http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/aydan.pdf>) E.T. 19.06.2018
(<http://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fac.html>) E.T.22.06.2018
(<https://hudoc.echr.coe.int/ENG#%7B%22itemid%22:%5B%2201-110961%22%5D%7D>)E.T.20.06.2018

OLAĞANÜSTÜ AFRIKA DAİRELERİ VE HABRE DAVASI

EXTRAORDINARY AFRICAN CHAMBERS AND THE CASE OF HABRE

DOI: 10.21492/inuhfd.447302

Güçlü AKYÜREK*

Özet

Eski Çad devlet başkanı Hissein Habré'nin sığındığı Senegal'de yargılanması büyük hukuksal tartışmalara neden olmuştur. Senegal iç hukukunun böyle bir yargılamaya izin vermemesi üzerine, Senegal hükümeti Afrika Birliği ile işbirliği içerisinde eski devlet başkanını yargılamak için Olağanüstü Afrika Dairelerini kurmuştur. Böylece hem uluslararası hem bölgesel hem de ulusal yönü olan özel bir mahkeme kurulmuştur. Mahkemeyi kuran Statüde soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve işkence suçları tanımlanmıştır. Çalışmada da tanımlar, Türk Hukukundaki ve uluslararası hukuktaki tanımlarla karşılaştırılmıştır. Ayrıca Statüde ceza yargılamasına ilişkin de hükümler bulunmaktadır ve bunlar da incelenmiştir. Diğer yandan, Olağanüstü Afrika Daireleri, yalnızca hukuksal tartışmalar açısından değil, uluslararasılaşmış/karma bir bölgesel ceza mahkemesi olması nedeniyle de incelenmiştir. Çalışmada, hem Dairelerin oluşumu süreci hem Habré davası hukuksal açıdan ele alınmıştır. Son olarak Senegal hükümeti ile Afrika Birliği arasında imzalanan antlaşma ile kabul edilen Statü ve daha sonra savunma haklarının güçlendirilmesi için ek sözleşme ile kabul edilen ek hükümler, anlama kolaylığı için gayri resmi olarak Türkçeye çevrilmiştir.

Anahtar sözcükler: Olağanüstü Afrika Daireleri, Habré davası, uluslararası suçlar, uluslararasılaşmış mahkemeler

Abstract

Trial of Hissen Habré, the former President of Chad, in Senegal where he took refuge, created deep legal discussions. As the Senegalese domestic law did not allow such a trial, the government of Senegal established the Extraordinary African Chambers in collaboration with the African Union in order to judge the former President. Thus, an international and regional and national tribunal has been constituted. The Statute establishing this tribunal defines genocide, crimes against humanity, war crimes and torture. In this study, these definitions are compared with Turkish Law and international law. Moreover the Statute has also articles concerning criminal procedural law which are likewise analyzed. On the other hand, the Extraordinary African Chambers are analyzed not only because of legal discussions but also because they are an example of internationalized / mixed regional criminal tribunal. This study deals with process of establishment of the Chambers and the Case of Habré from a legal point of view. Finally, the Statute approved by an agreement between the government of Senegal and the African

* Doç. Dr., MEF Üniversitesi Hukuku Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (E-Mail: akyurekg@mef.edu.tr), (Orcid: 0000-0002-5835-793X)

Makale Gönderilme Tarihi: 24.07.2018

Submitted: 24.07.2018

Makale Kabul Tarihi:28.11.2018

Accepted: 28.11.2018

Union and additional articles approved by an addendum in order to strengthen defense rights, are unofficially translated into Turkish to facilitate the understanding.

Keywords: Extraordinary African Chambers, the Case of Habré, international crimes, internationalized tribunals

I. GİRİŞ

Uluslararası suçlar ceza hukukunun ve ceza yargılaması hukukunun adeta yumuşak karnıdır. Söz konusu suçların gerek tanımlanması gerekse faillerinin yargılanması çoğunlukla politik ama aynı zamanda hukuksal nedenlerle çok çeşitli zorluklarla karşılaşmış, tartışma konusu olmuş, gecikmiş hatta birçok örnekte gerçekleşmemiştir.

Öğretide uluslararası suçlar, uluslararası hukuk suçları (gerçek anlamda uluslararası suçlar) ve diğer uluslararası suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır¹. Birinci gruptakiler doğrudan devletler hukukunu ihlal eder ve tüm insanlığı ilgilendirir, hatta bu suçlarla korunan hukuksal yarar bütün uluslararası toplumdur². Bu suçlardan soykırım ve insanlığa karşı suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer almaktadır (m.76 ve m.77). Ayrıca savaş suçları ve saldırı suçu da bu gruptadır.

Diğer uluslararası suçlar ise yine uluslararası düzeyde yasaklanmış ama cezalandırılmalarıyla ilgili düzenlemeler devletlere bırakılmış olan suçlardır. Bunlara örnek de işkence, terörizm, göçmen kaçakçılığı, uluslararası uyuşturucu ticareti... vb.³ suçlardır.

Asıl sorun ise daha çok birinci gruptaki suçların yargılanması aşamasında çıkmıştır. Gerek uluslararası gerekse ulusal düzeyde söz konusu suçlar tanımlanmakla birlikte, faillerin yargılanması ve yakalanması her zaman sorunlu olmuştur. Ceza Hukukundaki ülkesellik ilkesi ve etkin yargılama gerekçesiyle ulusal mahkemelerin yetkili olması gerektiğini savunan görüşe karşı ulusal makamların bu konuda 'güvenilir' olmadığı savunulmuş, 1990'lardaki ad hoc mahkemeler kuruluncaya kadar özellikle savaş suçlarının yargılanması son derece istisnai olmuştur⁴.

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından kurulan Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinden yaklaşık elli yıl sonra Eski Yugoslavya ve Ruanda

¹ TEZCAN, Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Ankara, 2016, s.52.

² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.52 ve 57; Hatta Uluslararası Adalet Divanı da verdiği bir danışma görüşünde bunu özellikle vurgulamıştır bkz. BAYRAKTAR Köksal / EVİK Vesile Sonay / KURT Gülşah, Özel Ceza Hukuku: Uluslararası Suçlar, Cilt I, İstanbul, 2016, s. 13; TÖNER Şen Semin, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, İstanbul, 2000, s.47-48.

³ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.52 ve 53.

⁴ ÖNOK R. Murat: Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Ankara, 2003, s.8.

Ceza Mahkemeleri Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından kurulmuştur⁵. Bunun yanında söz konusu ad hoc mahkemelerin sakıncalarını gidermek, sürekli bir olağan mahkeme kurabilmek adına sürdürülen çalışmalar da sonucunu vermiş ve Roma Statüsünün imzalanıp 1 Temmuz 2002’de yürürlüğe girmesiyle birlikte Uluslararası Ceza Mahkemesi de kurulmuştur⁶.

Diğer yandan birçok ülkede 1990’lı yıllardan itibaren uluslararasılaşmış/karma mahkemeler de (internationalized/mixed courts) kurulmuştur. Sierra Leone, Kamboçya, Doğu Timor ve Lübnan Mahkemeleri bunlara örnektir. Bu mahkemeler Birleşmiş Milletlerin desteği ile kurulmuştur ve genellikle üyeleri o ülkenin vatandaşlarının yanında yabancılardan da oluşur. Belli bir dönemdeki olayları yargılamakla görevli olduklarından ad hoc bir nitelikleri vardır⁷.

Bu bağlamda Afrika’da kurulan ve eski Çad devlet başkanı Hissein Habré’yi yargılayan “Olağanüstü Afrika Daireleri” (“Chambres africaines extraordinaires”) yapı olarak son gruptakilere benzemekle birlikte öncesinde yaşanan yoğun hukuksal tartışmalar ve kimi Afrika ülkeleri ile bölgesel Afrika kurumlarının öncülüğünde kurulmuş olması nedeniyle özel bir yer tutmaktadır.

II. OLAĞANÜSTÜ AFRİKA DAİRELERİNİN KURULMA SÜRECİ

A. Olayların Gelişimi

Hissein Habré, 1982-1990 yılları arasında Çad’ı yönetmiştir. Kamu görevlisi olduktan sonra hızla yükselmiş, başbakan ve sonrasında dönemin devlet başkanının savunma bakanı olmuş, 1982 yılında yaptığı askeri darbe ile yönetimi ele geçirmiştir. 1990 yılında bir başka darbe ile görevden uzaklaştırılıp Senegal’e sığınana dek on binlerce muhalifin öldürülmesi ve işkenceden geçirilmesi ile suçlanmıştır⁸.

⁵ 25 Mayıs 1993 tarih ve 827 sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve 8 Kasım 1994 tarih ve 955 sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

⁶ Ayrıntılar için bkz. ÖNOK, s.87 vd.

⁷ Ayrıntılar için bkz. CASSESE Antonio / GAETA Paola / BAIG Laurel / FAN Mary / GOSNELL Christopher / WHITING Alex: Cassese’s International Criminal Law, 3rd Ed., Oxford, 2013, s.263 vd.

⁸ The Columbia Encyclopedia, Columbia University Press 2017, Erişim: 25.6.2018; İdaresi altında 40.000 kişinin öldürüldüğü ve 200.000 kişinin de işkenceden geçirildiği ileri sürülen Habré’ye “Afrika’nın Pinochet’si” denmiştir bkz. HOGESTOL Sofie A.: The Habré judgment at the Extraordinary African Chambers: A singular victory in the fight against impunity, in Nordic Journal of Human Rights, 34:3, 2016, s.148, www.tandfonline.com https://doi.org/10.1080/18918131.2016.1233374 (Erişim:28.6.2018)

Olağanüstü Afrika Dairelerinin kurulma süreci Habré'nin Senegal'e sığınması ile başlamıştır. Bir yandan Çad'da kurulan özel bir komisyon eski devlet başkanının sorumlu olduğu suçlarla ilgili bir rapor yayınlarken, diğer yandan bazı mağdurların başvurusu üzerine Senegal'de Habré hakkında işkence, katliam ve insanlığa karşı suçlara iştirakten dava açılmıştır. Ancak Dakar İstinaf Mahkemesi İtham Dairesi, iddianameyi iptal etmiştir. İnsanlığa karşı suçlar yönünden, mevcut Senegal mevzuatında tanımlı olmaması nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği Senegal mahkemelerinin yargılama yapamayacağını, işkencenin ise Senegal dışında işlenmiş olması nedeniyle Senegal mahkemelerinin yetkisiz olduğuna karar vermiştir. Mağdurların bu kararı temyiz etmişleri üzerin de Yargıtay ise İstinaf Mahkemesinin kararını onamıştır.

Ayrıca mağdurlar Belçika'da da Habré'ye karşı şikâyetle bulunmuşlar, uzun bir soruşturmanın ardından Belçikalı yargıçlar uluslararası bir yakalama kararı çıkarmışlar ve Habré'nin Senegal'den iadesi talep edilmiştir. Senegal yargı makamları ise iadeyi, yetkisizlik gerekçesi ile reddetmiş ve tutuklu bulunan Habré'yi serbest bırakmıştır.

Çad'ın iade talebi de Senegal makamlarınca reddedilmiştir. Zira Habré'nin işlediği iddia edilen suçlar sırasında devlet başkanı olduğu, bu nedenle de Çad'da mutlak dokunulmazlığı olduğu ileri sürülmüştür⁹.

Diğer yandan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin, Roma Statüsünün yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Temmuz 2002'de başlaması ve geçmişe etkili olmaması karşısında Habré'nin bu Mahkeme önüne getirilmesi de söz konusu olmamıştır¹⁰.

Nihayet 2005 yılında Senegal, Afrika Birliği'ne başvurarak bu davayı yargılayacak bir yargı makamı oluşturulmasını istemiştir. Bunun üzerine Afrika Birliği'nin oluşturduğu uzmanlar komitesi, konuyu inceledikten sonra bir rapor yazmış, buna dayanan Afrika Birliği de Senegal'in "Afrika adına" Habré'yi yargılamasını talep etmiştir. Senegal parlamentosu da gerekli anayasal ve yasal değişiklikleri yaparak, kendi ülkesi dışında işlenmiş olsa bile soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve işkence konusunda yerel mahkemeleri yetkili kılmıştır¹¹.

Süreç devam ederken Habré'nin avukatları Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu (CEDEAO) Adalet Divanı'na başvurmuşlardır. Ceza yasalarının geriye yürümezliği, etkili başvuru, kesin hüküm, yasa

⁹ ABASS, Ademola: Historical and political background to the Malabo Protocol, in Werle, Gerhard / Vormbaum, Moritz (ed.), *The African Criminal Court*, Dordrecht, 2017, s. 17.

¹⁰ HOGESTOL, s. 149.

¹¹ Ayrıntılar için bkz. <https://www.fidh.org/fr> (Erişim: 7.5.2018)

önünde eşitlik, yargı bağımsızlığı, güçler ayrılığı ve adil yargılama ilkelerinin Senegal devleti tarafından ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Adalet Divanı, Afrika Birliği'nin Senegal'e verdiği yargılama yetkisinin yeterli olmadığına, bu durumda ceza yasalarının geriye yürümezliği ilkesinin ihlal edildiğine, olmasını gerekenin, uluslararası kurallar uyarınca, ad hoc / özel bir mahkeme kurulması olduğuna 18 Kasım 2010'da karar vermiştir. Diğer iddiaları ise reddetmiştir¹². Söz konusu kararın biraz “garip” bir karar olduğu öğretilde de savunulmaktadır¹³.

Öte yandan Belçika'nın iadesi talebinin yerine getirilmemesi üzerine Senegal'e karşı başvurduğu Uluslararası Adalet Divanı da 20 Temmuz 2012'de verdiği kararla, Senegal'in Hissein Habré'nin işlediği iddia edilen suçlarla ilgili olarak derhal soruşturma açmayarak ve davayı yetkili makamlarının önüne getirmeyerek 1984 tarihli Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Küçültücü Muamele Cezaya Karşı Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihmal ettiğine hükmetmiştir. Ayrıca Senegal'in eğer Habré'yi iade etmiyorsa davayı gecikmeksizin, ceza yargılaması için yetkili makamlarının önüne getirmesi gerektiğini de belirtmiştir¹⁴.

Nihayet Afrika Birliği ile Senegal arasında, Senegal yargı makamları bünyesinde Olağanüstü Afrika Dairelerinin kurulması ilişkin bir antlaşma 22 Ağustos 2012 günü imzalanmış, aynı şekilde de Dairelerin Statüsü de kabul edilmiştir.

Antlaşma imzalandıktan sonra 27 Mayıs 2013 tarihinde Habré'nin avukatları bir kez daha Senegal'e karşı Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu (CEDEAO) Adalet Divanı'na başvurmuşlardır. Bu kez gerekçeleri; Anlaşmanın ve Statünün, Adalet Divanının 18 Kasım 2010 tarihli kararını, Senegal Anayasa Hukukunu, Uluslararası Hukuku, başvuruçunun insan haklarını ihlal ettiği, Adalet Divanı ise CEDEAO topluluk hukukundan kaynaklanmayan, dava konusu işlemlerin geçerliliğini denetlemenin kendi yargı yetkisine girmediği gerekçesiyle

¹² Fransızca kararın tam metni için bkz. www.hrw.org (Erişim: 7.5.2018)

¹³ BRODY Reed: Bringing a Dictator to Justice: The Case of Hissène Habré, in *Journal of International Criminal Justice*, V.13, Issue 2, 1 May 2015, s.212 <https://doi.org/10.1093/jicj/mqv005> (Erişim:27.6.2018)

¹⁴ <http://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-FR.pdf> (Erişim: 28.6.2018)

başvuruyu kabul edilemez bulmuş ve hiçbir şekilde esasa girmeksizin başvuruyu 5 Kasım 2013 tarihli kararıyla reddetmiştir¹⁵.

B. Olağanüstü Afrika Dairelerine Dair Antlaşma ve Statü

1. Antlaşma

Senegal Cumhuriyeti Hükümeti ile Afrika Birliği Arasında Senegal Yargı Makamları Bünyesinde Olağanüstü Afrika Dairelerinin Kurulmasına Dair Antlaşma uyarınca Çad ülkesinde 7 Haziran 1982 ile 1 Aralık 1990 arasında işlenen uluslararası hukukun, uluslararası teamüllerin ve Çad ile Senegal'in taraf olduğu uluslararası antlaşmaların ağır ihlalleri ve suçların esas sorumlularının yargılanmasıyla görevli söz konusu Daireler kurulmuştur (m.1/1).

Daireler; Statüyü, uluslararası ceza hukukunu, Senegal Ceza Kanununu, Ceza Muhakemesi Kanununu ve ilgili diğer Senegal yasalarını uygulayacaklardır (m.1/4). Statü de antlaşmasının eki ve ayrılmaz bir parçasıdır (m.1/5).

Dairelerin Senegal vatandaşı olmayan üyeleri 1961 Viyana Sözleşmesi'nde öngörülen bağışıklıklardan ve dokunulmazlıklardan yararlanırlarken, Senegal vatandaşı üyeler, savcılar ve idari personel de 1965 tarihli Afrika Birliği Örgütü Bağışıklıklar ve Dokunulmazlıklara Dair Genel Sözleşmesi kapsamında korunmaktadırlar (m.6).

Müdafiler de; görevleri kapsamında yaptıklarından dolayı yakalanamazlar, tutuklanamazlar, bu kapsamda yaptıklarından ya da söyledikleri sözlerden dolayı, görevleri sona erdikten sonra da haklarında ceza ya da hukuk davası açılmaz Eşyalarına, görevleriyle ilgili belgelerine el konamaz. Seyahat özgürlükleri kısıtlanamaz (m.7).

Ayrıca antlaşmada tanıklar ile bilirkişilerin seyahatlerinin kolaylaştırılması, davayla ilgili tümü kişilerin güvenliklerinin sağlanması ve adli yardımlaşma yükümlülükleriyle de ilgili düzenlemeler yer almaktadır (m.8. 9. 10).

2. Statü

Antlaşmanın eki ve ayrılmaz bir parçası olan Statü; Dairelerin yetkisini, oluşumunu ve yargılama kurallarını belirleyen 37 maddelik göreceli kısa bir metindir.

a. Zaman bakımından yetki

Olağanüstü Afrika Daireleri, 7 Haziran 1982 ile 1 Aralık 1990 arasında yani bir başka deyişle Hissein Habré'nin devlet başkanı olduğu

¹⁵Fransızca kararın tam metni için bkz. http://www.courtecawas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2013/HISSEIN%20HABRE_c_REPUBLIC_OF_SENEGAL2013.pdf (Erişim: 6.7.2018)

dönemde işlenen bazı suçlar bakımından yetkilidir (m.1). Dolayısıyla suçlar işlendikten sonra kurulduğu için olağanüstü mahkeme niteliği taşımaktadır. Zaten adı belirlenirken de bu nitelik açıkça vurgulanmıştır. Uluslararası alanda kurulan ad hoc mahkemelerin genel niteliğidir. Ad hoc mahkemelerin yarattığı sorunlar bu Daireler açısından da geçerlidir¹⁶.

b. Yer bakımından yetki

Dairelerin yer bakımından yetkisi, Çad ülkesi ile sınırlıdır (m.1). Dolayısıyla bu ülkede işlenen suçlar bakımından Daireler yargı yetkilerini kullanabilmektedirler. Zaten gelişim süreci düşünüldüğünde bu konuda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Öğretide, bulunduğu yer dışında işlenen uluslararası suçları yargılayan Dairelerin, evrensel yetki kullandığı vurgulanmaktadır¹⁷.

c. Kişi bakımından yetki

Gerek antlaşma, gerekse Statü “esas sorumlular” (principaux responsables), sözünü kullanmaktadır. Dolayısıyla kurulan mahkemenin kişi bakımından yetkisinin üst düzey yetkililer, daha çok emir verenlerle sınırlı olduğu kabul edilebilir. Zaten kuruluşun çıkış noktasının dönemin devlet başkanının yargılamak olduğu dikkate alındığında da aynı sonuca ulaşılmaktadır. Nitekim Daireler, dönemin devlet başkanı Hissein Habré’yi, aşağıda açıklanacağı üzere, yargılayıp mahkûm etmiştir. Bunun yanında dönemin beş üst düzey yöneticisi hakkında iddianame hazırlanmış ancak Dairelerin önüne getirilip yargılanmaları söz konusu olmamıştır¹⁸. Zira genel olarak Daireler ile işbirliği yapan Çad devleti, iki şüpheliyi iade etmeyi reddetmiştir¹⁹.

Ayrıca Roma Statüsüne benzer biçimde üst, astının Statüdeki suçları işlediğini bilmesine karşın onu engellemezse ya da cezalandırılması için gerekenleri yapmazsa sorumlu olmaktadır (m.10/5). Diğer yandan emri ifa da, tıpkı uluslararası suçların yargılmasında alışlageldiği üzere, ast açısından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamakta, yalnızca takdiri bir indirim nedeni olabilmektedir (m.10/5)²⁰.

d. Madde bakımından yetki

Daireler, dört suçu yargılama yetkisine sahiptir (m.4). Bunlar da; soykırım suçu (m.5), insanlığa karşı suçlar (m.6), savaş suçları (m.7) ve

¹⁶ ÖNOK, s.9 vd.

¹⁷ HOGESTOL, s. 153.

¹⁸ Ayrıntılar için bkz. <https://www.fidh.org/fr> (Erişim: 4.7.2018)

¹⁹ BRODY, s. 216.

²⁰ Karş. Roma Statüsü m.33, TCK m.24

işkencedir (m.8). Ayrıca bu suçlar, Statü bakımından zamanaşımına uğramamaktadır (m.9)²¹.

i. Soykırım

Klasik tanım benimsenmiştir. Ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi özel kastı bulunmalıdır. Bu bağlamda kasten öldürme, grup üyelerinin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine yönelik ciddi saldırılar, grubun tamamen veya kısmen yok olmasına neden olacak koşullara yaşamaya mahkûm edilmesi, grubun içindeki doğumların engellenmesi ve çocukların başka bir gruba zorla nakli soykırımdır. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "bir planın icrası" koşulu aranmamaktadır (TCK m.76).

ii. İnsanlığa karşı suçlar

Bentlerde sayılan eylemlerin, sivil nüfusa karşı genel ya da sistematik saldırılarla işlenmesi gerekmektedir. Söz konusu eylemler; cinsel saldırı, cinsel kölelik, zorla fahişelik, zorla kısırlaştırma, benzer ağırlıkta her türlü cinsel şiddet, kasten öldürme, yok etme, zorla nakil, apartheid suçu, köleleştirme, kaçırma, işkence ve kötü muameledir. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "bilimsel deneylere tabi kılma" yer almamaktadır (TCK m.77). Ayrıca "benzer ağırlıkta her türlü cinsel şiddet" ifadesinin Ceza Hukukunda yasak olan kıyas kurumunu çağrıştırdığı da yeri gelmişken belirtilmelidir.

iii. Savaş suçları

İlk fıkrada 1949 Cenevre Sözleşmelerine, ikinci fıkrada ise 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3.maddesine ve 1977 Ek Protokol II'ye atıfla, uluslararası olan veya olmayan silahlı çatışma sırasında işlenen çok sayıda eylemi savaş suçu saymaktadır. Kastan öldürme, rehin alma, toplu cezalandırma, yağmalama...vb.

iv. İşkence

Yukarıda gerçek uluslararası suçlara ek olarak işkence suçu da tanımlanmıştır. Öncelikle failin, mağdurdan ya da üçüncü bir kişiden bilgi veya itiraf elde etme, suçlandığı bir eylem nedeniyle cezalandırma, sindirme, baskı altına alma ya herhangi bir ayrımcılık amacının yani özel kastının bulunması gerekmektedir. Oysa Türk Ceza Kanunu uyarınca işkence suçu genel kastla işlenmektedir (TCK m.94)²². Diğer yandan Statü

²¹ Türk Ceza Kanunu uyarınca soykırım, insanlığa karşı suçlar ve işkence suçu için zamanaşımı işlememektedir (m.76/4, m.77/4, m.94/6). Savaş suçları ise Türk Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır.

²² Bu durumun yarattığı sorunlar ve tartışmalar için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s.282.

uyarınca işkence suçu tıpkı Türkiye'deki gibi ancak kamu görevlisi ya da resmi görevle ya da kamu görevlisinin yönlendirmesi ya da rızasıyla hareket eden kişi tarafından işlenebilen özgür bir suçtur. Cezalar: Statü tarafından öngörülen yaptırımlar (m.24), Uluslararası Ceza Mahkemesini Kuran Roma Statüsü ile aynıdır (Roma Statüsü m.77). Buna göre hapis cezasının üst sınırı 30 yıl olmakla birlikte suçun ağırlığı ve hükümlünün kişisel durumu nedeniyle müebbet hapis cezası verilebilecektir (1.fikra). Ayrıca Daireler, Senegal Hukuku çerçevesinde para cezası da verebilecekleri gibi müsadereye de hükmedebileceklerdir (2.fikra).

e. Dairelerin oluşumu

Olağanüstü Afrika Daireleri, dört farklı yargı yerinden oluşmaktadır. 1) Özel Dakar Bölgesel Mahkemesi bünyesindeki Olağanüstü Afrika Soruşturma Dairesi, 2) Dakar İstinaf Mahkemesindeki, Olağanüstü Afrika İtham Dairesi, 3) Dakar İstinaf Mahkemesindeki, Olağanüstü Afrika Ağır Ceza Dairesi, 4) Dakar İstinaf Mahkemesi nezdindeki Olağanüstü Afrika Ağır Ceza İstinaf Dairesidir (m.2). Uluslararasılaşmış diğer mahkemelerden biraz daha farklı biçimde başkanlar dışında, yalnızca Senegalli üyelerden oluşmaktadır²³. Buna göre birinci dairede dört asil iki yedek, ikincisinde üç asil bir yedek, üçüncüsünde iki asil iki yedek ve sonuncusunda da iki asil ve iki yedek üye yer almaktadır. Üyelerin tamamı Senegal Adalet Bakanının önerisi üzerine Afrika Birliği Komisyonu Başkanınca atanmaktadır (m.11). Aynı şekilde Senegal vatandaşı olan Başsavcı ve üç yardımcısı da Senegal Adalet Bakanının önerisi üzerine Afrika Birliği Komisyonu Başkanınca atanmaktadır (m.12).

f. Yargılama

Olağanüstü Afrika Daireleri önündeki yargılamanın, klasik bir ceza yargılamasından farkı yoktur. Öncelikle Statü, açıkça düzenlenmeyen alanlarda ise Senegal Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanmaktadır (m.16). Savcı, resen ya da başvuru üzerine bir olayı araştırır ve iddianame düzenler, Soruşturma Dairesi de kamu davasını açar (m.17). Sanık, uluslararası sözleşmelerce de korunan temel haklara sahiptir (m.21). Hatta Afrika Birliği ile Senegal Cumhuriyeti, 24 Temmuz 2014 tarihinde bir Ek Sözleşme imzalayarak Statü'ye ek yapmış ve sanık haklarını güçlendirmişlerdir. Buna göre Olağanüstü Afrika Daireleri bünyesinde

²³ BM ile işbirliği içerisinde kurulan Sierra Leone, Kamboçya, Lübnan ve Doğu Timor Mahkemelerinde yerli üyelerin yanında yabancı üyeler de yer almaktadır. İskoç üyelerden oluşan Lockerbie Mahkemesi de yalnızca yerli üyelerden oluşmaktadır bkz. TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat: Uluslararası Ceza Hukuku, 4.Baskı, Ankara, 2017, s.386 vd.

savunma haklarının korunmasından ve gerekli hukuki desteğin sağlanmasında sorumlu bir Savunma Bürosu kurulmuştur. Finansmanı da Dairelerin bütçesinden karşılanmaktadır.

Yargılama, açık duruşmalarla Fransızca dilinde yapılmakta ve hatta dışarıdan katılımın sağlanması için Statü, gerekli tedbirlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır (m.22, m.30 ve m.33). Tüm duruşmalar kaydedilmektedir (m.36). Tanıklar ve bilirkişilerin korunması sorumluluğu da Senegal hükümetine verilmektedir (m.34 ve m.35). Sonuçta, yargılamayı yapan Olağanüstü Afrika Ağır Ceza Dairesi, çoğunlukla aldığı karar uyarınca sanığı suçlu bulursa tıpkı Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsündeki gibi otuz yıla kadar hapis cezasına karar verebilmektedir. Hatta suçun ağırlığı ve hükümlünün kişisel durumunu dikkate alarak ömür boyu hapis cezası verebilmekte, ayrıca para cezası ve müsadereye de hükmedebilmektedir (m.23, m.24). Para cezası açısından Senegal Kanununa atıf yapılması belirli bir oranda belirlilik sağlarken, hapis cezalarının toptan belirlenmiş olması suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından önemli bir eksiklik. ²⁴ Ayrıca Dairenin, onarıcı adalet anlayışı çerçevesinde mağdurların tazmin edilmesine yönelik karar verme yetkisi de vardır. Söz konusu tazminat, özel bir fondan karşılanmaktadır (m.27 ve m.28).

Olağanüstü Afrika Ağır Ceza Dairesi tarafından verilen hükme karşı gidilebilen tek yasa yolu istinaftır. Olağanüstü Afrika Ağır Ceza İstinaf Dairesi de, davayı uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatlarını da dikkate alarak incelemekte ve sonuçta onamakta, iptal etmekte veya düzeltmektedir (m.25).

Statü uyarınca istinaf dışında hiçbir yasa yolu bulunmadığı gibi istinaf yargılaması sonucunda verilen karara karşı da herhangi bir yasa yolu öngörülmemiştir. İstinaf Dairesinin kararları kesindir (m.25/4). Ancak Dairelerce verilen kararlar kesinleştikten sonra Olağanüstü Afrika Daireleri hukuken ortadan kalkmaktadır ve daha sonra ortaya çıkacak hukuki sorunlarda yerel mahkemeler yani Senegal mahkemeleri yetkili hale gelmektedir (m.37). Dolayısıyla başta adli hata nedeniyle yargılamanın yenilenmesi olmak üzere olası tüm sorun, itiraz ve başvurularda, Senegal Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde işlem yapılabilmesi hukuken olanaklıdır. Statüdeki, yeniden yargılama yasağı, bu açıdan bir engel oluşturmamaktadır (m.19).

²⁴ ÖNOK, s.236. Yazar, Roma Statüsünde yer alan, ayrı içerikteki 77.maddeyi açıklarken, bunun bir ilerleme olduğunu, zira Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinin Statülerinde sürenin bile açıkça belirtilmediğini vurgulamaktadır.

Son olarak, hükmedilen ceza ve tedbirler, infaz konusunda Senegal ile anlaşma yapan Afrika Birliği üyesi devletlerden birinde, uluslararası standartlar çerçevesinde o devletin mevzuatına göre yapılacaktır. İlgili devlet cezanın süresiyle bağlıdır. Para cezası ve müsadereyi de yerel makamlar, ulusal mevzuat çerçevesinde infaz edeceklerdir (m.26).

III. HABRE DAVASI

Yukarıda açıklanan süreci başlatan kişi, Olağanüstü Afrika Dairelerinin zaman bakımından yetki alanına giren sürede Çad'ın devlet başkanı olan Hissein Habré'dir. Dairelerin kurulmasının ardından, 30 Haziran 2013 tarihinde Daireler Başsavcısının talebi üzerine Olağanüstü Afrika Soruşturma Dairesinin kararı ile tutuklanmıştır. Yaklaşık 20 ay süren soruşturmanın sonunda Başsavcı, Habré hakkında 5 Şubat 2015 tarihli iddianame ile insanlığa karşı suç, işkence ve savaş suçundan dava açılmasını istemiştir.

1. İlk Derece Yargılaması: Yargılama usulüne göre bu konuda karar vermeye yetkili olan Soruşturma Dairesi ise “*Askeri gerekliliklerin haklı kılmadığı, büyük çapta, haksız ve keyfi biçimde malların yıkımı ve zimmete geçirilmesi*” (m.7/1-c) ve “*Bir savaş esirinin ya da korunan herhangi bir başka kişinin usulüne uygun ve tarafsız biçimde yargılanma hakkından mahrum edilmesi*” (m.7/1-e) suçlamaları bakımından kovuşturamama kararı verirken, şu suçlamalarla ilgili olarak dosyayı Ağır Ceza Dairesinin önüne göndermiştir:

- İnsanlığa karşı suçlar (m.6 ve m.10)
 - Kasten öldürme (m.6/b)
 - Yoğun veya sistematik yargısız infazlar (m.6/f)
 - Kişilerin kaçırılması ve kaybedilmesi (m.6/f)
 - İşkence veya politik, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dinsel veya cinsiyetçi amaçlarla büyük acılara ya da vücut bütünlüğüne veya fiziksel ya da psişik sağlığa ciddi zararlara kasten yol açan insanlık dışı davranışlar (m.6/f)
- Savaş suçları (m.7 ve m.10)
 - Kasten öldürme (m.7/1-a)
 - İşkence ve insanlık dışı muameleler (m.7/1-b)
 - Yasadışı nakil veya yasadışı tutma (m.7/1-f)
 - Hayata ve vücut bütünlüğüne saldırılar (m.7/2-a)
 - İşkence suçu (m.8 ve m.10)

Duruşmalar 20 Temmuz 2015’da başlamıştır. Elli altı duruşma gününde doksan üç tanık ifade vermiş²⁵ ve Daire, 30 Mayıs 2016 tarihli açık duruşmada Hissein Habré’yi aşağıdaki eylemlerden suçlu bulduğu hükmünü açıklamıştır:

- İnsanlığa karşı suçlar bakımından; cinsel saldırı, köleleştirme, yoğun ve sistematik yargısız infazlar, kişilerin kaçırılması ve kaybedilmesi, işkence insanlık dışı davranışlar,
- İşkence suçu,
- Savaş suçları bakımından; kasten öldürme, işkence, insanlık dışı muameleler, yasadışı tutma

Yasadışı nakil eylemi bakımından beraat kararı veren Daire, somut koşulları da dikkate alarak Habré’yi ömür boyu hapis cezasına mahkûm etmiştir. Buna karşın savcılığın, el konulan malların suçtan elde edildiğini yeterli biçimde kanıtlayamadığı gerekçesiyle müsadereyi reddetmiştir. Savunma tarafı 10 Haziran 2016 tarihinde söz konusu hükme karşı istinaf yasa yoluna başvurmuştur. Diğer yandan mağdurlara yönelik onarım konusu da Daire önünde tartışma konusu olmuş ve Dairenin 29 Temmuz 2016 tarihinde konuyla ilgili verdiği kararda, mağdurları doğrudan veya dolaylı mağdur olmalarına ve mağdur oldukları eylemlere göre gruplara ayırmış ve bu çerçevede tazminat miktarları belirlenmiştir. Bu karar da hem katılanlarca hem savunma tarafınca İstinaf Dairesinin önüne taşınmıştır.

2. İstinaf Aşaması: İstinaf başvuruları üzerine 29 Eylül 2016 tarihinde yedi aylık bir süre için atanan üyelerle oluşturulan Olağanüstü Afrika Daireleri Ağır Ceza İstinaf Dairesi, 3 Ekim 2016 tarihinde çalışmaya başlamış ve açılış duruşmasını 9 Ocak 2017’de yapmıştır. Daire, savunma tarafının istinaf aşamasında yeni kanıt getirilmesi yönündeki taleplerini reddetmiştir. Hükmünü de 27 Nisan 2017 tarihli duruşmada açıklamıştır.

İstinaf Dairesi, cinsel saldırı suçuyla ilgili mahkûmiyet hükmünü iptal etmiş ve bu eylemden dolayı beraat kararı vermiştir. Zira savcılığın hazırladığı iddianamede ve İtham Dairesinin aldığı dava açma kararında aslında yer almayan bu eylem, Ağır Ceza Dairesi önünde ifadeler alınırken anlaşılmuştur. Ağır Ceza Dairesi ise yerel ve uluslararası hukukları dikkate alarak yargı yerinin, iddianamedeki hukuki

²⁵ HOGESTOL, s. 153.

nitelendirmeye bağlı olmadığı gerekçesiyle bu eylem açısından da mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

İstinaf Dairesi ise başta Senegal ve Fransa hukukları olmak üzere ulusal hukukları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları olmak üzere uluslararası hukuk örneklerini dayanak olarak alıp tartışmalı ifadelerin soruşturma yargıçlarına sunulmadığını, sanığa ne ilk sorgusunda ne de sonraki ifadelerinde bildirildiğini, kamu davasının açılmasıyla ilgili olarak savcılığın görevli olmasına karşın savcılığın bu eylemi ileri sürmediğini belirtmiştir. Daireye göre mevcut hukuk kuralları çerçevesinde yargılama yapan bir yargı makamının, olayı hukuken farklı nitelendirme yetkisi olmakla birlikte, bunun sınırı iddianamede gösterilen olaylar olup savcılığa ileri sürülmeyen bir olayı yargılama yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla Ağır Ceza Dairesi takdir hatası yapmıştır, kararı bu açıdan iptal edilmelidir. Ancak İstinaf Dairesi, söz konusu iptalin hüküm üzerinde bir etkisi olmadığını da eklemiştir²⁶.

Hükümle ilgili diğer tüm başvuruları ise reddetmiştir. Onarım ile ilgili kararda da kısmen iptal kararı vererek yeni bir düzenleme yapmıştır²⁷.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Olağanüstü Afrika Daireleri ve Habré davası gerek uluslararası hukuk gerekse ceza hukuku bakımından birçok dikkat çekici unsur ve gelişmeyi bünyesinde barındırmaktadır.

Öncelikle Hissein Habré, ilk defa yargılanan ve mahkûm edilen devlet başkanı olmasa da, insanlığa karşı suçlardan başka bir ülkenin mahkemelerinde mahkûm edilen ilk devlet başkanı olmuştur²⁸. Dolayısıyla hem devlet başkanlarının dokunulmazlığının istisnaları hem de evrensel yargı yetkisi bakımından önemli bir gelişmedir. Aynı şekilde uluslararası Afrika adalet mekanizmasınca yargılanan ilk kişidir²⁹. Bu da

²⁶ Türkiye’de Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca mahkeme, iddianamede belirtilen olayla mutlak olarak bağlıdır ancak hukuki nitelendirmeyi iddia ve savunmalara bağlı olmaksızın serbestçe takdir eder (CMK m.225). Ancak iddianamedekinden farklı bir nitelendirme söz konusu ise sanığa önceden bilgi verilip ek savunma hakkı tanınmak zorundadır (CMK m.226). Ayrıntılı bilgi için bkz. YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, Ankara, 2017, s.781 vd.

²⁷ İstinaf Mahkemesi kararının tamamı için bkz. http://forumchambresafraicaines.org/wp-content/uploads/2015/08/Arre%CC%82t_inte%CC%81gral_AppelCAE.pdf (Erişim:4.7.2018)

²⁸ HOGESTOL, s. 147.

²⁹ HOGESTOL, s. 147.

Afrika kıtası özelinde tarihsel önemi olan bir hukuksal bir sonuçtur. Ancak Dairelerin adında da belirtildiği üzere suçların işlenmesinden sonra kurulmasından kaynaklanan “olağanüstü” niteliği, uluslararası hukukta çok sayıda örneği bulunsa da, yerleşik ceza hukuku ilkeleri bakımından son derece sorunludur.

İkinci olarak, söz konusu örnek, uluslararasılaşmış mahkemelerin uluslararası mahkemelere oranla birçok açıdan daha etkin olduğun gösteren önemli bir örnektir. Örneğin Olağanüstü Afrika Dairelerinin toplam harcaması 11,4 milyon ABD Doları seviyesinde kalmışken, Sierra Leone Mahkemesi, Eski Yugoslavya veya Ruanda Mahkemesi ya da Uluslararası Ceza Mahkemesininiki yüz milyonlarca hatta milyarlarca ABD Dolarına çıkmıştır³⁰. Diğer yandan çatışma sonrası ülkelerde, “uluslararasılaşmış” / “karma” mahkemelerin, uluslararası mahkemelere oranla siyasi ve ekonomik açıdan daha sürdürülebilir olduğu da ifade edilmektedir³¹.

Bununla birlikte Olağanüstü Afrika Dairelerini benzerlerinden daha özel kılan bir diğer tarafı da, önceki örneklere kıyasla, uluslararası unsurların en az yer aldığı mahkeme olmasıdır. Afrika Birliği tarafından atanan iki Daire başkanı dışında tüm üyeler Senegalli olduğu gibi soruşturma yargıçları ya da iddia makamı içerisinde yabancı kimse de bulunmamaktadır³². Hem bu yapısal yönüyle hem de uluslararası bir antlaşmayla oluşturulan Statüsünün yanında ulusal Senegal mevzuatını da uygulaması, Dairelerin ulusal yönünü daha baskın ve dikkat çekici kılmıştır.

Son olarak Olağanüstü Afrika Dairelerinin, Roma Statüsü ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Afrika ülkeleri arasında, daha çok Afrika’dan gelen davalara odaklanıldığı iddiasından kaynaklanan gerginlik nedeniyle, Afrika ülkelerinin geliştirdiği bir çözüm olduğu ifade edilmektedir. Sürekli bir bölgesel Afrika Ceza Mahkemesinin kurulması için 2014 Malabo Protokolü kabul edilmiş olsa da bu konuda somut adımlar atılmamıştır³³.

³⁰ BRODY, s.216

³¹ HOGESTOL, s. 151-152.

³² HOGESTOL, s. 152.

³³ HOGESTOL, s. 155. Protokol ve kurulmak istenen Mahkeme için bkz. Werle, Gerhard / Vormbaum, Moritz (ed.): *The African Criminal Court*, Dordrecht, 2017

KAYNAKÇA

- BAYRAKTAR Köksal / EVİK Vesile Sonay / KURT Gülşah, Özel Ceza Hukuku: Uluslararası Suçlar, Cilt I, İstanbul, 2016
- BRODY Reed: *Bringing a Dictator to Justice: The Case of Hissène Habré*, Journal of International Criminal Justice, V.13, Issue 2, 1 May 2015, s.212 <https://doi.org/10.1093/jicj/mqv005> (Erişim:27.6.2018)
- CASSESE Antonio / GAETA Paola / BAIG Laurel / FAN Mary / GOSNELL Christopher / WHITING Alex: Cassese's International Criminal Law, 3rd Ed., Oxford, 2013
- HOGESTOL Sofie A. E.: The Habré judgment at the Extraordinary African Chambers: A singular victory in the fight against impunity, in Nordic Journal of Human Rights, 34:3, 2016, s.148, www.tandfonline.com <https://doi.org/10.1080/18918131.2016.1233374> (Erişim:28.6.2018)
- ÖNOK R. Murat: Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Ankara, 2003
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Ankara, 2016
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat: Uluslararası Ceza Hukuku, 4.Baskı, Ankara, 2017
- TÖNER Şen Semin, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, İstanbul, 2000
- WERLE Gerhard – VORMBAUM Moritz (ed.): The African Criminal Court, Dordrecht, 2017
- YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, Ankara, 2017
- The Columbia Encyclopedia, Columbia University Press 2017 (Erişim: 25.6.2018)
<http://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-FR.pdf> (Erişim: 28.6.2018)
- http://www.courtecawas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2013/HISSEIN%20HABRE_c_REPUBLIC_OF_SENEGAL2013.pdf (Erişim: 6.7.2018)
- http://forumchambresafraicaines.org/wp-content/uploads/2015/08/Arre%CC%82t_inte%CC%81gral_AppelCAE.pdf (Erişim:4.7.2018)
- <https://www.fidh.org/fr> (Erişim: 7.5.2018)
- www.hrw.org (Erişim: 7.5.2018)

7 HAZİRAN 1982 İLE 1 ARALIK 1990 SÜRECİNDE ÇAD'DA İŞLENMİŞ ULUSLARARASI SUÇLARIN KOVUŞTURULMASI İÇİN SENEGAL MAKAMLARI BÜNYESİNDEKİ OLAĞANÜSTÜ AFRIKA DAİRELERİNİN STATÜSÜ*

Madde 1 – Amaç

İşbu Statünün amacı, Senegal'in uluslararası yükümlülüklerine uygun olarak, Afrika Birliği'nin 7 Haziran 1982 ile 1 Aralık 1990 arasında Çad'da işlenmiş uluslararası suçların Senegal Cumhuriyeti tarafından kovuşturulmasına dair kararının uygulamaya konmasıdır.

Madde 2 – Olağanüstü Afrika Dairelerinin kurulması

Senegal Cumhuriyeti yargı makamları bünyesinde, aşağıdaki gibi Olağanüstü Afrika Daireleri kurulmuştur:

- Özel Dakar Bölgesel Mahkemesi bünyesindeki bir Olağanüstü Afrika Soruşturma Dairesi;
- Dakar İstinaf Mahkemesindeki bir Olağanüstü Afrika İtham Dairesi;
- Dakar İstinaf Mahkemesindeki bir Olağanüstü Afrika Ağır Ceza Dairesi;
- Dakar İstinaf Mahkemesi nezdindeki bir Olağanüstü Afrika Ağır Ceza İstinaf Dairesi.

Madde 3 – Yetki

- Olağanüstü Afrika Daireleri, 7 Haziran 1982 ile 1 Aralık 1990 sürecinde Çad ülkesinde işlenmiş olan uluslararası hukuk, uluslararası teamül ile Çad'ın taraf olduğu uluslararası antlaşmaların ağır ihlalleri ve suçların esas sorumlularını kovuşturmak ve yargılamakla yetkilidir.
- Olağanüstü Afrika Daireleri, yetkisi kapsamındaki suçlardan en ağır olanlarını kovuşturmayı tercih edebilir.

Madde 4 – Olağanüstü Afrika Dairelerinin yetkisine giren suçlar

İşbu Statü uyarınca, Olağanüstü Afrika Daireleri, aşağıdaki suçlardan yetkilidir:

- Soykırım suçu;
- İnsanlığa karşı suçlar;
- Savaş suçları;
- İşkence.

Madde 5 – Soykırım suçu

İşbu Statü bakımından, soykırım suçundan, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi kastıyla aşağıdaki eylemlerden herhangi birinin işlenmesi anlaşılır:

- Grup üyelerinin kasten öldürülmesi;
- Grup üyelerinin vücut veya ruhsal bütünlüğüne yönelik ciddi zararlar;
- Grubun, tamamen veya kısmen yıkımına yol açacak yaşam koşullarına kasten maruz bırakılması;
- Grubun içerisindeki doğumları engelleyici tedbirler;
- Gruptaki çocukların zorla başka bir gruba nakli.

Madde 6 – İnsanlığa karşı suçlar

İşbu Statü bakımından, insanlığa karşı suçtan, sivil nüfusa karşı genel veya sistematik bir saldırı dolayısıyla aşağıdaki eylemlerden birinin işlenmesi anlaşılır:

* Yazarın notu: Çeviri gayri resmî nitelikte olup tarafımızca yapılmıştır

- Cinsel saldırı, cinsel kölelik, zorla fahişelik, zorla kısırlaştırma ve benzer ağırlıktaki her türlü cinsel şiddet;
- Kasten öldürme;
- Yok etme;
- Zorla nakil;
- Apartheid suçu;
- Köleleştirme veya yoğun veya sistematik yargısız infazlar, kişilerin kaçırılması ve kaybedilmesi;
- İşkence veya politik, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dinsel veya cinsiyetçi amaçlarla büyük acılara ya da vücut bütünlüğüne veya fiziksel ya da psikik sağlığa ciddi zararlara kasten yol açan insanlık dışı davranışlar.

Madde 7 – Savaş suçları

1. İşbu Statü bakımından, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri hükümlerince korunan silahlı kuvvetler mensuplarına, savaş esirlerine veya sivilere ya da mallara karşı aşağıdaki eylemlerin işlenmesi savaş suçu oluşturur:
 - Kasten öldürme;
 - İşkence veya biyolojik deneyler ya da vücut bütünlüğüne ve psikik bütünlüğüne karşı kasten büyük acılara yol açanlar da dâhil olmak üzere insanlık dışı muameleler;
 - Askeri gerekliliklerin haklı kılmadığı, büyük çapta, haksız ve keyfi biçimde malların yıkımı ve zimmete geçirilmesi;
 - Bir savaş esirini ya da korunan herhangi bir başka kişiyi, silahlı kuvvetlerde hizmete zorlama;
 - Bir savaş esirinin ya da korunan herhangi bir başka kişinin usulüne uygun ve tarafsız biçimde yargılanma hakkından mahrum edilmesi;
 - Zorla veya yasadışı nakil veya yasadışı tutma;
 - Rehin alma.
2. Olağanüstü Afrika Daireleri, 12 Ağustos 1949 Savaş Zamanında Mağdurların Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3.maddesi ve adı geçen Sözleşmelere 8 Haziran 1977 Ek Protokol II'nin ciddi ihlallerini gerçekleştiren kişileri yargılamaya yetkilidir. Bu ihlaller şunlardır:
 - a) Kişilerin hayatına, sağlığına ve fiziksel veya ruhsal rahatlığına yönelik saldırılar özellikle, öldürme, ayrıca işkence, uzvun kesilmesi veya her türlü bedensel ceza biçimindeki zalimane muameleler;
 - b) Toplu cezalandırma;
 - c) Rehin alma;
 - d) Terör eylemleri;
 - e) Kişinin haysiyetine yönelik ciddi zararlar, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muameleler, cinsel saldırı, zorla fahişelik ve her türlü müstehcenlik;
 - f) Yağmalama;
 - g) Öncelikle usulüne uygun olarak kurulmuş bir mahkeme tarafından ve medeni toplumlarca vazgeçilmez olarak tanınmış yargısal güvenceleri içeren bir yargılama olmaksızın mahkûm etme ve infaz etme;
 - h) Yukarıda yazılı eylemlerin işleneceği tehdidi.

Madde 8 – İşkence

Kendisinden veya üçüncü bir kişiden bilgi ya da itiraf almak, onu ya da üçüncü bir kişiyi işlediği ya da işlediğinden şüphelenilen bir eylem nedeniyle cezalandırmak, onu

veya üçüncü bir kişiyi korkutmak, ona veya üçüncü bir kişiye baskı yapmak amacıyla ya da ne olursa olsun herhangi bir ayrımcılık biçimine dayanan başkaca bir sebeple kasten bir kişiye, fiziksel veya zihinsel, şiddetli ağrı veya acı verilmesi; eğer bu ağrı veya acılar bir kamu görevlisi veya resmi görevli tarafından veya onun kıskırtmasıyla veya açık ya da zımnı onanıyla veriliyorsa, işbu Statü anlamında, “işkence” terimini ifade eder.

Madde 9 – Zamanaşımına uğramama

Olağanüstü Afrika Dairelerinin yetkisindeki suçlar zamanaşımına uğramaz.

Madde 10 – Bireysel ceza sorumluluğu ve resmi sıfatın ilgisizliği

1. İşbu Statü uyarınca, Olağanüstü Afrika Daireleri, gerçek kişiler açısından yetkilidir.
2. Her kim, işbu Statünün 5 ile 8.maddelerinde öngörülen bir suçu işler, işlenmesini emreder, planlar veya o suçun işlenmesine azmettirir ya da herhangi bir biçimde yardım eder ve planlanmasına, hazırlanmasına veya icra edilmesine cesaretlendirirse, fail ya da suç ortağı olarak o suçtan bireysel olarak sorumlu olur.
3. Bir sanığın resmi sıfatı, ister devlet ister hükümet başkanı ya da yüksek bürokrat olsun, işbu Statü bağlamında ceza sorumluluğunu hiçbir halde kaldırmaz, aynı şekilde hükmedilen ceza için indirim nedeni oluşturmaz.
4. İşbu Statünün 5 ile 8.maddelerinde öngörülen eylemlerden herhangi birinin bir ast tarafından işlenmiş olması, eğer üst astın bu suçu işlemeye hazırlandığını biliyorsa ya da bilmek için nedenleri varsa veya yaptıysa ve üst de bu eylemin işlenmesini engellemek veya faillerin cezalandırılması için gerekli ve makul tedbirleri almamışsa, üstün ceza sorumluluğunu kaldırmaz.
5. Sanığın, hükümetin ya da üstün emrini ifa çerçevesinde hareket etmiş olması, onun ceza sorumluluğunu kaldırmaz ama ceza için indirim sebebi olarak kabul edilebilir.

Madde 11 – Olağanüstü Afrika Dairelerinin oluşumu ve Yargıçların atanması

1. Özel Dakar Bölgesel Mahkemesi Olağanüstü Afrika Soruşturma Dairesi, Senegal Adalet Bakanının önerisi üzerine Afrika Birliği Komisyonu Başkanı tarafından atanan, Senegal vatandaşlığına sahip dört (4) soruşturma yargıcı ve Senegal vatandaşlığına sahip iki (2) yedek yargıçtan oluşacaktır.
2. Dakar İstinaf Mahkemesi Olağanüstü Afrika İtham Dairesi, Senegal Adalet Bakanının önerisi üzerine Afrika Birliği Komisyonu Başkanı tarafından atanan, Senegal vatandaşlığına sahip üç (3) yargıç ve Senegal vatandaşlığına sahip bir (1) yedek yargıçtan oluşmaktadır.
3. Dakar İstinaf Mahkemesinde Olağanüstü Afrika Ağır Ceza Dairesi, Senegal Adalet Bakanının önerisi üzerine Afrika Birliği Komisyonu Başkanı tarafından atanan, bir başkan, Senegal vatandaşlığına sahip iki (2) yargıç ve Senegal vatandaşlığına sahip iki (2) yedek yargıçtan oluşmaktadır. Dairenin başkanı bir başka Afrika Birliği devletinin uyruğundan olur.
4. Dakar İstinaf Mahkemesi nezdindeki bir Olağanüstü Afrika Ağır Ceza İstinaf Dairesi, Senegal Adalet Bakanının önerisi üzerine Afrika Birliği Komisyonu Başkanı tarafından atanan, bir başkan, Senegal vatandaşlığına sahip iki (2) yargıç ve Senegal vatandaşlığına sahip iki (2) yedek yargıçtan oluşmaktadır. Dairenin başkanı bir başka Afrika Birliği devletinin uyruğundan olur.
5. Yargıçlar, üstün ahlaki vasıflarla donanmış, tarafsızlıkları ve dürüstlükleriyle tanınmış, en az on (10) yıl yargıçlık görevini ifa etmiş kişiler arasından seçilirler. Olağanüstü Afrika Ağır Ceza ve Ağır Ceza İstinaf Daireleri

Başkanları, ayrıca devletlerinde en yüksek yargı görevi için gerekli koşulları da taşımak zorundadırlar.

Madde 12 - Savcılık

1. Başsavcı, kişisel olarak veya yardımcıları aracılığıyla Olağanüstü Afrika Daireleri nezdinde savcılığı temsil eder. Senegal vatandaşı Başsavcı ve üç (3) yardımcısı Senegal Adalet Bakanının önerisi üzerine Afrika Birliği Komisyonu Başkanı tarafından atanırlar.
2. Savcılar, üstün ahlaki vasıflarla donanmış, tarafsızlıkları ve dürüstlükleriyle tanınmış olmak, en az on (10) yıllık mesleki tecrübeye ve büyük bir ceza soruşturma ve kovuşturma tecrübesine sahip olmak zorundadırlar.
3. Savcılık, işbu Statüde aksine hüküm olmadıkça, Olağanüstü Afrika Daireleri önünde kamu davasını yürütür. Bu amaçla, Senegal Ceza Muhakemesi Kanununun verdiği yetkilerden yararlanır.

Madde 13 – Yazı işleri

1. Olağanüstü Afrika Dairelerine, görevleri Senegal Ceza Muhakemesi Kanununa göre belirlenen bir ya da daha fazla yazı işleri memuru yardımcı olur.
2. Olağanüstü Afrika Dairelerinin yazı işleri memurları, Senegal Adalet Bakanı tarafından atanırlar.

Madde 14 – Mağdurların katılmasına ilişkin genel ilkeler

1. Katılma, soruşturma boyunca her an olabilir ve mağdur veya hak sahibi tarafından yazı işlerine yazılı taleple yapılır. Yazı işleri, talebi yetkili Daireye, savcılığa ve savunma makamına iletir.
2. Mağdurlar bir grup oluşturup, ortak seçtikleri tek bir vekil tarafından temsil edilmeyi seçebilirler. Adalet gerektirdiğinde, Olağanüstü Afrika Daireleri, mağdurlardan veya belli bir grup mağdurdan, gerektiğinde İdarecinin de yardımıyla, bir ya da daha fazla ortak vekil seçmelerini isteyebilir. Bu şekilde verilen vekâlet, her zaman geri alınabilir.
3. Eğer mağdurlar, yetkili Daire tarafından belirlenen sürede bir ya da daha fazla ortak vekil seçebilecek durumda değilse, Daire İdareciden bir ya da daha fazla vekil belirlemesini isteyebilir.
4. Eğer bir grup mağdur, ortak vekil için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise İdarecinin yardımını talep edebilirler, o da bu konuda karar verir.
5. İşbu Statünün hükümleri saklı olmak üzere, mağdurların katılma usulleri Senegal Ceza Muhakemesi Kanununa göre belirlenir.

Madde 15 – Olağanüstü Afrika Dairelerinin idaresi

1. Senegal Cumhuriyeti Adalet Bakanı, bir Olağanüstü Afrika Daireleri İdarecisi atar. İdareci, Olağanüstü Afrika Dairelerinin idaresinin ve hizmetinin yargısal olmayan yönleriyle görevlidir. Ayrıca farklı Daire Başkanları ve Savcılıkla işbirliği içinde Olağanüstü Afrika Dairelerinin insan kaynaklarını yönetir. İdareciye, görevini yerine getirirken, Olağanüstü Afrika Dairelerinin işleyişi için gerekli personel yardımcı olur.
2. İdareci, 24 Kasım 2010 tarihli Yuvarlak Masa Toplantısı Nihai Belgesiyle kurulan Yönetim Komitesi de de dâhil olmak üzere uluslararası toplumla ilişkilerinde Olağanüstü Afrika Dairelerini temsil eder.

3. Olağanüstü Afrika Daireleri İdarecisi, toplumsal farkındalığı arttırmaya yönelik eylemlerin yürütülmesi ve Olağanüstü Afrika Dairelerinin çalışmaları konusunda Afrikalı ve uluslararası kamuoyunun bilgilendirilmesi için uygun anlaşmalar yapabilir.
4. İdareci, Olağanüstü Afrika Dairelerinin önüne gelen tanıkların ve mağdurların, bu tanıkların ifadelerinin kendileri için tehlike doğurabileceği diğer kişilerin yönlendirilmesi ve onlara yardım edilmesiyle; aynı şekilde korunmaları ve güvenliklerinin sağlanması için tedbirlerin ve hazırlıkların öngörülmesiyle görevlidir. Bu amaçla, İdareci Çad ve Senegal hükümetleri ve diğer ilgili devletlerle eşgüdümlü hareket eder.
5. İdareci, Senegal ile diğer devletler arasında bir adli işbirliği mekanizmasının kurulmasına katkı sağlar.

Madde 16 – Uygulanacak hukuk

1. Olağanüstü Afrika Daireleri, işbu Statüyü uygular.
2. Statüde öngörülmemeyen haller için, Senegal kanununu uygular.

Madde 17 – Kamu davasının usulü ve açılması

1. Olağanüstü Afrika Daireleri, öncelikle işbu Statüyü ve öngörülmemeyen haller için Senegal Ceza Muhakemesi Kanununu uygular.
2. İşbu Statünün 5 ila 8.maddelerinde tanımlanan suçlar, uzlaşma konusu olamaz.
3. Kamu davası yalnızca Olağanüstü Afrika Daireleri nezdindeki savcılığa açılabilir.
4. Savcı, resen ya da özellikle hükümetlerden, uluslararası örgütlerden ve sivil toplum örgütlerinden gelen bilgiler veya ikamet yerleri saklı kalmak üzere mağdurların şikâyeti üzerine araştırmaya başlayabilir.

Madde 18 – Hazırlık soruşturmaları ve önceki muhakeme usulleri

1. Olağanüstü Afrika Daireleri, adli işbirliği, ve gerektiğinde, işbu Statüde öngörülen suçlar için diğer devletlerin yargı makamlarınca yürütülen hazırlık soruşturmalarının sonuçlarının alınması ve kullanılması için gerekli tedbirleri alır.
2. Her türlü ceza kovuşturmasının naklini talep edebilir ve bu çerçevede talepte bulunulan ülkelerin yetkili makamlarınca oluşturulan tutanakları ve her türlü kanıtı geçerli sayabilir.

Madde 19 – Non bis in idem

1. İşbu Statüde aksine hüküm bulunmadıkça, kimse daha önce Olağanüstü Afrika Dairelerince yargılanıp mahkûm olduğu veya beraat ettiği suç oluşturan eylemlerden dolayı onun tarafından yargılanamaz.
2. Kimse daha önce Olağanüstü Afrika Dairelerince yargılanıp mahkûm olduğu veya beraat ettiği 5 ila 8.maddelerde öngörülen suçlardan dolayı başka bir yargı makamınca yargılanamaz.
3. Başka bir yargı makamınca 5, 6, 7 veya 8.maddelerin de kapsamına giren bir davranış için yargılanmış bir kimse, sadece eğer başka yargı makamı önündeki yargılama:
 - a) İlgili kişiyi, Olağanüstü Afrika Dairelerinin yetkisine giren suçlar bakımından ceza sorumluluğundan kurtarmak amacıyla yapılmışsa veya
 - b) Uluslararası hukukça öngörülmüş güvencelere saygı içerisinde bağımsız ve tarafsız biçimde yapılmamış ve fakat ilgiliyi adalet önüne çıkarma amacıyla uyumsuz koşullarda yapılmış olması halinde

Olağanüstü Afrika Daireleri tarafından yargılanabilir.

Madde 20 – Af

İşbu Statünün 5 ila 8.maddelerinde öngörülen suçlarla ilgili Olağanüstü Afrika Dairelerinin yargı yetkisindeki bir kişiye sağlanan af, kovuşturmayla engel olmaz.

Madde 21 – Sanık hakları

1. Olağanüstü Afrika Dairelerinin önünde tüm sanıklar eşittir.
2. Her sanığın, mağdurların ve tanıkların korunmasını sağlamak amaçlı olarak Olağanüstü Afrika Dairelerince alınan tedbirler saklı kalmak üzere, davasının hakkaniyetli ve aleni biçimde dinlenmesine hakkı vardır.
3. Her sanık, işbu Statüdeki düzenlemelere uygun olarak suçluluğu sabit olana kadar masum kabul edilir.
4. İşbu Statüye uygun olarak hakkındaki isnatların incelenmesi sırasında, her sanık asgari olarak şu güvencelere sahiptir:
 - a) En kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı biçimde, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedenleriyle ilgili olarak bilgilendirilmek;
 - b) Savunmasını hazırlamak üzere gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak ve kendi seçtiği avukatıyla serbestçe görüşmek;
 - c) Gecikmeksizin yargılanmak;
 - d) Davasında hazır bulunmak ve kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak; avukatı yoksa, bu hakkının olduğu konusunda bilgilendirilmek ve adalet gerektirdiğinde, avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise, ücretsiz olarak bir avukatın yardımından yararlanmak;
 - e) İddia tanıklarını sorgulamak veya sorgulatmak ve iddia tanıkları ile aynı koşullarda savunma tanıklarının davet edilmelerini ve sorgulanmalarını sağlamak;
 - f) Kullanılan dili anlamıyorsa veya konuşmuyorsa ücretsiz olarak bir çevirmenin yardımından yararlanmak;
 - g) Kendine karşı tanıklık etmeye veya suçluluğunu itiraf etmeye zorlanmamak.

Madde 22 – Duruşmalar

Duruşmalar alenidir ve duruşmaların işleyişine ilişkin sorunlar Senegal Ceza Muhakemesi Kanununa göre çözümlenir.

Madde 23 – Hüküm

1. Olağanüstü Afrika Daireleri, hükmü bildirir ve insan haklarının, uluslararası hukukun ve uluslararası teamüllerin ağır ihlallerinden suçlu bulunan kişileri cezalara ve yaptırımlara mahkûm eder.
2. Hüküm, Olağanüstü Afrika Ağır Ceza Dairesi yargıçlarının çoğunluğuyla aleni duruşmada verilir. Yazılı ve gerekçelidir.

Madde 24 – Cezalar

1. Olağanüstü Afrika Daireleri, işbu Statünün 5 ila 8.maddelerinde öngörülen bir suçtan suçlu bulunan bir kişiye aşağıdaki cezalardan birini verebilir:
 - a) En fazla otuz (30) yıl süreli hapis cezası veya
 - b) Suçun ağırlığının ve mahkûm kişisel durumunun gerektirmesi halinde ömür boyu hapis cezası
2. Hapis cezasına, Olağanüstü Afrika Daireleri şunları ekleyebilir:
 - a) Senegal kanununca öngörülen koşullara göre belirlenecek bir para cezası;

- b) İyiniyetli üçüncü kişilerin haklarına hanel getirmeksizin, doğrudan veya dolaylı olarak suçtan kaynaklanan yararların, malların ve varlıkların müsaderesi

Madde 25 – İstinaf usulü

1. Olağanüstü Afrika Ağır Ceza İstinaf Dairesi, yalnızca Olağanüstü Afrika Ağır Ceza Dairesine karşı Savcı veya mahkûm edilen kişiler veya tazminat talepleriyle ilgili olarak katılanların istinaf başvurularını, aşağıdaki nedenlerle en son derece olarak incelemeye yetkilidir:
 - a) Bir usul hatası;
 - b) Yetkiye ilişkin hata da dâhil olmak üzere kararı geçersiz kılan, maddi hukuka ilişkin bir hata;
 - c) Adaletsizliğe yol açan, olaya ilişkin bir hata
2. Olağanüstü Afrika Ağır Ceza İstinaf Dairesi, duruma göre, Olağanüstü Afrika Ağır Ceza Dairesi tarafından verilmiş kararları onayabilir, iptal edebilir veya değiştirebilir.
3. Olağanüstü Afrika Ağır Ceza İstinaf Dairesi yargıçları, uluslararası ceza mahkemelerinin ve divanlarının içtihadından esinlenebilirler.
4. Olağanüstü Afrika Ağır Ceza İstinaf Dairesi tarafından verilen kararlar kesindir. Olağanüstü de olsa hiçbir kanun yoluna başvurulamaz.

Madde 26 – Tutuklama tedbiri ve cezaların infazı

1. Son karar öncesi Olağanüstü Afrika Dairelerince verilen tüm tutuklama tedbirleri ve tutma tedbirleri Senegal’de mevcut infaz kurumları bünyesinde ve Senegal hukuku ile uygulamasına uygun olarak infaz edilir.
2. Hapis cezaları, uluslararası standartlara uygun olarak infaz edilir. Eğer koşullar gerektiriyorsa, hükümlü cezasını, Senegal ile cezaların infazı konusunda anlaşma yapmış olan, Afrika Birliği’ne üye devletlerden birinde çekebilir.
3. Hapis cezasının infaz koşulları, ister Senegal’de olsun ister başka bir Afrika Birliği’ne üye devlette, infaz ülkesinin kanununa göre ve uluslararası standartlara uygun olarak düzenlenir. İnfaz ülkesi, cezanın süresiyle bağlıdır.
4. Ulusal yargı makamları, Olağanüstü Afrika Dairelerinin ortadan kalması sorasında gündeme gelecek tüm yargılamalarla, özellikle hapis cezasının infazına ilişkin olanlarla görevli olacaktır.
5. Yetkili ulusal makamlar, Olağanüstü Afrika Daireleri tarafından 22.madde uyarınca hükmedilen para cezalarını ve müsaade tedbirlerini, mal ve kıymetlerin bulunduğu yerin mevzuatına uygun olarak yerine getirirler.

Madde 27 – Onarım

1. Olağanüstü Afrika Dairelerince hükmedilen onarım yolları; iade, tazminat ve iyileştirme dir.
2. Olağanüstü Afrika Daireleri, onarım için hükmedilen tazminatın, işbu Statünün 28.maddesinde öngörülen fon aracılığıyla ödenmesine karar verebilir.
3. Bu madde uyarınca bir karar vermeden önce, Olağanüstü Afrika Daireleri mahkûm edilen kişinin, mağdurların ve diğer kişilerin ya da ilgili devletlerin görüşlerini isteyebilir.
4. İşbu madde hükümleri, iç hukukun ya da uluslararası hukukun mağdurlara tanıdığı haklara hanel getirmez.

Madde 28 – Mağdurlar yararına fon

1. Olağanüstü Afrika Dairelerinin yetkisi kapsamındaki suçların mağdurları ve onların hak sahipleri yararın bir fon kurulmuştur. Bu fonun kaynakları; yabancı hükümetlerin, uluslararası kurumların, sivil toplum örgütlerinin gönüllü katkıları ve mağdurlara destek sağlamaya yönelik diğer kaynaklardır.
2. Onarım, Olağanüstü Afrika Daireleri önündeki yargılamalara katılmış olsun ya da olmasınlar, bireysel veya toplu olarak mağdurlara sağlanabilir.

Madde 29 – Ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar

1. Yabancı ülke vatandaşı yargıçlar, beraber oturduğu aile üyeleri, vergisel olanlar da dâhil olmak üzere 1961 tarihli Diplomatik İlkeler Hakkındaki Viyana Sözleşmesine uygun olarak diplomatik ajanlara tanınan ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar, muafiyetler ve kolaylıklardan yararlanırlar. Senegal'deki ücret, maaş ve ödeneklere ilişkin verilerden muafırlar.
2. Olağanüstü Afrika Dairelerinin Senegal vatandaşı yargıçları, savcıları, yazı işleri memurları ve diğer personelleri, Afrika Birliği Örgütünün (OUA) Ayrıcalıklar ve Dokunulmazlıklara İlişkin Sözleşmesine uygun olarak, aşağıdaki ayrıcalıklardan ve dokunulmazlıklardan yararlanırlar:
 - a) Görevlerinin ifa ederken yaptıkları işlemlerden dolayı (yazı ve sözlü olanlar dahil olmak üzere) cezai ve hukuki dokunulmazlık. Söz konusu dokunulmazlık, Olağanüstü Afrika Dairelerindeki görevleri bittikten sonra da devam eder.
 - b) Olağanüstü Afrika Dairelerindeki işlerinden dolayı kendilerine ödenen ücret, maaş ve ödeneklere ilişkin her türlü vergiden muafiyet

Madde 30 – Çalışma dili

Olağanüstü Afrika Dairelerinin çalışma dili Fransızca dilidir.

Madde 31 – Uygulama hükümleri

1. Olağanüstü Afrika Dairelerinin oluşturulması, aşağıdaki kronolojik sıra ile yapılır:
 - a) Dakar İstinaf Mahkemesi Olağanüstü Afrika İtham Dairesinin Savcıları ve yardımcı savcıları, soruşturma yargıçları ile yazı işleri memurları, Olağanüstü Afrika Dairelerinin ilk kurulma sürecinde atanırlar.
 - b) Soruşturma aşamasında, Olağanüstü Afrika İtham Dairesinin yargıçlarına başvurulur ve onlar Senegal Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca önlerine gelen her türlü başvuru hakkında karar verirler.
 - c) Olağanüstü Afrika Ağır Ceza Dairesi yargıçları, soruşturma sonunda sürekli biçimde görev yapmaya davet edilirler. Olağanüstü Afrika Ağır Ceza İstinaf Dairesi yargıçları, Olağanüstü Afrika Ağır Ceza Dairesinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği karara karşı bir istinaf başvurusu yapıldığı zaman görev yapacaklardır.

Yargıçların görevi, dahil oldukları sürecin sonunda biter.

Madde 32 – Bütçe

1. Olağanüstü Afrika Dairelerinin oluşturulması ve işleyişi, 24 Kasım 2010'da yapılan Yuvarlak Masa Toplantısında onaylanan bütçeyle finanse edilir.
2. Ek finansal kaynaklara ihtiyaç olduğunda uygun zamanda başvurulabilir.

Madde 33 – Davaya katılım

İlgili tüm tarafların, basın temsilcilerinin, uluslararası toplum ile Afrika Birliği gözlemcilerinin ve sivil toplum temsilcilerinin davaya katılımını güvence altına almak için tüm makul tedbirler alınacaktır.

Madde 34 – Davadaki tarafların ve tanıkların korunması

Senegal hükümeti, kendi ülkesinde, tüm yargılama boyunca ve bitene kadar davanın taraflarının ve tanıklarının korunmasını sağlar.

Madde 35 – Tanıkların ve bilirkişilerin korunması

Tanıkların ve bilirkişilerin, Olağanüstü Afrika Daireleri önündeki yargılama sırasında yaptıkları işlemlerle ilgili olarak korunması, Senegal Cumhuriyeti Hükümeti ile Afrika Birliği Arasında Olağanüstü Afrika Dairelerinin Kurulmasına Dair Antlaşmaya göre sağlanır.

Madde 36 – Duruşmaların kaydı

Olağanüstü Afrika Daireleri önündeki duruşmalar, Başsavcının denetiminde, yayınlanmak üzere filme alınır ve kaydedilir, meğerki tanıkların veya diğer katılımcıların korunması için gerekli tedbirler aykırı olsun.

Madde 37 – Olağanüstü Afrika Dairelerinin süresi

1. Olağanüstü Afrika Daireleri, kararlar kesinleştikten sonra hukuken ortadan kalkar.
2. Olağanüstü Afrika Daireleri ortadan kalktıktan sonra dosyalar, Dakar İstinaf Mahkemesi yazı işlerinde arşivlenir.
3. Ulusal yargı makamları, Olağanüstü Afrika Dairelerinin ortadan kalması sorasında gündeme gelecek tüm sorunlara ilişkin olarak görevli olacaktır

**7 HAZİRAN 1982 İLE 1 ARALIK 1990 SÜRECİNDE ÇAD’DA İŞLENMİŞ
ULUSLARARASI SUÇLARIN KOVUŞTURULMASI OLAĞANÜSTÜ AFRİKA
DAİRELERİNİN STATÜSÜNE İLİŞKİN SENEGAL CUMHURİYETİ HÜKÜMETİ
İLE AFRİKA BİRLİĞİ ARASINDAKİ ANTLAŞMAYA EK SÖZLEŞME**

Başlangıç

Bir tarafta, bundan sonra “Hükümet” olarak anılacak olan Senegal Cumhuriyeti Hükümeti ve Diğer tarafta, Afrika Birliği;

22 Ağustos 2012 tarihinde Dakar’da (Senegal) imzalanan, 7 Haziran 1982 İle 1 Aralık 1990 Sürecinde Çad’da İşlenmiş Uluslararası Suçların Kovuşturulması İçin Senegal Makamları Bünyesindeki Olağanüstü Afrika Dairelerinin Kurulması Hakkında Senegal Cumhuriyeti Hükümeti ile Afrika Birliği Arasındaki Antlaşmayı **dikkate alarak,**

Afrika Birliği Örgütü, Afrika Birliği ve Birleşmiş Milletler çerçevesinde kabul edilen Bildiriler, Sözleşmeler ve diğer belgelerdeki, özellikle de Afrika İnsan ve Halk Hakları Şartındaki özgürlüklere ve insan ve halk haklarına **bağlılığımı yeniden ifade ederek,**

Adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesine saygının, Afrika İnsan ve Halk Hakları Şartının ve 2001’de kabul edilen Adil Yargılanma ve Hukuki Yardım Hakkına İlişkin İlkeler ve Yönergelerin temel ilkeleri olduğunu **aynı şekilde yeniden ifade ederek,**

Afrika Birliğinin Kurucu Senedinin 4 (o) maddesi hükümlerine uygun olarak cezasızlığa karşı mücadele ödevine **tamamen inanmış olarak;**

Aşağıdakilerde uzlaşmışlardır;

Madde 1

Amac

İşbu Ek Sözleşme, Senegal Makamları Bünyesindeki Olağanüstü Afrika Dairelerinin Statüsünü, adı geçen Daireler bünyesinde bir Savunma Bürosunun kurulması ve görevlerinin belirlenmesi için değiştirmektedir.

Madde 2

Savunma Bürosu

1. Olağanüstü Afrika Daireleri bünyesinde Savunma Bürosu kurulmuştur.
2. Olağanüstü Afrika Dairelerinin İdarecisi, şüphelilerin ve sanıkların ve hukuki yardıma hakkı olan diğer tüm kişilerin haklarının güçlendirilmesi amacıyla Savunma Bürosunun operasyonel kuruluşunu sağlar.
3. Savunma Bürosu, Olağanüstü Afrika Daireleri Finansman Yürütme Komitesi tarafından onaylanan bütçe çerçevesinde finanse edilir.
4. Bir ya da daha fazla avukatı bulundurabilen Savunma Bürosu, Dairelerin ayrı bir organı olarak tamamen bağımsız hareket eder. Savunma makamına ve şu veya bu sebeple Dairelerin önüne gelen ve hukuki yardıma ihtiyacı olan kişilerin savunma haklarının korunmasından, bu kişilere destek ve yardımdan sorumludur. Yardım; dava ya da davaların ihtiyaçlarına göre hukuki araştırma, kanıtların toplanması ve hukuki danışmanlık veya temsil biçiminde olur.
5. Savunma Bürosu, İdareci ve Dairelerin diğer organlarına danışarak, bir dosyanın hazırlanmasında hukuki yardıma ihtiyacı olanlar ve savunma avukatları için gerekli tedbirlerin alınmasını ve bir şüpheli, sanık, yargıç veya bir daire tarafından talep edilebilen ek yardımın sağlanmasını gözetir.
6. Savunma Bürosu, Afrika Birliği komisyonu Başkanınca atanan bir Baş Hukukçu tarafından yönetilir. Baş Hukukçu, yüksek ahlaklı, iyi bir mesleki yeteneğe ve ceza davalarında geniş bir deneyime sahip olmak zorundadır. Tanmış bir yargı makamında hukuk uygulamasında bulanabilme yetkisine ve ulusal ya da uluslararası bir ceza mahkemesi önünde en az on (10) yıllık uygulama deneyimine sahip olmak zorundadır.
7. Şüphelilerin ve sanıkların adil yargılanma haklarının sağlanması için Baş Hukukçu, İdareci ve Dairelere danışarak, Savunma Bürosunun görevlerini etkin biçimde yerine getirmesi için gerekli yönergeler ve uygulama talimatları oluşturur. Bu yönergeler ve uygulama talimatları Daireler tarafından resmi biçimde kabul edilir.
8. Baş Hukukçu, Savunma Bürosunun görevlerini etkin ve etkili biçimde yerine getirmesi için gerekli her türlü personelden yardım alabilir. Savunma Bürosu personeli, Dairelerin idari kurallarına uygun olarak Baş Hukukçu tarafında atanır ve denetlenir.
9. Baş Hukukçu, tüm yargılama ve istinaf süreçlerinde, sanıkların temsil hakları ve taraflar arasındaki müzakereler bakımından Savcı ile eşit bir statüden yararlanır.
10. Bir yargıcin, Dairenin, İdarecinin, savunma makamının talebi üzerine ya da adalet gerektirdiğinde, kendi inisiyatifıyla, Baş Hukukçu veya onun belirlediği bir kişi; savunma ekibi, yargılamanın hakkaniyeti veya bir şüphelinin veya şüphelilerin veya bir sanık veya sanıkların hakları için ortak ya da genel çıkarı ilgilendiren sorunlarla ilgili olarak bir şüpheli veya şüphelileri veya bir sanık veya sanıkları temsil hakkını elde eder.

Madde 3

İşbu Ek Sözleşmenin Statüsü

İşbu Ek Sözleşme, Olağanüstü Afrika Daireleri Statüsünü tamamlar ve Senegal Cumhuriyeti Hükümeti ile Afrika Birliği Arasında Senegal Yargı Makamları Bünyesinde Olağanüstü Afrika Dairelerinin Kurulmasına Dair Antlaşmanın ayrılmaz bir parçasıdır.

Madde 4

Koruma Maddesi

1. Hiçbir Taraf, işbu Ek Sözleşme imzalandıktan sonra, Olağanüstü Afrika Dairelerinin işlemlerinin geçerliliğine, Olağanüstü Afrika Dairelerinin yetkili Dairelerince, Savcılıkça, Katılanlarca ve Savunma Avukatlarınca oluşturulan tutanaklara veya lehte ya da aleyhteki hiçbir kanıtı itiraz etmek için söz konusu Ek Sözleşmeden yararlanamaz.
2. Bu Ek Sözleşme, Olağanüstü Afrika Daireleri Statüsünün 21.maddesinde düzenlenen sanık haklarını güçlendirmeyi amaçlamaktadır.

Madde 5

Yürürlüğe Giriş

İşbu Ek Sözleşme, Taraflarca imzalandığı tarihten itibaren geçici olarak uygulamaya konur. Hükümetçe, kendi anayasal usullerine uygun olarak, onaylanması ve onay belgesinin Afrika Birliği Komisyonu Başkanına verilmesinden sonra kesin olarak yürürlüğe girer.

Buna dayanarak, Hükümet ve Afrika Birliği, Dakar'da 24 Temmuz 2014 tarihinde, İngilizce ve Fransızca dillerinde, her iki metin de aynı derecede geçerli olmak üzere dört nüsha halinde oluşturulmuş işbu Antlaşma Protokolünü imzalamışlardır.

DEVLET TEORİSİ'NDE TARİHİN YERİ: BİR KURGUDAN HİKÂYE, BİR HİKÂYEDEN HAKİKAT YARATMAK

THE PLACE OF HISTORY IN STATE THEORY: FROM FICTION TO STORY, FROM STORY TO TRUTH

DOI: 10.21492/inuhfd.475099

Abdurrahman SAYGILI*

Özet

Devlet teorisi, kamu hukukunun inceleme alanı içindedir. Devlet kuramını anlamak için, ilk önce, onun inceleme yöntemini tayin etmek gerekir. Bu yöntemin oluşturulmasında *tarih* öncü bir rol oynar. Dolayısıyla *tarih nedir?* sorusuna verilecek olan cevap oldukça önemlidir. Tarih geçmişin bir çeşit kazıbilimidir, onun araştırılması ve soruşturulmasıdır. Öte yandan devleti inceleyenler, geleneksel bir inceleme metodu olarak tarihsel bir doğru izlerler. Tarihi sanki hep ilerlemeden ibaretmiş gibi algılayan bu anlayış, tarihi bir süreklilik olarak görür. Oysa tarihe düz bir çizgi ya da süreklilik olarak değil, süreksizliklerden oluşan, geri gidişler, yani tarihsel sıçrayışlarla anlaşılabilir bir söylem tarzıyla yaklaşılabilir. Dolayısıyla devleti anlamak için bir metodolojiye ihtiyaç duyulur. Devleti sadece hukuksal kurumları üzerinden anlamak yerine, onun tarihini, doğasını ve iktidar ile ilişkisini anlamak gerekir. İşte bu devleti incelemenin metodolojisidir. Tarihi somut vakalar üzerinden incelemeler yapmalı; konuyu araştırıp, çözümledikten sonra belgelere de dayanarak sahici hikâyeler anlatmalıdır. Bu çalışma, Michel Foucault'un hukuk üzerine kimi düşüncelerine değinerek ve tarih kavramı üzerine eleştirel bir sorgulama izleği kurarak bu metodolojinin temel yapı taşını belirlemeyi hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu hukuku, genel devlet teorisi, tarih, Michel Foucault, hakikat, metodoloji.

Abstract

State theory is a major part of public law. In order to grasp state theory, one should firstly define its research method. *History* plays a decisive role in constitution of this research method. Thus, the answer to the question of *what is history?* is very important. History can be defined as a kind of archaeology and investigation of the past. A number of thinkers who examine the state, traditionally approach the history as a straight line. This approach, which perceives history as if it always consisted of progress, sees history as a continuity. However, history can be grasped not as a straight line or continuity but as a discourse that can be understood by means of historical leaps, consisting of discontinuities. Therefore, one inevitably needs a methodology to understand the state. In contrast to just examine the state through its legal institutions, it is necessary to enquire its history, its nature and its relation to power. This is the principle of the methodology of examining the state. This study aims to define the keystone of this methodology by referring some views

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. (E-Mail: kamusal@hotmail.com), (Orcid: 0000-0001-5285-3732)

Makale Gönderilme Tarihi: 26.10.2018

Submitted: 26.10.2018

Makale Kabul Tarihi: 28.11.2018

Accepted: 28.11.2018

of Michel Foucault on the notion of law and following a critical path regarding the concept of history.

Keywords: Public law, general theory of state, history, Michel Foucault, truth, methodology.

GİRİŞ

Türkiye gibi bir ülkede devlet teorisi üzerine yazı yazmak ya da üniversitelerde ders anlatmak oldukça eğlencelidir. Özellikle bu ülkede bir kamu hukukçusuysanız, okuduğunuz ve aslında niçin öğreniyorum diye sorguladığınız teorik bilgilerin gerçek hayatta karşılığını bulmanız hiç de şaşırtıcı olmaz. İsviçre’de bir kamu hukukçusu (oralarda da kamu hukukçuları vardır diye tahmin ediyorum) biriktirdiği bilgiler üzerinden teorik fanteziler yazarken siz bunları gündelik hayatta görürsünüz. Fazla mı iddialı oldu dersiniz? O zaman bu ülkede yaşamıyorsunuz! Ama konumuz bu ülkedeki kamu hukukçularının ne kadar şanslı (!) olduğu değil elbet. Demıştik ki, devlet teorisi niçin bir ders konusu olsun.

Hiç kuşku yok ki, devlet teorisi, kamu hukukunun inceleme alanı. Özel hukuk-kamu hukuku ayırımının tekrar ortaya çıkışından sonra- bu ayırımıda, ortaçağdan sonra burjuvazinin parmağı olduğunu söylemekle yetinelim- devletin özel hukukun ilgi alanına da mazhar olması gerekirken, çok uzun yüzyıllar sadece kamu hukukunun inceleme alanında mahfuz kalmıştır. Kralın hukuku olarak kabul edilen kamu hukuku, özellikle 1789’un izdüşümüyle üniversitelerin hukuk fakültelerinde kendisine bir yer bulmaya başlar.

Devrim öncesi Fransa’da bir kamu hukuku kürsüsü kurulmaya çalışması ve Kralın bundan duyduğu rahatsızlık -çünkü kamu hukuku kralın hukuku olduğu için alanına tecavüz edildiğini düşünüyordu- aslında kamu hukukunun günümüz açısından anlaşılmasında ciddi bir veri sağlar. Kralın rahatsızlığı, kraliyetin bakış açısına muhalif bir eleştirel bakış açısının bu kürsüde dillendirilecek olmasından dolayı duyduğu korkudan kaynaklanır. Korkar, zira devlet kadrolarında bu eleştirel düşüncelerden etkilenenler olabilir. Lakin Kral öyle ya da böyle değişime ayak direyemez. Kürsü kurulur ve zaten Avrupa’da matbaa sayesinde hızla yayılan bilgi kürsüden öğrencilere tefhim edilir. Devrimin ateşi sönünce kürsü atıl duruma gelir; ta ki tekrar canlandırılıp Napolyon kanunları öğretilinceye kadar. Zamanla devletin varlığına, unsurlarına ve ortaya çıkışına ilişkin konular hukuk fakültelerinde okutulmaya başlanır. Bu ilgi, Karşılaştırmalı Genel Tarih ve Siyasi Düşünceler Tarihinin müfredata

girmesinden sonraki bir döneme tekabül eder¹. Fransa'da bunlar yaşanırken Avrupa'da ilginç bir yere gözümüzü çevirelim. Almanya'ya...

Genel devlet teorisi ya da devletin genel teorisi. Bu isim, İngilizce dilince pek bir anlam ifade etmez. Zira ismin doğduğu iklim İngilizce konuşulan yerler değildir. İsmi doğum yeri Almanya'dır. Heidelberg hukuk fakültesinde 1796'da bir ders okutulur: evrensel kamu hukuku. Ders, devleti konu edinir kendine. Pozitivist bir bakış açısıyla anlatılan bu ders, doğal hukuka bir nevi savaş açmıştır. Ancak pozitif hukukla bağları esnek olan bu dersin adı daha sonra başka bir şey olur: Genel Devlet Teorisi².

Devlet kuramı üzerine yazılan herhangi bir yazının, anlatılan bir dersin; tarih, siyaset, felsefe, sosyoloji, hukuk, psikoloji gibi alanlara değinmemesi düşünülemez. Bu yargı, bir bakış açısını olduğu kadar ideolojik bir duruşu da ifade eder. Bu bağlamda, devlet kuramının saf teorisi bir safsatadan ibarettir. Hatta bizatihi kendisi ideolojik olmakla birlikte ideolojilere saldırarak nesnel olduğunu iddia eder³. Bu saldırıya karşı en sert üslupla cevap vermek gerekir. Öncelik, hiç kuşku yok ki, Hans Kelsen'in saf hukuk/devlet kuramınıdır. Lewis Carroll'un harikalar diyarında belki mümkündür Kelsen'in saflığı. Lakin Kelsen'in tasavvur ettiği saf diyarın, içinde yaşadığımız dünyanın ezeline olmadığı gibi ebedinde de olması mümkün değildir. Dolayısıyla, devlet kuramının hakkını vermek için ilk cümle olmazsa olmazdır. Devletin saf kuramı, bu devasa makinayı anlamakta hem yetersiz kalır hem de onun içini boşaltır. Foucault'nun dediği gibi, kamu hukuku ile tarih at başı gidiyorsa⁴ eğer, bunu devlet kuramı için zaten buz gibi söyleyebiliriz. Bu bağlamda, tarihe yaslanmayan devlet kuramı ölü doğmuştur. Lafi çok uzatmadan söylemek gerekirse, devlet kuramını anlamak için, ilk önce, onu inceleme yöntemini tayin etmek gerekir. Bu yöntemin oluşturulmasında tarih, öncü bir rol oynar. Bu sebeple, *tarih nedir* ile başlamak devlet kuramında kat edeceğimiz yolun başlangıcı için gereklidir.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rukiye AKKAYA KİA, Bir Ders Konusu Olarak Devlet ya da Genel Kamu Hukuku Derslerinin Kökenleri, Beta Yay., İstanbul 2013, s. 45-55.

² AKKAYA KİA, s. 64-67.

³ Recai G. OKANDAN, Umumi Amme Hukuku, (Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları), İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1976, s. 9-10.

⁴ Michel FOUCAULT, Toplumun Savunmak Gerekir, Çev. Şehsuvar Aktaş, 2. Baskı, Yapı Kredi Kültür Sanat Yay., İstanbul 2003, s. 134-135.

I. KAMU HUKUK İLE TARİHİN İLİŞKİSİ: SOISSONS VAZOSU

Tarih nedir? sorusunun tahrik edici bir yanı var. Zira tarih üzerinde eleştirel düşünme olanağı sağlıyor. Tarih, bir ders ve meslek konusu olarak görüldüğü gibi ideolojik bir araç olarak da işe yarar bir özelliğe sahip. Bir o kadar da yeni aslında.

Tarih deyince batının tarihinden bahsettiğimizi vurgulayalım. Batı tarihi, genel olarak, iki köken üzerinden hareket eder. Herodot'tan başlayan Roma tarzı söylemi içine alan köken ve Yahudi-Hıristiyan geleneği üzerinden kutsal kitaplar menşei köken. Yahudi- Hıristiyan geleneği simgesel rakamlarla tarihi dönemlendirir. Eski ahitteki Daniel dönemlendirmesi ile Augustinus'un dönemlendirmesi; ilki dörtlü bir dönemlendirme öngörürken, diğeri altı dönemden bahseder⁵.

Kamu hukuku ile tarih at başı ilerler demiştim. Bu yüzden, 18. yüzyıl sonu ile 20. yüzyıl arasında tarih ve kamu hukukunu birlikte görmek şaşırtıcı değildir. Bu yüzyıllar arasında tarih olarak anlatılanlar-bu kez şaşırtıcı gelebilir belki- kamu hukukunun ta kendisidir. Fransız tarih kitaplarında yer alan bir vazo bunun ispatı açısından güzel bir örnek teşkil eder. Foucault'nun aktardığı bu vazo örneği bir anayasa hukuku probleminin de tarihidir ona göre⁶. Soissons vazosunun tarihinden anayasa hukukunu çıkarmak. Ne tuhaf!

Kelsen bu satırları okusaydı, öfkeden deliye döner miydi? Ama hiç kuşkusuz Fransa'da okutulan tarih kitaplarının kamu hukuku kitapları olduğu gerçeğini değiştiremez hiçbir şey. Daha açık konuşmak için Foucault'ya söz vermek iyi olur. Foucault demişti ki;

“[B]aşlangıçta, zenginlikler paylaşıldığı zaman, savaşçıların ve muhtemelen (bu savaşçılar soylu kesimin kökenini oluşturduğu ölçüde) soyluların hakları karşısında kralın hakları gerçekten nelerdi? Tarih öğretildiğini zannediliyordu; ama XIX. Yüzyılda ve hatta XX. Yüzyılda okuldaki tarih dersi kitaplarıydı. Tarihin renkli resimli çeşitlemeleriyle kamu hukuku ve anayasa hukuku öğretiliyordu.”⁷

Geleneksel tarih anlayışı, iktidar yaratma işlevine sahip. Bunu da, ritüeller, cenaze törenleri, seremoniler vasıtasıyla sağlamaktaydı ve tarih, bu çerçevede ikili bir işlev üzerinden anlatılageliyordu. Anlatılardan biri, kralların tarihiydi ki, bu tarih zaferlerle taçlandırılarak (mağlup dahi olsalar mağlubiyet geçicidir) iktidarın sürekliliğine insanları inandırmak

⁵ Jacques LE GOFF, *Tarihi Dönemlere Ayırmak Şart Mı?*, Çev. Ali Berktaş, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2016, s. 6-7.

⁶ FOUCAULT, *Toplumu Savunmak Gerekir*, s. 135.

⁷ FOUCAULT, *Toplumu Savunmak Gerekir*, s. 135.

işlevine sahipti ve bu iktidar tamamen hukuksaldı. Diğer işlev ise, insanları, iktidarın (krallığın) ihtişamıyla yaratılan kahramanlıklarla büyülemek istemekteydi. Her ikisi de iktidarın pekiştirmesinden başka bir şey değildi⁸. Bu noktada, akla bir soru takılıyor: Yıllıkçılar tarihi niçin sürekli kaydediyorlardı?

Cevabı basit: İktidarı güçlendirmek için... Yüce Kralın ağzından çıkan her kelam, yaptığı her iş kaydedilmeye değerdir ve de kaydedilir. Kaydetme unutulmamayı sağlar. Unutulmayan, yani sürekli hafızada kalan da bir nevi iktidar sağlar. Anıtlaşan şeyler, insanların zihninde ölümsüzleşir. Ölümsüzlük ise, en büyük iktidardır. Kralların/iktidarın küçücük iyiliği onu aziz yapabilir. Onu aziz yapan kaydedilendir, başka bir deyişle tarihtir. Kralın ağzından çıkanın kaydı aynı zamanda onun yasasıdır. O yaşarken de göçüp gittiğinde de yasa yasadır. “Tarih, iktidarın söylemidir” derken Foucault, zannedersen, onu iktidarın boyun eğdirmek için kullandığı vecibelerin söylemi olarak anlamaktaydı. İktidarın söylemi olan tarih de bunu örneklerle yazarken büyüleyici, korkutucu ve devinimsiz bir iktidarı göstermemek için özel çaba sarf etmiş olsa gerekti⁹. Bu tarihin adı, sürekliliğin tarihidir ve Roma tarzı tarihsel bir söylemdir. İşte bu tarihsel söylem, zaman içinde yerini yeni bir tarihsel söyleme bırakır. Titus Livius’un tarihini yerle yeksan eder. Romalıların tarihini *collesium*’a gömer. Hükümdarların tarihinin yerini alan bu tarih anlayışı, ortaçağ boyunca egemen olacaktır. Titus Livius’un tarihi yerini Kutsal Kitaba bırakacaktır. Kralın o bize yutturduğu yasanın ne kadar adaletsiz olduğunu anlatan yeni bir söylem, yeni bir tarih. Maskelenmiş olanları açığa çıkarır bu tarihsel söylem. Bir savaş ilan eder: gayri adil yasalara karşı hasıraltı edilenleri ortaya çıkarır¹⁰.

İlerleme yasası, tarihe bakış açımızı da şekillendirir. İnsanın doğaya hükmedebileceğine duyduğu inanç, onun tarihsel bakış açısını da şekillendirmiş ve süreklilik-ilerleme düşüncesiyle olaylara bakmaya başlamıştır. Tarihe bir ilerleme şeklinde yaklaşıldığında, “tarihsel her olayın bir kez oluşu ve bu olaylar sürekliliğinin birbiri ardı sıra çizgisel olarak geleceğe doğru akıyor olması”¹¹ anlaşılır. İlerleme de aslında bir gelişmeye tekabül eder. Başka bir deyişle, ilerleme fikri, geçmişte yaşanan tecrübelerden yol almak demektir. Geride bırakılan eskimiş, demode

⁸ FOUCAULT, Toplumunu Savunmak Gerekir, s.78.

⁹ FOUCAULT, Toplumunu Savunmak Gerekir, s.79-80.

¹⁰ FOUCAULT, Toplumunu Savunmak Gerekir, s. 80-85.

¹¹ Kubilay AYSEVENER, “Bir İlerleme Tasarımı Olarak Tarih”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, 41/1, 2001, s. 172.

olmuş, kötü yahut en iyi ifadeyle ‘gelişmemiş’tir. Bu yaklaşım, fena halde Batılı’dır. Ve bu da, *tarihi*, hem coğrafi olarak hem de fikrîsel zeminde *Batı* menşeli kılar. Zira Batı, bütün değerlerin kaynağıdır. Kökeninde Yahudi-Hıristiyan geleneğini bulmak şaşkıncı olmasa gerek. İnsanlığı zaman aralıklarına bölen bu anlayış aynı zamanda tarihi dönemlendirmektedir de! Aydınlanma ile birlikte Tanrının yarattığı tarih, yeryüzüne indirilir. Bu görüşe göre, insan, kendisini gerçekleştirecek ve bunu doğaüstü bir güçten değil, kendi öz benliğinden kalkışarak yapacaktır. Lakin Yahudi-Hıristiyan geleneğiyle bir benzerlikle: aydınlanma düşüncesi de ilerlemecidir. Fark ise, *ilerlemenin*, kutsiyetten arındırıldığı iddia eden insan tarafından yapılacak olmasıdır. Oysa kutsallık yıkılmamış aksine beden değiştirmiştir. Bu kez, ilerlemenin müsebbibi ve lokomotif olan insan kutsanmıştır. Aklın egemen olduğu hatta tek gerçek olduğu bir anlayış, tanrıyı öldürerek insanı tanrılaştırmıştır.

Tam da bu noktada, *tarihi kim yapar* sorusu önem kazanır. Ayrıca *tarih nedir* sorusunu bu soruyla rabıtalandırmak; önemi anlamamızı kolaylaştırmanın yanında bütünü görmemizi de sağlar. Unutmamakta yarar var; tarih, birileri tarafından yazılır. Dolayısıyla, bu birileri de tarihi yazarlarken birçok faktörden etkilenir. Gördüğümüz, bildiğimiz ve duyduğumuz şeyleri yazarız. Eğer vahiy gelmiyorsa bizleri etkileyenler bizleri şekillendirir. Nesnellik kisvesiyle davrandığımızı iddia edebilirsiniz. Bu anlamda, bilimsel metodu da kullanabilirsiniz. Ancak bütünsel olmayan bir şeyi, tarihi, parça parça kavradığımızı varsayarsak; tarih, bir büyük anlatı olarak, onu yapanların elleriyle ve onların söyledikleriyle şekillenir. Oysa tarih, sadece büyük anlatılardan ibaret değildir. Tarihin bir de küçük, gizli ve yeraltında kalmış vakaları vardır. Bu küçük vakalar büyük anlatıların yanında gerçek tarihi oluşturur. Tarih ilerlemeyle oluşmuş bir süreklilik olarak kabul edilirse; yer altındaki tarih, görmezden gelinme tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Büyük anlatılar küçük anlatıları gölgeler. İlerlemek yerine tekrar edenleri, geri gidişleri kaçırmaya neden olur. Bu tehlike, devlet kuramı da dâhil olmak üzere bütün bir metodolojiyi sakatlar ya da başka bir deyişle hakikati salt bir kurguya dönüştürür.

II. TARİH, TARİHÇİ, HAKİKAT

Tarih ile felsefe yan yana gelir mi? On sekizinci yüzyıla kadar bu sorunu cevabı elbette ki, *hayır* olacaktı. Ancak bu yüzyılda Voltaire tarih felsefesi dediği yeni bir yaklaşım ortaya attı ve tarihçilerin eski kitaplardaki öyküleri temcit pilavı gibi önümüze seren anlayıştan vazgeçti. Voltaire’in açtığı yoldan yürüyen başkaları Voltaire’in tarih felsefesi adını

kullandılar kullanmasına ama çok başka bir şey olarak tahayyül ederek yaptılar bunu¹². Şimdilerde bu ismin Voltaire'in atfettiğinden başka anlamlarda kullanıldığını görmek hiç şaşırtıcı olmayacak. Tarih ile felsefenin yan yana gelmesi tarihten ve felsefeden ne anladığımızla fena halde yakından ilgilidir. Bu da beraberinde bazı soruları getirir: Tarihten ne anlıyoruz? Tarihin nesnesi nedir? Tarih nasıl işler? Tarihin amacı ya da ulaşmak istediği yer neresidir¹³?

Tarih geçmişin bir çeşit kazıbilimidir, onun araştırılması ve soruşturulmasıdır. Ancak araştırma her zaman soruşturmayı beraberinde getirmez. Sadece araştırmayla yetinebilir ya da araştırmanı yanında bir de soruşturma evresine geçilebilir ki, bu daha çetrefil bir süreci beraberinde getirir. Ancak bu özellikler onun ideolojik bir işlev görmediğini ya da büyük anlatılar içinde boğulmadığını göstermez. Bu konuya sonra tekrar döneriz. Tarih, bir arayış içindedir diyebiliriz. Peki, neyi arar? “İnsanların geçmişteki eylemlerini”¹⁴ pek tabii. Bunu yaparken de kanıtlara ihtiyacı duyar. Sonra da bulduğu kanıtları yorumlayarak tarihi yazar. Yazılan bu tarihin nihai amacı da “hakikate” ulaşmaktır. Lakin hakikat yazılan bir şey olunca onu “gerçekliği” de şüphe götürür. Şimdi bir soru sormak lüzum eder: tarih yazıcısı acaba Foucault'nun *parrhesiazesthai* dediği kişi midir? Başka bir deyişle, aklındaki her şeyi söyleyen kişi midir; yani hiçbir şeyi saklamayan, kalbini ve zihnini konuşarak -tarih yazan da önceleri konuşurdu hatırlatırım- başkalarına açan mıdır¹⁵? Bu noktaya biraz yakından bakalım.

A. Tarihiçi: *Perrhesia*'yı Söyleyen Mi?

Foucault, *perrhesia* sözcüğünün etimolojisini açıklarken, onun retorikle arasındaki farkı açıklıkla dile getirir. Retorik konuşanın dinleyicileri bir nevi hapsettiği onların zihinleri üzerinde hâkimiyet kurduğu teknik araçlarla işler. Oysa *perrhesia*'da, onu kullanan, kendi fikirlerini dikte ettiğini açıkça ifşa eder. O yüzden *perrhesia*'da sürpriz, dolayım yoktur. Ancak önemli bir noktanın altını çizelim. “Boşboğazlık yapmak” ve “dürüst konuşarak hakikati söylemek”; her ikisi de *perrhesia*'dır. Hiç kuşku yok ki, Yunanlar ikincisine önem verir. Çünkü ikinci anlamıyla *perrhesiazesthai* hakikat-anlatıcısı olarak ahlaki niteliklere sahip, cesur ve dolayısıyla dürüst birisidir. O, hakikati anlatmak için

¹² R. G. COLLINGWOOD, Tarih Tasarımı, Çev. Kurtuluş Dinçer, 4. Baskı, DoğuBati Yay., Ankara 2010, s. 35.

¹³ Sorular için bkz. COLLINGWOOD, s. 44-45.

¹⁴ COLLINGWOOD, s. 45.

¹⁵ Michel FOUCAULT, Doğruyu Söylemek, Çev. Kerem Eksen, Ayrıntı Yay., İstanbul 2005, s. 10.

tehlikeye girendir¹⁶. Hakikati söylemek tehlikeli/riskli ise, kişi bir *perrhesiazestai*'dir artık. Bu, onun cesur olduğuna delalettir. Cesur bir hakikat anlatıcısı¹⁷. Cesur olan bu kişi, karşısındakini öfkeliendirebilecek bir hakikati anlatır; eleştiri silahını sonuna kadar kullanır. Eleştirisini de hiçbir baskı altında kalmadan yapar; özgürce ve hiçbir zorlamaya muhatap olmadan konuşan kişidir *perrhesia* kullanan. Foucault tam olarak şöyle der:

“Perrhesia, konuşmacının dürüstlük yoluyla hakikatle belli bir ilişki kurduğu, tehlike yoluyla kendi hayatıyla belli bir ilişki kurduğu, eleştiri yoluyla kendisi ya da öteki insanlarla belli bir ilişki kurduğu (özeleştiri ya da öteki insanların eleştirisi), özgürlük ve ödev yoluyla da ahlaki kuralla özgül bir ilişki kurduğu bir sözel etkinlik türüdür. Daha kesin bir ifadeyle, perrhesia, konuşmacının hakikatle olan kişisel ilişkisini ifade ettiği, hakikati anlatma eylemini başka insanlara (ve aynı zamanda da kendisine) yardım edip onların durumunu düzeltme amacını taşıyan bir ödev gibi gördüğü ve bu nedenle hayatını riske attığı bir sözel etkinliktir. Parrhesia'da konuşmacı özgürlüğünü kullanır ve kandırma yerine dürüstlüğü, sahtelik ya da sessizlik yerine hakikati, hayat ve emniyet yerine ölümü, yaltaklanma yerine eleştiriye, kendi çıkarını koruma ve ahlaki kayıtsızlık yerine ahlaki ödevi tercih eder.”¹⁸

Bu noktada, tarihçi *perrhesia*'yı kullanan kişi olarak karşımıza çıkmaz. Zira iktidar ilişkilerinden kendini dışlayamaz. Egemen söylemden kendisini ayırabilen, eleştirebilen birisi değildir. Belki de, bu onun işi değildir. Tarihinin bu genel karakteristiği bir yana bırakılırsa, devlet üzerine inceleme yapıldığında durum nedir?

B. Dokümanlar ve Mitler

Devleti inceleyenler, geleneksel bir inceleme metodu olarak tarihsel bir doğru izlerler. Tarihi sanki hep ilerlemeden ibaretmiş gibi algılayan bu anlayış, tarihi bir süreklilik olarak görür. Oysa tarihe düz bir çizgi ya da süreklilik olarak değil, süresizliklerden oluşan, geri gidişler, yani tarihsel sıçrayışlarla anlaşılabilir bir söylem tarzıyla yaklaşılabilir.

Ayrıca söylemek gerekirse, tarih dediğimiz disiplinin ana malzemesi dokümanlardır hiç kuşkusuz. Dokümanlar, yararlandığımız, sorguladığımız ya da sorgulandıklarımızın külliyyatıdır. Bu külliyyattaki sorgulamalarımız; onların, bize söyledikleriyle ilgilenmenin yanında ne söylemedikleri, doğru olup olmadıkları, tahrif edilip edilmedikleri

¹⁶ FOUCAULT, Doğruyu Söylemek, s. 12-13.

¹⁷ FOUCAULT, Doğruyu Söylemek, s. 15.

¹⁸ FOUCAULT, Doğruyu Söylemek, s. 17.

üzerinedir. Bu bağlamda, dokümanlar; geçmişı yeniden kurmanın en esaslı aracı ve “sessizliğe indirgenmiş bir sesin dili”¹⁹dirler. Ama gerçekten öyle mi? Tarih, ya da daha doğrusu geleneksel tarih dediğimiz disiplin için doküman nedir gerçekte?

Geleneksel tarih için doküman; yorumlamakla hiç uğraş içine girmedığı, doğruyu söyleyip söylemediğiyle ilgilenmediği, daha açıkçası gerçek değerini dikkate almadığı; bunun aksine, onu, parçalayıp böldüğü, çeşitli seviyelere ayırdığı, tasnif ettiği, kategorize ettiği, kısaca organize ettiği bir madde olarak anlaşılır. Hakikati içerip içermediğiyle ilgilenmek yerine içine girerek yeniden oluşturulabilecek bir şey olarak görülür uzunca bir müddet. Bu anlamda geleneksel tarih:

“[...] Geçmişin *anıtlarını* ‘belleğe yerleştirmek’ onları *doküman* haline dönüştürmek ve çoğunlukla, kendiliklerinden sözlü olamayan ya da söylediklerinden başka olan şeyi sessizce söyleyen bu işaretleri konuşturmak girişiminde bulunuyordu; tarih dokümanları günümüzde anıt haline dönüştüren ve insanlar tarafından konuşmuş işaretlerin çözüleceği yerde, insanların buldukları oyukta oldukları gibi bilinmeye çalışıldığı yerde, ayrılmanın, gruplandırmanın, anlamlı kılmanın, ilişkiye sokmanın, birlikler halinde kurmanın söz konusu olduğu bir elemanlar kitlesini gösteren şeydir. O, dilsiz anıtların, cansız izlerin, bağlantısız nesnelere ve geçmiş tarafından terk edilmiş şeylerin disiplini olarak, arkeolojinin tarihe yöneldiği ve ancak tarihsel bir söylemin yeniden kurulmasıyla ancak anlam kazandığı bir zaman idi[...].”²⁰

Geleneksel tarih, aslında, Roma tarzı tarihsel söylemdir. Bu tarihsel söylem, toplumu hizaya sokmayı, bu çerçevede iktidarı *doğrulamay*-hakikati kurmayı- uğraş edinir ki, söylemi Kutsal Kitaba kadar geri götürmek mümkündür. Ama asıl olarak söz konusu bu tarihsel söylem, Romalı yıllıkçılardan doğar²¹. Yıllıkçılar, yaşadıkları dönemin tarihini sürekli olarak kayıt altına alırlar. Böylece iktidarı güçlendireceklerini düşünürler; iktidarın hukukunu dile getirmek ve görkemini yoğunlaştırmak ana meseleleridir zira...²² Tarihin bu meselesi çift yönlü bir role sahiptir:

“[K]ralların, güçlülerin, hükümdarların ve bunların zaferlerinin (ya da belki geçici mağlubiyetlerinin) tarihini anlatarak, o iktidarın içinde ve onun işleyişi içerisinde ortaya çıkartılan, yasanın sürekliliği yoluyla

¹⁹ Michel FOUCAULT, Bilginin Arkeolojisi, Çev. Veli Urhan, Ayrıntı Yay., İstanbul, s. 18.

²⁰ FOUCAULT, Bilginin Arkeolojisi, s. 19.

²¹ Bkz. TITUS LIVIUS.

²² FOUCAULT, Toplumun Savunmak Gerekir, s. 78.

insanları iktidara hukuksal olarak bağlamak, dolayısıyla insanları iktidarın sürekliliğine iktidarın sürekliliği yoluyla hukuksal olarak bağlamak[...]"²³

İkinci yön ise; insanlara, iktidarın ihtişamını; ritüeller, kutsallaştırmalar, cenaze törenleri ve ayinlerle göstererek iktidarı pekiştirmek. Yani büyülü yön. Tarihin bu çifte yönünü ya da işlevini dinlerde, ritüellerde, mitlerde bulmak mümkündür. Özellikle Hint-Avrupa mitlerinde ve destanlarında buna oldukça sık rastlanır: bir yanda hukuksal görünüm, diğer yanda iktidarın ihtişamı. Daha açıkçası, hakikatin üretimi...²⁴

Belli bir mesafeden bakıldığında, tarihin mitle ilişkisi tuhaf gelebilir. Oysa tarih, mitsel-folklorik kalınlardan, kurmaca öykülerden, masallardan ve hikâyelerden şekillenir. Aslında tarih, mitsel bir malzemenin tarihselleşmesinden müteşekkildir²⁵. Bu anlamda;

*“Tarih, asla gerçekliğin kendiliğinden gelip de içine yansyacağı veya hemen kendini göstereceği bir ayna değildir. Tarih hiçbir yerde önceden yazılı değildir; satırların arasında gizlenen ve açığa çıkarmanın ya da göstermenin yeterli olacağı bir gerçek değildir; tarih şeylerin içine kazanmış ve sadece aynen anlatmanın yeterli olacağı bir seyir, bir akış da değildir: Tarih, kelimelerden oluşan bir meseledir. Onu kaydeden, yani onu üreten tarihçinin dışında mevcut değildir.”*²⁶

Başka bir deyişle, tarih, hem de her tarih bir kurgudan ibarettir. En yakın tarih bile bundan müstesna değildir. “En yakın tarihimiz bile tıpatıp aynı biçimde, önceden üretilmiş şemalardan, yapısal modellerden, mitlerden hareketle yazılmıştır, yazılmaktadır.”²⁷ Bu noktada, tarih, mitolojilerle öykülerle hakikatin üretildiği kurgusal yazıtlardır. Tarih dediğimiz şey/kurgu, mitolojiyle/mitle at başı gider, yani “uyduruk”tur. İdeolojik işlevi, toplumu düzenlemek, şekillendirmek, yönlendirmektir. Ve bu ideolojik işlev, bir “üçleme”dir. Diğer bir ifadeyle, din-hukuk, fiziksel güç ve zenginlik işlevleriyle var olmuş bir üçleme. Bütün mitlerin kökeninde bu üç ideolojik işlev var denildiğinde, yanlış söylememiş olunur.

Mitler/Destanlar/Tragedyalar incelendiğinde, bu üç işlevin ilginç bir şekilde yer aldığı görülür: *büyüsel-hukuksal egemenlik, fiziksel ve*

²³ FOUCAULT, Toplumunu Savunmak Gerekir, s. 78.

²⁴ FOUCAULT, Toplumunu Savunmak Gerekir, s. 78.

²⁵ Georges DUMEZIL, Mit ve Destan I (Hint-Avrupa Halklarının Destanlarında Üç İşlev İdeolojisi), Çev. Ali Berktaş, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2012, s. 17.

²⁶ DUMEZIL, s. 18.

²⁷ DUMEZIL, s. 19.

savaşsal güç ve dingin ve bereketli zenginlik. Tüm bunlar, mitlerin içine işlemiştir. Zira mitler kurgulanmış sözün ifadeleri, anlamlandırma biçimleridir²⁸. Aslında onlar bir siyaset biçimidir de. Mitos tamı tamına siyasetin ta kendisidir. Toplumu, az önce söylenen işlevler üzerinden kuran; söylemsel pratiklerdir. Hakikati üreten, yeniden üreten, itiraf etmek gerekirse iktidarı kuran ideolojik etmenlerdir.

Bu bağlamda, hakikatin iki tarihi vardır: Birinci tarihi, onun bir iç tarihidir, kendi düzenleme ilkelerinden yola çıkan ve kendi kusurlarını düzelten bir tarih: Bilim tarihi içinde ya da ondan yola çıkarak oluşan hakikatin tarihi. Hakikatin diğer-ikinci-tarihi ise, hakikatin dış tarihidir; toplumda hakikatin oluştuğu, belli oyun kurallarının tanımladığı bir tarih. Bu belli oyun kuralları da belli öznellik biçimlerini, belli nesne alanlarını, belli bilgi teorilerini doğurur²⁹.

Tarihi tersten okursak eğer; bize dikte edilen hukuksal hakikatlerin 'gerçek' tarihini yalın bir şekilde görürüz. Bu gerçek tarihte bir hikâye vardır ki, önemli bir yer tutar: Oidipus hikâyesi. Geleneksel Oidipus söylemi, insan arzusunu ve bilinçdışını anlatan en eski fabldır. Aslında Oidipus üçgeni doğanın bir hakikati değildir; o, arzumuzu denetim altında tutmak ve aile yapımızın içine sokmak için kullanılan bir sınırlama ve zorlama aracıdır. O halde Oidipus bir iktidar aygıtıdır; bu iktidar aygıtı da bizi aslında olmayan hakikatlere inandırmaya çalışır. Gerçekten hakikatin ta kendisi ne iktidarın dışında ne de iktidardan yoksundur. Hakikat, bu dünyaya ait olduğundan çok sayıda zorlama sayesinde ortaya çıkar, düzenli iktidar ilişkileri yaratır. Oidipus bir hakikat keşfetme hikâyesidir³⁰ ve fakat Yunan hukuk prosedürü hakkında bilgi de verir. Bu usulde, hakikate, sına ma oyunu sonucu ulaşılır. Bu hikâyedeki çatışmalarda söz konusu edilen şey, iktidarın ta kendisidir. Bu piyes, bizlere, bir iktidar tematiğini gösterir: İktidar ve bilgi, bilgi ve iktidar... "*Siyasi iktidar bilme yokluğu değildir, bilme ile birlikte örülmüştür.*"³¹

Devlet dediğimiz yapı; mitolojik öykülerce kurulan, ortaya çıkışı süslü öyküler veya Kutsal Kitaplardaki hikâyelerle tasvir edilen devasa bir yapılanmadır. Türklerin, İskandinavların ve Latinlerin devletleri hep mitolojik öykülerle örülmüştür. Roma Devleti'nin doğuşu, Romus ve

²⁸ Bkz. Zeliha ETÖZ, "Mitos ve İktidar", AÜSBF Dergisi, Cilt: 66, No: 3, 2011, s. 174.

²⁹ FOUCAULT, Toplumunu Savunmak Gerekir, s. 42-43.

³⁰ "Hiçbir şey vazgeçiremez beni bundan, gerçeği öğreneceğim." Bkz. SOPHOKLES, Kral Oidipus, Çev. Bedrettin Tuncel, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi, İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2010, s. 40.

³¹ Foucault'nun bu genel kanısı için bkz. FOUCAULT, Toplumunu Savunmak Gerekir, s. 26 vd.

Remulus'un mitolojik öyküsüne dayandırılır mesela. Veya ilk günahı işleyen insanoğlunun cennetten düşünce gökyüzü krallığının bir suretini kurduğunu anlatan kutsal hikâyelerin hepsi devleti açıklamak yönündeki uğraşlardır. Hobbes'un devletine, Leviathan adını vermesi de boşuna değildir bu sebeple.

SONUÇ

Zamana ilişkin iki anlayış bulunur. Yaratılmış yani sınırlı zaman ve sonsuz olan sınırsız zaman. Bu anlayışlar zamanın döngüsellik ve doğrusallığı ile tam anlamını bulur. Döngüsel zaman semavi dinlerden öncesine tekabül eder. Her daim tekerrür eden anlamındaki bu döngüsel zaman anlayışı, doğa ile yaşam arasındaki ilişkiye dayanır. Doğa durmadan yenilendiği için ölen kral güneşin dairesel hareketleri çerçevesinde ölümsüzleşecek, yani ebedi olacaktır³². Ancak semavi dinlerin ortaya çıkışı ile bu döngüsel anlayış yerini doğrusallığa bırakır. Artık zaman durmadan akan bir nehir misalidir. İlk günah doktrini dikkate alırsak, yeryüzüne düşen insan kurtuluşa kadar zamanını geçirecektir. Sonsuzluk ancak kurtuluşla birlikte olacaktır. İlk günahı işleyen insanoğlu dünyanın yaratılmasına vesile olmuşken, yaratılan yeryüzünde zamanın da başlamasına vesile olmuş olur. Zaman bir silsile olarak insanın kurtuluşuna doğru ilerler; tarihte buna göre oluşur. Yaşanması gereken yaşanacaktır; ta ki sonsuzluğa kadar, yani kurtuluşa kadar. Özellikle Hıristiyan düşüncesinde diriliş günü gelene kadar geçen zamanda insanların yapıp ettikleri onların tarihini oluşturur. Ve sorgu günü geldiğinde binlerce yıllık tarih yargılamaya sunulur. Yüce yargıç, sonsuz olan da yargılayarak hükmünü verir. Crist'e inananlar kurtulur iken, şeytanın yanında olanlar sonsuz ceza ile cezalandırılacak ve cehennem en dibini boylayacaktır.

Bu anlayışla, Yahudi-Hıristiyan geleneği iki dönemlendirme modeli öngörür: eski ahitteki Daniel modeli ile Augustinus'un ortaçağda yarattığı model.³³ Ancak burjuvanın ortaya çıkışı ve ticaretin gelişmesi bu zamansal anlayışları da yıkmaya teşebbüs eder. Ticaret dünyayla ilgilendiğinden yeni bir zaman anlayışı bulmak durumundadır. Zaman tamamen dünyevi amaçlara teşmil edilmelidir³⁴ ki, kilisenin sonsuzluğa uzanan geçici zamanın yerine belirli bir zamanda öngörülebilir bir dünya

³² Eray ACAR, Daimi Devlet: Kurumsallaşma Sürecinde Devletin Sürekliliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Abdurrahman Saygılı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017, s. 8.

³³ LE GOFF, s. 6-7.

³⁴ Cemal Bali AKAL, İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi Yay., Ankara, s. 67.

kurulsun. Yine Voltaire'e dönecek olursak, o, dünya tarihinde sadece dört asır olduğunda bahsettiğini görürüz. Birbiri ardına giden dört asır ve en mükemmeli ona göre kuşkusuz 16. Louis asırır. Zaman, burada da, süreklilik arz eder, lakin laik bir zamandır söz konusu olan. Ama bu laik zaman da asla yansız ve masum değildir³⁵.

Tarihe bu bakış, beraberinde onun metodolojisi hakkında konuşmayı da gerekli kılar. Metodun ne olduğu onun yürüdüğü düşünsel yolu belirleyecektir. Bu anlamda, metot, "belirli bir hedefe ulaşmak için izlenecek yol anlamında"³⁶ kullanılır. O halde metot bir yol olduğuna göre varacağı da bir hedefi vardır. Bu hedefe ulaşmak için usuller ve teknikleri bir arada kullanır. Bu anlamda metot düşünsel bir zemine dayanarak bu yolu yürümelidir ki işte buna metodoloji denir³⁷. Bilginin doğruluğunu test edilmesi için bir konuya yaklaşırken metodolojinin olması gereklidir. Doğa bilimlerine özgüymüş gibi düşünülse de sosyal bilimlerde de metodoloji kullanılmak durumundadır. Metodolojik bir yaklaşımla oluşturulan düşünce doğru bilginin üretilmesini sağlar. "Yöntembilim, yöntemleri kullanan toplumsal araştırmacılar kurumunun toplumsal-örgütsel bağlamını, felsefi varsayımları, etik ilkeleri ve politik meseleleri anlamaktır" der Neumann³⁸. Devleti anlamak için de bir metodolojiye ihtiyaç vardır. Devleti sadece hukuksal kurumları üzerinden anlamak yerine, onun tarihini, doğasını ve iktidar ile ilişkisini anlamak gerekir. İşte bu devleti incelemenin metodolojisidir.

Tarihçinin somut vakalar üzerinden incelemeler yapmalı; bu sebeple, konuyu araştırıp, çözümledikten sonra belgelere de dayanarak sahici hikâyeler anlatmalı. Bunlar onun metodolojisinin yapı taşlarıdır. Arşivler bu metot için bulunmaz fırsattır. Bir kazıbilimci olan tarihçi büyük anlatılar yanında kıyıda köşede kalmış vakaları da incelerse, o kazıdan hakiki sonuçlara ulaşabilir³⁹. Devlet hakkında inceleme yapanlar da, salt hukuksal ya da felsefi boyutlarına sıkışıp kalmamalı, onun tarihsel izini sürmelidirler. Foucault haklıysa, kamu hukuk ile tarih at başı gitmişse, devletin incelemesindeki metot oldukça sarihtir. En azından tarih, devletin izini sürmekte bize doğru yolu gösterecektir.

³⁵ Aktaran için bkz. LE GOFF, s. 16.

³⁶ Rona SEROZAN, Hukukta Yöntem-Mantık, Vedat Kitabevi Yay., İstanbul 2017, s. 1.

³⁷ Ertuğrul UZUN, Hukuk Metodolojisi Ders Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yay, Ankara 2104, s. 9.

³⁸ Aktaran UZUN, s. 9.

³⁹ Yahuda BAUER, Soykırımı Yeniden Düşünmek, Çev. Orhun Yakın, Phoenix Yay., Ankara 2002, s. 1-2.

KAYNAKÇA

- ACAR Eray, Daimi Devlet: Kurumsallaşma Sürecinde Devletin Sürekliliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Abdurrahman Saygılı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017.
- AKAL Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi Yay., Ankara.
- AKKAYA KİA Rukiye, Bir Ders Konusu Olarak Devlet ya da Genel Kamu Hukuku Derslerinin Kökenleri, Beta Yay., İstanbul 2013.
- AYSEVENER Kubilay, “Bir İlerleme Tasarımı Olarak Tarih”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, 41/1, 2001.
- BAUER Yahuda, Soykırımı Yeniden Düşünmek, Çev. Orhun Yakın, Phoenix Yay., Ankara 2002.
- COLLİNGWOOD R. G., Tarih Tasarımı, Çev. Kurtuluş Dinçer, 4. Baskı, DoğuBatı Yay., Ankara 2010.
- DUMEZİL Georges, Mit ve Destan I (Hint-Avrupa Halklarının Destanlarında Üç İşlev İdeolojisi), Çev. Ali Berktaş, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2012.
- ETÖZ Zeliha, “Mitos ve İktidar”, AÜSBF Dergisi, Cilt: 66, No: 3, 2011.
- FOUCAULT Michel, Bilginin Arkeolojisi, Çev. Veli Urhan, Ayrıntı Yay., İstanbul.
- FOUCAULT Michel, Doğruyu Söylemek, Çev. Kerem Eksen, Ayrıntı Yay., İstanbul 2005.
- FOUCAULT Michel, Toplumun Savunmak Gerekir, Çev. Şehsuvar Aktaş, 2. Baskı, Yapı Kredi Kültür Sanat Yay., İstanbul 2003.
- LE GOFF Jacques, Tarihi Dönemlere Ayırmak Şart Mı?, Çev. Ali Berktaş, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2016.
- OKANDAN Recai G., Umumi Amme Hukuku, (Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları), İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1976.
- SEROZAN Rona, Hukukta Yöntem-Mantık, Vedat Kitabevi Yay., İstanbul 2017.
- SOPHOKLES, Kral Oidipus, Çev. Bedrettin Tuncel, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi, İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2010.
- UZUN Ertuğrul, Hukuk Metodolojisi Ders Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yay, Ankara 2104.

İŞÇİ ALACAKLARINA İLİŞKİN DAVALARDA NET TUTAR YERİNE BRÜT TUTAR ÜZERİNDEN KARAR VERİLMESİ

THE LABOR COURTS DECISIONS GIVEN ON THE GROSS AMOUNT INSTEAD OF NET AMOUNT REGARDING EMPLOYEE'S RECEIVABLES

DOI : 10.21492/inuhfd.471963

Baki Oğuz MÜLAYİM*

Özet

İşçi alacaklarına ilişkin davalar, işçi ile işveren arasında gerçekleşmektedir. Ancak bu davalar sonucunda verilen hüküm, işçi alacağının tahsilinin yanı sıra bir takım başkaca sonuçları da dolaylı olarak doğurur. Gelir vergisi, damga vergisi ile sigorta primi, bu kapsamda değerlendirilebilir. Uygulamada işçi alacaklarına ilişkin davalarda brüt ya da net tutar üzerinden karar verilmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu'nda ya da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda konu hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay, işçi alacaklarına ilişkin davalarda, brüt tutar üzerinden karar verilmesini istemektedir. Taraflar, net tutar üzerinden karar verilmesini talep etmediği takdirde brüt tutar üzerinden karar verilmektedir. Ancak bu durumda, bu alacakların icraya konulması aşamasında olduğu gibi prim tahsilâtı açısından birtakım sorunlar bulunmaktadır. Brüt tutar üzerinden verilen mahkeme ilamları icraya konulduğunda, borçlu tarafın icra hukuk mahkemesine başvurması halinde ödeme emri iptal edilmektedir. Net tutar üzerinden dava açılması yerine brüt tutar üzerinden dava açıldığı durumlarda, kanun yollarına başvurmak için öngörülen başvuru sınırları da değişmektedir. Ayrıca bu durumda, olması gerekenden daha fazla yargılama gideri alınmaktadır. Brüt tutar üzerinden karar verilmesi, 6100 sayılı Kanun ile birçok açıdan bağdaşmamaktadır. Çalışmamızda konu ayrıntıları ile incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: 7036 sayılı Kanun, 5521 sayılı Kanun, iş mahkemeleri, brüt ücret, net ücret.

Abstract

The lawsuits about the employee's receivables take place between the employer and the employee. But the decisions of these lawsuits, besides the collection of the employee's receivables, has also indirect results. Income tax, stamp tax and insurance premium can be evaluated within this scope. In practice, at the lawsuits related to employee's receivables, the decision is given on over the gross or net amount. There is no special regulation on this subject at the Labor Courts Law No. 7036 or the Civil Procedure Law No. 6100. The Court of Cassation demands the decision to be given over on the gross

* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Anabilim Dalı. (E-Mail: bmulayim@konya.edu.tr), (Orcid: 0000-0002-5472-8414)

Makale Gönderilme Tarihi: 18.10.2018

Submitted: 18.10.2018

Makale Kabul Tarihi: 28.11.2018

Accepted: 28.11.2018

amount in cases related to employee's receivables. If the parties do not request the net amount, the court decision will be given on gross amount. In this case, however, there are some problems in the stage of the execution of the receivables and in terms of premium collection. When the court decision is placed on the gross amount to the enforcement proceedings, the payment order is cancelled if the debtor applies to the execution court. In cases where the lawsuit is opened over on a gross amount instead of a net amount, the amounts of the limits foreseen to appeal to the court decisions are changing. In addition, in this situations, the judging expenses are being taken more than it should be. The decision that is given on over the gross amount is incompatible with many aspects of the Law No. 6100.

Keywords: Law No.7036, Law No.5521, labor courts, gross wage, net wage.

GİRİŞ

İş hukukunun amacı, işçinin korunmasıdır. Tarihi gelişimine bakıldığında, iş hukukunun işçileri korumak amacıyla gelişmiş bir bilim dalı olduğu anlaşılmaktadır. İşçilerin korunması gereği, işçinin, işverene karşı hem kişisel, hem de ekonomik yönden bağımlı olmasından kaynaklanmaktadır. İşçilerin, kişisel ve ekonomik olarak doğabilecek tehlikelere karşı korunması gerekmektedir. Ücret karşılığında bir başkasına bağımlı olarak çalışan işçinin korunması gereği, iş hukukunun ortaya çıkmasındaki en önemli etkidir¹.

İşçi, iş ilişkisinin ekonomik açıdan zayıf tarafını teşkil etmektedir. İşçi, işveren ekonomik açıdan zayıf olduğu gibi işveren tarafından sunulan iş sözleşmesini imzalamaktadır. Bu nedenle işçinin korunması gereği, kendisini daha çok hissettirmektedir². İş sözleşmesinin zayıf tarafı konumunda olan işçinin hak aramasına yönelik düzenlemeler, sade ve masrafsız olmalıdır. İşçilerin haklarını, yargı yeri olan mahkemelerden çabuk, kolay ve ucuz elde etmeleri için iş mahkemeleri kurulmuştur³.

İşçi ile işverenler arasındaki uyuşmazlıklara, özel ihtisas mahkemesi niteliğindeki iş mahkemeleri tarafından bakılmaktadır⁴.

¹ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2017, s.16; KAPLAN, Tuncay Emine, "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamı", Kamu-İş Dergisi, C:7, S.2/2003, s.2; SÜMER, Haluk, İş Hukuku, Ankara 2017, s.7.

² ERTÜRK, Şükran, "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel S., 2013, s.81-118; AKPULAT KÖME, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul 2018, s.335.

³ BOZKURT, Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 2012, s.28.

⁴ Yalnızca ülkemizde değil, dünyada da genel eğilim iş davalarına, özel ihtisas mahkemesi niteliğindeki mahkemeler tarafından bakılmaktadır. Avrupa Birliğindeki iş mahkemeleri için bkz. <http://www.industrial-europe.eu/committees/cp/doco/Labour%20courts%20in%20the%20EU.pdf>, E.T.15.08.2018. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Taslağına yönelik eleştiriler için

Sanayileşmenin ve iş hukuku ihtilaflarının yüksek oranda olmadığı yerlerde iş mahkemesi kurulmamıştır. İş mahkemesi bulunmayan yerlerde, Asliye Hukuk Mahkemeleri, iş uyuşmazlıklarını, iş mahkemesi sıfatıyla görür ve karara bağlar⁵.

İşçi alacak davalarında, işçi lehine karar verildiğinde, tarafların anlaşamaması durumunda, bu ilamların icraya konulması söz konusu olacaktır. Ancak iş mahkemesi ilamlarının infazında, uygulamada sorunlar yaşanılmaktadır. Brüt tutar üzerinden karar verildiğinde, iş mahkemesi ilamlarının icraya konulması aşamasında, çalışmamızda ayrıntıları ile ortaya konulduğu üzere yeni uyuşmazlıklar yaşanmaktadır.

Aşağıda öncelikle iş yargısı hakkında açıklamalarda bulunulmuş, sonrasında başlıklar halinde, iş mahkemesi ilamlarına brüt tutar üzerinden karar verilmesi durumunda, ortaya çıkacak olumsuz durumlar incelenmiştir. Her başlık altında, ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde gerekli açıklamalarda bulunulmuş ve konu hakkında, yargı kararlarına da yer verilmiştir.

I. İŞ YARGISI

A. Genel Olarak

İş hukuku, iş ilişkisini düzenleyen bir hukuk dalıdır⁶. İş hukuku, öncelikle işçiyi koruma hukukudur⁷. İş hukukunda işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri bulunmaktadır. Bu ilkelerden hareketle iş hukuku, sözleşme hukuku alanından ayrılarak gelişmiştir⁸. İşçinin

bkz. GÜZEL, Ali, Çalışma ve Toplum Dergisi, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!”, 2016/3, 1131-1146, 1131 vd.

⁵ AKPULAT KÖME, s.33; RÜZGAR, Orhan/TAŞ, Yunus, İş Mahkemelerinin Görevi ve Yargılama Usulü, Bursa 2018, s.17. 5521 sayılı Kanun döneminde de durum bu doğrultuda idi. Konu hakkında bkz. YILMAZ, Halil, “İş Yargılamasının Özellikleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, s.70; BOZKURT, İş Yargılaması, s.29. Aynı bir iş mahkemesi olmayan yerlerde Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açılırken Asliye Hukuk mahkemesinde dava açılacaksa mutlaka dava dilekçesine, davaya bakacak mahkemenin İş Mahkemesi sıfatıyla davaya bakılmasına yönelik talep dosyada yer almalıdır. Davaya bakacak mahkemenin de bu sıfatla davaya baktığını tensip zaptında belirtmesi şarttır. Aksi halde karar görev yönünde Yargıtay tarafından bozulmaktadır. Konu hakkında bkz. BOZKURT, Argun, “İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, 2010/2, s.192.

⁶ SÜMER, s.3.

⁷ TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Kenan, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013, s.10.

⁸ “İş Hukuku, işçi ve işveren ilişkisinde işverenin sosyal ve ekonomik bakımından güçlü olması, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri dikkate alınarak, sözleşme hukuku alanından ayrılmış ve farklı kurallar getirerek gelişmiştir.”, Yargıtay 9. HD. 01.05.2008 T., 2008/13255 E., 2008/10991 K., <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=28914>, E.T.20.11.2018.

korunması ilkesi, çalışanların korunması çerçevesinde Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen sosyal devlet ilkesine uygun olarak Anayasa'nın 49. maddesinde düzenlenmiştir⁹. Anayasa'nın 49/2. maddesinde devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alması öngörülmüştür. Bu düzenleme, sosyal devlet ilkesinin çalışma hayatına bir yansımaları olup, işçinin korunması, düzenleme ile anayasal bir ilke niteliğini kazanmıştır¹⁰.

İş hukukunun, kendine özgü bir yapısı vardır. Bu durum, ayrı bir yargılama düzeni gereksinimini doğurmuş ve bu amaçla, iş mahkemelerinin kurulması öngörülmüştür¹¹. Diğer bir deyişle iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliği ve iş davalarının özel bir uzmanlık gerektirmesi, özel bir iş yargısının kurulmasını gerektirmiştir¹². Anayasa'nın 142. maddesinde yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Kanunun belirlediği usul dışında bir usul uygulanamaz. İş mahkemelerinde, bu ihtiyacın karşılanması için özel yargılama kuralları uygulanmaktadır. İş hukukunda geçerli olan işçiyi koruma ilkesi, iş davalarının çözümlenmesinde uygulanan usul hukuku kurallarını da etkilemiştir. Böylece genel yargının özel bir bölümü olan bir iş yargısı öngörülmüştür¹³.

Ülkemizde ilk iş mahkemeleri, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu¹⁴ ile kurulmuştur. Ancak öncelikle her yerde iş mahkemesi kurulmamış, iş davalarının daha çok yaşandığı yerlerde kurulmuştur¹⁵. İş mahkemeleri, uzmanlık esasına dayalı olarak kurulmuştur. Tek hakimli özel mahkemelerdir. 5521 sayılı Kanun, iş yargısının temel yasası olarak uygulanmıştır¹⁶. Kanun, düzenlediği konularda öncelikle uygulanması

⁹ EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2016, s.4.

¹⁰ MOLLAMAHTUTLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s.4.

¹¹ GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2013, s.15.

¹² ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Yargılaması, İstanbul 2016, s.19; AKPULAT KÖME, s.42.

¹³ BOZKURT, İş Yargılaması, s.33; AKPULAT KÖME, s.44; YILMAZ, İş Yargılaması, s.70.

¹⁴ RG. 04.02.1950/7424.

¹⁵ BOZKURT, İş Yargılaması, s.41; YILMAZ, Ejder, "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2007, s.5-13; RÜZGAR/TAŞ, s.17.

¹⁶ PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017, s.170; AKPULAT KÖME, s.42;

gereken özel bir kanun niteliğinde olup, Kanun ile iş mahkemelerinin görev ve yetkisi, davaların açılması, yargılama usulü ve kanun yolu gibi yargılama hukuku konuları düzenlemiştir¹⁷.

5521 sayılı Kanunun 1. maddesi gereğince “istisnalar dışında işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanunu’na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkların” yanı sıra Basın İş Kanunu’nun ek 4/1. maddesi gereğince basın mesleğinde çalışanlar ile bunları çalıştıranlar arasında da uygulanmakta idi¹⁸. 854 sayılı Deniz İş Kanunu’nun 46/1. maddesinde de kanunun kapsamına giren gemi adamları ile işveren ya da işveren vekili arasındaki iş sözleşmesinden ya da kanundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda 5521 sayılı Kanunun uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁹.

1950 yılından beri yürürlükte olan 5521 sayılı Kanunun bazı maddelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi, bazı maddelerinin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁰ tarafından değiştirilmesi, bazı maddelerinin ise 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunla²¹ değiştirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu’nun yeniden yapılmasını gündeme getirmiştir²².

1960’lı yıllardan itibaren sanayileşmenin artması ile sosyal ve ekonomik durumun değişmesi, işçi ve işveren ilişkilerine de yeni bir boyut kazandırmıştır. Bu dönemde işçi ve işveren ilişkilerini düzenleyen çok sayıda kanun yürürlüğe girmiştir. Ancak 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, bireysel ve toplu iş hukukunu düzenleyen kanunların değiştirilmesine rağmen yürürlükte kalmıştır²³. Bu gerekçeler

BOZKURT, Argun, “İş Mahkemelerinde Birlikçilik”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, 2009/4, s.117 . İş mahkemeleri, çok üyeli olarak öngörülmüştü. Hâkim sınıfından başkanın yanı sıra işveren ve işçi temsilcisi iki üyeden mahkeme kurulunun oluşması öngörülmüştü. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından 13.04.1971 tarih ve 1970/63 E. ve 1971/38 K. nolu kararı ile 5521 sayılı İş Mahkemelerinin bu düzenlemesi, Anayasaya aykırı bulunmak sureti ile iptal olmuştur. İptal kararı hakkında bkz. BOZKURT, İş Yargılaması, s.26; BAŞKAN, s.317; YILMAZ, İş Mahkemeleri Kanunu, s.5. İptal kararı için ayrıca bkz. RG., 16.11. 1971/24017.

¹⁷ GÖRGÜN, L. Şanal, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s.80-81; KAR, Bektaş, Deniz İş Hukuku, Ankara 2014, s.57; KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ağustos 2017, s.624.

¹⁸ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.23.

¹⁹ KAR, Deniz, s.62-63; BEDÜK, Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012, s.227.

²⁰ RG., 04.02.2011/27836.

²¹ RG., 07.10.2004/25606.

²² İş Mahkemeleri Kanunu Tasarıları hakkında bkz. AKPULAT KÖME, s.28-31.

²³ AKPULAT KÖME, s.423.

doğrultusunda, 5521 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu²⁴, yürürlüğe konulmuştur²⁵. Kanımızca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan bağımsız, modern iş hukukunun gereklerine uygun, kapsamlı ve özel bir iş yargılaması usul kanununun varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. 7036 sayılı Kanun yerine bu kapsamda bir düzenleme yapılması gerekirdi.

7036 sayılı Kanun ile özellikle iş güvencesi çerçevesinde açılacak feshin geçersizliği ve işe iade davası konusunda yenilikler getirilmiştir²⁶.

²⁴ RG., 25.10.2017/30221.

²⁵ “Yukarda yapılan açıklamalardan da görüldüğü üzere, 1950’de o günün koşullarına göre kabul edilmiş bulunan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunumuz, zamanla yetersiz hale gelmiş ve gerek Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararları gerek yasama organının kabul ettiği yeni kanunlarla değiştirilerek bugüne gelinmiştir. Keza yukarda vurgulandığı üzere, bazı maddeler de uygulanamaz (ölü) hükümler haline gelmiştir. İş Mahkemeleri Kanunumuzun değiştirilmesi zamanı çoktan gelmiştir.” şeklinde gerekçe ile “5521 sayılı Kanun” yerine yeni bir İş Mahkemesi Kanununun yapılması ihtiyacı ileri sürülmekte idi. Konu hakkında bkz. YILMAZ, İş Mahkemesi. Ayrıca “Ocak ayında kabul edilen İş Mahkemeleri Kanunu halen yürürlükte olduğuna göre Türk İş Hukuku’nda en eski yasalardan biri olma özelliğini taşıdığı anlaşılmaktadır. 70 yıla yaklaşan bir süreden beri yürürlükte olan, bilindiği gibi birçok maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olan bu yasanın artık değiştirilmesi gerekmektedir. Zira Türkiye’imiz ne 1950’lerin, ne 1980’lerin, hatta 2000’lerin Türkiye’sidir. Sanayileşme ile kalkınma çabası içinde olan ülkemizin çalışma hayatında da önemli değişimlere uğradığı bir gerçektir. İş yargısı alanında buna cevap verecek duruma getirilmesinde kuşkusuz zorunluluk vardır.”, KUTAL, Metin, (Editör YENİSEY DOĞAN, Kübra), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, “40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İstanbul 2016, s.15-16. Ayrıca genel kanun niteliğinde olan Hukuk Muhakemeleri Kanununun değiştirilmesi sonrasında 60 yıldır yürürlükte olan ve iş mahkemelerinde öncelikle uygulanan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun da değiştirilmemesinin bir eksiklik olduğu ileri sürülmekte idi. Bunun yanı sıra 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun iş yargılamasına ilişkin hükümlerinin yürürlük tarihinde oldukça ileri hükümler niteliğinde olmasına karşın zamanla yetersiz kaldığı ileri sürülmekte idi. Hukuk Muhakemeleri Kanunundan tamamen bağımsız ayrı bir iş yargılaması usul yasasının düzenlenmesi gereği ileri sürülmekte idi. Konu hakkında bkz. KAR, Deniz, s.60. İş yargılamasının hem özel bir yargılama olması, hem de teorik olarak olduğu gibi uygulamada ortaya çıkan sorunlar nedeni ile özel bir takım düzenlemelere ihtiyaç olduğu, ancak 7036 sayılı Kanunda bu husus, tamamen ihmal edildiği ileri sürülmüştür. Konu hakkında bkz. ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat, “7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, İstanbul 2018, 41-123, s.68.

²⁶ NARMANLIOĞLU, Ünal, “İş Kanunu’nun İşçiyeye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi(İş Mahkemeleri Kanunu’nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017/38, s.10; ÖZDEMİR, Cumhuriyet Sinan, “İş Mahkemeleri Kanunu ile Çalışma Yaşamında Getirilen Değişiklikler”, Toprak İşveren Dergisi, Aralık 2017, S.116, 12-21. 7036 sayılı Kanunu

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi sonrasında, bu kanun ile uyumlu bir kanunun yürürlüğe girmesi isabetli olmuştur²⁷. Zira 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun, yargılama usulüne ilişkin birçok düzenleme içermektedir. Bu düzenlemeler, iş yargılamasında da önemli değişiklikler getirmiştir²⁸.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, sadece usul hükümlerini değil, maddi hukuk kurallarına ilişkin düzenlemeleri de içermektedir²⁹. Kanunun kapsamının genişletilmesi, zorunlu arabuluculuk uygulaması getirilmesi, işe iade davaları hakkında yapılan düzenlemelerin de dâhil olduğu üzere bir takım yasal düzenlemeler yapılmıştır³⁰. Zorunlu arabuluculuk dava şartı olarak, 7036 sayılı Kanun ile belirli uyuşmazlıklar dışında öngörülmüştür³¹.

İş yargılamalarında, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu da genel kanun olarak başvuru bir kaynaktır. Zira 7036 sayılı Kanunun "Hüküm bulunmayan hâller" başlıklı 9. maddesi, "kanunda hüküm bulunmayan hâllerde", 6100 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağını

ile yapılan değişiklikler hakkında bkz. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği , 40. Yıl Uluslararası Toplantısı (Editör DOĞAN YENİSEY, Kübra), "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İstanbul 2016.

²⁷ AKPULAT KÖME, s.423.

²⁸ BAŞKAN, Esra Ş., "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İş Davalarındaki Yargılama Usulüne Etkisi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 12. Sayı, 316-341, 316.

²⁹ İşe iade davalarında yapılan 4857 sayılı İş Kanununun 20. ve 21. maddesinde yapılan düzenleme, iş müfettişlerinin yetkilerine yönelik kanunu 91. ve 92. maddesindeki düzenleme, 857 sayılı İş Kanununa ek 3. madde eklenerek bazı alacak ve tazminatlar zamanasımı 10 yıldan beş yıla düşürülmesi maddi konularda yapılan düzenlemelerdir. Konu hakkında bkz. KAR, Bektaş, (Editör AKIN, Levent), "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk, 17.11.2017 Ankara-27.11.2017 İstanbul s.28 vd. İşe iade davaları hakkında yapılan yasal değişiklikler hakkında bkz. TULUKÇU, Nezihe Binnur, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi, İşe İade, Ankara 2017, s.277 vd.

³⁰ Dava şartları 6100 sayılı Kanunun 114. maddesinde sayılmıştır. Kanunda, özellikle Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2003/21-30/57 ve 2012/21-176/382 sayılı kararlarında açıkça belirtildiği üzere dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamada bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır. Konu hakkında bkz. KAR, İş Mahkemeleri, s.28.

³¹ AKPULAT KÖME, s.341; TULUKÇU, s.278; EKMEKÇİ, Ömer, "Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı", İstanbul 2018, s.7; RÜZGAR/TAŞ, s.69.

öngörmektedir. Kanunun 7. maddesi gereğince iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır³². Kanunun, kanun yollarına ilişkin hükümleri, iş mahkemesi tarafından verilen kararlar hakkında da uygulanmaktadır³³.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 2. maddesi gereğince iş mahkemeleri, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi, 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun hükümlerine göre belirlenir. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde, iş mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. İş mahkemesi kurulmamış olan yerlerde, bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılır.

B. İş Mahkemesi İlamları

7036 sayılı Kanunda, iş mahkemesi ilamlarına yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle iş mahkemesi ilamları hakkında Kanunun 9. maddesi gereğince Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır. 6100 sayılı Kanunun 297. maddesi “Hükmün Kapsamı” başlığı altında bir mahkeme kararının içermesi gereken unsurlara yer verilmektedir. Buna göre hüküm, “ tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaşlıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerinin yanı sıra hüküm sonucu, yargılama giderleri ile taraflardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi, varsa kanun yolları ve süresini” içermelidir³⁴.

³² 5521 sayılı İş Kanununun 7. maddesinde iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanacağı öngörülmekte idi. Ancak 6100 sayılı Kanunun 12.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmesi sonrasında sözlü yargılama usulü kaldırılmış ve Kanunun 316/d maddesi gereğince iş sözleşmesinden doğan davalara basit yargılama usulünün uygulanması öngörülmüştür. Konu hakkında bkz. ŞAKAR, s.21. Ayrıca bkz. RÜZGAR/TAŞ, s.51-53.

³³ ÖZDEMİR, Cumhuriyet Sinan, “İş Mahkemeleri Kanunu ile Çalışma Yaşamında Getirilen Değişiklikler”, 12-21, Toprak İşveren Dergisi, Aralık 2017, Sayı 116, 21

³⁴ PEKCANİTEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.1981-1982; OĞUZ, Özgür/DOĞAN, Özge, “Türk İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2016 (127),s.312; ÖZKAN SUNGURTEKİN, s.308-309; GÖRGÜN, s.569; KURU, 340.

Dava dilekçesi talep sonucunun çok açık olması gerekmektedir. Bu doğrultuda mahkeme tarafından verilecek hüküm fıkrasının da HMK. 297. maddesinin ikinci fıkrası gereğince çok açık olması gerekir³⁵.

Hüküm fıkrası, davacı ve davalının talep sonuçlarına mahkemenin vermiş olduğu cevap niteliğindedir³⁶. Hüküm fıkrasında davanın taraflarına yükletilen borçlar ve verilen haklar, hiçbir şüphe ve tereddüdü gerektirmeyecek bir biçimde çok açık yazılmalıdır³⁷.

İstinaf mahkemesi kararlarına yönelik olarak, hükmün kapsamına yönelik düzenlemeler HMK. 359. maddesinde tekrar edilmiştir. Maddede istinaf mahkemesi kararlarının hüküm sonuç kısmının, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, istem sonuçlarından her biri hakkında verilen hükümlerle taraflara yüklenen borç veya tanınan hakların, tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerektiği şeklinde düzenlenmiştir³⁸.

C. İş Mahkemesi İlamlarına Brüt Tutar Üzerinden Karar Verilmesi

Brüt çıplak ücret, asıl ücret dışında ikramiye gibi adlar altında hiçbir yan ödeme eklenmeyen ve vergi, sigorta primi gibi kesintilerin yapılmadığı ücrettir. Brüt giydirilmiş ücret, çıplak ücrete yemek, servis ücreti gibi yan ödemelerin eklendiği ücrettir. Net çıplak ücret, vergi,

³⁵ Yargıtay hükümdeki miktarların net ya da brüt tutar üzerinden olduğunun belirtilmemesinin HMK. 297. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu doğrultuda “Hükmedilen miktarların net mi, yoksa brüt mü olduğunun hükümde belirtilmemesinin infazda tereddüde yol açacağı düşünülmemesi HMK. nun 297/2. maddesine aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay 9. HD. 03.03.2016 T., 2014/31810 E., 2016/4768 K., <http://www.hukukmedeniyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=101769>, E.T.15.08.2018.

³⁶ “İş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma sureti ile sona erip ermediği, bu yolla sona ermiş ise davacı işçiye ödenen tazminat ve alacakların hangi vergi kesintilerine tabi olduğu ve hangi oranda kesileceği, davalı işverenin yapılan kesintiden sorumlu olup olmadığı uyumsuzluk konusudur. İşçinin vergi kesilmesini gerektiren işçilik alacaklarında vergi yükümlüsü işçidir. Bu tazminat ve alacaklardan kesinti yaparak vergi dairesine işçi adına ödeme yükümlülüğü işverene aittir. Gerekçeli kararın kısa karara uygun olmaması gerekçeli kararın yok hükmünde olduğu anlamına gelir. Hükmün tefhimi sırasında taleplerden her biri hakkında verilen hükümlerle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.”, Yargıtay 9. HD. 20.2.2012 T., 2012/5869 E. ve 2012/4685 K., <http://kazanci.com>, E.T.15.08.2018.

³⁷ PEKCANİTEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.1988; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, 454; ÖZKAN SUNGURTEKİN, s.309; GÖRGÜN, s.570; KURU, 340.

³⁸ KURT KONCA, Nesibe/DAMAR, Ceren, “İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu”, TBB Dergisi 2016 (125), 187-230, s.187 vd.

sigorta primi ve damga vergisi düşülmek sureti ile işçiye ödenen ücrettir. Net giydirilmiş ücret ise brüt giydirilmiş ücretten sigorta primi, gelir vergisi, damga vergisi, gibi yasal kesintilerden sonra işçiye ödenen ücrettir³⁹. Uygulamada genellikle işçiye, net ücret üzerinden ödeme yapılır⁴⁰. Net ücret alan işçi, vergi dilimlerinden etkilenmez. Brüt ücret alan işçi ise yıl içinde ilerleyen aylarda daha çok gelir vergisi ödeyeceğinden ücreti düşer⁴¹.

İşçi alacağına karar verilirken, alacağı net ya da brüt tutar üzerinden karar verilmesi de kararda yer alması gereken hususlardan biridir. Yargıtay, işçi alacağına hükmedilirken alacağı net ya da brüt tutar üzerinden karar verildiğinin hükümde muhakkak yer alması gerektiğine işaret etmektedir. Zira bu hususa yer verilmemesinin, infazda tereddüt oluşturacağı ileri sürülmektedir⁴². Bir başka kararda da net tutar üzerinden

³⁹ RÜZGAR/TAŞ, s.162.

⁴⁰ Bu durumun istisnalarından biri, kalkınma ajanslarıdır. 375 sayılı KHK kapsamındaki kalkınma ajansı personeline, brüt tutar üzerinden ücret ödenmektedir. Konu hakkında bkz. MÜLAYİM, Baki Oğuz, “Kalkınma Ajansları Personel Ücret Rejimi Karmaşası”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/3, s.1335 vd.

⁴¹ 2018 yılı vergi dilimleri hakkında <http://www.gib.gov.tr/node/346>.

⁴² “Somut olayda, davacı dava konusu alacaklarını açıkça netten talep etmemiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise dava konusu alacaklar brüt olarak hesaplanmış, devamında netleştirme yapılmıştır. Ancak fazla mesai ve yıllık izin ücretinin netleştirilmesinde 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesi uyarınca %1 işsizlik sigortası, %14 de sosyal güvenlik primi olmak üzere toplam %15 oranındaki primin düşülmesi gereğinin dikkate alınmaması yerinde olmamıştır. Ayrıca mahkemece bilirkişi raporunda net olarak belirtilen miktarlar üzerinden talepler değerlendirilerek karar verilmiş ancak hükmedilen tüm alacakların net mi brüt mü olduğunun hüküm fıkrasında belirtilmemesi infazda tereddüt oluşturacağından hatalı olmuştur. Mahkemece yapılması gereken şey, yukarıda belirtilen noktalar dikkate alınarak yeniden uzman bir bilirkişiden rapor alınmalı ve hâsıl olacak neticeye göre karar verilmelidir. Yazılı şekilde hatalı bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.....Taraflar arasında uyumsuzluk, dava konusu işçilik alacakları hakkında hüküm brüt üzerinden mi yoksa net üzerinden mi kurulması hususunda toplanmaktadır. İşçilik alacaklarına ilişkin hükmün brüt üzerinden kurulması gerekir. Bunun temel mantığı devletin vergi ve prim alacaklarının ortada kalmamasıdır. Mahkemece açıkça netten talep edilmediği müddetçe hesaplamanın brüt üzerinden yapılması ve hükmün brüt üzerinden kurulması gerekir. Brütten hüküm kurulduğunda bunun kanuni kesintileri infaz sırasında yapılacak ve ilgili mercilere yatırılarak infaz sağlanacaktır.”, Yargıtay 22. HD. 13.02.2014 T., 2013/3375 E. ve 2014/2203 K. nolu kararı, karar için bkz. <http://www.ictihatlar.net/yargitay-hukuk-yonelikleri-kararlari-%E2%80%A2-iscinin-fazla-mesai-yillik-izin-ucretinin-hesaplanma-usulu.html>, E.T.15.09.2018. “Öte yandan, hükmedilen ücret alacaklarının net mi yoksa brüt mü olduğunun kararda belirtilmemesinin hükmün infazında tereddüt yaratacağının düşünülmemesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay 22.HD.

karar verilmesinin, yeni uyuşmazlıklara yol açacağı da belirtilmektedir⁴³. Yargıtay, brüt tutar üzerinden hüküm verilmesi durumunda yasal kesintilerin, infaz aşamasında dikkate alınması gerektiği yönünde karar vermektedir. Bu hususa yer verilmemesi durumunda, yerel mahkeme kararları bozulmaktadır⁴⁴.

Net tutar üzerinden karar verilmesi talep edilmediği takdirde brüt tutar üzerinden karar verilmesi, Yargıtay kararlarında belirtilmektedir⁴⁵. Net tutar üzerinden karar verilmesi talep edildiğinde ise net tutar üzerinden karar verilmelidir⁴⁶. İş mahkemesi kararlarında net olduğu

10.11.2015 T., 2014/29260 E., 2015/31751 K., “Çimento İşverenleri Sendikası Dergisi”, Yargıtay Kararları, Mart 2016.

⁴³“*Dava dilekçesinde net miktarlara hükmolunması talebi de açıkça belirtilmemiştir. Dava konusu işçilik alacaklarının hesaplanmasında kural olarak brüt miktarlar dikkate alınmalı, netleştirme ise infaz aşamasına bırakılmalıdır. Yargıtay yerleşik görüş ve uygulaması da bu doğrultudadır. Anılan nedenle, dava konusu alacakların brüt miktarlar üzerinden hüküm altına alınması gerekirken, yeni uyuşmazlıklara yol açacak şekilde net miktarlar üzerinden hüküm altına alınması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.*”, Yargıtay 22. HD. 29.01.2013 T., 2012/11678 E. 2013/1303 K., <http://ismahkemesi.com> 2015/10/brut-ucret-net-ucret-hesaplama-yargitay-kararlari/, E.T.15.01.2018..

⁴⁴“*Mahkemeye hükme esas alınan bilirkişi raporunda hesaplama brüt olarak yapılmış olup buna göre hüküm kurulduğu halde yasal kesintilerin infazda dikkate alınması gerekliliği yönünden hüküm tesis edilmemesi hatalıdır.*”, Yargıtay 9. HD. 03.10.2012 T., 2012/14529 E. ve 2012/32846 K., <http://ismahkemesi.com/2015/10/brut-ucret-net-ucret-hesaplama-yargitay-kararlari/>, E.T. 15.01.2018. Aynı doğrultuda “*Davacı vekili brüt miktarlara göre davasını ıslah etmiştir. Bu durumda talep doğrultusunda yasal kesintiler infaz sırasında gözetilmek üzere brüt miktarlara karar verilmesi gerekirken, net olarak isteklerle ilgili karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*”, Yargıtay 9.HD. 12.02.2008 T., 2007/31207 E. ve 2008/105 K., <http://ismahkemesi.com/2015/10/brut-ucret-net-ucret-hesaplama-yargitay-kararlari/>, E.T. 15.01.2018.

⁴⁵“*Dairemizin yerleşik kararlarına göre, kural olarak işçilik alacakları hesaplanan brüt tutar üzerinden hüküm altına alınmalıdır. Ancak davacının isteği net tutar üzerinden ise talep aşılamayacağından, net tutara göre hüküm kurulmalıdır.*”, Yargıtay 9. HD. 05.09.2012 T., 2011/48488 E. ve 2012/27544 K. nolu kararı. Karar için bkz. “Yargıtay Kararları”, Çalışma ve Toplum, 2013/2, 310 vd.

⁴⁶“*Düzenlemelere göre kesintilerin yükümlüsü işçi, sorumlusu ise işverendir. Yargı kararı ile hüküm altına alındığında ise, icra baskısı olmadan ödendiğinde işveren, icra yolu ile ödemede ise artık İcra Müdürlüğüdür. Görüldüğü gibi kesintinin yapılması ancak tahakkuka ve ödeme yapılmasına bağlıdır. Davacı tarafın net talep etmesi, bu kesintilerin de yapılması sureti ile hüküm altına alınmasını gerektirmez. Zira bu kesinti davacındır. Kesintiyi ise işveren veya icra aşamasında İcra Müdürlüğü'nün yapması gerekir. Bu husus kamu düzenindedir. Kamu düzeni ile ilgili durumda davacının kesintinin eksik yapılması nedeni ile net talep etmesi karşısında tüm kesintilerin mutlaka yapılacağı şeklindeki gerekçe, kanunun düzenleme biçimine aykırıdır. Zira kesintiler ancak infaz sırasında dikkate alınacaktır. Brüt talep etmeyen işçi yönünden bu*

yazmadığı takdirde brüt tutar üzerinden karar verilmiş olduğu kabul edilir⁴⁷.

Brüt tutar üzerinden hüküm kurulmasından dolayı yasal kesintilerin infaz aşamasında yapılacağı ve gerekli yerlere yatırılarak infazının sağlanacağı, bu şekilde devletin vergi ve prim kaybı olmayacağı düşünülmektedir⁴⁸. Yargıtay da bu görüştedir⁴⁹.

Brüt tutar üzerinden verilmiş bir mahkeme kararının icra dosyasına ödenmesi durumunda tahsil harcı ve cezaevi harcının belirlenmesinde de hukuki sorunlar yaşanması muhtemeldir. Brüt tutar üzerinden tahsil ve cezaevi harcının tahsil edilmesi durumunda olması gerekenden daha fazla tahsil ve cezaevi harcı tahsil edilmiş olacaktır. Haczedilen malların icra yolu ile satılması durumunda da tellaliye harcının brüt tutar üzerinden belirlenmesi hukuka aykırı olacaktır⁵⁰.

Ancak Yargıtay kararlarında ifade edilen vergi ve prim kaybının, yapılacak denetimlerle her zaman giderilmesi mümkündür. Elektronik ortamda gerçekleştirilecek denetimlerle de icra dosyalarına yatırılan işçilik alacaklarına yönelik kesintilerin yatırılıp yatırılmadığının tespiti kolaydır⁵¹.

İcra işleri, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin en yoğun kullanıldığı alanların başında yer alır. Alacaklılar, borçlular, vekilleri ve icra yönelik cebri icra ile ilgili iş ve işlemlerini UYAP sistemi üzerinden yapmak sureti ile daha hızlı ve daha az masraflı bir cebri icra işleyişi

düzenleme aleyhine yorumlanmamalıdır.”, Yargıtay 9. HD. 21.10.2015 T., 2014/15826 E., 2015/29405 K., “Yargıtay Kararları”, Çalışma ve Toplum, 2016/1, s.345-347.

⁴⁷ Yargıtay 8. HD. 10.05.2012 T., 2012/2962 E., 2012/4028 K., “Yargı Kararları”, İstanbul Barosu Dergisi, 2014/1.

⁴⁸ RÜZGAR/TAŞ, s.165-167.

⁴⁹ “Davacının dava dilekçesinde net brüt ayrımı yapmadan talepte bulunmasına karşın, ıslah dilekçesinde brüt miktar üzerinden talepte bulunduğu anlaşılmıştır. İş yargılamasında kural olarak brüt üzerinden (aksine talep yoksa) hüküm kurulması gerekir. Bunun temel mantık ve amacı, devletin vergi ve SSK primi gibi kayıplara yol açmamaktır. Ayrıca mahkeme taleple bağlı olup, davacının ıslah dilekçesinde brüt talep etmesi karşısında brüt rakamlara hükmedilmesi gerekirken kararda yazılmamakla birlikte net rakamlar üzerinden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”, şeklindedir. Yargıtay 9. HD. 22.05.2013 T., 2011/13121 E. ve 2013/15434 K., <http://ismahkemesi.com/2015/10/brut-ucet-net-ucet-hesaplama-yargitay-kararlari/> (E.T.15.01.2018).

⁵⁰ KABALAK, Yörük, “İş Davalarına Konu Olan İşçilik Alacaklarının Net Miktar Üzerinden Hesaplanması Zorunluluğu, İstanbul Barosu Dergisi”, C.84, S.5, 2010, 2788.

⁵¹ KABALAK, s.2789; RÜZGAR/TAŞ, s.165-167.

sağlanmaktadır⁵². Kanımızca devletin vergi ve prim kaybının, kesinleşmiş mahkeme kararının UYAP sistemi üzerinden, ilgili kurumlara bildirilmesi sureti ile tahsil edilmesi daha uygun olacaktır. Sigorta primi, bir kamu alacağı olduğundan, işçinin alacaklı sıfatı ile yapmış olduğu takibi, feragat, haricen tahsil ya da takipsiz bırakabileceği düşünüldüğünde kamu alacağının, alacaklının insafına terk edilmesi gibi bir durumun varlığı da kabul edilemez. Sosyal Güvenlik Kurumu, her yıl açık veren bir kurum olduğundan prim tahsilâtı, önem taşımaktadır⁵³.

II. İŞ MAHKEMESİ İLAMLARININ İCRAYA KONULMASI

A. Genel Olarak

İş mahkemesi ilamları, tespit niteliğinde ise herhangi bir müddeabihî içermeyeceğinden, bu ilamların infazında sorun yaşanılmaz. Tespit hükümleri, bir edayı, ifayı içermediklerinden, icrai nitelikte olmayıp sadece bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunu tespit ettiğinden, ilamlı icraya konu olmaz⁵⁴.

Eda hükmünü içeren kararlarda davalı taraf, ödeme yapmakla ya da bir edim yerine getirmekle yükümlüdür⁵⁵. Bu nedenle eda hükmünün açık ve tereddüt oluşturmayacak bir şekilde olması gerekmektedir⁵⁶. Zira HMK. 105. maddesine göre eda davası, “davacının mahkemeden davalının belli bir şeyi vermeye, bir işi yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edilmesini istediği dava” olarak tanımlanmaktadır⁵⁷. Eda davası sonucunda mahkeme, talebin kabulü veya reddi doğrultusunda karar verecektir. Talebin reddi halinde verilen ret kararı, tespit niteliğinde bir

⁵²KARAKİMSELİ, Ayşe, “İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi(Uyap) Kullanımı”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, S.1, (2018), 315-360, s.315.

⁵³SGK mali yapısı ve mali tabloları hakkında genel bilgi için bkz. Sosyal Güvenlik Kurumu 2016 yılı Sayıştay Denetim Raporu, https://www.sayistay.gov.tr/tr/Upload/62643830/files/raporlar/kid/2016/SosyalG%C3%BCvenlik_Kurumlar%C4%B1/SOSYAL%20G%C3%9CVENL%C4%B0K%20KURUMU.pdf, E.T.15.09.2018.

⁵⁴PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.983; UYAR, Talih, “İlama Aykırı Yapılan İcra Takiplerinin İptali”, Ankara Barosu Dergisi 2014/2, s.480; ÖZKAN SUNGURTEKİN, s.159; GÖRGÜN, s.275.

⁵⁵UYAR, s.483.

⁵⁶ÖZKAN SUNGURTEKİN, s.157.

⁵⁷PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.970; BAŞKAN, s.330; ALP/ÇELEBİ, s.85; GÖRGÜN, s.271; KURU, 336.

hükümdür⁵⁸. Ancak eda hükmünü içeren kararlarda hüküm içeriğinin aynen infaz edilmesi gerekmektedir⁵⁹. Bu nedenle aynen infaz edilemeyen bir kararın, açık, kesin ve doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığını düşünmekteyiz.

İşçi alacağına yönelik iş mahkemesi kararları, ilamlı icraya konulur⁶⁰. İş mahkemesinin net tutar üzerinden işçi alacağına hükmetmesi durumunda ilamın icraya konulması, hukuki uyuşmazlıklara yol açmaz. Zira bu durumda işçinin alacağı, açık ve net olarak mahkeme ilamında gösterilmektedir. İcra işlemleri açısından net tutar üzerinden verilmiş bir ilamın icraya konulmasında, herhangi bir belirsizlik bulunmamaktadır. Ancak mahkeme ilamının, brüt tutar üzerinden verilmesi durumunda, brüt mahkeme ilamının icraya konulmasında hukuki sorunların yaşanması muhtemeldir. Bir uyuşmazlık, mahkeme kararı ile sona erdiğinde artık yeni uyuşmazlıkların doğmaması, taraflarca beklenen bir durumdur. Nitekim iş hukukunda, bu nitelikteki düzenlemeler, zaman içerisinde yeniden düzenlenmekte, bu şekilde yeni uyuşmazlıkların doğmaması amaçlanmaktadır. Örneğin işe iade davalarında 7036 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde parasal bir tutar üzerinden hükmedilmeyen tazminatlar, ilamlı icraya konulamadığından işçiler, haklarını almakta zorlanmakta idi. İlamsız icra yapılması durumunda ise itiraz olması durumunda yeni bir dava açılması gerekiyordu. İşe iade davalarında 7036 sayılı Kanunla yapılan düzenleme, işe iade ilamlarının doğrudan infaz kabiliyetini kazanması ve işçilerin haklarını çabuk elde etmelerine imkân tanınması açısından kanımızca olumludur⁶¹.

⁵⁸ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.971; ALP, Mustafa/ÇELEBİ, Duygu, “İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Özel Sayı, 1. Cilt, 83-137, s.85; GÖRGÜN, s.271; KURU, 336.

⁵⁹ UYAR, s.483.

⁶⁰ Kararın brüt tutarı ile net tutarı farklı olacağından ilamın aynen infazının söz konusu olmadığı düşünüldüğünde ilamsız icraya konulup konulamayacağı da düşünülebilir. Ancak bu durumda hem borçlunun itirazı ile icra takibinin durması söz konusu olduğundan, hem de ilamlı icraya konu olan bir alacak için ilamsız takip yapılamayacağından kararın ilamlı icraya konu olması gerekmektedir. Zira Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu 26.05.2017 T., 2017/2 E., 2017/3 K. sayılı kararı ile, mahkeme ilâmına dayalı bir alacağın ilamsız icra takibine konu edilemeyeceğine oyçokluğu ile karar vermiştir. Bu karar ile, “ilâma dayalı alacakların ilamsız icra takibine konulamayacağı” şeklinde bütün mahkemeleri bağlayıcı bir içtihat birliği sağlanmıştır. Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2017-2-k-2017-3-t-26-05-2017, E.T.25.09.2018>.

⁶¹ İşe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar hakkında geniş bilgi için bkz. TULLUKÇU, s.355 vd.

İşçilik alacaklarının brüt tutar üzerinden karar bağlanması sonrasında, icra aşamasında yeni uyuşmazlıklar doğmakta ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın sona ermediği görülmektedir⁶². Yargıda açıklık ve netlik ilkesi de gerçekleşmemektedir⁶³.

Brüt tutar üzerinden verilen mahkeme ilamının, nete çevrilmesinde öncelikle sigorta primlerinin düşülmesi gerekmektedir. Bunun için brüt tutar üzerinden toplam % 15 oranında (çalışan payı) kesinti yapılır⁶⁴. Sonrasında bulunan bu tutardan ilgili vergi dilimine göre kesilecek gelir vergisi (% 15-35 arasında)⁶⁵ ile brüt tutar üzerinden hesaplanan damga vergisinin (% 0,759) düşülmesi sureti ile net tutar bulunacaktır. Alacağın, sigorta primi veya gelir vergisine ya da her ikisine tabi olmaması durumunda ise tabi olunmayan kesinti yapılmaz⁶⁶. Kesintilerin, herhangi birinin yapılmaması halinde bulunan net tutar, hatalı olacaktır⁶⁷. Yargıtay, vergi ve sigorta primlerinin, işveren tarafından ödenmesi gerektiğine karar vermektedir⁶⁸. Bu nedenle işçi, kalan kısım için ilamlı takip yapabilir⁶⁹.

⁶² KABALAK, s.2784.

⁶³ KABALAK, s.2789.

⁶⁴ Sigorta prim oranları için bkz. http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/calisan/isveren/isveren_prim_oranlari/isveren_prim_oranlari, E.T. 20.11.2018.

⁶⁵ 2018 yılı gelir vergisi dilimlerini düzenleyen Gelir Vergisi Genel Tebliği (Seri No:302) için bkz. RG. 29.12.2017/30285 Mükerrer.

⁶⁶ İşçi alacağının niteliğine göre gelir vergisi ve sigorta primi kesilmemesi durumu da söz konusu olabilir. Örneğin kıdem tazminatından herhangi bir vergi ve prim kesintisi yapılmaz. İhbar tazminatından ise gelir vergisi kesilmez.

⁶⁷ EKİN, Ali/TOPÇU, Melis, "İşçi Alacakları Açısından Gelir Vergisi Ve Yasal Kesintiler", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 8, 115-149, 120.

⁶⁸ Brüt tutar üzerinden işçi alacağının icraya konulmasında vergi kesintileri icraya yatırılıp belgesi icra dosyasına ibraz edildiğinde, SGK primlerinin yatırılmasında bazı durumlarda uygulamada sorun yaşanılmaktadır. Zira SGK, her zaman geçmiş dönem beyannamelerini almamakta, müfettişe olayı intikal ettirmektedir. Bu şekilde prim tahsilatının sürünceme kaldığı uygulamada belirtilmektedir. Ayrıca borçluya brüt tutar üzerinden icra emri gönderilmesi ve borçlu işverenin Yargıtay uygulamamasını bilmemesi nedeni ile vergi kesintisi yapmadan borcunu ödemesi durumunda brüt alacağın tamamının işçiye hataen ödenmesi mümkündür. Bu durumda işveren aynı ödemeleri SGK ve Maliyeye bir kez daha ödemek zorunda kalabilir. İşverenin, SGK ve Vergi ödemelerini yaptıktan sonra icra dosyasına bakiye ödemeyi yapması aşamasında da sorunların yaşanması muhtemeldir. Zira borcun bir kısmının icra dairesi dışına, kalanının icra dairesine yatırılmasının icra hukuku açısından atipik bir durum olduğu ileri sürülmektedir. Konu hakkında bkz. KABALAK, s.2786.

⁶⁹ "Bu durumda 193 sayılı Gelirler Vergisi Kanunu'nun 94. maddesi gereğince ücretten kesilmesi Takip dayanağı ilamda alacaklı yararına hükmedilen ücretin brüt olarak belirlendiği görülmektedir. Bu durumda 193 sayılı Gelirler Vergisi Kanunu'nun 94. maddesi gereğince ücretten kesilmesi gereken vergiler ve sigorta primlerinin ilgili kamu

İş mahkemesi ilamı, brüt tutar üzerinden icraya konulduğunda bu husus, süresiz şikâyet yolu ile iptal ettirilebilir⁷⁰. İcra işlemine yönelik şikâyeti, iş mahkemesi incelemeyiz. İcra hukuk mahkemesinin şikâyeti incelemesi gerekmektedir. İcra hukuk mahkemesi, bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle brüt tutarın nete çevrilmesine karar vermektedir⁷¹.

B. İlama Aykırı İş Mahkemesi İlamının İptali

İlamlı icrada takip dayanağı ilama aykırı takip yapılması durumunda, takip dayanağı ilama aykırı olarak hakkında başlatılan icra takibinin iptali için süresiz şikâyet yolu ile icra mahkemesine başvurulabilir. Bu durum, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda süresiz şikâyet yolu olarak düzenlenmiştir. Şikâyet yoluna başvurulması, kendiliğinden icrayı durdurmaz. Şikâyeti alan icra mahkemesi, şikâyetin sonuçlanmasına kadar icranın durmasını gerekli görürse talep üzerine veya kendiliğinden icranın geri bırakılmasına İcra ve İflas Kanunu'nun 22. maddesi gereğince karar verebilir⁷².

Yerleşik Yargıtay kararlarına göre işçi alacakları brüt olarak hesaplanmalı; ancak infaz aşamasında bu alacakların net miktarları üzerinden icra takibine girişilmelidir. Mahkeme kararının brüt tutar üzerinden icraya konulması durumunda, bu işleme karşı icra hukuk

idadesine ödenmesi zorunluluğu borçlu işverene aittir. Bir başka deyişle, alacaklı ilam konusu bedelden bu kesintilerin düşülmesinden sonra kalan net miktar için ilamlı takip yapabilir. Gereken vergiler ve sigorta primlerinin ilgili kamu idaresine ödenmesi zorunluluğu borçlu işverene aittir. Bir başka deyişle, alacaklı ilam konusu bedelden bu kesintilerin düşülmesinden sonra kalan net miktar için ilamlı takip yapabilir. Davaya konu ücret ve sair haklara brüt olarak tespit edilen miktar üzerinden karar vermek gerekir. Zira gelir vergisi ve damga vergisi yükümlüsü davacı işçidir. Buna göre net ücret üzerinden karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay 9.HD. 18.07.2006 T., 2006/18283 E. ve 2006/21168 K., <http://ismahkemesi.com/2015/10/brut-ucret-net-ucret-hesaplamasi-yargitay-kararlari/>, E.T. 15.01.2018.

⁷⁰ “İlamlı icra takibinde, alacak kalemlerinin brüt olarak istendiği ve yasal kesintilerin yapılmadığı yönündeki şikâyet ilama aykırılık niteliğinde olup bu tür şikâyetler kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle süresiz olarak İcra Mahkemesi önüne getirilebilir. (HGK.nun 21.06.2000 tarih, 2000/12-1002 sayılı Kararı)”, Yargıtay 8. HD., 12.11.2015 T., 2015/17339 E., 2015/20274 K., <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=37325>, E.T.15.09.2018.

⁷¹ “Bilirkişiden rapor alınmak suretiyle takipte brüt olarak istenen alacak kalemlerinin, nete çevrilmesi ve hesaplanan net alacak kalemleri üzerinden faiz hesaplaması yapılarak buna göre icra emrinin düzeltilmesi gerekirken, yazılı şekilde takibin tümünden icra karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 8. HD. 30.01.2017 T., 2015/1064 E., 2017/878 K., <https://www.emsal.co/ictihatlar/alacak-kalemlerinin-brut-olarak-takibe-konulmasi-alacak-kalemlerinin-nete-cevrilmesi-gerektigi/>, E.T.25.09.2018.

⁷² KURU, Baki, İcra ve İflas Hukukunun El Kitabı, s.1139.

mahkemesine süresiz şikâyet yolu ile başvurulabilir. Zira bu husus, kamu düzenine ilişkin olup, bu nedenle süresiz şikâyete tabidir⁷³.

III. İŞ MAHKEMELERİNDE BRÜT TUTAR ÜZERİNDEN KARAR VERİLMESİNİN DOĞURDUĞU OLUMSUZ SONUÇLAR

A. Müddeabih Açısından

Dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119/d. maddesine göre davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değerinin dava dilekçesinde gösterilmesi gerekmektedir. Aynı düzenlemeye, Harçlar Kanunu'nun 16. maddesinin üçüncü fıkrasında da yer verilmiştir. Buna göre konu para ile ölçülebilen davalarda davacı taraf, dava dilekçesinde müddeabihin değerini göstermek zorundadır. Göstermemişse müddeabihin değeri, davacıya tespit ettirilir. Davacı, müddeabihini tespit etmemen kaçınırsa dava dilekçesi işleme konulmaz. Bu kapsamda müddeabihin gösterilmesi kadar, tam ve eksiksiz olarak gösterilmesi de gerekmektedir. Zira bu husus, davanın açılması sırasında yatırılacak harçların hesabı bakımından önem arz etmektedir⁷⁴.

6100 sayılı Kanununun 120. maddesi “Davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Avansın yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir” şeklindedir. Harcın tutarı, dava dilekçesinde gösterilen dava konusunun değerine göre belirlenir.

Konusu para ile değerlendirilebilen davalarda, karar ve ilam harcı nisbidir. Harçlar Kanunu'nun ekinde yer alan 1 sayılı tarifede nisbi karar ve ilam harcı, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden binde 68,31 olarak düzenlenmiştir. Dava başvuru harcı

⁷³ “İlamlı icra takibinde, alacak kalemlerinin brüt olarak istendiği ve yasal kesintilerin yapılmadığı yönündeki şikâyet ilama aykırılık niteliğinde olup bu tür şikâyetler kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle süresiz olarak İcra Mahkemesi önüne getirilebilir. (HGK.nun 21.06.2000 tarih, 2000/12-1002 sayılı Kararı) Bu durumda Mahkemece gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, şikâyetin süreden reddi doğru değildir.”, Yargıtay 8.HD. 12.11.2015 T., 2015/17339 E., 2015/29274 K., <http://kazanci.com.tr/gunluk/8hd-2015-17339.htm>., E.T.15.09.2018.

⁷⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, 278; ÖZKAN SUNGURTEKİN, s.193; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.1135; GÜNGÖR, s.295.

ise maktu olup 35.90 TL.'dir⁷⁵. Maktu harçlarda, dava konusunun değeri önemli değildir. Ancak nisbi harçlarda, durum farklıdır. Zira dava konusunun değerine göre ödenecek harç, artmakta ya da azalmaktadır.

Harçlar Kanunu'nun 28. maddesi "Karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. Şu kadar ki, ölüm ve cismani zarar sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında peşin alınan harcın oranı yirmide bir olarak uygulanır. Bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez" şeklindedir. HMK. 302. maddesi uyarınca peşin olarak ödenecek karar ve ilam harcı dava dilekçesinde gösterilen değer üzerinden hesaplanır. Davanın reddi halinde ise davanın net ya da brüt açılması fark etmemektedir. Zira bu durumda, karar ve ilam harcı maktudur.

Davanın başında dörtte biri oranındaki nisbi harcı yatıran taraf, davasında haklı çıkması durumunda diğer taraftan ödediği harcı, yargılama gideri olarak isteyebilmektedir. Bu nedenle nisbi olarak alınan harçlarda, müddeabihin net ya da brüt olması durumunda harçlar açısından farklılıklar oluşmaktadır. Örneğin 37.573,76 TL. olarak net alacak talebi ile açılan davada peşin harç 641,66 TL., bakiye harç 1.924,99 TL. olup, aynı davanın brüt alacak üzerinden açılması durumunda ise müddeabih 50.000,00 TL. olacağından peşin harç 853,875 TL., bakiye harç ise 2.561,625 TL. olacaktır. Zira 37.573,76 TL. olan net tutara 2.283,21 TL. sigorta primi (çalışan payı) ve 9.763,53 TL. gelir vergisi ile 379,50 TL. tutarında damga vergisi eklendiğinde brüt 50.000,00 TL. rakamına ulaşılmaktadır. Ancak bazı davalarda net ve brüt tutarlar arasındaki rakamlar birbirine yakındır. Örneğin kıdem tazminatına yönelik davalarda durum böyledir. Zira kıdem tazminatı, gelir vergisinden muaf olup yalnızca damga vergisine tabidir. İhbar tazminatından ise gelir ve damga vergisi kesilir, sigorta primi kesilmez. İkramiye alacağı, ücret alacağı gibi alacaklarda ise gelir vergisi, damga vergisi ve sigorta primi kesilir. Bu nedenle bu tür alacaklara yönelik davalarda net yerine brüt tutar üzerinden dava açılması durumunda aradaki fark, daha yüksek oranda gerçekleşir.

Müddeabihin değeri, davacı tarafından dava dilekçesinde veya Harçlar Kanununun 16. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince sonradan gösterilmiş olan değerden fazla ise eksik alınan peşin karar ve ilam harcı

⁷⁵http://gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user_upload/Tebliğler/Harclar_Kanunu/80_serno_harcgenteb_ek.pdf, E.T.15.09.2018.

tamamlattırılır. Bu durumda yargılamaya yalnızca o oturum için devam edilir. Sonraki oturuma kadar noksan değer üzerinden peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunmaz. Dosya, Harçlar Kanununun 16/4-30 maddeleri ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 150. maddesi uyarınca işlemde kaldırılır.

İşçi tarafından dava açılması durumunda işçinin asıl amaçladığı, dava sonunda kazanmak istediği tutar, brüt tutar olmayıp net tutara ilişkindir. Sigorta primi ve verginin, müddeabihe dâhil olduğu düşünülemez⁷⁶. Bunlara yönelik ödemenin yapılması, zaten Gelir Vergisi Kanunu ve 5510 sayılı Kanun kapsamında yasal olarak düzenlenmiştir.

Kanımızca da mahkeme tarafından brüt tutar üzerinden karar verildiğinde, Harçlar Kanununa aykırı hareket edilmiş olacaktır. Dava harçları, kamu düzenine ilişkin ve mahkemeler tarafından da resen göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. İşçi alacaklarına brüt tutar üzerinden karar verilmesi uygulaması tercih edilecekse net tutar üzerinden karar verilmesi, Harçlar Kanununa aykırı olacağından eksik harç alınmış olacaktır. Bu nedenle yürürlükteki uygulama, kendi içerisinde çelişkiler arz etmektedir.

İşçiler açısından da brüt tutar üzerinden dava açılması, hukuka aykırıdır. Zira işçi açısından davanın başında daha ağır külfet getiren bu düzenleme, hak arama hürriyetini kısıtlayabilir. Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti, açık bir şekilde düzenlenmiştir. Davaların, mümkün olan en az masraf ve giderle yapılması öngörülmüştür.

Brüt tutar üzerinden karar verildiğinde, davalıdan alınacak ilam harcı alınması gerekenden fazla olmaktadır. Zira ilam harcı, brüt tutar üzerinden karar verildiğinde davalı, aslında davacıya değil, Maliye ve Sosyal Güvenlik Kurumuna ödemek zorunda kalacağı vergi ve sigorta primleri üzerinden de ilam harcı ödemektedir. Bu şekilde harçlandırma kurallarına aykırı davranılmış olmaktadır⁷⁷.

B. Yargılama Giderleri ve Vekâlet Ücreti Açısından

Yargılama giderleri, 6100 sayılı Kanunun 323 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Yargılama giderlerinin kapsamına, dava açılırken yatırılan peşin harç ve masraflar ile dava sırasında ortaya çıkan ek giderler ile dava sonunda hükmedilen bakiye harç girmektedir. Dava açılırken yatırılan masrafların içine bilirkişi ücretleri, keşif, tebligat ve tanık ücretleri gibi masraflar girer. Bu masrafların dava harcı dışındakiler için

⁷⁶ Konu hakkında geniş bilgi için KABALAK, s.2783-2785.

⁷⁷ KABALAK, s.2784.

müddeabihin brüt ya da net olmasının önemi bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle tarafların, davanın görülmesi ve sonuçlanması için ödedikleri paraların tümü, yargılama giderleri olarak adlandırılır⁷⁸.

Kanunun “Yargılama giderlerinden sorumluluk” başlıklı 326. maddesi “Kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşır. Aleyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkeme yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaşabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir.” şeklindedir. Yargılama giderlerine, 6100 sayılı Kanunun 332. maddesine göre resen hükmedilir. Yargılama giderine hükmedilmesi için talep gerekmez⁷⁹.

Genelde harç dışındaki yargılama giderleri açısından davanın net ya da brüt tutar üzerinden sonuçlandırılması çok farklılık yaratmaz. Zira keşif, bilirkişi incelemesi, tebligat giderleri gibi giderler, maktu olarak yapılır. Ancak yargılama harçları açısından durum farklıdır.

Vekâlet ücreti ve yargılama giderleri, hükümde gösterilmesi gereken unsurlar arasında yer alır. Yargılama giderleri ve vekâlet ücreti dava sonunda haksız çıkan taraf aleyhine hükmedilmektedir. Yargılama giderini dava başında yatıran taraf, haklı çıkması durumunda haksız çıkan taraftan tahsil eder. Bakiye harcın davalıdan tahsiline ise hükümle birlikte karar verilir. Brüt ücret üzerinden dava açılması durumunda, yargılama gideri ve vekâlet ücreti daha fazla olmaktadır. Zira işçinin asıl alması gereken, yalnızca net tutar iken brüt tutar üzerinden karar verilmesi durumunda hukuka aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Vekâlet ücreti, yargılama giderlerine dâhil bulunmaktadır. Yargılama giderleri arasında yer alan vekâlet ücreti, davada haklı çıkan ve davasını bir vekil vasıtası ile takip etmiş olan taraf lehine hükmedilir. Mahkeme, davada haksız çıkan tarafı, talep olmasa bile kendiliğinden vekâlet ücreti ödemeye mahkûm eder⁸⁰. Ancak bu vekâlet ücreti, tarafla vekil arasında kararlaştırılan ücret olmayıp, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanacak olan vekâlet ücretidir⁸¹.

⁷⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.697; ÖZKAN SUNGURTEKİN, s.327; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.2385; GÖRGÜN, s.553; AKPULAT KÖME, s.404.

⁷⁹ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.2403; KURU, 589.

⁸⁰ KURU/ARSLAN /YILMAZ, s.708; KURU, 589.

⁸¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, Ejder, s.703; ; KURU, 590; ÖZKAN SUNGURTEKİN, s.329; GÖRGÜN, s.556; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.2395. HMK. 330 maddesinde yer alan düzenlemeye göre vekâlet ücreti, taraf lehine

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 330. maddesinde vekâlet ücreti düzenlenmektedir. Buna göre avukatların tarafları temsil ettiği davalarda, hükmedilecek vekâlet ücreti, taraf lehine hükmedilir. Avukatlık asgari ücret tarifesinde de konu hakkında düzenlemeler bulunmaktadır⁸².

İş yargılamasında belirli ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeler, usul ekonomisinin alt unsurları olup çabukluk, ucuzluk, emredicilik ve işçinin korunması ilkeleri olarak sayılabilir⁸³. Bu nedenle harçların artmasına yol açan durumlar, ucuzluk ilkesine aykırılık teşkil eder. Hak arama hürriyetini de kısıtlayıcı bir nitelik taşır. Ucuzluk ilkesi, davanın açılmasından sonuçlanmasına kadar yargılamanın en az giderle yapılmasını amaçlar⁸⁴.

Brüt tutar üzerinden karar verilmesi durumunda, yukarıda da belirtildiği üzere sigorta primi, gelir ve damga vergisine tabi alacaklarda müddeabihte net tutara göre yaklaşık % 30 oranında bir fazlalık ortaya çıkmaktadır. Bu durumda hükmedilen vekâlet ücreti de değişmektedir. Örneğin müddeabihi brüt 50.000,00 TL. olan bir davada hükmedilecek vekâlet ücreti, 5.850,00 TL.'dir. Ancak davanın net tutar üzerinden açılması durumunda müddeabih, yukarıdaki hesaplamada ayrıntıları belirtildiği üzere 37.573,76 TL. olacağından, vekâlet ücreti de 4.483,11 TL. olarak hesaplanmaktadır. Görüleceği üzere vekâlet ücreti açısından belirgin bir fark ortaya çıkmaktadır. Müddeabihin daha yüksek olduğu işçi alacak davalarında, net yerine brüt tutar üzerinden verilecek mahkeme kararlarında aradaki farkın daha da fazla olacağı açıktır. Ancak davanın gelir vergisine, sigorta primine ya da her ikisine tabi olmaması durumunda ise aradaki fark daha az olacaktır.

Brüt tutar üzerinden karar verilmesi durumunda vekâlet ücreti, brüt tutar üzerinden hesaplandığından ilam harcında olduğu gibi Maliye ve Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenmesi gereken tutar üzerinden de davacı tarafa vekâlet ücreti ödenmek zorunda kalınacaktır. Bu doğrultuda davacı

hükmedilmektedir. Bu hükmün adil olmadığı ve genel yargılama giderleri sistemimize aykırı düştüğü ileri sürülmektedir. Konu hakkında bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.708. Aynı konuda bkz. PEKCANITEZ, s2397.

⁸²2018 yılında uygulanacak avukatlık asgari ücret tarifesi için bkz. RG., 30.12.2017/30286.

⁸³KAR, Bektaş, "İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s.869-882, s.870.

⁸⁴AKPULAT KÖME, s.333.

tarafa ödenecek tutar üzerinden belirlenmesi gereken vekâlet ücreti daha fazla bir tutarda belirlenmiş olacaktır⁸⁵.

İş davasının tarafları, bazı durumlarda kamu kurumları da olmaktadır. Zira birçok kamu kurumunda işçi statüsünde çalışanlar olmaktadır. Bu nedenle net tutar yerine brüt tutar üzerinden karar verilmesi durumu, kamu kurumlarının taraf olduğu davalarda kanımızca kamu zararına da yol açmaktadır. Vekâlet ücreti konusunda olduğu gibi yargılama giderleri açısından da kamu kurumlarının taraf olduğu davalarda, brüt tutar üzerinden karar verilmesi kamu zararına yol açabilecek niteliktedir. Kaldı ki, davanın taraflarından biri kamu kurumu olmasa bile, işverenlerin yargılama giderleri ve vekâlet ücreti açısından zararına yol açan bu uygulama, HMK.'nda öngörülen yasal düzenlemelere aykırıdır.

C. Kanunu Yollarına Başvurulması Açısından

İş mahkemeleri kararlarına karşı kanun yollarına başvurulduğunda da bir takım hukuki sorunların yaşanılması muhtemeldir. İstinaf ve temyiz yoluna başvurulması durumunda müddeabihin net ya da brüt tutar üzerinden belirlenmesi, istinaf ya da temyiz yoluna başvurma açısından farklı durumların ortaya çıkması söz konusu olacaktır.

Tarafların, kanun yollarına başvurmada kesinlik sınırları bulunmaktadır. Kesinlik sınırının altında kalan davalarda kanun yollarına başvurulmaksızın mahkeme kararı kesinleşir. Bu sınırlar, kamu düzenine ilişkindir⁸⁶.

Taraflardan birinin istinaf yoluna başvurusu durumunda belirli bir bedelin altı kesinlik sınırı altında kaldığından bu kararlara karşı istinaf yoluna gidilememektedir⁸⁷. 6100 sayılı Kanununun 341. maddesine göre ilk

⁸⁵ KABALAK, s.2785.

⁸⁶ “Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkar) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz. Birleştirilen davalarda, temyiz sınırı her dava için ayrı ayrı belirlenir. İhtiyari dava arkadaşlığında, temyiz sınırı her dava arkadaşının davası için ayrı ayrı belirlenir. Karşılık davada, temyiz sınırı asıl dava ve karşılık dava için ayrı ayrı belirlenir. Tespit davalarında, temyiz sınırı tespit davasının öncüsü olduğu eda davasının miktar ve değerine göre belirlenir.”, Yargıtay 9. HD. 22.12.2008 T., 2008/17370 E., 2008/34643 K, <http://www.calismatoplum.org/sayi21/abc/54.pdf>, E.T.15.08.2018.

⁸⁷ İstinaf yoluna başvurulması için böyle bir sınır getirilmesinin, hak arama özgürlüğü bakımından yerindeliğinin tartışılabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre ilk derece mahkemelerinin her türlü kararlarına karşı istinafa gidilmesi durumunda, istinaf mahkemelerinin işlevleri çok daha artabilirdi. Konu hakkında bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.583.

derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir.

Ancak miktar veya değeri, üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir. Manevi tazminat davalarında verilen kararlara karşı ise miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabilir. Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda üç bin Türk Liralık kesinlik sınırı, alacağın tamamına göre belirlenir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü, üç bin Türk Lirasını geçmeyen taraf, istinaf yoluna başvuramaz⁸⁸.

Kanunun 344. maddesinde istinaf dilekçesi verilirken, istinaf kanun yoluna başvuru için gerekli harçlar ve tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderler ödeneceği, bunların hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirileceği düzenlenmiştir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir⁸⁹.

Aynı şekilde istinaf mahkemesi olarak Bölge Adliye Mahkemelerinin karar vermesi sonrasında da temyiz yoluna başvurulmaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 361. maddesine göre bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Kanunda dava konusunun iki dereceli yargılamadan geçmiş olduğu göz önünde bulundurularak, istinaf mahkemesinin bazı kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği öngörülmüştür. Müddeabihin değerine göre kesinlik sınırları bulunmaktadır. Kanunun 362. maddesine göre miktar veya değeri, kırk bin Türk Lirasını (bu tutar dâhil) geçmeyen davalara ilişkin kararlara karşı temyiz yoluna

⁸⁸ 2018 yılı için istinafta kesinlik sınırı, 3.560,00 TL.'dir.

⁸⁹ Temyiz süresi içinde temyiz dilekçesi temyiz defterine kaydedilmiş, ancak harç yatırılmamış ise, harç ve temyiz giderlerinin yatırılması için ilgili tarafa HUMK.'nun 434/3. maddesi gereği yedi günlük kesin süre verilmesi gerekir. 8 günlük süre içinde temyiz edilmeyen (HUMK.432/4), temyiz defterine kayıt yapılmayan (HUMK. 434/2) veya verilen kesin süre içinde temyiz harç ve gideri yatırılmayan (HUMK. 434/3) kararlar kesinleşmiş olur.

başvurulamamaktadır⁹⁰. Bu şekilde Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmıştır⁹¹.

Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda, kırk bin Türk Liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir⁹². Alacağın tamamının dava edilmiş olması hâlinde, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü kırk bin Türk Lirasını geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Ancak, karşı taraf temyiz yoluna başvurduğu takdirde, diğer taraf da düzenleyeceği cevap dilekçesiyle kararı temyiz edebilir. HMK. m.362 maddesinin ikinci fıkrasına göre hukuki yararın varlığı için temyiz edenin yararının belli bir sınırı geçmesi şartı aranmaktadır⁹³.

Hem istinafa hem de temyize başvurulması aşamalarında dava konusunun değerine göre kesinlik sınırları bulunmaktadır. Örneğin net tutar üzerinden açılmış bir dava sonrasında ıslah edilerek müddeabih, temyiz sınırının üstüne çıkarılabilir. Bu durumda yasa yollarına başvurma açısından öngörülen sınır, taraflardan birinin iradesi ile değişebilmektedir. Bu durumun, 6100 sayılı Kanunla öngörülmediği açıktır.

Özetle; brüt ya da net tutar üzerinden dava açılması durumunda müddeabih değişmektedir. Hâlbuki yasa yollarına başvurmak açısından öngörülen düzenleme, kamu düzenine ilişkin ve kesindir. Sigorta primi, gelir ve damga vergisine tabi bir davanın brüt tutar üzerinden açılması durumunda, net tutara oranla yaklaşık % 30 bir fazlalık olacağı düşünüldüğünde, brüt tutar üzerinden dava açılması durumunda yasa yollarına başvuru açısından net tutar üzerinden dava açılması durumuna göre bir farklılık yaratılmış olmaktadır. Yasa yollarına başvurma açısından bir davada, birden fazla müddeabih olamayacağı düşünüldüğünde hukuki bir sorun olduğu ortadadır.

D. Usul ve Takip Ekonomisi İlkeleri Açısından Brüt Tutar Üzerinden Karar Verilmesi

Anayasa'nın 141/4. maddesinde "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" şeklinde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesinde anayasadaki usul ekonomisi ilkesini hâkimin yargılamayı makûl süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlü olması şeklinde düzenlemiştir. Usul

⁹⁰ PEKCANİTEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.2279; KURU/ARSLAN /YILMAZ, s.596; GÖRGÜN, 600; KURU, s.508.

⁹¹ KURU/ARSLAN /YILMAZ, s.596.

⁹² 2018 yılı için temyizde kesinlik sınırı, 47.530,00 TL.'dir.

⁹³ KURU/ARSLAN /YILMAZ, s.597.

ekonomisi ilkesi “Yargılamanın, makûl giderle ve makûl süre içinde, kalite standartlarına uygun bir hizmetle ve düzenli bir biçimde yürütülmesi” olarak da tanımlanabilir⁹⁴. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesinde de yargılamanın, makul sürede yapılması gereğine vurgu yapılmıştır⁹⁵.

Usul ekonomisi, medenî yargılama hukukuna egemen olan ilkelerdendir. Bu ilkeye göre yargılamanın etkinliğine hizmet eden usul ekonomisinde, hâkim yasa kapsamında yargılamayı kolaylaştırmak sureti ile gereksiz zaman ve masrafa yol açmaksızın adil bir karar vermelidir. Bu ilke, icra ve iflâs hukukunda da, “takip ekonomisi” adı ile karşımıza çıkar⁹⁶. Takip ekonomisi ilkesi, icra ve iflas hukukuna hâkim olan ilkeler arasındadır. Takip ekonomisi, alacaklının icra dairesinde bir icra takibi başlatması ile uygulama alanı bulur⁹⁷. Bu ilke ile icra takip prosedüründe sadelik, çabukluk ve ucuzluk amaçlanmaktadır. İcra takibinin makul giderle sonuçlanması, bireylerin hukuki güvenliğinin sağlanmasına katkıda bulunur⁹⁸. Dolayısı ile icra ve iflas hukukunda da çalışmamızda ayrıntıları ile alındığı üzere takip ekonomisi açısından uygulama açık bir şekilde takip ekonomisine aykırıdır.

Usul ekonomisi açısından da uyumsuzlukların, en az giderle sonuçlandırılması gerekmektedir. Zira uyumsuzluk, dava ile mahkemeye intikal ettiğinde, kamu yararı alanına girilmiş bulunmaktadır. Davanın çabuk, basit ve ucuz bir biçimde görülmesinde tarafların olduğu kadar kamu menfaati de vardır. Bu doğrultuda hâkim, davayı makul sürede, ucuz ve basit düzenli bir biçimde sonuçlandırmalıdır. Bu husus, aynı zamanda bir anayasal ilkedir. Anayasa'nın 141/4. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevi olarak düzenlenmiştir⁹⁹. Bu doğrultuda kanaatimizce net tutar yerine brüt tutarın esas alınması durumunda yargılama harç ve

⁹⁴ PEKCANİTEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s.886; ÖZKAN SUNGURTEKİN, Meral, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s.119. RÜZGARESEN, Cumhuriyet, Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları, Dicle Üniversitesi. Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 731-214, s.173-174; GÖRGÜN, s.350; AKPULAT KÖME, s.277.

⁹⁵ Sözleşme için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, Konu hakkında bkz. European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, 2017.

⁹⁶ YILMAZ, Ejder, Usul Ekonomisi AÜHFD C.57, S.1, 243-274, s.244-245.

⁹⁷ KÖKSOY, Mesut, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.3, 2016, 53-85, s.53.

⁹⁸ KÖKSOY, s.55.

⁹⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.341; GÖRGÜN, s.350.

giderleri artmakta, davanın kazanılması durumunda da bu kez de davalı taraf açısından aynı durum söz konusu olmaktadır.

SONUÇ

İş Mahkemeleri Kanununda iş davalarında, eda hükmünü içeren kararların, net ya da brüt tutar üzerinden olması ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 9/1. maddesi gereğince Hukuk Muhakemeleri Kanununa bakıldığında, konu hakkında istisnai bir düzenlemenin, bu Kanunda da yer almadığı görülmektedir.

Yargıtay uygulaması, taraflarca talep edilmediği takdirde brüt tutar üzerinden karar verilmesi doğrultusundadır. Vergi ve prim kaybının önlenmesi amacı ile brüt tutar üzerinden karar verilmesi gerektiği, Yargıtay kararlarında belirtilmektedir. Kararın infazı aşamasında ise net tutar üzerinden icraya konulması aranılmaktadır. Ancak bu şekilde vergi ve prim kayıpların önlenmesi, mümkün değildir. Zira brüt mahkeme kararının, net tutar üzerinden icraya konulması durumunda, diğer tarafın itiraz etmemesi söz konusu olabileceği gibi tarafların anlaşmak sureti ile mahkeme kararının ilamlı icraya konu olmaması da mümkündür. Yargıtay kararlarına esas teşkil eden gerekçenin, yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Devletin vergi ve prim kaybının önlenmesi asıl amaç ise bu takdirde net tutar üzerinden hiçbir şekilde karar verilmemesi de gerekirdi. Ancak talep edilmesi durumunda, net tutar üzerinden karar verilmektedir.

UYAP üzerinden kesinleşen mahkeme ilamlarının elektronik ortamda ilgili kurumlara bildirilmesi, vergi ve prim kaybının önlenmesi için yeterlidir. UYAP sisteminde bu doğrultuda yapılacak bir düzenleme ile her yıl açık veren Sosyal Güvenlik Kurumu, önemli bir prim geliri kavuşmuş olacaktır.

Brüt tutar üzerinden karar verilmesi durumunda, yargılama giderleri ile vekâlet ücreti de gerçekte olduğundan daha fazla olmaktadır. Davacıya ödenmeyen bir tutar üzerinden, yargılama gideri ve vekâlet ücretine hükmedilmesi de hukuka aykırıdır. Davanın gelir vergisine, sigorta primine ya da her ikisine tabi olup olmamasına göre net ya da brüt tutar üzerinden açılan davalarda yargılama giderleri ile vekalet ücretleri arasındaki fark değişmektedir.

Temyiz ve istinafa yönelik kurallar, kamu düzenine ilişkin ve kesindir. Taraflar, anlaşmak sureti ile temyiz ya da istinaf sınırlarını değiştiremezler. Ancak mahkemenin, brüt tutar üzerinden karar vermesi

durumunda, bu sınırların değişmesi söz konusu olmaktadır. Örneğin net müddeabihi 37.573,76 TL. olan ve sigorta primi, gelir ve damga vergisine tabi bir davanın brüt müddeabihi, 50.000,00 TL.'dir. Brüt tutar üzerinden açılması durumunda söz konusu dava, hem istinaf hem de temyize tabi tutulmakta iken net tutar üzerinden açılması durumunda, yalnızca istinafa tabi olmaktadır. Kesinlik sınırları da bu kapsamda değişmektedir. Bu nedenle kamu düzenine ilişkin ve kesin olması gereken temyiz ve istinaf sınırlarının değişmesi, hukuka aykırıdır. İşçi ve işverenin karşılıklı olarak dava açması durumunda işçi, net; işveren ise brüt tutar üzerinden açmış ise aynı tutar üzerinden açılan davada, taraflardan birinin, istinaf ya da temyiz yoluna başvurması mümkün iken diğer tarafın başvuramaması söz konusu olabilir.

Yargıtay, iş davalarında brüt tutar üzerinden karar verilmesini, infaz aşamasında brüt tutarın nete çevrilmek sureti ile icraya konulmasını aramaktadır. Brüt tutar üzerinden verilen kararlar, nete çevrilmek sureti ile icraya konulmaktadır. İş mahkemesi ilamlarının, brüt tutar üzerinden ilamlı icraya konulması durumunda, şikâyet yolu ile ödeme icra emri iptal edilmektedir. Bu durum, yeni uyuşmazlıklar doğurmaktadır. Hâlbuki mahkeme ilamının, yaşanan uyuşmazlığı, sona erdiren bir nitelikte olması gerekmektedir.

Kanımızca, yargılama sürecinde geçerli olan usul ekonomisi ve mahkeme ilamı icraya konulduğunda geçerli olan takip ekonomisi ilkeleri, iş mahkemesi ilamlarının net tutar üzerinden olmasını gerektirmektedir. Bu doğrultuda yasal bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKPULAT KÖME, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul 2018.
- ALP, Mustafa/ÇELEBİ, Duygu, İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Özel Sayı, 1. Cilt, s.83-137.
- BAŞKAN, Esra Ş., 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İş Davalarındaki Yargılama Usulüne Etkisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 12. Sayı, s.316-341.
- BEDÜK, Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012.
- BOZKURT, Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 2012.
- BOZKURT, Argun, İş Mahkemelerinde Bilirkişilik, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 4, Güz 2009, s.117-125.
- BOZKURT, Argun, İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı:2010/2, s.191-206.

- EKMEKÇİ, Ömer, Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, İstanbul 2018.
- ERTÜRK, Şükran, Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel S., 2013, s.81-118.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, 2017.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2016.
- GÖRGÜN, L. Şanal, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016.
- GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2013.
- GÜZEL, Ali, Çalışma ve Toplum, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!, 2016/3, 1131-1146.
- KABALAK, Yörük, İş Davalarına Konu Olan İşçilik Alacaklarının Net Miktar Üzerinden Hesaplanması Zorunluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, C.84, S.5, 2010, s.2783-2790.
- KAPLAN, Tuncay Emine, İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamı, Kamu-İş Dergisi, C:7, S.2/2003, s.2-16.
- KAR, Bektaş, Deniz İş Hukuku, Ankara 2014.
- KAR, Bektaş, İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s.869-882.
- KAR, Bektaş, İş Mahkemeleri Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk (Editör AKIN, Levent), 17.11.2017 Ankara-27.11.2017 İstanbul.
- KARAKİMSELİ, Ayşe, İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi(Uyap) Kullanımı, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, S.1, (2018), s.315-360.
- KÖKSOY, Mesut, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.3, 2016, s.53-85.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.
- KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017.
- KURU, Baki, İcra ve İflas Hukukun El Kitabı, Ankara 2013.
- KURT KONCA, Nesibe/DAMAR, Ceren, İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu, TBB Dergisi 2016 (125), 187-230.
- KUTAL, Metin, (Editör DOĞAN YENİSEY, Kübra), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İstanbul 2016.
- MOLLAMAHMUTLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.
- MÜLAYİM, Baki Oğuz, Kalkınma Ajansları Personel Ücret Rejimi Karmaşası, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/3, s.1335-1360.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler), Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 38 / Yıl: 2017, s.9-21.
- OĞUZ, Özgür/DOĞAN, Özge, Türk İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü, TBB Dergisi 2016 (127), s.299-316.
- ÖZDEMİR, Cumhuriyet Sinan, İş Mahkemeleri Kanunu ile Çalışma Yaşamında Getirilen Değişiklikler, Toprak İşveren Dergisi, Aralık 2017, S.116, s.12-21.

- ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat, 7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, İstanbul 2018, s.41-123.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017.
- RÜZGAR, Orhan/TAŞ, Yunus, İş Mahkemelerinin Görevi ve Yargılama Usulü, Bursa 2018.
- RÜZGARESEN, Cumhur, Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, s.731-214.
- SÜMER, Haluk, İş Hukuku, Ankara 2017.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2017.
- ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Yargılaması, İstanbul 2016.
- TULUKÇU, Nezihe Binnur, İş Mahkemeleri Kanunu ve Aarabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi, İşe İade, Ankara 2017.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTELE, Kenan, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013.
- UYAR, Talih, İlama Aykırı Yapılan İcra Takiplerinin İptali, Ankara Barosu Dergisi 2014/2, s.477-488.
- YILMAZ, Ejder, İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2007, s.5-13.
- YILMAZ, Ejder, Usul Ekonomisi AÜHFD C.57, S.1, s.243-274.
- YILMAZ, Halil, İş Yargılamasının Özellikleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, s.70-85.

İnternet Kaynakları

- <http://www.calismatoplum.org/sayi21/abc/54.pdf>
- <http://www.ceis.org.tr/dergi/mart2016/>
- https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
- <https://www.emsal.co/ictihatlar/alacak-kalemlerinin-brut-olarak-takibe-konulmasi-alacak-kalem-lerinin-nete-cevrilmesi-gerektigi/>
- http://gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user_upload/Tebliğler/Harclar Kanunu/80_ser_no_harcgenteb_ek.pdf
- <http://www.hukukmedeniyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=101769>
- <http://www.ictihatlar.net/yargitay-hukuk-yönelikleri-kararlari-%E2%80%A2-iscinin-fazla-mesai-yillik-izin-ucretinin-hesaplanma-usulu.html>
- <http://www.industrial-europe.eu/committees/cp/doco/Labour%20courts%20in%20the%20EU.pdf>
- <http://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/18.pdf>
- <http://ismahkemesi.com2015/10/brut-ucret-net-ucret-hesaplamasi-yargitay-kararlari/>
- <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=28914>
- <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=37325>
- <http://kazanci.com.tr/gunluk/8hd-2015-17339.htm>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2017-2-k-2017-3-t-26-05-2017>

[https://www.sayistay.gov.tr/tr/Upload/62643830/files/raporlar/kid/2016/Sosyal _ G%C3%BCvenlik_Kurumlar%C4%B1/SOSYAL%20G%C3%9CVENL%C4%B0K%20KURUM U.pdf](https://www.sayistay.gov.tr/tr/Upload/62643830/files/raporlar/kid/2016/Sosyal_%20G%C3%BCvenlik_Kurumlar%C4%B1/SOSYAL%20G%C3%9CVENL%C4%B0K%20KURUM%20U.pdf)

http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/calisan/isveren/isveren_prim_oranlari/isveren_prim_oranlari

GÖÇ, YOKSULLUK ve İNSAN HAKLARI

MIGRATION, POVERTY AND HUMAN RIGHTS

DOI: 10.21492/inuhfd.477182

Akasya KANSU KARADAĞ*

Özet

Kapitalizmin egemenliği altındaki günümüz dünyasında göç ve yoksulluk birbirini etkileyen iki güncel olgudur. Küreselleşen dünyada yoksulluk göçe, göç de yoksulluğa yol açmaktadır. Göçmenler kendi ülkelerinden yoksulluk nedeniyle göç etmekte göçtükleri ülkelerde bu sefer yoksulluk ve yoksulluğun bir türü olan yoksunluğa düşmektedirler. Göçmenler yeni ikametgahlarında sosyal dışlanma, şiddet, gettolaşma, marjinalleşme, toplumsal cinsiyet ayrımcılığı gibi bir dizi haksızlığa uğramaktadır. Ulus devletler göçmenlerin yoksulluk ve yoksunları karşısında yasal düzenlemeleri sosyal adaleti sağlamak amacıyla değil kendi güvenlik kaygıları kapsamında yerine getirmektedirler. Kendi vatandaşları için sosyal hakların korunması bakımından son derece duyarlı olan ülkelerin göçmenlerin sosyal hakları söz konusu olduğunda sessiz kaldıkları görülmektedir. Sosyal hakları korunmayan göçmenlerin her geçen gün dünyanın dört bir yanında yoksulluğun değişik biçimlerine maruz kaldıkları bir gerçektir. Rekabetçi kapitalizmin yayılmasıyla göçmenlerin sosyal haklarının ihlal edilmesi sorunsalı çözümsüz bir hal almaktadır. Söz konusu çalışma ile göç ve yoksulluk ikiliğinde göçmenlerin insan haklarının yerini sorgulamak, yoksulluğun ve yoksunluğun ortadan kaldırılmasındaki temel etkenlerin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Göç, yoksulluk, küreselleşme, kapitalizm, insan hakları, sosyal haklar.

Abstract

Migration and poverty are current phenomena that affect each other in today's world where capitalism is highly dominant. In a globalized world, poverty causes migration and migration leads to poverty.

* Arş. Grv., Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Anabilim Dalı. (E-mail: akasya.kansu@khas.edu.tr.), (Orcid: 0000-0002-9007-1288)

Makale Gönderilme Tarihi: 01.11.2018

Submitted: 01.11.2018

Makale Kabul Tarihi: 29.11.2018

Accepted: 29.11.2018

Immigrants migrate from their own countries due to poverty and fall into poverty and deprivation, which is a form of poverty. Migrants suffer from social exclusion, violence, ghettoism, marginalization, and gender discrimination in their new residences. Nation-states implement their legal regulations against the poverty and deprivation of immigrants in the context of their security concerns, not for social justice. Countries that are highly sensitive to the protection of social rights for their own citizens are seen to be silent in the case of immigrants' social rights. It is a fact that immigrants, whose social rights are not protected, are exposed to different forms of poverty all over the world. With the spread of competitive capitalism, the problem of violating the social rights of immigrants becomes unsolvable. With this study, it is aimed to question the place of human rights of immigrants in immigration and poverty duality, and to reveal the main factors in the elimination of poverty and deprivation.

Keywords: Migration, poverty, globalisation, capitalism, human rights, social rights.

I. GİRİŞ

Kapitalist üretim ilişkilerinin egemenliği altında göç ve yoksulluk birbirini etkileyen dikotomik bir ilişkiye sahiptir¹. Temeli yoksulluk olan birçok nedenle, gelişmekte olan ülkelerden gelişmiş ülkelere doğru kitlesel göçler yaşanmaktadır. Söz konusu göç dalgası her geçen gün artmakta, yoksulluk göçe, göç ise yoksulluğa ve yoksunluğa neden olmaktadır. Günümüzde ülkelerin kendi kalkınma programları kapsamında göçmenler ekonomik ölçekler oranında kabul edilmekte, çoğu zaman ise kabul edilmemektedirler.

Yoksulluk, savaşlar, eğitim ve barınma imkânlarının sınırlanması gibi nedenlerle birçok göçmen, birinci kuşak haklarının en önemlisi olan yaşama hakkı ihlal edildiği için kendi ülkelerinden başka ülkelere göç etmek zorunda kalmaktadır.

Televizyonlarda gördüğümüz küçük gemilerle, kötü koşullarda, çok uzaktaki başka ülkelere öngörülemeyen imkânlarda hayatlarını sürdürmek için gelen mülteciler/göçmenler, öncelikle yaşamlarını sürdürmek, aile

¹ Kimi yazarlar yoksulluk ve göç arasındaki ilişkiyi neden sonuç olarak tanımlarlar. Ancak kanımızca sadece yoksulluk nedeniyle göç ortaya çıkmaz, göç sonrasında da göçmenler yoksulluk ve yoksunluğun bir biçimi olan yoksunluktan mustarip olurlar. Göç ve yoksulluğu neden ve sonuç ilişkisi içinde okuyan bir örnek için bkz: OUCHO, John O. : "The Relationship Between Migration and Poverty In Southern Africa", 2002, https://www.academia.edu/12861640/The_relationship_between_migration_and_poverty_in_Southern_Africa, (Erişim tarihi: 06.10.2018).

bütünlüklerini korumak, çoğu durumda ise iş bulmak için göç etmektedirler.

Dünya genelinde göçmenlere tanınan birinci kuşak haklar, onların insan onuruna yakışır bir hayat sürmeleri için yeterli değildir. Göçmenlerin, insanca kabul edilebilir bir yaşam düzeyine ulaşmaları halinde onurları korunacak; düştükleri yoksulluk ve yoksunluğun önüne ancak bu halde geçilebilecektir. Yoksulluk ve göç arasındaki bu süregelen ilişki -başka bir ifadeyle yoksulluğun göçe ve göçün yoksulluğa neden olması ilişkisi- ancak küresel kapitalist düzenin koşullarının değiştirilmesi ile sağlanabilir.

II. YOKSULLUK ve GÖÇ

Ortaçağ'da yoksulluk Tanrı'nın eseri olarak kabul edilmekteydi. Yoksulların bu kadere rıza göstermeleri beklenmekteydi. Zenginlere ise yoksullara karşı acıma, yardım etme yükümlülüğü getirilmişti ve bu durum bir erdem olarak görülüyordu². Erken modern çağda ise yoksullar işgücü haline gelmişti ve erken kapitalizmin değerler dünyası yoksulu çalıştırma fikri üzerine kuruluydu. 19. yüzyılın liberalleri ise, orta çağdaki sadaka benzeri bireysel hayırseverlik savını desteklediler. İkinci Dünya Savaşı sonrası oluşacak olan refah devleti fikri öncesi yoksulluk basitçe bu şekilde kavranıyordu³.

Refah devleti anlayışının temelinde, modern devletlerdeki vatandaşların bir kısım konularda sosyal haklara sahip olabileceği ve bu şekilde yoksulluğun önüne geçilebileceği fikri yatmaktadır. Keynesçi refah devletinde yoksulluk, devletin önüne geçmek istediği temel bir sorun olarak görülmüş, yoksulluk programlarından yararlanma bir vatandaşlık hakkı olarak tanımlanmıştır. 21. yüzyıla gelindiğinde yoksulluğun giderilmesi çalışmaları ulus devletlerin ekonomik ve mali güçlerinin yeterliliği ölçüsünde öncelikle vatandaşlarına tanıdığı sosyal haklar ile sağlanmaya çalışılmaktaydı. Ancak eşitsiz gelişen dünya koşullarına uygun bir biçimde yoksulluk çok biçimli ve buna bağlı olarak değişik tanımlara sahip bir kavram haline gelmiştir. Yoksulluğun bir tanımı temel insan yetilerinden mahrum kalmak -örneğin okuma ve yazma bilmemek ya da yeterli olarak beslenememek- iken aşırı yoksulluk minimum gıda ihtiyacını bile karşılayamamak anlamına gelmektedir. Kimi ülkeler için ilk tanım güncel iken yoksulluk nedeniyle ölümlerin

² AKAL, Cemal Bali: Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite, Dost Kitabevi, Ankara 2012, s. 30.

³ BUĞRA, Ayşe: Kapitalizm Yoksulluk ve Türkiye'de Sosyal Politika, İletişim Yayınları, İstanbul 2013, s. 27 vd.

olağan olduğu kimi ülkelerde aşırı yoksulluk tanımı hala geçerlidir. Akademik literatüre göre, aşırı yoksulluk sınırında yaşayanların göç edebilmesi mümkün değildir ancak gelir sıkıntısı, ihtiyaçlarını karşılayamama, eğitim ve barınma bakımından yoksulluk sınırında olanlar göç edebilecekler içerisine girmektedir⁴.

Amartya Sen ve öncülüğündeki düşünürler yoksulluğu “*asgari ihtiyaçlar için gerekli gelir düzeyine sahip olmak*” şeklinde tanımlayan genel anlayışın yerine “*kabul edilebilir bir hayat düzeyine ulaşmak için gerekli temel yapabilirliklerden yoksun olma*” tanımını getirmişlerdir. Buna göre artık asgari yaşam standardına sahip olamamak değil, kabul edilebilir hayat düzeyine ulaşabilmek için gerekli temel yapabilirliklerden yoksun olmak yoksulluk olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre servet, yapabilirlik için sadece bir araçtır. Yapabilirlik teorisi sadece gelir düzeyindeki düşüklüğü değil, bunun yanı sıra kişinin kendi refah düzeyini artırmasını, kendi kendisini geliştirmesini engelleyen her türlü yoksunluk halini içermektedir.

Amartya Sen’in teorisindeki yapabilirliklerin çoğunu gerçekleştiremeyen göçmenler ise bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Göçmenler yoksulluğun en basit tanımı nedeniyle ülkelerinden göç ederken, göç ettikleri ülkelerde bu sefer aynı tanımın başka veçhelerine maruz kalarak yoksulluğun yeni tanımı içerisine düşmektedirler.

A. Yoksunluk ve Yoksulluk

Kendi sosyal adalete anlayışlarına uygun olarak yoksulluğun neden olduğu ihlallerin çözümünü sosyal haklar temelinde çözen çoğu ulus devlet, vatandaşlık nosyonu üzerinden kendi vatandaşlarının yapılabirliklerini arttırırken kendisine vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan göçmenlerin çeşitli yoksunluklara düşmesine göz yummaktadır. Küreselleşme ve kapitalizmin yaygınlaşması sürecinde vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini koruyan, sosyal haklarını anayasa ile güvence altına alan çoğu ulus devletin, göçmenleri görmezlikten geldiği, temel barınma hakkından bile yoksun bıraktığı temel bir gerçektir. Kapitalizm kendini yeniden üretirken sınıflı toplumu göçmenler üzerinden inşa ederek ekonomik sömürüye içkin yeni bir toplumsal bağımlılık ilişkisi kurmaktadır⁵.

⁴ OUCHO, 2002.

⁵ GÜN, Servet: “Tahterevallinin Aşağısı: Türkiye’de Göç ve Kent Yoksulluğu”, in Mertcan, Hakan / Ördek Aydın (ed.), Modern Zamanlar Bir Yokmuş Bir Varmış, Notabene Yayınları, Ankara 2014, s. 400.

Göçmenler özelinde yapılan çoğu ulusal hukuki düzenleme göçmenlerin hakları temelinde değil de, ülke güvenliği amacıyla yapılmaktadır. Her ne kadar Birleşmiş Milletler, Birleşmiş Milletlere bağlı Dünya Gıda Programı ve Uluslararası Göç Örgütü gibi uluslararası kuruluşların çabalarıyla göçmenlerin hak ve özgürlükleri temelinde hukuki düzenlemelerin yapılması ve yaygınlaştırılması çabaları sürse de bugün çoğu devlet, göçmen ve mültecilere ilişkin getirdiği hukuki düzenlemeleri, kendi iç güvenlik kaygılarıyla yasalaştırmaktadırlar⁶. Bu nedenle de ulus devletlerce vatandaşların varsıllığı uğruna göçmenlerin yoksulluğu tanınmaktadır.

Göçün en temel nedenlerinden biri hiç kuşkusuz yoksulluktur. Göçü doğuran temel nedenler araştırıldığında, göç eden her bir insanın vatandaşı oldukları ülkeleri, çoğu konuda kendi yapabilirlik yetilerini kayb ettikleri için terk ettikleri görülecektir. Bu yapabilirlik yetilerinin kaybı birinci kuşak haklardan yaşama hakkının ihlali olabileceği gibi ikinci kuşak haklarından olan politik özgürlüklere erişememe de olabilir. Buradan da anlaşılacağı üzere göçün sadece tek boyutlu, asgari düzeyde yaşama koşullarını sağlayamamanın dışında kendi bireysel, politik ve siyasal yapabilirliklerini yitirmeleri nedeniyle de ortaya çıkabileceği anlaşılmaktadır.

Küreselleşme ile birlikte, dünya üzerindeki göç hareketleri artmıştır. Dünya üzerindeki dış göçlerin çoğu genellikle gelişmekte olan ülkelere gelişmiş ülkelere doğru olmaktadır⁷. Bugün gelişmiş ve gelişmekte olan ülke aksı kuzey-güney hattına evirilmiştir ve genellikle göçler güneyden kuzeye doğru akmaktadır⁸.

Dünya genelindeki yoksulluk emek göçü hareketlerini hızlandırmış, özellikle güney ülkelerindeki küreselleşmenin yarattığı ekonomik sorunlar yoğun göçe sebep olmuştur. Birleşmiş Milletlerin raporları bu savı destekler biçimde, dünyadaki uluslararası göçmenlerin sayısının 2000 yılında 178 milyona, 2010 yılında ise yaklaşık 214 milyona yükseldiğini

⁶ İÇDUYGU, Ahmet: Kentler ve Göç Türkiye, İtalya, İspanya, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Temmuz, İstanbul 2012, s. 5.

⁷ GÜL, Songül S.: “Türkiye’de Yoksulluk ve Yoksullukta Mücadelenin Sosyolojik Boyutları: Göreliden Mutlak Yoksulluğa”, in Özdek, Yasemin (ed.), Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, TODAİE Masa Üstü Yayınları, Mayıs, Ankara 2002, s. 107-118.

⁸ BASSO, Pietro, “Neoliberalizm, Kriz ve Uluslararası Göç”, in PRADELLA, Lucia / MAROIS, Thomas (ed.), Kutuplaştıran Kalkınma Neoliberalizme Karşı Alternatifler ve Kriz, çev. Barış Baysal, Notabene Yayınları, Ankara 2014, s.124; BOSWELL Christina / CRISP, Jeff, “Poverty, International Migration and Asylum”, UNU World Institute for Development Economic Research, Helsinki, 2004, s. 4.

göstermektedir. Yine Birleşmiş Milletlerin 2004 raporuna göre her iki göçmenden birinin kadın olduğu anlaşılmıştır⁹. Avrupa’da göçmen kadınlar ekonomik büyüme ihtimali yüksek olan sektörlerde ve hizmet sektörlerinde çalıştırılmaktadır. Göçmen kadınların yoğunlukla çalıştırıldığı sektörler ev içi hizmetler, yaşlı ve çocuk bakımı, seks işçiliği, eğlence ve turizm sektörüdür. Çoğu kendi ülkesinde bu tür işleri yapmayan kadınların kendilerini geliştirme, kapasitelerini artırma imkanları göç ettikleri ülkelerde ortadan kalkmaktadır. Çoğu “kadın işi” olarak tanımlanan bu işlerde çalışan çoğu eğitilmiş göçmen kadın, her ne kadar ekonomik olarak kazanç sağlasa da göç sonrası kendi işleri yerine ucuz emek karşılığında yukarıda sayılan işleri yaptıkları için bu sefer yoksulluğun bir başka biçimi olan yoksunluğa düşmektedir. Karl Marx’ın ilk birikim olarak nitelendirdiği ve basitçe insanların geçim araçlarından kopartılması olarak adlandırılan sürece benzer bir biçimde¹⁰ göçmenler metalaştırılarak ülkelerinde eğitimini aldıkları iş vasfının çok altında, ucuz emek gerektiren işlerde çalıştırılmaktadırlar. Bunların yanı sıra gelişmiş, kapitalist ülkelerdeki fabrikasyon üretim yapan şirketler arası rekabetin güçlü olması sebebiyle daha çok ucuz emek gücüne ihtiyaç duyulmaktadır. Bu emek gücünü ucuza ve esnek çalışma saatlerine sahip olan göçmenler karşılamaktadır¹¹. Söz konusu durum aslında Pietro Basso’nun tanımında da belirttiği esnek, güvencesiz ve “sıfır hak” temelinde kurulmuş bir düzendir¹².

Kırsaldan kente göçün de dış göç gibi en büyük nedeni yoksulluktur. Kente, kırsaldan çoğu insan iş aramak, güvenliğini sağlamak, para kazanmak ya da daha iyi bir eğitim görmek için gelirler. Çünkü kırsal yoksulluk bütün bunların edinilmesini engeller¹³. Günümüzde dış göç alan ülkeler aynı zamanda kendi kırsallarından da kentlere göç almaktadırlar¹⁴. Bu durum aslında yoksulluğun bir bütün olarak hem ülkeler arası hem de ülkelerin kendi içerisinde yarattığı eşitsizliğe karşı görülen tek çare sayıldığını göstermektedir.

⁹ DEDEOĞLU, Saniye / GÖKMEN, Çisel E.: Göç ve Sosyal Dışlanma Türkiye’de Yabancı Göçmen Kadınlar, Efil Yayınları, 2011, s. 22-23.

¹⁰ MARX, Karl: Kapital, Ekonomi Politikin Eleştirisi, I. Cilt, çev. Mehmet Selik/Nail Satlıgan, Yordam Kitap, İstanbul 2015, s. 686-730.

¹¹ BOSWELL / CRISP, s. 6.

¹² BASSO, s. 125.

¹³ ULLAH, Ashan / RAHMAN, Abdur / MURSHED, Munira: “Poverty and Migration Slums of Dhaka City The Realities”, Association for Rural Development and Studies, Dhaka 1999, s. 24-25.

¹⁴ OUCHA, s. 28.

Tarım alanlarının kapitalistleştirilmesi, küreselleşme, refah devletinin çözülüşü post fordist üretime geçiş gibi nedenlerle ortaya çıkan ve kıtalar arası yaygınlık kazanan yoksulluk, gelişmekte olan ülkelerde işsizliğe, ekonomik krizlere, eğitimsizliğe neden olmakta, bu etkenler işsiz ve eğitimsiz kitleleri göçe itmektir. Göç sonrası göç edilen ülkelerde de bu kez, sosyal dışlanma, şiddet, gettolaşma, marjinalleşme ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığına neden olmakta; yoksulluk bir döngü içerisinde aynı yoksul kitleleri etkilemektedir¹⁵. Göç ettikleri ülkelerde ayrımcılık ve dışlanmaya uğrayan göçmenler, toplumsal alanda etiketlenirler. Etiketlenme göçmenlerde, akademik başarı eksikliğine, eğitime, işe ve barınma olanaklarına ulaşmada sorunlara ve zihinsel veya fiziksel olarak hastalıklara neden olmaktadır. Bütün bunlar psikolojik olarak göçmenlerde “düşük benlik değerine” sahip olma ile sonuçlanmaktadır¹⁶.

Dünya düzeyinde eşitsiz olarak dağılan ekonomik ve politik göç, sermaye için ucuz emek hareketliliği anlamına gelmektedir¹⁷. Bu nedenle de dünya genelinde göç görece fakir ülkelere ekonomik durumu daha güçlü olan gelişmiş ülkelere doğru genişlemektedir. Göç sonrası yaşanan temel problem ise yine yoksulluktur¹⁸. Özellikle göç işsizliğin yoğun olarak arttığı kentlerde, yoksulluğun süregelen bir hal almasına neden olmuştur¹⁹. Bu durum göç edenlerin proleterleşmesine, var olan düzenin göçmenlerle birlikte kendini yeniden üretmesine neden olmaktadır. Çoğu yasa dışı istihdam edilen göçmen, düzenin görünmez köleleri olarak kullanılmakta, temel insan haklarına erişememektedir. Yoğun iş yükü, uzun çalışma saatleri o ülkenin vatandaşlarının aldığı ücretin çok altında çalışma²⁰ ve hiçbir sosyal güvenlik hakkına sahip olamama gibi sorunlarla boğuşan göçmenler yeni düzende de yoksul olarak kalmaktadırlar²¹.

¹⁵ GÜN, s. 412-414.

¹⁶ YALÇIN GEZİCİ, Meral: Göç Psikolojisi, Pharmakon Yayınları, Ankara 2017, s. 143.

¹⁷ DEDEOĞLU / GÖKMEN, s. 21.

¹⁸ MARKOÇ, İlkin: “Yoksulluk Olgusunun İnsan Hakları Kesitinde Ele Alınması”, https://www.academia.edu/5862886/Yoksulluk_Olgusunun_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Kesitinde_Ele_Al%C4%B1nmas%C4%B1. (Erişim tarihi: 24.10.2018.)

¹⁹ KAYGALAK, Sevilay: Kentin Mültecileri Neoliberalizm Koşullarında Zorunlu Göç ve Kentleşme, Dipnot Yayınları, Ankara 2009, s. 101.

²⁰ ÜNLÜTÜRK ULUTAŞ, Çağla: “Eski Doğu Bloku Ülkelerinden Türkiye’ye Düzensiz Göç ve Kadın Emegi”, Çalışma Ortamı Dergisi, 117, Temmuz- Ağustos, 2011, s. 14.

²¹ DAĞDELEN, Görkem: “Türkiye’nin Görünmeyen” Emekçileri: Yabancı Göçmenlerin Çalışma Hayatına Genel Bir Bakış”, Çalışma Ortamı Dergisi, 117, Temmuz- Ağustos, 2011, s. 11-2.

Sen'e göre, yoksunluklarının ortadan kaldırılması, temel hakların korunmasının ve kalkınmanın kurucu ögesidir²². Yoksunluklar ortadan kaldırılamadıkça, kalkınma ihtimali düşecek, bireysel özgürlükleri genişletme ihtimali ortadan kalkacaktır. Kalkınma burada sadece gayri safi milli hasılanın artması ya da bireysel gelirlerin artması gibi dar bir yoruma algılanmamalı, medeni ve siyasal hakların, örneğin, kamuyu ilgilendiren meseleleri tartışma ve denetime katılma özgürlüğü gibi özgürlüklerin sağlanıp sağlanamayacağı bakımından da değerlendirilmelidir²³.

Siyasi, ekonomik ve sosyal haklarını kendi ülkelerinde gerçekleştiremeyen göçmenler gittikleri yeni ülkelerde ya da şehirlerde bu özgürlüklerine kavuşamazlar ise o ülkede kalkınmanın gerçek anlamıyla sağlandığından bahsedilemez. Yapılan bazı araştırmalara göre dış göç sonrası kişi başına düşen gelirden artış gözlenmektedir²⁴. Ancak söz konusu artış genel anlamda yoksulluğun sayısal oranda düştüğünü gösterse de; bu rakamlar eşitsizliğin önüne geçildiğini ya da gerçek anlamıyla yoksulluğu/yoksunluğun ortadan kaldırıldığı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, göçmenlerin, ülkelere çeşitli biçimlerde kazanarak gönderdikleri para ya da göçmenlerin hayat standartlarındaki kısmi artış yoksulluğun giderildiği anlamına gelmez. Tersine gelişmiş ülkelerde yaşayan göçmenler ile o ülkenin vatandaşları arasındaki eşitsizlik ya da göçmenlerin siyasal ve sosyal yaşama katılmamaları aslında yoksulluğun devam ettiğinin göstergesidir²⁵.

Dış göçün yarattığı sonuçlarına benzer bir biçimde gelişmiş ülkelerin çoğunda iç göç ile kırsaldan büyük kentlere göç eden vatandaşların göç etmelerinin temel sebebi kırsalda yaşadıkları yoksulluktur. Kırsaldan kente göç edenler, kent olanaklarından kimi diğer

²² SEN, Amartya: Özgürlükle Kalkınma, çev. Yavuz Alogan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004, s. 14.

²³ SEN, s. 18.

²⁴ ADAMS JR, Richard / PAGE, John: "Do International Migration and Remittances Reduce Poverty in Developing Countries?", World Development, Vol.33, No.10, 2005, s. 1645-1669; CHAPMAN, Jeff / BERNSTEIN, Jared, "Immigration and Poverty: How Are They Linked?", Monthly Labor Review, April, 2003.

²⁵ Tarihsel olarak Hindistan, Çin, Büyük Britanya ve Amerika Birleşik Devletleri'nde kişi başına düşen gelir üzerinden gelir eşitsizliğe bakıldığında zengin ülkelerde eşitsizliğin düştüğü ancak zengin ülkeler ve diğer ülkeler arasındaki eşitsizliğin arttığı, günümüze doğru gelindiğinde ise zengin ülkelerdeki eşitsizliğin arttığı ve zengin ve fakir ülkelerin birbirine yaklaştığı gözlemlenmektedir. Kısaca söz konusu durum dünya genelinde eşitsizliğin artarak yaygınlaştığını göstermektedir. Bkz: ATKINSON, B. Anthony: Inequality What Can Be Done?, Harvard University Press, London 2015.

kentlilerle eşit oranda yararlanamamaktadır. Eşit yurttaşlık prensibine zarar veren bu durum göç sonrası yoksulluğa bir başka örnektir.

Dış göç konusunda en dikkat çekici husus şüphesiz, gelişmiş ulus devletlerin kendi vatandaşları arasında sosyal hakları eşitlik ilkesine uygun bir biçimde uygularken dış göçle gelen göçmenleri bir risk grubu olarak görmeleri ve göçmenleri ayrı hukuki düzenlemelere tabi tutmasıdır.

B. Göçmen-Vatandaş Ayrımı

Yoğun dış göç alan ulus devletler, göçmenlere temel barınma olanağını sağladıktan sonra göçmenlerin ülke içerisinde geçirecekleri sürede hayatlarını devam ettirmelerine yönelik hak ve özgürlüklerinin o devletin yurttaşlarının sahip olduğu hak ve özgürlüklerin korunması kadar önemsemezler. Nitekim bu, Pogge tarafından öne atılan görüşe göre; yoksul olmayan ülkelerin yoksul ülke vatandaşlarına karşı sergiledikleri pasif tutumun gereğidir. Pasif tutum, gelişmiş zengin ülkelerin, kendileri gibi gelişmiş ülkelerden oluşan bir düzende; özellikle de birbirleriyle rekabet halindeyken, yurttaşlarına öncelik verebilmeleri ve bu önceliğin olağan kabul edilebilmesi düşüncesine dayanır²⁶. Bu yaygın görüşe göre, ulus devletlerin göçmenlere yarar sağlamaktan ziyade kendi vatandaşlarına bunun eşdeğerini vermek için daha fazla sebebi vardır. Örneğin göçmen, bir yerli ile aynı işyeri koşullarında aynı işi yapsa bile daha düşük maaşla, hatta yurttaşların sahip olduğu sosyal güvenliğe hiç sahip olmadan çalıştırılacaktır. Ulus devletlerin göçmenlere yarar sağlamaktan ziyade kendi vatandaşlarına yatırım yapması daha kabul edilebilir bir politikadır. Sosyal adaletin bu bakımdan sadece yurttaşlar için sağlanması kabul edilebilir bir savdır. Ancak bunun tersine göçmenleri kabul eden devletlerin, kendi vatandaşlarına olduğu kadar yabancılara zarar vermemek için de yeterince sebebi olmalıdır²⁷. Yurttaşları koruyan ve göçmenleri görmezden gelen birçok yasal düzenlemenin dünyanın değişik bölgelerinde bu düşünce üzerinden uygulandığı da bir başka gerçektir.

Göç dalgalarında göçmenlerin gitmeyi tercih ettikleri ülkeler genellikle, daha iyi yaşam standartlarını sağlayabilen, refah devletinin korunduğu gelişmiş ülkelerdir. Bunun karşısında, göç alıcısı ülkelerin sosyal devlet uygulamaları; göçmenlerin olabildiğince sınırlı hakka sahip

²⁶ POGGE, Thomas: Küresel Yoksulluk ve İnsan Hakları Kozmopolit Sorumluluklar ve Reformlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 19.

²⁷ POGGE, s. 20.

olduğu, farklı göçmen gruplarına farklı haklar sağlayan bir hukuk düzenine sahiptir²⁸.

Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasındaki göç dalgası bile sosyal haklar konusunda göç alan ülkelerin ne kadar hassas olduğunu göstermektedir. Örneğin ikametini bildirmeyen Avrupa Birliği üyesi göçmenlere karşı genel olarak bir yaptırım öngörmeyen Almanya Federal Cumhuriyeti bile, Avrupa Birliği içerisinden gelen diğer ülke vatandaşlarının sosyal haklara erişimi konusunda yasal kısıtlamalar getirmiştir²⁹.

Körfez ülkelerinde göçmen işçilere misafir işçiler adı altında kefalet sistemi uygulanmaktadır. Bu sistemde işveren başka ülkelerden gelen ve vatandaş olmayan işçiye kefil olmaktadır. Dolayısıyla, çalışma izni; işveren ve yabancı işçi arasında kurulan kefalet ilişkisi üzerinden kurulur. İşçinin maaşının miktarı, yaşama koşulları, sosyal haklar ve sağlık hizmetlerinden yararlanma, başka bir işveren ya da ülke için çalışma isteği ile işinden ayrılması ve hatta kendi ülkesine dönmesi talebi dahi işverenin iznine tabidir. Sadece göçmen olması sebebiyle çalışma, seyahat, sosyal güvenlik haklarını işverene devreden göçmenler, değil o ülkenin yurttaşlarıyla aynı haklara sahip olmak, temel hak ve özgürlüklerini edinebilmek için bile işverenin rızasına başvurmak zorunda kalmaktadırlar³⁰.

Dünyanın değişik ülkelerinde göçmenlerin yoksulluk, sosyal dışlanma ve yoksunluk hallerinin yanında doğrudan şiddete maruz kaldığı, en temel insan haklarının evrensel koşullardaki karşılığını bulamadıkları ortaya çıkmaktadır.

Göç sonrasında ve göçmenlerin kaldıkları süre boyunca o ülke vatandaşları ile eşit haklara sahip olmasının sağlanması, yaşama, güvenlik gibi temel hakların yanında ekonomik ve sosyal haklar statüsüne sahip olan; eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi haklardan da vatandaşlar kadar yararlanmaları gerekmektedir. Sosyal haklar ulus devletler tarafından dolaylı olarak korunmaktadır. Göçmenlerin yaşama, vücut bütünlüğünü koruma gibi birinci kuşak hakları, bu hakların demokratik

²⁸ GÖKBAYRAK, Şenay: “Göçmen Grupların Hakları”, Çalışma Ortamı Dergisi, 89, Mayıs -Haziran, 2006.

²⁹ HEINDLMAIER, Anita / BLAUBERGER, Micheal: “Enter At Your Own Risk: Free Movement of EU Citizens In Practice”, West European Politics, V. 40, I.6, 2017, s. 1198-1217.

³⁰ AKALIN, Ayşe: Açık, Döner, Mühürlü Kapılar: 20. Yüzyılda Batı/Doğu Ekseninde Emek Göçünün Seyri, in Öner, S. Ihlamur / Öner, N. Aslı Şirin (ed), Küreselleşme Çağında Göç, İletişim Yayınları, İstanbul 2016, s. 99.

anayasal düzenlerce sorgulanmaksızın uygulanması nedeniyle sosyal haklara nazaran daha iyi korunmaktadır. Sosyal hakların göçmenlere tanınması ve uygulanması ise, o ulus devletin sosyal adaleti kavramını nasıl yorumladığına ve ne kadarını göçmenler için tanıdığına bağlıdır. Sosyal hakların uygulanması genellikle o ülkenin mali ve ekonomik koşullarına bağlı tutulmuştur. Devletler de ekonomik ve mali koşullarının uygunluğuna göre bu hakları göçmenler için tanıyacak ya da hiç uygulamayacaktır.

Dünyanın geldiği noktada sosyal ve kişisel hakların ayrıştırılmaz hale geldiği artık yadsınamaz. Demokratik anayasalarda sosyal hakların “sosyal hak” olarak tanımlanmaları, aslında onların da en az kişisel haklar kadar temel hak olduğu gerçeğini değiştirmez³¹. Ancak yine de sosyal hakların uygulanmasının mali ve ekonomik koşullara bağlanması, bu hakların göçmenler tarafından kullanılmasına engel olan temel nedendir.

III. SONUÇ YERİNE

Göçmenlerin göç ettikleri yabancı ülkede kalma sebepleri ve kabul eden ülkenin koşulları kalınacak sürenin belirsiz olmasına neden olabilmektedir. Kalma süreleri belli olmayan göçmenlere ilişkin entegrasyon süreçlerinin en kısa sürede başlatılması, göçmenlerin içine düşebilecekleri yoksunluk durumlarının önlenmesi açısından son derece önem taşımaktadır. Entegrasyona ilişkin hukuksal ve yasal süreçlerin hızlandırılması ülkelerin iç politikalarına bağlıdır. Bu nedenle, göçmenlere ilişkin sosyal adaletin sağlanıp sağlanmaması o ülkedeki sosyal adalet algısının yaygınlaşıp yaygınlaşmadığıyla doğrudan ilintilidir.

Dikkat edilmesi gereken bir başka nokta ise, göç sonrası entegrasyon süreçlerinde, entegrasyonun sağlanması esnasında modern devletlerce getirilen yasal düzenlemelerin katı olup olmadığıyla da ilişkilidir. Nitekim göç edilen ülkenin entegrasyonunda getirilebilecek yasal düzenlemelerin sert bir biçimde uygulanması göçle gelen kültüre yönelik bir “öteki”nin inşasına neden olabilir.

Savaş, ekonomik yoksunluk, siyasi baskılar, yoksulluk ve ırkçılık nedenleriyle göçe sürüklenen kitlelerin, göç sonrası karşılaştıkları metropol hayatının modern dayatmaları karşısında marjinalleşmesi ve modern toplum vatandaşlarının da bunun karşında göçmenlere yönelik yabancı düşmanlığına sürüklenmesi mümkündür³².

³¹ KUÇURADİ, İonna: İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2011, s. 11-26.

³² CHAMBERS, Iain: Göç, Kültür, Kimlik, çev: İsmail Türkmen- Mehmet Beşikçi, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2014, s. 46 vd.

Gelişmiş ülkelerde işsizlik, sosyal devletin kullanılması, ulusal güvenlik ve kimlik konularında göçmenlere yönelik önyargılar bulunmaktadır³³. Bu nedenlerle, göç alan ülkelerde bu konulara ilişkin sıkı yasal düzenlemeler getirilmiştir. Göçmenlere yönelik düzenlemelerin, bu grupların entegrasyonu amacıyla değil de kendi iç güvenlikleri nedeniyle yapılması, sözü geçen grupların sosyal dışlanmalarına neden olmaktadır. 11 Eylül saldırıları sonrası Kuzey Amerika ve Avrupa’da göç alan gelişmiş ülkeler göç olgusunun karşısında tehdit altında oldukları tezine dayanarak güvenlik konusuna önem vermektedirler. Çoğu ülke bu durum karşısında düzensiz göçmenleri kabul etmezken, kabul eden ülkelerin birçoğu göçmenlerin entegrasyonunu bir asimilasyon sürecine dönüştürebilmektedir³⁴.

Entegrasyonun bir asimilasyon sürecine dönüştürülmesi göçmenin kendi ülkesine ilişkin aidiyetini ve kimliğini kaybederek ve göç alan sosyo-kültürel yapıya entegre olması anlamına gelir. Bu durumda bütünleşmenin göçmenler tarafından sağlanamaması halinde sosyal dışlanma söz konusu olmaktadır. Zorunlu entegrasyonun bu bağlamda eleştirilmesi, göç sorununa çözüm olarak entegrasyon yerine çok kültürlülüğün ikame edilmesine yol açmıştır. Eleştirilerin çıktığı nokta ise, çok kültürlülüğü oluşturamayan Avrupa Devletlerinin çoğunda radikal sağ oylarının yükselmesi ve radikal sağın desteklediği sosyal dışlama türlerinin de bu duruma paralel bir biçimde artmasıdır³⁵.

Dış göçün getirdiği yoksulluk nedeniyle sosyal dışlanan, marjinalleşen göçmenler yoksulluktan yoksulluğun bir başka biçimi olan yoksunluğa düşmektedirler.

Gelinen noktada, dış göçle çoğunlukla gelişmiş ülkelere gelişmekte olan ülkelere göç eden insanların sadece temel birinci kuşak olarak tanınan klasik haklarının korunmasının yanı sıra, kendi kapasitelerini geliştirebilme imkânlarının da önü açılmalıdır.

Göçmenlerin göç ettikleri ülkelerin hayatına tutunmaları için geliştirilen yöntemlerin en yaygın olanı çok kültürlülüktür. Bu yöntemle o ülkenin yaşantısına zorla entegre olmak yerine, yine o ülkenin kültürlerinden, çeşitliliğinden biri olmak imkanı sunulmaktadır. Ancak kapitalist üretim ilişkilerinin egemen olduğu küresel dünyada göç ve

³³ BOSWELL / CRISP, s. 1, 3.

³⁴ ÖNER, N. Aslı Şirin: “Göç Çalışmalarında Temel Kavramlar”, in Öner, S. İhlamur / Öner, N. Aslı Şirin (ed.), Küreselleşme Çağında Göç, İletişim Yayınları, İstanbul 2016, s. 99.

³⁵ ÖNER, s. 20.

yoksulluk arasındaki birbirini etkileyen dikotomik ilişkinin son bulması için çok kültürlülük temelinde yürütülen politikalar yetersiz kalacaktır. Asıl çözüm göçü ve yoksulluğu yaratan kapitalist düzenin koşullarının değiştirilmesidir.

KAYNAKÇA

- ADAMS JR, Richard / PAGE, John: “Do International Migration and Remittances Reduce Poverty in Developing Countries?”, World Development, Vol.33, No.10, 2005, s. 1645-1669.
- AKAL, Cemal Bali: Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite, Dost Kitabevi, Ankara 2012.
- AKALIN, Ayşe: Açık, Döner, Mühürlü Kapılar: 20. Yüzyılda Batı/Doğu Ekseninde Emek Göçünün Seyri, in Öner, S. İhlamur / Öner, N. Aslı Şirin (ed), Küreselleşme Çağında Göç, İletişim Yayınları, İstanbul 2016.
- ATKINSON, B. Anthony: Inequality What Can Be Done?, Harvard University Press, London 2015.
- BASSO, Pietro, “Neoliberalizm, Kriz ve Uluslararası Göç”, in PRADELLA, Lucia / MAROIS, Thomas (ed.), Kutuplaştıran Kalkınma Neoliberalizme Karşı Alternatifler ve Kriz, çev. Barış Baysal, Notabene Yayınları, Ankara 2014.
- BOSWELL Christina / CRISP, Jeff, “Poverty, International Migration and Asylum”, UNU World Institute for Development Economic Research, Helsinki, 2004.
- BUĞRA, Ayşe: Kapitalizm Yoksulluk ve Türkiye’de Sosyal Politika, İletişim Yayınları, İstanbul 2013.
- CHAMBERS, Iain: Göç, Kültür, Kimlik, çev: İsmail Türkmen- Mehmet Beşikçi, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2014.
- CHAPMAN, Jeff / BERNSTEIN, Jared, “Immigration and Poverty: How Are They Linked?”, Monthly Labor Review, April, 2003.
- DAĞDELEN, Görkem: “Türkiye’nin Görünmeyen” Emekçileri: Yabancı Göçmenlerin Çalışma Hayatına Genel Bir Bakış”, Çalışma Ortamı Dergisi, 117, Temmuz- Ağustos, 2011.
- DEDEOĞLU, Saniye / GÖKMEN, Çisel E.: Göç ve Sosyal Dışlanma Türkiye’de Yabancı Göçmen Kadınlar, Efil Yayınları, 2011.
- GÖKBAYRAK, Şenay: “Göçmen Grupların Hakları”, Çalışma Ortamı Dergisi, 89, Mayıs-Haziran, 2006.
- GÜL, Songül S.: “Türkiye’de Yoksulluk ve Yoksullukta Mücadelenin Sosyolojik Boyutları: Göreliden Mutlak Yoksulluğa”, in Özdek, Yasemin (ed.), Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, TODAİE Masa Üstü Yayınları, Mayıs, Ankara 2002.
- GÜN, Servet: “Tahterevallinin Aşağısı: Türkiye’de Göç ve Kent Yoksulluğu”, in Mertcan, Hakan / Ördök Aydın (ed.), Modern Zamanlar Bir Yokmuş Bir Varmış, Notabene Yayınları, Ankara 2014.

- HEINDLMAIER, Anita / BLAUBERGER, Micheal: “Enter At Your Own Risk: Free Movement of EU Citizens In Practice”, West European Politics, V. 40, I.6, 2017, s. 1198-1217.
- İÇDUYGU, Ahmet: Kentler ve Göç Türkiye, İtalya, İspanya, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Temmuz, İstanbul 2012.
- KAYGALAK, Sevilay: Kentin Mültecileri Neoliberalizm Koşullarında Zorunlu Göç ve Kentleşme, Dipnot Yayınları, Ankara 2009.
- KUÇURADI, İonna: İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2011.
- MARKOÇ, İlkin: “Yoksulluk Olgusunun İnsan Hakları Kesitinde Ele Alınması”, https://www.academia.edu/5862886/Yoksulluk_Olgusunun_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Kesitinde_Ele_AI%C4%B1nmas%C4%B1, (Erişim tarihi: 24.10.2018.)
- MARX, Karl: Kapital, Ekonomi Politikiğin Eleştirisi, I. Cilt, çev. Mehmet Selik/Nail Satlıgan, Yordam Kitap, İstanbul 2015.
- OUCHO, John O.: “The Relationship Between Migration and Poverty In Southern Africa”, 2002, https://www.academia.edu/12861640/The_relationship_between_migration_and_poverty_in_southern_africa, (Erişim tarihi: 06.10.2018).
- ÖNER, N. Aslı Şirin: “Göç Çalışmalarında Temel Kavramlar”, in Öner, S. İhlamur / Öner, N.Aslı Şirin (ed.), Küreselleşme Çağında Göç, İletişim Yayınları, İstanbul 2016.
- POGGE, Thomas: Küresel Yoksulluk ve İnsan Hakları Kozmopolit Sorumluluklar ve Reformlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
- SEN, Amartya: Özgürlükle Kalkınma, çev. Yavuz Alogan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004.
- ULLAH, Ashan / RAHMAN, Abdur / MURSHED, Munira: “Poverty and Migration Slums of Dhaka City The Realities”, Association for Rural Development and Studies, Dhaka 1999.
- ÜNLÜTÜRK ULUTAŞ, Çağla: “Eski Doğu Bloku Ülkelerinden Türkiye’ye Düzensiz Göç ve Kadın Emeği”, Çalışma Ortamı Dergisi, 117, Temmuz- Ağustos, 2011.
- YALÇIN GEZİCİ, Meral: Göç Psikolojisi, Pharmakon Yayınları, Ankara 2017.

**YURTDIŞINDA ÜNİVERSİTE ÖĞRENİMİ GÖREN ERGİN
ÇOCUĞUN ÖĞRENİMİ İÇİN YARARLANDIĞI BURS VE
BENZERİ ÖDEMELERİN GERİ ÖDENMESİ MESELESİNİN
TÜRK MEDENİ KANUNUNDA DÜZENLENEN EĞİTİM
NAFAKASI HAKKI HÜKÜMLERİ İLE BİRLİKTE
DEĞERLENDİRİLMESİ**

**VALUATION OF THE RETENTION OF SCHOLARSHIPS AND
SIMILAR PAYMENTS USED FOR THE LEARNING OF CHILDREN'S
EFFORTS FOR THE LEARNING OF THE CHILD WITH THE
EDUCATION PROVIDED IN THE TURKISH CIVIL LAW**

DOI : 10.21492/inuhfd.435460

Selin SERT SÜTÇÜ*

Özet

Ana ve babanın çocuk üzerindeki bakım borcu, çocuk ergin olmasına rağmen ana ve babadan durum ve koşullara göre beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitim süresi bitene kadar devam etmektedir. Ergin çocuğun eğitiminin yurt içinde veya yurtdışında devam etmesi bakım borcunun belirlenmesinde kullanılan bir ölçüt değildir. Yani çocuk yurtiçinde bir eğitim kurumunda da eğitimine devam etse yurtdışında bir eğitim kurumunda da eğitimine devam etse ailenin bakım ve çocuğun eğitim giderlerine katılması gerekmektedir. Ergin çocuğun eğitimi süresince yararlandığı burs veya kredi gibi ödemelerin eğitim süresince burs veya krediyi veren kuruluş tarafından geri ödenmesinin istenilmesi halinde ana ve babanın da çocuğun bu burs veya kredi geri ödemelerine katkıda bulunup bulunmayacağı meselesi inceleme konusu yapılacaktır. Yurtdışında eğitim sisteminin Türk eğitim sisteminden farklı olması kredi ve burs imkanlarının fazlalığı gibi durumlar sebebiyle velayet hakkı sahibi olan veya olmayan velinin çocuk üzerinde eğitim nafakası ödeme yükümlülüğünün devam edip etmediğinin Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi inceleme konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eğitim nafakası, eğitim sistemi, Türk Medeni Kanunu, velayet.

Abstract

Parents' care on the child continues until the end of the training period, to the extent that it can be expected according to the circumstances of the parents, even though the child is mature. The continuation of the education of the adult child in the country or abroad is not a criterion used in the determination of the maintenance obligation. In other

* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, .
(E-mail: selin81hukuk@gmail.com.) (Orcid: 0000-0001-7483-6394)

Makale Gönderilme Tarihi: 21.06.2018

Submitted: 21.06.2018

Makale Kabul Tarihi:03.12.2018

Accepted: 03.12.2018

words, if the child continues his / her education in an educational institution in Turkey and continues to study in an educational institution abroad, he / she should attend the education of the family and the education expenses of the child. The fact that education system abroad differs from Turkish education system constitutes a matter of evaluation whether the right of parental guardianship or non-guardianship of parental right to continue education obligation on child is assessed within the framework of provisions of Turkish Civil Code.

Keywords: Education animony, education system, Turkish Civil Code, custody.

I. YURDIŞI YÜKSEK EĞİTİM SİSTEMLERİNE GENEL BAKIŞ

A. Türkiye'nin Eğitim Sistemi

Ülkemizde, lise veya lise dengi okulları bitiren kişiler, yükseköğretim kurumlarına girmek için aday olmaya hak kazanır. Üniversiteye giriş için, öğrencilerin Ölçme Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) ve Yükseköğretim Kurumu (YÖK) tarafından yürütülen Yükseköğrenime Geçiş Sınavı (YGS) ve Lisans Yerleştirme Sınavı (LYS)'na girilmesi ve bu sınav sonrasında başarılı olunması sonrasında adayın bir yüksek öğrenim görmesi durumu söz konusu olmaktadır¹. Öğrencilerin YGS ve LYS sınavlarından aldıkları puanlar ve lise genel not ortalamalarından elde edilen toplam puan, üniversitelerin lisans programlarına yerleştirilmelerinde belirleyici etkindir. YGS'ye girdikten sonra bazı üniversiteler bazen kişinin ilgili bölümlerde okumak için etkin olup olmadığını belirlemek adına özel yetenek sınavı yapar. Ancak bu şart, üniversiteye ve fakülteye göre değişebilir².

Türkiye'de devlet ve vakıf üniversiteleri olmak üzere iki çeşit üniversite vardır. Bütün üniversiteler Yükseköğretim Kurumu (YÖK) tarafından denetlenmektedir³. Vakıf üniversiteleri, doğrudan devlete bağlı olmayan, bir vakıf tarafından özerk olarak işletilen, paralı üniversitelerdir. Bu üniversitelerde hem devlet üniversitelerinde var olan bölümler ve fakülteler hem de devlet üniversitelerinden farklı bölümler ve fakülteler yer almaktadır.

Türkiye de devlet üniversitelerinde eğitim ücretsizdir. Vakıf üniversitelerinde ise eğitim maliyetleri fakülteye tercih edilen bölüme göre farklılık göstermektedir. Eğitim ücretlerinin karşılanmasına yönelik, burs ve hibeler çeşitlilik göstermektedir. Bursların bir kısmı geri ödeme sistemi ile çalışmakta iken, bir kısmı tamamen hibe niteliğindedir. Devlet

¹ OKÇABOL, Rıfat: Yüksek Öğretim Sistemimiz, Ankara 2007, s.5 vd. ; OKTAY, Ayla: 21. Yüzyılda Eğitim ve Türk Eğitim Sistemi, Ankara 2010, s.7 vd.

² <http://www.frankfurt.bk.mfa.gov.tr>, E.T.: 13.04.2017.

³ https://www.turkegitimsen.org.tr/lib_yayin/94.pdf, E.T.: 13.04.2017.

tarafından burs ve hibeler sağlandığı gibi aynı zamanda özel kurum ve kuruluşlar hatta şahıslar dahi öğrencilerin üniversite öğrenimlerine destek olmak amacıyla çeşitli burs ve hibe imkânları sunmaktadır. Yükseköğretim kurumlarının büyük bir kısmında öğrencinin eğitim masraflarının karşılanması amacıyla yarı zamanlı çalışma imkânı da bulunmaktadır. Öğrencinin ilgisine, becerisine göre farklı alanlarda farklı kurum ve kuruluşlardan sağlanan burs imkanlarından yararlanması mümkündür.

Kredi ve Yurtlar Kurumu Katkı Kredisi ve Öğrenim Kredisi Yönetmeliği gereğince⁴; alınan katkı kredisi öğrencinin devam ettiği öğretim kurumunun normal eğitim süresinin bitiminden iki yıl sonra başlamak üzere bu krediyi aldığı sürenin yarısı kadar zamanda ve üçer aylık dönemler halinde geri ödenmelidir⁵. Ayrıca geri ödemelerin en geç beşinci yılın sonunda tamamlanması gerekmektedir. Beşinci yılın sonundan sonra gerçekleşen tahsilâtların zamanaşımına uğraması söz konusu olacaktır⁶. Ülkemizde yüksek öğrenim gören ergin çocukların

⁴ 29.08.2012 tarih ve 28396 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Bakanlar Kurulunun Kararı "2012-2013 Eğitim-Öğretim Yılında öğrenimine devam eden veya yeni kayıt yapacak birinci öğretim ve açık öğretim öğrencilerinden, 4 üncü ve 11 inci maddelerdeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, öğrenci katkı payı alınmaz. Bu öğrencilerden alınması gereken öğrenci katkı payı tutarları, Devlet tarafından karşılanır" hükmüne amirdir.

⁵ Öğrenci, öğrenim ve/veya katkı kredisi borcunu, devam ettiği öğrenim kurumunun normal öğrenim süresinin bitiminden itibaren iki yıl sonra başlamak üzere, kredi aldığı kadar sürede ve aylık taksitler halinde öder. (2006-2007 öğretim yılından önce üçer aylık) Devam ettiği öğretim kurumunu değiştiren öğrencilerin öğrenim sürelerinin bitişi ve borçlarının ödeme başlangıç tarihi, yeni öğretim kurumlarının normal öğrenim süresine göre tespit edilir.

⁶ "...351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu'nun 16'ncı maddesinin ikinci fıkrasında, öğrencinin, borcunu öğrenim gördüğü öğretim kurumunun normal eğitim süresinin bitiminden itibaren iki yıl sonra başlamak üzere, kredi aldığı sürede ve aylık dönemler halinde Kuruma ödemek zorunda olduğu; 17'nci maddesinin birinci fıkrasında ise, borç taksitlerini zamanında ödemiyeenlerin birinci defada borçlarının bir seneliğinin, tekrarında ise tamamının ivedilik kazanacağı; bu tarihten itibaren borcun, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre malsandıklarınca tahsil olunarak Kuruma ödeneceği düzenlemesi yer almıştır. 6183 sayılı Kanunun 37'nci maddesinde, kamu alacaklarının özel kanunlarında belli edilen zamanlarda; özel kanunlarında ödeme zamanı tesbit edilmemiş kamu alacaklarının da Maliye Bakanlığınca belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödeneceği; 55'inci maddesinde, kamu alacağını vadesinde ödemiyeenlere, yedi gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri ile tebliğ olunacağı; 102'nci maddesinde ise, kamu alacağının, vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren beş yıl içinde tahsil edilmezse

yararlandıkları burs veya kredilerin geri ödenmesi çoğunlukla ergin çocuğun işe girmesi veya mezun olduktan en az iki yıl sonra geri ödemelerin başlaması şeklinde gerçekleştiği için yani kredi veya burs ödemelerine ilişkin muacceliyet şartının çocuğun ödeme gücüne kavuşmasına kadar ertelenebilmesi sebebiyle ailenin eğitim nafakası ödeme yükümlüğü ortadan kalkmaktadır. Velayet hakkı sahibi aile isterse güçleri oranında evladına yardım edebilir ancak bu durum yasal bir zorunluluk teşkil etmemektedir.

B. Amerika Örneği

Amerikan yüksek eğitim sisteminin; Türk eğitim sistemine göre önemli farklılıklar içerdiği görülmektedir⁷. Türk Kredilendirme sisteminin yapısı, kredinin geri ödenmesi, kredi geri ödenmemesi durumunda başvurulabilecek hukuki yollar farklılık gösteren hususlardan sadece

zamanaşımına uğrayacağı hükme bağlanmıştır. Dosyanın incelenmesinden; davacının almış olduğu öğrenim kredisinin geri ödeme tablosunun; 31.12.2000, 31.3.2001, 30.6.2001, 30.9.2001, 31.12.2001, 31.3.2002,30.6.2002, 30.9.2002 olarak belirlendiği, davacının vadesi belli olan öğrenim kredisini geri ödemediği, bunun üzerine söz konusu öğrenim kredisinin 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilmesi hususunun Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu tarafından Gelir İdaresi Başkanlığı Yönetim Bilgi Sistemlerine internet ortamında bildirildiği; Çukurova Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından, 16.9.2009 tarihli tahakkuk fişi ile söz konusu alacağın vade tarihinin 1.5.2009 olarak belirlendiği; akabinde de dava konusu 11.6.2010 tarihli ödeme emrinin düzenlenerek 16.8.2010 tarihinde davacıya tebliğ edildiği anlaşılmıştır. Görüldüğü üzere, davacının almış olduğu öğrenim kredisinin geri ödeme tablosunda her bir taksidin geri ödeme vadesi belirlenmiştir. Vadesi belirlenen alacak, evvelce tahakkuku yapılan olacaktır. Evvelce tahakkuk etmiş alacağın vergi dairesi tarafından yeniden tahakkuk ettirilerek 16.9.2009 tarihli tahakkuk fişi ile vade tarihinin 1.5.2009 olarak yeniden belirlenmesine ve bu şekilde yapılan işlemin, evvelce oluşan hukuki durumu etkilemesine hukuken olanak bulunmamaktadır. Bu bakımdan, dava konusu ödeme emrine konu kamu alacağının, öğrenim kredisinin borcunun, en geç son taksit tarihi olan 30.9.2002 tarihini izleyen takvim yılı başından itibaren beşinci yılın sonuna; yani 31 Aralık 2007 tarihine kadar tahsil edilmesi gerekirken, bu süre geçirildikten sonra yapılan takibatta tahsil zamanaşımı süresi bulunmaktadır. Öte yandan; olayda, 6183 sayılı Kanunun 103'üncü maddesinde öngörülen tahsil zamanaşımını kesen hallerden herhangi birisi de bulunmamaktadır. Bu durumda, dava konusu ödeme emrine konu alacağın tahsil zamanaşımına uğradığı görülmekte olup; dava konusu ödeme emrinde hukuka uyarlık, davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararını onayan Bölge İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmadığından, mahkeme kararının kanak yararına bozulması gerekmektedir...”, Danıştay 10. Daire Başkanlığı, 2012/2167 Esas, 2015/2583 K.

⁷ BURTON, Clark R.: The Higher Education System: Academic Organization In Cross-National Perspective, University Of California, 1987, s. 3-4.

birkaçıdır⁸. Ülkemizdeki devlet tarafından gerçekleştirilen ve öğrenim kredisi olarak nitelendirilen kredilendirme devlet üniversitelerinde okuyan öğrenciler açısından üniversite bittikten sonra iki yıl geçmekle muaccel olan ve faizsiz geri ödeme şartları ve koşulları kolaylaştırılmış kredilerdir.

Amerika da eğitim sistemini koordine eden kurum; ABD Eğitim Bakanlığıdır. Bakanlık her yıl milyonlarca öğrencinin üniversite ödemelerine yardımcı olmak için her yıl değişen oranlarda kredi ve burs hizmetleri vermektedir. Bu yardımlar hibeler, çalışma fonları ve düşük faizli krediler şeklinde verilir⁹. Kredilerden bir kısmı genellikle ihtiyaca göre verilir ve geri ödenmesi gerekmez. Bu sebeple bu krediler hibe olarak da adlandırılmaktadır. Ancak hibelerden yararlanma koşulları diğer yardımlardan daha ağırdır. Dört çeşit federal öğrenci hibesi vardır. Bunlar:

Federal Pell Bursları, genellikle lisans eğitimi sırasında burs ve hibe imkanından yararlanmayan almayan lisans öğrencilerine verilir. Burs verilirken, öğrencinin finansal ihtiyacı, kolejın devam masrafı, öğrencinin kayıt statüsü ve öğrencinin kayıt olduğu akademik yılın uzunluğu dikkate alınmaktadır. Öğrenciler, en fazla 12 dönemlik eşdeğerine kadar (6 yıl) Federal Pell Grant'tan yararlanabilmektedir¹⁰.

Federal Ek Yardımlaşma Eğitim Fırsatı (FSEOG), olağanüstü mali ihtiyaç duyan öğrencilere verilir. Ödenecek olan kredinin miktarı, kolejın mali yardım bürosu tarafından belirlenir ve öğrencinin finansal ihtiyacına ve kolejdeki fonların diğer öğrenciler tarafından kullanılabilirliğine bağlı olarak ödeme gerçekleştirilmektedir.

Üniversite ve Yüksek Öğrenim için Öğretmen Yardımı Desteği, düşük gelirli ailelerin öğrencilerine hizmet veren bir kamu veya özel ilk ve orta dereceli okulda okuyan öğrencilere yeni bir şeyler öğretmek ve bu öğrencilere farklı bakış açıları kazandırmak niyetinde olan öğrencilere

⁸ “Amerika da üniversite öğrenimi öğrenciler açısından yüksek bedellerin ödenmesini gerektiren bir sistemdir. Bu sistemde, öğrenci Amerikan vatandaşı ise kendisine bazı kolaylıklar sağlanmaktadır. Diğer ülke vatandaşlarına ise burs ve kredilerden yararlanma imkanı sunulurak eğitim kolaylaştırılmaktadır”.; BURTON: s. 5.

⁹ BOWLES, Samuel /GINTIS Herbert: Schooling In Capitalist America, Newyork 1976, s. 190.

¹⁰ BRAY, Mark: The Shadow Education System: Private Tutoring And Its Implications for Planners, Paris 2007, s. 29.

verilir. Hizmet şartı yerine getirilmezse, kredi dönüştürülerek öğrencinin bu krediyi geri ödemesi sağlanmaktadır¹¹.

Irak ve Afganistan Hizmet Yardımı, ebeveynleri veya vasileri Silahlı Kuvvetler'e üye olan öğrencilere yönelik olarak verilen burstur. 11 Eylül 2001'den sonra Irak'ta veya Afganistan'da askerlik görevini yerine getirirken ölen kişilerin çocuklarına verilmektedir. Hak etmek için bir öğrencinin 24 yaşın altında olması ve ebeveynin veya vasinin ölüm anında kolejde kayıtlı veya yaşını doldurmamış olması gerekmektedir.

Federal Çalışma Eğitim Programı, öğrencinin lisans eğitimine başladığı andan itibaren üniversite bünyesinde veya başka bir kamu kurumu niteliğindeki hizmet merkezinde çalışması ve bu çalışması karşılığında kazandığı paranın bir kısmının öğrencinin eğitim ücretinin ödenmesine yardımcı olunması şeklinde verilen bir programdır. Amaç, öğrencinin lisans aldığı eğitim ile ilgili bilgi ve beceri kazanmasını kolaylaştırarak, hem öğrenciye eğitim hayatında kolaylık sağlamak hem de öğrenciyi iş hayatına hazırlamaktır.

Krediler, öğrencinin üniversite eğitim ücretini ödeyebilmesi için ödünç aldığı paradır ve geri ödenmesi gerekir. Bu ödemeye ayrıca faiz de talep edilmektedir. İki federal öğrenci kredisi programı vardır:

Federal Perkins Kredi Programı, lisans ve lisansüstü öğrencilere düşük faizli kredi sağlayan kampüs tabanlı bir programdır. Kredi tutarı, öğrencinin maddi ihtiyacına, öğrencinin aldığı diğer başka yardımın veya yardımların miktarına ve kendi üniversitesindeki fonların kullanılabilirliğine bağlıdır¹².

William D. Ford Federal Doğrudan Kredi Programı, öğrencilerin ve ebeveynlerin doğrudan federal hükümetten düşük faiz oranlarında borç almalarını sağlar. Doğrudan Kredi Programı, lisans ve lisansüstü öğrencilere yönelik Direct Stafford Kredileri ve bağımlı öğrencilerin ailelerine ve mezun ve mesleki derece öğrencilerine sunulan Direct PLUS Kredilerini içerir. Direct Stafford Kredisi sübvansiyonla edilebilir veya desteksiz hale getirilebilir. Sübvansiyonlu krediler finansal ihtiyaca dayalıdır ve yalnızca lisans öğrencileri tarafından kullanılabilir. Federal hükümet borçlu kolejde ve erteleme sırasında sübvansiyonlu kredilere

¹¹ OLSEN, Laurie: Made in America: Immigrant Students in Our Public Schools, New York 1997, s. 276.

¹² TYACK, David B.: The One Best System A History Of American Urban Education, America 1974, s. 269.

olan ilgiyi öder. Desteksiz krediler, öğrencinin eğitim masraflarına ve alınan diğer yardımlara dayanır¹³.

Öğrencilerin yararlanabileceği diğer mali yardım biçimleri şöyledir:

Devlet yardımı: Devletten yardım almak isteyen öğrenci de geri ödemeli bir sistemin içerisinde dahil olmaktadır. Yani Devlet öğrenciye öğrenim hayatı boyunca mali olarak destek olmakta, öğrenci de bunun karşılığında eğitimi bittikten sonra aldığı yardımı geri ödemektedir. Geri ödemenin zamanı ve şekli konusunda öğrenciye bilgilendirme yapılmakta, öğrencinin bursa başvurması süreci ile de durum belirlenmektedir.

Üniversiteden yardım: Öğrenciler eğitim almak için gittikleri üniversitenin finansal yardım bürolarına başvurarak geri ödemeli diğer burs imkânlarından faydalanabilecektir.

Burslar: Bazı eyaletlerde, yerel yönetimlerde, kolejlerde, topluluk örgütlerinde, özel işverenlerde ve diğer organizasyonlarda akademik yeteneğe veya diğer etkenlere dayalı burs imkânları da bulunmaktadır. Bu bursların bazıları geri ödemesi olmayan, bazıları geri ödeme sistemine dayalı bazılarında ise geri ödemenin lisans eğitimi sonrasında belirli bir iş gücünün bursu veren kurum veya kuruluşa sağlanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Eğitim harcamaları için düşük faizli kredilerden yararlanma imkânı sunulmaktadır. Bu krediler de uzun vade de geri ödenmesi gereken yardımlardır¹⁴.

Amerikan eğitim sisteminde öğrencinin okuması için verilen hibeler ve burslar, diğer yardımların tamamı geri ödemeli olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu kredi, burs ve devlet yardımlarının geri ödemesi öğrencinin üniversiteye başladığı tarih itibarı ile muaccel olan bir borcu ifade etmektedir. Dolayısıyla öğrenci eğitime başladığı tarihten itibaren bir geri ödeme borcu yükümlülüğü altındadır. Ancak geri ödenme zamanı kredinin, bursun niteliğine ve özelliğine bağlıdır.

C. İngiltere Örneği

İngiltere de üniversite sistemi, lisans (undergraduate) ve yüksek lisans-doktora (postgraduate) şeklinde ikiye ayrılmaktadır. İskoçya hariç ülkenin diğer bölgelerinde lisans eğitimi normal olarak üç yıl devam etmektedir. Özel alan lisans derecesi (honours) için öğrenciler okudukları

¹³ BURTON: s. 7-8.

¹⁴ OLSEN: s. 278.

konu üzerinde uzmanlaşmak için ana müfredata ek olarak bir veya iki konuda daha ders alarak öğrencilerin lisans öğrenim hayatı sonrasında iş hayatına hazırlanması amaçlanmaktadır¹⁵.

İngiltere'de akademik yıl genellikle Eylül ya da Ekim aylarında başlarsa da öğrencilerin kabul edilebileceği farklı tarihler mevcuttur¹⁶. Bir öğrencinin İngiltere'deki üniversitelere kabul edilmesi için 2 şart aranmaktadır: Akademik başarı ve İngilizce yeterliliğin sağlanmasıdır¹⁷.

İngiliz yükseköğrenim kurumlarından birinde bir yıllık hazırlık kursunu¹⁸ (foundation course) tamamlayanlar lisans derecesine kabul edilebilirler¹⁹.

İngiltere de eğitim ücreti maliyetleri oldukça yüksektir. Eğitim ücretleri ile birlikte konaklama, yeme-içme, sosyal aktiviteler için de ayrı bir bütçe sağlanmalıdır. Eğitim ücretleri dönemler halinde ödenmektedir. İlk dönem birinci taksit, ikinci dönem ikinci taksit ödemesi yapılmaktadır. Dolayısıyla eğitim ücreti ödenmesi borcu öğrencinin okula başlaması ile birlikte muaccel bir borç haline gelmektedir.

İngiltere de de öğrenciye eğitim ücretini ödemesi için burs veya kredi imkânları sunulmaktadır. İngiltere'de üniversite eğitimi alan öğrenciler akademik dönem içerisinde, saati değişen ücretlerle, haftada 20 saat ve tatil dönemlerinde full-time çalışma iznine sahiptir. Böylece öğrenciler cep harçlıklarını kazanırken, çalışma hayatı hakkında da genel bilgi edinme imkânına sahip olmaktadır²⁰.

Öğrenci hibeleri, burslar ve burslar; 16-19 Burs fonu, yurtdışı öğrencileri için Chevening Bursu²¹, gelişmiş öğrenci kredisi, Dans ve Drama Ödülleri (DaDAs), Engelli Öğrenci Harçları (DSA), İsteğe Bağlı Öğrenci Desteği, Eğitim Bakım Ödeneği (EMA)-Kuzey İrlanda, İskoçya veya Galler'de eğitim görüyorsanız Eğitim Bakım Ödeneği- NHS burslar

¹⁵ DUNFORD, J. E. / SHARP, Paul R. : The Education System in England and Wales, 1990, s. 122.

¹⁶ LOWNDES, G.A.N.: The English Educational System, Routledge 2012, s. 137.

¹⁷ MACHIN, Stephen / VIGNOLES, Anna: What's The Good Education?, New Jersey 2005, s. 3-4.

¹⁸ ARNOVE Robert / TORRES, Carlos Alberto: Comparative Education The Dialectic Of The Global And The Local, United Kingdom 2007, s. 23.

¹⁹ MATHESON, David: An Introduction To The Study Of Education, New York 2015, s. 209.

²⁰ MATHESON: s.210.

²¹ Chevening Bursları, gelecekteki liderler olabilecek uygun ülkelerden mezun olan öğrenciler için bir yıllık Yüksek Lisans derecesidir. <https://www.gov.uk/education/funding-and-finance-for-students#/education/student-grants-bursaries-scholarships>

(Tıp, diş hekimliği ve sağlık hizmetleri için NHS burs ve hibeleri), Ebeveynlerinin silahlı kuvvetler hizmetinde kaybeden çocuklar için burslar, Sosyal hizmet bursları gibi çeşitli burs imkânları sunmaktadır. Ancak İngiliz eğitim sisteminde eğitim ücretleri maliyetlerinin çok yüksek olması sebebiyle öğrencinin burs imkânından yararlanması durumunda bile öğrenci eğitim ücretini karşılamak için başka bir finansal desteğe ihtiyaç duymaktadır²². Öğrencilere sunulan bu imkânlar İngiliz vatandaşı olan ve Avrupa Birliğine üye olan ülke vatandaşları bakımından daha geniş ölçekli ve kapsamlı iken, diğer ülke vatandaşları bakımından daha dar kapsamlıdır.

D. Almanya Örneği

Almanya da üniversite eğitimi diğer Avrupa ülkelerine oranla daha kolay ve rahattır. Çünkü üniversitelerin çoğu ücretsiz eğitim vermektedir. Bir Türk öğrenci Almanya da üniversite eğitimi almak istiyorsa öncelikle Türkiye de bir üniversite programına yerleşmeli ardından yabancı dil yeterlilik şartını sağladıktan sonra Almanya da eğitimine başlamalıdır. Bazı üniversiteler ise eğitim için ücret talep etmektedir. Ancak bu ücretler çok düşüktür. Lisans öğrenimi 3 yıl, master eğitimi süresi ise 2 yıldır²³. Almanya'da Üniversite eğitimi Temel Eğitim / Grundstudium ve Ana Eğitim / Hauptstudium şeklinde ayrılır²⁴. Bir bölümle ilgili temel bilgilerin verildiği Temel Eğitim 4 sömestr sürer, genellikle bir ara sınav / Zwischenprüfung ile sona erer. Ardından başlayan Ana Eğitim süresince ilgili bölümde uzmanlaşma ve derinleşmeye yönelik bilgiler öğretilir.

Almanya devlet Üniversitelerinde harç ücreti olmadığı söylenir fakat sadece Sosyal harç adı altında dönem başına harç alınır; bunun karşılığında da öğrenciye bulunduğu eyalette dönem boyunca kullanması için ulaşım bileti verilir. Bütün eyalette bütün toplu taşıma araçlarını kullanabilir²⁵.

Almanya da burs veren kurum ve kuruluşların fazlalığı, öğrencilerin burs imkanlarını sadece barınma, yeme-içme gibi veya özel ihtiyaçları için kullanması sebebiyle bursların çoğunluğunun hibe şeklinde veya öğrencinin meslek hayatında tecrübe kazanmaya yönelik olarak çalıştırılması şeklinde görülmektedir.

²² <https://www.gov.uk/education/funding-and-finance-for-students#/education/student-grants-bursaries-scholar-ships>

²³ PHILIPS, David: Education In Germany, New York, 1995, s. 82.

²⁴ MATHESON: s. 210.

²⁵ HAHN, Hans Joachim : Education And Society In Germany, Berg, 1998, s.113.

E. Fransa Örneği

Fransa'da üniversiteler ve uzmanlık okulları olmak üzere iki tür yükseköğrenim kurumu vardır: Fransa'daki üniversiteler devlet kurumlarıdır. Bu üniversiteler, Fransız Baccalauréat (Bakalorya) diplomasına sahip veya diğer ülkelerde üniversiteye giriş için gerekli koşulları yerine getirmiş olan her öğrenciye açıktır²⁶. Mesela Türk öğrencilerde lise diploması ve Fransa'da okumak istedikleri bölüme üniversite sınavı sonucunda yerleştirilmiş olma şartı aranır. Fransa'daki üniversiteler temel, teknik veya mesleki eğitim sunmaktadırlar. Bunun yanı sıra kendi ülkelerinde Lisans veya Bachelor's diploması almış yabancı öğrencileri yüksek lisansa kabul edilirler. Üniversitedeki eğitim çok geniş alanları kapsamakla beraber aynı zamanda öğrencileri araştırma yapmaya veya iş hayatına girmeye hazırlamaktadır. Öğrenciler Fransa'nın ulusal diplomasına veya her üniversitenin kendine özel diplomasına sahip olabilirler²⁷.

Uzmanlık Okulları: Üniversitelerden daha küçük ölçekte olan bu kurumlarda ortam daha sıcaktır ve öğrencilerle yakından ilgilenilmektedir. Bu okullar devlet okulu veya özel okul olabilirler. Uzmanlık okulları mühendislik, işletme, sanat, mimarlık veya hukuk gibi çeşitli alanlarda profesyoneller yetiştirmektedir. Dersler kendi alanlarında başarılı uzman veya profesyonel kişiler tarafından verilir²⁸.

Ödenecek harçlar okula göre değişir²⁹. İster Fransız vatandaşı ister yabancı uyruklu olsun bir öğrencinin gerçek yıllık eğitim maliyetini büyük bir kısmını karşılayan Devlet, devlet okullarına ait yıllık harçları belirler. Bir odaya bağlı olan okullar veya özel okullar için yıllık kayıt ücretleri çok değişken olabilir³⁰. Harçların geri ödenmesi burslar ve hibeler yoluyla sağlanmaktadır. Bursların büyük çoğunluğu öğrencilerin özel ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla ya karşılıksız ya da meslek hayatında tecrübe kazandırma amaçlıdır.

²⁶ BURTON: s. 286.

²⁷ NEAVE, Guy: On the Cultivation of Quality, Efficiency and Enterprise: An Overview of Recent Trends in Higher Education in Western Europe, 1986-1988, European Journal of Education, Vol. 23, No. 1/2 (1988), pp. 7-23, s. 9.

²⁸ DURKHEIM, Emile: Selected Writings On Education, New York-Paris, s. 252.

²⁹ NEAVE: s. 12.

³⁰ BURTON: s. 289.

II. TÜRK MEDENİ KANUNUNDA EĞİTİM NAFAKASININ DÜZENLENİŞİ

A. Genel Olarak

Eğitim, kişinin sağlıklı bir birey ve vatandaş olarak yaşamını devam ettirmesi, topluma katılması ve ekonomik bağımsızlığını kazanması bakımından vazgeçilmez bir süreçtir. Kişinin eğitim alma hakkı temel hak ve hürriyetlerin de güvence altına alındığı Anayasa ile güvence altına alınmıştır³¹.

Çocuğun ve kişinin eğitim hakkı, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde düzenlenmiş olmakla birlikte esas olarak Anayasa m. 42 hükmünde güvence altına alınmıştır. Bu hükme göre; “kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz” denmektedir. Çocuğun eğitim hakkı ise zorunlu eğitim kapsamında da hem Anayasa da hem de Uluslararası Hukukta – Çocuk Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi- düzenlenmiştir. Anne ve babaya çocuğu sağlamakla yükümlü oldukları eğitimin nafaka olarak yansması ise çocuğun eğitim ve öğretim giderlerinin annesi ile babası tarafından karşılanması şeklinde ifade edilmiştir.

Anne ve babanın çocuğu üzerindeki eğitim yükümlülüğü; çocuğun eğitim ve öğretim giderlerine katlanma olarak karşımıza çıkar. Ancak eğitim yükümlülüğünün anne ve baba açısından çocuğun ergin olmasına kadar devam edeceği ifade edilmiştir.

Ana ve babanın çocuk üzerinde bakım yükümlülüğü kural olarak çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Ana babanın ergin çocuğa bakma ve nafaka ödeme yükümlülüğünün iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, ana ve babanın eğitimi süresince ergin olan çocuklarına bakma yükümlülüğü (TMK m. 328³²/II³³), diğeri ise, ana

³¹ AKYÜZ: s. 229 vd.; SEROZAN: s. 301.

³² “Yürürlükte bulunan İsviçre Medeni Kanununda bu madde hükmünü karşılayan bir hüküm bulunmamaktadır. Maddenin yazımında, İsviçre Medeni Kanununun m.277 hükmünü göz önünde tutan 1984 tarihli öntasarının m.248 hükmü örnek alınmıştır”.; HELVACI, İlhan: Türk Medeni Kanunu, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 504.

³³ “Ana babanın eğitimine devam eden ergin çocuklarına bakma yükümlülüğü, soy bağının hükümlerinden olup doğrudan doğruya kanundan doğan kanunî bir borçtur. Bu yönüyle, ergin çocuğa eğitimi süresince ödenecek eğitim nafakası bir bakım nafakası niteliğindedir. Eğitimi devam ergin çocuğun eğitim nafakası (TMK m. 328/II) istemesinin mümkün olduğu bir durumda, yardım nafakası (TMK m. 364) talep edilemez. Eğitim nafakası, ergin çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli bütün giderleri kapsamaktadır. Yardım nafakasında ise nafakanın kapsamı, muhtaç kişinin zorunlu

babanın yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan çocuklarına nafaka ödeme yükümlülüğüdür³⁴ (TMK m. 364).

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 327 hükmü; “Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır. Ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı hâlinde, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarf edebilirler” şeklindedir.

Yine aynı kanunun m. 328 hükmü; “Ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler” hükmüne yer verilmektedir.

Aynı kanunun m. 364 hükmü; “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür. Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır. Eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır” şeklindedir.

Türk Medeni Kanunu bu düzenlemeler ile aileye çocuk ergin oluncaya kadar çocuğa bakma eğitimine katılma durumunu düzenlemiştir. Ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler³⁵. Yani, çocuk ergin olduktan sonra da eğitimine devam ediyorsa bu eğitim sürecinde koşullara göre kendilerinden beklenen ölçüde nafaka ödemeye devam ederler. Ana ve babanın çocuk ergin olmasına rağmen devam eden bu bakım borcu hakkaniyete uygun bir süre ile ve kendilerinden beklenen ölçüde yerine getirilmelidir³⁶.

ihtiyaçlarıyla sınırlıdır. Bu yönüyle eğitim nafakası, yardım nafakasından daha kapsamlıdır”. Krş. BAYGIN Cem: Soy bağı Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 121; ÇELİKEL, Serdar: Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukukî Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 144.

³⁴ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya: Aile Hukuku, İstanbul 2016, s. 317; RUHİ, Ahmet Cemal / ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Çocuk Hukuku, İstanbul 2017, s. 194; BAYGIN: s. 122-123; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2016, s.324; ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 1058.

³⁵ TÜRKMEN, Ahmet: “Eğitim Nafakası”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı, Özel Sayı, C.8, 2013, s. 2707; “Kanun koyucu bu hükümle bir taraftan ana babaya yükümlülük yüklerken diğer taraftan da bu yükümlülüğün sınırını ana babanın ekonomik durumuna bağlamıştır”.; ÖZTAN, s. 1058; BAYGIN: s. 122.

³⁶ WULLSCHLEGER, Stephan: FamKommentar Band I: ZGB, Scheidung, Zweite Auflage, Hrsg. Schwenzler, Ingeborg, Stämpfli Verlag, Bern 2011, Art. 276-293 N 5;

Dolayısıyla Türk Hukukunda eğitim nafakası adı altında bir nafaka türü bulunmamaktadır. Anne ve baba velayet hakkının kapsamında olmak üzere çocuğun ihtiyaçlarını giderirler. Çocuğun en temel ihtiyaçlarından birisi de eğitim ihtiyacıdır. Bu sebeple anne ve baba çocuğun eğitim ihtiyaçlarını da beraber karşılamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün sona ermesi on sekiz yaşın ikmali ile gerçekleşir. Çocuk on sekiz yaşını doldurmasına rağmen eğitim ve öğretimi devam ediyorsa ailenin bakım yükümlülüğü de anne ve babanın ekonomik güçleri varsa mümkündür. On sekiz yaşın doldurulması ile birlikte anne ve babanın çocuğun eğitim giderlerini karşılaması bir yükümlülük değil aksine mali bir yardımdır.

Günümüzde üniversite sayısının ve eğitim imkânlarının artması sonrasında eğitimin sadece süresi değil, eğitim çeşitliliğinde de artış görünmeye başlanmıştır. Ergin çocuk sadece üniversite bitirip iş bulma imkânına sahip olmamakta bazen başka üniversite ya da ek eğitimler almak suretiyle eğitimi devam ettirmek zorunda kalmaktadır.

Ergin çocuğun eğitimine devam etmesi kendisi ve aslında nafaka yükümlülüğü içerisinde bulunduğu ailesi tarafından da iyi ve faydalı olarak nitelendirilse de belirli bir süre sonra aile için külfet haline gelebilecektir. Bu sebeple eğitim giderlerine katlanmanın makul düzeyde devam ettiğinin kabul edilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çocuğun eğitimine katkı sağlamak amacıyla aldığı burs veya kredilerin geri ödenmesi öğrencilik durumunun devamı sürecinde başlamakta ve devam etmekte ise ailenin eğitim nafakasına katılma borcunun kapsamı da kanımızca genişletilmeli ve ailenin kredi veya bursların geri ödenmesine de katkıda bulunması gerekmektedir. Ancak kredi veya bursun geri ödenmesi ergin çocuğun eğitiminin bitmesinden sonraki bir süreçte gerçekleşecek ise ana ve babanın bu ödemeye katkıda bulunması sadece kendi inisiyatiflerine bırakılmış bir durumdur.

B. Eğitim Nafakasının Koşulları

Ana babanın eğitimi devam eden ergin çocuğuna bakma yükümlülüğü kapsamında eğitim nafakası ödeme yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için, çocuğun ergin olmasına rağmen eğitime devam ediyor olması ve ana babanın durum ve koşullara göre kendilerinden çocuğa bakmalarının, başka bir deyişle ona nafaka ödeyebilmelerinin

KOBEL, Thomas, FELIX, Sutter-Somm,: Familienrecht, Schulthess Verlag, 2009, s. 196.

beklenebilir olması gerekmektedir. Bu koşulların her ikisi birlikte gerçekleştiği takdirde, ana baba eğitimi devam eden ergin çocuğa nafaka ödemekle yükümlüdür³⁷.

Bu maddî koşullardan başka, eğitim nafakası için mutlaka ergin çocuğun ana veya babaya ya da sadece nafaka yükümlüsü ana veya babaya karşı bir nafaka talebinin olması gerekir. Çocuk bu talebini öncelikle ana veya babaya ileri sürmeli, bir sonuç alamadığı takdirde mahkemeden kendisine eğitim nafakası ödenmesi talebinde bulunmalıdır.

Çocuğa eğitim nafakası ödenebilmesi için ilk koşul, çocuğun ergin olduğu halde eğitiminin devam ediyor olmasıdır. O halde, öncelikle çocuğun ergin olması gerekir. Erginlik, kural olarak onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar (TMK m. 11). Bunun yanında çocuk evlenmeyle (TMK m. 11/II) veya mahkeme kararıyla da (TMK m. 12) 18 yaşını doldurmadan önce ergin hale gelebilir.

Kanun, ana ve babanın velayetleri altında bulunan çocuklarına, özellikle bedensel ve zihinsel özürlü olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlama yükümlülüğünü yüklemektedir (TMK m. 340/II). Çocuğun ergin olmadan önce başlayan genel ve meslekî eğitiminin, çocuk ergin olduktan sonra da devam ederek çocuğun eğilim ve yeteneklerine uygun olarak geçimini ve ekonomik olarak kendilerine yetebilecek düzeyde meslek edinme imkânını sağlamaktır. Bu nedenle bu hüküm, “ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel özürlü olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlarlar” hükmüyle birlikte yorumlanmalıdır (TMK m. 340/II)³⁸. Çocuk ergin oluncaya kadar eğitim konusunda karar verme hakkı anne ve babaya, ergin olduktan sonra ise ergin çocuk ile anne ve babanın birlikte verecekleri kararlarla mümkün olabilecektir³⁹.

³⁷ TÜRKMEN: s. 2712.

³⁸ “Bu sebeple uygulamada yükseköğretim öncesi eğitim masrafları ve/veya meslek edinme kursu masrafları ödetilebilmektedir. İkinci bir yüksek öğrenim masrafları ise kapsam dışıdır. Ancak sağlık durumu gibi nedenlerden meslek değişimi zorunluluğu söz konusu ise eğitim masraflarının ödetilmesine karar verilebilir”. KÖSEOĞLU, Bilal/ KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulamaları, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s. 218; AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara 2015, s. 243.

³⁹ ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 568; BAYGIN: s. 287.

Ana babanın çocuğa sağlayacağı genel ve meslekî eğitim, çocuğun yetenek ve eğilimlerine aykırı olamaz; ana baba, çocuğu yetenek ve eğilimlerine uygun düşmeyen bir meslekî eğitime veya istemediği bir mesleği seçmeye zorlayamazlar. Ergin olmadan önce meslek seçimine karar verilmesinde ana babanın görüşleri yalnızca tavsiye işlevi görür; yoksa bu konuda karar verecek olan kişi çocuğun kendisidir. Çocuk kendi istekleri, ihtiyaçları, hayat ve düşünce tarzı ile ilgili hayat planı doğrultusunda meslek seçimini yapmalıdır. Çocuk ergin olduktan sonra meslekî yaşam planına ilişkin kararını değiştirebilir. Eğitimin çocuğun ergin olmadan önce başlaması ile ergin olduktan sonra başlaması arasında nafaka yükümlülüğü bakımından bir fark yoktur⁴⁰. Çocuk meslek seçiminde karar verirken ana ve babanın baskı yapması sonucunda meslek seçimi imkânsız hale gelirse hâkimden bu hususa müdahale etmesini talep edebilecektir⁴¹.

Genel eğitimini bitirmemiş bir çocuğun meslekî eğitimini tamamlamış olması mümkün değildir. Bu nedenle, öncelikle, genel eğitim veren bir ortaöğretim kurumuna devam eden bir çocuğun eğitimi sırasında ergin olması halinde, meslekî eğitimi henüz başlamadığından tamamlanmamış demektir ve ana babanın bakım (nafaka) yükümlülüğü kural olarak bu süreçte ve sonrasında meslekî eğitim aşamasında da devam eder. Bu anlamda olmak üzere örneğin; bir hukuk fakültesi öğrencisinin sadece üniversite eğitimini tamamlamış olması, mesleki bakımdan yeterli değildir aynı zamanda avukatlık stajı boyunca da kendisine nafaka ödenmesi gerekmektedir⁴². Bir tıp öğrencisinin uzmanlık eğitimine devam etmesi halinde eğitim boyunca nafaka ödenmesi yükümlülüğü gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Çünkü tıp eğitiminin tamamlanmasıyla birlikte ergin çocuk bir meslek edinmiştir.

Ana baba açısından nafaka ödeme ölçütü, ana ve babanın ödeme güçleri ile ana ve babanın yaşam koşullarıdır⁴³. Öncelikle, ana babanın

⁴⁰ BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 64.

⁴¹ BAKTİR ÇETİNER: s.65.

⁴² TÜRKMEN: s. 2721.

⁴³ "...Davacı, 10.1.1985 doğumludur. Orta öğrenimini bitirmiş, yüksek öğrenime hazırlanmaktadır. Anne, baba yüksek öğrenim yapan veya yapmak isteyen çocuklarına uygun süre yardım etmek zorundadır. Türkiye'deki öğretim koşulları dikkate alındığında liseyi bitiren çocuğun kursa gitmesi zorunluluğunun bulunduğu kuşkusuzdur. Üniversiteye giriş için beklenmesi gereken makul sürede geçmemiştir. Dava tarihinde davacı henüz ergin olmuştur. O halde üniversite sınavlarına hazırlandığı belirlenen davacı için Türk Medeni Kanununun 364. maddesi koşulları oluştuğundan (davalının

eğitim nafakası ödemekle yükümlü kılınabilmesi için, kendilerinden nafaka ödemelerinin beklenebilir olması gerekir⁴⁴. Beklenebilirlik⁴⁵, sadece ekonomik durumları içermemektedir. Beklenebilirliğin tespitinde, yalnızca ana-babanın ekonomik güçleri değil⁴⁶, onların çocukla olan kişisel ilişkileri de dikkate alınmalıdır. Bundan başka çocuğun aldığı eğitimin türü, niteliği ve süresinin de ana baba tarafından nafaka

geliri de nazara alınarak) uygun yardım nafakasına hükmolunması gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...”. Y. 3. HD. 08.03.2004, 1842 / 1768; Aynı yönde bk. Y. 3. HD. 21.07.2005, 8046/8241 sayılı ve Y. 3. HD 07.10.2008, 15718 / 16244 sayılı kararlar için bk. KİBB. Bu yöndeki benzer Yargıtay kararları için ayrıca bk. Ruhi/ÖZDEMİR: s. 152 vd.

⁴⁴ Ana babanın ekonomik durumları iyi ise çocuğun özel okula gönderilmesi için gerekli giderlerin nafaka belirlenirken göz önünde tutulması gerektiğini ifade etmektedir Yargıtay da bir kararında yurtdışında öğrenim gören bir çocuğun nafaka istemine ilişkin bir davada, çocuğun söylediği okulda okuyup okumadığının, Türkiye’de buna denk bir öğrenim kurumu bulunup bulunmadığının ve çocuğun özel kabiliyetinin orada okumayı zorunlu kılmadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir (Y 2. HD. 977/1974-2116, 10.3.1977, TÜRKMEN: s.2733.

⁴⁵ Y. 2. HD’nin. T. 13.02.2012, E. 2010 / 17921, K. 2012/2392 sayılı kararında: “...Ana ve babanın bakım borcu çocuğun ergin olmasına kadar devam eder (TMK. m. 328/1). Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (TMK. m. 328/2). Ne var ki, ana ve babanın, ergin olduğu halde eğitimi devam eden çocuğa bakım yükümlülüğü, ergin çocuğun kendisi tarafından açılmış bir yardım nafakası davasının bulunması halinde söz konusu olur. Yoksa ergin olan ve fiil ehliyetini kazanmış bulunan çocuk için ana yararına nafakaya hükmolunamaz...” şeklinde hüküm kurulmuştur. Aynı yönde bk. Y. 2. HD. T. 08.03.2002, E. 2002 / 2130, K. 2002 / 3242; Y. 2. HD. T. 17.09.2003, E. 2003 / 10282, K. 2003/11461., www.kazanci.com.tr, E.T.: 03.10.2018.

⁴⁶ Y.3. HD. T.13.03.2015 E. 2014/18015 K.2015/4123 sayılı kararında⁶⁴ davacı vekilinin davalının özel hastanede çalışmaya başladığı, gelir elde etmesi nedeniyle nafakaya ihtiyacı kalmadığını ileri sürerek aylık 200 TL olan iştirak nafakasının kaldırılmasını talep ettiği, davalı vekili davalının eğitimini sürdürdüğünü, davacı aleyhine yardım nafakası davası açtığı, mahkemenin nafakanın kaldırılmasına karar verdiği bilgileri bulunmaktadır. Buradaki uyuşmazlık, iştirak nafakası almakta iken ergin olan çocuğun eğitiminin devam ediyor olması halinde babanın nafaka yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği ile eğitimin devam etmesi nedeniyle ihtiyacın devam edip etmediğidir. Y. 3. HD., bu davada davalının 23.02.2012 tarihinde kendiliğinden nafakanın TMK.m.328/I hükmüne göre nafaka borcu ergin olması halinde kendiliğinden sona erdiğini belirterek mahkemenin kararını bozmuştur. Kanımızca bu davada TMK.m.328 /II hükmünde belirtilen “çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyor ise anne ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdür.” hükmünün de dikkate alınarak değerlendirme yapılması daha isabetli bir sonuç alınmasını sağlayabilecektir., www.kazanci.com.tr, E.T.: 03.10.2018.

ödenmesinin beklenebilir nitelikte olması gerekir⁴⁷. Durum ve koşulların hakim tarafından takdiri her somut olay bakımından farklı özellik gösterecektir. Beklenebilirlik koşulu, açılan davada hüküm tarihine en yakın tarihteki duruma göre belirlenmelidir.

Çocuk açısından ölçüt, çocuğun gereksinimleri ile çocuğun gelirleridir⁴⁸. Öncelikle çocuğun ihtiyaçları tespit edilir, çocuğun bakım ve eğitim giderleri hesaplanır. Çocuğun barınma, yiyecek, giyecek gibi temel ve zorunlu ihtiyaçları yanında eğitim giderleri ile diğer ihtiyaçları da bu hesaplamada göz önünde bulundurulur⁴⁹. Nafaka miktarı, çocuğun yaşı⁵⁰, eğitim ve sağlık durumu, süregelen yaşam şekline göre takdir edilir. Çocuğun ücretli özel bir eğitim kurumunda öğrenim görüyor olması, yetenekleri doğrultusunda özel bir eğitim alması gibi faktörler nafaka miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Ayrıca çocuğun herhangi bir

⁴⁷ DURAL/ ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s.324.

⁴⁸ Y. 3. HD. T.22.09.2016 E.2016/303 K.2016/11162 sayılı kararında davacının, davalı ile boşandıklarını, müşterek çocukları için 450 TL nafakaya hükmedildiğini, çocuğun kreş masraflarını ve diğer masraflarını ödemediğini, çocuğun okula başlayacağını, kendisinin 2 aydır işsiz olduğunu ve nafakayı ödeyemeyecek durumda olduğunu belirterek nafakanın kaldırılmasını olmazsa 150 TL'ye indirilmesini istediği, davalı vekilinin cevabında ise davacının halen ödemediği birikmiş nafakalar bulunduğu, davalının asgari ücretle çocuğuna bakmaya çalıştığı belirttiği bilgileri vardır. Mahkeme, tarafların 06.09.2011 tarihinde anlaşmalı boşandıklarını, müşterek çocuk nafakaya hükmedilmediği,, daha sonra annenin açtığı dava sonucu 10.04.2013 tarihinde 450 TL tedbir ve iştirak nafakasına hükmedildiğini, ancak kararın tebliği edildiği, ancak işbu davanın açıldığı tarihte kesinleşmediği gerekçesiyle davacının davayı açmakta hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Somut olayda annenin açtığı iştirak nafakası davasının 20.03.2012 tarihinde olduğu, bu davanın ise 01.09.2014 tarihinde açıldığı anlaşıldığından nafakanın kaldırılması istenen dönem itibarıyla nafaka alacaklısı çocuğun yaşı, ihtiyaçları ile anne ve babanın sosyal ve ekonomik durumların değerlendirme esnasında göz önüne alınması gerekmektedir., www.kazanci.com.tr, E.T.: 03.10.2018.

⁴⁹ BAYGIN: s.126.

⁵⁰ “Yüksek öğrenime devam eden çocuklar hakkında belirli bir yaş haddinin kabulü söz konusu olacaksa, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 34. maddesine kıyasen 25 yaşın doldurulmasının esas alınması gerektiğini ifade etmektedir”. BAYGIN: s. 123; “ 27 yaş sınırı daha uygundur”. ; SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 245, d n. 94.; Lise öğrenimine ara veren, evlenip boşanan ergin çocuğun lise eğitimine devam etmek için nafaka talep edemeyeceği yönünde bk. Y. 3.HD.'nin 14.06.2004 tarih ve 6816/6537 sayılı kararında sonucuna varılmıştır. Kanımızca bu karara konu olan somut olayda, ergin çocuğun nafaka talebinin reddedilmesinin temelinde, çocuğun lise eğitimini karşılamasının davalıdan beklenebilir olmaması yatmaktadır. Karar için bk. RUHİ/ÖZDEMİR: s. 151 dn.56.

işte çalışması ve bir gelir elde edip etmemesi de bu hususta belirleyici bir faktördür⁵¹.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; ergin çocuğa eğitim için nafaka ödenmesinin hangi süre için devam edeceği, her özel durum için ayrı değerlendirilmesi gereken bir konudur. Yukarıda bahsedilen hususlarla birlikte diğer en önemli ölçüt; hakkaniyet olmalıdır. Çocuk eğitimini kendi kusuru ile uzatmışsa bu durumda ana baba nafaka yükümlülüğünden kurtulmaktadır⁵².

C. Yargıtay'ın Eğitim Nafakasında ve Burs İle Kredi Geri Ödenmesi Durumuna Karşı Yaklaşımı

Ana babanın ergin çocuğa karşı, çocuğun eğitiminin devam etmesinden kaynaklanan nafaka yükümlülüğünün temelini, TMK m. 328/II hükmü teşkil etmekte olup, hüküm ana babanın bakım yükümlülüğünün süresine ilişkin genel kuralı koyan TMK m. 328/I hükmünün istisnası niteliğindedir. Gerçekten de, TMK m. 328/I'de "Ana babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder." denilmek suretiyle ana babanın bakım yükümlülüğünün kural olarak çocuğun ergin olması ile birlikte sona ereceği hükme bağlanmış⁵³; TMK m. 328/II'de ise, "Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler" denilmek suretiyle, birinci fıkradaki genel kuralın istisnası düzenlenmiştir.

Bu hükmün uygulanmasına ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, ana babanın bakım yükümlülüğünün TMK m. 328/f. I uyarınca, erginliğin kazanılması ile kendiliğinden sona ereceği ifade edilerek, TMK m. 328/f. II hükmüne göre verilmesi öngörülen nafakanın, TMK m. 364 anlamında yardım nafakası olarak nitelendirildiği görülmektedir⁵⁴. Buna karşılık, Türk ve İsviçre hukuklarında genel kabul

⁵¹ ÖZTAN: s. 1061.

⁵² AKINTÜRK: s.402; ÖZTAN: s. 1059.

⁵³ "...Evlilik birliği içinde müşterek çocuk için hükmedilen tedbir nafakası, küçüğün reşit olduğu tarihte sona erer. Küçük reşit olmakla birlikte öğrenime devam ediyorsa bizzat kendisi TMK'nun 328/2 ve 364.maddeleri gereğince açacağı davada yardım nafakası talebinde bulunabilir. Mahkemece küçük için tedbir nafakasının 18 yaşını doldurduğu 21.03.2005 tarihine kadar hükmedilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir..." Y. 3. HD., T. 21.11.2005, E. 2005 / 12531, K. 2005 / 12163 (KİBB). Ayrıca bk. Y. 3. HD., T. 14.02.2008, E. 2007/19979, K. 2008/2019; Y. 3. HD., T. 07.10.2008, E. 2008 / 15718, K. 2008 / 16244. (KİBB).

⁵⁴ "...Somut olayda davacı çocuk dava tarihi itibarıyla reşittir. Böylece TMK'nun 328/1. Maddesi gereğince iştirak nafakası son bulmuştur. Ne var ki, çocuk ergin olmasına

gören görüş, TMK m. 328/II uyarınca ergin çocuk lehine hükmedilecek nafakanın bakım nafakası olduğu yönündedir⁵⁵. Gerçekten de gerek TMK m. 328/II hükmünün kanun sistematigi içindeki yeri gerek içerik itibariyle ana babanın bakım yükümlülüğünün süresine ilişkin bir hüküm olması, bu sonuca varılmasını gerektirmektedir. Ana babanın ergin olmayan çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü ile ergin çocuğa karşı olan nafaka yükümlülüğü arasında, yükümlülüğün dayandığı hukuki sebep bakımından fark yoktur. Sadece çocuğun ergin olması da, nafaka yükümlülüğünün farklı bir nafaka rejimine tabi olmasını gerektirmez. Nafakanın türü açısından belirleyici olan, nafaka talebine esas teşkil eden yükümlülüğün türü olup, nafaka alacaklısının ergin olup olmaması bu nitelendirmede etkili değildir.

Yargıtay kararlarında eğitime devam eden ergin çocuğa ödenen nafakayı hâlâ yardım nafakası olarak kabul etmekte ve nafakanın hukukî sebebinin TMK m. 328/II yanında, yardım nafakasını düzenleyen TMK m. 364 hükmüne dayandırmaktadır.

rağmen eğitimi devam ettiğine göre, ana ve babanın eğitim sona erinceye kadar bakım, eğitim ve korunması için gerekli giderleri karşılama yükümlülükleri devam etmektedir. (TMK md. 328/2). Böylece bizzat reşit çocuk tarafından eğitimin devam ettiği açıkça belirtilerek açılan davadaki istem, TMK'nun 328/2. maddesi uyarınca 364/son maddesi kapsamında yardım nafakası verilmesine ilişkindir. O halde iştirak nafakasının artırılması yönündeki açıklama ve talep dikkate alınarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmamıştır. Mahkemece, ... uygun bir miktar yardım nafakasına hükmedilmelidir.” Y. 3. HD., T. 02.03.2004, E. 2004/1445, K. 2004/1529 (KİBB). “... Davacı reşit olup, Üniversitede okuduğundan bahisle nafaka talebinde bulunmuş olduğuna göre, mahiyeti itibariyle (TMK'nın 328/2 – 364/1 mad) istenilen nafaka yardım nafakası niteliğindedir. Mahkemece, yanlış nitelendirme sonucu “tedbir ve iştirak nafakası” olarak hüküm oluşturulması doğru değilse de, bu hususun düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile, ... “dava tarihinden geçerli olmak üzere aylık 250.000.000 TL yardım nafakasının davalıdan alınarak davacıya verilmesine” sözlerinin yazılması suretiyle hükmün düzeltilmesine...” Y. 3. HD., T. 23.02. 2004, E. 2004/1453, K. 2004/1195. (KİBB); “...Evlilik birliği içinde müşterek çocuk için hükmedilen tedbir nafakası, küçüğün reşit olduğu tarihte sona erer. Küçük reşit olmakla birlikte öğrenime devam ediyorsa bizzat kendisi TMK'nun 328/2 ve 364.maddeleri gereğince açacağı davada yardım nafakası talebinde bulunabilir. Mahkemece küçük için tedbir nafakasının 18 yaşını doldurduğu 21.03.2005 tarihine kadar hükmedilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir...” Y. 3. HD., T. 21.11.2005, E. 2005 / 12531, K. 2005 / 12163 (KİBB). Ayrıca bk. Y. 3. HD., T. 14.02.2008, E. 2007/19979, K. 2008/2019; Y. 3. HD., T. 07.10.2008, E. 2008 / 15718, K. 2008 / 16244. (KİBB)., www.kazanci.com.tr, E.T.: 03.10.2018.

⁵⁵ ÖZTAN: s. 709; SEROZAN: s. 245.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2016/7964 E. 2016/11112 K. ve 21.09.2016 tarihli kararında; “...Somut olayda; 1997 doğumlu davacının, Ege Üniversitesi, Elektrik Elektronik Mühendisliği bölümü öğrencisi olduğunu, davalı babasının imam olup, aylık 2.040 TL maaşının olduğu, davacının dava dışı annesinin ise ekonomik ve sosyal durumunun eksik tespit edildiği anlaşılmıştır. Hal böyle olunca mahkemece; davacının dava dışı annesinin ekonomik ve sosyal durumunun ayrıntılı bir şekilde araştırılıp tespit edilmesinden sonra, nafakanın niteliği, davalı babanın ve mirasçılıkta da aynı sırada yer alan dava dışı annenin gelir durumu ile davacının ihtiyaçları gözeticiler, TMK'nın 4.maddesinde vurgulanan hakkaniyet ilkesine uygun olacak şekilde davacı yönünden daha yüksek oranda nafaka takdiri gerekmektedir...”⁵⁶ söz konusu kararda ana ve babanın nafaka yükümlülüğünün doğru tespit edilmesi bakımından değerlendirmelerin doğru yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay başka bir kararında ise; “...Somut olayda; dosyadaki bilgi ve belgelerden tarafların baba kız oldukları, davacının Edebiyat Fakültesi Arap Dili ve Edebiyatı Sınıf öğrencisi olup çalışmadığı, geçiminin anneannesi ve dedesi tarafından karşılandığı, oturduğu evin kira olduğu aylık 550,00 TL kira ödediği, üzerine kayıtlı mal varlığının bulunmadığı; davacının yardım nafakası talebinde mirasçılık sırasına göre davalı ile aynı ölçüde başvurabileceği dava dışı annesi ...'ün çalışmadığı, eşinden çocukları ile birlikte 400,00 TL nafaka aldığı, anne ve babasının yardımı ile geçindiği, oturduğu evin kira olduğu, aylık 550,00 TL kira ödediği üzerine kayıtlı mal varlığının bulunmadığı; davalı babanın ise polis memuru olarak görev yaptığı, aylık eline geçen net tutarın400 TL civarı olduğu, üzerine kayıtlı ... adet 2000 model Reno Kango araç ve ... adet 1987 model aracının olduğu, menkul veya gayrimenkulünün olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumları, nafakanın niteliği ve üniversite öğrencisi olan davacının ihtiyaçları ile nafaka yükümlüsünün (davalı babanın) gelir durumu nazara alınmalıdır...”⁵⁷ diyerek ana ve babanın gelir durumunun, çocuğun çalışıp çalışmadığının ve çocuğun ihtiyaçlarının belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay kararları incelendiğinde; Eğitimine devam eden ergin çocuk, kendi emek ve geliriyle yaşamını sürdürmekten yoksun ise anne babasından öğrenimini tamamlayıncaya kadar yardım nafakası isteyebileceği, belirlenecek nafakanın; davacının geçinmesi için yeterli, nafaka yükümlüsünün geliriyle orantılı olması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁷.

⁵⁶ www.kazanci.com.tr E.T: 23.03.2017.

⁵⁷ “... Davacı reşit olup, Üniversitede okuduğundan bahisle nafaka talebinde bulunmuş olduğuna göre, mahiyeti itibarıyla (TMK.'nın 328/2 – 364/1 mad) istenilen nafaka yardım nafakası niteliğindedir. Mahkemece, yanlış nitelendirme sonucu “tedbir ve iştirak nafakası” olarak hüküm oluşturulması doğru değilse de, bu hususun düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile, ... “dava

Mahkemece nafaka miktarı tayin edilirken; davacının ihtiyaçları ve anne babanın geliri göz önünde bulundurulmalı, TMK' nın 4.maddesindeki hakkaniyet ilkesi gözetilmelidir. Kanımızca davacı ergin çocukların kendi emek ve geliriyle yaşamını sürdürmesinin beklenemeyeceği durumlarda yine mahkeme tarafından hakkaniyete uygun bir nafakaya hükmedilmesi gerekmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen 2013/3- 1627 Esas ve 2015/1020 Karar sayılı kararında; davacı çocuğun iki yıllık bir üniversiteden mezun olduğu, ancak mezun olduğu bölümle ilgili iş bulamaması sebebiyle düğünlerde çalgıcılık yaptığı, daha sonrasında dört yıllık üniversite eğitimine devam etmek istemesi nedeniyle hakkaniyete uygun miktarda yardım nafakası isteyerek dava açtığı, kazanılan paranın okul harcı ve giderlerine yetmemesi sebebiyle babanın yardım nafakası ödemesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁸.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi bir başka kararında; üniversite öğrenimi devam eden çocuğun tek başına harç ve diğer öğrenim giderlerini karşılamasının mümkün olmadığını, anne ve babanın boşanmış olsa dahi ekonomik güçleri oranında çocuklarına karşı bakım yükümlüğünün devam ettiğini bu sebeple de anne ile babanın çocuğa yardım nafakası ödemesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁹.

Yargıtay tarafından genel kabul edilen görüşün aksine; nafakanın bakım nafakası olduğu sonucuna varmak daha doğru görünmektedir.

TMK m. 328/2 hükmüne baktığımızda; erginlikten önce kural olarak velayet altında bulunan çocuğun eğitiminin TMK m. 340 hükmü anlamında değerlendirilmesi gerektiği, eğitim anlamında gerek çocuğun büyütülüp, yetiştirilmesi, terbiye edilmesi, gerekse de çocuğun formasyon anlamında eğitimine devam etmesi anlaşılmalıdır⁶⁰.

Anne ve baba TMK m. 340/2 hükmü anlamında, hem genel eğitimi hem de mesleki eğitimi sağlamakla yükümlüdür. Çocuğun genel eğitimi, meslek faaliyetinin icrasına yönelik olmayan, çocuğun kişisel gelişimini

tarihinden geçerli olmak üzere aylık 250.000.000 TL yardım nafakasının davalıdan alınarak davacıya verilmesine” sözlerinin yazılması suretiyle hükmün düzeltilmesine...”. Y. 3. HD., T. 23.02. 2004, E. 2004/1453, K. 2004/1195. (KİBB).

⁵⁸ www.kazanci.com.tr E.T: 23.03.2017.

⁵⁹ 3. HD., 2014/9271 E., 2015/3016 K. , www.kazanci.com.tr E.T: 23.03.2017.

⁶⁰ SONAT, Ali: “Ana Babanın Eğitimine Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Bakım Yükümlülüğü”, MÜHF- HAD, C.19, S.1, s.245.

sağlamaya yönelik gerçekleşen eğitimi ifade eder⁶¹. Mesleki eğitim ise kazanç sağlayıcı belirli bir mesleğin icrasına yönelik olarak gerekli bilgi ve becerilerin edinilmesidir⁶².

Çocuğun eğitim- öğretimi sadece temel eğitimlerin alınması şeklinde anlaşılmalı aksine ergin hale gelen çocuğun bir meslek edinmesi sürecinin sonuna kadar bu yükümlülük devam etmelidir. Ayrıca ergin çocuğun mesleki gelişimine katkısı olacak diğer kurs, sosyal imkânlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu sosyal kurs ve burs imkânlarından yararlanmak için ergin çocuk kredi veya diğer burs imkânlarından yararlanmış ise kredi veya bursun muacceliyet zamanına bakılmalı, geri ödenme bursun başlaması ile birlikte gerçekleşiyor ise aile kendilerinden beklenebilecek ölçüde katkı sağlamalıdır.

Çocuğun hem meslek eğitimi hem de genel eğitimi konusunda karar verme yetkisi velayet hakkı sahibi olan anne ve babaya aittir. Çocuğun beceri, bilgi ve deneyimleri, istek ve düşüncelerini değerlendirerek velayet sahibi olan anne ve babanın çocuğun menfaatini göz önüne alması ve çocuğun da fikrini sorması daha sağlıklı sonuçlara sebep olacaktır.

Çocuğun alması gereken eğitim belirlenirken; çocuğun yetenekleri, bilgisi, düşünceleri değerlendirilmeli çocuğun birden fazla eğitim alma niyetinde olduğu durumlarda anne ve babanın çocuğun bir eğitimini karşılaması, makul ise ailenin ekonomik gücü yetiyor ise çocuğun diğer eğitimlerine de katkı sağlaması gerekmektedir. Anne ve babanın düşünce tarzı, hayata bakış açısı da eğitimin türünün belirlenmesinde etkilidir. Çocuğun yetenek istek ve arzusuna uygun olsa dahi aile kendi ekonomik boyutlarını aşan ve eğitimi bir külfet haline getiren duruma katlanmakla yükümlü tutulmamalıdır⁶³.

Üniversite eğitimi bakımından Türk ve İsviçre hukuku öğretisindeki hâkim görüş ise, akademik eğitim sürecinde lisans eğitiminin⁶⁴

⁶¹ SONAT: s. 246.

⁶² SONAT: s. 246.

⁶³ SONAT: s. 250.

⁶⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, yayınlanmamış 25 Nisan 1991 tarihli ve 5C 182/90 sayılı kararında, yurt dışında 2,5 yıllık bir BBA (Bachelor in Business Administration) yükseköğrenim programını tamamlayan çocuğun aynı yüksekokulda yapmak istediği lisans sonrası eğitim kapsamında MBA (Master in Business Administration) eğitiminin, global bir eğitimin ikinci aşamasını teşkil ettiği gerekçesiyle ana babanın bu eğitimi karşılamakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır. Bu karar için bk. Forni, sh. 438. Söz konusu karara konu olan olayda, çocuğun BBA eğitimini tamamlamakla kazanç elde edebilir hale geldiği dikkate alındığında, çocuğun talep ettiği MBA eğitimine mesleğini icra ederken devam edebileceği, bu suretle ana babanın MBA eğitimini karşılamakla yükümlü sayılmaması gerektiği görüşünde bkz. SONAT: s. 259.

tamamlanmasının, ilgili mesleğin icra edilebilmesi ve ekonomik bağımsızlığın kazanılması bakımından gerekli ve yeterli aşamayı teşkil ettiği, bu itibarla ana babanın yükümlülüğünün lisans aşaması ile sınırlı olduğu, lisansüstü eğitiminin ana babanın yükümlülüğü kapsamına dâhil olmadığı yönündedir⁶⁵.

Çocuk yetenek ve eğilimlerine uygun bir meslek almış olsa dahi, sağlığının bozulması veya piyasa koşullarının değişmesi gibi öngörülemeyen sebeplerle çocuğun mesleğini icra edememesi durumunda, ana babadan ikinci bir meslek eğitimi karşılamalarını talep edebileceği kabul edilmektedir⁶⁶.

Ergin çocuğun hukuken bağımsızlık kazanması ile birlikte kural olarak kendi eğitim masraflarına kendisinin katlanması beklenmektedir. Anne ve babanın çocuğun ergin olmasına rağmen eğitim ve öğretim masraflarına yardımcı olması çocuğun ekonomik anlamda eğitim ve öğretim giderlerini karşılayamaması durumunda söz konusu olmaktadır.

Ergin çocuk belirli bir işte çalışmak suretiyle gelir elde etti ise bu geliri eğitim ve öğretimi için kullanması ve anne ile babayı bu sorumluluktan kurtarması beklenmektedir⁶⁷.

Bakım yükümlülüğünün erginlikten sonra devam etmesi ise, istisna teşkil ettiğinden, somut olayda ana babanın çocuğun eğitimini karşılamakla yükümlü olması için bakım yükümlüsünün ergin çocuk ile olan kişisel ilişkisinin, bu fedakârlıkta bulunmasını haklı kılacak nitelikte olması gerekir. Taraflar arasında bu nitelikte bir kişisel ilişkinin mevcut olup olmadığı ise, ergin çocuğun ve ana babanın karşılıklı tutum ve davranışlarının birlikte değerlendirilmesini gerektirir. Ergin çocuğun tutum ve davranışlarının, gerek sürdürdüğü yaşam tarzı bakımından ana babanın değer yargılarına, gerek aile hukukundan doğan davranış yükümlülüklerine uygun olmalıdır⁶⁸.

Ergin çocuk üniversite eğitimi için kredi veya burs imkânlarından yararlanmış ve bunları geri ödemekle yükümlü kılınmış ise eğitimin bitmesine rağmen çocuğun bir gelir elde etme imkânının olup olmadığı, ergin çocuğun kazancının geri ödemeye elverişli olup olmadığı ve velayet

⁶⁵ ÖZTAN: s. 621; BAYGIN: s. 123.

⁶⁶ SONAT: s. 261.

⁶⁷ SONAT: s. 266.

⁶⁸ SONAT: s. 270.

hakkı sahibi anne babanın mali olarak bu geri ödemeyi karşılayacak durumda olması gerekmektedir.

Ergin çocuk, kredi veya bursları karşılıklı geri ödenmek suretiyle aldysa bu durumda geri ödeme yükümlüğünün aile açısından eğitim nafakası kapsamında değerlendirilmesi veya değerlendirilmemesi sorunu karşımıza çıkacaktır. Burs veya kredilerin geri ödenmesi sırasında ergin çocuğun çalışma veya gelir elde etme imkanı yoksa ve eğitimi devam ediyorsa ailenin eğitim nafakası yükümlüğünün kapsamına burs veya kredilerin geri ödenmesi hususunun da dâhil edilmesi kanımızca daha doğrudur. Ancak ailenin burs veya kredi geri ödenmesine katkı sağlanması durumunda da aynı şekilde kendilerinden beklenebilecek şekilde katkı sağlamakla yükümlüdürler.

D. Yurtdışında Üniversite Öğrenimi Gören Ergin Çocuğun Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eğitim Nafakasından Yararlanması Hususunun Kredi veya Bursların Geri Ödenmesi Konusunda Değerlendirilmesi

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ana ve babaya çocuğun üniversite eğitimi devam ettiği sürece hakkaniyete, çocuğun eğitim süresine, ana ve babanın gelirine aynı zamanda sosyal ve ekonomik durumlarına uygun olarak eğitim nafakası ödenmesi yükümlülüğü altında olduklarını düzenlemiştir.

Eğitimi devam eden ergin çocuğa mahkeme kendiliğinden nafaka ödenmesine karar veremez. Bu sebeple öncelikle ergin çocuğun mahkemedan ana ve babasına yönelik bu şekilde bir talebinin olması gerekmektedir. Mahkeme ergin çocuğun talep ettiği nafaka miktarının çocuğun aldığı eğitime, çocuğun gelirine, eğitim masraflarına ve ana ile babanın gelirleri ile orantılı olmasına her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi suretiyle karar vererek nafaka ödenmesine hükmedecektir⁶⁹.

Ergin çocuğun üniversite eğitimine devam ederken kredi veya burs imkânlarından faydalanması, yurt veya ev gibi bir yerde konaklaması, masrafları, okul ihtiyaçları, kendisinin başkaca bir geliri olup olmadığına göre değerlendirme yapılarak eğitim nafakası ödenmesine mahkemelerin karar verdiği görülmektedir. Ergin çocuğun bu yardımlardan faydalanması ana ve babanın nafaka ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamakta sadece nafaka miktarının azaltılmasına sebebiyet vermektedir.

⁶⁹ 2. HD. E. 2010/17921, K. 2012/2392, T. 13.2.2012, www.kazanci.com.tr, E.T.: 03.10.2018, TÜRKMEN: s. 2713.

Ana ve babanın evliliğinin sona erdiği durumlarda ana veya baba nafaka yükümlülüğünü yerine getirirken çoğu zaman çocuğun çalıştığı, burs veya diğer mali desteklerden yararlandığı, bursun geri ödemesinin daha başlamadığı dolayısıyla velayet hakkı sahibi olmayan ana veya baba bakımından söz konusu borcun muaccel olmadığını ileri sürerek nafaka ödenmemesi hatta bu konuda ergin çocuk tarafından icraya başvurulması durumunda itirazın iptali davası açma yolunu tercih etmektedirler. Velayet hakkı sahibi olmayan baba veya ana ergin çocuğun barınma, yeme-içme gibi diğer masraflarını karşılamış olsa dahi bu masrafların karşılanması eğitim-öğretim masraflarının ödenmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır.

Ülkemizde kredi ve burs imkânlarından yararlanarak eğitimini tamamlayan ergin çocuk eğitim süresinin tamamlanmasından sonra iki yıl içerisinde geri ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalmaktadır. İki yıllık süre içerisinde ergin çocuk bir işe girer ve bir gelir elde etmeye başlarsa, burs veya kredinin geri ödenmesi de ergin çocuk tarafından sağlanabilecektir. Ergin çocuk, iki yıllık süre içerisinde herhangi bir işte çalışamaz ve gelir elde edemez veya geliri hem hayatını devam ettirecek hem de kredi veya bursu geri ödeyemeyecek durumda ise ailesinin maddi gücü oranında çocuğuna yardım etmesi TMK m.2 ilkesi anlamında da değerlendirilmelidir. Aile dürüstlük ilkesi gereği kendilerinden beklenebilecek ölçüde eğitim nafakası yükümlülüğünün bir uzantısı olan kredi veya burs geri ödemelerine destek olmalıdır.

Ergin çocuğun üniversite öğrenimini yurt içinde veya yurtdışında bir öğretim kurumunda devam etmesi bu borcu ortadan kaldırmamakta, borcun niteliğini de değiştirmemektedir. Yurtdışında örnek olarak çalışmamızda anlatılan örnekleri tekrar nafaka yükümlülüğü bakımından değerlendirirsek;

-Amerika Örneği: Amerikan eğitim sistemi her ne kadar burs ve hibe sistem üzerine kurulu ise de öğrenci eğitim süreci başladığı andan itibaren eğitim, barınma, yeme-içme gibi birden fazla masrafla karşılaşmaktadır. Öğrencinin eğitim süresi boyunca kendisine ödenecek olan kredi veya burslar ise öğrenci bakımından eğitim maliyetinin tamamının karşılanmasına yönelik değildir. Bu sebeple öğrenci kredi veya burs imkânlarından faydalansa dahi kredi ödeme borcu yükümlülüğü altındadır ve bu geri ödeme borcu öğrencinin eğitimine başlaması ile muaccel bir borç haline gelmektedir.

Bu sebeple bir Türk öğrencinin Amerika da üniversite eğitimi görmesi durumunda ana veya babasından eğitim nafakası talebinde bulunabilmesi üniversite eğitimine başladığı andan itibaren mümkündür. Ancak bu ödemenin miktarı; ana ve babanın ekonomik durumuna, çocuğun yararlandığı kredi veya burs imkânlarına, çocuğun yaşına, sosyal ve ekonomik durumu gibi birden fazla etkenin birlikte değerlendirilmesine bağlıdır. Velayet hakkı sahibi anne ve babanın ergin çocuğun eğitimine katkı sağlaması burs veya kredilerin geri ödenmesi yükümlülüğü bakımından da söz konusu olacaktır.

-İngiltere Örneği: İngiliz eğitim sistemi yüksek maliyetleri beraberinde getiren bir sistemdir. Öğrenci her ne kadar burs, kredi veya hibelerden yararlı olsa dahi bu yüksek maliyetleri tek başına karşılama imkânı bulunmamaktadır. Öğrenci kredi veya burs imkânlarından faydalansa dahi kredi ödeme borcu yükümlülüğü altındadır ve bu geri ödeme borcu öğrencinin eğitimine başlaması ile muaccel bir borç haline gelmektedir.

Türk öğrencinin İngiltere de üniversite eğitimi görmesi durumunda ana veya babasından eğitim nafakası talebinde bulunabilmesi üniversite eğitimine başladığı andan itibaren mümkündür. Ancak bu ödemenin miktarı; ana ve babanın ekonomik durumuna, çocuğun yararlandığı kredi veya burs imkânlarına, çocuğun yaşına, sosyal ve ekonomik durumu gibi birden fazla etkenin birlikte değerlendirilmesine bağlıdır. Velayet hakkı sahibi anne ve babanın ergin çocuğun eğitimine katkı sağlaması burs veya kredilerin geri ödenmesi yükümlülüğü bakımından da söz konusu olacaktır.

-Almanya Örneği: Alman eğitim sistemi bakımından durum farklıdır. Eğitim görmek isteyen kişi Almanya da eğitim için yüksek maliyetler ödemek zorunda değildir. Öğrenci çoğu zaman yararlandığı kredi ve burslar sayesinde eğitim maliyetlerinden kurtulmaktadır. Çalışma karşılığında elde ettiği gelire bile eğitim masraflarının finansmanını sağlamaktadır.

Bir Türk öğrencinin Almanya da eğitime devam etmesi durumunda, velayet sahibi anne ve babanın kredi veya bursların maliyetleri yüksek olmadığından burs ile kredilerin geri ödenmesine de yardımcı olması çocuğun yararına olacaktır.

-Fransa Örneği: Fransız eğitim sisteminde de öğrenci eğitim için yüksek maliyetler ödemek zorunda değildir. Öğrenci çoğu zaman yararlandığı kredi ve burslar sayesinde eğitim maliyetlerinden

kurtulmaktadır. Çalışma karşılığında elde ettiği gelire bile eğitim masraflarının finansmanını sağlamaktadır.

Bir Türk öğrencinin Fransa da eğitimine devam etmesi yüksek maliyetleri gerektirmemekle birlikte, velayet sahibi anne ve baba kredi veya burs geri ödemelerine maddi güçleri oranında yardımcı olmalıdır.

SONUÇ

Türk eğitim sistemi ile yurtdışı eğitim sistemleri arasındaki eğitim nafakası yönünden incelenecek husus; ergin çocuğun yararlandığı kredi veya bursun geri ödenmesi yükümlülüğünün söz konusu olup olmayacağı, geri ödemenin başladığı zamanının tespit edilmesi ve borcun muaccel hale gelmesi kredinin veya bursun ödenmesi anı ile aynı anda başlıyor ise anne ile babanın beklenebilir ölçüde geri ödemeye de katkı da bulunup bulunmayacağına değerlendirilmesidir.

Amerikan ve İngiliz eğitim sisteminde ergin birey üniversite eğitimine başladığı tarihten itibaren kredi veya bursu geri ödeme yükümlüsü olması sebebiyle borcun muacceliyet tarihi eğitime başlanması tarihi iken; Türk hukuku bakımından bu hususta bir ayırım yapılması ve değerlendirmenin ona göre yapılması gerekmektedir. Eğitim özel üniversitede gerçekleşiyorsa eğitim borcunun ödenmesi eğitime başlandığı tarihten itibaren; devlet üniversitelerinde ise alınan bursun ve kredinin niteliğine göre geri ödenme tarihinin doğduğu tarihten itibaren muaccel olmalıdır.

Almanya ve Fransa eğitim sistemi bakımından ise eğitim maliyetleri çok düşük olduğu hatta ücretsiz olduğu için öğrenci kredi ve burslar yoluyla eğitim ve diğer eğitime bağlı masrafları kendisi finanse edebilmektedir. Ancak eğitime bağlı olarak gerçekleşen diğer masraflar bakımından TMK uyarınca ana veya babasından eğitim nafakası talebinde bulunmasına engel bir durum yoktur.

Ergin çocuğun eğitim nafakasının uzantısı niteliğinde kabul edilen kredi ve bursların geri ödenmesi çocuğun bir işte çalışarak gelir elde imkânının olmaması veya elde ettiği gelirin hem hayatını hem de kredi borcunu geri ödemeye yetmemesi durumunda ailenin ekonomik gücü elverdiği ölçüde yardım etmesi şeklinde düşünülmelidir.

Ayrıca eğitim-öğretim kredisi dışında ana ve babanın ödemediği diğer giderler bakımından ise bu borcun ödendiği iddiaları muaccel borcun ödenmesi anlamına gelmemektedir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut - ATEŞ KARAMAN, Derya: Aile Hukuku, İstanbul 2016.
- AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara 2018.
- ARNOVE, Robert – TORRES, Carlos Alberto: Comparative Education The Dialectic Of The Global And The Local, United Kingdom 2007.
- BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- BAYGIN, Cem: Soy bağı Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- BOWLES, Samuel – GINTIS, Herbert: Schooling In Capitalist America, Newyork 1976.
- BRAY, Mark: The Shadow Education System: Private Tutoring And Its Implications for Planners, Paris 2007.
- BURTON, Clark R.: The Higher Education System: Academic Organization In Cross-National Perspective, University Of California, 1987.
- ÇELİKEL, Serdar: Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukukî Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- DURAL, Mustafa – ÖĞÜZ, Tufan – GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2016.
- DURKHEIM, Emile: Selected Writings On Education, New York-Paris.
- HAHN, Hans Joachim : Education And Society In Germany, Berg, 1998.
- HELVACI İlhan: Türk Medeni Kanunu, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 2013.
- J. E. DUNFORD, Paul R.: SharpThe Education System in England and Wales, 1990.
- KOBEL, Thomas/, FELIX, Sutter-Somm,: Familienrecht, Schulthess Verlag, 2009.
- KÖSEOĞLU Bilal, KOCAAĞA Köksal: Aile Hukuku ve Uygulamaları, Ekin Yayınevi, Bursa 2011.
- LOWNDES, G.A.N.: The English Educational System, Routledge 2012.
- MACHIN, Stephen – VIGNOLES, Anna: What's The Good Education?, New Jersey 2005.
- MATHESON, David: An Introduction To The Study Of Education, New York 2015.
- NEAVE, Guy: On the Cultivation of Quality, Efficiency and Enterprise: An Overview of Recent Trends in Higher Education in Western Europe, 1986-1988, European Journal of Education, Vol. 23, No. 1/2 (1988), pp. 7-23.
- OKÇABOL, Rifat: Yüksek Öğretim Sistemimiz, Ankara 2007.
- OLSEN, Laurie: Made in America: Immigrant Students in Our Public Schools, New York 1997.
- OKTAY, Ayla: 21. Yüzyılda Eğitim ve Türk Eğitim Sistemi, Ankara 2010.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015.
- ÖZUGÜR, Ali İhsan: Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- PHILIPS, David: Education In Germany, New York, 1995.
- RUHİ, Ahmet Cemal – ÖZDEMİR, Hayrünisa: Çocuk Hukuku, İstanbul 2017.
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.
- SONAT, Ali: “Ana Babanın Eğitime Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Bakım Yükümlülüğü”, MÜHF- HAD, C.19, S.1.
- TÜRKMEN Ahmet: “Eğitim Nafakası”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı, Özel Sayı, C.8, 2013.
- TYACK, David B.: The One Best System A History Of American Urban Education, America 1974.
- WULLSCHLEGER, Stephan: FamKommentar Band I: ZGB, Scheidung, Zweite Auflage, Hrsg. Schwenzer, Ingeborg, Stämpfli Verlag, Bern 2011, Art. 276-293, N 5.

MİRASBIRAKANIN DİJİTAL BİLGİLERİNİN MİRASÇILARA GEÇİŞİ (DİJİTAL TEREKE)*

TRANSITION OF THE DIGITAL INFORMATION OF THE DECEASED ONTO THE INHERITORS (DIGITAL HERITAGE)

Nurten İNCE AKMAN**

Özet

Türk ve Alman hukukunda mirasçılar mirasbırakanın terekesi üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi olmaktadır. Mirasbırakanın terekesi kanun gereği mirasçılara bir bütün olarak geçmektedir. Son yıllarda özellikle internet, insan hayatında son derece büyük rol oynamaktadır. İnsanlar vakitlerinin büyük bir kısmını internette geçirmekte, nerdeyse tüm işlemlerini internet üzerinden gerçekleştirmektedir. Artık pek çok işlem, hatta ticari işlemlerin birçoğu internette gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle dijital bilgilerin terekeye dahil olup olmadığı sorusunun incelenmesi gerekir. Mirasbırakanın ölmesi halinde elektronik postaları ve sosyal medya hesapları üzerinde mirasçılarının hak iddia edip etmeyeceği, yanıtlanması gereken bir konudur. Mirasbırakanın sosyal medya hesapları, daha geniş bir ibareyle dijital bilgilerinin akıbetinin ne olacağı hususunda Amerika Birleşik Devletleri hukukundan farklı olarak Türk ve Alman hukukunda açık bir hükmün olmaması, bu konu hakkındaki tartışmaların devam edeceğini göstermektedir. Dijital bilgilerin mirasçılara geçişine dair yapılan bu tartışmalar sadece miras hukuku açısından değil, kişisel verilerin, haberleşmenin gizliliğinin korunması gibi birçok değişik konuyla bağlantılı olması açısından da son derece önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Dijital bilgiler, külli halefîyet, sosyal medya, mirasbırakan, dijital tereke

Abstract

In Turkish and German Law, the heirs are entitled as the universal successors to the heritage of the deceased. The estate of the deceased in its entirety vests by operation of law in the heirs. In recent years, internet has been playing a specifically important role in human life. People spend a great deal of their time on the internet, carrying out almost all

* Bu makale 28-30 ICPESS Venedik konferansı kapsamında sanal ortamda sunulmuş olan bildirinin değiştirilmiş, genişletilmiş makale formuna getirilmiş halidir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (E-Mail: nurten.ince@marmara.edu.tr.). (ORCID: 0000-0002-8674-3221)

Makale Gönderilme Tarihi: 01.10.2018

Submitted: 01.10.2018

Makale Kabul Tarihi: 18.12.2018

Accepted: 18.12.2018

of their transactions online. Many transactions among people, even commercial transactions are now carried out over the internet. For this reason, it should be analysed whether digital information is included in the heritage. On the death of the deceased, whether his/her e-mail and social media accounts vest in the inheritors is an unresolved issue. Unlike the USA Law, the absence of a clear provision on the descendant's social media accounts, or digital information in a broader sense, in the Turkish and German Law is an indication that the discussions on this issue will prevail. These discussions on the transition of digital information to the heirs are important not only with regards to inheritance law, but also because it is associated with various issues, such as the protection of personal data or privacy of correspondence.

Keywords: Digital information, universal succession, social media, deceased, digital heritage

I. GİRİŞ

İnternet, sunduğu değişik kullanım alanlarıyla artık hayatımızın ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Birçok insanın günlük işlemlerine hatta ticari işlemlerine dair pek çok faaliyeti internet üzerinden gerçekleştirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. İnternet sadece gençlerin oyun oynadığı bir mecra olmaktan çıkmıştır. Milyonlarca insan Facebook, Twitter, Instagram gibi sosyal medya hesaplarını kullanmakta, Whatsapp üzerinden yazışmakta, Amazon ve Ebay üzerinden alışveriş yapmakta, Paypal ve internet bankacılığı üzerinden ödemeler yapmakta, tez gibi önemli belgelerini çeşitli (Dropbox gibi) hesaplarda saklamaktadır¹. Almanya'da Kasım ayı 2018 yılındaki verilere göre internet kullanıcılarının % 42,7'si 50 yaş ve üzerindeki insanlardan oluşmaktadır². Facebook kullanıcılarının % 5'inin ölmüş olduğu belirtilmektedir³.

Bu durumda mirasbırakanın ölümü halinde dijital bilgilerinin ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Mirasbırakan tarafından internet hesaplarına ait şifrelerin mirasçılara bırakılmadığı (verilmediği) hallerde,

¹ KUNZ, Lena: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5. Erbrecht. Einleitung zum Erbrecht §§ 1922-1966 (Erbfolge), Sellier-de Gruyter, Berlin 2017, Nr. 595; BRÄUTIGAM, Peter: "Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken-Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten", MMR 2012, s. 635.

² Buna karşın 16-29 yaş arası internet kullanıcılarının % 22,6'sını, 30-49 yaş üzeri ise % 34,7'sini oluşturmaktadır. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/72312/umfrage/altersverteilung-der-internetnutzer-in-deutschland/> (Erişim: 15.12.2018).

³ DEUTSCH, Florian: "Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0" ZEV 2014, s. 2; DEUTSCH, Florian: "Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0", Law as a Service (LaaS) Recht im Internet –und Cloud-Zeitalter, Band 1, Jürgen Taeger (Hrgs), Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht, Edeweicht 2013, s. 429.

söz konusu hesapların külli halefiyet prensibi nedeniyle mirasçılara intikal edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır. İnternet hizmet sunucuları tarafından (Google, Facebook) hazırlanan genel işlem şartlarında ise bu hesapların devredilemeyeceği ve mirasçılara intikal edilmeyeceği yazılmakta olup kullanıcılar tarafından bu genel işlem şartları kabul edilmeden hesapların kullanılması söz konusu olmamaktadır⁴. ABD hukukundan farklı olarak Türk ve Alman hukukunda mirasbırakanın dijital bilgilerinin mirasçılara intikalini düzenleyen açık bir hüküm olmaması bu husustaki tartışmaların devam edeceğini göstermektedir⁵. Almanya’da tüketici heyetleri tarafından 2014 yılında dijital terekeye dair kampanya başlatılmış olup dijital terekeye yokmuş gibi davranılmaması ve internet kullanıcıların konu hakkında bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶ O halde mirasçılarının, mirasbırakanın internet hesaplarına dair şifreleri bildiği durumlarda bu hesapları kullanıp kullanamayacağı, bu hesapların şifresini bilmediği durumlarda hizmet sunucusu şirketlerden bilgi ve şifreleri talep ederek bu hesapları kullanıp kullanamayacağı, bu hesapları kullanma hakkına dair taleplerin yasal mirasçı olmayan mirasbırakanın yakınları tarafından ileri sürülüp sürülmeyeceği gibi birçok sorunun yanıtlanması gerekmektedir.

II. MİRASÇILAR TARAFINDAN MİRASBIRAKANIN DİJİTAL BİLGİLERİNE ULAŞMANIN ÖNEMLİ OLDUĞU OLAY ÖRNEKLERİ

Mirasçılarının mirasbırakanın dijital bilgilerine ulaşmak isteyebileceği durumlar olabilir. Mirasbırakanın söz konusu bilgileri, sadece ölüme bağlı tasarrufların yorumlanması yani miras hukuku açısından bir öneme sahip değildir. Özellikle mirasbırakanın ölümünün şüpheli olduğu durumlarda ölümün aydınlatılmasında bu bilgilerin önemli bir delil teşkil edeceği belirtilmiştir. Mirasbırakanın dijital bilgilerine ulaşmanın önemli olduğu ve bu nedenle mahkeme kararlarına konu olan bazı örnekleri aşağıda incelemeyi uygun bulduk.

Justin Ellsworth Olayı: 20 yaşındaki Amerikan askeri olan Justin Ellsworth 2004 tarihinde Irak savaşına katılımından 2 ay sonra ölmüştür. Justin Ellsworth bu süreç içerisinde ebeveynlerine ve yakın arkadaşlarına

⁴ KUTSCHER, s. 16.

⁵ KUNZ, Nr. 598.

⁶ <https://www.vzbv.de/podcast/machtsgut-interview-zum-digitalen-nachlass> (Erişim: 25.06.2018).

elektronik posta iletileri (email) göndererek orada yaşadıklarını anlatmıştır⁷. Babası ölüm olayından sonra oğlunun emaillerini bir araya getirerek yayımlamak istemektedir. Babanın bu emailleri yayımlamaktaki amacıysa gelecek kuşaklara bu savaşın içinde yer alan bir askerin duygularını ve yaşadıkları göstermektir. Ancak oğlunun email hesabının hizmet sunucusu Yahoo Justin Ellsworth'un email hesaplarına erişimi sağlamaktan kaçınmıştır. Yahoo şirketine göre kullanıcılarla akdedilmiş olan sözleşmelerde hesabın devredilemeyeceğine ve kaydedilmiş olan dijital bilgilerin kişinin ölümüyle silineceğine dair genel işlem şartları Justin Ellsworth tarafından kabul edilmiş olup söz konusu hesaba ilişkin bilgilerin babaya verilmesi mümkün değildir. Açılan davada mahkeme Justin Ellsworth'un email hesaplarının miras hukuku nedeniyle aileye intikal edeceğini ve Yahoo şirketinin de bu maillerin içeriğini aileye vermekle yükümlü olduğunu belirtmiştir⁸.

L.W. Olayı: L. W. 14 yaşındayken ebeveynlerinden izin alarak kendi adına bir Facebook hesabı açıp bu hesabı son derece aktif kullanan bir genç kızdır. 2012 yılında yani 15 yaşındayken Berlin'de bir metro durağında ölü bulunmuştur. Ölü bulunan L.W.'nin ebeveynleri olayın intihar mı yoksa cinayet mi olduğunun tespiti için kızlarının Facebook hesabındaki bilgilerin önemli olduğu düşüncesiyle bu hesaba ait şifrelerin kendilerine verilmesi talebinde bulunmuşlardır⁹. Ancak bu taleplerinin hizmet sunucusu şirket tarafından genel işlem şartları nedeniyle reddedilmesiyle Berlin İlk Derece Mahkemesi'nde dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi¹⁰ ailenin, mirasbırakanın Facebook hesabına girebileceğine hükmederken üst derece mahkemesi¹¹ aksi yönde karar vermiştir.¹² 12.07.2018 tarihinde Alman Yüksek Mahkemesi Alman Medeni Kanunu'nun 1922. maddesi uyarınca dijital bilgilerin mirasçılara intikal edeceğini belirtmiştir¹³.

⁷ Olay hakkında detaylı bilgi için: UHRENBACHER, Pia Elisa: Digitales Testament und digitaler Nachlass, Peter Lang Frankfurt/Main 2017, s. 24.

⁸ Oakland Co. Mich. Prob. Ct. In the Matter of Justin M. Ellsworth, Deceased, No. 2005-296, 651-DE.

⁹ KUNZ, Nr. 596.

¹⁰ DNotZ 2016, s. 537.

¹¹ DNotZ 2018, s. 286.

¹² LG Berlin ZEV 2016, s. 189 Üst Derece Mahkemesi Kararı için: KG Berlin 31.05.2017 21 U 9/16, s. 3 vd.

¹³ Urteil 12.07.2018, Az.: III ZR 183/17, Beck Link 2010423.

Yasak aşk yaşayan mirasbırakan: Mirasbırakan M'nin ölümünden sonra eşi ve çocukları tarafından tahmin edilen şifresiyle email hesabına girilerek M'nin tüm emailleri okunmuş ve M'nin yaşarken bir sevgilisinin olduğu ve eşini aldattığı ortaya çıkmıştır. Bu durum geride kalan aile bireylerini son derece üzmüştür. Bu olayla birlikte mirasbırakanın özel hayatına saygı, haberleşmenin gizliliği, ölümden sonra mirasbırakanın kişiliğinin korunup korunmayacağı gibi konular gündeme gelmiştir¹⁴.

Yukarıda verdiğimiz örnekler mirasçılar tarafından mirasbırakanın dijital bilgilerine ulaşılmasında menfaatlerinin olup olmadığı, mirasbırakanın kişilik ve özel hayatının ölümünden sonra korunmasının sınırları, internet hizmet sunucusu olan şirketler tarafından kullanılan hesapların devredilemeyeceğine ve ölümlerle sona ereceğine ilişkin genel işlem koşulların geçerli olup olmayacağı gibi birçok sorunun dijital tereke konusuyla ilgili cevaplanması gerektiğini göstermektedir.

III. TEREKE VE KÜLLİ HALEFİYET KAVRAMLARININ AÇIKLANMASI

Gerek Alman gerekse Türk hukukunda mirasbırakanın tasarruf serbestisi olup Federal Alman Anayasası'nın 14. maddesi ve 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesinde mülkiyet ve miras hakkı güvence altına alınmıştır. Mirasbırakanın saklı payları haricinde serbestçe tasarruf edeceği bir kısım olduğu her iki ülkede kabul edilmiştir. Miras hakkına ilişkin düzenlemeleri içeren bu anayasal normlarda ayrıca mülkiyet hakkının düzenlendiği görülmektedir. Buna göre malvarlığı değeri olan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olmayan haklar miras olarak bırakılabilir. Mirasbırakanın ölümüyle mirasçılara geçecek olan özel hukuk ilişkilerin tümüne tereke adı verilmektedir¹⁵. Kural olarak

¹⁴ UHRENBACHER, s. 28.

¹⁵ HAASE, Martin Sebastian: "Rechtsfragen des Digitalen Nachlasses" Law as a Service (LaaS) Recht im Internet –und Cloud-Zeitalter, Band I, Jürgen Taeger (Hrsgs.), Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht, Edewecht 2013, s. 380; AKKANAT, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi İstanbul 2004, s. 77; ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi, (TMK m. 495-574) Cilt. I 12 Levha, İstanbul, 2018 28 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku 3. Bası, Filiz Kitabevi İstanbul 1987, s. 31 vd; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt: IV Miras Hukuku, Filiz Kitabevi İstanbul 2015, s. 8 vd; SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkey: Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık İstanbul 2018, s. 119 vd; İMRE Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku 11. Tıpkı Basım, Der Kitabevi İstanbul 2015, s.10.

mirasbırakanın ölümüyle onun malvarlığı mirasçılara geçecektir ve bu nedenle tereke denildiğinde de akla mirasbırakana ait malvarlığı gelmektedir. Nitekim Alman hukukunda Alman Medeni Kanunu'nun 1922. maddesinde terekeye ilişkin açıklamalar yapılırken malvarlığı kavramının (Vermögen) kullanıldığı görülmektedir¹⁶. Tereke kavramı yerine malvarlığı kavramı kullanılsa da mirasbırakanın malvarlığında bulunmayıp sadece terekesinde yer alan hukuki ilişkilere rastlanması mümkündür. Terekenin sadece malvarlığı olarak anlaşılması gerektiği ve mirasbırakanın tüm hukuki işlemlerinin terekeye dâhil olduğu kabul edilmiştir¹⁷. Her iki ülke kanunlarında öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılarının; mirasbırakanın ayni haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanacakları düzenlenmiştir (TMK m. 599). Aynı haklar (mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar) eğer mirasbırakanın ölümüyle sona ermiyorsa malvarlığı haklarına girdiği için mirasçılara geçmektedir¹⁸. Mutlak hak kategorisinde yer alan fikri ve sınai hakların mirasçılara intikal edeceği kanunlarda düzenlenmiştir. Örneğin Alman Fikri ve Sınai Haklar Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrası, Patent Kanunu'nun 15. maddesi¹⁹ yine Türk hukukunda Fikri ve Sınai Haklar Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca eser sahibinin mali haklarının mirasçılara geçeceği düzenlenmiştir²⁰. Tereke bir bütün olarak tüm hakları ve borçlarıyla mirasçılara geçeceği için sözleşmelerin de borçlandırıcı olup olmamalarına bakılmaksızın mirasçılara intikal edeceği kabul

¹⁶ AKKANAT, s. 77; THIESEN, s. 29; DEUTSCH, s. 2; HERZOG, Stephania: "Der digitale Nachlass und das Erbrecht", AnwBl Online 2018, s. 473; HAASE, s. 382; DEUTSCH 2013, s. 430; SOLMECKE, Christian/KÖBRICH, Thomas/SCHMITT, Robin: "Der digitale Nachlass-haben Erben einen Auskunftsanspruch? Überblick über den rechtssicheren Umgang mit den Daten von Verstorbenen" MMR 2015, s. 291; LUDYGA, Hannes:"Der digitale Nachlass–zivilrechtliche Aspekte" jM 2016, s. 442.

¹⁷ KUTSCHER, s. 91; HERZOG, Stephania: "Bewertung der Rechtslage aus erbrechtlicher Sicht", Stellungnahme Nr. 34/2013 des deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, 2013, s. 30; BRISCH, Klaus/MÜLLER- TER JUNG, Marco: "Digitaler Nachlass–Das Schicksal von E-Mail- und De-Mail-Accounts sowie Mediencenter-Inhalten Anforderungen an Internet-Provider nach dem Tode des Account-Inhabers", CR 2013, s. 446.

¹⁸ BRINKERT, Maïke/STOLZE, Michael/HEIDRICH, Joerg: "Der TodunddasozialeNetzwerk-DigitalerNachlass in Theorie und Praxis" ZD 2013, s. 154; HERZOG 2013, s. 32; DURAL/ÖZ, s. 8 vd.

¹⁹ KUTSCHER, s. 93.

²⁰ AKKANAT, s. 129.

edilmektedir²¹. Kural olarak malvarlığı haklarının ölenin mirasçılarına geçmesine rağmen istisna olarak ölümlle mirasçılara geçmeyen bu sebeple de terekede yer almayan malvarlığı hakları olabilir. İntifa hakkı, oturma hakkı, nişanın bozulmasında hediyelerin geri verilmesini isteme hakkı, mirasbırakan tarafından ileri sürülmemiş manevi tazminat talebi bu duruma örnek verilebilir²². Yine taraflardan birinin veya her ikisinin kişiliğinin veya kişisel niteliklerinin önemli olduğu sözleşmelerin (örneğin eser, hizmet sözleşmesi dışında) mirasçılara geçmeyeceği kabul edilmektedir²³.

Malvarlığı dışında kalan hakların mirasçılara intikal etmeyeceği kuralının istisnaları bulunmaktadır. Ciddi ve korunmaya değer bir menfaatin olması halinde malvarlığı değeri olmayan alacak ve borçlarla alakalı borç ilişkisi kurulabileceği ve bu borç ilişkilerin mirasçılara geçeceği kabul edilmiştir. Buna örnek olarak mirasbırakan tarafından mecbur olmadığı halde kendine ait bazı belgeleri incelemesi için arkadaşına izin vermesi hususunda yaptığı anlaşmanın mirasçılara geçmesi verilebilir. Alman Medeni Kanunu'nun 2373. maddesinin 2. fıkrasına göre aile evrakları ve aile resimlerinin mirasçılara intikal edeceği düzenlenmiş olup bunların geniş yorumlanması gerektiği ve kişinin yazışmaları, iletişimde olduğu kişiler gibi ekonomik değeri olmayan bilgi/belgelerin mirasçılara intikal edeceği kabul edilmiştir²⁴. Ayrıca Alman Medeni Kanunu'nun 2047. maddesi uyarınca mirasbırakanın

²¹ HERZOG, s. 34 vd; HAASE, s. 383.

²² AKKANAT, s. 88 vd, 118; DURAL/ÖZ, s. 9; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 32 vd. SEROZAN/ENGİN, s. 126 vd.

²³ AKKANAT, s. 139; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 32; DURAL/ÖZ, s. 9; KUTSCHER s. 94; BRÄUTIGAM, Peter: Erbrecht, Wolfgang Burandt/DieterRojahn (Hrsg.) 2. Neubearbeitete Auflage 2014, C. H. BeckMünchen § 1922 Anhang. Digital Nachlass Nr. 2; BRINKERT/STOLZE/HEIDRICH, s. 154; HERZOG, Stephanie: "Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem", NJW 2013, s. 3747; HERZOG 2018, s. 474; HERZOG, s. 31 ve 34 vd; SOLMECKE/KÖBRICH/SCHMITT, s. 291; SAĞLAM, İpek: "Kiracının Ölümünün Her Türü Kira İlişisine Etkisi ve Bu Etkinin Özellikle Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Bakımından Gösterdiği Özellikler" MÜHF- HAD, Cilt: 23, Sayı: 2, s. 255.

²⁴ HERZOG, NJW 2013, s. 3748; PRUNS, Matthias: "Keine Angst vor dem digitalen Nachlass, Erbrechtliche Grundlagen – Alte Probleme in einem neuen Gewand?", NWB 2013, s. 3166; HERZOG, s. 52 vd.

kişisel olarak ailesiyle veya altsoyuyla yapmış olduğu yazışmaların mirasçılara geçeceği düzenlenmiştir²⁵.

Bir kimseye ait hakların tüm olarak tek bir olayla her bir hakkın devri için kanunun aradığı özel şartların gerçekleşmesi aranmaksızın başkasına geçmesine külli halefiyet denilmektedir²⁶. Her iki ülke hukukunda mirasçılardan mirasbırakanın terekesi üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi olduğu ve mirasbırakanın terekesinin kanun gereği mirasçılara bir bütün olarak geçtiği düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 1922. maddesinde ve TMK'nın 599. maddesinde mirasın bir bütün olarak mirasçılara intikal edeceği açıkça düzenlenmiştir. Mirasın bir bütün olarak geçmesinin geniş yorumlanması gerekmektedir. Mirasbırakana ait hukuki ilişkilerin bazılarının diğerlerinden ayrılarak başka biçimde başka kişilere intikali söz konusu olmamaktadır. Mirasçılardan birden fazlaysa terekeye dâhil haklar tümüne birden ait olup (elbirliği halinde hak sahipliği) söz konusu bu mirasçılar mirasbırakanın kendilerine intikal eden borçlarından da müteselsil olarak sorumlu olacaktır.²⁷ (TMK m. 599/II ve m. 681/I)

Dijital bilgilerin mirasçılara intikalini incelemeye önce dijital bilgiler kavramını ve hizmet sunucusu şirketle hizmet alıcısı arasında meydana gelen hukuki ilişkinin niteliğini açıklamayı uygun görmekteyiz.

IV. DİJİTAL TEREKE KAVRAMININ AÇIKLANMASI VE MİRASBIRAKAN TARAFINDAN DİJİTAL BİLGİLERE İLİŞKİN YAPILAN SÖZLEŞMELERİN NİTELİĞİ

Dijital tereke son derece geniş bir kavram olup yoruma açıktır. Hizmet sunucusu şirketle mirasbırakan arasında yapılan tüm sözleşmeler, kayıt edilmiş resim, video gibi bilgilerin dijital tereke olduğu kabul edilmiştir.²⁸ Daha geniş bir anlatımla dijital terekenin mirasbırakanın tüm dijital bilgileri olduğu belirtilmiştir²⁹. Dijital bilgilerin/sosyal medya hesaplarının gerek Alman Medeni Kanunu'nun 90. maddesi uyarınca gerekse Türk hukukunda birer eşya olmadığı kabul edilmektedir; zira bu

²⁵ PRUNS, s. 3166; BRISCH/MÜLLER- TER JUNG, s. 446.

²⁶ AKKANAT, 52 vd. SEROZAN/ENGİN, s. 80; ÇABRİ, s. 7 vd.

²⁷ DURAL/ÖZ, s. 13 vd; KOCAPAŞAOĞLU, s. 41; İMRE/ERMAN, s. 11 vd.

²⁸ HERZOG 2018, s. 472; HAASE, s. 385; DEUTSCH, 2013, s. 430; LUDYGA, s. 442; RAUDE, Karin: "Der Digitale Nachlass in der notariellen Praxis" RNotZ 2017, s. 19.

²⁹ THIESEN, s. 15; BRÄUTIGAM, Nr. 3; HERZOG 2018, s. 472; HAASE, s. 381.

hesapların cismani olmadığı (Körperlichkeit) ileri sürülmüştür³⁰. Yine eşya kavramını düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun 90. maddesinin dijital verilere kıyasen uygulanmasının söz konusu olamayacağı savunulmuştur³¹. Gerek Alman Medeni Kanunu'nun gerek TMK'nın 2002 yılında revize edildiği ve bu dönemlerde artık dijital bilgilerin ve internet hesaplarının bireylerin hayatında son derece önemli rol oynamasına rağmen bu konu hakkında kanun koyucu tarafından gerekli düzenlemelerin yapılmadığı, bu nedenle de bilinçsiz bir kanun boşluğundan bahsedilemeyeceği ileri sürülmüştür³². İnternet hesaplarının kullanılması örneğin Facebook hesabından bireylerin resim paylaşmasının fikri ve sınai haklar grubuna girmeyeceği ve dolayısıyla mutlak haklar kategorisinde yer almayacağı belirtilmiştir.

Hizmet sunucusu şirketle hizmet kullanıcısı (alıcı) arasında bir borçlandırıcı sözleşmenin yapıldığı belirtilmektedir. Bu sözleşmelerin niteliği doktrinde tartışmalıdır³³. Bu sözleşmelerde hizmet kullanıcısı olan kişilerin belli bir miktar bedel ödemeleri söz konusu olabilir. Örneğin eş bulma siteleri gibi bazı hesaplar için bir miktar abonelik ücreti ödenirken, Facebook vb. hesaplar için kullanıcı tarafından bir ücret ödenmemektedir. Doktrinde kullanıcı tarafından ücret ödenmediği durumlarda bile bu sözleşmelerin tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olmadığı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğu ileri sürülmüştür³⁴. Buna göre kullanıcı bedel yerine kendi kişisel bilgilerini hizmet sunucusu şirkete vermektedir ve söz konusu şirket tarafından bu bilgiler analiz edilip ticari amaçlar, örneğin reklam için kullanılmaktadır. Doktrinde sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi için hizmet sunucusu şirketin ediminin belirleyici olacağı açıklanmıştır³⁵. Bu tarz sözleşmelerde hizmet sunucusu şirketin ediminin bilgileri saklama ve saklanan bilgilerin hizmet alıcısı tarafından

³⁰ AKSOY DURSUN, Sanem: Eşya Kavramı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 24 ve 72 vd.

³¹ BOCK, Merle: "Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses" AcP 217(2017), s. 376.

³² BOCK, s. 377.

³³ BOEHM, Franziska: "Herausforderungen von Cloud-Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten", ZEuP 2016, s 364 vd

³⁴ RAUDE, s. 22; HERZOG 2018, s. 472; HAASE, s. 381; YILDIRIM M.Fadıl/MEMİŞ, Tekin: "Elektronik Posta Kutusu Kullanımı İle İlgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri" AÜEHFD, C. IX, S. 3-4 (2005), s. 341, 343.

³⁵ RAUDE, s. 22 vd.

kullanılıp indirilebilmesini sağlama olduğu belirtilmiştir³⁶. Web sitelerinin kullanımı için yapılan sözleşmelerde özellikle bilgilerin kaydedilmesi ve hizmet alıcısı tarafından kullanılması ve kullanıcı tarafından istendiğinde bu bilgilerin kaydedilmesi son derece önemliyken; elektronik posta iletilerinde hizmet sunucusu şirket tarafından iletişime aracılık yapıldığı görülmektedir. Sosyal medya hesaplarından hizmet sunucusu olan şirketin hem web siteleri hem de elektronik posta iletilerine ilişkin her iki temel edimi borçlandığı görülmektedir. Facebook, Instagram gibi sosyal medya hesaplarından kullanıcı bir taraftan resim, video, yazı paylaşmakta ve paylaşmış olduğu bu bilgilere dilediğinde ulaşabilmekteyken diğer yandan kullanıcı tarafından bu hesaplar üzerinden posta iletisi gönderilip alınabilmektedir. Bu nedenle Alman hukukunda hizmet sunan şirketle kullanıcı arasında bir hizmet³⁷ veya eser sözleşmesinin meydana gelmesinden bahsetmenin doğru olacağı belirtilmiştir. Kullanıcı tarafından elektronik posta iletilerine ulaşmak istenmesinin bir defaya mahsus olmadığından yola çıkılarak akdedilen sözleşmenin eser sözleşmesi olmayacağı belirtilmiştir. Zira eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu, bu nedenle hizmet sunucusu şirketle kullanıcı arasındaki sözleşmenin bir hizmet (iş görme) sözleşmesi olarak adlandırılmasının daha doğru olacağı belirtilmiştir³⁸. Ayrıca hizmet sunucusu şirketin sonucu borçlanmadığı bu nedenle eser sözleşmesinden bahsetmenin doğru olamayacağı belirtilmiştir. Diğer bir görüşe göre³⁹ ise bu sözleşmeler kullanıcı açısından sonuç son derece önemlidir. Bu görüş taraftarlarına göre hizmet kullanıcıya gönderilen bilgilerin ulaşması sözleşmenin diğer tarafının temel borcudur. Eğer hizmet alıcısı kendisine gönderilen bilgileri alamıyorsa hizmet satıcısıyla arasında yapılan sözleşmenin bir değeri olmayacaktır. Bu nedenle bu sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yani hizmet sunucusu şirketin sonucu borçlandığının kabulü son derece doğru

³⁶ ROTT, Eberhard/ROTT, Alexander: “Wem gehört die E-Mail? - Rechts- und Praxisprobleme beim digitalen Nachlass” NWB-EV 5/2013, s. 164; HERZOG, s. 52; GLOSER, DNotZ 2015, s. 6; LG Berlin 17. 12. 2015 20 O 172/15, DNotz 2016 s. 537 vd.

³⁷ JANDT, Silke/ROSSNAGEL, Alexander: “Social Networks für Kinder und Jugendliche-Besteht ein ausreichender Datenschutz?”, MMR 2011, s. 639.

³⁸ JANDT/ROSSNAGEL, s. 639; YILDIRIM/MEMİŞ, s. 339

³⁹ BOCK, s. 378.

olacaktır⁴⁰. Hizmet sunucusunun, bilgileri kayıt etme imkânı sağladığı için bu sözleşmelerin kira sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği savunulmaktadır. Örneğin elektronik posta hizmeti sunan bir şirket sadece bu postanın alınması ve alıcıya iletilmesini değil, aynı zamanda bu bilgilerin kayıt edilmesi imkânını sağlamaktadır⁴¹. Yine kullanılan bu hesaplarda hem aracılık hizmeti hem de bilgileri kayıt imkânının sunulması halinde taraflar arasında birleşik sözleşmenin akdedildiğini savunmanın daha doğru olacağı, bu sözleşmeleri sadece kira veya eser sözleşmesi olarak nitelendirmenin doğru olmayacağı belirtilmiştir⁴². Çoğunlukla oyun hesaplarında hizmet veya eser sözleşmesinin dışında, oynanan oyuna uygun hesap sahibi tarafından bazı fiktif mallar alındığı ve/veya satıldığı, bu nedenle tek bir sözleşmeden bahsetmenin çoğu kez mümkün olmayacağı belirtilmiştir⁴³. Bu satım sözleşmeleri hizmet kullanıcısı, hizmet sunucusu şirketle akdedilebileceği gibi hizmeti/internet sitesini kullanan başka kişilerle akdedebilir. Bu durumda hizmet sunucusu şirket bu sözleşmelerin kurulmasına aracılık etmiş olacaktır.

Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda internet sunucusu şirketlerle yapılan sözleşmenin vedia olduğu savunulmuştur⁴⁴. Vedia, saklatan tarafından verilen bir taşınırın saklayan tarafından kabul edilerek saklanması ve istenildiğinde saklayan tarafta iade etme yükümlülüğü doğuran bir sözleşmedir. Saklayan, saklanan taşınırın maliki olmayıp, zilyedi olmaktadır. Hizmet sunucusu şirketin bilgileri (video, fotoğraf) sakladığı ve kullanıcının istediği bu bilgilere ulaşım bunları kullanabileceği, silebileceği belirtilmiştir. Yine internet sunucusu şirketlere bir ücret ödenmesi halinde bunun ardiye sözleşmesi olabileceği savunulmuştur⁴⁵. Ardiyecinin eşyayı uygun bir mahalde depolamak, saklamak ve bozulmasına karşı gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

⁴⁰ SEIDLER, s. 82.

⁴¹ SEIDLER, s. 82; YILDIRIM/MEMİŞ, s. 336.

⁴² HÄRTING, s. 40, SEIDLER, Katharina: Digitaler Nachlass, Wolfgang Metzner Verlag, Deutschland 2016, s. 68; BRÄUTIGAM, s. 640; JANDT/ROSSNAGEL, s. 639; BRINKERT, Maike/STOLZE, Michael/HEIDRICH, Joerg: "Der Tod und das soziale Netzwerk-Digitaler Nachlass in Theorie und Praxis", ZD 2013, s. 154.

⁴³ BOEHM, s. 366; Kendi özgü sözleşme için: YILDIRIM/ MEMİŞ, s. 339

⁴⁴ ÇELİKTAŞ, s. 37.

⁴⁵ ÇELİKTAŞ, s. 37.

Hizmet sunucularıyla yapılan anlaşmanın niteliği farklılık gösterse de bu sözleşmelerde hizmet sunucusunun asli edim yükümlülüğünün hesaplara girişi sağlamak ve bilgileri korumak olduğu belirtilmiştir⁴⁶. Yan borç olarak hesaplara giriş için gerekli bilgilerin verilmesi, özellikle şifrelerin kullanıcıya verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁷.

V. DİJİTAL BİLGİLERİN MİRASÇILARA GEÇİŞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A. Dijital Bilgilerin Mirasçılara Geçişini Reddeden Görüş

Bu görüş eşya olmayan dijital bilgilerin mülkiyete konu olmayacağı ve mirasçılara intikal etmeyeceği kabul edilmektedir. Sadece mirasbırakan tarafından kayıt edilmiş olan dijital bilgilerin ancak kaydedildiği bellekle veya çıktıları alınmışsa bu belgelerin mülkiyete konu olacağı belirtilmiştir⁴⁸. Bu görüş taraftarlarınca Alman Yüksek Mahkemesi'nin, sosyal medya hesabı üzerinde mülkiyet yani aynı hak iddia edilmeyeceğine ilişkin kararına vurgu yapılmıştır⁴⁹. Bu mahkemeye göre hizmet sunucusu olan şirketler tarafından söz konusu dijital bilgilerin silinmesi mümkündür. Bu nedenle hizmet sunucusu şirketle kullanıcı arasında bir sözleşmenin ve dolayısıyla nisbi bir hakkın var olduğunun kabul edilmesi daha doğru olacaktır. O halde mirasbırakan tarafından okunmuş ve kaydedilmiş olan elektronik posta iletilerinin mirasçılara intikalinin mümkün olduğu ancak mirasbırakan tarafından okunmamış, bir yere kayıt edilmemiş olan dijital bilgilerin mirasçılara geçemeyeceği savunulmuştur⁵⁰. Bu görüş taraftarlarından bazıları daha ileri giderek böyle durumlarda dijital bilgilerin geçişinden bahsetmenin doğru olmayacağını, söz konusu taşınabilir belleğin, kâğıdın mülkiyetinin geçişinden bahsetmenin daha doğru olacağını ileri sürmüşlerdir⁵¹. Doktrinde bazı yazarlar tarafından mektupların mirasçılara geçmesiyle

⁴⁶ YILDIRIM/ MEMİŞ, s. 339

⁴⁷ HERZOG 2018, s. 480.

⁴⁸ HOEREN, Thomas: "Der Tod und das Internet-Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mails und www-Accounts nach dem Tode des Inhabers" NJW 2005, s. 2114; MARTINI, Mari: "Der digitale Nachlass und die Herausforderungen postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet" JZ 2012, s. 1147; BRÄUTIGAM, s. 20. Kayıt edilenlerin mülkiyetinin mirasçılara geçeceğine dair bkz. KUNZ, Nr. 606; HERZOG, s. 48; LUDYGA, s. 443.

⁴⁹ BGH, NJW 2007, s.2394.

⁵⁰ KUTSCHER, s. 101; HERZOG 2018, s. 475.

⁵¹ KUNZ, Nr. 610; BRÄUTIGAM, Nr. 6 ve 7.

dijital bilgilerin mirasçılara geçmesi arasında benzerlik olduğu fikrinin de kabul edilemeyeceği belirtilmiştir⁵². Zira bu görüşe göre mektuplarda cismani niteliğe sahip olan kâğıdın mülkiyeti mirasçılara geçmekte olup sırf kâğıt üzerindeki bilgilerin mirasçılara geçmesi söz konusu değildir⁵³.

Türk ve Alman hukukunda mirasçılara geçecek olan hakların bir sınırı olduğu, malvarlığı haklarına dâhil olsa bile mirasbırakanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan hakların mirasçılara intikal etmeyeceği belirtilmiştir⁵⁴. Miras bırakan tarafından ileri sürülmemiş olan manevi tazminat hakkı, intifa hakkı, oturma hakkı⁵⁵ bunlara örnek olarak verilebilir⁵⁶. Alman ve Türk hukukunda alacaklı veya borçlunun kişiliğinin önemli olduğu durumlarda veya sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflardan birinin ölümüyle söz konusu hukuki ilişkinin/hakkın sona ermesi düzenlenmişse bu durumda hakkın veya hukuki ilişkinin mirasçılara geçmeyeceği belirtilmiştir⁵⁷. Alman Medeni Kanunu'nun 399. maddesinde borçlunun ediminin ifasında değişiklik yaratacak durumlarda alacağın temlik edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle dijital bilgilerin ve hizmet sunucusu şirketlerle yapılan sözleşmenin mirasçılara geçmeyeceği ileri sürülmüştür; çünkü dijital bilgilerin mirasbırakana sıkı sıkıya bağlı hak olduğu belirtilmiştir⁵⁸. Özellikle özel yazışmaların, örneğin genç bir kız olan mirasbırakanın sevgilisiyle yapmış olduğu yazışmaların yasal mirasçısı olan ebeveynlere geçmesinin doğru olmayacağı savunulmuştur⁵⁹. Bu görüş göre Türk ve Alman hukukunda sadece iradi mirasçılık yoktur. Başka bir deyişle mirasbırakan tarafından ölüme bağlı bir tasarrufla kimin mirasçı olacağı belirlense de her iki ülke hukukunda saklı pay mirasçıları vardır. O halde mirasbırakanın yasal mirasçılarla ilişkilerinin her zaman çok iyi olduğu ve mirasbırakanla mirasçı arasında sır olamayacağı gibi bir düşüncenin kabul

⁵² KUNZ, Nr. 609; HERZOG, s. 51.

⁵³ KUNZ, Nr. 609; HERZOG, s. 51.

⁵⁴ AKKANAT, s. 88, 118.

⁵⁵ DURAL/ÖZ, s. 8 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 32 vd. SEROZAN/ENGİN, s. 126 vd. Manevi tazminat istemi mirasbırakanın sağlığında bu talebi ileri sürmesi halinde bu talebin mirasçılara geçeceği kabul edilmiştir.

⁵⁶ AKKANAT, 88, 118.

⁵⁷ DURAL/ÖZ, s. 9; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 32.

⁵⁸ ÇELİKTAŞ, s. 38; AKKANAT, s. 153.

⁵⁹ ÇELİKTAŞ, s. 38.

edilmesi doğru değildir⁶⁰. Mirasbırakanın mirasçılardan bile sakladığı sırları/bilgileri olabilir⁶¹. Örneğin mirasbırakan bir eş bulma sitesinde yapmış olduğu yazışmaların mirasçılar tarafından bilinmesini istemeyebilir. Nitekim Dortmund Mahkemesi de bir kararında eş bulma sitesine üyelik ve bu hesabın kullanılmasının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu ve mirasçılara geçemeyeceğini belirtmiştir⁶².

Türk ve Alman hukukunda bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi anayasalar tarafından koruma altına alınmıştır⁶³. İnsan onuru kutsal olup Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁴. Kişilik ölümle sona erse bile kişinin onuru ve sosyal kişiliğinin korunması yine devletin yükümlülüğü altındadır⁶⁵. Kişinin sağken yapmış olduğu yazışmaların, tüm bilgilerin mirasçılara geçeceğini düşünmesi mirasbırakanın sağken serbestçe hareket etmesini engeller ve temel haklarını zedeler⁶⁶. Kişinin ölümünden sonra izin vermediği bireylerin (bu mirasçıları ve yakınları olsa da) onun özel alanına giremeyeceği belirtilmiştir⁶⁷. Kişisel bilgilerin, sırlarının korunacağına dair güven bireylerin maddi ve manevi kişiliğini geliştirmesinde son derece önemlidir. Eğer birey kimin, ne zaman ve hangi boyutta kişisel bilgilerine/sırlarına erişeceğini bilmiyorsa ve bu bilgilerin öldükten sonra ele geçirileceği düşüncesiyle yaşıyorsa bu durumda bireyin kişilik hakkı daha yaşarken zedelenmiş olacaktır⁶⁸. Bu görüş taraftarlarına göre mirasçıların mirasbırakanın günlüğüne sahip olabilmeleriyle dijital bilgilerin geçişi arasında bir fark olmadığını ileri sürülmesi kabul edilemez.

⁶⁰ ÇELİKTAŞ, s. 38; YETİM, s. 55.

⁶¹ CLUMSEE, s. 414.

⁶² AG Dortmund, NJW- RR 1991, s. 689.

⁶³ ARLT, Christian: "Datenschutzrechtliche Betrachtung von Onlineangeboten zum Erwerb digitaler Inhalte", MMR 2007, s. 683; HERZOG 2018, s. 474.

⁶⁴ CLUMSEE, Thorsten: "Postmortaler Datenschutz und Postmortale Datennutzung", Law as a Service (LaaS) Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter, Band I, Jürgen Taeger (Hrsg.), Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht, Edeweicht 2013, s. 413.

⁶⁵ HAASE, s. 390; CLUMSEE, s. 413.

⁶⁶ HAASE, s. 388; HEINEMANN, Daniela/HEINEMANN, Manuel J.: "Postmortaler Datenschutz" DuD 2013, s. 243.

⁶⁷ MARTINI, s. 1146, 1150; BVerfG, NJW 2001 s. 2959.

⁶⁸ MARTINI, s. 1150; CLUMSEE, s. 414; HOEREN, s. 2115.

Dijital bilgiler yani internet hesapları için mirasbırakan hizmet sunucusuyla bir sözleşme yapmakta ve bu sözleşme gereğince bilgilerinin saklanacağına ve üçüncü kişilere verilemeyeceğine yönelik haklı bir güvene sahip olmaktadır. Bu nedenle kullanıcının bilgilerinin mirasçılara bile verilmemesi gerektiği savunulmuştur⁶⁹. Mirasbırakanın menfaatlerinin korunması için sırları malvarlığı açısından büyük bir öneme sahip olsa da bunların mirasçılara intikal etmemesi gerektiği savunulmuştur⁷⁰. Ayrıca günlükten farklı olarak mirasçılar bu hesaplara kendiliğinden girememektedirler. Bu hesaplara girilmesi için şifreye ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle mirasçıların internet hesaplarına girmek istemeleri halinde hizmet sunucuları tarafından yediemin gibi davranılarak bu hesaplardaki bilgilerden mirasbırakanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan bilgilerin ayıklanması ve bunların mirasçılara verilmemesi gerektiği savunulmuştur⁷¹.

Türk ve Alman hukukunda sözleşme serbestisi nedeniyle taraflardan birinin ölümü halinde bu sözleşme ilişkisinin sona ereceği düzenlenebilir⁷². Birçok hizmet sunucusu şirketle hizmet alıcısı arasından yapılan sözleşmelerde internet hesaplarının devredilemeyeceği ve bu sözleşme ilişkisinin kişinin ölümüyle sona ereceğine ilişkin şartlara yer verildiği, bu nedenle dijital bilgilerin veya internet hesaplarının mirasçılara intikal etmeyeceği belirtilmiştir. Örneğin Yahoo ve Ebay⁷³ Facebook, E-kitap, Spotify, iTunes gibi hesapların kullanılması için yapılan sözleşmelerde de bu hesapların devredilemeyeceği, bireyin ölümüyle sona ereceği genel işlem şartlarında yer almaktadır⁷⁴.

Hem Türk hem Alman hukukunda anayasalarda haberleşmenin gizliliği düzenlenmiş bulunmaktadır. Türk hukukunda Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca Anayasa'nın herkesi bağladığı ve özel hukuk ilişkilerine de uygulandığının açıkça belirtilmesine rağmen bu husus Alman hukukunda tartışmalıdır. Ancak Alman hukukunda anayasa normlarının doğrudan olmasa da dolaylı olarak özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı

⁶⁹ MARTINI, s. 1148; HAASE, s. 388; ÇELİKTAŞ, s. 38.

⁷⁰ AKKANAT, s. 153.

⁷¹ MARTINI, s. 1152.

⁷² BRISCH/MÜLLER-TER JUNG, s. 455.

⁷³ KUTSCHER, s. 117; BRISCH/MÜLLER- TER JUNG, s. 448 vd.

⁷⁴ KUTSCHER, s. 119 vd; DEUTSCH, 2013, s. 433.

(Drittwirkung) kabul görmüştür⁷⁵. O halde mirasbırakanın elektronik posta hesapları ve diğer sosyal medya hesaplarında yapmış olduğu yazışmaların gizliliğinin korunması gerektiği ve bu nedenle dijital bilgilerin mirasçılara intikal etmeyeceğinin savunulmasının mantıklı olacağı belirtilmiştir⁷⁶. Bu görüş taraftarlarına göre haberleşmenin gizliliği ve kişisel verilerin saklanması ile ilgili hükümlerin sadece yaşayanlar arasında uygulanacağı, kişinin ölümüyle söz konusu bilgilerin mirasçılara aktarılacağı fikri kabul edilemez⁷⁷. Ayrıca mirasbırakanla iletişim içinde olan ve yaşayan bireylerin bu haklarının korunmasının son derece önemli olduğunu vurgulanmıştır⁷⁸. Mirasbırakanla elektronik posta yoluyla bir sırrını paylaşan ve mirasbırakanla arasındaki özel bağa dayanarak yazmış olduğu bilgilerin mirasbırakanla kendisi arasında kalacağına, mirasbırakanın ölümüyle bunların ortaya çıkmayacağına ve mirasçılara intikal etmeyeceğine ilişkin inancının korunmasının son derece önemli olduğu belirtilmiştir⁷⁹. Alman hukukunda Telekomünikasyon ve Telemedya Kanunu gibi hukuki düzenlemeler dikkate alındığında mirasbırakanla iletişim içinde olan, onunla yazışan kişilerin korunması gerektiği, bu nedenle mirasbırakanın dijital bilgilerinin mirasçılara intikalinin mümkün olmadığı savunulmuştur⁸⁰.

Doktor ve avukat gibi bazı meslek mensuplarıyla yapılan sözleşmelerde, taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir⁸¹. Hayatının çok önemli bir bölümünü sosyal medya

⁷⁵ BELLING, Detlev.W/İNCE, Nurten: “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi” LHD 2014, Cilt: 12, Sayı 137, s. 9 vd. BRÄUTIGAM, Nr. 16; DEUTSCH, s. 5; GLOSER, Stefan: “Digitale Vorsorge” in der notariellen Praxis” DNotZ 2015, s. 5; MAYEN, Thomas/ZUCK, Holger: “Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen”, Stellungnahme Nr. 34/2013 des deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, 2013, s. 75 (Ortak yazarlı bir makale olmasına rağmen atfı yapmış olduğumuz kısım MAYEN tarafından yazılmıştır.); BRISCH/MÜLLER- TER JUNG, s. 450.

⁷⁶ CLUMSEE, s. 414 vd; HOEREN s. 2115; MARTINI, s. 1145.

⁷⁷ KUNTZ, s. 191; MARTINI, s. 1153.

⁷⁸ HERZOG 2018, s. 474.

⁷⁹ CLUMSEE, s. 415.

⁸⁰ MAYEN, s. 77, 80; PRUNS, Matthias: “Keine Angst vor dem digitalen Nachlass! Erbrecht vs. Fernmeldegeheimnis?”, NWB 2014, Heft 29, s. 2179; BRÄUTIGAM, Nr. 11; BRINKERT/STOLZE/HEIDRICH, s. 155; MARTINI, s. 1149; HAASE, s. 388; CLUMSEE, s. 414 vd; KUNTZ, Wolfgang: “Digitaler Nachlass: Zugang der Erben zum Facebook-Nutzerkonto LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015 – 20 O 172/15” jM 2016, s. 191.

⁸¹ HAASE, s. 389; CLUMSEE, s. 418.

hesaplarında geçiren bireyle, bu hizmetleri sunan şirketler arasında özel bir güven ilişkisinin kurulduğunu kabul etmenin doğru olacağı belirtilmiştir⁸². Mirasbırakanın, hizmet sunucusu şirketle yapılan anlaşma gereği bilgilerinin içeriğinin bir başkasına verilmeyeceğine güvenmekte haklı olduğu, bu nedenle mirasbırakanın aksi yönde bir iradesi olmadıkça dijital bilgilerin mirasçılara intikalinin kabulünün doğru olmayacağı ileri sürülmüştür. Mirasbırakanın zaten herkese açık yapmış olduğu paylaşımlar, örneğin Facebook hesabından herkese açık olarak paylaştığı resimler, yazılar için hizmet sunucusu şirketin bir sorumluluğunun olmayacağı belirtilmiştir. Zira bu paylaşımların mirasbırakanın iradesiyle yapıldığı savunulmuştur. Ancak mirasbırakanın herkese açık olmayan yazışmalarının korunması gerektiği belirtilmiştir⁸³. Örneğin mirasbırakan Facebook hesabından herkese açık paylaşımlarının dışında bu hesaptaki arkadaşlarıyla Messenger'den özel olarak yazışabilir ve kural olarak bunların gizliliğinin korunması gerektiği belirtilmiştir.

Bireyin maddi ve manevi varlığını özgürce geliştirmesinin en önemli koşulu kişisel verilerinin, sırlarının korunmasıdır. Bunun güvence altına alınması amacıyla ceza kanunlarında bireylerin sırlarının ifşa edilmesinin suç olarak düzenlendiği⁸⁴ bu nedenle hizmet sunucusu şirketler tarafından da mirasbırakanın dijital bilgilerinin mirasçılara verilemeyeceği ileri sürülmüştür⁸⁵.

Haberleşme kavramının sadece telefon ve geleneksel posta yoluyla yapılan iletişim olarak anlaşılması ve bu kavramın geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Artık telefon görüşmelerinin neredeyse yapılmadığı, çoğu kez sadece sosyal medya hesapları aracılığıyla insanların iletişime geçtiği düşünülecek olursa haberleşmenin ve konuşmanın gizliliğine ilişkin konulmuş olan kanunların sosyal medya hesaplarıdaki dijital bilgiler için de geçerli olduğu sonucuna varılması gerektiği savunulmuştur⁸⁶. Bu görüş taraftarlarına göre özellikle Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından telekomünikasyon kavramının

⁸² MARTINI, s. 1152. Güven ilişkisi olmadığına dair bkz. HERZOG, NJW 2013, s. 3748; KUNZ, Nr. 611; CLUMSEE, s. 418.

⁸³ MARTINI, s. 1152.

⁸⁴ DEUTSCH 2013, s. 438.

⁸⁵ HAASE, s. 389.

⁸⁶ YETİM, Servet: “Elektronik Posta (E Posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?” THD, Mayıs 2008, Sayı: 21, s. 55; BRÄUTIGAM, Nr. 18; ARLT, s. 684, 687; HAASE, s. 388, 391; MAYEN, s. 80, 82.

geniş anlaşılmasına ilişkin kararı dikkate alınmalıdır⁸⁷. Hizmet sunucusu şirketin mirasbırakanın bilgilerini mirasçılara aktarması durumunda haberleşmenin gizliliğini ihlal etmeyeceğine ilişkin açık bir kanun hükmü olmadıkça bu bilgilerin mirasçılara intikal etmeyeceği savunulmuştur⁸⁸.

Yine mektupla dijital bilgilerin karşılaştırılmasının ve mektuplara ilişkin düzenlemelerin dijital bilgilere de uygulanmasının doğru olmadığı savunulmaktadır. İnternet ortamında fiziksel olarak birbirinden uzak olan hatta kimliklerini bile saklayabilen kimselerin özel hayatına ilişkin bilgileri daha rahat bir şekilde paylaştıkları ve bu nedenle daha fazla korunmaya ihtiyaç duydukları ileri sürülmüştür⁸⁹. Mektubu gönderen kişi, mektubun gönderilme aşamasında başka kişilerce ele geçirilme ihtimalini düşünerek daha temkinli davranırken internet üzerinde yapılan paylaşımlarda böyle bir endişenin olmayacağı ileri sürülmüştür⁹⁰. Mirasbırakanın mahremiyetiyle mirasçılarının menfaatlerinin çatışması halinde mirasbırakanın mahremiyetine saygı gösterilmesinin son derece önemli olduğu belirtilmiştir⁹¹.

Bu görüşe göre her bir birey dilediği zaman kendine ait bir elektronik posta hesabı veya sosyal medya hesabı açabildiğine göre ekonomik değeri olmayan bu hesapların mirasçılara intikalini kabul etmek doğru değildir. Nasıl ki mirasbırakanla banka arasında yapılan sözleşme mirasçılara intikal etmeyip sadece hesapta bulunan malvarlığı mirasçılara intikal ediyorsa aynı durum dijital bilgilerin mirasçılara intikalinde de uygulanmalıdır⁹².

B. Dijital Bilgilerin Mirasçılara Geçişini Kabul Eden Görüş

Bu görüş taraftarlarına göre miras hukukunda sadece ekonomik değeri olan hakların mirasçılara intikal edeceğini düşünmek yanlıştır. Alman Medeni Kanunu'nun 2253 ile 2047. maddelerinin 2. fıkraları⁹³ ve Türk Medenin Kanun'un 653. maddesi uyarınca aile belgeleriyle, aile için

⁸⁷ BverfGE124/43, Nr. 50 vd.

⁸⁸ BRÄUTIGAM, s.18 vd.

⁸⁹ YETİM, s. 50.

⁹⁰ YETİM, s. 56.

⁹¹ AKKANAT, s. 153.

⁹² BRÄUTIGAM, Nr. 5.

⁹³ HERZOG, NJW 2013, s. 3748; PRUNS, s. 3166; KUTSCHER, s. 115; HERZOG 2018, s. 478; RAUDE, s. 17.

özel anı değeri olan eşyaların mirasçılara intikali düzenlenmiştir⁹⁴. O halde bu hükümlerden yola çıkılarak dijital bilgilerin ekonomik değerinden bağımsız olarak mirasçılara intikal edeceğini kabul etmenin son derece doğru olacağı savunulmuştur⁹⁵.

Mirasbırakanla hizmet sunucusu arasında meydana gelen sözleşmenin niteliği tartışmalı olmakla birlikte bunun hizmet sözleşmesi olarak adlandırılması halinde bile sözleşmenin mirasçılara geçmesinde bir sorun olmadığı belirtilmiştir⁹⁶. Zira bu tarz sözleşmelerde özellikle hizmet edimini yerine getirecek tarafın (hizmet sunucusu şirketin) önemli olduğu ve hizmet alıcısı (mirasbırakan) olan tarafın önemli olmadığı belirtilmiştir⁹⁷. Bu sözleşmelerin eser sözleşmesi veya kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde bilgilerin mirasçıya geçişine engel bir durum olmayacağı belirtilmiştir. Zira eser sözleşmelerinde sonucun önemli olduğu, ayrıca kanun koyucunun kiracının ölmesi durumunda kira sözleşmesinin sona ermeyeceğini mirasçıların kiralayandan kiralanan yerin kullanımını ve buraya girişi talep edebileceği belirtilmiştir⁹⁸. Dikkat edilirse kiracının ölmesi halinde kira sözleşmesinin geçeceği kişiler mirasçılarla sınırlı tutulmamıştır⁹⁹. Bu sözleşmelerin vekalet, ardiye ve vedia olarak nitelendirilmesi halinde de mirasçılara intikaline engel bir durum olmadığı, mirasbırakanın ölümüyle sona ermeyeceği ve bu dijital bilgilerin de hizmet sunucusu şirketler tarafından silinmeyip muhafaza edilmesi ve mirasçılara bu bilgilere erişim için şifre başta olmak üzere diğer bilgilerin verilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁰. O halde hizmet sunucusu şirketle mirasbırakan arasında yapılan sözleşmenin niteliği ne olursa olsun kural olarak mirasçılara geçeceğinin kabul edilmesi gerektiği ve bunun mirasın bir bütün olarak mirasçılara intikal edeceğine ilişkin hukuki düzenlemeye uygun olacağı belirtilmiştir. Bu görüş taraftarlarına göre nasıl ki mirasbırakanla banka arasında yapılan hesap sözleşmeleri ve hesaplarda bulunan malvarlıkları mirasçılara geçiyorsa sosyal medya hesaplarının kullanımına ilişkin bu sözleşmelerin de mirasçılara geçmesi

⁹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 715.

⁹⁵ KUTSCHER, s. 115.

⁹⁶ KUNZ, Nr. 620; HERZOG 2018, s. 478; SOLMECKE/KÖBRICH/SCHMITT, s. 291; LUDYGA, s. 447.

⁹⁷ SEIDLER, s. 82.

⁹⁸ KUTSCHER, s. 101. Ayrıntılı bilgi: AKKANAT, s. 145; SAĞLAM, s. 252.

⁹⁹ SAĞLAM, s. 256.

¹⁰⁰ ÇELİKTAŞ, s. 37; aksi görüş: AKKANAT, s. 149.

gerekir¹⁰¹. Tasarruf hesabında yapılan işlemlere dair bilgi talep etme hakkının mirasçılara geçeceği bu nedenle dijital bilgilerin de mirasçılara intikalinin kabulünün doğru olacağı belirtilmiştir¹⁰². Bankayla yapılan sözleşmelerde hesaplarda bulunan malvarlığı değeri ve hesap sözleşmesi arasında bir ayırım yapılmaktadır. Hesapta bulunan malvarlıkları kendiliğinden terekeye dâhil olur. Her ne kadar Alman Yüksek Mahkemesi hesapların bir malvarlığı değeri olmadığını belirtse de bir mirasçının mirasbırakanın cari hesabını kendi şahsi hesabıymış gibi devam ettirmesi halinde bu mirasçıyla banka arasında yeni bir hukuki ilişkinin doğduğu kabul edilmiştir¹⁰³. Dijital bilgilere ilişkin yapılan sözleşmenin bankayla yapılan sözleşmelerden farklı olarak ekonomik bir değerinin olmadığını ileri sürmenin doğru olmayacağı savunulmuştur. Özellikle bugün birçok internet hesabının ticari işlemler için kullanıldığı unutulmamalıdır¹⁰⁴. Tıpkı kira ve banka hesap sözleşmelerinde olduğu gibi internet hesaplarında da mirasçıların geçici bile olsa bu sözleşmelere taraf olacağı, internet hesapların kullanılması için gerekli bilgilerin kendilerine verilmesini isteyeceklerinin kabul edilmesinin gerekli olduğu savunulmuştur¹⁰⁵. Ancak internet hesapları kullanılırken mirasçılar mirasbırakanın kişiliğine (postmortale Persönlichkeit) saygı göstermelidir. Bu görüş taraftarlarına göre dijital bilgilerin eşya olup olmadığının, mirasbırakan tarafından dijital bilgilerin internet ortamı dışında bir yere (flash belleğe) kayıt edilip edilmediğinin bir önemi yoktur. Mirasbırakanla internet sunucusu şirket arasında yapılmış olan bu sözleşme, haklar ve yükümlülükleriyle mirasçılara geçecektir. Mirasçılara dijital bilgilerin mülkiyetinin mi, dijital bilgilere ilişkin hakların mı yoksa internet hesapların kullanımına dair sözleşmeye ilişkin borçların mı geçeceğinin pek bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁶.

Doktrinde özel yazışmaların mirasçılara geçmeyeceği ancak mirasbırakan tarafından yapılan ticari yazışmaların ve bilgilerin mirasçılara intikal edeceği belirtilmiştir¹⁰⁷. Ancak söz konusu

¹⁰¹ AKKANAT, s. 148.

¹⁰² AKKANAT, s. 148.

¹⁰³ BGH, NJW 2000, s. 1258 vd; BGH NJW 1996 s. 190 vd; KUNZ, Nr. 618; AKKANAT, s. 148.

¹⁰⁴ SEIDLER, s. 88.

¹⁰⁵ KUTSCHER, s. 102; KUNZ, Nr. 619; HERZOG, s. 36 vd.

¹⁰⁶ KUTSCHER, s. 115.

¹⁰⁷ HOEREN, NJW 2005, S. 2114; KUNZ, Nr. 608.

yazışmaların hangisinin özel, hangisinin ticari yazışma olduğunun belirlenmesi son derece güç olup buna kimin karar vereceği ayrı bir tartışma konusudur¹⁰⁸. Mahkemenin mi yoksa vasiyeti tenfiz memurunun mu bu dijital bilgileri okuyarak değerlendireceği hususunda bir açıklık olmamakla beraber söz konusu bu durumun çok uzun süreceği ve dijital bilgiler arasında ticari ve özel gibi bir ayrımın yapılmasının kolay olmayacağı belirtilmiştir¹⁰⁹. Mirasbırakan tarafından özel yazışmalarının ayrı bir hesaptan yapılması söz konusu olabileceği gibi aynı elektronik posta iletileri içinde mirasbırakan biriyle özel bir hususta yazışıp ardından onunla bir sözleşmede akdedebilir¹¹⁰. Nasıl ki mektupların özel/kişisel bilgiler içerip içermediğine bakılmaksızın bunlar mirasçılara intikal etmekteyse dijital bilgilerin de özel ve ticari ayrımına tutulmaksızın mirasçılara intikalinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹¹. Elektronik posta iletileri başta olmak üzere dijital bilgilerin mirasbırakan tarafından okunması ve içeriğinin açılması halinde mirasçılara geçeceği gibi bir ayrım yapılmasının yanlış olduğu belirtilmiştir¹¹². Zira mirasbırakan tarafından henüz açılmamış olan elektronik posta iletilere erişimin sağlanması, hizmeti sunan şirketin mirasbırakanla yaptığı anlaşma gereğince en temel borcudur ve miras hukuku kuralları uyarınca da bu sözleşmeler mirasçılara intikal edecektir. Okunmamış veya mirasbırakan tarafından içeriği öğrenilmemiş bu dijital bilgilerin hizmet sunucusu şirketlerden mirasçılar tarafından talep edileceği belirtilmiştir¹¹³. Bu görüş taraftarlarına göre hayatına dair bilgileri çeşitli internet hesabında paylaşan mirasbırakan söz konusu bu bilgileri kamuya aktardığı, başkalarıyla paylaştığı için bu bilgilerin mirasbırakanın özel hayata ait olduğu ileri sürülmeyecektir. Sosyal medya hesapları üzerinde paylaşım yapan bireyler “camdan bir kutu” içinde sürekli olarak izlendiklerini

¹⁰⁸ BRÄUTIGAM, Nr. 10; KUTSCHER, s. 105; BERBERICH, Virtuelles Eigentum, s. 105, 311; BRINKERT/STOLZE/HEIDRICH, s. 156; HERZOG 2018, s. 479 vd; SOLMECKE/KÖBRICH/SCHMITT, s. 295; LUDYGA, s. 444; RAUDE, s. 21.

¹⁰⁹ KUTSCHER, s. 105; MARTINI, s. 1152.

¹¹⁰ KUTSCHER, s. 105.

¹¹¹ HERZOG, s. 49 vd; BRÄUTIGAM, Peter: “Der digitale Nachlass – empirischer Befund und Fragestellung” Stellungnahme Nr. 34/2013 des deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, 2013, s. 25; KUTSCHER, s. 105.

¹¹² KÜNZLE, Hans Rainer: “Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht”, Successio 2015, s. 44

¹¹³ HERZOG, s. 53.

bilmelidir. O halde çeşitli internet hesaplarında resimlerini, düşünceleri vs. paylaşan mirasbırakan bunların aslında mirasçılara geçeceğini bilmektedir. Mirasbırakan özel olarak yazdığı, kimseye okutmadığı, itinayla sakladığı hatta anahtarlı olan günlüğünün bile mirasçılara geçeceğini bildiğine göre dijital bilgilerin de mirasçılara intikal edeceğini bilmektedir¹¹⁴. Nasıl ki kiralayan, mirasbırakanın özel eşyalarını ayırmadan mirasçılarının kiralanan konuta girmesine izin veriyorsa, mirasbırakana gönderilmiş olan mektup, özel olup olmamasına bakılmaksızın postacı tarafından mirasçılara teslim ediliyorsa, internet hizmet sunucuları da bu bilgileri mirasçılara iletilmelidir. O halde bu hizmet sunucularının araştırma yaparak bu bilgilerin özel olup olmadığı gibi ayırımı yapmalarına gerek olmadığı, zaten böyle bir ayırımın da bu şirketlerin görevini aşacağı belirtilmiştir¹¹⁵.

Mirasbırakanın ölümüyle mirasın bir bütün olarak mirasçılara geçeceği ve mirasçılarının mirasbırakanın borçlarından sorumlu olduğu ve dilerse mirası reddedebileceği kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir¹¹⁶. Mirasbırakanın dijital bilgileri mirasçılarının mirası reddedip etmeyeceklerinde son derece önemli bir rol oynamaktadır¹¹⁷. Ebay gibi internet hesabından alınmış bir ürünün bedelinin ödenmesi, mirasbırakan tarafından satılmış bir malın alıcıya gönderilmesi için mirasçılara bu hesapların intikalinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹⁸.

Mirasbırakanın dijital bilgilerinin mirasçılara intikal etmesini isteseydi onlara söz konusu hesapların şifrelerinin vereceği fikrinin kabul edilemez olduğu belirtilmiştir. Bankamatik ve kredi kartlarının şifresi mirasbırakılan tarafından mirasçılara verilmediği halde bu hesaplardaki malvarlığının mirasçılara intikaliyle dijital bilgilerin intikali arasında bir farkın olmadığı savunulmuştur¹¹⁹. Nasıl ki banka mirasçılara karşı sır saklama yükümlülüğünü ileri sürüp bilgileri vermekten kaçınıyorsa hizmet sunucusu şirketlerin de bunu yapamayacağı belirtilmiştir¹²⁰.

¹¹⁴ KUTSCHER, s. 112; PRUNS, s. 3166 vd.

¹¹⁵ KUTSCHER, s. 114.

¹¹⁶ SOLMECKE/KÖBRICH/SCHMITT, s. 292.

¹¹⁷ KUNZ, Nr. 619; SOLMECKE/KÖBRICH/SCHMITT, s. 292; BRISCH/MÜLLER-TER JUNG, s. 452.

¹¹⁸ KÜNZLE, s. 45; HERZOG, s. 45 vd.

¹¹⁹ KÜNZLE, s. 42; KUTSCHER, s. 124; HERZOG, s. 51.

¹²⁰ KUTSCHER, s. 113 vd; BRÄUTIGAM, Nr. 9; KUNZ, Nr. 619; HERZOG, s. 31 vd. Karşı görüş: MARTINI, s. 1151 vd; BGHZ 107, s. 109; HERZOG, s. 48 vd.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü olduğu ve bu sırrı ifşa etmesi halinde cezai sorumluluklarının gündeme geleceğinin ceza kanunlarında belirtilmesine rağmen hastanın ölmesi halinde hastalığına ilişkin belgeleri mirasçılara ve yakınlarına verebileceği hususu kanunlarda düzenlenmiştir. O halde sır saklama yükümlülüğüyle bilgilerin mirasçılara geçişinin birbirinden farklı olduğu belirtilmiştir¹²¹. Alman hukukunda tedavi sözleşmesi ve hekimin borçlarının kanunda detaylı bir şekilde düzenlenmesinden önce hastanın hastalığına dair belgeleri (ultrason, kan tahlili) inceleyebileceği ve bunların bir nüshasının hekimden talep edeceği kabul edilmekteydi, ancak mirasçılarının bu belgeleri inceleyip bunları talep etme hususu doktrinde tartışmalıyken 2013 yılında Alman Medeni Kanunu'na eklenen 630g maddesinin 3. fıkrasıyla bu tartışmalara son verilmiştir. Bu fıkra hastanın yasaklamadığı hallerde mirasçuları tarafından bu belgelerin inceleneceği ve mirasçılara verileceği düzenlenmiştir¹²². Bu maddeden yola çıkılarak doktrinde mirasbırakanın dijital bilgilerinin mirasçılara geçişini istemediğine yönelik açık bir irade beyanı olmadıkça dijital bilgilerin mirasçılara intikal edeceği ve kanun koyucunun böyle bir fikre yabancı olmadığı belirtilmiştir¹²³.

Hizmet sunucusu olan şirketle mirasbırakan arasında yapılan sözleşmelerde sözleşme tarafının son derece önemli olduğu, bu nedenle hizmet sunucusu birçok şirket tarafından sözleşme tarafının ölümü halinde hesabının mirasçılara geçmeyeceğine ilişkin sözleşmede yer alan hükümlerin geçerli olmayacağı savunulmaktadır¹²⁴. Zira bu şirketler tarafından sözleşme tarafının kişiliğinin önemli olmadığı ve hizmet kullanıcısı yani sözleşme tarafının kim olduğu hususunda kimlik kontrollerinin bile yapılmadığı ileri sürülmüştür¹²⁵. Ayrıca hizmet sunucusu şirket tarafından söz konusu internet hesaplarının kullanımı için tek taraflı olarak hazırlanmış olan bu şartların genel işlem şartları olduğu savunulmuştur¹²⁶. Taraflardan birini mağdur eden, kanun koyucu tarafından emredici olarak düzenlenmiş bir hükümden farklı düzenlemeler

¹²¹ HERZOG 2018, s. 478; HERZOG, s. 44 ve 45; RAUDE, s. 22.

¹²² BENDER, s. 159, 193, 455; KUTSCHER, s. 114; KUNZ, Nr. 627.

¹²³ KUNZ, Nr. 627.

¹²⁴ HERZOG 2018, s. 478; HERZOG, s. 51.

¹²⁵ KUTSCHER, s. 123 vd; BRINKERT/STOLZE/HEIDRICH, s. 155.

¹²⁶ HERZOG 2018, s. 478; LIEDER, Jan/BERNEİTH, Daniel: “§§ 1922, 1924 BGB: Zugang der Erben zu Facebook-Account Verstorbener [m. Anm. Lieder/Berneith, s. 743]” FamRZ 2016, s. 744.

öngören, bir sözleşmenin taraflarından birine yüklenmiş olunan hak ve yükümlülüklerde çok büyük değişiklikler yapan genel işlem şartlarının içerik denetimine tabi tutulacağı belirtilmiştir¹²⁷. Her ne kadar bazı tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde (vekalette, ödünç) olağanüstü hallerde fesih süresine uyulmaksızın hukuki ilişkiyi sona erdirmeye hakkı verilse de dijital bilgiler için durumun farklı olduğu ileri sürülmüştür. Hesapların kullanımına ilişkin bu sözleşmelerin karşılıksız olmadığı, kullanıcı tarafından bir bedel ödenmese bile hizmet sunucusu şirketin kullanıcının kişisel bilgilerine sahip olduğu, bu kişisel bilgilere uygun olarak kullanıcıya reklam vs, göndererek gelir elde ettiği belirtilmiştir¹²⁸. Kullanıcının ölümüyle kendisinden bir süre haber alınmaması halinde hesap bilgilerinin silineceğine ilişkin genel işlem şartlarının da geçerli olmayacağı belirtilmiştir. Zira sözleşme sona erse bile sözleşmenin bir kopyasının diğer tarafa özellikle tüketiciye verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. O halde hizmet sunucusu şirket tarafından kullanıcının bilgilerinin silinmesi sözleşmeden doğan yan edim yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olup şirketin tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir¹²⁹. Belgelerin/bilgilerin iade edilmeyeceğine ilişkin şartlar geçersiz olduğu gibi bunları verdikten sonra hesapların silineceğine ilişkin şartların da geçersiz olacağı belirtilmiştir. Zira burada teknik anlamda bilgilerin mülkiyetin iadesinden bahsedilmeyeceği savunulmuştur. Belgelerin, hesap bilgilerinin veriliş şeklinin son derece önemli olduğu; verilen bilgi ve belgelerin verilen yazılım programıyla mirasbırakan/mirasçılar tarafından çalıştırılabilecek nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir¹³⁰. Berlin İlk Derece Mahkemesi ve Alman Yüksek Mahkemesi Facebook hesabına ilişkin sözleşmenin kullanıcının ölümüyle sona ereceği, bu hesabın mirasçılara geçişinin söz konusu olmayacağına ilişkin genel işlem şartının geçersiz olduğuna karar vermiştir. Artık Gmx ve Dropbox gibi hizmet sunucuları hesap açılırken genel işlem şartlarında mirasçılardan ölen kişinin hesabına girebilmeleri için ölüm belgesi ve mirasçılar tarafından el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış hesaba giriş dilekçelerine ihtiyaç olduğunu belirtmiştir. Usulüne uygun olarak başvuran mirasçılara şifre

¹²⁷ BERBERICH, Matthias: “Der Content “gehört” nicht Facebook! - AGB-Kontrolle der Rechteeinräumung an nutzergenerierten Inhalten”, MMR 2010, s. 738 vd; RAUDE, s. 23.

¹²⁸ KUTSCHER, s. 125.

¹²⁹ OLG Dresden, NJW-RR 2013, s. 27; KUTSCHER, s. 126.

¹³⁰ KUTSCHER, s. 126.

verilerek hesabı kullanmaları veya dilerlerse hesabı silme haklarının olabileceği düzenlenmiştir¹³¹. Yine 2013 yılına kadar bu konuda bir düzenlenmesi bulunmayan Google şirketinin yeni uygulamalar geliştirdiği görülmektedir. Buna göre mirasçı olan kişiler veraset ilamıyla gerekli belgeleri İngilizce'ye çevirterek Google'ın merkezine göndermeleri gerekmektedir. Google tarafından yapılan inceleme sonunda mirasbırakanın bilgilerin mirasçılara geçip geçmeyeceği veya bu bilgilerin ne kadarının mirasçılara geçeceğine karar verilecektir¹³². Hotmail ise şifre vererek mirasçıların hesabı kullanması yerine mirasbırakanın yazışmalarını, elektronik postalarının eklerini DVD formatında aileye göndermektedir. Hotmail sadece kişinin ölümü değil, hastalığı nedeniyle hesabı kullanmadığı durumlarda da kullanıcının bu bilgilerinin DVD formatında ailesine veya mirasçılara verilmesini düzenlemiştir¹³³. Kısaca hizmet sunucusu şirketlerin kullanıcılarla yapmış olduğu sözleşmelerde farklı düzenlemeler yaptıkları dikkat çekmektedir. İnternet kullanıcılarının korunması ve bu nedenle hesapların devredilemeyeceğine ilişkin genel işlem şartlarının dar yorumlanması gerektiği belirtilmiştir¹³⁴. Hizmet sunucusunun kendisini ve şirketini korumak için e-kitap vs. hesapların kullanımının üçüncü kişilere devredilemeyeceğini, şifrelerin birden fazla kişi tarafından kullanılmayacağına ilişkin şartları koyabileceği ancak bunun hesapların mirasçılara intikalini engelleyecek şekilde yorumlanmayacağı savunulmuştur. Zira böyle hesapların özellikle çok büyük ekonomik değerleri olduğu belirtilmiştir¹³⁵. Ancak hakkaniyetle bağdaşır bir süre geçmesine rağmen kişinin kendisi veya mirasçıları tarafından kullanılan hesapların silinebileceği belirtilmiştir¹³⁶.

Bu görüş taraftarlarınca haberleşmenin gizliliğinin anayasalar tarafından korunduğu ve dijital bilgilerin mirasçılara geçmeyeceğine ilişkin gerekçe kabul edilemez¹³⁷. Zira haberleşmenin gizliliği anayasalarda korunmakla birlikte miras ve mülkiyet hakkının da

¹³¹ KUTSCHER, s. 117.

¹³² KUTSCHER, s. 118.

¹³³ KUTSCHER, s. 119.

¹³⁴ BERBERICH, s. 738, 740.

¹³⁵ KUTSCHER, s. 127.

¹³⁶ KUTSCHER, s. 128.

¹³⁷ SOLMECKE/KÖBRICH/SCHMITT, s. 292; LUDYGA, s. 447; RAUDE, s. 22.

korunduğu unutulmamalıdır¹³⁸. Anayasa’da yer alan normlar arasında bir hiyerarşi olmadığı için haberleşmenin gizliliğine ilişkin düzenlemelerin mirasçılara uygulanmayacağı son derece açık olduğu belirtilmiştir. Yine bu görüş taraftarlarına göre haberleşmenin gizliliğini düzenleyen kanunlar olsa da mirasın bir bütün halinde mirasçılara geçişini düzenleyen norm Medeni Kanun’da yer almakta olup emredici bir niteliğe haizdir. Bu kuralın amacın alacaklıları ve üçüncü kişileri korumak olduğu, bu nedenle dijital bilgilerin geçişinin aksi bir hüküm olmadıkça reddedilmesinin doğru olmayacağı belirtilmiştir¹³⁹. Ayrıca bu görüş taraftarlarına göre haberleşmenin gizliliği, yaşayan bireyler arasında korunmalıdır. Kanun koyucunun amacı, yaşayan bireylerin sırlarını ve haberleşmenin gizliliğini korumak olup söz konusu bu düzenlemeler miras hukukunda uygulama alanı bulmayacaktır¹⁴⁰. Nitekim Berlin İlk Derece Mahkemesi ve Yüksek Eyalet Mahkemesi Facebook şirketi tarafından ölenin annesine şifrenin verilmesinin anayasalarda ve kanunlarda yer alan haberleşmenin gizliliğine aykırılık oluşturmayacağını vurgulamıştır¹⁴¹. Yine haberleşmenin ve konuşmaların gizliliğine ilişkin hükümlerin aslında internet sunucusu şirketlere uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu görüşe göre söz konusu maddeler hizmet sunucusu şirkete uygulansa bile şirket, haberleşmenin gizliliğini zedelememekte ve mirasbırakanın özel hayatını ifşa edip, ticari amaçlarla kullanmamaktadır. Şirket sadece bunların içeriğini mirasçılara sunmaktadır¹⁴². Bu görüş taraftarlarına göre kişilik hakkı ölümle birlikte sona erer, sadece ölenin son derece sınırlı bir şekilde insan onuru ve kişiliği korunur. Bu nedenle mirasbırakanın kişiliğinin korunması gerekliliğiyle bu bilgilerin mirasçılara verilemeyeceği savının doğru olmayacağı belirtilmiştir¹⁴³. Kişilik hakkı ve kişinin maddi ve manevi kişiliğini özgürce gerçekleştirme hakkı kişinin ölümüyle sona ermektedir ve bu hakkın mirasçılara geçmesi söz konusu değildir. O halde ölen kişinin kişisel verilerinin korunması söz konusu değildir. Ölen kişiyle

¹³⁸ ZUCK, Holger: “Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentum und Erbrecht)”, Stellungnahme Nr. 34/2013 des deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, 2013, s. 82.

¹³⁹ HERZOG 2018, s. 478.

¹⁴⁰ MAYEN, s. 78, 81, KUNZ, Nr. 631.

¹⁴¹ LG Berlin, ZEV 2016, s. 192.

¹⁴² KUNZ, Nr. 631.

¹⁴³ ZUCK, s. 85; KUNZ, Nr. 633; HERZOG 2018, s. 477; BVerfG, NJW 2001, s. 2959; BVerfG, NJW 2006, s. 3409; BVerfG, NJW 2008, s. 1657.

yazışan ve henüz yaşayan kişilerin kişisel bilgilerinin korunması gerektiği, sırf bu nedenle olsa bile kişisel verilerin iletmeyeceğine ilişkin görüşün kabul edilemeyeceği savunulmuştur. Bu görüş taraftarlarına göre nasıl ki mektubu gönderen kimse aksini belirtmemişse mektup alıcının dışında alıcıyla aynı evde yaşayanlara teslim ediliyorsa veya alıcının posta kutusuna atılarak postacının vazifesi sona eriyorsa internet üzerinden gerçekleştirilen yazışma ve bilgiler için de aynısı geçerlidir. Bir emaili gönderen kimse bunun mirasçılar tarafından da okunabileceğini düşünmelidir¹⁴⁴. Kaldı ki zaten mirasbırakanın sağlığında da hesaplarının şifrelerini yakınlarına verebilme ihtimalinin olduğu unutulmamalıdır¹⁴⁵. Ayrıca bu görüş taraftarlarına göre nasıl kişi mektubu göndererek artık mektup üzerinde tasarruf etme hakkı ortadan kalkıyorsa ve mektubu alan alıcı bu mektubu kendisi okuyabileceği gibi başkalarına da okutabiliyorsa bu durum dijital bilgiler için de geçerlidir. Her iki durumda da göndericinin kişilik haklarının zedelenmesi söz konusu değildir. Kapalı olan bir mektubun alıcısının haberi olmadan ele geçirilmesiyle alıcı tarafından okutulması veya miras hukuku hükümlerince mirasçılara geçmesi arasında fark bulunmaktadır¹⁴⁶.

Dijital bilgilerin mirasçılara intikali konusu son yıllarda önem kazanmış olup bu sorunu gidermek üzere bazı şirketlerin kurulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Buna göre SecureSafe adlı bir hizmet sunucusu şirket kişinin önemli belgelerini (iş sözleşmesi, diploma, bankamatik şifreleri) buraya kaydetme ve kullanma hakkı sağlamaktadır. Bu hesabın mirasçılara intikal edeceği de belirtilmiştir. Buna göre kullanıcı bir aktifleştirme kodu almakta olup bu kodu hesabını bırakmak istediği kişiye vermektedir. Söz konusu bu hesabın sadece ölüm nedeniyle mirasçılara geçmesi değil, aynı zamanda çeşitli sebeplerden dolayı örneğin fiil ehliyetinin kısıtlanması halinde de kullanılacak olması bakımından son derece önemli olduğu belirtilmiştir. Kullanıcı aktifleştirme kodunu verdiği kişinin bilgilerinin güncel olup olmamasından sorumludur¹⁴⁷. Mirasbırakan tarafından özellikle mirasçılardan sadece birine internet hesaplarının şifrelerini vermenin mümkün olduğu ancak bunun kötüye kullanılabileceği, oysaki tereke

¹⁴⁴ KUNZ, Nr. 633.

¹⁴⁵ KUTSCHER, s. 139, 141.

¹⁴⁶ KUTSCHER, s. 142.

¹⁴⁷ KÜNZLE, s. 49 vd; www.securesafe.com/de/faq/inheritance/; RAUDE, s. 23 vd.

borçlarından tüm mirasçılardan müteselsil olarak sorumlu olacağına unutulmaması gerekir¹⁴⁸. Mirasbırakanın bir kişiyi temsilci seçip ölmesi halinde söz konusu hesaplarına girebileceği hususunda temsil yetkisi vermesi halinde bu temsilin kişinin ölümünden itibaren hüküm doğuracak postmortal temsil yetkisi olduğu savunulmaktadır¹⁴⁹. Alman hukukunda ölümden itibaren etki doğuracak temsil yetkisinin ölüme bağlı tasarrufların şekil şartına tabi olmadığı, bu nedenle mirasbırakanın dijital bilgilerine ait hesaplarını ve yönetimini kullanması hususunda birini temsilci olarak seçebileceği belirtilmiştir. Ölümden sonra etki gösteren temsil yetkisinin ölüme bağlı tasarruflarla aynı şekilde tabi olup olmadığı özellikle Türk-İsviçre hukukunda tartışmalıdır.

C. DİJİTAL BİLGİLERİN MİRASÇILARA GEÇİŞİNİ DÜZENLEYEN ÜLKE ÖRNEĞİ AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Amerika hukukunda Türk ve Alman hukukundan farklı olarak külli halefiyet bulunmamaktadır ve mirasçılardan mirasbırakanın yerine geçerek tüm hak ve borçlardan sorumlu olması söz konusu değildir. Miras hukukuna ilişkin konuların incelendiği Probate Estate Act bulunmaktadır¹⁵⁰. Genelde kişinin ölümüyle birlikte vasiyeti tenfiz memurunun atandığı ve birçok husus bu vasiyeti tenfiz memuru tarafından yapıldığı kabul edilmektedir¹⁵¹. Son yıllarda dijital bilgilerin önem kazanmasıyla birlikte 2011 yılında mirasbırakanın dijital verilerinin intikaline ilişkin bir yasa tasarısı düzenlenmiş ancak söz konusu bu düzenlemeler özellikle hizmet sunucusu şirketler tarafından eleştirilip bu şirketlerin lobi faaliyetleri sonucunda birtakım değişikliklere uğramıştır. Mirasbırakanın dijital bilgilerinin mirasçılara intikaline yönelik bu kanunda bazı kavramlar tanımlanmış, ardından da vasiyeti tenfiz memuru, temsilci gibi adlarla dört farklı şekilde mirasbırakanın dijital bilgilerinin mirasçılara intikal edilebileceği düzenlenmiştir. Yine dijital bilgilerin geçişini düzenlemek sorumlu olan kişilerin vasiyeti tenfiz memuru gibi mirasbırakanın yerine geçeceği belirtilmiş ve söz konusu hizmet sunucusu şirketler tarafından gerekli olan şifrelerin verilmesi düzenlenmiştir. Bu

¹⁴⁸ GLOSER, s. 10 vd.

¹⁴⁹ GLOSER, Stefan: "Vorsorgeurkunden für elektronische Zugangsberechtigungen" MittBayNot 2015, s. 541.

¹⁵⁰ UHRENBACHER, s. 66.

¹⁵¹ UHRENBACHER, s. 67 vd.

düzenleme çerçevesinde mirasbırakanın internet hesaplarına girilmesinin suç teşkil edilmeyeceği belirtilmiştir. ABD’de bazı eyaletlerde dijital bilgilerin mirasçılara intikaline ilişkin düzenlemeler yapılırken bazı eyaletlerde bu hususta henüz düzenleme yapılmadığı dikkat çekmektedir¹⁵². Örneğin İndiana’da da 2007 yılında yapılan kanuni düzenlemelerle mirasbırakan sadece e-maileri değil, dijital bilgilerinin birer fotokopisinin alınabileceği düzenlenmiştir¹⁵³. Vasiyeti tenfiz memuru tarafından gerekli olan belgelerin hizmet sunucusu olan şirkete iletilmesi gerekmektedir. Burada bir yandan mirasbırakanın dijital bilgilerinin birer fotokopisinin alınması diğer yandan da söz konusu bilgilerin ilgili hizmet sunucusu şirket tarafından 2 yıl gibi bir süre içinde henüz vasiyeti tenfiz memuru bu belgelerin birer fotokopisini almaksızın silinmesi/yok edilmesi engellenmektedir. Zira bazı hizmet sunucusu şirketlerin hizmet alıcısıyla yapmış olduğu sözleşmeler uyarınca bu hesapların belirli süre kullanılmaması halinde hesapların silinmesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Bu prosedürün tamamlanması sonucunda ilgili kişinin mirasbırakanın elektronik posta hesaplarını kontrol etmesinin diğer yasalarda düzenlenmiş olan haberleşmenin gizliliğini ihlal etmeyeceği belirtilmiştir.

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Teknolojide meydana gelen gelişmeler ve internet kullanımıyla birlikte yeni birçok hukuki sorun ortaya çıkmıştır. Birçok hukuki düzenleme henüz internet ve teknolojinin yoğun kullanılmadığı dönemlerde yürürlüğe girdiği için bazı hukuki sorunlara açık bir yanıt bulunamamaktadır. Dijital bilgilerin mirasçılara geçip geçmeyeceğine ilişkin düzenleme de bunlardan birini oluşturmaktadır. Mirasbırakan tarafından bir taşınabilir belleğe kayıt edilmiş olunan veya basılmış halde bulunan bilgilerin eşya statüsünde olduğu; mirasbırakan tarafın yazılmış bir şiir, çekilmiş bir video üzerinde mirasbırakanın fikri hakkı olabileceği için bunların mirasçılara külli halefiyet ilkesi gereğince intikal edeceği kabul edilmektedir. Buna karşın internette bulunan diğer dijital bilgilerin akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır. Mirasbırakan internet hesaplarını kullanmak için hizmet sunucusu şirketle bir sözleşme yapmaktadır. Bu sözleşmenin niteliği tartışmalı olmakla birlikte borç doğuran bir sözleşme

¹⁵² UHRENBACHER, s. 79 vd.

¹⁵³ UHRENBACHER, s. 81 vd.

olduğu kabul edilmektedir. Bu sözleşmelerde hizmet sunucusu şirketin temel borcu bu hesaplara girişi sağlamaktır ve mirasbırakanın kişiliği ön planda olmayıp çoğu kez hizmet sunucusu şirket tarafından kimlik kontrolü bile yapılmaktadır. Bu nedenle bu sözleşmelerin mirasçılara intikalinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Zira mirasçılar bu dijital bilgilere erişim sonunda mirasbırakanın tam olarak haklarını ve borçlarını tespit edeceklerdir. Hizmet sunucusu şirketle mirasbırakan arasında yapılan bu sözleşmelerde bunların devredilemeyeceği ve mirasçılara geçemeyeceğine ilişkin şartlara rastlamak mümkündür. Ancak mahkemeler tarafından isabetle belirtildiği gibi bu genel işlem şartlarının içerik denetimine tabi tutulması gerekmektedir. Alman ve Türk-İsviçre hukukunda mirasın bir bütün olarak mirasçılara geçeceğine dair hüküm emredici bir kural olduğu, bu nedenle bu düzenlemeyi ortadan kaldıracak genel işlem şartlarının geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu dijital bilgilerin mirasçılara geçmemesi gerektiği hem mirasbırakanın hem onunla yazışmalarda bulunan kişilerin haberleşmelerinin gizliliği ve kişisel bilgilerin saklanması gerektiğine dair argümanlar kabul görmemiştir. Mirasbırakanın özel hayatının en önemli bölümünü yaşadığı evine bile mirasçılarının girebileceği hatta mirasbırakanın oturduğu ev kiralıksa bu kira sözleşmesinin mirasbırakanın ölümüyle kendiliğinden sona ermeyeceği belirtilmiştir. Nasıl ki mirasbırakana gönderilmiş özel hayatıyla ilgili bir mektup, mirasbırakanın günlüğü mirasçılara intikal ediyorsa söz konusu bu durumun dijital bilgilerin geçişine de kıyasen uygulanması gerektiği savunulmuştur. Dijital bilgilerin ekonomik bir değeri olmasa bile bunların mirasçılara geçebileceğinin kabulü doğru olacaktır. Zira gerek Türk- İsviçre gerekse Alman hukukunda ekonomik değeri olmayan aile fotoğrafı, günlük eşyaların mirasçılara intikalinin kanunda düzenlendiği görülmektedir. Dijital bilgiler arasında bir ayırım yapılması, bunlardan sadece ticari olanların geçeceğinin kabul edilmesi kanımızca son derece zordur. Bazı hizmet sunucuları (Facebook gibi) kişinin ölmesi halinde bu hesabın silinmeyeceği ve anma hesap olarak kullanılabileceğini belirtmektedir. Buna karşın özellikle unutulma hakkının tartışıldığı son zamanlarda mirasbırakanın yakınlarının/mirasçılarının unutulma hakkı çerçevesinde bu hesapların silinmesini isteyip istemeyecekleri başka bir tartışmayı da gündeme getirebilecektir. Yine mirasbırakanın ölmeden önce sosyal medya hesapları ve bunların şifrelerini güvendiği birine veya mirasçılardan birine verebileceği akla gelse de bu kişinin henüz mirasbırakan sağken bu

hesapları kullanabileceği, yazışmaları okuyabileceği bu nedenle haberleşmenin gizliliği başta olmak üzere mirasbırakanın birçok temel hakkının zedelenebileceği unutulmamalıdır. Mirasbırakanın dijital bilgilerinin mirasçılara intikalini istemesi halinde internet hesaplarına ilişkin şifreleri notere bırakabileceği belirtilmiştir. Ancak bu şifreleri kişi sağken çeşitli sebeplerden dolayı sürekli değiştirebilir ve her seferinde değiştirilmiş şifrelerin notere verilmesinin beklenilmesi hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Son yıllarda yaşanan gelişmeler karşısında Facebook, Gmail gibi hizmet sunucusu şirketlerin kullanıcılarına ölümleri halinde hesabına dair şifre vs. gibi bilgelerin kime gönderileceğini belirleme imkanı sundukları görülmektedir. Bu imkan sunulurken kişinin ne kadar süre sosyal medya hesaplarını kullanmazsa ilgili kişilere bildirim yapılacağı, kişinin ölümünden sonra hesabını devretmek istediği kişinin bilgilerinin güncel olmaması halinde konunun nasıl çözüleceği gibi birçok sorunun açığa kavuşturulması gerekmektedir. Yine internet ortamında dijital vasiyetname yapılıp yapılamayacağı hususu doktrinde tartışılmaya başlanmıştır.¹⁵⁴ Gerek Türk-İsviçre hukukunda gerekse Alman hukukunda ölüme bağlı tasarrufların şekle bağlı olduğu, ancak kanunda belirtilen şekil şartlarını taşıyan vasiyetnamelerin geçerli olacağı bilinmektedir. O halde bazı hizmet sunucusu şirketler tarafından kullanılan dijital vasiyetname kavramı doğru değildir.

Tüm bu gelişmeler mirasbırakanın dijital bilgilerinin mirasçılara geçişine dair tartışmaların güncelliğini kaybetmeyeceğini göstermektedir. Dijital bilgilerin mirasçılara intikalini düzenleyen açık bir kanun hükmü olmasa da bunu yasaklayan bir düzenlemenin olmadığı hatta miras hukukunda hükümlerin yorumlanması ve kıyasen uygulanmasında bu bilgilerin mirasçılara intikal edeceği sorusuna olumlu yanıt verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak uygulamada birliğin sağlanması, mirasbırakanın menfaatlerinin, kişisel verilerin, haberleşmenin gizliliğinin korunması gibi bazı hususlarda tereddüt yaşanmaması için ABD’de olduğu gibi kanun koyucunun bu konuyu düzenlemesinin daha isabetli olacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle mirasbırakanın dijital bilgilerinin Medeni Kanun uyarınca mirasçılara intikal edeceğinin, bu bilgilerin mirasçılara intikalinin kişisel bilgilerin korunmasını ve haberleşmenin gizliliğini ihlal etmediğinin düzenlenmesi isabetli olacaktır. Bu hukuki

¹⁵⁴ BRÄUTIGAM, Nr. 19.

düzenlemeler yapılırken mirasbırakanın menfaati de dikkate alınması gerekir.

KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- AKSOY DURSUN, Sanem: Eşya Kavramı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- ARLT, Christian: “Datenschutzrechtliche Betrachtung von Onlineangeboten zum Erwerb digitaler Inhalte”, MMR 2007, s. 683-687.
- BELLING, Detlev.W/İNCE, Nurten:”Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi” LHD 2014, Cilt: 12, Sayı 137, s. 3-58.
- BERBERICH, Matthias: “Der Content „gehört” nicht Facebook-AGB-Kontrolle der Rechteeräumung an nutzergenerierten Inhalten”, MMR 2010, s. 736-740.
- BOCK, Merle: “Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses” AcP 217(2017), s. 370-417.
- BOEHM, Franziska:”Herausforderungen von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten”, ZEuP 2016, s. 358-386.
- BRÄUTIGAM, Peter: “Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken-Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten”, MMR 2012, s. 635-641.
- BRÄUTIGAM, Peter: “Der digitale Nachlass – empirischer Befund und Fragestellung” Stellungnahme Nr. 34/ 2013 des deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, 2013, s. 16-29.
- BRINKERT, Maik/STOLZE, Michael/HEIDRICH, Joerg: “Der Tod und das soziale Netzwerk Digitaler Nachlass in Theorie und Praxis” ZD 2013, s. 153-157.
- BRISCH, Klaus/MÜLLER-TER JUNG, Marco: “Digitaler Nachlass – Das Schicksal von E-Mail- und De-Mail-Accounts sowie Mediacenter-Inhalten Anforderungen an Internet-Provider nach dem Tode des Account-Inhabers”, CR 2013,s. 446-455
- CLUMSEE, Thorsten: “Postmortaler Datenschutz und Postmortale Datennutzung“ Law as a Service (LaaS) Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter, Band 1, Jürgen Taeger (Hrgs), Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht,Edeweicht 2013, s. 413-428.
- ÇABRİ,Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt: I, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- ÇELİKTAŞ, İlyas: “Vefat Eden Kişinin Elektronik Posta Hesabı Mirasçılara İntikal Eder Mi?” Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 6, Sayı 62, Ekim 2011, s. 34-39
- DEUTSCH, Florian: “Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0” ZEV 2014, s. 2-8.

- DEUTSCH, Florian: “Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0”, Law as a Service (LaaS) Recht im Internet –und Cloud-Zeitalter, Band 1, Jürgen Taeger (Hrgs), Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht, Edeweicht 2013, s. 429-445.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt: IV Miras Hukuku, Filiz Kitapevi İstanbul 2015.
- GLOSER, Stefan: “Digitale Vorsorge” in der notariellen Praxis” DNotZ 2015, s. 4-20.
- GLOSER, Stefan: “Vorsorgeurkunden für elektronische Zugangsberechtigungen” MittBayNot 2015, s. 537-541.
- HAASE, Martin Sebastian: “Rechtsfragen des Digitalen Nachlasses“ Law as a Service (LaaS) Recht im Internet –und Cloud-Zeitalter, Band 1, Jürgen Taeger (Hrgs), Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht, Edeweicht 2013, s. 379-393.
- HEINEMANN, Daniela/HEINEMANN, Manuel J. “Postmortaler Datenschutz” DuD 2013, s. 242-245.
- HERZOG, Stephan: “Bewertung der Rechtslage aus erbrechtlicher Sicht“, Stellungnahme Nr. 34/2013 des deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, 2013, s. 30-59.
- HERZOG, Stephanie: “Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem”, NJW 2013, s. 3745-3751.
- HERZOG, Stephan: “Der digitale Nachlass und das Erbrecht”, AnwBl Online 2018, s. 472-481.
- HOEREN, Thomas: “Der Tod und das Internet- Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mails und www-Accounts nach dem Tode des Inhabers” NJW 2005, s. 2114-2117.
- İMRE Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku 11. Tıpkı Basım, Der Kitabevi İstanbul 2015.
- JANDT, Silke/ROSSNAGEL, Alexander: “Social Networks für Kinder und Jugendliche- Besteht ein ausreichender Datenschutz?“, MMR 2011, s. 637-642.
- KNOOP, Martina: “Digitaler Nachlass – Vererbbarkeit von Konten (minderjähriger) Nutzer in Sozialen Netzwerken” NZFam 2016, s. 966-970.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku 3. Bası, Filiz Kitapevi İstanbul 1987.
- KUNTZ, Wolfgang: “Digitaler Nachlass: Zugang der Erben zum Facebook-Nutzerkonto LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015-20 O 172/15” Jm 2016, s. 190-192.
- KÜNZLE, Hans Rainer: “Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht”, Successio 2015, s. 39-54.
- LIEDER, Jan/BERNEITH, Daniel: “§§ 1922, 1924 BGB Zugang der Erben zu Facebook-Account Verstorbener [m. Anm. Lieder/Berneith, S. 743], FamRZ 2016, s. 738-744.
- LUDYGA, Hannes: “Der digitale Nachlass–zivilrechtliche Aspekte” jM 2016, s. 442-447.
- MARTINI, Mari: “Der digitale Nachlass und die Herausforderungen postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet” JZ 2012, s. 1145-1155.

- MAYEN, Thomas/ZUCK, Holger: “Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen”, Stellungnahme Nr. 34/2013 des deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, 2013, s. 66-92.
- RAUDE, Karin: “Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis” RNotZ 2017, s. 17-27.
- ROTT, Eberhard/ROTT, Alexander: “Wem gehört die E-Mail? - Rechts- und Praxisprobleme beim digitalen Nachlass” NWB-EV 5/2013, s. 160-169.
- PRUNS, Matthias: “Keine Angst vor dem digitalen Nachlass! Erbrecht vs. Fernmeldegeheimnis?”, NWB 2014, Heft 29, s. 2175–2186.
- PRUNS, Matthias: “Keine Angst vor dem digitalen Nachlass, Erbrechtliche Grundlagen – Alte Probleme in einem neuen Gewand?”, NWB 2013, s. 3161-3167.
- SAĞLAM, İpek: “Kıracının Ölümünün Her Türlü Kira İlişisine Etkisi ve Bu Etkinin Özellikle Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Bakımından Gösterdiği Özellikler” MÜHF- HAD Cilt: 23 Sayı: 2, s. 249-266.
- SEIDLER, Katharina: Digitaler Nachlass, Wolfgang Metzner Verlag, Deutschland 2016.
- SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık İstanbul 2018.
- SOLMECKE, Christian/KÖBRICH, Thomas/SCHMITT, Robin: “Der digitale Nachlass haben Erben einen Auskunftsanspruch? Überblick über den rechtssicheren Umgang mit den Daten von Verstorbenen” MMR 2015, s. 291- 295.
- UHRENBACHER, Pia Elisa: Digitales Testament und digitaler Nachlass, Peter Lang Frankfurt am Main 2017.
- YETİM, Servet: Elektronik Posta (E Posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu? THD, Mayıs 2008, Sayı: 21, s.49-65.
- YILDIRIM M.Fadıl/MEMİŞ, Tekin: “Elektronik Posta Kutusu Kullanımı İle İlgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri” AÜEHFD, C. IX, S. 3-4 (2005), s. 331-353.
- ZUCK, Holger: “Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentum und Erbrecht)” Stellungnahme Nr. 34/2013 des deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, 2013, s. 82-88.

İZAHA DAVET VE İZAH ÜZERİNE YAPILACAK İŞLEMLERİN DAVAYA KONU OLMASI

INVITATION TO CLARIFY AND JUSTIFIABILITY OF ADMINISTRATIVE ACTS PURSUANT CLARIFICATION

DOI: 10.21492/inuhfd.464083

Hasan Hüseyin BAYRAKLI*
Mehmet HATİPOĞLU**

Özet

Vergi hukukunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların nedenleri mükellefler ya da vergi idaresi olabilir. Uyuşmazlık kimden kaynaklıysa kaynaklınsın çözümün idari aşamada halledilmiş olması iki tarafın da menfaatine hizmet eder. Zira alacağına kısa sürede ulaşmak isteyen idareyle dostane çözüme yargısal aşamadaki belirsizlikten daha sıcak bakan mükellef için idari çözüm yolları önem arz etmektedir. Uyuşmazlıkların azaltılması, idarenin zamanını daha etkin ve verimli alanlara ayırabilmesi, demokrasi açısından mükelleflerin çözüm sürecine katılımlarının artırılması ve vergiye gönüllü uyuma katkı sağlaması amaçlarını ihtiva eden izaha davet kurumu da bu yollardan bir tanesidir.

Çalışmamızda taraflar arasında idari bir çözüm bulunmasına hizmet eden bu müessesenin özellikleri üzerinde durulacaktır. İzaha davet, daha vergi incelemesi başlamamış, ihbarda bulunulmamış veya takdir komisyonuna sevk olunmamış; ancak yetkili merciler tarafından vergi zıyanına delalet eden hususların tespiti halinde mükelleflerin durumlarını izah etmesi için çağrılması ifade eder. Bu çağrı sonrası yapılan izahın idarece reddi, idari işlem niteliğinde olduğundan vergi davasına konu olabilmektedir. Nitel bir çalışma olarak, henüz yargıya intikal etmiş kararlara da rastlanmadığı için yargılamaya ışık tutucu olması düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İzaha davet, izahın reddi, idari işlem, vergi davası

Abstract

Causes of disputes in taxation law may be either taxpayers or tax office. Both sides wish to have the solution at administrative stage no matter who is the reason of conflict. Because, administrative solutions are significant for both tax Office which is in pursue of collecting debt and for taxpayer who is willing to have friendly solution instead of judicial uncertainty. Invitation to view institution whose aim is to decrease conflicts, allow administration use the time more efficiently and productively, increase the rate of taxpayers' participation in solution process in terms of democracy and taxation in voluntary tax compliance is one of these ways.

In the paper, the features of this institution which serves to find an administrative resolution among the parties are going to be emphasized. Invitation to view means that

* Prof. Dr., Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, (E-Mail bayrakli@aku.edu.tr). (ORCID: 0000-0002-3491-0585)

** Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, (E-Mail mhatipoglu@aku.edu.tr), (ORCID: 0000-0002-5570-8554)

Makale Gönderilme Tarihi: 26.09.2018

Submitted: 26.09.2018

Makale Kabul Tarihi: 18.12.2018

Accepted: 18.21.2018

taxpayers are invited to explain the situations in which examination of tax has not started, the dispatch process has not been done to the discretion commission, denounce has not been made but they were found as tax loss doubt. The administrative rejection of the view made after this invitation may be subject to tax case as it is an administrative procedure. As a qualitative research, it is hoped to be enlightening paper for trial since there have not been decisions submitted to the court.

Keywords: Invitation to clarify, the rejection of the clarification, administrative act, tax case

GİRİŞ

Türk vergi sisteminin özelliklerinden biri beyan esasına dayanmasıdır. Beyan esasının güçlenmesi ya da başka bir ifadeyle doğru sonuçlar verebilmesini sağlayan müesseselerden biriye doğal olarak vergi denetimleridir. Vergi denetimi, devlet açısından zaman alan ve maliyetli bir işlem, mükellef açısından da korkuya, endişeye ve devlete karşı husumetlerin ortaya çıkmasına neden olan bir işlemdir. İstenen verginin doğru olarak alınabilmesi için bazı müesseselere ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyacı karşılayacak müesseselerden biri de 15.7.2016'da 6728 Sayılı Kanun'un 22. maddesiyle Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) md. 370'te yeniden düzenleme yapılarak yürürlüğe giren 'izaha davet' müessesesidir.

Vergi hukukunun önemli konularından biri, mükelleflerle vergi idaresi arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ve bunların idari ve yargısal yönden çözümüdür. Uyuşmazlıkların ortaya çıkma sebepleri mükelleflerden de vergi idarelerinden de kaynaklanabilir. Gereksiz inceleme veya takdir işlemlerinin önlenmesi ve mükelleflerin haksız, yorucu ve gereksiz işlemlere muhatap olmasının önüne geçilmesi maksadına hizmet eden ve vergi uyumuna da olumlu katkılar sunan¹ bir müessese olarak izaha davet, 6728 sayılı Kanunla VUK md.370'e eklenmiştir². İzaha davet müessesesi, mükellefe içinde bulunduğu durumu idareye açıklayabilme hakkı tanıyan bir fırsat olarak, vergi ziyana yönelik cezalarda vergi incelemesine henüz geçilmeden ve takdir komisyonuna sevk edilmeden mükellefe, yapmış olduğu fiilleri ve mevcut durumunu izah etme hakkı tanıdığı bir kurumdur.

Vergi hukukunda mükelleflerin görev ve sorumluluklarını tam olarak yerine getirmeleri amacıyla ve vergi mevzuatının tanıdığı yetkiler

¹DOĞRUSÖZ, Bumin: "İzaha davet", Dünya gazetesi, 23.08.2016, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/izaha-davet/29101>, (Erişim Tarihi (E.T.): 06.05.2018).

²BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: "İzaha Davet (–Saptanabilenler, Sorular, Sorunlar–)", Vergi Dünyası Dergisi, 37(433), 2017, www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/7214, (E.T.: 05.05.2018)

çerçevesinde vergi idaresi, kamu kurum ve kuruluşlarından, mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan diğer kişilerden çok çeşitli bilgiler elde etmekte³, yine bu amaç doğrultusunda mükellefler nezdinde tahkikatlar ve idari denetimler yapmaktadır. Getirilen bu düzenlemeyle idare ve mükellefler arasındaki hukuksal uyuşmazlıkların en aza indirilmesi, idarenin zamanını daha etkin ve verimli kullanarak hizmet kalitesini artırması, demokratik devlet ilkesi açısından olayların gerçek içeriğinin tespit edilmesine mükelleflerce daha çok katkıda bulunulması ve bu sayede vergiye gönüllü uyumun da artırılması amaçlanmaktadır⁴.

İzaha davet, mükellef nezdinde yapılacak vergi incelemesi ve ceza kesme işlemlerinden kurtaran ve mükellefin vergiye gönüllü uyumunu temin eden bir müessese olarak görev ifa eder⁵. İzaha davet, vergi örgütünün mükellefi daha kolay izlediği araçlar kullanılmak suretiyle yanlış yapılmasının önüne geçen ve ödenmesi gereken verginin daha kolay alınmasını sağlayan, tedbir niteliği ön plana çıkan bir araçtır. Vergi Denetim Kurulu Başkanlığında (VDKB) ve VDKB'ye bağlı Grup Başkanlığı (GB) bünyesinde oluşturulan izah değerlendirme komisyonlarının çağrısı, VUK md.370'teki koşulları sağlayan her mükellef için olmayıp, idarece uygun görülen mükelleflere yapılmaktadır. Kanun da "izaha davet edebilir" diyerek cevaz vermektedir. Bununla beraber, hakkında çağrı yapılan mükellefe pişmanlık yolu yine aynı kanun maddesiyle kapatılmıştır. İdarenin aynı konumda bulunan mükelleflerden kime çağrı yapacağını neye göre seçtiği konusu her ne kadar tartışmalı görünse de, seçmediklerine yönelik pişmanlık yolunu kullanmayı açık tutması nedeniyle mükellef haklarının ihlal edildiğini iddia etmek güçtür.

Çalışmamızın konusu itibarıyla ele alınması gereken diğer bir konu da izaha davet sonucu ortaya çıkacak ve idareden sadır olacak olumsuz bir yanıtın idare hukuku açısından ne tür bir işlem olduğu ve bu işlemin idari davaya konu olup olmamasıdır. İzaha davet kurumuyla vergi ziyainin önüne geçilmesi hedeflenmekte ve mükelleflere cezai yaptırım

³ "Hakkında bilgi toplanan mükellefle ilgili belirsiz durumların varlığının ortaya çıkması, idarenin mükelleften doğrudan bir bilgi talebi istemesini gerekli kılabilir. Böylelikle izaha davet kavramı ortaya çıkmaktadır.", Ayrıntılı bilgi için bkz., BOZDOĞAN, Doğan-ÇATALOLUK, Cuma, "Vergi Usul Kanununda Yer Alan İzaha Davet Kurumunun Değerlendirilmesi ve Öneriler" (Öneriler), Journal of International Management, Educational and Economics Perspectives 6 (1) (2018), s. 43

⁴ İzaha davet ile ilgili kanun hükmünün nasıl uygulanacağına ilişkin Maliye Bakanlığı (Gelir İdaresi Başkanlığı)'nce 482 SN VUK GT, 25.07.2017 tarihli ve 30134 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak, 1.9.2017'de yürürlüğe girmiştir.

⁵ YAŞAR, Mehmet: "Vergi Hukukunda Yeni Bir Müessese Olarak İzaha Davet", Vergi Dünyası Dergisi, 36(429), 2017, s.56.

uygulanmadan önce son bir söz hakkı tanınmaktadır. Yani bu aşamaya kadar bir hazırlık aşaması iken izaha davet sonucunda idarenin izahı değerlendirilerek yaptığı işlemse bir icrai işlem olarak karşımıza çıkmaktadır.

I. İZAHA DAVET MÜESSESESİ

6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla (6728 sayılı Kanun) VUK mülga md.370'e "*İzaha Davet*" adında yeni bir müessese oluşturulmuştur. Bu müessesenin oluşturulmasında amaç, idare ve mükellefler arasındaki hukuksal uyuşmazlıkların en aza indirilmesi, idarenin zamanını daha etkin ve verimli kullanarak hizmet kalitesini artırması, demokratik devlet ilkesi açısından olayların gerçek içeriğinin tespit edilmesine mükelleflerce daha çok katkıda bulunulması ve ceza kesme işlemlerine başlanılmadan ceza kesmeyi gerektirecek bir işlem yoksa mükellefi rahatsız etmemesi konularına ilişkindir. Genel anlamda denilebilir ki; güdülen temel amaç mükelleflerin vergiye gönüllü uyumunu sağlamaktır⁶. Daha çok Anglosakson hukuk sistemlerinde karşılaştığımız mükellefin sürece katılımını ve konuya ilişkin görüşlerini güven ilkesi kapsamında aktarmasını hedef alan sistem, vergilendirmede demokrasinin gelişimine de katkı sunabilir. Bunda başarı sağlanabilmesi için bu müessesenin doğru ve amacına uygun olarak kullanılması gerekir.

İzaha davetin yasal gerekçesinde,

"(v)ergi usul kanunlarında hali hazırda pişmanlık müessesesi madem mevcuttur o halde kapsamını genişletip -idarenin tarhiyat eyleminin de uzun sürdüğü ön kabulü ile- mükelleflerin vergiye karşı olumlu davranışları ile daha önceden kaçırdıkları vergileri şimdi beyan etmelerini sağlayıcı"

bir kurumun gerekliliğinden bahsedilmiştir. Devamında da

"(i)darenin verginin zıya uğramış olabileceğini dış kanutlarla tespit ettiği hallerde vergi incelemesi veya takdir işlemlerine başlanılmadan önce mükellefin konuyla ilgili belki daha ayrıntılı görüşlerini alabilmesi için yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğuna"

vurgu yapılmıştır⁷.

İzaha davet, yetkili merciler tarafından harici yollarla vergi zıya meydana geldiğine ilişkin emareleri taşıyan bir durumun tespit edilmesi halinde, henüz mükellef nezdinde vergi incelemesine başlanılmadan, takdir komisyonlarına sevk edilmeden veya üçüncü kişilerce ihbar yapılmadan önce mükellefin durum hakkında açıklama yapmaya

⁶ BİYAN, Özgür: "İdari Aşamada Yeni Bir Çözüm Yolu: İzaha Davet", Bilanço Dergisi, 19(162), 2016., s.47.

⁷ ÖZMEN, İbrahim: "Vergi Usul Kanunu'nda İzaha Davet: 370'inci Madde Mükelleflere Yeni Bir Fırsat mı?", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26(1), 2018, s.80.

çağrılmasıdır. Hukuki nitelik açısından da idari bir işlem olan izaha davetin tanımından da şartlarını, alt başlıklarla şu şekilde inceleyebiliriz:

A. İzaha Davetin Şartları

Mükellefin izaha davet edilebilmesi için aşağıdaki şartların tümünün bulunması gerekir. Aksi takdirde mükellef, izaha davet edilemez; VUK md.370'teki cezalandırmayla ilgili hükümlerden yararlanamaz.

1. Vergi İncelemesine Başlanılmamış veya Takdir Komisyonuna Sevk Edilmemiş Olmalıdır

Mükellefin izaha davet edilebilmesi için mükellef nezdinde vergi incelemesine henüz geçilmemiş veya mükellefin durumunun değerlendirilmesi için takdir komisyonuna sevk edilmemiş olması gerekir. Bu şart, henüz idare tarafından vergi zıyaına yönelik bir işlem yapılmamış olmasını gerekli kılmaktadır. Mükellef nezdinde vergi incelemesi başlatılmışsa emareleri bulunan vergi zıyaı, bir şekilde tespit edilmiş olacaktır. Takdir komisyonuna sevk edilmişse takdir komisyonu tarafından matrah veya servet takdiri yapılmış olacaktır. Artık vergi zıyaı emare olmaktan çıkmış tespit edilmiş olacaktır. Bu ise izaha davetten beklenen amacın gerçekleşmesine engel olur. İzaha davetten beklenen amaçlardan biri de vergiyle ilgili işlem ve yargılamalarda idarenin yükünü hafifletmektir. Vergi incelemesine alınan kişi için denetim başlamış olacaktır. Takdir komisyonuna sevkteyse matrah tespitinden sonra geriye kalan sadece tarhiyat işleminin yapılması olacaktır ki; bu aşamadan sonra izaha davetin bir anlamı da kalmayacaktır.

2. Verginin Zıyaaya Uğradığına Delalet Eden Emareler Bulunmalıdır.

Emare, sözlükte “*belirti, iz, ipucu*” olarak ifade edilmiştir⁸. Buradaki iz ve ipucu mükellefin bazı davranışları sonucu geride bıraktığı izlerden vergi kaybına neden olabileceği doğrultusunda şüphe uyanmasıdır. Kesin olarak vergi kaybına neden olmuştur denilememekle beraber ortaya çıkan belirtilerden vergi zıyaına neden olabileceği endişesi belirmektedir. İşte tam bu sırada izaha davet komisyonu tarafından mükellefin bu durumu aydınlatması için çağrılması öngörülmektedir. Ön tespit mercileri eğer vergi zıyaı olduğuna dair kesin bir yargıya varmış olsalar bu durumda hemen vergi incelemesi sonucu veya somut deliller sonucu vergi zıyaı cezası kesme işlemlerine başlamış olacaklardır.

⁸ TDK, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=emare, (E.T.: 28.04.2018).

3. Emarelerin Ön Tespiti Yetkili Merciler Tarafından Yapılmış Olmalıdır

482 Sıra Nolu (SN) VUK Genel Tebliği (GT) md.3'te ön tespit, “(v)ergi kanunlarının verdiği yetki kapsamında vergi incelemesi yapmaya ve/veya mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan diğer gerçek ve tüzel kişilerden bilgi toplamaya yetkili kılınanlar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen bilgi, bulgu veya verilerin İzah Değerlendirme Komisyonuna intikal ettirilmesi neticesinde, mezkûr komisyon tarafından verginin ziyaa uğramış olabileceği ve mükellefin izaha davet edilebileceği yönünde yapılan tespiti ifade eder.”

şeklinde belirtilmiştir.

Ön tespiti yapabilecek konumda olanlar vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarla bilgi toplamaya yetkili olanlardır. Ön tespitinin nasıl bir hukuki işlem olacağı konusunda açıklığın olmaması “*Vergi incelemesine yetkili olanlar, vergi müfettişleri, vergi müfettiş yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri ile Gelir İdaresi Başkanlığının (GİB) merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlardır.*” denilerek eleştirilmiştir⁹. Bilgi toplamadan maksat, araştırma ya da incelemeye konu mükellefin gelir, servet veya harcama durumuna ilişkin Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın (HMB) ya da vergi incelemesi yapma yetkisi bulunanların VUK md.148'e göre bilgi vermek zorunda olanlardan bilgi elde etmesidir. Bilgisine başvurulacak kişiler VUK md.148'de “Kamu idare ve müesseseleri, mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan diğer gerçek ve tüzel kişiler” olarak sayılmıştır. Burada sayılan “mükelleflerle muamelede bulunan diğer gerçek ve tüzel kişiler” geniş bir kitleyi kapsayacak niteliktedir. Mükellefle sözleşme yapan, görüşen, ortaklık eden, vb. hukuka uygun ya da aykırı ama bir işlem veya eylemde bulunan herkes kural olarak bu kapsama alınabilir¹⁰.

Bilgi toplamaya yetkili olanlarsa HMB veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlardır. Ayrıca VUK md.150'de sayılı resmi makamlarla gerçek ve tüzel kişiler, her ay haberdar oldukları ölüm vakalarını ertesi ayın 15'nci günü akşamına kadar vergi dairesine yazıyla bildirmelidir. Bu kaynaklardan elde edilen bilgiler yanında vergi istihbarat

⁹ BİYAN, Özgür: “İzaha Davet Müessesesinin Detayları Belirlendi”, www.ozgurbiyan.com/2017/08/izaha-davet-muessesesinin-detaylari-belirlendi/#_ftn4, (E.T.: 05.05.2018).

¹⁰ Bu noktada, diplomatların bilgi verme yükümlülüğünün olup olmadığının ayrıca tartışılması gerekir. Ancak, bu konu, mevcut konuyu aşan ayrı bir makale konusu olduğundan çalışmamızda yer verilmemiştir. ÜREL, Gürol: Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.291-292.

arşivi bilgileri¹¹ de değerlendirilerek vergi zıyanına neden olabileceği noktasında şüphe taşıyan mükellefler izaha davete çağrılabilir.

4. Tespit Tarihine Kadar İhbarda Bulunulmamış Olmalıdır

İhbar, özel veya genel kanunlar çerçevesinde devlete veya hazineye verilmesi gerekirken vergi idaresinin bilgisi dışında kalmış taşınır ve taşınmaz mallarla bunların intifa hakları veya alacakları, her nevi mevduat ve emanetle hisse senedi ve tahvillerin vergi idaresine bildirilmesidir¹². Taşınır ve taşınmazlarda belli miktarlar için belli bir oranda ikramiye verilmektedir. 5.000 TL'ye kadar taşınırlarda %30, taşınmazlarda %20, 100.000 TL'den yukarı olanlardaysa her iki için de %7,5'tur. Sürekli vergilerdeyse 500 TL'ye kadar %15, 15.000 TL'den yukarısı için %10'dur.

Bir mükellef hakkında böyle bir ihbar yapılmışsa artık o mükellef izaha davet edilemez. Doğrudan ihbarın araştırılması amacıyla vergi incelemesi başlatılmalıdır.

B. İzaha Davette Bulunulamayacak Haller

Aşağıda belirtilen hususlar varsa mükellef izaha davet edilmez. Bu fiillere uygun cezalandırma işlemlerine başlanarak mükellefe kanunda emredilen hükümler nezdinde ceza tatbik edilir.

1. Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanımı Ön Tespiti Dışında Kaçakçılık Suçu Şüphesi Bulunan Bir Fiille Vergi Zıyanının Olması Hâli

VUK md.370/f.3'e göre, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanımı fiili dışında bir fiille VUK md.359'daki kaçakçılık suçuyla birlikte vergi zıyanına neden olunmuşsa, bu mükellef hakkında izaha davet yoluna gidilmeden doğrudan vergi idaresi tarafından incelemeye alınarak neticesine göre vergi zıyayı cezası kesilir¹³. İlgili kaçakçılık suçları için de vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık,

¹¹ ARSLAN, Cenk Murat: "Buyurun İzaha", Vergi Dünyası Dergisi, 37(433), 2017, s.64.

¹² Bu tanımlama, 31.12.1931 tarih ve 1990 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1905 sayılı Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimi Vergilerin Mektumlarını Haber Verenlere Verilecek İkramiye Hakkında Kanun'un birinci maddesinden yararlanılarak yapılmıştır.

¹³ ŞENSES, Nevzat: "İzaha Davet Müessesesi", www.vmhk.org.tr/izaha-davet-muessesesi-0001, (E.T.: 06.05.2018).

inceleme görevlisinin hazırladığı vergi suçu raporunu Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusu olarak iletir¹⁴.

Kaçakçılık suçları, mükellefle idare arasındaki güven ilkesini zedeleyen hatta ortadan kaldıran fiiller olduğu için, korunan hukuki menfaat gereği bu tür eylemler, gönüllü uyumun aşaması olan izaha davetin de önünde bir engel teşkil etmektedir. Ancak kanun koyucu, sahte belge veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanılmasına ilişkin bir ön tespit halinde, yanıltıcılık şüphesi bulunan her bir belgenin tutarının 2018 yılı itibariyle 57.000 TL’yi geçmemesi ve mükellefin o belgenin düzenlendiği yıldaki toplam mal ve hizmet alımlarının %5’ini aşmaması durumunda izaha davet edilebileceğini kabul etmiştir. Bu fiilin neden diğer kaçakçılık suçlarından ayrı tutulduğuna, 6728 sayılı Kanun’un teklif gerekçesinde yer verilmemiştir¹⁵. Üstelik VUK md.370/f.3’te izaha davet edilebilecek belgelerden söz edilirken “(k)ullanılan sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge tutarı”ndan söz edilmesi kafalarda soru işaretine neden olmaktadır. Halbuki aynı fıkranın bir önceki cümleğinde “(s)ahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma fiilinin işlenmiş olabileceğine dair yapılan ön tespitlerde” denilerek incelemesi henüz yapılmamış ve kesinleşmemiş bir şüpheden söz edilmektedir. Madde metninden ve gerekçede maddenin konuluş amacından anlaşılansa, izahın yeterli bulunup bulunmamasına göre izahın yeterli bulunması ve bulunmaması haline göre iki sonuca erişilmektedir. Davete uyan mükellefin izahı yeterli bulunursa ve ortada vergi ziyayı yoksa, yapılan ön tespit vergi incelemesine konu edilemez. Ancak izahın kabul edilmesinin zorunlu olmadığı ve izahta bulunulsa dahi ön tespitin vergi incelemesine konu edilmesine engel bir durum olmadığı VUK md.370/f.2/1-2’den anlaşılmaktadır. Aynı hükümde, izahın yetersiz bulunması üzerine yapılacak inceleme sonucu tespit edilecek kaçakçılık fiili ve yargılama sonucunda verilecek cezaya ilişkin hiçbir hükme yer verilmemiştir. Yalnızca, 6183 sayılı Kanun md.51’deki gecikme zammı oranında izah zammıyla birlikte ödenecek vergi aslıyla bu vergi aslının yüzde yirmisi kadar kesilecek vergi ziyayı cezasının ödenmesinden söz edilmiştir. Bu nedenle, izahın yeterli bulunmaması halinde, ortada vergi ziyayı cezalı biçimde tarh edilmesi gereken bir vergi söz konusudur. Ayrıca, bu izahta sahte veya muhteviyatı yanıltıcı bir belge kullanıldığına

¹⁴ YÜCE, Mehmet: Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.237-238.

¹⁵ 6728 sayılı Kanun’un gerekçeli teklif metni: www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0728.pdf, (E.T.: 05.05.2018).

yönelik ön tespitteki şüpheler giderilememiştir, dolayısıyla vergi incelemesine geçilmesinde hiçbir yasal engel yoktur. Aksi bir yorum, bir suç fiili işlendiği halde idarece bu durumun Cumhuriyet Savcılığı'na intikal ettirilmemesi anlamına gelir. Bu durumda, VUK md.367'de düzenlenen bildirim yükümlülüğünün inceleme görevlileri ve idarece ihlali demektir ve bu kamu görevlilerinin sorumluluğu doğar¹⁶. Zaten VUK md.370/f.1'de de belirtildiği üzere izaha davet, vergi ziyayıyla ilgili getirilen bir müessese olup; f.2'ye göre, ziyanın tespiti halinde ceza olarak yalnızca VUK md.344'ün uygulanmayacağı açıkça ortadadır.

C. İzaha Davet Kapsamında Olan Haller

VUK md.370'e göre, izaha davetin kapsamını, bir diğer deyişle hangi konularda izaha davetin uygulanacağını belirleme yetkisi HMB'ye aittir. Kapsamda olan hususlar:

1. Ba-Bs Bildirim Formlarında Yer Alan Bilgilerin Analizi Sonucunda Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

HMB, yayınlamış olduğu genel tebliğiyle¹⁷ “*bilanço esasına göre defter tutan mükelleflerin mal ve hizmet alımları ile mal ve hizmet satışlarının*” belirli bir tutarı geçmesi halinde¹⁸ mal ve/veya hizmet alış/satışlarının aylık dönemler itibariyle bildirilmesi gerekmektedir. Mükellefler “*aylık dönemler halinde düzenlemek ve takip eden ayın birinci gününden itibaren son günü akşamı saat 24:00'e kadar sistem üzerinden onaylamak suretiyle göndermekle*” yükümlüdürler.

Mükelleflerin 2010 ve takip eden yılların aylık dönemlerine yönelik mal veya hizmet alışlarıyla mal veya hizmet satışlarına uygulanacak had 5.000 TL şeklinde yeniden belirlenmiştir. Buna göre, bir kişi veya kurumdan Katma Değer Vergisi (KDV) hariç 5.000 TL ve üzerindeki mal veya hizmet alışları, “*Mal ve Hizmet Alımlarına İlişkin Bildirim Formu (Form Ba)*” ile, bir kişi veya kuruma katma değer vergisi hariç 5.000 TL ve üzerindeki mal ve/veya hizmet satışlarıysa “*Mal ve Hizmet Satışlarına İlişkin Bildirim Formu (Form Bs)*” ile bildirilecektir. Ek olarak, “*bilanço esasına göre defter tutan ve beyannamesini elektronik ortamda vermek zorunda olan mükellefler, Ba ve Bs bildirim formlarını da elektronik ortamda vermek zorundadırlar.*”

¹⁶ Vergi incelemesi ve inceleme sonucunda tespit edilen kaçakçılık fiilinin bildirim ile ilgili konular, çalışmamızın kapsamını aşan bir konu olduğundan değinilmemiştir.

¹⁷ 362 SN VUK GT, Resmî Gazete (RG), T.17.08.2006, S.26262.

¹⁸ 396 SN VUK GT'yle 5.000 TL'dir.

Bu bildirimler elektronik ortamda veya belge olarak verilmesi durumunda, mükellefin yıllık alış ve satışlarıyla KDV, Gelir (GV) veya Kurumlar Vergisi (KV) beyanı arasında vergi zıyaı görüntüsü verecek bir fark olursa burada vergi kaybına yönelik emarenin var olduğu sonucuna götürecektir. İşte bu durumda mükellef izaha davet edilmek suretiyle bu farkın nereden geldiği kendisine sorulacaktır.

2. Kredi Kartı Satış Bilgileriyle Katma Değer Vergisi Beyannamelerinin Karşılaştırılması Sonucunda Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

482 SN VUK GT md.2.2’de şu hükme yer verilmiştir:

“Banka ve benzeri finans kurumlarından alınan bilgilere göre, kredi kartı satış cihazı (sanal pos, kredi kartı, banka kartı gibi) kullanan mükelleflerin, yaptıkları satış tutarları ile KDV beyannamelerinin karşılaştırılması sonucunda, satış tutarlarının düşük beyan edilmesi suretiyle verginin ziyaa uğratılmış olabileceğine dair haklarında ön tespit bulunan mükellefler izaha davet edilir.”

Elektronik araçlarla yapılan satışların tutarıyla KDV beyannamesiyle bildirilen satış tutarlarının birbiri örtüşmüş olması lazım. Elektronik kartlarla yapılan satış miktarı KDV beyannamesinde bildirilen miktardan fazlaysa KDV ziyaa uğratılmış olabilir. Bu aradaki farkın nereden kaynaklandığı mükellef izaha davet edilmek suretiyle kendisine sorulabilir.

3. Yıllık Beyannamelerle Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannamelerinin Karşılaştırılması Sonucunda Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

Yıllık gelir vergisi beyannamesiyle bildirilen gelirlerin bir kısmı veya tamamı kaynaktan vergi kesintisine uğramışsa, yıllık beyannamede bildirilen tutarlarla vergiyi kaynaktan kesen ve muhtasar beyannameyle bildiren sorumluların kesintiye uğrayan vergi matrahıyla yıllık beyannamede bildirilen matrahın örtüşmesi gerekir. Eğer vergiyi kaynaktan keserek muhtasar beyannameyle bildiren vergi sorumlusunun beyan ettiği tutar, kesintiye uğramış vergiyi beyan eden mükellefin beyan ettiği tutardan büyükse bu durum vergi zıyaı için bir emare olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle aradaki farkın kaynağı vergi mükellefi izaha davet edilerek öğrenilmiş olur.

4. Çeşitli Kurum ve Kuruluşlardan Elde Edilen Bilgilerle Asgari Ücret Tarifelerinin Karşılaştırılması Sonucunda Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

Bu bentte asgari ücret tarifesinden söz edildiğine göre, emek yoğun işlerden elde edilen gelirle bu emek sahiplerinin alması gerektiği asgari ücretleri karşılaştırmak suretiyle vergi zıyaı ihtimali tespit edilebilir. Serbest avukatlık, serbest mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik gibi

serbest meslek erbabının alması gereken asgari ücretler meslek kurumları tarafından her yıl ilan edilmektedir. Meslek mensuplarının hizmetleri adliyeler nezdinde veya vergi idaresi nezdinde takip edilebilmektedir. Bir avukatın bir yıl boyunca vekilliğini yürüttüğü davalar adliyelerden öğrenilebilir. Her bir dava için alması gereken ücret de önceden ilan edilmektedir. Eğer beyan edilen gelir adliyelerden alınan bilgiye göre alınması gereken gelirden daha azsa ortada vergi kaybına neden olan bir emare var demektir. İşte bu durum izaha davet edilerek kendisinden sorgulanabilecektir.

5. Yıllık Gelir ve Kurumlar Vergisi Beyannameleri Üzerinde Yapılan İndirimleri, Kanuni Oranları Aşan Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

Gelir vergisi matrahının belirlenmesinde, gelir vergisi beyannamesinde bildirilecek gelirlerden bazı indirimlerin yapılabileceği hükmü yer almaktadır. Bu indirimler, 193 sayılı GV Kanunu (GVK) md.89'da ve 5520 sayılı KV Kanunu (KVK) md.10'da tek tek sayılmıştır. İlgili kanun maddelerinde sayılan hallerin dışında beyannamede bir indirim yapılması mümkün değildir. Yukarıda sözü edilen indirimler beyan edilen matrahın belli bir yüzdesini oluşturması nedeniyle, belgeye dayalı yardımla beyan edilen matrah arasındaki oransal ilişki bozulmuş olabilir.

6. Dağıttığı Kâr Üzerinden Kaynakta Vergi Kesintisi Yapmadığı Tespit Edilenlerin İzaha Davet Edilmesi

GVK md.94/f.1/6 ve KVK md.30/f.3'e göre tam mükellefler hakkında, kâr dağıtım tablosunda yer alan bilgileriyle diğer verilerinin karşılaştırılmasında dağıttıkları kârlar üzerinden vergi kesintisi yapmadığı ön tespit söz konusuysa izaha davet edilirler¹⁹.

7. Geçmiş Yıl Zararlarının Mahsubu Yönünden Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

GVK md.88 ve KVK md.9'a göre geçmiş yılların beyannamelerinde yer alan zararlar, her yıla ilişkin tutarlar ayrı ayrı gösterilmek ve beş yıldan fazla nakledilmemek şartıyla gelir ve kurumlar vergisi matrahının tespitinde indirim konusu yapılabilmektedir. Yapılan zarar mahsupları kanunda yer alan şartları taşımaması veya beş yıldan fazla sürede indirim tabi tutulması halinde mükellef izaha davet edilebilir.

8. İştirak Kazançlarını İlgili Hesapta Göstermeyen Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

¹⁹ 482 SN VUK GT md.2.6.

“Kurumların tam mükellefiyete tabi başka bir kurumun sermayesine katılmalarından elde ettikleri kazançlar ile tam mükellefiyete tabi başka bir kurumun kârına katılma imkânı veren kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde ettikleri kâr payları ve tam mükellefiyete tabi girişim sermayesi yatırım fonu katılma payları ile girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının hisse senetlerinden elde ettikleri kâr payları”

iştirak kazançları istisnası kapsamındadır. Tam mükellef olmayan kurumların iştirak istisnasından yararlanmamasıysa iştirak payını elinde tutan şirketin, yurt dışı iştirakin ödenmiş sermayesinin en az %10'una kesintisiz olarak en az bir yıl süreyle sahip olması ve belli şartları taşıması şart koşulmuştur. Bu kapsamdaki iştirak kazançlarının, tebliğe göre, “*Hazine ve Maliye Bakanlığınca veya ilgili idarelerce yapılan düzenlemeler uyarınca tutulan muhasebe kayıtlarında iştiraklerden temettü gelirlerinin izlendiği hesaplarda gösterildikten sonra, beyannamede istisnalar arasında yer alması gerekmektedir.*”

Söz konusu hesaplarda, “*(e)lde edilen iştirak kazançlarının yer almaması ya da bu hesapların hiç kullanılmaması hallerinde, bu kazançları beyanname üzerinde istisna olarak gösterdiğine dair haklarında ön tespit bulunan mükellefler izaha davet edilir*”²⁰.

9. Kurumların İştirak Hisseleriyle Taşınmazların Satışından Doğan İstisnayla İlgili Olarak Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

Kurumların, en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan iştirak hisseleriyle aynı süreyle sahip oldukları kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının satışından doğan kazançların %75’lik kısmıyla aynı süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazların satışından doğan kazançların %50’lik kısmı istisnadan yararlanabilir.

Bu istisna, satışın yapıldığı dönemde uygulanır ve satış kazancının istisnadan yararlanan kısmı satışın yapıldığı yılı izleyen beşinci yılın sonuna kadar pasifte özel bir fon hesabında tutulur. Ancak satış bedelinin, satışın yapıldığı yılı izleyen ikinci takvim yılının sonuna kadar tahsil edilmesi şarttır. Bu süre içinde tahsil edilmeyen satış bedeline isabet eden istisna nedeniyle zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler zıyaa uğramış sayılır.

İstisna edilen kazançtan beş yıl içinde sermayeye ilave dışında herhangi bir şekilde başka bir hesaba nakledilen veya işletmeden çekilen ya da dar mükellef kurumlarca ana merkeze aktarılan kısım için uygulanan istisna dolayısıyla zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler zıyaa uğramış sayılır.

²⁰ 482 SN VUK GT, md.2.8.

“(t)aşınmaz ve iştirak hisseleri ile kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan hakları satış kazancı istisnasından faydalanan mükelleflerden; menkul kıymet ve taşınmaz ticareti ve kiralanması faaliyeti ile uğraşıldığı, istisnaya konu kazancın %75’lik kısmının özel fon hesabına alınmadığı veya beş yıllık süre içerisinde özel fon hesabından çekildiği ya da satışın yapıldığı yılı izleyen 5 yıl içinde şirketin tasfiye edildiği yönünde haklarında ön tespit bulunanlar izaha davet edilir.”²¹.

10. Örtülü Sermaye Yönünden Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

1 Seri No’lu KV Genel Tebliği, md.12.1’e göre “Kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları her türlü borcun, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılacaktır”²².

“Örtülü sermayenin kurumlar vergisi açısından önemi, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları ve benzeri giderler kabul edilmeyen giderler arasında sayılmıştır” (KVK md.11/a).

“Kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılmaktadır. Ortaklara olan borçların toplamının, öz sermayenin üç katından fazla olduğu yönünde haklarında ön tespit bulunan mükellefler izaha davet” edilir²³.

11. Ortaklardan Alacaklar İçin Hesaplanması Gereken Faizler Yönünden Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

Mükellefler açısından bir diğer izaha davet konusuysa dönem sonu bilançosuyla gelir tablosu arasındaki ortaklardan alacak hesabı nedeniyle olabilir. Dönem sonu bilançosunda “Ortaklardan Alacaklar” hesabında bakiye bulunmakla birlikte aynı döneme ilişkin gelir tablosunda faiz geliri beyan etmediği yönünde haklarında ön tespit bulunan mükellefler izaha davet edilir.

İşletmenin esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolayısıyla (ödünç verme, borç verme, vb. nedenlerle ortaya çıkan) ortaklarından veya işletme sahiplerinden olan alacak tutarlarının izlendiği hesaptır. Bu hesapta bakiye bulunurken, gelir tablosunda da faiz gelirlerinin bulunması gerekir. Ortaklardan alacaklar hesabında bakiye bulunur iken gelir tablosunda faiz geliri olmaması izaha davet nedeni olarak değerlendirilecektir.

²¹ 482 SN VUK GT, md.2.9.

²² RG, T.03.04.2007, S.26482.

²³ HMB VDKB İzah Değerlendirme Komisyonları Çalışmalarına İlişkin Rehber, 15.03.2015, s 6.

12. Ortaklık Hakları veya Hisselerini Elden Çıkardıkları Halde Beyanda Bulunmayan Limited Şirket Ortaklarının İzaha Davet Edilmesi

Limited şirket ortaklarının ortaklık haklarının veya hisselerinin elden çıkarılmasından doğan kazançlar GVK md.80/4'e göre değer artış kazancıdır. Değer artış kazançlarının beyan edilmesi gerekir. Gelir elde etmesine rağmen beyan edilmemişse mükellef izaha davet edilir.

13. Gayrimenkul Alım/Satım Bedelinin Eksik Beyan Edilmiş Olabileceğine Dair Haklarında Tespit Bulunanların İzaha Davet Edilmesi

Gayrimenkul alım satımı sırasında alıcı ve satıcıların gerçek satış bedelini beyan etmeleri ve tapu harcını bu değer üzerinden ödemesi gerekir. Uygulamada en çok rastlanan belediyeler tarafından yapılan asgari değerler üzerinden harç ödenmektedir. Emlak alımında beyan edilen tutarla bankadan emlak alımına ilişkin kredi tutarları karşılaştırıldığında aradaki fark için alıcı ve satıcı izaha davet edilir.

14. Gayrimenkullere İlişkin Değer Artışı Kazançları Yönünden Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

İktisap şekli ne olursa olsun (ivazsız olarak iktisap edilenler hariç) GVK md.70/f.1/1-2-4-7'de yazılı mal (gerçek usulde vergiye tâbi çiftçilerin ziraî istihsalde kullandıkları gayrimenkuller dahil) ve hakların, iktisap tarihinden başlayarak beş yıl içinde elden çıkarılmasından doğan kazançlar değer artış kazancı olarak vergilendirilir (GVK md.80/6).

Bu değerlerin alınıp satılması tapu idaresi önünde olması nedeniyle tespiti de oldukça kolaydır. İvazsız olarak iktisap edilenler hariç olmak üzere gayrimenkul ve gayrimenkul olarak nitelendirilen hakların iktisap tarihinde itibaren beş yıl içerisinde elden çıkarılmasından doğan kazançlar beyan edilerek vergilendirilmesi gerekir. Tapu kayıtlarından hareketle bunun tespiti kolay olacağı için beyan edilmeyen değer artış kazançları için ilgililer izaha davet edilmelidir.

15. Gayrimenkul Sermaye İratlarını Beyan Etmeyen veya Eksik/Hatalı Beyan Eden Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

Gayrimenkul sermaye iradı elde eden mükellefler bu gelirlerini yıllık beyannameyle beyan etmeleri gerekir. Beyannamenin bağlı olunan vergi dairesine elden verilmesi veya posta yoluyla gönderilmesi mümkündür. Elektronik ortamdan beyanname verilmesi ise iki şekildedir. VUK mük.md.257/4 ve 470 Sıra Nolu VUK Genel Tebliği'ne göre sadece ücret, kira, MSİ veya DKİ gelirlerini ayrı ayrı veya birlikte elde eden mükellefler Hazır Beyan Sistemi yoluyla; ücret, kira, MSİ veya DKİ'nin

yanı sıra ticari, zirai veya serbest meslek kazancı elde edenlerse İnternet Vergi Dairesi'nden e-Beyanname yoluyla kira gelirlerini elektronik ortamdan beyan edebilecektir²⁴. VUK mük.md.257/2 ve 268 seri no'lu GV Genel Tebliği md.1 uyarınca, aylık 500 TL ve üzeri konut kiralaları tutarı ne olursa olsun tüm işyeri kiralaları banka veya PTT aracılığıyla ödenecektir²⁵. Bu ödeme ister şubeden ister internet bankacılığı üzerinden olsun kira ödemesi kaydı düşülerek ödenmelidir.

Gelir elde etmesine rağmen bildirmeyen veya banka verilerine göre eksik bildirmiş olanlar izaha davet edilir.

16. Sahte veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Kullanılması Durumunda Mükelleflerin İzaha Davet Edilmesi

Sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge konusunda iki türlü suç fiili bulunmaktadır. Bunlardan biri düzenlemek, diğeryse kullanmaktır. Her ikisi de kaçakçılık suçları içerisinde düzenlenmiştir. Bunlardan sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemek izaha davet kapsamı içerisine alınmamıştır. Çünkü bu belgelerin düzenlenmesi fiili daha bilinçli ve daha kınanması gereken bir davranış olması nedeniyle izaha davet kapsamına alınmamıştır. Böyle bir tespit yapılmaması gereken şey vergi idaresi tarafından vergi incelemesi yoluna gidilerek vergi zıyı cezası kesilmesidir. Kaçakçılık suçu için de suç raporu düzenlenerek Cumhuriyet Başsavcılıklarına bilgi verilmesi gerekir.

Sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanmak çoğu zaman çapraz denetimler sırasında tespit edilebilir²⁶.

Sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olan belgelerin kullanılmasıysa kimi zaman farkında olmadan gerçekleşebilir. Ekonomik hayatın içerisinde rastlanması olası suç fiillerindedir. İşte burada kanun koyucu daha esnek davranarak kullanma fiilini işleyen mükellefleri izaha davet etmek istemektedir. Ancak bunun için bir sınır koymuştur. Kullanılan sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge tutarının; her bir belge itibarıyla 2018 yılı için 57.000 TL'yi geçmemesi ve mükellefin ilgili yıldaki toplam mal ve hizmet alışlarının %5'ini aşmaması gerekir. Bunun nedeni de bu iki sınır arasında kalan fiillerin tespitinde izaha davet ederek değerlendirmek istemesindedir.

²⁴ RG, T.25.02.2016, S.29635.

²⁵ RG, T.29.07.2008, S.26951.

²⁶ RENÇBER, Altan: "Vergi Hukukunda İzaha Davet Kurumu ve Kurumun Hukuki Değerlendirmesi", Vergi Sorunları Dergisi, (352), 2018, s 138.

D. Ön Tespiti Yapacak Mercii

İzah Değerlendirme Komisyonlarına ilişkin yönergeye göre ön tespit,

“vergi kanunlarının verdiği yetki kapsamında vergi incelemesi yapmaya ve/veya mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan diğer gerçek ve tüzel kişilerden bilgi toplamaya yetkili kılınanlar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen bilgi, bulgu veya verilerin izah değerlendirme komisyonuna intikal ettirilmesi neticesinde, mezkûr komisyon tarafından verginin ziyaa uğramış olabileceği ve mükellefin izaha davet edilebileceği yönünde yapılan tespiti”

ifade eder²⁷.

Ön tespit tanımdan da anlaşılacağı gibi vergi incelemesi ve bilgi toplama aşamasında oluşan bilgilerin İzah değerlendirme komisyonu tarafından yapılan değerlendirme sonucu ortaya çıkmaktadır. İzah değerlendirme komisyonunun vergi ziyayı olabileceği noktasında bir kanaate ulaşması durumunda mükellef izaha davet edilebilecektir.

1. İzah Değerlendirme Komisyonu

İzah değerlendirme komisyonu VDK tarafından oluşturulan idari bir yapıdır. İzah değerlendirme komisyonları iki grup halinde oluşturulmuştur.

a. Grup Başkanlığı İzah Komisyonu

Grup başkanlıkları, VDKB tarafından uygun görülen yerlerde Hazine ve Maliye Bakanı onayıyla kurulur. GB izah komisyonu, VDKB tarafından belirlenecek üç vergi müfettişinden oluşur. GB izah komisyonu için yeterli sayıda yedek üye belirlenir. Vergi müfettiş yardımcıları, GB izah komisyonunda asil veya yedek üye olarak görevlendirilemezler. Şu kadar ki, başkanlıkça yapılan yeterlik sınavında başarılı olduğu ilan edilen vergi müfettiş yardımcıları GB izah komisyonunda görevlendirilebilir. Aynı GB bünyesinde ihtiyaç duyulması halinde birden fazla GB izah komisyonu oluşturulabilir.

b. Kurul Başkanlığı İzah Komisyonu

Kurul başkanlığı izah komisyonu, başkanlık tarafından belirlenecek üç vergi müfettişinden oluşur. Vergi müfettiş yardımcıları kurul başkanlığı izah komisyonunda asil veya yedek üye olarak görevlendirilemezler. Şu kadar ki, başkanlıkça yapılan yeterlik sınavında başarılı olduğu ilan edilen vergi müfettiş yardımcıları kurul başkanlığı izah komisyonunda görevlendirilebilir. Başkanlık bünyesinde ihtiyaç

²⁷VDKB'nin 53065925-010.04-E.292 ve 07.03.2018 tarihli İzah Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması İle Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönerge'sinde bu tanım yer almaktadır.

duyulması halinde birden fazla kurul başkanlığı izah komisyonu oluşturulabilir²⁸.

2. Komisyonun Görev ve Yetkileri

Yine aynı Yönergede Komisyonların görev ve yetkileri şu şekilde düzenlenmiştir:

i. Kendisine intikal eden olayların, izaha davet müessesesi kapsamına dâhil olup olmadığını tespit eder.

ii. Kendisine intikal ettirilen bilgi, bulgu veya verilerden hareketle verginin zıyaa uğramış olabileceğine ilişkin ön tespit yapar.

iii. İzaha davet yazısını, tebliğ edilmek üzere, haklarında ön tespit yapılanlara gönderir ya da gönderilmesini sağlar.

iv. Kendisine yapılacak izahları değerlendirip sonuçlandırır.

v. İzaha davet müessesesi kapsamında yapılan işlemlerin sonucuna göre, izaha davet edilenler ve ön tespite konu olayla ilgili yapılması gereken diğer işlemleri yapar.”

3. Mükellefin İzaha Davet Edilmesi

İzaha davet komisyonu gelen bilgileri değerlendirmesi sonucunda konunun görev alanına girdiği ve vergi zıyayı olabileceği noktasında bir şüpheye varmışsa yapılması gereken şey mükellefin izaha davet edilmesidir. Bunun için bir örneği 482 Sıra Nolu VUK Genel Tebliğinde yer alan bir yazı tebliğ eder. Bu yazıda mükellefin adı, soyadı, vergi veya T.C. kimlik numarası, adresi, ön tespit yapılan husus ve ön tespiti yapılan tutar belirtildikten sonra şu açıklamalara yer verir. Yazının tebliği tarihinden itibaren 15 gün içerisinde ön tespitle ilgili komisyona başvurması istenir. Komisyon yapılan izahı yerinde görmüşse ön tespitle ilgili olarak vergi incelemesi veya takdir komisyonuna havale edilmeyeceği bildirilir. 15 gün içerisinde izaha davet komisyonuna gelmemesi durumunda vergi incelemesine başlanacağı veya takdir komisyonuna havale edileceği yazılır. İzahın yapıldığı tarihten itibaren 15 gün içerisinde hiç verilmemiş olan beyannamelerin verilmesi, eksik veya yanlış beyanların düzeltilmesi ve ödemenin geciktiği her ay ve kesri için gecikme zammı oranında izah zammı ödenmesi şartıyla zıyaa uğratılan vergi için %20 vergi zıyayı cezası kesileceği bildirilir. İzah yeterli görülmezse vergi incelemesi yapılacağı veya takdir komisyonuna havale edileceği bilgileri yer alır. Bu yazı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre mükellefe tebliğ edilir. Tebliğ süre kısıt varsa memur eliyle, süre kısıtı yoksa posta yoluyla taahhütlü ilmühaberli olarak postayla gönderilir. E-tebligat kapsamında bulunan mükelleflere elektronik olarak tebligat yapılır.

²⁸ Dipnot 27’de bahsedilen Yönerge’de bu yapılanmanın nasıl teşkil edileceği açıklanmıştır.

4. İzahın Değerlendirilmesi

15 gün içerisinde komisyona gelmeyen kişi izaha davetten yararlanamaz. Mükellef için vergi incelemesine gidilir veya takdir komisyonuna sevk edilir²⁹. Belirtilen 15 günlük süre içerisinde izah komisyonuna gelen ve sorulara cevap veren mükellef hakkında komisyon bir durum değerlemesi yapar. Komisyon en geç 10 gün içerisinde bir karar verir. Komisyon aşağıda yer alan seçeneklere göre karar verir.

a) Yapılan İzahın Yeterli Bulunması

İzahın yapılması sonucunda idarenin ikna olması hali de denebilecek bu durumda komisyon, mükellefin ön tespite ilişkin vergi zıyana neden olunmadığı yönündeki izahı üzerine, mükellefin izahının komisyonca yeterli bulunması ve beyanname verilmesini veya vergi beyanının tamamlanmasını gerektirir bir durumun olmadığına değerlendirilmesi halinde, mükellef hakkında söz konusu tespitle ilgili olarak vergi incelemesine ve takdir komisyonuna sevk işlemi yapılmaz³⁰. İzaha davetin idareyi suç veya kabahatin varlığına ilişkin emareleri toplama ve değerlendirmeye ilişkin işlemleri yapmaktan, mükellefi de bu işlemlere muhatap olmaktan kurtarması nedeniyle her iki taraf bakımından da yük hafifletici olduğu söylenebilir.

b) Yapılan İzahın Yeterli Bulunmaması

Mükellefçe yapılan izahın komisyonca yeterli bulunmaması ve beyanname verilmesini gerektiren bir durumun bulunduğu değerlendirilmesi halinde bu durum mükellefe bildirilir³¹. Mükellef haklarında ön tespit komisyonunca ileri sürülen duruma uygun olarak vergi zıyana neden olduğunu kabul ederse, vergi zıyayı nedenine göre beyanname vermemişse 15 gün içerisinde beyanname vermesi gerekir. Beyanname verilmekle beraber eksik ve hatalar varsa 15 gün içerisinde eksik ve hataların giderilmesi gerekir. Ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin ödemenin geciktiği her ay ve kesri için gecikme zammı oranında izah zammını ödemesi gerekir. Bu işlemler yapıldıktan sonra zıyaa uğratılan vergi üzerinden %20 oranında vergi zıyayı cezası kesilir. Mükellef izaha davete gelmemesi durumunda pişmanlık hükümlerinden de yararlandırılmaz³². Gecikme zammı oranında bir zam ödenerek istenen

²⁹ BATUN, Mehmet: “15 Soruda İzaha Davet Müessesesi”, www.neksymm.com/15-soruda-izaha-davet-muessesesi_i324/, (E.T.: 05.05.2018).

³⁰ 482 SN VUK GT, md.6.2.1.

³¹ ALTUNOĞLU, Erol: “6718 Sayılı Kanun İle Yeniden Düzenlenen “İzaha Davet” Müessesesi”, Mali Çözüm Dergisi, (143), 2017, s.265.

³² SEVİĞ, Veysi: “Vergi Hukukunda İzaha Davet”, www.muhasabetr.com/ulusalbasin/haber_oku.php?haber_id=23760, (E.T.: 05.05.2018).

sürede ödeme yapılmazsa, beyanname kanuni süresinden sonra kendiliğinden verilen beyanname gibi ceza uygulanacaktır³³.

VUK md.370'e dayanılarak düzenlenen 482 SN VUK GT md.7.2'ye göre,

“İzaha davet kapsamında verilen beyanname üzerine tahakkuk eden vergiler ile izah zammının mükelleflerce maddede öngörülen 15 günlük süre içerisinde ödenmemesi durumunda % 20 oranında kesilmiş olan indirimli ceza, %50 oranı esas alınarak ikmal edilir ve izah zammının gecikme faizine dönüştürülmesi işlemi yapılır.”³⁴

II. İZAH ÜZERİNE YAPILAN İŞLEMLERİN DAVA KONUSU EDİLMESİ

İzaha davet müessesesine ilişkin yayımlanan genel tebliğe bakıldığında, izaha davetin vergi daireleri tarafından etkin bir şekilde kullanılacağı yönünde bir kanaat oluşmaktadır. Oldukça yeni olan ve uygulama açısından örnekleri fazla olmayan bu müessesenin sonuçlarının bir vergi davasına konu olup olmayacağı meselesi de beraberinde getirdiği sorunlar arasında yer almaktadır. İzaha davet edilen mükellefin izahatını yaptıktan sonra, vergi dairesi tarafından yapılabilecek olan işlemlerin sonuçlarının idari işlem teorisi açısından değerlendirilip bir karara varılması, dava konusu olup olmaması açısından önem arz etmektedir. Burada konuyu iki aşamalı olarak değerlendirmekte yarar vardır. Hukukumuzda yeni girdiğini yukarıda ifade ettiğimiz izaha davet kurumunun vergi yargısı açısından değerlendirilmesi aşamasında, doktrinde farklı görüşler de dikkat çekmektedir. İzaha davet sonucunda izahın idarece kabulü ya da reddi konusunun vergi davasına konu olup olmamasıyla izah reddedildikten sonra idarenin yapacağı bir işleme karşı vergi yargısına müracaat edilip edilmeyeceği farklı aşamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. İzaha bulunan mükelleflere, yapmış oldukları izahların kabul edilmediğini bildiren bir bildirim, mükellef üzerinde doğurduğu etkilere göre vergi davasına konu olabilecek midir? İzahın kabul edilmediği yönündeki bildirim bir sonraki ceza ve tarhiyat aşaması için hazırlık işlemi olarak mı nitelendirilecek; yoksa bilhassa kendisi hukuki sonuçlar doğuran bir icrai işlem mi olacak sorusuna da açıklık getirmek gerekmektedir. Bu iki işlemin birlikte vuku bulduğunu iddia

³³ ÇAKMAKCI, Ali: “Vergi İncelemesi – Takdire Sevk Öncesi Yeni Bir Model: İzaha Davet Müessesesi”, taxauditingymm.com/img/dosyalar/938984izaha_davetin_muessesinin_ozel_hususlari_2_site_icin.pdf, (E.T.: 05.05.2018).

³⁴ ERDEM, Tahir: “Vergi Usul Kanununda Yeni Bir Kurum İzaha Davet”, Vergi Sorunları Dergisi, (347), 2017, s 159.

etmek, şimdilik mümkün gözükmemektedir³⁵. Başka bir deyişle, izahın kabul edilmemesi işlemiyle kabul etmeme sonucunda oluşabilecek bir tarhiyat işlemi birlikte oluşan bir işlem değil ayrı özellikleri ve sonuçları olan iki işlem olarak nitelendirilmektedir. Böyle olduğunda izaha davet müessesesinin sonuçlarının bir vergi davasına konu edilip edilemeyeceği meselesini tartışmak durumu iki farklı aşamada değerlendirmeyi gerektirmektedir.

Vergiye gönüllü uyumu artıran, gereksiz inceleme ve takdir işlemlerinin önlenmesini sağlayan, mükelleflerin haksız, yorucu ve gereksiz işlemlerle uğraşmasının önüne geçen, uyuşmazlıkların azalmasını sağlayan, hızlı ve etkin vergilendirme süreci öngören³⁶ bu müessesede yapılan izahın kabulü veya reddi etki yaratan bir durum ortaya koyacaktır. Dava konusu olabilmesinin bu açıdan da değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

VUK md.377/f.1'e göre mükellefler veya cezanın muhatabı kimselerin vergi davası açma hakkı vardır. İdari işlem ve eylemlerin yargı yoluna açık olmasına ilişkin Anayasa md.125/f.1 hükmünün yasaya yansımış hali olarak görebileceğimiz bu müessese, çalışma konumuz bakımından izahın reddinin dava konusu edilebilirliğinde önem arz etmektedir. İzahın reddi işlemi sonucunda mükellefin hem incelemeye tabi olması hem de vergi aslı ve cezalarını on beş gün içinde ödemek zorunda olması, dava yolunun açık olmasını gerekli kılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalara ek olarak, burada yargı süreci açısından izaha daveti incelerken ihtirazi kayıt şartına da kısaca değinmek gerekir. Şöyle ki; izaha davetin yargıyla ilgili eleştirisi “ihtirazi kayıt” hususunda da ortaya çıkmaktadır. Zira izaha davet sonucunda verilmesi gereken beyannamede ihtirazi kayıtla ilgili herhangi bir açıklama mevcut değildir. Yani beyannameye ihtirazi kayıt şerhi düşülüp düşülemeyeceği belirtilmemiştir. Kanaatimizce, İzaha davet sonucunda verilen

³⁵Burada izahın kabul edilmemesi, 1980’li yıllarda uygulanan ortalama kâr hadleri veya hayat standardındaki kabul etmemeden farklı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu oto-kontrol müesseselerinde izahın kabul edilmemesi halinde kabul etmeme işlemi ile tarhiyat birlikte oluşmaktaydı. Ancak burada işlem birlikteliği kopmuş, izah müessesesi ile inceleme aşaması farklı zincir işlemler olarak değerlendirilmiştir. Danıştay anlayışı, zincirleme işlemlerin her bir aşamasının ayrı davaya konu edilebileceği yönündedir. Ancak, özellikle yargı anlayışı ile idari anlayışın farklılaştığı (ihracatta götürü gider, kat karşılığı inşaat işleri, örtülü sermayede kâr payı KDV’si vb.) konularda, izahı kabul etmeme işleminin yürütmesinin durdurulması veya iptali, gereksiz incelemeleri de ortadan kaldırma işlevi görebilecektir., DOĞRUSÖZ, “İzaha davet ve Olası Sorular”

³⁶ Ayrıntılı için bkz.,BOZDOĞAN-ÇATALOLUK, “Öneriler”, s.50

beyannameye konulacak ihtirazi kayıt şerhi izaha davetin ruhuna aykırıdır. Konuyla ilgili, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun, süresi geçtikten sonra verilen beyannamelere ihtirazi kayıt konulamayacağına yönelik içtihat, bu kanaati destekler niteliktedir. Dolayısıyla izaha davet sonucunda verilen beyannamelerde ihtirazi kayıt şerhiyle ilgili açıklamaların yapılması ve bu açıklamalarında, söz konusu beyannamelere ihtirazi kayıt şerhinin düşülemeyeceği yönünde olması gerekmektedir³⁷.

Çalışmada, öncelikle izahın reddi işleminin idari işlem özellikleri bakımından ele alınacak, bu esnada izahın reddi (veya kabulü) işlemiyle izaha davet işleminin farkına da değinilecek olup; sonrasındaysa dava sürecine ilişkin bilgi ve değerlendirmelere değinilecektir.

A. İdari İşlem Özellikleri Açısından İzahın Reddi İşlemi

1. İdari İşlem İdari Makamlar Tarafından Yapılır

Bir işlemin idari işlem olarak değerlendirilebilmesi için ilk unsur idareden sadır olmasıdır. Çevre, sağlık, trafik veya vergi gibi konularda ilgili kamu idaresi görev ve yetki alanıyla ilgili işlemler tesis eder. Fakat bir işlemin idare tarafından yapılmış olması tek başına, onu teknik anlamda dava konusu haline getirmez. İzaha davet işleminin de idari bir işlem olup olmadığına bakarken izaha davet yazısını çıkaran birimin konumunun tespit edilmesi gerekir. İzaha davet VUK md.370'te düzenlenmiş ve komisyonun oluşturulması konusunda HMB'ye yetki vermiştir. HMB, bir düzenleme mekanizması olarak ön tespit özelliğini, izaha davetin şekil ve içeriğini, daveti yapacak ve yapılan izahı değerlendirecek mercii, davet yapılacak mükellefleri, yapılan izahta kullanılacak bilgi ve belgelerle uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir. Bu yetkiye istinaden, GİB ve VDKB bünyesinde yeterli sayıda "izah değerlendirme komisyonu" oluşturularak komisyon aracılığıyla izaha davet yazısını, tebliğ edilmek üzere, haklarında ön tespit yapılanlara gönderir.

Diğer taraftan izaha davet edilen mükelleflerin tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde yetkili komisyona izahta bulunmalarına binaen yapılan değerlendirme de yine komisyonca yapılmaktadır. Şöyle ki, 482 SN VUK GT md.6.2.1'e göre, mükellefin izahı komisyon tarafından yeterli görülürse ve beyanname verilmesi ya da beyanın tamamlanmasını gerektiren bir durum görülmezse, mükellefle ilgili bu konuda vergi incelemesi ve takdir komisyonuna sevk işlemi yapılmaz. Eğer izah yeterli

³⁷ BOZDOĞAN-ÇATALOLUK, "Öneriler", s.51.

bulunmaz ve beyanname verilmesi gereken bir durum tespit edilmişse, bu durum tespiti de mükellefe bildirilir.

GİB bünyesinde kurulan izah değerlendirme komisyonları ilgisine göre vergi dairesi başkanlıklarıyla defterdarlıklara bağlı olarak görev yapacaklardır. 482 SN VUK GT md.4'e göre komisyonlar, vergi dairesi başkanı veya grup müdürünün başkanlığında (defterdarlık varsa defterdar veya yardımcısının başkanlığında), vergi dairesi veya müdürlerinden (defterdarlıksa gelir müdürüyle vergi dairesi müdüründen) olmak üzere toplam üç kişiden oluşur. Vergi dairesi başkanlıkları bünyesinde birden fazla komisyon kurulması mümkündür.

Hem izah tespit komisyonları hem de izaha davet komisyonları genel idarenin içerisinde yer alan birer birim olmaları hasebiyle izahın reddi ya da kabulünün de davet yazısının da idareden sadır olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bütün yönlerinin idareden sadır olduğunu bildiğimiz izaha davet konusunu, işlem teorisi açısından öncelikle mükellefin izaha davetine ilişkin işlem, izah yapıldıktan sonra izahın kabul edilip edilmediğine dair işlem ve son olarak da izah sonrası mükellefe karşı yapılacak işlem bakımından değerlendirmek gerekir. Bu üç işlem de idare tarafından getirilmektedir.

2. İdari İşlem İdare Tarafından Tek Yanlı Olarak Yapılır

İdari işlemler, idare tarafından yapılan tek taraflı bir irade beyanı ile ortaya çıkar. İzaha davet, ön tespit komisyonu tarafından yapılan vergi zıyaı şüphesi taşıyan hususların izah değerlendirme komisyonuna intikal ettirilmesiyle başlamaktadır. Komisyon vergi zıyaı emarelerine rastlandığının tespiti üzerine izaha davet komisyonlarına intikal ettirilmekte ve izaha davet komisyonları mükellefleri izaha davet etmektedir. Ancak, mükellef bakımından sonuç doğuran icrai işlem, davet üzerine mükellefin yapacağı izahın reddi veya kabulüne ilişkin işlemidir.

3. İdari İşlemler Hukuki Sonuç Doğurmaya Yöneliktir

Bu özellik izaha davet müessesesi sürecinde karşımıza çıkan aşamaların davaya konu olabilmesi açısından oldukça önemlidir. Zira idari işlemler icrai olan ve olmayan şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bir idari işlemin yapılmasından önce tesis edilen ve karar almaya yetkili makamı bağlamayan ve genellikle icrai niteliği bulunmayan işlemler hazırlık işlemleri olarak adlandırılmaktadır. Tavsiye, temenni, savunmaya davet, tutanaklar, inceleme ve araştırmalar kişinin hukuki statüsünde bir değişiklik yapmayan idari işlemler idari yargıda dava konusu edilemezler. İdari işlemlerin dava konusu olabilmesi için

idare tarafından yapılan icrai bir işlem olması gerekir³⁸. İdarenin son sözü söylemiş ve gereği yapılması için ilgiliye tebliğ edilmiş olması gerekir.

İzaha davet komisyonunun mükellefin ‘izaha davet edilmesine’ ilişkin kararının icrai bir idari işlem olduğunu söylemek kanımızca mümkün gözükmemektedir³⁹. Savunmaya davet yazılarına benzer bir şekilde mükellefin izaha davetini içeren davet yazısı da bir hazırlık işlemi niteliğindedir. Zira izaha davetle idarenin yapacağı işlemler sona ermiş olmaz. Aksine değerlendirme sonucu mükellefin hukuki statüsünde değişiklik yapabilecek kesin ve yürütülebilir bir idari işlemin ilk aşamasını teşkil etmektedir. İdari davaya konu olabilecek kesin ve icrai işlem kavramını Danıştay;

“bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi ise hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını da geçirmiş bulunmasına bir başka idari makamın onayına ihtiyacı göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine yani idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlı bulunmaktadır”

şeklinde tanımlamıştır⁴⁰. Bu bağlamda izaha davet yazısı, hukuki nitelik açısından hazırlayıcı işlem olarak adlandırılabilir⁴¹.

Zaten mükellef izaha davet edildiğinde, bu konuda iki seçeneğe sahiptir. Birinci seçenek, izaha davet komisyonunun çağrısına cevap vermeyecektir. Bu durumda idarenin elinde vergi zıyaı emarelerini

³⁸ KAYA, Cemil: “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, IX(1,2), 2004, s.258-259.

³⁹ Her davet yazısının idari bir davaya konu olmayacağını beyan etmek de doğru değildir. Zira kişinin neye davet edildiğinin hukuken sonuç doğurucu olup olmadığı önem arz eder. Danıştay bir kararında *“Abone sözleşmesinin uygulanmasından doğan uyumsuzlukların görüm ve çözümü adli yargı yerinin görev alanına girmekte ise de, davacı şirketin atık su kullandığı gerekçesiyle bu konuda abonman sözleşmesi yapmaya davet edilmesine ilişkin işlem idari nitelikte olup, bu uyumsuzluğun görüm ve çözümünün idari yargının görevinde olduğu açıktır.”* şeklinde bir yorumlama yaparak davacının atık su kullandığı gerekçesiyle bu konuda abonman sözleşmesi yapmaya davet edilmesini idari davaya konu olabilecek bir işlem olarak kabul etmiştir. Bkz.Dan.8.D., 02.10.1995, 4339/2783, www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8d-1994-4339.htm, (E.T.: 05.05.2018).

⁴⁰ Dan.3.D.,04.06.1986, 1733/1500, Danıştay Dergisi, (64-65), 1987, s.104.

⁴¹ Duran’a göre idarenin idari karar sayılmayan işlemleri üç başlıkta toplanmaktadır. Bunlar gösterici işlemler, hazırlayıcı işlemler ve içdüzen işlemleridir. *“Hazırlayıcı işlemler, idari kararların alınmasından önce yapılan tavsiye, teklif, temenni, verilen mütalaa ve rapor gibi yetkili makam yöneltici ve aydınlatıcı belgelerdir.”* Bu işlemlerde gözükecek aykırılıklar dava konusu edilemezler, ancak bu işlemlerden sonra işlemin muhatabının talebi, beyanı ya da başkaca fiili üzerine idarenin yapacağı icrai işlem dava konusu edilebilir. DURAN, Lütfi: Notlar, cit.,s.397’den aktaran ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, 2’nci Baskıdan tıpkı 3’ncü Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.418-419, dipnot797.

gösteren bir tespit yapılmış olması nedeniyle vergi incelemesine başlanacak ve sonunda vergi zıyaı cezası kesilecektir. Kesilen cezaysa tartışmasız bir icrai idari işlemdir⁴².

Mükellef, ikinci seçenek olarak izaha davet çağrısına uyarak izahta bulunduğu takdirde, izah değerlendirme komisyonu kabul veya ret kararı verebilir. İzahın kabulü, mükellefin izahının komisyonca yeterli bulunması ve beyanname verilmesini veya vergi beyanının tamamlanmasını gerektirir bir durumun olmadığı anlamına gelir. Bu durumda, mükellef hakkında söz konusu tespitle ilgili olarak vergi incelemesine ve takdir komisyonuna sevk işlemi yapılmayacaktır. İzahın reddi, izahın yeterli bulunmaması halidir. Bu durumdaysa, izahın yapıldığı tarihten itibaren 15 günlük süre sona ermeden mükellefin hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerini vermesi, eksik veya yanlış yapılan vergi beyanını tamamlaması veya düzeltmesi, ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin ise ödemenin geciktiği her ay ve kesri için, 6183 sayılı Kanun md.51'deki düzenlenen gecikme zammı oranındaki izah zammıyla ödemesi ve vergi zıyaı cezasını da ziyaa uğratan verginin %20'si oranında ödemesi gerekir.

Burada özellikle izahın kabul edilmemesi kararının idare hukuku açısından niteliğinin net bir şekilde ortaya konması gerekir. Aslında bu konu hakkında şimdiye kadar yazılanların tartışmayı, izahın reddinden sonrasında ortaya çıkabilecek işlemler aşamasında tuttuğunu görmekteyiz. Ancak izahın kabul edilmediğini bildiren işlemin hukuki niteliği de incelenmeye muhtaç bir konudur. İzahta bulunanlara izahlarının kabul edilmediğini bildiren bildirim, idarenin iç işlemi olarak kabul edilmesi mümkün olmayan icrai idari işlemdir. Dolayısıyla dava konusu edilebilecektir. Bu konuda açılacak davalar ve hatta bu davalarda verilebilecek yürütmeyi durdurma kararları, vergi incelemelerinin durdurulması sonucunu doğuracak, iptal kararlarıysa yapılmış tarhiyatları hukuken sakatlayacaktır. İzah talebini kabul etmeyen idari işlem aleyhine açılmış dava, tarhiyat aleyhine açılmış dava için yıllarca sürebilecek “bekletici sorun”u oluşturabilecektir⁴³.

⁴² İcrai işlem ya da yürütülebilir işlem, muhatabı üzerinde doğrudan sonuç ve etki doğurabilir, tek yanlı biçimde yürütülebilir üstünlüğüne sahip işlemlerdir. İdarenin kamu gücüne sahip, idari yargı yoluna tabi ve hukuki sonuç doğuran bu şekildeki açıklamaları, idari işlem olarak adlandırılmaktadır. ÖZAY: s.407 ve GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 20. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s.238.

⁴³ DOĞRUSÖZ, “İzaha davet ve Olası Sorular”.

4. İdari İşlemler Hukuka Uygunluk Karinesinden Yararlanır

İlke olarak idare kamu yararı amacını güderek ve hukuka uygun işlemler yapar. İzaha davet de kamu yararı amacıyla yapılır. Amaç “*mükellefin ensesinde boza pişirmek değil, her an ensesinde olduğunu hissettirmektir*”. Maliyecilere mal olmuş güzel de bir söz vardır: “*Kazı bağırtmadan yolmak*”. İzaha davet tam da budur. İdare elinde vergi zıyı konusunda veriler olmasına rağmen doğrudan ceza kesme yoluna gitmemektedir. Bir yerde kendisinin vergi zıyı olmadığı noktasında ikna edilmesini beklemektedir. Bürokrasiyi azaltan ve olası uyuşmazlıkları ön tespit aşamasında çözüme kavuşturarak yargının iş yükünün artmasının önüne geçmesi bakımından Türk vergi hukuku için faydalı bir müessese olduğu açıktır.

Böyle faydalı bir işlemde hukuka aykırılık bulunabilir mi? Elbette olabilir diye bakmak lazım. Ancak izaha davet yazısı gibi bir hazırlayıcı işlem için değil de izahın reddi işlemi gibi icrai bir işlem bakımından, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat itibarıyla hukuka aykırılık iddiası ileri sürülebilir. İzleyen başlıklarda anlatılacak bu nedenlerle hukuka aykırılık taşıyorsa elbette vergi davasına konu olabilecektir.

5. İdari İşlemler Kamu Yararı Amacıyla Yapılır

İdarenin görev alanındaki işleri, kamu yararı amacıyla yapılır. Kamu yararının net bir tanımı bulunmamakla beraber, kamu hizmetine muhatap olan kişilerin refah ve mutluluğunun arttığı, huzur ve güvenin tesis edildiği, insanların geleceklerine umutlu baktıkları bir hayat standardı şeklinde nitelendirilebilir.

Davet sonucu yapılacak izaha ilişkin verilecek karar, kamu yararı da gözetilerek verilir. Vergi mükellefinin daha az cezayla yaptırımı muhatap olması mutluluklarını artırır. Devletin sadece ceza verme amacıyla değil kendisini dinlediği, yaşanmışlıkları anlamlı bir şekilde yorumlama fırsatı verdiği, baskın bir denetim uygulamaması nedeniyle mutlu edecektir. Bu davranıştan mutlu olan mükellef daha dikkatli davranarak aynı hatalara düşmemeye özen gösterecek böylece vergi gönüllü uyum gerçekleşmiş olacaktır. Bununla beraber, izaha rağmen inceleme yapılmasını ya da cezalı vergi tarhi işlemi yapılmasını gerektiren bir durumun bulunması halinde, bu işlemler için gerekçe olacak nitelikte idarenin elinde mükellefçe sunulan dayanaklar olacaktır. Böylece, vergiyle ilgili işlemlerin gereği gibi yerine getirilerek kanuna uygun tarh ve tahsili sağlanacaktır. Bu nedenle, hem izahın kabulü hem de izahın reddi işlemleri idari işlem niteliğindedir.

6. İdari İşlemler Kamu Gücü Kullanılarak Yapılır

İdari işlemler kamu gücü kullanılarak yapılır. Her idari işlemin arkasında devletin hukuki ve fiili gücünü görmekteyiz. Hukuka uygun olarak ve gerektiğinde zor kullanarak kamu hizmetini gerçekleştirebilir.

İzahın reddi (ya da kabulü) de bu anlamda vergi idaresinin kanundan kaynaklanan gücünü kullanarak icra ettiği bir işlemdir. Bu güç hukuka uygun olarak kullanılmalıdır. Hukuka aykırı izahın reddi işlemi, vergi davasına konu edilebilir.

B. İzahın Reddi İşlemine Karşı Açılacak Vergi Davalarının Türü Ve Usul Hükümleri

Bu başlık altında izahın reddi işlemine karşı gidilecek yargı yolunda uygulanacak hükümlere yer verilecektir.

1. İzahın Reddi İşlemine Karşı Açılacak Vergi Davasının İdari Davalar İçerisindeki Yeri

İzahın reddine ilişkin yargısal yolun, yukarıda yapılan açıklamaların doğal sonucu olarak, izaha davete icabet eden mükellefin yaptığı izahata, vergi idaresinin (komisyonların) yüklediği anlamı konu alan ret işlemi özelinde tartışmak gerekmektedir. İzahın reddi, uygulanabilir ve mükellef üzerinde hukuki sonuç doğurabilir nitelikte olduğundan icrai bir idari işlemdir. Dolayısıyla dava konusu edilebilecektir⁴⁴. Bu konuda açılacak davalar ve hatta bu davalarda verilebilecek yürütmeyi durdurma kararları cezalı vergi tarhını durduracak; iptal kararlarıysa yapılmış tarhiyatı hukuken sakatlayacaktır. İzah talebini kabul etmeyen idari işlem aleyhine açılmış dava, tarhiyat aleyhine açılmış dava için yıllarca sürebilecek “bekletici sorun”u oluşturabilecektir⁴⁵.

İzaha davetin değerlendirilmesi sonucu yapılan ret işlemine karşı açılacak dava, iptal davası niteliğinde bir vergi davasıdır. Çünkü genel bütçe içerisinde yer alan HMB bünyesi içerisinde yer alan GİB veya VDK

⁴⁴ “Mükellef, vergi idaresinin ikna olmamasına karşın, vergi ziyana sebebiyet vermediği konusunda ısrarlı ise; herhangi bir davranışta bulunmaksızın, vergi idaresinin vergi incelemesi yaparak veya dosyayı takdir komisyonuna sevk ederek, Vergi Usul Kanununda öngörülen tarh yöntemlerinden olaya uyanımı kullanmak suretiyle vergi tarh etmesini ve idari para cezası kesmesini bekleyebilir. Kendisine tarh ve ceza kesme işlemi tebliğ olduğunda da, idari dava yolunu kullanabilir.”, CANDAN, Turgut: “Vergi Hukukunda Yeni Bir Müessese: İzaha Davet”, turgutcandan.com/2016/08/15/vergi-usul-hukukunda-yeni-bir-muessese-izaha-davet/, (E.T.:10.09.2018).

⁴⁵ DOĞRUSÖZ, Bumin: “İzaha davet ve Olası Sorular”, Dünya gazetesi, 10.08.2017, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/izaha-davet-ve-olasi-sorular/376986>, (E.T.:07.05.2018).

tarafından yapılmaktadır. Nitekim vergi ve benzeri mali yükümlülük içerisinde yer alan vergi, izah zammı ve vergi ziyayı cezasının konusu olan işlemin hukuka aykırılığını ortaya koyarak o işlemi iptal ettirerek doğacak sonuçlarının önüne geçme amacı taşımaktadır.

Tam da bu noktada izaha davet edilen mükellefin izah sürecinde idareyle paylaşmış olduğu bilgilerin, açıklamaların tutanakla tespit edilmesi ve sonucunda ortaya çıkan rapor da hazırlık işlemi olması dolayısıyla bir vergi davasına konu olmayacak ama yargı yollarında delillendirme için önem arz edecektir. Örneğin, mükellefin içinde bulunduğu duruma ilişkin argümanlarla yapmış olduğu açıklamalar, vergi idaresinin izahı değerlendirecek mercii tarafından, vergi ziyasına sebebiyet verilmemiş olduğu şeklinde değerlendirilebilir. Bu takdirde; mükellef hakkında, tespit edilen durumla ilgili herhangi bir vergi incelemesi yapılmaz; matrah takdiri için takdir komisyonuna gönderilmek zorunda kalmaz. Yani ortaya davaya konu bir idari işlem de çıkmaz.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

İzaha davet sonucu oluşacak işleminin iptaline ilişkin dava vergi mahkemelerinin görev alanına giren bir davadır. Görevli mahkeme vergi mahkemesidir. Vergi mahkemelerinin bakacağı davalar 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'da (BİMİVMKGHK) belirtilmiştir. İlgili kanuna göre izahın reddi işlemi, vergi idaresi tarafından gerçekleştirilen ve sonucu cezalı vergi tarhı olan bir işlem olduğundan vergi mahkemelerinde görülmelidir.

Yetkili mahkemeyse izahın reddi kararını veren izaha davet komisyonunun oluşturulduğu GB veya VDK'nın bağlı bulunduğu yer vergi mahkemesidir. Vergi mahkemelerinin yetki alanları Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından belirlenmektedir. Davanın da HSK tarafından belirlenmiş yetki alanı kapsamı içerisinde yer alan vergi mahkemesinde açılması gerekecektir.

3. İşlemin Unsurları Yönünden İnceleme

İptal davaları, bir idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden biriyle hukuka aykırı olup olmadıklarının tespiti, şayet hukuka aykırıysa iptalinin sağlanması için menfaatleri ihlâl edilen kişiler tarafından açılır. İzahın reddi işleminin de bu beş unsur yönünden hukuka uygun olması aranır.

Birinci unsur olarak yetki, hukukun idareye vermiş olduğu hukuki ve fiili bir güçtür. Bu yetkinin sınırları dışına çıkılması yapılan işlemin hukuka aykırı olması sonucunu doğurur. Yetki yer, zaman, konu ve kişi

itibariyle verilir⁴⁶. İzaha davette yetkili komisyon, mükellefiyet durumuna göre işlemlerin yapıldığı yerin bağlı olduğu komisyondur. Mükellef, bu yer dışındaki bir komisyon tarafından izaha çağrılmış ve ret kararı verilmişse, bu karar yer itibariyle yetkisiz komisyon tarafından verilmiş olması nedeniyle hukuka aykırı olacaktır.

İkinci olarak, izaha davet sonucu oluşan ret işlemi şekil ve usul itibariyle incelendiğinde, hakkında ret kararı verilen izahın sahibi mükellefin kimlik bilgileri, ret nedeni, izlenecek usul ve uygulanacak esasa ilişkin bilgilerin doğru ve mevzuata uygun olması gerekir.

Usul hükümleri itibariyle, izahın reddi kararının idari işlem olması nedeniyle 2577 sayılı Kanun md.7/f.2/a gereği 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na (TK) uygun biçimde yazılı olarak tebliğ edilmelidir. İzahın reddi yazısı bilinen adreslerine posta vasıtasıyla ilmühaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmeyenlere ilan yoluyla tebliğ edilir. Tebliğ mükelleflere, kanuni temsilcilerine veya ilgili kanun hükmünde belirtilen vazifedeki kimselere yapılır (TK md.10-27). Ayrıca bu usullerin hiçbirisiyle bağlı kalınmaksızın, tebliğe elverişli elektronik bir adres vasıtasıyla elektronik ortamda da tebliğ yapılabilir. Elektronik ortamda yapılan tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır (TK md.7a/f.4). Tebliğ usullerinin herhangi birinde eksiklik yapılmışsa işlemi usul itibariyle hukuka aykırı kılar. Esasa etkili olmayan hatalarsa izaha davet yazısının hükümsüz kılmaz.

İşlemin unsurları yönünden üçüncü ele alınması gereken unsur sebep unsurudur. Sebep unsuru, idarenin dışında olan ve idareyi böyle bir işlem yapmaya yöneltten gerekçedir⁴⁷. Bu gerekçe hukuki ve maddi olarak incelenir. İzaha davetin hukuki gerekçesi, VUK md.370'tir. Hukuki sebep, VUK'un md.370'le VDK'ya böyle bir yetki vermesidir. Maddi sebepse, mükellefin vergi zıya emareleri taşıyan davranışlarıdır. Mükellef bu davranışları nedeniyle izaha davete çağrılmış olmaktadır.

Dördüncü unsur olan konu, idari işlemin hukuk alanında meydana getirdiği sonuçtur. İzahın reddinin konusu, mükellefin vergi zıya şüphesi uyandıran davranışlarını izah edememesidir. Mükellef, usulüne uygun biçimde ve kabul edilebilir bir izahatta bulunduğu halde idare ret kararı vermişse bu karar, konu bakımından hukuka aykırıdır.

⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 24. Basım, Ankara, 2006, s. 414.

⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt II, Güncelleştirilmiş 6. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 467.

Son olarak maksat unsuruysa, yapılan idari işlemle ulaşılmak istenen nihai hedefdir⁴⁸. İzaha davetten amaç mükellef nezdinde vergi incelemesine başlamadan veya takdir komisyonuna sevk etmeden önce vergi zıyı emareleri hakkında açıklama istemektir. Yapılan izahtan anlamlı bir sonuç çıkarılarak komisyon ikna olursa her hangi bir işlem yapamaya girişmemektir. Eğer ikna olamazsa vergi aslıyla izah zammı ve vergi zıyı cezasının %20'si oranında vergi zıyı cezasıyla yetinmektir. Bu işlemlerin nihai amacı kamu yararının sağlanmasıdır. Eğer izahın reddinde kamu yararından söz etmek mümkün değilse, hukuka aykırı bir ret işlemi vardır.

4. Dava Açma Süresi

Vergi işlemleri hakkında vergi davası açılması İYUK md.7'ye göre 30 gündür. VUK md.370'de aksine bir hüküm düzenlenmemiş olması nedeniyle genel dava açma süresi olan 30 günlük süre geçerli olacaktır. Süre izahın reddi kararının tebliğ edildiği tarihi izleyen günden itibaren başlayacaktır.

5. Yürütmenin Durması

Vergi davası açılmasıyla yürütme kendiliğinden durur. Davanın kabulü halinde davaya dayanak oluşturan gerekçeyle verilen ret kararı ortadan kalkar ve buna uygun biçimde komisyonun yeniden karar vermesi gerekir. Davanın reddi halindeyse VUK md.370'e göre cezalı vergi tarhi gerçekleştirilir.

SONUÇ

6728 sayılı Kanunla sistemimize giren izaha davet, vergi idaresiyle mükellefler arasındaki hukuksal uyuşmazlıkların en aza indirilmesi, idarenin zamanını daha etkin ve verimli kullanarak hizmet kalitesini artırması, demokratik devlet ilkesi açısından olayların gerçek içeriğinin belirlenmesine mükelleflerce daha çok katkıda bulunulması ve ceza kesme işlemlerine başlanılmadan ceza kesmeyi gerektirecek bir işlem yoksa mükellefi rahatsız etmemeyi hedefleyen bir müessese olarak düzenlenmiştir.

Mükellefin izaha davet edilebilmesi için mükellef nezdinde vergisel bir incelemeye başlanılmamış veya mükellefin hali hazırdaki durumunun değerlendirilmesi için takdir komisyonuna gönderilmemiş olması, vergi zıyı şüphesi uyandıran emarelerin bulunması, bu emarelerin vergi incelemesi yapmaya yetkililer veya bilgi toplamaya yetkili kılınanlar

⁴⁸ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 9. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017,s. 535.

tarafından tespit edilmiş olması ve tespit tarihine kadar ihbarda bulunulmamış olması gerekir. Olmaması gereken husussa VUK md.359'da belirtilen kaçakçılık suçları fiilleriyle vergi zıyanına neden olunmamış olması gerekir. Sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma fiiline ilişkin ön tespitlerde her bir belge itibarıyla 57.000 TL'yi ve toplam mal/hizmet tutarının % 5 ini aşmaması gerekir. Sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kaçakçılık fiilleri içerisinde olmasına rağmen diğer fiillerle vergi kaybında uygulanmaz iken niçin sahte belge veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgede uygulanacağına ilişkin gerekçede yeterli açıklama görülmemektedir. Madde metninin tekrarı mahiyetindedir⁴⁹. Kanun yapma tekniği açısından olumlu bir yaklaşım olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.

Vergi zıyayı konusunda ön tespit GB veya VDKB'de kurulan komisyonlar tarafından yapılacaktır. Yapılan izah yeterli görülürse inceleme veya takdir komisyonuna havale edilmeyecektir. Ancak izah yeterli görülmemişse 15 gün içerisinde beyanname vermek, hata ve eksikleri tamamlamak ve gecikme zammı oranında izaha davet zammı ödenmesi gerekecektir. Ödevler yerine getirilmezse doğal olarak vergi incelemesi ve vergi zıyayı cezası kesilmesi işlemlerine başlanacaktır.

Diğer taraftan izaha davet yazısının idari bir işlem olup olmadığının tespiti de izaha muhtaç bir durumdur. Her ne kadar gerek teori gerekse yargı kararlarında idareden sadır olan davet, temenni, açıklama içerikli irade açıklamaları icrai bir idari işlem olarak görülmeyip dava konusu olamayacağı şeklinde değerlendirilse de yeni bir kurum olan izaha davet müessesesini de nitelik açısından değerlendirmek gerekir. İzaha davet, idari işlemin özellikleri açısından değerlendirmeye alındığında bir hazırlayıcı işlemdir. Bu nedenle, idari yargıda dava konusu olması bakımından dava konusu edilebilecek işlemin izaha davet değil; davet sonucu mükellefin yaptığı açıklamalar sonucu vergi idaresi tarafından değerlendirilerek ortaya konan izahın reddi şeklindeki irade açıklaması olduğu kanaatindeyiz. İzaha davete icabet eden mükellefin açıklamalarının idare tarafından kabul edilmemesi yönündeki işlemin de bu aşamadan sonra beyanata göre yapılacak tarhiyat ve ceza işlemlerinin de idari işlem teorisi açısından davaya konu olabileceğini belirtmek gerekir. Bu izaha davet kurumunun amaçları dikkate alındığında da ortaya çıkan bir husustur.

⁴⁹ YILMAZ, Güneş/ BIYAN, Özgür: “Kanun Yapma Tekniği Açısından Vergi Kanunlarının Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, 37(433), 2017, s 31.

KAYNAKÇA

- 6728 sayılı Kanun'un gerekçeli teklif metni: www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0728.pdf, (Erişim Tarihi (E.T.): 05.05.2018).
- ALTUNOĞLU, Erol: "6718 Sayılı Kanun İle Yeniden Düzenlenen "İzaha Davet" Müessesesi", Mali Çözüm Dergisi, (143), 2017, s.265-274.
- ARSLAN, Cenk Murat: "Buyurun İzaha", Vergi Dünyası Dergisi, 37(433), 2017, www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/7220, (E.T.: 05.05.2018).
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: "İzaha Davet (-Saptanabilenler, Sorular, Sorunlar-)", Vergi Dünyası Dergisi, 37(433), 2017, www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/7214, (E.T.: 05.05.2018)
- BATUN, Mehmet: "15 Soruda İzaha Davet Müessesesi", www.neksymm.com/15-soruda-izaha-davet-muessesi_i324/, (E.T.: 05.05.2018).
- BİYAN, Özgür: "İdari Aşamada Yeni Bir Çözüm Yolu: İzaha Davet", Bilanço Dergisi, 19(162), 2016., s.46-49.
- BİYAN, Özgür: "İzaha Davet Müessesesinin Detayları Belirlendi", www.ozgurbiyan.com/2017/08/izaha-davet-muessesinin-detaylari-belirlendi/#_ftn4, (E.T.: 05.05.2018).
- BOZDOĞAN, Doğan-ÇATALOLUK, Cuma, 'Vergi Usul Kanununda Yer Alan İzaha Davet Kurumunun Değerlendirilmesi ve Öneriler', Journal of International Management, Educational and Economics Perspectives, 6(1),2018, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/485731>, (E.T.: 05.09.2018)
- CANDAN, Turgut: "Vergi Hukukunda Yeni Bir Müessese: İzaha Davet", turgutcandan.com/2016/08/15/vergi-usul-hukukunda-yeni-bir-muessese-izaha-davet/, (E.T.: 10.09.2018).
- ÇAKMAKCI, Ali: "Vergi İncelemesi – Takdire Sevk Öncesi Yeni Bir Model: İzaha Davet Müessesesi", taxauditingymm.com/img/dosyalar/938984izaha_davetin_muessesesinin_ozel_hususlari_2_site_icin.pdf, (E.T.: 05.05.2018).
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 9. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- DOĞRUSÖZ, Bumin: "İzaha davet ve Olası Sorular", Dünya gazetesi, 10.08.2017, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/izaha-davet-ve-olasi-sorular/376986>, (E.T.: 07.05.2018).
- ERDEM, Tahir: "Vergi Usul Kanununda Yeni Bir Kurum İzaha Davet", Vergi Sorunları Dergisi, (347), 2017, s 150-161.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 20. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2018
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt II, Güncelleştirilmiş 6. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 24. Basım, Ankara, 2006.
- Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı İzah Değerlendirme Komisyonları Çalışmalarına İlişkin Rehber, 15.03.2015.
- KAYA, Cemil: "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, IX(1,2), 2004, s. 253-284.
- ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, 2'nci Baskıdan tıpkı 3'ncü Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

- ÖZMEN, İbrahim: “Vergi Usul Kanunu’nda İzaha Davet: 370’inci Madde Mükelleflere Yeni Bir Fırsat mı?”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26(1), 2018, s.63-85.
- RENÇBER, Altan: “Vergi Hukukunda İzaha Davet Kurumu ve Kurumun Hukuki Değerlendirmesi”, Vergi Sorunları Dergisi, (352), 2018, s 136-149.
- SEVİĞ, Veysi: “Vergi Hukukunda İzaha Davet”, www.muhasabetr.com/ulusalbasin/haber_oku.php?haber_id=23760, (E.T.: 05.05.2018).
- ŞENSES, Nevzat: “İzaha Davet Müessesesi”, www.vmhk.org.tr/izaha-davet-muessesesi-0001, (E.T.: 06.05.2018).
- ÜREL, Gürol: Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- YAŞAR, Mehmet: “Vergi Hukukunda Yeni Bir Müessese Olarak İzaha Davet”, Vergi Dünyası Dergisi, 36(429), 2017, www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/7140, (E.T.: 05.05.2018).
- YILMAZ, Güneş/ BİYAN, Özgür: “Kanun Yapma Tekniği Açısından Vergi Kanunlarının Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, 37(433), 2017, www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/7216, (E.T.: 05.05.2018).
- YÜCE, Mehmet: Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

TÜRKİYE’DE REKLAMLARIN DENETİMİ: REKLAM KURULU KARARLARI ÜZERİNDEN BİR İNCELEME

CONTROL OF ADVERTISING IN TURKEY: AN ANALYSIS ON ADVERTISING BOARD DECISION

DOI: 10.21492/inuhfd.483229

Elif EŞİYOK*

Özet

Reklam sektörü farklı olmaksızın, tüm kurum veya kuruluşlar tarafından kullanılan bir pazarlama iletişimi bileşenidir. Tüketicilerde belirli bir markaya ilişkin farkındalık sağlanması, ürün veya hizmete ilişkin bilgilerin verilmesi ve tüketicilerin satın alma kararında markaya ilişkin talebin oluşturulmasının sağlanmasında reklamların etkili olduğu düşünülmektedir. Reklamlar birden fazla mecra da yayınlansa da, kitle iletişim araçları en çok kullanılan mecraların başında gelir. Özellikle geleneksel medya kapsamında yer alan televizyon, gazete ve dergiler reklam verenler tarafından sıklıkla tercih edilen medya araçlarıdır. Reklamlar ile ilgili olarak tüketicilerin korunması ve haksız rekabetin engellenmesi amacıyla bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle Reklam Kurulu bu konuda etkili olan kurumların başında gelmektedir. Bu nedenle, bu çalışmada 2018 yılının ilk 6 ayındaki Reklam Kurulu kararları incelenmiş, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği uyarınca yaptırım uygulanan televizyon reklamları, yaptırım gerekçeleri ve verilen yaptırımlar açısından irdelenmiştir. Çalışmada ayrıca adı geçen yönetmeliğe göre Kurul’un yaptırım uygulama gerekçeleri ile reklam etiği arasında nasıl bir bağ olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Yapılan incelemeler sonucunda toplam 61 televizyon reklamının “doğruluk ve dürüstlük”, “temel ilkeler” ve “ispat külfeti” maddelerine bağlı olarak idari para cezası ve/veya reklamları durdurma kararı aldığı saptanmıştır.

Anahtar kelimeler: Reklam Kurulu, reklam, etik, reklam denetimi, reklamda etiği

Abstract

Advertising is used by many institutions or organizations without any difference in sector. Advertisements are effective while creating an awareness on a specific brand, providing information about a product or service, and ensuring that the demand for the brand is established during the consumer's purchase decision. Advertisements could be disseminated through using different mediums. Traditional media tools such as television, newspaper and magazine are frequently preferred by advertisers. In order to protect the consumer and prevent unfair competition in advertising, a number of arrangements have been made. The Advertising Board is one of the leading institutions in this field. Therefore, in this study the decisions of the Advertising Board in the first 6 months of 2018 is examined. The reasons of penalties and the types of penalties is investigated in

* Dr. Öğr. Üyesi. Atılım Üniversitesi, İşletme Fakültesi Halkla İlişkiler ve Reklamcılık Bölümü. (E-Mail: elif.sonmez@atilim.edu.tr), (Orcid: 0000-0001-9486-7067)

Makale Gönderilme Tarihi: 15.11.2018

Submitted: 15.11.2018

Makale Kabul Tarihi: 27.12.2018

Accepted: 27.12.2018

accordance with the Regulation on Commercial Advertising and Unfair Commercial Practices of the Ministry of Customs and Trade. As a result of the analysis, it was determined that 61 television commercials were punished in terms of accuracy and honesty, basic principles and burden of evidence. The majority of the penalties were determined as administrative fine and advertising detain penalty.

Keywords: Advertising Board, advertising, ethics, advertising arrangements, advertising ethics

GİRİŞ

Reklamcılık etik ile ilgili konularda en çok tartışılan sektörlerden biri olmuştur ve olmaya da devam etmektedir. Reklamlar, özellikle benzer ürünler üreten firmaların kendilerini rakiplerinden ayırmak ve ürünlerinin tüketiciler tarafından tercih edilmesini sağlamak için en fazla önem verdikleri iletişim araçlarıdır. Hedef kitlelere reklamlar çeşitli iletişim araçları ile ulaşmaktadır. Bu mecralar; geleneksel medya ve sosyal medya olarak genellikle iki başlık altında toplanmaktadır. Geleneksel medya altında radyo, televizyon, dergi ve gazete bulunurken, sosyal medya altında sosyal ağlar ve internet aracılığı ile yapılan iletişimden bahsedilmektedir.

Çeşitli mecralarda görsel, işitsel, yazılı veya bunların kombinasyonları ile hazırlanan reklamlarda belirli stratejiler kullanılmaktadır. Bu stratejiler genellikle yaratıcı mesaj stratejileri başlığı altında incelenir ve temelde tüketicinin zihninde kalıcı olmak amacıyla reklamlarda kullanılan yazı ve görsellerin etkin bir şekilde sunulması amaçlanır. Günümüzde reklam içeriklerinde, rakiplerden ayırt edilmek için sadece yaratıcı reklam stratejilerine değil, bazen etik olmayan bir takım uygulamalara da yer verilmektedir.

Tüketicinin korunması, doğru bilgilendirilmesi, reklamlarda aldatıcı unsurlara yer verilmemesi ve duyguların istismar edilmemesi gibi bir takım uygulamaların önüne geçmek veya rakipler arasında haksız rekabet ve kazancın engellenmesini sağlamak amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Hem meslek etiği çerçevesinde belirlenen etik kodlar, hem de çeşitli kanun ve yönetmeliklerle çerçevesi çizilen bu kurallar reklam sektöründe denetim ve düzenleme açısından çok önemlidir.

Reklam Kurulu ve Reklam Özdenetim Kurulu, gelen şikayetler doğrultusunda, kurallara uymayan reklamları tespit ederek, çeşitli yaptırımlar uygulamaktadır. Reklamların denetimi açısından önemli bir işlevi olan Reklam Kurulu, kurul başkanı, farklı kurum ve kuruluşlardan gelen temsilciler ve kurulun çalışmasına katkı sağlayan uzmanlar ile görevini yerine getirmektedir.

Bu makalede, 2018 yılının ilk 6 ayındaki Reklam Kurulu kararları incelenmiş, televizyon reklamları ile ilgili şikayetlerin değerlendirilmesi sonucunda, yaptırım uygulanmış olan reklamlar çalışma kapsamına dahil edilmiştir. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği uyarınca bu reklamların, hangi gerekçelerle ilgili yönetmeliğe aykırı bulunduğu ve ne tür yaptırımlar uygulandığı araştırılmıştır. Yaptırım uygulanan gerekçeler ile reklam etiği ile arasındaki bağ ortaya konulmaya çalışılmıştır.

I. REKLAM ve ETİK

Son yıllarda üretim ve tüketimin artması sonucunda en fazla tartışılan konulardan biri reklamlar olmuştur. Hiç şüphesiz reklam ve tüketim birbirini destekleyen iki unsur olarak değerlendirilebilir. Reklamlar tüketim toplumu olarak adlandırılan günümüz toplumlarında sürekli gerçekleştirilen tüketim eyleminde, neyin, ne zaman ve nasıl tüketileceğine ilişkin bir takım mesajlar vermek açısından oldukça önemlidir.

Satın alma sürecini etkileyen birden fazla kaynak olduğu ileri sürülmektedir. Tüketicilerin satın alma karar sürecinde içsel ve dışsal olmak üzere iki farklı kaynak ön plana çıkmaktadır. İçsel arama, daha önce tüketicinin zihninde olan deneyimler ile ilgilidir. Ancak, deneyimlerden kazanılan bilgi yeterli olmazsa, çevreden gelen bilgiler önem kazanmaya başlar, bu sürece de dışsal arama denilmektedir¹. Tüketicinin bilgilendirme sürecinde reklam dışsal bir kaynaktır.

Reklam tüketiciyi ihtiyaçları doğrultusunda belli bir ürün ya da hizmeti satın almaya yönlendirmek amacıyla, firmaların ürettiği ürün ve hizmetler hakkında fikirlerin oluşturulması veya iletilmesidir². Bunun yanı sıra reklam, belirli bir ücret karşılığında çeşitli mecralarda yer alan, hangi kurum veya kişi tarafından yapıldığı bilinecek şekilde hazırlanmış, ikna edici mesajlar içeren ve kişisel olmayan iletişim biçimi olarak da tanımlanmaktadır³.

Reklamların üç farklı işlevi vardır. Bu işlevler bilgilendirme, ikna etme ve hatırlatmadır. Bilgilendirme reklamları genellikle belirli bir ürün veya hizmet hakkında bilgi vermek amacıyla yapılan reklamlardır. Bu tip

¹ KARPAT AKTUĞLU, Işıl: “Tüketicinin Bilgilendirilmesi Sürecinde Reklam Etiği”, Küresel İletişim Dergisi, sayı 2, 2006, s.7.

² ELDEN, Müge/ ULUKÖK, Özkan/ YEYGEL, Sinem: Şimdi Reklamlar..., 5. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 64.

³ ARENS, William/ WEIGOLD, F. Michael/ ARENS, Christian: Contemporary Advertising, 14. Bası, McGraw Hill International Edition: New York 2013, s. 12.

reklamlar yeni bir ürün pazara çıktığı zaman tercih edilmekle birlikte, indirimlerden haberdar etmek veya belirli noktalarda farkındalık sağlamak amacıyla da yapılabilir. Bilgilendirme reklamları ürünün farklı kullanım biçimlerinin gösterilmesi, tüketicinin belirli konulardaki kaygılarının giderilmesi ve marka bilinirliğinin artırılması amacıyla da kullanılabilir⁴.

İkna etme işlevi ise markanın benzer ürün veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaktır. Bu tip reklamlarda çoğunlukla kanıt göstermek, ürünün üstün özelliklerini ön plana çıkarmak ve duygulara hitap etmek gibi yöntemler kullanılmaktadır⁵. İkna etme işlevinin kullanılabilmesi için, hedef kitlede daha önce marka veya ürüne ait bir takım bilgilerin olması gerekir.

Hatırlatma işlevi, genellikle marka ile daha önce deneyimi olan tüketiciler hedef alındığında kullanılır. Bu tip reklamlarda belirli olay, gün veya kişiler için özel olan durumlar dikkate alınır⁶. Belirli markaların toplum tarafından benimsenen özel günlerde satışlarını arttırmak amacıyla yaptıkları reklamlar bu kapsamda değerlendirilebilir.

Hangi amaçla olursa olsun reklamların reklam verenler ve reklam ajansları tarafından belirli ilkeler çerçevesinde hazırlanması gerekmektedir. İlk dönemlerinde reklam ve tanıtım amacıyla yürütülen faaliyetlerde sınırsız bir özgürlük alanı olsa da, yıllar içerisinde meydana gelen değişim ve gelişmeler sonucunda reklamların hazırlanmasında özgürlüğün kısıtlanması söz konusu olmuştur⁷. Eksik, çarpıtılmış veya yanıltıcı bilgi verilmesine ilişkin bir takım kontrol mekanizmaları devreye girmeye başlamıştır. Bu durumun toplumun eğitim ve bilinç düzeyinin yükselmesi ile önemli bir ilişkisi olduğu düşünülmektedir.

Buna ek olarak, zaman içinde reklamcılık sektöründe kabul edilmiş bir takım etik kurallar da önem kazanmıştır. Etik, insanların eylemlerini yöneten ilkeleri/ değerleri inceler ve ahlaksallığın ne olduğu, özü ve temelleri gibi konular üzerinde durarak, insanın özgür olup olmadığını sorgular⁸. Reklamların hedef kitlesini oluşturan tüketicilerin sahip oldukları hakların ve rekabetin korunması için reklamların etik ilkeler çerçevesinde hazırlanması ve yayınlanması gerekmektedir.

⁴ ELDEN/ ULUKÖKÖ/ YEYGEL, s. 177.

⁵ BABACAN, Muazzez: Nedir Bu Reklam?, 3. Baskı, Beta Yayınları: İstanbul, s. 62.

⁶ BABACAN, s. 63.

⁷ KARPAT AKTUĞLU, Işıl: “Tüketicinin Bilgilendirilmesi Sürecinde Reklam Etiği”, Küresel İletişim Dergisi, sayı 2, 2006, s.1.

⁸ URAL, Tülin: İşletme ve Pazarlama Etiği, Detay Yayıncılık, Ankara 2003, s. 6-7.

Reklamlarda etik sorumluluk reklamı yapan tarafta olduğu için, reklamı hazırlayan kesimin bunun bilincinde olması gerekir⁹. Belirli bir ürüne veya hizmete ilişkin olarak aktarılacak bilgilerde tüketicinin anlayacağı üslubun kullanılması, ürüne ilişkin abartılı bilgiler verilmemesi, yanlış algılanacak ifadelerden kaçınılması, kullanılan görsel veya imajların da gerçeklerle aynı olması gibi bir takım öğelere dikkat edilmesi gerekmektedir.

Reklam etiğinde, reklamlarda toplum içerisindeki bir grup veya bireyin davranışları açısından kabul edilebilir ahlâkî ilkelere uygunluktan bahsedilmektedir¹⁰. Reklamcılık alanında düzenleme programlarının hazırlanmasına ilk etki eden anlayış “Reklamda doğruluk” anlayışıdır; bu anlayış özellikle ilaç reklamlarında kullanılan aşırı abartılı iddiaların toplumda yarattığı tepki üzerine ortaya çıkmıştır¹¹. Literatürde en çok tartışılan konulardan biri de reklamların güvenilir bir kaynak olarak görülmediği yönündedir. Hatta bu algıdaki artışın bir sonucu olarak markalar hedef kitleleri ile örtülü reklam, gizli reklam veya ürün yerleştirme reklamları gibi bir takım alternatif reklam tipleri ile iletişim kurmaya çalışmaktadırlar.

A. Reklam Uygulamalarında Etik Sorunlar

Firmalar arasında artan rekabete bağlı olarak tüketicilerin maruz kaldığı reklamların sayısının oldukça fazla olduğu bilinmektedir. Bunun bir sonucu olarak da, reklam veren ve reklamı hazırlayan taraf konumunda bulunan kişi ve kurumların reklamlarda yer alan argümanlara ilişkin ahlaki ve sosyal boyutlara dikkat etmeleri gerekmektedir. Bu, hem rekabetteki haksız kazancın önlenmesi, hem de tüketicinin yanıltıcı ve aldatıcı bilgilere maruz kalmasının engellenmesi açısından en önemli adımlardan biri olarak kabul edilmektedir.

Reklamcılık alanındaki bazı reklam yöntemlerinin tartışmalı olduğu kabul edilmektedir. Bu yöntemler; ürün yerleştirme ve program reklam ayırımının kaybolması, bilinçaltı reklamları, dürüst olmayan ifadelerin kullanılması, aldatıcı unsurlar içeren reklamların yayınlanması ve cinselliğin sömürüldüğü reklamlar olarak sıralanmaktadır¹². Bunun dışında reklamlarda ürün hakkında aldatıcı-yanıltıcı bilgi verilmemesi,

⁹ ELDEN, Müge/ ULUKÖK, Özkan: “Çocuklara Yönelik Reklamlarda Denetim ve Etik”, Küresel İletişim Dergisi, sayı 2, 2006, s.1.

¹⁰ KOCAMEMİ, Bülent F.: REKLAMLAR VE REKLAM ETİĞİ: Sınırları nerede ve nasıl çizelim?, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, 2002, s. 230.

¹¹ UZUN, Ruhdan: İletişim Etiği: Sorunlar ve Sorumluluklar, Dipnot Yayınları: Ankara 2009, s. 255.

¹² UZUN, Ruhdan, s. 270.

toplumdaki gelenek, görenek ve değerlere aykırı unsurların bulunmaması, reklamda cinsel obje kullanılmaması, kültürel, ırksal ve dinsel farklılıkların kışkırtılmaması, karşılaştırmalı reklamlar üzerinden haksız rekabete yol açılmaması gerekmektedir¹³.

Reklam verenler ve reklam ajansları da reklamda vermek istedikleri mesajı iletecekleri kitlelere karşı belirli sorumluluklar üstlenmektedirler. Bu noktadan hareketle, iletişim alanında faaliyet gösteren kurumlar tarafından etik ilkeler ve değerler belirlenmiştir¹⁴. Yönetmelik, kanun, yönerge gibi hukuki düzenlemeler ile reklamcılığa ilişkin yasal kurallar belirlenerek, bir düzenleme sağlanmaya çalışılmaktadır. Yapılan denetim ve değerlendirmeler sonucunda yasa veya yönetmeliklere aykırı uygulamalara denk gelinmesi durumunda ise, gerek para cezası gerekse de reklamların durdurulması olarak reklamı yapan kurum ve kuruluşlar üzerinde çeşitli yaptırımlar uygulanmakta, bu düzenlemeler ile tüketicilerin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi amaçlanmaktadır.

Tüketicilerin korunması ve haksız rekabetin önlenmesindeki en önemli belirleyiciler; Reklam Kurulu, **Reklam Özdenetim Kurulu, Radyo Televizyon Üst Kurulu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**¹⁵ **Gümrük ve Ticaret Bakanlığı** Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği¹⁶(*TRHTUY*) ve RTÜK Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁷ olarak sıralanabilir.

II. REKLAM KURULU

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61'inci maddesi gereğince, ticari reklamların Reklam Kurulu'nca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve

¹³ OYMAN, Mine: "Pazarlamada Etiksel Karar Alma," 4. Ulusal Pazarlama Kongresi Antakya-Hatay (Ankara: Aydoğdu Ofset), 1999, s. 293

¹⁴ RTÜK Yayıncılık Etik İlkeleri, ICC- Uluslararası Reklam Uygulama Esasları, Reklam Özdenetim Kurulu Özdenetim Esasları, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Yönetmelik, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği bu ilkeleri ve reklamda uyulması gereken temel kuralları düzenlemektedir.

¹⁵ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 28 Kasım 2013 Perşembe <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131128-1.htm> (Erişim tarihi: 24.10.2018).

¹⁶ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı: Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, 10 Ocak 2015 Cumartesi <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/01/20150110-5.htm> (Erişim tarihi: 11.11.2018)

¹⁷ RTÜK Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliği, 3 Nisan 2014 Perşembe <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140403-1.htm> (Erişim tarihi: 20.10.2018).

doğru olmaları esastır¹⁸. Reklam Kurulu’nun görev ve amacı Ticaret Bakanlığı, Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü sayfasında şu ifadelerle belirtilmektedir;

“Ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma, inceleme ve denetim sonucuna göre, 6502 sayılı Kanun’un 61 inci madde hükümlerine aykırı reklamları durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltme ve/veya para cezası veya gerekli görülen hallerde üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulmuştur.”

Reklam Kurulu’nda Ticaret Bakanı Reklam Kurulu Başkanı olarak görev almaktadır. Kurulda toplam 19 üye olup bu üyeler; Ticaret Bakanlığı, Adalet Bakanlığı, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Yüksek Öğretim Kurumu, Türk Tabipleri Birliği, Türkiye Barolar Birliği, Reklamverenler Derneği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Tüketici Dernekleri, Reklamcılar Dernekleri, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu, Türk Standartları Enstitüsü, İstanbul Büyükşehir Belediyesi, Türk Eczacılar Birliği, Türk Dış Hekimleri Birliği, Sağlık Bakanlığı ve Tarım ve Orman Bakanlığı’ndan birer temsilciden oluşmaktadır. Reklam Kurulu’nun görevleri 6502 sayılı Tüketici’nin Korunması Hakkında Kanun’un 63. Maddesi¹⁹ ile düzenlenmiştir.

Bu çalışma kapsamında, 2018 yılının ilk yarısında yayınlanan 09.01.2018 tarihli 268 Sayılı, 13.02.2018 tarihli 269 Sayılı, 13.03.2018 tarihli 270 Sayılı, 17.04.2018 tarihli 271 Sayılı, 16.05.2018 tarihli 272 Sayılı ve 19.06.2018 tarihli 273 Sayılı Reklam Kurulu toplantı²⁰ kararlarında yaptırım uygulanmasına karar verilen televizyon reklamları seçilmiş ve incelenmiştir.

¹⁸ Ticaret Bakanlığı, Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü, Reklam Kurulu <https://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/nasil-basvurulur> (Erişim tarihi: 13.11.2018)

¹⁹ MADDE 63- (1) Ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma, inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulur. Kurul tedbiren durdurma kararı verme yetkisini Reklam Kurulu Başkanına devredebilir. Kurulun kararları Bakanlıkça uygulanır.

²⁰ Reklam Kurulu Kararları <https://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/reklam-kurulu-kararlari> (Erişim tarihi: 20.10.2018)

III. BULGULAR ve DEĞERLENDİRME

Reklam Kurulu tarafından 2018 yılının ilk 6 ayında alınan kararlara, kurumun internet sayfasında yayınlanan bültenler aracılığı ile ulaşılmış, elde edilen veriler bu bölümde irdelenmiştir.

Reklam Kurulu'nun 9 Ocak 2018 tarihinde yayınlanan 268. Toplantı'da alınan 71 karar bulunmaktadır. Tartışılan televizyon reklamlarından sekizi Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde yer alan kuralların ihlalini içermektedir (Tablo 1). Sekiz reklamın yedisi kozmetik ve temizlik sektöründe, biri sağlık sektöründe faaliyet gösteren firmalar tarafından verilmiştir. İlgili reklamların tamamı 5'nci²¹ ve 7'nci²² maddeden, yedisi 32'nci maddeden²³, beşi 26'ncı maddeden²⁴, üçü 9'ncu maddeden²⁵ ve birer reklamda 13'ncü²⁶, 11'nci²⁷ ve 29'ncu madden²⁸ idari para cezası almış ve reklamların durdurulmasına karar verilmiştir. Reklamların yaptırımları ve maddelerdeki uyulmayan bentler tabloda da detaylı bir şekilde görülebilmektedir.

Tablo 1. Televizyon reklamları yaptırım ve tedbirleri (9 Ocak 2018/ 268. Toplantı)

Sektör	Gerekeçe	Yaptırım gerekelerini içeren maddeler	Uygulanan yaptırım	Yıl	
1	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b/ 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4 ve 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
2	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; Fiyat bilgisi içermeyen; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 5-1-b/ 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5,7/6, 7/8-ç, 13'üncü, 26'ncı ve 32'nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
3	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 5-1-b/ 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a,7/6, 7/8-ç, 26'nci ve 32'nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
4	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 5/1-b, 5/1-g, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a,7/6, 7/8, 9, 26'nci ve 32'nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
5	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 5-1-b/ 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a,7/6, 9'uncu, 26'nci ve 32'nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
6	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İtibardan haksız yararlanma; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 5/1-b, 5/1-d, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 11'nci, 26'nci ve 32'nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
7	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 5-1-b/ 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 26'nci ve 32'nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
8	Beşeri tıbbi ürün/ Sağlık	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Diğer hususlar; Aldatıcı eylemler; Yükümlülük	TRHTU 5, 7, 9, 26, 28, 29 ve 32'nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017

13 Şubat 2018 tarihinde yayınlanan 269. Toplantı'da alınan 76 karar bulunmaktadır, bu kararların 17'sinde Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde yer alan kuralların ihlali saptanmıştır (Tablo 2). Bu reklamları veren firmaların sektörlerine göre

²¹ TRHTUY Madde 5 – Temel ilkeler

²² TRHTUY Madde 7 – Doğruluk ve Dürüstlük

²³ TRHTUY Madde 32 - Yükümlülük

²⁴ TRHTUY Madde 26 – Diğer hususlar

²⁵ TRHTUY Madde 9 – İspat külfeti

²⁶ TRHTUY Madde 13 – Fiyat bilgisi içeren reklamlar

²⁷ TRHTUY Madde 11 – İtibardan haksız yararlanma

²⁸ TRHTUY Madde 29 – Aldatıcı eylemler

dağılımı iletişim hizmetleri, kozmetik ve temizlik ürünleri, gıda, teknoloji, dayanıklı tüketim malları ve diğer kategoriler altında gruplandırılmıştır.

Reklamların tamamı 7’nci madde²⁹, on biri 5’nci madde³⁰, onbiri 9’ncü madde³¹, beşi 26’ncı madde³², beşi 32’nci madde³³, ikisi 27’nci madde³⁴, biri 22’nci ve 23’ncü madde³⁵, biri 13’ncü, 14’ncü, 18’nci, 19’ncü, 20’nci ve 21’nci madde³⁶, biri 6’ncı madde³⁷ ve biri de 15’nci madde³⁸ sebebi ile kural ihlali yapmıştır. Yaptırımların 14’ü hem idari para cezası hem reklamları durdurma iken, üç reklam için sadece reklam durdurma kararı alınmıştır.

Tablo 2. Televizyon reklamları yaptırım ve tedbirleri (13 Şubat 2018 / 269.

Toplantı)

Sektör	Gereke	Yaptırım gereklerini içeren maddeler	Uygulanan yaptırım	Yıl
9 İletişim Hizmetleri	Reklamın ayır edilmesi; Doğruluk ve dürüstlük; Örtülü reklam	TRHTU 6, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 22 ve 23’üncü maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilker, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
11 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilker, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
12 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilker, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
13 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilker, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
14 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilker, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
15 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilker, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
16 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilker, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
17 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilker, Doğruluk ve dürüstlük; Çekiliş, yarışma ve promosyon içerikli reklamlar; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 5/1-b, 5/1-d, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 7/8, 26’nci, 27’nci ve 32’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
18 Bebek bezi	Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Haksız ticari uygulama yasağı	TRHTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9’uncu ve 28/1, 28/2’nci maddeleri.	Reklam durdurma	2017
19 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Doğruluk ve dürüstlük; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 7/8-ç, 26’nci ve 32’nci maddeleri.	Reklam durdurma	2017
20 Gıda	Temel ilker, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler	TRHTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a; 9/1, 9/2, 9/4, 9/5 ve 26/1 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
21 Gıda	Doğruluk ve dürüstlük; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 9/1, 9/5, 26/1’nci ve 32’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
22 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilker, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
23 Teknoloji	Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Fiyat bilgisi içeren reklamlar; İndirimli satış reklam; Görseller ile yazılı ve dipnotlardaki yazının boyutu; Dipnot, alt yazı ve durağan yazı metinleri ile ilgili diğer hükümler; Yükümlülük	TRHTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 7/5-ç; 9/13,14,18,19,21 ve 32’nci maddeleri.	Reklam durdurma	2017
24 Dayanıklı Tüketim	Doğruluk ve dürüstlük; Karşılaştırmalı reklamlar; İspat külfeti; Kötüleme	TRHTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 7/8-b, 8/1, 9’ncü ve 10/1 maddeleri.	Reklam durdurma	2017
25 Diğer	Temel ilker, Doğruluk ve dürüstlük; Diğer hususlar	TRHTU 5/7 ve 27’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017

²⁹ TRHTUY Madde 7 – Doğruluk ve Dürüstlük

³⁰ TRHTUY Madde 5 – Temel ilker

³¹ TRHTUY Madde 9 – İspat külfeti

³² TRHTUY Madde 26 – Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal ve hizmetler

³³ TRHTUY Madde 32 – Yükümlülük

³⁴ TRHTUY Madde 27 – Diğer hususlar

³⁵ TRHTUY Madde 22 – Örtülü reklam yasağı, Madde 23 – Örtülü reklamların değerlendirilmesi

³⁶ TRHTUY Madde 13 – Fiyat bilgisi içeren reklamlar, Madde 14 – İndirimli satış reklamları. Madde 18 – Görsel ile yazılı ve sesli ifadelerin sunuluşu. Madde 19 – Alt yazı, durağan yazı ve dipnotlardaki yazının boyutu. Madde 20 – Alt yazıların ekranda kalma süresi. Madde 21 – Dipnot, alt yazı ve durağan yazı metinleri ile ilgili diğer hükümler.

³⁷ TRHTUY Madde 6 – Reklamların ayır edilmesi

³⁸ TRHTUY Madde 15 – Çekiliş, yarışma ve promosyon içerikli reklamlar.

Reklam Kurulu'nun 13 Mart 2018 tarihinde yayınlanan 270. Toplantı'sı sonucunda alınan 103 karar bulunmaktadır. Bu kararların 16'sında Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde yer alan kuralların ihlali tesbit edilmiştir. Sektörlerine göre reklam veren firmaların dağılımı ise; iletişim hizmetleri, kozmetik ve temizlik ürünleri, sağlık, gıda ve dayanıklı tüketim malları olarak belirtilmiştir.

Reklam Kurulu'nda tartışılan reklamların 16'sına 7'nci madde³⁹, 14'üne 9'ncü madde⁴⁰, 12'sine 5'nci madde⁴¹, altısına 32'nci madde⁴², dördüne 26'nci madde⁴³, birine 18'nci madde⁴⁴ ve birine de 24'ncü madde⁴⁵ ihlaline bağlı olarak yaptırım uygulanmıştır. (Tablo 3). Reklam veren markaların on ikisine idari para cezası ve reklamları durdurma, dördüne de sadece reklamları durdurma kararı verilmiştir.

Tablo 3. Televizyon reklamları yaptırım ve tedbirleri (13 Mart 2018 / 270. Toplantı)

Sektör	Gerekeçe	Yaptırım gerekeçlerini içeren maddeler	Uygulanan yaptırım	Yıl
26 İletişim Hizmetleri	Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Görseller ile yazılı ve sözlü ifadenin sunuluşu; Yükümlülük	TRHTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 7/5-b; 9/18 ve 32'nci maddeleri.	Reklam durdurma	2017
27 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
28 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-a, 5-b, 5-e, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
29 Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 26'nci ve 32'nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
30 Sağlık	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler	TRHTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/4, 9/5 ve 26/1 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
31 Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Çocuklara yönelik reklamlar	TRHTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 24/1-a, 24/1-ç, 24/1-f ve 24/1-n maddeleri.	Reklam durdurma	2017-2018
32 Gıda	Doğruluk ve dürüstlük; Çekiliş, yarışma ve promosyon içerikli reklamlar; Yükümlülük	TRHTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 15; 26/1 ve 32'nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
33 Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Çekiliş, yarışma ve promosyon içerikli reklamlar	TRHTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/4, 9/5 ve 26/1 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
34 Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Çekiliş, yarışma ve promosyon içerikli reklamlar	TRHTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/4, 9/5 ve 26/1 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
35 Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
36 Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
37 Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
38 Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016
39 Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/4, 9/5, 26 ve 32'nci maddeleri.	Reklam durdurma	2016
40 Gıda	Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/4, 9/5, 26 ve 32'nci maddeleri.	Reklam durdurma	2016
41 Dayanıklı Tüketim Malları	Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Çekiliş, yarışma ve promosyon içerikli reklamlar; Yükümlülük	TRHTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 7/5-ç, 9, 15 ve 32'nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017

³⁹ TRHTUY Madde 7 – Doğruluk ve Dürüstlük

⁴⁰ TRHTUY Madde 9 – İspat külfeti

⁴¹ TRHTUY Madde 5 – Temel ilkeler

⁴² TRHTUY Madde 32 – Yükümlülük

⁴³ TRHTUY Madde 26 – Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler

⁴⁴ TRHTUY Madde 18 – Görsel ile yazılı ve sesli ifadelerin sunuluşu

⁴⁵ TRHTUY Madde 24 – Çocuklara yönelik reklamlar

Reklam Kurulu’nun 17 Nisan 2018 tarihinde yayınlanan 271. Toplantı’sı sonucunda alınan 70 karar bulunmaktadır, değerlendirilen televizyon reklamlarının 20’si yönetmeliğe aykırı bulunmuştur. Reklam veren firmalar sektörlerine göre; örtülü reklam, kozmetik ve temizlik ürünleri, gıda, diğer ve teknoloji gibi alanlarda yayınlanmıştır. Bu reklamların 19’u 7’nci madde⁴⁶, 16’sı 5’nci madde⁴⁷ ve 15’i 9’ncü madde⁴⁸, biri 6’ncı madde⁴⁹, 18’nci madde⁵⁰, 19’ncü madde, 21’nci madde, 22’nci madde ve 23’ncü madde ile ceza almışlardır. Verilen cezaların 18’i idari para cezası ve reklamları durdurma iken, iki reklam için ise yalnızca reklamları durdurma kararı verilmiştir (Tablo 4).

Tablo 4. Televizyon reklamları yaptırım ve tedbirleri (17 Nisan 2018/ 271.

Toplantı)

Sektör	Gerçekçe	Yaptırım gerekçelerini içeren maddeler	Uygulanan yaptırım	Yıl	
42	Örtülü Reklam	Reklamın ayırt edilebilirliği, İspat külfeti, Görseller ile yazılı ve sesli ifadelerin sunulması; Alt yazı, durağan yazı ve dipnotlardaki yazının boyutu; Dipnot, alt yazı ve durağan yazı metinleri ile ilgili diğer hükümler, Örtülü reklam yasağı, Örtülü reklam yasağının değerlendirilmesi	TRHTTU 6/1, 6/3, 9/1, 9/5, 18/1, 18/4, 19/1, 21/1, 22 ve 23/1 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2016-2017
43	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük, İspat külfeti, Yükümlülük	TRHTTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/uncu ve 32’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
44	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTTU 5/1-b, 5/1-d, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 26’nci ve 32’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
45	Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti, Tanıklık reklamlar; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/4, 9/5, 16, 26/1 ve 32’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
46	Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti, Tanıklık reklamlar; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/4, 9/5, 16, 26/1 ve 32’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
47	Gıda	Doğruluk ve dürüstlük; Çekiliş, yarışma ve promosyon içerikli reklamlar; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 15, 26/1 ve 32’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
48	Gıda	Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler	TRHTTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/5 ve 26’nci maddeleri.	Reklam durdurma	2017
49	Diğer	Doğruluk ve dürüstlük; Fiyat bilgisi içeren reklamlar; Akılcı eylemler; Saklırgan ticari uygulamalar; Yükümlülük	TRHTTU 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 7/5-b, 7/5-c, 7/5-e, 13, 29, 31, 32 ve Ek B-3 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
50	Diğer	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTTU 5, 7, 9, 26 ve 32’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
51	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
52	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTTU 5-a, 5-b, 5-c, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
53	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTTU 5-a, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
54	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTTU 5-a, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
55	Kozmetik ve temizlik ürünleri	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 26 ve 32’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
56	Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal veya hizmetler; Yükümlülük	TRHTTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5, 11, 16, 26/1 ve 32’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
57	Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; İfardan haksız yararlanma; Tanıklık reklamlar; Reklama ilişkin özel düzenlemesi bulunan mal ve hizmetler; Yükümlülük	TRHTTU 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5, 11, 16, 26/1 ve 32’nci maddeleri.	Reklam durdurma	2017
58	Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
59	Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
60	Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
61	Teknoloji	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; Haksız ticari uygulamaya yasağı; Akılcı eylemler; Yükümlülük	TRHTTU 5, 7, 9, 26, 28, 29 ve 32’nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017

⁴⁶ TRHTUY Madde 7 – Doğruluk ve Dürüstlük

⁴⁷ TRHTUY Madde 5 – Temel ilkeler

⁴⁸ TRHTUY Madde 9 – İspat külfeti

⁴⁹ TRHTUY Madde 6 – Reklamın ayırt edilmesi

⁵⁰ TRHTUY Madde 18– Görseller ile yazılı ve sesli ifadelerin sunulması, Madde 19 – Alt yazı, durağan yazı ve dipnotlardaki yazının boyutu. Madde 20 – Alt yazıların ekranda kalma süresi. Madde 21 – Dipnot, alt yazı ve durağan yazı metinleri ile ilgili diğer hükümler, Madde 22 – Örtülü reklam yasağı, Madde 23 – Örtülü reklamların değerlendirilmesi.

Reklam Kurulu'nun 19 Haziran 2018 tarihinde düzenlenen 273. Toplantı'sında alınan kararlarda ise toplamda 169 reklam görüşülmüştür. Bunlardan üçü televizyon reklamlarında idari para cezası ve reklamları durdurma kararı ile sonuçlanmıştır. Reklam konuları gıda ve sağlıktan oluşmaktadır. Firmaların üçüne 7'nci madde⁵¹ ve 9'ncü madde⁵², ikisine 5'nci madde⁵³, birine 14'ncü madde⁵⁴, 18'nci madde⁵⁵ ve 32'nci madde⁵⁶ ihlalleri nedeniyle yaptırım uygulanmıştır. (Tablo 5).

Tablo 5. Televizyon reklamları yaptırım ve tedbirleri (19 Haziran 2018 / 273. Toplantı)

Sektör	Gerekeçe	Yaptırım gerekçelerini içeren maddeler	Uygulanan yaptırım	Yıl
62 Sağlık	Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti; İndirimli satış reklamı; Görseller ile yazılı ve sesli ifadelerin sunuluşu; Yükümlülük	TRHTU 7, 9, 14, 18 ve 32 nci maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
63 Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017
64 Gıda	Temel ilkeler, Doğruluk ve dürüstlük; İspat külfeti	TRHTU 5-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 9/1, 9/2, 9/3, 9/4, 9/5 maddeleri.	İdari para cezası ve reklam durdurma	2017

Yapılan değerlendirmeler sonucunda, 2018 yılının ilk 6 ayında ceza alan televizyon reklamlarında en fazla doğruluk dürüstlük, temel ilkeler ve ispat külfeti maddelerine bağlı ihlallerin olduğu saptanmıştır. Yaptırımların büyük bir çoğunluğunu, idari para cezası ve reklamları durdurma olduğu belirlenmiştir.

SONUÇ

Günümüz tüketim toplumunda oldukça sık gerçekleştirilen 'tüketme' eyleminde tüketileceklerin belirlenmesindeki en önemli etkenlerden biri reklamlardır. Reklamlarda sunulan idealler, vaatler ve yaşam önerileri tüketicilerin satın alma karar süreçlerini etkilemektedir. Bilgi verme, ikna etme ve hatırlatma gibi çeşitli amaçlar doğrultusunda hazırlanan reklamlarda reklam veren ve reklam hazırlayan kişi, kurum veya kuruluşların bir takım etik değerlere sahip olmaları gerekir. Özellikle tüketici haklarının korunması ve haksız rekabetin engellenmesi açısından yasa ve yönetmeliklere uygun, meslek etiğinin gerektirdiği sorumluluklar ile hazırlanan reklamlar hiç şüphesiz bu alandaki güven ortamını pekiştirecektir.

Bu çalışma kapsamında, 2018 yılının ilk altı ayındaki Reklam Kurul kararlarında Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde televizyon reklamlarına verilen cezalar incelemeye

⁵¹ TRHTUY Madde 7 – Doğruluk ve Dürüstlük

⁵² TRHTUY Madde 9 – İspat külfeti

⁵³ TRHTUY Madde 5 – Temel ilkeler

⁵⁴ TRHTUY Madde 14 – İndirimli satış reklamları

⁵⁵ TRHTUY Madde 18 – Görseller ile yazılı ve sesli ifadelerin sunuluşu

⁵⁶ TRHTUY Madde 32 – Yükümlülük

alınmıştır. Bu kapsamda, toplam 62 televizyon reklamı ceza almıştır. Bu reklamlardan 28’i kozmetik ve temizlik ürünleri, 23’ü de gıda sektöründe faaliyet gösteren firmalar tarafından yayınlanmıştır. Bu sektörler, rekabetin yoğun olduğu ve kişilerin günlük yaşamlarında sıklıkla tükettikleri ürünleri kapsayan sektörlerdir. Bu sektörlerde faaliyet gösteren firmaların, reklamlar yolu ile tüketicilere ulaşırken hem meslek etiğine hem de yasa ve yönetmeliklere duyarlı olmaları büyük bir önem taşımaktadır.

Televizyon reklamlarında, en fazla yaptırım nedeni olan maddeler doğruluk ve dürüstlük, ispat külfeti ve temel ilkeler olmuştur. Daha önceden de belirtildiği gibi reklamcılık alanındaki bazı yöntemler sakıncalı reklam uygulamaları olarak değerlendirilmektedir. Bunlar, ürün yerleştirme ve program reklam ayırımının kaybolması, bilinçaltı reklamları, dürüst olmayan ifadelerin kullanılması, aldatıcı unsurlar içeren reklamların yayınlanması ve cinselliğin sömürüldüğü reklamlar⁵⁷ olarak ifade edilmektedir. Yönetmelik ve kanunlardan bağımsız olarak reklamcılık mesleğinde zaten doğru olmayan bilgilerin verilmesi, yanıltıcı bilgiler ile tüketicilerin aldatılması ve reklam-program ayırımı olmaksızın reklamların hazırlanması etik dışı kabul edilmektedir. Bu sebeple, alanda eğitim veren akademik ortamlarda öğrencilere meslek etiğine ilişkin bilgilerin verilmesi önemlidir. Böylece uzun vadede reklamlarda özdenetimin sağlanabilmesi de mümkün olabilir.

Yaptırımların büyük bir kısmı idari para cezası ve reklamların durdurulması şeklinde olmuştur. Hiç şüphesiz Reklam Kurulu veya Reklam Özdenetim Kurulu gibi kurulların gelen ihbarları değerlendirmesi, yönetmelik ve kanunlara aykırı olan reklamlara bir takım cezai yaptırımlar uygulanması caydırıcılığı da beraberinde getirecektir.

Sonuç olarak, reklamcılık sektöründe faaliyet gösteren kurumlar, reklamcılar ve reklam veren kişilerin reklamda etik gibi konuların farkında olmaları sağlanarak, reklamların hazırlanma ve yayınlanma süreçlerinde bu değerlere bağlı kalınması sağlanabilir. Günümüzde teknolojinin gelişmesi ve tüketicilerin farkındalıklarının artması sonucunda firmaların yaptıkları haksız uygulamalar ortaya çıkmakta ve çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır. Özellikle markalar arasındaki haksız rekabetin engellenmesi ve tüketicilerin haklarının korunması için reklamların hem etik kurallar hem de yasa ve yönetmelikler çerçevesinde hazırlanması ve yayınlanması büyük bir önem taşımaktadır.

⁵⁷ UZUN, Ruhdan, s. 270.

KAYNAKÇA

- ARENS, William/ WEIGOLD, F. Michael/ ARENS, Christian: Contemporary Advertising, 14. Bası, McGraw Hill International Edition: New York 2013, s. 12.
- BABACAN, Muazzez: Nedir Bu Reklam?, (3. Baskı), Beta Yayınları: İstanbul 2015, s. 62.
- ELDEN, Müge/ ULUKÖK, Özkan/ YEYGEL, Sinem: Şimdi Reklamlar..., 5. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 64.
- ELDEN, Müge/ ULUKÖK, Özkan: “Çocuklara Yönelik Reklamlarda Denetim ve Etik”, Küresel İletişim Dergisi, sayı 2, 2006, s.1.
- KARPAT AKTUĞLU, Işıl: “Tüketicinin Bilgilendirilmesi Sürecinde Reklam Etiği”, Küresel İletişim Dergisi, sayı 2, 2006, s.7.
- KOCAMEMİ, Bülent F.: REKLAMLAR VE REKLAM ETİĞİ: Sınırları nerede ve nasıl çizelim?, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, 2002, s. 230.
- OYMAN, Mine: “Pazarlamada Etiksel Karar Alma,” 4. Ulusal Pazarlama Kongresi Antakya-Hatay (Ankara: Aydoğdu Ofset), 1999, s. 293
- URAL, Tülin: İşletme ve Pazarlama Etiği, Detay Yayıncılık, Ankara 2003, s. 6-7.
- UZUN, Ruhdan: İletişim Etiği: Sorunlar ve Sorumluluklar, Dipnot Yayınları: Ankara 2009, s. 255.

YÖNETİMDE İSTİKRAR ARAYIŞI EKSENİNDE İTALYA’NIN SEÇİM SİSTEMİ REFORMLARI

ITALY’S ELECTION SYSTEM REFORMS IN THE CONTEXT OF SEEKING GOVERNANCE STABILITY

DOI: 10.21492/inuhfd.480560

Cengiz ARIKAN*
Onur ALTUNSU**

Özet

Seçim, günümüz temsili demokrasilerinin vazgeçilmez unsurudur. Halkın adına karar alacak temsilciler seçim yoluyla belirlenir. Temsilcileri belirleme süreci ve ülkedeki iktidar yapısı, tercih edilen seçim sistemine göre farklılaşır. Bu nedenle, diğer hükümet sistemlerinin yanı sıra, iktidarı elde etme ve kullanma bakımından yasama çoğunluğuna sahip olmayı gerektiren parlamenter sistemlerde seçim sistemi çok önemlidir. Son dönemde hükümet istikrarsızlıkları ile anılan İtalya, güçlü ve istikrarlı iktidarlara yaratmak adına bir dizi seçim kanunu reformu yoluna gitmiştir. Reform sürecinin başlangıcından günümüze kadar farklı adlarla anılan dört yasa değişikliği yapılmıştır. Bu değişiklikler; 1993 yılında yapılan Mattarellum, 2005 yılında yapılan Porcellum, 2014 yılında yapılan Italicum ve 2017 yılında yapılan Rosatellum’dur. İtalyan Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararları da süreç içerisinde etkili olmuştur. İtalyan yasama organı, son iki seçim yasasını (Italicum ve Rosatellum) Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarından sonra yürürlüğe koymak zorunda kalmıştır. Son yirmi beş yılda hukuki ve siyasi etkenler tarafından ivme kazandırılan bu süreçte henüz istenilen sonuca ulaşamamıştır. Bu çalışmada İtalya’da devam eden değişim süreci detaylı olarak analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Seçim, seçim sistemleri, İtalyan seçim sistemi, İtalya’da istikrar arayışları, İtalyan seçim sistemi reformları.

Abstract

Election is an indispensable element of modern-day representative democracies. Representatives who take decisions on behalf the people, are determined by election. The process of determining representatives and the power structure in the country differs according to the preferred electoral system. Therefore, in addition to other government systems, in parliamentary systems that require to have a legislative majority in terms of obtaining and using power, electoral system is considerably significant. Italy, which was recently known for the instability of the government, went on to a series of electoral laws reform in order to create strong and stable powers. From the beginning of the reform process to the present day four amendments have been made with different names. This

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. (E-Mail: carikan_58@hotmail.com), (Orcid: 0000-0003-2785-3575)

** Ar. Gör., Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. (E-Mail: virtuoaltunsu@windowslive.com), (Orcid: 0000-0001-5678-2572).

Makale Gönderilme Tarihi: 08.11.2018
Makale Kabul Tarihi: 28.12.2018

Submitted: 08.11.2018
Accepted: 28.12.2018

amendments are Mattarellum made in 1993, Porcellum made in 2005, Italicum made in 2014 and Rosatellum made in 2017. The annulment decisions of Italian Constitutional Court was effective in this process. The Italian legislative organ had to implement last two election laws (Italicum and Rosatellum) after the annulment decisions of Constitutional Court. This process, accelerated by some legal and political factors in the last twenty-five years, has not been reached the desired result yet. In this study, the ongoing change process in Italy, has been analyzed in detail.

Keywords: Election, election systems, Italy election system, seeking stability of Italy, Italy election system reforms.

GİRİŞ

Demokrasi, sosyal düzenin kurulması ve sürdürülmesine ilişkin alınan kararlarda halkın aktif rol oynadığı yönetim modelidir. Demokrasinin uygulanma tarzı, siyasi tercihlere ve toplumun içinde bulunduğu koşullara göre farklılık gösterir. Tarihsel süreçte görece az nüfuslu bazı toplumlarda halkın kendisine ilişkin karar alma süreçlerine doğrudan katıldığı gözlemlenmiştir. Zamanla artan nüfus karşısında doğrudan katılımın olanaksız hale gelmesiyle birlikte demokrasinin sürdürülebilirliğini sağlayacak yeni prensiplere gereksinim duyulmuştur. Bu noktada halkın adına karar almayı sağlayacak bir mekanizma olarak temsil kurumu gelişmiştir.

Temsili demokraside halk, seçimle belirlediği temsilcileri vasıtasıyla devlet yönetiminde söz sahibi olur. Halkın toplumsal düzeni sağlamaya yönelik faaliyetlerinde önemli bir araç haline gelen seçim, her daim demokrasiye ilişkin tartışmaların gündeminde yer almaktadır. Bu tartışmalar çerçevesinde seçimlerin özgür ortamda ve düzenli aralıklarla yapılması, genel oy, eşit oy, gizli oy ve açık sayım gibi bazı prensiplerin kabul edilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Yine temsilde adalet ve yönetimde istikrar prensiplerine uygun bir seçim sisteminin demokrasiye katkı sağlayacağı ifade edilmektedir. Ancak, her ülke, kendi iç dinamiklerine göre ve bazen de küresel gelişmelerin etkisi altında seçim sistemini belirler.

İtalya'da seçim sistemi de küresel bir faktör olarak göze çarpan iki kutuplu dünya düzeninin etkisi altında biçimlenmiştir. İki kutuplu düzen, bazı partilerin hükümet etme olanağını ortadan kaldırırken bazılarının da yönetime adeta ambargo koymasına yol açmıştır. Bir siyasi partinin yarım asra yakın yönetimde etkin olması, daha da önemlisi başka siyasi aktörlerin yönetimi devralamayacağına ilişkin yaygın kanaat, siyasal sistemin işleyişinde birtakım sorunları da beraberinde getirmiştir.

İtalyan siyasetinde ortaya çıkan yolsuzluklar, 1993'teki seçim reformunun gerekliliğini ortaya koymuş ve bu tarihten sonra seçim

reformu tartışmaları gündemden hiç düşmemiştir. Farklı seçim sistemleri uygulanmış olsa da istikrarlı yönetimlerin göreve gelmesi halen gerçekleşmesi beklenen bir durumdur. Biz, bu çalışmada İtalya'nın seçim sistemlerini, bunların parti ittifaklarına olan katkısını ve seçim reformlarını -Cumhuriyet dönemiyle sınırlı olmak üzere- analiz etmeyi amaçladık.

I. DEMOKRATİK HAYATIN ZORUNLU UNSURU: SEÇİM

A. Demokrasinin Özü Seçim

İlk kez Antik Yunan döneminin (M.Ö 5. yy) ünlü tarihçisi Herodot tarafından kullanılan demokrasi, etimolojik olarak eski Yunancada demos (halk) ve kratein (yönetmek) sözcüklerinin birleşmesinden oluşur. Demokrasinin tanımlanmasında genellikle Abraham Lincoln'un "halkın halk tarafından, halk için yönetimi" şeklindeki tanımı referans gösterilir. Tanımdan anlaşılacağı üzere, ancak halkın yönetimde söz sahibi olduğu ülkelerde demokrasiden söz edilebilir. Halkın yönetime katılımı, doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleşir¹.

Demokrasinin ilk kez ortaya çıktığı Antik Yunan kent devletlerinde yurttaşlar, Ekklesia adı verilen halk meclisinde yasama faaliyetine doğrudan katılırdı. Kent devletine ilişkin pek çok önemli karar, büyük bir alanda toplanan yurttaşlar (Ekklesia) tarafından alınır. Söz gelimi; savaş ve barışa karar verme, devleti mali yönden denetleme, elçi atama vs. yetkiler de Ekklesia'ya aitti. Danışma organı niteliğindeki Bule (500'ler) Meclisi, yürütme görevini yerine getiren Magistralar ve yargılama yetkisine haiz mahkemeler ise yurttaşların yetkilerini kullandığı Atina'nın diğer kurumsal yapılarındandı².

Atina'da yönetime katılma hakkının münhasıran yurttaşlara verilmesi, demokrasiye ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Çünkü yurttaşlık, günümüzden farklı olarak, siyasi yaşama katılmayı daha dar bir çerçevede mümkün kılmaktaydı. Atina'nın toplam nüfusu 418.000 kişi olmasına karşın, yurttaş sıfatına haiz olanların sayısı 41.700'dü³. Zira kadınlar, çocuklar, köleler ve yabancılar yurttaş statüsünde yer almıyordu. Yabancılar, özgür olmalarına rağmen siyasi haklardan yoksundu. On sekiz

¹ ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 13. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2017, s. 240.

² NALBANT, Atilla: "Tarihsel Bağlamıyla Demokrasi ve Cumhuriyet Kavramları ya da Atina Demokrasisi ile Roma Cumhuriyetinin İdeolojik ve Kurumsal Yapıları", Argumentum, Yıl: 2, Sayı: 18, Ocak 1992, s. 270-271.

³ NALBANT, s. 269.

yaşını doldurmuş olan erkek yurttaşlar Halk Meclisi'nde söz söyleme hakkı elde ediyordu. Yönetime katılma, modern demokrasinin gereği olan özgürlük ve eşitlik prensiplerine alenen aykırı bir biçimde gerçekleşmekteydi. Buna karşın Atina, demokrasinin tarihi gelişim sürecindeki ilk aşamayı oluşturması ve halkın toplumsal düzeni inşa etmedeki rolü bakımından önemini korumaktadır⁴.

Görüldüğü üzere, Atina'daki yönetim anlayışı, modern demokrasilerden oldukça farklıydı. Bireysel hak ve özgürlükler, nüfusa oranla sınırlı sayıda kimse, yani sadece yurttaşlar için bir anlam ifade etmekteydi. Yurttaş statüsünde olanlar ise karar alma sürecine doğrudan katılım sağlardı. Oysa modern demokrasiler, 19. yüzyıldan itibaren insanların giderek daha özgür ve eşit olduğu bir anlayış çerçevesinde gelişim gösterdi. Özellikle nüfusun artmasıyla “temsil” kavramı ortaya çıktı ve temsilcilerin saptanması için oluşan özgür seçim ortamı demokrasinin temel prensiplerinden birine dönüştü⁵.

B. Seçim Sistemleri

Temsili demokrasinin bir zorunluluk olarak ortaya çıkmasıyla birlikte, temsilci sıfatını kimlerin nasıl elde edeceği sorusu gündeme gelmiştir. Aslında böyle bir soruya verilecek yanıt, toplumların siyasi tercihleriyle doğrudan ilintili olsa da modern demokrasilerde konuya ilişkin genel bir çerçeve çizmek mümkündür. Demokratik ülkelerde yöneticiler, yurttaşların katıldığı seçimler neticesinde iş başına gelir⁶. Bu anlamda seçim, belirli bir süre için siyasi iktidara muvafakat vermek veya daha önce verilen muvafakati yenilemek ya da verilen muvafakati büsbütün geri çekme fırsatı veren hukuki ve siyasi bir araçtır⁷. Seçim sistemleri ise bir seçimde kullanılan geçerli oyların temsilciliklere

⁴ KIŞLALI, Ahmet Taner: “Eski Yunan’da Demokrasi ve Demokratik Düşünce”, Amme İdaresi Dergisi, Sayı:17/1, 1984, s. 66-67.

⁵ BIRCH, Anthony H.: The Concepts and Theories of Modern Democracy, 3rd Edition, Routledge, London 2007, s.109; Nüfusun demokrasi üzerindeki değiştirici ve dönüştürücü etkisine en güzel örneklerden biri, İsviçre kantonu olan Schwyz’dir. 1240 tarihinde doğrudan demokrasiyle yönetilmeye başlanan Schwyz, 1848 yılına kadar giderek artan nüfusu 65.000’e ulaştığında bu yönetim sisteminden vazgeçmiştir. Günümüzde halen İsviçre’nin bazı kantonlarındaki yönetime katılma usulü, doğrudan demokrasiye örnek teşkil etmektedir. Bu kantonlardaki en belirgin özellik, nüfusun görece az olmasıdır. Bkz. TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 251.

⁶ ÖZER, Atilla: Anayasa Hukuku, 7. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2016, s. 259.

⁷ KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer: Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, AÜHF Yayınları, No: 262, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. XIII.

dönüştürülmesinde veya yönetilenler adına karar almaya yetkili organların belirlenmesinde kullanılan teknik usullerdir⁸.

Seçmenlerin siyasal yaşama katılma tarzını ve seçimlerin hangi yöntem ve esaslar çerçevesinde gerçekleşeceğini konu edinen seçim sistemleri, temel olarak çoğunluk sistemleri ve nispi temsil sistemleri olarak ikiye ayrılır⁹. Çoğunluk seçim sistemlerinde geçerli oyların çoğunluğunu alan parti veya aday o seçim çevresinde seçimi kazanmış olur. Mantığı ve uygulaması kolay olan bu sistem, “önde bitiren yarışı kazanır” deyiimiyle ifade edilir¹⁰. Çoğunluk seçim sistemleri Cumhurbaşkanlığı, Belediye Başkanlığı ve Muhtarlık gibi tek bir kişinin belirlendiği seçimlerde uygulanabildiği gibi, parlamento seçimlerinde de uygulanabilir. Çoğunluk seçim sistemleri tur sayısına göre tek turlu ve iki turlu olarak yapılabildiği gibi, parlamento seçimlerinde tek isimli ve listeli biçimde de yapılabilir.

Nispi temsil seçim sistemleri ise siyasi partilerin almış oldukları oy oranında temsiline imkân sağlayan seçim sistemlerinin ortak adıdır¹¹. Nispi temsil seçim sistemleri özelliği gereği ancak listeli seçme yöntemi ile uygulanabilir¹². Nispi temsil seçim sistemi, iki veya daha fazla temsilcinin seçildiği seçim çevrelerinde uygulanabildiği gibi, uygulama örneği az da olsa, bütün ülkenin tek bir seçim çevresi olarak değerlendirildiği ulusal düzeyde de uygulanabilir¹³.

Bir ülkenin herhangi bir seçim sistemini kabul etmesinde şüphesiz o ülkenin ekonomik, kültürel ve siyasal yapısı başta olmak üzere birçok etken rol oynar. Günümüze kadar uygulanmış seçim sistemlerinden hangisinin daha ideal olduğu sorusuna verilecek net bir cevap yoktur. Çünkü bu sorunun cevabı daima siyasi tercihlerle ilgilidir¹⁴.

Seçim sistemi tercihlerinin belki de en belirleyici yönü, tercih edilecek sistemin ortaya çıkaracağı sonuçtur. Seçim sistemleri ortaya

⁸ TEZİÇ, s. 285. ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 8. Bası, Konya 2013, s. 189. GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 8. Bası, Ekin Yayınları, Bursa 2017, s. 315.

⁹ Seçim sistemleri ve uygulama yöntemleri hakkında geniş bilgi için bkz. AYDOĞDU, Yasin: Seçim Sistemleri ve Türkiye, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

¹⁰ LIJPHART, Arend: Electoral Systems And Party Systems A Study of Twenty Seven Democracies, 1945-1990, Oxford University Press, New York 2006, s. 18

¹¹ TÜRK, Hikmet Sami: “Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 23, Ankara 2006, s. 84.

¹² GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara 2013, s. 92.

¹³ Günümüzde İsrail, Hollanda ve Slovakya’da parlamento seçimleri ulusal düzeyde nispi temsil sistemi ile yapılmaktadır. AYDOĞDU, s. 91; GÖZLER, (2017), s. 320.

¹⁴ TEZİÇ, s. 285.

çıkacakları sonuç olarak “temsilde adalet” ve “yönetimde istikrar” ilkelerinden birine ağırlık verirler. Çoğunluk seçim sistemleri yönetimde istikrarı öncelerken, nispi temsil seçim sistemleri temsilde adaleti gerçekleştirmeyi önceler. Belki de ideal bir seçim sisteminden bu iki ilkeyi gerçekleştirmesi beklenebilir. Ancak bu iki ilkenin uzlaştırılması pek mümkün değildir. Birbirleriyle zıtlık içeren bu iki ilkenin aynı anda gerçekleştirilebildiği bir seçim sisteminin oluşturulması mümkün değildir¹⁵. Temsilde adalete yaklaştıkça yönetimde istikrardan, yönetimde istikrara yaklaştıkça temsilde adaletten uzaklaşılır.

Bir ülkede bütün siyasi eğilimlerin parlamentoda temsil edilmesi yararlıdır. Ancak yürütmenin parlamento çoğunluğuna dayandığı ve ona karşı sorumlu olarak görev yürüttüğü hükümet sistemlerinde, istikrarlı ve güçlü bir yürütme oluşturacak belli bir parlamento çoğunluğunun da oluşması gerekir. Yukarıda ifade edildiği gibi, çoğunluk seçim sistemleri yönetimde istikrarı doğuran sonuçlar ortaya koyarken, nispi temsil seçim sistemleri temsilde adaleti gerçekleştirmeye yönelik sonuçlar doğurur. Nispi temsil seçim sistemlerinde küçük partilerin parlamentoda temsil edilme şansları daha yüksektir. Bu nedendir ki nispi temsil seçim sistemi, ülkede bulunan siyasi bölünmüşlüğü artıran eğer siyasi bölünmüşlük söz konusu değilse bu defa siyasi bölünmüşlüğü ortaya çıkaran etkiler doğurmaktadır¹⁶. Bu durumda böyle parçalı bir parlamento aritmetiği içerisinde tek başına iktidarı kullanabilecek bir parti çoğunluğu bulmak zorlaşacaktır. Nispi temsil sisteminin bu olumsuz yönünü bir ölçüde hafifletmek için seçim barajı uygulamaları¹⁷ ya da her iki seçim sisteminin özelliklerini taşıyan karma seçim sistemi tercihleri gündeme gelebilir.

¹⁵ TUNCER, Erol: “Türkiye’de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği” Anayasa Yargısı Dergisi, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006, C. 23, s. 168; TEZİÇ, s. 317; ZABUNOĞLU, Hamdi Gökçe: Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 100-101.

¹⁶ TEZİÇ, s. 296.

¹⁷ Seçim barajı uygulamalarının, yasama organındaki sandalye dağılımına yapacağı kısa vadeli ve siyasi partiler üzerinde doğuracağı orta ve uzun vadeli etkilerin yanı sıra oy kullanmada seçmen davranışları üzerinde de uzun vadeli etkileri ile siyasal yaşamı etkiledikleri söylenebilir. Bakınız: SABUNCU, Yavuz: “Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları”, Anayasa Yargısı Dergisi, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006, C. 23, s. 191-197; Bu konuda ayrıca bkz. ARIKAN, Cengiz: “Yönetimde İstikrar İlkesinin Gerçekleşmesine Yönelik Bir Araç Olarak Seçim Barajı Uygulamaları”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 15, Sayı: 180, Yıl 2017, s. 5781-5801.

Karma seçim sistemleri genellikle parlamento seçimlerinde çoğunluk sistemiyle nispi temsil sisteminin bazı özelliklerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulur¹⁸. Örneğin Almanya'da, seçmenler iki oy kullanarak seçimlere katılır. Temsilcilerin yarısı dar bölge çoğunluk sistemine göre, diğer yarısı ise geniş seçim çevrelerinde nispi temsil sisteminin esaslarına göre seçilir¹⁹. Türkiye'de de 18 ve 19'uncu dönem TBMM seçimlerinde uygulanan "Çift ve Kontenjan Barajlı Nispi Temsil Sistemi", karma seçim sisteminin bir örneğini oluşturmaktaydı. 1986 yılında Milletvekili Seçim Kanunu'na eklenen "*Kontenjan adayı gösterilen seçim çevrelerinde, geçerli oyların en çoğunu alan siyasi partinin kontenjan adayı, seçim çevresi barajını aşmış olmadığına bakılmaksızın milletvekilliğini kazanmış olur.*" hükmü kontenjan adayları için tek isimli tek turlu çoğunluk sistemi uygulaması anlamına gelmekteydi²⁰.

II. İTALYA'DA SEÇİM SİSTEMİ REFORMLARININ BAŞLANGICI: MATTARELLUM²¹

A. Siyasal Perspektif Açısından İtalya'yı Seçim Sistemi Reformuna Götüren Nedenler

1. Tarihsel Süreç

İtalya devletinin tarihini, birliğini sağladığı 1861 yılından günümüze kadar liberal rejim (1861-1924), faşist rejim (1924-1946) ve cumhuriyet rejimi (1946-...) olmak üzere üç döneme ayırarak analiz etmek, geleneksel bir tavır haline gelmiştir. Cumhuriyet rejimi de kendi içerisinde I. Cumhuriyet ve II. Cumhuriyet olmak üzere ikiye ayrılır. I. Cumhuriyet Dönemi, 2 Haziran 1946 tarihinde yapılan referandumla başlar ve 1993 yılında yapılan referanduma kadar devam eder. Referandumdan günümüze kadar gelen evre ise II. Cumhuriyet olarak adlandırılır²².

İtalya'da faşist dönemin ardından ülkede rejim tartışma konusu olmuş ve rejimi belirleyecek bir referandum yapılmasına karar verilmiştir.

¹⁸ Karma seçim sistemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. AYDOĞDU, s. 111 vd.

¹⁹ KABOĞLU, İbrahim: Anayasa Hukuku Dersleri, 11. Bası, Legal Yayınları, İstanbul 2016, s.201; AYDOĞDU, s. 121.

²⁰ TEZİÇ, s. 314.

²¹ 1993 reformunun beraberinde getirdiği karma sistem, 2015 yılında İtalya'nın Cumhurbaşkanı olan ve halen görevde bulunan Sergio Mattarella tarafından tasarlandığı için bu isimle anılır. Bkz. BALDİNİ, Gionfranco / RENWICK, Alan: "Italy Toward (Yet Another) Electoral Reform", Italian Politics, Vol.30, 2014, s. 161.

²² NEWELL, James L.: The Politics of Italy, Cambridge University Press, New York 2010, s. 9.

Referandumda yaklaşık 12 milyon seçmen cumhuriyet, 10 milyon seçmen ise monarşiden yana oy kullanmıştır. Cumhuriyet rejiminde karar kılındığı için yönetimde kendisine yer olmayan kraliyet ailesinin de sürgüne gönderilmesine karar verilmiştir. Aynı tarihte yapılan genel seçimlerin sonunda oluşan meclis, kurucu iktidar vasfıyla yeni bir anayasa taslağı hazırlamıştır. Taslak, kurucu meclis tarafından kabul edilmiş ve geçici devlet başkanı tarafından yayımlanarak 1 Ocak 1948 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrıca Anayasanın 139'uncu maddesinde Cumhuriyetin değiştirilemeyeceği hükmüne yer verilerek rejim güvence altına alınmıştır²³.

I. Cumhuriyet Dönemi'nde görev yapan hükümetler, çoğunlukla birkaç siyasi partinin birleşiminden oluşan koalisyonlardır. 1942'de kurulan ve tüm koalisyon hükümetlerinde yer alan Hıristiyan Demokrat Parti, dönemin en güçlü partisidir. Görece daha küçük partilerle ittifak yaparak adeta yönetime ambargo koymuştur. Bu durumun en önemli nedenlerinden biri, soğuk savaş döneminin yarattığı iki kutuplu dünya düzenidir. Komünizm tehdidi altında şekillenen süreç²⁴ dolayısıyla Hıristiyan Demokratlar, İtalyan Komünist Partisi'nin tüm ittifak taleplerini reddetmiş ve bu durum Komünist Parti'nin, yöneten partiler arasında yer almaması gerektiğine ilişkin Hıristiyan Demokrat Parti ve küçük partiler arasında adeta zımnî bir anlaşmaya (*conventio ad excludendum*) dönüşmüştür²⁵.

²³ ZARISKI, Raphael: "Part Four: Italy", in *Politics in Western Europe*, Ed: Mc Donald Hancock v.d., Second Edition, Macmillan Press, London, 1998, s. 331-332; 1948 Anayasasına göre, İtalya, demokratik bir cumhuriyettir (Md.1). Bakanlar Kurulunun yasamaya karşı sorumlu olması (Md.95), meclisten güvenoyu alma zorunluluğu (Md.94) gibi hususlar, ülkede parlamenter sistemin işlediğini gösterir. İtalya, Milletvekili Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu olmak üzere çift meclisli bir parlamentoya sahiptir (Md.55). Milletvekili Meclisi, on ikisi yurtdışı seçim çevresinden olmak üzere toplamda 630 temsilciden oluşur (Md.56). Senatör sayısı ise altısı yurtdışı seçim çevresinden olmak üzere toplam 315'dir (Md.57). Tam metin için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-İTALYA%20319-354.pdf>. (Erişim Tarihi, 7.11.2018).

²⁴ BALDINI, Gianfranco: "The Different Trajectories of Italian Electoral Reforms", *West European Politics*, Vol. 34, No. 3, May 2011, s. 646-647.

²⁵ NEWELL, s. 26-27; SARTORI'nin anti-sistem partilere ilişkin tasnifi, İtalyan Komünist Partisi'nin içinde bulunduğu durumu daha net bir biçimde tasvir eder. Anti-sistem partiler; aşırılıkçı, aşırı ve dışlanmış partiler olmak üzere üç gruba ayrılır. Aşırılıkçı partiler, mevcut düzeni yıkmayı ve yerine kendi düzenlerini ikame etmeyi amaç edinir. Aşırı partiler, daha ziyade radikal partilerdir ve mevcut düzene karşı olmadan da varlıklarını sürdürebilirler. Nihayet, dışlanmış partiler ülkede benimsenen değer yargılarına göre oluşan kamuoyunun dışarıda bıraktığı partilerdir. SARTORI, Giovanni:

Söz konusu zımni anlaşma, her ne kadar sistem karşıtı doğasından ötürü İtalyan Komünist Partisi'nin yönetime gelmesini engellese de uzun vadede kamu menfaatlerine zarar vermiştir. Yönetimdeki küçük partilerin görevde kalma süresinin belirsizliği, pek çok sorunun kaynağıdır. Hıristiyan Demokrat Parti'nin ittifak alternatiflerinin bulunması ve partilerin işin doğası gereği iktidarda yer alma eğilimi, ahlaki kaygıların ikinci planda kalmasına neden olmuştur. Yönetimde kalıcı olma isteği, dönemin koşullarına göre partiler arası pazarlığın salt politik çıkarlar etrafında yapılmasını gerekli kılmış, devletin âli menfaatleri göz ardı edilerek bürokraside yozlaşmaların önü açılmıştır²⁶. Siyasi partilerin kendilerine oy vermeleri karşılığında belli gruplara ayrımcılık yapmaları ve gerçekleştirdikleri etkinlikler dolayısıyla artan giderleri için hukuk-dışı yollara başvurmaları yolsuzluğun spesifik nedenlerindedir. Yolsuzluklara karşı soruşturmalar, 1980 yılının sonlarında başlamış olmasına karşın, daima bireysel düzeyde kalmış, partileri kapsayacak şekilde genişletilmemiştir. Bunun için 1990'lı yılların ilk çeyreğini beklemek gerekmektedir²⁷.

2. Tangentopoli²⁸

Süreç, İtalyan Sosyalist Partisinden (PSI) Mario Chiesa'nın rüşvet aldığı gerekçe gösterilerek 17 Şubat 1992'de tutuklanmasıyla başlamıştır. Chiesa'nın sorgulanması neticesinde aslında büyük partileri de kapsayan geniş bir yolsuzluk ağının olduğu fark edilmiştir. Dönemin savcılarını soruşturmayı genişleterek İtalyan Sosyalist Partisi'nin birçok üyesini gözaltına almışlardır. Bunlar arasında geçmiş dönemlerde Turizm Bakanlığı ve Milan'ın belediye başkanlığını yapmış Carlo Tognoli ve yine Milan'ın eski belediye başkanlarından Paolo Pillitteri de yer almaktaydı.

Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, çev. Ergun Özbudun,, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 94.

²⁶ NEWELL, James L. / BULL, Martin: "Party Organisations and Alliances in Italy in the 1990s: A Revolution of Sorts", West European Politics, Vol: 20, No:1, 1997, s. 82.

²⁷ NEWELL, s. 32.

²⁸ İtalya'da "Temiz Eller" operasyonunu yürüten savcı olan Antonio Di Pietro ülkemizde verdiği bir konferansta Tangentopoli'nin Polis (Kent) ve Tangente (rüşvet, yolsuzluk) kelimelerinden oluştuğunu söyler. Bu kavram dilimize "yolsuzluklar diyarı" olarak çevrilmiştir ve rüşvetin yöneticiler marifetiyle ülke genelinde nasıl yaygın hale geldiğini göstermek için literatürde kullanılan sembol-kavramlardan biri olmuştur. Bkz. Dİ PIETRO, Antonio: "İtalya'da Temiz Eller Operasyonu", İşletme ve Finans Dergisi, Şubat 1995, Cilt:10, Sayı: 107, s. 8.

Akabinde Milan'ın metro sistemindeki rüşvet soruşturmaları, Hıristiyan Demokrat Partisi'ne uzanmıştır²⁹.

1993 yılının başlarında yolsuzluk soruşturmaları küçük partilere de sirayet etmiştir. Dönemin koalisyon hükümetinde yer alan İtalyan Liberal Parti lideri Renato Altissimo ile İtalyan Sosyal Demokrat Parti lideri Carlo Vizzini "Enimont Skandalı" çerçevesinde tutuklanmış ve her ikisi de istifa etmek zorunda kalmışlardır. Benzer şekilde, İtalyan Cumhuriyetçi Parti'nin lideri Giorgio La Malfa da aynı suçlamaların muhatabı olmuş ve görevi bırakmıştır³⁰.

Kamuoyunda yolsuzluk soruşturmalarına konu partilere duyulan güven giderek azalmıştır. Bazı partilerin varlığı son bulmuş, bazı partiler ise kendi içerisinde daha küçük gruplara ayrılmıştır. Söz gelimi, 1948 ile 1994 arası dönemde koalisyon hükümetlerinin en önemli partisi olan Hıristiyan Demokrat Parti, parçalanarak dört gruba ayrılmıştır. Benzer şekilde, İtalyan Sosyalist Parti de lideri Craxi'nin soruşturma kapsamına dâhil edilmesi neticesinde birliğini koruyamamış ve üç gruba ayrılarak dağılmıştır³¹. Soruşturmalar, her şeyden evvel partilere gerçekleşecek yeni katılımların önüne geçmiştir. Partiler seçmen kaybetmenin yanı sıra, yolsuzluktan sağladıkları gelirlerin yerine ikame bir kaynak bulamadıkları için finansal anlamda zor duruma düşmüşlerdir. Öyle ki, İtalyan Sosyal Demokrat Parti, 1993 yılının mart ayında ekonomik yönden çökmüştür³².

B. 1993 Seçim Reformunun (MATTARELLUM) Yürürlüğe Girmesi

İtalya'da bir yandan siyasetçilere yönelik operasyonlara her geçen gün yenisi eklenirken diğer yandan ülkede seçim reformuna ilişkin çalışmalar ivme kazanmıştır. Yasal yönden referanduma gidilmesi hususunda herhangi bir engel yoktur. Zira Anayasa'nın 75'inci maddesi, beş yüz bin seçmenin isteği doğrultusunda bir kanunun kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırılması için referanduma gitmeye cevaz vermektedir. İlgili madde, referandum yoluyla kanun ihdasını öngörmemekte, aksine mevcut kanunun yürürlükten kaldırılmasına yönelik bir hüküm getirmektedir.

²⁹ RHODES, Martin: "Tangentopoli - More Than 20 Years On-", in The Oxford Handbook of Italian Politics, Edited By: Erik Jones, Gianfranco Pasquino, Oxford University Press, United Kingdom 2015, s. 310-311.

³⁰ RHODES, s. 313.

³¹ NEWELL / BULL, s. 90-91.

³² NEWELL / BULL, s. 87.

O halde Anayasaya göre yürürlükte olan nispi temsil sistemi³³ üzerinde referandum vasıtasıyla değişiklik yapmanın iki yolu bulunmaktadır. İlki, nispi temsil sistemini öngören seçim kanununun tamamen yürürlükten kaldırılmasıdır. Bu durumda yeni seçim sistemi zorunlu olarak yasama organı tarafından belirlenecektir. İkincisi ise referandum yoluyla kanunun sadece belli kısımlarının yürürlükten kaldırılarak kalan kısmının yeni bir sisteme yol açmasıdır. İtalya'da Senato seçimlerini düzenleyen kanundaki değişiklik için ikinci yol benimsenmiştir³⁴. Referanduma kadar her ne kadar nispi temsil sisteminden söz edilmiş olsa da tek üyeli seçim bölgelerinden nitelikli çoğunlukla meclise seçilme yöntemi kabul edilmişti. Şöyle ki, 237 tek üyeli seçim çevresinin bulunduğu İtalya'da bir aday % 65 oy oranına ulaşabildiği takdirde doğrudan meclise seçilebiliyordu. Ancak, düzenlemenin yürürlükte kaldığı 44 yıl içerisinde toplam 3000 senatörün yaklaşık 50 tanesi bu yöntemle seçilmişti. Seçilemeyenlerin dağılımı ise nispi temsil sistemine göre yapılmaktaydı. İşte % 65 oranın referandum yoluyla kaldırılması ülkenin seçim sisteminde önemli değişikliklere yol açtı³⁵.

Kanun değişikliği, tam da yolsuzluk soruşturmalarına denk gelen süreç içerisinde gerçekleşmiştir. Hıristiyan Demokrat Partisi içinde muhalif kimliğiyle tanınan Mario Segni, ülkenin içinde bulunduğu siyasi kargaşadan ve güvensizlik ortamından istifade ederek referandum hareketini başlatmıştır. Bu hareket, sivil toplumun pek çok kesiminden destek görmüştür. Katılım oranının % 77 olduğu referandumda

³³ Nispi temsil sisteminde oylar, çeşitli yöntemler kullanılarak orantılı bir biçimde meclise yansır. Bunlar arasından en büyük artık yöntemi, 1993'e kadar İtalya Milletvekili Meclisi seçimlerinde uygulanmıştır. Oylar seçim çevresinden çıkacak milletvekili sayısına bölündükten sonra, açıkta kalan milletvekillikleri en büyük bakiyelere sahip olan partilere verilir. En yüksek ortalama veya D'Hondt sistemi ise 1993'e kadar İtalya'daki Senato seçimlerinde uygulanmıştır. Partilerin aldığı oylar sırasıyla 1,2,3,4'e vs. bölünerek çıkarılan milletvekili sayısına ulaşmaya kadar bölünür. Daha sonra büyükten küçüğe doğru sıralanarak her partiden çıkarılacak milletvekili sayısı bulunur. Bkz. SARTORI, s. 21.

³⁴ NEWELL, s. 33.

³⁵ GIANNETTI, Daniela / GROFMAN, Bernard: "Introduction: Long-Run Consequences of Electoral Rules Change: Comparing Italy and Japan", Ed. Daniela Giannetti, Bernard Grofman, in *A Natural Experiment on Electoral Law Reform Evaluating the Long Run Consequences of 1990s Electoral Reform in Italy and Japan*, Springer, New York 2011, s. 3; DONOVAN, Mark: "The Politics of Electoral Reform in Italy", *International Political Science Review*, Vol.16, No.1, 1995, s. 57; FUSARO, Carlo: "Party System Developments and Electoral Legislation in Italy (1948-2009)", *Bulletin of Italian Politics*, Vol. 1, No. 1, 2009, s. 53.

seçmenlerin % 82'si seçim kanunundaki değişikliği onaylamıştır. Böylece İtalya'da 1948 yılından beri uygulanan nispi temsil sistemine son verilerek karma sisteme geçilmiştir³⁶.

Sistemin “karma” niteliği, Senatodaki sandalye sayısının % 75'inin dar bölge çoğunluk sistemine göre, kalan % 25'inin ise nispi temsil sistemine göre seçilecek olmasından ileri gelmektedir. Referandumun ardından uygulamaya konulan “karma sistem”, çoğunlukçu anlayış temelinde kurgulanmıştır³⁷ ve aslında Cumhuriyet Dönemi içerisinde yeni bir başlangıç ifade etmektedir. I. Cumhuriyet dönemi boyunca uygulanan nispi temsil sisteminin yerini kısmen de olsa çoğunluk sistemine bırakması, İtalyan siyasetinde köklü bir değişikliğe yol açmanın yanı sıra meydana gelecek bir dizi reformun da habercisi olmuştur³⁸.

Bu noktada referandumun sadece Senato seçimlerine ilişkin değişiklikleri içerdiğini tekrar hatırlatmak gerekir. Reformcular, Senato ile Milletvekili Meclisi'nin birbirine denk³⁹ yasama kurumları olduğunun bilincindeydi. Nitekim herhangi bir kanun her iki meclisten de geçmek koşuluyla geçerli addedilebilirdi. Daha da önemlisi, biri, diğerinden gelen kanun tekliflerini veto etme hakkına sahipti. Dolayısıyla bu iki kurum arasındaki dengenin gözetilmesi bakımından benzer seçim sistemlerine sahip olmaları elzemdi. Neticede reformcular, Senato seçimlerine ilişkin referandum kararının, Milletvekili Meclisi'ni kendiliğinden değişiklik yapmaya zorlayacağı düşüncesiyle hareket etmiştir. Ayrıca, referandumun getireceği seçim sistemi, yolsuzluklara karşı gösterilen tepkiyi sembolize etmesi açısından önem arz eder⁴⁰. Süreç, reformcuların öngördüğü gibi ilerlemiştir. Senato ile ilgili referandum kararının ardından aynı yılın

³⁶ MASSETTI, Emanuele: “Electoral Reform in Italy: From PR to Mixed System and (Almost) Back Again”, Representation, Vol: 42, No: 3, 2006, s. 261.

³⁷ CHIARAMONTE, Alessandro: “The Unfinished Story of Electoral Reforms in Italy”, Contemporary Italian Politics, Vol: 7, No:1, 2015, s. 12.

³⁸ FABBRINI, Sergio: “The Transformation of Italian Democracy”, Bulletin of Italian Politics, Vol. 1, No. 1, 2009, s. 31.

³⁹ Lijphart, çift meclisli parlamentoları simetrik ve asimetrik olarak tasnif eder. Simetrik meclisler, sahip oldukları anayasal yetkiler ve seçim yöntemleri bakımından birbirine oldukça benzer. Meclisler arasında bağımlılık ilişkisi yoktur. Her biri eşit yetkilerle donatılmış olup doğrudan halk tarafından seçilir. Asimetrik meclislerde ise bir meclis diğeri üzerinde denetim yetkisine haizdir ve genellikle üyeleri atanma yoluyla ya da alt meclisler tarafından belirlenir. Bu bakımdan İtalya, simetrik meclislerin varlığını güvence altına alan bir anayasaya sahiptir. Bkz. LIJPHART, Arend: Demokrasi Modelleri, çev. Güneş Ayas / Utku Umut Bulsun, İthaki Yayınları, İstanbul 2014, s. 243-244.

⁴⁰ NEWELL, s. 33-34.

Ağustos ayında Milletvekili Meclisi seçimlerine ilişkin bir dizi değişiklik içeren kanun teklifi kabul edilmiştir. Genel olarak karma sisteme uygun bir içeriğe sahip olan kanun teklifi, iki meclis arasında birtakım farklılıkları da beraberinde getirmiştir⁴¹.

Senato üyeliği belirlenirken, ülke 20 seçim bölgesine ayrılmıştır. Her bir seçim bölgesi de kendi içerisinde yalnızca bir milletvekilinin temsil hakkını elde edeceği seçim çevrelerine bölünmüştür. Bu düzenlemeye göre, seçmenler tek bir aday için oy kullanır ve en çok oyu alan aday seçimi kazanır. Basit (nispi) çoğunluk olarak da adlandırılan bu sistem, literatürde “önde bitiren yarışı kazanır” anlamına gelen “*first past the post*”⁴² olarak bilinir. Böylece, Senatodaki toplam sandalye sayısının %75’i belirlenmiş olur. Sandalye sayısının % 25’lik kısmı, kalan oyların bölgesel düzeyde d’Hondt usulüne göre dağıtılmasıyla belirlenir⁴³.

Milletvekili Meclisinde de karma sistem aynı şekilde düzenlenmiştir. Ancak, Senato’dan farklı olarak, her seçmen biri tek üyeli seçim bölgesindeki adaya, diğeri ise nispi temsil sisteminin uygulandığı parti listesine verilmek üzere iki oy kullanacaktır. Ayrıca, Senato için tek üyeli seçim çevrelerinde bağımsız adayın olmasına yasal bir engel bulunmazken, Milletvekili Meclisi seçimlerinde adayın mutlaka bir parti adına aday olması gerekmektedir⁴⁴.

C. İki Kutuplu Siyasal Sistemin Kurulması

Soğuk savaş döneminin sona ermesi, İtalya’da alternatif parti arayışlarını gündeme getirmiş ve Tangentopoli’nin ardından faaliyetlerine son veren İtalyan Komünist Partisi’nin yerini Sol Demokratik Parti almıştır. Tek kutuplu düzenin koşulları ortadan kalkmış, seçmenlerin tercih edebileceği siyasi alternatifler artmıştır. Sartori’nin deyiimiyle, “anti-sistem partisi” yerine kamuoyunun kabul ettiği yeni bir parti İtalyan siyasetine girmiştir⁴⁵.

⁴¹ KATZ, Richard S.: “Electoral Reform and The Transformation of Party Politics in Italy”, Party Politics, Vol: 2, No: 1, 1996, s. 31.

⁴² LIJPHART, s. 175.

⁴³ KATZ, s. 33; Temsilcilerin büyük oranda dar bölge seçim sistemine göre belirlendiği İtalya’da rekabet ortamının çok sayıda aday arasında geçmesi, basit çoğunluk sisteminin tercih edildiği anlamına gelir. Bu sisteme göre, % 50’nin altında oya sahip olan bir kimse, diğerlerinden fazla oy almak koşuluyla temsil hakkını elde edecektir. Bkz. KATZ, s. 39.

⁴⁴ Nispi temsil sistemine ilişkin dağılımın detaylı dağılımı için de bkz. KATZ, s. 35.

⁴⁵ PASQUINO, Gianfranco / VALBRUZZI, Marco: “The Impact of the 2013 General Election on the Italian Political System: The End of Bipolarism?”, Journal of Modern Italian Studies, Vol.20, No.4, 2015, s. 440.

İtalyan hukuk sisteminde gerçekleşen 1993 reformu ve Milletvekili Meclisi seçimlerine ilişkin değişiklikler, iki kutuplu siyasal yaşamı teşvik etmiştir. Tek başına herhangi bir etkinliği bulunmayan küçük partiler, koalisyonlar içerisinde oldukça önemli hale gelmiştir. Zira 1993 reformu sonunda gerek dağılan eski partiler gerekse kurulan yeni partiler arasında seçimi tek başına kazanacak güçte bir parti bulunmamaktaydı. Özellikle dar bölge çoğunluk sistemi 1994, 1996 ve 2001 seçimlerinde partileri ittifak arayışlarına yöneltmiştir. Bu bakımdan Mattarellum'un seçim öncesi ittifak kurumunun gelişmesinde önemli rol oynadığını belirtmek gerekir⁴⁶.

İki kutuplu siyasal yaşamın ortaya çıkmasında bir diğer önemli faktör, seçmen iradesinin üçüncü bir siyasi oluşumun mecliste temsiline geçit vermemesiydi. Seçmenler, dar bölge çoğunluk sisteminin gereği olarak adayların büyük çoğunluğunu yakından tanıma fırsatı bulduklarından, tercihlerini mümkün olduğunca mecliste temsil edilme olasılığı yüksek partilerin adaylarından yana kullanırlar. Öyle ki sevmedikleri aday olduğu takdirde, güçlü gördükleri diğer adaya oy verme eğilimi içerisine girerler. Böylece iki kutuplu bir sistemin ortaya çıkmasına vesile olurlar ve bu durum üçüncü bir partinin mecliste temsil edilmesini güçleştirir⁴⁷.

III. 2005 SEÇİM REFORMU: *PORCELLUM*

A. Genel Olarak

Mattarellum, yürürlüğe girdiği andan itibaren 1994, 1996 ve 2001 seçimlerinde uygulanmıştır. Buna karşın Berlusconi hükümeti, tamamen siyasi saiklerle seçim kanununda değişiklik yapmak istemiştir. Zira yapılan analizlerde tek üyeli seçim çevrelerinde merkez solun görece daha yüksek oy aldığı ve dolayısıyla iktidar aleyhine sonuç yarattığına karar verilmiştir. Bunun üzerine Porcellum kabul edilmiştir⁴⁸.

Parlamentonun her iki kanadını ilgilendiren reformda tek üyeli seçim çevrelerinin yerini nispi sisteme dayalı çok üyeli seçim çevreleri almıştır. Partiler artık tek aday yerine adaylardan oluşan bir liste ile seçime girecektir. Ancak, Senato ve Milletvekili Meclisi seçimlerinde bazı özel bölgeler değişiklikten bağışık tutulmuştur. Senato seçimlerinde altı özel bölgede ve nüfusun azlığından dolayı Val D'Aosta bölgesinde partiler yalnızca bir milletvekilini aday göstermeye devam edecektir.

⁴⁶ CHIARAMONTE, s. 13.

⁴⁷ LIJPHART, Demokrasi Modelleri, s.200.

⁴⁸ REGALIA, Marta: "Electoral Reform as an Engine Party System Change in Italy", South European Society and Politics, Vol:23, No:1, 2018, s. 83.

Benzer şekilde, Milletvekili Meclisi için yapılacak seçimlerde Val D'Aosta'nın yanı sıra yurtdışında yaşayan İtalyanlar da tek üyeli seçim bölgesinde demokratik haklarını kullanacaklardır⁴⁹.

Partiler, seçim yarışını tek başlarına veya bir seçim ittifakının içerisinde sürdürebilecektir. Kurulan ittifaklar tıpkı bir parti gibi hareket etme yükümlülüğü altına girer. Seçim ittifakı, kendisini oluşturan tüm partilerin üzerinde uzlaştığı bir manifesto hazırlar ve tek bir liderle seçime girer. Buna karşın, partiler ortak bir liste etrafında uzlaşmak zorunda değildir. Her parti kendi aday listesiyle seçimlere katılmakta özgürdür. Seçim kanunu, her iki olasılığı da gözeterek parlamentonun iki kanadı için farklı hükümlere yer vermiştir⁵⁰.

Parlamentolar arasında her şeyden evvel seçim barajına ilişkin farklılıklar bulunmaktadır. Milletvekili Meclisi seçimlerinde ulusal düzeyde baraj sistemi uygulanır. İttifaklar % 10, bağımsız partiler % 4 ve ittifak içerisinde yer alan partiler ise % 2 nispetinde oy almak koşuluyla temsil edilme hakkını haizdir. Herhangi bir ittifakın içerisinde yer almakla birlikte % 2 barajını aşamayan partiler arasında en çok oy alan parti de mecliste temsil edilir. Eğer ittifak kendisi için öngörülen %10 barajını aşamazsa, partilerin bağımsız olarak seçime girdiği varsayılır ve ancak % 4 barajını aşan partiler meclise girme hakkını elde eder⁵¹.

Senato seçimlerinde ise ulusal değil bölgesel seçim barajı uygulanır. Nitekim Anayasa'nın 57'nci maddesi de senato seçimlerinin bölge esasına göre yapılması gerektiğini hüküm altına alır. Ülke, yirmi farklı seçim bölgesine ayrılır. Senatoda temsil hakkını elde edebilmek için ittifaklar % 20, bağımsız partiler % 8 ve ittifak içerisinde seçime giren partiler % 3 nispetinde oy almak zorundadır⁵².

B. Reformun Önemli Yanları

Nispi temsil sisteminde partiler, normal koşullar altında her seçim çevresi için ayrı bir liste hazırlar ve her bir liste de farklı adaylardan

⁴⁹ MASSETTI, s. 264, Ayrıca bkz. dipnot(9); Seçim çevreleri nüfus açısından ve dolayısıyla temsilciler bakımından farklılık arz etmektedir. Senato seçimlerinde en fazla nüfusa sahip Lombardiya 47 milletvekili ile temsil edilirken Lazio 27, Sicilya 26, Ligurya 8, Basilicata 7 vs. senatöre sahiptir. Milletvekili Meclisine ise en geniş katılım 44 temsilci ile Puglia bölgesinden olup Lombardy II 43, Lombardy I 40, Lazio I 40, Toskana 38, Basilicata 6, Molise 3 vs. milletvekili ile katılım sağlamaktadır. Bkz. PASQUINO, Giafranco: "Tricks and Treats: The 2005 Italian Electoral Law and Its Consequences", South European Society & Politics, Vol.12, No.1, 2007, s. 82.

⁵⁰ MASSETTI, s. 264.

⁵¹ NEWELL, s. 227.

⁵² MASSETTI, s.264-266; CHIARAMONTE, s. 16.

oluşur. Oysa 2005 yılında yapılan seçim reformu, adayların Milletvekili Meclisi seçimlerinde birden fazla listede yer almalarına olanak sağlamıştır. Söz gelimi, Berlusconi, tüm seçim çevrelerinde liste başı olarak seçime katılmıştır. Diğer parti liderleri de bu fırsatı değerlendirmiş ve birden fazla seçim listesinde yer almışlardır⁵³.

Reformun belki de en önemli özelliği, görece daha fazla oranda oy alan parti ya da partiler ittifakını ödüllendirmesidir. Yönetimde istikrarı sağlamak adına temsilde adalet ilkesini çok önemli ölçüde öteleyen bu düzenlemeye göre, Milletvekili Meclisi seçimlerinde “ulusal düzeyde” en çok oyu alan parti ya da ittifakın sandalye sayısı 340’a tamamlanır. Kalan sandalye sayısı, yine nispi temsile göre dağıtılır. “Çoğunluk primi”⁵⁴ olarak ifade edilen bu düzenleme, en çok oyu almış olan parti ya da partiler ittifakını almış olduğu oy oranının üzerinde temsil ile ödüllendirmektedir. Böylece en çok oyu alan parti veya partiler ittifakı 630 milletvekilinden oluşan mecliste minimum 340 sandalye sayısına sahip olarak çoğunluğu elde etmiş olur. Senato seçimlerinde ise “prim” sistemi bölgesel düzeyde işler. Seçim bölgesinde en çok oyu alan partinin temsilci sayısı, o bölge için tahsis edilmiş sandalye sayısının % 55’ine tamamlanır. Kalan sandalye sayısı, nispi temsil sistemine göre dağıtılır⁵⁵. Prim sisteminin işlevi şöyle tanımlanabilir: Basit çoğunluğu salt çoğunluğa dönüştürmeye muktedir sistem.

Ayrıca 2005 reformunda ittifaklar için belirlenen baraj, henüz seçim yapılmadan önce partilerin ittifak arayışı içerisinde girmelerine neden olmaktadır. Çoğunluk priminin avantajını kullanmak isteyen partiler deyim yerindeyse her türlü fedakârlığı yapmaya hazır duruma gelmektedir. 2006, 2008, 2013 seçimlerinde sağ ve sol kesimde yapılan ittifaklar bu durumun göstergesidir. Partiler arası işbirliği neticesinde ortak bir manifestoyla ittifaka liderlik edecek kişi ve temel prensipler belirlenir. İttifaka dâhil olma, özellikle ideolojik bakımdan birbiriyle ters düşmeyen partiler açısından son derece avantajlı görünmektedir. Her şeyden evvel, mecliste tek başına temsil hakkı elde edemeyecek küçük partiler, bir ittifakın içerisinde siyasi yaşamı yönlendirme fırsatı

⁵³ PASQUINO, “Tricks and Treats”, s. 88.

⁵⁴ Çoğunluk priminin amacı, mutlak çoğunluğu temin etmek veya güçlendirmektir. 1962’ye kadar Arjantin’de uygulanan Saenz Pena sistemine göre; sandalyelerin 2/3’si en çok oyu alan partiye, 1/3’ü ise en çok oyu alan ikinci partiye verilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SARTORI, s. 18-20.

⁵⁵ MASSETTI, s. 264-266; Newell, s. 227-228; Çoğunluk priminin farklı ülkelerdeki uygulamaları için bkz. BEDOCK, Camille / SAUGER, Nicolas: “Electoral Systems with a Majority Bonus as Unconventional Bonus”, Representation, Vol:50, No: 1, 2014.

bulabilecektir. Küçük partiler için seçim barajı sorunu ortadan kalkarken, büyük partiler de iktidara gelme şansını artıracaktır⁵⁶.

Nihayet, gerçekleştirilen seçim reformunda kapalı liste usulü tercih edilmiştir. Kapalı liste usulünde seçmenler oylarını münhasıran tercih ettikleri adaylara değil partiye vermektedir. Ayrıca, kapalı liste usulü parti liderlerine adeta “atama” yetkisi bahşederek onlara demokratik eğilimlerin dışında bir güç vermiştir. Parti liderleri mecliste görmek istedikleri milletvekillerini ön sıralara yazarak, onların seçilme şansını artırmaktadır. Bu yönüyle anti-demokratik bir görünüm sergileyen reform, ayrıca seçimlerden kısa bir süre önce onaylandığı için de eleştirilmiştir⁵⁷.

IV. İTALYAN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARLARI DOĞRULTUSUNDA ŞEKİLLENEN SEÇİM SİSTEMİ

A. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 2014 Tarihli İptal Kararı

1993 ve 2005 tarihli seçim reformları, iki kutuplu siyasal düzeni teşvik etmekteydi. 2013 seçimlerine kadar İtalyan siyaseti, sağ ve sol ittifakların çekişmesine sahne oluyordu. Ancak, 2013 yılının şubat ayında yapılan seçim sonuçları, ittifakların yanı sıra üçüncü bir partinin de siyasi rekabetteki varlığını tescil etti. Beş Yıldız Hareketi, seçimlerde oldukça önemli bir başarı elde etmiş ve siyasal sisteme yön veren partiler arasında yerini almıştı. Asıl önemli olan, ittifaklardan herhangi birine katılmayı reddetmesi ve bağımsız bir parti olarak varlığını sürdürmesiydi⁵⁸.

2013 seçim sonuçlarına göre, ittifakların her biri (Demokrat Partinin başı çektiği sol ittifak ve Forza İtalya'nın başı çektiği sağ ittifak) ve Beş Yıldız Hareketi % 25'in üzerinde oy almıştı. Çok az bir farkla seçimi kazansa dahi, en çok oyu alan çoğunluğu da elde etmekteydi. Nitekim sol ittifak % 29 oy oranına sahip olmasına karşın, seçime katılanlar arasındaki en yüksek oyu aldığı için çoğunluğa hak kazanmıştı. Böylece Milletvekili Meclisi'ndeki temsil oranı çoğunluk primi dolayısıyla bir anda yaklaşık % 54'e ulaşmıştı. Bu nedenle 2013 seçimleri, prim sisteminin sakıncalarını göstermesi bakımından özel bir öneme sahipti⁵⁹.

⁵⁶ CHİARAMONTE, s. 16.

⁵⁷ PASQUINO, “Tricks and Treats”, s. 83.

⁵⁸ PASQUINO, Gianfranco: “The 2013 Elections and The Italian Political System”, Journal of Modern Italian Studies, Vol.19, No. 4,2014, s. 432.

⁵⁹ BALDINI / RENWICK, s. 163.

Anayasa Mahkemesi, içerisinde “çoğunluk primi” olarak bilinen hükmün de yer aldığı seçim reformunun birçok maddesini iptal etti. Mahkemeye göre, çoğunluk priminin varlığı, ilgili seçim kanunu maddesinin iptali için tek başına yeterli bir neden teşkil etmiyordu. Anayasaya aykırı olan husus, ilgili kanun maddesinin çoğunluk primini elde edecek parti ya da partiler ittifakının seçimlerde alması gereken minimum oy oranını belirlememiş olmasıydı. Mahkemeye göre, çoğunluk primine hak kazanmanın ön koşulu, yasamanın belirleyeceği asgari oy sınırına ulaşmak olmalıydı⁶⁰.

İtalyan Anayasası'nın 48'inci maddesi, modern anayasaların demokratik niteliğine ilişkin en önemli göstergelerinden birisi olan “oyların eşitliği” prensibine yer vermektedir. Eşit oy ya da oyların eşitliği prensibi, her bireyin yalnızca tek bir oy hakkına sahip olmasından daha fazla anlam içeriğine sahiptir. Bireylerin kullandıkları oyların etki derecesi de eşitlik prensibinin bir gereği olarak kabul edilir. Nitekim İtalyan Anayasa Mahkemesi, çoğunluk primine ilişkin kararında; prime hak kazanan listeye verilen oyların diğerlerine nazaran çok daha fazla etkiye ve dolayısıyla eşitliğe aykırı olduğuna karar vermiştir⁶¹.

B. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 2014 Tarihli İptal Kararı Doğrultusunda İhdas Edilen Seçim Kanunu: “ITALICUM”

İtalyan Parlamentosu, Anayasa Mahkemesi'nin kararını dikkate alarak 4 Mayıs 2015 tarihinde yeni bir seçim kanununu kabul etmiştir. *Italicum* adıyla bilinen bu kanun, 1 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. *Italicum*, çoğunluk primine ilişkin yeni bir düzenleme kapsamında iki turlu seçim sistemini getirmiş ve sadece Milletvekili Meclisi seçimlerine uygulanmıştır. Bundan böyle en çok oyu alan parti ya da partiler ittifakının çoğunluk primine hak kazanabilmesi için minimum % 40 oy oranına ulaşması gerekmektedir. Aday listeleri çoğunluk primiiyle birlikte yaklaşık % 54 oy oranını elde edecekleri için, prim de maksimum % 14 seviyelerinde olacaktır⁶².

Eğer aday listeleri % 40 seviyesine ulaşamazsa, en çok oyu alan iki liste arasında yapılacak seçimi kazanan, meclisteki 340 sandalyenin de sahibi olacaktır. Kalan sandalye sayısı ise ilk tur seçimlerinde % 3 barajını

⁶⁰ CHIARAMONTE, s. 23; PASQUINO / VALBRUZZI, s. 449.

⁶¹ SCHEFOLD, Dian: “Constitutional Reform and Constitutional Unity”, Italian Law Journal, Special Issue: The 2016 Italian Constitutional Referendum: Origins, Stakes, Outcome, Ed: Paolo Passaglia, 2017, s. 152.

⁶² D'ALIMONTE, Roberto: “The New Italian Electoral System: Majority-Assuring But Minority-Friendly”, Contemporary Italian Politics, Vol: 7, No: 3, 2015, s. 287.

geçenler arasında dağıtılacaktır. Böylece Italicum, her koşulda mecliste çoğunluğu sağlayacak şekilde kurgulanmıştır. Ayrıca bu sistem azınlıkta kalan partilerin her zaman mecliste temsilini temin eden bir sistemdir. Çünkü tek bir aday listesinin % 55 ve daha düşük oy oranına sahip olması halinde, kalan 278 sandalye diğer aday listeleri arasında paylaştırılacaktır. 12 sandalye ise yurt-dışında oluşturulacak seçim çevresinde paylaştırılacaktır. Bu nedenle Italicum “çoğunluğu güvence altına alan, ama azınlığa düşman olmayan” bir sistem olarak tanımlanır⁶³.

Italicum'un Milletvekili Meclisi seçimlerine özgü düzenlemeler içermesi, parlamentonun her iki kanadının farklı seçim yöntemlerine bağlı olarak şekillenmesine yol açmıştır. Meclisteki temsilciler, iki-turlu ve çoğunluğu temin eden bir seçim sistemine uygun olarak seçilirken, Senatodaki temsilciler tek-turlu ve nispi temsil sistemi esasına göre seçilmiştir⁶⁴.

C. 2017 Tarihli İtalyan Anayasa Mahkemesi Kararı ve İtalya'daki Seçim Sisteminin Nihai Görünümü: “ROSATELLUM”

Yukarıda görüldüğü üzere, I. Cumhuriyet döneminde nispi temsil seçim sistemi uygulanırken sonraki dönemde birçok değişikliğe uğramıştır. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin sahip olduğu anayasaya uygunluk denetimi yetkisi, bir yandan yasama sürecinin seyrini belirleyici bir etkiye sahipken diğer yandan yasama sürecini tümüyle işlevsiz kılabilmek potansiyeli taşımaktadır. Verilen iptal kararları neticesinde şekillenen İtalyan seçim sistemi, yasa koyucuları belli yönde hareket etmeye zorlarken anayasa yargısının siyasal düzenin biçimlenmesindeki önemini de bir kez daha ortaya koymuştur.

İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı, Italicum ile yürürlüğe giren ve yeterli çoğunluğun (% 40) elde edilememesi halinde seçimin ikinci tura kalacağına yönelik hükme ilişkindir. 2016'da yapılan referandumdan olumsuz yönde oy çıkmasının ardından İtalyan Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmü iptal etmiş, böylece her koşulda çoğunluğu sağlayacak ve görece daha istikrarlı kararlar alınmasına yol açacak sistem devre dışı bırakılmıştır. Çoğunluk primi devam etmekle birlikte, gerçekleşmesi zor bir uygulamaya dönüşmüştür. Zira İtalyan siyasetindeki parçalı yapı, bir partinin tek başına iktidara gelmesini zora sokmaktadır.

⁶³ D'ALIMONTE, s. 287.

⁶⁴ CHIARAMONTE, Alessandro / D'ALIMONTE, Roberto: “The New Italian Electoral System and Its Effects on Strategic Coordination and Disproportionality”, Italian Political Science, Vol:13, Issue:1, May 2018, s. 9.

Yapılan seçimde % 40 çoğunluğu elde eden parti primle ödüllendirilecek; aksi takdirde, seçim ikinci tura kalmaksızın alınan oy oranında milletvekili dağılımı yapılacaktır⁶⁵.

İptal kararı, seçimlerin ikinci tura bırakılma usulünü doğrudan hedef alan bir gerekçelendirme içermemektedir. Kararın gerekçesinde, çoğunluğu sağlama pahasına anayasadaki temel prensiplerin göz ardı edilmesi vardır. İlk turda % 40'ın altında oy alan bir liste, % 3 barajını aşmak koşuluyla ikinci tura kalarak seçimleri kazanabilir ve mecliste % 54 oranında temsil edilebilir. Söz gelimi, seçimde % 10 oy oranına sahip olan bir liste, % 39 oran elde eden bir başka listeyle ikinci tura kalabilir ve nihayet seçimleri kazanarak % 54 temsil oranına ulaşabilir. Böyle bir sonuç anayasa ile güvence altına alınan orantılılık prensibine aykırılık teşkil edecektir⁶⁶.

İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin son iptal kararı bir kez daha parlamentoyu yeni bir seçim kanunu yapmaya sevk etmiş ve "*Rosatellum*" yürürlüğe konmuştur. Buna göre, yeniden karma sisteme dönülmüş; ancak, bu kez nispi temsil sistemi ağırlıklı bir seçim reformu yapılmıştır. Parlamentonun her iki kanadında da sandalye sayısının % 37'si basit çoğunluk sistemiyle, % 63'ü ise nispi temsil sistemine göre belirlenecektir. Buna karşın seçim barajı, Milletvekili Meclisi ve Senato için farklılık arz etmektedir. Etnik azınlıkları temsil edenler istisna olmak üzere, partiler için ulusal düzeyde % 3 baraj uygulanacaktır. Ayrıca bir parti nispi temsil sisteminin uygulandığı yerlerde Senato'ya temsilci göndermek istiyorsa bölgesel düzeyde % 20 oy oranına ulaşmak zorundadır. İttifaklar için nispi temsil sisteminin uygulandığı seçim çevrelerinde ulusal düzeyde uygulanan baraj % 10 olup ittifak içerisindeki partilerden birinin en az % 3 oy oranına ulaşması gerekmektedir ve ulusal düzeyde %1 oranın altında oy alanlar ittifaka ilişkin hesaplamaya dâhil edilmeyecektir⁶⁷.

⁶⁵ CHIARAMONTE / D'ALIMONTE, "The New Italian Electoral System", s. 10.

⁶⁶ BARAGGIA, Antonia / VANONİ, Luca Pietro: "The Italian Electoral Law Saga: Judicial Activism or Judicial Subsidiarity?", Sant'anna Legal Studies, Stals Research Paper, 2/2017, s.12; SCHEFOLD, s.153.

⁶⁷ Konuya ilişkin daha fazla ayrıntı için bkz. CHIARAMONTE / D'ALIMONTE, s.10 vd; REGALIA, s.84.

SONUÇ

İtalya'da seçim sistemine yönelik tartışmalarda bölünmüş siyasi yapının varlığı belirleyici bir rol oynamaktadır. Son yıllarda ülke yönetiminde istikrarı sağlama adına gerçekleştirilen reformların anayasaya aykırılığının tespiti üzerine yasa koyucu yeni seçim sistemlerine ilişkin düzenlemeleri yürürlüğe koymak durumunda kalmıştır. Bununla birlikte İtalya arzu ettiği hükümet istikrarına ulaşabilmiş değildir. İtalya ile ilgili şu veriler durumu özetlemektedir: Son 72 yılda İtalya'da 64 hükümet kurulmuş, son 10 yılda 6 başbakan değişmiştir.

Özellikle üçüncü bir partinin de siyasi yaşamda aktif rol üstlenmesiyle birlikte iki kutuplu düzen bütünüyle sona ermiş ve parlamenter sistem içerisinde yapılacak düzenlemelerin ittifak olasılığını artırdığı anlaşılmıştır. Nitekim birbirine yakın güçte üç siyasi oluşumun iktidarı ele geçirmesi ancak partiler arası ittifakla mümkündür.

Yukarıda ifade edilen reformlar, sürekli olarak partilerin ittifak yapmasını teşvik edici olduğundan istikrarı sağlama konusunda yetersizdir. Parti ittifakları, tek partiye göre daha kırılabilir bir yapıdadır. Her ne kadar ideolojik yakınlık olsa da ülkeyi ilgilendiren önemli konularda partilerin görüş ayrılığına düşmesi, yönetimin sürekliliğini etkilemektedir.

İtalya'da yönetimde istikrarın sağlanması için seçim sistemlerinde yapılan değişikliklerin yeterli olmayacağı ve istikrarlı bir yürütme için daha köklü değişikliklerin yapılması gerektiği görüşü dile getirilmektedir. Nitekim Berlusconi, seçim sistemindeki değişikliklerin istikrarı getirmeyeceğini düşündüğü için, hükümet sisteminin yeniden gözden geçirilmesini savunmakta ve başkanlık ya da yarı başkanlık hükümet sistemine geçilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁸. Hükümet sistemine ilişkin köklü bir değişikliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmez ancak, istikrar arayışı içerisinde seçim sistemi tercihlerine ilişkin arayışlar devam edecek gibi görünmektedir.

KAYNAKÇA

- ARIKAN, Cengiz: "Yönetimde İstikrar İlkesinin Gerçekleşmesine Yönelik Bir Araç Olarak Seçim Barajı Uygulamaları", Legal Hukuk Dergisi, Cilt 15, Sayı: 180, Yıl: 2017, ss. 5781-5801.
- ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 8. Baskı, Konya 2013.
- AYDOĞDU, Yasin: Seçim Sistemleri ve Türkiye, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

⁶⁸ <http://www.aa.com.tr/tr/dunya/sistem-kurbani-italya-istikrara-hasret/1080974>. (Erişim, 18.10.2018)

- BALDINI, Gianfranco: "The Different Trajectories of Italian Electoral Reforms", *West European Politics*, Vol. 34, No. 3, May 2011, ss. 644-663.
- BALDİNİ, Gionfranco / RENWICK, Alan: "Italy Toward (Yet Another) Electoral Reform", *Italian Politics*, Vol.30, 2014, ss. 160-178.
- BARAGGIA, Antonia / VANONİ Luca Pietro: "The Italian Electoral Law Saga: Judicial Activism or Judicial Subsidiarity?", *Sant'anna Legal Studies*, Stals Research Paper, 2/2017, ss. 1-16.
- BEDOCK, Camille / SAUGER Nicolas: "Electoral Systems with a Majority Bonus as Unconventional Bonus", *Representation*, Vol:50, No: 1, 2014, ss. 99-112.
- BIRCH, Anthony H.: *The Concepts and Theories of Modern Democracy*, 3rd Edition, Routledge, London 2007.
- CHIARAMONTE, Alessandro: "The Unfinished Story of Electoral Reforms in Italy", *Contemporary Italian Politics*, Vol: 7, No:1, 2015, ss. 10-26.
- CHIARAMONTE, Alessandro / D'ALIMONTE, Roberto: "The New Italian Electoral System and Its Effects on Strategic Coordination and Disproportionality", *Italian Political Science*, Vol:13, Issue:1, May 2018, ss. 8-18.
- D'ALIMONTE, Roberto: "The New Italian Electoral System: Majority-Assuring But Minority-Friendly", *Contemporary Italian Politics*, Vol: 7, No: 3, 2015, ss. 286-292.
- Dİ PIETRO, Antonio: "İtalya'da Temiz Eller Operasyonu", *İşletme ve Finans Dergisi*, Şubat 1995, Cilt:10, Sayı: 107, ss. 6-16.
- DONOVAN, Mark: "The Politics of Electoral Reform in Italy", *International Political Science Review*, Vol.16, No.1, 1995, ss. 47-64.
- ERDOĞAN, Mustafa: *Anayasal Demokrasi*, 13. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2017.
- FABBRINI, Sergio: "The Transformation of Italian Democracy", *Bulletin of Italian Politics*, Vol. 1, No. 1, 2009, ss. 29-47.
- FUSARO, Carlo: "Party System Developments and Electoral Legislation in Italy (1948-2009)", *Bulletin of Italian Politics*, Vol. 1, No. 1, 2009, ss. 49-68.
- GIANNETTI, Daniela / GROFMAN, Bernard: "Introduction: Long-Run Consequences of Electoral Rules Change: Comparing Italy and Japan", Ed. Daniela Giannetti, Bernard Grofman, in *A Natural Experiment on Electoral Law Reform Evaluating the Long Run Consequences of 1990s Electoral Reform in Italy and Japan*, Springer, New York 2011, ss. 1-12.
- GÖZLER, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 8. Bası, Ekin Yayınları, Bursa 2017.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara 2013.
- KABOĞLU, İbrahim: *Anayasa Hukuku Dersleri*, 11. Bası, Legal Yayınları, İstanbul 2016.
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer: *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, AÜHF Yayınları, No: 262, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- KATZ, Richard S.: "Electoral Reform and The Transformation of Party Politics in Italy", *Party Politics*, Vol: 2, No: 1, 1996, ss. 31-53.
- KIŞLALI, Ahmet Taner: "Eski Yunan'da Demokrasi ve Demokratik Düşünce", *Amme İdaresi Dergisi*, Sayı:17/1, 1984, ss. 63-77.
- LIJPHART, Arend: *Electoral Systems And Party Systems A Study of Twenty Seven Democracies, 1945-1990*, Oxford University Press, New York 2006.

- LIJPHART, Arend: *Demokrasi Modelleri*, çev. Güneş Ayas / Utku Umut Bulsun, İthaki Yayınları, İstanbul 2014.
- MASSETTI, Emanuele: "Electoral Reform in Italy: From PR to Mixed System and (Almost) Back Again", *Representation*, Vol: 42, No: 3, 2006, ss. 261-269.
- NALBANT, Atilla: "Tarihsel Bağlamıyla Demokrasi ve Cumhuriyet Kavramları ya da Atina Demokrasisi ile Roma Cumhuriyetinin İdeolojik ve Kurumsal Yapıları", *Argumentum*, Yıl: 2, Sayı: 18, Ocak 1992, ss. 269-275.
- NEWELL, James L. / BULL, Martin: "Party Organisations and Alliances in Italy in the 1990s: A Revolution of Sorts", *West European Politics*, Vol: 20, No:1, 1997, ss. 81-109.
- NEWELL, James L.: *The Politics of Italy*, Cambridge University Press, New York 2010.
- ÖZER, Atilla: *Anayasa Hukuku*, 7. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2016.
- PASQUINO, Gianfranco: "Tricks and Treats: The 2005 Italian Electoral Law and Its Consequences", *South European Society & Politics*, Vol.12, No.1, 2007, ss. 79-93.
- PASQUINO, Gianfranco: "The 2013 Elections and The Italian Political System", *Journal of Modern Italian Studies*, Vol.19, No. 4, 2014, ss. 424-437.
- PASQUINO, Gianfranco / VALBRUZZI, Marco: "The Impact of the 2013 General Election on the Italian Political System: The End of Bipolarism?", *Journal of Modern Italian Studies*, Vol.20, No.4, 2015, ss. 438-453.
- REGALIA, Marta: "Electoral Reform as an Engine Party System Change in Italy", *South European Society and Politics*, Vol:23, No:1, 2018, ss. 81-96.
- RHODES, Martin: "Tangentopoli - More Than 20 Years On-", in *The Oxford Handbook of Italian Politics*, Edited By: Erik Jones, Gianfranco Pasquino, Oxford University Press, United Kingdom 2015, ss. 309-324.
- SABUNCU, Yavuz: "Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006, ss. 191-197.
- SARTORİ, Giovanni: *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- SCHEFOLD, Dian: "Constitutional Reform and Constitutional Unity", *Italian Law Journal*, Special Issue: The 2016 Italian Constitutional Referendum: Origins, Stakes, Outcome, Ed: Paolo Passaglia, 2017, ss. 147-156.
- TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- TUNCER, Erol: "Türkiye'de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği" *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006, ss. 167-182.
- TÜRK, Hikmet Sami: "Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercihi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23, Ankara 2006, ss. 75-112.
- ZABUNOĞLU, Hamdi Gökçe: *Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- ZARISKI, Raphael: "Part Four: Italy", in *Politics in Western Europe*, Ed: Mc Donald Hancock v.d., Second Edition, Macmillan Press, London 1998, ss. 326-429.
- <http://www.aa.com.tr/tr/dunya/sistem-kurbani-italya-istikrara-hasret/1080974>. (Erişim, 18.10.2018)

**AZINLIK HAKLARI ile YERLİ HALKLARIN HAKLARININ
KOLEKTİF HAK KULLANIMI ÇERÇEVESİNDE
KARŞILAŞTIRILMASI***

**A COMPARISON ON MINORITY RIGHTS AND INDIGENOUS RIGHTS
IN THE CONTEXT OF PRACTICING COLLECTIVE RIGHTS**

DOI: 10.21492/inuhfd.483168

Dilan MIZRAK**

Özet

‘Azınlık’ ve ‘yerli halk’ değişken, henüz net bir hukuki tanıma kavuşmamış kavramlardır. Bununla beraber, her iki grup için kabul gören bakış açısı, buldukları devlet nüfusunun geri kalanından farklı özelliklere sahip olmalarıdır. Bu farklılık sebebiyle yaşanılabilecek olası insan hakları ihlallerinin önüne geçmek için söz konusu gruplar bakımından insan hakları mekanizmalarınca teminat altına alınan hakların kolektif kullanımı meselesi tartışılmaktadır. Gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde yerli halklara ilişkin düzenlemeler azınlıklarla karşılaştırıldığında daha net ve fazladır. Uluslararası ve bölgesel nitelikli insan hakları mekanizmalarına bakıldığında, kimi adımlar atılmış olmasına rağmen azınlık hakları hâlâ kolektiflik niteliğini tam olarak sağlayamamıştır. Uluslararası organlar ve devletlerce; metinlerin azınlık haklarının kolektif kullanımını öngörmediği savunulsa pek çok hukukçu uluslararası metinlerin dinamik yorumlanması gerektiğinden hareketle kolektif hakların kullanımının önünde engel olmadığını savunmaktadırlar. Yerli halkların kolektif hak kullanımıyla ilgili olarak ise, 1980’lerden ve özellikle 90’lardan itibaren izlenen politikada değişiklikler olduğu görülmektedir. Bölgesel olarak yürütülen çalışmalar neticesinde hazırlanan taslak bildirimler olmakla birlikte, konuya ilişkin önemli gelişme Birleşmiş Milletler Yerli Halkların Hakları Bildirisinin kabulüdür.

Anahtar Kelimeler: Azınlık hakları, yerli halkların hakları, kolektif hak, self-determinasyon, özyönetim.

Abstract

‘Minority’ and ‘indigenous peoples’ are variable concepts that have not been reached to a clear definition. Nonetheless, well accepted perspective for both is to have

* Bu makale, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde yazılan ve 18.12.2015 tarihinde savunulan “Bir Etnik Çatışma Yöntemi Olarak Özerklik” başlıklı doktora tezi esas alınarak hazırlanmıştır.

** Dr. Arş. Gör., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı. . (E-Mail: dilanmizrak@yahoo.com), (Orcid: 0000-0003-3535-6691)

Makale Gönderilme Tarihi: 15.11.2018

Submitted: 15.11.2018

Makale Kabul Tarihi:31.12.2018

Accepted: 31.12.2018

different characteristics from rest of the population of the state they are bound to. To prevent human rights violations based upon to this difference, the issue of collective practice of rights guaranteed by human rights mechanisms is discussed. In both national and international dimension, the regulations regarding indigenous peoples comparing with the ones for minorities are more and clearer. Considering the international and regional human rights mechanisms, despite some steps, minority rights could not have provided the quality of collectivity. In spite of the argument claimed by international organs and states that, human rights documents do not envisage the collective practice of minority rights, plenty of jurists argue the opposite. According to them, international documents should have a dynamic interpretation which gives rise to the idea that there is no prevention on the collective practice of rights. Relating to the collective practice of indigenous rights, it is observed that there is a difference after 1980s, especially 1990s in the politics followed. Beside the draft declarations prepared as a result of regional actions executed, the most important development concerning the issue is the ratification of United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

Keywords: Minority rights, indigenous rights, collective right, self-determination, self-government.

GİRİŞ

Günümüzde, neredeyse her devlet sınırları içinde azınlık grupları mevcuttur. Dünyanın belli bölgelerinde, örneğin; Kanada, Amerika, Avustralya ve İskandinavya'da ise yerli halklar yaşamaktadır. İnsan hakları sisteminin uluslararasılaşmaya başladığı İkinci Dünya Savaşı sonrası azınlık ya da yerli halkların hakları koruma mekanizmaları içinde düşünülmemiş, 1960'lardan ama özellikle de 1990'lardan itibaren bu grupların hakları tartışılmaya başlamıştır. Bu çalışmada amaçlanan, konuya ilişkin uluslararası insan hakları belge ve organlarının ne öngördüğünü, azınlık hakları ve yerli halkların haklarının kolektif kullanımının hukuken mümkün olup olmadığını tartışmaktır.

I. AZINLIK ve YERLİ HALK KAVRAMLARI

A. Azınlık Tanımı

Azınlık kavramı “merkezi bir devlet biçimi olan mutlak monarşiler devrinde ortaya çıkmış olup, kavramın ortaya çıkışında rol oynayan başlıca sınıf burjuvazidir”¹.

“Burjuva sınıfının serbestçe ticaret yapabilmesi için hem kraldan hem de kiliseden bağımsız olması gerekli idi. Mevcut din kabul edilen Katolik mezhebi inancı serbest ticaret önünde engel olduğu içindir ki,

¹ ORAN, Başkın: Türkiye'de Azınlıklar: Kavramlar, Teori, Lozan, İç Mevzuat, İçtihat, Uygulama, İletişim Yay., İstanbul, 2005, s .18.

burjuvazi protestanlığın ortaya çıkışında rol oynamıştır”². İşkenceyle karşılaşan ve neredeyse lanetlenen bu yeni mezhebe mensup kişilerin sayısı ve güçleri kilise ile monarklar karşısında oldukça azdır. “Dünyadaki ilk azınlık türü de bahsedilen bu gruplar olup dinsel bir azınlık teşkil etmişlerdir”³.

Azınlık kavramının sosyolojik tanımı "bir toplulukta sayısal bakımdan azınlık oluşturan, başat olmayan ve çoğunluktan farklı niteliklere sahip olan gruba azınlık denir"⁴ şeklinde yapılmaktadır. Ancak, sayısal niteliğin tanımda yer alması konusunda tartışma mevcuttur; zira, “örneğin Güney Afrika’da beyaz nüfus siyalara oranla oldukça az olmasına rağmen siyahlar azınlıktır; iktidarı ve diğer güç odaklarını elinde tutan beyazlar olmuştur”⁵.

Hukuki bir kavram olmakla birlikte azınlık kavramının uluslararası antlaşmalar ve sözleşmelerde tanımlanmadığı görülmektedir. Uluslararası Adalet Divanının öncülü olan, 1920 yılında Milletler Cemiyeti bünyesinde kurulan Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Arnavutluk’taki azınlık okullarına ilişkin çok erken bir tarihte verdiği kararında azınlığı "ırk, dil veya din bakımından çoğunluktan ayrılan nüfus" şeklinde yorumlamıştır⁶; ancak bu karara rağmen söz konusu nüfus bir grup mu olacaktır, halk mı ve bu kişiler hangi hakları iddia edebileceklerdir soruları net bir tanım yapılmasını engellemiştir. Bu sorular devletlerde egemenliği tehlikeye düşüreceği, azınlık nüfus fazla olursa bunun ayrılmaya gidebileceği endişesini yaratmaktadır. Bu nedenle de, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü pek çok ülkede onaylanmış olduğu ve insan hakları rejiminde ciddi gelişmeler yaşandığı halde devletler hukuken kendilerini bağlayacak herhangi bir azınlık tanımı kabulünden kaçınmaktadırlar⁷.

² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. WEBER, Max, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*, Çeviren: Mehmet Ökten, Tutku Yayınevi, İstanbul, 2014.

³ Bkz. ORAN, s. 19.

⁴ ORAN, s.26.

⁵ ÇELİK, Ayşe Betül: “Etnik Çatışmaların Çözümünde Siyaset Bilimi ve Uyuşmazlık Çözümü Yaklaşımları” in Beriker, Nimet (ed.), *Çatışmadan Uzlaşmaya: Kuramlar, Süreçler ve Uygulamalar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, Aralık 2009, s.170.

⁶ Permanent Court of International Justice: Ser A/B, no.64, 1935, s. 4-36.

⁷ ARSAVA, Füsün: *Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi*, (Azınlık Kavramı), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basımevi, Ankara, 1993, s.38-40.

Uluslararası hukuk mevzuatındaki bu tanım eksikliğine rağmen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu raportörü Francesco Capotorti konuya ilişkin bir tanım önerisinde bulunmuştur. 1978 yılında hazırlanan bu rapora göre:

“Azınlık, bir devletin nüfusunun geri kalanına göre sayısal olarak az olan, egemen konumda bulunmayan, o devletin vatandaşı olan, üyeleri nüfusun geri kalanından farklı etnik, dinsel ya da dilsel özelliklere sahip olan ve kültürlerini, geleneklerini, dinlerini ya da dillerini korumaya yönelik üstü örtülü de olsa bir dayanışma duygusu gösteren gruptur”⁸.

Capotorti tanımında “objektif ve subjektif ölçütler” bir aradadır. Buna göre; objektif ölçütler “nüfusun geri kalanından sayıca az olmak, bu çoğunluk nüfustan farklı etnik, dinsel ya da dilsel özelliklere sahip olmak, ülkede egemen konumda bulunmamak ve nihayet o devletin vatandaşı olmaktır”. Subjektif ölçüt ise azınlıkların “kendilerine özgü özellikleri korumayı istemeleridir”. Bu ölçütü "azınlık bilinci"olarak nitelendiren Oran'a göre;

“Nasıl ki sınıf bilinci olmadan sınıf olunmaz, azınlık bilinci olmadan da azınlık olunamayacağını dile getirmektedir. Farklı olduğu bilincinde olmayan, bunu kimliğinin vazgeçilmez ögesi saymayan, genelde çoğunluk içinde erimiş, gönüllü asimilasyona uğramış kişiler azınlık teşkil edemezler”⁹.

Azınlık olmak için topraklarında yaşanan devletin bir grubu azınlık olarak tanınması şart değildir. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) de 1990 yılında kabul ettiği Kopenhag Belgesinde¹⁰ "Ulusal bir azınlığa mensup olmak kişinin bireysel seçimidir ve bu seçimin icrasından herhangi bir olumsuzluk doğamaz" hükmü kişinin bir azınlığa ait olmayı seçebileceğini göstermektedir. Ancak tabii ki devlet tanımadığı bir azınlığın hakları olduğunu da kabul etmeyecektir. Dolayısıyla siyasi olarak ileri sürülebilecek, kişinin azınlığa ait olmayı seçmesinin tanıma gerektirmemesi durumu, hukuki anlamda çok geçerli bir argüman değildir, zira azınlık haklarının tanınması için grubun hukuken azınlık kabul edilmesi gerekmektedir.

⁸ Bkz. ÇAVUŞOĞLU, Naz: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, Su Yay., İstanbul, 2001, s.35.

⁹ ORAN, s.26.

¹⁰ Commission on Security and Cooperation in Europe: “Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE”, 29 June 1990, s.18, <http://www.osce.org/odihr/elections/14304>, (Erişim Tarihi: 23.12.2018).

Azınlık kavramının yanında ulusal azınlık kavramının kullanıldığı da görülmektedir. Ulusal azınlık; “etnik, dinsel, dilsel, kültürel, tarihsel bağları olunan ülkenin dışında başka bir devlet sınırları içinde yaşayan azınlıkları ifade etmek için kullanılır”¹¹. Ulusal azınlık ile etnik azınlık arasındaki fark, “ulusal azınlığın etnik azınlıkların gösterdikleri özelliklerin yanı sıra siyasi karar mekanizmalarına katılma iradesine sahip olmasıdır”. Etnik azınlık kavramı daha geniş olup ulusal azınlık olmayan grupları da kapsamaktadır¹².

Azınlık kavramı hukuki bağlayıcılığı olacak biçimde tanımlanmamış olmakla birlikte her yeni gün farklı bir azınlık grubunun ortaya çıkabilecek olması ve grupların taleplerine cevap verebilmede karşılaşılabilecek zorluklar sebebiyle devletler, belli sınırlar koymak suretiyle kavramın tanımlanmasını talep etmiştir. Devletlerin talebi BM tarafından değerlendirilmiş ve sürekli biçimde yeni azınlıkların ortaya çıkmasını engellemek amacıyla göçmenler ile mülteciler azınlık tanımı dışında bırakılmıştır. BM, çeşitli organları bünyesinde gerçekleşen pek çok görüşmesinde ve tavsiye kararında bu meseleye vurgu yapmıştır. Söz konusu kararlarda ileri sürülen temel düşünce, “bir devlete gönüllü olarak ve bir göçmenlik prosedürü izlenmek suretiyle giren kişilerin ulusal sistemin bir parçası olmayı beklememeleri”¹³ şeklindedir.

Diğer bir mesele de vatandaşı olmayanların durumuna ilişkindir. “Bir grubun azınlık olabilmesi için yaşadıkları devletin vatandaşı olmaları gerekmektedir”¹⁴. Azınlığı “yabancı” dan ayıran en önemli unsur da budur. “Örneğin, başka bir ülkenin yurttaşı olan işçiler azınlık değil, yabancı statüsündedirler”¹⁵.

Bu konuda Romanların (Gypsies) hangi statüde sayılması gerektiği de tartışılmış¹⁶ ve BM Romanları azınlık olarak kabul etmiştir:

“Gezici topluluklar olarak bilinen Romanların büyük bir bölümü yerleşik bir yaşama geçmiş olmalarına rağmen, her an buldukları bölgeleri terk edebilecek tarihsel bir alışkanlıklarının olması, uyruklukları konusunda ciddi

¹¹ ÇAVUŞOĞLU, s.41.

¹² ARSAVA, Azınlık Kavramı, s.55-56.

¹³ Söz konusu karar ve oturumların ayrıntıları için bkz. RAMAGA, Philip Vuciri: “The Group Concept in Minority Protection”, Human Rights Quarterly, vol.15, 1993, s.579.

¹⁴ ÇAVUŞOĞLU, s.41.

¹⁵ ORAN, s.42.

¹⁶ United Nations: “Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Hungary,” Distr. General, CERO / C / 304 / Add. 4., 1996.

düzenlemelerin yapılmasını zorlaştırmaktadır. Ancak, yurttaş olmasalar bile BM tarafından etnik bir grup olarak kabul edilmekte ve bir etnik grubun her zaman bir azınlık grup olarak değerlendirilmesi gereği üzerinde durulmaktadır¹⁷.

Farklı bir tartışma konusu da toplumdaki dezavantajlı grupların - kadınlar, çocuklar, yaşlılar, engelliler gibi- azınlık sayılıp sayılmayacağıdır¹⁸. Bu grupların sadece belli alanlara özgü dezavantajı söz konusudur, dolayısıyla amaç bu alanlardaki ayrımcılığı ortadan kaldırmaktır. Bu grupların amacı özel bazı hakları, örneğin cinsiyet eşitliğini sağlamaktır. Kültürel, ulusal, etnik bir azınlık içinse sadece bazı haklarının teminat altına alınması yeterli değildir, bu grubun amacı aynı zamanda grup kimliğinin kabul edilmesini, tanınmayı ve azınlık kültürünün devamlılığını sağlamaktır. Toplumdaki dezavantajlı her grubun azınlık olarak kabulü, azınlık haklarının korunmasının ardında yatan temel mantığı gözden kaçırmak anlamına gelecek¹⁹ ve azınlık hakları koruma mekanizmalarını zayıflatma tehlikesini de beraberinde getirecektir. İnsan hakları teorisinin gelenekçi yazarlarına göre, “insan hakları listesi bir kere genişleyip yayıldıkça artık kavramın bütünsel yoğunluğu azalır. Her meseleyi insan hakları içine dâhil etmek insan haklarının özünü boşaltır, korunmasını zorlaştırır ve bu da ‘insan haklarının bayağılaştırılması’ sonucunu doğurur²⁰. Aynı durum azınlık hakları bakımından da geçerlidir. Hakkın öznesi sayılan gruplar farklılaştıkça, pek çok hak kategorisi bu haklara dâhil edildikçe azınlıkların korunmasında sorunlarla karşılaşılacaktır. Azınlıklar bugün sadece devlet baskısı nedeniyle değil, fakat bazen farkında dahi olunmayan-modernleşmenin etkisiyle-pek çok sebebe dayanarak asimilasyona uğramaktadırlar. Dolayısıyla, azınlıkların korunması için geleneksel insan hakları standardını aşan bir koruma mekanizması geliştirilmelidir²¹. Hâl böyle iken, yukarıda anlatılan durum bu mekanizmayı mevcut görünümünün gerisine götürme tehlikesini

¹⁷ United Nations: "The Concept of Minority," United Nations Sub.Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Distr. General, E/CN. 4, sub.2, NGO 11., 1999. Ayrıca bkz. OKUTAN, Çağatay, “Teori ve Uluslararası Metinlerde Azınlık Tanımı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 59, sayı 2, Ankara 2004, s.63.

¹⁸ RAMAGA, s.581.

¹⁹ RAMAGA, s.582.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz UYGUN, Oktay, Devlet Teorisi: On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.551-555.

²¹ ARSAVA, Azınlık Kavramı, s.51.

taşımaktadır. Sorun dezavantajlı grupların azınlık sayılmasıyla değil, devletlerin bu gruplara özgü ilerici politikalar belirlemesi ve uygulamasıyla çözümlenmelidir.

B. Yerli Halk Tanımı

Yerli halk kavramı da azınlık kavramı gibi tanımı net olmayan, değişken kavramlardandır. Bazı durumlarda yerli halkların azınlık olarak nitelendirildiği görülmektedir. Her ne kadar belli bölgelerde, örneğin, Amerika, İskandinavya'da yaşayan yerli halklar, içinde buldukları devlet içinde "sayıca az ve geri kalan nüfustan farklı özelliklere sahip" kabul edilseler de bu grup için azınlık kavramı kullanılmamaktadır. O halde öncelikle iki kavram arasındaki farkı net bir biçimde belirtmek gerekmektedir.

BM Azınlıklara ve Yerli Halklara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Alt Komisyonu Raportörü Martinéz Cobo 1986 yılında hazırlamış olduğu raporda "yerli halk" ı şu şekilde tanımlamıştır:

"Yerli halklar, işgal ya da sömürgeleştirmeden önce de işgal edilen veya sömürgeleştirilen topraklarda tarihsel devamlılık arz edecek biçimde yaşayan ve kendilerinin kabul ettikleri topraklara yerleşmiş topluluklardan farklı yaşam biçimleri olan halklar, milletlerdir. Mevcut durumda toplumun hâkim olmayan kesimini oluşturmaktadırlar, ancak atalarından kalan arazilerini korumak, geliştirmek ve hem bu toprakları hem de etnik kimliklerini; yerli halk statülerini, kendi kültürel alışkanlıklarını, sosyal kurumlarını ve hukuk sistemlerini devam ettirmek suretiyle kendilerinden sonraki kuşaklara aktarmak konusunda kararlıdırlar"²².

"Bu gruplar kendilerini azınlık kabul etmemektedirler, çünkü onların ataları bu topraklara daha sonra gelen çoğunluktan çok daha önceden yerleşmiş olup, ne zaman olduğu dahi tespit edilemeyen zamanlardan beri bu toprakların sakinleridir"²³. Dolayısıyla "her ne kadar azınlıklara ilişkin sözleşmelerde yerli halklara haklar tanınmışsa da bu halklar, kendi haklarının azınlıklara tanınan hakların ötesine geçtiğini savunmaktadırlar"²⁴. Yerli halklar uluslararası hukukta bağımsız bir grup

²²International Work Group for Indigenous People: "Who are the indigenous peoples?", <http://www.iwgia.org/culture-and-identity/identification-of-indigenous-peoples>, (Erişim tarihi: 17.11.2018).

²³HANNUM, Hurst: *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996, s.75.

²⁴HANNUM, s.75.

teşkil ettikleri için azınlık muamelesi görmemeleri gerektiği yönünde ciddi bir mücadele yürütmektedirler²⁵.

BM Yerli Halklar Çalışma Grubu Raportörü ve Divan Başkanı Irene-Daes tarafından hazırlanan ve yerli halk kavramının detaylı bir incelemesini veren BM çalışma raporuna göre yerli halkı azınlıktan ayıran temel özellik yerli halkın geleneksel toprağına, tarihsel anayurduna çok güçlü bir bağlılık duymasıdır. Bu toprağın sınırları belirli bir arazi olması ve yerli halkın başlangıcı bilinemeyecek kadar uzun bir süredir o topraklarda yaşıyor olması yerli halkı azınlıktan ayırmaktadır²⁶. Ancak Kymlicka bu belirlemenin yanlış olduğunu çok kesin bir dille savunmakta ve belirli bir toprak parçasında çok uzun süredir yaşıyor olmanın ve bu toprak parçasına tarihsel, duygusal bağlılık duymanın azınlıklar için de söz konusu olduğunu dile getirmektedir²⁷.

Kymlicka yerli halk ile azınlık arasındaki farkı ortaya koymak bakımından bir kavrama daha atıf yapmaktadır: Bir ülke toprakları üzerinde çok eski dönemlerden beri yaşıyor olan, hatta çoğunluğu oluşturan grup o topraklarda yaşamıyorken dahi söz konusu topraklarda yaşayan "eski", "yerli", "anayurtlu" kelimeleriyle de ifade edilebilecek, o topraklara ait azınlıklar²⁸. Yerli halka örnek olarak Kanada'daki Kızılderili ve Eskimoları, Avustralya'daki Aborjinleri, İskandinavya'daki Samileri saymak mümkünken; Kanada'daki Quebeciler, Britanya'daki İskoçlar, İspanya'daki Katalan ve Basklar, ABD'deki Porto Rikolular, Belçika'daki Flamanlar Kymlicka'nın "homeland" azınlıklar olarak ifade ettiği, üzerinde yaşadıkları toprağın yerlisi olan topluluklara örnek verilebilir²⁹.

İki grup arasındaki farkları ise Kymlicka şu şekilde saymaktadır: Yerli halklar bir devletin kuruluşunda rol oynamayan, dışarıdan gelen

²⁵GILBERT, Geoff: "Autonomy and Minority Groups: A Right in International Law?", Cornell International Law Journal, vol.307, 2001-2002, s.324.

²⁶Erica-Irene Daes: "Working Group on Indigenous Populations Working Paper on the Concept of Indigenous People", UN Doc. E/CN. 4/Sub.2/AC.4/1996/2.

²⁷KYMLICKA, Will: "The Internationalization of Minority Rights", International Journal of Constitutional Law, vol.6, no.1, 2008, s.11-12.

²⁸ Bu azınlıklar için "otokton" ifadesi kullanılabilir. Nitekim örneğin Baskın Oran, "bir ülkenin ulusal sınırları kesinleşmeden o ülkede eskiden beri yaşayagelen yani 'tarihsel mekan'larında yaşayan azınlıklar" ı otokton azınlıklar olarak nitelendirmektedir. ORAN, s. 31. Ancak bu kavramın lügattaki karşılığı "yerli" olup, yerli halk ile karıştırılması muhtemel olduğu için kullanılması tercih edilmemiştir.

²⁹ KYMLICKA, s.8.

kişilerin kurduğu devletlerin içinde kendini bulan gruplardır. Azınlıklar ise modern devletin kuruluş sürecinde yer almış; devletler kurulurken kendi devletini kuramamış, ya da bir şekilde sınırın yanlış tarafında kalmış gruplardır. Yerli halklar, Avrupalı sömürgecilerin "uygarlaştırma" eylemine maruz kalmışlardır, oysa azınlıklar devletin hakimi olan grup ile aynı modernleşme süreçlerini yaşamış, aynı ekonomik, sosyal geçmişe sahiptir. Yerli halklar modern öncesi ekonomik üretim ilişkileri içindeyken, azınlıklar diğerleri gibi sanayileşmiş toplumun üyesidir³⁰.

Bugünkü duruma bakıldığında, sayılarının en az üç yüz yetmiş milyonu bulunduğu kabul edilen yerli halk mensubu kişilerin dünyanın pek çok bölgesinde yaşadıkları görülmektedir. Yerli Halklar, dünya nüfusunun yaklaşık % 5'ini oluşturmaktadır ve beş bin farklı yerli halk olduğu bilinmektedir. En çok bilinen yerli halklar ise Grönland, Alaska, Kanada ve Sibirya'da yaşayan Eskimolar, Amerika kıtasında yaşayan Kızılderililer, Avustralya ve Osean okyanus adalarında yaşayan Aborjinler ile Norveç, İsveç, Finlandiya ve Rusya'da yaşayan Samiler'dir³¹.

Yerli halkların en yoğun yaşadığı bölgenin Latin Amerika olduğu söylenebilir. Latin Amerika'da otuz ile kırk milyon arasında bir sayıda yerli halk mensubu olduğu, dört yüz kadar da farklı yerli halk olduğu sanılmaktadır. Bolivya, Guatemala ve Peru'da yerli halklar nüfusun çoğunluğunu oluşturmaktadır³².

Avustralya'da Aborjinler yerli halk statüsündedir. Avustralya'nın %2 'sinden az bir nüfusa sahip olan Aborjinler, kendi yaşamlarına ilişkin olarak geniş yetkilere sahip olmakla birlikte, genel demokratik süreçlere katılmak suretiyle devlet siyasetinde etkili değillerdir. Hatta seçimlere katılmak ve kamusal görevler almak Aborjinler bakımından son derece nadirdir³³.

³⁰ KYMLICKA, s.9.

³¹ International Work Group for Indigenous People: "Who are the indigenous peoples?", <http://www.iwgia.org/culture-and-identity/identification-of-indigenous-peoples> , (Erişim tarihi: 17.11.2018).

³² ASSIES, Willem: "Two Steps Forward, One Step Back: Indigeneous Peoples and Autonomies in Latin America" in Weller, Marc / Wolff Stefan (ed.), *Autonomy, Self-Governance and Conflict Resolution: Innovative Approaches to Institutional Design in Divided Societies*, Routledge Taylor & Francis Group, Oxon, 2005, s.181.

³³ SAUNDERS, Cheryl: "The Implications of Federalism for Indigenous Australians" in Ghai, Yash (ed.), *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s.278.

II. AZINLIK HAKLARI ile YERLİ HALKLARIN HAKLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

A. Azınlık Haklarının Korunması

“Birinci Dünya Savaşı öncesi, azınlıklar çok nadiren korunurken, bu savaş sonrası, azınlık hakları bazı devletlerde gerek sözleşmelerle, gerek tek taraflı bildirimlerle koruma altına alınmıştır. Milletler Cemiyeti bünyesinde de bir denetim mekanizması oluşturulmuştur”³⁴. 1. Dünya Savaşından sonra kolektif hak kullanımını farklı isimlerle içerecek biçimde azınlıkların korunmasına ilişkin barış antlaşmaları, diğer bazı antlaşmalar ve tek taraflı beyanlar Milletler Cemiyetine iletilmiş, bu düzenlemelerin uygulanması Cemiyetin denetiminde sağlanmıştır³⁵.

Milletler Cemiyeti sisteminin BM sistemine oranla daha fazla grup hakları üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. BM, azınlık haklarını da bireysel haklar biçiminde değerlendirmeyi tercih etmişken MC gruba yönelik haklar da tanımıştır. Örneğin özerkliğin bir hak olarak gruplara tanınması fikri bu dönem gelişmiş ve Cemiyet denetiminde bazı gruplara özerklik sağlanmıştır³⁶.

İkinci Dünya Savaşından sonra ise, BM sisteminin ayrılıkçı eğilimleri azaltma amacı güttüğü ve bunu teşvik edici uygulamalara gittiği anlaşılmaktadır³⁷.

“Bu dönemde vurgu kişi haklarına yapılmaya başlamış, yeni insan hakları metinleri azınlık meselesine yer vermemiştir. Bunun temel nedenleri üç başlık altında toplanabilir:

1. Özellikle ayrımcılığın önlenmesi ilkesi çerçevesinde, azınlık haklarının hâlihazırda genel nitelikli insan hakları belgelerinde korunuyor olması,
2. İki savaş arasında bazı azınlıkların kendi devletleri yerine, etnik bakımdan yakın ilişki halinde oldukları diğer bir devlete yakın durması, kısacası ‘vatandaş oldukları devlete sadık hareket etmemeleri’,

³⁴ HANNIKAINEN, Lauri: “Self-Determination and Autonomy in International Law” in Suksi, Markku (ed.), *Autonomy: Applications and Implications*, The Institute of Human Rights, Abo Akademi University, Kluwer Law International, The Hague, 1998, s.80.

³⁵ THORNBERRY, Patrick: *International Law and The Rights of Minorities*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1991, s.38-54.

³⁶ ARSAVA, Füsün: “Self-Determinasyon Hakkının Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Aaland Adaları Sorunu”, (Self-determinasyon), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Seha Meray’a Armağan, c.1., 1981, s.57.

³⁷ RAMAGA, s.587.

3. İkinci Dünya savaşı sonrasında, azınlıkların etnik bakımdan yakın oldukları ülkelere sınır dışı edilmeleri ve sonuç olarak da bir azınlık meselesi kalmadığına dair inancın oluşması³⁸.

İkinci Dünya Savaşından sonra azınlık haklarına ilişkin ilgideki azalmanın önemli bir sebebi de, ulusal azınlıkların varlığının Nazi rejimi tarafından toprak işgallerinin gerekçesi olarak kullanılmasıdır. Hitler'in, yaptığı çeşitli konuşmalarda "sınırların dışındaki ırkdaşlarla" birleşme arzusunu dile getirdiği bilinmektedir³⁹.

1945'ten sonra azınlık haklarına ilişkin çok az gelişme olduğu halde Sovyetler Birliğinin yıkılmasını takip eden ilk on yılda azınlık sorunlarına ilişkin uluslararası, bölgesel ve ikili düzeyde pek çok ciddi gelişme yaşanmıştır⁴⁰. Azınlık haklarının kolektif kullanımının temini noktasında, azınlıkların çeşitli düzeylerde özerkliğe sahip olduğu Osmanlı millet sistemi, Estonya'da kültürel özerklik uygulanmasına imkan veren 1925 Kültürel Özerklik Kanunu, neredeyse birkaç yüzyıl önce İskoçya'ya tanınan yetki devri sistemi gibi örnekler verilebilir. Ancak son yıllara kadar bu tür uygulamalar bireysel insan haklarının korunması düzeyinde kalmış ve kimi adımlar atılmış olmasına rağmen azınlık hakları hâlâ kolektiflik niteliğini tam olarak sağlayamamıştır⁴¹.

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde de azınlık haklarına ya da kolektif haklara ilişkin herhangi bir düzenleme söz konusu olmamıştır. BM sistemi insan haklarının kişisel boyutunu vurgulamıştır. Fakat kısa süre sonra anlaşılmıştır ki, "aslında azınlık meselesi ortadan kalkmamıştır ve insan haklarına ilişkin genel nitelikli belgelerde azınlık hakları yeterli düzeyde korunmamaktadır"⁴².

1960'lardan sonradır ki özellikle sömürgelerin bağımsızlaşmasıyla birlikte halkların haklarını tanımaya ilişkin çalışmalar ve bu konudaki düzenlemeler gerçekleşmiştir. Uluslararası toplumun konuya tekrar ilgi göstermeye başlamasının ilk yansıması 1966 tarihli Medeni ve Siyasi

³⁸ Bkz. ÇAVUŞOĞLU, s. 36-40.

³⁹ HADDEN, Tom: "Uluslararası Hukukta Azınlıkların ve Halkların Hakları", in Gündüz, Işitan (ed.), Ulusal Kimlik ve Etnik Açılım, Sarmal Yay., İstanbul, 2010, s.81.

⁴⁰ WRIGHT, Jane: "Minority Groups, Autonomy and Self-Determination", Oxford Journal of Legal Studies, vol.19, pp.606-626, Oxford University Press, 1999, s.605.

⁴¹ WRIGHT, s.606.

⁴² HADDEN, s.82.

Hakları Sözleşmesinin 27. maddesi olmuştur.⁴³ Sözleşme'nin 27. maddesi "etnik, dinsel ya da dilsel azınlıkların bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup olan kişiler, kendi gruplarının diğer üyeleri ile birlikte, kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerine inanma ve bu dine göre ibadet etme, ya da kendi dillerini kullanma hakkından yoksun bırakılmayacaklardır" şeklindedir.

1970 ve 80'lerde ivme kazanan grup haklarını korumaya ilişkin eğilim, 90'lı yıllara gelindiğinde ise çeşitli sözleşmelerle teminat altına alınmaya başlamıştır⁴⁴.

B. Yerli Halkların Haklarının Korunması

2. Dünya Savaşı'nı takip eden ilk kırk yıl yerli halklara ilişkin olarak entegrasyonist politikalar izlenmiştir. Yerli halkın ülkede yaşayan diğer insanlarla kaynaşması esasını taşıyan bu yaklaşım demokratik bir kaynaştırma ya da baskıcı bir asimilasyon şeklinde gelişmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, gerek Amerikan Devletleri Örgütü gerek Birleşmiş Milletler bünyesinde yerli halkların hakları tartışılırken grup hakkı tanıma yaklaşımı benimsenmiş, entegrasyonist modeller dikkate alınmamıştır⁴⁵.

Zaman içinde, yerli halkların özellikle üzerinde yaşadıkları araziye ilişkin hakları artırılmıştır. Arazi konseyleri kurulmuş, arazi haklarına ilişkin mevzuat hazırlanmıştır. Bu konseyler arasında en önemli sayılabilecek olanı 1989 yılında Avustralya'da kurulan Aborjinler ve Torres Boğazları Ada Sakinleri Komisyonu'dur. Komisyonu kuran kanunun başlıca amacı yerlilerin bir taraftan özyönetim ve özyeterliliklerini sağlamak, diğer taraftan da ülke siyasetine azami surette katılabilmelerinin önünü açmaktır. Seçimle iş başına gelen Komisyon hem siyasi hem idari fonksiyona sahiptir. Hükümete yerli topluluklar konusunda danışma görevi de yürüten Komisyon hem yerli halk hem de genel olarak Avustralya halkı tarafından kimi konularda tepkiyle karşılaşmıştır. Yerli halkın eleştirisi, Komisyon üyelerinin yerli halk

⁴³ LAPIDOTH, Ruth: *Autonomy: Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*, USA, Institute of Peace Press, Washington, 1997, s. 11.

⁴⁴ HADDEN, s.82-83.

⁴⁵ HAWKINS, Darren: "Autonomy and Indigenous People: Indigenous Rights and the Promise of a Limited Autonomy Model" in Skurbaty, Zelim (ed.), *Beyond A One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, s.339.

içinde ve Aborjin kültürü bakımından geleneksel anlamda saygınlığı olan kişilerden oluşmaması, Avustralya'nın genelindeki eleştiri ise bu organın bir hükümet organı olduğu halde sadece bir topluluk ve bölge ile ilgili faaliyet yürütmesidir⁴⁶.

Yerli halklara ilişkin düzenlemeler bazı devlet anayasalarında da mevcuttur. Bu anayasalarda yerli halkın varlığının kabulü, yaşadığı arazinin korunması, temsilcisi olarak görev yapacak konseyler kurulması, çeşitli hak ve özgürlüklerinin "yerli halk" ibaresi kullanılmak suretiyle teminat altına alınması önemli bir gelişmedir. Kolombiya (1991), Arjantin (1994), Bolivya (1994), Meksika (1992), Nikaragua (1995), Panama (1994), Peru (1993) Anayasaları, tanınan hakların niteliği ve derecesi değişmekle birlikte yerli halkların haklarını düzenlemiştir. Bu devletlerde ya da anayasasında hüküm olmayan kimi devletlerde yerli halkların haklarını düzenleyen kanun ya da çeşitli düzenlemeler de mevcuttur⁴⁷. Özellikle eğitim sistemi, kültürün korunması ve siyasi yaşama katılmayı düzenleyen hükümler bazı devletlerde özerkliğe varacak kadar geniş yetkiler içermektedir⁴⁸.

Ulusal düzeyde yerli halklara ilişkin düzenlemeler azınlıklarla karşılaştırıldığında daha net ve fazladır. Bu durum devletlerin yerli halkı azınlıklardan "daha az tehlikeli" görmesiyle açıklanabilir⁴⁹. Yerli halklar genel olarak bağımsız devlet kurmak, içinde yaşadıkları devletten ayrılmak düşüncesinde değildirler. Talepleri gerçek anlamda özerk olmak; dil, semboller, arazinin kullanımı, uygulanan hukuk kuralları ve benzeri konularda kendi kaderlerini tayin edebilmektir⁵⁰.

⁴⁶ SAUNDERS, s.278-280.

⁴⁷ Çeşitli devlet anayasalarının konuya ilişkin hükümleri ve daha ayrıntılı bilgi için bkz. BENGGA, Jose: "The Question of Indigenous Autonomy in Latin America" in Skurbaty, Zelim (ed.), Beyond A One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, s.356-360.

⁴⁸ BENGGA, s.366-373.

⁴⁹ LOUKACHEVA, Natalia: "On Autonomy and Law", Working Paper Series, Institute of Globalization and the Human Condition, University of Toronto, Toronto, June 2005, s.19.

⁵⁰ THORBERRY, s.119.

III. KOLEKTİF HAK KULLANIMI BAKIMINDAN AZINLIK HAKLARI ile YERLİ HALKLARIN HAKLARININ ULUSLARARASI HUKUKTA KORUNMASI

A. Uluslararası Hukukun Kaynakları Bakımından Azınlık Haklarının Kolektif Kullanımına İlişkin Düzenlemeler

Azınlık haklarına ilişkin bir değerlendirme yapıldığında görülmektedir ki, BM sistemi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi "azınlığa mensup kişiler" ifadesini kullanmak suretiyle azınlığı bir grup olarak kabul edip, grup hakkı tanımak yerine bir azınlığın mensuplarına tek tek hak tanımak şeklinde bireysel hak tanıma yolunu tercih etmiştir⁵¹. BM ve sözleşmeye taraf devletler maddeyi bu şekilde yorumlamasına rağmen pek çok yazar böyle bir kabulün hakkın önemini azaltacağı görüşündedir.

Örneğin Thornberry her ne kadar 27. madde bireysel bir hakkı düzenler görünüyorsa da sözleşmedeki maddelerin, bir kişinin tek başına kullanması söz konusu ise bir anlam ifade etmeyeceğini, zaten sözleşme hazırlanırken asıl düşüncenin de kolektif hak kabulü olduğunu savunmaktadır. Bu düşüncesini bir örnekle açıklayan Thornberry'e göre, bir kişinin evinde ana dilini kullanması azınlık haklarının korunması bakımından önemli olmayıp o dili korumak, geliştirmek için toplu kullanımın gereklidir⁵².

Sanders'a göre de, azınlıkların eğitim, dil, din, kültür ve gelişmeye ilişkin hakları bazı durumlarda bölgesel bir farklılık sağlanmadıkça anlam ifade etmemektedir. Bu nedenledir ki, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesini dar yorumlamak yerine, gerekli koşullarda bölgesel bir özerkliği dahi içerecek şekilde yorumlamak insan haklarının gerçek anlamda temini için daha gerçekçi olacaktır⁵³.

Wright'a göre de, 27. maddede öngörülen haklar ayrı ve uygulanabilir bir kolektif hakkı sağlamıyorsa yeterli korumayı öngörmüyordur. Bir azınlık grubunun, tek tek kendisini oluşturan bireylerden farklı bir kimliği vardır ve tek tek bireyler için geçerli bir

⁵¹ RAMAGA, s.588. Ayrıca bkz. ARSAVA, s. 38-40. Ayrıca bkz. CHANDRASAN, s.134.

⁵² THORNBERRY, s.189.

⁵³ SANDERS, Douglas: "Collective Rights", Human Rights Quarterly, vol.13, no.3, 1991, s.20.

düzenlemenin kolektif olarak kullanılması gereken haklar bakımından bir getirisi yoktur⁵⁴.

Steiner'in da uluslararası insan hakları alanında çalışanlara yönelik önemli bir eleştirisi, çeşitli metinleri dar yorumlamalarıdır. Her metin gününün koşullarına göre hazırlanmış olup, insan haklarının dinamizmine dayanılarak çeşitli düzenlemelerin yenilikçi ve özgürlükçü yorumu tercih edilmelidir⁵⁵. Bu noktada, Steiner'a göre Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesindeki "etnik, dinsel ya da dilsel azınlıkların bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup kişiler" ifadesi, Sözleşmeyi azınlık hakları bakımından yorumlayan neredeyse tüm insan hakları hukukçularını, yanlış biçimde, azınlık haklarının kolektif değil bireysel olarak korunduğu düşüncesine sevk etmektedir. Oysa pek çok maddedeki "başkalarıyla birlikte"⁵⁶ ifadesi hakkın kolektif kullanılmasına imkân vermektedir⁵⁷.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin, çeşitli kararlarında sözleşmenin 27. maddesini kolektif hak kategorisi olarak değerlendirdiği sonucu çıkarılabilir. Komite, 1988 yılındaki Kitok v. İsveç kararında kolektif azınlık haklarının dayanak noktası olarak, bazı kararlarında (Lubicon Lake Band v. Kanada, 1990) bir azınlığın kültürünün ve yaşam şeklinin korunmasının temeli olarak, kimi kararlarında da (Linsman v. Finlandiya, 1995) azınlıkların geleneksel yaşam biçiminin korunup geliştirilmesinin altyapısı olarak yorumlamıştır⁵⁸.

Yine Komite 1994 yılında yayınladığı 23 numaralı Genel Yorum'unda⁵⁹ kültür ile toprak parçası arasında bağ kurmuş, 27. maddede düzenlenen hakların, örneğin kültürel hakların, üzerinde yaşanan arazi

⁵⁴ WRIGHT, s.609.

⁵⁵ Thornberry de aynı eleştiriyi getirip, benzer öneride bulunmaktadır. Bkz. THORNBERRY, s.98.

⁵⁶ Sözleşmenin düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 18. maddesi, sendika ve dernek kurma hakkını düzenleyen 22. maddesi, azınlıkların kendi gruplarının diğer üyeleriyle birlikte kendi kültürlerinden yararlanma haklarını düzenleyen 27. maddesi örnek gösterilebilir.

⁵⁷ Bkz. STEINER, Henry, J: "Ideals and Conter Ideals In the Struggle Over Autonomy Regimes for Minorities", Notre Dame Law Review, vol.66, 1990-1991, s.1548-1550.

⁵⁸ GHAI, "Autonomy as a..", s.8. Ayrıca bkz. THORNBERRY, s.107.

⁵⁹ UN Human Rights Committee (HRC): "CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), 8 April 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5", <http://www.refworld.org/docid/453883fc0.html>, (Erişim Tarihi: 19.12.2018).

parçasına bağlı bir yaşam şekli ile sıkı sıkıya bağlı olduğuna hükmetmiştir⁶⁰.

Steiner'in dikkat çektiği ikinci bir nokta, gruplar içinde yer alan kişilerdir. Özerklik gibi grup haklarını teminat altına alan uygulamalar grubun içindeki farklılıkları bastıran bir niteliğe sahip olabilir. Grup içinde kendini farklı hisseden kişiler bakımından ayrımcı muamelenin söz konusu olması insan hakları koruma mekanizmalarının kendisinden beklenen amacı gerçekleştirmemesi sonucunu doğurabilmektedir⁶¹. Alman azınlığın yoğun yaşadığı İtalya'nın Güney Tirol bölgesinde İtalyan etnik kökenine sahip kişilerin çok büyük kısmı Movimento Sociale Italiano adlı İtalyan Faşist partisine oy vermekte, bir kısmı da bölgeyi terk etmektedir⁶².

Yukarıda anlatılan durum nedeniyle 27. maddedeki "azınlığa mensup kişinin" hak sahibi olması meselesi olumlu da yorumlanmıştır. Azınlığa mensup kişinin bir taraftan devlete karşı korunması sağlanmaya çalışılırken diğer taraftan da kendi azınlık grubuna karşı korunması, bireysel kimliğine saygı gösterilmesini talep etme hakkı doğmaktadır⁶³.

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesini imzalayan bazı devletler 27. maddenin kendilerine sadece negatif bir edim yüklediğini, azınlıkların maddede sayılan haklardan yararlanmasını engellememe ile sınırlı bir yükümlülükleri olduğunu savunmuştur. Böyle bir savunmaya göre söz konusu maddenin kolektif hak biçiminde yorumlanması devletleri belli düzeyde pozitif edimde bulunmak zorunda bırakacaktır ki devletler sözleşmenin bunu öngörmediği iddiasındadır. Ancak sözleşmenin geneli incelendiğinde, devletlerin pozitif bir edimde bulunmamasının hakkın gerçekleşmesine imkân bırakmayacağı görülmektedir. Dolayısıyla devletlerin bu maddeyi sınırlı yorumlamaması, azınlıkların korunması ve

⁶⁰ GHAI, Yash: "Autonomy As A Participatory Right in the Modern Democratic State: Public Participation, Autonomy and Minorities" in Skurbaty, Zelim (ed.), *Beyond A One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, s.9.

⁶¹ STEINER, s.1553.

⁶² WELHENGAMA, Gnanapala: "The Legitimacy of Minorities' Claim for Autonomy Through the Right to Self-Determination", *Nordic Journal of International Law*, vol. 68, 1999, s.417.

⁶³ ORAN, s.39.

geliştirilmesi için önlemler alması, olumlu edimlerde bulunması gerekmektedir⁶⁴.

Steiner'e göre Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 25. Maddesi de azınlıkların bazı hakları grup olarak kullanılmasına imkan sağlayan bir düzenlemedir. Maddede yer alan "kamu yönetimine katılma" hakkının yeterli düzeyde gerçekleşmediğine ilişkin iddialar ve bu maddeye dayanılarak ileri sürülecek talepler özyönetim gibi grup haklarının altyapısını oluşturabilecektir⁶⁵.

BM'nin azınlık haklarına ilişkin önemli bir diğer belgesi Ulusal veya Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıkların Korunmasına dair Bildiri 'dir. Bildirinin 1. maddesinin birinci fıkrası, "devletler, kendi ülkeleri üzerindeki azınlıkların varlığını ve ulusal veya etnik, dinsel veya dilsel kimliklerini korur ve bu kimlikleri geliştirmeleri için gerekli şartların oluşmasını teşvik eder", ikinci fıkrası ise "devletler bu amacın gerçekleştirilmesi için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alır" şeklindedir⁶⁶.

Bildirinin "Devletler Tarafından Alınacak Tedbirler" başlıklı 4. maddesinin 2. Fıkrasına göre, "Devletler, azınlıklara mensup kişilerin kendi özelliklerini ifade edebilmelerini ve ulusal hukuku ihlal eden ve uluslararası standartlara aykırı bulunan özel bazı uygulamalar hariç kendi kültürlerini, dillerini, dinlerini, geleneklerini ve örf ve adetlerini geliştirmeleri için gerekli şartları yaratmak amacıyla tedbirler alır"⁶⁷. Welhengama'ya göre bu madde kültürel bir özerklik hakkını içermektedir; ki bu da azınlık haklarının kolektif olarak kullanılmasını tanıma anlamını taşır⁶⁸.

Kolektif bir hak olarak azınlık haklarının kullanılmasını temellendirebilmek bakımından Avrupa Konseyi ve Avrupa Güvenlik ve

⁶⁴ THORNBERRY, s.182-186.

⁶⁵ Bu konuda Steiner'in ayrıntılı görüşleri için bkz. STEINER, s.1545-1547.

⁶⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli ve 47/135 sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. Bildirinin tam metni için bkz. United Nations General Assembly: "Ulusal veya Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıklara Mensup Olan Kişilerin Haklarına Dair Bildiri", <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/716b2>, (Erişim tarihi: 10.10.2018).

⁶⁷ Bildirinin içeriğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. EIDE, Asbjorn: "Cultural Autonomy: Concept, Content, History and Role in the World Order" in Suksi, Markku (ed.), *Autonomy: Applications and Implications*, The Institute of Human Rights, Abo Akademi University, Kluwer Law International, The Hague, 1998, s.273-275.

⁶⁸ WELHENGAMA, s.429.

İşbirliği Teşkilâtı (AGİT) bünyesinde hazırlanan çeşitli metinler de önemli hükümler içermektedir, dolayısıyla bu metinleri de incelemek gerekmektedir.

AGİT Ulusal Azınlıklar Komiserliği tarafından hazırlanan ve daha çok anadilde eğitim konusunda tavsiyelerde bulunan Lahey Ulusal Azınlıkların Eğitim Haklarına İlişkin Tavsiye Kararları⁶⁹ Katılımcı Devletlerden ulusal azınlıkların tarihini, kültürünü ve geleneklerini öğretmeyi temin etmesini beklemektedir. Yine, AGİT bünyesinde hazırlanan Oslo Tavsiyeleri⁷⁰ ne göre de bir azınlığın kendi dilini kullanması engellenirse bu durum azınlığın kültür ve kimliğini koruyamaması sonucunu doğuracaktır⁷¹.

Azınlık haklarının kolektif kullanılmasına ilişkin ilk kabul ise Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Konferansı'nın (AGİK)⁷² 1990 yılında kabul ettiği Kopenhag Belgesi ile gerçekleşmiştir. Belgenin 35. maddesinin ikinci fıkrası açıkça bölgesel özerklik tanımmasını öngörmektedir. Madde hükmü Katılımcı Devletlerin, “ulusal azınlıkların etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliklerinin korunması ve geliştirilmesi için yerel ya da özerk idareler kurmasını ve bu özerk yapıların da azınlık için tarihsel ya da bölgesel anlamda özellikli olacağını belirtmektedir”⁷³.

Bu belge hukuken bağlayıcı ve etkililiği de ciddi düzeyde olmamasına rağmen 35. madde özerkliğin azınlık hakları bakımından meşru bir talep olduğunu tanımaktadır. Belgeyi daha da önemli kılan, bazı ikili antlaşmalarda tarafların Kopenhag Belgesinde düzenlenen konuları yasal birer yükümlülük olarak kabul edeceğine ilişkin kabuldür. Slovak Cumhuriyeti ile Macaristan arasında imzalanan İyi Komşuluk ve Dostane İşbirliği Antlaşmasında ve yine Macaristan ile Romanya arasında

⁶⁹ Office of the High Commissioner on National Minorities: “Ulusal Azınlıkların Eğitim Haklarına İlişkin Lahey Tavsiyeleri ve Açıklayıcı Not”, Ekim 1996, <http://www.osce.org/tr/hcnm/32200> , (Erişim Tarihi: 08.12.2018).

⁷⁰ Office of the High Commissioner on National Minorities: “Ulusal Azınlıkların Dil Haklarına İlişkin Oslo Tavsiyeleri ve Açıklayıcı Not”, Şubat 1998, <http://www.osce.org/tr/hcnm/67550> , (Erişim Tarihi: 01.12.2018).

⁷¹ GILBERT, s.350-351.

⁷² Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) 1994 yılında yapılan Budapeşte Zirvesinde Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'na (AGİT) dönüştürülmüştür.

⁷³ Commission on Security and Cooperation in Europe: Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE, 29 June 1990 , <http://www.osce.org/odih/elections/14304> , (Erişim Tarihi: 13.05.2018).

imzalanan benzer bir antlaşmada Kopenhag Belgesi hukuken bağlayıcı kabul edilmiştir⁷⁴. Avrupa Birliği de AGİT'in Kopenhag belgesini kabul ettiğini ve birlik üyeliğinde söz konusu belgenin aday ülkede uygulanıp uygulanmadığını dikkate alacağını belirtmiştir⁷⁵.

Kopenhag Belgesinin kültürel ve siyasi çoğulculuğu düzenleyen 30, ayrımcılık yasağı ve kanun önünde eşitliği düzenleyen 31, ulusal azınlığa mensubiyetin herhangi bir zarara sebep olamayacağını, ulusal azınlık mensuplarının etnik, kültürel, dilsel, dinsel kimliklerini özgürce koruyup geliştirebileceklerini düzenleyen 32, taraf devletlerin bünyesindeki azınlıkları koruma yükümlülüğü öngören 33, taraf devletlerin azınlık haklarının korunmasındaki pozitif yükümünü öngören 34. maddeleri de azınlık haklarının kolektif kullanımına dayanak teşkil etmektedir⁷⁶.

AGİK'in 1991 yılındaki Cenevre Zirvesinden çıkan belge⁷⁷ incelendiğinde, belgenin azınlıkların korunmasına ilişkin tedbirler alınması gerektiğini belirtip, söz konusu tedbirler içinde "yerel ve özerk idarelerin kurulmasını" düzenlediği görülmektedir. Ancak bunun yanında, "özgür ve periyodik seçimler ile oluşturulan yasama ve yürütme organlarına sahip bölgesel düzlemde bir özerklik" kurulması şeklindeki düzenleme belgeyi önemli kılmaktadır⁷⁸.

Ulusal Azınlıkların Kamusal Yaşama Etkin Katılımına İlişkin Lund Tavsiyeleri ise AGİT Ulusal Azınlıklar Yüksek Komiseri gözetiminde hazırlanmış, azınlıklara ilişkin en iyi bilinen ve geçerli belgedir. Tavsiyelerin 10. maddesine göre "devletler ulusal azınlıkların bölgesel ve yerel düzeylerde de kamusal yaşama katılımını teşvik edecek önlemler almalıdırlar". Kararlarda açıkça belirtilen husus azınlıkların korunması bakımından bölgesel ve bölgesel olmayan düzeyde özerklik uygulamalarının önemli olduğudur. Yine kararlarda, "merkezi hükümet idaresinin başkentten bölgesel veya yerel birimlere devredildiği mutlak bir adem-i merkeziyetçilikten çok, bazı yasama ve yürütme fonksiyonlarının

⁷⁴ WRIGHT, s.615. Ayrıca bu antlaşmalar 1201 sayılı Avrupa Konseyi Tavsiye Kararındaki hükümlere benzer düzenlemeler içermektedir. Bkz. GILBERT, s.323.

⁷⁵ GHAI, s.11.

⁷⁶ ARSAVA, Self-Determinasyon, s.95-96.

⁷⁷ Organization for Security and Co-operation in Europe: "Report Of The CSCE Meeting Of Experts On National Minorities", Geneva 1 to 19 July 1991, <http://www.osce.org/hcnm/14588?download=true> , (Erişim Tarihi: 14.05.2018).

⁷⁸ WRIGHT, s.621.

merkezi düzeyden bölgesel düzeye devredilmesi" üzerinde durulmaktadır⁷⁹.

Lund Tavsiye Kararlarının amacı "Devletleri, tansiyonu düşürmek ve böylece nihai amaç olarak çatışmaları önlemek için ulusal azınlıklara ilişkin özel tedbirler almaya teşvik etmek ve bunun sağlanmasını kolaylaştırmaktır"⁸⁰.

Konuya ilişkin Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan önemli bir belge ise Avrupa Konseyi Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşme' dir⁸¹.

Çerçeve sözleşme ulusal azınlığı tanımlamamıştır, dolayısıyla Çerçeve Sözleşme'nin tarafları, kendi topraklarında hangi kesimlerin bu Sözleşme kapsamına girdiğini değerlendirme esnekliğine sahiptir. Ancak bu seçim, Çerçeve Sözleşmenin 3.maddesinde öngörüldüğü şekilde iyi niyetle ve devletler hukukunun genel ilkelerine uygun olarak yapılmaktadır⁸². Ulusal azınlık kavramının tanımlanmaması şu sonuca da götürmektedir: Çerçeve Sözleşme "farklı etnik, kültürel, dinsel ve dilsel özelliklere sahip kişilerin azınlık olarak korunmalarını ve belirli haklardan yararlanmalarını devlet tarafından tanınmış olma şartına bağlamamıştır". Dolayısıyla sözleşmenin "kendi kimliğini tanıma hakkı"nı da içeren bir yapıda olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır⁸³.

Yine, "ulusal azınlığa mensup kişiler"in haklarını düzenlediği için Sözleşme, bireysel hakları düzenleyen, kolektif hak kategorisi

⁷⁹ Office of the High Commissioner on National Minorities: "Ulusal Azınlıkların Kamusal Yaşama Etkin Katılımına İlişkin Lund Tavsiyeleri ve Açıklayıcı Not", OSCE, Eylül 1999, <http://www.osce.org/tr/hcnm/32260> , (Erişim tarihi: 14.11.2014).

⁸⁰ ROACH, Steven, C. : "Minority Rights and An Emergent International Right to Autonomy: A Historical and Normative Assessment", International Journal on Minority and Group Rights, vol.11, 2004, s.27.

⁸¹ Council of Europe: "The Framework Convention for the Protection of National Minorities", http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/1_AtGlance/PDF_MapMinorities_bil.pdf , (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁸² Council of Europe: "The Framework Convention for the Protection of National Minorities", https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/6_Resources/PDF_brochure_Turkish.pdf , (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁸³ ÇAVUŞOĞLU, s.51.

oluşturmayan bir metin olarak kabul edilmiştir⁸⁴. Ancak sözleşmenin 3. maddesinin ikinci fıkrası "Ulusal azınlıklara mensup kişiler, hem bireysel olarak hem başkalarıyla birlikte topluca, bu Çerçeve Sözleşmede yer alan ilkelere kaynaklanan hakları kullanabilir ve özgürlüklerden yararlanabilirler" hükmünü içermektedir. Hakları topluca kullanma ifadesi sözleşmede düzenlenen hakların kolektif boyutunu ortaya koymaktadır.

Avrupa Konseyi Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşmesi "Taraflar, ulusal azınlıklara mensup olan kişilerin, kültürel, sosyal ve ekonomik yaşama ve özellikle kendilerini ilgilendiren kamusal işlere etkili bir biçimde katılmaları için gerekli şartları yaratır" şeklindeki 15. maddesi ile devletlere pozitif bir edim yüklemektedir. 15. madde müphem bir yapı arz etmesine rağmen taraflar devletler etkili katılımın bir yolunun yetkilerin belli oranda devri olduğu konusunda hemfikirlerdir⁸⁵. Karar verici yapılara katılım yoluyla azınlık temsilcileri azınlığı ilgilendiren kamusal işlere doğrudan katılma ve devlet organlarında azınlığın taleplerini doğrudan dile getirme imkânına erişirler. Bu nedenle etnik, dini, dilsel temele dayanan siyasi partilerin yasaklanması yukarıda bahsi geçen uluslararası kabule aykırıdır⁸⁶.

Sözleşmenin 15. maddesi üzerinde en fazla durulan maddedir, zira AK Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşme Danışma Komitesi⁸⁷ bu maddeyi iki özerk bölge bakımından yorumlamıştır. Komite, sözleşmenin 15. maddesinde düzenlenen "Taraflar, ulusal azınlıklara mensup kişilerin kültürel, sosyal ve ekonomik yaşama ve özellikle de onları ilgilendiren kamusal işlere etkin katılımı için gerekli koşulları yaratırlar" maddesi bakımından Finlandiya'nın Aland Adaları'na

⁸⁴ PHILLIPS, Alan: "Participation and the Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM)" in Skurbaty, Zelim A. , (ed.), *Beyond A One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, s.307.

⁸⁵ HADDEN, s.92.

⁸⁶ HEINTZE, Hans-Joachim: "Implementation of Minority Rights Through the Devolution of Powers", *International Journal on Group Rights*, vol.9, Kluwer Academic Publishers, 2002, s.325.

⁸⁷ Sözleşmenin taraflar devletlerde uygulanmasını değerlendiren ve Bakanlar Komitesine bu konuda görüş bildiren Danışma Kurulu bağımsız bir uzmanlar komitesidir. . Sözleşmenin 26. maddesi ile varlık ve görevi hükme bağlanan Komite Çerçeve Sözleşmede düzenlenen ilkelere etkinlik kazandırmak üzere kurulmuştur.

tanıdığı özerkliğin, Danimarka'nın da Faroe Adaları ve Grönland için kabul ettiği düzenlemelerin olumlu olduğunu belirtmiştir⁸⁸.

Danışma Komitesi pek çok devlet bakımından azınlık haklarının yeterli düzeyde korunup korunmadığı ile ilgili görüş hazırlamıştır. Hazırlanan görüşler incelendiğinde Komite'nin, özerkliğin herhangi bir biçiminin uygulanmasını azınlık haklarının etkin korunmasında olumlu gördüğü anlaşılmaktadır⁸⁹.

Sözleşmenin 16. maddesinde düzenlenen "Taraflar, ulusal azınlıklara mensup kişiler tarafından yerleşmiş olan bölgelerde nüfus oranını değiştiren ve bu çerçevede Sözleşmede yer alan prensiplerden kaynaklanan hakları ve özgürlükleri kısıtlamayı amaçlayan tedbirler almaktan kaçınır" hükmü de bölgesel bir özyönetim sistemine işaret eder şekilde yorumlanabilir⁹⁰.

Sözleşmenin 5. maddesindeki "Taraflar, ulusal azınlıklara mensup kişilerin kendi kültürlerini yaşatmaları ve geliştirmeleri ve kimliklerinin asli öğeleri, yani dinlerini, dillerini, geleneklerini ve kültürel miraslarını korumaları için gerekli koşulları sağlamayı taahhüt ederler" hükmü, yine 9. maddenin 3. fıkrasında yer alan "ulusal azınlıklara mensup kişilerin kendi iletişim araçlarını kurma ve kullanabilme imkanlarını sağlarlar" düzenlemesi ve 13. maddenin 1. fıkrasındaki "ulusal azınlığa mensup kişilerin kendi özel eğitim ve öğretim kurumlarını kurma ve yönetme hakkına sahip olduğunu tanırlar" hükmü bu hakların kolektif kullanıldığında anlam ifade edeceğine dayanak teşkil etmektedir⁹¹.

Konsey'in diğer önemli belgesi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) azınlık hakları konusunda sessiz kalmıştır. Her ne kadar sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin "cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin"⁹² sağlanması öngörülmüşse de AİHM'in sözleşme metnini son derece dar yorumladığı

⁸⁸ PHILLIPS, s.311-312.

⁸⁹ bkz. Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities: "Meeting and Activity Reports", <http://www.coe.int/en/web/minorities/advisory-committee> , (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁹⁰ GHAI, s.10.

⁹¹ PHILLIPS, s.310-311.

⁹² AİHS m. 14. Tam metin için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf.

ve bu dar yorumun da azınlık haklarının gelişmesinde olumsuz bir rol oynadığı görülmektedir.⁹³

1993 yılında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ulusal azınlıklarla ilgili olarak AİHS'e ek bir Protokol önerisinde bulunmuştur⁹⁴. Taslağın 11. maddesi "ulusal bir azınlığa mensup kişiler çoğunlukta oldukları bölgelerde, devletin yerel mevzuatıyla uyum içinde olmak şartıyla kendi tasarrufları altında yerel veya özerk otoritelere sahip olabilir, ya da özgül tarihi ve bölgesel koşullarına uygun olarak özel bir statüye sahip olabilirler" şeklindedir. Sınırlı bir madde olmakla birlikte eğer söz konusu Protokol Tasarısı kabul edilseydi, özerklik taleplerine ilişkin başvurular AİHM önüne götürülebilecekti⁹⁵. Taslağın geri çekilmesinden sonra 1995 yılında Avrupa Konseyi Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme'yi kabul etmiştir.

Uluslararası hukuk bir azınlığın grup olarak azınlık haklarının kullanıcısı olup olamayacağı meselesine son derece temkinli yaklaşmaktadır. Oysa Wright' a göre BM Antlaşmasının ikinci maddesine göre BM'nin amaçlarından biri "Uluslararası, halkların hak eşitliği ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için diğer uygun önlemleri almak" olduğuna göre azınlıkların grup olarak hak kullanmasını halklar arasında eşitliği sağlamaya yönelik bir mekanizma olarak algılamak ve hukuken gerekçelendirilebildiğini kabul etmek gerekir⁹⁶.

Venedik Komisyonu da kolektif hakların tanınmaması halinde azınlıklar için yeterli düzeyde koruma sağlanamayacağını kabul etmiştir. Komisyon tarafından hazırlanan raporda "azınlıkların sadece bireylerin toplamı olmadığı, aynı zamanda bu bireyler arasındaki ilişkiler sistemini de temsil ettiği" vurgulanmakta ve azınlık mensubu kişilerin haklarını

⁹³ Bkz. Belgium, Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 in Cengiz, Serkan: Belçika Dil Davası, sayfa.29, paragraf.6, 23 Temmuz 1968. Ayrıca bkz. LEWIS-ANTHONY, Sian: "Autonomy and Council of Europe – With Special Reference to the Application of Article 3 of the First Protocol of the Convention on Human Rights" in Suksi, Markku (ed.), Autonomy: Applications and Implications, The Institute of Human Rights, Abo Akademi University, Kluwer Law International, The Hague, 1998, s.323-334.

⁹⁴ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi: 1201 sayılı Tavsiye Kararı, 1993.

⁹⁵ GILBERT, s.321.

⁹⁶ WRIGHT, s.606.

tanımak yanında azınlığın haklarının da tanınması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁷.

B. Uluslararası Hukukun Kaynakları Bakımından Yerli Halkların Haklarının Kolektif Kullanımına İlişkin Düzenlemeler

Yerli halkların haklarının uluslararası alandaki koruma mekanizmalarına bakıldığında ise iki temel sözleşmenin mevcut olduğu görülmektedir.

“Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO) bünyesinde hazırlanan iki sözleşmeden ilki olan 107 numaralı, 1957 tarihli Bağımsız Devletlerdeki Yerli Halkların, Kabilesel ve Yarı Kabilesel Toplulukların Korunması ve Entegrasyonuna İlişkin Sözleşmede bu halkların eşit haklara sahip olması, sosyal ve ekonomik gelişmelerinin sağlanması ve topluma entegre edilmeleri hususunda açık bir niyetin vurgulandığı belirtilmelidir”⁹⁸.

“169 numaralı ve 1989 tarihli sözleşme ise, yerli halkların geleneklerini koruyabilmeleri, toprakları üzerindeki doğal kaynaklarla ilgili kararlara katılabilmeleri ve kendi kurumlarına, sosyo-ekonomik gelişmelerine ilişkin kararlar alabilmeleri meseleleri ile sınırlı olmakla birlikte yerli halklar bakımından özerklik rejimlerinin ortaya çıkması konusunda yasal bir çerçeve sunmaktadır”⁹⁹.

169 sayılı sözleşmeye göre yerli halkların hakkı olması gereken temel noktalar şunlardır:

“Yerli Halklar, kendi dil ve kültürlerini serbestçe geliştirme ve kendi gelecekleri hakkında karar verme hakkına sahiptir. Yerli Halklar, kültürlerini geliştirmek için kendi tercihlerini yapacaklardır. Bu, aynı zamanda siyasi, ekonomik ve sosyal sistemleri geliştirmek hakkını da içerir. Haklar, çevrenin korunması, dil ve kültürel ifade, kendi kaderini tayin ve özerklik hakkı, ulaşılabilir eğitim, arazi, toprak ve kaynaklarını kendi kullanma hakkı, kendilerini etkileyen kararlara katılma hakkı ve yaşam tarzlarını etkileyebilir, geleneksel değerleri koruma hakkı da içerir”¹⁰⁰.

169 sayılı sözleşmenin önemli bir tarafı yerli halklar için "halklar" kavramını kullanan tek uluslararası hukuki metin olmasıdır. Ancak sözleşmenin 1. maddesinde burada kullanılan halk teriminin uluslararası

⁹⁷ ÇAVUŞOĞLU, s.60.

⁹⁸ LAPIDOTH, s.17.

⁹⁹ ASSIES, s.180.

¹⁰⁰ International Work Group for Indigenous People: “Who are the indigenous peoples?”, <http://www.iwgia.org/culture-and-identity/identification-of-indigenous-peoples> , (Erişim tarihi: 17.11.2018). Ayrıca bkz. GILBERT, s.324.

alandaki halklara tanınan haklar bakımından uygulanamayacağı belirtilmiştir¹⁰¹.

Bu noktada yerli halkların self-determinasyon hakkının öznesi olup olmadığı meselesini tartışmak yerinde olacaktır. Self-determinasyon kavramı genelde azınlıklar ve sömürge halklar bakımından tartışılmıştır. Yakın zamanda yerli halkların da self-determinasyon hakkının öznesi olduğu, zaten halkların hakları olarak nitelenen bir hakkın yerli halklar bakımından uygulanmasının gerekliliği kabul edilmiştir. Ancak yerli halklar ile sömürge halkları bakımından tartışılan self-determinasyon arasında fark mevcuttur. Şöyle ki, halkların hakkı olarak self-determinasyon dışı anlamıyla kullanılmaktadır ve bağımsızlık mücadelesini de içermektedir, oysa yerli halklar bakımından iç self-determinasyon kabul edilmekte olup, bağımsızlık talebini içermeyecek bir hak kategorisi anlaşılmaktadır¹⁰².

1980'lerden ve özellikle 90'lardan itibaren yerli halkların lobicilik faaliyetleri sonuç vermiş, yerli halklara karşı izlenen politikada değişiklikler söz konusu olmaya başlamıştır. 1992 yılında Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu, yerli halkların haklarına yönelik hukuki bir belge hazırlanmasını kabul etmiş, mesele Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonuna havale edilmiş ve uzun süren bir çalışmanın ardından komisyon 26 Şubat 1997 tarihinde Yerli Halkların Hakları Bildirgesi Taslak Metni'ni onaylamıştır¹⁰³.

Yerli Halkların Hakları Taslak Bildirgesi, 15. maddesiyle yerli halklara özyönetim hakkı vermektedir. Bu maddeye göre yerli halklar politik statülerini özgürce belirleyebilecek, ekonomik, sosyal, manevi ve kültürel gelişmelerini özgürce sürdürebilecek ve pek çok alanda özerk hareket edebileceklerdir. Ayrıca kendi karar organlarını kurma, tüm devlet faaliyetlerine katılma konusunda eşit şartlara sahip olma hakları da bu maddeyle teminat altına alınmıştır. Yerli halkların tarihsel olarak sahip olduğu arazi parçasıyla ilgili olarak da çeşitli hakları söz konusu olup,

¹⁰¹ ASSIES, s.183.

¹⁰² Özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'nın benimsediği yaklaşım bu şekilde olup, yerli halklar için iç self determinasyonun kabulü "sınırlı özerklik modeli" olarak adlandırılmaktadır. HAWKINS, 2005, s.338, 348.

¹⁰³ Inter-American Commission on Human Rights: "Proposed American Declaration on the Rights of the Indigenous Peoples", <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/activities/declaration.asp>, (Erişim tarihi: 21.11.2018).

önemli bir düzenleme, 18. maddede yer alan, arazi parçası işgal, tahrip ya da zapt edilmişse tazminat alabilme imkânıdır¹⁰⁴.

Komisyon taslak bildirgeyi onayladıktan sonra taraf devletlerden taslak metne ilişkin görüşlerini sunmaları talebinde bulunmuş, ancak metin devletlerin çok yoğun eleştirisiyle karşılaşmıştır. Bunun üzerine 1999 yılında Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu taslak üzerinde çalışması ve nihai bir metin oluşturulabilmesi için bir Çalışma Grubu kurmuştur. Çalışma Grubu bugüne kadar üzerinde uzlaşılan bir nihai belge hazırlayamamıştır¹⁰⁵.

Yerli halkların artan talepleri üzerine Birleşmiş Milletler de konuya odaklanmıştır. Yerli halklar için özerkliğin muhtevası, nitelikleri, yapısı esasen 1991 yılında Grönland'ın Nuuk şehrinde toplanan BM Uzmanlar Toplantısında kabul edilen Yerli Halkların Özerkliği ve Özyönetimi için Nuuk Karar ve Tavsiyeleri belgesinde belirlenmiştir. Bu kararların bağlayıcılığı yoktur, ancak özerkliğe ilişkin önemli bir gelişmedir. Söz konusu belge devletlerin bütünlüğüne atıf yapmak suretiyle özerkliği iç self-determinasyon hakkının kullanılış biçimi olarak kabul etmektedir¹⁰⁶.

Belgenin 4. maddesi özerkliğin yerli halklar için önemli olduğunu, çünkü ancak özerk bir yaşam ile insan onurunun korunması, eşitlik, ayrımcılığın önlenmesi, insan haklarının azami surette temini sağlanacaktır¹⁰⁷.

UNESCO tarafından da yerli halklara ilişkin bir bildiri hazırlanmıştır. Hazırlanan bu bildiri yerli halklar bakımından kültürel özerklik şeklinde bir uluslararası hak kategorisinden, "yerli halkların kendi kaderini tayin hakkı" ndan bahsetmiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Organisation of American States, Inter-American Commission on Human Rights: "Proposed American Declaration On The Rights Of Indigenous Peoples", Approved by the IACHR on February 26, 1997, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Indigenas.en.01/Preamble.htm>, (Erişim tarihi: 1.12.2014).

¹⁰⁵ HAWKINS, s.341. Çalışma Grubu nihai metne ilişkin çalışmalarını düzenli olarak paylaşmaktadır. Bkz. http://www.oas.org/dil/indigenous_peoples_preparing_draft_american_declaration.htm, (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

¹⁰⁶ LOUKACHEVA, s.15.

¹⁰⁷ LOUKACHEVA, s.15.

¹⁰⁸ UNESCO: "Latin American Conference, Declaration of San Jose", 11 December 1981, DOC. 82/WF, 32, 1982.

Ancak konuya ilişkin asıl önemli gelişme, BM Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Alt Komisyonu'nun yerli halkların hakları konusundaki çalışmaları neticesinde hazırlanan 1994 tarihli bir taslak bildiri olmuştur. Çok uzun yıllar tasarı olarak kalan, fakat nihayet 13 Eylül 2007 tarihinde kabul edilen Birleşmiş Milletler Yerli Halkların Hakları Bildirisi¹⁰⁹ özerkliği düzenleyen tek uluslararası belgedir. Bildirinin 4. maddesi "Yerli halklar kendi geleceklerini belirleme haklarını kullanırken iç ve yerel işleriyle ilgili olarak otonomi veya kendi kendini yönetme, ayrıca otonom etkinliklerini finanse etmek için gerekli tahsisatı temin etme hakkına sahiptir" şeklindedir. Bildiri ayrıca self-determinasyon ile özerkliğin bağına da kurmaktadır.

IV. ULUSLARARASI HUKUKUN KORUMA MEKANİZMALARI ÇERÇEVESİNDE AZINLIK HAKLARI İLE YERLİ HALK HAKLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Yukarıda belirtildiği üzere, BM Yerli Halkların Hakları Bildirisi yerli halkların haklarının kolektif kullanımı konusunda özerkliği de içerecek biçimde geniş bir alan sunmaktadır. Bildirinin bu hakkı düzenlemesi bazı yazarlarca, "yerli halklar için özerklik tanınıyorsa bu, özerkliğe varabilecek düzeyde kolektif hak kullanımının azınlıklar bakımından da gelişmekte olan uluslararası bir kabul olduğuna delalettir" şeklinde değerlendirilmiştir. Aynı görüş, zaman içinde kolektif hak kullanımına ilişkin böyle bir bakış açısının, kullanıcıları bakımından yaygınlaşması sonucu etnik çatışmaların çözümünde etkili bir mekanizma oluşturacağını da savunmaktadır¹¹⁰. Ancak, yerli halkların kolektif olarak hak kullanmasının, sözgelimi özerk bir yapı kurmasının sağlanması azınlıklar ve etnik gruplar bakımından yol gösterici olsa da uygulanması zordur. Yerli halkların homojen biçimde belli bir arazi parçası üzerinde yaşamaları bu gruba özyönetim imkanı tanınmasını daha kolay hale getirmektedir. Yine, bazı yazarlara göre devletlerin yerli halklara ve azınlıklara bakışı farklı olduğu için, uygulayacağı politika ve bunun hukuki metinlere yansması da farklı olacaktır. Bu konuda Kymlicka,

¹⁰⁹ Birleşmiş Milletler: "Birleşmiş Milletler Yerli Halklar Hakları Bildirisi", BM Genel Kurulu kararı, sayı 1/2, 29 Haziran 2006, http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_Turkish.pdf, (Erişim Tarihi: 20.11.2018).

¹¹⁰ ROACH, s.13.

BM'nin faaliyetlerine ve bu örgüt bünyesinde hazırlanan çeşitli belgelere bakılarak azınlıklar ve yerli halklar arasında temel bazı ayrımlar yapıldığını savunmaktadır. 1993 yılında ilân edilen Ulusal veya Etnik, Dini ve Dilsel Azınlıklara Mensup Bireylerin Hakları Bildirgesi ile Yerli Halkların Hakları Bildirgesini karşılaştıran Kymlicka iki farklı yaklaşım gözlemlemiştir. Buna göre, azınlıklara ilişkin bildirmede ayrımcılık yapılmaması ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına odaklanan kaynaştırmacı bir yaklaşım; yerli halklara ilişkin bildirmede ise özerklik ve kurumsal çoğulculuğa odaklanan intibak yaklaşımı benimsenmiştir¹¹¹.

Daha sonra benzer bir karşılaştırma, yine aynı belgelerin incelenmesi suretiyle Asbjorn Eide ve Erica-Irene Daes tarafından da yapılmış ve azınlıklarla yerli halklar arasında üç temel ayrımın kabul edildiği ortaya konulmuştur: "A) Azınlıklar kurumsal anlamda bir bütünleşme talep ederken, yerli halklar belli bir dereceye kadar kurumsal ayrılıklarını korumak isterler. B) Azınlıklar kişisel haklarını kullanmayı talep ederken, yerli halkların talebi grup hakları ya da kolektif haklardır. C) Azınlıklar kendilerine eşit muamele yapılmasını, ayrımcılık olmamasını talep eder, yerli halklar ise özyönetim beklentisindedir"¹¹².

Ancak her ne kadar uluslararası belgeler yorumlandığında azınlıkların ayrımcılığa uğramadan, eşit muamele görmek suretiyle çoğunluk ile kaynaşmak, yerli halkların ise kendilerini yönetmelerini sağlayacak, onları çoğunluktan belli bir düzeyde ayıracak çeşitli mekanizmaların işlemlerini sağlamak amacını güttüğü düşünülse de bu doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Kymlicka, BM'nin bu yaklaşımını eleştirerek pek çok durumda bir devletteki azınlıkların kaynaşmak değil, kendilerini yönetmek arzusunda olduğunu ileri sürmektedir. Savını Katalanlar, İskoçlar, Kürtler, Kosovalılar, Çeçenler ya da Tamiller gibi örnekler vererek doğrulayan Kymlicka'ya göre BM'yi ulusal, dilsel, dinsel ya da etnik azınlıklar ile ilgili bildirmeler kabul etmeye iten neden de 90'lı yıllarda artan etnik çatışmalardır¹¹³.

¹¹¹ KYMLICKA, 2008, s.3-4.

¹¹² Eide ve Daes tarafından hazırlanan 19 Temmuz 2000 tarihli BM Ekonomik Sosyal Konsey Çalışma Metninin ayrıntılı tahlili için bkz. KYMLICKA, s.4-5.

¹¹³ KYMLICKA, s.6.

SONUÇ

Uluslararası insan hakları sisteminde uzun bir süre ihmal edilen grup hakları meselesi azınlıklar bakımından BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, yerli halklar içinse 1980'li yıllardan sonraki lobicilik faaliyetleri sonrasında tartışılır hale gelmiştir. Böyle bir tartışma zeminine rağmen BM sisteminin kabul ettiği "azınlığa mensup kişiler" ifadesi, katılımcı devletler ve uluslararası örgütler tarafından, gruplara tanınan hakların tek tek bireylerce kullanılabilceği şeklinde yorumlanmış ve uygulanmıştır. Yerli halkların kolektif hak kullanması ise devletlerce azınlıklarla karşılaştırıldığında daha az tehlikeli görülmüştür. Bunun önemli bir sebebi yerli halkın belli bir arazi üzerinde yaşaması ve ortak amacın bu araziyi, atalarından kalan gelenek ve mirası korumak olmasıdır. Bu nedendir ki, yerli halkların haklarına ilişkin çabalar daha hızlı sonuç vermiş ve kolektif hak kullanımı en üst düzeyde kabul edilmiştir. Azınlıklar bakımından kolektif hak kullanımının sınırlandırılması; azınlığın zamanla sahip olduğu haklardan daha fazlası için talepte bulunacağı ve bunun devletten ayrılmaya kadar gidebileceğine yönelik endişedir. Devletlerin bu endişesine rağmen, bir devlet bünyesindeki azınlıkların ve yerli halkların haklarının en etkili biçimde teminat altına alınmasıyla devlet içi çatışmaların önüne geçilmesi de mümkündür. İnsan hakları sürekli genişleyen, yeni hak kategorileri içeren dinamik bir yapı arz etmektedir. Her metin gününün koşullarına göre hazırlanmış olup, insan haklarının dinamizmine dayanılarak çeşitli düzenlemelerin yenilikçi ve özgürlükçü yorumu tercih edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ARSAVA, Füsün, "Self-Determinasyon Hakkının Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Aaland Adaları Sorunu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Seha Meray'a Armağan, c.1., 1981, s.55-67.
- ARSAVA, Füsün, Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basımevi, Ankara, 1993.
- ASSIES, Willem, "Two Steps Forward, One Step Back: Indigeneous Peoples and Autonomies in Latin America", *Autonomy, Self-Governance and Conflict Resolution: Innovative Approaches to Institutional Design in Divided Societies*, Marc Weller- Stefan Wolff (ed.), Routledge Taylor & Francis Group, Oxon, 2005.

- BENGOA, José, “The Question of Indigenous Autonomy in Latin America”, Beyond A One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?, Zelim A. Skurbaty (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005.
- CAPOTORTI, Francesco, “Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities”, Report of UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, no.197, New York, 1991.
- CHANDRASAN, Nirmala, “Minorities, Autonomy and Intervention of Third States”, Israel Yearbook on Human Rights, vol. 23, Kluwer Academic Publishers, 1994, s.129-145.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, Su Yay., İstanbul, 2001.
- ÇELİK, Ayşe Betül, “Etnik Çatışmaların Çözümünde Siyaset Bilimi ve Uyuşmazlık Çözümü Yaklaşımları”, Çatışmadan Uzlaşmaya: Kuramlar, Süreçler ve Uygulamalar, Nimet Beriker (Der.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, Aralık 2009.
- EIDE, Asbjorn, “Cultural Autonomy: Concept, Content, History and Role in the World Order”, Autonomy: Applications and Implications, Markku Suksi, (ed.), The Institute of Human Rights, Abo Akademi University, Kluwer Law International, The Hague, 1998.
- GHAI, Yash, “Autonomy As A Participatory Right in the Modern Democratic State: Public Participation, Autonomy and Minorities”, Beyond A One-Dimensional State, Zelim A. Skurbaty (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005.
- GILBERT, Geoff, “Autonomy and Minority Groups: A Right in International Law?”, Cornell International Law Journal, vol.307, 2001-2002, s.307-353.
- HADDEN, Tom, “Uluslararası Hukukta Azınlıkların ve Halkların Hakları”, Ulusal Kimlik ve Etnik Açılım, Işitan Gündüz (Der.), Sarmal Yay., 2010, s.79-94.
- HANNIKAINEN, Lauri, “Self-Determination and Autonomy in International Law”, Autonomy: Applications and Implications, Markku Suksi, (ed.), The Institute of Human Rights, Abo Akademi University, Kluwer Law International, The Hague, 1998.
- HANNUM, Hurst, Autonomy, Sovereignty and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996.
- HAWKINS, Darren, “Autonomy and Indigenous People: Indigenous Rights and the Promise of a Limited Autonomy Model”, Beyond A One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?, Zelim Skurbaty (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005.
- HEINTZE, Hans-Joachim, “Implementation of Minority Rights Through the Devolution of Powers”, International Journal on Group Rights, vol.9, Kluwer Academic Publishers, 2002, s.325-343.
- KYMLICKA, Will, “The Internationalization of Minority Rights”, International Journal of Constitutional Law, vol.6, no.1, 2008, s.1-32.

- LAPIDOTH, Ruth, *Autonomy: Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*, USA, Institute of Peace Press, Washington, 1997.
- LEWIS-ANTHONY, Sian, “Autonomy and Council of Europe – With Special Reference to the Application of Article 3 of the First Protocol of the Convention on Human Rights”, *Autonomy: Applications and Implications*, Markku Suksi, (ed.), The Institute of Human Rights, Abo Akademi University, Kluwer Law International, The Hague, 1998.
- LOUKACHEVA, Natalia, “On Autonomy and Law”, Working Paper Series, Institute of Globalization and the Human Condition, University of Toronto, Toronto, June 2005, s.1-37.
- OKUTAN, Çağatay, “Teori ve Uluslararası Metinlerde Azınlık Tanımı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 59, sayı 2, Ankara 2004, s.59-75.
- ORAN, Baskın, *Türkiye’de Azınlıklar: Kavramlar, Teori, Lozan, İç Mevzuat, İçtihat, Uygulama, İletişim Yay.*, İstanbul, 2005.
- PAZARCI, “Bosna Hersek Sorununda Uluslararası Yargının Rolü”, Cilt:51, sayı:1, 1996, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/476/5534.pdf>.
- PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- PHILLIPS, Alan, “Participation and the Council of Europe’s Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM)”, *Beyond A One-Dimensional State: An Emerging Right to Autonomy?*, Zelim A. Skurbatı (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005.
- RAMAGA, Philip Vuciri, “The Group Concept in Minority Protection”, *Human Rights Quarterly*, vol.15, 1993, s. 575-588.
- ROACH, Steven, C., “Minority Rights and An Emergent International Right to Autonomy: A Historical and Normative Assessment”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol.11, 2004, s.411-432.
- SANDERS, Douglas, “Collective Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol.13, no.3, 1991, s.368-386.
- SAUNDERS, Cheryl, “The Implications of Federalism for Indigenous Australians”, *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States*, Yash Ghai (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- STEINER, Henry, J., “Ideals and Conter Ideals In the Struggle Over Autonomy Regimes for Minorities”, *Notre Dame Law Review*, vol.66, 1990-1991, s.1539-1561.
- THORNBERRY, Patrick, *International Law and The Rights of Minorities*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1991.
- UYGUN, Oktay, *Devlet Teorisi, On İki Levha* Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- WELHENGAMA, Gnanapala, “The Legitimacy of Minorities’ Claim for Autonomy Through the Right to Self-Determination”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 68, 1999, s.413-438.
- WRIGHT, Jane, “Minority Groups, Autonomy and Self-Determination”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.19, Oxford University Press, 1999, s. 606-626.

Belgeler ve İnternet Kaynakları

- Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities: “Meeting and Activity Reports”, <http://www.coe.int/en/web/minorities/advisory-committee> , (Erişim Tarihi: 26.12.2018).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli ve 47/135 sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. Bildirinin tam metni için bkz. United Nations General Assembly: “Ulusal veya Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıklara Mensup Olan Kişilerin Haklarına Dair Bildiri”, <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/716b2> , (Erişim tarihi: 10.10.2018).
- Birleşmiş Milletler: “Birleşmiş Milletler Yerli Halklar Hakları Bildirisi”, BM Genel Kurulu kararı, sayı 1/2, 29 Haziran 2006, http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_Turkish.pdf . , (Erişim Tarihi: 20.11.2018).
- Commission on Security and Cooperation in Europe: “Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE”, 29 June 1990, s.18, <http://www.osce.org/odihr/elections/14304>, (Erişim Tarihi: 23.12.2018).
- Council of Europe: “The Framework Convention for the Protection of National Minorities”, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/1_AtGlance/PDF_Ma pMinorities_bil.pdf , (Erişim Tarihi: 12.12.2018).
- Erica-Irene Daes: “Working Group on Indigenous Populations Working Paper on the Concept of Indigenous People”, UN Doc. E/CN. 4/Sub.2/AC.4/1996/2.
- European Court of Human Rights (COE): "Relating To Certain Aspects Of The Laws On The Use Of Languages In Education In Belgium" v. Belgium, Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 in Cengiz, Serkan: Belçika Dil Davası, sayfa.29, paragraf.6, 23 Temmuz 1968.
- European Court of Human Rights (COE): “Mathieu-Mohin & Clerfayt v. Belgium, Application no. 9267/81, Report of the Commission 15 March 1985”, Judgement, , Ser. A, No. 113, 2 March 1987.
- Inter-American Commission on Human Rights: "Proposed American Declaration on the Rights of the Indigenous Peoples", <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/activities/declaration.asp> , (Erişim tarihi: 21.11.2018).
- International Work Group for Indigenous People: “Who are the indigenous peoples?”, <http://www.iwgia.org/culture-and-identity/identification-of-indigenous-peoples> , (Erişim tarihi: 17.11.2018)
- Office of the High Commissioner on National Minorities: “Ulusal Azınlıkların Eğitim Haklarına İlişkin Lahey Tavsiyeleri ve Açıklayıcı Not”, Ekim 1996, <http://www.osce.org/tr/hcnm/32200> , (Erişim Tarihi: 08.12.2018).
- Office of the High Commissioner on National Minorities: “Ulusal Azınlıkların Dil Haklarına İlişkin Oslo Tavsiyeleri ve Açıklayıcı Not”, Şubat 1998, <http://www.osce.org/tr/hcnm/67550> , (Erişim Tarihi:01.03.2018).

- Office of the High Commissioner on National Minorities: “Ulusal Azınlıkların Kamusal Yaşama Etkin Katılımına İlişkin Lund Tavsiyeleri ve Açıklayıcı Not”, OSCE, Eylül 1999, <http://www.osce.org/tr/hcnm/32260> , (Erişim tarihi: 14.11.2018).
- Organisation of American States, Inter-American Commission on Human Rights: “Proposed American Declaration On The Rights Of Indigenous Peoples”, Approved by the IACHR on February 26, 1997, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Indigenas.en.01/Preamble.htm> , (Erişim tarihi: 1.12.2018). http://www.oas.org/dil/indigenous_peoples_preparing_draft_american_declaration.htm , (Erişim Tarihi: 15.12.2018).
- Organization for Security and Co-operation in Europe: “Report Of The CSCE Meeting Of Experts On National Minorities”, Geneva 1 to 19 July 1991, <http://www.osce.org/hcnm/14588?download=true> , (Erişim Tarihi: 14.05.2018).
- UN Human Rights Committee (HRC): “CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), 8 April 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5”, <http://www.refworld.org/docid/453883fc0.html> , (Erişim Tarihi: 19.12.2018).
- UNESCO: “Latin American Conference, Declaration of San Jose”, 11 December 1981, DOC. 82/WF, 32, 1982.
- United Nations: “The Concept of Minority,” United Nations Sub.Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Distr. General, E/CN. 4, sub.2, NGO 11., 1999.
- United Nations: “Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Hungary,” Distr. General, CERO / C / 304 / Add. 4., 1996.

KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

COMPETENT COURTS AT DISPUTES ARISED FROM SURETY CONTRACTS

DOI: 10.21492/inuhfd.479829

Serkan AYAN *

Özet

Yargıtay yerleşik kararlarıyla, kefil aleyhine dava açılması halinde, asıl borçlu için geçerli olan görevli ve yetkili mahkemenin kefil açısından da geçerli olacağını kabul etmektedir. Buna dayanak olarak kefalet sözleşmesinin ferî bir hak olmasını ve bazı kararlarında da kefaletin müteselsil olmasını kullanmaktadır.

Fakat kefilin sorumluluğu, asıl borçtan değil, ayrı bir hukuki varlığı bulunan kefalet sözleşmesinden doğar. Bu nedenle asıl borçlu için geçerli olan görevli ve yetkili mahkemenin, kefil açısından da istisnasız biçimde geçerli olacağı kabul edilemez.

Bu çalışmada, öncelikle Yargıtay'ın konuyla ilgili uygulaması açıklanacaktır. Bunun ardından, kefalet sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarda görevli ve yetkili mahkemenin nasıl belirlenmesi gerektiği incelenecektir. Bu aşamada kefilin davacı olması ve kefilin tek davalı olması ile kefil yanında (asıl borçlu ile diğer kefiller gibi) başka kişilerin de davalı olması biçiminde ayrımlar yapılarak konu incelenecektir.

Bunun ardından, ihtiyati haciz, karşı dava, itirazın iptali davası, menfi tespit davası, istirdat davası, kefilin mirasçıları aleyhine açılacak davalar ile kefilin iflası talebiyle girişilecek iflas yoluyla takip ve doğrudan doğruya iflas talepli davalardaki görevli ve yetkili mahkemenin tespiti konuları ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kefalet sözleşmesi, ferî hak, yetkili mahkeme.

Abstract

The Supreme Court recognizes that in the case of a lawsuit against the surety, the competent court which are valid for the principal debtor will be valid for the surety as well. In this respect, it uses the surety contract to be an accessory right and in some of resolutions the surety has been made jointly.

However, the liability of the surety arises from the surety contract, not the original debt, but with separate legal existence. Therefore, it cannot be assumed that the resident and the competent courts, which are valid for the principal debtor, will be valid for the surety without exception.

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD. (E-mail: serkanayan@yahoo.com), (ORCID: 0000-0002-9788-8792)

Makale Gönderilme Tarihi: 07.11.2018

Submitted: 07.11.2018

Makale Kabul Tarihi: 31.12.2018

Accepted: 31.12.2018

In this study, after the implementation of the Supreme Court, it will be examined how the competent court should be determined. The matter will be examined as making distinctions such as the surety to be claimant and the surety to be sole respondent therewithal other people (like the principal debtor and other sureties) to be respondent along with the surety.

Following this, it will be discussed that specifying competent courts at lien, counter claim, action for annulment of objection, declaratory action, cases against the heirs of the surety as well as commencing execution proceeding with claiming bankruptcy of surety and actions claiming direct bankruptcy.

Keywords: Surety Contract, accessory rights, competent court.

I. GİRİŞ

Bu makalede, kefalet sözleşmesinin asıl borç ilişkisinden sözleşme olarak ayrı bir nitelik taşıması ilkesinin gözler önüne serdiği bir durum olan, usul hukukuna ilişkin bir sorun (görevli / yetkili mahkemenin tespiti) hakkındaki Yargıtay uygulaması incelenecektir.

Yargıtay, kefaletin feriliği ilkesini ve müteselsil kefalet kavramını kanaatimce hatalı yorumlayarak, asıl borçlu hakkındaki görevli ve bazen de yetkili mahkemenin kefil açısından da uygulanacağını çeşitli kararlarıyla kabul etmiş bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin, bu kararların bazılarında TTK 7. maddesinde geçen teselsül karinesinden, bazılarında ise kefaletin feriliği ilkesinden yola çıktığı görülmektedir.

Yargıtay'ın bu konudaki bazı kararlarında ise, kefilin sorumluluğunun temel ilişkiden doğduğu gibi bir hatalı bakış açısıyla meseleye yaklaşmaktadır.

Fakat aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, kefaletin feriliği ilkesinin veya kefaletin müteselsil olmasının / sayılmasının, kefil aleyhine dava açılmasındaki veya takip yapılmasındaki görevli – yetkili mahkemenin / icra dairesinin belirlenmesi açısından hiçbir bir önemi olmadığı gibi, bu konular arasında uzaktan yakından bir ilişki de yoktur. Aynı şekilde kefilin sorumluluğu, asıl borç ilişkisinden değil, doğrudan ayrı bir sözleşme olan kefalet sözleşmesinden doğar.

Çalışmada öncelikle, Yargıtay'ın, ilişkiyi kurduğu noktalar olan kefalet sözleşmesinin feri bir nitelik taşıması ile kefaletin müteselsil olmasının anlamı; bunun ardından Yargıtay'ın uygulaması ile kefalet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklardaki görevli ve yetkili mahkemenin tespiti ve son olarak da konuyla ilgili bazı özel durumlar ayrı bir başlık altında incelenecektir.

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN FERİ BİR NİTELİK TAŞIMASININ ANLAMI

TBK 581 hükmüne göre: “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*” Bu tanıma göre, bir sözleşmenin kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, asıl borçtan sorumlu olmayan bir kişinin (kefilin), alacaklıya karşı, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde ortaya çıkacak olumsuz sonuçları kişisel olarak karşılamayı üstlenmesi gerekir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kefalet sözleşmesinde, borçlunun borcunu ifa etmemesi riskine karşı üçüncü bir kişi tarafından alacaklıya kişisel teminat sağlanmaktadır.

Kişisel sorumluluk üstlenilen bir sözleşmede (kişisel teminat sözleşmesinde), teminat altına alınan risk, bir borcun ifa edilmemesi değilse veya kişisel teminat sözleşmesiyle teminat altına alınan risk, bir borcun ifa edilmemesi olmakla birlikte, kişisel teminatın varlığı, teminat altına alınan asıl borcun varlık ve geçerliliğine bağlı değilse (avalde olduğu gibi), bir kefalet sözleşmesinden bahsedilemez. Tanımdan da anlaşılacak bu husus TBK 582 / I, c.1 hükmünde ayrıca şöyle vurgulanmıştır göre: “*Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir.*”

Bu sonuncu hükümden de anlaşıldığı üzere, kefalet sözleşmesinin geçerli olması için, kefaletle teminat altına alınan bir borcun mevcut ve geçerli olarak bulunması gerekir¹. Bu yönüyle kefalet sözleşmesi, geçerli bir asıl borca bağlıdır.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olması için, kefaletle teminat altına alınan asıl borcun geçerli olması gerektiğine ilişkin ilke, kefaletin fer’iliğini ifade eder. Bu yönüyle kefaletten doğan hak, bir yan hak niteliği taşır.

Bilindiği gibi ferî (yan) haklar, alacak hakkının amacına hizmet eden; asıl haktan farklı, onun bir parçası olmayan, fakat varlık ve geçerliliği asıl alacağa bağımlı olan özel nitelikli haklardır². Ferî haklar, genel olarak alacak hakkının kapsamını genişleten ve alacak hakkını teminat altına alan ferî haklar olarak iki grupta incelenmektedir.

Faiz ve cezai şart gibi ferî haklar, alacak hakkını genişleten yan haklardan iken; kefalet ve ipotek gibi yan haklar ise, alacak hakkını

¹ Kanaatimce ferîlik ilkesi, kefaletin benzeri sözleşmelerden ayrılmasında, sözleşmenin kefalet olarak nitelenmesinde bir ölçüt olmayıp, bir sözleşmenin kefalet sözleşmesi olduğu kanaatine ulaşıldıktan sonra kontrol edilmesi gerekli bir geçerlilik koşuludur. Bu konuda bkz. AYAN s.22. Ayrıca bkz. ÖZEN s.23 vd.

² SCHÖBI s.25.

teminat altına alan, alacağın ifasını garanti altına almaya yönelik yan haklardandır.

Feri hakların asıl alacağa bağımlı olmaları, *Medicus* tarafından beş açıdan ele alınarak incelenmiştir³. Bunlar ferî haklara ilişkin genel özellikler olup, bazı ferî haklar yönünden farklılıklar / istisnalar bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır.

1. Geçerlilik yönünden asıl alacağa bağımlılık; Bir ferî hakkın geçerli olarak doğup varlığını sürdürebilmesinin, asıl alacağın geçerli olarak doğmasına ve varlığını devam ettirmesine bağılı olmasıdır.
2. Kapsam yönünden asıl alacağa bağımlılık; Ferî hakkın kapsamının, asıl alacağın miktarına göre belirlenmesini ifade eder. Mesela temerrüt faizinin miktarının, asıl alacağın miktarına; kefilin sorumluluğunun, asıl alacağın miktarına bağılı olmasında bu yönden bir bağımlılık söz konusudur.
3. Ferî hakkın, diğeri (asıl) hakkın alacaklı ve borçlusunun değişmesinden etkilenmemesi açısından bağımlılık; Buna göre, alacaklı ve borçlu sıfatlarının değişmesi, ferî hak üzerinde (kural olarak) bir etki doğurmaz⁴. Bu hususu düzenleyen TBK 181 hükmüne göre, alacak devredildiğinde, alacaklının kişiliğine bağılı olanlar hariç, yan haklar da alacağı devralana geçer. Borçlunun değişmesi de kural olarak ferî hakları etkilemez. Fakat TBK 198 hükmü buna iki istisna getirmiştir.
 - Asıl borçlunun kişiliğine bağılı olan ferî haklar.
 - Rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları.
4. Savunma sebepleri açısından bağımlılık; Bir hakkın ferî hak olmasının bir diğeri sonucu, ferî hakların ifası talebi karşısında borçlunun, asıl borç için geçerli olan savunma sebeplerini ileri sürebilmesidir.
5. Sona erme yönünden bağımlılık; Ferî ilkesinin bir sonucu da, ferî hakkın, asıl hakkın sona ermesine bağılı olarak ortadan kalkmasıdır.

Bunlardan da anlaşıldığı üzere, kefaletin ferî hak olmasının anlamı, genel olarak kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için, rehin

³ MEDICUS (JuS 1971/10), s.498.

⁴ SCHÖBI s.16.

hakkında olduğu gibi, borçlunun alacaklıya bir borcunun bulunması ve bu borcun geçerli olarak varlığını devam ettirmesi zorunluluğudur⁵.

Kefalet sözleşmesiyle alacaklı, asıl borçluya yönelik talebi yanında, kefile karşı ileri sürebileceği ikinci bir talep hakkını elde eder. Alacaklının kefile yönelik talebi, asıl borçluya yönelik talebi teminat altına almak için kullanılır. Bu nedenle, kefile yönelik talebin varlığı, ilk talebin varlık ve geçerliliğine bağlıdır.

Bunun yanında kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, alacaklının ifaya olan menfaatinin parayla sağlanması olduğuna göre, kefilin borcu ile asıl borç aynı borç değildir⁶. Aynı şekilde kefalet sözleşmesinin geçerliliği, temeldeki bir borcun varlık ve geçerliliğine bağlı olmakla birlikte; kefalet sözleşmesi, sözleşme olarak asıl borcu doğuran borç ilişkisinden bağımsız / başka / farklı bir sözleşmedir⁷. Asıl borç bir sözleşmeden doğsa ve kefalet sözleşmesi de bu sözleşmenin bir hükmü olarak kabul edilse bile, bu durum kefalet sözleşmesinin bağımsız niteliğini değiştirmez. Mesela, her şeyden önce asıl borç ilişkisinin taraflarıyla kefalet sözleşmesinin tarafları birbirinden farklıdır; asıl borç ilişkisi şarta veya vadeye bağlı olmasa bile, kefalet sözleşmesi için böyle bir kayıt getirilmesi mümkündür; kefalet sözleşmesinin kendisine özgü geçerlilik koşulları bulunduğu için, bunlardan birinin eksik olması, sadece kefalet sözleşmesini sakatlar, asıl borç ilişkisi bundan etkilenmez.

Yargıtay ise, bazı kararlarında, kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınan hukuki ilişkiye bakılarak, kefil hakkında açılan davadaki görevli mahkemeyi belirleme eğilimindedir. Fakat kefil, asıl borcun ifasından sorumlu bir kişi değildir. Kefilin borcu asıl borç değildir. Kefil, kefalet sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa eder. Asıl borç ilişkisi ile kefalet sözleşmesi iki ayrı hukuki ilişkidir.

Görüldüğü üzere, kefaletin ferî hak olmasının, görevli ve yetkili mahkemenin de asıl borç ilişkisine bağlı olması gibi bir sonucu yoktur. Yargıtay'ın, kefalet sözleşmesinin ferî bir nitelik taşımasından yola çıkarak; asıl borçlu için geçerli olan görevli ve yetkili mahkemenin kefil için de geçerli olacağına karar vermesinin kanaatimce yasal dayanağı bulunmamaktadır.

⁵ GIOVANOLİ Art.492, s.31, no.13; **MEDICUS (JuS 1971/10), s.498**; SCHÖBI s.29; TANDOĞAN s.695; REİSOĞLU s.22; GÜMÜŞ s.473; KAPANCI (Birlikte Borçluluk) s.89; ÖZEN 88 vd; KARTAL s.5; BULUŞ s.26 vd; ACAR s.10 vd.

⁶ BECK Einl, s.13, no.21 ve Art.492, s.57, no.78; GIOVANOLİ Art.492, s.28, no.1; TANDOĞAN s.699; REİSOĞLU s.32; GÜMÜŞ s.475; ÖZEN s.72; KAPANCI (Birlikte Borçluluk) s.89, 92; ŞAHİN CANER s.61 vd; BULUŞ s.31.

⁷ BECK Art.492, s.63, no.95; TANDOĞAN s.700; REİSOĞLU s.24; ÖZEN s.66.

III. KEFALETİN MÜTESELSİL OLMASININ ANLAMI

Kefalet sözleşmesinde kefile başvuru için asıl borçlu hakkında aciz belgesi alınmasının gerekli olup olmadığına göre kefalet sözleşmesi adi – müteselsil olarak ikiye ayrılır. Buna göre bir kefalet sözleşmesinin adi kefalet mi, yoksa müteselsil kefalet mi olduğu, kefile başvuru için, asıl borçlu hakkında aciz belgesi alınmasının veya bunu bir istisnasının aranıp aranmadığına göre belirlenir.

Görüldüğü gibi, kefaletin adi veya müteselsil olmasının, kefil hakkında dava açılmasında görevli ve yetkili mahkemeye ilişkisi yoktur.

TTK 7’de düzenlenen teselsül karinesi başlıklı maddede, tartışmalı olmakla birlikte, borçlu için ticari nitelik taşıyan bir borç ilişkisine üçüncü kişinin kefil olması halinde, aksi belirtilmedikçe kefaletin müteselsil olacağı düzenlenmiştir⁸. Bu, sadece müteselsil kefaletin varlığına işaret

⁸ Bu yönde: AYAN s.61; BAŞ s.134; EREN s.776; GÜNDÜZ s.89. Yargıtay kararları da bu yöndedir:

Yargıtay 19. HD, 18.06.2016, 2405/10936: “... 6102 Sayılı TTK’nun 7.maddesinde hükme bağlanan ticari teselsül karinesi karşısında ticari borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla olayımızda “müteselsil kefalet” sözcüklerinin kefillerin el yazısı ile yazılmamış olması, kefaletlerinin müteselsil kefalet olarak yorumlanmaması sonucunu doğurmaz.” (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

Yargıtay 19. HD, 13.06.2017, E. 2016/10842, K. 2017/4905:” 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 7. maddesinin birinci fıkrası; “ İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar.” İkinci fıkrası “Ticari borçlara kefalet halinde hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur” hükmünü içermektedir. Bu durumda teselsül karinesi gereği davalının kefaletinin müteselsil kefalet olarak kabulüyle işin esasının incelenmesi gerekirken, somut olayda uygulama yeri bulunmayan BK.nun 585. maddesi hükümlerine göre yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Karşı Oy Yazısı: Davacı bankanın alacağını dayandırdığı sözleşme 6098 Sayılı'nun yürürlüğe girmesinden sonra düzenlenmiş olup bu kanuna tabidir. -'nun 583/1 maddesinin 2. cümlesi gereğince “Kefilin... müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.” - Davacının dayandığı sözleşmede davalı kefilin müteselsil kefil olduğuna dair bir yazılı belirtmesi olmadığından davalı müteselsil kefil değildir. - Her ne kadar TTK.'nun 7/1 maddesinde “İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız bir veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar.” hükmü yer almakta ise de bu hüküm'nun 583/1 maddesinin 2. cümlesindeki şekil şartını ortadan kaldıracak mahiyette değildir. - Zira'nun 583/1 maddesi, kefalet sorumluluğunun doğuşunu kesin olarak ve bir geçerlik şartı olarak şekle bağlamıştır. - Ayrıca TTK.'nun 7/1 maddesinde getirilen teselsül karinesinin aksi bizzat bu maddede belirtildiği gibi sözleşmeyle veya kanunla öngörülebilir. Nitekim'nun 583/1 maddesi bir kanun maddesi olarak TTK.'nun 7/1

eden bir maddedir. Diğer bir ifadeyle kabul ettiğimiz görüş gereğince, borçlu için ticari iş niteliği taşıyan bir borca kefil olunmuşsa, aksi sözleşmeden veya kanundan anlaşılmadıkça, bu kefalet kanun gereği müteselsil kefalet sayılır⁹.

Hemen belirtelim ki, TTK 7. maddesinden çıkardığımız bu sonucu kabul etmeyen görüşün de, görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesiyle ilişkisi yoktur¹⁰. Çünkü doktrindeki aksi görüşte, TTK 7. maddesinden yola çıkılarak, ticari borca kefaletin Kanun gereğince müteselsil sayılmasının mümkün olmadığı, TBK 583 / I hükmünün artık buna engel oluşturduğu ileri sürülmektedir.

Kefaletin kanun gereği müteselsil sayılmasına ilişkin bu hükümden veya kefaletin taraf iradesiyle müteselsil olmasından yola çıkılarak, kefil hakkındaki görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi mümkün değildir. Bu konuyla, görevli – yetkili mahkeme arasında ilişki yoktur.

Görüldüğü gibi, doktrindeki hiçbir görüş, kefaletin feriliği ve / veya müteselsil olması ile kefil hakkında açılacak davalardaki görevli ve yetkili mahkeme arasında bir ilişki kurmuş değildir.

IV. YARGITAY'IN, KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ / YETKİLİ MAHKEME (İCRA DAİRESİ) KONUSUNDAKİ UYGULAMASI

Yargıtay yerleşik kararlarıyla, kefalet sözleşmesinin ferî bir nitelik taşıdığı gerekçesiyle ve özellikle kefaletin müteselsil olması durumunda buna dayanarak, asıl borçlu hakkındaki görevli mahkemenin kefil açısından da geçerli olduğunu kabul etmektedir. Bu noktada, kefilin

maddesinin aksini öngörmüştür. - Somut olayda yerel mahkemenin saptadığı gibi davalının müteselsil kefaleti söz konusu değildir. - Bu itibarla yerel mahkeme kararının onanması gerektiği görüşünde olduğundan saygı değer çoğunluğun bozma kararına muhalifim. 13.06.2017” (Kazancı – İctihat Bilgi Bankası).

Aksi görüş gereğince, borçlu için ticari nitelik taşıyan bir borç ilişkisine kefalet halinde, TBK 583 gereğince bu kefaletin müteselsil nitelik taşıdığı kefil tarafından eliyle yazılmamışsa, kefalet adi kefalet sayılır. TTK 7 hükmünün bu noktada bir etkisi yoktur. Bu yönde: REİSOĞLU s.35; ACAR s.172; KAPANCI (TTK 7) s.164. Benzer anlamda: GÜMÜŞ s.512, dn.2220; ÖZEN s.331.

⁹ Ticaret Kanununda, ticari borca kefalet halinde bu kefaletin adi değil de, karine gereğince müteselsil sayılmasının gerekçesi, ticari yaşamda kefile hızlıca gidilebilmesini sağlamaktır. İşte bu hızlı başvuru imkânı, ticari yaşamda önemli bir yeri olan kredi ilişkilerinin kurulması aşamasında alacaklıya (kredi verene) güven vererek, kredi ilişkilerinin kurulmasını ve böylece uzun vadede yatırımların artmasını sağlamaktadır. Bkz. KAPANCI (TTK 7) s.142.

¹⁰ Bkz. ve karşı. KAPANCI (TTK 7) s.131 vd.

sorumluluğunun temel ilişkiden değil, doğrudan kefalet sözleşmesinden doğduğu da gözden kaçırılmak suretiyle, aşağıda belirtilen kararlar ortaya çıkmaktadır.

Buna ilişkin bazı kararlar aşağıda belirtilmiştir.

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 30.01.2017, E. 2016/12710, K. 2017/574¹¹:

“Somut olayda, davacının davalı banka tarafından dava dışına kullandırılan 50.000,00.-TL limitli tüketici kredisine kefil olmadığının tespiti ve bu sözleşmedeki kefilliğin iptali talebiyle menfi tespit davası açtığı anlaşılmaktadır.

Dava, tüketici kredisi sözleşmesinden kaynaklandığına göre, uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.”

Görüldüğü gibi bu kararda Yargıtay tüketici kredisine yönelik kefalette, kefil aleyhine açılan veya kefil tarafından açılan davalarda, uyuşmazlığın tüketici kredisi sözleşmesinden kaynaklandığı gerekçesiyle, tüketici mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmiştir¹².

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 27.02.2017, 720/1586¹³:

“Somut olayda, Etibank ile Münir ... arasında düzenlenen 01.02.2005 tarihi taşıt kredisi sözleşmesinde davalının kefil olduğu, alınan taşıt kredisi ile kredi borçlusu Münir ...'a minibüs alındığı, alınan minibüsün ticari amaçlı olarak alındığı, özel amaçlı olmadığı anlaşılmakla, uyuşmazlığın temeli 6102 Sayılı Kanuna göre genel ticari kredi sözleşmesinden kaynaklanmakta olup; taraflar arasındaki ilişkinin 4077 Sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı anlaşıldığından, uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde görülerek çözümlenmesi gerekmektedir.”

Bu kararda da Yargıtay aynı bakış açısıyla, kefaletle temin edilen asıl borç ilişkisinin ticari kredi sözleşmesi olması nedeniyle, buna yönelik kefil olan hakkında da görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olduğuna hükmetmiştir¹⁴.

Hatta Yargıtay bazı kararlarında, TTK 4-f gereğince bankalarca kullandırılan kredi sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların mutlak ticari

¹¹ (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

¹² Bu yönde: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 09.10.2017, E. 2015/29864, K. 2017/9284; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 24.04.2017, E. 2016/14703, K. 2017/3244. Kararlar için bkz. (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

¹³ (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴ Bu yönde: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 25.01.2017, E. 2015/12542, K. 2017/493; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 12.12.2016, 12145/11950; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 20.09.2016, 9129/7957. Kararlar için bkz. (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

dava olduğunu, bu sözleşmeye kefil olan aleyhine de bu gerekçeyle ticaret mahkemesinde dava açılabileceğini kabul etmektedir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 27.09.2017, E. 2016/11270, K. 2017/6363¹⁵:

“T.T.K. 4.-f maddesi uyarınca bankalar tarafından verilen kredilere dair davalar ticari dava olup, ticari davalar bakma görevi de ticaret mahkemesine ait olması sebebiyle mahkemece yargılamaya devam olunarak işin esasına girilmesi gerekirken yanılığlı gerekçeyle (kefil hakkında) yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”

Görüldüğü üzere Yargıtay, asıl borç ilişkisi tüketici işlemi ise, buna kefil olan hakkında da tüketici mahkemesinin; ticari iş ise, ticaret mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmektedir. Aynı mantık yürütüldüğünde Yargıtay’ın, iş sözleşmesinde işçinin borcu için kefil olunması halinde, kefil hakkında iş mahkemesinin; kira sözleşmesinden doğan borca kefil olunması halinde ise kefil hakkında sulh hukuk mahkemesinin görevli olması gerektiğini kabul edeceği söylenebilir.

Bu yönde:

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 10.05.2017, 2066/6933¹⁶:

“(Kira sözleşmesine kefil olan tarafından açılan menfi tespit davasında) ... uyuşmazlık kira sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Mahkemenin kabulü de bu yöndedir. Dava, 09.10.2012 tarihinde 6100 Sayılı HMK’nın yürürlüğe girmesinden sonra açıldığına göre görevli mahkeme Sulh Hukuk Mahkemesidir.”

Yargıtay kefil hakkında ihtiyati haciz talebi bakımından görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğunu kabul etmektedir¹⁷. Fakat Yargıtay görev konusundaki genel tutumuna paralel olarak, asıl borç ilişkisinin ticari iş olması halinde kefil hakkındaki ihtiyati haciz talebi bakımından da ticaret mahkemesini görevli saymaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 15.03.2017, E. 2017/784, K. 2017/1543¹⁸:

¹⁵ (Kazancı – İctihat Bilgi Bankası).

¹⁶ (Kazancı – İctihat Bilgi Bankası).

¹⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 06.03.2017, E. 2016/11362, K. 2017/1379: *“İhtiyati haciz isteminin sulh hukuk mahkemesinde görüleceğine dair açık bir düzenleme bulunmadığına göre eldeki davada görevli mahkeme genel yetkili asliye hukuk mahkemesidir.”* (Kazancı – İctihat Bilgi Bankası).

¹⁸ (Kazancı – İctihat Bilgi Bankası). Bu yönde: Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 19.12.2016, 17869/15867; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.10.2016, 11562/8210. Kararlar için bkz. (Kazancı – İctihat Bilgi Bankası).

“... ihtiyati haciz istemi, mahiyeti gereği, 6100 Sayılı HMK'nın 2. maddesinde belirtildiği üzere gerek istemde bulunanın ve gerekse de aleyhine istemde bulunulananın mal varlığı haklarına dair bir “iş” niteliğinde olup aksine bir düzenleme söz konusu olmadığı için bu işler bakımından asıl görevli mahkeme asliye hukuk ve/veya işin mahiyetine göre asliye ticaret mahkemesidir.”

Hatta Yargıtay, HMK 17¹⁹ gereğince asıl borç ilişkisinde yetki sözleşmesinin yapılabilmesinin mümkün olduğu hallerde, (asıl borç ilişkisinde yer alan) bu yetki anlaşmasıyla belirlenen yetkili mahkemenin, TTK 7 gereğince (teselsül karinesi) kefil açısından da geçerli olacağını kabul etmektedir. Fakat Yargıtay'ın bazı kararlarında, bu sonucun kabulü için kefilin de tacir olmasının arandığı görülmektedir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 18.02.2016, E. 2015/27019, K. 2016/4412²⁰:

“... Somut olayda takip dayanağı genel nakdi ve gayri nakdi kredi sözleşmesinin asıl borçlusunun K. İhtiyaç Maddeleri Tic. A.Ş. olduğu, uyumsuzluk halinde, Samsun Mahkemelerinin ve İcra Dairelerinin yetkili olduğunun kararlaştırıldığı görülmektedir.

HMK'nun 17. maddesi gereğince; düzenlenen yetki sözleşmesi, tacirler arasında geçerlidir. Kredi sözleşmesinin müteselsil kefil olan borçlu A.'nun ise tacir sıfatı bulunmadığından, HMK'nun 17. maddesi uyarınca yapılan yetki sözleşmesi kendisini bağlamaz.”

Bu kararda, asıl borç ilişkisinde geçerli biçimde kararlaştırılan yetki şartının, kefil için de bağlayıcı olduğu, fakat bunun için kefilin de tacir olmasının arandığı kabul edilmiştir²¹.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 19.11.2015, 4766/15190²²:

“Dava konusu icra takip dayanağı genel kredi sözleşmeleri ticari nitelikte sözleşmelerdir. Davalı ...'in kefil olarak imzaladığı ... tarihli takip dayanağı genel kredi sözleşmelerinde ... mahkeme ve icra dairelerinin yetkili olduğuna dair hüküm bulunmaktadır. Sözleşmedeki bu yetki şartı 6102 Sayılı TTK 'nda hükme bağlanan ticari teselsül karinesi ve kefaletin fer'iliği ilkesi gereği davalıları bağladığından ve icra takibi de sözleşmede belirtilen ... icra dairesinde yapılmış olduğundan yetkili icra dairesinde takip yapılmasına dair dava şartı

¹⁹ Yetki sözleşmesi MADDE 17- “Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyumsuzluk hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.”

²⁰ (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

²¹ Bu yönde: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 03.10.2016, 7465/7681 (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

²² (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

gerçekleşmiş olup davanın esasına girilmesi gerekirken mahkemece yanılıgılı gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. ... hükmün BOZULMASINA”

Bu kararda, asıl borç sözleşmesindeki geçerli yetki kaydının, kefilin tacir olmasından bağımsız olarak kefil açısından da geçerli olacağı kabul edilmiştir²³.

Yargıtay’ın bu genel uygulamasının ardından, kefil açısından önce görevli mahkemenin, ardından da yetkili mahkemenin hangisi olduğunun ayrı ayrı incelenmesi uygun olur.

V. KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DAVALARDA GÖREVLİ MAHKEMENİN TESPİTİ

A. Kefalet Sözleşmesinden Doğan Davaların Görülmesi Gerektiği Düşünülebilecek Mahkemelerin Konuyla İlgili Görev Alanının Belirlenmesi

HMK 2 / 1 gereğince, “*Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin ... davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*” Buna göre kefalet sözleşmesinden doğan tüm davalar (geçersizliğin tespiti dâhil) malvarlığına ilişkin olduğundan, bu davaların, değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girdiği söylenebilir.

Fakat kefalet sözleşmesinden doğmakla birlikte, bazı özel mahkemelerin görev alanına girebileceği düşünülen durumların açıklığa kavuşturulması için, konumuzla ilgili olabilecek dört özel mahkemesi (konumuzla ilgili olduğu ölçüde) görev alanının ayrıca ve kısaca belirtilmesinde yarar vardır.

Sulh hukuk mahkemelerinin (konumuzla ilgili) görev alanı: Konumuzla ilgili olabilecek husus, kira sözleşmesinden doğan davaların sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girdiğidir²⁴. Buna göre (HMK 4) kira sözleşmesinden doğan tüm davalar, sulh hukuk mahkemesinin görev alanına dâhildir.

Asliye ticaret mahkemelerinin görev alanı: Ticaret mahkemesinin görev alanına giren davalar TTK 4/I gereğince, (dava

²³ Bu yönde: Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 30.04.2014, 3905/8191 (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴ HMK MADDE 4 “(1) Sulh hukuk mahkemeleri, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın; a) Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları, ... görürler.”

konusunun miktar ve değerine bakılmaksızın) mutlak ticari davalar ile nispi ticari davalar olarak iki grupta toplanabilir²⁵. Mutlak ticari davalar, Türk Ticaret Kanununda öngörülen hususlardan doğan davalar ile diğer Kanunlarda düzenlenen bazı hususlardan doğan davalardır²⁶. Mutlak ticari davalarda, tarafların tacir olup olmadığı ve işin ticari bir amaçla yapılp yapılmadığı önem taşımaz.

Nisbi ticari davalar ise, her iki tarafın da tacir olduğu ve uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olduğu hukuk davalarıdır.

Tüketici mahkemesinin görev alanı: Tüketici işleminden doğan tüm davalar tüketici mahkemesinde (TKHK 73/I) görülür²⁷.

İş mahkemesinin görev alanı: İş mahkemeleri, (İşMK 5 gereğince) işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan tüm hukuk uyuşmazlıklarda görevlidir²⁸.

²⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. AKKAN (Pekcanitez Usul C.I) s.159 vd; KURU (Usul 2016) s.91; TANRIVER s.153; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ s.100 vd; YILMAZ (Şerh) s.52 vd; BUDAK / KARAASLAN s.44.

²⁶ TTK 4 / I: "... tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; a) Bu Kanunda, b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde, c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde, d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır."

²⁷ TKHK m. 73 / I: "Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir."

²⁸ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu madde 5 : "İş mahkemeleri; a) 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına, b) İdari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik

Bu genel açıklamaların ardından, kefilin taraf olduğu davalardaki görevli mahkemenin tespit edilmesi gerekir. Bu konuda değerlendirme yapılırken, meselenin kefilin tek başına mı, yoksa başka kişilerle (asıl borçlu, diğer kefiller vs.) birlikte mi davalı olduğuna göre ikili ayırım yapılması uygun olur.

B. Sadece Kefil Aleyhine Dava Açılması / Kefilin Davacı Olması Halinde

Kefalet sözleşmesinin temel özelliği, kefilin sorumluluğunun asıl borç ilişkisinden değil; kefalet sözleşmesinden doğmasıdır. Diğer bir ifadeyle, kefilin sorumluluğunun dayanağı, asıl borç ilişkisi değil, asıl borç ilişkisinden ayrı bir niteliği bulunan kefalet sözleşmesidir. Bu nedenle görevli mahkemenin asıl borç ilişkisine göre değil, kefalet sözleşmesine göre belirlenmesi gerekir.

Bu nedenlerle, sadece kefil aleyhine dava açılmasında veya kefilin davacı olmasında, HMK 2 / I gereğince asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Asıl borç ilişkisi, mutlak veya nispi bir ticari dava olarak ticaret mahkemesinin; tüketici işlemi olarak tüketici mahkemesinin; iş hukuku ilişkisi olarak iş mahkemesinin veya kira ilişkisi olarak sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girse bile, (sadece) kefil aleyhine dava açılmasında veya kefilin dava açmasında görevli mahkemenin asıl ilişkideki görevli mahkemeye bağlı olduğu kabul edilemez²⁹. Bu nedenle yukarıda belirtilen Yargıtay kararları kanaatimce yerinde değildir.

Bu açıklamalarımız gereğince, kefil aleyhine dava açılması veya kefilin dava açması söz konusu olan hallerde, asıl borç ilişkisinin mutlak / nispi ticari dava, tüketici işlemi, iş sözleşmesi ilişkisi veya kira ilişkisi olmasından bağımsız olarak yapılacak değerlendirme sonucunda, kefil açısından ticari iş sayılan kefalet sözleşmesinde³⁰ (kefalet sözleşmesinin alacaklı açısından da ticari işletmesiyle ilgili olması kaydıyla) ticaret mahkemesinin, aksi halde asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmelidir.

mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara, c) Diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara, ilişkin dava ve işlere bakar.”

²⁹ ACAR s.19.

³⁰ Bu sonucun kabulü için, kefalet sözleşmesinin kefilin ticari işletmesiyle ilgili olması da aranacaktır. Yoksa ticari işletme işlettiği için tacir sıfatı taşıyan bir gerçek kişinin, bu ticari işletmesiyle ilgisi olmayan bir konuda, mesela arkadaşının satın aldığı ev eşyasının borcuna kefil olması halinde, kefil hakkında ticaret mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır. Zira bu durumda kefil açısından nispi ticari dava olmanın koşulları gerçekleşmemiştir.

Kabul ettiğimiz görüş gereğince, kefalet sözleşmesinin tüketici işlemi niteliği taşıması mümkün olmadığından³¹, (tek başına) kefil aleyhine veya kefil tarafından tüketici mahkemesinde dava açılması mümkün değildir. Kefaletle temin edilen asıl borç ilişkisinin bir tüketici işlemi olması da bu noktada hiçbir önem taşımaz. Zira önemi nedeniyle yeniden vurgulamak gerekir ki; kefilin sorumluluğu, asıl borç ilişkisinden değil, doğrudan kefalet sözleşmesinden doğmaktadır. O nedenle asıl borç ilişkisi tüketici işlemi niteliği taşısa da, kefil hakkında tüketici mahkemesi görevli olamaz.

Kira sözleşmesinden doğan tüm davalarda sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Kira sözleşmesine kefil olan kişi hakkında (kefilin sorumluluğu kira sözleşmesinden değil, kefalet sözleşmesinden olduğu için) sulh hukuk mahkemesinde dava açılmaz. Kefil hakkında dava açılacaksa, ya asliye hukuk ya da (kefalet sözleşmesinden doğan uyumsuzluğun nispi ticari dava olduğu istisnai durumlarda) ticaret mahkemesi görevli olacaktır.

Aynı sonuç iş sözleşmesinde işçinin borcu için kefil olan kişi hakkında da geçerlidir.

Bu açıklamalarımıza göre, asıl borç ilişkisinin niteliğinden bağımsız olarak, kefil hakkında görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu söylenebilir. Fakat istisnaen, kefalet sözleşmesinin (asıl borç ilişkisinin değil) hem alacaklı, hem de kefil açısından ticari işletmesiyle ilgili bir iş niteliğinde olduğu kabul edilebilen durumlarda, kefalet sözleşmesi hakkında ticaret mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmelidir.

Mesela bir A.Ş., ortaklarından birinin evinde kullanmak için satın aldığı bir buzdolabının borcuna kefil olursa, bu satışın satıcının ticari işletmesiyle ilgili olması kaydıyla, kefalet sözleşmesi hakkında ticaret mahkemesi görevli sayılacaktır. Dikkat edilirse bu olayda asıl borç ilişkisi tüketici işlemi olurken, kefalet sözleşmesi açısından ticaret mahkemesi görevlidir.

³¹ Kefalet sözleşmesinin tüketici işlemi niteliği taşıyıp taşıyamayacağı tartışmalıdır.

Türk hukukunda, tüketici işleminde, tüketicinin borcuna kefil olunması halinde, kefil ticari veya meslekî amaçla hareket etmiyorsa, bu kefalet sözleşmesinin tüketici işlemi sayılması görüşünde: ÖZEL s.60; Böyle bir ayırım yapmaksızın, tüketici işlemine yönelik kefaletin tüketici işlemi yapılması yönünde: KARA s.341.

İvazsız işlemlerin tüketici işlemi sayılmasının mümkün olmadığı görüşünde: ZEVLİLER / ÇAĞLAR s.79; BAHTİYAR / BİÇER s.397, dn.5.

İşin niteliği gereğince kefil hakkında iş mahkemesinin, sulh hukuk mahkemesinin veya (kefalet sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olabileceği görüşünü kabul etmediğimizden) tüketici mahkemesinin görevli olması mümkün değildir.

Yukarıda açıklandığı üzere Yargıtay'ın genel uygulaması bu açıklamalarımıza aykırı olmakla birlikte, bazı kararlarının bu yönde olduğuna da işaret etmek gerekir:

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 20.12.2016, 451/15560³²:

“... Dava, 15.01.2012 tarihli sözleşmeden doğan cezai şart alacağının, aynı sözleşmede kefil olarak yer alan davalılardan tahsili istemine ilişkindir. ...

Yapılan bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı şirket ile dava dışı şirket arasında imzalanan sözleşmede adi kefil olarak yer alan davalıların tacir olmadığı, dolayısıyla uyuşmazlığın sadece davacı tarafın ticari işletmesine dair olduğu anlaşılmaktadır.

Buna göre, mahkemece; davanın ticari dava olmaması sebebiyle görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu gözetilerek, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.”

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 11.11.2016, 10821/10479³³:

“Somut olaya gelince davacı banka vekili, müvekkili ile dava dışı ... arasında imzalanan genel kredi sözleşmesine istinaden bu kişiye Bizcard kredisi/kredi kartı kullanıldığını, 06.06.2006 tarih ve 250.000.-TL limitli genel kredi sözleşmesini davalının müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığını, dava dışı borçlunun edimini yerine getirmediğini, asıl borçlu ve davalı hakkında icra takibi başlatıldığını ileri sürerek, davalının icra takibine yapmış olduğu itirazın iptalini talep etmekte olup ... dosya kapsamından davacı ile davalı arasında kredi sözleşmesi bulunmadığı, kredi sözleşmesinin davacı ile dava dışı ... arasında düzenlendiği, taraflar arasında mal ve hizmet satışına dair hukuki bir işlem bulunmadığından davaya konu olayda gerek 4077 gerekse 6502 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığından, uyuşmazlığın genel hükümler çerçevesinde asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.”

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 14.12.2017, E. 2016/14442, K. 2017/7976³⁴:

“Uyuşmazlık konusu senetlerin kambiyo senedi niteliğinde olmaması ve davalı kooperatifin dava dışı ortağı asıl borçlu adına düzenlenen

³² (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

³³ (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

³⁴ (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

müşterek ve müteselsil borç senetlerinde davalının müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak yer alması, davalının doğrudan asıl borçlu olmaması karşısında tacir sıfatının bulunmaması sebebiyle uyumsuzluğun Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmesi gerekirken, davanın görevli olmayan Ticaret Mahkemesince incelenerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

C. Kefil Aleyhine, Asıl Borçlu veya Diğer Kefiller Gibi Kişilerle Birlikte Dava Açılması Halinde

Kefil aleyhine, asıl borçlu veya diğer kefiller gibi kişilerle birlikte dava açılacaksa, görevli mahkemenin özel olarak tespiti gerekir.

Öncelikle belirtelim ki, kefil ile diğer kefiller ve asıl borçlu arasında ihtiyari dava arkadaşlığı vardır³⁵. Zira bunlar arasında, uyumsuzluğun temeli bakımından bağlantı vardır. Alacaklı isterse, (kefile başvuru koşulları da gerçekleşmişse) asıl borçlu ile birlikte kefiller aleyhine de (birlikte) dava açabilir (HMK 57).

Genel olarak kabul edildiği üzere, ihtiyari dava arkadaşlığında, davalılardan biri için özel mahkeme, diğeri için genel mahkeme görevliyse, dava her ikisine karşı birden özel mahkemede açılabilir³⁶.

³⁵ ALANGOYA s.74; ULUKAPI s.123; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ s.527. İhtiyari dava arkadaşlığı hakkında bkz. ALANGOYA s.53 vd; ULUKAPI s.108 vd; ÜSTÜNDAĞ s.352 vd; KURU (C.III) s.3284 vd; PEKCANİTEZ / TAŞ KORKMAZ (Pekcanitez Usul C.I) s.686 vd; KURU (Usul 2016) s.489; TANRIVER s.543 vd; BULUT s.170 vd.

³⁶ ULUKAPI s.202; KURU (C.III) s.3352; KURU (Usul 2016) s.492; BUDAK / KARAASLAN s.109.

YHGK 19.03.2014, E. 2013/22-1201, K. 2014/373: “Davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının bulunduğu durumlarda, bunlar hakkında birlikte açılan davalar, birbirlerinden bağımsız olduğundan, görevli mahkemenin her bir dava bakımından ayrı ayrı belirlenmesi gerekmekte ise de, ihtiyari dava arkadaşlığı durumundaki davalılardan biri (veya birkaçı) hakkındaki dava genel mahkemenin, diğeri (veya diğerleri) hakkındaki dava özel bir mahkemenin görevine giriyorsa, davaların aynı dava dilekçesiyle özel mahkemede açılması gerekir (HGK'nun 5.5.2004 gün ve 2004/9-261 E. 2004/254 K. sayılı kararı).” (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

YHGK 03.02.2010, 21-36 / 67: “Öte yandan, eldeki dava, iş kazası nedeniyle davalı işveren ile birlikte genel hükümlere göre sorumlu buldukları iddia edilen diğer davalılara karşı birlikte açılmış olup, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır. İhtiyari dava arkadaşlığı durumunda, davalılardan biri hakkındaki dava genel mahkemenin, diğeri hakkındaki dava özel bir mahkemenin görevine giriyorsa, özel nitelikteki mahkemede davanın görülmesi gereklidir.” (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

Yargıtay 17 HD. 29.04.2014, 17658/12870 (İBD 2016/I, s.368). Bu karara konu olayda, trafik kazası nedeniyle hem işletene, hem de sigortacıya karşı açılan davada, her iki

Diğer bir ifadeyle, ihtiyari dava arkadaşlarından biri hakkında ticaret / sulh hukuk / iş mahkemesi / tüketici mahkemesi gibi özel görevli mahkeme görevli, fakat diğerleri hakkında ise asliye hukuk mahkemesi görevli ise, bu davalar özel görevli mahkemede birlikte açılabilir.

Asıl borçlu ile kefilin ihtiyari dava arkadaşı olarak nitelendirilmesi mümkündür. İşte asıl borçlu ile kefil hakkında ihtiyari dava arkadaşı olarak birlikte dava açılacaksa -ki bu durum kural olarak sadece müteselsil kefalet sözleşmesinde söz konusu olabilir³⁷- bunların ihtiyari dava arkadaşı oldukları gerekçesiyle, asıl borç ilişkisindeki özel görevli mahkemede dava açılabilir. Mesela asıl borç ilişkisi ticari iş olduğu için (mutlak veya nispi ticari dava olduğundan) bu konuda ticaret mahkemesi görevliyse veya asıl borç ilişkisi kira ilişkisi olduğu için sulh hukuk mahkemesi görevliyse ya da iş sözleşmesinden doğan borca kefil olduğu için asıl borç ilişkisinde iş mahkemesi görevliyse, kefil hakkında da (asıl borçluyula birlikte) bu mahkemelerde dava açılabilir³⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere, kira sözleşmesine kefalette, sadece kefil aleyhine dava açılacaksa, sulh hukuk mahkemesinde dava açılmaz. Fakat kefil ve kiracı (asıl borçlu) hakkında birlikte dava açılacaksa, bu davanın özel görevli mahkeme olan sulh hukuk mahkemesinde (ikisine birlikte) açılması mümkündür.

Aynı şekilde, iş sözleşmesinden doğan borca kefalette, sadece kefil aleyhine dava açılacaksa iş mahkemesinde dava açılmaz. Fakat kefil ve asıl borçlu hakkında birlikte dava açılacaksa, bu davanın özel görevli mahkeme olan iş mahkemesinde açılması mümkündür.

Uygulamada daha çok ortaya çıkacak olan durum, asıl borç ilişkisinin nispi ticari dava niteliği taşımasıdır. Mesela bir ticaret şirketinin

davali açısından özel görevli mahkeme olan ticaret mahkemesinde davanın sürdürülmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Aynı yönde: YHGK 25.03.2015, E. 2013/22-1565, K. 2015/1092 (Kazancı – İctihat Bilgi Bankası).

³⁷Adi kefalette, kefil hakkında dava açılması veya takip yapılması, kural olarak aciz belgesinin alınmış olmasına bağlı olduğundan, bu belge alınmadan asıl borçlu ve kefil hakkında birlikte dava açılırsa, bu davada kefil tartışma defini ileri sürme imkânına sahip olmakla birlikte, asıl borç ilişkisinde ticaret mahkemesi görevliyse, bu davanın ticaret mahkemesinde görülmesi mümkündür.

³⁸TKHK m.4 / 6 gereğince tüketici işleminde tüketicinin borçları için verilen kefaletlerde müteselsil kefalet yasağı olduğundan, tüketici işleminde birlikte dava açılması mümkün değildir. Daha doğru bir ifadeyle bu ihtimalde, aciz belgesi alınmadan kefile başvurulmuş olacağından, kefil tartışma defini ileri sürebilecektir. Fakat kefil bu defiyi ileri sürmezse, (dava hem asıl borçluya, hem de kefile karşı birlikte açılmışsa) bu dava tüketici mahkemesinde görülmeye devam edebilecektir.

bankadan kullandığı kredi borcuna bir kişi kefil olmuşsa, asıl borçlu ile kefile birlikte dava açılması kaydıyla, ticaret mahkemesinin görevli olduğu söylenebilir.

Fakat tüm ihtimallerde, genel mahkemede birlikte dava açılmayacağı gözden kaçırılmamalıdır. Zira Yargıtay tarafından uygulanan ve doktrindeki bazı yazarlarca da benimsenen görüş gereğince davacıya tanınan imkân³⁹, birlikte özel mahkemede dava açmak olup, birlikte genel mahkemede dava açmak değildir.

Gerçek anlamda birlikte müteselsil kefalette, kefillerin kendi aralarında mecburi dava arkadaşı sayılması mümkün değildir. TBK 587 / II hükmünde geçen, müteselsil birlikte kefilin, diğer kefiller hakkında takip yapılmadıkça kendi payından fazlasını ödemekten kaçınma hakkı veren hüküm, bir mecburi dava arkadaşlığı doğurmaz⁴⁰. Zira mecburi dava arkadaşlığında, maddi hukuk hükümleri gereğince davanın tüm kişilere karşı birlikte açılmasını zorunlu kılan bir durum varken⁴¹, burada böyle bir durum yoktur. TBK 587 / II hükmünde geçen ve doktrinde *sınırlı bölme def'i* olarak nitelenen bu durumda kefil, sadece payını aşan kısmı ödemekten geçici olarak kaçınabilir. Alacaklı, kefilin sınırlı bölme defini kullanma imkânı olan bir durum yaratmışsa, sadece kefilin sınırlı bölme define muhatap olma ihtimalini üstlenmiş sayılır. Yoksa maddi hukuk yönünden, tüm müteselsil birlikte kefiller hakkında birlikte dava açılması veya takip yapılması zorunluluğu yoktur.

Bu nedenle kefalet hukuku alanında kefiller arasında veya borçlu ile kefiller arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunması mümkün değildir.

Görüldüğü gibi kefil hakkında tüketici mahkemesinde, iş mahkemesinde, sulh hukuk mahkemesinde veya ticaret mahkemesinde dava açılması (ticaret mahkemesi için varlığını kabul ettiğimiz istisna dışında), ancak asıl borçlu açısından, doğan uyuşmazlığın bu özel görevli mahkemenin görev alanına girmesi ve asıl borçlu ile kefil hakkında birlikte dava açılması halinde mümkün olabilir. Yoksa kefilin dava açmasında veya sadece kefil hakkında dava açılmasında, bu özel görevli mahkemelerin görevli olması (ticaret mahkemesindeki istisna hariç) mümkün değildir.

³⁹ Bkz. dn. 37.

⁴⁰ Bu hüküm hakkında bk. AYAN s.368 vd.

⁴¹ ALANGOYA s.37 ve özellikle s.92 vd; KURU (C.III) s.3286 vd; TANRIVER s.537 vd; BUDAK / KARAASLAN s.110.

VI. KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DAVALARDA YETKİLİ MAHKEME / TAKİPLERDE İCRA DAİRESİ

Yetki, mahkeme veya icra dairesi tarafından resen dikkate alınacak bir husus değildir. Bu sebeple davadaki yetkisizlik usulüne uygun olarak ileri sürülmezse, icra takiplerinde de süresi içinde yetki itirazı biçiminde ileri sürülmezse, artık mahkemenin veya icra dairesinin yetkili olduğu (yetkisizlik kararı veremeyeceği) kabul edilir (HMK 19).

A. Sadece Kefil Aleyhine Dava Açılması / Kefilin Davacı Olması Halinde

Yukarıda açıklandığı üzere, ne kefaletin ferî hak olması, ne de müteselsil olması, yetkili / görevli mahkemenin tespiti için önemlidir. Yetkili mahkeme kefalet sözleşmesine göre belirlenir.

Buna göre, HMK 6 gereğince, davanın açıldığı sırada davalının yerleşim yeri mahkemesi genel yetkili mahkemedir.

Fakat kefilin sorumluluğu kefalet sözleşmesinden doğduğuna göre, HMK 10 gereğince sözleşmenin ifa edileceği yer olan, kefilin para borcunun ifa yeri (kefalet sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa alacaklının yerleşim yeri) mahkemesi de yetkilidir. Asıl borç ilişkisindeki ifa yerinin farklı olması bu sonucu değiştirmez. Mesela bir yüklenicinin inşaat ediminin kefaletle teminat altına alınması halinde, kefil hakkında, inşaatın yapılacağı yer mahkemesinde değil, kefilin borcu olan paranın ifa edileceği (kural olarak alacaklının yerleşim yeri) mahkemesinde dava açılmalıdır.

1086 sayılı HUMK madde 10 hükmünde, belli koşullar altında, sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmişti. Fakat 6100 sayılı yürürlükte bulunan HMK madde 10 hükmünde ise bu kurala yer verilmemiştir⁴². Bu nedenle 6100 sayılı HMK döneminde, artık sözleşmenin kurulduğu yer mahkemesinin (sadece bu özelliğinden dolayı) yetkili mahkeme olarak kabulü mümkün değildir.

Tüm bu açıklamalara göre alacaklı, kefil hakkında, isterse kefilin yerleşim yerinde, isterse kendi yerleşim yerinde dava açabilir. Aynı şekilde kefil de asıl borçlu hakkında, aynı yerlerde dava açabilir.

B. Kefil Aleyhine, Asıl Borçlu veya Diğer Kefiller Gibi Kişilerle Birlikte Dava Açılması Halinde

Bu ihtimalde de HMK 10 gereğince, alacaklının yerleşim yeri (kefilin borcunun ifa edileceği yer) mahkemesinde dava açılabilir.

⁴² Bu değişikliğin eleştirildiği bir görüş için bkz. TANRIVER s.231.

Bunun yanında kefil hakkında, borçlu veya diğer kefillerle birlikte dava açılacaksa, HMK 7/I, c.1 gereğince, davalılardan birinin yerleşim yerinde de birlikte dava açılabilir.

Dikkat edilirse burada sağlanan imkân, davalılardan birinin yerleşim yerinde dava açmaktır. Yoksa asıl borçlu hakkında yetki sözleşmesiyle belirlenen yerde, diğer davalı (kefil) hakkında da dava açmak mümkün değildir⁴³. Buna göre, asıl borç ilişkisinde geçerli bir yetki sözleşmesi yapılmış ise, kefalet sözleşmesinde de bu yönde geçerli biçimde bir yetki anlaşması yapılmadığı sürece, kefil açısından yetki anlaşmasının bir hükmü yoktur. Kefaletin müteselsil olması veya kefilin tacir olması da bu sonucu değiştirmez. Diğer bir ifadeyle, kefil tacir olsa ve ticari işletmesiyle ilgili bir kefalet girişimi bulunsa bile, asıl borç ilişkisinde yer alan yetki anlaşması kefilin bağlamaz. Bu durumda, gerek sadece kefil aleyhine, gerekse de asıl borçluluyla birlikte, asıl borçlu için yetki anlaşmasıyla belirlenmiş bulunan yerde dava açılmaz.

Açıklanan bu durumda, kefil aleyhine yetki sözleşmesinde belirtilen yerde dava açılmamasının gerekçesi, kefilin tacir olmaması değildir⁴⁴. Kefalet sözleşmesi açısından bir yetki anlaşmasının yapılmamış olmasıdır. Bu sebeple, yetki sözleşmesinin kefil açısından geçerli olup olmadığının değil, öncelikle kefil açısından bağlayıcı olup olmadığının incelenmesi gerekir. Kefalet sözleşmesinde, bu sözleşmeden doğacak davalar için bir yetki anlaşması yapılmamışsa, asıl borç ilişkisi için yapılmış bulunan yetki anlaşması kefil açısından bağlayıcı olmayacaktır. Fakat kefalet sözleşmesinde bir yetki kaydı hükmü varsa, bu kez bu yetki anlaşmasının geçerli olup olmadığı incelenecektir.

Aynı şekilde, mesela asıl borçlu ile kefil aleyhine birlikte dava açılacaksa ve alacaklı bu davayı, her iki davalının da yerleşim yeri olmayan, mesela asıl borç olan inşaatın yapılacağı yerde açmak isterse, bu yerin ortak yetkili mahkeme sayılması mümkün değildir⁴⁵.

C. İcra Takiplerinde Yetki

İİK 50. maddesi hükmünde, ilamsız icra takipleri bakımından⁴⁶ yetkili icra dairesinin belirlenmesi konusunda, 6100 sayılı HMK'nun yetkili mahkemenin belirlenmesine ilişkin hükümlerine yollama

⁴³KURU (C.I) s.417; ULUKAPI s.203; AKKAN (Pekcanitez Usul) s.273, dn.293; BUDAK / KARAASLAN s.62.

⁴⁴ Karş. BUDAK / KARAASLAN s.62.

⁴⁵ Bu konudaki örnek kararlar için bkz. KURU (C.I) s.418, 419.

⁴⁶ İlamlı takipte Türkiye'deki tüm icra daireleri yetkili olduğundan, alacaklı kefil aleyhine, elindeki ilama dayalı olarak tüm Yurt'ta takibe girişebilir (İİK. 34). Fakat bunun için ilamın kefile yönelik alınmış olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.

yapılmıştır. Bu nedenle, yetkili mahkemenin belirlenmesine ilişkin hükümler, icra takipleri açısından yetkili icra dairesinin belirlenmesi bakımından da uygulanır.

VII. KONUyla İLGİLİ BAZI ÖZEL DURUMLAR

A. Kefil Hakkındaki İhtiyati Haciz Taleplerinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

1. Dava Açıldıktan Sonra

İhtiyati haciz; dava açıldıktan sonra (veya dava dilekçesiyle) ya da dava açılmadan önce istenebilir. İhtiyati haciz talebi, dava açıldıktan sonra ileri sürülecekse, bu konuda görevli ve yetkili mahkeme, asıl davaya bakan mahkemedir. İhtiyati haciz talebi bakımından, bunun dışındaki mahkemelerin görevi ve yetkisi yoktur⁴⁷.

2. Dava Açılmadan Önce

İİK’nda, ihtiyati hacizdeki görevli mahkeme bakımından bir hükme yer verilmemiştir. Bu sebeple, ihtiyati haciz talebinde görevli mahkeme konusunda HMK’nun görevle ilgili hükümleri uygulanmalıdır⁴⁸. Bu nedenle, yukarıdaki görevli mahkeme konusundaki açıklamalar gereğince belirlenen görevli mahkeme, ihtiyati haciz talebi bakımından da görevli mahkeme olma özelliği taşır.

1086 sayılı HUMK’nun 12. maddesinde, ihtiyati haciz kararı verilmesinden sonra, bu kararı veren mahkemenin bulunduğu yerin, bu alacağa dayalı olarak açılacak takiplerde ve davalarda yetkili olacağı belirtilmiştir. Buna göre mesela yetkisiz olmasına rağmen bir mahkeme

⁴⁷ Yargıtay 9. HD, 16.01.2012, 1297/1: “İhtiyati haciz kararı vermede yetkili ve görevli mahkeme İcra ve İflas Kanunu’nun 50. maddesinde düzenlenmiş olup buna göre <Para veya teminat borcu için takip hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetkiye dair hükümleri kıyas yolu ile tatbik olunur>. Dava tarihinde yürürlükte ve kıyasen uygulanacak olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise 390. maddesinde ise açıkça <İhtiyati tedbirin, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edileceği> belirtilmiştir. ... Dosya içeriğine göre davacı vekili, davacının ödenmeyen kıdem tazminatı için İzmir 9. İş Mahkemesinin 2010/823 Esasında dava açtıklarını, davanın derdest olduğunu, bilirkişi raporu sonrası kıdem tazminatının belirlendiğini, belirlenen miktar kadar, davalı borçlu işverenin taşınır ve taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarına ihtiyati haciz konmasına karar verilmesini istemiştir. ... Somut uyuşmazlıkta ihtiyati hacze konu kıdem tazminatının hüküm altına alınması dava konusu edilmiştir. HMK’nun 390. maddesinin açık düzenlemesi karşısında ihtiyati haciz konusunda görevli ve yetkili mahkeme davanın görüldüğü İzmir 9. İş Mahkemesine aittir. Yetki itirazı nedeni ile dosyanın yetkili ve görevli İzmir 9. İş Mahkemesine gönderilmesi gerekirken, ihtiyati haciz kararı verilmesi ve yapılan itirazın reddine karar verilmesi hatalıdır.” (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁸ KURU (El Kitabı) s.1041; KURU (İcra 2016) s.472, dn.11.

ihtiyati haciz kararı vermişse, bu kararı veren mahkemenin bulunduğu yerde icra takibi veya dava açılabilirdi. Fakat bu hüküm 6100 sayılı HMK'na alınmamıştır. Bu sebeple, Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde, ihtiyati haciz kararı veren mahkeme yetkisizse, bu sebeple ihtiyati hacze itiraz edilmemiş bile olsa, ihtiyati haciz kararı veren yer mahkemeleri, burada takip veya dava açılması konusunda yetkili hale gelmez⁴⁹.

Dava açılmadan önce ihtiyati haciz istenecekse, bu konuda yetkili mahkeme, İİK 50. maddesinde belirlenen mahkemedir (İİK 258 / I, c.1). Buna göre, HMK'nun yetkiye ilişkin hükmüne göre belirlenen yetkili mahkeme, ihtiyati haciz talebinde de yetkilidir.

İİK 50 hükmünde, HMK'nın yetkili mahkemeye ilişkin hükümlerine yollama yapılmasının yanında, icra takibine konu olan alacağın doğduğu sözleşmenin kurulduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmiştir⁵⁰. Fakat yukarıda da açıklandığı üzere, 6100 sayılı HMK'nda, sözleşmenin yapıldığı yerin de yetkili sayılmasına ilişkin 1086 sayılı HUMK'nun 10. maddesindeki kurala yer verilmemiştir. Bu sebeple, kabul ettiğimiz görüş gereğince, ihtiyati haciz açısından da kefalet sözleşmesinin kurulduğu yerin yetkili sayılması artık mümkün değildir.

Bu nedenle, sadece kefil hakkında ihtiyati haciz istenecekse, kefilin yerleşim yeri veya alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yeri⁵¹ mahkemesi yetkilidir.

Kefille birlikte asıl borçlu veya diğer kefiller gibi kişilerle birlikte ihtiyati haciz istenecekse, alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde veya takip borçlularından herhangi birinin yerleşim yerindeki icra dairesinde takibe girilebilir.

Yukarıda da açıklandığı üzere burada sağlanan imkân, borçlulardan birinin yerleşim yerinde takip açmaktır. Yoksa asıl borçlu hakkında yetki sözleşmesiyle belirlenen yer icra dairesi, diğer davalı (kefil) hakkında geçerli olmaz⁵². Kefaletin müteselsil olması veya kefilin tacir olması da bu sonucu değiştirmez.

Yetkili mahkeme konusundaki bu açıklamalar, kefil hakkında ilamsız olarak ihtiyati haciz istenmesi için geçerlidir. İstisnai olarak

⁴⁹ KURU (El Kitabı) s.179.

⁵⁰ Bu konuda bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himayeler) s.1107.

⁵¹ Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu para borcu olduğuna ve para borçlarında ifa yeri aksi belirtilmedikçe alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yeri olduğuna göre, alacaklının yerleşim yeri kural olarak yetkili mahkeme sayılır.

⁵² AKKAN (Pekcanitez Usul) s.273, dn.293.

alacaklı elindeki ilama dayalı olarak ihtiyati haciz isterse⁵³, bu konuda yetki sınırı olmaksızın istediği yerdeki mahkemeye başvurabilir⁵⁴.

B. Kefalet Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Karşı Dava Açılması Halinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

Karşı dava, derdest bir davada, davalının da aynı mahkemede davacıya karşı dava açmasını ifade eder⁵⁵ (HMK 132 vd.).

Bu nedenle, asıl borçlu tarafından kefil aleyhine açılan ifa davasına karşı olarak kefil tarafından da, mesela kefaletin hükümsüzlüğünün tespitine karar verilmesi talebiyle bir karşı dava açılabilir.

İşte kefil tarafından veya kefil aleyhine bir karşı dava açılacaksa, karşı davanın asıl davaya bakan mahkemede açılması gerekir. Bu mahkeme, aynı zamanda karşı dava bakımından yetkili de sayılır (HMK 13)⁵⁶.

C. Kefalet Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklara İlişkin İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları Bakımından Görevli ve Yetkili Mahkeme

İcra ve İflas Kanununda, itirazın iptali davalarında görevli mahkeme hakkında özel bir hüküm yoktur. Bu sebeple itirazın iptali davasının, HMK'nın genel hükümlerine göre görevli olan mahkemede görülmesi gerekir. Genellikle alacaklının açacağı⁵⁷ itirazın iptali davalarında görevli mahkeme, yukarıda açıklandığı üzere belirlenmelidir.

⁵³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.11.2016, 13124/9052: "... ihtiyati haciz müessesesi bir geçici hukuki koruma önlemidir. Somut olay bakımından alacağı ilama dayalı alacaklının ilamlı takip süreci başlatmadan ihtiyati haciz ile alacağının güvence altına alınmasını talep etmesinde hukukî yararı da bulunduğu mahkemeye yanılığın değerlendirilmeye dayalı olarak, yazılı gerekçe ile talebin reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁴ Bu yönde: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 28.06.2004, 7672/7095 (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁵ Bkz. TANRIVER s.234; ARSLANPINAR s.17 vd.

⁵⁶ Doktrinindeki bir görüşe göre, asıl dava ile karşı davanın aynı yargılama usulüne tabi olması gerekir. PEKCANİTEZ (Pekcanitez Usul C.I) s.1231; KURU (Usul 2016) s.580; ARSLANPINAR s.78. Farklıysa, açılan karşı davada ayırma ve gönderme kararı verilir. Diğer bir görüşe göre ise ayırım, görev yönünden yapılmalıdır (BUDAK / KARAASLAN s.189). Buna göre, genel mahkemede açılan bir davaya karşılık, özel mahkemenin görevine giren bir karşı dava açılırsa, genel mahkeme her iki dava hakkında görevsizlik kararı verip, dosyayı özel görevli mahkemeye göndermelidir. Tam tersi durumda ise, özel mahkeme her iki davayı da görmeye devam etmelidir. Bu sonuca görüşte, farklı usüllere tabi davalar birlikte görebilecektir.

⁵⁷ İstisnaen kefil de itirazın iptali davası açabilir. Mesela kefil olarak ödediği tutarın iadesini, kefaletin geçersizliğine dayalı olarak ister ve alacaklı taraf da buna ilişkin icra takibine itiraz ederse, kefil alacaklıya karşı itirazın iptali davası açabilir.

Kefalet sözleşmesinden doğan, genellikle kefilin icra takibinden önce açacağı menfi tespit davalarında da kanunda özel bir görevli mahkeme belirtilmemiş olup, genel hükümlere göre görevli olan mahkeme, bu davalarda da görevlidir.

Görüldüğü gibi, itirazın iptali ve menfi tespit davalarında, genel olarak yukarıda açıklandığı biçimde belirlenen görevli mahkemede bu davaların görülmesi gerekir.

Genellikle kefil tarafından icra takibinden sonra açılan menfi tespit ve istirdat davaları, İİK 72 / son hükmüne göre davalının (alacaklının) yerleşim yerinde veya icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinde görülebilir. Fakat icra takibinden önce menfi tespit açılacaksa, yine genel hükümlere göre yetkili olan yerde dava açılabilir.

İtirazın iptali davalarında yetkili mahkeme konusunda da İİK’nda özel bir kural getirilmiş değildir. Bu sebeple, kefalet sözleşmesinden doğan davalardaki yetkili mahkeme neresiyse, itirazın iptali davasında da aynı mahkeme yetkilidir. Fakat menfi tespit ve istirdat davaları için getirilmiş bulunan İİK 72 / son hükmünde geçen, icra takibinin bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili olmasına ilişkin kural benzeri bir hüküm, itirazın iptali davaları için söz konusu değildir. Bu sebeple doktrinde, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinin (sırf bu sebeple) yetkili olmayacağı, yetki konusunun ancak Kanunla düzenlenebileceği gerekçesiyle ileri sürülmüştür⁵⁸. Buna göre, eğer icra takibinde borçlu tarafından yetki itirazında bulunulmamışsa, bu icra takibine yönelik itirazın iptali davasının aynı yerdeki mahkemede açılması halinde, davalı yetkisizlik savunmasında bulunabilir⁵⁹.

D. Kefilin Ölmesinden Sonra Açılan Davalarda Görevli ve Yetkili Mahkeme

Kefil ölmüşse, alacaklı tarafından kefilin mirasçılara karşı veya kefilin mirasçıları tarafından alacaklıya karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin, yukarıda açıklananlardan farklı bir yanı yoktur.

Fakat yetkili mahkeme konusu özel olarak incelenmelidir. HMK 11 / I (b) bendine göre terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak tüm davalar, murisin son yerleşim yeri mahkemesinde görülür ve bu yer mahkemesinin yetkisi kesin yetkidir.

⁵⁸ KURU (İcra 2016) s.147; KURU (El Kitabı) s.252; BORAN GÜNEYSU s.218.

⁵⁹Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 16.04.2001, 2193/2927: “İcra Dairesinin yetkisine itiraz edilmemesi o yerdeki mahkemeyi itirazın iptali davası yönünden yetkili hale getirmez.” (Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası). Benzer kararlar için bkz. KURU (El Kitabı) s.252, dn.23.

Bu hüküm mirasçılarının elbirliğiyle hak sahipliği ilkesi gereğince birlikte hareket edeceği haller için geçerlidir⁶⁰. Yoksa mirasçıların müteselsilen sorumlu olduğu hallerde, bu hüküm uygulanmaz⁶¹.

Bu sebeple, ölmüş kefilin borçlarından mirasçılar müteselsilen sorumlu olduğuna göre (TMK 641/I), alacaklı mirasçıların her birine (mirasçının) kendi yerleşim yerinde dava açabilir (HMK 6).

Ayrıca belirtelim ki, kefilin borcunun para borcu olması ve bunun sözleşmeden doğması nedeniyle, (aksi kararlaştırılmamışsa) bu para borcunun ifa yeri alacaklının yerleşim yeri olduğundan (TBK 89), alacaklı kendi yerleşim yerinde de dava açılabilir (HMK 10).

E. Kefil Hakkında İflas Yoluyla Takibe Girişilmesi, Kefilin Doğrudan İflasının İstenmesi Hallerinde Görevli ve Yetkili Mahkeme / İcra Dairesi

Kefil iflasa tabi kişilerden, onun hakkında iflas yoluyla takibe girilmek istendiğinde yetkili icra dairesi, kefilin işletme merkezinin / merkezinin bulunduğu yerdeki icra dairesidir (İİK 154).

Kefil hakkında doğrudan iflas davası açılacaksa, görevli mahkeme daima ticaret mahkemesi olup, yetkili mahkeme yine davalının işletme merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olacaktır⁶².

VIII. SONUÇ

Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi, geçerli ve mevcut bir temel borcun varlığına bağlıdır. Bu sebeple kefaletle temin edilen asıl borç mevcut değilse veya sona ermişse, kefalet sözleşmesi de hükümsüz olur.

Kefalet sözleşmesinin varlık ve geçerliliğinin asıl borca bağlı olması, kefilin sorumluluğunun asıl borçtan kaynaklandığı anlamına gelmez. Kefil asıl borcun borçlusu olmayıp, kefilin sorumluluğu, temel ilişkiden ayrı bir sözleşme olan kefalet sözleşmesine dayanır. Bu nedenle, asıl borç ilişkisi için geçerli olan görevli ve yetkili mahkeme, kefil açısından geçerli değildir.

Görevli ve yetkili mahkeme, kefilin sorumluluğu kefalet sözleşmesinden doğduğuna göre, asıl borç ilişkisine göre değil, kefalet sözleşmesine göre belirlenir. Bu nedenle, asıl borç ilişkisinin bir tüketici işlemi olması nedeniyle asıl borç ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinde görülmesi veya asıl borç ilişkisi bir kira

⁶⁰ ÜSTÜNDAĞ s.208; YILMAZ (Şerh) s.142; UMAR (Şerh) s.46.

⁶¹ KURU (C.I) s.493.

⁶² KURU (El Kitabı) s.1107.

sözleşmesi olduğu için sulh hukuk mahkemesinin görevli olması, kefil aleyhine de tüketici veya sulh hukuk mahkemesinde dava açılabileceği anlamına gelmez.

Yargıtay'ın, kefaletin feriliği ilkesini veya kefaletin müteselsil olması durumunda müteselsillik kavramını bir dayanak olarak kullanıp, kefil hakkında da asıl borç ilişkisi yönünden geçerli görevli ve yetkili mahkemenin uygulanacağını kabul eden yaklaşımı, açıklanan gerekçelerle yerinde değildir.

Bu sebeplerle, kefil hakkında dava açılacaksa, kefilin sorumluluğu kefalet sözleşmesinden doğduğuna göre, kefalet sözleşmesine göre belirlenecek olan görevli ve yetkili mahkemenin esas alınması gerekir.

Bu yapılırken davalı olarak sadece kefilin mi bulunduğu, yoksa kefil yanında asıl borçlu veya diğer kefiller gibi diğer bazı kişilerin de mi bulunduğuna göre ayırım yapılmalıdır. Sadece kefil aleyhine dava açılacaksa, görevli mahkeme, çok istisnai bazı durumlar hariç daima asliye hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise, kefilin sorumluluğu kefalet sözleşmesinden doğan para borcu olduğuna göre, genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesinin yanında, alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yeri mahkemesidir. Fakat kefil yanında başka davalılar da varsa, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili olur.

Kaynakça

- ACAR, Özlem: Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015.
- ALANGOYA, Yavuz: Medeni Usül Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), (1965 tarihli Baskıdan Tıpkı Basım) İstanbul 1999.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYYVAZ, Sema: Medeni Usül Hukuku, B.2, Ankara 2016.
- ARSLANPINAR, Tuğçe: Karşı Dava, Ankara 2017.
- AYAN, Serkan: Kefalet Sözleşmesi, Ankara 2018.
- BAHTİYAR, Mehmet / BİÇER, Levent: “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi” (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan C.I, İstanbul 2016, s.395-436).
- BAŞ, Ece: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler” (ÜHFİM 2012/II, s.115-144).
- BECK, Emil: Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich 1942.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: “Yargıtay’ın Bir Kararı Işığında İlamsız İcra Takibinde Yetki İtirazı” (TAAD, Nisan 2016, S.26, s.203-226).
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: Medeni Usül Hukuku, B.2, Ankara 2018.
- BULUŞ, Kasım: Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri, Ankara 2017.
- BULUT, Uğur: Davaların Yığılması, Ankara 2017.

- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.4, Ankara 2017.
- GIOVANOLİ, Silvio: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 7.Teilband Die Bürgschaft, Spiel unt Wette Art.492-515 OR, Bern 1978.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2017.
- GÜNDÜZ, Şefika Deren: Kefalet Sözleşmesinin Şekli, İstanbul 2015.
- KAPANCI, Kadir Berk: “*Türk Ticaret Kanunu’nun 7. Maddesinde Öngörülen “Ticari İşlerde Teselsül Karinesi” Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?*” (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2016/2, s.131-170) (TTK 7).
- KAPANCI, Kadir Berk: Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014 (Birlikte Borçluluk)
- KARA, İlhan: Tüketici Hukuku, Ankara 2015.
- KARTAL, Dilşah Büşra: Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul 2017.
- KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, C.III, İstanbul 2001.
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, B.2, Ankara 2013 (El Kitabı).
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2016 (İcra 2016).
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016 (Usül 2016).
- MEDICUS, Dieter: “*Die Akzessorietaet im Zivilrecht*” (JuS 1971/10, s.497-504).
- ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, B.3, Ankara 2016.
- ÖZEN, Burak: Kefalet Sözleşmesi, B.4, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ Usul, Medeni Usul Hukuku C.1, C.2, C.3, Editörler: Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine / Taş Korkmaz, Hülya, İstanbul 2017 [Anılış: Yazar (Pekcanitez Usul)].
- REİSOĞLU, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013 (Kefalet 2013).
- ŞAHİN Caner, Ayşenur: Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk, İstanbul 2017.
- SCHÖBI, Christian: Die Akzessorietaet der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjaehrung, Zürich 1990.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2 İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmesi, B.3, Ankara 1987.
- TANRIVER, Süha: Medeni Usül Hukuku, C.I, Ankara 2016.
- ULUKAPI, Ömer: Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.
- UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011 (Şerh).
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku C.I-II, İstanbul 2000.
- YILMAZ, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.II, Ankara 2001 (Geçici Hukuki Himaye).
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012 (Şerh).
- ZEVKLİLER, Aydın / ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

