



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 76 Sayı: 2018/1 ISSN 1300-9885



ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ABEM-ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSLERİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Grafik – Tasarım | Graphic – Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2018

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

SARIYILDIZ OFSET KAĞIT AMBALAJ PAZARLAMA TİC. LTD. ŞTİ.

İVOKSAN Ağaç İşleri Sitesi 1358. Sk. No: 31 OSTİM/ANKARA

T: 0312 395 99 95 • F: 0312 394 77 49

www.sariyildizofset.com

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2018 | Presidency of Ankara Bar Association, 2018
Tüm Hakları Saklıdır. All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler | Articles published in this review reflect the
yazarlarına aittir. | views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. Hakan CANDURAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Editör | Editor

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | Peer Editors

Dr. Kasım AKBAŞ

Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Yrd. Doç. Dr. Başak ŞİT

Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Genel Sekreter | General Secretary

Av. Seher KIRBAŞ CANIKOĞLU

Sayman | Accountant

Av. Zeynep TEPEGÖZ

Üyeler | Members

Av. Prof. Dr. Yahya ZABUNOĞLU

Av. Selma ŞAHİN ÇAKIR

Av. Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. Prof. Dr. Ali ERTEN

Av. Behice Bengi GÜMGÜM

Av. Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Av. Bahar KARAKAYA

Av. Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU

Av. Bilal KOLBÜKEN

Av. Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞKEROĞLU

Av. Murat TEZCAN

Doç. Dr. Fatih KESKİN

Av. Emrah ALTUNOĞLU

Av. Nurten ÇAĞLAR YAKIŞ

Av. Seda KÖSE

Av. Mustafa Kürşad COŞKUN

Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU

Av. Gençer HAZİR

Av. Hüseyin Umut BÜLBÜL

Av. Hakan AKARKEN

Av. Aysel NARŞAP ANAR

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

A		
ABDULHAKİMOĐULLARI,	Erdal	Doç. Dr.
ABDULLAHZADE,	Cavid	Doç. Dr.
ABİK,	Yıldız	Doç. Dr.
AĐAR,	Serkan	Dr.
AKBAŞ,	Kasım	Dr.
AKBULUT,	Olgun	Yrd. Doç. Dr.
AKINCI,	Müslüm	Doç. Dr.
AKINCI,	Ziya	Prof. Dr.
AKKAYA,	Mustafa	Prof. Dr.
AKKAYA,	Tolga	Yrd. Doç. Dr.
AKSAR,	Yusuf	Prof. Dr.
ALTAŐ,	Hüseyin	Prof. Dr.
ARAT,	Tuğrul	Prof. Dr.
ARDIĐOĐLU,	M. Artuk	Yrd. Doç. Dr.
ARSLAN,	Aziz Serkan	Yrd. Doç. Dr.
ARSLAN,	Çetin	Prof. Dr.
ARSLAN,	Ramazan	Prof. Dr.
ARTUK,	Mehmet Emin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zehrettin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zühtü	Prof. Dr.
AŐIK,	İbrahim	Yrd. Doç. Dr.
ATALI,	Murat	Doç. Dr.
ATAY,	Ender Ethem	Prof. Dr.
ATILGAN,	Eylem Ümit	Yrd. Doç. Dr.
AVCI,	Mustafa	Doç. Dr.
AYDIN,	Ramazan	Yrd. Doç. Dr.
AYDIN,	Ufuk	Prof. Dr.
AYDOS,	OĞuz Sadık	Doç. Dr.
B		

BAŐPINAR,	Veysel	Prof. Dr.
BAŐTERZİ,	Süleyman	Doç. Dr.
BAYAR,	İbrahim Nihat	Yrd. Doç. Dr.
BAYKAL,	Ferit Hakan	Prof. Dr.
BAYKAL,	Sanem	Doç. Dr.
BELEN,	Herdem	Doç. Dr.
BIÇAK,	Vahit	Prof. Dr.
BÜYÜKTANIR,	Burcu	Dr.
C-Ç		
CAN,	Mertol	Prof. Dr.
CAŐIN,	Mesut Hakkı	Prof. Dr.
CENTEL,	Nur	Prof. Dr.
CENTEL,	Tankut	Prof. Dr.
CİN,	Halil	Prof. Dr.
ÇAĞAN,	Nami	Prof. Dr.
ÇAĞLAR,	Hayrettin	Doç. Dr.
ÇALIŐKAN,	Yusuf	Doç. Dr.
ÇEÇEN,	Anıl	Prof. Dr.
ÇETİNER,	Selma	Prof. Dr.
ÇOLAK,	N. İlker	Doç. Dr.
D		
DEĞİRMENCİ,	Olgun	Doç. Dr.
DEMİR,	İsmail	Yrd. Doç. Dr.
DEMİR,	Mehmet	Prof. Dr.
DEMİRAY,	Nezahat	Yrd. Doç. Dr.
DEMİRAYAK,	Ezgi Başak	Yrd. Doç. Dr.
DEMİRBAŞ,	Timur	Prof. Dr.
DEMİRCİOĞLU,	H. Reyhan	Yrd. Doç. Dr.
DOĞAN,	Murat	Prof. Dr.
DÖNER,	İsa	Yrd. Doç. Dr.

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

DÜLGER,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
DÜLGER,	Murat Volkan	<i>Doç. Dr.</i>

E

ERDAĞ,	Ali İhsan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mete	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mustafa Ruhan	<i>Prof. Dr.</i>
EREN,	Fikret	<i>Prof. Dr.</i>
ERGİL,	Doğu	<i>Prof. Dr.</i>
ERİŞ,	A. Uğur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERKAL,	Atila	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
EROĞLU,	Muzaffer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERTEN,	Rifat	<i>Doç. Dr.</i>
ERZURUMLUOĞLU,	Erzan	<i>Prof. Dr.</i>
ESKİYÖRÜK,	Serhat	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

F

FENDOĞLU,	Hasan Tahsin	<i>Prof. Dr.</i>
FEYZİOĞLU,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>

G

GEMALMAZ,	Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKER,	Çenker	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKTÜRK,	Neslihan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖLE,	Celal	<i>Prof. Dr.</i>
GÖNENÇ,	Levent	<i>Doç. Dr.</i>
GÜLŞEN,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNAL,	Nadi	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNDAY,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNEYSU,	Gökhan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEYSU BORAN,	Nilüfer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEŞ,	Ahmet	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNGÖR,	Devrim	<i>Doç. Dr.</i>

GÜNGÖR,	Gülin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜVEN,	Kudret	<i>Prof. Dr.</i>

H-İ

HACIMAHMUTOĞLU,	Sibel	<i>Doç. Dr.</i>
HAFIZOĞULLARI,	Zeki	<i>Prof. Dr.</i>
HAKERİ,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
HASPOLAT,	Mehmet Emin	<i>Doç. Dr.</i>
İNAN,	Ali Naim	<i>Prof. Dr.</i>
İŞGÜZAR,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>

K

KABOĞLU,	İbrahim Özden	<i>Prof. Dr.</i>
KANADOĞLU,	Korkud	<i>Prof. Dr.</i>
KAPLAN,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
KARAKAŞ,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KARAKEHYA,	Hakan	<i>Doç. Dr.</i>
KARAN,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
KATOĞLU,	Tuğrul	<i>Prof. Dr.</i>
KAYA,	Emir	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KENT,	Bülent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESER,	Hayri	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESKİN,	Fatih	<i>Doç. Dr.</i>
KILIÇOĞLU,	Ahmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCA,	Mahmut	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAMAN,	Arif B.	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	A. Mehmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	N. Kağan	<i>Dr. iur.</i>
KOCAOĞLU,	S. Sinan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KORKMAZ,	Fahrettin	<i>Prof. Dr.</i>
KORKUT,	Levent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KUÇURADI,	İonna	<i>Prof. Dr.</i>

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KÜÇÜKGÜNGÖR,	Erkan	<i>Prof. Dr.</i>
M		
MOLLAMAHMUTOĞLU,	Hamdi	<i>Prof. Dr.</i>
MUMCUOĞLU,	Maksut	<i>Prof. Dr.</i>
O-Ö		
ODYAKMAZ,	Zehra	<i>Prof. Dr.</i>
OKUR,	Ali Rıza	<i>Prof. Dr.</i>
ONAR,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
OZANEMRE YAYLA,	Hatice Tolunay	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
OZANSOY,	Cüneyt	<i>Doç. Dr.</i>
ÖKÇESİZ,	Hayrettin	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBEK,	Mustafa S.	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZBEK,	Veli Özer	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBUDUN,	Ergun	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZCAN,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Demet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Mehmet	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZEKES,	Muhammet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEL,	Çağlar	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEN,	Muharrem	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZGENÇ,	İzzet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAN,	İşıl	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAZANÇ,	Alev	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTAN,	Bilge	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Bahri	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Kaya Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
R		
RUHİ,	Ahmet Cemal	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

S-Ş		
SARAN,	Biröl	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYGIN,	Engin	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYHAN,	İsmet	<i>Doç. Dr.</i>
SEVGİLİ,	Didem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SEZGİNER,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
SIRMA,	Özge	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SOYASLAN,	Doğan	<i>Prof. Dr.</i>
SÜRAL,	Nurhan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞAHİN,	Cumhur	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Ersan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN DOĞRAMACI,	Hayriye	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ŞENOCAK,	Kemal	<i>Doç. Dr.</i>
T		
TAN,	Ayhan	<i>Prof. Dr.</i>
TANRIVER,	Süha	<i>Prof. Dr.</i>
TAŞKIN,	Ozan Ercan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TEKİNSOY,	M. Ayhan	<i>Doç. Dr.</i>
TERCAN,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
TEZCAN,	Durmuş	<i>Prof. Dr.</i>
TİRYAKİ,	Betül	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TİRYAKIOĞLU,	Bilgin	<i>Prof. Dr.</i>
TOROSLU,	Nevzat	<i>Prof. Dr.</i>
TUNÇ,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>
TURANBOY,	Asuman	<i>Prof. Dr.</i>
TÜZÜNER,	Özlem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
U-Ü		

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ULUŐAHİN,	Nur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
UYGUR,	Gülriz	<i>Prof. Dr.</i>
ÜÇŐŐİK,	Fehim	<i>Prof. Dr.</i>
ÜNVER,	Yener	<i>Prof. Dr.</i>
ÜYE,	Saim	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÜZÜLMEZ,	İlhan	<i>Prof. Dr.</i>
Y		
YAVUZ,	Bülent	<i>Doç. Dr.</i>
YENGİN,	Halisan	<i>Dr. iur.</i>
YILDIRIM,	Turan	<i>Prof. Dr.</i>
YILDIZ,	Gaye Burcu	<i>Doç. Dr.</i>
YILMAZ,	Ejder	<i>Prof. Dr.</i>
YILMAZ,	Süleyman	<i>Doç. Dr.</i>
YİĞİTER,	Cenk	<i>Dr.</i>
YONGALIK,	Aynur	<i>Prof. Dr.</i>
YUSUFOĐLU,	Fülyüya	<i>Dr. iur.</i>
YÜCEL,	Mustafa Tören	<i>Prof. Dr.</i>
YÜCEL,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
YÜRÜK,	Ayşe Tülin	<i>Doç. Dr.</i>
Z		
ZABUNOĞLU,	Yahya	<i>Prof. Dr.</i>

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) abym@ankarabarosu.org.tr adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örn. Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR. <https://orcid.org/0000-0001-6975-4650>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzelterip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID> Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

7. **Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.**
8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
12. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

BAŞKANIN MESAJI PRESIDENT'S MESSAGES	XIV
Av. Hakan CANDURAN	

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

HAYATIMIZ KAÇ PARA EDER?	23
Prof. Dr. Fuat OĞUZ	
Arş. Gör. Erman BENLİ	

YENİ BİR KURUM OLARAK TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ'NİN TİCARİ İŞLETME REHNİ İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ	53
Dr. Mehmet Ali AKSOY	

İFLAS ERTELEME TALEBİNDE BULUNAN GRUP ŞİRKETLERİNDE “KEFALET” ÇELİŞKİSİ	91
Yrd. Doç. Dr. Fatih KAPLANHAN	

SUÇUN BİÇİMSEL VE MADDİ ANLAYIŞI AÇISINDAN RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA SUÇ KAVRAMI	119
Yrd. Doç. Dr. Emin HÜSEYİNOĞLU	

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN KOSOVA UZMAN DAİRELERİ	147
Doç. Dr. Süleyman Sırrı TERZİOĞLU	

HAVAYOLU İLE SEYAHAT EDEN YOLCULARIN HAKLARININ TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ.....	191
Yrd. Doç. Dr. Ramazan DURGUT	
GELİR VERGİSİ KANUNU TASARLAMAK: İLKE VE TEKNİK.....	219
Yrd. Doç. Dr. Eda ÖZDİLER KÜÇÜK	
6306 SAYILI KANUN KAPSAMINDA RİSKLİ ALANLARDA RİSKLİ OLMAYAN YAPILARIN DURUMU	245
Arş. Gör. Iğın ÖZKAYA ÖZLÜER	
HAKEM KARARLARININ TAMAMLANMASI TALEP EDİLMEDEN AYNI SEBEPLE İPTAL TALEBİNDE BULUNULMASINDA HUKUKİ MENFAAT	271
Seyhan SELÇUK	

BAŞKANIN MESAJI | PRESIDENT'S MESSAGES

Değerli Meslektaşlarım,

Geçen yılın son sayısında bu köşede, “Gönenç ve esenliğimizin, toplumsal barışımızın temel ilkesi, Anayasamızın değişmez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez maddesinde belirtilen “demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti”dir. 2018’de ümidimizi ayakta tutan, Olağanüstü Hal rejimi tarafından askıya alınmış olsa da, Anayasamızın bu hedefidir. 2018’in bu bilinçle, her birimiz ve ulusumuz için umut ilkesini ayakta tutacak bir yıl olması” dileğimi paylaşmıştım.

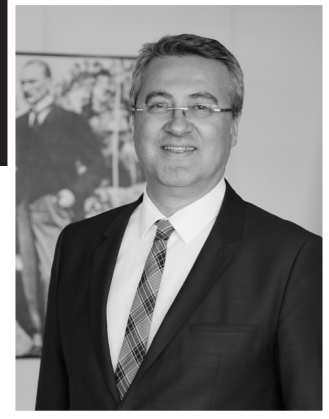
Umut ilkesinden vaz geçmeyiz, biz var oldukça, cumhuriyetimiz de, meslek örgütlerimiz de dimdik ayakta kalacaktır. Biz nasıl umut ilkesinden vaz geçmeyecek isek, iktidar sahipleri de oyun üstüne oyun kurmaktan vaz geçmiyorlar; en son, meslek örgütlerimizi ele geçirme çabası içine girdiler. Kamuoyuna yansıdığına kadarıyla, meslek örgütleri, hükümetin denetiminde, bağlı kamu kuruluşu haline getirilmeye çalışıldığı anlaşılıyor. Tüm kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, bu açık edilen niyete ve muhtemel tasarıya karşı durması gerekir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, yetkilerini Anayasa’dan alan, bu şekliyle de dikey kuvvetler ayrılığının bir parçası, kendi alanlarında anayasal yetki kullanan organlardır. Bütün yetkilerin tek bir kişide toplanması esasına göre işlemeye başlayan rejim içindeki iktidar sahipleri, her şeye sahip olmak, her konuda karar vermek istemekte, bu doğrultuda da önlerindeki -bunca değişikliğe rağmen- en büyük engel olan Anayasa’yı ihtiyaç duyduklarında ihlal etmekten, ülkeyi anayasal bir rejim gibi değil bir monarşi gibi yönetmekten geri durmamaktadırlar.

En son örneği, bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi kararına uymamasıdır.

Hiçbir tartışmaya mahal vermeksizin Anayasamızın 153 üncü maddesinin 1 inci fıkrası “Anayasa Mahkemesi kararları kesindir” 6 ncı fıkrası “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar” diyor. 6216 sayılı Kanun’un “Mahkeme kararları” kenar başlıklı 66 ıncı maddesinin (1) numaralı fıkrası da bu düzenlemeyi tekrar ediyor: “Mahkeme kararları kesindir. Mahkeme kararları Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.”

Anayasa ve Kanun hükmü açık olmasına rağmen, bir mahkemede yargıç olarak görevlendirilmiş kişilerden bazıları, Anayasa Mahkemesi kararına uymayarak hukuk devletinde ağır bir yara açılmasına sebebiyet vermişlerdir. Bu kişiler hakkında HSK tarafından işlem yapıp yapılmadığını bilmiyoruz. Ancak verdikleri kararın hukuk devletini ortadan kaldıran ve Anayasayı hükümsüz kılan niteliğinden kuşku duymuyoruz. Nitekim Anayasa Mahkemesi de;



“Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı verip bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına hükmettiği durumlarda ilgili merciler, ihlal kararının niteliğini dikkate alarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde hareket etmek zorundadır. Buna göre somut olayda derece mahkemelerinin görevi, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin kapsamını değerlendirmek değil Mahkemece tespit edilen ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaktır. Bu zorunluluk, Anayasa’nın 138. maddesi anlamında mahkemelere verilmiş bir emir veya talimatın yerine getirilmesi değil, bir hukuk devletinde mahkemeye erişim hakkının hayata geçirilmesidir. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa’nın 153. maddesinin altıncı fıkrasında, 138. maddesinden farklı olarak, Anayasa Mahkemesi kararlarının yargı organları yönünden de bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. (...)

Anayasa Mahkemesinin bu nitelikteki ihlal kararları sonrasında derece mahkemelerinin, ön koşulunun bulunmadığı tespit edilen tutukluluğu sona erdirmeleri gerekir. Aksi takdirde ihlal ve sonuçları ortadan kaldırılmamış olur. Bununla birlikte daha önce tutuklama gerekçesi olarak gösterilmeyen, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında değerlendirilmemiş olan yeni olgularla suç işlendiğine dair “kuvvetli belirti”nin ortaya konulabildiği oldukça istisnai durumlarda da ihlal kararının gereklerinin yerine getirildiği kabul edilebilir. Ancak derece mahkemelerinin bu husustaki takdir aralığı ilk tutuklamaya göre oldukça sınırlıdır. Böyle bir durumda “kuvvetli belirti”nin yeni olgularla ortaya konulup konulmadığı yönündeki nihai değerlendirme Anayasa Mahkemesine aittir.

Somut olayda Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı mahkemelerince başvurusunun tutukluluk durumu sonlandırılmamış, istisnai halin varlığı da ortaya konulmamıştır.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin başvuru hakkındaki kararda tespit ettiği ihlalin ve sonuçlarının derece mahkemelerince ortadan kaldırılmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla suç işlediğine dair “kuvvetli belirti”nin bulunmaması nedeniyle verilen ihlal kararına rağmen başvurusunun tutukluluğunun sonlandırılmamış olması Anayasa’nın 19. maddesinde yer alan güvencelere aykırıdır.

Sonuç olarak mahkemeye erişim hakkının sağladığı güvencelerle de bağdaşmayacak şekilde Anayasa Mahkemesinin tutukluluğa ilişkin ihlal kararının uygulanmaması

nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. (Şahin Alpay 2, § 80, 82, 83, 84, 85, 86)”

Anayasa Mahkemesi bu kararı ile Anayasal konumunu geri kazanmak üzere bir adım ise de, aslında yerel bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi kararına uymama cesaretini gösterebilmesini sağlayan da Anayasa Mahkemesinin kendisiydi. Anayasa Mahkemesi, anayasaya açıkça aykırı sokağa çıkma yasaklarını Anayasaya aykırı bulmadı, milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasını denetlemedi ve nihayet Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerini denetleyemeyeceği yönündeki önceki kararları ile çelişen içtihadı ile kendi kendini kapatmıştı. Yerel bir mahkeme de hem iktidar sahiplerinden hem de Yüksek Mahkemenin iktidar sahipleri karşısındaki bu çekingenliğinden cesaret alarak, verdiği kararla, süreklileşen Olağanüstü Hal koşullarında varlığı iyice tartışmalı hale gelen hukuk devletinin varlığını görünür şekilde ilga etti.

Değerli Meslektaşlarım,

Bizzat iktidar sahipleri tarafından kendilerine uygun dizayn edilen Anayasaya dahi uyulmayan bir ülkede anayasal rejimden, hukukun üstünlüğünden, hukuk devletinden, hülasa adaletten söz etmek mümkün değildir.

Ömer Hayyam, “adalet, evrenin ruhudur” diyor. Herhalde daha güzel ifade edilemezdi, insani varoluşumuzun yöneldiği temel değerlerden biridir adalet. Hakim ve savcı kuralarının “partili” Cumhurbaşkanı Külliyesinde çekildiği bir ülkede yaşıyoruz. Basına ve kamuoyuna açıkladım: “*Hâkim - savcı kurasını Cumhurbaşkanlığı Sarayı’nda çekmek basit bir hata değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesine vurulmuş yeni ve bilinçli bir darbedir.*” Bu basit bir sorun değil, bugün adalet ülkemizin temel sorunu haline gelmişse, bunun nedeni... Kurasını “partili” Cumhurbaşkanı huzurunda çeken, beratını “partili” Cumhurbaşkanı’ndan alan hakim ve savcı, hele de “parti ilçe başkanlığından ya da yöneticiliğinden gelen” hakim ve savcı, tarafsız ve bağımsız olabilir mi? Olmadığını ve olmadığını yaşayarak da öğreniyoruz.

Aktardığımız Anayasa Mahkemesi kararı hukuk devletine dönüşün önünü açar mı bilemiyoruz. Ancak hukuk devletinin el birliği ile yürütüme ve yargı tarafından ortadan kaldırılması o kadar aleni hale geldi ki, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yıldönümü serenomisinde Sayın Cumhurbaşkanı’nın ağzından şunları duyduk:

“Devleti yönetenlerin yaptığı adaletsizlik en azından hukuk yoluyla telafi edilebilirken, yargının sebep olduğu adaletsizliğin telafisi yoktur. Bunun için de adalet rahmet olarak görülür, yani ilahi bir önem atfedilir adalet, eğer bir ülkede halk bunalmış ve ellerini semaya açarak adalet çığılığı atar hale gelmişse oradaki yargı sisteminde bir sorun var demektir. (...)

Zaman zaman mahkemelerimizin, yüksek yargı kurumlarımızın, Anayasa Mahkemesimizin kararlarını eleştirdiğimiz olmuştur, bundan sonra da olacaktır. Ama hiçbir zaman bu kararları yok saymadık, gereğini yerine getirme konusunda asla tereddüde düşmedik. Eleştirmek başkadır, tabi olmak başkadır. Biz adaletin tecellisi konusunda

farklı bir görüşe sahip olduğumuz için eleştirme hakkına elbette sahibiz. Ama bunlara uyup-uyumama konusunda layüsel değiliz. Herkes gibi biz de mahkemelerimizin kararlarına neticede uyuyoruz, uymaya da devam edeceğiz. Katılmadığımız hususlardaki mücadelemizi vereceğimiz alanlar bellidir. Eğer sorun kanundaysa, yasama organında bu mücadeleyi vereceğiz. Eğer sorun uygulamada ise, yürütme organında gereğini yapacağız. Bu süreçte önemli olan hakim ve savcılarımızın hukukun tesisi konusundaki hassasiyetlerinden adalet terazisini dengede tutma konusundaki kararlılıklarından asla geri adım atmamalarıdır. Hakimlerimiz, savcılarımız kendilerinden yaptıkları işin kanuna, hukuka, özellikle de hukuka, vicdanlara ve adalete uygun olduğundan eminseler, gerisi yasamanın-yürütmenin işidir, onlar rahat olsunlar.”

Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın bu sözleri ayakta alkışladığını haberlerde okuduk. Anayasa Mahkemesi kararına iktidar sahiplerini sevindirmek için uymayan hakimler ve savcılar, halen de görevlerini hukuk ve vicdanları ile değil, Bakanlık emirleri ile yerine getiren hakim ve savcılar, Sayın Cumhurbaşkanının müdahil olduğu davalarda, şu ya da bu sebeple, sevgisinden ya da korkusundan hukuk ve vicdanı unutan hakim ve savcılar da herhalde alkışlamışlardır!

Daha fazla ne diyelim! Hukuk devletinin hali pür meali budur.

Değerli Meslektaşlarım,

Sayın Cumhurbaşkanı, bu yüzden hem haklıdır hem de bu sonuçtan bizzat sorumludur; ülkemizde adalet çılgınlıkları arşa ulaşmıştır, halkımız, “hak, hukuk, adalet” istemekte, yargıya güvenmemektedir. İktidar sahibi bir milletvekili, tahliye borsaları kurulduğunu söylemiştir. Bu utancın tarafı değiliz, aksine, adaletin tecellisi için tüm adaletsizlik zinciri içerisinde gerektiğinde iktidar sahiplerini karşımıza alarak mücadele eden, halkın savunma hakkını korumaya çalışan avukatlar olarak halkımızın çılgınlığına bir nebze de yetişebilme onuruna, avukatlık onuruna tarafız.

Bu tür dönemlerde, hukuk devletini savunmak, engizisyon karşısında hakikati savunmak kadar zordur. Bu zorluğa göğüs gererek halkın haklarını meslek onurunun temel ilkesi haline getiren meslektaşlarıma teşekkürü bir borç biliyorum. Elbette aramızda, iktidar sahiplerinin dahi itiraf ve itiraz ettikleri adalet sorunlarını yok sayan, iktidara ayak uydurmayı en büyük adalet sayanlar da vardır; görüyoruz, izliyoruz, hızlıca yargıç ve savcı olarak atanıyorlar. Kendilerine hukuk ve vicdanı hatırlatıyoruz: Hukuk devletinde, parti başkanlığından yargıçlığa terfi edilenlerle yürünemeyeceğini unutmamaları gerekir.

Değerli Meslektaşlarım,

Önemli bir sorun olarak önümüze gelen bilirkişilik konusunda bir ilerleme kat ettik.

Biliniyor, Ankara Barosu bütün eylem ve kararlarında, hukuk devleti ve insan haklarını, avukatların mesleki/özlük sorunlarını temel ilke olarak görerek birlik ve bütünlük içinde hareket etti ve etmeye de devam ediyor.

Bilirkişilik sorununa da benzer şekilde yaklaştık ve sonuçta, hukukçu bilirkişiye konulan bariyer, bizim teklif ettiğimiz şekliyle aşıldı. Geçen sayımızda, bilirkişilik sorununda “Sizlerle birlikte, soruna çözüm üretmeye yönelik çalışmalarımıza devam edeceğiz. Bu konuda, müzakereyi esas alarak, çözümün parçası olmaya gayret ettiğimizi bilmenizi isterim” demiştim. Sorunun teklif ettiğimiz biçimde çözüldüğünü belirtmek isterim. Bu süreçte bize güvenen ve bizimle birlikte hareket ederek, sorunun çözümünde yol almamızı sağlayan bilirkişi meslektaşlarımıza teşekkürü bir borç biliyorum.

Değerli Meslektaşlarım,

Ceza Muhakemesi Kanunundan kaynaklanan zorunlu avukatlık, müdafilik soruşturma sürecindeki hukuka aykırılıkların ve hak ihlallerinin önlenmesinde birincil önemde bir düzenlemedir.

Adli Yardım ile birlikte CMK'dan kaynaklanan zorunlu müdafilik sistemi, avukatların halkın adalete erişimi, daha açık deyişle bir hukuk devletinde mahkemeye erişim hakkının hayata geçirilmesi bakımından işlev edindikleri önemli kurumlardır.

Yayınlanan CMK Ücret Tarifesi meslektaşlarımızın burada üstlendikleri özveriyi karşılamaktan uzak olduğundan, Ankara Barosu tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin 2018 Yılı Tarifesi'nin iptali ve yürütmesinin durdurulması için Danıştay 8. Dairesi'nin 2018/849 E. sayılı dosyası üzerinden dava açılmıştır.

Değerli Meslektaşlarım,

Ankara Barosu olarak, ilk avukatlık akademisinin, AVSA'nın kuruluşunu gerçekleştirmiş olmaktan da haklı bir gurur duyuyoruz. AVSA, meslek içi eğitim faaliyetlerine başarı ile devam ediyor, bir akademi olmanın gerektirdiği araştırma faaliyetleri de zenginleştirerek çalışmalarını başarı ile sürdürmeye devam edeceğinden kuşku yok: Büyük bir özveri ile çalışmaları yürüten AVSA gönüllüsü meslektaşlarıma teşekkürü bir borç biliyorum.

Bu vesileyle tarihe geçmiş bir eğitim kurumumuzu da anmak isterim: Köy Enstitüleri, aydınlanmanın, çağdaşlaşmanın ve kalkınmanın okullarıydı. Yeni kurulan bir devletin kalkınmasında ilk basamaklardan olan, halkı yoksulluk ve bilgisizlikten kurtaran Köy Enstitülerini her kuruluş yıl dönümünde ilham verici bir deneyim olarak hatırlıyoruz ve hatırlamaya da devam edeceğiz.

Değerli Meslektaşlarım,

Cumhuriyetimizin en temel kazanımlarından biri, toplumsal cinsiyet eşitliği doğrultusunda gerçekleştirdiği devrimlerdir. Türk Devrimi'nin modern bir ulus devleti inşa ederken yöneldiği iki temel ilke, laiklik ve toplumsal cinsiyet eşitliğidir.

Toplumsal cinsiyet eşitliği kapsamında yürüttüğümüz çalışmalara aralıksız devam ediyoruz. Gelincik de bunlardan biri. Gelincik, yedi yılda çok ama çok önemli

işler yaptı ama söz konusu şiddet mağduru kadınlar olunca Gelincik'in kuruluş yıl dönümleri için 'kutlama' demek, benim yüreğimi burkuyor.

Keşke bu ülkede hiçbir kadın öldürülme, dövülme, taciz edilmese, tecavüze uğramasa, ayrımcılığa tabi tutulmasaydı da biz de bu merkezi kurmak zorunda kalmayıydık. Hep vurguluyorum; kadın hakkı, insan hakkıdır. Kadına yönelik her türlü şiddet ve ayrımcılık da bir insan hakkı ihlalidir.

Kadına yönelik siyasi ve hukuki ayrımcılık da, kadına yönelik bir şiddet biçimi, bir hak ihlalidir. Bu nedenle TBMM Başkanı İsmail Kahraman tarafından gerçekleştirilen ayrımcılığa karşı tepki gösterdik. Açıklamamı aynen paylaşmak, kayda geçmek isterim:

“Sonunda bu da oldu. Kadınlar, bu kez hiç olmaması gereken bir yerde, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) çatısı altında ayrımcılığa uğradılar. TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu tarafından 18 Mart Çanakkale Anması kapsamında “Birinci Meclis, Gazilik ve Şehitlik Ruhu” temasıyla düzenlenen Meclis Sohbetleri programında kadın tiyatrocuların sahneye çıkmasına son anda izin verilmedi.

Kadınlara TBMM çatısı altında reva görülen bu tutumun adı, sadece ayrımcılık değildir. Aynı zamanda cinsiyetçiliktir, gericiliktir, yobazlıktır. Ve bu tutumun baş sorumlusu, Cumhuriyetle, Atatürk'le, laiklikle sorunu olduğunu defalarca ortaya koymaktan çekinmeyen TBMM Başkanı İsmail Kahraman'dır.

TBMM Başkanı, kadınların bu ülkede her zaman başrolde olduğunun belli ki farkında bile değildir. Kurtuluş Savaşı'nı kadınlarla erkeklerin omuz omuza birlikte kazandığının; Halide Onbaşı'nın, Nezahat Onbaşı'nın, Şerife Bacı'nın, Erzurumlu Kara Fatma'nın, Halime Çavuş'un, Hafız Selman'ın, Gördesli Makbule'nin, Emir Aışe'nin, Tayyar Rahmiye'nin ve Kurtuluş Savaşı'nın daha binlerce kadın kahramanın farkında değildir. Başkanlığını yaptığı Meclis'in kadın - erkek eşitliğini sağlamakla yükümlü olduğunun ve sırf bu nedenle bir komisyon bile kurduğunun da farkında değildir. İsmail Kahraman, son tutumuyla o koltuğa layık biri olmadığını bir kez daha ispatlamıştır ve görevinden derhal istifa etmelidir.”

Değerli Meslektaşlarım,

Ekoloji mücadelelerinin geleceğimizi kazanma mücadelesi olduğunun bilincindeyiz. Bu nedenle, Ankara 9. Asliye Ceza Mahkemesi'nde başlayan, Cerattepe'de madencilik faaliyeti yapan şirketin Ankara'daki binası önünde protesto eylemi gerçekleştirmek isteyen gruba karşı açılan ceza davasında, tüm sanıkların müdafii olarak ilk duruşmaya, meslektaşlarımla birlikte katıldık.

Değerli Meslektaşlarım,

Toplumsal sorunlarımız çok çeşitlidir. Şahsen önem verdiğim bir konuyu da paylaşmak isterim: 2 Nisan Otizm Farkındalık Günü'nde bir bireyin daha hayata tutunmasında yardımcı olabiliriz!

Erken tanı ve özel eğilim ile yaşlılarıyla aynı düzeyde yaşamını sürdürebilen bireyler sosyal hayatta sık sık ayrımcılığa uğruyor. Otizmli bireylerin sosyal hayatta daha aktif olmaları için düzenlenen kampanyalara destek olalım, “FARKINDAYIM” diyelim.

Değerli Meslektaşlarım,

İki güzel insanı, bir şairi ve hocaların hocası değerli bir hukukçuyu yitirdik.

Şiirleriyle duygulara hayat veren, çevirdiği dünya eserleriyle ufku genişleten, farklı türlerden yazılarıyla edebiyat dünyasına katkılar sunan; şair, gazeteci, çevirmen, oyuncu, yazar Ülkü Tamer’i saygıyla anıyorum. Bu kadar geniş bir yelpazede büyük işler yapmış bir duayeni kaybetmek, bizleri derinden yaraladı. Başımız sağ olsun.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi emekli öğretim üyelerinden ve Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Yahya Kazım Zabunoğlu hocamız da vefat etti. Hocamıza Allah’tan rahmet, ailesine, meslektaşlarımıza ve tüm sevenlerine sabır dilerim.

Değerli Genç Meslektaşlarım,

“İlebet Payidar Türkiye Cumhuriyeti” sempozyumunu başarı ile gerçekleştiren kurulumuza teşekkür ederiz. Bu sempozyum, Ankara Barosu’nun Atatürk’ün yolunda, çağdaş ve evrensel hukuk ilkeleri ile hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını koruyan ve yücelten çizgisini sürdüreceğinin bir göstergesi olmuştur.

Büyük Önder Atatürk’ün Türkiye Cumhuriyeti’ni gençlere emanet ederken kastettiği günler yakındır. O nedenledir ki Atatürk’ün Gençliğe Hitabesi’ni bir kez daha, ama bu sefer ezberden değil, dikkatle ve özümseyerek okumamız gerektiğine inanıyorum. Büyük Önder’in gençliğe verdiği birinci vazife, Türk istiklâlini, Türk Cumhuriyeti’ni, ilelebet muhafaza ve müdafaa etmektir.

Mustafa Kemal Atatürk’ün naçiz vücudu toprağa karışalı çok oldu. Ama O’nun en büyük eseri olan Türkiye Cumhuriyeti’nin, gençlerin emanetçiliğinde ilelebet payidar kalacağından zerre kadar kuşku duymuyorum.

Değerli Meslektaşlarım,

Bugün her zamankinden daha fazla birlikte olmaya ihtiyacımız var.

Mesleğimiz ve meslek örgütümüz tehdit altında!

‘BİR’liğimizden, beraberliğimizden, bilgimizden, birikimimizden ve cesaretimizden korkanlar, mesleğimizi ve meslek örgütlerimizi tehdit ediyorlar.

Gün, bilgiyle, tecrübeyle ve cesaretle BİRLİKTE direnme günüdür! Daha önce de bu saldırılar oldu, bölünmeyerek, birlikte direnerek başladık!

Hep birlikte, mesleğimizin geleceğini karartmalarına izin vermeyeceğiz! Baromuzu parçalamalarına müsaade etmeyeceğiz!

İlk günkü heyecanla ve tecrübeyle, yeniden ve yine, hep BİRLİKTE, siz değerli meslektaşlarımızın rehberliğinde meslek örgütümüzü savunmaya devam ediyoruz.

Desteğiniz sürdükçe de devam edeceğiz.

Saygılarımla.

Avukat Hakan CANDURAN

Ankara Barosu Başkanı

HAYATIMIZ KAÇ PARA EDER?*

Prof. Dr. Fuat OĞUZ**

Arş. Gör. Erman BENLİ***

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-2277-2832

Makalenin Geldiği Tarih: 21.01.2016 **Kabul Tarihi:** 20.10.2017

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ekonomi Bölümü.

*** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

ÖZ

Hayatın istatistiksel değeri (HİD), hem ekonomik ve sosyal düzenlemelerde hem de tazminat hesaplaması gibi yargı süreçlerinde önemli bir yer tutmaktadır. Ülkemizde, düzenleyici otoriteler, düzenlemelerini HİD’i esas alarak yapmamaktadır. Mahkemelerde kullanılan yöntem insanı bir sermaye malı olarak gören yaklaşımı esas almaktadır. Bu yaklaşım, önleyicilik amacı yerine zararın telafisi amacını gütmektedir. Bu çalışma, HİD’i, hesaplama yöntemlerini ve ölüm tehlikesi ile uygulamada ortaya çıkan sorunları açıklamaktadır. Çalışmada ayrıca, Türk hukukunda tazminat hesabının, HİD yöntemine göre yapılması önerilmektedir. HİD yöntemi, birtakım sınırlılıkları bulunmasına rağmen geleneksel yönteme kıyasla sosyal faydası daha fazla olan bir yöntemdir.

Anahtar Kelimeler: Hayatın İstatistiksel Değeri, Ölüm Riski, Regülasyon, Tazminat Hesaplaması.

WHAT ARE OUR LIVES WORTH?

ABSTRACT

The Value of Statistical Life (VSL) plays a crucial role in both economic and social regulations and compensation damages in courts. In Turkey, independent regulatory agencies do not calculate VSL in regulatory rules. Courts use the old method of taking individuals as capital goods. This method aims to include compensation rather than preventive measures. This article explains VSL, its calculation methods, different approaches to mortality risks and problems in real life applications. In addition to these, authors propose that compensation should be calculated in accordance with the method of VSL Turkish civil law. Although, the VSL method has some constraints, its social benefit is more than the old method.

Keywords: The Value of Statistical Life, Mortality Risk, Regulation, Compensation Calculation.

GİRİŞ

Hayatınızın parasal değeri nedir? Diğer bir deyişle, bir hukuk sistemi insan hayatına ne şekilde parasal bir değer vermelidir? Bu soruyla doğrudan karşılaştığımızda, genellikle cevabımız hayatın değerinin parayla ölçülemeyeceği şeklindedir. Böyle bir soruyu, ahlaka aykırı bir soru olarak düşünürüz. Ancak, bu soru gerek kamu politikalarının oluşturulmasında gerekse de yargılama süreçlerinde sıkça ve örtülü olarak gündeme gelmektedir. Sorunun bu kadar açıkça sorulduğu örnekler nadir olsa da, hepimiz hayatımıza parasal değer biçen kararları her gün veririz. Örneğin, kırmızı ışıktan geçmeye karar verdiğimizde; kaza olasılığı, ölüm riski ve kırmızı ışıktan geçmekten beklenen faydayı hızlı bir şekilde karşılaştırırız.

Bu makalenin temel amacı, hayatın parasal değerine ilişkin tartışmaları değerlendirmek, hesaplama yöntemlerini tanıtmak ve bu yöntemlerin kamu politikaları ve hukuk alanlarında nasıl uygulandığını ortaya koymaktır. Çalışmada ayrıca, Türk hukukundaki tazminat hesabının insanı sermaye unsuru olarak değerlendiren gelir esaslı geleneksel yöntem yerine (insanın kendi hayatına atfettiği değeri esas alan) HİD yöntemine göre yapılması önerilmektedir.

HİD'in hesaplanmasında kurumlar değişik yaklaşımları tercih edebilmektedir. Örneğin, regülasyon otoriteleri ile mahkemelerin yaklaşımları birbirinden farklı olabilmektedir. Mahkemelerin sadece ardıl (ex post) zararı tazmin tercihi ile regülatif yaklaşımdaki caydırıcılık ilkesi arasındaki ilişki de bu makale çerçevesinde ele alınacaktır.

Makalenin birinci bölümünde, ekonomi literatüründe HİD'e ilişkin çalışmalara yer verilmiştir. İkinci bölümde, HİD'i hesaplamada kullanılan yöntemler incelenmiştir. Üçüncü bölümde, HİD kapsamında kullanılan yöntemlerin uygulandığı alanlar incelenmiştir. Bu kapsamda, regülasyona tabi alanlarda hayatın istatistiksel değerini esas alan yöntemlerin, düzenlemelerin oluşturulmasında ne şekilde kullanıldığı ele alınmıştır. Akabinde, HİD'in hukuk alanında nasıl uygulanabileceği ve Türk hukukuna uygulanabilirliği tartışılmış, hâlihazırda Türk tazminat hukukunda mahkemelerce tazminatın hesaplanmasında kullanılan gelir esaslı hesaplama yöntemi yüksek yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir. Dördüncü bölümde ise konu hakkında genel değerlendirme ve önerilere yer verilmiştir.

I. HAYATIN İSTATİSTİKSEL DEĞERİNİ HESAPLAMADA KULLANILAN YÖNTEMLER

1. Genel Olarak

İnsanlar kesin ölüm alternatifinden kaçınmak için herşeylerini verirler. Daha küçük olasılıklardaki ölüm alternatifinin değeri üzerine ise bireyler her zaman tercihlerde bulunmaktadır. Bu nedenle, HİD hesaplamaları ölüm olasılığındaki küçük değişimler çerçevesinde hesaplanmaktadır. HİD’i hesaplarırken karşımıza çıkan en temel sorun, konunun rasyonel bir şekilde değerlendirilmesindeki güçluktur. Olaylar tek tek incelendiğinde, toplumun HİD’e rasyonel olmayan tepkiler verdiğini gözlemlemekteyiz. Örneğin, basına yansımış olan bir olayda, toplum bir kişinin hayatını kurtarmak için çok büyük maliyetleri üstlenmeye istekli olabilirken, benzer durumdaki başka bireylere karşı tamamen kayıtsız kalabilmektedir. Hayatın değerinin rasyonel hesaplamaya konu edilmesi bu nedenle risklerdeki küçük değişimlerden hareketle mümkün olmaktadır.

HİD’in hesaplanmasının ve devlet kurumları tarafından kullanılmasının temel nedenlerinden birisi, bu tür eşitsizliklerin önüne geçmek ve toplumda asgari bir standartın oluşabilmesine katkı sağlamaktır. Yapılan hesaplamalar, değer yargılarını tamamen ortadan kaldırmamakta, ancak sosyal fayda-maliyet analizlerinin önceki durumlara göre daha objektif ve etkinlik temelli yapılmasını sağlamaktadır. Ülkemizdeki sosyal güvenlik sistemini düşünelim. Kaynakları sınırlı olan Sosyal Güvenlik Kurumu, primler, ödemeler ve ilaç bedelleri gibi pek çok konuda her gün kararlar almakta ve uygulamaktadır. Her kararın ve uygulamanın bir fırsat maliyeti vardır. Dolayısıyla, herkese her istediğini veremediğiniz müddetçe, toplumda bireyler arasında bir tercih yapmanız gereklidir. Bu tercihi yaparken, sosyal refahı en fazla artıracak alternatifin tercih edilmesi, tüm toplumca tercih edilecek bir yaklaşım olacaktır. Bu ise ancak hayatın istatistiksel değerini bilerek mümkün olabilir. Aksi takdirde, yapılan tercihlerin sonuçları doğru tahmin edilemeyecektir.

HİD esas alınarak benzer durumlarda kullanılabilir bir baz değerinin hesaplanması durumunda, geleneksel yöntem kullanılarak verilen tazminat kararlarındaki ve regülasyon uygulamalarındaki etkinsizlikler ve istikrarsızlık kolayca tespit edilebilecektir. Bu nedenle, HİD’i esas alan hesaplama yönteminin tercih edilmesi, hem yargı kararları hem de idarenin düzenleyici işlemlerinde yeknesaklığın tesis edilmesini de sağlayacaktır. Tazminat hesaplamalarının ve düzenleyici işlemlerin, geleneksel gelir esaslı yönetime göre belirlenmesi toplumun genel refah düzeyini de azaltmaktadır. HİD yöntemi, birtakım sınırlılıkları bulunmasına rağmen, geleneksel yönetime kıyasla sosyal faydası daha fazla olan bir yöntemdir.

2. Alternatif Yöntemler

HİD'in hesaplanmasında kullanılan yöntemleri iki ana kategori altında toplamak mümkündür. Bunlar, objektif ve sübjektif yöntemlerdir^[1]. Kullanılan yöntemlerin objektif ve sübjektif olarak ayrıştırılması, HİD'i neye göre hesapladığımız ile doğrudan ilişkilidir. Objektif yaklaşımlar, hayatının değeri hesaplanacak olan ortalama bireyin tercihlerinden bağımsız bir şekilde, bir üçüncü şahıs tarafından yapılan değerlemeleri içermektedir. Sübjektif yaklaşımlar ise bireylerin kendi hayatlarına verdikleri değerleri başlangıç noktası yapmaktadır. Her iki yaklaşımın sonuçları, hem tazminat hukuku hem de regülatif karar verme süreçleri açısından farklılaşmaktadır. Hesaplama yöntemleri arasındaki farkların toplumların genel olarak gelişmişlik düzeyleri ile de doğrudan ilişkisi vardır. İnsan hayatının istatistiksel değeri yükseldikçe, bireyselleşme ve toplumdaki gelişmişlik seviyesi de artmaktadır. Nedensellik ilişkisi bu açıdan bakıldığında iki yönlüdür. Toplumların gelişmişlik düzeyi arttıkça, HİD hesaplamalarında sübjektif yaklaşım daha fazla kullanılmaktadır.

2.1. Objektif Hesaplama Yaklaşımı

Objektif hesaplama yöntemi, bireyin kaybının yol açacağı verimlilik azalmasını esas almaktadır. Birey, bu yöntemde bir tür üretim faktörü olarak kabul edilmekte, işgücü kaybının net bugünkü değeri hesaplanmaktadır. Özellikle tazminat davalarında yaygın olarak kullanılan bu yöntemin pek çok sakıncası bulunmaktadır. Ancak, bu sakıncalara geçmeden önce, yöntemi basit bir şekilde ele almak doğru olacaktır.

Bu yöntemde, bireyin marjinal verimliliği, piyasaların rekabetçi olduğu varsayımıyla, ücretine eşitlenmektedir. Böylece, üretim kaybı ücretlerin toplamı ve ilişkili diğer üretim faktörleri esas alınarak hesaplanmaktadır.

Standart beşeri sermaye yaklaşımında, bir bireyin hayatının topluma olan değeri, gelecekteki üretim potansiyeli ile ölçülmektedir. Gelecekteki emek kazançlarının net bugünkü değeri esas alınmaktadır. Uygulamada, kişinin yaşı, eğitim düzeyi, potansiyel gelir artışı, tüketim kalıpları gibi unsurlar hesaplamada

[1] Literatürdeki sınıflamalar farklı şekiller alabilmektedir. Örneğin, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (*Organisation for Economic Co-operation and Development-OECD*) üçlü bir ayrımı tercih etmektedir. Bunlar, zararın tazmini yaklaşımı, beşeri sermaye yaklaşımı ve ödeme isteği yaklaşımıdır. Kullanılan değerlendirme metodu esaslı yaklaşımların ilk ikisini objektif, üçüncüyü ise sübjektif yöntem olarak saymak mümkündür. Bkz. **OECD: The Value of Statistical Life: A Meta-Analysis**, Working Paper 2010, No. 9, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP\(2010\)9/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP(2010)9/FINAL&doclanguage=en) (Erişim Tarihi: 18.1.2016), ss. 1-33, s. 5.

kullanılmaktadır. Sonuç olarak, net değer, kazançlar ile maliyetler arasındaki farktır. Bu tür hesaplamalar sonucunda; üretim potansiyeli düşük olan emeklilerin, asgari ücretle çalışan eğitimsiz bireylerin ve iyi bir eğitim alma olasılığı düşük gözükken çocukların değerleri oldukça düşük çıkmaktadır. Benzer şekilde, Türkiye'deki davalarda, Türk vatandaşlarının değeri, ortalama olarak gelişmiş ülkelerden gelenlere göre daha düşük hesaplanmaktadır.

Üretim kaybı yaklaşımı, HİD hesaplamalarında taban değer belirlenmesi açısından yardımcı olabilecek niteliktedir. Ancak, bünyesinde ciddi sorunları da barındırmaktadır. Bunlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir^[2]:

1. Bu uygulama bireyin insanlığını dışlamaktadır. Bireyin sağlıklı bir hayatı ne kadar değerli gördüğünü değil, başkalarının (hâkim, bilirkişi vs.) bireyin hayatına ne kadar değer biçtiğini esas almaktadır.
2. Bu yaklaşım, emek piyasasının tam istihdam düzeyinde olduğunu varsaymaktadır. Emek piyasalarında var olan tekel, asimetrik enformasyon vb. aksaklıkların ücretler üzerinde bir etkisinin olmadığı örtük olarak kabul edilmektedir.
3. Ev-içi üretim ve ücretsiz sunulan hizmetler hesaba katılmamaktadır. Bireyin değeri sadece piyasadaki fiyatlar açısından değerlendirilmektedir. Çalışmayan bir ev kadınının hayatının değeri, çalışana göre daha düşük hesaplanmaktadır.
4. Hesaplama kullanılan ücret düzeyi pek çok soruna yol açabilmektedir. Kişinin sahip olduğu potansiyelin hesaplanma biçimi, ilgili sektörde hangi ücret düzeyinin temel alınacağı gibi hususlar analizin objektiflikten ve bilimsellikten uzaklaşmasına yol açmaktadır.
5. Diğer bir sorun, hesaplamada dikkate alınan dönemin uzunluğudur. Kişinin hayat beklentisi gibi faktörler çok katı varsayımlar altında değerlendirilmektedir.
6. Bireylerin iş tercihleri ya da belirli işleri diğerlerine tercih etmesi, tamamen tam istihdam şartları altında kişinin yapabileceği işin en iyisini yaptığı varsayımı altında değerlendirilmektedir. Bu durum, hesaplamada hayatın kalitesine ilişkin değişkenlerin göz ardı edilmesine neden olmaktadır.
7. Belki de en önemli sorun, toplumda adalet ve eşitlik gibi ekonomik olmayan faktörlerin analiz dışı kalmasıdır.

[2] Bkz. **Berger M.L./Murray J.F.:** *Alternative Valuations of Work Loss and Productivity*, Journal of Occupational and Environmental Medicine 2001, Vol. 43(1), s. 18-24.

Bu sorunların ötesinde, beşeri sermaye ve üretim kaybını esas alan yaklaşımların temel bir sorunu ise sosyal iskonto oranının ne olacağına keyfi şekilde belirlenmesidir. İskonto oranının yüzde 5 olması ile yüzde 10 olması arasında çok büyük farklar ortaya çıkabilmektedir. Hayat beklentisinin 80 yıla yaklaştığı bir dönemde, enflasyon beklentileri, Gayri Safi Milli Hâsıladaki (GSMH) artışa ilişkin beklentiler gibi unsurların bireysel tazminat hesaplamalarında önemi oldukça fazladır. İskonto oranı hesaplamasının karmaşıklığı, uygulamada kısıtlayıcı pek çok varsayımın keyfi biçimde kullanılmasını ve birbirinden oldukça farklı değerlerin mahkemelerce benimsenebilmesine yol açmaktadır.

Objektif hesaplama yöntemi, sağlık ve güvenlik regülasyonlarında da bazı tehditlerin olduğundan daha düşük değerlendirilmesine neden olmaktadır. Örneğin, cep telefonlarının yaydığı radyasyon düzeyi pek çok ülkede tartışma konusudur. Ancak, zararın varlığı ve büyüklüğünün hesaplanmasındaki güçlükler, tehlikenin küçük görülmesine yol açabilmektedir. Sübjektif bir yaklaşımın tercih edilmesi durumunda, daha sağlıklı değerlendirmeler yapılmak suretiyle daha etkin ve verimli kamu politikalarının oluşturulması sağlanacaktır.

2.2. Sübjektif Hesaplama Yaklaşımı

Üçüncü kişilerin bireylerin hayatına verdiği değerden hareketle kullanılan beşeri sermaye ya da üretim kaybı gibi yaklaşımların getirdiği sorunlar, bireylerin kendi hayatlarına verdikleri değeri esas alan sübjektif yaklaşımları gündeme getirmiştir.

HİD'e ilişkin çalışmaların temel mantığı, bireylerin kendi kişisel tercihleri ile hayatlarına biçtikleri değerlerin hesaplanmasıdır. Dolayısıyla, hayatın istatistiksel değerinin hesaplanmasında, "hayatımızı koruma altına almak için ne ölçüde risk alıyoruz veya ne kadar harcıyoruz" sorusunun cevabı aranmaktadır^[3]. Bireyler, risk karşısında ya riskten uzaklaşmak için parasal bir tutar ödemeye razı olurlar ya da riski kabul etmek için belli tutarda para talep ederler. Her iki davranış türünde de bireyler servet ve risk arasında bir tercih yaparlar^[4].

2.2.1. Basit Bir Sübjektif Hesaplama Örneği

Sübjektif hesaplamada en yaygın kullanılan yöntem, bireylerin karşı karşıya kaldıkları riskler için biçtikleri parasal büyüklükleri esas almaktadır. Kullanılan iki yaklaşım bireyin riski önlemek için ödemeye razı olduğu tutar (*willingness*

[3] **Brannon, I.:** *What Is A Life Worth?*, Regulation 2005, ss. 60-63, s. 60.

[4] **Ashenfelter, O.:** *Measuring the Value of a Statistical Life: Problems and Prospects*, NBER Working Paper Series, No. 11916, 2006, ss. 1-30, s. 2-3.

to pay – WTP) veya riski kabul etmek için talep ettiği tutar (*willingness to accept – WTA*) yöntemleridir^[5].

HİD'in hesaplanmasında kullanılan standart yöntem, ödemeye bireysel gönüllü olma yöntemi olup, ilk kez 1962 yılında Jacques Drèze tarafından formüle edilmiştir. Daha sonra Jones Lee, Thomas Schelling, Ezra Mishan ve Milton Weinstein vd. tarafından yapılan çalışmalarla önem kazanmıştır^[6].

Ödemeye bireysel gönüllü olma yöntemine konu modelde, veri zaman periyodunda her bireyin sahip olduğu beklenen fayda fonksiyonu tipi

$$E(w,r) = (1-r)u_a(w) + ru_d(w)$$

olup, r süre zarfındaki ölüm riskini, w serveti, $u_a(.)$ bireyin söz konusu süre zarfında hayatta kalması durumunda sahip olduğu fayda fonksiyonunu, $u_d(.)$ ise bireyin söz konusu süre zarfında ölmesi durumunda ortaya çıkan fayda fonksiyonunu ifade etmektedir.

Her bireyin riski önlemek için ödemeye razı olduğu tutar (WTP);

$$E(w-WTP, r') = E(w,r)$$

olup, bu durum riskin " r " den " $r' < r$ " ye kaydığında aynı beklenen faydanın korunmasına imkân tanımaktadır.

Bireyin riski önlemek için ödemeye razı olduğu değerden, hayatın istatistiksel değeri hesaplanabilir. Zira kişinin ölüm veya bedensel zarar görme riskini azaltmak için ödemeye razı olacağı değeri tahmin etmek mümkündür. Örneğin, bir kişi ölüm riskini 1/1000 oranında azaltmak için 100 dolar ödemeye razı ise kişinin kendi hayatına biçtiği zımni değer 100.000 dolardır. Buna göre,

$$VSL = WTP / \Delta r = \frac{100}{\frac{1}{1000}} = 100.000 \text{ dolar.}$$

WTP, anket ve ortalama insanın ödemeye razı olacağı varsayımsal değer gibi yöntemlerle belirlenmektedir. Ayrıca, Turnbull'un parametrik olmayan tahmin edici yöntemi^[7] veya stokastik fayda modelleri^[8] de sıklıkla kullanılmaktadır.

[5] OECD, s. 5; Andersson, H./Treich, N.: *The Value of a Statistical Life*, Lerna Working Papers 2009, ss. 1-36, s. 3.

[6] OECD, s. 5.

[7] OECD, s. 7-8.

[8] OECD, s. 9-10.

HİD'in hesaplanmasında kullanılan bir diğer subjektif yöntem ise WTA yöntemidir. Bu yöntemde, kişinin riski kabul etmek için talep ettiği parasal değer önemli olduğundan, zarar görenin riske ilişkin subjektif tercihinin bilinmesi gerekmektedir. Bu yöntemde, öncelikle riskin objektif değerlemesi yapılır. Genellikle anket yardımıyla yapılan bu çalışmalarda, toplumun riske attığı ortalama parasal değer tespit edilir. Daha sonra, parasal tutar üzerinden her bir bireyin riske ilişkin subjektif tercihi tespit edilir. Ödemeye razı olunan tutar, bu tercihe göre hesaplanır.

3. Veri Kaynakları

HİD'in hesaplanmasında en temel sorunlardan birisi, bireylerin tercihlerine ilişkin verilerin nasıl elde edileceğidir. Veri sorunu, subjektif yöntemlerin kullanılabilmesinin önündeki en ciddi engellerden birisidir. Verilerin temini birkaç alandan sağlanabilmektedir. Bu alanlar aşağıda kısaca açıklanmıştır^[9].

3.1. Açıklanmış Tercihler Yöntemi

Açıklanmış tercihler yöntemi, bireylerin gerçek hayatta vermiş oldukları kararlardan hareket etmektedir. Farzedelim ki, bir kişi yüzde 20 daha riskli bir işi kabul etmek için 500 TL fazla maaşa razı oluyorsa, artan ölüm riski ile onun parasal karşılığı arasında bir değerlendirme yapıyordur. Toplumdaki bireylerin bir kısmı risk-bedel karşılaştırmasında daha riskli işi seçmez iken, bir kısım birey ise bunun uygun bir karşılık olduğunu kabul edebilmektedir. Bu yaklaşımın kendine has bazı sorunları bulunmaktadır. Seçilecek zaman dilimi, emek piyasasının durumu gibi pek çok faktör bireylerin tercihinde belirleyici olabilmektedir. Örneğin, ekonomik bunalım zamanlarında insanların hayatlarına biçtikleri değer düşmektedir. İnsanlar, artan işsizlik nedeniyle daha düşük ücretlerle çalışmaya razı olmaktadır.

Açıklanmış tercihler yaklaşımının taşıdığı yöntemsel sorun, bazı işlerde işe ilişkin riskin pratik olarak sıfır olmasıdır. Bir gökdelendeki büroda çalışan kişi ile aynı gökdelen binanın camlarını dışarıdan silen kişiyi karşılaştırdığımızda, riskteki değişimi sadece yüzdesel bir değişim olarak almak mümkün değildir. Kategorik bir değişim de söz konusudur.

3.2. Saha Çalışması Yöntemi

İnsanların hayatlarına ne kadar değer verdiğini ölçmenin görünürdeki en kolay yolu onlara doğrudan bu soruyu sormaktır. Saha çalışmaları, büyük

[9] Brannon, s. 60 vd.

oranda anket ve daha küçük ölçekte iktisadi deneyleri içermektedir. Anket çalışmalarında, bireylere karşı karşı kaldıkları risklerde marjinal bir artış karşısında ne kadarlık bir ödemeyi kabul edecekleri sorulmaktadır. Örneğin, bir bireye ölüm riskini 10,000’de birden, 10,000’de beşe çıkaran bir durum için 1000 TL almayı kabul eder misiniz?’ diye sorulmaktadır. Eğer, birey evet cevabı verirse, bu sefer ödenecek rakam biraz aşağıya çekilmekte ve kişinin hayır cevabı vereceği düzey bulunmaktadır.

Bu süreç, yeterince büyük bir grup için yapıldığında, ortalama bir birey için HİD bulunabilmektedir. Anket yoluyla HİD’i ölçme çabalarının önemli yön-temsel sorunları bulunmaktadır. Bunların başında, ölüm riskindeki değişmeye verilen tepkinin söz konusu durum gerçekleşmedikçe tam olarak bilinmemesi gelmektedir. Bireyler, bu tür anketlerde diğer pek çok anket çalışmasına göre gerçek görüşlerini daha fazla saklamaktadır. Bu ve benzeri sorunlar, sadece saha çalışmalarını esas alan HİD hesaplamalarına şüpheyle yaklaşmak gerektiğini göstermektedir.

3.3. Pazar Araştırmaları

Bireylerin tercih ettikleri ürünler, hayatlarına verdikleri değeri yansıtabilmektedir. Pazar araştırmaları, özellikle güvenlik amaçlı mal ve hizmetlere ödenen fiyatlardan hareketle yapılmaktadır. Alternatif olarak, herhangi bir mal için ilave güvenlik özelliklerine insanların ne kadar ödemeye istekli oldukları bu kişilerin ölüm riskindeki azalmaya biçtikleri değeri yansıtmaktadır. Pazar araştırmalarından hareketle yapılan çalışmalar arasında otomobillerde hava yastığına ödenmek istenen bedeller sayılabilir. Örneğin bir birey, ölüm riskini 1/10,000 oranında azaltabilecek bir seçeneğe 500 TL ödemeye istekliyse, bu o kişinin hayatına verdiği değer hakkında bir fikir verebilmektedir. Benzer bir hesaplama, bisiklet kaskları, özel güvenlik hizmetleri ve benzeri mal ve hizmetler için de hesaplanabilmektedir. HİD’i pazar araştırmalarından hareketle hesaplamının en önemli avantajlarından birisi, söz konusu mal ve hizmetlerin piyasada bir fiyatının oluşmuş olmasıdır. Özellikle rekabetçi piyasalarda sunulan hizmetler için açıklanmış tercihler yaklaşımında ortaya çıkan sübjektiflik gibi sorunlar ortadan kalkmaktadır.

II. HAYATIN İSTATİSTİKSEL DEĞERİNİ ESAS ALAN YÖNTEMLERİN KULLANILDIĞI ALANLAR

1. Hayatın İstatistiksel Değerini Esas Alan Yöntemlerin Regülasyon Otoriteleri Tarafından Kullanılması

HİD'i esas alan yöntemler, pek çok ülkede özellikle regülasyona tabi piyasalarda düzenleyici kurumlar tarafından öncül (ex-ante) düzenlemelerin oluşturulmasında ve özellikle sağlık, çevre, trafik, iş kazaları gibi kamusal niteliği ağır basan alanlarda uygulanmaktadır. Ölüm riskinin parasal karşılığının hesaplanması hem sosyal kaynakların sınırlılığı, hem de regülasyonlar yoluyla bireylere dönük düzenlemelerin riskleri azaltmadaki rolü nedeniyle önem kazanmaktadır. Ayrıca, söz konusu yöntemin mahkemelerce maddi ve manevi tazminatın hesaplanmasında uygulanabilir olup olmadığı yakın dönemde önemli tartışma konularından biri haline gelmiştir.

Pek çok regülasyon, istatistiki riskleri azaltmayı hedeflemektedir. Otomobillerin emisyon düzeylerinden, yüksek gerilim hatlarının evlere uzaklığına kadar pek çok alanda yapılan düzenlemeler sosyal refahı artırmayı hedeflemektedir. Örneğin, devletin sigortalıların fizik-tedavi hizmetinin ne kadarını karşılayacağı, fayda-maliyet analizi sonucunda verilmesi gereken kararlardır. Bu kararları verebilmek için, düzenleyici otoritelerin insan hayatına parasal bir değer vermeleri gereklidir.

HİD'in hesaplanmaması, kararların sonuçlarının öngörülememesine yol açmaktadır. Sosyal güvenlik alanından bir örnek vermek gerekirse, emeklilerden sağlık hizmetleri için alınan katkı paylarının artırılması, emeklilerin ortalama olarak sağlık düzeylerinin bozulmasına neden olmaktadır. Çünkü ödeme miktarındaki artış, bazı emeklilerin hastaneye gitmekten vazgeçmesine yol açmaktadır. Bununla birlikte, katkı payı alınmaması, ya da alınan katkı payının düşürülmesi, sosyal güvenlik hizmetinin maliyetini artırmaktadır. Fayda-maliyet analizi yapılmadan bu kararların verilmesi durumunda, Sosyal Güvenlik Kurumunun sınırlı kaynaklarının verimsiz kullanılması ve sosyal refahı en fazla artırabilecek şekilde yönlendirilmemesi sorunu ortaya çıkacaktır. HİD, bu açıdan hem sağlık, hem güvenlik regülasyonlarında temel bir yer tutmaktadır.

Benzer şekilde mahkemeler de pek çok alanda insan hayatına parasal değer vermek zorunda kalmaktadırlar. Başta tazminat hesaplamaları olmak üzere, pek çok karar, insan hayatının parasal değerinin ne olduğu ve nasıl hesaplandığı ile doğrudan ilişkilidir.

Yargı ile regülasyon otoritelerinin konuya bakışları birbirinden farklılaşmaktadır. Temel olarak, yargı organı zararı tazmin etmeyi ön plana çıkarırken,

regülasyon otoriteleri kaybın sosyal refah etkilerini esas almaktadır. Haksız fiil hukuku, zararın tazminine yoğunlaşırken, regülasyon politikası optimal risk düzeyini bulmaya çalışır.

Yargı ile regülasyon kurumları arasındaki farkları, bir ölüm olayının regülatif ve yargısal boyutlarından hareketle şu şekilde sıralamak mümkündür^[10]:

- Haksız fiil hukuku hayatta kalanların kaybını telafi etmeyi hedeflerken, regülasyon kayıp üzerinde durur.
- Hukuk, tazminatı kaybedilen gelirin bir fonksiyonu olarak görürken; regülasyon kaybedilen gelire bakmaz.
- Hukuk, davanın spesifik rakamsal değerlerini kullanır; regülasyon genelleştirilmiş bir değer kullanır.
- Hukuk, çocukları, genellikle yetişkinlerden daha değersiz görür; regülasyon çocuk ve yetişkinleri eşdeğer görür.
- Hukuk, yerli ve yabancı arasında bir ayırım yapar; regülasyonlar yabancıları genellikle göz ardı eder.

Aradaki farklar kısmen amaçların farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Hukuk, zarar oluştuğundan sonra tazminini hedeflerken, regülasyon zararın oluşmasını engellemeyi hedefler. Bu nedenle, caydırıcılık unsuru temel bir ayırım konusu olmaktadır. Ancak, sorun bundan daha karmaşıktır. Tazminat caydırıcı değilse, pratik olarak bir değeri olmayacaktır. Bu konu, aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

2. Eski Duruma Getirme İlkesi (*Make Whole Principle*)

Kazalarda tazminatın büyüklüğü hesaplanırken, kazaya uğrayan kişinin refah düzeyini, sanki kaza olmamış gibi bir duruma getirmek esastır. İktisat teorisindeki kayıtsızlık eğrisi yaklaşımını kullanan bu yaklaşımda, bireyi aynı fayda düzeyinde tutacak düzeyde, kazadan dolayı ortaya çıkan sağlık kaybının servet ve refah düzleminde eşdeğeri bulunmaktadır. Kişinin bütünlüğünün sağlanması uygulamada zararın telafi edilmesine indirgenebilmektedir. Ancak, bütünlüğün sağlanması, zararın telafi edilmesiyle aynı değildir. Kişiyi eğer zarar olmasaydı, varsayımsal olarak, olacağı refah düzeyine getirmek kazaları önlemeye dönük güdülerin ve teşvik mekanizmalarının da göz önüne alınmasını getirmektedir.

[10] **Posner, E.A./Sunstein, C.R.:** *Dollars and Death*, John M. Olin Law & Economics Working Paper 2004, No. 222, [http://www.law.uchicago.edu/files/files/222-eap-crs-\\$death-new.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/222-eap-crs-$death-new.pdf) (Erişim Tarihi: 18.1.2016), ss. 1-66.

Sigorta kapsamında ifade edilecek olursa, amaç bireyin gelirinin marjinal faydasının hem kaza sonrası, hem de kaza öncesinde aynı düzeyde olmasını sağlamaktır. Bireyin fayda fonksiyonunun kazadan etkilenmediği düşünüldüğünde, bu yaklaşım toplam fayda düzeyinin kazanın olmadığı duruma eşitlenmesini ifade etmektedir.

Bu yaklaşım, ölüme yol açmayan kazalarda tazminatın belirlenmesinde daha doğru bir sonuç vermektedir. Ölümlü kazalarda ise gelirin marjinal faydasını eski haline getirmek imkânsızdır. Bunun istisnası ancak, bireyin tamamen miras bırakma güdüsüyle hareket ettiği durumlar olabilmektedir.^[11]

Hukukun etkinliği açısından, toplumda kazaların sayısının en aza indirilmesinin temel bir amaç olduğu düşünüldüğünde, ortalama bir birey için subjektif tercihlerden hareket ederek yola çıkmak, güdülerini etkinlik yönünde yönlendirmek açısından doğru bir davranış olacaktır. Zararın telafi edilmesi, sadece piyasa değerleri ile değerlendirildiğinde, etkin olan kazaların teşvik edilmesine ve tedbir düzeyinin optimal seviyenin altında kalmasına yol açacaktır.

3. Haksız Fiil Davaları ve Hayatın İstatistiksel Değeri

Mahkemeler, haksız fiillerden kaynaklanan ekonomik zararları hesaplamaktadır. Zarar genellikle beşeri sermaye yöntemi kullanılarak net bugünkü değer şeklinde hesap edilmektedir. Aşağıda ayrıntılı şekilde tartışıldığı üzere, kaza sonucu ölümlerde potansiyel gelirden tüketim harcamaları ve vergilerin çıkarılmasını esas alan bir yöntem kullanılmaktadır.

Regülasyon otoritelerinin hesaplamalarından farklılaşan bu uygulama, hukuk ile regülasyonun amaçlarının farklı olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır. Mahkemeler, tazminatı sadece sigorta bağlamında telafi edici bir yöntem olarak görmekte ve önleyicilik işlevinin olmadığını kabul etmektedir.

HİD, önleyicilik amacına sahip bir kavram olarak değerlendirilebilir. Bu değer üzerinden yapılan tazminat ödemeleri, sadece zararın telafi edilmesi açısından bakıldığında aşırı sigorta ödemesi gibi görülebilir. Mahkemeler genellikle bu şekilde aşırı ödemelere sıcak bakmamaktadır. HİD temelli hesaplamalar yakın zamana kadar mahkemelerce reddedilmekteydi.^[12] Teorik olarak sorun, önleyici bir tazminat değerinin varlığından ziyade bu zararın bireye ödenmesinden kaynaklanmaktadır.

[11] Bkz. **Viscusi, K.:** *The Value of Life in Legal Contexts: Survey and Critique*, American Law and Economics Review 2000, Vol. 2(1), ss. 195-222.

[12] Bkz. **Ward, J.:** *A Review of Case Law*, The New Hedonics Primer for Economists and Attorneys içinde, İkinci Baskı, 1992.

Bireysel tazminatların ötesinde, düzenleyici güvenlik kurallarının uygulanmasındaki ihmalden kaynaklanan tazminat davalarında, HİD yönteminin uygulanması mahkemelerce kabul edilebilmektedir. Örneğin, bir firmanın tüketicilere karşı yükümlülüğü HİD temelli olarak hesaplanmalıdır. Eğer, bir otomobil firmasının kusurundan kaynaklanan bir kaza olursa, hesaplanacak tazminat düzenleyici güvenlik kurallarının uygulanmasındaki ihmalden kaynaklandığı için, sosyal refahı dikkate alan bir tazminat hesaplaması yapılması doğru olacaktır. Firmalar, regülatif değerleri hesaba kattıklarında güvenlik regülasyonlarına daha fazla özen gösterirler. Pek çok durumda, HİD temelli hesaplamaların sosyal refahı net olarak artırdığı gözlemlenmiştir. Bu nedenle, mahkemeler bu yaklaşımı benimsemektedir^[13].

III. HAYATIN İSTATİSTİKSEL DEĞERİNE İLİŞKİN YÖNTEMLERİN MAHKEMELERCE TAZMİNATIN HESAPLANMASINDA KULLANILMASI VE KONUNUN TÜRK TAZMİNAT HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Türk hukukunda, haksız fiil hukukunun amacının zarara uğrayanın telafi edilmesi olduğu kabul edilmektedir^[14]. Bu noktada, zararın ve tazminatın üçüncü kişilerin zarara uğrayana atfettiği değer üzerinden hesaplanması geleneksel telafi amacı ile uyumludur. Buna karşılık, bizim de katıldığımız görüşe göre, haksız fiil hukukunun amacı yüksek işlem maliyetlerinin yol açtığı olumsuz dışsallıkların zarar verenler tarafından tazminat tehdidi ile öncül olarak içselleştirilmesi suretiyle hukuka aykırı davranışlardan kaynaklanabilecek sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesidir^[15].

Haksız fiil hukukunun telafi amacından ziyade önleyicilik amacını taşıdığı fikrini savunanlar, zarar ve tazminat hesaplamalarında kullanılacak yöntemin de önleyicilik anlayışı ile uyumlu olmasını aramaktadır. Gerçekten, bir yandan telafi amacının öngörülmesi, diğer yandan tazminat hesaplamalarında bu amaçla uyumlu olmayan bir hesaplama yönteminin uygulanması hukuk politikası bakımından tutarlı olmayacaktır.

[13] **Viscusi**, s. 195 vd.

[14] Bkz. **Benli, E.:** *Ekonomik Zarar*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt: 2, İstanbul 2010, ss. 1055-1089, s. 1056, dnt: 1'de anılan yazarlar.

[15] **Benli**, s. 1068.

Telafi amacını öngören haksız fiil hukukunda önleyicilik amacından farklı olarak risk değeri yerine zarar değeri belirlenmekte ve bu değer üzerinden tazminat tayin edilmektedir. Hâlbuki önleyicilik amacının esas alınması durumunda, zarar değeri yerine risk değeri ölçülmekte ve tazminatın konusu risk değeri üzerinden hesaplanmaktadır. Haksız fiil hukukunda önleyicilik amacını öne çıkaran bir hukuk politikasının risk değerini esas alması doğal ve olması gerektirir. Risk değerinin nasıl ve hangi yöntemle göre hesaplanacağı iktisat yazınında tartışmalıdır. Bu tartışmaların ayrıntılarına ilgili kısımda yer verilmektedir.

HİD'e ilişkin hesaplamalarda kişinin kendi hayatına atfettiği subjektif değer esas alınır. Bize göre, haksız fiil hukukunun önleyicilik amacı çerçevesinde maddi ve manevi tazminat taleplerinin HİD'i esas alan yöntemlere göre tayin edilmesi mümkündür ve önleyicilik amacı bunu gerektirmektedir^[16].

Kişilerin risk karşısındaki tercihleri, HİD hesaplamasında belirleyici olmaktadır. Risk değerlemesi yönteminin öncül niteliği, regülasyona tabi alanlarda etkin öncül düzenlemeler yapılmasını sağlamaktadır. Bu nedenle, risk değerlemesi yönteminin regülasyon uygulamalarında kullanılması konusunda ortak bir kabulün bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Buna karşılık, risk değerlemesi yönteminin mahkemeler tarafından uygulanabilirliği oldukça tartışmalı bir konudur. Bize göre, bu tartışmanın kaynağı haksız fiil hukukunun telafi amacında aranmalıdır. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz üzere, telafi yaklaşımının ardıl niteliği, risk değerlemesi yöntemi ile uyumlu değildir. Bu nedenle, söz konusu tartışmada ayırt edici husus, yapılacak karşılaştırmada zarar değeri veya risk değeri yöntemlerinden hangisinin nesnel olarak iktisadi bakımdan daha etkin olduğunun belirlenmesidir.

Buna göre, aşağıda ilk önce risk değerlemesi yöntemleri incelenmektedir. Akabinde, Türk haksız fiil hukukunda kabul edilen ve uygulamadan kaynaklanan birtakım sorunlara rağmen istikrarlı şekilde uygulanan gelir esaslı tazminat hesaplamasına yer verilmektedir.

2. Risk Değerlemesi Yöntemleri

Telafi amacını öngören gelir esaslı geleneksel tazminat hesaplaması yöntemi, zarara uğrayanın bir meta veya sermaye unsuru gibi değerlendirilmesine neden olmaktadır. İnsan hayatının istatistiksel değeri kapsamında kabul edilen risk

[16] Bir görüşe göre, telafi amacını öngören haksız fiil hukukunda maddi tazminatın üçüncü kişilerce atfedilen değer üzerinden hesaplanması sorun teşkil etmemektedir. Buna karşılık, manevi tazminat talebinde risk değerlemesi yönteminin kullanılması mümkündür. Bkz. **Sanlı, K.C.:** Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, 1. Baskı, İstanbul 2007, s. 398-399.

değerlemesi yöntemi, tazminat hesaplama yönteminden daha üstündür. Ancak, bu durum risk değerlendirme yönteminin sakıncalarının olmadığı anlamına gelmemektedir^[17]. Örneğin, Arlen, mahkemelerin ölüm riski bakımından risk değerlendirme yöntemini uygulamasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir^[18].

Tazminatın hesaplanmasında kullanılacak risk değerlendirme yöntemlerinden ilki, “riski kabul etmek için talep edilen tutar (*willingness to accept – WTA*)” yöntemidir. Bu yöntemde, kişinin riski kabul etmek için talep ettiği parasal değer belirlenir. Bunun için, zarar görenin riske ilişkin subjektif tercihini bilmek gerekmektedir. Ancak, her bireyin riske atfettiği subjektif tercihini bilebilmek mümkün olmadığından, riskin objektif şekilde değerlendirilmesi zorunludur. Genellikle anket yardımıyla yapılan bu çalışmalarda, toplumun riske atfettiği ortalama parasal değer tespit edilir ve bu parasal tutar üzerinden her bir bireyin riske ilişkin subjektif tercihi ortaya çıkarılır^[19].

Riske ilişkin subjektif tercihin belirlenmesinde anket yönteminin haricinde makul ve ortalama bir insanın söz konusu riski ortadan kaldırmak için talep ettiği (veya ödemeye razı olduğu) tutarın esas alınması gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır^[20].

Diğer bir yöntem ise riskli mesleklerde çalışanların talep ettikleri ilave ücretlerin veya risk primlerinin esas alınmasıdır. Böylelikle, yaygın görülen risklere işgücü piyasasında atfedilen ortalama değer tespit edilmektedir^[21]. Risk primini esas alan değerlendirme, özellikle ölüm veya bedensel zarara yol açabilecek risklerin belirlenmesinde önemli bir işleve sahiptir. Ancak, ortalamanın belirli bir riske atfettiği değer başka bir kişi için aynı olmayabileceğini kabul etsek de, bu

[17] Bkz. **Schäfer, H.B./Ott, C.:** *The Economic Analysis of Civil Law*, 1. Baskı, New Jersey 2004, s. 246-248.

[18] **Arlen, J.:** *Wrongful Death*, New York University Law Review 1985, Vol: 60, ss. 1113-1138, s. 1132.

[19] **Sanlı,** s. 401-402. Anket yönteminin sakıncalarını ele alan bir çalışma için bkz. **Geistfeld, M.:** *Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Non Pecuniary Injuries*, California Law Review 1995, Vol: 83, ss. 775-844, s. 836 vd.

[20] **Geistfeld,** s. 819 vd.

[21] Bu konuda yapılan çalışmalar için bkz. **Viscusi, W.K.:** *The Value of Life Estimates with Risks by Occupation and Industry*, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper Series No: 422, 2003, ss. 1-40, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/422.pdf; (Erişim Tarihi: 2.1.2016). Ayrıca bkz. **Viscusi, W.K./Aldy, J.E.:** *The Value of Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates Throughout the World*, NBER Working Paper Series No: 9487, 2003, ss. 1-126, http://www.nber.org/papers/w9487.pdf?new_window=1 (Erişim Tarihi: 2.1.2016).

değerleme yöntemi yaygın görülen riskler hakkında temsili parasal tutar bilgisi verebilecek niteliktedir. Dolayısıyla, risk primi yöntemi hâkimler tarafından da uygulanabilecek, piyasa bilgisine dayalı basit ve pratik bir yöntemdir.

Tazminatın hesaplanmasında kullanılan risk değerlendirme yöntemlerinden ikincisi, “riski önlemek için ödemeye razı olunan tutar (*willingness to pay – WTP*)” yöntemidir. Bu yöntemde, kişinin riski önlemek için ödemeye razı olduğu tutar esas alınmaktadır. Burada şunu önemle vurgulamak gerekir. WTA, zarar riskinin telafisine atfedilen değeri esas almaktadır. Bu nedenle, WTA’da ardıl zarar değerlemesindeki mantığa yakındır. Buna karşılık, WTP’de önleyicilik yaklaşımı ön plandadır.

WTP yönteminde, risk değerini belirleyen, zararın doğmaması için alınan önleyici tedbir maliyetleridir. Diğer bir deyişle, WTP yönteminde riskin değeri önleyici tedbir maliyetine eşittir. Örneğin, bir kişi ölüm veya bedensel zarar riski için önleyici tedbir alsın. Eğer, önleyici tedbir 0.0005’lik ölüm riskini 0.0004’e düşürüyorsa ve kişi bu önleyici tedbir için 500 TL ödemeye razı ise o kişinin kendi yaşamına atfettiği değer;

$$VSL = WTP / \Delta r = \frac{500}{\frac{1}{10000}} = 5.000.000 \text{ dolardır.}$$

Bu yöntemin mahkemelerce uygulanabilmesi için, risklerin bilinebilir olması, önleyici tedbirin riski etkilemesi ve söz konusu tedbir maliyetlerinin parasal değerinin bilinmesi gerekir^[22]. WTP yönteminde, risk değeri önleyici tedbir maliyetleri haricinde makul bir insanın riski önlemek için ödemeye razı olduğu farazi parasal tutar üzerinden belirlenebilir. Bu belirlemenin ise zararın hesaplanmasında kullanılan Hand Formülü esas alınarak yapılabilmesi mümkündür^[23]. Şöyle ki, somut olaya Hand Formülü’nün uygulanması sonucunda ortaya çıkan zarar miktarının risk değeri olarak kabul edilmesi mümkündür^[24].

[22] **Sanlı**, s. 403.

[23] İhmalin içeriğinin belirlenmesinde sübjektif teoriyi esas alan Hand Formülü’nün Türk haksız fiil hukukuna uygulanabilir olduğuna ilişkin bir çalışma için bkz. **Benli, E.:** *Türk Özel Hukukunda Objektifleştirilmiş İhmalin İktisadi Eleştirisi, Hand Formülü ve Uygulanması*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, Sayı: 2, ss. 89-123, s. 89 vd. (Atf şekli: Hand Formülü).

[24] **Sanlı**, s. 404; **Benli**, Hand Formülü, s. 97-98 ve s. 115-117.

3. Türk Hukuku Uygulaması

Türk hukukunda mahkemeler, ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalma veya bedensel zararları^[25] ve bu zararların tazminini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.55 çerçevesinde belirlemektedir. TBK m.55/1'in birinci cümlesinde, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların TBK hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı ifade edilmiştir^[26].

Özel hukuk ilişkilerinden doğan zararların tazmininden başka, TBK m.55/2 uyarınca her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin işlem ve davalarda da TBK hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, TBK'nın ölüm ve bedensel zararların hesaplanması ile tazminatın tayinine ilişkin hükümlerinin, hem özel hukuktan doğan tazminat davalarında hem de idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararların tazminine yönelik davalarda uygulanması öngörülmüştür^[27].

Haksız fiil nedeniyle malvarlığı ve/veya şahısvarlığı zararları ortaya çıkabilir. Bu zararların tespiti ve hesaplanması tazminatın tayininde belirleyicidir.^[28] Tazminat davasında zararın ve tazminatın hesaplanması olmak üzere iki aşama bulunmaktadır. Hâkim tazminatın şeklini ve kapsamını tayin etme yetkisine sahiptir (m.51).

[25] İş kazaları ve trafik kazaları uygulamada en sık rastlanan örneklerdir.

[26] Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların hesaplanması ve tazmin edilmesi mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1926 yılından bu yana Borçlar Kanunu hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine tabi olup, ilk kez 6098 sayılı TBK ile getirilen bir ilke değildir. Bu nedenle, madde metninde böyle bir cümleyle yer verilmesi gereksiz ve anlamsız olmuştur. Bkz. **Kılıçoğlu, A.M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bastı, Ankara 2011, s. 413.

[27] **Kılıçoğlu**, s. 416. Öte yandan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.3 uyarınca, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davaların idare mahkemeleri yerine asliye hukuk mahkemelerinde görüleceği hükme bağlanmıştır. Bkz. **Gündüz, F.E./Gündüz, H.:** *İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C. XV, Sayı: 3, ss. 225-258, s. 252.

[28] Bu durum tazminatın zarara eşit olduğu anlamına gelmemektedir. Zira tazminatın üst sınırı zarardır, fakat hâkim olayın özelliklerine göre (indirim sebepleri varsa) zararın altında bir tazminata hükmedebilir. Bkz. **Tekinay, S.S.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 1974, s. 436.

Şahısvarlığı zararı bedensel zarar ise TBK m.54'e göre bu zararın kapsamına tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar girmektedir. Şahısvarlığı zararı ölümden kaynaklanmakta ise, TBK m.53 uyarınca bu zararın kapsamına cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalan^[29] kişilerin bu sebeple uğradığı kayıplar girmektedir. Ölenin desteğinden yoksun kalanlar, ölüm anı itibariyle ölenin fiilen destek alan veya ölenin ilerde destek alması muhtemel olan kişilerdir^[30].

Destekten yoksun kalma zararının hesabında hangi unsurların hesaba katılması gerektiği TBK m.53'te düzenlenmemiştir. Söz konusu unsurlar, doktrinde ve uygulamada Yargıtay içtihatlarıyla belirlenmektedir. Destekten yoksun kalma zararının hesabında dikkate alınması gereken unsurlar şunlardır^[31]:

1. Ölenin yaşı ve ölmeseydi muhtemel yaşama süresi,
2. Ölenin muhtemel çalışma süresi,
3. Ölenin muhtemel çalışma süresi sonuna kadar gelirinden kendisine ayıracığı miktar,
4. Destekten yoksun kalan kişinin muhtemel yaşama süresi ve destek alabileceği süre,
5. Destekten yoksun kalanların sayısı ve herbirine ölenin düşen destek oranı,
6. Destekten yoksun kalan sağ kalan eş ise, bunun evlenme şansı (uygulamada evlenme şansına göre eşe hükmedilecek destekten yoksun kalma tazminatından %10-25 oranında indirim yapılmaktadır),
7. Destekten yoksun kalma tazminatı peşin bir ödemeyi içerdiği, ancak ölen kişi hayatta olsaydı bu ödemeleri toptan değil belirli aralıklarla ödeyeceği

[29] Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun 6.3.1978 tarih ve E. 1978/1, K. 1978/3 sayılı kararında destekten yoksun kalma tazminatı; "Destekten Yoksun Kalma Tazminatının eylemin karşılığı olan bir ceza olmayıp, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamının desteğin ölümünden önceki düzeyde tutulması amacına yönelik sosyal karakterde kendine özgü bir tazminat olduğu" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 30.11.2005, E. 4-648, K. 691 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 18.4.2015).

[30] Yarg. 4. HD, 20.3.1986, E. 1585, K. 2553. "...destek sayılabilmek için yardımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterli görülür." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 18.4.2015).

[31] **Kılıçoğlu**, s. 405.

dikkate alınarak peşin sermaye indirimi (uygulamada %10 civarında bir indirim yapılmaktadır).

Şahısvarlığı zararlarında haksız fiil neticesinde zarara uğrayan kişi veya onun desteğinden mahrum kalanlar herhangi bir fayda sağlamışlarsa, bu faydaların zarar hesabından düşülmesi gerekmektedir^[32]. Örneğin, bir kişi haksız fiil sonucu hastanede tedavisini gerektiren bir durumda haksız fiili ika eden şahıs haksız fiile maruz kalan kişinin tedavi masraflarını tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak, zarar gören kişi hastanede kaldığı süre içerisinde evinde yapacağı harcamalardan (gıda, elektrik, su gibi) tasarruf edeceği için bu tasarrufların da zarardan düşülmesi gerektiği ifade edilmektedir^[33]. Haksız fiil neticesinde sosyal güvenlik kurumu tarafından ölenin desteğinden yoksun kalanlara herhangi bir ödeme yapılmışsa, bu ödemelerin fayda kapsamında değerlendirilip zarardan düşürülmesi kabul edilmemektedir^[34].

Ölenin desteğinden yoksun kalınması veya bedensel zarar halinde maddi zararların hesaplanması ve tazminatın tayinine uygulamada sıkça rastlanıldığından, hayatın parasal değerinin ölçülmesi yöntemi bu konu bakımından özel bir önem taşımaktadır. Uygulamada, ölüm ve bedensel zararlar ile tazminatın tayininde yapılan hesaplama bilirkişiler marifetiyle gerçekleştirilmektedir^[35]. Ancak, uygulamada tazminatın hangi yöntemle hesaplanacağı konusunda bilirkişilere takdir yetkisi tanınmamış, Yargıtay tazminatın nasıl hesaplanması

[32] **Öztürkler, C.:** Uygulamanın İçinden Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 63.

[33] **Kılıçoğlu,** s. 406.

[34] Bkz. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun 6.3.1978 tarih ve E. 1978/1, K. 1978/3 sayılı kararı: "Çoğunluğun benimsediği görüş ise... zarar veren kişinin T.C. Emekli Sandığı'nın ödediği paranın, kendisinin ödemek zorunda kalacağı tazminattan indirilmesini istemeyeceği biçiminde belirlenmiştir. Gerçekten haksız eylem sonucu ölen kişi, yaşamı süresince çalışmış ve maaşından düzenli olarak belirli bir miktar para kesilerek sandığa yatırılmıştır. Zarar verenin bu paradan yararlanması söz konusu olamaz... Bu itibarla tazminat ödemekle yükümlü olan kişi bu maddeye dayanarak tazminatın indirilmesini isteyemez." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 18.4.2015).

[35] **Karakaş, F.:** Ölüm ve Sakatlık Hallerinde Maddi Zararın Hesap Yöntemleri, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu içinde, Ankara 1993, ss. 105-109, s. 105: "Gerek ölüm ve gerekse sakatlanma nedeniyle istenen maddi tazminatın hesabı, mahkemelerce görevlendirilen bilirkişilerin herbirinin değişik yöntem ve kanaatlerine göre yapılmaktadır." Ayrıca bkz. **Aşçıoğlu, Ç.:** Tazminat Hesabında Yöntem Sorunu, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu içinde, Ankara 1993, ss. 59-78, s. 60.

gerektiğine içtihatlarında ayrıntılı şekilde yer vermiştir^[36]. Yargıtay 9, 10, 11 ve 21. Hukuk Daireleri, tazminatın tayinine yönelik yerleşik içtihatlarında aşağıdaki unsurları göz önünde bulundurmıştır^[37].

1. Bilinen-işlemiş dönem kazançlarının (ya da kazanç kaybının) ücretlere göre artış ve iskonto yapılmaksızın hesaplanması,
2. Bilinmeyen-işleyecek dönem kazançlarının (ya da kazanç kaybı) peşin değerlerinin bilinmeyen dönem başlangıcındaki bir yıllık kazancın her yıl için ayrı ayrı %10 artış ve %10 iskontoya tabi tutularak hesaplanması^[38],
3. 60 yaşından ömür sonuna kadar geçen pasif dönemde (emeklilik dönemi) elde edeceği kazançlarının da yine ortalama yöntemine başvurulmaksızın her yıl için %10 artış ve %10 iskonto yöntemiyle hesaplanması.

Tazminatın nasıl hesaplanması gerektiği Yargıtay içtihatları ile belirlenmişse de, istikrarlı bir uygulamanın olmadığı ifade edilmektedir^[39].

[36] **Tan, F.**: *Pasif Devre Maddi Tazminat Hesaplamalarında Doğrular ve Yanlıklar*, İstanbul Barosu Dergisi 2007, C. 81, S. 6, ss. 2551-2560, s. 2551.

[37] **Tan**, s. 2551-52; **Aşçıoğlu**, s. 61: “Uygulamada, genel olarak, zarar ve tazminatın belirlenmesi için dosya olduğu gibi bilirkişiye verilmekte; bilirkişiler, mevcut kanıtları değerlendirerek bedensel zarara uğrayan kişinin veya ölenin gelirini, destekten yoksun kalanlara yapılacak yardımın oranını, destek süresini, evlenme olasılığını, varsa zarar görenin kusurunu belirleyip Yargıtay’ın kabul ettiği %10 gelir artışı %10 iskonto oranını esas alarak tazminatı belirlemektedirler.”

[38] Yarg. 4. HD, 4.5.2000, E. 2086, K. 4346 sayılı kararında; “Bilinmeyen döneme ait gerçek zararın ve hüküm altına alınacak tazminat miktarının belirlenmesi için, raporun düzenlendiği tarihte bilinen son gelir miktarı esas alınmalı ve her yılın toplam geliri %10 oranında artırılmalı ve yine %10 oranında indirilmek suretiyle hesaplama yapılmalıdır.” denilmektedir. Uygulamada tazminat hesapları üç kez değişikliğe uğramıştır. İlk olarak, 1980’li yıllara kadar zarar görenin geleceğe dönük hesaplarında %5 artış ve %5 indirim uygulanmıştır. 1980’li yıllarda ise aşırı enflasyondan ötürü artışlar %10 indirimler ise %10 olarak uygulanmış olup, ortalama yöntem dikkate alınmaktaydı. Üçüncü değişiklik ise, özellikle Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü tarafından 1993 yılında düzenlenen “Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu”ndan sonra 1994 yılından günümüze kadar ortalama yöntemden vazgeçilmiş, doğrudan %10 artış ve %10 indirim yöntemi uygulanmaya başlamıştır. Bkz. **Öztürkler**, s. 179.

[39] **Tan**, s. 2552; **Karakaş**, s. 105. Örneğin, uygulamada en sık yapılan hatalardan birinin, insan yaşamının 60 yaşından sonraki bölümü olan pasif devre kazanç/kazanç kaybı peşin değerinin ikinci defa iskontoya tabi tutulması suretiyle maddi tazminatın eksik hesaplanması olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. **Tan**, s. 2552. Pasif devrenin maddi tazminat hesabının kapsamında değerlendirilmesinin nedeni, ölüm halinde mahrum kalınan yaşlılık aylığıdır. Bedensel zarar halinde ise, pasif devrenin maddi tazminat hesabına konu olmasının amacı, bedensel zarar gören malul kişilerin 60 yaşından sonra elde edeceği yaşlılık aylığını

Ölüm veya bedensel zarar nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatının tayininde zarara uğrayana üçüncü kişilerce atfedilen değer esas alınmaktadır.^[40] Diğer bir deyişle, tazminatın tayininde dikkate alınan yıllık net gelir, teknik faiz ve mortalite tablosu gibi parametreler, zarara uğrayanın meta veya sermaye unsuru gibi değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bize göre, tazminatın tayininde uygulamada ortaya çıkan düzensiz ve istikrarsız hesaplamaların önüne geçebilmek için sistematik bir yaklaşımla zarara uğrayanın kendi hayatına biçtiği değeri esas alan sübjektif hesaplama yöntemi benimsenmelidir. Böylece, hem zarara uğrayan kişinin insan yerine meta veya sermaye olarak görülmesi engellenecek hem de bilirkişilerin keyfi uygulamalarına son verilerek istikrarlı bir uygulamanın önü açılacaktır.

Tazminatın hesaplanması yöntemlerinden biri olan ve sübjektif değerlemeyi esas alan HİD yöntemi, Türk sorumluluk hukuku uygulamasında kullanılmamaktadır. Hâlbuki yukarıda ifade ettiğimiz olumlu yanları ve tazminatın nasıl hesaplanacağına dair düzenleme bulunmaması, Yargıtay'ın sübjektif hesaplama yöntemini benimsemesini kolaylaştırıcı etkenlerdir. Kaldı ki, böyle bir görüş değişikliğinin önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır.

3.1. Tazminat Hesabının Unsurları

Uygulamada kabul edilen tazminat hesabı unsurları ile objektif hesaplama yöntemini aşağıdaki şekilde açıklamak mümkündür.

1. Bu kişilerin olay tarihindeki yaşları ve kalan yaşam sürelerinin hesabında kullanılmak üzere, ölen kişinin desteğinden yoksun kalanların güncel nüfus bilgileri,
2. Zarara uğrayan kişinin zarar süresinin tespitinde kullanılmak üzere, bedensel zarara uğrayanların güncel nüfus bilgileri,
3. Ölenin desteğinden yoksun kalanların ve bedensel zarar görenlerin zarar sürelerinin tespit edilmesi,
4. Zarar sürelerinde zarar görenin çalıştığı dönem olan aktif dönem ile emeklilik dönemi olan pasif dönemin saptanması^[41],

diğer çalışanlardan daha fazla çaba harcayarak elde edecek olmasıdır. Bkz. Yarg. 21. HD, 27.9.2005, E. 2533, K. 8329 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.4.2015).

[40] Aynı yönde bkz. Aşçıoğlu, s. 61: "...tüm sorunlar bilirkişinin değer yargılarına göre çözümlenmektedir. Denetim dışı kalan böyle bir yöntemle adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi rastlantılara ve bilirkişinin inançlarına bırakılmaktadır."

[41] Yarg. 21. HD, 18.3.2004, E. 1729, K. 2612 sayılı kararında, destekten yoksun kalma tazminatının hesabında aktif devreyi izleyen pasif devre için de bu hesaplamaların yapılması

5. Ölen, ölenin desteğinden yoksun kalanlar (çocuklar hariç) ve bedensel zarara uğrayanların yaşam sürelerinin tespit edilmesi^[42],
6. Ölenin desteğinden yoksun kalanların destek paylaşım oranlarının sosyal güvenlik kurumunun gelir bağlama oranları dikkate alınarak varsayımsal şekilde belirlenmesi,
7. Bedensel zarara uğrayan kişi tedavi sonucu iyileşmiş ise, geçici işgöremezlikten doğan zararının saptanması,
8. Bedensel zarara uğrayan kişi hayat boyu sakat kalmış ise, sürekli işgöremezlikten doğan zararının tespit edilmesi,
9. Tazminat hesabına esas teşkil edecek gerçek kazançların hesaplanması gerekmektedir. Buna göre, işverene bağlı olarak çalışanlar için ücret bordroları^[43], serbest meslek ve ticaretle uğraşanlar için ilgili meslek kuruluşundan^[44] gerçek ücretlerin öğrenilmesi, işsiz olanlar ile küçük çocuklar için yasal asgari ücretin dikkate alınması^[45], ev hizmeti yapanların zararının yasal asgari ücret üzerinden hesaplanması gerekmektedir.

3.2. Tazminatın Hesaplanması

Her bir hak sahibi için destekten yoksunluk sürelerine göre belirlenen kazançlar ile hesap unsurları çarpılarak tazminat tutarı hesaplanır.

Kazanç * destek payı * kusur oranı = brüt tazminat – indirim = net tazminat

gerektiği ifade edilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 9.5.2015).

[42] Yaşam sürelerinin tespitinde Fransa'da 1932 yılında kabul edilen PMF-1932 (*Population Masculine et Feminine*) Fransız yaşam tablosu kullanılmaktadır. Bkz. **Aşçıoğlu**, s. 67.

[43] Yarg. HGK, 02.02.2011, E. 4-712, K. 4 sayılı kararında, döner sermaye gelirinin destekten yoksun kalma tazminatı hesabında fiikate alınması gerektiği hükme bağlanmıştır (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 9.5.2015).

[44] Yarg. 4. HD, 15.5.2007, E. 7305, K. 6462 sayılı kararında; “elektrik çarpmasından kaynaklanan destekten yoksunluk ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, dava kısmen kabul edilmiştir. Olayda hayatını kaybeden davacılar desteğinin, zabıta araştırması ve tanık beyanlarına göre ayda 350. YTL maaş aldığı belirlendiği halde, soyut nitelikteki lokantacılar odası yazısı esas alınarak, ayda 600. YTL kazanç üzerinden zarar hesabı yapılmış olması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” hükmüne varmış olup, Yargıtay somut olayda meslek kuruluşunun yazısı yerine tanık beyanlarına üstünlük tanımıştır (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 11.5.2015).

[45] Ancak, zarara uğrayan kişinin ileride çalışacağı meslek belli ise, ilgili meslek kuruluşundan emsâl kazançlar öğrenilir.

Brüt tazminattan tazminat indirimi (varsa) çıkarılır ve net tazminat hesaplanır. Tazminat indirimine konu hususlar şunlardır:

- Ölen veya bedensel zarara uğrayanın zararın doğumunda kusurunun olması,
- Dul eşin yeniden evlenme ihtimali^[46],
- Çocuğun ölümüyle ana ve babanın eğitim ve yetiştirme masraflarından tasarruf ettiği miktar^[47],
- Sorumluluk sigortalarından yapılan ödemeler,
- Sosyal güvenlik kurumunun rücu tabi yardımları indirim sebepleridir^[48].

[46] Uygulamada, yeniden evlenme ihtimali Moser tablosu veya Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tablosu kullanılarak hesaplanmaktadır.

[47] Yarg. 4. HD, 12.6.2008, E. 312, K. 8103 sayılı kararında; “Genel yaşam deneyimleri ve hayatın olağan akışı, yetişkin bir insanın anne ve babasına her halukarda ve belirli bir düzeyde destek olacağını gösterir. Bu desteğin miktarı tarafların yaşam düzeyi, sağlık, sosyal ve ekonomik durumları ile orantılı olarak miktar bakımından değişebilir de çocuğun hiç destek olmayacağı kabul edilemez. Zira destek mutlaka para veya maddi katkı şeklinde olmayabilir. Bunun dışında çeşitli hizmet yardımları ile de destek olunabilir. Anne ve babanın varlıklı olmaları çocuğun desteğine ihtiyaç duymadıkları veya ileride duymayacakları sonucunu da doğurmaz. Tüm bu nedenlerle davacılar destek tazminatı verilmesi gerekir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmaksızın davacıardan ölenin anne ve babasının destek tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” hükmüne yer verilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 16.5.2015).

[48] Yarg. 4. HD, 9.10.2008, E. 9289, K. 11575 sayılı kararında; “Yargıtay Hukuk Genel Kumlununun 28.11.1979 günlü ve Esas 1977/4-1110 – Karar 1979/1395 sayılı kararında benimsendiği gibi iş kazasına bağlı olmayan haksız eylem sonucu ölen sigortalının hak sahipleri tarafından açılan destekten yoksun kalma tazminatının kapsamının belirlenmesinde Sosyal Sigortalar Kurumunca 506 sayılı Kanununun 65 ve sonraki maddeleri uyarınca ölüm sigortası kolundan hak sahiplerine bağlanan dul ve yetim aylıklarının zarardan düşülmesi mümkün değildir.” değerlendirmesine yer vermiştir. Ayrıca Yarg. 4. HD, 15.1.2008, E. 10817, K. 85 sayılı kararında; “Davacının diğer temyiz itirazlarına gelince; davacı vatani görevini yaparken meydana gelen trafik kazasında vefat eden eşinden dolayı destekten yoksun kalma tazminatı istemiştir. Dosyadaki kanıtlardan desteğin eşine dul aylığı bağlandığı anlaşılmaktadır. Mahkemece destekten yoksun kalma tazminatının miktarının belirlenmesi için bilirkişi görüşüne başvurulmuştur. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacıya T.C. Emekli Sandığı tarafından bağlanan görev şehidi dul aylığı tutarının peşin sermaye değeri ile davacıya ödenen tütün ikramiyesi gözetilerek indirim yapılmıştır. Mahkemece bu rapor doğrultusunda maddi tazminata hükmedilmiştir. Ölen, TC. Emekli Sandığı iştirakçilerinden ise, hayatta kalan yakınlarına 5435 sayılı Kanunun öngördüğü dul ve yetim maaşı bağlandığı gibi toptan ödeme de yapılmış olabilir. Bu dul ve yetim maaşları veya yapılan toptan ödeme destekten yoksun kalma tazminatı gibi hayatta

Sürekli işgöremezlik halinde, tazminatın hesaplanması şu şekildedir:

İşlemiş ve işleyecek kazanç * sakatlık oranı * kusur oranı = sakatlık tazminatı

Sakatlık tazminatı – indirim = Net sakatlık tazminatı

Sakatlık tazminatındaki indirimler, destek tazminatındaki indirimlerden daha azdır. Bunlar, sorumluluk sigortalarından alınan sakatlık tazminatı ile iş kazalarında sosyal güvenlik kurumunun kaza dalından bağladığı sürekli işgöremezlik gelirleridir.

Konuyu somutlaştırmak amacıyla aşağıda örnek bilirkişi hesaplamasına yer verilmektedir^[49].

Yerel mahkeme kararına konu olayda, Ayşe 18.7.1998 tarihinde 4 yaşında iken trafik kazasında ölmüştür. Bunun üzerine anne ve babası destekten yoksun kalma tazminatı kapsamında maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkeme, bilirkişiden davacılar için maddi zarar hesabının yapılmasını istemiştir. Bu bağlamda yapılan değerlendirmeye konu 17.2.2002 tarihli bilirkişi hesap raporu incelendiğinde, davalının 4/8 kusurunun olduğu belirtilmiştir. Bilirkişi raporunda zararın ve tazminatın hesaplanmasında, destek verme, destek alma, zarar girdisi, gelir artışı, gelir dağılımı ve indirim kalemleri tespit edilmiş ve daha sonra kazada ölen Ayşe'nin anne ve babası için tazminat miktarı hesaplanmıştır.

Buna göre, destek verme kapsamında kazada ölen Ayşe'nin öldüğü tarih itibariyle 4 yaşında olduğu ve öğreti ve uygulamaya göre bunun farazi destek sayıldığı, ölmeseydi 18 yaşını tamamlayınca 2012 yılında en az ev hizmeti üretmek suretiyle, davacı anne ve babasına destek olma şansının bulunduğu ifade edilmiştir. Destek alma konusunda ise babasının 2012 yılında 47 yaşında

kalanın şahsına bağlıdır, ölenin terekesine dâhil değildir. Mirasın reddedilmiş olması maaşların alınmasına engel olmaz. İşte bu ortak nitelikleri itibariyle destekten yoksun kalma tazminatı belirlenirken, öncelikle dul ve yetim maaşlarının peşin sermaye değerinin veya toptan ödeme yapılmış ise ödenmiş bu paranın nazara alınıp alınamayacağı sorununun çözümlenmesi gerekir. Somut olayda; destek, vatani görevini jandarma asteğmen olarak yaparken vefat etmiş olup, ölmeden önce yedek subay maaşı almaktadır. Emekli Sandığı tarafından davacıya bağlanan aylık desteğinin hayatta iken maaşından Emekli Sandığı tarafından kesilen miktarların karşılığıdır. O halde Emekli Sandığı tarafından bağlanan aylıklar 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu gereğince rücuya tabi olmayıp destekten yoksun kalma tazminatının hesabında gözetimelemesi gerekir. Açıklanan nedenlerle davacının destekten yoksun kalma tazminatının hesabında TC. Emekli Sandığı'na bağlanan dul aylığı ile tütün ikramiyesinin indirilmiş olması doğru görülmemiştir.” değerlendirmesine yer verilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 4.6.2015).

[49] Öztürkler, s. 459-462.

olacağı ve ortalama yaşama şansı olan 24 yıl, annesi ise 2012 yılında 43 yaşında olacağından bahisle 27 yıl destek alma şanslarının bulunduğu belirtilmiştir. Zarar girdisi bakımından, davacıların kızı Ayşe'nin 2012 yılında üretici olacağı ifade edilmiş ve bu kapsamda 1.1.2002 tarihinde yıllık asgari ücretin 2.673.000.000 TL olduğu ve bu miktarın 2012 yılında her yıl %10 artış ile 7.144.929.000 TL olacağı ve bu miktarın zarar girdisi olarak dikkate alındığı belirtilmiştir. Bilirkişi, Yargıtay içtihatları doğrultusunda her yıl %10 artış ve %10 indirim uygulamıştır. Gelir dağılımı unsuruna ilişkin olarak, davacıların destek alma tarihinde üretici dönemde bulunmaları, ölenin ayrı destek verecek çocukları bulunmasına göre, beher davacıya 1/12'ser süreklilik ve eylemlilik olarak hizmet geliri tahsis edildiği ifade edilmiştir. Öte yandan, davalının olaydaki 4/8'lik kusur oranına göre hesap yapmıştır. Buna göre, davacı babanın kızı ölmeyeydi, baba kızına üretici olacağı yaşa kadar 10 yıllık yetiştirme masrafı yapacaktı. Ancak, kızı öldüğü için artık bu giderleri söz konusu olmayacağından, bilirkişi bu miktarı hesaplamak suretiyle zarardan indirim yapmıştır. Bilirkişi bunun dışında herhangi bir yarar tespit edememiştir.

Bilirkişi, tazminat hesaplaması aşamasında, davacıların beherinin zarar girdisini rapor ekinde sunduğu hesap tablosundan almıştır. Söz konusu tabloda, hem baba hem de anne için zarar girdisi, ölen Ayşe için reşit olacağı 2012 yılında asgari ücrete göre yıllık $2.673.000.000 * 2593 = 7.144.929.000$ TL girdi yapılmak suretiyle davacı babası ve annesi için zarar girdi hesabı %10 artış ve %10 indirimler dikkate alınarak hesaplanmıştır^[50].

- Baba için yapılan hesaplama: $122.837.090.909 * 1/12 * 4/8 = 5.118.212.121$ TL zarar hesaplanmıştır. Bu miktardan yetiştirme gideri indirimi düşüldükten sonra kalan miktar 4.146.540.162 TL olarak hesaplanmıştır.
- Anne için yapılan hesaplama: $154.705.212.791 * \%10 * 4/8 = 7.735.260.639$ TL olarak hesaplanmıştır.

Yapılan bu hesaplamanın yanlışlığı, daha önceki kısımlardaki tartışmalar ışığında açıktır. Bu yaklaşım, ölen kişiyi, bir tür sermaye malı olarak görmekte, ailesine yapabileceği katkı bağlamından hayatının değerini hesaplamakta ve daha da ilginç olanı yetiştirme masraflarını da bir tür harcama olarak görmektedir. Uygulanan yöntemin, bireyin kendi hayatına verdiği değeri değil, bir üçüncü kişinin, bu örnekte bilirkişinin, hesaplamalarını esas alması, kazaların azalması için yeterli teşvik sağlamamaktadır.

[50] Hesap tablosunda, yıl, yıllık girdi, artış, Artışlı $(Kn-1)/(k-1)$ Gelir, İndirim ve İndirimli $(1/Kn)$ Gelir kalemleri yer almaktadır. Davacı babanın ortalama yaşama şansı 24 yıl olduğundan 24 yıllık zarar girdi hesabı (122.837.090.909); annesinin ortalama yaşama şansı 27 yıl olduğundan 27 yıllık zarar girdi hesabı (154.705.272.791) yapılmıştır.

Daha doğru bir yaklaşım, ortalama bir bireyin hayatına verdiği değeri esas almak olmalıdır. Böylece, hem kazadan kaçınma davranışı teşvik edilmiş olacaktır hem de bir insana üçüncü bir şahsın meta olarak bakması sorunu çözülmüş olacaktır. Hukuk, bu şekilde, etkin bir yapıya doğru evrilebilecektir.

Bu konuda örnekler çoğaltılabilir. Ancak, ifade edilmek istenen nokta yeterince açıktır. Hukuk sistemi, ekonomik saikleri doğru okumadığı ve toplumsal normlara uyumlu olmadığı müddetçe, hukukun üstünlüğü yönünde ilerlemeyecektir. İnsan hayatının değerinin sübjektif yöntemle göre hesaplanması, insana verilen değer artmasını ve kural temelli topluma geçişin hızlanmasını sağlayacaktır. Aksi takdirde, bireyler toplum tarafından, sermaye mallarında olduğu gibi, yenilenebilir kaynaklar olarak görülecek ve yargısal süreçler hukukun üstünlüğü önünde bir engel olabilecektir.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bu çalışmanın amacı, HİD'e ilişkin hesaplama biçimlerini değerlendirmek ve yaygın şekilde kullanılan net bugünkü değer hesabını eleştirmektir. Bireyi, bir tür sermaye malı olarak gören hesaplama biçimi, toplumda kazaların azalmasını teşvik etmemekte, zarar oluştuktan sonra telafi edilmesini öngörmektedir.

Hukukun öncelikli amacı, toplumdaki anlaşmazlıkları en aza indirecek bir kurumsal yapı oluşturmaktır. Kuralların evrimi ve hukukun üstünlüğü, bireylerin toplumda hakettikleri değeri almaları ile beraber düşünülmelidir. Bir bireyin hakettiği değer ise bireyin kendisine verdiği değerden hareketle hesaplanmalıdır.

Sermaye malı temelli hesaplama biçimi, beraberinde bireyler arasında çok farklı değerlerin hesaplanmasını getirmektedir. Bir çocuk ile yetişkin, gelir düzeyi yüksek bir birey ile gelir düzeyi düşük olan bir birey çok farklı tazminat rakamları ortaya çıkarmaktadır. Bu durum, toplumda kuralların evrimini sosyal refahı azaltan bir yöne çekmektedir.

HİD, bu sorunları çözmek için bir başlangıç noktasıdır. Sübjektif bir hesaplama, zararların tazmininden önce, önleyicilik ve caydırıcılık fonksiyonlarını teşvik edecektir. Bu ise toplumun kural temelli hukukun üstünlüğü sistemine geçmesi için basamaklardan bir tanesidir.

KAYNAKÇA

Andersson, H./Treich, N.: The Value of a Statistical Life, Lerna Working Papers 2009, s. 1-36.

Arlen, J.: Wrongful Death, New York University Law Review 1985, Vol: 60, s. 1113-1138.

Ashenfelter, O.: Measuring the Value of a Statistical Life: Problems and Prospects, NBER Working Paper Series, No. 11916, 2006, s. 1-30.

Aşçıoğlu, Ç.: Tazminat Hesabında Yöntem Sorunu, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu içinde, Ankara 1993, s. 59-78.

Benli, E.: Ekonomik Zarar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt: 2, İstanbul 2010, s. 1055-1089.

Benli, E.: Türk Özel Hukukunda Objektifleştirilmiş İhmalin İktisadi Eleştirisi, Hand Formülü ve Uygulaması, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, Sayı: 2, s. 89-123, (Hand Formülü).

Berger M.L./Murray J.F.: Alternative Valuations of Work Loss and Productivity, Journal of Occupational and Environmental Medicine 2001, Vol. 43(1), s. 18-24.

Brannon, I.: What Is A Life Worth?, Regulation 2005, s. 60-63.

Geistfeld, M.: Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Non Pecuniary Injuries, California Law Review 1995, Vol. 83, s. 775-844.

Gündüz, F.E./Gündüz, H.: İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C. XV, Sayı: 3, s. 225-258.

Karakaş, F.: Ölüm ve Sakatlık Hallerinde Maddi Zararın Hesap Yöntemleri, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu içinde, Ankara 1993, s. 105-109.

Kılıçoğlu, A.M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011.

OECD: The Value of Statistical Life: A Meta-Analysis, Working Paper 2010, No. 9, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP\(2010\)9/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=ENV/EPOC/WPNEP(2010)9/FINAL&doclanguage=en) (Erişim Tarihi: 18.1.2016), s. 1-33.

Öztürkler, C.: Uygulamanın İçinden Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri, 1. Baskı, Ankara 2003.

Posner, E.A./Sunstein, C.R.: Dollars and Death, John M. Olin Law & Economics Working Paper 2004, No. 222, [http://www.law.uchicago.edu/files/files/222-eap-crs-\\$death-new.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/222-eap-crs-$death-new.pdf) (Erişim Tarihi: 18.1.2016), s. 1-66.

Sanlı, K.C.: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, 1. Baskı, İstanbul 2007.

Schäfer, H.B./Ott, C.: The Economic Analysis of Civil Law, 1. Baskı, New Jersey 2004.

Tan, F.: Pasif Devre Maddi Tazminat Hesaplamalarında Doğrular ve Yanlışlar, İstanbul Barosu Dergisi 2007, C. 81, S. 6, s. 2551-2560.

Tekinay, S.S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 1974.

Viscusi, K.: The Value of Life in Legal Contexts: Survey and Critique, American Law and Economics Review 2000, Vol. 2(1), s. 195-222.

Viscusi, W.K.: The Value of Life Estimates with Risks by Occupation and Industry, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper Series No: 422, 2003, s. 1-40, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/422.pdf; (Erişim Tarihi: 2.1.2016).

Viscusi, W.K./Aldy, J.E.: The Value of Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates Throughout the World, NBER Working Paper Series No: 9487, 2003, s. 1-126, http://www.nber.org/papers/w9487.pdf?new_window=1 (Erişim Tarihi: 2.1.2016).

Ward, J.: A Review of Case Law, The New Hedonics Primer for Economists and Attorneys içinde, İkinci Baskı, 1992.

YENİ BİR KURUM OLARAK TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ'NİN TİCARİ İŞLETME REHNİ İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ*

Dr. Mehmet Ali AKSOY**

ORCID ID: orcid.org/0000-0003-0494-2962

Makalenin Geldiği Tarih: 05.01.2017 Kabul Tarihi: 29.09.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Gazi Üniversitesi TKYO Ticaret Hukuku Bilim Dalı Öğretim Görevlisi.

ÖZ

Taşınır ve haklardan oluşan işletme malvarlığı üzerinde işletme unsurlarının teslimine gerek kalmaksızın rehin hakkı kurulmasını sağlamak amacıyla 21.07.1971 Tarih ve 1447 Sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK) çıkarılmıştır. Yaklaşık 45 yıl gibi bir süre uygulanan Kanun 1.1.2017 itibariyle yerini aynı amacı taşıyan 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na (TRK) bırakmıştır. Bu çalışmada teslimsiz taşınır rehnini düzenleyen Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile Ticari İşletme Rehni Kanunu karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ticari işlemlerde taşınır rehni, ticari işletme rehni, teslimsiz rehin, Sicilli taşınır rehni.

AS A NEW INSTITUTION COMPARATIVE EVALUATION
OF MOVABLE PLEDGE IN COMMERCIAL TRANSACTIONS
BY COMMERCIAL ENTERPRISE PLEDGE

ABSTRACT

Law No. 1447 of the Undertaking Pledge on the date of 21.07.1971 (TIRK) was issued the purpose of in order to ensure that the pledge on enterprise assets consisting of movable good and rights is established without the need for the delivery of enterprise elements. The law, which has been applied for a period of approximately 45 years, will leave the Law of Movable Pledge in Commercial Transactions No. 6750 (MPCT), which has the same purpose, on 1.1.2017. In this work, it has been examined in comparison Movable Pledge in Commercial Transactions which regulates the movable pledge with Undertaking Pledge.

Keywords: Movable pledge in commercial transactions, undertaking pledge, pawn without the need for the delivery, registered movable goods pledge.

1. GİRİŞ

Tacirlerin finansman erişiminde karşılaştığı zorluklardan en önemlisini teminatlar oluşturmaktadır^[1]. Rehin sözleşmesi ise aynı teminat sağlayan bir kurumdur ve Türk Hukukunda taşınır rehni teslimle bağlıdır. Teslim şartı nedeniyle^[2] bir taşınmazın eklenti veya teferruatı olmadığı sürece, işletmeye dâhil unsurlar üzerinde rehin hakkı ancak teslimle kurulabilmekte ve bu da işletmenin faaliyetini sekteye uğratmakta idi. Zira rehin, işletme unsurlarından taciri mahrum bıraktığı gibi rehin alana da söz konusu unsurları koruma ve saklama gibi külfetler yüklemektedir. Bu nedenle ticari hayatın şartları, teslimle bağlı rehni'e bir istisna getirilmesini ve işletmeye dahil taşınır malların teslim edilmeksizin bir borca karşılık rehin verilebilmesini gerekli kılmakta idi. Taşınır ve haklardan oluşan işletme malvarlığı üzerinde işletme unsurlarının teslimine gerek kalmaksızın rehin hakkı kurulmasını sağlamak amacıyla 1447 Sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK) çıkarılmıştır. Bu kanun 1.1.2017 itibarıyla yerini aynı amacı taşıyan 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na (TRK) bırakmıştır. Söz konusu kanunların çeşitli açılardan karşılaştırmalı olarak incelenmesi gerekmektedir.

2. REHNİN KONUSU

TİRK ile borçlunun faaliyetini sürdürmesi amacıyla bir ticari işletme veya esnaf işletmesi üzerinde teslimsiz rehin oluşturulurken TRK ile belirli mallar üzerinde ve çok geniş bir kitle için teslimsiz rehin verme imkanı sağlanmıştır. Bu nedenle rehinin konusu her iki kanunda oldukça farklılık arz etmektedir.

2.1. TİRK'E Göre Rehinin Konusu

TİRK'e göre rehinin konusunu ticaret siciline kayıtlı ticari işletmeler ve esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf işletmeleri oluşturur^[3]. Bilindiği üzere tacir sıfatının kazanılmasında işletmenin sicile kaydı bir unsur olarak aranmaz. Ancak işletme üzerinde rehin hakkı kurulabilmesi için esnaf işletmesi veya ticari işletmenin sicile kayıtlı olması bir unsur olarak aranmıştır^[4]. Ayrıca rehne konu olan tek tek işletme unsurları değil işletmenin tümüdür. Ancak sınıai işletmelerinde borcun boyutuna bakılmaksızın işletmenin tamamın rehne konu

[1] TRK Genel Gereğçesi.

[2] Rehin hakkı, rehinle teminat altına alınan borcun ödenmemesi durumunda alacaklıya rehin konusu olan şeyi paraya çevirtme yetkisi veren bir aynı haktır. Türk hukukunda taşınırlar açısından teslimle bağlı rehin geçerlidir. Yani bir taşınmazın ve eklenti ve teferruatları üzerinde rehin tesisi için taşınmazın teslim edilmesi gerekmeden tapu siciline tescil yeterli iken (TMK m 856) taşınırlar üzerinde rehin kurmak için taşınırların mutlaka alacaklıya teslimi gerekmektedir (TMK m 939).

[3] Kanun Ticari İşletme Rehni Kanunu adını taşımasına rağmen esnaf işletmeleri de kanunun kapsamındadır (TİRK m 1).

[4] AYHAN Rıza/ÖZDAMAR Mehmet/ÇAĞLAR Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, Yetkin, Ankara, 2016, s. 201.

yapılmasının doğuracağı olumsuzluklar^[5] nedeniyle bazı işletme unsurlarının rehin kapsamı dışında bırakılmasına izin verilmek suretiyle işletmenin tümü üzerinde rehin hakkı kurulması yanında belirli unsurları üzerinde de rehin hakkı kurulabilmesine izin verilmiştir (TİRK Ek madde 2).

2.2. TRK'ye Göre Rehinin Konusu

Kanunun adı ve amaç hükmünden “taşınır varlıkları konu edinen” ticari işlemlere ilişkin (TRK m 1/2) bir borcun güvence altına alınması amacıyla kurulan rehinlerin konu edindiği izlenimi uyandırsa da söz konusu algı kanunun başarısız ifade tarzından kaynaklanmaktadır. Söz konusu düzenlemede “ticari işlem” kavramının teknik anlamda “ticari işi ifade etmemekle birlikte günlük anlamda kullanılmıştır^[6]. Bu nedenle kanunun kapsamı teknik anlamda ticari işler olmasa da en azından gelir getirmeye yönelik faaliyetlerle sınırlandırılması gerekmektedir. Ancak ticari işlem sınırlaması kanunun adından başka metni içerisinde geçmemektedir. Kanun başlıkları ise her hangi bir yargı içermektedir. Kanunun içeriği esas alındığında rehinin konusu kanun adındaki gibi kazanç getirici işlemlerle de sınırlandırılmamakta ve her hangi bir borç için rehin sözleşmesi kurulmasına olanak tanımaktadır. TRK'e göre rehinin konusu, Kanunda belirtilen taraflar arasındaki her hangi bir borca^[7] güvence teşkil etmek üzere kurulan ve rehinin konusunu kanunda sayılan taşınır varlıkların ve hakların oluşturduğu rehin işlemleri şeklinde belirtilebilir (TRK m 1/3). TRK düzenlemesinde ticari işletme, kanunda sayılan diğer unsurlarla birlikte rehin kapsamında sayılmıştır^[8]. Kanunla bir ticari işletme veya esnaf işletmesinin tümü yanında bir kısım unsurları üzerinde veya belirli mal ve haklar üzerinde teslimsiz rehin kurulmasına izin verilmek suretiyle teslim şartlı rehine büyük bir istisna getirilmiştir. Düzenleme aynı zamanda işletme unsurlarının alacağı karşılıması durumunda işletme üzerinde rehin hakkı tesis edilemeyeceğini belirtmesi nedeniyle ticari işletme rehinine önemli bir sınırlama da içermektedir (TRK m 5/2)^[9]. Belirli unsurların rehin kapsamına alınması, küçük meblağlar için işletmenin tümü üzerinde rehin kurulmasının gerekmemesi açısından tacir

[5] KENDİGELEN, Abuzer (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER Ertan N. Fusun): Ticari İşletme Hukuku, B.4, İstanbul 2015, s. 237.

[6] Kanunun adı “Ticari İşlemlerde” ibaresi taşısa da “ticari iş”, Türk Hukukunda hem günlük hem de teknik anlamda kullanılan bir kavramdır. Günlük konuşma anlamıyla ticari iş, ticari amaçla gerçekleştirilen ve kazanç sağlamaya yönelik faaliyetleri ifade etmektedir. Teknik anlamda ticari iş kavramını TTK m 3 ve m 19 kapsamında belirlenmektedir. Bkz. GÖKTÜRK, Kürşat, “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, S. 2, s. 6,7.

[7] Üçüncü kişilerin de mallarını belirtilen kişiler lehine rehin verebilmesi TRK'de teslimsiz rehin kurulması açısından rehin sözleşmesinin değil rehin teminat teşkil ettiği borç sözleşmesinin taraflarının önemli olduğunu göstermektedir.

[8] Ancak TRK'e göre TİRK'den farklı olarak ticari işletmenin veya esnaf işletmesinin sicile kayıtlı olması bir unsur olarak aranmamıştır.

lehine bir düzenleme iken kanunla belirtilen şekilde bir sınırlama getirmek yerine işletmenin tümü veya belirli unsurları üzerinde rehin tesisinin tacirin tercihine bırakılmasının daha yerinde olacağı açıktır^[10].

3. REHİN SÖZLEŞMESİ VE REHNİN KURULMASI

Rehnin konusu dışında sözleşmenin tarafları ve şekli açısından da her iki kanunun düzenlemesi önemli farklılıklar içermektedir.

3.1. *Rehin Konusu Alacak*

Fer'i niteliği rehinle temin edilen alacağın varlığı ve geçerliliğini zorunlu kılar. Zira rehlin kaderi asıl alacağın kaderine bağlıdır^[11] ve sözleşmenin geçersizliği rehinde geçersizliği sonucunu doğurur^[12]. Rehin alan, alacağın borçlusunu olabileceği gibi rehin veren de alacağın borçlusunu olabilir^[13]. Bir alacağın rehinle teminat altına alınabilmesi için ilgili alacağın TİRK açısından işletme sahibinin işletmeyle ilgili bir borcundan; TRK açısından ise ticari işlemde kaynaklanması gerekmez. İşletme sahibi, işletmesini (veya TRK açısından kanunda belirtilen niteliklere sahip mallarını) üçüncü bir kişinin borcu için rehin verilebilir. Ayrıca rehin, vade ve şartta tabi alacaklar için tesis edilebileceği gibi müstakbel alacaklar için de tesis edilebilir. Müstakbel alacaklar belirlenmiş; en azından belirlenebilir olmalıdır. Rehlin müstakbel bir alacak için kararlaştırılması durumunda rehin (TRK'de derece sisteminin kararlaştırılabilmesine ilişkin istisnalar saklı kalmak kaydıyla), alacağın doğduğu değil kurulduğu tarihe göre sıra alır^[14].

- [9] UygY. (Uygulama Yönetmeliği; Gümrük ve Ticaret Bakanlığının 31 Aralık 2016 Tarih ve 29935 (3. Mükerrer) Sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik.)'de borç miktarının belirli olması halinde diğer taşınır varlıklardan biri veya birden fazlasının borç miktarının tamamına ek olarak beşte birinden fazlasını karşılaması hâlinde işletmelerin tümü üzerinde rehin kurulamayacağı düzenlenmektedir (UygY. m 17/3). Kanunla getirilen "borcu karşılama" sınırlamasının yönetmelikle genişletilmesi eleştiriye açıktır.
- [10] TRK m 5/6'da işletme unsurlarının biri veya birden fazlası üzerinde rehin hakkı kurulabileceğini belirtmekle birlikte TRK 5/2 gereğince ticari işletmenin unsurlarının bir veya birkaçının borcu karşılaması durumunda işletmenin tümü üzerinde rehin kurulamayacağına ilişkin bir sınırlama içermektedir.
- [11] ERZURUMLUOĞLU, Erzan, "Ticari İşletme Rehni", Ankara Barosu Dergisi, Y. 1977 S 3, s. 431.
- [12] KAYIHAN Şaban, Ticari İşletme Rehni, Kazancı, İstanbul 1996, s. 38.
- [13] Bir bankadaki mevduatın aynı bankaya rehnedilmesi veya nakit karşılığı kredilerde rehin alan kendisinin borçlu olduğu alacak üzerinde rehin kurmuş olur. SİRMEN, Hale, Alacak Rehni, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s. 29.
- [14] SİRMEN, s. 15; ÇAKIRCA, Seda İrem, Adi Alacakların Rehni, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 24.

3.2. Rehin Sözleşmesi

Her iki kanun açısından da rehin sözleşmesi belirli niteliklere sahip kişiler arasında yapılan sözleşme ile kurulur. Ancak TRK açısından üçüncü kişiler de kanunda belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler lehine rehin sözleşmesi kurabilirler (TRK m 5/9).

3.2.1. Rehin Sözleşmesinin Tarafları

Rehin sözleşmesinin tarafları her iki kanun açısından önemli farklılıklar içermektedir. Aşağıda yer alan tabloda rehin sözleşmesinin tarafları her iki kanun açısından karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

TİRK	TRK
Rehin Veren	Rehin Veren
Rehin verenin niteliğinin belirlenmesi açısından <i>rehin sözleşmesinin tarafları</i> esas alınmıştır. TİRK'ye göre rehin veren sicile kayıtlı esnaf işletmesi veya sicile kayıtlı ticari işletmenin sahibidir. Tacir yerine sahipten bahsedilmesinin özel bir anlamı bulunmaktadır. Zira hasılat kirasında tacir sıfatı işletmenin malikine ait olmamasına rağmen rehin düzenleme hakkı ticari işletmenin maliki tarafından kullanılabilir ^[15] . Ticari temsilci ise özel olarak yetkilendirilmediği sürece işletme üzerinde rehin tesis edemez.	Rehin verenin niteliğinin belirlenmesi açısından <i>borç ilişkisinin tarafları</i> esas alınmıştır. Zira üçüncü kişilere de söz konusu nitelikleri taşıyan borçlu lehine rehin tesis imkanı tanınması (TRK m 5/9) TRK açısından rehin sözleşmesinin taraflarından çok temel ilişkideki borçlunun niteliğinin önem taşıdığını göstermektedir.
• İşletme sahibi üçüncü kişilerin borcu için de işletmesini rehnedebilirler.	• Kanunda rehnedilebileceği belirtilen mallara sahip kimseler rehin verebilir Bu kişiler kanunda tacir ve esnaflar dışında çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler olarak TİRK'ye göre daha geniş şekilde düzenlenmiştir (TRK m 3). TİRK'den farklı olarak sahibi ibaresi kullanılmamakla birlikte ticari işletmede de rehinin ancak işletmenin sahibi tarafından verilebileceği aşikardır.
	• Söz konusu kimseler yalnızca kredi kuruluşları ile rehin sözleşmesi yapabilirler. TİRK'den farklı olarak rehlin hakkının kredili satış sözleşmesinden kaynaklanması ve rehlin kredili satış konu makine, araç, alet ve motorlu araçlar üzerine tesis edilmesi söz konusu kimseler arasında rehin sözleşmesi yapılması açısından bir unsur olarak aranmamıştır. Bu nedenle söz konusu kimseler kendi borçları veya üçüncü kişinin borcu için -hatta üçüncü kişiler söz konusu kişiler için- kanunda belirtilen türden mallarını rehin verebileceklerdir.

[15] KENDİGELEN, (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER), s. 232.

*Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin
Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*

	<ul style="list-style-type: none"> • Tacirler ve/veya esnaflar arasında hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın rehin sözleşmesi kurulabilir. Kanunda tacirler ve esnaflar arasında kurulan rehin sözleşmesi açısından karşı tarafın kredi kuruluşu olması gibi bir sınırlamaya gidilmemiştir.
	<ul style="list-style-type: none"> • Üçüncü Kişiler TRK m 5/1 kapsamına giren mallarını rehin verebilir <p>Borçlunun kanunda belirtilen nitelikleri taşıması şartıyla üçüncü kişiler de TRK kapsamında teslimsiz taşınır rehni kurabileceklerdir (TRK m 5/9).</p>
Lehine Rehin Hakkı Tesis Edilebilecek Kimseler	Lehine Rehin Hakkı Tesis Edilebilecek Kimseler
<p>Lehine rehin hakkı tesis edilebilecek kimseler kanunda belirtilmiştir. Buna göre</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tüzel kişiliğe sahip sermaye şirketi şeklinde kurulmuş kredi müesseseleri, • Kooperatifler <p>Yalnızca kredi kooperatifleri değil her türlü kooperatif için rehin kurulabilir^[16].</p> <ul style="list-style-type: none"> • Kredili satış yapan gerçek veya tüzel kişiler <p>Lehine rehin hakkı tesis edilebilir. Kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişilerin rehin hakkı, yalnızca kredili satışa konu makine, araç, alet ve motorlu araçlar ile sınırlıdır (TİRK m 2).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Lehine rehin hakkı tesis edilebilecek kimseler sınırlı sayıda belirtilmiştir. <p>Söz konusu kimselerin bu nitelikleri, sözleşme yapıldığı anda taşınmaları gerekir. Sonradan bu nitelikleri kaybetmeleri ise rehni geçerliliğini etkilemez. Ayrıca rehlinli alacakların bu nitelikleri taşımayan kişilere devri de mümkündür^[17].</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Kredi kuruluşları^[18] <p>Tacir ve esnaf dışındaki kimseler yalnızca kredi kuruluşları ile rehin sözleşmesi yapabilirler. Söz konusu kredi kuruluşu, TİRK düzenlemesinden farklı olarak kredili satış yapan kişi niteliğinde değildir. Kredi kuruluşları, düzenlemede belirtilen kimselere mal satabileceği gibi kredi de sağlayabilir.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tacirler • Eснаflar <p>TRK kapsamına giren taşınır mallar üzerinde taşınır rehni tacirler ve esnaflar arasında hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabilir. Düzenlemede işletmelerin ticaret siciline kayıtlı olması gibi bir unsura yer verilmemiştir</p> <p>Söz konusu alacağın daha sonra tacir veya esnaf sıfatı taşımayan kişilere de devri mümkündür.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Rehin verene ilişkin söz konusu sınırlamalar rehin hakkının kuruluş aşamasına yöneliktir. <p>Rehin ile temin edilmiş alacağın sonradan devredilmesi veya kefilin borcunu ödeyerek halef olması durumunda devralan kanunda sayılan kişilerden olmasa dahi rehin, alacakla birlikte devrin kapsamına girecektir (TBK m 189/1)^[19].</p>	

[16] ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 20. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015, S. 50.

[17] AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 204; ARKAN, s. 51

[18] Kredi kuruluşunun 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren bankalar ve finansal kuruluşlar, 21.11.2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktöring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca faaliyet gösteren finansal kuruluşlar ile kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kurum ve kuruluşlarını ifade ettiği belirtilmektedir (TRK m 2/1/E). Bu kuruluşların ister kooperatif olsun ister AŞ; TTK m 16 uyarınca tacir sıfatı taşıyacağı aşıkardır.

[19] KENDİGELEN, (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER), s. 231.

3.2.2. Rehni Sözleşmesinin Şekli

TİRK'na Göre	TRK'e Göre
<p>Taahhüt İşlemi</p> <p>TİRK'de taahhüt işlemi niteliğindeki rehni sözleşmesi sıkı şekil şartlarına tabidir.</p> <p>Buna göre</p> <ul style="list-style-type: none"> • Rehni sözleşmenin noter tarafından düzenlenmesi gerekir <p>Rehni sözleşmesi ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu yerdeki bir noter tarafından düzenleme şeklinde yapılır. Yetkisiz noter tarafından yapılan ticari işletme rehni sözleşmeleri hükümsüzdür^[20].</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sözleşmede rehne dahil unsurların tam listesinin eklenmelidir. Bu husus bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. (TİRK m. 4). <p>Sonradan ticari işletmenin faaliyetine tahsis edilen taşınır işletme tesisatı, aynı usulle rehne dahil edilmelidir^[21].</p> <p>Söz konusu düzenleme, işletmeye ait bazı unsurların rehni kapsamında bırakılarak ticari işletme rehni teslim şartlı taşınır rehni hükümlerinin dolanılması için bir vasıta olarak kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır^[22].</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sanayi işletmeleri açısından özel şartlar getirilmiştir. <p>Söz konusu şartlar;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Rehne konu olan varlıkların bir listesinin işletmenin yasal defterlerinden işletme veya yevmiye defterinin son sayfasına noter tarafından onaylanarak eklenmesi, - Söz konusu listenin her yıl yenilenmesi, - Rehni konusu malların sigortalanması, - Rehni malların özelliklerinin açıkça belirtilmesi, şeklinde sıralanabilir (Geçici m 2). 	<p>Taahhüt İşlemi</p> <ul style="list-style-type: none"> • Rehni sözleşmesinin şekil şartları TRK m 4'de düzenlenmiştir. <p>Buna göre rehni sözleşmesinin;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenmesi (TRK m. 4/2,3) - Elektronik ortamda düzenlenmesi durumunda güvenli elektronik imza ile onaylanması, - Yazılı olarak düzenlenmesi durumunda imzaların noterce onaylanması veya sicil memuru huzurunda imzalanması (TRK m 4/4) gerekmektedir. Sicilden kasıt TRK m. 8'de düzenlenen Taşınır Rehni Sicil'i'dir. <p>İmza onayı için belirli bir noter görevlendirilmemiştir. Bu nedenle belirtilen sözleşme her hangi bir noter tarafından onaylanabilecektir (Noterlik Kan. m. 60).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sözleşmenin kurulması için başka bir unsur aranmamaktadır - İşletmeye tahsis edilen tüm unsurların listesi TRK m 4/6/c Kapsamında sözleşmede belirtilmelidir. TRK'nun amacı bir işletmenin tümü üzerinde değil kanunda belirtilen belirli mallar üzerinde rehni hakkının kurulmasıdır. Rehni işletmeye ait belirli mallar üzerinde kurulduğu için rehni belirlilik ilkesi rehni konusu malın (TRK m 4/6/c) sözleşmede belirtilmesiyle sağlanmış olacaktır. Ancak kanuna göre ticari işletme ve esnaf işletmesinin tümü üzerinde de rehni hakkı kurulabilecektir. Bu halde rehni kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş ve tacire ait olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılır (TRK m. 6/2). Bu ise rehni kuruluşu anındaki unsurlarının belirlenmesini zorunlu kılar. Bu nedenle rehni kapsamına dahil tüm varlıkların listesinin TRK m 4/6/c kapsamında sözleşmede (cins, marka, seri numarası gibi) ayrı edici özellikleriyle yer alması belirlilik ilkesi açısından bir unsur olarak aranmalıdır. Aksi takdirde düzenlemede rehni kuruluş değil paraya çevrilme anındaki tüm unsurlarının rehni kapsamına gireceğinin belirtilmesi gerekirdi.

[20] AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 205.

[21] REİSOĞLU, Seza, "Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme", Bankacılar Dergisi, İstanbul S. 47, 2003, s. 107-121 <http://www.tbb.org.tr>, s. 111.

[22] REİSOĞLU, Son Yasal Düzenleme, s. 111.

*Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin
Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*

Diğer unsurlardan farklı olarak belirtilen listenin yer almaması veya yenilenmemesi bir geçerlilik şartı değildir. Söz konusu işlemle sonraki devirler açısından rehne dahil işletme unsurlarına aleniyet kazandırması amaçlanmaktadır ^[23] .	• TRK sonraki tarihli özel kanun olduğu için TTK m 11/3 uygulama alanı bulmaz Bu nedenle rehin sözleşmesi bir ticari işletmeyi bir bütün halinde konu olsa da yazılı olarak yapılması yeterli görülmemektedir.
--	---

3.3. Tasarruf İşlemi ve Rehinin Kurulması

Tasarruf İşlemi ve İlgili Sicillere Bildirim Yapılması	Tasarruf İşlemi ve İlgili Sicillere Bildirim Yapılması
<ul style="list-style-type: none"> • Rehin sözleşmesi sicile kayıtlı kurulur. Rehin hakkı ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Siciline tescil ile doğar (TİRK m 5). Yani tescil kurucu etkiye sahiptir ve tasarruf işlemi niteliğindedir^[24]. Tescil yapılmazsa rehin hakkı da doğmaz^[25]. 	<p>TRK'e göre rehin belirli varlıklar üzerinde kurulduğu için ilgili unsurların rehin -varsa- özel mevzuatlarıyla bağlantılı olarak düzenlenmiştir.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Rehin sözleşmesi sicile kayıtlı kurulur. Rehin hakkı, rehin sözleşmesinin madde 8'de belirtilen^[26] rehinli taşınır siciline tescil edilmesiyile kurulur (TRK m 4/1)
<ul style="list-style-type: none"> • Tescili talep yetkisi işletme sahibi yanında alacaklıya da verilmiştir. Tescil işlemi işletme sahibinin veya kredi müessesesinin ya da alacaklının yazılı talebi üzerine yapılır (TİRK m 5). • Tescil talebi sözleşmenin yapılmasından itibaren on gün içinde yapılmalıdır. Rehin hakkı tescil edilmediği sürece doğmayacaktır. On günlük süreye uyulmaması ise rehin sözleşmesini geçersiz kılmayacaktır^[27]. 	

[23] REİSOĞLU, Son Yasal Düzenleme, s. 120,121; Söz konusu hususun rehinin kurulmasında tescil işlemi yerine geçen bir geçerlilik şartı olduğu görüşü için bkz. ERTAŞ, Şeref, "Tescilli Taşınır Rehinleri" Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı C 8,Y 2014, s. 1175.

[24] TÜRKER Erhan, Ticari İşletme Rehni, Eskişehir Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Eskişehir, 1981, s. 88.

[25] ERGÜNE'ye göre rehin sözleşmesinde borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi iç içe geçmiştir. Tescil ise daha önce yapılmış olan tasarruf işleminin hüküm ifade etmesi için yapılması gereken idari bir işlemdir. ERGÜNE, Mehmet Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehininin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehininin Kuruluşu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 59; 63.

[26] Bir yerleşim yerinde birden fazla sicil birimi oluşturulabilir veya bakanlıkça yetkilendirilen başka bir kurum veya kuruluş tarafından yürütülebilir (Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılan Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği (RG 31.12.2016, S.3. Mükerrer 29935) m. 5,6).

[27] TOPÇUOĞLU, Metin /ÇON, Ömer, "Ticari İşletme Rehininde Rehin Alacaklısının Korunması" TBB Dergisi, Yıl: 23, S. 93, s. 174-214, s. 198; KENDİGELEN,(ÜLGEN/ HELVACI/KAYA/NOMER), s. 243; Yargıtay ise aksi görüştedir. Ticari işletme rehni, rehin sözleşmesinin yapılmasından itibaren 10 gün içinde Ticaret Siciline tescil edilmezse geçersiz olur. 19. HD. 2003/5837 K. 2003/8884 T. 26.9.2003, (kazanci.com.tr, 28.12.2016). Ancak on günlük süre içerisinde sözleşmede rehinin kapsamına alınması zorunlu unsurların bulunmaması gibi eksikliklerin giderilebileceği ve bu durumda hükümsüzlüğün ileri

<p>• Tescil, taşınır rehnde öngörülen zilyetliğin devrinin yerini tutmaktadır^[28]. Rehin, ticaret veya esnaf sicili memurunun yapacağı bildirim üzerine ilgili sicillere de kaydedilir (TİRK m 7)^[29].</p>	<p>Ancak kanunla TİRK’de olduğu gibi diğer sicillere bildirim zorunluluğu getirmek yerine farklı çözümler kabul edilmiştir.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Rehni özel sicillere tescili kurucudur. <p>Marka, patent, motorlu taşıtlar gibi diğer kanunlar uyarınca bir sicile kaydı zorunlu taşınır rehinlerinde TRK hükümleri uyarınca rehin tesis edilemez (TRK m 8/3). Bu durumda rehni hüküm ve sonuçları da ilgili mevzuat hükümlerine tabi olacaktır (TRK m 8/3).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Kendi mevzuatı gereğince bir onaya tabi olan lisans ve ruhsatların rehni söz konusu onayın alınması hâlinde mümkündür (TRK m 5/7). • İlgili sicillere bildirim <p>Özel sicile tescille kurulan rehinler ilgili sicil olarak “taşınır rehni siciline” bildirilir (TRK m 5/8).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde kurulan rehinler Rehni Taşınır Siciline tescille kurulur ancak Ticaret veya Esnaf siciline bildirilir (TRK m 5/2). İşletme unsurları içerisinde diğer kanunlarca bir sicile tescili gereken unsurlar bulursa dahi, bir işletmenin tümü üzerinde rehin Taşınır Rehni Siciline tescille kurulur. Bu durumda rehin ticaret veya esnaf sicili yanında ilgili sicillere de bildirilir (TRK m 5/2). Belirtilen hükümlerle TTK m 11/3 ile getirilen ticaret siline tescil zorunluluğu da kaldırılmaktadır. (Krş. TTK m 11/3) • Tescilli talep yetkisi ve yükümlülüğü rehin verene aittir (TRK m 12/6). • Tescil için belirli bir süre öngörülmemiştir.
<p>• Diğer sicillere bildirim, kurucu etkiye sahip değildir. Bildirim, hiç veya zamanında yapılmasa dahi rehin hakkı doğar^[30].</p>	

sürülemeyeceği görüşü için bkz. BOZER Ali / GÖLE Celal, Ticari İşletme Hukuku, Üçüncü Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015. s. 28; KAYIHAN, s. 33; 35.

[28] ERGÜNE, s. 63.

[29] Tescili müteakip Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Sicili memurunun derhal yapacağı bildirim üzerine, bu kanuna istinaden tesis edilen rehin, ticari işletmenin üzerinde faaliyet gösterdiği taşınmaz işletme sahibine ait ise bu taşınmazın tapu kütüğündeki beyanlar hanesine markalar, lisanslar ve ihtira beratları gibi sınai haklar için Sanayi Bakanlığınca tutulan sicile, maden siciline, motorlu araçlar için nakil vasıtaları siciline, ticari işletme rehni veren müessesesinin varsa şubelerinin bulunduğu yer sicillerine derhal kaydedilir (TİRK m 7).

[30] AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 206; REİSOĞLU, Son Yasal Düzenleme, s. 113. TİRK m 7 uyarınca ticari işletmenin, üzerinde faaliyette bulunduğu taşınmazın işletme sahibine ait olması halinde, ticari işletme rehni tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilecek ise de bu tescilin yapılmaması, rehni, kendi özel siciline tescille doğduğundan, ticari işletme rehininin geçerliliğini etkilemez. Bkz. 19. HD E. 2001/4132 K. 2001/6811 T. 25.10.2001, (kazanci.com.tr, 28.12.2016).

İlan ve Etkisi	İlan ve Etkisi
Rehin tescille kurulur ve hüküm ve sonuçlarını doğurur ^[31] . Düzenlemede ilandan ise bahsedilmemiştir. Söz konusu husus rehni olumlu etkisinin kabul edilmemesi ile açıklanabilir. Zira –söz konusu unsurlar özel siciller kaydı gerekse dahi- rehni sicil çevresi dışındaki unsurlar üzerinde iyi niyetle aynı hak elde edilemeyecektir ^[32] .	Rehin tescille kurulur ve hüküm ve sonuçlarını doğurur. İlandan ise bahsedilmemiştir. Burada rehin ticaret siciline değil TRK m 8 hükmü gereğince tutulan rehinli taşınır siciline tescil edileceği için mevzuatta aksi öngörülmediği sürece tescil edilen hususların ilan edileceğine ilişkin TTK m 35/3 uygulama alanı bulmayacaktır. Rehni olumlu etkisinin kabulü karşısında ilandan bahsedilmemesi ayrıca eleştiriye açık bir husustur.

4. REHNİN KAPSAMI

TİRK'na göre rehni kapsama sicile kayıtlı ticari işletmeler ve yine sicile kayıtlı esnaf işletmeleri girer. Kanun işletmeyi bir bütün olarak rehinleme amacı taşır. Bu nedenle işletmeye ait bazı unsurların rehin kapsamı dışına çıkartılması engellenmek istenmiş ve işletme unsurlarının belirlenmesi açısından rehne dahil unsurların tam listesinin sözleşmede yer alması geçerlilik şartı olarak aranmıştır.

TRK'de TİRK'den farklı olarak sanayi işletmeleri için getirilen istisna genişletilmiştir. TRK'de esas olarak belirli mallar açısından teslim şartsız rehin düzenlenmiş, işletmelerin de bu kapsamda rehin edilebileceği kabul edilmiştir. Hatta işletmeye ait bir kısım varlıkların alacağı karşılama durumunda işletmenin rehin edilemeyeceğinin kabul edilmesi karşısında (TRK m 5/2) TRK'in asıl amacının belirli taşınırın teslimsiz rehni sağlanması olduğu dahi söylenebilir.

TİRK'e göre ticari işletme rehni konusu işletmelerdir. İşletmenin üzerinde münferit rehin hakkı kurulması çoğu zaman işletmenin unsurlarının toplam kıymetinden çok daha yüksek olacaktır^[33]. TİRK ile işletmenin bazı unsurlarının rehin kapsamına gireceği düzenlenirken bazı unsurları rehin kapsamı dışında

[31] BOZER/GÖLE'ye göre 6102 sayılı TTK ile mevzuatta aksi ön görülmediği sürece tescil edilen hususların ilan edilme zorunluluğu karşısında (TTK m 35/3) ticari işletme rehni de ilan edilmesi gerekir. BOZER/GÖLE, s. 31; GÖKTÜRK TİRK'de bahsedilen tescilin TTK kapsamında ticaret siciline yapılan bir tescil olmadığı, aynı merci tarafından tutulsa da oluşturulan özel bir sicile –ticari işletme rehni siciline- tescilin söz konusu olacağını bu nedenle ilgili sicile yapılan tescilin TTK m 35/3 uyarınca ilanı zorunluluğundan bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. bkz. GÖKTÜRK, Kürşat, "Ticaret Kanunu Değişikliğinin, Ticari İşletme Rehni İyi Niyetli Üçüncü Şahısları Koruyan Düzenlemeye Etkisi" Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C VIII, S 2, Yıl 2013, s. 885-900, s. 894, 895. Ancak GÖRTÜRK TTK'nin işletmeyi bir bütün olarak konu alan işlemler için ayrıca sicile tescil ve ilan zorunluluğu getirmesi (TTK m 11/3) karşısında rehni rehni sicili dışında ticari siciline de tescilin zorunlu olduğu görüşündedir. Bkz. GÖKTÜRK, TTK Değişiklikleri, s. 898.

[32] REİSOĞLU, Son Yasal Düzenleme, s. 113,114. Aksi görüş için bkz, 15HD, 17.12.1990, 4222/5537, ANTMEN, Alpay, Ticari İşletme Rehni, Yetkin, Ankara 2001, s.103.

[33] KENDİGELEN,(ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER), s. 226.

birakılmıştır. TRK'de de ticari işletme veya esnaf işletmesi rehnedilebilecek unsurlar içerisinde belirtilmiştir. Bu kapsamda her iki kanunda belirtilen işlemeye ait unsurların ve rehnedilebilecek varlıkların karşılaştırmalı olarak incelenmesi faydalı olacaktır.

4.1. Rehnin Ticari İşletme ve Unsurları Açısından Kapsamı

İşletmenin malvarlığı unsurları, maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurları olarak tasnife tabi tutulmaktadır. TİRK açısından rehnin işletmenin maddi varlıklarından duran varlıkları üzerinde kurulmasına izin verildiği görülecektir. Hatta duran varlıklar rehnin kapsamı dışında bırakılamaz. Ancak sanayi işletmelerinde sınai haklara ilave olarak taşınır işletme tesisatının da kısmen veya tamamen rehin kapsamı dışında bırakılmasına izin verilmiştir (TİRK ek m 2). İşletmeye dâhil nakit alacaklar ve döner mal varlığı ise rehnin kapsamı dışındadır.

İşletmenin duran varlıklarına tekabül eden taşınır işletme tesisatının tam listesinin sözleşmede yer alması zorunludur. Duran varlıkların rehin kapsamı dışında bırakılması sözleşmeyi geçersiz kılar. Bu nedenle taşınır işletme tesisatı kavramına açıklık kazandırmak gerekecektir. Burada kanunun ifadesiyle makine, araç, alet ve motorlu nakil araçları rehin kapsamında değerlendirilir. Ancak masa sandalye gibi teferruat niteliğinde olan unsurların^[34] sözleşmede yer almamasının sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı belirtilmektedir. Söz konusu unsurların belirlenmesi açısından işletmenin faaliyet amacına yönelik olması bir unsur olarak aranabilir.

Gayri maddi işletme unsurları açısından ise patent marka model resim ve lisans gibi sınai haklar, ticaret unvanı ve işletme adı ticari işletme rehni; kapsamına alınmış; kiracılık hakkı, müşteri çevresi üzerindeki hak ise rehin kapsamı dışında tutulmuştur. Söz konusu unsurlardan ticaret unvanı ve işletme adı rehnin kapsamı dışında bırakılamaz (TİRK m 3). Zira söz konusu unsurların rehnin kapsamına dâhil edilmemesi sözleşmenin geçerli bir şekilde doğmasına engel olur^[35]. Ancak esnaf işletmeleri ticaret unvanı kullanamaz, işletme adının ise kullanılması zorunlu değildir. Bu nedenle söz konusu unsurların kapsam dışında bırakılmamasını “işletme unsurlarından birisi ise” şeklinde algılamak gerekir. Aynı şekilde kredili satış yapan gerçek veya tüzel kişilerin rehin hakkını yalnızca vadeli satışa konu makine araç ve motorlu nakil araçları üzerinde kurulabilir. Bu nedenle belirtilen unsurlar dışındaki işletme unsurlarının tümü rehin kapsamı dışında kalacaktır.

[34] REİSOĞLU, Son Yasal Düzenleme, s. 111.

[35] AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 202.

Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin
Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi

TİRK			TRK
Rehin Kapsamını giren unsurlar	Kapsam dışı bırakamayanlar	Kapsam dışı bırakılabilen unsurlar	<ul style="list-style-type: none"> • İşletmenin tüm unsurları rehin kapsamına alınmıştır TRK düzenlemesinde rehin kapsamına dahil olanlar- olmayanlar şeklinde bir ayırım yapılmadığından ticari işletme veya esnaf işletmesinin tüm unsurları rehin kapsamına girecektir (TRK 5/1/1). Zira TRK'de rehne konu olabilecek bağımsız unsurlar içerisinde TİRK'de rehin kapsamına girmeyeceği belirtilen alacaklar, hammadde, kiracılık hakkı, sarf malzemesi ve ticaret unvanı ve/veya işletme adının bağımsız olarak rehne konu edilebileceği düzenlenmiştir.
	<ul style="list-style-type: none"> • Ticaret unvanı, • İşletme adı, • Taşınır işletme tesisatı^[36] 	<ul style="list-style-type: none"> • Kısmen veya tamamen sınai haklar • Sanayi işletmelerinde kısmen veya tamamen taşınır işletme tesisatı 	
Rehin Kapsamına dahil olmayan unsurlar	<ul style="list-style-type: none"> • Taşınmazlar ve gemi siciline kayıtlı gemiler^[37] • Kiracılık hakkı • Müşteri çevresi • İşletmeye dahil nakit alacaklar ve döner mal varlığı 		
Rehin kapsamına dahil olmayan bir unsurun rehnedilmesi durumunda sözleşmenin tamamı değil BK m 20/2 uyarınca ilgili kısmının batıl olduğunun kabulü gerekir ^[38] .			
Birden fazla işletme de rehni konusunu teşkil edebilir. Tacirin birden fazla işletmesi olması durumunda her bir işleme ayrı ayrı rehni konusunu yapmıştır ^[39] . Birden fazla işletmenin aynı rehin sözleşmesinin konusu olması ise işletmelerin aynı kişiye ait olması veya borçtan müteselsilen sorumlu olmaları şartına tabidir (TMK m 855) ^[40] .			<p>Kanunla bağımsız olarak rehne izin verilen söz konusu unsurların işletme rehni kapsamına girdiğinin de kabulü gerekecektir^[41]. Ayrıca birden fazla işletmenin rehin verilmesinde işletmenin aynı kişiye ait olması veya aynı borçtan dolayı sorumlu olması gibi bir unsura yer verilmemiştir.</p> <p>• TRK m 8/3 uyarınca rehne konu olmayacağı düzenlenen "başka bir sicile tescilli zorunlu unsurlar" da işletme rehni kapsamında rehnedilebilir.</p>
			Ticari işletmenin tümünün rehne konu olması durumunda diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescilli zorunlu olan taşınırlar üzerinde de TRK m 8/3'de yer alan sınırlamaya tabi olmaksızın rehin hakkı tesis edilebilir ^[42]

[36] Taşınır işletme tesisatı fikri tahsis yeterlidir. Mutlaka fiili tahsis aranmamalıdır. KAYIHAN, s. 36; TÜRKLER, s. 28.

[37] Söz konusu düzenleme taşınır rehni teslim şartını bertaraf etmek için çıkarıldığı için taşınmaz, gemi siciline kayıtlı gemiler rehin hakkı kapsamına dâhil değildir.

[38] KENDİGELEN,(ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER), s. 236.

[39] BOZER/GÖLE, s. 27.

[40] ERTEN M. Ali, Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 49.

[41] Rehin hakkının verdiği tek aynı hakkın paraya çevirme hakkı olması karşısında müşteri çevresi üzerindeki rehin hakkının işletmeden bağımsız olarak paraya çevrilmesine olanak

	<p>• İşletme unsurları gerek bağımsız gerekse işletme ile birlikte rehin edilebilir Münferit unsurların alacağı karşılması durumunda işletme üzerinde rehin tesis edilemez (TRK m 6/2). Ancak paraya çevirme aşamasından önce söz konusu unsurların borcu karşılayıp karşılamayacağı anlaşılacağından belirtilen hüküm eleştiriye açıktır^[43]. Bu nedenle söz konusu hususta bir sınırlandırmaya gitmek yerine satışta tertip aşamasında icra müdürünün yetkilendirilmesi (bkz. TİRK m 15) veya satışın bağımsız unsurlardan başlayacağını belirtmesi daha yerinde olurdu.</p> <p>• Şubenin rehnine işin niteliği engeldir. TRK'de bağımsız olarak rehnedilebileceği belirtilen unsurlar arasında şube sayılmamıştır. Bu durumda şubenin TRK kapsamında bağımsız olarak rehne konu olup olmayacağı tartışılabilir. Şubelerin (şube olduğunu belirterek) merkezin unvanını kullanması, merkez adına işlem yapması, aynı kişiye ait olması gibi nedenlerle rehnedilebilecek unsur olarak kabul edilmemesi gerekir. Zira söz konusu nedenlerle şube, paraya çevirme aşamasında şube olarak devredilemeyecek veya alacaklı şubenin mülkiyetinin devrini (TRK m 14) talep edemeyecektir. Burada devrin konusunu şubeye tahsis edilen işletme unsurları veya şubenin geliri oluşturacaktır. Bu nedenle şubenin bir malvarlığı olarak rehnedilemeyeceği ancak rehni konusunun şubedeki işletme unsurları veya şubenin geliri olarak sınırlandırılabilir sonucuna ulaşılabilir. Kiracılık hakkının devri için kira sözleşmesinde bu hakkın devrine olanak tanınması (TBK m 322/2) ve kiraya verenin rızası aranır^[44]. Kiracılık hakkının rehnedilmesi de bu unsurlar içerisinde anlam ifade edebilir. Zira şubenin devri durumunda şubeyi devralan kişi şube olarak değil bağımsız işletme olarak faaliyet gösterebilecek ancak kiracılık hakkından vs. yararlanabilecektir.</p>
--	---

yoktur. Aynı şekilde ticaret unvanı da TTK sisteminde ticari işletmeden ayrı olarak devredilemez. Bu nedenle söz konusu unsurların ticari işletme rehni kapsamına alınması tercih olarak nitelenebilirse dahi işletmeden bağımsız olarak paraya çevrilme olanağı olmayan söz konusu unsurların işletmeden bağımsız olarak rehne konu olamayacağını kabulü Türk Hukuk Sistemine daha uygun olurdu.

[42] Söz konusu rehni hükümleri açısından bkz. TRK m 5/2.

[43] TRK m 13'de her ne kadar belirtilen unsurlara değer tespiti yapılacağı düzenlenmekte ise de söz konusu değer paraya çevirme değerini ifade etmeyeceği açıktır.

[44] İMAMOĞLU Başak ŞİT, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017, s 31

*Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin
Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*

	<ul style="list-style-type: none"> • İşleme unsurları sözleşmeyle rehlin kapsamından çıkartılabilir. <p>Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehlin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılır (TRK m 6/2). Burada mutlaka fiili tahsis aranmamalı, fikri tahsis yeterli sayılmalıdır. Bu nedenle işletmeye alınmakla birlikte depoda duran veya gümrükte bekleyen işletme unsurları da tahsis edilmiş olarak kabul edilmelidir.</p> <p>Kanunun yapısı dikkate alındığında söz konusu hükmün işletmenin bazı unsurlarının rehlin kapsamı dışında bırakılmasına engel bir hüküm olmadığı; sözleşmeyle işletmenin bazı unsurlarının rehlin kapsamından çıkarılabileceği kanısındayız.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Rehlin işletme üzerinde kurulması durumunda işletme bir bütün olarak borcun tamamına teminat teşkil eder. <p>Alacaklı, alacağının tamamını almadıkça rehinli taşınırı veya onun bir kısmını geri vermek zorunda değildir (TMK m 944).</p>
<p>Taşınmaz rehni bütünüleyici parça ve eklentilerini kapsar. (TMK m 862). Eklentiler tapu kütüğünün beyanlar hanesine yazılması durumunda teslim tabi olmaksızın ipotek kapsamına girecektir. Ticari işletme rehni ise ilgili siciller kapsamında tapu siciline de bildirim yapılmaktadır. Eklentinin ticari işletme rehni dahil olduğunu tapu kütüğünden gören üçüncü kişi, iyi niyet iddiasında bulunamayacak alacağı ticari işletme rehinden sonra gelecektir (TİRK m 10/2; TMK m 862/3)^[45]. Bu durumda ipotekli taşınmazın teferruatı niteliğinde olan mallar üzerinde ticari işletme rehni dayalı icra takibi yapılabilir^[46].</p>	<p>Ticari işletmenin tamamı üzerinde rehin hakkının tesis edilmesi durumunda rehlin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş taşınır rehnedilmiş sayılır (UygY. m 17). Ancak ilgili Yönetmelikte (m17/1) yer alan taşınmazların da rehnedilmiş sayılacağına ilişkin yönetmelik hükmü taşınmazlar üzerinde ipoteğin tescille kurulacağını düzenleyen TMK m 856 hükmüne aykırılık teşkil ettiği için uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır.</p>

[45] KENDİGELEN, (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER), s. 245.

[46] Satışın durdurulması talebinin reddedilmesi gerekir. 12. HD E. 2010/29313 K. 2011/10470 T. 24.5.2011 (kazanci.com.tr, 28.12.2016). TMK m 777 deki hüküm iyi niyetle hak kazanılmasının (TMK m 901) bir istisnasıdır. ERTEN, s. 51.

	<p>Tapu kütüğüne herhangi bir nedenle tescil edilen taşınurlar TRK kapsamında rehin konusu yapılamayacaktır (TRK m 1/5). Tapu kütüğüne arazi, bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler tescil edilir (TMK m 704; Tap. ST m 8). Bunun haricinde tapu kütüğüne taşınurlar tescil edilmez. Söz konusu başarısız düzenlemenin tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli hakları veya taşınmazın eklentisi olarak beyan edilen taşınurları (TMK m 862) ifade ettiği düşünülebilir. Bu nedenle bir taşınmazın eklentilerinin ipotek kapsamında tapu kütüğünün beyanlar hanesine yazılması durumunda tapu kütüğünde kayıtlı eklentiler üzerinde TRK kapsamında rehin hakkı kurulamayacaktır.</p>
<p>Art ve Alt Rehin</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art rehin kurulabilir <p>Teslim şartı bulunmadığı için TMK m 941 uyarınca yazılı bildirim şartına bağlanmamıştır.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tarih sırasıyla öncelik ilkesi uygulanır. <p>İşletme üzerinde maliki tarafından birden fazla rehin kurulabilir (Art rehin). Bu durumda tescil sırası esas alınır.</p>	<p>Art ve Alt Rehin</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art ve alt rehin konusunda sınırlama getirilmemiştir <p>Rehne konu edilen unsurlar alt veya art rehne konu olabilir. Rehne konu taşınır varlığın alt veya art rehne konu olmasını kısıtlayan sözleşme kayıtları geçersizdir (TRK m 4/7). Ancak burada yer alan kayıtların sözleşmeyle karşılaştırılmış olması gerekir. TMK'daki taşınır art rehinine ilişkin şartlar TRK kapsamında yapılan rehinlerde kıyasen uygulanacaktır. Bu nedenle alacaklı, rehnedenin rızası dışında rehinli taşınırı başkasına rehn edemez (TMK m 942). Aksi takdirde alacaklı, bundan doğan bütün zararlardan sorumlu olur (TMK m 945). Rehinli malın maliki ise kendiliğinden art rehin kurabilir (TMK m 941). Teslim şartı yer almayan söz konusu durum için herhangi bir bildirim de gerek yoktur. • Sabit derece sistemi karşılaştırılabilir. <p>Art rehin, rehlin sabit derece sistemine göre kurulması durumunda söz konusu olacaktır. Sabit derece sistemine göre kurulması durumunda ise art rehne de ihtiyaç kalmamaktadır^[47].</p> </p>

[47] AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, Yetkin, Ankara 2017, s.

4.2. TRK'e göre İşletmeden Bağımsız Olarak Rehn Edilebilen Unsurlar ve Rehnin Özellikleri

4.2.1. TRK'e Göre İşletmeden Bağımsız Olarak Rehn Edilebilecek Mal ve Haklar

Rehnin, işletmenin tümü üzerinde kurulmaması hatta bir işletmenin söz konusu olmaması durumunda rehn hakkının konusunu kanunda tahdidi olarak sayılan taşınır varlıklar oluşturur. Üzerinde rehn kurulabilecek taşınır varlıklar, kanunda mevcut veya mustakbel alacaklar, çok yıllık ürün veren ağaçlar, fikri ve sınai mülkiyete konu haklar, hammadde, hayvan, her türlü kazanç ve iratlar, başka bir sicile kaydı öngörülme ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar, kira gelirleri, kiracılık hakkı, makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makineleri, elektronik haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi taşınır işletme tesisatı, sarf malzemesi, stoklar, tarımsal ürün, ticaret unvanı ve/veya işletme adı, ticari işletme veya esnaf işletmesinin tamamı, ticari plaka ve ticari hat, ticari proje, vagon şeklinde sıralanmıştır (TRK m 5/1).

Bu kapsamda

- Üçüncü kişinin borcu için rehn tesis edilebilir.
- Üçüncü kişilerde söz konusu nitelikleri taşıyan borçlu lehine kanunda belirtilen nitelikleri taşıyan mallarını rehn verebilir.
- Rehn tesisi için söz konusu varlıkların borçlunun zilyetliğinde bulunması gerekmez (UygY. m 11/1/Ö).

İşletme rehninin kurulabilmesi için zilyetlik bir unsur olarak aranmamakta ise de rehn konusu malların işletme faaliyetine tahsisi aranmaktadır.

- Ancak kazandırmaya elverişli olmayan veya zilyetliğe konu olmayan taşınır üzerinde rehn tesis edilemez.

Rehnlü taşınırın özel mülkiyete ve zilyetliğe konu olması, kazandırmaya elverişli olması ve parasal değer taşıması gerekir (TMK m 762). Zilyetliğe elverişli olmadığı için enerji üzerinde rehn tesis edilemez^[48].

4.2.2. Sicili Taşınır Rehni Konusu Olabilecek Özel Düzenlemeye Tabi Mal ve Haklar

Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır varlıklar üzerinde TRK kapsamında Sicile tescil edilmek suretiyle rehn tesis edilmez (TRK m

206; ANTALYA Gökhan/ACAR Faruk, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2017, s. 138-139.

[48] ERGÜNE, s. 172, 173, 174.

8/3). Öncelikle mevzuatımızda sicilli taşınır rehnine ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Marka, patent gibi haklar, motorlu taşıt araçları, sicile kayıtlı gemiler bu kapsamda değerlendirilir. Sicile kayıtlı olmayan gemiler üzerinde ise TRK kapsamında rehin kurulabilecektir (Krş TTK m 1012). Ayrıca araçlar, iş makineleri gibi söz konusu unsurlardan bazılarının rehnedilebileceği TRK m 5/1'de belirtilmiştir.

Taşınır varlıkların sicile tescilinin ihtiyari olduğu durumlarda ise TRK kapsamında sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilebilecektir. Bu kapsamda çıkarılan maden cevheri üzerinde de TRK hükümlerine göre rehin tesis edilebilecektir. Bu durumda hammadde rehninde olduğu gibi tasarruf yetkisinin sınırlanıp sınırlanmayacağına açıklık getirilmesi gerekmektedir. Hayvan rehni de bu kapsamda değerlendirilebilir. Hayvan rehni sözleşmesine taraf olacak kişiler sınırlıdır^[49]. Hâlbuki TRK'nin kapsamı söz konusu hükümlere göre daha geniştir. Örneğin TRK'ye göre ticari değeri olan her türlü hayvan rehni konusunu oluşturabilir (UygY. m 11/1/J). Bu durumda çiftlikte veya petshopda bulunan hayvanlar üzerinde rehin kurulabilecektir^[50]. Ayrıca tüm bu hallerde ilgili sicile de bildirim yapılmalıdır (TRK m 5/2).

TMK de sicilli taşınır rehni kanun gereğince sicile kayıtlı tüm taşınır üzerinde kurulmasına yönelik genel bir hüküm bulunmaktadır (TMK m 940/2). Söz konusu unsurlar üzerinde zilyetliğin nakline gerek olmaksızın yalnızca sicile kayıtlı rehin kurulabilmektedir. Belirtilen düzenlemenin de TRK m 8/3 kapsamında değerlendirilmesi durumunda rehne büyük bir istisna getirilmiş olacak ve sicile kayıtlı hiçbir taşınır üzerinde TRK kapsamında rehin tesis edilemeyecektir. Kanımızca söz konusu düzenleme de ilgili sicile tescil zorunlu tutulmadığı için TRK m 8/3 kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir.

4.2.2.1. Lisans ve Ruhsatların Rehnedilmesi

Lisans ve ruhsatların rehnedilmesi ise başka bir sicile kaydının öngörülmesine ve idari izin belgesi niteliğinde olmaması şartına bağlanmıştır.

- Öncelikle idari izin belgesi niteliğinde olan ruhsatlar rehnedilemeyecektir.

Söz konusu düzenleme nedeniyle ticari plakalı bir minibüs hattının rehni de ancak plakayla birlikte mümkün olması gerekir (TRK m 5/1)^[51]. Özel hastane ruhsatlarının işletmeyle birlikte rehnedilmesine mümkündür. Piyasa şartlarına

[49] Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve kooperatifler ile özel kanunları veya Türk Ticaret Kanunu gereğince tüzel kişiliğe sahip bir itibar müessesesi olarak kurulmuş bulunan sermaye şirketleri, merkezlerinin bulunduğu yerdeki valilikçe izin verilme şartıyla, rehin alacaklısı olabilirler (8/12/2001/Tarih ve 24607 Sayılı RG'de yayımlanan Hayvan Rehni Tüzüğü m 2).

[50] ERTAŞ, s. 1162.

[51] Hattın plakadan ayrı olarak haczedilemeyeceğine yönelik olarak Bkz. Yrg. 12.HD. 17.04.2014/T, 2014/8756/E, 2014/11347/K

göre maddi değerinin oluştuğu ve bu nedenle haczedilebileceği kabul edilen^[52] özel hastane ruhsatlarının bu kapsamda değerlendirilmesi mümkünken kendi mevzuatı gereğince bir onaya tabi olan lisans ve ruhsatların rehnini söz konusu onayın alınması şartına bağlayan TRK m 5/7 düzenlemesi hastane ruhsatının işletmeden bağımsız rehnini de mümkün kılmaktadır^[53]. Bu nedenle özel hastane ruhsatlarının işletmeden ayrı olarak^[54] rehn edilebilmesi gerekir.

- Başka bir sicile kayıtlı ruhsatlar da bu surette rehn edilemeyecektir.

Maden ruhsatı üzerinde rehin tesis edilebilir. Maden işletme ruhsatı üzerinden kurulan maden rehinlerinin düzenleme kapsamına alınmaması ve MK m 42-45'e tabi olması gerekir. Maden işletmesinin makine, nakil vasıtaları ve aletleri ile tesisler gibi varlıkları üzerinde maden için yapılan borcun teminat altına alınması amacıyla MK m 42-45 hükümlerine göre rehin tesis edilebilir. Bu durumda madenler işletmeleri üzerinde kapsamı daha geniş olan TRK hükümleri uyarınca da rehin hakkı tesis edilemeyecektir. Ancak bu durum işletmeye ait münferit unsurlar üzerinde TRK hükümleri uyarınca rehin hakkı tesis edilmesine engel olmamalıdır.

4.2.2.2. Mevcut veya Müstakbel Alacaklar ve Hakların Rehnedilmesi

TRK'e göre geçerli bir rehin hakkı, mevcut veya müstakbel bir borca güvence teşkil etmek üzere kurulur (UygY. m 6)^[55]. Taşınır yanarda maddi varlığı bulunmayan hak ve alacaklar (TRK m 5/3) ve bunların geliri üzerinde (TRK m 5/4) TRK kapsamında rehin hakkı kurulabilir (TRK m 5; TMK m 954 vd). Bu durumda alacaklı hak veya alacağı icra vasıtasıyla paraya çevirerek alacağını elde edebilir^[56]. Düzenlemeye göre rehinli müstakbel taşınır varlık üzerindeki tasarruf yetkisi, bu varlıkların mülkiyete konu edilmesini müteakip kullanılabilir. Ayrıca sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça taşınır varlık üzerindeki rehin hakkı getiri üzerinde doğrudan rehin hakkı vermez (UygY. m 13).

[52] Yrg. 12. HD. 19.02.2015/T 2014/28164/E, 2014/3332/K. Ancak paraya çevirme aşamasında ihaleye katılacak kişilerin gerekli şartları taşınması yani hekim veya ortakları hekimlerden oluşan şirket olması gerekmektedir.

[53] Özel hastane ruhsatının devrinde devralan kişi adına ruhsatname ve faaliyet izin belgesi tanzim edilmesi rehne engel görülmeyecek ve söz konusu iznin alınması şartına tabi tutulacaktır.

[54] Özel hastanelerin işletme olarak devri ve bu surette ruhsatlandırılması Özel Hastaneler Yönetmeliğinde (RG T. 27.03.2002 S. 24708 (ÖHY m 69) düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre taraflar arasında devir, sözleşmesinin bulunması haricinde devralan kişi adına ruhsatname ve faaliyet izin belgesi tanzim edilmesi gerekmektedir ve bu süreç sırasında hastane, devreden sorumluluğundadır.

[55] Bir kişi leasing sözleşmesiyle aldığı malların mülkiyetini sözleşme süresi sonunda elde etmesi mümkündür. Yine hukukumuzda satım sözleşmesinde malların mülkiyeti teslimle geçmektedir. Bu nedenle taksitli satışa konu ancak henüz teslim alınmayan malların rehne

Alacağın veya hakkın rehin hakkının konusunu oluşturabilmesi için

Rehin konusu hak veya alacağın ferden belirlenmesi gerekir^[57].

Rehin konusu hak veya alacak ferden belirlenmelidir. Özellikle daha çok bankacılık işlemlerinde karşılaşılan, belirli bir iş veya konu ile sınırlandırılmaksızın bütün müstakbel alacakların rehin kapsamına dahil eden sözleşmeler geçersizdir(UygY. m 16/2).

Rehin yükü bakımından rehinin kapsamı, TMK'dan bazı farklılıklar arz etmektedir^[58]. Mevcut veya müstakbel taşınır varlıkların getirileri, kendi başına ya da getirisi olduğu taşınır varlık ile birlikte rehin konusu olabilir. Taşınır varlık üzerindeki rehin hakkı, o varlığın bütünleyici parçasını da kapsar. Bütünleyici parçanın ayırt edici özelliklerinin bulunması halinde bunlar ayrıca rehin sözleşmesinde belirtilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, rehin sözleşmesi akdedilirken taşınır varlıkta bulunan eklentiler ile sözleşmenin akdedilmesinden sonra ilave edilen eklentiler rehne dahil değildirler (UygY. m 14).

• Rehinin konusu hak veya alacak devredilebilir, paraya çevrilebilir ve bağımsız olmalıdır

Rehin verilen alacak başkasına devredilebilmelidir. İntifa ve süknâ gibi devredilemeyen haklar rehnedilemez^[59]. Bunun yanında, rehin verilen mevcut ya da ileride doğacak alacağın belirlenebilir olması gerekir^[60]. Ancak rehinin konusu hak veya alacak şarta tabi olabilir^[61]. Bölünebilir olması durumunda alacağın kısmi olarak rehnedilmesi de mümkündür^[62].

Kanun veya ilişkinin niteliği gereği devredilemeyen ya da paraya çevrilemeyen haklar rehnedilemez. Başka bir alacağa bağlı alacakların ve hakların bağımsız olarak devri söz konusu olamayacağı için rehni de mümkün değildir^[63]. Kiracının

konu olmasında TİRK'deki işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olma unsuru nedeniyle sorunlar ortaya çıkmakta fiili tahsisin aranması müstakbel varlıklar üzerinde ticari işletme rehinin kurulmayacağı sonucunu doğurmaktadır.

[56] ERGÜNE, s. 34.

[57] ÇAKIRCA, s. 24.

[58] TMK kapsamında rehin yükü bakımından alacak rehininin kapsamına; rehin verilen alacak, rehin verilen alacağa bağlı haklar, rehin verilen alacağa bağlı dönemli yan edimler girmektedirler (TMK 959).

[59] ŞİRMEN, s 28;ERGÜNE, s. 36.

[60] ŞENSÖZ, Ebru / ÖZBİLEN, Arif Barış / SAVAŞ, Burcu, "Alacak Rehininin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y:4 S.:8, 2005/2 s.233-252, s 245; ERGÜNE, s. 37.

[61] CANSEL, Erol, Türk Menkûl Rehni Hukuku, Teslim Şartlı Menkûl Rehni, Sevinç Matbaası, Ankara 1967, s. 21.

[62] ÇAKIRCA, s. 29.

[63] ŞİRMEN, s. 28.

kullanma hakkı (kiracılık hakkı), ticaret unvanı üzerindeki hak, işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceği için işletmeden ayrı olarak rehnedilemez. Ayrıca devir yasağı sözleşmeden de kaynaklanabilir. Zira alacak ve hak rehni, aynı hak bahşetmez. Söz konusu hak veya alacak ile eş nitelikte bir hak sağlar^[64]. Alacağın mutlak para alacağı olması gerekmesi de en geç paraya çevrilme anında parayla değerlendirilebilmelidir^[65]. Paraya çevirme yetkisinin olmadığı hallerde rehinden de bahsedilemez. Hacedilmiş alacaklar üzerinde rehin tesis edilebilir. Ancak bu durumda malikin tasarrufu hacizli alacaklı lehine doğan hakkı ihlal ettiği ölçüde hükümsüzdür^[66].

4.2.2. Rehnin Özellikleri

4.2.2.1. Rehin Hakkı Rehin Konusu Varlıklardan Biri veya Birden Fazlası Üzerinde Kurulabilir

Rehin hakkı belirtilen varlıklardan biri veya birden fazlası üzerinde kurulabilecektir (TRK m 5/6). Fakat UygY. ile bu konuda bir işletmenin münferit unsurları üzerinde rehin kurulmasında (TRK m 5/2) olduğu gibi bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre anapara rehni tesis edilmesi halinde söz konusu varlıklardan ancak borç miktarının tamamına ek olarak en fazla 1/5'i oranına yetecek miktarı üzerinde rehin kurulabilecektir (UygY. m 11/2).

Birden fazla eşyanın rehne konu olabilmesi için eşyaların aynı kişiye ait olması veya borçtan müteselsilen sorumlu olmaları şart değildir. Birden fazla işletmenin aynı rehnin konusunu oluşturması da bu kapsamda değerlendirilir ve işletmelerin aynı kişiye ait olması veya borçtan dolayı müteselsil sorumlu bulunması gibi bir şart aranmamıştır (krş. TMK m 855). Bu durumda rehin konusu malların tümü alacağın tamamına karşılık teşkil eder. Bu nedenle alacağın tamamı tahsil edilmedikçe borçlu, teminat kapsamındaki varlıklardan biri veya bir kısmı üzerindeki rehnin kaldırılmasını talep edemez (Krş TMK m 944/2).

4.2.3. Sistemin Eleştirisi

TRK ile getirilen sistem çeşitli açılardan eleştiriye açıktır.

4.2.3.1. Belirlilik İlkesi Sağlanamayacak Unsurlara Yer Verilmiştir

Belirlilik ilkesi nedeniyle rehin sözleşmesine konu alacağın ve rehinli eşya veya hakkın belirli olması; yani ferden tayin edilmesi sözleşmenin unsuru olarak

[64] ERGÜNE, s. 68; ERZURUMLUOĞLU, s. 431, İlgili yönetmelikte ise hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın aynı hak olarak belirtilmiştir(UygY. m 8/3).

[65] ÇAKIRCA, s. 24; 29.

[66] ERGÜNE, s. 175

aranmaktadır. Pul koleksiyonu veya hayvan sürüsü gibi eşya birliği teşkil etmediği sürece bir kimsenin malvarlığının tümü veya bir kısmı üzerinde rehin hakkı kurulamaz^[67]. Ticari işletme rehni ise belirli bir faaliyete özgülenmiş malvarlığı bölümü (işletme) üzerinde rehin hakkı vermesi nedeniyle bunun bir istisnasıdır. Bu durumda rehne dair unsurların tam listesinin yer alması belirlilik ilkesine hizmet etmektedir.

TRK ile TİRK'ye göre rehin kapsamına dahi alınmayan hammadde, sarf malzemesi, stoklar, gibi işletmenin döner malvarlığı unsurları üzerinde bağımsız olarak rehin kurulacağı belirtilmiştir. Düzenlemede ilgili unsurlar üzerinde işletme sahibinin tasarruf hakkı sınırlandırılmadığı gibi alacaklının muvafakatine de bağlanmamıştır. Bu durumda teslim şartı olmamasına rağmen söz konusu unsurlar üzerinde işletme sahibinin tasarruf yetkisinin kısıtlanacağına kabulü kanunun amacı ile bağdaşmamaktadır. Rehinli unsurlar üzerinde malikin tasarruf hakkının bulunduğu kabulü ise tahsis amacına uygun kullanılması tüketime bağlı unsurların tükenebileceğinin, işletmenin faaliyetine göre artıp azalabileceğinin kabulü anlamına gelir. Bu durumda söz konusu unsurlar açısından tescilin olumlu etkisinin de kabul edilmemesi gerekir. Aksi rehinin tüketicilere dahi ileri sürülebilmesi anlamı taşıyacaktır. Burada da ilgili unsur yerine geçen değer rehinin kapsamına girdiğinin kabulü bir zorlamadan ibaret olacaktır^[68].

4.2.3.2. Bağımsız Olarak Paraya Çevrilemeyecek Unsurlara Yer Verilmiştir

Rehin verdiği tek aynı hak, vadesinde teminat altına alınan borcun ödenmemesi durumunda rehin konusunun paraya çevrilmesidir^[69]. Yukarıda da belirtildiği üzere kiracılık hakkı ve ticaret unvanının işletmeden bağımsız olarak paraya çevrilmesine olanak yoktur. Aynı şekilde çok yıllık meyve veren ağaçların da taşınmazdan ayrı olarak paraya çevrilmesine imkan bulunmamaktadır.

[67] ERTAŞ, s. 1157.

[68] Rehin hakkı, konusu olan şeyin değerini kısıtlayan bir aynı hak olması sebebiyle özel bir kanun hükmü olmasa bile taşınır rehininin konusu olan eşyanın yok olması halinde bunun yerine geçen değerleri kapsamaması gerekir.

[69] ERTAŞ, s. 1155.

5. TİCARİ İŞLETME REHNİNİN HÜKÜM VE NETİCELERİ

5.1. Rehinde Sıra

TİRK	TRK
Aynı ticari işletme üzerinde birden fazla rehin hakkı tesis edilebilir. Bu alacaklıların hakları rehnin tescili sırasına göre tayin edilir (TİRK m 8).	<ul style="list-style-type: none"> Derece belirtilmemişse rehnin tescil sırası esas alınır Aynı işletme veya bağımsız unsurlar üzerinde öncelik hakkı belirtilmeksizin birden fazla rehin hakkı tesis edilebilir. Bu durumda kural olarak alacaklıların rehin hakkı tescil sırasına göre tayin edilir. Derece belirtilmesi halinde derece sistemi esas alınır. TİRK'den farklı olarak TRK ile derece sistemi kurulmasına da izin verilmiştir (TRK m 11). Rehlin sağladığı güvence, tescilde belirtilen rehin tutarı ve derecesi ile sınırlıdır. Rehin, sırada kendisinden önce gelecek olanın miktarının tescilde belirtilmesi kaydıyla ikinci veya daha sonraki derecede de kurulabilir (TRK m 10/1)^[70]. TMK hükümlerinden farklı olarak maliğe sözleşmeyle boş dereceye otomatik olarak ilerleme hakkı verilebilir (TRK m 10/2). Bu durumda ilk sırada yer alan rehin alacaklısı alacağını tamamen almadan bir sonraki rehin alacaklısına ödeme yapılmaz (TRK m 11/2). Rehin sözleşmesi dışında bir sözleşme ile bu hakkın tanınması hâlinde sözleşmenin geçerliliği, ilgili sicile tescil edilmesine bağlıdır (TRK m 10/2).
Ticari işletme rehni ana para rehni veya üst sınır rehni olarak belirtilebilir (TİRK m 6).	Söz konusu rehin de anapara veya üst sınır rehni şeklinde kurulabilir. Bu sayede cari hesap sözleşmesi gibi henüz doğmamış olmakla birlikte doğması muhtemel borçlara teminat oluşturmak amacıyla da rehin sözleşmesi yapılabilir.
• Yabancı para üzerinden ticari işletme rehni kurulamaz TMKm 851'in yabancı para üzerinden ipotek tesisine izin vermesi karşısında yabancı para üzerinden ticari işletme rehni kurulup kurulamayacağı tartışmalara konu olmuştur ^[71] . Ancak alacağın Türk lirası olarak miktarının belirtilmesini ön gören kanunun açık hükmü karşısında yabancı para üzerinden ticari işletme rehni tesis edilemeyeceğinin kabulü gerekir (TİRK m 6).	• Yabancı para üzerinden rehin hakkı kurulabilir. TRK m 4/6/a/4'de ödenecek para cinsi rehin sözleşmesinde yer alması zorunlu hususlar arasında sayılmıştır. Ödenecek para cinsi ifadesi ile yabancı para ile gösterilen alacak yani rehin tutarı ifade edilmek istendiği bu nedenle yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabileceği kanısındayız.

[70] Sözleşme ile derece sistemi kararlaştırılması halinde TMK m 871 ila 876 hükümleri kıyasen uygulanır (TRK m 10/1).

[71] REİSOĞLU yabancı para üzerinden ticari işletme rehni tesis edilemeyeceği görüşündedir. REİSOĞLU, Son Yasal Düzenleme, s. 113. Tesis edilebileceği yönündeki görüşler için Bkz. ERTAŞ, s 1169, KENDİGELEN,(ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER), s 254.

Söz konusu unsurların diğer düzenlemelere göre rehnedilmesi durumunda tarih sırasıyla öncelik ilkesi uygulanır.	Diğer sicillere kaydı gereken unsurlar üzerinde ilgili kanunlar uyarınca önceden bir rehin hakkı tesis edilmesi hâlinde TRK çerçevesinde tesis edilerek bildirilen rehin sonraki sırada yer alır (TRK m 5/2). TRK kapsamında rehin kurulması, aynı mal üzerinde tekrar özel mevzuatlara göre rehin kurmaya engel olmamalıdır. Bu durumda tarih sırasıyla öncelik ilkesi uygulanmalıdır.
---	---

5.2. İyi Niyetin Korunması

İyi niyetin rolü, rehin konusu mallar üzerinde hak kazanılmasında iyi niyetin rolü, rehin hakkının kazanılmasında iyi niyetinin rolü ve rehne dahil unsurlar üzerinde tasarruf işlemlerinde iyi niyetin rolü olmak üzere üç ayrı başlıklar altında incelenmelidir.

TİRK kapsamında	TRK kapsamında
<p>• Rehin hakkının kazanılmasında iyi niyetin korunması</p> <p>Ticari işletmeye dâhil unsurlardan bir kısmı üzerinde işletme sahibinin tasarruf hakkı bulunmasa bile Ticaret veya Esnaf ve Sanatkâr Sicilindeki kayda dayanarak iyi niyetle rehin hakkı elde edenlerin söz konusu kazanımları zilyet olmamalarına rağmen TMK 939/2'de olduğu gibi korunur (TİRK m 5). Söz konusu özel düzenlemenin getirilmesinin nedeni rehin hakkı sahibinin işletme tesisatına zilyet olmamasıdır^[72].</p>	<p>• Rehin hakkının kazanılmasında iyi niyetin korunması</p> <p>TRK'de TİRK m 5 den farklı olarak rehne konu mallar üzerinde rehin hakkı sahibinin tasarruf yetkisi bulunmasa dahi iyi niyetinin korunacağına ilişkin özel bir hüküm sevk edilmemiştir. Bunun için rehin hakkı sahibinin taşınır işletme tesisatına zilyet olması da bir unsur olarak aranmayacaktır. Buna karşılık finansal kiralama sözleşmesine konu noter tarafından tutulan özel sicile kayıtlı taşınırılar üzerinde üçüncü kişilerin kazandığı aynı haklar kiralayana karşı ileri sürülemez (FKK m 8).</p>
<p>• Ticari işletmenin devrinde</p> <p>TİRK m 9'a göre rehinli alacaklı devralan herkese kaşî hakkını ileri sürebilir. Bu nedenle iyi niyet iddiası her ne kadar bazı şartlarla işletmenin münferit unsurlarını devralana karşı ileri sürülebilse de rehne konu ticari işletmenin bir bütün olarak devralınması durumunda dikkate alınmaz.</p>	<p>• Ticari işletmenin devrinde</p> <p>İşletmenin devri de rehne dahil münferit unsurların devri gibi değerlendirilir. Bu nedenle rehin hakkı, rehin sözleşmesinin Rehinli Taşınır Siciline tescil edilmesiyle üçüncü kişilere karşı hüküm ifade eder (TRK m 9/1).</p>

[72] REİSOĞLU, Son Yasal Düzenleme, s. 112.

<p>• Münferit unsurlar üzerinde iyi niyetle mülkiyet veya aynı hak iktisabı</p> <p>Rehinden haberdar olmaksızın ticari işletmenin sicil bölgesi dışındaki belirli unsurları üzerinde mülkiyet veya diğer aynı bir hakkı kazanan iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunur. Bu durumda söz konusu kazanım dolayısıyla işletme sahibinin bir talep hakkının doğması durumunda rehin hakkı bu talep hakkı üzerinde devam eder.</p> <p>Ticari işletmenin rehn edilen unsurlarının tamamı veya bir kısmı için tazminat veya sigorta bedeli ödenmesinin söz konusu olması durumunda, alacaklı, tazminat veya bedel üzerinde rehin hakkına sahip olur (TİRK m 9).</p> <p>Düzenlemenin aksinden rehin çevresi içinde mülkiyet veya diğer bir aynı hak elde edenlerin bu kazanımlarının korunmayacağı yani rehin alana karşı söz konusu hakların ileri sürülemeyeceği anlaşılmaktadır^[73].</p> <p>Diğer sicillere bildirme veya sicilin aleni olması iyi niyet iddiasını bertaraf etmez^[74].</p>	<p>• Rehne dahil unsurlar üzerinde iyi niyetle mülkiyet veya aynı bir hak tesis edilmesi</p> <p>TRK'de rehin hakkının, rehin sözleşmesinin rehinli taşınır siciline tescille üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edeceği (TRK m 9/1) düzenlenerek sicil olumlu etkisine yer verilmiştir^[75]. Bu durumda taşınır rehin yükü ile devalan kişi de borcun ödenmemesi durumunda rehinli varlığı devretmekle yükümlü olacak ve yapmazsa adli para cezasına maruz kalacaktır (TRK m 16/1)</p> <p>Söz konusu düzenleme çeşitli açılardan eleştiriyeye açıktır.</p> <p>• Öncelikle üçüncü kişilerin sicil kayıtlarını incelemekle yükümlü tutmak ağır bir yaptırımdır</p> <p>Üçüncü kişilerin sicil kayıtlarını inceleme yükümlülükleri bulunmamalıdır. Zira söz konusu unsurları devralan kişilerin her zaman tacir olması zorunlu değildir.</p> <p>Ayrıca rehn edilebilecek unsurların tümü sicile kayıtlı olması gereken mal ve haklardan oluşmamaktadır.</p> <p>Örneğin TRK ile stoklar da rehin edilebilir. Bu durumda evi için mobilya alan tacir olmayan kişi, sicile bakmakla yükümlü kılınacak ve rehin iddiasıyla karşılaşılabilecektir^[76].</p>
---	--

- [73] REİSOĞLU, Son Yasal Düzenleme, s. 115. GÖKTÜRK'e göre ticaret siciline tescil edilen hususların ilan edilmesi gerektiği; ilan edilen hususların ise üçüncü kişiler tarafından bilindiği faraziyesi karşısında TİRK'in sicil bölgesini esas alan üçüncü şahısların iyi niyetini korumaya yönelik düzenlemelerinin uygulama kabiliyetinin ortadan kalktığı görüşündedir.
- [74] REİSOĞLU, Son Yasal Düzenleme, s. 113, 114. TİRK m 9/2'ü karşı anlamından, işletme konusu taşınır malların sicil bölgesi içinde bulunmamaları halinde aynı hak iktisabında iyiniyetin korunamayacağı anlamı çıkmaktadır. 19. HD. E. 2001/4132 K. 2001/6811 T. 25.10.2001, (kazanci.com.tr, 28.12.2016).
- [75] Yani üçüncü kişilerin kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez. Tescil kurucu etkiye sahiptir ve tescil yoksa ortada geçerli bir rehin de bulunmaz. Bu nedenle sicil olumsuz etkisinden bahsedilemez.
- [76] Rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin veya zilyetliğinin devri, aksi kararlaştırılmadıkça, borçlunun sorumluluğunda ve güvencede bir değişiklik meydana getirmez (UygY. m 28).

	<p>• Ayrıca Rehnin kim tarafından verildiği önem taşımaz. Üçüncü kişiler de mal ve haklarını rehin verebileceğine göre işletme unsurları üçüncü kişinin borcu için de rehn edilebilir. Bu durumda söz konusu unsurları satın alan üçüncü kişilerin de rehin iddiasıyla karşılaşması olasıdır.</p> <p>• Taşınır mallar üzerinde devirler ancak istisnai durumlarda tescile tabidir</p> <p>Rehin veren, rehinli taşınır varlığın devrini sicile tescil ettirmekle yükümlüdür (TRK m 12/6). Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yaptırımını ise adli ve idari para cezası uygulanmasıdır (TRK m 16/1/c). Taşınırın devri ise ancak istisnai durumlarda tescile tabidir. Söz konusu düzenleme devri tescile tabi unsurlar açısından bir oranda kabul edilebilir olsa dahi^[77] TRK kapsamında rehn edilebileceği belirtilen unsurların büyük çoğunluğunun devri tescile tabi değildir. Söz konusu nedenlerle rehn edilen mallar üzerinde sicili kontrol yükümlülüğü bulunmayan kimseler açısından rehnin olumlu etkisinin kabulünün yerinde olmadığı, rehin hakkı sahibinin gereğinden fazla korunduğu kanısındayız^[78].</p>
	<p>• Rehinli taşınırın üçüncü kişiye devri durumunda yeni malikin borcu yüklenebileceği düzenlenmiş ve bu durumda eski malikin sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Mülkiyetin devredilmesi halinde yeni malik borcu yüklediği takdirde rehin alacaklısı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur.(UygY. m 28).</p> <p>• Diğer kanunlar uyarınca tesis edilen rehinlerin üçüncü kişiye etkisine ilişkin hüküm eleştiriye açıktır. TRK m 9/2 hükmü, diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerinin üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeye devam edeceği yönünde bir düzenleme içermektedir. Ancak hukukumuzda hayvan rehninde veya maden rehninde olduğu gibi özel kanunlar uyarınca yapılan taşınır rehinlerinde sicillerin olumlu etkisinin bulunmamaktadır. Bu durumda ilgili siciller ancak gerekli özenin gösterilmemesi veya müsbet vukuf halinde üçüncü kişilere karşı hüküm ifade eder^[79].</p>

[77] Devri tescile tabi unsurlar açısından sicildeki kayıtların incelenmemesi kendisinden beklenen ihtimamın gösterilmediği anlamı taşıyabilir.

[78] İster münferit unsurlar, ister işletmenin tümü üzerinde rehin hakkı kurulsun ilgili kişilerin sicili takip etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. İlgili unsurların özel sicillere kaydı gerekse dahi ilgili kişilere söz konusu yükümlülük yüklenemeyecektir. Bu nedenle söz konusu durumda TMK m 988'nin uygulanma alanı bulunması gerektiği kanısındayız.

[79] Bu nedenle söz konusu hükmün, diğer sicillerin olumlu etkisinin kabul edildiği şekilde yorumlanmaması gerekir.

*Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin
Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*

<p>• Sicile güven korunmuştur. Sicildeki kayda güvenerek işlem yapan iyi niyetli üçüncü kişilerin kazanımlarının korunmasına sicile güven denir. Mevzuatımızda sicildeki kayda güvenerek iyi niyetle hak kazanan üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin korunacağına ilişkin genel bir hüküm yer almamaktadır^[80]. Ancak ticaret veya Esnaf ve Sanatkâr Sicilindeki kayda isnat ederek rehin hakkı iktisap edenin bu iktisabı muteberdir (TİRK m 5/4).</p>	<p>• Sicile güven korunmamıştır TRK'de siciline güven, TİRK'den farklı olarak özel bir hükümle korunmamıştır.</p>
--	---

5.3. Rehin Hakkının Sağladığı Hak ve Borçlar

5.3.1. Rehin Hakkı Sahibinin Hak ve Borçları

TİRK	TRK
Rehin Hakkı Sahibinin Hakları	Rehin Hakkı Sahibinin Hakları
• Merhunun paraya çevrilmesini talep hakkı ^[81] .	• Malların mülkiyetinin veya rehni paraya çevrilmesini talep hakkı

[80] Ancak belirli siciller açısından sicile güven ilkesi düzenlenmektedir. Tapu sicili için bkz TMK m 1023.

[81] “Ancak satılacak unsurları ve satışın şümulünü, alacaklının ve ticari işletme sahibinin muhik menfaatlerini nazarı itibaren alarak icra memuru tayin eder. Her halükarda rehinle temin edilen alacağın bakiyesinin karşılanması meşruttur” (TİRK m 15).

[82] “Şu kadar ki, rehinden haberdar olmaksızın ticari işletmenin sicil bölgesi dışındaki münferit unsurları üzerinde mülkiyet veya diğer aynı bir hakkı iktisap eden hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsın hakları mahfuzdur. Ticari işletme sahibinin bu iktisap dolayısıyla bir talep hakkı varsa bu talep hakkı üzerinde alacaklının rehin hakkı devam eder. Ticari işletmenin bu kanuna göre rehnedilen unsurlarının tamamı veya bir kısmı için tazminat veya sigorta bedeli ödenmesi icap ettiği takdirde, tazminat veya bedel üzerinde de alacaklı rehin hakkına sahip olur. İkinci ve üçüncü fıkrada yazılı hallerde, üçüncü şahıs kendisine yapılan ihbara rağmen işletme sahibine tediyede bulunursa alacaklının bundan doğan zararını tazmin ile yükümlü olur. Ticari işletme sahibinin, alacaklının muvafakatini almak şartıyla işletmenin münferit bir unsurunun devri veya üzerinde bir aynı hak tesisi dolayısıyla alacaklı olduğu meblağ veya kendisine verilecek tazminat yahut sigorta bedeli ile, işletmeden çıkan unsur yerine yenisini alma veya eski durumu iade etme hakkı saklıdır” (TİRK m 9).

<p>Alacaklının bu kanundan doğan rehin hakkı, ticari işletmeyi devralan herkese karşı ileri sürülebilir (TİRK m 9)^[82].</p> <p>• Teminatı tehlikeye düşürecek faaliyetlerin men'ini talep hakkı bulunmaktadır (TİRK m 13).</p>	<p>Alacaklı, malların mülkiyetinin kendine veya varlık yönetim şirketlerine devrini talep edebilir. Bu kapsamda zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullanabilir veya genel hükümlere göre merhunun paraya çevrilmesini talep edebilir (TRK m 14).</p>
	<p>• Hakim müdahalesini isteme ve gerekli önlemleri alma hakkı Zilyed, rehinli taşınırın değerini düşüren davranışlarda bulunursa; alacaklı, hâkimden bu gibi davranışları yasaklamasını isteyebilir. Alacaklıya, gerekli önlemleri almak üzere hâkim tarafından yetki verilebileceği gibi; gecikmesinde tehlike bulunan hâllerde alacaklı, böyle bir yetki verilmeden de gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir (TRK m 14/2).</p> <p>• Zararın tazminini talep hakkı Hakları zarar görenler, önlem için yapmış olduğu giderlerin tazminini zarara sebep olanlardan isteyebilir (TRK m 14/3).</p> <p>• Denetleme hakkı Rehin alacaklısı, rehin veren ya da üçüncü bir kişinin zilyetliğinde bulunan rehne konu taşınır varlığı denetleme hakkına sahiptir (TRK m 14/4). Yönetmelik ile ayrıca rehinli malın değerini düşüren davranışları yasaklama, başka güvence verilmesini talep, güvence verilmesi veya ödeme yapılmasını talep hakkı düzenlenmiştir (UygY. m 27).^[83]</p>

[83] “Rehinli taşınır varlığın zilyedi, rehinli taşınır varlığın değerini düşüren davranışlarda bulunursa; ilgililer, rehinli taşınır varlığın bulunduğu yer mahkemesinden bu gibi davranışları yasaklamasını isteyebilir. İlgililere, gerekli önlemleri almak üzere hâkim tarafından yetki verilebileceği gibi; gecikmesinde tehlike bulunan hâllerde ilgililer, böyle bir yetki verilmeden de gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir. İlgililer, önlem için yapmış olduğu giderleri malikten isteyebilir ve bu giderlerine has olmak üzere taşınır varlık üzerinde, tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden önce gelen bir rehin hakkına sahip olur. Rehlinli taşınır varlığın değerinde düşme meydana gelmişse rehin alacaklısı, alacağı için başka güvence göstermesini veya rehinli taşınır varlığın eski hâle getirilmesini borçludan isteyebilir. Rehlin alacaklısı, rehinli taşınır varlığın değerinin düşmesi tehlikesinin mevcut olması hâlinde de güvence isteyebilir. Yeterli güvence hâkim tarafından belirlenen süre içinde verilmediği takdirde rehin alacaklısı, güvence eksikliğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının ödenmesini isteyebilir. Değer düşmesi zilyedin kusuru olmadan meydana gelmişse rehin alacaklısı, ancak zilyedin zarardan ötürü aldığı tazminat miktarını aşmayacak ölçüde borçludan güvence vermesini veya kısmi ödeme yapmasını isteyebilir. Bununla birlikte rehin alacaklısı, değer düşmesinin önlenmesi veya giderilmesi için gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir. Rehlin alacaklısı, bu amaçla yaptığı harcama tutarı kadar rehinli taşınır varlık üzerinde tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden önce gelen bir rehin hakkına sahip olur. Malik, bu masraflardan kişisel olarak sorumlu değildir” (UygY. m 27).

5.3.2. İşletme Sahibinin Hak ve Borçları

TİRK	TRK
İşletme Sahibinin Hak ve Yetkileri	Zilyedin Hak ve yetkileri
İşletme sahibi, işletmenin normal faaliyette bulunması için gerekli her türlü işlemi yapma hakkına sahiptir (TİRK m 10/1). Bu kapsamda işletme unsurlarını değiştirebilir veya işletmeye yeni unsurlar girebilir (TİRK m 10/4) ^[84] . Ancak bunun için alacaklının muvafakati gerekir aksi takdirde işletme sahibinin cezai ^[85] sorumluluğuna gidilir. ^[86]	Taraflar hak ve yükümlülüklerini sözleşme ile belirleyebilirler (TRK m 12/1). Ancak her halükarda rehin verenin rehin konusu varlığı TRK hükümlerine aykırı olmamak şartıyla kullanma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Kullanma hakkına ilişkin kanunda yer alan tek sınır ise rehinli malın değerinin korunmasıdır (TRK m 12/2, 5) ^[88] . Bu nedenle kullanılması tüketime bağlı unsurların kullanılması kanun amacına uygun olsa da söz konusu düzenleme ve rehin kurumu ile bağdaşmamaktadır.
• <i>Takip sırasında idare ve işletme</i> Ticari işletme rehni kapsamındaki taşınır hakkında ancak satışa karar verildikten sonra muhafaza tedbirleri alınabilir ^[87] .	• <i>Takip sırasında işletme</i> Kanunda bir düzenleme yer almamakla birlikte TRK'e göre asıl olan söz konusu unsurların paraya çevrilmesinden önce münferit unsurların veya işletmenin mülkiyetinin devridir. Söz konusu işletmelerin takip sırasında, satışa karar verilinceye kadar işletilmesine olanak veren bir düzenleme TRK'de yer almamaktadır.
Bu nedenle söz konusu işletmeler takip sırasında da satışa karar verilinceye kadar işletilmeye devam edecektir. Ancak bu durumda da icra memuru satışına karar verilen ticari işletmenin veya münferit unsurlarının muhafazası, idaresi ve işletilmesi için gerekli bütün tedbirleri alır (TİRK m 16).	

[84] İşletme rehnine dahil münferit unsurların alacaklının muvafakati ile başkalarıyla değiştirilmesi hallerinde meydana gelen değişikliklerin, taraflarca dördüncü madde hükümlerine göre düzenlenmiş olan listeye noter marifetiyle işlettilmesi şarttır. İşletmeye ithal edilen yeni unsurların rehni kapsamına dahil olması için ise söz konusu unsurların listeye alınması ve ayrıca Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Siciline tescili lazımdır (TİRK m 10/3,4).

[85] Söz konusu cezai sorumluluğun Anayasanın 38/8 maddesine aykırılığı nedeniyle iptali talep edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından "söz konusu cezanın borçlu ve alacaklı arasında önceden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı öngörülen ceza olmayıp, kanunla belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklandığı" gerekçesiyle reddedilmiştir. E.2002/30 K.2007/24 T.15.03.2007. (www.kazanci.com.tr, 22.12.2016). Aynı hususun TRK kapsamında öngörülen cezai müeyyideler açısından da geçerli olduğu ise aşikârdır.

[86] "Ticari işletme sahibi işletmesini veya rehne dahil münferit unsurları alacaklının muvafakati olmaksızın başkalarıyla değiştirir veya temlik, aynı bir hakla takyit veya alacaklıyı ızar kastıyla tahrip veya imha ederse bu yüzden alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen alacaklının şikayeti üzerine uğranılan zararın miktarı nazara alınmak suretiyle bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır. Uğranılan zarar fahiş olduğu takdirde yukarıda yazılı cezaların azamisine hükümlenir. Ayrıca talep üzerine hakim ticari işletme sahibini, kusurunun ağırlığını gözönünde tutarak rehniyle temin edilen alacak miktarına kadar munzam bir tazminata da mahkûm eder" (TİRK m 12).

İşletme sahibinin borçları	Zilyedin Borçları
<ul style="list-style-type: none"> • Rehinle teminat altına alınan borcu ifa etmek. • Alacaklının muvafakatini almak. <p>Ticari işletme sahibi, rehne dahil münferit unsurları değiştirmek (TİRK m 10/3,4; 12), "ticari işletmeyi veya rehne dahil münferit unsurları devretmek, bir aynı hakla takyid etmek, başka bir mahalle nakletmek veya başkaları ile değiştirmek için alacaklının muvafakatini almak zorundadır" (TİRK m 10/2).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Rehin değerini muhafaza etmek <p>Ticari işletme sahibi işletmenin merhun değerini muhafaza için gerekli ihtimamı göstermediği veya kanunen öngörülen hallerde alacaklının muvafakatini almadığı ve bu yüzden alacaklının zararına ticari işletmenin merhun değeri düştüğü takdirde hakim tarafından kendisine verilecek mühlet içinde ek teminat vermez veya evvelki hali iade etmez ise, talep üzerine alacaklıya teminat noksanına tekabül edecek bir miktarın ödenmesine hükümlenir (TİRK m 11).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Rehinle teminat altına alınan borcu ifa etmek • Kanun hükümlerine uygun kullanma, • Borcunu ödememesi durumunda mülkiyetini devretme, rehinli varlığın ve alacağın devrini sicile tescil ettirme (TRK m 16) • Rehin değerini muhafaza etmek. <p>"Zilyed, rehinli taşınırın değerini koruyacak gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür" (TRK m12/2)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Zararı tazmin <p>"Rehin veren, rehin konusu taşınır varlıkların değerini rehin alacaklısı aleyhine azaltan tasarruflarından doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdür" (TRK m 12/5) .</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sicile bildirim yükümlülüğü <p>Rehin veren, rehinli taşınır varlığın devri ile alacağın devrini Sicile tescil ettirmekle yükümlüdür (TRK m 12/6)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Değer tespitinin yapılmasını talep hakkı^[89]

[87] "Ticari işletme rehni kapsamındaki taşınırlar ise icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden sonra muhafaza altına alınabilir. Bu mallar paraya çevrilmediği takdirde geri verilir" (İİK m 88/4).

[88] TRK ile rehin verenin rehinli varlığı kanun hilafına kullanması (TRK m 16/1/a) cezayı gerektirici fiil olarak düzenlenmiştir.

[89] "Taraflar, rehin hakkının kurulması öncesinde rehne konu taşınırın değerinin tespiti amacıyla değer tespiti yaptırabilirler. Rehinli taşınır varlığın birleşmesi veya karışması durumunda ya da temerrüt sonrası hakların kullanımında, alacaklının başvurusu üzerine

5.3.3. Paraya Çevirme Hakkı

<p>• Rehinin alacaklıya verdiği tek aynı hak rehin konusunun paraya çevirtilmesidir. Borçlu borcunu vadesinde ödememezse, alacaklı rehinli işletmenin veya münferit unsurlarının satış bedelinden alacağını elde eder. İşletme rehnine dahil her unsur borcun tamamına karşılık teşkil eder (TİRK m 14). Borçlu borcunu ödemediği takdirde, ticari işletmenin veya belirli bir unsurunun mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair sözleşmeler geçersizdir (TİRK m 14). Bu kapsamda işletmenin cebri icra yolu dışında paraya çevrilmesini öngören sözleşme hükümleri de yasağın kapsamına girecektir^[90].</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Paraya çevirme dışında bazı haklar sağlanmıştır. • Malların mülkiyetinin devrini talep edebilir. • Alacaklı, Lex commissoria^[91] yasağına (TMK m 873) aykırı olarak malların mülkiyetinin devrini talep edebilmektedir. Düzenleme ile temellük yasağı söz konusu olmayacaktır. Bu durumda merhunun alacaklı tarafından yapılacak ihtiyari özel artırma ile paraya çevrileceğinin kararlaştırılmasında olduğu gibi taraflar arasında yapılan cebri icra yolu dışındaki paraya çevirme yöntemlerine ilişkin anlaşmalar da geçerli sayılmalıdır. Rehinli taşınırın, belirlenen değerinin, “birinci derece alacaklının toplam alacağından fazla olması durumunda, aradaki fark miktarından, diğer derecelerdeki alacaklılara karşı, birinci derece alacaklı ile rehin veren müteselsilen sorumludur” (TRK m 14/1/a). • Alacağını varlık yönetim şirketlerine devredebilir. Bu halde, varlık yönetim şirketleri, alacaklının rehin sırasına sahip olur. Burada cebri icra yolu dışında bir paraya çevirme yöntemi öngörülmektedir. • Zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullanabilir. • Alacağın söz konusu yollardan biri ile tahsil edilememesi durumunda genel hükümler uygulanır. Alacaklı bu durumda rehni paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceği gibi açık kalması durumunda genel haciz yoluyla takip yapabilir.
---	---

rehin verenin yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesince taşınırın değeri ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişilere üç gün içerisinde tespit ettirilir. Bu değer tespitine itiraz edilmesi hâlinde, mahkemece üç gün içerisinde yeni bir değer tespiti yaptırılır. İtiraz üzerine ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişiler üç gün içerisinde değer tespiti yapar. İtiraz üzerine yapılan değer tespiti kesindir. Bu tespitin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden değer tespiti istenemez. Değer tespitine ilişkin rapor rehin verene ve rehin alacaklılarına tebliğ edilir” (TRK m 13).

[90] KENDİGELEN, (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER), s. 253.

[91] Söz konusu yasak rehin vereni gabinden korumak amacıyla rehni kuruluş aşamasına ilişkin olarak kabul edilmektedir. Alacağın muaccel olmasından sonra mülkiyetin nakline ilişkin sözleşmeler geçerli sayılacağı gibi ihtiyari veya özel açık artırma ile paraya çevrilmesinde olduğu gibi işletmenin cebri icra yolu dışında paraya çevrilmesine ilişkin sözleşmelerin

<p>• İhtiyati haciz talep edilebilir İhtiyati haciz alacaklının nihai tatminine yönelik olmayıp bu tatmini mümkün kılmayı amaçlar^[92]. Bu nedenle hukukumuzda bir yargılamada dava konusuna ilişkin geçici hukuki himaye tedbirini ihtiyati tedbir oluşturur.</p>	<p>• İhtiyati tedbir talep edilebilir Gerek rehinin bir aynı hak sağlanması gerek alacaklının malların mülkiyeti talep edebilmesi nedeniyle alınacak geçici himaye tedbirinin dava konusuna yönelik olduğu söylenebilir. Rehinele temin edilmiş bir alacak için ihtiyati haciz İİK hükümlerine göre sağlanamaz. TRK'de de özel bir düzenleme yer almadığı için teslimsiz rehin söz konusu olmasına rağmen ilgili mallar hakkında alınacak geçici himaye tedbirinin ihtiyati tedbir oluşturacaktır.</p>
<p>Ticari işletme rehinde de rehin hakkı sahibinin ilgili mallar üzerinde bir aynı hakkı vardır. Bu nedenle rehin konusu mallar uyumsuzluğun konusudur. Ancak rehinde teslim şartı aranmadığı için paraya çevirme aşamasında ilgili malların güvenceye alınması gerekecektir. Burada hukuki himaye tedbiri kanunla ihtiyati haciz olarak belirlenmiştir^[93]. İhtiyati haciz tamamlama merasimi rehinele paraya çevrilmesi yoluyla olur.</p>	
<p>İşletmenin sicilden terkinin "Ticari işletmenin kaydının Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Sicilinden terkin edilmesi halinde alacağın tamamı muaccel olur. Terkinin alacaklıya tebliğinden itibaren iki ay zarfında alacaklının işletme rehininin paraya çevrilmesi yoluyla yapmaması durumunda rehin hakkı düşer. Tahsil edilemeyen alacağın takibi genel hükümlere tabidir" (TİRK m 18). "Ticari işletmenin veya münferit unsurlarının paraya çevrilmesinde İcra ve İflas Kanununun taşınır rehininin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümleri uygulanır" (TİRK m 17).</p>	<p>İşletmenin sicilden terkinin Kanunun amacı belirli mallar üzerinde teslimsiz rehinele sağlanmasıdır ve ticari işletmenin rehinele de bu kapsamda izin veren kanunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak bu durumda rehinele ilgili haklının rehine dahil unsurlar üzerinde devam edeceğinin kabulü gerekir.</p>

de yasak kapsamına girmeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. KENDİGELEN,(ÜLGEN/ HELVACI/KAYA/NOMER), s. 205.

[92] İhtiyati haciz, hukukumuzda para ve teminat alacakları için başvurulabilecek geçici hukuki himaye tedbirini oluşturur.

[93] Rehinde ise teslim şartı nedeniyle alacağın paraya çevrilmesi süreci içinde haciz aşamasına yer verilmemiştir. Rehin konusu mal ve haklar takipten önce teslim edilerek yeterli güvence sağlanmıştır.

5.3.4. Rehinli Alacaklıya Diğer Yasaların Rehne Tanıdığı Bütün Hakları Sağlaması

Teslimsiz rehinler, alacaklısına diğer yasaların rehne tanıdığı tüm hakları sağlar. İlgili çalışmada söz konusu husus TİRK açısından uygulama ışığında incelenecek TRK açısından farklılık arz eden hususlara değinilecektir.

Rehin, her iki kanun açısından da satılan mal üzerinde öncelik hakkı, istihkak^[94], menfi tespit ve istirdat davaları açma hakkı verir. Rehin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı veya ilamsız takip yapılabilir. İflas kararı verilmesi de rehinin paraya çevrilmesine engel değildir. Bu halde öncelikle rehinli alacağın karşılanması arta kalan kısım varsa iflas masasına ödenmesi gerekecektir^[95]. Ancak TRK kapsamında yapılan rehinler açısından alacaklı mülkiyet iddiasında bulunabilecektir. Rehin değeri alaktan fazla ise aradaki farkın iflas masasına ödenmesi gerekir. Bu durumda mülkiyeti elde eden alacaklının sorumlu tutulması gerekirken rehin verenin de birlikte sorumlu tutulması eleştiriye açıktır.

TİRK açısından tarafların önce rehne başvurma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu yola başvurmadan ilamlı veya imlasız haciz veya iflas yollarına başvurulamaz (İİK m 45). TRK açısından rehinin paraya çevrilmesinin talep edilmesi durumunda da aynı yükümlülük söz konusu olacaktır. Bu kapsamda alacaklıya işletmenin mülkiyetinin ve alacağın varlık yönetim şirketlerine devrini talep hakkı verilmiştir (TRK m 14). Bu halde de alacaklının öncelikle rehne başvurma zorunluluğunun bulunduğu; artan kısım için haciz veya iflas yoluna başvurabileceğinin kabulü gerekir. Alacağın varlık yönetim şirketine devri durumunda varlık yönetim şirketinin alacaklının halefi olacağı için söz konusu haklar varlık yönetim şirketince kullanılacaktır. Malların mülkiyetinin talep edilmesi ise ilamlı icraya yalnızca para ve teminat alacakları için gidilebileceği kuralının yeni bir istisnasını teşkil etmektedir^[96].

Taşınırın mülkiyetinin devri icra marifetiyle gerçekleşecektir ve söz konusu takip yönetmelikle yedi günlük süreye bağlanmıştır (UygY. m 29,30)^[97].

[94] 15. HD E. 1995/3110 K. 1995/3688 T. 19.6.1995, (kazanci.com.tr, 28.12.2016).

[95] İflas kararı rehinli bulunan malların icra yolu ile takibine ve satışına engel teşkil etmez. Satış sonrası elde edilen gelirden rehin tutarı öncelikle ödenip artan kalır ise, kalan kısım masaya verilir. 19. HUKUK DAİRESİ E. 2003/5837 K. 2003/8884 T. 26.9.2003, (kazanci.com.tr, 28.12.2016).

[96] İlgili yönetmelikte Rehin sözleşmesinin ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmış olması halinde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 24 üncü maddesi kıyasen uygulanacağı hükmü içermektedir. Ancak burada mülkiyetin devri ilamla gerçekleşmesi durumunda İİK m 24'ün doğrudan uygulama alanı bulacağı açıktır.

[97] Söz konusu hüküm her yönüyle eleştiriye açıktır. Zira mülkiyetin devri konusunda yani maddi hukuktan doğan bir talep konusunda icra müdürüne yetki verilmiştir. Oysa icra organlarının yetkileri maddi hukuk tan kaynaklanan taleplerin devlet kuvveti yardımıyla yerine getirilmesidir. PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, İcra İflas Hukuku Temel Bilgiler, Yetkin, 10. Bası, Ankara 2014, Ayrıca TRK'de ilgili talebin yedi günlük süreye dayanmasına ilişkin bir dayanak da bulunmamaktadır.

6. ZAMANAŞIMI

Kanunda hüküm bulunmayan hallerde taşınmaz rehnine dair kurallar uygulama alanı bulacağı için (TİRK m 20) TRK kapsamında ticari işletme rehini ile teminat altına alınmış alacaklar açısından zamanaşımı işlemez (TMK m 864)^[98]. TRK kapsamındaki rehinlerde, rehin, temin ettiği alacağın zamanaşımına uğramasına engel olmaz. Ancak alacaklı rehin hakkına dayanarak rehin konusundan alacağını elde etme hakkını muhafaza eder (BK.138).

7. DEVLETİN SORUMLULUĞU

7.1. TİRK Kapsamında Devletin Sorumluluğu

“Rehin hakkı ticari işletme sahibinin ya da kredi müessesesinin veya alacaklının yazılı talebi üzerine ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Siciline tescil ile doğar” (TİRK m 5/2). Her iki sicilin tutulmasından devletin sorumluluğu bulunmaktadır. Zira Ticaret siciline ilişkin TTK hükümleri esnaf ve sanatkarlar siciline de uygulama alanı bulacaktır^[99]. İlgili sicillerin tutulmasından doğan bütün zararlardan devlet ve ilgili oda müteselsilen sorumludur (TTK m 25/2)^[100].

“Ticaret sicili müdürü ve yardımcıları ile diğer personeli, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı kamu görevlisi olarak cezalandırılır ve bunlara karşı işlenmiş suçlar kamu görevlisine karşı işlenmiş sayılır” (TTK m 25/2; TSY m 11)^[101].

7.2. TRK Kapsamında Devletin Sorumluluğu

TRK’de özel bir sicil tutulacağı belirtilmiştir^[102]. TRK’de bakanlığın ilgili sicili denetim yetkisi bulunduğu düzenlenmekle (TRK m 8/2) sicilin bir oda veya meslek kuruluşu tarafından mı tutulacağı, devlet kurumları eliyle mi tutulacağı

[98] KENDİGELEN,(ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER), s. 254. Aksi görüş için bkz ERTAŞ, s. 1173.

[99] Esnaf ve Sanatkar Siciline işlemleri; 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununun (ESMKK) 67–70. maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanununun, ticaret siciline ilişkin 24 ila 38. maddelerinin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri Esnaf ve Sanatkar Sicil Müdürlüğü hakkında da uygulama alanı bulur (ESMKK m. 67/5). Esnaf ve Sanatkar Sicili Yönetmeliği, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Sicil Gazetesi Yönetmeliği esnaf ve sanatkar sicilinin tutulmasına ilişkin diğer mevzuatı oluşturmaktadır.

[100] Devlet ve sicil görevlilerini atamaya yetkili kurum zararın doğmasında kusuru bulunanlara rücu eder(TTK m 25/2; TSY m 11)..

[101] Sicilin tutulmasından doğan zarar nedeniyle oda aleyhine açılan davalar, müdürlük çalışanlarının görevleri ile ilgili soruşturma ve kovuşturmalar oda tarafından yazılı olarak derhal Bakanlığa bildirilir (TSY m 11).

[102] “Rehin hakkının tesisi ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi, rehinli alacaklılar arasında öncelik hakkının belirlenmesi, rehinli taşınır varlık ile alacağın devrinin tescili amacıyla Rehinli Taşınır Sicili kurulur” (TRK m 8/1).

düzenlemede belirtilmemiştir^[103]. Ancak bu durumda devletin sorumluluğu yasayla düzenlenmeli ve yönetmeliğe bırakılmamalıdır.

8. TAMAMLAYICI HÜKÜMLER

TİRK'de özel hüküm bulunmayan hallerde ticari işletme rehni hakkında taşınmaz rehni hükümlerinden TİRK hükümlerine aykırı olmayanlar uygulanır (TİRK m 20). “Ticari işletmenin veya münferit unsurlarının paraya çevrilmesine İcra ve İflas Kanununun taşınır rehininin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümleri uygulanır” (TİRK m 17).

TRK'de ise taşınmaz rehni hükümlerine atf yapılmamıştır. Gerek rehni hükümlerine ilişkin olarak gerek paraya çevrilmesinde TRK'de özel hüküm bulunmayan hallerde, 4721 sayılı TMK'nin taşınır rehnine ilişkin hükümler uygulanacaktır (TRK m 18).

İİK m 23; 88/4; 179/b/2; 298/a hükümlerindeki ticari işletme rehnine yönelik atıflar TİRK'e ilişkindir. TRK genel bir atf hükmü içermemektedir. Bu nedenle TİRK'in yürürlükten kalkmasından sonra İİK'deki söz konusu hükümlerin uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır.

SONUÇ

Ticari işlemlerde taşınır rehni kanunda belirtilen taraflar arasındaki her hangi bir borca güvence teşkil etmek üzere kurulur ve rehni konusu, kanunda belirtilen taşınır varlıklarla sınırlıdır. Kanunun adında “ticari işlem” ifadesi geçmesi konusunun en azından günlük anlamda ticari iş kavramı ile sınırlandırıldığı izlenimi oluşturmaktadır. Kanun uygulanması açısından da amacının gelir getirmeyi hedef alan faaliyetlerle sınırlandırılması yerinde olacaktır. Ancak kanunun kapsamı ne teknik ne günlük anlamda ticari işlemlerle sınırlandırılmıştır. Her iki kanun açısından da rehni hakkı belirli niteliklere sahip kişiler arasında yapılan sözleşme ile kurulur. Ancak rehni sözleşmesinin ticari faaliyete ilişkin bir borçtan kaynaklanması gerekmez.

Kanunda belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler, mallarını üçüncü bir kişinin borcu için rehni verebileceği gibi üçüncü kişiler de söz konusu kişiler lehine rehni sözleşmesi kurabilirler (TRK m 5/9). Görüldüğü üzere söz konusu kanunla teslimsiz rehni adeta istisna olarak uygulanan bir kurum olmaktan çıkmış genel bir prensip haline gelmiştir. Zira kanun rehni konusu ve ilgilileri yönünden çok geniş bir uygulama alanına sahiptir. .

[103] Sicilin kurulması ve sicil işlemlerinin yürütülmesi Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı'na yetkilendirilen başka bir kurum veya kuruluş tarafından yürütülebilir (RTSY m 5). **Rehni** **Taşınır Sicili Yönetmeliği** RG t: 31.12.2016 S. 29935 **3. Mükerrer**

Taşınır rehni bir işletmenin tümü dahil kanunda sayılan belirli mallar üzerinde kurulabilecektir. Söz konusu düzenleme belirtilen taraflar arasından çok geniş bir listesi verilen mal ve haklar açısından teslim şartını kaldırması yanında belirlilik ilkesine aykırı ve rehn edilmesi veya paraya çevrilmesi mümkün olmayan malların rehnine izin vermesi açısından eleştiriye açıktır. Ayrıca lex commissoria yasağına aykırı olarak el atmaya izin vermesi, sicilün müspet etkisinin düzenlenmesi, teslim şartı olmamasına rağmen rehin sahibini gereğinden fazla koruması düzenlemedeki eleştiriye açık diğer hususları oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

- ANTMEN, Alp, Ticari İşletme Rehni, Yetkin, Ankara 2001.
- ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 20. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015.
- AYHAN Rıza/ÖZDAMAR Mehmet/ ÇAĞLAR Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, Yetkin, Ankara, 2016.
- AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, Yetkin, Ankara 2017.
- ANTALYA Gökhan/ACAR Faruk, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2017.
- BOZER Ali / GÖLE Celal, Ticari İşletme Hukuku, Üçüncü Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015.
- CANSEL, Erol, Türk Menkûl Rehni Hukuku, Teslim Şartlı Menkûl Rehni, Sevinç Matbaası, Ankara 1967.
- ÇAKIRCA, Seda İrem, Adi Alacakların Rehni, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.
- ERTAŞ, Şeref, “Tescilli Taşınır Rehinleri” Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı C 8, Y 2014, s 1155-1183.
- ERTEN M. Ali, Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan, “Ticari İşletme Rehni”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1977 S 3 s. 430-438.
- GÖKTÜRK, Kürşat, “Ticaret Kanunu Değişikliğinin, Ticari İşletme Rehninde İyi Niyetli Üçüncü Şahısları Koruyan Düzenlemeye Etkisi” Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C VIII, S 2, Yıl 2013, s. 885-900. Metin içerisindeki atıflar: GÖKTÜRK, TTK Değişiklikleri

GÖKTÜRK, Kürşat, “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, S. 2 s 3-44

İMAMOĞLU Başak ŞİT, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017.

KAYIHAN Şaban, Ticari İşletme Rehni, Kazancı, İstanbul 1996.

KENDİGELEN, Abuzer (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/ /KAYA, Arslan/NOMER Ertan N.Fusun): Ticari İşletme Hukuku, B.4, İstanbul 2015.

PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, İcra İflas Hukuku Temel Bilgiler, Yetkin, 10. Bası Ankara 2014,

REİSOĞLU Seza, Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Konferanslar Serisi no: 4, Türkiye Barolar Birliği Yayınları no 80, Ankara 1977.

REİSOĞLU, Seza, “Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme”, Bankacılar Dergisi, İstanbul S. 47, 2003, s. 107-121 <http://www.tbb.org.tr>. Metin içerisindeki atıflar: REİSOĞLU, Son Yasal Düzenleme.

ŞENSÖZ, Ebru / ÖZBİLEN, Arif Barıs / SAVAŞ, Burcu, “Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y:4 S.:8, 2005/2 s.233-252.

SİRMEN, Lale, Alacak Rehni, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990,

TOPÇUOĞLU, Metin /ÇON, Ömer, “Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması” TBB Dergisi, Yıl: 23, S. 93,s. 174-214.

TÜRKER Erhan, Ticari İşletme Rehni, Eskişehir Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Eskişehir, 1981.

İFLAS ERTELEME TALEBİNDE BULUNAN GRUP ŞİRKETLERİNDE “KEFALET” ÇELİŞKİSİ*

Yrd. Doç. Dr. Fatih KAPLANHAN**

ORCID ID: orcid.org/0000-0003-4138-1148

Makalenin Geldiği Tarih: 30.01.2017 **Kabul Tarihi:** 13.10.2017

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi Uluslararası Ticaret ve Finans Bölümü Öğretim Üyesi.

ÖZ

“İflas erteleme” uygulaması Türk hukukunda ilk kez 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 324. maddesinde düzenlenmiştir. Daha sonra ise yeni TTK’nın 377. maddesinde iflasın ertelenmesi ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Bu maddede özetle; *şirketin mali durumunun bozulması halinde* mahkemeye iyileştirme projesi sunularak iflasın ertelenmesi istenebilir. Uygulamada; ortakları aynı veya büyük oranda benzer olan (grup) şirketleri her ne kadar ayrı tüzel kişilikler olsa da birbirlerine gerek ortakları bakımından gerekse kefalet, taşeronluk vs ilişkileri bakımından bir birlerine çok sıkı bağlı olabilmektedir. Bu sebeple grup şirketlerinden herhangi birisinin mali durumunun bozulması veya aktiflerinin pasiflerini karşılayamaması durumunda grup şirketlerinin de mali durumu bozulabilmektedir. Bu durumda ayrı tüzel kişilikler olarak bu grup şirketlerinin her biri İflas Erteleme talebinde bulunmaktadır. Grup şirketlerinin açtıkları iflas erteleme davalarında, şirketlerin birbirlerine olan kefaletlerinin yorumlanması farklılık arz etmektedir. Henüz mevzuat ve teamül oluşmadığı için farklı yorumlar farklı uygulamalara sebep olmakta bu da telafisi mümkün olmayan hatalara neden olmaktadır. Bu çalışmada da iflasın ertelenmesi başvurusunda bulunan grup şirketlerinde yaşanan; kefalet yorumu sorununa değinilerek çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: iflasın ertelenmesi, grup şirketler, kefalet, ihtiyari/mecburi dava arkadaşlığı.

CONTRADICTION OF “GUARANTEE” AS REGARDS
TO GROUP COMPANIES THAT HAVE MADE A
REQUEST FOR BANKRUPTCY POSTPONING

ABSTRACT

The practice of “Bankruptcy Postponing” in Turkish law first came about with the provision in Article 324 of the Turkish Commercial Code numbered 6762. The practice of “Bankruptcy Postponing” in Turkish law first came about with the provision in Article 324 of the Turkish Commercial Code numbered 6762. Later, regulations were made regarding the postponing of bankruptcy in Article 377 of the new Turkish Commercial Code. In summary of this Article: in the event that the financial situation of the company deteriorates, postponement of bankruptcy may be requested upon presenting a project of improvement to the court. In practice: group companies whose shareholders are the same or very similar, even though they are separate legal entities, can be tight-knit in terms of shareholders, guarantee, subcontracting etc. relations. For this reason, the financial situation of the group companies may deteriorate in circumstances where any one of the companies’ financial situation deteriorates or where the assets of the companies do not meet the liabilities. In this case, every one of the group companies as a separate legal entity make a request for postponement of bankruptcy. In lawsuits filed by group companies for postponement of bankruptcy, the interpretation of the companies’ suretyship as regards to each other will differ. As there is lack of legislation and practice, different interpretations lead to different implementation thus leading to errors with no remedies. The problem of guarantee interpretation as regards to group companies who have requested postponement of bankruptcy will be addressed and solution suggestions will be given in this study.

Keywords: Bankruptcy Postponing, group company, guarantee, facultative/obligatory joinder of parties.

1. GİRİŞ

“İflasın Ertelenmesi” uygulaması muhtelif sebepler ile mali sıkıntıya düşmüş ancak mevcut işleri ve şirketin potansiyelleri nazara alındığında orta vadede sıkıntıları aşma ihtimali yüksek, özellikle büyük şirketlerin kurtarılması ve ticari faaliyetlerine devam etmeleri gibi birçok açıdan önemlidir. Kapanan her şirketin, sadece şirket sermayedarları için değil, tedarikçileri, çalışanları ve ülke kaynakları için de bir kayıp olduğu düşünülürse, iflasın ertelenmesi kurumunun önemi daha da pekişecektir. Özellikle küreselleşen dünyada şirketlerin tek başlarına bağımsız işletmeler olmayıp diğer tüzel kişilikler ile olan ticari-mali ilişkilerini düşündüğümüzde “iflas erteleme” uygulamasının ciddi sorumluluklar gerektirdiği aşikârdır. Bu derece önemli bir uygulamanın mevzuatımıza girmesi ve uygulamasının çok eskiye dayanmaması uygulama esnasında bir takım çelişki ve sorunlara neden olmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu’na 2003’de girmiş olan iflasın ertelenmesi kurumunun uygulanması ile ilgili olarak vergi ve kamu icra mevzuatlarında gerekli düzenleme ve uyarlamalar yapılmadığı için de sorunlar olduğu görülmektedir. Bu “İflas erteleme” uygulamasında grup şirketlerinde yaşanan kefalet çelişkileri de ortaya çıkan önemli problemlerden birisidir. Bu çalışmada ilgili sorun ortaya konulduktan sonra çözüm önerisi sunulacaktır.

2. İFLAS ERTELEME VE MADDİ ŞARTLARI

27846 sayılı Resmî Gazete’de, 14.02.2011 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 377. maddesi iflasın ertelenmesi durumunun nasıl oluşacağı yönünde bir çerçeve çizmektedir. Bu maddeye göre şirketin borçlarını ve yükümlülüklerini karşılamada sıkıntı doğacağı yönünde işaretler belirmeye başlamış ise bir ara bilanço düzenlenmek zorunluluğu ve şirket aktiflerinin, şirket yükümlülüklerini karşılamaya yetmediği durumda ise şirket yetkililerinin mahkemeye başvurarak şirketin iflasını talep etme yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüğü yerine getirmemenin yasal karşılığı vardır ve yetkilinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi İcra ve İflas Kanunu’na göre suçtur.^[1]

Şirketlerde yaşanan iflas riski her dönemde görüleceği ve yapısal olabileceği gibi kriz dönemlerinde yaşanabilecek konjonktürel bir durum da olabilir. Yani

[1] İcra ve İflas Kanunu madde 345/a – (Ek: 18/2/1965-538/137 md.; Değişik: 31/5/2005 - 5358/16 md.) İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, 179. maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

şirketin iş ortakları ile yaşadığı ödeme sıkıntıları, vade riskleri, döviz kurundaki ani değişiklikler, uzun vadeli alacakların doğurduğu sıkıntılar vb. hususlar da şirketin iflasının talep edilmesini gerektirecek sonuçlar doğurabilirler. Bu şekilde ortaya çıkan ve geçici sorunların oluşması durumunda; İcra ve İflas Kanunu'nda şirkete döviz borçları konusunda kur sabitlemesi yapılması, kamu alacakları varsa bu alacakların tecili ve taksitlendirilmesi, şirketin yaklaşan ödemeleri konusunda şirkete tatil imkânı temin edilmesi, kredi alacakları durumunda bunların yeniden düzenlenerek vadelenmeleri vb. şekillerde çözümler sunulmaktadır. Yapısal sorunlar haricinde (konjonktürel) sıkıntıya düşmüş şirketlerin çoğunun ekonomik faaliyetlerine devam etmesinin şirketin sonlandırılmasından çok daha makul bir seçenek olduğu da ekonomik açıdan açıktır. Şirketin ekonomideki yeri, yarattığı katma değer, sağladığı istihdam, üretimi gibi olgular düşünüldüğünde şirketin devamını sağlayacak yasal kurumların oluşturulması tabidir.

Amacı bakımından iflasın ertelenmesi irdelendiğinde farklı doktrinsel görüşler mevcuttur. Söz konusu görüşler iflas erteleme kimin yararına olduğu hususunda toplanmaktadır.^[2] Bir görüşe göre; iflasın ertelenmesinin öncelikli amacı, erteleme kapsamındaki şirketin ya da kooperatifin menfaatlerinin korunmasıdır.^[3] Zira iflasın ertelenmesi, İİK'nun 179. maddesinin birinci fıkrasında ifade edildiği gibi "şirketin ya da kooperatifin mali durumunun düzeltilmesi varlığı" haline dayanır. Bununla şirketlerin ya da kooperatiflerin faaliyetlerini devam ettirmeleri amaçlanmıştır. Ancak asıl amacın gerçekleşmesi ile ikincil bir sonuç oluşur.^[4]

Bir diğer ilmi yaklaşım; iflasın ertelenmesi kurumu ile öncelikle iflasın açılmasına nazaran daha yüksek bir oranda alacaklarına kavuşabilme imkanına sahip olan alacaklıların menfaatlerinin korunduğunu ileri sürmektedir. Hukuk sistemimiz alacaklıların mevcut durumlarının ağırlaştırılmasını önlemek ve hepsinin eşit olarak işlem görmesini sağlamak suretiyle, alacaklıların menfaatlerinin korunmasına öncelik tanımaktadır. Bu bağlamda kamu yararı ve hatta şirketlerin ya da kooperatiflerin menfaatleri ikinci planda kalmaktadır.^[5]

Mali durumu bozuk yani (rayiç değerler ile düzenlenmiş bilançodaki) aktifleri pasiflerini karşılayamayan şirketlerde; faaliyete devam edildiği takdirde mali

[2] Pekcanitez, Hakan (2005), "İflasın Ertenilmesi", İBD, Cilt: 79, Sayı:2, 2005, s.323.

[3] Atalay, Oğuz (2007), "Borca Batıklık ve İflasın Ertenilmesi", İzmir, Güncel Yayınevi, s. 66.

[4] Özalp, Ali Rıza (2013), "İflasın Ertenilmesi Etkilerinin Değerlendirilmesi", Muş Barosu Dergisi, s. 29.

[5] Öztekin, Selçuk (2007), "İflasın Ertenilmesi", Arıkan Basım Yayım, s.21-22.

durumda düzelme görülebileceği konusunda görüş hakimse, iflas talebi ile birlikte mahkemeye sunabilecekleri bir iyileştirme projesi ile birlikte şirketin iflasının ertelenmesini isteyebilirler. Bu kurum İcra ve İflas Kanunu'nun 179. maddesinden başlayarak düzenlenmiş olan maddelerde detaylı olarak açıklanmaktadır. Yani; İflas erteleme davalarında iki tane maddi şart aranır. Birincisi şirketin aktifinin pasifini karşılamadığı **rayiç değer bilançosu**, ikincisi ise orta vadede şirketin Aktif/Pasif oranının yükseleceğine dair (makul, somut) **iyileştirme projesidir**.

İflasın ertelenmesi talebi ile gelen mahkemeler; yapacakları incelemeler sonucunda şirketin iyileşebileceği kanaatine varmaları durumunda şirketin iflasının bir yıl ertelenmesine karar verebilirler. Mahkeme, en fazla dört yıl olacak şekilde azami birer yıl şirketin iflasını erteleyebilir. Bu durumda; iflas erteleme süreci en fazla (1+4=) 5 yıl olabilmektedir.^[6] Bu süreçte şirketin durumu incelenir ve şirketin mali durumunda bir düzelme olmayacağı kanaatine varılırsa da şirketin iflasına hükmedilir.

İflasın ertelenmesi kurumunun, şirketin devamını sağlayıcı nitelikte bir kurum olmasının yanında bu süreçte borçlu aleyhine kamu alacaklarına ilişkin olarak 6183 sayılı Kanun'a göre yapılacak takipler ve icra takipleri yapılamaz. Başlamış olan icra takipleri durdurulur. Fakat alacaklıların mağdur olmaması için zamaşımı ve hak düşürücü süreler de durur.

2.1. İflas Erteleme Başvurusu

İcra ve iflas hukukundaki; “fevkalade hâllerde, kusuru olmaksızın borçlarını yerine getiremeyen borçluya mühlet verilmesi” veya HMK 382’de sayılan üç halden biri olan “hâkimin resen harekete geçmesi” halleri düşünüldüğünde iflas ertelenmesi işlemi dava sayılmamaktadır. İflasın ertelenmesi prosedürü çekişmesiz yargıya dahildir^[7] ve öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılır. Uygulanacak yargılama usulü, basit yargılama usulüdür.^[8]

Ancak iflasın ertelenmesi alacaklı tarafından talep edildiği takdirde çekişmeli; borçlu tarafından talep edildiği takdirde ise çekişmesiz bir yargılama faaliyeti olduğunu söylemek daha yerinde olacaktır.^[9]

[6] Öztekin, Selçuk (2007), “İflasın Ertenilmesi”, Arıkan Basım Yayım, s. 60.

[7] Türk, Ahmet, (1999), “Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları”, Ankara, s. 306.

[8] Pekcanitez, Hakan (2005), “İflasın Ertenilmesi”, İBD, Cilt: 79, Sayı: 2, s.356.

[9] Balcı, Şakir (2010), “İflasın Ertenilmesi Usul ve Esaslar”, Ankara, s.275.

Küreselleşen dünyada şirketler üretim ve ticaretten ziyade karşılığı olmayan finansal varlıklar ile oldukça entegre çalışmalarından dolayı mali bozukluklara ve iflas kurumuna oldukça hassas konuma gelmişlerdir. Kriz dönemleri haricinde dahi iflas kurumunun işleminin sadece şirketlerin kusuru olarak görmek doğru değildir. Bu sebeple orta veya uzun vadede aktif/pasif oranını iyileştirme ihtimali yüksek şirketlerin korunması ve onların kapanmasını engelleyerek faaliyetlerine devam etmesini sağlamak bir nevi kamusal bir yükümlülüktür. Devletin bu kamusal yükümlülüğünü yerine getirme yollarından birisi de yasalar çerçevesinde iflasın ertelenmesi kurumunun işletilmesidir.

Ekonomik ve finansal kurtarma kurumu olan iflasın ertelenmesi, şirketin borçlarını ödeyebilecek seviyeye gelmesi için şirkete ek süre verir. İflasın ertelenmesi her açıdan borca batık ve kurtarılması mümkün olmayan şirketlere değil, faaliyetlerine devam ettiği takdirde kendisini toplayabilecek gücü olan şirketler için işletilen bir müessesedir.^[10]

Yasaya göre yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklı yeni nakit sermaye konulması dahil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak, iflasın ertelenmesini isteyebilir. Bu halde İcra ve İflas Kanunu'nun 179 ila 179/b maddeleri uygulanır. Yani ilgili yasa hangi hallerde iflasın ertelenmesi ile alakalı mahkemeye başvurulabileceği dört ana kural çerçevesinde şekillenmiştir. Bunları;

- (1) iflasın bir iyileştirme projesine bağlı olarak erteleneceği,
- (2) iyileştirme projesinin emredici nitelikte olması,
- (3) mahkemenin iflasın ertelenmesi talebi üzerine kayyumu derhal ataması,
- (4) erteleme halinde mahkemenin, erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 Sayılı Kanun'a göre yapılan takipler de dahil herhangi bir takip yapılamayacağı, önceden başlamış takipler varsa bunların durdurulmasından dolayı gerekli tedbirlerin sağlanması, şeklinde sıralayabiliriz.

2.2. İflas Erteleme Davasının Maddi Şartları

İflas ertelenmenin temel amacı; erteleme süresince şirketlerin aktiflerinin korunması, çalıştırılması ve bu şekilde pasiflerinin azaltılması bu sayede de borçların ödenebilir hale getirilmesidir. İflas erteleme kurumu, şirketin iflasının ertelenmesi suretiyle durumunun daha da ağırlaşmasını önlemek ve böylece

[10] Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin-Özkan, M./Özekes, M. (2015), "İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı", Ankara, s. 434

alacaklıların korunmasına öncelik tanınmaktadır. İflas erteleme kurumunun konkordatodan başlıca farklılığı; iflas erteleme imkanından sadece sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yararlanması ve borca batık bir şirketin alacaklılarının katılımına bağlı olmaksızın kurtarılmasına imkân veren daha esnek bir kurum olmasıdır.^[11]

İflas erteleme talebinde bulunabilmek için belirli şartların oluşması gerekmektedir. Bilindiği üzere mal varlığının borca batık olup şirket aktiflerinin şirket yükümlülüklerini karşılayamadığı durumda şirket iflasını istemek zorundadır. Yani şirketin **borca batık olması** maddi açıdan bu talebin yapılabilmesi için ilk şarttır. İkinci olarak eğer bu böyle bir talep varsa şirketin bunun için hazırlanmış makul, somut bir **iyileştirme projesinin** de varlığı gerekmektedir. Yani şirket mali açıdan düzelebileceğine dair bir eylem planı ile mahkemeyi ikna etmelidir. İflasın ertelenmesi kararı verilmesi ve uygulanacak iyileştirme projesi neticesinde alacaklıların alacaklarının tahsil imkânının artmasını gerekli kılmamaktadır. Alacaklıların alacaklarını tahsil açısından, iflasın ertelenmesi kararı verilmesi yerine iflasın açılması kararı verilmesi durumuna göre daha kötü bir duruma girmemiş olmaları yeterlidir.^[12] Mahkeme tarafından verilecek iflas erteleme kararı sadece talepte bulunan firmayı değil onunla birlikte birçok firmayı etkileyeceğinden gerek iyileştirme projesi gerekse rayiç değer bilançosu titizlikle incelenmelidir. Aksi takdirde ya talepte bulunan firma ya da onunla iş yapan diğer firmalar mağdur olacaklardır. Erteleme talebinde bulunan yönetim organının (veya alacaklıların) iyi niyetli olması, alacaklıların haklarının korunması çerçevesinde önem taşıyan bir unsurdur. Hâkim bu konuda ikna olmalı ve şirket mallarının alacaklılardan kaçırılması niyetiyle hareket edildiğini gösteren belirtiler mevcutsa, erteleme kararını vermemelidir.^[13]

2.2.1. Borca Batık Olma (Rayiç Değer Bilançosu)

İflas erteleme talebinde bulunmanın öncelikli koşulu şirketin borca batıklık durumudur. Şirket yetkilileri, şirketin aciz durumda olduğunu gördükleri durumlarda ara bilanço düzenlemek zorundadır. Borca batıklık durumunun emarelerini; şirketin sahip olduğu üretim lisanslarını yitirmesi, şirketin sahip olduğu gayrimenkullerin kaybı, şirketin üretimde kullandığı hammadde kaynaklarının tükenmesi, şirketin ilişki içinde olduğu ve alacaklı olduğu büyük bir

[11] Özkan, Özgür (2015), “İflasın Ertilenmesi Kararının Alacaklılar ve Kamu İdaresi Açısından Etkileri”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 99, s. 109.

[12] Muşul, Timuçin (2010), “İflasın Ertilenmesi”, *İstanbul*, s. 32-33.

[13] Türk, Ahmet (1999), “Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve Sermaye Kaybının Hukuki Sonuçları”, *Ankara*, s. 323.

şirketin iflası, borsada meydana gelen gelişmelerden ötürü şirketin değerinde yaşanan büyük kayıplar, şirketin yabancı para borçlarının kur riskine bağlı olarak aniden artması vb. olarak sıralayabiliriz. Yani bu emareler şirketten kaynaklı olduğu gibi şirketten bağımsız olarak ülkede ve dünyada ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak da gelişebilir. Önemli olan eğer bu gibi belirtiler meydana geldiyse ve şirketin borca batıklık durumu ile alakalı olarak yetkililerde bir düşünce oluştuysa bir ara bilanço düzenlenir veya son yılın daha önceden hazırlanmış olan bilançosu ya da sonradan yapılmış rayiç değer bilançosuyla borca batıklık durumu belirlenir. Bu bilançonun önemli yanı şirketin gerçek malvarlıkları (binalar, makineler vb. dâhil) ve şirketin gerçek borçlarını rayiç değerleri ile gösterecek olmasıdır. Bu süreçte sahip olunan malvarlıklarının önemi de ortaya çıkmaktadır. Örnek verecek olursak şirketin sahip olduğu malvarlıklarından bir makineyi ele alalım. Makine bir bütün olarak müstemilatı ile satılabileceği gibi parça olarak da satılabilir, fakat burada dikkat edilmesi gereken husus bunun bir bütün olarak satıldığında mı yahut parça parça satıldığında mı daha çok gelir getireceğine dikkat edileceği hususudur. Yani özetle bilanço çıkarılırken malvarlıklarının borçları karşılayabilecek gerçek (rayiç) değerleri göz önüne alınmalıdır.

Mahkeme, sadece şirketin borca batıklık bildirimine dayanarak iflas veya erteleme kararı veremez. Davacının bu iddiasının, mahkeme tarafından (seçilen uzman bilirkişi kurulu marifeti ile) yapılacak araştırma ve tespitle doğrulanması gerekir.^[14] Eğer şirket borca batık halde değilse yani şirketin aktifleri yükümlülüklerini karşılayacak durumda ise bu şirket hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilemez.^[15]

2.2.2. İyileştirme Projesi

Eğer şirket iflasının ertelenmesini talep ediyorsa elinde somut deliller ve projeler olması ve bunlarla şirketin durumunun tekrar düzeleceğine dair bir ümit olması gerekmektedir. Mahkemeler sadece taleple bu kararı almamakta; şirketin bir düzeltme, bir iyileştirme projesi ve planı olup olmadığına da bakmaktadır.^[16] Devletin; büyük iş olanakları sağlayan şirketleri koruması gerekliliği,

[14] 19. HD. 28.1.1999, 7440 E, 232 K.; “...Şirketin aktifi bu şekilde saptandıktan sonra borca batıklık durumu tespit edilmeli şirket borca batık durumda değilse talep reddedilmelidir”. 19. HD, 30.12.2004, 7170 E, 13440 K. ve 19. HD, 7.12.2006, 8204 E, 11659 K. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/2004/m165-169.htm>), s.e.t. 28.11.2016

[15] Üstündağ, Saim (2009), “İflas Hukuku”, 8. Bası, İstanbul, s.36.

[16] 19. HD, 17.11.2005, 6312 E, 11314 K. (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/1_ekim-31_ekim06.htm), s.e.t. 28.11.2016

iflasın ekonomik alanda sadece ilgili şirketi değil tüm bir ekonomiyi etkileyecek olması, batık durumda olan şirketin kurtarılmasının sadece ilgili şirkete değil komple bir ekonomiye sağlayacağı katkı vb. unsurlar iflas ertelenmesi talebinin olumlu karşılanmasının makul gerekçeleridir, fakat bu gerekçelerin yanında şirketin borca batıklık durumunu ortadan kaldıracabilecek bir iyileştirme projesi ve planı olması da gerekmektedir.

İyileştirme projesiyle hedeflenen borca batıklık durumunun ortadan kaldırılmasıdır. Burada temel gaye şirketin bir tüzel kişi olarak faaliyetlerini ve varlığını devam ettirebilmesinin sağlanması ve bunun için yeniden kâr elde ederek faaliyetlerini sürdürebileceği bir duruma getirilmesinin sağlanmasıdır. Özetle bu projede hedeflenen; günü kurtarmayı hedefleyen bir iyileştirme yapılması değil topyekûn bir iyileştirme yapılarak şirketin borca batıklık durumundan da öncesine ve şirketin kâr elde ederek faaliyetlerine devam etmesinin sağlanmasıdır. Burada böyle bir zorunluluk olmasının sebebi eğer sadece günü kurtarma gayesi güdülse şirketin tekrar iflas durumuna kolaylıkla gelebilecek olmasıdır. Bu sebeple şirketin iyileştirme gayesinin bir adım ötesini hedeflemesi normaldir. Bu sebeple iyileştirme projesi sadece ekonomik açıdan değerlendirilmemeli şirketin komple işletim yapısı, organizasyonu, yönetimi ve stratejisinde de düzenlemeler içermelidir.

Mahkemenin de iflasın ertelenmesi talebini olumlu karşılayabilmesi için sunulan projenin sadece şirketi iflas durumundan kurtaran bir proje değil aynı zamanda şirketi tekrar eski mali durumuna döndürerek kâr eden bir kurum olmaya getirecek bir iyileştirme projesi olması gerekmektedir. Bu kararın alınması için mahkemece bu projenin inandırıcı, ciddi ve uygulanabilir olarak görülmesi gerekmektedir.^[17] Aksi takdirde mahkeme şirketin iflasını isteyebilir.

Sunulan iyileştirme projesi kapsamlı olmalı ve hem şirketin organizasyonuna hem mali yapısına hem de yasal yapısına uygun iyileştirme tedbirleri uygulanması beklenmektedir.^[18] Yani hem şirketin üretiminin geliştirilmesi, işletmenin kârlı ve verimli yatırımlar yapması, şirketin yönetsel yapısının düzenlenmesi gibi organizasyonel iyileştirmeleri, hem mali nitelikte olan şirketin varlıklarının yeniden değerlendirilmesi, öz sermayenin yükseltilmesi, yeni kaynaklar oluşturulması, alacakların sermayeye dönüştürülmesi gibi tedbirleri, hem de vergi hukukuna, icra hukukuna ve ticaret hukukuna ilişkin alınacak hukuki tedbirleri kapsamalıdır.

[17] 19. HD, 7.4.2005, 2033 E, 3760 K.; 19. HD, 13.10.2005, 6649 E, 10006 K. (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/1_mayis-31_mayis06.htm), s.e.t. 28.11.2016

[18] Yılmaz, Burcu (2009), “İflasın Ertelenmesi Talebinde İyileştirme Projesi”, Mali Finans Yazıları, Sayı: 85, s. 45.

İyileştirme projesinde dikkat edilmesi gereken önemli hususları özetlemek gerekirse; iyileştirme projesinde mali durumunu iyileştirme ümidi olması gerekmektedir, iyileştirme projesinin şirketi borca batıklıktan kurtarması ve bunun somut belgelere/verilere dayanması gerekmektedir. İyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunun (hüküm kurmaya elverişli)^[19] bilirkişi marifetiyle tespit edilmesi gerekmektedir.

3. RAYİÇ DEĞER BİLANÇOSU VE BİLANÇO DIŞI YÜKÜMLÜLÜKLER

Bilanço, bir kurumun belli bir andaki varlık ve bu varlığın kaynak durumunu gösteren, muhasebe kural ve ilkelerine uygun olarak oluşturulmuş çift yanlı bir çizelge olarak tanımlanmıştır.^[20] Yani bilanço bir açıdan anlık olarak şirketin durumunu gösteren bir fotoğraftır. Rayiç Değer Bilançosu ise yukarıda da bahsettiğimiz hususlar çerçevesinde eğer şirketin borçlarını ödemede bir acizyeti yönünde emareler belirmişse şirket yetkililerinin düzenlemek zorunda oldukları (rayiç değerler ile oluşturulmuştur) bilançodur. Bu bilançoda eğer şirket iflasın ertelenmesini talep ederse hedeflenen şirketin aktiflerinin şirketin pasiflerini karşılayamaması gerekmektedir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de ilgili kararında (29.05.2008, 2008/5007 E., 2008/5881 K.) borca batıklık, iflası istenen sermaye şirketinin aktifinin pasifini karşılayamaması halidir şeklindeki kararıyla bu duruma genel bir çerçeve çizmiştir.

3.1. Rayiç Değer Bilançosu

Şirketin bu acizyetini göstermek için düzenlenecek ara bilanço normal bilançodan farklı olarak rayiç değerler esas alınarak düzenlenir. Bu bilanço şirketin malvarlıklarını eksiksiz ve doğru yansıtma amacını güder. Bu düzenlenen ara bilançonun malvarlığını eksiksiz olarak gösterebilmesi için bilançonun açıklık ve doğruluk ilkelerine göre düzenlenmesi gerekir.^[21]

Mahkeme, iflasın ertelenmesi talebiyle rayiç değer bilançosunu sunan şirketin gerçekte bu durumda olup olmadığının tespiti için bilirkişi görüşü alır. Şirket bunun ispatı için bu bilançoda yer alan bilgilerin doğruluğunu sunduğu

[19] 23. HD, 13.07.2015, 2014/4438 E, 5405 K. (<https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelisimisDokumanAraServlet>) s.e.t. 05.11.2016

[20] Ayboğa, Hanifi, “Mali Durum Tablosu ve Kuramsal Yapısı”, <http://www.istanbulsmmmodasi.org.tr/yayinlar.asp?Gid=1&Yid=57>, s.e.t. 13.10.2016

[21] Türk, Ahmet (1999), “Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve Sermaye Kaybının Hukuki Sonuçları”, Ankara, s. 308.

ticari defterleri vb. kaynakları da mahkemeye sunar. Bilirkişi bu defterler ve belgeler üzerinde yaptığı incelemeler sonucunda sunulan bilançonun doğru olup olmadığı yönünde raporunu hazırlar. Gerek şirket gerekse mahkemenin seçtiği uzman bilirkişi kurulu rayiç değer bilançosu hazırlarken şirketin sahip olduğu tüm malvarlıklarının piyasa (rayiç) değerlerini esas alır.^[22]

Bilançonun pasif kısmında dikkat edilmesi gereken hususlar şunlardır;

- Borçların ticari defterlerde yer alması gerekir.
- Muvazaalı borçların gerçek mahiyeti ve miktarı tespit edilmesi gerekir.
- İflasın ertelenmesi süreci statik değil dinamik bir süreç olduğundan dolayı değil dava tarihi, keşif tarihi, karar tarihlerindeki borca batıklık oranı/ durumu farklılık arz edebileceği için son güncel durumun dikkate alınması gerekir.
- Bilançoda/pasifte nominal olarak borç gibi görünen ama reel olarak (borçluya ulaşamaması gibi) ödeme imkânı kalmayan borçlar dikkate alınmamalıdır.
- Buna ek olarak normalde bilindiği üzere ana bilançoda pasif tarafta yer alan şirketin sermayesi ve yedek akçeler bu olağanüstü durumda ara bilanço oluşturulurken şirketin borçları olmadığı için bu bilançoda yer almaz.

Özete; borçlar konusunda dikkat edilmesi gereken husus şirketin borçları ödeme konusundaki acziyetinin tespiti değil, bilanço düzenlendiği tarihte şirket eğer tüm borçlarını ödemek isterse aktifinin buna yetip yetemeyeceğinin veya ne kadar yeteceğinin tespitidir.^[23]

O halde ara bilanço düzenlendiğinde üç durum meydana gelebilir: (1) şirketin borçları şirketin malvarlıklarından çoktur, (2) şirketin borçları şirketin malvarlıklarına eşittir, (3) şirketin borçları şirketin malvarlığından azdır. Eğer yetkililer şirketin borçlarının şirketin malvarlıklarını aştığını tespit etmişlerse bu durumu mahkemeye bildirmek zorundadır. Yetkililer ayrıca mahkemeye sadece şirketin iflas ertelemesi talebini bildiremezler. Şirketin iflası talebi de şirketin iflasın ertelemesi talebiyle beraber mahkemeye bildirilmelidir.

Fakat genel hatlarıyla baktığımızda (ipotek, rehin, teminat, kefalet gibi) bazı hesapların bu bilançolarda çelişkilere ve problemlere yol açtığı görülmektedir.

[22] 19. HD, 14.4.2005, 1324 E, 4049 K. (GÜNEL, M. İflas Davaları ve İflasın Ertenmesi, Ankara 2006, s. 220-222).; 19. HD, 7.4.2005, 2033 E, 3760 K.; 19. HD, 12.11.2004, 7565 E, 11352 K.; 19. HD, 30.12.2004, 7170 E, 13440 K.; 19. HD, 30.12.2004, 5733 E, 13437 K. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/yargitay/yd84.htm>), s.e.t. 28.11.2016

[23] Oğuz, Atalay (1996), "Anonim Şirketlerin İflası", İzmir, s. 54.

Şirketin ipotek, rehin, teminat, kefalet gibi borç, alacak ve yükümlülüklerin doğru değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülüklerin doğru değerlendirilmemesi bilançonun yanlış olmasına sebep olacaktır ve telafisi imkânsız hatalara neden olabilecektir.

3.2. Bilanço Dışı Yükümlülükler

Şirketin genel bilançosunda yer alan öz sermaye ve yedek akçe gibi yükümlülüklerin rayiç değer bilançosunda yer almadığını yukarıda belirtmiştik. Bunun yanında mahkemeye sunulan rayiç değer bilançosunda yer almayan fakat şirketin sorumlukları içerisinde yer alan ve şirketi hukuki açıdan bağlayan başka (şarta bağlı) yükümlülükler de vardır. Bu (şarta bağlı) yükümlülükleri; (1) ipotek, (2) rehin, (3) garantörlük (4) kefalet ve alınan çeklerin veya alacak senetlerinin ciro edilmesinden doğan sorumluluklar olarak özetleyebiliriz. Bu yükümlülükler bir parasal değer hareketi olmadığı için aktifler ve pasifler içinde yer almaz^[24], nazım hesaplarda takip edilir.^[25]

Maliye Bakanlığı'nca 26.12.1992 tarih ve 21447 mükerrer sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan Muhasebe Sistemleri Uygulama Genel Tebliği 1 ile belirlenen Tekdüzen Hesap Planındaki Hesap, Sınıf ve kümelerinden 9 numaralı Nazım Hesaplar konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamış sadece 9 grubun Nazım Hesaplara ayrıldığına belirtilmesi ile yetinilmiştir.^[26]

Nazım hesapta takip edilebilen ve aktif/pasif hesaplara içinde yer almayan bu haklar ile yüklenilen (şarta bağlı) yükümlülükler şirketi olum veya olumsuz etkileyebilir. Şirketin iyileştirme projesi devam ederken böyle bir riskin realize olması şirketin bu projesini olumsuz etkileyecek ve belki hedeflenen planların tutmamasında etkisi olacaktır. Bu nedenle ortaya çıkacak bu ekstra (şarta bağlı) yükümlülüklerin şirketin eksiksiz malvarlıkları ve gerçek borçlarını oluştururken rayiç bilanço ile birlikte doğru bir şekilde değerlendirilmelidir.

3.2.1. İpotek

İpotek, bir kişisel alacağın teminat altına alınmasını amaçlayan ve bir taşınmazın değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir aynî

[24] Yalkın, Yüksel Koç (2001) "Genel Muhasebe İlkeler Uygulamalar" 12. Bası. Ankara, Turhan Kitabevi, s. 381.

[25] Sayılğan, Güven (2004), "Finansal Kiralama İşlemlerinin Muhasebeleştirilme İlkeleri ve Örnek Uygulama", Muhasebe ve Denetime Bakış, s. 69.

[26] Gün, Asım (1996), "Tekdüzen Hesap Planı'nda Nazım Hesaplar", M.Ü. Muhasebe-Finansman Ana Bilim Dalı Seminer Çalışması İstanbul.

haktır.^[27] Diğer mutlak haklar gibi ipotek de herkese karşı ileri sürülebilir ve rehinli alacaklıya öncelikle alacağını alma hakkı verir.^[28]

İpotek kavramı direkt bir borç olmadığı için bir nevi alacağı güvenceye almak amacıyla oluşturulan bir yöntem olduğu için alacağa bağlı bir hak olarak özetleyebiliriz. İpotek ile alacak arasında tek yönlü bir bağımlılık vardır. Yani ipotek alacağa bağlıdır fakat alacak ipoteğe bağlı değildir. Eğer bir alacak durumu oluşmuşsa bir ipotek tesisinden söz edilebilir fakat bunun tersi bir durum geçerli değildir.

Örneğin şirket kredi alabilmek için sahibi olduğu bir arsayı banka lehine ipotek ettiriyor. Finansman sıkıntısından dolayı şirket banka kredi taksitlerini ödeyemez ise aktifinde bulunan, ipotek verdiği arsa üzerinde bankanın hakkı doğuyor ve sonrasında şirketin aktifleri bu ipotek sebebi ile azalmış oluyor. Bu gibi riskler sebebi ile nazım hesaplarda takip edilen ipoteklerin doğru değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.2.2. Rehin

Hak sahibine, bir alacak yerine getirilmediği takdirde, rehnedilene paraya çevirterek bundan alacağını tahsil etmek yetkisini veren, eşyanın maliki başta olmak üzere herkese karşı ileri sürülebilir aynı hakka rehin hakkı denir.^[29] Ayrıca rehin sözleşmesini de tanımlamak gerekirse, bu sözleşme doğmuş veya hut doğabilecek olan para borcunun ve alacağının, teminat gösterilen taşınır, taşınmaz ve benzeri hakların zorla icra yoluyla satımı ile elde edilen satış ücretlerinden ayrıcalıklı olarak tahsili hakkını ve sorumluluğunu ortaya çıkaran hukuki işlemdir diyerek de tanımlayabiliriz.^[30] Rehin ile ipotek arasındaki en önemli fark rehinin taşınır ve ipoteğin taşınmaz olmasıdır. Sonuçları itibarı ile ipotek ile aynıdır.^[31]

[27] Sirmen, Lale (2016), “Eşya Hukuku”, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, s. 610.

[28] Aktepe, Sezin (2007), “İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 6 Sayı:12, s. 179.

[29] Nomer, H. Nami; Ergüne, M. Serkan (2016), “Eşya Hukuku Cilt II Rehin Hukuku”, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, s. 57.; Esener, Turhan; Güven, Kudret (2015), “Eşya Hukuku”, Ankara, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, s. 433; Ertaş, Şeref (2016), “Eşya Hukuku”, Ankara, Barış Yayınları, 13. Baskı, s. 534; Öztan, Bilge (2016), “Medeni Hukukun Temel Kavramları”, Ankara, Turhan Kitabevi, 41. Baskı, s. 914;

[30] Berzek, Ayşe Nur (2016), “Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri”, İstanbul, Beta Yayınları, 11. Baskı, s. 164.

[31] Uyar, T.; Uyar, A.; Uyar, C. (2015) “İcra ve İflâs Hukuku Rehberi”, C. 2, B.3, Ankara, s. 1601.

3.2.3. Garantörlük

Garantörlük kavramı bir nebze kefalet kurumuna benzemektedir. Her ne kadar genel olarak bankalarla özdeşleştirilen bir kavram olsa da garantörlük sebep olduğu yasal yükümlülükler dolayısıyla önemlidir. Garanti veren şirket, garanti sözleşmesi kapsamında sözleşme ile lehtarın sözleşme metninde yer alan ve muhatap için ekonomik açıdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi veyahut zararlı bir olayın meydana gelmesi nedeniyle ortaya çıkacak riskleri güvence altına alır.^[32] Bu garantörlük müessesesi de iflas erteleme talep eden borca batık şirketin (şarta bağlı) yükümlülükleri arasında yer alsa da bir yasal yükümlülük olarak bilançoda yer almayarak risk teşkil etmektedir.

3.2.4. Kefalet

Şirketin iflasın ertelenmesi talebiyle mahkemeye başvururken yaşanan bir diğer çelişki ise kefalet durumudur. Bilindiği üzere tarihte ve günümüzde borçlunun borcunu ödeyememesi durumuna karşı alacaklılar çeşitli tedbirler almışlardır. Bu tedbirlerin en önemlilerinden biri de kefalettir. Kefalet müessesesi, esas borçlu ve alacaklı haricinde bir üçüncü kişinin borçlunun borcunu ödeyeceğine dair teminat verdiği ve borcu ödemediği takdirde yükümlülüğü üzerine aldığı bir kurumdur.^[33] Kefalet kurumunun önemi iflas erteleme talep eden şirketin veyahut şirket ortaklarının kefil olduğu borçların, yükümlülükler arasında yer almama çelişkisidir. Bu durum iflas erteleme talep eden kurumun riskleri arasında yer almadığı takdirde iyileştirme projesi devam ederken ortaya çıkabilecek böyle bir risk/yükümlülük proje planını olumsuz etkileyecektir.^[34]

Ayrıca; iflas erteleme talebinde bulunan grup şirketlerinin finans kuruluşları ile kefalet işlemi içeren sözleşmelerinde, grup şirketler birbirlerine kefil yapılmaktadır. Dolayısıyla grup şirketin birinin pasifinde kredi borcu olarak görünen borç aynı zamanda diğer grup şirketinin nazım hesaplarında kefalet yükümlülüğü olarak görünmektedir. Bu uygulama ise mükerrer bir borç görüntüsü arz etmektedir. Pasifinde görünen kredi borcunu ödeyen bir şirket otomatik olarak kefil olan diğer grup şirketin bu kefalet yükümlülüğünü kaldırmış olacaktır. Bu hassas müteselsil yükümlülük ilişkisi rayiç değer bilançosunun değerlendirilmesi aşamasında dikkate alınmadığı takdirde telafisi mümkün olmayan

[32] Şahin, Turan (2010), “Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt”, Ankara, Yetkin Yayınlar, s.27.

[33] Gümüş, Mustafa Alper (2010), “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 533-535.

[34] Yılmaz, Merve (2011), “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı” TBB Dergisi, Sayı: 97, s. 159-161.

hatalara sebep olacaktır. Dördüncü bölümde bu husus örnek uygulama ile detaylıca açıklanacaktır.

4. İFLAS ERTELEME TALEBİNDE BULUNAN ŞİRKETLERDE KEFALET UYGULAMASI VE ÇELİŞKİSİ

4.1. (Grup Olmayan) Şirketin Rayiç Değer Bilançosu ve Kefalet Durumu

Rayiç değer (Borca batıklık) bilançosunun şirketin gerçek malvarlığı değerlerini yansıtması gerekir. Bunun için tüm aktifler paraya çevirme değerleri yani piyasadaki satış sırasında gerçekleşebilecek fiyattan bilançoya geçirilmelidir. Örnek bir (detaysız) rayiç değer bilançosu üzerinde kefalet durumu ve rayiç değer hesaplamasını şu şekilde yapılır;

A Ltd. Şti. Rayiç Değer Bilançosu

AKTİF (VARLIKLAR)	KAYDI DEĞER	RAYIÇ DEĞER	PASİF (KAYNAKLAR)	KAYDI DEĞER	RAYIÇ DEĞER
I- DÖNEN VARLIKLAR	2.305.000,00	1.300.000,00	I- KISA VADELİ YAB.KAYNK.	5.940.000,00	4.940.000,00
A- Hazır Değerler	100.000,00	100.000,00	A- Mali Borçlar	3.000.000,00	3.000.000,00
C- Ticari Alacaklar	750.000,00	750.000,00	B- Ticari Borçlar	1.640.000,00	1.640.000,00
D- Diğer Alacaklar	0,00	0,00	C- Diğer Borçlar	50.000,00	50.000,00
E- Stoklar	100.000,00	100.000,00	D- Alınan Avanslar	0,00	0,00
F- Yıl.yay.İnş.ve On.Mal.	1.000.000,00	0,00	E- Yıl.Yay.İnş.ve Onr.Hak.Bed.	1.000.000,00	0,00
G- Gel.Aylara Ait Giderler	5.000,00	0,00	F- Öd.Vergi ve Diğ.Yas.Yük.	100.000,00	100.000,00
H- Diğer Dönen Varlıklar	350.000,00	350.000,00	G- Borç ve Gid.Karşılıkları	0,00	0,00
			H- Gel.Ayl.Ait Gelir/Gid.Tahak.	0,00	0,00
II- DURAN VARLIKLAR	7.695.000,00	5.850.000,00	I- Diğ.Kısa Vadeli Yab.Kaynk.	150.000,00	150.000,00
B- Diğer Alacaklar	50.000,00	50.000,00			
C- Mali Duran Varlıklar	50.000,00	50.000,00	II- UZUN VAD. YAB. KAYNK.	3.510.000,00	3.510.000,00
D- Maddi Duran Varlıklar	6.985.000,00	5.700.000,00	A- Mali Borçlar	3.000.000,00	3.000.000,00
E- Maddi Olm. Dur. Varlıklar	500.000,00	0,00	B- Ticari Borçlar	500.000,00	500.000,00
G- Gel.Yılı. Ait Gid/Gel.Tah.	10.000,00	0,00	D- Alınan Avanslar	10.000,00	10.000,00
H- Diğer Duran Varlıklar	100.000,00	50.000,00	III- ÖZKAYNAKLAR	550.000,00	0,00
AKTİF TOPLAMI	10.000.000,00	7.150.000,00	PASİF TOPLAMI	10.000.000,00	8.450.000,00

Kefalet (B Ltd. Şti'ye verilen)	1.000.000,00	1.000.000,00
---------------------------------	--------------	--------------

A Ltd. Şti.’nin rayiç değerler bilançosunda aktifleri toplam 7.150.000 TL ve pasifleri toplamı 8.450.000 TL’dir.

Borca Batıklık (Rayiç Değer) Oranı	
Kefalet Hariç (Aktif / Pasif)	85%
Kefalet Dahil (Aktif / Pasif)	76%

BK. m. 586’ a göre “Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehinini paraya çevirmeden kefil takip edebilir...”. BK hükümlerine göre, borç tamamen ödeninceye kadar müteselsil borçlunun-müteselsil kefilin sorumluluğu devam eder ve kefil, ancak ödediği miktar nispetinde alacaklının haklarına halef olur (BK. m. 596). Borçlu şirketten istenebilir hale gelen kefalet borçları, şirketin iflasın ertelenmesi döneminden önce imzaladığı sözleşmelere dayanıyorsa ve muvazaalı borç yaratma emareleri mevcut değilse borca batıklığın hesabında dikkate alınması gerekmektedir.

Bu durumda; örnek bilançodaki A Ltd. Şti.’nin borca batıklık bilançosundan yapılan hesaplamada borca batıklık oranı: %76’dır.

4.2. Grup Şirketlerde Rayiç Değer Bilançosu ve Kefalet Durumu

Tek şirketin rayiç değer bilançosu ve borca batıklık oranı hesabında uygulamada sorun ve çelişki yokken grup şirketlerinin iflas erteleme taleplerinde çelişkiler mevcuttur. Ortakları aynı veya büyük oranda benzer olan (grup) şirketleri her ne kadar ayrı tüzel kişilikler olsa da birbirlerine gerek ortakları bakımından gerekse kefalet, taşeronluk vs ilişkileri bakımından bir birlerine çok sıkı bağlı olabilmektedir. Bu sebeple grup şirketlerinden herhangi birisinin mali durumunun bozulması veya aktiflerinin pasiflerini karşılayamaması durumunda grup şirketlerinin de mali durumu bozulabilmektedir. Bu durumda ayrı tüzel kişilikler olarak bu grup şirketlerinin her biri İflas Erteleme talebinde bulunmaktadır. Grup şirketlerinin açtıkları iflas erteleme davalarında, şirketlerin birbirlerine olan kefaletlerinin yorumlanması farklılık arz etmektedir. Bu yorum farklılıklarını ve çözüm önerisini somutlaştırmak için yine yukarıda örnek verilen A Ltd. Şti. ile grup şirketi olan B Ltd. Şti. rayiç değer bilançosu üzerinden borca batıklık oranı hesaplaması yapalım;

B Ltd. Şti. Rayiç Değer Bilançosu					
AKTİF (VARLIKLAR)	KAYDI DEĞER	RAYIÇ DEĞER	PASİF (KAYNAKLAR)	KAYDI DEĞER	RAYIÇ DEĞER
I- DÖNEN VARLIKLAR	2.305.000,00	2.305.000,00	I- KISA VADELİ YAB.KAYNK.	4.940.000,00	4.940.000,00
A- Hazır Değerler	100.000,00	100.000,00	A- Mali Borçlar	3.000.000,00	3.000.000,00
C- Ticari Alacaklar	750.000,00	750.000,00	B- Ticari Borçlar	1.640.000,00	1.640.000,00
D- Diğer Alacaklar	0,00	0,00	C- Diğer Borçlar	50.000,00	50.000,00
E- Stoklar	1.105.000,00	1.105.000,00	D- Alınan Avanslar	0,00	0,00
F- Yıl.yay.İnş.ve On.Mal.	0,00	0,00	E- Yıl.Yay.İnş.veOnr.Hak.Bed.	0,00	0,00
G- Gel.Aylara Ait Giderler	0,00	0,00	F- Öd.Vergi ve Diğ.Yas.Yük.	100.000,00	100.000,00
H- Diğer Dönen Varlıklar	350.000,00	350.000,00	G- Borç ve Gid.Karşılıkları	0,00	0,00
			H- Gel.Ayl.Ait Gelir/Gid.Tahak.	0,00	0,00
II- DURAN VARLIKLAR	7.695.000,00	6.145.000,00	I- Diğ.Kısa Vadeli Yab.Kaynk.	150.000,00	150.000,00
B- Diğer Alacaklar	50.000,00	50.000,00			
C- Mali Duran Varlıklar	50.000,00	50.000,00	II- UZUN VAD.YAB.KAYNK.	3.510.000,00	3.510.000,00
D- Maddi Duran Varlıklar	6.985.000,00	5.995.000,00	A- Mali Borçlar	3.000.000,00	3.000.000,00
E- Maddi Olm.Dur.Varlıklar	500.000,00	0,00	B- Ticari Borçlar	500.000,00	500.000,00
G- Gel.Yılı.Ait Gid/Gel.Tah.	10.000,00	0,00	D- Alınan Avanslar	10.000,00	10.000,00
H- Diğer Duran Varlıklar	100.000,00	50.000,00	III- ÖZKAYNAKLAR	1.550.000,00	0,00
AKTİF TOPLAMI	10.000.000,00	8.450.000,00	PASİF TOPLAMI	10.000.000,00	8.450.000,00

Kefalet (A Ltd. Şti'ye verilen)	1.000.000,00	1.000.000,00
---------------------------------	--------------	--------------

B Ltd. Şti.'nin rayiç değerler bilançosunda aktifleri toplam 8.450.000 TL ve pasifleri toplamı 8.450.000 TL'dir. Bu durumda;

Borca Batıklık (Rayiç Değer) Oranı	
Kefalet Hariç (Aktif / Pasif)	100%
Kefalet Dahil (Aktif / Pasif)	89%

B Ltd. Şti.'nin kefalet yükümlülüğü dikkate alınmaz ise borca batık olmadığı görünüyor. Ancak yukarıda detaylı izah edildiği üzere kefalet yükümlülüğü; borca batıklığın hesabında dikkate alınması gerekmektedir. Dikkate alındığı zaman ise B Ltd. Şti.'nin borca batıklık oranı %89 olmaktadır.

Çelişki ve yanılğı bu noktada doğmaktadır. A Ltd. Şti. ve B Ltd. Şti. ayrı tüzel kişiliklerdir diye düşünülerek bu iki şirketin iflas erteleme taleplerinin ayrı dava konusu olması gerektiği düşünüldüğü zaman; A Ltd. Şti. borca batıklık oranı %76 ve B Ltd. Şti. borca batıklık oranı %89 olmaktadır. Fakat her iki şirketinde borca batıklık hesabında dikkate alınan kefalet yükümlülükleri aynı zamanda diğer grup şirketinin pasifi içinde yer almaktadır. Dolayısıyla mükerrerlik arz etmektedir. Yani A Ltd. Şti.'nin 1.000.000 TL tutarındaki kefalet yükümlülüğü B Ltd. Şti. pasifleri içerisinde yer alan mali borçların içerisinde zaten vardır. Aynı şekilde B Ltd. Şti.'nin 1.000.000 TL tutarındaki kefalet yükümlülüğü zaten A Ltd. Şti. pasifleri içerisinde yer alan mali borçların içerisinde mevcuttur.

Bu durumda grup şirketleri olan A ve B Ltd. şirketlerinin borca batıklık hesabında bilançolara topyekûn bakmak gerekmektedir.

Yukarıda bilanço örnekleri verilen şirketlerin (rayiç değer) aktif (7.150.000 TL + 8.450.000 TL=15.600.000 TL) ve pasifleri (8.450.000 TL + 8.450.000 TL=16.900.000) toplanarak, borca batıklık oranı hesaplandığında (15.600.000/16.900.000=) %92 çıkmaktadır. Grup şirketlerinin bilançoları birlikte değerlendirildiğinde hesaplanan borca batıklık oranı (%92) daha önce A ve B şirketleri için ayrı ayrı hesaplanan %76 ve %89 oranlarından daha yüksek ve daha rasyoneldir. Çünkü kefil olunan borç, asıl borçlu şirket veya kefil olan şirket tarafından ödendiği zaman her iki şirketin de yükümlülüğünden düşecektir.

4.2.1. İhtiyari Dava Arkadaşlığı ve Mecburi Dava Arkadaşlığı

Yasalardaki düzenleme, bir şirketin varlık ve tüzel kişiliği göz önüne alınmak suretiyle yapılmıştır. Oysa bazı hallerde şirketler de başka şirketin ortağı olabilmektedir veya farklı şirketlerin ortakları aynı olabilmektedir. Bu bağlamda üzerinde durulması gereken diğer bir konu, ortaklıklar nedeniyle aralarında bağlantı bulunan şirketlerin birden fazlasının mali durumunun bozulması nedeniyle ticaret mahkemesinde birlikte tek dava açmalarının veya ayrı ayrı açılmış davaların birleştirilmesinin mümkün olup olamayacağıdır.^[35] 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 57-60. maddeler arasında dava arkadaşlığına yer vermiştir. Dava arkadaşlığı, 1086 sayılı HUMK döneminde de vardır ancak HMK, mecburi / ihtiyari dava arkadaşlığını ayrı ayrı düzenlemiştir. Bir başka yenilik ise, HUMK döneminde olmayan, HMK 60. madde hükmüdür.

[35] Aydemir, Efrail (2010), "İflasın Ertelenmesi ve Konkordato", Ankara, Adalet Yayınevi, s. 63.

İhtiyari dava arkadaşlığı başlığı altında düzenlenmiş olan madde 57'ye göre; Birden çok kişi, aşağıdaki hâllerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir:

- a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması.
- b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri.
- c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması.

Madde metninde ihtiyari dava arkadaşlığının bulunabileceği durumlar bentler halinde sayılmıştır. Maddede sayılan halleri örneklendirmek gerekirse, (a) bendi için müteselsil kefillerin birlikte dava açabilmeleri ve/veya onlara karşı dava açılabilmesi; (b) bendi için, ortak işlem, mesela bir sözleşme ile ortak bir borca girmiş kişiler gösterilebilir. (c) bendiyle amaçlanan ise, usul ekonomisi ve içtihatlar arasındaki çelişkilerin önüne geçmektir. HMK 57. maddede sayılan bu üç halin hepsi grup şirketlerde olağan hallerdir.^[36] Mecburi dava arkadaşlığı başlığı altında düzenlenmiş olan madde 58'e göre; maddi hukuk açısından bir hakkın birden fazla kimse tarafından kullanılması veya ileri sürülmesi halinde tümü hakkında bir tek hüküm verilecekse burada zorunlu (mecburi) dava arkadaşlığı söz konusudur.

Mevcut yasada bir açıklama bulunmamakla birlikte gerek uygulamada gerekse ona paralel olarak yapılan düzenlemede yer verilen ihtiyari dava arkadaşlığı ise, ortak bir işlemle tüm davacılar yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde bir yükümlülük altına girmiş bulunmaları yahut davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuksal nedenlerin birbirine benzer olması halini ifade eder. Ayrı açılmış davaların birleştirilmesinde de benzer ilkelerin varlığı aranır. İlk bakışta, her şirketin ayrı tüzelkişiliğe sahip olması nedeniyle, birlikte dava açamayacakları veya ayrı açılmış davaların birleştirmenin doğru olmayacağı sonucuna varılmaktadır. Ancak, birbirinde ortaklıkları bulunan veya ortaklık yapıları benzer olan grup şirketlerinden mali güçlük içine düşüp iflas aşamasına gelmiş bulunan bir şirket hakkında verilecek karar diğerini de etkileyecek nitelikte olmaktadır.

İhtiyari dava arkadaşlığı başlığı altında düzenlenmiş olan HMK madde 57'nin a, b ve c bentlerindeki (bendi için müteselsil kefalet, bir sözleşme ile ortak bir borca girmek, vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya benzer olması

[36] Kuru, Baki (2016). "İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku", Ankara, Legal Yayıncılık, s. 802.

gibi) haller grup şirketlerinde sıkça rastlanılan durumlar olması sebebi ile iflas erteleme davası açan grup şirketlerin ihtiyari dava arkadaşlığı tercih edilebilir, mümkün hatta makul görünmektedir.

İhtiyari dava arkadaşlığında, dava arkadaşları, birbirinden bağımsız olarak usuli işlemler yapabilir, ayrı savunma yapabileceği gibi ayrı ayrı delil de sunabilirler. İhtiyari dava arkadaşlarının birbirinden bağımsız olmalarından dolayı, bazılarının talepleri kabul edilirken, bazılarının reddedilmesi mümkün olabilir.

Örneğin; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 7/4/2005 tarih ve 2005/448 E., 2005/3753 K. sayılı kararı (yayınlanmamış). Bu kararın Karşı Oy yazısı ilginçtir: “...Kanun koyucu ‘şirketler’ veya ‘kooperatifler’ dememiş, aksine “ŞİRKET” veya “KOOPERATİF” demek suretiyle davacının çoğul değil, tekil olacağını göstermiştir... Üç ayrı şirketin ter bir davada iflasın ertelenmesini isteyebileceklerinin kabulü, ayrı dava konusu yapılması halinde ayrı ayrı yatırmaları gereken harçtan da kaçınmalarına imkân verecektir. Harçlara ilişkin düzenlemeler kamu düzeninden sayıldığından başlı başına bu husus bile birden çok gerçek veya tüzel kişinin aynı davada iflasın ertelenmesini istemelerine engel teşkil etmemektedir... Öğretide ve uygulamada iflas ve konkordato istemlerine ilişkin davaların münferiden açılması gerektiği düşüncesi hakimdir... İflasın ertelenmesi davasında da bu görüşlere paralel davranılmalıdır. Zira iflasın ertelenmesi davasının reddi gerektiğinde, bir diğer ifadeyle borca batıklığın tespit edildiği ve iyileştirme projesinin uygun görülmediği hallerde mahkemece şirketin iflasına karar verilecektir. İflasın ertelenmesi davasının sonuçlarından biri de iflasın açılmasıdır. Birden çok borçlunun iflası bir dava içinde istenemeyeceği gibi birden çok borçlunun iflasın açılması sonucunu doğuracak olan iflasın ertelenmesi davasını da birlikte açmalarına imkan bulunmamaktadır...”^[37]

Nitekim Yargıtay 23. Hukuk dairesinin 21.2.2014 tarih, 2013/7061 Esas ve 2014/1234 sayılı kararında^[38]: “*Dava, aralarında organik bağ bulunan grup şirketlerin iflaslarının ertelenmesi istemine ilişkindir. İflasın ertelenmesi talebinde bulunan birden fazla sermaye şirketinin talebi ayrı ayrı değerlendirileceğinden ve erteleme koşullarının talepte bulunan her şirketin kendi mali yapısı içinde gerçekleşip gerçekleşmediği aranacağından birlikte talepte bulunabilirler.*” ifadesiyle iflas erteleme davasının birlikte açılabileceği kabul edilirken, Yargıtay 19. Hukuk dairesinin 2.4.2009 tarih, 2008/11361 Esas ve 2009/2592 sayılı kararında^[39] ise:

[37] Öztek, Selçuk (2005), İflasın Ertenmesi, Bankacılar Dergisi, Sayı: 53, s. 35.

[38] 23. HD, 21.2.2014 tarih, 2013/7061 E. ve 2014/1234 K. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/yargitay/yd90.htm>), s.e.t. 28.11.2016.

[39] 19. HD. 2.4.2009 tarih, 2008/11361 E. ve 2009/2592 K. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/2004/m170-184.htm>), s.e.t. 28.11.2016.

“Dava iflasın ertelenmesine ilişkindir. Öğretide ve uygulamada iflas ve konkordato istemlerine ilişkin davaların münferiden açılması gerektiği düşüncesi hakimdir. İflasın ertelenmesi taleplerinde de bu görüşlere paralel davranılmalıdır. Zira iflasın ertelenmesi isteminin reddi gerektiğinde, bir diğer ifadeyle borca bataklığın tespit edildiği ve iyileştirme projesinin uygun görülmediği hallerde mahkemece şirketin iflasına karar verilecektir. İflasın ertelenmesi talebinin sonuçlarından biri de iflasın açılmasıdır. Birden çok borçlunun iflası bir dava içinde istenemeyeceği gibi birden çok borçlunun iflasının açılması sonucunu doğuracak olan iflasın ertelenmesi de birlikte istenemez.” ifadesi ile belirttiği gerekçe ile iflasın ertelenmesinin birlikte talepte bulunulamayacağına hükmetmiştir.

Mecburi dava arkadaşlığı, ayrı hüküm verilmesi olanağının bulunmadığı, bir hakkın maddi hukuka göre birden fazla kimse tarafından kullanılabilmesinin mümkün olduğu hallerde söz konusudur. Örneğin, asıl borçlu ile ipotek veren arasında mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. Bunlar ancak birlikte hareket edebilir ve haklarında aynı hüküm verilir. Mecburi dava arkadaşları tek başına dava açamayacağı gibi, bunlardan yalnızca birine karşı da dava açamaz. Buna paralel olarak temyize başvurma gibi işlemler de yine mecburi dava arkadaşlarıncı ancak birlikte yapılabilir.^[40]

4.2. Grup Şirketlerde Rayiç Değer Bilançosu ve Kefalet Durumu başlığı altında detaylıca incelendiği üzere grup şirketlerinde özellikle HMK madde 57'nin a, b hallerine sıkça rastlanıldığı için grup şirketlerindeki bu müteselsil kefalet durumları rayiç değer bilançosunu ve sonrasında hesaplanan borca batıklık oranını etkilemektedir. Sonucu etkileyici bu bağlantı nedeniyle, bu haldeki grup şirketlerinin mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. Borca batıklık oranı hesabında ki farklılık bu davaların birleştirilmesini mecburi kılmaktadır.

5. SONUÇ

Bu durum itibarıyla yukarıda açıklanan şekilde aralarındaki ticari ilişkinin birbirini etkileyen şirketlerin iflasın ertelenmesi istemiyle birlikte tek bir dava açmaları mümkün olduğu gibi, ayrı açılmış davaların birleştirilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Ne var ki tek dava kapsamında her şirketin durumunun ayrı ayrı değerlendirilerek karar verilmesi kaçınılmazdır.

Mevzuatımızda; ihtiyari dava arkadaşlığı veya mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olup olmadığı yönünden açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İhtiyari dava arkadaşlığı davaların birleştirilmesi yoluyla da mümkün olduğundan

[40] Kiraz, Taylan Özgür; Başoğlu, Gizem (2015), “Gerekçeli 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat”, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, s.415.

birbiri ile ilgisi olan davaların benzer sebep kavramı içerisinde değerlendirilerek bağlantının varlığı kabul edilmeli ve bu davalar birlikte görülebilmelidir. Zira bu durum çelişkili kararların önüne geçeceğinden usul ekonomisine de uygun düşmektedir. Ayrıca aynı gruptaki şirketlerin birbirlerine kefil olması durumunda, şirketlerden sadece birinin iflas erteleme talebinin kabulü; iflas erteleme talebi kabul edilmeyen grup şirketi alacaklılara karşı korumasız kalması ve talebi kabul edilen şirketin borçlarını da üstlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum genellikle kefil şirketin iflası ile sonuçlanmakta ve iflas erteleme kurumundan umulan kamusal yararın fiilen elde edilememesine yol açmaktadır.

Grup şirketlerinin birbirlerinin borcuna kefil olması durumunda, (şarta bağlı) yükümlülükler arasında yer alan kefalet; grup şirketlerinin bir tanesinin pasifleri/ borçları arasında iken aynı meblağ diğer (grup) şirketin kefalet yükümlülüğü altındadır. Aynı yükümlülük tutarının aynı iki şirketin yükümlülükleri arasında nazara alınarak borca batıklık oranı hesaplamak veya kefaleti nazara almamak telafisi mümkün olmayan hatalara neden olmaktadır.

İflasın ertelenmesi talebinde bulunan grup şirketlerin talebi ayrı ayrı değerlendirileceğinden ve erteleme koşullarının talepte bulunan her şirketin kendi mali yapısı içinde gerçekleşip gerçekleşmediği aranırken grup şirketlerinin birbirlerine olan kefalet durumu önem arz etmektedir. İster birleştirilmiş dava olsun ister tek dava olsun, borca batıklık oranları ayrı ayrı hesaplandıktan sonra grup şirketlerinin rayiç değer bilançoları konsolide edilerek mükerrerlik arz eden kefaletler nazara alın(may)arak daha efektif, konsolide bir borca batıklık oranı bulmak gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Aktepe, Sezin (2007), “İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 6 Sayı:12,

Atalay, Oğuz (2007), “Borca Batıklık ve İflasın Ertelemesi”, İzmir, Güncel Yayınevi,

Ayboğa, Hanifi, “Mali Durum Tablosu ve Kuramsal Yapısı”, <http://www.istanbulsmmmmodasi.org.tr/yayinlar.asp?Gid=1&Yid=57>, s.e.t. 13.10.2016

Aydemir, Efrail (2010), “İflasın Ertelemesi ve Konkordato”, Ankara, Adalet Yayınevi,

Balcı, Şakir (2010), “İflasın Ertelemesi Usul ve Esaslar”, Ankara,

Berzek, Ayşe Nur (2016), “Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri”, İstanbul, Beta Yayınları, 11. Baskı,

Ertaş, Şeref (2016), “Eşya Hukuku”, Ankara, Barış Yayınları, 13. Baskı,

Esener, Turhan; Güven, Kudret (2015), “Eşya Hukuku”, Ankara, Yetkin Yayınları, 6. Baskı,

Gümüüş, Mustafa Alper (2010), “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul,

Gün, Asım (1996), “Tekdüzen Hesap Planı’nda Nazım Hesaplar”, M.Ü. Muhasebe- Finansman Ana Bilim Dalı Seminer Çalışması İstanbul.

Kiraz, Taylan Özgür; Başoğlu, Gizem (2015), “Gerekçeli 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat”, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı,

Kuru, Baki (2016). “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku”, Ankara, Legal Yayıncılık,

Muşul, Timuçin (2010), “İflasın Ertelemesi”, İstanbul, s. 32-33.

Nomer, H. Nami; Ergüne, M. Serkan (2016), “Eşya Hukuku Cilt II Rehin Hukuku”, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı,

Oğuz, Atalay (1996), “Anonim Şirketlerin İflası”, İzmir,

Özalp, Ali Rıza (2013), “İflasın Ertelemesi Etkilerinin Değerlendirilmesi”, Muş Barosu Dergisi,

Özkan, Özgür (2015), “İflasın Ertelemesi Kararının Alacaklılar ve Kamu İdaresi Açısından Etkileri”, Sayıştay Dergisi, Sayı: 99,

Öztañ, Bilge (2016), "Medeni Hukukun Temel Kavramları", Ankara, Turhan Kitabevi, 41. Baskı,

Öztek, Selçuk (2007), "İflâsın Ertelenmesi", Arıkan Basım Yayım,

Pekcanıtez, H./Atalay, O./Sungurtekin-Özkan, M./Özekes, M. (2015), "İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı", Ankara,

Pekcanıtez, Hakan (2005), "İflâsın Ertelenmesi", İBD, Cilt: 79, Sayı:2, 2005,

Sayılgan, Güven (2004), "Finansal Kiralama İşlemlerinin Muhasebeleştirilme İlkeleri ve Örnek Uygulama", Muhasebe ve Denetime Bakış,

Sirmen, Lale (2016), "Eşya Hukuku", Yetkin Yayınları, 4. Baskı,

Şahin, Turan (2010), "Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt", Ankara, Yetkin Yayınlar,

Türk, Ahmet, (1999), "Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları", Ankara,

Uyar, T.; Uyar, A.; Uyar, C. (2015) "İcra ve İflâs Hukuku Rehberi", C. 2, B.3, Ankara,

Üstündağ, Saim (2009), "İflâs Hukuku", 8. Bası, İstanbul,

Yalkın, Yüksel Koç (2001) "Genel Muhasebe İlkeler Uygulamalar" 12. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi,

Yılmaz, Burcu (2009), "İflâsın Ertelenmesi Talebinde İyileştirme Projesi", Mali Finans Yazıları, Sayı 85,

Yılmaz, Merve (2011), "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı" TBB Dergisi, Sayı: 97,

MAHKEME KARARLARI

23. HD, 21.02.2014, 2013/7061 E. ve 2014/1234 K.

23. HD, 13.07.2015, 2014/4438 E, 5405 K.

19. HD. 2.4.2009 tarih, 2008/11361 E. ve 2009/2592 K.

19. HD, 7.4.2005, 2033 E, 3760 K.;

19. HD, 7.4.2005, 2033 E, 3760 K.

19. HD, 7.12.2006, 8204 E, 11659 K.

19. HD, 30.12.2004, 7170 E, 13440 K

19. HD, 30.12.2004, 5733 E, 13437 K.
19. HD, 17.11.2005, 6312 E, 11314 K.
19. HD, 14.4.2005, 1324 E, 4049 K.
19. HD, 13.10.2005, 6649 E, 10006 K.
19. HD, 12.11.2004, 7565 E, 11352 K.

SUÇUN BİÇİMSEL VE MADDİ ANLAYIŞI AÇISINDAN RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA SUÇ KAVRAMI*

Yrd. Doç. Dr. Emin HÜSEYİNOĞLU**

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4196-2295

Makalenin Geldiği Tarih: 29.09.2017 **Kabul Tarihi:** 16.01.2018

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.** Bu çalışma, “HÜSEYNOV, Emin, Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011” isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Karabük Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

ÖZ

Çar Rusyası'nda bulunan suçun biçimsel tanımı ve onun uzantısı olan “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi, Sovyet Rusyası döneminde ilk başta terkedilmiş ve suçun maddi tanımı kabul edilmiştir. Ancak 1958 yılında “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi tekrar kabul edilmiş ve hazırlanan yeni 1960 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nda suçun biçimsel-maddi tanımına yer verilmiştir. Suçun biçimsel-maddi tanımı bugün yürürlükte bulunan Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda da bulunmaktadır.

Bu çalışmada Rusya Federasyonu ceza hukukunda yer alan suç kavramı; suçun biçimsel ve maddi anlayışı, Çarlık Rusyası'ndan günümüze Rus hukukunda suç kavramının tarihsel gelişimi, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda bulunan suçun özellikleri ve yapısal unsurları incelenmektedir. Çalışmanın sonuç bölümünde, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan eylemlerin cezalandırılmamasını öngören Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer bir hükmün Türk Ceza Kanunu'na eklenmesi konusunda öneride bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Rusya Federasyonu, ceza hukuku, suçun biçimsel ve maddi tanımı, biçimsel ve maddi hukuka aykırılık, sosyal tehlikelilik, suçun unsurları.

THE CRIME CONCEPT IN THE CRIMINAL LAW OF THE RUSSIAN FEDERATION IN TERMS OF FORMAL AND MATERIAL DEFINITION OF THE CRIME

ABSTRACT

The formal definition of the crime in the Czarist Russia and its extension the “nulla poena sine lege” principle was discarded initially in the Soviet Russia period and material definition of the crime was accepted. But, in 1958 year, the “nulla poena sine lege” principle was accepted again and formal-material definition of the crime included in the prepared new Criminal Code of the Union of Soviet Socialist Republics dated 1960. The formal-material definition of the crime is also available at the Criminal Code of the Russian Federation in force today.

In this study; the crime concept available at the Criminal Code of the Russian Federation; the historical development of the crime concept in the Russian Law from Czarist Russia to present and properties and structural elements of the crime available at the Criminal Code of the Russian Federation are studied. In the conclusion part of the study, a suggestion was made for adding of a principle which predicted the punishment of the actions that has no social risks due to have less importance and a similar arrangement in the Criminal Code of the Russian Federation to the Turkish Criminal Code.

Keywords: Russian Federation, criminal code, formal and material definition of the crime, discrepancy with formal and material law, social risks, elements of crime.

GİRİŞ

Rusya ceza hukukunda suç kavramı, Çar Rusya'sı döneminden günümüze kadar sürekli radikal değişikliklere uğramıştır. Örneğin Çar Rusya'nın 1845 tarihli Kanunnamesi'nde yer alan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi, Sovyet Rusyası'nda ilk başta terkedilmiş ve çok sonraları yeniden kabul edilmiştir. Baskıcı ceza hukukundan^[1], özgürlükçü ceza hukukuna geçiş^[2] ise Sovyetler Birliğinin dağılması ve Rusya Federasyonu'nun kurulması ile başlamıştır.

Çalışmamızın konusunu "Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı" oluşturmaktadır. Rusya Federasyonu ceza hukukunda suç kavramı, Türk ceza hukukunda olduğundan farklı bir şekilde incelenmektedir. Örneğin kusurluluk, Türk ceza hukukunda suçun manevi unsuru olarak ifade edilirken, Rusya Federasyonu ceza hukukunda ise hem suçun bir özelliği, hem de suçun manevi unsuru olarak ifade edilmektedir. Yine suçun tanımı Türk ceza hukukunda biçimsel anlayışa göre yapılırken, Rusya Federasyonu ceza hukukunda ise biçimsel-maddi anlayışa göre yapılmaktadır.

Rusya Federasyonu ceza hukuku konusunda Türkçe yazılmış çok az sayıda çalışma bulunmaktadır. Bağımsız Devletler Topluluğu ülkelerinin de Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nu iktibas etmiş olduğu dikkate alındığında, Kara Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olan Rusya Federasyonu ceza hukukunda suç kavramının incelenmesinin, Türk ceza hukukuna katkı sağlayacağı ve Türk okuru açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Çalışmada ilk olarak suçun biçimsel ve maddi anlayışı hakkında bilgi verilmektedir. Daha sonra ise Rusya ceza hukukunda suç kavramının tarihsel gelişimi hakkında bilgi verilmekte ve 1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda yer alan suç kavramı, suçun özellikleri ve suç tipi başlıkları altında incelenmektedir. Çalışmamız kısa bir değerlendirme içeren sonuç bölümü ile sona ermektedir.

[1] Baskıcı ceza hukuku, totaliter ülkelerde ortaya çıkmaktadır. Bu ülkelerde ceza hukuku, devletin doğru kabul ettiğini, farklı düşüncelere karşı korumanın, politik altetmenin ve iktidarı korumanın bir aracı olarak kullanılmaktadır. (TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2009, s.22). Baskıcı ceza hukukunda devlet ön plandadır ve kutsaldır. Resmi ideoloji her alana egemendir ve bu ideolojiye dayanmayan düşüncelere hayat hakkı tanınmaz. (SANCAR, Türkan Yalçın, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara 2006, s.35).

[2] Demokratik sistemlerde bulunan özgürlükçü ceza hukukunda, devletin kutsallığı söz konusu olmadığından farklılıklar bastırılmamakta, hiç kimse siyasal süreçten dışlanmamakta, farklı olma hakkı tanınmaktadır. Bu sistemde devlet tarafsızdır ve resmi bir ideolojisi bulunmadığı için devletin farklı fikirlere karşı korunması da söz konusu olmaz. (SANCAR, s.40-41).

I. SUÇUN BİÇİMSEL VE MADDİ ANLAYIŞI

A. Suçun Biçimsel Anlayışı

Suçun biçimsel anlayışına göre suç, hukuk düzeninin kendisine ceza yaptırımı bağladığı bir fiildir. Bu yaklaşımda, kanun koyucuyu bir fiili suç saymaya iten nedenlere bakılmamaktadır^[3]. Suç, fille ceza kanunu arasındaki çelişmedir^[4].

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz (nullum crimen, nulla poena sine lege)” ilkesi, suçun biçimsel anlayışına dayanmaktadır^[5]. Buna göre eylem, sosyal açıdan ne kadar zararlı ve cezayı gerektirir olursa olsun, eğer eylemin işlenmesinden önce cezalandırılacağı kanunda açıkça gösterilmemişse cezalandırılmaz^[6]. Yine bu anlayışa göre, kanunun suç saydığı eylemler sosyal açıdan tehlikeli olmasalar bile cezalandırılırlar^[7]. Bir fiilin suç olup olmadığını sadece kanun koyucu belirler. Bu konuda kanun koyucunun takdiri ile hakimın takdiri arasında uyumsuzluk çıkarsa, kanun koyucunun takdirine üstünlük tanınır^[8].

B. Suçun Maddi Anlayışı

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi, pozitivistler ve totaliter düşünceler tarafından eleştirilmiş ve suçun maddi anlayışının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu ilkeye büyük önem veren klasik görüşün aksine, pozitivistler, bu ilkeyi hukuki bir ilke olarak kabul etmezler^[9]. Onlara göre suçlu, suçu işlemeden önce sonuçlarını hesaplayan normal bir insan değildir. Suç doğrudan doğruya özgür iradeye bağlanamaz. Suçu failden ve çevreden gelen birçok faktörün birleşmesi yaratır^[10]. Yaptırımın toplumu koruma amacı olan önleme

-
- [3] HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s.177.
- [4] CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bastı, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.282.
- [5] TOROSLU, s.39.
- [6] ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.38.
- [7] TOROSLU, s. 39.
- [8] DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, 2. Cilt, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s.12.
- [9] DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.111.
- [10] ALACAKAPTAN, Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1958, s.15.

fonksiyonuna, ceza kanununa mutlak bir şekilde bağlı kalınarak ulaşılamaz^[11]. Bunun dışında kanun koyucu, kamu düzenini bozan fillerin hepsini önceden belirleyemez. Kanunun boşluklarından yararlanarak topluma zarar veren bu kişileri cezasız bırakmak doğru değildir^[12].

Suçun maddi anlayışına göre, belirli bir tip devletin sosyal düzenini ihlal eden hareketler suç sayılmalıdır. Fiile suç olma özelliğini veren onun sosyal tehlikeliliğidir^[13]. Suçun bu maddi içeriği, kanundan kaynaklanmayıp, kanun koyucunun değerlendirmesinden bağımsız bir varlığa sahiptir^[14]. Sosyal tehlikelik kanun koyucunun onu suç saymasından çok önce de mevcuttur. Kanun koyucu bunu bulmakta, ancak yaratmamaktadır^[15].

Bu anlayışa göre, bir fiilin suç sayılabilmesi için sadece ceza kanunu ile çatışması yetmeyip, ayrıca ceza kanununun koruduğu hak ve yararları ihlal etmesi veya tehlikeye sokması da gereklidir^[16].

Bu anlayış kıyas yasağını ve “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesini kabul etmez. Kanun tarafından açıkça suç haline getirilmiş olmasalar bile, sosyal yönden tehlikeli olan eylemler cezalandırılmalıdır. Kanun tarafından suç sayılsalar bile, sosyal yönden tehlikeli olmayan eylemler ise cezalandırılmamalıdır^[17].

C. Değerlendirme

Kişi güvenliğinin teminatı, içeriği ne olursa olsun suçun biçimsel anlayışıdır. Suçun maddi anlayışı, esneklik ve belirsizlik demektir^[18]. Bu da keyfiliklere yol açabildiği için sakıncalıdır. Hakime devletin ceza kanunu ile ulaşmak istediği amaca uygun yorum yapma olanağı vermesi sebebiyle, birçok sosyalist hukuk düzeninde suçun maddi tanımına yer verildiği görülmektedir^[19]. Örneğin 1935

[11] DEMİRBAŞ, s.111; ALACAKAPTAN, s.15.

[12] DEMİRBAŞ, s.112.

[13] TOROSLU, s.39-40.

[14] KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2003, s.45.

[15] SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.340.

[16] DÖNMEZER – ERMAN, 2. Cilt, s.12.

[17] TOROSLU, s.39-40.

[18] SOYASLAN, s.341.

[19] KATOĞLU, s.38.

tarihli Nasyonal Sosyalist Ceza Kanunu, ceza normunun prensiplerine ve halkın saf ve salim duygusuna karşı hareketleri suç saymış^[20] ve ceza kanununun kıyas yoluyla uygulanabileceği kabul edilmiştir^[21]. Yine aşağıda inceleyeceğimiz üzere 1922 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nda (RSFSCCK) “Sovyet düzeninin temel ilkelerini ve hukuk düzenini tehdit eden her türlü sosyal tehlikeli hareket”, 1926 tarihli RSFSCCK'da ise “Sovyet düzenine karşı yönelmiş olan veya hukuk düzenini ihlal eden her türlü sosyal tehlikeli hareket” suç sayılmış ve ceza kanununun kıyas yoluyla uygulanabileceğini kabul edilmiştir. Bunların çok ağır sonuçları olmuştur.

Hukuk devleti, ceza hukuku aracılığıyla bireyi korumanın yanında, aynı zamanda bireyi de ceza hukukuna karşı korumalıdır. “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi, ceza kanunlarının güvence işlevini yerine getirmektedir^[22]. İlkenin esası ve mantığı, kişilerin yasak olan eylemleri önceden bilmelerini sağlama düşüncesine dayanır. Ancak bu şekilde kişi, hareketlerini düzenlemek imkânını bulabilir ve yine ancak bu şartla kişi işlemiş olduğu fiilden dolayı kusurlu sayılabilir^[23].

Karşılığı olmayan bir cezaya çarptırılmaması açısından “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi suçlu için teminattır. Ancak, bu ilkenin asıl amacı, özellikle kanunlara saygılı kimseleri, nerden ve kimden gelirse gelsin olası her türlü keyfiliğe karşı korumaktır^[24].

Birçok modern ceza hukukunda olduğu gibi Türk ceza hukukunda suçun biçimsel anlayışına yer verilerek “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi kabul edilmiştir. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38/1. maddesine göre, “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*”. Yine “*Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*” başlıklı TCK'nın 2. maddesine göre, “(1) *Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3)*

[20] SOYASLAN, s.221.

[21] DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 1. Cilt, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016, s.30-31.

[22] ÖZTÜRK – ERDEM, s.37.

[23] DÖNMEZER – ERMAN, 1. Cilt, s.21.

[24] HAFIZOĞULLARI – ÖZEN, s.22.

Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”.

I. RUSYA CEZA HUKUKUNDA SUÇ KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Çar Rusyası'nın 1845 Tarihli Cinayet ve Islah Cezaları Hakkındaki Kanunnamesi

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin de bulunduğu ve 1917 Ekim devrimine kadar yürürlükte kalan Çar Rusyası'nın 1845 tarihli Cinayet ve Islah Cezaları Hakkındaki Kanunnamesi'nde suç, “*kanunda ceza tehdidi ile yasaklanmış olan fiil*” olarak tanımlanmıştır^[25]. Dolayısıyla klasik hukuk okulunun etkili olduğu 1845 tarihli Kanunname'de^[26] biçimsel kanunilik ilkesi benimsenerek suçun biçimsel tanımına yer verilmiştir^[27].

B. 1919 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri

Suçun maddi anlayışı (maddi kanunilik ilkesi) ve onun temel niteliği olan sosyal tehlikelilik kavramı, ilk defa pozitivist hukuk okulunun etkili olduğu 1919 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri ile kabul edilmiştir^[28].

1919 tarihli Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri'nde (6.bent) suç, “*mevcut toplum düzeni için tehlikeli olan hareket veya hareketsizlik*” olarak tanımlanmıştır^[29]. Rehber İlkeler sadece genel kısımdan ibaret olduğundan, özel kısım çeşitli devrim kararlarından oluşmaktaydı. Ayrıca Rehber İlkeler'de kıyas

[25] KUZNESOVA, Ninel-TYAJKOVA, İrina (Ed.), Kurs Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Dersleri), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçeniya o Prestuplenii (Suç Hakkında), Tom 1 (1. Cilt), İzdatelstvo Zersalo Moskva 2002, s.21.

[26] VOLJENKİN, Boris, İzbrannıye Trudı (Seçilmiş Eserleri), İzdatelstvo: Yuridiceskiy Sentr Press, Sankt-Peterburg 2008, s.941, <https://books.google.com.tr/books?id=AuB5CgAAQBAJ&dq>, Erişim: 10.07.2017.

[27] NAUMOV, Anatoliy, Rusya Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 1998, s.143.

[28] İGNATOV, Aleksey – KRASİKOV, Yuriy, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (1. Cilt), İzdatelstvo: Norma, Moskva 2005, s.70-71.

[29] KUZNESOVA – TYAJKOVA (Ed.), s.28.

yasağının bulunmaması nedeniyle, bu dönemde mahkemeler her türlü fiili suç sayma konusunda sınırsız yetkiye sahip olmuşlardır^[30].

C. 1922 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu

Yine pozitivist hukuk okulunun etkili olduğu ve Sovyet döneminin ilk ceza kanunu olan 1922 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nda suçun maddi tanımı korunmuş ve biçimsel kanunilik ilkesine itibar edilmemiştir.

1922 tarihli RSFSCCK'nın 6. maddesinde suç, "*komünist düzene geçiş döneminde işçi-köylü iktidarının tesis ettiği Sovyet düzeninin temel ilkelerini ve hukuk düzenini tehdit eden her türlü sosyal tehlikeli hareket veya hareketsizlik*" olarak tanımlanmıştır.

Bunun yanında Kanununun 10. maddesinde, "*Diğer suç türlerine ilişkin düzenlemelerin ceza kanununda doğrudan bulunmaması halinde, ceza kanununun bu suça en yakın ve benzer maddelerinde belirtilen ceza ve sosyal savunma tedbirleri uygulanır*" hükmüne yer verilerek ceza kanununun kıyas suretiyle uygulanabileceği belirtilmiştir.

1922 tarihli RSFSCCK hem genel kısımdan, hem de özel kısımdan oluşmaktaydı. Bu dönemde kanunda özel kısmın kabul edilmesiyle birlikte kıyas yasağının kabul edileceği ve suçun maddi anlayışının terkedileceği sanılmış, fakat bu gerçekleşmemiştir. Bu dönemde, suçun maddi anlayışı ve kıyasın mümkün oluşu muhalif fikirlerle mücadele aracı olarak kullanılmıştır. Bu sayede sosyalist düzene karşı tehlike oluşturan eylemler kanunun özel kısmında suç olarak düzenlenirse bile cezalandırılabilmiştir^[31].

D. 1926 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) kurulmasından sonra genel bir ceza mevzuatının oluşturulması için çalışmalar yapılmış ve 1924 tarihinde SSCB ve Müttefik Cumhuriyetleri Ceza Kanunlarının Temel İlkeleri kabul edilmiştir. Daha sonraları ise bu metne uygun olarak hazırlanan 1926 tarihli RSFSCCK kabul edilmiştir. Aslında yeni bir ceza kanunu olmakla

[30] İGNATOV – KRASİKOV, s.71.

[31] İGNATOV – KRASİKOV, s.71.

birlikte, 1926 tarihli ceza kanununun başlığı “RSFSCCK’nın 1926 Tarihli Metni” şeklindedir^[32].

1922 tarihli RSFSCCK’ya benzer şekilde, 1926 tarihli RSFSCCK’da da suçun maddi tanımı korunmuştur. 1926 tarihli RSFSCCK’nın 6. maddesinde suç, “komünist düzene geçiş döneminde işçi-köylü iktidarının tesis ettiği Sovyet düzene karşı yönelmiş olan veya hukuk düzenini ihlal eden her türlü sosyal tehlikeli hareket veya hareketsizlik” olarak tanımlanmıştır.

1926 tarihli RSFSCCK’nın 6. maddesinde ayrıca, bir suçun unsurlarını biçimsel olarak içermekle birlikte az önemli olması ve zarar doğurmaması sebebiyle sosyal tehlikelilik içermeyen hareketlerin suç sayılmayacağı da belirtilmiştir.

Yine Kanunun 16. maddesinde, “Sosyal tehlikeli hareketin bu Kanunda doğrudan düzenlenmemesi halinde, bu hareket için sorumluluğun sınırı ve esası kanundaki en yakın ve benzer maddelerin uygulanmasıyla belirlenir” hükmüne yer verilerek ceza kanununun kıyas suretiyle uygulanabileceğine ilişkin kural muhafaza edilmiştir.

Dolayısıyla pozitivist hukuk okulu 1926 tarihli RSFSCCK’da etkili olmaya devam etmiştir. Hatta kanunda “ceza” teriminden vazgeçilmiş ve bunun yerine “sosyal savunma tedbirleri” terimi tercih edilmiştir^[33]. Kanunun 7. maddesi, daha da ileriye giderek, sadece suç işleyen kişilere değil, suç çevresiyle bağlantısı olduğu veya suç geçmişi bulunduğu için sosyal tehlikeli kabul edilen kişilere de ceza yaptırımını (sosyal savunma tedbirleri) uygulanabileceğini öngörmektedir. Gerçi bu düzenleme, daha sonraları 1938 tarihli SSCB ve Müttefik Cumhuriyetlerinin Yargı Sistemi Hakkında Kanun’un kabul edilmesiyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır^[34].

1922 tarihli RSFSCCK gibi demokratik ilkelerden yoksun ve baskıcı ceza hukukunun özelliklerini taşıyan 1926 tarihli RSFSCCK, en karanlık dönem

[32] KUZNESOVA – TYAJKOVA (Ed.), s.36.

[33] 1926 tarihli RSFSCCK’nın 20. maddesinde “ıslah edici sosyal savunma tedbirleri” adı altında düzenlenen bu tedbirler; düşman ilan edilerek SSCB’den sınır dışı edilme, ağır veya hafif hapis, zorunlu çalışmalar, siyasi ve diğer vatandaşlık haklarından mahrum bırakılma, SSCB’den sınır dışı edilme, RSFSC’den sınır dışı edilme, belirli yerde ikamet etme veya etmeme zorunluluğu, görevden alma, belli iş veya uğraşın yasaklanması, kınama, kısmi veya tam müsadere, para cezası, uyarı ve zararı tazmin etme zorunluluğu şeklindeki tedbirlerdir. Kanunun 21. maddesinde ise ölüm cezası istisnai (devleti) koruma tedbiri adı altında düzenlenmiştir.

[34] KUDRYAVSEV, Vladimir – LUNEEV Viktor – NAUMOV, Anatoliy (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo Yurist, Moskva 2006, s.87.

olan 1930'lu yıllarda daha da baskıcı nitelik almıştır. Bu dönemde ceza kanunu “Stalin rejimi” ne karşı olan ve olması muhtemel kişilerle mücadelede bir baskı aracı olarak kullanılmıştır^[35]. 20.07.1934 tarihinde devrim karşıtı suçları düzenleyen 58. maddede değişiklikler yapılmış ve politik baskılar daha sert bir şekilde uygulanmaya başlamıştır. Bu dönemde ceza kanunu suçla değil muhtemel politik muhaliflerle mücadele aracı olarak kullanılmış^[36] ve ceza kanununun uygulanması açısından bir suçun işlenmesi değil “failin tehlikeli kişiliği” esas alınmıştır^[37]. 1934 yılında ceza kanununa, “*vatana ihanetten mahkum olan kişilerin ailesi ve çocukları hakkında beş yıl süreyle sürgün tedbiri uygulanır*” maddesi eklenmiştir. Yine 1934 yılında bir kararla sosyal tehlikeli bulunan kişilerin beş yıl süreyle ıslah-çalışma kamplarına gönderilmesi kabul edilmiştir^[38]. 1921-1953 yılları arasında 3.7 milyon kişi devrime karşı suçlardan mahkum olmuş ve bunlardan 790 bini idam edilmiştir^[39].

E. 1960 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu

Stalin'in ölümünden sonra, onun ceza hukuku alanında bıraktığı ağır mirastan kurtulmak ve ceza hukukunun demokratikleşmesi konusunda adım atmak amacıyla, 1958 tarihli SSCB ve Müttefik Cumhuriyetleri Ceza Kanunlarının Temel İlkeleri kabul edilmiştir. Bu metinde ilk defa kıyas düzenlemesi terkedilerek “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi kabul edilmiştir^[40].

1958 tarihli SSCB ve Müttefik Cumhuriyetleri Ceza Kanunlarının Temel İlkeleri'ne uygun olarak hazırlanan, 1960 tarihli RSFSCCK'da da kıyas düzenlemesi terkedilerek “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi benimsenmiş ve suçun biçimsel-maddi tanımına yer verilmiştir.

1960 tarihli RSFSCCK'nın 7. maddesinde suç, “*ceza kanunu tarafından yasaklanan sosyal tehlikeli fiil*” olarak tanımlanmıştır. Ancak aynı maddede, bir suçun unsurlarını biçimsel olarak içermekle birlikte az önemli olması nedeniyle

[35] KUZNESOVA-TYAJKOVA (Ed.), s.39.

[36] KUDRYAVSEV – LUNEEV – NAUMOV, s.48.

[37] ÇUÇAEV, Aleksandr-NIRKOVA, Natalya (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rossii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçebnik (Ders Kitabı), Rostov-na-Donu 2009, s.34.

[38] NAUMOV, s.103.

[39] KUZNESOVA – TYAJKOVA (Ed.), s.47.

[40] NAUMOV, s.104.

sosyal tehlikeli sayılmayan hareket veya hareketsizliğin suç sayılmayacağı da kabul edilmiştir. Yani 1960 tarihli RSFSCCK biçimsel kanunilik ilkesini, ona maddi bir boyut eklemek suretiyle kabul etmiştir.

Şunu da söylemek gerekir ki, kıyas düzenlemesini terketmesine ve “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesini kabul etmesine rağmen, 1960 tarihli RSFSCCK da baskıcı ceza hukukunun özelliklerini taşımaktadır. Kendisinden önceki Sovyet ceza kanunlarında olduğu gibi, bu kanun döneminde de Sovyet karşıtı propaganda ve teşvik suçlarından çok sayıda kişi mahkum olmuştur^[41].

Suçun biçimsel-maddi tanımı 1960 tarihli RSFSCCK’ya benzer şekilde, yürürlükteki 1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nda (RFCK) da korunmuştur.

III. 1996 TARİHLİ RUSYA FEDERASYONU CEZA KANUNU’NDA SUÇ KAVRAMI

A. Genel Olarak

RFCK’nın 14/1. maddesinde suç, “*Bu Kanun tarafından ceza tehdidi ile yasaklanan kusurlu olarak işlenmiş sosyal tehlikeli fiil, suç sayılır*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanundaki bu düzenlemeye uygun olarak doktrinde suç; hukuka (kanuna) aykırılık, sosyal tehlikelilik, kusurluluk ve ceza özelliklerine sahip olan bir fiil olarak tanımlanmaktadır. Bu özelliklerden birinin bulunmaması suçun oluşumunu engeller.

Ancak kanunda bir de tanımlanmamakla birlikte “suç tipi” kavramına da yer verilmiştir. Buna göre, ceza sorumluluğundan söz edilebilmesi için suç özelliğindeki bir fiilde, suçun tipik unsurlarının da bulunması gerekir.

B. Suçun Özellikleri

1. Hukuka (Kanuna) Aykırılık

RFCK’nın 14/1. maddesinde yer alan “*Bu Kanun tarafından yasaklanan fiil*” ibaresi suçun hukuka aykırılık özelliğini ifade etmektedir. Buna göre hukuka aykırılık, fiil ile ceza kanunu arasındaki çatışma ilişkisinden ibarettir. Yani buradaki hukuka aykırılıktan kasıt, aslında bir anlamda kanuna aykırılıktır^[42].

[41] NAUMOV, s.105-106.

[42] AĞACANOVA, Meftune, Azerbaycan Ceza Hukukuna Göre Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, s.105.

Dolayısıyla hukuka aykırılık, suçun biçimsel yönden hukuka aykırı olması olup, “kanunsuz suç olmaz” ilkesinin ceza kanunundaki ifadesidir^[43]. RFCK’nın kanunilik ilkesini düzenleyen 3. maddesine göre; “1. Fiilin suç sayılması ve onun cezalandırılabilirliği ve diğer cezai sonuçlar sadece bu Kanunla belirlenir. 2. Ceza kanununun kıyas yoluyla uygulanması yasaktır”.

2. Sosyal Tehlikelilik

Sosyal tehlikelilik (maddi hukuka aykırılık) suçun içkin maddi özelliği olup, fiilin ceza kanununun koruduğu hukuki konuya zarar verme veya zarar tehlikesi doğurma yeteneğini ifade eder^[44]. Sosyal tehlikelilik, ayrıca suçun sosyal-siyasi anlamını, başka bir ifadeyle bir fiilin hangi mülahazalarla suç sayıldığını da açıklar^[45].

Aslında sosyal tehlikelilik, hukuka aykırılıktan başka bir şey değildir^[46]. Çünkü ceza kanununun özel kısmında yer alan suç tipleri, sosyal tehlikeli olmalarından dolayı suç (hukuka aykırı) olarak düzenlenmişlerdir^[47]. Yani bir fiilin hukuka aykırılığı, onun sosyal tehlikeliliğine bağlı olarak tespit edilir. Hukuka aykırılık, sosyal tehlikeliliğin kanunda ifadesini bulan hukuki biçimidir^[48]. Bu açıdan Rusya Federasyonu ceza hukukunda örneğin, “fiilin suç sayılmasını ortadan kaldıran nedenler” olarak ifade edilen hukuka uygunluk nedenleri, fiilin hem hukuka aykırılık özelliğini, hem de sosyal tehlikelilik özelliğini ortadan kaldıran nedenler olarak açıklanmaktadır^[49].

Ancak bir fiilin ceza kanununda suç olarak düzenlenmesi, onun kural olarak sosyal tehlikeli olduğu anlamına gelir. Çünkü bazen bir fiil ceza kanununda suç olarak düzenlense bile, az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli

[43] NAUMOV, s.141.

[44] RYASOV, Aleksey, Obşestvennaya Opasnost Prestupnogo Deyaniya (Suç Fiilinin Sosyal Tehlikeliliği), <http://science.ncstu.ru/articles/law/f05/12.pdf/view>, 05.02.2011.

[45] SEMENDEROV, Firudin, Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 2007, s.82; AĞACANOVA, s.106.

[46] AĞACANOVA, s.106.

[47] TER-AKOPOV, Arkadiy, Dobrovolniy Otkaz ot Soverşeniya Prestupleniya (Suç İşlemekten Gönüllü Vazgeçme), Moskva 1982, s.23.

[48] SEMENDEROV, s.88.

[49] NAUMOV, s. 364; RAROG, Aleksey (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2008, s.260.

sayılmayabilir^[50]. Örneğin bir kutu kibritin çalınması durumu, biçimsel olarak hırsızlık suçunun unsurlarını içerse bile, az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli değildir ve bu nedenle suç sayılmaz^[51]. Başka bir ifadeyle, Rusya Federasyonu ceza hukukunda bir fiilin suç sayılabilmesi için hem biçimsel olarak hukuka (kanuna) aykırı olması, hem de maddi açıdan hukuka aykırı (sosyal tehlikeli) olması gerekmektedir.

Suçun sosyal tehlikelilik özelliği ile hukuka aykırılık özelliği arasındaki ayırım RFCK'nın 14/2. maddesinde görülmektedir^[52]. RFCK'nın 14/2. maddesine göre, “*Bu Kanunda öngörülen herhangi bir fiilin unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan hareket (hareketsizlik) suç sayılmaz*”^[53].

Görüldüğü gibi yürürlükteki RFCK “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine yer vererek biçimsel kanunilik ilkesini kabul etmekle birlikte, yine de 1922 ve 1926 tarihli RSFSC ceza kanunlarında bulunan maddi kanunilik ilkesinin izlerini taşımaktadır. Başka bir ifadeyle, yürürlükteki RFCK biçimsel kanunilik ilkesini, ona maddi bir boyut eklemek suretiyle kabul etmiştir^[54].

Özetleyecek olursak, Rusya Federasyonu ceza hukukunda, kanunda suç olarak düzenlenmemiş olan fiiller ve ayrıca kanunda suç olarak düzenlense bile az önemli olan fiiller suç sayılmamaktadır.

Ceza kanununda düzenlenen suç tipine uygun olsa bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan ve dolayısıyla suç oluşturmayan fiiller, bazen kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Örneğin 2001 tarihli Rusya Federasyonu Kabahatler Kanunu'nun (RFKK)^[55] 7/27. maddesine göre, değeri 1000 rubleyi

[50] TER-AKOPOV, Arkadiy, Dobrovolnyy Otkaz ot Soverşeniya Prestupleniya (Suç İşlemekten Gönüllü Vazgeçme), Moskva 1982, s.23-24.

[51] NAUMOV, s.145.

[52] İGNATOV – KRASİKOV, s. 75.

[53] 25.06.1998 Tarih ve 92-F3 Sayılı Federal Kanun'la değiştirilmeden önce, RFCK'nın 14/2. maddesi şu şekildeydi: “*Bu Kanunda öngörülen herhangi bir fiilin unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli olmayan, yani kişilere, topluma veya devlete zarar vermeyen ve zarar verme tehlikesi doğurmayan hareket (hareketsizlik) suç sayılmaz*”.

[54] Doktrinde suçun maddi özelliğinden vazgeçilerek, biçimsel tanımının yapılması gerektiğini teklif eden yazarlar bulunmaktadır. Bu görüş esas alınarak hazırlanan, ancak kanunlaşamayan 1994 tarihli RFCK tasarısında suç, “*kişiliğe, topluma ve devlete zarar veren veya zarar vermekle tehdit eden, ceza kanunu tarafından yasaklanan fiil*” olarak tanımlanmıştır. (Bkz. NAUMOV, s. 142).

[55] İfade etmek gerekir ki, Türk Kabahatler Kanunu'ndan farklı olarak, Rusya Federasyonu Kabahatler Kanunu'nda öngörülen yaptırımlardan birisi de idari haptistir. İdari hapis,

geçmeyen eşyaların hırsızlık, dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma suretiyle ele geçirilmesi küçük hırsızlık kabahatini oluşturmaktadır^[56]. Yine Kabahatler Kanunu'nun 6/1/1. maddesine göre, sağlığın bozulmasına veya işgücü kaybına sebep olmayan, fakat acıya sebep olan dövme veya diğer fiziksel hareketler dövme kabahatini oluşturmaktadır^[57]. Bu yüzden bir fiilin az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmaması, onun tamamen sosyal tehlikeli olmadığı anlamına gelmez. RFCK'nın 14/2. maddesinin uygulandığı durumlarda, fiil tamamen sosyal tehlikeli olmayabileceği gibi, hafif derecede sosyal tehlikeli olması sebebiyle başka bir hukuka aykırılığı (kabahat gibi) da oluşturabilir. Bu yüzden RFCK'nın 14/2. maddesinde yer alan "sosyal tehlikelilik" kavramının "ceza hukuku anlamındaki sosyal tehlikelilik" olarak anlaşılması gerekir^[58]. Dolayısıyla, fiilin az önemli olması iki şekilde ortaya çıkabilir: İlkinde fiil hukuki konu için bir zarar veya tehlike doğurmamaktadır. İkincisinde ise fiil hukuki konu için bir zarar veya tehlike doğurmaktadır, fakat bu zarar veya tehlike az önemlidir ve başka bir hukuka aykırılığı (kabahat gibi) oluşturabilmektedir^[59].

Fiilin az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmaması, onun zarara neden olmaması veya az önemli zarara neden olması şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi takdirde suçta teşebbüs hallerinin cezalandırılması mümkün olmazdı. Bu yüzden hareketin önemli veya belirsiz bir zarar vermeye yönelik olduğu, fakat gerçekte az önemli zararın ortaya çıktığı fiiller, sırf bu nedenle RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmez^[60]. Bir fiilin RFCK'nın 14/2. maddesi

kişinin toplumdan tecrit edilmiş bir ortamda tutulması şeklinde uygulanan bir yaptırım türüdür. İdari hapis, kural olarak en fazla 15 gün süreyle, istisnai durumlarda ise en fazla 30 gün süreyle verilebilir. İdari hapis cezasını sadece hakim verebilir (RFKK m.3.9).

- [56] Küçük hırsızlık kabahati karşılığında 1000 rubleden az olmamak üzere malın 5 katı tutarında idari para cezası veya 15 güne kadar idari hapis ya da 50 saate kadar zorunlu çalışmalar yaptırımı uygulanır (RFKK m.7/27).
- [57] Dövme kabahati karşılığında 5000 rubleden 30000 rubleye kadar idari para cezası veya 15 güne kadar idari hapis ya da 60 saatten 120 saate kadar zorunlu çalışmalar yaptırımı uygulanır (RFKK m.6/1/1).
- [58] YAKİMENKO, Natalya, Osenka Maloznaçitelnosti Deyaniya (Fiilin Az Önemliliğinin Değerlendirilmesi), Uçebnoye Posobiye (Ders Kitabı), Volgograd 1987, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, Erişim: 05.02.2011.
- [59] MALSEV, V., Maloznaçitelnost Deyaniya v Ugolovnom Prave (Ceza Hukukunda Fiilin Az Önemli Olması), <http://www.lawmix.ru/comm/7739>, Erişim: 11.07.2009.
- [60] DURMANOV, Nikolay, Ponyatiye Prestupleniye (Suç Kavramı), Leningrad 1948, s. 271, http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1555.html, Erişim: 14.11.2009; SSCB Yüksek Mahkemesi 12.05.1949 tarihli kararında, demiryolu istasyonundaki vagona hırsızlık amacıyla giren V ve K'nın 5 paket sigarayı aldıktan sonra görevlilerin ortaya çıkması üzerine, diğer malları alamayarak kaçtıkları olayda; yerel mahkemenin sanıkların fiilinin az önemli

kapsamında değerlendirilebilmesi için failin kastının az önemli bir fiili işlemeye yönelik olması gerekir^[61]. Örneğin fail içinde 15000 ruble veya çok para olduğunu düşündüğü bir cüzdanı çalmış, fakat cüzdandan sadece 500 ruble para çıkmışsa, fail küçük hırsızlık kabahatinden değil hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu olur.

Az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmayan filler bazen kanun koyucu tarafından belirlenmekle birlikte, aslında sosyal tehlikelilik, suçun kanun koyucunun iradesinden bağımsız bir özelliğidir^[62]. Bir fiilin sosyal tehlikeli olup olmadığının tespitinin, somut olayın özellikleri dikkate alınarak soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından yapılması gerekmektedir^[63]. Ancak kanunda fiilin az önemli olup olmadığı değerlendirilirken nelerin ölçüt olarak kullanılacağı belirtilmemiştir. Doktrinde bu değerlendirmenin fiilin hem objektif, hem de sübjektif unsurlarına göre yapılması gerektiği savunulmaktadır^[64]. Failin güttüğü amaç ve saik^[65], kusurun derecesi, suçun işleniş şekli, suçun işlenmesinde

olması sebebiyle hırsızlık suçunu oluşturmadığına ilişkin kararının yanlış olduğunu, failerin niyetinin daha değerli eşyaları almak olması nedeniyle, fiilin hırsızlık suçuna teşebbüsü oluşturduğunu belirtmiştir. (DURMANOV, Nikolay, Stadii Soverşeniya Prestupleniya po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Suçun İşlenme Evreleri), Moskva 1955, s.167). (Rus kaynaklarından alınmış mahkeme kararlarının bir kısmında tarih, karar numarası veya mahkeme adı belirtilmemiştir).

[61] ÇUÇAEV – NIRKOVA, s. 64.

[62] NAUMOV, s.142.

[63] RAROG (Ed.), s.51.

[64] MALSEV, <http://www.lawmix.ru/comm/7739>, Erişim: 11.07.2009; RAROG, s. 51; YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, Erişim: 05.02.2011.

[65] Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 03.08.2006 Tarih ve 64-DP06-13 No.lu Kararı: *"Fiilin az önemli olup olmadığı tespit edilirken gerçekleşen zararın, suçun işleniş şeklinin, kusurun türünün ve failin amaç ve saikinin dikkate alınması gerekir. Olayda G, ailesinin maddi durumunun çok kötü olmasından dolayı yemekte kullanmak amacıyla, hukuken aykırı olarak 4640 ruble değerindeki 8 adet alabalığı avlamıştır. Mahkemenin olayın özelliklerini dikkate alarak, G'nin hareketinin biçimsel olarak RFCK'nın 256/1-v. maddesinde düzenlenen yasadışı avlanma suçunun unsurlarını taşıdığına, fakat az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli olmadığına karar vermesi (RFCK'nın 14/2. maddesini uygulamast) doğrudur".* (http://pravosudie.biz/base1/data_wy/sudqswuxo.htm, Erişim: 10.04.2011); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 2000 Tarihli Kararı: *"Olayda ağır omurga travması bulunan V'nin karısını intihar etmek istediğini söylemesi üzerine, V'nin karısı, evde bulunan av tüfeğini ve mermilerini E'den geçici olarak saklamasını istemiş ve E denileni yapmıştır. E, tüfek ve mermilerini kendisi için bulundurma amacı taşımadığından, sadece V'nin intihar etmesini önlemeye çalıştığından, onun fiili toplum için tehlike arz etmemekte ve kişilere, topluma veya devlete zarar verme tehdidi doğurmamaktadır. Bu yüzden E hakkında ruhsatsız silah veya mermi bulundurma suçundan (m.222/1) verilen hüküm hatalı olup, fiilin RFCK'nın 14/2.*

kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, meydana gelebilecek zararın derecesi, zararın meydana gelme ihtimalinin yüksekliği ve somut olayın diğer özellikleri bu değerlendirme yapılırken dikkate alınabilir. Buna karşılık; sanığın eğitim durumu, mesleki durumu, derneklere üyeliği, yaşam şekli ve ailevi durumu gibi failin fiile ilişkin olmayan nitelikleri ile samimi pişmanlık, mağdurla barışma, doğmuş olan zararın giderilmesi gibi fiilin ardından gerçekleştirilen davranışlar fiilin sosyal tehlikeliliği belirlenirken dikkate alınmamalıdır^[66]. Failin yaşı da fiilin sosyal tehlikeliliği belirlenirken dikkate alınmaz^[67]. Çünkü RFCK'nın 14/2. maddesi, failin tehlikeliliğini değil, fiilin sosyal tehlikeliliğini esas almıştır. Kaldı ki, fiilin sosyal tehlikeliliği dikkate alınırken failin kişiliğinin dikkate alınması kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırı olur^[68].

Hukuki konunun önem derecesi, fiilin sosyal tehlikeliliği belirlenirken dikkate alınmalıdır^[69]. Örneğin hafif suçlara teşebbüs halleri^[70] veya hafif suçlara yardım eden sıfatıyla iştirak eden kişilerin fiili RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilebilir^[71]. Ancak hukuki konunun çok önemli olmaması, tek başına fiilin az önemli olduğu sonucunu doğurmaz^[72]. Başka bir ifadeyle, 14/2. maddesi soyut uygulanan bir kural değildir ve somut olayın özellikleri incelenmeden bir fiilin az önemli olduğunu peşinen söylemek mümkün değildir^[73]. Bu yüzden aslında sosyal tehlikeli olmayan bir fiilin (ifade hürriyeti kapsamına girebilecek bir fiil gibi), kanun koyucu tarafından suç olarak öngörülmesi durumu, sırf bu nedenle fiilin RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi sonucunu doğurmaz.

maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir". (Byulleten No 9 2001 Goda, (2001 Yılı 9 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=2338, Erişim: 05.02.2011).

- [66] YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, Erişim: 05.02.2011.
- [67] RYASOV, <http://science.ncstu.ru/articles/law/f05/12.pdf/view>, Erişim: 05.02.2011.
- [68] İGNATOV-KRASİKOV, s.83.
- [69] DURMANOV, Ponyatiye Prestupleniya (Suç Kavramı), s.266.
- [70] YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, Erişim: 05.02.2011.
- [71] DURMANOV, Ponyatiye Prestupleniya (Suç Kavramı), s. 268.
- [72] RYASOV, <http://science.ncstu.ru/articles/law/f05/12.pdf/view>, Erişim: 05.02.2011; YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, Erişim: 05.02.2011; KUZNESOVA, Ninel, İzbranniye Trudı (Seçilmiş Çalışmaları), Sankt-Peterburg 2003, s.171.
- [73] YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, Erişim: 05.02.2011; DURMANOV, Ponyatiye Prestupleniya (Suç Kavramı), s.270.

Hukuki konunun çok önemli olması durumu da tek başına RFCK'nın 14/2. maddesinin uygulanmasına engel değildir. Hukuki konunun çok önemli olduğu, fakat ona yöneltilen saldırının önemsiz olduğu durumlarda (bazı hazırlık hareketleri gibi)^[74] veya iştirak halinde işlenen suçlarda, suça çok az katkı yapan suç ortağının (yardım edenin) fiili az önemli sayılabilir^[75].

İştirak halinde işlenen suçlarda failin (icracının) işlemiş olduğu fiilin RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında olması durumunda, diğer suç ortaklarının fiili de aynı madde kapsamında değerlendirilir^[76].

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında, fiilin az önemli olup olmadığı (sosyal tehlikeliliği) belirlenirken doktrinde savunulanan aksine, failin fiile ilişkin olmayan niteliklerinin ve suçun işlenmesinden sonraki davranışlarının da dikkate alındığı görülmektedir^[77]. Örneğin Yüksek Mahkeme bir kararında, avcı olan babasına ait ruhsatsız av bıçağını geçici bir süre evinde bulunduran ve sonradan bu bıçağı babasına teslim eden failin kişiliğinin sosyal tehlikeli olmamasını gerekçe göstererek, fiilin az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmadığına ve ruhsatsız silah bulundurma suçunu oluşturmadığına karar vermiştir^[78].

Yüksek Mahkeme bir başka kararında arsadan toplam 28400 eski ruble değerindeki 28 kilogram karpuz çalan failerin yaşlarının 14-15 arasında olmalarını, karpuzların değerinin yüksek olmadığını^[79], mağdurun zararının failer

[74] DURMANOV, Ponyatiye Prestupleniya (Suç Kavramı), s.266.

[75] YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, Erişim: 05.02.2011.

[76] GALİAKBAROV, Roman, Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=211>, Erişim: 05.02.2011.

[77] Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 22.10.1992 Tarihli Kararı: "*Olayda er Potapov 11.06.1992 tarihinde 22.00 saatlerinde hasta babasını ziyaret etmek amacıyla izinsiz olarak askeri bölüğü terk etmiş ve 15.06.1992 tarihinde 06.00 saatlerinde kendiliğinden geri dönmüştür. Mahkeme sanığın askeri bölüğü hasta babasını ziyaret etmek amacıyla terk ettiğini tespit etmiştir. Bunun yanında Potapov, defalarca gerekçeli olarak komutanlığa izin için başvuru yapmış, fakat başvurusu reddedilmiş; kendiliğinden geri dönmüş, yaptığından dolayı pişman olduğunu bildirmiş ve askeri hizmet sırasında iyi hal göstermiştir. Olayın bu özellikleri ve Potapov'un kişiliği dikkate alındığında; askeri kurul, fiilin biçimsel olarak askeri suçun (RFCK m.246) unsurlarını taşısa bile, az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli bulunmadığına ve cezai sorumluluk doğuramayacağı kanaatine varmıştır*". (http://pravosudie.biz/base1/data_je/sudwsnlbm.htm, Erişim: 10.04.2011).

[78] MALSEV, <http://www.lawmix.ru/comm/7739>, Erişim: 11.07.2009.

[79] Eski 1984 tarihli RSFSC Kabahatler Kanunu'nun 49. maddesine göre; değeri 55000 eski rubleyi geçmeyen devlet ve kamu mallarının hırsızlık, dolandırıcılık veya güveni kötüye

tarafından karşılandığını ve mağdurun faillerin ceza almalarını istemediğini gerekçe göstererek, fiilin az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmadığına ve hırsızlık suçunu oluşturmadığına karar vermiştir^[80]. Yüksek Mahkeme bir başka kararında ise 12120 eski ruble değerindeki 50 litre dizel yakıt çalan fail hakkında yakıtın kolektif şirkete ait olduğunu ve dolayısıyla birden fazla mağdurun bulunduğunu gerekçe göstererek, fiilin sosyal tehlikeli olduğuna ve hırsızlık suçunu oluşturduğuna karar vermiştir^[81]. Yüksek Mahkeme bir başka kararında 23000 eski ruble değerindeki eşyayı çalan ve daha önceden sabıkası bulunan failin, fiilinin sosyal tehlikeli olduğuna ve hırsızlık suçunu oluşturduğuna karar vermiştir^[82]. Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme benzer fiillerin çocuklar tarafından işlenmesini sosyal tehlikeli kabul etmezken, yetişkinler tarafından işlenmesini sosyal tehlikeli kabul etmiştir.

Fiilin az önemli olup olmadığının tespiti soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından yapılır. Fiilin az önemli olduğunun tespit edildiği durumlarda suçun bulunmaması nedeniyle, ceza davası açılmaz ya da açılmış olan davaya son verilir^[83].

Türk ceza hukukundan farklı olarak, Rusya Federasyonu ceza hukukunda elverişsiz teşebbüs (işlenemez suç) halleri ve ağır ve nitelikli ağır suçlar bakımından suçta hazırlık hareketleri de cezalandırılmaktadır. Bununla birlikte RFCK'nın 14/2. maddesi, birçok suçta hazırlık hareketlerinin, bazı elverişsiz

kullanma suretiyle ele geçirilmesi, küçük hırsızlık kabahatini oluşturur. Ancak bu maddede sadece devlet ve kamu mallarından söz etmesi sebebiyle, söz konusu malların özel kişilere ait olması halinde, işlenen fiil 49. madde kapsamında değerlendirilemiyordu. Dolayısıyla bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde değeri az olan özel kişilere ait malların hırsızlık, dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma suretiyle ele geçirilmesi durumunda fiilin sosyal tehlikeli olup olmadığının tespiti mahkeme tarafından yapılmaktaydı. (KOZAÇENKO, İvan-NEZNAMOVA, Zinaida, Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Osobennaya Çast (Özel Kısım), Moskva 1997, s. 203).

[80] Karar için bkz. Byulleten No 4 1997 Goda, (1997 Yılı 4 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3699, Erişim: 22.01.2010.

[81] Karar için bkz. Byulleten No 3 1996 Goda, (1996 Yılı 3 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3902, Erişim: 22.01.2010.

[82] Karar için bkz. Byulleten No 11 1997 Goda, (1997 Yılı 11 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3836, Erişim: 22.01.2010.

[83] VETROV, Nikolay – LYAPUNOV, Yuriy, Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Çast Obşaya-Çast Osobennaya (Genel Kısım-Özel Kısım), Moskva 2007, s.44; SEMENDEROV, s.103; NAUMOV, s.145.

teşebbüs hallerinin ve bazı hafif suçlara teşebbüs hallerinin cezalandırılmaması sonucunu doğurabilmektedir^[84].

3. Kusurluluk

Suçun kusurluluk özelliği, doğrudan “kusursuz suç ve ceza olmaz” ilkesinden ortaya çıkmaktadır^[85]. Bu ilkeyi düzenleyen RFCK’nın 5. maddesine göre; “1. Sosyal tehlikeli hareket (hareketsizlik) ve gerçekleşen sosyal tehlikeli neticelerden dolayı sadece kusuru tespit edilen kişi ceza sorumluluğu taşır. 2. Objektif sorumluluk, yani kusursuz zarar vermeden dolayı ceza sorumluluğu yasaktır”.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nda kusurun kast ve taksir olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır. Ayrıca kast, doğrudan ve dolaylı (olası) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. RFCK’nın 25. maddesine göre; “Kişi, hareketlerinin (hareketsizlik) sosyal tehlikeliliğini idrak etmiş, sosyal tehlikeli neticelerin gerçekleşebileceğini veya gerçekleşeceğini öngörmüş ve onların gerçekleşmesini istemişse, suç doğrudan kastla işlenmiş sayılır. Kişi, hareketlerinin (hareketsizlik) sosyal tehlikeliliğini idrak etmiş, sosyal tehlikeli neticelerin gerçekleşebileceğini öngörmüş, arzu etmemekle birlikte, bu neticelere izin vermiş ya da onlara kayıtsız kalmışsa, suç dolaylı kastla işlenmiş sayılır”.

Taksir de bilinçli ve bilinçsiz olmak üzere ikiye ayrılmıştır. RFCK’nın 26. maddesine göre; “Kişi, hareketlerinin (hareketsizlik) sosyal tehlikeli neticeler doğurabileceğini öngörmüş, fakat yeterli sebep olmadığı halde, kendine güvenerek bu neticeleri önleyeceğini sanmışsa, suç bilinçli taksirle^[86] işlenmiş sayılır. Kişi, hareketlerinin (hareketsizlik) sosyal tehlikeli neticeler doğurabileceğini gereken dikkat ve özeni göstererek öngörmesi gerekirken veya öngörebileceği halde, bu neticeleri öngörmemişse, suç bilinçsiz taksirle^[87] işlenmiş sayılır”.

[84] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HÜSEYNOV, Emin, Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s.54 vd.

[85] RAROG (Ed.), s.53.

[86] Kanunun orijinal metninde “bilinçli taksir” değil, “düşüncesizlik” anlamına gelen “legkomislye” terimi kullanılmıştır.

[87] Kanunun orijinal metninde “bilinçsiz taksir” değil, “özensizlik” veya “ihmalkarlık” anlamına gelen “nebrejnost” terimi kullanılmıştır.

4. Ceza

Suçun ceza özelliği, ceza kanununda suç olarak öngörülen her bir fiil karşılığında cezanın da öngörüldüğünü ifade eder. Ceza kanununda hakkında ceza öngörülmeleyen bir fiil suç sayılamaz^[88].

Suçun hukuka (kanuna) aykırılık özelliği, “kanunsuz suç olmaz” ilkesini ifade ederken; ceza özelliği ise, “kanunsuz ceza olmaz” ilkesini ifade etmektedir^[89].

Suçun ceza özelliği, somut olayda faile cezanın uygulanmadığı durumlarda suçun oluşmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Örneğin zamanaşımı, af, uzlaşma veya failin yakalanamaması gibi nedenlerle fail hakkında cezanın uygulanmadığı durumlarda fiil suç sayılmaya devam edecektir^[90]. Yani suçun ceza özelliği, faile uygulanacak somut ceza şeklinde değil, ceza kanununda suç olarak düzenlenen fiilin ceza tehdidi ile yasaklandığı şeklinde anlaşılmalıdır^[91].

C. Suç Tipi (Suçun Tipik Unsurları)

Suçun hukuka aykırılık, sosyal tehlikelilik, kusurluluk ve ceza özelliği, suç ile diğer hukuka aykırı fiilleri birbirinden ayırmaktadır. Fakat bu özelliklerden yola çıkılarak bir suçu başka bir suçtan ayırmak mümkün değildir. Örneğin hırsızlık ve kasten öldürme suçları, suçun özelliklerini aynı şekilde taşımaktadırlar. Bu nedenle Rusya Federasyonu doktrininde bir suçu başka bir suçtan ayırabilmek için “suç tipi” kavramına başvurulmaktadır^[92]. Suç tipi, suçların her birinin kendisine has özelliğini öne çıkararak, onların bir birinden ayrılmasını sağlamaktadır^[93].

Suç tipi kavramının yer aldığı RFCK’nın 8. maddesi şöyledir: “*Bu Kanunda öngörülen suç tipinin bütün unsurlarını taşıyan fiilin işlenmesi ceza sorumluluğuna sebep olur*”. Görüldüğü gibi suç tipi kavramı maddede tanımlanmamıştır. Doktrinde suç tipi, sosyal tehlikeli fiili somut suç olarak karakterize eden ceza kanununun öngördüğü objektif ve subjektif nitelikteki unsurların bütünü olarak

[88] SEMENDEROV, s.89-90.

[89] AĞACANOVA, s.111.

[90] NAUMOV, s.146.

[91] RAROG (Ed.), s.54.

[92] NAUMOV, s.160.

[93] AĞACANOVA, s.123.

tanımlanmaktadır^[94]. Objektif nitelikteki unsurları hukuki konu ve maddi unsur, sübjektif nitelikteki unsurları ise fail ve manevi unsur oluşturmaktadır^[95].

Hukuki konu doktrinde genellikle, “ceza kanunu ile sosyal tehlikeli saldırılardan korunan toplumsal ilişkiler” olarak tanımlanmaktadır^[96]. Ancak bu tanıma katılmayan NAUMOV’a göre; örneğin insan öldürme suçunun hukuki konusunun toplumsal ilişkiler olarak kabul edilmesi, insanın mutlak değerini azaltmaktadır. İnsan toplumsal ilişkilerin bir taşıyıcısı olmayıp, bağımsız ve mutlak değere sahiptir. Bu nedenle; hukuki konuyu, “ceza kanunu ile korunan hukuki menfaat” olarak tanımlamak gerekir^[97]. Kanaatimizce; hukuki konu, ceza kanunu ile korunan hukuki varlık ve menfaattir. Varlık, insanın ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şeyi ifade eder. Menfaat ise, kişi ile varlık arasında var olan ve kişinin bu ihtiyacını gidermek için varlığı kullanmasına imkan veren ilişkidir. Bunlar hukuken korunduklarında hukuki varlık ve menfaat adını almaktadırlar. Suç tarafından ihlal edilen varlık veya menfaatler, bireylere, aileye, topluma veya devlete ait olabilir; dolayısıyla bunlar bireysel, toplumsal veya kamusal nitelik taşıyabilir^[98].

Suçun maddi unsuru, hareket, netice ve nedensellik bağından oluşan sosyal tehlikeli fiili ifade eder^[99].

Kast veya taksir şeklinde ortaya çıkan suçun manevi unsuru, failin işlediği sosyal tehlikeli fiile olan psikik bağını ifade eder^[100].

Fail ise, suçu işleyen ve ceza ehliyetine sahip olan gerçek kişiyi ifade eder^[101]. Doktrinde isnat yeteneği bulunmayan veya ceza kanununda belirtilen yaşı doldurmamış (16/bazı suçlarda 14) olan kimsenin, suçun faili sayılmayacağı ve bu durumda suçun da oluşmayacağı kabul edilmektedir^[102]. Çünkü “*Ceza Sorumluluğunun Genel Şartı*” başlıklı RFCK’nın 19. maddesinde, “*Sadece isnat yeteneği bulunan, bu Kanunda öngörülmüş olan yaşı doldurmuş olan gerçek kişi ceza sorumluluğu taşır*” hükmü yer almaktadır.

[94] NAUMOV, s. 161.

[95] RAROG (Ed.), s.73.

[96] VETROV – LYAPUNOV, s.75; RAROG (Ed.), s.80; SEMENDEROV, s.134.

[97] NAUMOV, s.174.

[98] TOROSLU, s.92-93.

[99] VETROV-LYAPUNOV, s.75.

[100] SEMENDEROV, s.118.

[101] NAUMOV, s.162.

[102] RAROG (Ed.), s.161.

SONUÇ

Rusya Federasyonu ceza hukukunda ve Türk ceza hukukunda suç kavramı farklı açılardan incelenmektedir. Türk ceza hukukunda suç kavramı suçun unsurları adı altında incelenmekte iken, Rusya Federasyonu ceza hukukunda ise suçun özellikleri ve suç tipi adı altında incelenmektedir. Ancak Rusya Federasyonu ceza hukukundaki suç kavramı ile Türk ceza hukukundaki suç kavramı arasındaki temel fark, suçun tanımının hangi anlayışa göre yapıldığı noktasındadır. Türk ceza hukukunda suçun tanımı, biçimsel anlayışa göre yapılmaktadır. Rusya Federasyonu ceza hukukunda ise suçun tanımı, biçimsel-maddi anlayışa göre yapılmaktadır.

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ve “kıyas yasağı” ilkelerini açıkça düzenleyen yürürlükteki Rusya Federasyonu Ceza Kanunu, aynı zamanda 14/2. maddesinde bir suçun unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmayan eylemlerin suç teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Bu tür az önemli eylemler bazen Kabahatler Kanunu kapsamında değerlendirilerek idari yaptırıma bağlanmakta, bazen ise herhangi bir yaptırıma bağlanmamaktadır. Başka bir ifadeyle, Rusya Federasyonu ceza hukukunda bir eylemin suç sayılabilmesi için hem ceza kanununda tanımlanan suç kalıbına uyması, hem de bu eylemin sosyal açıdan tehlikeli olması gerekmektedir. Örneğin bir adet sakız veya çikolatanın çalınması, bir çocuğun diğer çocuğun saçını çekmesi, değeri düşük olan bir mala zarar vermeye teşebbüs, hakaret suçuna teşebbüs, çok hafif derecede taksirle yaralama, haksız tahrikin etkisi altında işlenen tehdit suçuna teşebbüs gibi eylemler Rusya Federasyonu ceza hukukunda genellikle RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilerek suç sayılmamaktadırlar. Bu gibi eylemlere ya idari yaptırım uygulanmakta ya da hiç yaptırım uygulanmamaktadır.

Gerçekten de suçun biçimsel anlayışı, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ve “kıyas yasağı” güvencesini tanımakla birlikte, ceza kanununda tanımlanan suç tanımına uyan, fakat az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmayan eylemlerin cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır.

Bu nedenle RFCK'nın 14/2. maddesinin isabetli bir düzenleme olduğunu ve benzer bir maddenin Türk Ceza Kanunu'na eklenmesinin çok faydalı olacağı kanaatindeyiz. Örneğin TCK'ya “*Bir suçun kanuni tanımında belirtilen unsurları biçimsel olarak içermekle birlikte, somut olayın özelliklerine göre az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan eylemler suç sayılmaz*” şeklinde bir düzenleme eklenebilir.

Böyle bir düzenleme yapıldıktan sonra bir eylemin az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmamasını somut olayda hakim tespit edecektir. Fakat bazı

durumlarda bu tespit kanun koyucu tarafından da yapılabilir. Örneğin Kabahatler Kanunu'nda düzenleme yapılarak, belli bir ağırlıkta olmayan eylemlere idari para cezası öngörülebilir. Örneğin tekerrür durumları hariç olmak üzere, değeri belli bir tutarı geçmeyen eşyaların hırsızlık, dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma yoluyla alınması kabahat olarak değerlendirilip, bu eylemlere idari para cezası uygulanabilir. Benzer düzenleme mala zarar verme ve zimmet suçu bakımından da yapılabilir. Yine belli bir ağırlığa ulaşmayan taksirle yaralama eylemine Kabahatler Kanunu'nda idari para cezası öngörülebilir.

Suçun biçimsel-maddi tanımının yapılarak, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan eylemlere idari yaptırım uygulanmasının veya hiç yaptırım uygulanmamasının Türkiye'deki mahkemelerin iş yükünü ciddi derecede azaltacağı da ortadadır.

Yürürlükteki TCK'da az önemli sayılabilecek eylemlere ceza verilmemesini öngören genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu konuda birtakım özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin TCK'nın 145/1. maddesine göre, "*Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir*". Bu düzenlemenin suçun biçimsel-maddi tanımına duyulan ihtiyaçtan kaynaklandığı söylenebilir. Bu düzenleme isabetli olmakla birlikte, benzer bir düzenlemeye daha hafif bir suç olan güveni kötüye kullanma ve mala zarar verme suçlarında yer verilmemesi anlaşılabilir değildir.

TCK'nın 30/4. maddesinin de suçun biçimsel-maddi tanımına duyulan ihtiyaçtan kaynaklandığı söylenebilir. TCK'nın 30/4. maddesine göre, "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*"^[103].

Zimmet suçunda malın değerinin az olmasını düzenleyen TCK'nın 249. maddesinin gerekçesine göre, "*Suç konusu malın değerinin çok düşük olmasına rağmen, bunun zimmete geçirilmesi bir haksızlık oluşturmakla beraber, fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevası cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmayabilir. Kullanma zimmeti de bazı durumlarda, gerek süre gerek biçim bakımından hoşgörüyle karşılanabilir*". Bu yorumun da suçun biçimsel-maddi tanımına duyulan ihtiyaçtan kaynaklandığı söylenebilir.

[103] Türk doktrininde bazı yazarlara göre, TCK'nın 30/4. maddesi, suçun hukuka aykırılık unsurunun, maddi hukuka aykırılık şeklinde anlaşılmasının yolunu açmıştır. (CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s.284; DEMİRBAŞ, s.243).

KAYNAKÇA

AĞACANOVA, Meftune, Azerbaycan Ceza Hukukuna Göre Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.

ALACAKAPTAN, Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1958.

CENDEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

ÇUÇAEV, Aleksandr – NIRKOVA, Natalya (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rossii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçebnik (Ders Kitabı), İzdatelstvo Feniks, Rostov-na-Donu 2009.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 1. Cilt, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016.

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, 2. Cilt, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1999.

DURMANOV, Nikolay, Stadii Soversheniya Prestupleniya po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Suçun İşlenme Evreleri), İzdaletstvo Gosyurizdat, Moskva 1955.

HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.

HÜSEYNOV, Emin, Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011.

İGNATOV, Aleksey – KRASİKOV, Yuriy, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (1. Cilt, İzdatelstvo Norma, Moskva 2005

KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2003.

KOZAÇENKO, İvan – NEZNAMOVA, Zinaida (Ed.), Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Osobennaya Çast (Özel Kısım), İzdaletstvo İNFRA.M-NORMA, Moskva 1997, s. 203).

KUDRYAVSEV, Vladimir – LUNEEV Viktor – NAUMOV, Anatoliy (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo Yurist, Moskva 2006.

KUZNESOVA, Ninel-TYAJKOVA, İrina, Kurs Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Dersleri), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçeniya o Prestuplenii (Suç Hakkında), Tom 1 (1. Cilt), İzdatelstvo Zersalo, Moskva 2002.

NAUMOV, Anatoliy, (Tercüme: Qurbanov), Rusya Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Qanun Neşriyyatı, Bakı 1998.

ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

RAROG, Aleksey (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo Eksmo, Moskva 2008.

SANCAR, Türkan Yalçın, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

SEMENDEROV, Firudin, Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Digesta Neşriyyatı, Bakı 2007.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

TER-AKOPOV, Arkadiy, Dobrovolniy Otkaz ot Soversheniya Prestupleniya (Suç İşlemekten Gönüllü Vazgeçme), İzdatelstvo Yuridicheskaya Literatura, Moskva 1982.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2009.

VETROV, Nikolay – LYAPUNOV, Yuriy, Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Çast Obşaya-Çast Osobennaya (Genel Kısım-Özel Kısım), İzdatelstvo Yurisp-rudensiya, Moskva 2007.

İnternet Kaynakları

DURMANOV, Nikolay, Ponyatiye Prestupleniya (Suç Kavramı), Leningrad 1948, İzdatelstvo Akademii Nauk SSSR, http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1555.html, Erişim: 14.11.2009.

GALİAKBAROV, Romen (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=211>, Erişim: 05.02.2011.

MALSEV, V., Maloznaçitelnost Deyaniya v Ugolovnom Prave (Ceza Hukukunda Fiilin Az Önemli Olması), <http://www.lawmix.ru/comm/7739>, Erişim: 11.07.2009.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 03.08.2006 Tarih ve 64-DP06-13 No.lu Kararı: (http://pravosudie.biz/base1/data_wy/sudqswuxo.htm, Erişim:10.04.2011.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 2000 Tarihli Kararı, http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=2338, Erişim: 05.02.2011.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 22.10.1992 Tarihli Kararı: (http://pravosudie.biz/base1/data_je/sudwsnlbm.htm, Erişim: 10.04.2011.

RYASOV, Aleksey, Obşestvennaya Opasnost Prestupnogo Deyaniya (Suç Fiilinin Sosyal Tehlikeliliği), <http://science.ncstu.ru/articles/law/f05/12.pdf/view>, Erişim: 05.02.2011.

VOLJENKİN, Boris, İzbranniye Trudı (Seçilmiş Eserleri), İzdatelstvo Yuridiçeskiy Sentr Press, Sankt-Peterburg 2008, <https://books.google.com.tr/books?id=AuB5CgAAQBAJ&cdq>, Erişim: 10.07.2017.

YAKİMENKO, Natalya, Osenka Maloznaçitelnosti Deyaniya (Fiilin Az Önemliliğinin Değerlendirilmesi), Uçebnoye Posobiye (Ders Kitabı), İzdatelstvo Vışşaya Sledstvennaya Şkola MVD SSSR, Volgograd 1987, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, Erişim: 05.02.2011.



ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN KOSOVA UZMAN DAİRELERİ*

Doç. Dr. Süleyman Sırrı TERZİOĞLU

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4719-8937

Makalenin Geldiği Tarih: 29.09.2017 **Kabul Tarihi:** 15.01.2018

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

ÖZ

Bağımsızlık sürecinde Kosova’da yaşanan insancıl hukuk ihlallerinin yargılanması amacıyla çeşitli mekanizmalar kurulmuştur. Öncelikle UNMIK yönetimi altında “Tüzük 64 Panelleri” adı verilen melez mekanizmalar oluşturulmuş, Kosova’nın bağımsızlık ilanından sonra ise bu yargılamalar, EULEX misyonu aracılığıyla sürdürülmeye çalışılmıştır. Diğer taraftan, Kosova Kurtuluş Ordusuna organ kaçakçılığı gibi çeşitli suçlamalar yöneltilmiş ve AB ve ABD’nin baskısıyla bu iddiaların yargılanması gündeme gelmiştir. Bunun üzerine söz konusu eylemleri yargılamak amacıyla “Kosova Uzman Daireleri” kurulmuştur. Makalede UNMIK ve EULEX misyonu çerçevesindeki mekanizmalara değinildikten sonra, yeni bir melez mahkeme olarak kabul edilebilecek olan Kosova Uzman Dairelerinin kuruluşu, yapısı ve niteliği, yeri geldiğinde diğer melez mahkemelerle karşılaştırılarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: UNMIK, EULEX, Kosova Kurtuluş Ordusu (UÇK), Kosova Uzman Daireleri ve Uzman Savcılık Ofisi, Melez Mahkemeler.

THE KOSOVO SPECIALIST CHAMBERS
IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

Several international mechanisms have been set up to prosecute humanitarian law violations during the independence process of Kosovo. First, hybrid mechanisms called “Regulation 64 Panels” were established under the UNMIK administration, and after Kosovo’s declaration of independence, these proceedings were continued through the EULEX mission. On the other hand, the Kosovo Liberation Army has been alleged various charges such as human organ trafficking. The prosecution of these allegations has come up especially with the influence of the EU and the United States. The “Kosovo Specialist Chambers” has been established to prosecute those allegations. In this article, first, the UNMIK and EULEX missions will be examined. Second, the structure and the character of the Kosovo Specialist Chambers, which can be regarded as a new hybrid court, will be compared with other international hybrid courts.

Keywords: UNMIK, EULEX, Kosovo Liberation Army (KLM), The Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office, Hybrid Courts.

GİRİŞ

1945 yılında kurulan ve Sırbistan, Karadağ, Hırvatistan, Slovenya, Bosna-Hersek, Makedonya'nın bulunduğu altı cumhuriyetten oluşan Federal Sosyalist Yugoslavya Cumhuriyeti'nin 1990'lı yılların başında dağılma sürecinde, Slovenya, Hırvatistan, Bosna-Hersek ve Makedonya, bağımsızlıklarını elde ettiler. Sırbistan ve Karadağ ise 1992 yılında Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ni kurdular. 2003 yılında Yugoslavya Federal Cumhuriyeti ismi, "Sırbistan ve Karadağ Cumhuriyeti" olarak değiştirildi. 2006 yılında Karadağ'da yapılan referandum sonrası Sırbistan ve Karadağ Cumhuriyeti, Sırbistan ve Karadağ olarak ikiye bölündü. Karadağ parlamentosu, referandumda çıkan sonuca dayanarak, Karadağ'ın bağımsızlığını ilân etti.^[1]

1974 Anayasası ile Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti içinde özerk bölge statüsü verilen Kosova'nın bu statüsü, aşırı milliyetçi Sırp lider Miloseviç'in, Yugoslavya'nın devlet başkanı olarak seçilmesi ile birlikte 1989 yılında kaldırıldı ve Kosova Meclisi feshedildi. Bunun üzerine Kosova Arnavutları, şiddet eylemleri içermeyen yöntemlere başvurarak, pasif bir mücadele başlattılar. Arnavutların çabalarına rağmen, Bosna Hersek ve Hırvatistan'a ilişkin 1995 Dayton barış sürecine Kosova sorununun dâhil edilmemesi üzerine, Kosovalı Arnavut milliyetçilerinde ılımlı siyasetin sonuç vermeyeceği kanaati uyandı ve 1996 yılından itibaren Kosova Kurtuluş Ordusu (UÇK)^[2] silahlı eylemlerine başladı. UÇK'nın bağımsızlık için giriştiği silahlı eylemler, Sırp güvenlik güçlerinin daha da baskıcı önlemler almasına yol açtı. 1998 yılının ilk yarısında Sırp güvenlik güçleri, UÇK'nın faaliyetlerine tamamen son vermesini sağlamak üzere geniş çaplı bir operasyon başlattı ve bu operasyon, Kosova'da Arnavutlara yönelik bir etnik temizlik hareketine dönüştü.^[3]

Bu gelişmeler üzerine NATO, 1999 yılının Mart ayında Kosova'ya askeri operasyon başlattı. Müdahale sonucu, 10 Haziran 1999 tarihinde BM Güvenlik Konseyi, 1244 (1999) sayılı Kararıyla^[4] Kosova'yı yönetmek için Birleşmiş Milletler Kosova Geçici Yönetim Misyonunun (UNMIK)^[5] kurulmasını

[1] Tarihsel süreç için bkz. Uğur Samancı, "Uluslararası Adalet Divanının Kosova'nın Bağımsızlık İlanına İlişkin Danışma Görüşü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2011, s.125 vd.

[2] Arnavutça kısaltması, UÇK-Ushtria Çlirimtare e Kosovës; İngilizce kısaltması: KLM-Kosovo Liberation Army.

[3] Nedim Emin, *Kosova Siyasetini Anlama Kılavuzu*, SETA Yayınları, İstanbul, 2014.

[4] S/RES/1244 (1999).

[5] The United Nations Interim Administration Mission in Kosovo.

kararlaştırdı. Kosova'nın güvenliği ise, NATO liderliğindeki Kosova Gücü (KFOR)^[6] tarafından sağlanmaya başlandı.

Daha sonraki süreçte, Kosova'da yaşanan insancıl hukuk ihlallerinin yargılanması amacıyla çeşitli mekanizmalar oluşturulmuştur. Öncelikle UNMIK yönetimi altında en az iki uluslararası yargıcın görev yaptığı "Tüzük 64 Panelleri" adı verilen melez mekanizmalar kurulmuş, Kosova'nın bağımsızlık ilanından sonra ise bu yargılamalar, EULEX misyonu aracılığıyla sürdürülmeye çalışılmıştır. Diğer taraftan, UÇK'ya organ kaçakçılığı gibi çeşitli suçlamalar yöneltilmiş ve AB ve ABD'nin baskısıyla bu iddiaların yargılanması gündeme gelmiştir. Bunun üzerine söz konusu eylemleri yargılamak amacıyla "Kosova Uzman Daireleri" kurulmuştur. Aşağıda UNMIK ve EULEX misyonu çerçevesindeki mekanizmalara değinildikten sonra, yeni bir melez mahkeme olarak kabul edilebilecek olan Kosova Uzman Dairelerinin kuruluşu, yapısı ve niteliği ele alınacaktır.

1. UNMIK

Yukarıda da ifade edildiği gibi, BM Güvenlik Konseyi, Kosova'yı yönetmek için UNMIK'in kurulmasını kararlaştırmıştır. UNMIK'in kurulmasını sağlayan BM Güvenlik Konseyinin 1244 (1999) sayılı Kararıyla, Kosova'da yeterli uygun donanım ve personel ile BM himayesinde bir uluslararası sivil ve güvenlik birimlerinin tesis edilmesine karar verilmiş (para. 5), bunların uygulamalarını yönetmek için de BM Genel Sekreterine, bir özel temsilci atama yetkisi verilmiştir (para. 6). Güvenlik Konseyi, Kosova'da bir uluslararası güvenlik biriminin kurulması için üye devletlere ve ilgili uluslararası örgütlere yetki vermiştir (para. 7). Böylece güvenlik, NATO liderliğindeki KFOR tarafından sağlanmaya başlanmıştır.^[7] Güvenlik Konseyi, Kosova'da geçiş döneminde bir geçici yönetim sağlamak amacıyla, uluslararası sivil bir yönetim birimi kurmak üzere BM Genel Sekreterine yetki vermiştir (para. 10). Söz konusu uluslararası sivil yönetim biriminin temel yetki ve sorumlulukları, Kararın 11. paragrafında düzenlenmiştir. Sivil yönetim birimine, siyasi bir çözüme ulaşıncaya dek, demokratik ve özerk özyönetim için geçici kurumların örgütlenmesi ve gelişiminin denetimi yetkisi verilmiştir (mad. 11/c).

[6] Kosovo Force.

[7] Kurulacak bu uluslararası güvenlik biriminin oluşturulma şekli ve bu birimin yetki ve sorumlulukları, Kararın 7. ve 9. paragrafları ve Ek 2 ile düzenlenmiştir.

Güvenlik Konseyi Kararı uyarınca Genel Sekreter^[8] tarafından atanan Özel Temsilci,^[9] kendisi tarafından kullanılacak olan yasama, yürütme ve yargı yetkisini UNMIK'e veren (mad. 1.1) bir Tüzük^[10] kabul etmiştir. Özel Temsilci, yargı dâhil sivil yönetimde görev alacak kişileri atama ve görevden alma yetkisine de sahiptir (m. 1.2). Özel Temsilcinin, 15 Mayıs 2001 tarihinde kabul ettiği “Kosova’da Geçici Özyönetim İçin Bir Anayasal Çerçeveye İlişkin Tüzükle”,^[11] Kosova’da yönetimin hukuksal çerçevesi belirlenmiştir.

Kosova’da yaşanan insancıl hukuk^[12] ihlallerinin yargılanması amacıyla çeşitli girişimler başlatılmıştır. Bu girişimlerden birisi, Kosova Savaş ve Etnik Suçlar Mahkemesiydi (KWECC).^[13] Ancak uluslararası ve Kosovalı yargıçların birlikte görev yapacağı, ciddi etnik ve savaş suçları konusunda yargı yetkisine sahip olacak bu mahkemenin kurulması gerçekleşmemiştir.^[14] Her ne kadar KWECC düşüncesi hayata geçmese de, Kosova’daki mevcut yargı sistemi çerçevesinde, Uluslararası Yargıç-Savcı Programı (IJP)^[15] hayata geçirilmiş ve böylece Kosova’da islenen insancıl hukuk ihlallerini yargılama olanağı doğmuştur.^[16] Başlangıçta IJP Programı, UNMIK’in Kosova’da yönetimi ele almasından sonra, Şubat 2000’de Mitrovica’da yaşanan etnik şiddet eylemlerine tepki olarak doğmuştur.^[17] Bunun

[8] Güvenlik Konseyinin Kararı çerçevesinde BM Genel Sekreterinin, Güvenlik Konseyine, UNMIK’e ilişkin 12 Haziran 1999 tarihli sunduğu Rapor için bkz. S/1999/672, “Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 10 of Security Council Resolution 1244 (1999)”.

[9] Atama için bkz. S/1999/748, S/1999/749.

[10] UNMIK/REG/1999/1, “On the Authority of the Interim Administration in Kosovo”.

[11] UNMIK/REG/2001/9, “On a Constitutional Framework for Provisional Self-Government in Kosovo”.

[12] İnsancıl hukuk ile insan hakları hukuku karıştırılmamalıdır. Uluslararası insancıl hukuk, savaş hukuku veya silahlı çatışma hukuku olarak da bilinir. İnsan hakları hukuku ise, kural olarak, her zaman (barış veya savaş zamanı) uygulanır. Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 1-2.

[13] Kosovo War and Ethnic Crimes Court.

[14] Wendy S. Betts at.al., “The Post-Conflict Transitional Administration of Kosovo and the Lessons-Learned in Efforts to Establish a Judiciary and Rule of Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 22, Iss. 3, 2001, s. 381.

[15] International Judge and Prosecutors Program.

[16] Michael E. Hartmann, *International Judges and Prosecutors in Kosovo: A New Model for Post-Conflict Peacekeeping*, 2003, s. 7, <https://www.usip.org/sites/default/files/sr112.pdf> (Erişim Tarihi: 16.09.2017).

[17] Organization for Security and Co-operation in Europe, *Kosovo’s War Crimes Trials: An Assessment Ten Years On (1999-2009)*, Pristina, 2010, s. 11 <http://www.osce>.

üzerine, Özel Temsilci, “Uluslararası Yargıç ve Savcıların Atanması ve Görevden Alınmasına İlişkin” Tüzüğü kabul etmiş^[18] ve Özel Temsilciye, Mitrovica Bölge Mahkemesinde görev yapmak üzere uluslararası yargıç ve savcı atama ve görevden alma yetkisi verilmiştir (Bölüm 1.1). Tüzüğe göre, atanan uluslararası yargıçlar, Mitrovica Bölge Mahkemesinin yargı yetkisine giren, yeni açılan veya derdest davaları seçme yetkisine sahip olacaklardır (Bölüm 1.2). Atanan uluslararası savcılar da Mitrovica Bölge Mahkemesinin yargı yetkisine giren, yeni açılan veya derdest takibatları seçme yetkisine sahip olacaklardır (Bölüm 1.3). Daha sonra Özel Temsilci, “Uluslararası Yargıç ve Savcıların Atanması ve Görevden Alınmasına İlişkin 2000/6 sayılı UNMIK Tüzüğünü Tadil Eden” Tüzüğü^[19] kabul etmiştir. Tüzük ile uluslararası yargıç ve savcılar tüm Kosova’da yetkili hale getirilmiştir. Özel Temsilciye, tüm Kosova’da görev yapmak üzere uluslararası yargıç ve savcı atama ve görevden alma yetkisi verilmiştir (Bölüm 1.1). “Uluslararası Yargıç/Savcıların Atanması ve/veya Yerlerinin Değiştirilmesine İlişkin” Tüzük^[20] ile de, Özel Temsilcinin onayı ile Yargı İşleri Bölümüne, üç yargıçtan oluşan ve daha sonra “Tüzük 64 Panelleri” olarak adlandırılan panellere, birisi başkanlık görevini üstlenmek üzere, en az iki uluslararası yargıç atama yetkisi verilmiştir (Bölüm, 2.1.c).

“Kosova’da Uygulanacak Hukuka İlişkin” Tüzük^[21] ile de Kosova’da uygulanacak hukuk, belirlenmiştir. Tüzüğe göre, Kosova’da uygulanacak hukuk, Özel Temsilci tarafından kabul edilen düzenlemeler ile Kosova’da 22 Mart 1989 tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan hukuktur. Çatışma halinde, Özel Temsilci tarafından kabul edilen düzenlemeler öncelikli olarak uygulanacaktır (Bölüm 1.1). Böylece uluslararası yargıç ve savcılarının katılımıyla oluşan panellere, ulusal hukuk çerçevesindeki suçlarda yargı yetkisi verilmiştir. Ulusal hukuk uluslararası suçları kapsadığı takdirde, uluslararası ceza hukuku, yargılamalarda dolaylı olarak uygulanacaktır. Tüzük ile uygulanacak hukuk kapsamında kalan Yugoslav Federal Ceza Kanunu, soykırım ve savaş suçlarının cezalandırılmasını

org/kosovo/68569?download=true (Erişim Tarihi: 17.09.2017); Uğur Bayılıoğlu, “Uluslararasılaşmış Kosova Mahkeme Sistemi”, *AÜHFD*, Cilt 62, Sayı 2, 2013, s. 414.

- [18] UNMIK/REG/2000/6, “On the Appointment and Removal from Office of International Judges and International Prosecutors”.
- [19] UNMIK/REG/2000/34, “Amending UNMIK Regulation No. 2000/6 on The Appointment and Removal from Office of International Judges and International Prosecutors”.
- [20] UNMIK/REG/2000/64, “On Assignment of International Judges/Prosecutors and/or Change of Venue”.
- [21] UNMIK/REG/1999/24, “On the Law Applicable in Kosovo”. Daha sonra UNMIK/REG/2000/59 (Amending UNMIK Regulation No. 1999/24, “On the Law Applicable in Kosovo”) sayılı Tüzük ile tadil edilmiştir.

hüküm altına almakta ve insancıl hukuk ihlallerinde bireysel cezai sorumluluk getirmektedir. Bu çerçevede, savaş suçları bakımından uluslararası hukuka atıf yaptığı görülmektedir. Aynı temel dayanak, daha sonra EULEX için de geçerli kılınmıştır.^[22]

Tüzük 64 Panelleri, öğretilerde ulusal ve uluslararası unsurların birleştiği melez mahkemeler arasında kabul edilmekte^[23] ve bu özeliğinin BM ile bağı bulunan EULEX misyonunun yargıç ve savcılarını vasıtasıyla da devam ettiği ifade edilmektedir.^[24]

Kosova'nın nihai statüsünü belirlemeye yönelik süreç, sonuçsuz kalmış ve Kosova Meclisi, 17 Şubat 2008 tarihinde Bağımsızlık Bildirisini^[25] kabul etmiştir.^[26] Bununla birlikte UNMIK, Güvenlik Konseyinin 1244 (1999) sayılı Kararı çerçevesinde işlevlerine devam etmiştir.^[27] Kosova'nın bağımsızlık ilanı ve yeni Anayasanın kabulünden sonra, UNMIK'in yapısı ve görevinde değişiklikler yapılmıştır. UNMIK bundan sonraki süreçte Kosova'da gözlem ve raporlama, gerektiğinde ve mümkünse Kosova'nın uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesini kolaylaştırma, Priştine ve Belgrad arasındaki diyaloga kolaylaştırma işlevlerini yerine getirecektir.^[28]

[22] Bayıllıoğlu, *Uluslararasılaşmış Kosova*, s. 419; Kosova'da 1999-2009 yılları arasındaki savaş suçları yargılamaları için bkz. Organization for Security and Co-operation in Europe, *Kosovo's War Crimes Trials: An Assessment Ten Years On (1999-2009)*, Pristina, 2010, <http://www.osce.org/kosovo/68569?download=true> (Erişim Tarihi: 17.09.2017).

[23] Etelle R. Higonnet, "Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice Reform", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 23, No. 2, 2006, s. 379 vd.; Alberto Costi, "Hybrid Tribunals as a Viable Transitional Justice Mechanism to Combat Impunity in Post-Conflict Situations", *New Zealand Universities Law Reviews*, Vol. 22, No. 2, 2006, s. 225 vd.; Laura A. Dickinson, "The Relationship Between Hybrid Courts and International Courts: The Case of Kosovo", *New England Law Review*, Vol. 37, No. 4, 2003, s. 1059 vd.

[24] Bayıllıoğlu, *Uluslararasılaşmış Kosova*, s. 418.

[25] Kosovo Declaration of Independence, http://www.assembly-kosova.org/common/docs/Dek_Pav_e.pdf (Erişim Tarihi: 06.08.2017).

[26] Bağımsızlık ilanına ilişkin olarak Uluslararası Adalet Divanının Danışma Görüşü için bkz. Samancı, *Uluslararası Adalet*, s. 143 vd.; Uğur Bayıllıoğlu, "Uluslararası Adalet Divanı Kosova'nın Kendi Kaderini Tayin Hakkını Onayladı mı?", *TBB Dergisi*, Sayı 92, 2011, s. 287 vd.

[27] UNMIK için bkz. <https://unmik.unmissions.org> (Erişim Tarihi: 12.08.2017).

[28] S/2008/354, "Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo", 12 June 2008, para. 16. UNMIK'in güncel faaliyetleri için bkz. S/2017/387, "Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo", 3 May 2017.

2. EULEX

Kosova'nın bağımsızlık ilanından sonra, EULEX misyonu faaliyete geçmiştir. EULEX,^[29] BM Güvenlik Konseyinin 1244 (1999) sayılı Kararı ve AB Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası çerçevesinde faaliyet gösteren AB'nin en büyük dış misyonudur. EULEX, polis kapasitesini, yargı sistemi ve gümrük hizmetlerini güçlendirmek için Kosova kurumlarına destek amacıyla 2008 yılının Şubat ayında kurulmuştur.^[30]

EULEX misyonu çerçevesinde yapılan düzenlemeler ile EULEX'e bağlı yargıç ve savcılar, diğer bazı suç tipleri yanında, savaş suçları ve etnik şiddet fiillerinin yargılamaında etkin rol almaya başlamışlardır. Bu düzenlemelerin en önemlisi, Kosova Cumhuriyet Meclisi tarafından kabul edilen 13 Mart 2008 tarihli, "Kosova'daki EULEX Yargıç ve Savcılarının Yargı Yetkileri, Dava Seçimleri ve Dava Paylaşımları Hakkındaki Kanun" dur.^[31] Kanun ile Avrupalı yargıç ve savcılar, medeni ve cezai yargı yetkisi açısından Kosova yargı sisteminin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.^[32] Kanun, Kosova Cumhuriyeti'nin yargı ve savcılık sistemindeki EULEX yargıç ve savcılarının yargı yetkilerini ve entegrasyonlarını düzenlemektedir (mad. 1). EULEX yargıç ve savcılarının faaliyetleri, Kosova'daki EULEX misyonunun kuracağı EULEX Yargıçları Meclisi ve EULEX Savcıları Meclisi tarafından yönetilecektir (mad. 4.10). EULEX yargıçları, EULEX Yargıçlar Meclisi Başkanı tarafından atandığı mahkemenin yargı yetkisine giren davalarda yetki ve sorumluluğa sahip olacaklardır (mad. 2.1). Ceza davalarında görevlendirilen EULEX yargıçları, Kosova Cumhuriyeti Özel Savcılık Ofisi^[33] tarafından yapılan bir soruşturmanın davasında yargı yetkisine sahip olacaklardır (mad. 3.1). Böylece EULEX yargıçlarının yetkisi, Kosova Cumhuriyeti Özel Savcılık Ofisinin yaptığı soruşturmalarla sınırlı tutulmuştur. EULEX yargıçlarının ceza davalarındaki yetkileri, sadece insancıl hukuk ihlallerini yargılamakla sınırlı değildir. EULEX yargıç ve savcıları da, UNMIK'in

[29] The European Union Rule of Law Mission in Kosovo.

[30] Enis H. Rexhepi, "Kosovos State-building: Exceptional Case in International Political Practices", *Journal of European Social Research*, Vol. 1, No. 2, 2016, s. 81. vd.; EULEX'i kuran AB Konseyi Ortak Eylem kararı için bkz: "Council Joint Action 2008/124/CFSP of 4 February 2008, on Mission to the European Rule of Law in Kosovo, EULEX KOSOVO", *Official Journal of the European Union*, 16.2.2008, L 42/92-98.

[31] Law No. 03/L-053, "Law on the Jurisdiction, Case Selection and Case Allocation of EULEX Judges and Prosecutors in Kosovo".

[32] Bayıllıoğlu, *Uluslararasılaşmış Kosova*, s. 424.

[33] EULEX savcılarının yetkileri konusunda bkz. "Kosova Cumhuriyeti Özel Savcılık Ofisi Hakkında Kanun" (Law No. 03/L-052, "Law on The Special Prosecution Office of the Republic of Kosovo").

IJP Programında görev yapan yargıç ve savcılar gibi, insancıl hukuk ihlalleri ile bağlantılı olmayan diğer cezai işlerde de yargı yetkisine sahiptirler.^[34]

Kosova'da önce UNMIK sonra da EULEX, mahkeme sistemine nezaret etmiş ve gelişimine katkı sunmuştur. EULEX, UNMIK'in adalet işlerindeki sorumluluğunu tedricen devralmış,^[35] böylece Kosova'da gerçekleşen insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu kişileri, Kosova'da yargılama faaliyeti de, uluslararası yargıç ve savcılarının katılımıyla önce UNMIK, daha sonra EULEX aracılığıyla gerçekleşmiştir.^[36]

Bugün Kosova'da üç farklı hukuk sisteminin eş zamanlı olarak yürürlükte olduğu, bunlardan ilkinin eski Yugoslav hukuk sistemi, ikincisinin UNMIK tarafından yapılan düzenlemeler, üçüncüsünün de bağımsızlık ilanını izleyen dönemde Kosova Devleti tarafından kurulan hukuk sistemi olduğu ifade edilmektedir.^[37]

3. MELEZ MAHKEMELER

a) Genel Olarak

Uluslararası ceza yargılamaları bağlamında Nuremberg ve Tokyo mahkemeleri, “birinci kuşak” mahkemeler; *ad hoc*^[38] mahkemeler olan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Mahkemesi, “ikinci kuşak” mahkemeler; melez mahkemeler ise “üçüncü kuşak” mahkemeler olarak kabul edilmektedir.^[39] Melez mahkemeler, ulusal ve uluslararası unsurların bir arada bulunduğu ceza yargılaması yapan mekanizmalardır. Bu yönüyle ulusal ceza

[34] Bayıllıoğlu, *Uluslararasılaşmış Kosova*, s. 427.

[35] Kosova anayasal düzeninde EULEX misyonu için bkz. Robert Muharremi, “The European Union Rule of Law Mission in Kosovo (EULEX) from the Perspective of Kosovo Constitutional Law”, *ZaöRV*, Vol. 70, 2010, s. 357 vd.

[36] Bayıllıoğlu, *Uluslararasılaşmış Kosova*, s. 429-430. AB Konseyi, 14 Haziran 2016 tarihinde, Kosova'da görev yapan EULEX misyonunun görev süresini 14 Haziran 2018 tarihine kadar uzatma kararı almıştır. <https://www.avrupa.info.tr/tr/eeas-news/eulex-kosova-gorev-suresi-uzatildi-butce-onaylandi-5794> (Erişim Tarihi: 17.09.2017).

[37] Enver Hasani, “Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi: Sorunlar ve Uygulamalar”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 27, 2010, s. 77.

[38] Melez mahkemeler de zaman bakımından yetki itibariyle belirli dönemleri kapsamı bakımından *ad hoc* niteliktedir. Bununla birlikte öğretilerde *ad hoc* mahkeme kavramı, genellikle Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Mahkemesini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu iki durum birbiri ile karıştırılmamalıdır.

[39] Higonnet, *Restructuring Hybrid*, s. 352.

mahkemelerinden ve Uluslararası Ceza Mahkemesi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Mahkemesi gibi uluslararası ceza mahkemelerinden ayrılırlar. Öğretinin büyük çoğunluğu, Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Dairelerini, Sierra Leone Özel Mahkemesini, Lübnan Özel Mahkemesini, Doğu Timor (Timor-Leste) Ciddi Suçlar Panellerini, Kosova'daki Tüzük 64 Panellerini melez mahkeme olarak kabul ederken, çeşitli çalışmalarda Bosna-Hersek Devlet Mahkemesi Savaş Suçları Dairesi, Etiyopya Özel Savcılık Ofisi, Irak Özel Mahkemesinin de bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir.^[40]

Melez mahkemeler, genellikle çatışma sonrası toplumlarda kurularak, geçiş dönemi adaleti sağlamaya çalışan mekanizmalardan birisidir. Zira bu toplumlarda iç hukuk mekanizmaları, tarafsızlığın sağlanamaması gibi sebeplerle sorumluların cezalandırılmasını sağlayamamakta, çatışmada acı çeken kesimin adalet beklentilerini yeterince karşılayamamaktadır.^[41] Bu mahkemelerin aynı zamanda, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Mahkemesine karşı uluslararası toplumun memnuniyetsizliğini yansıttığı ifade edilmektedir. Melez modelin, yargılama sürecini kısaltma, daha çok mali verimlilik sağlama gibi avantajları bulunmaktadır.^[42] Melez mahkemeler, ulusal ya da uluslararası mahkemelerle karşılaştırıldığında esnekliğe sahiptir.^[43] Örneğin

[40] Örneğin Higonet, Bosna-Hersek Devlet Mahkemesi Savaş Suçları Dairesi, Irak Özel Mahkemesini melez mahkeme kabul etmektedir. Ibid, s. 372 vd. Ayrıca Orta Afrika Cumhuriyeti'nde yabancı yargıçların da görev yaptığı Özel Ceza Mahkemesinin kurulması, Güney Sudan'da melez bir mahkeme ve Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde Uzmanlaşmış Karma Dairelerin kuruluş çabaları konusunda bkz. Harry Hobbs, "Hybrid Tribunals and the Composition of the Court: In Search of Sociological Legitimacy", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2, s. 484.

[41] Çatışma sonrası toplumlarda geçiş dönemi adaleti konusunda melez mahkemelerin rolü için bkz. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Rule of the Law Tools for Post-Conflict States: Maximizing the Legacy of Hybrid Courts*, UN Publications, New York-Geneva, 2008; ayrıca bkz. Serdar Güleler, "Çatışmacı Bir Geçmişten Uzlaşmacı Bir Geleceğe Geçişte Adalet Arayışı: Geçiş Dönemi Adaleti ve Mekanizmalarına Genel Bir Bakış", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 8, Sayı 32, s. 43 vd.; Laura A. Dickinson, "The Promise of Hybrid Courts", *The American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 2, 2003, s. 295; Pdraig McAuliffe, "Hybrid Tribunals at Ten: How International Criminal Justice's Golden Child Became an Orphan", *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 7, No. 1, 2011, s. 9.

[42] Giorgia Tortora, "The Financing of the Special Tribunals for Sierra Leone, Cambodia, and Lebanon", Dawn Rothe at.al. (ed.), *The Realities of International Criminal Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013, s. 93.

[43] Lindsey Raub, "Positioning Hybrid Tribunals in International Criminal Justice", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 41, No. 4, 2009, s. 1041 vd.;

melez mahkemeler, BM yükümlülükleri altında faaliyet göstermedikleri için, BM'nin bürokratik kurallarına riayet etmek zorunda değillerdir.^[44] Melez mahkemeler, daha çok ad hoc mahkemelerin gücü ile yerel yargılamaların faydalarını mezcetmeye çaba gösteren bir modeldir.^[45] Birinci ve ikinci kuşak ceza mahkemeleri sadece uluslararası bir nitelik gösterirken, üçüncü kuşak melez mahkemeler, yargılamalarda daha iyi sonuçlar elde etmek amacıyla yerel yapıdan da yararlanmaktadırlar.^[46]

Öğretide melez mahkemelerin isimlendirilmesi,^[47] tanımı ve özellikleri konusunda bir bütünlük bulunmamaktadır. Kanımızca melez mahkemeler uluslararası hukukun bir meselesi olarak ele alınacak olursa, buna neden olan unsurlar üzerinde durmak gerekecektir. Melez mahkemeleri uluslararası hukukun konuları arasına dâhil eden hususların başında, bu mahkemelerin bazı uluslararası hukuk nitelikleri barındırması gelmektedir. Bu nitelikler, mahkemenin kuruluşunun uluslararası bir yükümlülüğe dayanıyor olması, mahkemede uygulanacak hukukun yerel hukukun yanında uluslararası hukuku da kapsıyor

Frank Dame, "The Effect of International Criminal Tribunals on Local Judicial Culture: The Superiority of the Hybrid Tribunal", *Michigan State International Law Review*, Vol. 24, Iss. 1, 2015, s. 271.

- [44] Stephen J. Rapp, "The Compact Model in International Criminal Justice: The Special Court for Sierra Leone", *Drake Law Review*, Vol. 57, No.1, 2008, s. 21.
- [45] Sarah M. H. Nouwen, "Hybrid Courts The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts", *Utrecht Law Review*, Vol. 2, Iss. 2, 2006, s. 190.
- [46] Bununla birlikte melez mahkemelere çeşitli eleştiriler de yöneltilmektedir. Örneğin melez mahkemelerde görev yapan yabancı yargıçların, bu görevlerini yerine getirebilmek için gerekli deneyim ve bilgiye sahip olmadığı, Sierra Leon'de görev yapan sekiz yabancı yargıcın, sadece ikisinin uluslararası ceza hukuku konusunda deneyiminin olduğu ifade edilmektedir. Elena Baylis, "Reassessing the Role of International Criminal Law: Rebuilding National Courts Through Transnational Networks", *Boston College Law Review*, Vol. 50, Iss.1, 2009, s. 19.
- [47] Öğretideki melez mahkemelere ilişkin çalışmalar incelendiğinde bir terim birliğinin bulunmadığı görülmektedir. Bu model, "melez", "karma", uluslararasılaşmış, "yarı uluslararası" gibi isimlerle ifade edilmektedir. Terminoloji için bkz. Nouwen, *Hybrid Courts*, s. 192. Öğretide melez ya da karma mahkemeler ile "uluslararasılaşmış" mahkemelerin ayrı kategoride ele alındığı da görülmektedir. Kosova'daki Tüzük 64 Panelleri ile Doğur Timor (Timor-Leste) Ciddi Suçlar Panellerinin melez değil "iç uluslararasılaşmış mahkemeler" olduğu ifade edilmektedir. Karma mahkemelerin tersine, uluslararasılaşmış mahkemelerin, yerel hukuk sistemi içinde, sistemden bölünerek ayrıldıkları ifade edilmektedir. Andrew Novak, *The International Criminal Court: An Introduction*, Springer, Cham, 2015, s. 17. Bu mahkemeler, bazen de "uluslararasılaşmış iç mahkemeler", olarak da ifade edilmektedir. Suzannah Linton, "Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice", *Criminal Law Forum*, Vol. 12, Iss. 2, 2001, s. 185 vd.

olması, yargıçların en azından bir kısmının uluslararası yargıçlardan oluşması, mahkemenin merkezinin ülke dışında olması, mahkeme masraflarının ülke kaynaklarının yanında gönüllü katkılar gibi yabancı kaynaklardan da karşılanması, hükmün infazının diğer ülkelerde gerçekleşmesi gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bir anlamda, melez mahkemelerde, ulusal yargı organlarına çeşitli yöntemlerle bazı uluslararası özellikler verildiği görülmektedir.

Aşağıda kıyaslama yapılabilmesi amacıyla belli başlı melez mahkemeler genel hatlarıyla ele alındıktan sonra, Kosova Uzman Daireleri değerlendirilecektir.

b) Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Daireleri

Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Daireleri,^[48] 1975 ve 1979 yılları arasında Kızıl Kimerler rejimi döneminde işlenen suçları yargılamak için, 23 Temmuz 2001 tarihli “Demokratik Kamboçya Döneminde İşlenen Suçların Kovuşturulması Amacıyla Kamboçya Mahkemelerinde Olağanüstü Dairelerin Kurulmasına Hakkındaki Kanun”^[49] ile kurulmuştur. Yargılamaların sağlıklı yapılabilmesine yönelik olarak, 6 Haziran 2003 tarihinde Kamboçya ile BM arasında işbirliği yapılmasını öngören bir Anlaşma^[50] imzalanmıştır. Anlaşma, söz konusu Kanunda 27 Ekim 2004 tarihinde yapılan değişiklikle, Kamboçya’da kanun gücünde kabul edilmiştir (mad. 47).

Kanuna göre, Daireler, 17 Nisan 1975 ve 6 Ocak 1979 tarihleri arasında işlenen suçları yargılama yetkisine sahiptir (mad. 1 ve 2). Mahkemenin konu bakımından yargı yetkisi, temel olarak Kamboçya Ceza Kanununda yer alan ilgili suçlardır (mad. 3). Bununla birlikte Kanun, 1949 Cenevre Sözleşmesinin ağır ihlallerine (mad. 6) ve 1954 tarihli Silahlı Çatışma Sırasında Kültürel Malvarlığının Korunması Sözleşmesine (mad. 7) atıf yaparak uluslararası hukuku da bu konularda Dairelerin yetkisine dâhil etmiştir (mad. 6). Üçü Kamboçyalı, ikisi yabancı olmak üzere İlk Derece Dairesi yargıçları ve dördü Kamboçyalı, üçü yabancı olmak üzere Yüksek Mahkeme Dairesi yargıçları, Kamboçyalı ve yabancı yargıçlardan karma olarak oluşturulmaktadır (mad. 9). Yabancı yargıçlar, BM Genel Sekreterinin hazırladığı liste içinden Kamboçya Yargıçlar Yüksek Kurulu tarafından seçilecek ve Kraliyet kararnamesi ile atanacaktır (mad. 11).

[48] The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Mahkemenin internet sayfası için bkz. <https://www.eccc.gov.kh/en> (Erişim Tarihi: 27.08.2017).

[49] Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for The Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea.

[50] Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the period of Democratic Kampuchea.

İddianameler birisi Kamboçyalı, birisi yabancı olmak üzere eş-savcılar tarafından hazırlanmaktadır (mad. 16). Dairelerde karar çoğunluğunun sağlanabilmesi için mutlaka yabancı yargıçların en az birinin oyu gerekmektedir (mad. 14.1.a ve b). BM, Dairelere mali katkı sağlamaktadır (mad. 44). Dairelerin resmi çalışma dilleri, Kimer dili, İngilizce ve Fransızcadır (mad. 45). Hükümet, Dairelerin yargıladığı kişilere ilişkin olarak af çıkarmayacaktır (mad. 40). Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Daireleri, Kamboçya yargı sisteminin bir parçası olarak, Kamboçya'da faaliyet göstermek üzere kurulmuştur. Yargıçların oluşumu karma olsa da, Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Daireleri, sonuç olarak ulusal organ niteliğinde olduğu için, başka devletlerle işbirliği anlaşmaları yapmaları mümkün değildir. Dairelerin adli yardımlaşma konusunda Kamboçya hukuku çerçevesinde hareket etmeleri gerekmektedir.^[51]

c) Sierra Leone Özel Mahkemesi

Sierra Leone Özel Mahkemesi,^[52] ülkede iç savaş sırasında işlenen suçların yargılanması amacıyla, BM Güvenlik Konseyinin, 14 Ağustos 2000 tarihli Kararı^[53] üzerine, Sierra Leone ve BM arasında 16 Ocak 2002 tarihinde yapılan Anlaşma^[54] ile Sierra Leone'de kurulmuştur. Mahkemenin Statüsü, Anlaşmanın Ekinde düzenlenmiştir.

Statüye göre Mahkeme, 30 Kasım 1996 tarihinden itibaren Sierra Leone'de işlenen uluslararası insancıl hukuk ve Sierra Leone hukukunun ciddi ihlalini oluşturan fiillerden dolayı sorumluluk derecesi en büyük olanları yargılamak için kurulmuştur (mad. 1.1). Mahkeme, insanlığa karşı suçlar (mad. 2), Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ve Ek 2. Protokolün ihlaline ilişkin suçlar (mad. 3) ve uluslararası insancıl hukukun diğer ciddi ihlalleri (mad. 4) gibi uluslararası suçları olduğu kadar, Sierra Leone hukukunda düzenlenen çeşitli suçları da (mad. 5) yargılama yetkisine sahiptir. Mahkeme, en az sekiz en fazla on bir olmak şartıyla yabancı ve ulusal yargıçlardan oluşacaktır (mad. 12). Mahkeme

[51] Durmuş Tezcan at.al., *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 435; Ayrıca bkz. Lily O'Neill ve Göran Sluiter, "The Right to Appeal a Judgment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 2009, s. 596 vd.; Helen Horsington, "The Cambodian Khmer Rouge Tribunal: The Promise of a Hybrid Tribunal", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5, Iss. 2, 2004, 462 vd.

[52] Special Court for Sierra Leone.

[53] S/RES/1315 (2000).

[54] Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone.

savcısı BM Genel Sekreteri tarafından atanacaktır (mad. 15.3). Özel Mahkeme ve Sierra Leone ulusal mahkemeleri yarışan yetkilere sahiptir. Mahkeme, yetkisi içindeki konularda diğer Sierra Leone ulusal mahkemelerine öncelik hakkına sahiptir (mad. 8). Ancak Mahkemenin diğer devletlerin mahkemelerine karşı öncelik hakkı bulunmamaktadır. Zira Sierra Leone Özel Mahkemesi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Mahkemesi gibi *ad hoc* mahkemelerden farklı olarak BM Şartı VII. Bölüm çerçevesinde kurulmamıştır.^[55] Mahkeme, BM sistemi dışında kurulduğu için, BM'nin bir alt organı olmamıştır.^[56] Dolayısıyla üçüncü devletlerin yargılamalar konusunda Sierra Leone ile işbirliği yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Mahkeme tarafından verilen hapis cezasının infazı, Sierra Leone'de gerçekleşecektir. Bununla birlikte, bu konudaki niyetlerini Mahkeme Yazmanına bildiren devletlerde de, kabul eden devletin kanunlarına uygun olarak ceza infaz edilebilecektir (mad. 22). Güvenlik Konseyi Kararı ile Mahkemenin giderlerinin gönüllü katkılardan karşılanması yoluna gidilmiştir.^[57] Mahkemenin görevi, 2013 yılında son davanın görülmesiyle sonuçlanmış ve tanık koruma, cezaların infazının denetlenmesi gibi işleri yapmak üzere "Ceza Mahkemeleri Artakalan Düzenegi" benzeri bir yapı kurulmuştur.^[58] BM Güvenlik Konseyi, Liberya eski Başkanı Charles Taylor'un güvenlik nedeniyle Lahey'de yargılanmasına Karar^[59] vermiştir.^[60]

[55] Avril McDonald, "Sierra Leone's Shoestring Special Court", *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 845, 2002, s. 125. Bilindiği gibi, BM Şartının 24 ve 25. maddeleri uyarınca Güvenlik Konseyinin uluslararası barış ve güvenliği sağlamak amacıyla VII. Bölüm çerçevesinde aldığı kararların çoğu taraf devletler için bağlayıcıdır.

[56] Abdul Tejan-Cole, "The Complementary and Conflicting Relationship between the Special Court for Sierra Leone and the Truth and Reconciliation Commission", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 6, Iss. 1, 2003, s. 144; Tortora, *The Financing*, s. 98.

[57] S/RES/1315 (2000), para. 8 (c). Mahkemenin finansmanı hakkında bkz. Celina Schocken, "The Special Court for Sierra Leone: Overview and Recommendations", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 20, Iss. 2, 2002, s. 453.

[58] Rona Aybay ve Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 441.

[59] S/RES/1688 (2006).

[60] Görülen davaların ve Mahkemenin uluslararası insancıl hukukun gelişimine katkıları için bkz. Müge Dalar, "Sierra Leone'de İç Savaş ve Uluslararası Adalet Anlayışı", Cenap Çakmak at.al. (der.), *20. Yüzyılda Soykırım ve Etnik Temizlik*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 181 vd.

d) Lübnan Özel Mahkemesi

Lübnan Özel Mahkemesi,^[61] 14 Şubat 2005 tarihinde Beyrut'ta Lübnan eski Başbakanı Refik Hariri'nin ile 22 kişinin öldürülmesi ve birçok kişinin yaralanmasıyla sonuçlanan bomba yüklü bir araçla gerçekleştirilen eylemi soruşturmak amacıyla kurulmuştur.^[62] BM Güvenlik Konseyi, 7 Nisan 2005 tarihinde olayın araştırılması için Uluslararası Bağımsız Soruşturma Komisyonunun kurulmasına karar vermiştir.^[63] Lübnan Hükümeti, 13 Aralık 2005 tarihinde BM Genel Sekreterliğine bir mektup göndererek, olayın faillerini yargılamak için Lübnan'da veya ülke dışında faaliyet gösterecek olan uluslararası nitelikte bir mahkemenin kurulmasını talep etmiştir.^[64] BM Güvenlik Konseyi de, 29 Mart 2006 tarihli Kararıyla^[65] BM Genel Sekreterini Lübnan Hükümetiyle bu konuda müzakereler yapmak için görevlendirmiştir. Müzakereler sonucu Genel Sekreter, mahkemenin kurulması yönünde bir Rapor^[66] sunmuştur. Bunun üzerine BM ile Lübnan arasında Lübnan için Özel Mahkeme kurulması için bir anlaşma imzalanmış^[67] ve BM Güvenlik Konseyi, 30 Mayıs 2007 tarihinde

[61] The Special Tribunal for Lebanon. Mahkemenin internet sayfası için bkz. <http://www.stl-tsl.org> (Erişim Tarihi: 26.08.2017).

[62] Lübnan Özel Mahkemesi hakkında bkz. Mehmet Emin Çağırın, "Uluslararası Lübnan Özel Mahkemesi", *Ortadoğu Analiz*, Cilt 3, Sayı 25, Ocak 2011, s. 60 vd.; Elif Oral, "Lübnan Özel Mahkemesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008/2, s. 73. vd.; Mehmet Dalar, "Siyaset ve Hukuk İkilemi Karşısında Lübnan Özel Mahkemesi", Tayyar Arı ve Barış Özdal (ed.), *VII. Uludağ Uluslararası İlişkiler Konferansı-Uluslararası Sistemde Yeni Düzen Arayışları-(21-22 Ekim 2015 Bursa/Türkiye)*, Dora Yayınları, Bursa, 2016, s. 614 vd.

[63] S/RES/1595 (2005).

[64] S/2005/783, "Letter dated 13 December 2005 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Lebanon to the United Nations addressed to the Secretary-General".

[65] S/RES/1644 (2005), para. 6.

[66] S/2006/893, "Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Tribunal for Lebanon".

[67] Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic on the Establishment of a Special Tribunal for Lebanon. Anlaşma, Lübnan Hükümeti tarafından 23 Ocak, BM tarafından 6 Şubat 2007 tarihinde imzalanmıştır. BM ve Lübnan Hükümetinin, Lübnan Özel Mahkemesinin kuruluşunda, Sierra Leone Özel Mahkemesinin model olarak alınmasına karar verdikleri ifade edilmektedir. Medwis al-Rashidi, "The Special Court for Sierra Leone and the Special Tribunal for Lebanon: Lessons to be Learned from the Establishment, Composition and Jurisdiction of an International Tribunal", *Ankara Law Review*, Vol. 9, No. 1, 2012, s. 1 vd.

BM Şartının VII. Bölümü çerçevesinde Lübnan Özel Mahkemesinin kurulmasına karar vermiştir.^[68] Mahkemenin Statüsü, Kararın Ekinde düzenlenmiştir.

Lübnan Özel Mahkemesi Statüsü, 10 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe girmiş, 21 Aralık 2007 tarihinde Hollanda Parlamentosunun onayıyla Lahey'de kurulan Mahkeme, 1 Mart 2009 tarihinde göreve başlamıştır. Bununla birlikte Lübnan, söz konusu Anlaşmayı iç hukukunda onaylamamıştır. Bu durum, “Mahkemenin, Anlaşmayı mı, yoksa BM Güvelik Konseyi Kararı ile mi kurulduğu” sorusunun ortaya çıkmasına neden olmuştur. BM Güvelik Konseyinin, BM Şartının VII. Bölümü çerçevesinde kabul ettiği söz konusu Karar ile bu Anlaşmayı, Kararın bir parçası haline getirdiği ifade edilmektedir.^[69] Nitekim *Ayyash ve diğerleri Davasında*, savunma, Mahkemenin yetki ve meşruiyetine itiraz etmiş,^[70] ancak Birinci Derece Dairesi, Özel Mahkemenin kuruluşunun hukuksal temelini, onaylanmayan Anlaşma değil, BM Güvenlik Konseyinin 1757 (2007) sayılı Kararı olduğu ve Dairenin, Güvenlik Konseyi kararlarının^[71] meşruiyetini değerlendirme yetkisine sahip olmadığı gerekçesi ile savunmanın talebini reddetmiştir. Mesele Temyiz Dairesinde ele alınmış ve onaylanmıştır.^[72]

Lübnan Özel Mahkemesinin Statüsüne göre, Mahkeme, 14 Şubat 2005 tarihinde gerçekleştirilen saldırının sorumlularını yargılama yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, 1 Ekim 2004 ile 12 Aralık 2005 tarihleri arasında gerçekleştirilen diğer saldırılar, ceza adaleti ilkeleri çerçevesinde Hariri saldırısı ile bağlantılı ve aynı mahiyette ve ağırlıkta ise Mahkeme, yine yargı yetkisine sahiptir (mad. 1). Özel Mahkeme ve Lübnan ulusal mahkemeleri yarışan yetkilere sahiptir. Özel Mahkeme, yetkisi içindeki konularda diğer Lübnan ulusal mahkemelerine öncelik hakkına sahiptir (mad. 4.1). Ancak Güvenlik Konseyi Kararının Ekinde düzenlenen Mahkeme Statüsü, Mahkemenin, üçüncü devletlerin ulusal

[68] S/RES/1757 (2007).

[69] Bu konudaki tartışmalar için bkz. Oral, *Lübnan Özel*, s. 76 vd.

[70] *The Prosecutor v. Ayyash et al.*, Trial Chamber, Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal, Case No.: STL-11-01/PT/TC; 27 July 2012 (Legality and Jurisdiction TC). Mahkemenin önemli kararları için bkz. *STL Casebook 2012, Major rulings issued by the Special Tribunal for Lebanon*, Leidschendam, Netherlands, 2014.

[71] Yukarıda da ifade edildiği gibi, BM Şartının 24 ve 25. maddeleri uyarınca Güvenlik Konseyinin uluslararası barış ve güvenliği sağlamak amacıyla VII. Bölüm çerçevesinde aldığı kararların çoğu taraf devletler için bağlayıcıdır.

[72] *The Prosecutor v. Ayyash et al.*, Case No. STL-11-01/PT/AC/AR90.1, “Decision on the Defence Appeal Against the Trial Chamber’s “Decision On The Defence Challenges To The Jurisdiction And Legality Of The Tribunal”, 24 October 2012, para. 39.

mahkemelerine karşı üstünlüğü konusunda sessiz kalmıştır.^[73] Anlaşmanın 16. maddesi ve Mahkeme Statüsüne göre, Hükümet, Mahkemenin yargıladığı kişilere ilişkin olarak af çıkarmayacak, çıkarsa dahi bu soruşturmayla engel olmayacaktır (mad. 6).

Hariri suikastı, özü itibariyle ulusal nitelikte bir suç olduğu için, Statüye göre, yargılamada Lübnan Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanacaktır (mad. 2). Bu noktada dikkat çeken husus, özü itibariyle bir terör suçunun, ilk defa uluslararası niteliklere sahip melez bir mahkemede yargılanıyor olmasıdır.^[74] Statü, Mahkemenin, Lübnan Ceza Usul Kanunu ve uluslararası ceza usul kurallarını da göz önünde bulundurarak, Usul ve Delil Kurallarını kabul etmesini öngörmüştür.^[75] Hapis cezası, mahkûm olmuş şahısları kabul etmek istediklerini Mahkemeye bildiren devletlerin arasından, Mahkeme Başkanının tayin ettiği bir devlette ve kabul eden devletin kanunlarına uygun olarak Mahkemenin gözetiminde infaz edilecektir (mad. 29).

Mahkeme, ulusal ve uluslararası yargıçlardan oluşan karma bir yapıya sahiptir (mad. 8). Savcı, BM Genel Sekreteri tarafından atanmaktadır. Savcı Yardımcısı ise Lübnanlıdır. Savcılık personeli, Lübnanlı ve uluslararası personelden oluşmaktadır (mad. 11). Yazman, BM Genel Sekreteri tarafından atanır ve BM personeli olarak görev yapar. (mad. 12). Mahkemenin resmi dilleri Arapça, Fransızca ve İngilizcedir (mad. 14). Mahkeme Lübnan dışında, Lahey'de faaliyet göstermektedir.

Mahkeme giderleri, % 51'i devletlerin gönüllü bağışlarından oluşan fondan, %49'u Lübnan Hükümeti tarafından sağlanmaktadır. Devletlerin bağışlarından oluşacak olan bu fon,^[76] BM tarafından değil, Sierra Leone'de olduğu gibi doğrudan Mahkeme tarafından idare edilecektir.^[77] Mahkeme yargıçları,

[73] Imaddin Muhamad, "The Co-operation of Third States with the International Tribunals", *Damascus University Journal*, Vol. 31, No. 1, 2015, s. 15 vd.

[74] Gianluca Serra, "Special Tribunal for Lebanon A Commentary on its Major Legal Aspects", *International Criminal Justice Review*, Vol. 18, No. 3, 2008, s. 344 vd.; Oral, *Lübnan Özel*, s. 84.

[75] Mahkemenin Usul ve Delil Kuralları için bkz. Special Tribunal for Lebanon Rules of Procedure and Evidence, https://www.stl-tsl.org/images/RPE/20140403_STL-BD-2009-01-Rev-6-Corr-1_EN.pdf (Erişim Tarihi: 26.08.2017).

[76] Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon, mad. 5.

[77] Oral, *Lübnan Özel*, s. 89.

savcıları, yazman ve Savunma Ofisi Başkanının dokunulmazlık ve bağıışıklıkları bulunmaktadır.^[78]

Görüldüğü gibi Lübnan Özel Mahkemesi, yetkileri ve çalışma usulleri itibariyle karma özelliğe sahiptir. Güvenlik Konseyi tarafından kurulmuş olması, Mahkemenin organizasyonu ve merkezinin Lübnan dışında bulunması, uluslararası niteliğini, buna karşılık, maddi hukuk olarak Lübnan hukukunun uygulanması, uluslararası yargıçların yanında Lübnanlı yargıçların da görev yapması, aynı zamanda ulusal bir yönünün bulunduğunu da göstermektedir.^[79] Mahkeme, diğer uluslararası yargı kuruluşlarından farklı özelliklere sahip olmasıyla *sui generis* bir kurum olarak nitelendirilmektedir.^[80]

e) Doğu Timor (Timor-Leste) Ciddi Suçlar Panelleri

Kosova'da olduğu gibi, Doğu Timor'da da BM Güvenlik Konseyi tarafından geçici bir yönetim kurulmuştur. 25 Ekim 1999 tarihinde BM Güvenlik Konseyi, Doğu Timor'u yönetmek için Birleşmiş Milletler Doğu Timor Geçici Yönetim Misyonunun (UNTAET)^[81] kurulmasını kararlaştırmıştır.^[82] Güvenlik Konseyi, Kararında Geçici Yönetimi adaletin sağlanması konusunda da yetkilendirmiştir (para. 1). Geçici Yönetim, bu amaçla yargı sistemini oluşturmak için, 6 Mart 2000 tarihinde "Doğu Timor'da Mahkemelerin Örgütlenmesi Konusundaki Tüzüğü"^[83] ve daha sonra ise, 6 Haziran 2000 tarihinde "Ciddi Suçlar Konusunda Münhasır Yetkili Panellerin Kurulması Konusundaki Tüzüğü"^[84] kabul ederek Ciddi Suçlar Panellerini oluşturmuştur.^[85]

[78] Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon, mad. 11. Ayrıca bkz. mad. 9-12.

[79] Çağırın, *Uluslararası Lübnan*, s. 66-67.

[80] Melia Amal Bouhabib, "Power and Perception: The Special Tribunal for Lebanon", *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*, Vol. 3, No. 1, 2010, s. 199; Çağırın, *Uluslararası Lübnan*, s. 61.

[81] The United Nations Transitional Administration in East Timor.

[82] S/RES/1272 (1999).

[83] Regulation No. 2000/11, "On the Organization of Courts in East Timor".

[84] Regulation No. 2000/15, "On the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences".

[85] Geniş bilgi için bkz. Suzannah Linton, "Prosecuting Atrocities at the District Court of Dili", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 2, No. 2, 2001, s. 414 vd.; Caitlin Reiger ve Marieke Wierda, *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*, *International Center for Transitional Justice*, 2006, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-TimorLeste-Criminal-Process-2006-English.pdf> (Erişim Tarihi: 31.08.2017).

Tüzüğe göre Panellerin zaman bakımından yetkisi, 1999 yılında Endonezya'nın bölgeden ayrılması sonrası işlenen suçların yargılanması amacıyla 1 Ocak 1999 ve 25 Ekim 1999 tarihleri arasını kapsamaktadır (mad. 2.3). Panellerin konu bakımından yetkisi, Tüzükte düzenlenen soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, öldürme, cinsel suçlar ve işkencedir (mad. 1.3). Paneller, yargılamalarda temel olarak Geçici Yönetimin çıkardığı Tüzüklerin yanında, uygun olduğu ölçüde andlaşmaları ve uluslararası silahlı çatışma hukuku ilkeleri de dâhil olmak üzere uluslararası hukuk kurallarını uygulayacaklardır (mad. 3). Paneller, iki uluslararası ve bir Doğu Timor yargıcından oluşacaktır (mad. 22).

20 Mayıs 2002 tarihinde Doğu Timor bağımsız bir devlet olmuş ve BM Güvenlik Konseyi Kararı^[86] ile UNTAET'in faaliyetleri sona ermiştir. Bu tarihten itibaren BM Doğu Timor Destek Misyonu (UNMISSET)^[87] faaliyetlerine başlamıştır. UNMISSET'in görev süresini 20 Mayıs 2005 tarihinde sona erdiren BM Güvenlik Konseyi Kararı^[88] ile Panellerin de görevinin sona ermesi öngörülmüştür. Ancak Doğu Timor Anayasası ile Ciddi Suçlar Panellerinin mevcut davaları sonuçlandırınca kadar faaliyet göstermesi sağlanmıştır (mad. 163).

4. KOSOVA UZMAN DAİRELERİ

a) Kosova Uzman Dairelerinin Kuruluş Süreci

Kosova Uzman Dairelerinin^[89] kuruluşu, 7 Ocak 2011 tarihli Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinin Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raportörü Dick Marty tarafından hazırlanan "Kosova'da İnsanlara İnsanlık Dışı Muamele ve Yasadışı Organ Kaçakçılığı Konusundaki Rapora" dayanmaktadır.^[90] Rapor, daha sonra 25 Ocak 2011 tarihinde Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi tarafından onaylanmış^[91] ve iddialara yönelik soruşturmalar, EULEX gözeti-

[86] S/RES/1410 (2002).

[87] The United Nations Mission of Support in East Timor.

[88] S/RES/1573 (2004).

[89] İnternet sayfası için bkz. <https://www.scp-ks.org/en> (Erişim Tarihi: 19.09.2017).

[90] "Inhuman Treatment of People and Illicit Trafficking in Human Organs in Kosovo", the Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Doc. 12462, 7 January 2011

[91] "Resolution on Investigation of Allegations of Inhuman Treatment of People and Illicit Trafficking in Human Organs in Kosovo", Resolution 1782 (2011). Uzman Dairelerin kuruluş sürecine ilişkin olarak ayrıca bkz. Bodo Weder, "Progress Undone? Trading Democracy for Solving the Status Dispute in Kosovo", *Democratization Policy Council Policy Paper*, Berlin, 2015, <http://www.helsinki.org.rs/doc/DPC%20Policy%20Paper%20>

minde, bu amaçla kurulan Özel Soruşturma Görev Gücü (SITF)^[92] tarafından başlatılmıştır. Raporda, etnik azınlıklar ve siyasi rakiplere karşı çeşitli suçlar işlendiği, UÇK içindeki bir grubun, çatışmadan sonra ellerindeki esirleri Arnavutluk'a götürerek öldürdüğü ve bu kişilerin organlarını sattığı ve Kosova eski Başbakanı ve şimdiki Cumhurbaşkanı Haşim Taçi'nin de organ kaçakçılığı dâhil olmak üzere işlenen bazı suçlarda rolü olduğu iddia edilmiştir. Anlaşıldığı kadarı ile Kosova'da geçiş dönemi adaletinin sağlanması konusunda, Kosova Arnavutlarının taleplerinin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, UNMIK ve EULEX yargı mekanizmaları yoluyla karşılandığı düşünüldüğü için, Sırp topluluğunun talepleri çerçevesinde de Uzman Dairelerin kurulması yoluna gidilmiştir.

Kosova, ABD ve AB'nin baskısıyla, çatışma sırasında ve sonrasında işlendiği iddia edilen suçların soruşturulmasını ve yargılanmasını kabul etmek zorunda kalmıştır.^[93] Kosova Uzman Daireleri, Kosova'nın uluslararası yükümlülüklerinin sonucu ortaya çıkmıştır. Zira Kosova ve Avrupa Birliği arasında mektup teatisi yoluyla gerçekleştirilen "Kosova Cumhuriyeti ve Avrupa Birliği Arasında Kosova'da Avrupa Birliği Hukukun Üstünlüğü Misyonu Hakkındaki Uluslararası Anlaşma" ile Kosova, Kosova yargı sistemi içinde uzman bir mahkeme ve uzman bir savcılık ofisinin kurulması konusunda yükümlülük altına girmiştir. Mahkemenin Kosova'da kurulması öngörülmekle birlikte, iddiaların durumuna göre hassas yargılamaların Kosova dışında yapılması kararlaştırılmıştır.^[94]

[Trading%20Democracy%20in%20Kosovo.pdf](#) (Erişim Tarihi: 18.09.2017); Tolga Ezik, "Kosova Meclisi, Batı Baskısı Altında Özel Savaş Suçları Mahkemesi Kurulması Kararını Onayladı", <http://avim.org.tr/tr/Yorum/KOSOVA-MECLISI-BATI-BASKISI-ALTINDA-OZEL-SAVAS-SUCLARI-MAHKEMESI-KURULMASI-KARARINI-ONAYLADI> (Erişim Tarihi: 18.09.2017).

[92] The Special Investigative Task Force.

[93] Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisinin kurulabilmesi için gerekli anayasa değişikliği oylamasından önce, Başbakan Mustafa, milletvekillerinden "Evet" oyu kullanmalarını istemiştir. Mustafa, Savaş Suçları Özel Mahkemesinin kurulmasının Kosova'nın stratejik ortakları ABD ve AB'ne üye ülkelerinin talebi olduğunu, bu Mahkemenin Avrupa Konseyi tarafından soruşturulan suçları araştıracağını açıklamıştır. Başbakan, "Özel Mahkemenin kurulması, bu ülkenin adaleti uygulamaya başladığını dünyaya göstermesi demektir." demiştir. <https://www.haberler.com/kosova-da-savas-suclari-ozel-mahkemesi-nin-kurulma-7567763-haberi/> (Erişim Tarihi: 03.08.2017).

[94] Kosova'yı yükümlülük altına sokan Kosova Başkanının 14 Nisan 2014 tarihli mektubu için bkz. 23 Nisan 2014 tarihli "Kosova Cumhuriyeti ve Avrupa Birliği Arasında Kosova'da Avrupa Birliği Hukukun Üstünlüğü Misyonu Hakkındaki Uluslararası Anlaşmanın Onaylanması Hakkındaki Kanun" (Law No. 04/L-274, "Law on Ratification of the International Agreement between the Republic of Kosovo and the European Union on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo").

Kosova'nın kabul ettiği bu yükümlülük doğrultusunda, ilgili Anayasa değişikliği, Kosova Meclisi önüne iki kez gelmiş ancak reddedilmiştir. Kosova Meclisi, baskılar sonucu, nihayet 3 Ağustos 2015 tarihinde Anayasa değişikliğini gerçekleştirmiş^[95] ve "Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisi Hakkındaki Kanunu"^[96] (bundan sonra "Kanun") kabul etmiştir. Dolayısıyla Kanuna göre, Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisi, savaş sırasında Kosova'da işlendiği iddia edilen ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinin söz konusu Raporunda belirtilen ve Kosova Cumhuriyeti Özel Savcılık Ofisi Özel Soruşturma Görev Gücünün (SITF) ceza soruşturmasına konu olan ciddi sınır ötesi ve uluslararası suçları, araştırmak, soruşturmak ve yargılamak için Kosova yargı sistemi içinde kurulmuştur (mad. 1.2).^[97]

Kosova Uzman Daireleri, Kosova'nın uluslararası yükümlülüklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmasına rağmen, Kosova iç hukukuna göre kurulmuştur. Uzman Dairelerin kurucu belgesi bir Kosova kanunudur. Uzman Daireler, bu yönüyle Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Dairelerinin kuruluşuna benzetilmektedir. Zira her ikisi de iç hukuktaki bir yasama işlemiyle kurulmuştur.

Anlaşmada, iddiaların durumuna göre hassas yargılamaların Kosova dışında yapılması kararlaştırıldığı için, söz konusu bu "Uzman Yargı Kurumunun" Hollanda'da merkezinin oluşturulması amacıyla Kosova ve Hollanda arasında 15 Şubat 2016 tarihinde bir evsahibi anlaşması imzalanmıştır.^[98] Kanunda da, Uzman Dairelerin Kosova ve Kosova dışında bir ülkede merkezinin bulunacağı öngörülmektedir (mad. 3.6).^[99] Melez mahkemeler, genellikle olayların gerçekleştiği ülkede faaliyet göstermektedirler. Bununla birlikte, Lübnan Özel Mahkemesi örneğinde olduğu gibi Uzman Daireler, Lahey'de faaliyet göstermektedir ve bu açıdan diğer melez mahkemelerden farklılık göstermektedir.

Kosova'da savaş süresince ve savaş sonrası dönemde, sınır ötesi ve uluslararası suçlar işlediği iddia edilen kişileri yargılamak için kurulan Kosova'da faaliyet gösteren uluslararası adalet kurumlarının (UNMIK ve EULEX) ve yerel ceza kurumlarının başarısızlığı; söz konusu döneme ilişkin karmaşık ceza davalarını yargılayacak işlevsel mekanizmaların kurulması için savaş sonrası dönemde

[95] No. 05-D-139, "Amendment of the Constitution of the Republic of Kosovo".

[96] Law No. 05/L-053, "Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office".

[97] Anayasa mad. 162.1.

[98] Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Kosovo concerning the Hosting of the Kosovo Relocated Specialist Judicial Institution in the Netherlands.

[99] Anayasa mad. 162.7.

Kosova'yı yöneten hükümetlerin isteksizliği; adil, etkin ve siyasi olarak etkilenmemiş, ülkenin tamamına yayılmış bir ceza adaleti sistemi kurma konusunda ülkenin sorumlu kurumlarının yetersizliği iddiaları gibi faktörlerin, Uzman Dairelerin kurulması gerekliliğini zorladığı ifade edilmektedir.^[100]

Bununla birlikte Uzman Dairelerin kuruluş düşüncesi de eleştirilmektedir. Zira bu Dairelerin kurulması, Kosova Arnavut halkını bastıracağı ve 1998-1999 yıllarındaki özgürlük savaşını lekeleyecek bir adaletsizliği doğuracağı; Kosova dâhil eski Yugoslavya Federasyonunda her yerde işlenen vahşet için saldırgan Sırp ordusu ve polisi üyelerinin özel bir mahkeme yoluyla cezalandırılmadan bırakılmasına rağmen, kendisini koruyan bir ülkenin savunma militanlarının üyelerinin ikinci kez yargılanmasının insanlık tarihinin ilk vakası olduğu; bazı UÇK komutanlarının Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile yüzleşmesine ve bazılarının da Sırbistan'daki Sırp mahkemeleri tarafından cezalandırılmaları gerçeğine rağmen, Özel Dairelerin kurulmasının, ülkesini savunanların ve kurbanların cezalandırıldığı; saldırgan devlet lehine bir durum oluşturan tehlikeli bir örnek meydana getirdiği; bu ve diğer sebepler yüzünden uluslararası toplumun Kosova ve halkı aleyhine adaletsiz bir muamelede bulunduğu gibi gerekçelerle eleştirilmiştir.^[101] Tüm bu durumların Uzman Dairelere *sui generis* nitelik veren unsurlar olduğu ifade edilmektedir. Bu unsurların başında, Uzman Dairelerin uluslararası çifte yargılamaya neden olması gösterilmektedir. Zira 1998-1999 yıllarındaki savaş suçları ve insanlığa karşı suçların başlangıçta Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından, şimdi de bazı uluslararası özellikleri olan Kosova Uzman Daireleri tarafından yargılanacağı ve yargılamaların sadece UÇK asker ve komutanlarına yönelik olduğu, saldırganlığı değil savunmayı yargıladığı, Arnavut milliyetine mensup kişiler aleyhine etnik ölçüt temeline dayalı ayrımcı bir yargılama oluşturulduğu ifade edilmektedir. Bu durumun istikrarsızlığa yol açacağı ileri sürülmektedir.^[102]

Uzman Dairelerin kuruluş aşamasında isimlendirme konusu da gündeme gelmiştir. Başlangıçta mekanizmanın, "özel mahkeme (special court)" olarak isimlendirilmesi eğilimi söz konusu iken, bu durumun sorunlu olduğu düşüncesi

[100] Azem Hajdari, "Several Characteristics of the Special International Court for Kosovo", *European Scientific Journal*, Vol. 12, No. 19, July 2016, s. 149.

[101] Ibid, s. 150. Ayrıca Uzman Dairelerin ileride karşılaşılabileceği çeşitli sorunlar hakkında bkz. Azem Hajdari, "Several Features the Special Court for Kosovo and Challenges that May Face during the Proving the Process of Concrete Criminal Cases", *Journal of Studies in Social Sciences*, Vol. 16, No. 1, 2017, s. 83 vd.

[102] Hajdari, *Several Features*, s. 88 vd.

ile bunun yerine “uzman (specialist)” nitelendirmesinde karar kılınmıştır.^[103] Zira “özel mahkeme” düşüncesi, doğal yargıç ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bununla birlikte, “uzman (specialist)” mahkemelerin de, eşitlik ilkesinin zıddı olarak görülen ve Hollanda, Almanya ve İtalya anayasalarında açıkça yasaklanan bir çeşit özel mahkeme (special court) olduğu ve bu durumun doğal yargıç ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir.^[104] Anlaşıldığı kadarı ile Uzman Daireler, Kosova yargı sistemi içinde bir çeşit “ihtisas mahkemesi” olarak tasarlanmıştır.^[105] Zira mevcut yargı sisteminden ayrı olarak kurulacak bir özel mahkemenin, doğal yargıç ilkesine aykırılık teşkil etmesi ve tartışmaları beraberinde getirmesi söz konusu iken, “Uzman Daireler” nitelendirmesinin

[103] Andrea Capussela, “The paradoxical Kosovo ‘special court’ was a guarantee of political stability – that is why the ruling class wanted it”, *South East Europe Blog* (02 July 2015), <http://blogs.lse.ac.uk/lsee/2015/07/02/the-paradoxical-kosovo-special-court-was-a-guarantee-of-political-stability-that-is-why-the-ruling-class-wanted-it/> (Erişim Tarihi: 18.09.2017).

[104] Andrea Loreanzo Capussela, “The EU in Kosovo: Crime and Punishment”, <http://www.politico.eu/article/the-eu-in-kosovo-crime-and-punishment/> (Erişim Tarihi: 18.09.2017). Kosova’nın siyasi liderlerinden birisi olan ve bu tür bir yargılamaya karşı çıkan Albin Kurti’ye göre “Özel Daire” ismi, Kosova yargı gücünü dışlayan ve devletin kendisinden çok daha güçlü bir sistemin inşa edilmekte olduğunu gizlemek için düşünülmüştür. Oysa bu mahkemenin nasıl yapılandırıldığına bakarsak, görülenler şunlardır; Özel Mahkemenin yargıç ve savcılarını Kosova Mahkemeleri Konseyi seçmeyecek, Kosova Mahkeme Konseyine karşı hiçbir sorumluluk taşımayıp, hiçbir açıklama zorunlulukları olmayacaktır. Yani Özel Mahkeme, başka devletlerle uluslararası anlaşmalar yapma hakkına sahip olup ve bu şekilde Kosova’yı Kosova Parlamentosunun onayını alma gereği duymadan uluslararası yükümlülüklerin altına sokacaktır. Mahkeme ofislerinin büyük kısmı Kosova dışında olup, dolayısıyla yargı ve ceza süreci de, Kosova toprakları dışında gerçekleşecektir. Bunun diğer anlamı, vatandaşların ülkesine iade hakkının Kosova Parlamentosunda tartışılıp karar alınmasına gerek duyulmaması çok net olarak bir “Özel Daire” ile değil, Kosova Devleti’nin üzerinde olan bir “Özel Mahkeme” ile karşı, karşıya olduğumuzu göstermektedir. Bu noktada eğer isim bir şeyleri gizlemeye çalışıyorlarsa, “özel” lakabı da, dış güçlerin bize sürekli olarak bir *sui generis* vaka olarak baktığını göstermektedir.” <http://politikaakademisi.org/2015/05/12/albin-kurti-ile-roportaj/> (Erişim Tarihi: 19.09.2017).

[105] Belirli nitelikteki uyumsuzluklara bakmak için kurulmuş olan mahkemelere “ihtisas mahkemeleri” denir. İhtisas mahkemeleri, kapsamı kanun ile belirlenen belirli bir alandaki anlaşmazlık veya uyumsuzluktan doğan davalar için görevli olan yargı yerleridir. İhtisas mahkemelerinin baktığı işler, genel değil, özel niteliklidir; belirli kişiler ya da konular bakımından sınırlandırılmıştır. İhtisas mahkemeleri, yalnız özel kanunlarında gösterilmiş olan davalara bakarlar. Bunun dışındaki işler ve davalar, genel mahkemelerin görev alanına girer. Asıl olan, bir davanın genel mahkemede görülmesidir. Özel mahkemede bakılacağına ilişkin özel bir kanun hükmü bulunmayan her dava, genel mahkemede görülür. Bu bakımdan ihtisas mahkemelerinin görevleri istisnai niteliktedir. Levent Ünsal, “Örgütlü Suçlulukta İhtisas Mahkemeleri”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt 4, Sayı 32, 2012, s. 37 vd.

bu algıyı kırmaya yönelik bir çaba olarak, zaten faaliyette olan Kosova yargı sistemine ihtisas mahkemeleri olarak eklendiği düşünülebilir. Bununla birlikte Uzman Daireleri ifade etmek amacıyla, “özel mahkeme” ifadesinin kullanıldığı da görülmektedir.^[106] Biz makalemizde Kanundaki kullanımın aslına uygun olarak, “Uzman Daireler” isimlendirmesini tercih ettik.

Henüz yargılama faaliyetine başlamayan Kosova Uzman Daireleri, ulusal ve uluslararası özelliklere sahip “melez” bir yargı mekanizmasıdır.^[107] Uzman Dairelerinin, uluslararası, ulusal ya da melez bir niteliğine sahip olduğunu belirleyebilmek için kuruluşu, yapısı, yetkileri ve bağlı olduğu hukuk kuralları açısından bir değerlendirme yapmak ve bu değerlendirme yapılırken de, Uzman Dairelerin uluslararası ve ulusal özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Uzman Daireler, bu açıdan hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk unsurları içermektedir. Aşağıda Uzman Dairelerin uluslararası ve ulusal özellikleri değerlendirilecektir.

b) Kosova Uzman Dairelerinin Yetkisi

i) Zaman Bakımından Yetkisi

Kosova Uzman Dairelerinin zaman bakımından yetkisi (*ratione temporis*), 1 Ocak 1998 ve 31 Aralık 2000 tarihleri arasında işlenen ve konu bakımından yetkisine giren suçları kapsamaktadır (mad. 7). Uzman Dairelerin konu bakımından yetkisine girse de, bu tarihlerin dışında işlenen suçları yargılama yetkisi yoktur. Bu üç yıllık zaman dilimi, savaş öncesi, savaş dönemi ve savaş sonrası süreci içermektedir. Belirli bir zaman diliminde işlenen suçları yargılama yetkisine sahip olması bakımından, Uzman Daireler *ad hoc* nitelik taşımaktadır. Zira Uzman Daireler, yetki alanına giren suçların yargılanmasını tamamladıktan sonra faaliyetini sona erdirecektir.^[108] Melez mahkemeler, genel olarak zaman bakımından yetki itibariyle belirli dönemleri kapsamaları bakımından *ad hoc* niteliktedir.^[109]

[106] Bkz. Hajdari, *Several Features*.

[107] Melez mahkemeler konusundaki terminoloji farklılıklarına bir örnek olarak, uluslararası ceza yargılaması alanında, “bölgelleşme” süreci için daha ileri bir adımı temsil ettiği ifade edilen Uzman Dairelerin, “karma” ya da “uluslararasılaşmış” olarak nitelendirildiği de görülmektedir. Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 33.

[108] Hajdari, *Several Characteristics*, s. 156. Anlaşma çerçevesinde Uzman Dairelerin yetkisi, beşer yıllık dönemler bakımından geçerlidir. Anayasa mad. 162.13, 162.14.

[109] Bununla birlikte, daha önce de ifade edildiği gibi, öğretilerde *ad hoc* mahkeme kavramı, genellikle Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası

ii) Yer Bakımından Yetkisi

Kosova Uzman Dairelerinin yer bakımından yetkisi (*ratione loci*), 1 Ocak 1998 ve 31 Aralık 2000 tarihleri arasında yürürlükte olan uygulanabilir ceza kanunları uyarınca Kosova mahkemelerinin yer bakımından yetkisine uygun olarak, Kosova'da icrasına başlanan ya da işlenen ve konu bakımından yetkisine giren suçları kapsamaktadır (mad. 8). Uzman Dairelerin konu bakımından yetkisine giren suçları yargılayabilmesi için, söz konusu suçların Kosova'da işlenmiş olması ya da Kosova'da icrasına başlanmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu suçların Uzman Dairelerin yer bakımından yetkisine girebilmesi için, Kosova'da icrasına başlanılmış olup, Kosova'da ya da Kosova dışında tamamlanmış olması ya da Kosova dışında icrasına başlanılmış olup, Kosova'da tamamlanmış olması gerekmektedir.^[110]

iii) Kişi Bakımından Yetkisi

Kosova Uzman Dairelerinin kişi bakımından yetkisi (*ratione personae*), gerçek kişileri kapsamaktadır (mad. 9/1). 1 Ocak 1998 ve 31 Aralık 2000 tarihleri arasında yürürlükte olan uygulanabilir ceza kanunları uyarınca Kosova mahkemelerinin aktif ve pasif kişisel yetkisine ve yer bakımından yetkisine uygun olarak, Kosova Uzman Dairelerinin kişi bakımından yetkisi, Kosova/Yugoslavya Federal Cumhuriyeti vatandaşı olan kişileri ya da söz konusu suçlar nerede işlenmiş olursa olsun, Kosova/Yugoslavya Federal Cumhuriyeti vatandaşı olan kişilere karşı konu bakımından yetkisi kapsamındaki suçları işleyen kişileri kapsamaktadır (mad. 9/2). Sonuç olarak Uzman Dairelerin kişi bakımından yetkisi, Kosova vatandaşı olsun ya da olmasın tüm kişileri kapsamaktadır. Bu hükmün, Uzman Dairelerin Arnavutluk Cumhuriyeti vatandaşlarını da yargılayabileceği anlamına geldiği ifade edilmektedir.^[111]

iv) Konu Bakımından Yetkisi

Kosova Uzman Dairelerinin konu bakımından yetkisi (*ratione materiae*), öncelikle Kanununun 12-16. maddelerin de düzenlenen suçları kapsamaktadır (mad. 6.1). Kanun, 12. madde ile açıkça uluslararası hukuka atıf yapmaktadır.

Mahkemesini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu iki durum birbiri ile karıştırılmamalıdır. Higonnet, *Restructuring Hybrid*, s. 352.

[110] Bu durumda savaş sırasında bir Kosova vatandaşlarıyla ilgili bile olsa, Sırbistan sınırları içerisinde kalan Presheva Vadisinde bir suç işlenmiş olması durumunda Uzman Daireler yetkisiz olacaktır. Hajdari, *Several Features*, s. 95.

[111] *Ibid*, s. 95.

Buna göre Uzman Daireler, uluslararası örf ve adet hukukunu, uluslararası örf ve adet hukuku ile uyumlu olduğu ölçüde Kosova ceza hukukunu uygulayacaktır (mad. 12). Yargıçlar, suçun işlendiği zamandaki uluslararası örf ve adet kurallarını belirlerken, ad hoc mahkemeler, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve diğer ceza mahkemelerinin içtihatları gibi uluslararası hukukun ikincil kaynakları da dâhil, uluslararası hukuk kaynaklarından yararlanabileceklerdir (mad. 3.3).^[112]

Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinin Raporunda da belirtilen, uluslararası hukuka göre insanlığa karşı suçlar (mad. 13), uluslararası hukuka göre savaş suçları (mad. 14) ve Kosova hukukuna göre çeşitli suçlar da (mad. 15) Uzman Dairelerin konu bakımından yetkisine girmektedir. 13. maddenin, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine ve Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesine de atıf yaptığı görülmektedir. Uzman Daireler, aynı zamanda yargılamalarını ceza adaleti standartlarına ilişkin uluslararası insan hakları hukukuna göre yapacaktır (mad. 3.2.e).

Uzman Dairelerin konu bakımından yetkisi, Kosova iç hukukunu da kapsamaktadır. 20 Nisan 2012 tarihli Kosova Cumhuriyeti Ceza Kanununun^[113] XXXII. Bölümünün 384-386, 388, 390-407, XXXIII. Bölümünün 409-411, 415, 417, 419, 421 ve XXXIV. Bölümünün 423-424. maddelerinde düzenlenen suçlar, Uzman Dairelerin konu bakımından yetkisine dâhildir (mad. 6.2 ve 15.2). UNMIK'in 1999/24 sayılı Tüzüğüne uygun olarak, Uzman Dairelerin konu bakımından yetkisi, ayrıca geçmiş ceza düzenlemeleri bakımından 1976 Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti Ceza Kanunu, 1977 Kosova Sosyalist Özerk Bölge Ceza Kanunu ya da 1989 ve 27 Ekim 2000 tarihleri arasında yürürlükte olan daha lehe olan kanunları da kapsamaktadır (mad. 15.1).

Kanunda uluslararası hukuka göre insanlığa karşı suç (mad. 13) ve savaş suçu (mad. 14) oluşturan eylemlerinden dolayı, Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı ya da sorumlu Hükümet görevlileri dâhil suçlanan kişilerin resmi makamları, ne bu kişilerin ceza sorumluluklarını ortadan kaldıracaktır ne de cezalarını hafifletecektir (mad. 16.1.b). Diğer çeşitli melez mahkeme örneklerinde olduğu gibi, Uzman Dairelerin konu bakımında yetkisine giren suçlar bakımından af yasağı getirilmiştir.^[114]

[112] Bununla birlikte Uzman Dairelerin, söz konusu mahkemelerin kararlarına uyma yükümlülükleri yoktur. Shkëlzen Selimi, "The Specialist Court for Kosovo: Continuity or Departure from the Hybrid Courts Model?", *Academicus-International Scientific Journal*, Nr. 13, 2016, s. 37.

[113] Code No. 04/L-082, "Criminal Code of the Republic of Kosovo".

[114] Örneğin Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Daireleri, Lübnan Özel Mahkemesi.

Uzman Dairelerin konu bakımından yetkisi, diğer bir ifadeyle uygulayacağı hukuka bakıldığında, uluslararası hukuku uygulama konusunda yetkilendirildiği görülmektedir. Dolayısıyla uygulanacak hukuk açısından bakıldığında Uzman Daireler, hem uluslararası hukuku hem de ulusal hukuku uygulaması dolayısıyla melez bir özellik göstermektedir. Uzman Daireler, bu bakımdan Lübnan Ceza Kanununun uygulandığı Lübnan Özel Mahkemesi dışında, diğer melez mahkemelerle benzerlik göstermektedir. Zira bu mahkemelerde ulusal ve uluslararası hukuk, mahkemelerin konu bakımından yetkisine girmektedir.

v) Yarışan Yetkiler Sorunu

Kanunda Uzman Daireler ile diğer mahkemeler arasındaki yetki çatışması sorunu da düzenlenmiştir. Buna göre, yetkisi dâhilindeki yargılamalarda Uzman Daireler, Kosova'daki diğer mahkemelere göre önceliğe sahip olacaktır (mad. 10.1). Soruşturma ve yargılamanın herhangi bir aşamasında, Uzman Daireler ya da Uzman Savcı, Kosova'daki herhangi bir savcı ya da mahkemeden, yetkisi içindeki yargılamaların kendilerine nakline karar verebilir. Devlet savcısı ya da mahkeme, söz konusu davaya ilişkin tüm dosyaları Uzman Dairelere göndermek zorundadır. Uzman Dairelerin nakil kararı, kesin ve bağlayıcıdır (mad. 10.2). Uzman Dairelerin bu yetkisi, EULEX yargıç ve savcılarının bakımından da geçerlidir. Kosova'daki EULEX Yargıç ve Savcılarının Yargı Yetkileri, Dava Seçimleri ve Dava Paylaşımları Hakkındaki Kanun, Uzman Daireler önündeki davalarda uygulanmayacaktır (mad. 10.3). Diğer Kosova mahkemeleri ve savcılarının da, Uzman Dairelerin yetki alanına giren davaları, gecikmeksizin Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisine bildirme yükümlülüğü vardır (mad. 11). Yarışan yetkiler açısından diğer çeşitli melez mahkeme örneklerinde olduğu gibi, Uzman Daireler, yetkisi dâhilindeki yargılamalarda Kosova'daki diğer mahkemelere göre önceliğe sahip olacaktır.^[115]

c) Kosova Uzman Dairelerinin ve Uzman Savcılık Ofisinin Yapısı

Kanuna göre Uzman Dairelerin ve Uzman Savcılık Ofisinin yapısı temel olarak, *i*) Uzman Daireler ve *ii*) Uzman Savcılık Ofisinden oluşmaktadır (mad. 24).

i) Uzman Daireler

Uzman Daireler, Daireler ve Yazmanlıktan oluşmaktadır (mad. 24.1). Daireler, *i*) Temel Yargılama Dairesi (Basic Court Chamber), *ii*) Temyiz Dairesi (Court of Appeals Chamber), *iii*) Yüksek Mahkeme Dairesi (Supreme Court Chamber)

[115] Örneğin Sierra Leone Özel Mahkemesi, Lübnan Özel Mahkemesi.

ve iv) Anayasa Mahkemesi Dairesidir (Constitutional Court Chamber). Temel Yargılama Dairesi, üç yargıç ve bir yedek yargıçtan, Temyiz Dairesi, Yüksek Mahkeme Dairesi ve Anayasa Mahkemesi Dairesi ise her biri üç yargıçtan oluşmaktadır (mad. 25.1).

Uzman Daireler, Kosova Anayasal sistemi içinde kurulmasına rağmen, yargı sistemi içinde dikey olarak bütünleşmiş bir şekilde özerk olarak faaliyet gösterecektir.^[116] Kanuna göre Uzman Daireler, görevlerini yerine getirirken bağımsız davranacaklardır (mad. 3.1). Uzman Daireler, Kosova yargı sistemi^[117] içinde faaliyet gösteren ancak sadece uluslararası yargıçlardan oluşan bir ceza yargılama mekanizması olarak kurulmuştur. Zira Uzman Dairelerin her seviyesi, Kosova yargı sisteminde karşılık gelen yargı aşamaları ile ilişkilendirilmiş ve ceza yargılamaları yapan ek daireler olarak kurulmuştur. Örneğin Anayasa Mahkemesi Uzman Dairesi, Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisinin konu bakımından yetkisine giren meselelerde, anayasal başvuruları inceler (mad. 3.1) ve bu konuda Anayasanın yorumlanması bakımından nihai mercidir (mad. 49.1). Dolayısıyla Kosova Uzman Daireleri, Kosova yargı sistemi içinde faaliyet gösteren ihtisas yargı mercileri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönüyle Kosova Uzman Daireleri, Kosova yargı sisteminin bir parçasıdır ve uluslararası mahkeme olarak nitelendirilemez.

Uzman Daireler, şekli olarak Kosova yargı sistemi içinde faaliyet gösteren bir mekanizma olarak kurulmakla birlikte (mad. 1.2, 3.1), bağımsız hukuksal rejime sahip olacaktır. Melez mahkemelerin işlevlerini yerine getirebilmeleri bakımından olağan karşılansa da, bir uluslararası mahkeme gibi (bir bakıma Ceza Muhakemesi Kanunu olan) Usul ve Delil Kuralları^[118] ile kendi sistemini oluşturacağı, uygulamada Uzman Dairelerin Kosova hukuksal sistemi çerçevesi dışında faaliyet göstereceği ifade edilmektedir.^[119]

[116] Dren Doli at.al., *Promising Early Years: The Transformative Role of the Constitutional Court of Kosovo*, Analitika-Center for Social Research, Sarajevo, 2016, s. 23. Kosova Anayasa Mahkemesi, bu durumun Anayasa aykırı olduğu iddiası ile yapılan başvuruyu reddetmiştir. Karar için bkz. Constitutional Court of the Republic of Kosovo, "Assessment of an Amendment to the Constitution of the Republic of Kosovo proposed by the Government of the Republic of Kosovo and Referred by the President of the Assembly of the Republic of Kosovo on 9 March 215 by Letter No. 05-433/DO-318", Judgment in Case No. Ko26/15, 15 April 2015.

[117] Kosova yargı sistemi için bkz. Law No. 03/L-199, "Law on Courts".

[118] Yargılamaların usul hukuku, Uzman Daire Yargıçları toplantısında kabul edilen Usul ve Delil Kuralları ile düzenlenecektir (mad. 19.1).

[119] Selimi, *The Specialist Court*, s. 36-37.

Yargıçları atama usulü de Kanunda düzenlenmiştir. Buna göre, en az ikisi uluslararası ceza deneyimine sahip uluslararası yargıçlardan oluşan bir Seçim Paneli, Uluslararası Yargıçlar Listesinde yer alabilecek nitelikteki yargıç adaylarını belirleyecek ve adayları, tavsiyeleri ile birlikte AB Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası Misyon Başkanına sunacaktır. AB Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası Misyon Başkanı, adaylar arasından Uzman Dairelerde görev yapacak Uluslararası Yargıçlar Listesini belirleyecektir (mad. 28). Kanunda Uluslararası Yargıçlar Listesinde kaç yargıcın yer alacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Uluslararası Yargıçlar Listesindeki yargıçların sayısı, Uzman Dairelerin etkin çalışmasını sağlayabilecek bir seviyede olacaktır. Bu seviyenin altına düşmesi durumunda, eksiklik aynı yöntemle doldurulacaktır (mad. 29). AB Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası Misyon Başkanı, Uluslararası Yargıçlar Listesinde yer alan yargıçlar arasından bir Uzman Daireler Başkanı (mad. 32.1) ve yardımcısını (mad. 32.4) atayacaktır.^[120] Daha sonra Uzman Daireler Başkanı, Uluslararası Yargıçlar Listesinde yer alan yargıçlar arasından Dairelerde görev yapacak yargıçları atayacaktır (mad. 33.1) ve atayacağı yargıçlardan oluşan Yargılama Panelleri (Trial Panel) oluşturacaktır (mad. 40.1). Dolayısıyla yargıçların atanması konusunda Kosova makamlarının herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu durum, Kosova Uzman Dairelerini diğer Kosova mahkemelerinden farklı kılmakta ve uluslararası boyutunu öne çıkarmaktadır.^[121]

Uzman Dairelere münhasıran atanan yargıç ve savcılarının tamamı uluslararası yargıç ve savcılardan^[122] oluşmaktadır. Uzman Dairelere atanan hiçbir yargıç ya da savcı, Kosova vatandaşı değildir. Bunun yanında yargıç ve savcılar, Kosova makamları tarafından değil, AB Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası Misyon Başkanı tarafından atanmaktadır. Bu durum, Uzman Daireleri, diğer melez mahkemelerden farklılaştırmaktadır. Zira diğer melez mahkemelerin oluşumunda yerel yargıçların görev yapmaları, kurucu belgeleri ile teminat altına alınmıştır. Bununla birlikte, Uzman Dairelerde yerel yargıçlar görev yapmamaktadır. Bu farklılık, Uzman Daireleri, melez mahkemeler arasında bu yönüyle *sui generis* kılmaktadır.^[123] Yerel yargıçların mahkemenin oluşumunda yer almaması, *ad hoc* mahkemeler bakımından da söz konusudur. Bu açıdan Uzman Daireler,

[120] Yargıçların ve Uzman Daireler Başkanının görev süreleri dört yıldır (mad. 30.3, 30.4). Başkanlık görevine Ekaterina Trendafilova atanmıştır.

[121] UNMIK ve EULEX yargıçları dışındaki yerel yargıçlar kastedilmektedir. UNMIK ve EULEX yargıçlarının atanmaları daha önce ele alınmıştır.

[122] Savcılarının atanması, aşağıda ele alınacaktır.

[123] Oluşumu açısından Uzman Dairelerin “uluslararası mahkeme” olarak nitelendirildiği de görülmektedir. Robert Muharremi, “The Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office”, *American Society of International Law*, Vol. 20, Iss. 11, 2016, <https://>

ad hoc mahkemelere benzemektedir. İlgili toplulukların gözünde, melez mahkemelerin meşruiyeti bakımından mahkemenin oluşumunda yerel personelin varlığına dikkat çekilmektedir. Yerel personel eksikliğinin tartışma konusu olabileceği ifade edilmektedir.^[124]

Yazmanlık ise, Uzman Dairelere idari hizmetler sunmakla yükümlüdür (mad. 34.1) ve bir Yazman ve yeteri kadar personelden oluşur (mad. 34.2). Yazman, AB Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası Misyon Başkanı tarafından atanır (mad. 34.4) ve görev süresi dört yıldır (mad. 34.5).

ii) Uzman Savcılık Ofisi

Kanuna göre Özel Soruşturma Görev Gücü (SITF) üzerinde yönetim yetkisi olan Uzman Savcılık Ofisi (mad. 24.2), Uzman Dairelerin yetkisi içindeki suçlardan sorumlu kişileri araştırma ve soruşturmakla görevlidir (mad. 35.1) ve işlevlerini yerine getirirken Uzman Dairelerden, Kosova'daki diğer savcılık makamlarından bağımsızdır, herhangi bir hükümetten talimat alamazlar (mad. 35.5). Uzman Savcılık Ofisi, Uzman Savcı, savcılar, polis ve gerekli diğer personelden oluşmaktadır. Savcılar ve personel, Uzman Savcının tavsiyesi ile AB Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası Misyon Başkanı tarafından atanacaktır (mad. 35.9). SITF Başsavcısı, Uzman Savcı olarak AB Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası Misyon Başkanı tarafından atanacaktır (35.6). Bu göreve 1 Eylül 2016 tarihinde, daha önce Bosna-Hersek Mahkemesi Savaş Suçları Dairesinde çalışan ABD'li SITF Başsavcısı David Schwendiman atanmıştır.^[125] Uzman Savcılık Ofisi polisi, Kosova hukukuna göre Kosova polisinin yetkilerine sahip olacaktır (mad. 35.3).

d) Yargılama Süreci

Uzman Savcılık Ofisindeki Uzman Savcı, diğer savcılar ve polis, Uzman Dairelerin yetkisi dâhilindeki suçlardan cezai olarak sorumlu kişiler için soruşturma yapma yetkisine sahiptir (mad. 38.1). Uzman Savcı, suçun işlendiği konusunda makul şüpheye ulaşması durumunda, hazırlayacağı iddianameyi delillerle birlikte Uzman Dairelere sunacaktır (mad. 38.4).

www.asil.org/insights/volume/20/issue/11/kosovo-specialist-chambers-and-specialist-prosecutors-office (Erişim Tarihi: 19.09.2017).

[124] Selimi, *The Specialist Court*, s. 36.

[125] <https://www.scp-ks.org/en/specialist-prosecutors-office/specialist-prosecutor> (Erişim Tarihi: 12.08.2017).

Hazırlanan iddianame, Ön Duruşma Yargıç (Pre-Trial Judge) tarafından incelenir ve kabul veya reddedilir (mad. 39.2). Ön Duruşma Yargıç davanın duruşmaya hazır olduğuna karar verdikten sonra, Uzman Daireler Başkanı, atayacağı yargıçlardan oluşan bir Yargılama Paneli (Trial Panel) oluşturur (mad. 40.1). Uzman Dairelerin yakalama ve tutuklama yetkisi bulunmaktadır (mad. 41.6). Yargılama Paneli, yargıçlarının oy çokluğu ile karar verir (mad. 43.2). Yargılamaların usul hukuku, Uzman Daire Yargıçları toplantısında kabul edilen Usul ve Delil Kuralları ile düzenlenecektir (mad. 19.1).^[126]

Gözetli süresi kırk sekiz saattir (mad. 41.3.) Sanıklar, suçsuzluk karinesinden yararlanacaklardır (mad. 21.4). Ayrıca Kanun çifte yargılamayı yasaklamaktadır. Buna göre Uzman Daireler tarafından yargılanmış bir kişi, Kosova mahkemelerinde yargılanamayacak, Kosova mahkemelerinde ya da Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinde yargılanmış bir kişi, Uzman Daireler tarafından yargılanamayacaktır (mad. 17).

Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisinin resmi dilleri, Arnavutça, Sırpça ve İngilizcedir. Ön duruşma yargıç ya da panel, bu dillerden herhangi birisini çalışma dili olarak belirleyebilir (mad. 20).^[127]

Uzman Dairelerin yargılama sistemi üç dereceli olarak düzenlenmiştir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, temel yargılama, Yargılama Paneli tarafından yapılır. İkinci derece yargılama aşamasında Temyiz Paneli bulunmaktadır. Üçüncü derecede ise Yüksek Mahkeme Paneli bulunmaktadır.

Uzman Dairelerin, tutuklama gibi ara kararlarına karşı Temyiz Paneline itiraz etmek mümkündür (mad. 45.1). Uzman Dairelerin Temyiz Paneli, aynı zamanda Yargılama Paneli tarafından verilen hükümlere karşı yapılan başvuruların temyiz incelemelerini de yapar (mad. 46.1). Temyiz incelemesi, yeni bir yargılama değildir (mad. 46.2).

Uzman Dairelerin Yüksek Mahkeme Paneli, Temyiz Paneli ya da Yargılama Paneli tarafından verilen belirli hükümlere karşı yapılan başvuru incelemelerini yapacaktır (mad. 47.1). Kanunda olağanüstü kanun yolu olarak yargılamanın iadesi de düzenlenmiştir (mad. 48).

[126] Anayasa mad. 162.6. 17 Mart 2017 tarihinde Uzman Dairelerin ve Uzman Savcılık Ofisinin Usul ve Delil Kuralları kabul edilmiştir. The Rules of Procedure and Evidence Before the Kosova Specialist Chambers, KSC-CC-PR-2017-01/F00001/A01, 27/03/2017. Ancak kabul edilen metin, Anayasa Mahkemesi Dairesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmuş ve bunun üzerine metin revize edilmiştir. Revize edilen metin için bkz. KSC-BD-03/Rev1/2017.

[127] Anayasa mad. 162.9.

Daha önce de ifade edildiği gibi, bu üç dereceli yargılama sisteminin dışında, Kanunda ayrıca Anayasa Mahkemesi Uzman Dairesi düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi Uzman Dairesi, Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisinin konu bakımından yetkisine giren meselelerde, anayasal başvuruları inceler (mad. 3.1) ve bu konuda Anayasanın yorumlanması bakımından nihai mercidir (mad. 49.1).

e) Verilecek Cezalar ve Cezaların İnfazı

Uzman Daireler, suçlu bulunan kişilere en fazla ömür boyu hapis cezası verme yetkisine sahiptir (mad. 44.1). Uzman Daireler, bir kişiyi uluslararası bir suçtan veya iç hukuka ilişkin bir suçtan dolayı suçlu bulursa, suçun işlendiği zamandaki Kosova hukukunu göz önünde bulunduracaktır (mad. 44.2, 44.3). Uzman Daireler, hapis cezasının yanında, eski hale getirmeye, mağdurlara tazminat ödemeye, suçtan elde edilen mallar, varlıklar ve kazançlara el konulmasına da karar verebilecektir (mad. 44.6).

Hapis cezası, mahkûm olmuş şahısları kabul etmek istediklerini Uzman Dairelere bildiren devletlerin arasından, Uzman Daireler Başkanının tayin ettiği bir devlette ve kabul eden devletin kanunlarına uygun olarak Uzman Dairelerin gözetiminde infaz edilecektir (mad. 50).^[128] Verilen hapis cezalarının ülke dışında infaz edilmesi, diğer çeşitli melez mahkeme örneklerinde de görülen bir uygulamadır.^[129]

f) Kosova Uzman Daireleri Kosova Mahkemelerinden Farklı Kılan Diğer Özellikler

Uzman Daireler, diğer Kosova yargısal kurumlarından farklı özelliklere sahiptir. Kosova mahkemelerinden farklı olarak, Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisinin, hukuki kişiliği vardır (mad. 4.1).^[130] Uzman Daireler, Yazmanlık ve Uzman Savcılık Ofisi, görevlerini yerine getirebilmek amacıyla devletlerle, uluslararası örgütlerle ve diğer birimlerle anlaşma yapma yetkisine sahip olacaktır (mad. 4.2). Üçüncü devletlerle yargısal işbirliğine ilişkin herhangi bir anlaşma, Anayasanın 18. maddesine göre^[131] Kosova Meclisinin onayını gerektiren

[128] Anayasa mad. 162.8.

[129] Örneğin Sierra Leone Özel Mahkemesi, Lübnan Özel Mahkemesi.

[130] Anayasa mad. 162.4.

[131] Kosova Anayasasının 18.1. maddesine göre Meclisin üye tam sayısı üçte ikisinin oyuyla onay gerektiren anlaşmalar şunlardır: (1) toprak, barış, ittifaklar, siyasi ve askeri meseleler, (2) temel hak ve özgürlükler, (3) Kosova Cumhuriyeti'nin uluslararası örgütlere üyeliği, (4) Kosova Cumhuriyeti'nin mali sorumluluk üstlenmesi.

anlaşmalardan değilse, anlaşma yürürlüğe girmeden önce yalnızca Kosova Hükümetinin muvafakati yeterli olacaktır (mad. 4.4).^[132] Uzman Daireler, Yazmanlık ve Uzman Savcılık Ofisi, ayrıca, Kosova tarafından yapılan karşılıklı adli yardımlaşma anlaşmalarından yararlanabilir ya da karşılıklılık ilkesi temelinde yardım talebinde bulunabilir (mad. 55.2). Yine Uzman Daireler, Yazmanlık ve Uzman Savcılık Ofisi, görevlerini yerine getirebilmek için üçüncü devletlerle dokunulmazlık ve ayrıcalıklara ilişkin anlaşmalar yapma yetkisine de sahiptir (mad. 56). Uzman Daireler ve Yazmanlık, mahkûm olmuş şahısları kabul etmek istediklerini Uzman Dairelere bildiren devletlerle hapis cezasının yerine getirilmesi konusunda anlaşmalar yapma yetkisine sahiptir (mad. 57.1).

Görüldüğü gibi, *ad hoc* mahkemeler Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Mahkemesi Statülerinin aksine, Kanunda Uzman Dairelerin, üçüncü devletlerin ulusal mahkemelerine karşı bir üstünlüğünden bahsedilmemiştir ve Uzman Daireler bu yönden Sierra Leone Özel Mahkemesi ve Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Dairelerine benzemektedir. Zira melez mahkemelerin genel olarak niteliklerinden biri, bu mahkemelerin diğer ulusal mahkemelere bir üstünlüğünün bulunmamasıdır.

Uzman Dairelerin yetkisi, Kosova Anayasasının 65 (15). maddesine göre çıkarılacak herhangi bir af kanunu ile sınırlandırılmayacaktır. Herhangi bir af, soruşturma ve cezalandırmaya engel teşkil etmeyecektir (mad. 18). Uzman Dairelerin hükümleri, Anayasanın 84 (29). maddesi uyarınca Kosova Cumhurbaşkanı'nın sahip olduğu bireysel af yetkisine konu olamazlar (mad. 51.1).

Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisinin bina, mülk, evrak ve personeli, Kosova'da 20 Şubat 2008 tarihli 03/L-033 sayılı Kanunda^[133] yer alan ayrıcalık ve dokunulmazlıklara sahiptir. Ayrıca, avukatlar, uzmanlar, tanıklar ya da Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisinin faaliyetlerinin bir parçası olarak faaliyet gösteren kişiler de aynı ayrıcalık ve dokunulmazlıklara sahiptir (mad. 52.1). Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisinin bina, mülk, fon, alacak, arşiv ve zabıtları, dokunulmaz ve arama, el koyma, müsadere gibi Kosova makamlarının her türlü müdahalesinden bağımsızdır (mad. 52.2).

Uzman Daireler, Yazmanlık ve Uzman Savcılık Ofisinin arşivleri kendi mülküdür ve Kosova dışında muhafaza edilecektir (mad. 61.1). Bu arşivler nerede olursa olsun dokunulmazdır (mad. 61.2). Uzman Daireler, Yazmanlık ve Uzman Savcılık Ofisinin belgeleri, zabıtları ve arşivleri, güvenlik ve gizlilik

[132] Anayasa mad. 162.5.

[133] Law No. 03/L-033, "Law on the Status, Immunities and Privileges of Diplomatic and Consular Missions and Personnel in Republic of Kosovo and of the International Military Presence and its Personnel".

nedeniyle Kosova'nın kamusal belgeleri olarak kabul edilemezler ve bunlara genel erişim hakkı yoktur (mad. 62.1).

Kosova'daki tüm kişi ve kuruluşlar, Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisi ile işbirliği yapmak ve Uzman Daireler ya da Uzman Savcılık Ofisinin herhangi bir yardım talebini, talimatını, kararını gecikmeksizin yerine getirmek zorundadırlar (mad. 53.1). Uzman Dairelerin kararları, diğer Kosova mahkeme ya da yargıçlarının kararları ile aynı güce sahiptir (mad. 53.2).

Uzman Daireler, seviyelerine göre Kosova yargı sistemi içindeki diğer tüm mahkemelere göre konu bakımından yetki konusunda önceliğe sahiptir (mad. 54.1). Uzman Daireler ya da Uzman Savcılık Ofisi, Kosova'daki diğer mahkeme ya da savcılıklardan konu bakımından yetkisine giren yargılama ve soruşturmaların kendilerine nakli talimatını verebilirler (mad. 54.2).

Uzman Daireler, Yazmanlık ve Uzman Savcılık Ofisi, Uzman Dairelerin konu bakımından yetkisine giren araştırma ve soruşturmalarda, diğer devletler, uluslararası örgütler ya da birimlerden yardım ve işbirliği talebinde bulunabilir ve 4. maddeye uygun olarak devletlerle, uluslararası örgütlerle ve diğer birimlerle bu amaçla anlaşma yapabilirler (mad. 55.1).

Uzman Dairelerin bütçesi,^[134] Kosova bütçesinden değil (mad. 63.1), AB tarafından sağlanmaktadır^[135] ve Uzman Daireler, Kosova mali denetim sistemine tabi değildir (mad. 63.3). Uzman Dairelerin bütçesi, diğer melez mahkeme örneklerinde olduğu gibi, yerel kaynaklardan değil, uluslararası fonlardan finanse edilmektedir.^[136]

Görüldüğü gibi, Kosova Uzman Daireleri, her ne kadar Kosova yargı sisteminin bir parçası olarak kurulmuş olsa da, yukarıda ifade edilen sahip oldukları farklı özellikleri dolayısıyla, uygulamada Kosova yargı sisteminden bağımsız

[134] Anayasa mad. 162.12.

[135] Marija Ristic, "Kosovo's New War Court: How Will it Work?", *Balkan Transitional Justice*, <http://www.balkaninsight.com/en/article/how-will-special-kosovo-court-work-08-05-2015> (Erişim Tarihi: 14.08.2017). AB Konseyi, 15 Haziran 2016-14 Aralık 2016 döneminde, Kosova'daki operasyonlarına ve 14 Haziran 2017 tarihine kadar devam edecek olan Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisine yönelik olarak 63,6 milyon Avro tutarındaki kombine bütçeye onay vermiştir. Onaylanan bütçenin 29,1 milyon Avroluk kısmı, Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisini desteklemek üzere kullanılacaktır. <https://www.avrupa.info.tr/tr/eeas-news/eulex-kosova-gorev-suresi-uzatildi-butce-onaylandi-5794> (Erişim Tarihi: 17.09.2017).

[136] Bununla birlikte, suçlama yöneltilen kişilere Kosova bütçesinden ödeme yapılması hakkı tanınmıştır. Bkz. Law No. 05/L-054, "Law on Legal Protection and Financial Support for Potential Accused Persons in Trials Before the Specialist Chambers".

bir mahkeme gibi faaliyet göstereceğe benzetilmektedir. Zira Dairelerin sistemin her kademesinde ayrı örgütlenmesi, kararlarının ve içtihatların diğer mahkeme karar ve içtihatlarından farklılaşmasına yol açabilecektir. Ayrıca Dairelerin hukuki kişiliğe sahip olması, uluslararası yargıçlardan oluşması, Kosova dışında faaliyet göstermesi, diğer devletlerle ve uluslararası örgütlerle anlaşma yapma yetkisine sahip olması, Dairelerin çeşitli ayrıcalıklara sahip olması, arşivlerinin kendi mülkü olması ve Kosova dışında muhafaza edilmesi, Dairelere adeta bir uluslararası mahkeme özelliği vermektedir.

SONUÇ

Kosova'da yaşanan insancıl hukuk ihlallerinin yargılanması amacıyla çeşitli girişimler başlatılmıştır. Kosova'daki mevcut yargı sistemi çerçevesinde, Uluslararası Yargıç-Savcı Programı (IJP) hayata geçirilmiş ve böylece Kosova'da islenen insancıl hukuk ihlallerini yargılama olanağı doğmuştur. Uluslararası Yargıç/Savcıların Atanması ve/veya Yerlerinin Değiştirilmesine İlişkin” Tüzük ile Özel Temsilcinin onayı ile Yargı İşleri Bölümüne, üç yargıçtan oluşan ve daha sonra “Tüzük 64 Panelleri” olarak adlandırılan panellere, birisi başkanlık görevini üstlenmek üzere, en az iki uluslararası yargıç atama yetkisi verilmiştir. Tüzük 64 Panelleri, öğretilde ulusal ve uluslararası unsurlar birleştiği melez mahkemeler arasında kabul edilmektedir.

Kosova'nın bağımsızlık ilanından sonra, EULEX misyonu faaliyete geçmiştir. EULEX misyonu çerçevesinde yapılan düzenlemeler ile EULEX'e bağlı yargıç ve savcılar, diğer bazı suç tipleri yanında, savaş suçları ve etnik şiddet fiillerinin yargılamasında etkin rol almaya başlamışlardır. Bu düzenlemelerin en önemlisi, Kosova Cumhuriyet Meclisi tarafından kabul edilen Kosova'daki EULEX Yargıç ve Savcılarının Yargı Yetkileri, Dava Seçimleri ve Dava Paylaşımları Hakkındaki Kanundur. EULEX, UNMIK'in adalet işlerindeki sorumluluğunu tedricen devralmıştır.

Melez mahkemeler, ulusal ve uluslararası unsurların bir arada bulunduğu ceza yargılaması yapan mekanizmalardır. Kıyaslama yapılabilmesi amacıyla, maddede belli başlı melez mahkemeler olan Kamboçya Mahkemeleri Olağanüstü Dairelerini, Sierra Leone Özel Mahkemesini, Lübnan Özel Mahkemesini, Doğu Timor (Timor-Leste) Ciddi Suçlar Panelleri, genel hatlarıyla ele alındıktan sonra, Kosova Uzman Daireleri değerlendirilmiştir.

Kosova Uzman Dairelerinin kuruluşu, Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinin Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raportörü Dick Marty tarafından hazırlanan Kosova'da İnsanlara İnsanlık Dışı Muamele ve Yasadışı

Organ Kaçakçılığı Konusundaki Raporu dayanmaktadır. Rapor, daha sonra Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi tarafından onaylanmış ve iddialara yönelik soruşturmalar, EULEX gözetiminde, bu amaçla kurulan Özel Soruşturma Görev Gücü (SITF) tarafından başlatılmıştır. Raporu, etnik azınlıklar ve siyasi rakiplere karşı çeşitli suçlar işlendiği, UÇK içindeki bir grubun, çatışmadan sonra ellerindeki esirleri Arnavutluk'a götürerek öldürdüğü ve bu kişilerin organlarını sattığı ve Kosova eski Başbakanı ve şimdiki Cumhurbaşkanı Haşim Taçi'nin de organ kaçakçılığı dâhil olmak üzere işlenen bazı suçlarda rolü olduğu iddia edilmiştir.

Kosova ve Avrupa Birliği arasında yapılan Kosova Cumhuriyeti ve Avrupa Birliği Arasında Kosova'da Avrupa Birliği Hukukun Üstünlüğü Misyonu Hakkındaki Uluslararası Anlaşma ile Kosova, Kosova yargı sistemi içinde uzman bir mahkeme ve uzman bir savcılık ofisinin kurulması konusunda yükümlülük altına girmiştir. Mahkemenin Kosova'da kurulması öngörülmekle birlikte, iddiaların durumuna göre hassas yargılamaların Kosova dışında yapılması kararlaştırılmıştır. Kosova'nın kabul ettiği bu yükümlülük doğrultusunda, Anayasa değişikliğini gerçekleştirmiş ve Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisi Hakkındaki Kanunu kabul etmiştir.

Kosova Uzman Daireleri, melez niteliktedir. Kosova Uzman Dairelerinin zaman bakımından yetkisi, 1 Ocak 1998 ve 31 Aralık 2000 tarihleri arasında işlenen ve konu bakımından yetkisine giren suçları kapsamaktadır. Kosova Uzman Dairelerinin yer bakımından yetkisi, 1 Ocak 1998 ve 31 Aralık 2000 tarihleri arasında yürürlükte olan uygulanabilir ceza kanunları uyarınca Kosova mahkemelerinin yer bakımından yetkisine uygun olarak, Kosova'da icrasına başlanan ya da işlenen ve konu bakımından yetkisine giren suçları kapsamaktadır. Uygulanacak hukuk (*ratione materiae*) açısından bakıldığında Uzman Daireler, hem uluslararası hukuku hem de ulusal hukuku uygulaması dolayısıyla melez bir özellik göstermektedir. Yetkisi dâhilindeki yargılamalarda Uzman Daireler, Kosova'daki diğer mahkemelere göre önceliğe sahip olacaktır.

Uzman Daireler, şekli olarak Kosova yargı sistemi içinde faaliyet gösterecektir. Uzman Daireler, Daireler ve Yazmanlıktan oluşmaktadır. Daireler, *i*) Temel Yargılama Dairesi, *ii*) Temyiz Dairesi, *iii*) Yüksek Mahkeme Dairesi ve *iv*) Anayasa Mahkemesi Dairesidir. Temel Yargılama Dairesi, üç yargıç ve bir yedek yargıçtan, Temyiz Dairesi, Yüksek Mahkeme Dairesi ve Anayasa Mahkemesi Dairesi ise her biri üç uluslararası yargıçtan oluşmaktadır. Uzman Dairelerin oluşumunda yerel yargıçlar yer almamaktadır. Yargıç ve savcılar, Kosova makamları tarafından değil, AB Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası Misyona Başkanı tarafından atanmaktadır. Bu açıdan Uzman Daireler, diğer melez mahkemeler arasında *sui generis* niteliktedir.

Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisinin, hukuki kişiliği vardır. Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisinin bina, mülk, evrak ve personeli, ayrıcalık ve dokunulmazlıklara sahiptir. Uzman Dairelerin bütçesi, Kosova bütçesinden değil, AB tarafından sağlanmaktadır ve Uzman Daireler, Kosova mali denetim sistemine tabi değildir. Uzman Daireler ve Uzman Savcılık Ofisinin resmi dilleri, Arnavutça, Sırpça ve İngilizcedir. Uzman Daireler, suçlu bulunan kişilere en fazla ömür boyu hapis cezası verme yetkisine sahiptir.

KAYNAKÇA

Al-Rashidi, Medwis, “The Special Court for Sierra Leone and the Special Tribunal for Lebanon: Lessons to be Learned from the Establishment, Composition and Jurisdiction of an International Tribunal”, *Ankara Law Review*, Vol. 9, No. 1, 2012

Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law, Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2016

Aybay, Rona ve Oral, Elif, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016

Bayıllıoğlu, Uğur, “Uluslararası Adalet Divanı Kosova'nın Kendi Kaderini Tayin Hakkını Onayladı mı?”, *TBB Dergisi*, Sayı 92, 2011

Bayıllıoğlu, Uğur, “Uluslararasılaşmış Kosova Mahkeme Sistemi”, *AÜHFD*, Cilt 62, Sayı 2, 2013

Baylis, Elena, “Reassessing the Role of International Criminal Law: Rebuilding National Courts Through Transnational Networks”, *Boston College Law Review*, Vol. 50, Iss.1, 2009

Betts, Wendy S. at.al., “The Post-Conflict Transitional Administration of Kosovo and the Lessons-Learned in Efforts to Establish a Judiciary and Rule of Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 22, Iss. 3, 2001

Bouhabib, Melia Amal, “Power and Perception: The Special Tribunal for Lebanon”, *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*, Vol. 3, No. 1, 2010

Capussela, Andrea, “The paradoxical Kosovo ‘special court’ was a guarantee of political stability – that is why the ruling class wanted it”, *South East Europe Blog* (02 July 2015), <http://blogs.lse.ac.uk/lsec/2015/07/02/the-paradoxical-kosovo-special-court-was-a-guarantee-of-political-stability-that-is-why-the-ruling-class-wanted-it/> (Erişim Tarihi: 18.09.2017)

Capussela, Andrea Loreanzo, “The EU in Kosovo: Crime and Punishment”, <http://www.politico.eu/article/the-eu-in-kosovo-crime-and-punishment/> (Erişim Tarihi: 18.09.2017)

Costi, Alberto, “Hybrid Tribunals as a Viable Transitional Justice Mechanism to Combat Impunity in Post-Conflict Situations”, *New Zealand Universities Law Reviews*, Vol. 22, No. 2, 2006

Çağırın, Mehmet Emin, “Uluslararası Lübnan Özel Mahkemesi”, *Ortadoğu Analiz*, Cilt 3, Sayı 25, Ocak 2011

Dalar, Mehmet, “Siyaset ve Hukuk İkilemi Karşısında Lübnan Özel Mahkemesi”, Tayyar Arı ve Barış Özdal (ed.), VII. Uludağ Uluslararası İlişkiler Konferansı-Uluslararası Sistemde Yeni Düzen Arayışları-(21-22 Ekim 2015 Bursal Türkiye), Dora Yayınları, Bursa, 2016

Dalar, Müge, “Sierra Leone’de İç Savaş ve Uluslararası Adalet Anlayışı”, Cenap Çakmak at.al. (der.), 20. Yüzyılda Soykırım ve Etnik Temizlik, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014

Dame, Frank, “The Effect of International Criminal Tribunals on Local Judicial Culture: The Superiority of the Hybrid Tribunal”, *Michigan State International Law Review*, Vol. 24, Iss. 1, 2015

Dickinson, Laura A., “The Relationship Between Hybrid Courts and International Courts: The Case of Kosovo”, *New England Law Review*, Vol. 37, No. 4, 2003

Dickinson, Laura A., “The Promise of Hybrid Courts”, *The American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 2, 2003

Doli, Dren at.al., *Promising Early Years: The Transformative Role of the Constitutional Court of Kosovo*, Analitika-Center for Social Research, Sarajevo, 2016

Emin, Nedim, *Kosova Siyasetini Anlama Kılavuzu*, SETA Yayınları, İstanbul, 2014

Ezik, Tolga, “Kosova Meclisi, Batı Baskısı Altında Özel Savaş Suçları Mahkemesi Kurulması Kararını Onayladı”, <http://avim.org.tr/tr/Yorum/KOSOVA-MECLISI-BATI-BASKISI-ALTINDA-OZEL-SAVAS-SUCLARI-MAHKEMESI-KURULMASI-KARARINI-ONAYLADI> (Erişim Tarihi: 18.09.2017)

Gülener, Serdar, “Çatışmacı Bir Geçmişten Uzlaşmacı Bir Geleceğe Geçişte Adalet Arayışı: Geçiş Dönemi Adaleti ve Mekanizmalarına Genel Bir Bakış”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 8, Sayı 32

Hajdari, Azem, “Several Characteristics of the Special International Court for Kosovo”, *European Scientific Journal*, Vol. 12, No. 19, July 2016

Hajdari, Azem, “Several Features the Special Court for Kosovo and Challenges that May Face during the Proving the Process of Concrete Criminal Cases”, *Journal of Studies in Social Sciences*, Vol. 16, No. 1, 2017

Hartmann, Michael E., *International Judges and Prosecutors in Kosovo: A New Model for Post-Conflict Peacekeeping*, 2003, <https://www.usip.org/sites/default/files/sr112.pdf> (Erişim Tarihi: 16.09.2017)

Hasani, Enver, “Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi: Sorunlar ve Uygulamalar”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 27, 2010

Higonnet, Etelle R., “Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice Reform”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 23, No. 2, 2006

Hobbs, Harry, “Hybrid Tribunals and the Composition of the Court: In Search of Sociological Legitimacy”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2

Horsington, Helen; “The Cambodian Khmer Rouge Tribunal: The Promise of a Hybrid Tribunal”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5, Iss. 2, 2004

Linton, Suzannah, “Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice”, *Criminal Law Forum*, Vol. 12, Iss. 2, 2001

Linton, Suzannah, “Prosecuting Atrocities at the District Court of Dili”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 2, No. 2, 2001

McAuliffe, Padraig, “Hybrid Tribunals at Ten: How International Criminal Justice’s Golden Child Became an Orphan”, *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 7, No. 1, 2011

McDonald, Avril, “Sierra Leone’s Shoestring Special Court”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 845, 2002

Muhamad, Imaddin, “The Co-operation of Third States with the International Tribunals”, *Damascus University Journal*, Vol. 31, No. 1, 2015

Muharremi, Robert, “The European Union Rule of Law Mission in Kosovo (EULEX) from the Perspective of Kosovo Constitutional Law”, *ZaöRV*, Vol. 70, 2010

Muharremi, Robert, “The Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office”, *American Society of International Law*, Vol. 20, Iss. 11, 2016, <https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/11/kosovo-specialist-chambers-and-specialist-prosecutors-office> (Erişim Tarihi: 19.09.2017)

Nouwen, Sarah M. H., “Hybrid Courts The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts”, *Utrecht Law Review*, Vol. 2, Iss. 2, 2006

Novak, Andrew, *The International Criminal Court: An Introduction*, Springer, Cham, 2015

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Rule of the Law Tools for Post-Conflict States: Maximizing the Legacy of Hybrid Courts*, UN Publications, New York-Geneva, 2008

O'Neill Lily, ve Sluiter, Göran, "The Right to Appeal a Judgment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 2009

Oral, Elif, "Lübnan Özel Mahkemesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008/2

Organization for Security and Co-operation in Europe, *Kosovo's War Crimes Trials: An Assessment Ten Years On (1999-2009)*, Pristina, 2010, <http://www.osce.org/kosovo/68569?download=true> (Erişim Tarihi: 17.09.2017)

Raub, Lindsey, "Positioning Hybrid Tribunals in International Criminal Justice", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 41, No. 4, 2009

Rapp, Stephen J., "The Compact Model in International Criminal Justice: The Special Court for Sierra Leone", *Drake Law Review*, Vol. 57, No.1, 2008

Reiger Caitlin, ve Wierda, Marieke, *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*, International Center for Transitional Justice, 2006, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-TimorLeste-Criminal-Process-2006-English.pdf> (Erişim Tarihi: 31.08.2017)

Rexhepi, Enis H., "Kosovos State-building: Exceptional Case in International Political Practices", *Journal of European Social Research*, Vol. 1, No. 2, 2016

Ristic, Marija, "Kosovo's New War Court: How Will it Work?", *Balkan Transitional Justice*, <http://www.balkaninsight.com/en/article/how-will-special-kosovo-court-work—08-05-2015> (Erişim Tarihi: 14.08.2017)

Samancı, Uğur, "Uluslararası Adalet Divanının Kosova'nın Bağımsızlık İlanına İlişkin Danışma Görüşü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2011

Schocken, Celina, "The Special Court for Sierra Leone: Overview and Recommendations", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 20, Iss. 2, 2002

Selimi, Shkëlzen, "The Specialist Court for Kosovo: Continuity or Departure from the Hybrid Courts Model?", *Academicus-International Scientific Journal*, Nr. 13, 2016

Serra, Gianluca, "Special Tribunal for Lebanon A Commentary on its Major Legal Aspects", *International Criminal Justice Review*, Vol. 18, No. 3, 2008

STL Casebook 2012, Major rulings issued by the Special Tribunal for Lebanon, Leidschendam, Netherlands, 2014

Tejan-Cole, Abdul; “The Complementary and Conflicting Relationship between the Special Court for Sierra Leone and the Truth and Reconciliation Commission”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 6, Iss. 1, 2003

Tezcan, Durmuş at.al., *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009

Tortora, Giorgia, “The Financing of the Special Tribunals for Sierra Leone, Cambodia, and Lebanon”, Dawn Rothe at.al. (ed.), *The Realities of International Criminal Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013

Tütüncü, Ayşe Nur, *İnsancıl Hukuka Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006

Ünsal, Levent, “Örgütlü Suçlulukta İhtisas Mahkemeleri”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt 4, Sayı 32, 2012

Weder, Bodo, “Progress Undone? Trading Democracy for Solving the Status Dispute in Kosovo”, *Democratization Policy Council Policy Paper*, Berlin, 2015, <http://www.helsinki.org.rs/doc/DPC%20Policy%20Paper%20Trading%20Democracy%20in%20Kosovo.pdf> (Erişim Tarihi: 18.09.2017)

HAVAYOLU İLE SEYAHAT EDEN YOLCULARIN HAKLARININ TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ*

Yrd. Doç. Dr. Ramazan DURGUT**

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-9037-2005

Makalenin Geldiği Tarih: 22.09.2017 **Kabul Tarihi:** 26.10.2017

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi & Lojistik ve Taşıma Hukuku Derneği Başkan Yardımcısı.

ÖZ

Türkiye ile Avrupa Birliği (AB) arasında devam eden tam üyelik görüşmeleri kapsamında, Türk Hukukunun Avrupa Birliği (ve Uluslararası) Hukukuna uyumu için birçok yasal düzenleme yapılmıştır. Başta Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi ana kanunlar değiştirilmiştir. Havayolu ile seyahat eden yolcuların hakları da Avrupa Birliği'nin 261/2004 sayılı Tüzüğü [AB Tüzüğü] esas alınarak, Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY - Yolcu)^[1] ile düzenlenmiştir. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinin üzerinden epeyce bir süre geçmiş olmasına rağmen, konu Türk doktrininde oldukça az incelenmiştir^[2]. Bu çalışmada, SHY - Yolcu düzenlemesi kapsamında Türk Hukukunda havayolu ile seyahat eden yolcuların hakları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği Tüzüğü, uçağa kabul edilmeme, uçuşların iptali, uçuşların tehiri, havayolu ile seyahat eden yolcuların hakları.

[1] Resmi Gazete Tarihi: 03.12.2011, Sayısı: 28131 (www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/12/20111203.htm, 10/05/2015).

[2] Serdar, İlknur: "Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcuların Hakları", E- Journal of Yaşar University, November 2013 Volume 8, s. 2327 – 2421 (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/jyasar/article/view/5000066310>, 12/10/2015); Çelikleş, İlyas: "AB 261/2004 Sayılı Tüzüğüne Göre Havayolu Taşıyıcısının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu ve Yolcu Hakları", Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 99 – 107; Kaya, Nebi: "AB-Hukukunda Hava Taşıma Sözleşmesine İlişkin Son Gelişmeler", Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2012, s.133-144; Alioğlu, Musa: Havacılıkta Yolcu Haklarının Teslimi (<http://www.airnewstimes.com/musa-alioglu-havacilikta-yolcu-haklarinin-teslimi-371-yazisi.html>, 12/09/2015).

AIR PASSENGER RIGHTS IN TURKISH LAW

ABSTRACT

Pursuant to ongoing negotiations between Turkey and European Union (EU) for full membership, several legal arrangements have been made for the purpose of compliance of Turkish Law with European Union (International) Law. The main codes, notably Turkish Code of Obligations, Turkish Commercial Code (TCC) and Code of Civil Procedure, have been changed. Air passenger rights have been also regulated by the Regulation on Air Passenger Rights (SHY - Yolcu) on the basis of the Regulation (EC) No 261/2004 of the European Union (AB Tüzüğü). Although it has been a long time since the Regulation entered into force, this issue has not been adequately examined in Turkish doctrine. In this study, air passenger rights in Turkish Law has been examined within the scope of SHY -Yolcu.

Keywords: European Union Regulation, denied boarding, cancellation of flights, delay of flights, air passenger rights.

GİRİŞ

Türk Hukukunda havayolu ile seyahat eden yolcuların hakları, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nce çıkarılan Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik de düzenlemiştir. Yönetmeliğin dayanağının AB'nin 11/02/2004 tarihli ve 261/2004 sayılı Tüzüğü olduğu belirtilmiştir (SHY - Yolcu m. 3/1b). Öncelikle belirtelim ki, AB Tüzükleri, Türk hukukunda Kanunlara (veya Kanun Hükmünde Kararnamelere) denk gelen hukuk kaynaklarından-^[3]. Bu sebeple, AB'nin 261/2004 sayılı Tüzüğünde düzenlenen konuların, Yönetmelikle düzenlenmesi doğru olmamıştır^[4]. Ayrıca Türkiye AB'ye tam üye olmadığından, AB Tüzüklerinin Türk Hukukuna aktarılması zorunluluğu veya doğrudan doğruya uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Ancak AB Tüzükleri örnek alınarak kanuni düzenlemeler yapılabilir ve çoğunlukla da öyle yapılmaktadır^[5].

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının (Any.) 124. maddesine göre yönetmelikler, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu kuruluşlarınca (üniversite, belediye, meslek kuruluşları vs.) kendi görev alanına giren konularda, kanun veya tüzüklerin uygulanmasını göstermek amacıyla çıkartılabilir. Bu sebeple, normlar hiyerarşisi bakımından, kanun ve tüzüklerden daha alt kademedeki bir hukuk kaynağı olan yönetmeliklerin çıkarılabilmesi için kanuni bir dayanağının olması gerekmektedir. Havayolu ile seyahat eden yolcuların haklarını düzenleyen herhangi bir kanun ve tüzük bulunmamaktadır. Ayrıca Türkiye, AB'ne tam üye olmadığından, AB Tüzüklerinin Türk hukukunda doğrudan doğruya uygulanması veya ona dayanılarak ikincil düzenlemeler yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla havayolu ile seyahat eden yolcuların haklarının, AB'nin 261/2004

[3] Ayrıntılı bilgi ve karşılaştırma için bkz. Tüzel, Osman: Türkiye'nin Avrupa Birliği Üyeliği Ve Türk Hukuk Sistemi, Uzmanlık Tezi, Ankara 2004, s. 17 vd. (https://www.ab.gov.tr/files/Uzmanl%C4%B1k%20Tezleri/osman_duzel.pdf çevrimiçi 26/10/2017); Tapan, Mehmet Nuri: Avrupa Birliği (Ab) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri Avrupa Adalet Divanı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998, S. 3, s. 993 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1998-19983-879>, çevrimiçi 26/10/2017)

[4] SHGM hazırlanıp kurumun internet sitesinde duyurulan SHY – Yolcu Yönetmeliği Taslağının “Dayanak” başlıklı m.3'te AB Tüzüğünden bahsedilmemekle birlikte, bu sefer “Kapsam” başlıklı m.2/2'de 261/2004 sayılı AB Tüzüğü ve hiç gerek olmamasına rağmen bu Tüzüğün uygulama alanı düzenlenmektedir [bkz. SHY – Yolcu Yönetmeliği ile Taslak Yönetmelik m. 2 ve 3 (Taslak metni için bkz. <http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/taslaklar/SHY-YOLCU.pdf>)

[5] Örneğin elektronik ticaretle ilgili AB'nin 1997/66, 2002/58 ve 2000/31/EG sayılı Tüzükleri, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un hazırlanmasında esas alınmıştır.

sayılı Tüzüğüne dayanılarak bir yönetmelikle düzenlenmesi yasa yapma tekniği bakımından doğru olmamıştır^[6].

SHY – Yolcu Yönetmeliği'nin diğer bir dayanağı ise, 10/11/2005 tarihli ve 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanundur (SHGMK) (SHY - Yolcu m. 3/1a). SHGMK m. 9/1g'ye göre Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün bir görevi de “*Yolcu hakları ile ilgili uluslararası alanda belirlenen kuralları uygulamak için gerekli düzenlemeleri yapmak ve denetlemek*”tir. Hemen belirtelim ki, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün bu görevi, hakkında yasal düzenlemeye ihtiyaç olmayan veya yasal düzenlemesi olup da ayrıntılarının açıklanmasının gerektiği konularla sınırlıdır. Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesine göre, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların Türk Hukukunda uygulanabilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisinin ilgili uluslararası anlaşmayı bir Kanunla uygun bulması gerekmektedir. Türkiye'nin taraf olmadığı uluslararası anlaşmalar ile uluslararası / uluslar üstü kuruluşların çıkarttıkları hukuki düzenlemeler ise, Türk Hukukunda uygulanamaz. Bu bakımdan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün, SHGMK m. 9/g'ye dayanarak AB'nin 261/2004 sayılı Tüzüğü'nü bir Yönetmelikle Türk hukukuna aktarması Anayasanın 90. maddesine de aykırıdır^[7].

Bunun dışında SHY- Yolcu Yönetmeliği, havayolu ile seyahat eden yolcuların sahip olduğu hakları ve bu hakların geçerli olduğu durumlar ile yolcuların uçağa kabul edilmediği, uçuşlarının iptal edildiği ve uçuşlarının ertelendiği durumlardaki asgari haklarını belirlemek ve düzenlemek amacıyla çıkarılmıştır (m. 1). Kapsam ve nitelik bakımından, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 23. maddesinde düzenlenen seyahat özgürlüğü hakkı ile ilgilidir. Bu sebeple de Türk hukukunda havayolu ile seyahat eden yolcuların hakları yönetmelikle değil, AB'nin 261/2004 sayılı Tüzüğü'nden de yararlanılarak^[8] kanunla düzenlenmesi gerekirdi ve gerekmektedir.

[6] Doktrinde de havayolu ile seyahat eden yolcuların haklarının kanunla düzenlenmesi gerektiği eleştirisi yapılmaktadır: Serdar, s. 2417 – 2418; Öztürk, Yaşar: Hava Hukuku I, Samsun 2010, s. 58; Öztürk, Yaşar: “Havayolu ile seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY-Yolcu) Hukuken ne durumda?” (<http://www.gokyuzuhaberci.com/yazar-yasar-ozturk/340-havayolu-ile-seyahat-eden-yolcularin-haklarina-dair-yonetmelik-shy-yolcu-hukuken-ne-durumda/>, 24/11/2015).

[7] Anayasanın 90. Maddesi uyarınca AB düzenlemelerinin Türk İç Hukukuna aktarılması ve doğrudan uygulanması konusundaki sorunlar ile çözüm önerileri için bkz. Tüzel, s. 72 vd.

[8] Olası bir kanun taslağı hazırlanırken, AB'nin 261/2004 sayılı Tüzüğü ile ilgili değişiklik önerileri dikkate alınmalıdır (değişiklik önerileri için bakınız: Führich, Ernst: Reiserecht,

1. SHY – YOLCU YÖNETMELİĞİNİN UYGULAMA ALANI

SHY – Yolcu Yönetmeliği'nin uygulama alanı, yer, kişi, araç ve paket tur sözleşmeleri bakımından, 261/2004 sayılı AB Tüzüğüne benzer şekilde düzenlenmiştir (bkz. ve karşı. SHY – Yolcu m. 2^[9], AB Tüzüğü m. 3)^[10].

A. YER BAKIMINDAN UYGULAMA

SHY -Yolcu öncelikle merkezi Türkiye'de bulunan hava taşıma işletmelerinin Türkiye'deki havaalanlarına / havaalanlarından gerçekleştirdikleri tarifeli ve tarifersiz tüm uçuşlarda uygulanacaktır. Merkezi Türkiye dışında bulunan yabancı hava taşıma işletmelerinin ise sadece Türkiye'deki havaalanlarından gerçekleştirdikleri tarifeli ve tarifersiz tüm uçuşlara uygulanması mümkündür (SHY - Yolcu m. 2/1a, karşı. AB Tüzüğü m. 3/1, 2 ve 5). Örneğin Türk Hava Yolları'nın (Türk işletmesi) İstanbul – Ankara, İstanbul – Köln, Köln – İstanbul uçuşları SHY - Yolcu'nun kapsamındadır. Buna karşılık Lufthansa'nın (yabancı

7., neu bearbeitete Auflage 2015, C.H.BECK München, § 38 Rn. 42 vd.; Weide, Andreas: Reiserecht, Schulnes, Zürich Basel Genf 2014, Nr. 309 – 320).

- [9] SHY– Yolcu Yönetmeliği m. 2/1: “Bu Yönetmelik;
 a) Türk menşeli hava taşıma işletmelerinin Türkiye'deki havaalanlarına / havaalanlarından, yabancı menşeli hava taşıma işletmelerinin ise Türkiye'deki havaalanlarından gerçekleştirdikleri tarifeli ve tarifersiz tüm uçuşlarda, ilgili uçuş için onaylanmış rezervasyona sahip olan ve
 1) Hava taşıma işletmesi, tur operatörü veya yetkili bir seyahat acentesi tarafından önceden ve yazılı olarak (elektronik ortam da dahil olmak üzere) belirtilen saatte ve öngörülen şekilde veya
 2) Havayolunun bilet satışta belirttiği süreden önce veya herhangi bir zaman belirtilmediği takdirde, yolcuların ilan edilen hareket saatinden en geç kırk beş dakika önce, 6 ncı maddede belirtilen uçuş iptalleri durumu haricinde uçuş öncesi kontrole (check-in) başvuran yolcuları,
 b) Bir hava taşıma işletmesi veya tur operatörü tarafından, sebebe bakılmaksızın, biletle belirtilen uçuştan başka bir uçuşa aktarılmış olan yolcuları,
 c) Ücretsiz seyahat eden yolcular ve doğrudan veya dolaylı olarak halka açık olmayan indirimli biletle seyahat eden yolcular ile biriktirilen mil veya puanlarla seyahat eden yolcuları, kapsar.
 (2) Bu Yönetmelik, yalnızca motorlu ve sabit kanatlı hava araçlarıyla taşınan yolcular için geçerlidir.
 (3) Bu Yönetmelik yolcuların, 13/6/2003 tarihli ve 25137 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte yer alan haklarını etkilemez. Bu Yönetmelik, uçuş iptali haricinde herhangi başka bir nedenle paket turun iptal edilmesi durumunda geçerli değildir.”
- [10] SHY – Yolcu Yönetmelik Taslağı m. 2/1: “Bu Yönetmelik; Türk ve Avrupa Birliği ülkeleri haricindeki yabancı menşeli hava taşıma işletmelerinin Türkiye çıkışlı tarifeli ve tarifersiz tüm uçuşlar ve Türk menşeli hava taşıma işletmelerinin Avrupa Birliği üyesi ülkeler haricindeki ülkelere Türkiye'ye düzenledikleri tarifeli ve tarifersiz tüm uçuşlar ile ücretli ya da ücretsiz seyahat eden yolcular ve doğrudan veya dolaylı olarak halka açık olmayan indirimli biletle seyahat eden yolcular ile biriktirilen mil veya puanlarla seyahat eden yolcuları kapsar.”

işletme) İstanbul – Münih seferi Yönetmelik kapsamındayken, Münih – İstanbul uçuşu kapsam dışında kalmaktadır. Münih gibi Avrupa Birliği üyesi ülkelerden Türkiye'ye gerçekleştirilen uçuşlarda, AB'nin 261/2004 sayılı Tüzüğü uygulanacaktır (AB Tüzüğü m. 3/1a). Buna karşılık Avrupa Birliği üyesi olmayan ülkelere, yabancı hava işletmelerince Türkiye'ye gerçekleştirilen uçuşlar, SHY - Yolcu ve AB'nin 261/2004 sayılı Tüzüğü kapsamında dışındadır. Yabancı işletmelerin Türkiye'ye gerçekleştirecekleri uçuşlarda SHY - Yolcu, hukuk seçimi yapılması veya uluslararası özel hukuk ile ilgili kanunlar ihtilafı (bağlama) kurallarının izin vermesi halinde uygulanabilir.

Avrupa Adalet Divanı, 261/2004 sayılı Tüzüğün uygulama alanı ile ilgili bir kararında^[11], gidiş – dönüş uçak biletini tek bir sefer olarak kabul etmemiştir. Bu doğrultuda Avrupa Birliği sınırları içindeki bir havaalanından kalkan sefer açısından Tüzüğün uygulama alanı bulabileceğini, ancak Avrupa Birliği sınırları dışındaki bir havaalanından kalkan dönüş seferini için Tüzüğün uygulanamayacağını belirtmiştir. Bu açıdan bakıldığında, kanaatimizce, SHY - Yolcu'nun uygulanması açısından da aynı yorum yapılabilir. Buna göre; yabancı bir havayolu işletmesinden gidiş – dönüş uçak bileti alınması durumunda, Türkiye'den kalkan gidiş seferi için SHY -Yolcu uygulanabileceken, yabancı ülkeden kalkan dönüş seferi için SHY - Yolcu uygulama alanı bulamayacaktır.

B. KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA

SHY – Yolcu Yönetmeliği, yönetmelik kapsamındaki uçuşlarda, ilgili uçuş için onaylanmış rezervasyona sahip olan ve hava taşıma işletmesi, tur operatörü veya yetkili bir seyahat acentesi tarafından önceden ve yazılı olarak (elektronik ortam da dâhil olmak üzere) belirtilen saatte ve öngörülen şekilde veya havayolunun bilet satışta belirttiği süreden önce veya herhangi bir zaman belirtilmediği takdirde, yolcuların ilan edilen hareket saatinden en geç kırk beş dakika önce, uçuş öncesi kontrole (check-in) başvuran yolcuları kapsamaktadır (m. 2/1a).

Bir hava taşıma işletmesi veya tur operatörü tarafından, sebebe bakılmaksızın, bilete belirtilen uçuştan başka bir uçuşa aktarılmış olan yolcular ile ücretsiz seyahat eden yolcular^[12] ve doğrudan veya dolaylı olarak halka açık olmayan

[11] ECJ, Case 173/07, Emirates Airlines v. Schenkel [2008] (curia.europa.eu).

[12] Türk Ticaret Kanunu (TTK) uyarınca, yolcu taşıma sözleşmesinin ücret karşılığında kurulması gerekmektedir (m. 850/2). Ücretsiz yapılan yolcu taşımaları (hatır taşımaları) TTK kapsamında kabul edilmemektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Ülgen, Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, İstanbul 1987, s. 48 – 49, 89 vd.; Akkurt, Sinan Sami: Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2014, s. 170; Bozkurt

indirimli biletle seyahat eden yolcular ile biriktirilen mil veya puanlarla seyahat eden yolcular da Yönetmelik kapsamındadır (m. 2/1b – c). Buna karşılık AB Tüzüğü, ücretsiz olarak yolculuk yapan veya herkese doğrudan veya dolaylı olarak açık olmayan bir ücretle seyahat yapan yolculara uygulanmaz (m. 3/4). Örneğin pilot, hostes gibi bir iş sözleşmesi kapsamında hava taşıma işletmesi çalışan kişilerin, kendi görevli oldukları uçuşlar dışında ücretsiz ve indirimli uçtukları için AB Tüzüğü uygulanmaz iken^[13], SHY – Yolcu Yönetmeliği tüm ücretsiz ve indirimli uçuşları kapsamına aldığından uygulanacaktır. Bu bakımından iki düzenleme arasında farklılık vardır.

C. ARAÇ BAKIMINDAN UYGULAMA

SHY – Yolcu Yönetmeliği, yalnızca motorlu ve sabit kanatlı hava araçlarıyla taşınan yolcuları kapsamaktadır (m. 2/2). Motorlu ve sabit kanatlı hava aracı niteliğinde olmayan helikopter, motoru olmayan planör, balon, zeplin gibi araçlarla yapılan yolcu taşımalarına uygulanmaz (AB Tüzüğü m. 3/4)^[14]. Taslak Yönetmelikte ise araçlarla ilgili düzenleme kaldırılmıştır. Varşova / Lahey ile Montreal Konvansiyonunda hava aracı kavramı ile hava araçlarının sayılmaması,

Bozabalı, Banu: Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 24-26; Orbay Ortaç, Nurdan: Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Ankara 2014, s. 9 – 12; Turhan, Gökhan: Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Yüke İlişkin Sorumluluğu, İstanbul 2016, s. 16 - 19). Buna karşılık, 'yolcu taşıma sözleşmesi – bilet' başlıklı TSHK m. 107/1'd'e "taşıma ücreti; bilet ücretsiz verilmişse buna dair kayıt" ifadesine yer verilerek, taşımanın ücret karşılığında yapılacağına ilişkin genel kuralın yanında ücretsiz verilen bilet ile yapılan taşımaların da Kanunun kapsamında olduğu açıklanmıştır. Ücretsiz bilet verilmesinin hava taşıma işletmelerinin ticari faaliyetleri kapsamında yapıldığını, özellikle reklam ve pazarlama amacıyla müşterilere ücretsiz verildiğini, bu durumun hatır taşımalarından farklı olduğunu, ticari amaç olmaksızın yapılan hatır taşımalarının TSHK kapsamı dışında kaldığı belirtilmektedir (Orbay Ortaç, s. 11). Ayrıca hava taşıma işletmeleri personellerine de ücretsiz bilet vererek uçuş imkânı sağlamaktadırlar (Ülgen, s. 18). Dolayısıyla TSHK ve uluslararası Konvansiyonların uygulanması bakımından ücret yolcu taşıma sözleşmesinin zorunlu bir unsuru sayılmamaktadır (Ülgen, s. 18; Orbay Ortaç, s. 10-12). Aynı şekilde AB Tüzüğü ile SHY – Yolcu Yönetmeliğinde de, ücretsiz verilen biletlerle yapılan yolcu taşımalarına Tüzük ve Yönetmelik hükümlerinin uygulanacağını öngörülmüştür (Serdar, s. 2338 dpn. 18). Hemen belirtelim ki, AB Tüzüğü ve SHY – Yolcu Yönetmeliği hükümleri göz önüne alındığında hava taşıma işletmeleri dışında ticari amaç gütmeksizin yapılan hatır taşımaları kapsam dışında kalmaktadır.

[13] Füchrich, § 38 Rn. 31; Hobe/v. Ruckteschell/Heffernan (eds.), Cologne Compendium on Air Law in Europe, Part 8, N. 9.

[14] Serdar, s. 2335.

teknolojik gelişmeler ve havacılık sektöründeki ticari faaliyetlerin her geçen gün artması ve çeşitlenmesi sebebiyle, ayrıca SHY – Yolcu Yönetmeliği ile bunun dayanağı olan düzenlemelerden SHY – Yolcu Yönetmeliğinin uygulanacağı hava araçları kolay bir şekilde tespit edilebileceğinden, Taslak Yönetmelikte hava araçlarının tanımına yer verilmemesi yerinde olmuştur^[15].

D. PAKET TUR SÖZLEŞMELERİ

Paket tur sözleşmeleri, paket tur düzenleyicileri veya aracıları tarafından taşıma, konaklama ve bu hizmetlere bağlı veya bunların yan hizmeti niteliğinde olmayan başka turizm hizmetlerinden en az ikisinin birlikte, her şeyin dâhil olduğu paket fiyatıyla satıldığı veya satımının vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı ya da gecelik konaklamayı içeren sözleşmelerdir [6502 sayılı Tüketicinin Korunması Kanunu (TKHK), m. 51/I; Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği, m. 4/1f]^[16].

Paket tur sözleşmesi kapsamında havayolu ile ulaştırma hizmetinin de verilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda, uçağa kabul edilmeme, uçuşun iptali ve gecikmesi hallerinde, yolcuların SHY - Yolcu ile Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği hükümlerinden birlikte yararlanıp yararlanamayacakları önem arz etmektedir. SHY – Yolcu Yönetmeliği, paket tur sözleşmesi uyarınca seyahat edecek yolcuların Tüketicinin Korunması Kanunu ile Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliğinin kendilerine tanıdığı hakları etkilememektedir. Bu durumdaki yolcular her iki yönetmelikçe kendilerine tanınan haklardan yararlanabilirler (SHY - Yolcu m.2/3 cümle 1, AB Tüzüğü m. 6/1). Örneğin uçağa kabul edilmeyen bir yolcu hem SHY - Yolcu hem de Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği uyarınca tazminat olmak üzere tüm haklarını hem hava taşıma işletmecisine hem de paket tur operatörüne karşı kullanabilir^[17]. Ancak SHY - Yolcu kapsamında ödenen tazminatlar Paket Tur Yönetmeliği uyarınca ödenecek tazminattan mahsup edilebilir (SHY - Yolcu m.13) . Zira aynı hukuki sebepten iki ayrı tazminat talep edilmesi sebepsiz zenginleşme oluşturacaktır. Buna karşılık uçuş iptali dışında herhangi bir sebeple paket turun iptal edilmesi halinde,

[15] Hava araçları ile ilgili ulusal ve uluslararası düzenlemelerle doktrindeki görüşler için bkz. Orbay Ortaç, s. 8 – 9 dpn. 11 – 15; Turhan, s. 14 - 16.

[16] Türk hukukunda paket tur sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekmez, Kadir Erk: Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri, Ankara 2015; Vardar Hamamcioğlu, Gülşah: Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İÜHFİM, C. LXVIII, S.1-2, 2010, s. 275 - 304; Öksüz, Ömer: Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri, TBB Dergisi, Sayı 66, 2006, s. 331-351.

[17] Serdar, s. 2334 dpn. 19.

Yönetmelik hükümleri geçerli değildir (SHY - Yolcu m. 2/3 cümle 2, AB Tüzüğü m. 3/6 c. 2).

2. SHY-YOLCU YÖNETMELİĞİNİN KAPSAMI

SHY – Yolcu Yönetmeliğinde, yolcuların uçağa kabul edilmemesi, uçuşların iptali ve tehiri halinde yolcuların sahip olduğu haklar ile yolcuların bu konuda bilgilendirilmesi hususları, AB Tüzüğü örnek alınarak ve onunla benzer şekilde düzenlenmiştir.

A. UÇAĞA KABUL EDİLMEME (SHY - Yolcu m. 5 / AB Tüzüğü m. 4)

Uçağa kabul edilmeme, AB Tüzüğü ile aynı şekilde düzenlenmiştir. İki düzenleme arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. SHY – Yolcu Yönetmeliğine göre uçağa kabul edilmeme, sağlık, emniyet, güvenlik, uygun olmayan seyahat belgeleri gibi haklı sebeplerin bulunduğu durumlar hariç olmak üzere, uçuşa kabul edilmek üzere onaylanmış rezervasyon kaydı olan geçerli bir bilete sahip yolcuların, hava taşıma işletmesi tarafından uçağa kabul edilme-yerek taşınmamasıdır (SHY - Yolcu m. 4/1n, AB Tüzüğü m. 2j). Uçağa kabul edilmemeden bahsedebilmemiz için öncelikle yolcunun uçuşa kabul edilmek üzere onaylanmış (teyit edilmiş) rezervasyon kaydı olan geçerli bir bilete sahip olması, uçuş öncesi kontrole (check-in) gerekli zaman (öngörülen zamanda veya bir süre öngörülmemişse hareket saatinden 45 dakika önce) içerisinde başvurması gerekmektedir^[18].

Hava taşıma işletmeleri genellikle, check-in işlemleri için yolcuların Türkiye içi uçuşlarda uçağın kalkış saatinden en az bir saat önce, dış hat uçuşlarda ise en az iki saat önce havalimanında olmalarını istemektedir. Yine hava taşıma

[18] SHGM tarafından hazırlanan ve kurumun internet sitesinde duyurulan Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Talimat Taslağı m. 2/1’da 45 dakikalık bu süre yolcuların aleyhine olacak şekilde 60 dakikaya çıkartılmıştır. Ayrıca söz konusu Talimat Taslağınının 11. maddesinde “... 19/03/2013 tarihli ve 68754916-010/364 sayılı Yolcu Hakları Genelgesi, 23/05/2014 tarihli ve 36738619-622/674 sayılı Yolcu Hakları Değerlendirme ve Uygulama Esasları Genelgesi – 2014 ve 02 Eylül 2015 tarihli ve 98063956-090.99/E.1234 sayılı Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi-2015 bu Talimat ile yürürlükten kaldırılmıştır.” şeklinde bir düzenleme öngörülmektedir. Her ne kadar her ikisinde Anayasa’da öngörülmemeyen adsız hukuk kaynaklarından olsalar da, talimatla genelgelerin yürürlükten kaldırılması alışık değildir. Genelgelerin yeni bir genelge veya üst norm olan Yönetmelikle yürürlükten kaldırılması daha doğru olacaktır (talimat taslağı metni için bkz. <http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/taslaklar/SHT-YOLCU03032017.pdf>, 08/08/2017).

işletmeleri check-in işlemlerinin iç hatlarda uçağın tarifeli kalkış saatinden 45 dakika, dış hatlarda ise 60 dakika önce sona erdiğini, belirtilen check-in kapanış sürelerinden önce biniş kartının alınmış ve bagajların teslim edilmiş olması gerektiğini yolculara bildirmektedirler. Ayrıca zamanında havalimanına gelmiş olmasına karşın, check-in işlemlerinin yapıldığı yerde kuyrukta bekleyen yolcuların ise durumlarını yetkili personele bildirmeleri istenmektedir.

Yolcuların zamanında havalimanına gelmiş olmalarına rağmen yeterli personel veya organizasyon eksikliği sebebiyle check-in işlemlerin gecikmesi ve bunun sonucunda bazı yolcuların check-in işlemlerini yaptırılmaları halinde, söz konusu yolcuların uçağa kabul edilmemelerinden hava taşıma işletmesi sorumlu olacaktır^[19].

Buna karşılık yolcunun havalimanına ulaşmasına rağmen kapıdaki güvenlik araması kuyruğunda beklemesi veya check-in işlemlerini yaptırmasına rağmen pasaport kontrolündeki kuyruk sebebiyle zamanında biniş kapısında olunamaması halinde, havalimanı işletmecisinin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği ise SHY – Yolcu Yönetmeliğinde düzenlenmemiştir. Ancak İstanbul Atatürk Havalimanı gibi çok büyük havalimanlarında yeterli güvenlik görevlisi (özel güvenlik veya polis) olmaması, havalimanı giriş kapılarında veya pasaport kontrol noktalarında oluşan kuyruklar sebebiyle check-in işlemlerinin yapılamaması ve/veya uçağa binilememesi oldukça büyük bir problem teşkil etmektedir. Bu gibi durumlarda yolcuların mağduriyetlerini ve zararlarını gidermek bakımından, havalimanı işletmecisi ile hava taşıma işletmelerinin birlikte sorumlu tutulmalarına yönelik bir hukuki bir düzenlemenin yapılması faydalı olacaktır.

Uçağa kabul edilmeme sebebiyle hava taşıma işletmelerinin sorumlu tutulabilmesi için, yolcunun sağlık, emniyet, güvenlik, uygun olmayan seyahat belgeleri gibi uçağa kabul edilememe bakımından haklı bir sebebin bulunmaması gerekmektedir (SHY - Yolcu m. 4/1n, AB Tüzüğü m. 2j). Örneğin yolcunun ayakta duramayacak şekilde sarhoş olması, hamileliğinin 29. haftasını tamamlamış olmasına rağmen hamile yolcunun uçakla seyahat etmesinde sakınca olmadığına dair doktor raporu sunamaması, pasaportunun geçerlilik süresinin dolmuş bulunması, vize ile seyahat edilen ülkeler bakımından vize alınmamış veya vize süresinin dolmuş bulunması haklı sebep teşkil etmektedir^[20].

Haklı sebep teşkil etmeyen ve uygulamada en çok görülen uçağa kabul edilmeme hali, hava taşıma işletmelerinin kapasite fazlası rezervasyon / satış

[19] Serdar, s. 2345.

[20] Serdar, s. 2346 vd.; Führich, § 39 Rn. 22 vd.

(overbooking / überbuchung) yapmasıdır^[21]. Bunun dışında yolcunun rızası olmadan başka bir uçuşa rezervasyonun aktarılması, bağlantılı uçuşlarda ilk uçuşun gecikmesi gibi haller de uçağa kabul edilmeme bakımından haklı sebep oluşturmaz^[22].

Uçağa kabul edilmemenin hukuki sonuçlarına gelirse, öncelikle uçuşu gerçekleştiren hava taşıma işletmesi, anlaşılacak menfaat karşılığında haklarından feragat edecek gönüllü bir yolcu bulmak için duyuru yapmalıdır. Gönüllü yolcu çıkması halinde hava taşıma işletmesi, menfaat karşılığında anlaşarak, yolcunun kendi rızasıyla haklarından feragat etmesini sağlamalı ve ayrıca SHY - Yolcu m. 9'a uygun olarak yardımcı olmalıdır (SHY - Yolcu m. 5/1, AB Tüzüğü m. 4/1).

Duyuruya rağmen haklarından feragat edecek yeterli sayıda gönüllü çıkmazsa, uçuşu gerçekleştirecek hava taşıma işletmesi, yolcuları kendi iradeleri dışında uçağa kabul etmeyebilir (SHY - Yolcu m. 5/1). Yolcuların iradeleri dışında uçuşa kabul edilmemeleri durumunda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi derhal SHY - Yolcu Yönetmeliği m. 8, 9 ve 10'da belirtilen yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır (SHY - Yolcu m. 5/3). Bu kapsamda hava taşıma işletmesi, iradeleri dışında uçuşa kabul etmediği yolcularına; Türkiye içi uçuşlarda 100 Avro'nun TL cinsinden karşılığını, dış hat uçuşlarında ise, 1.500 km'ye kadar olan uçuşlar için 250 Avro'nun, 1.500 ila 3.500 km arası uçuşlar için 400 Avro'nun, 3.500 km'den daha uzun uçuşlar için ise 600 Avro'nun TL cinsinden karşılığını tazminat olarak ödemek zorundadır (SHY - Yolcu m. 8/1).

Ayrıca yolcular, genel hükümlere göre, Yönetmelik hükümlerince karşılanamayan maddi ve manevi zararlarını da talep edebilir (SHY - Yolcu m. 13/1). Nitekim Yargıtay verdiği birçok kararda fazla rezervasyon ve satış yapılması sonucu sebepsiz yere uçağa kabul edilmeyen yolcuların, havayolu işletmelerinden genel hükümlere göre maddi ve manevi tazminat isteyebileceklerine hükmetmektedir^[23]. Örneğin yağlı güreş organizasyonuna katılacak bir pehlivanın havayolu işletmesi tarafından overbooking gerekçe gösterilerek uçağa

[21] Führich, § 39 Rn. 4; Hobe/v. Ruckteschell/Heffernan, Part 8, N. 10; Akgül Yücesoy, Selda: Overbooking Uygulaması ve Yüksek Yargı Kararlarına Bakış, <http://www.hukukihaber.net/overbooking-uygulamasi-ve-yuksek-yargi-kararlarina-bakis-makale,5241.html>, 12/08/2017.

[22] Serdar, s. 2351 vd.; Führich, § 39 Rn. 7 vd.

[23] Örnek olarak bkz.: Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23/12/2014 Tarih, 2014/13992 Esas ve 2014/20286 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 08/06/2016 Tarih, 2015/11487 Esas ve 2016/6313 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20/01/2016 Tarih, 2015/10156 Esas ve 2016/539 Karar sayılı kararı (Akgül Yücesoy, <http://www.hukukihaber.net/overbooking-uygulamasi-ve-yuksek-yargi-kararlarina-bakis-makale,5241.html>, 12/08/2017).

kabul edilmemesiyle ilgili açılan bir davada Yargıtay, pehlivanın organizasyona katılmaması sebebiyle uğradığı maddi ve manevi zararların tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.^[24] Yine haksız yere uçağa kabul edilmeyip başka bir uçuşa bilet verilen bir yolcunun açtığı davada Yargıtay, haksız yere uçağa kabul edilmemenin haksız fiil teşkil ettiğini, yolcunun manevi tazminat veya davalı hava taşıma işletmesinin kınanması ve kınama kararının ilanını isteyebileceğine hükmetmiştir^[25].

B. UÇUŞLARIN İPTALİ (SHY - Yolcu m. 6 / AB Tüzüğü m. 5)

SHY – Yolcu Yönetmeliği’nde iptal, “önceden planlanmış olan ve en azından bir yerin rezerve edildiği bir uçuşun gerçekleştirilmemesi” şeklinde tanımlanmıştır

[24] Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 15/06/2016 Tarih, 2015/15273 Esas ve 2016/6641 Karar sayılı kararı: “*Dava, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda özetlenen gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Ancak, davacı tarafca, 31/07/2011 tarihinde yapılacak olan 30. Geleneksel ... Pehlivan Yağlı Güreşlerine katılmak üzere davalı şirketten uçak bileti satın aldığı, davalının overbook uygulaması nedeniyle uçuşu gerçekleştirmediği ve güreşe katılmadığı, bu nedenle organizasyon başkanı ile imzalamış olduğu sözleşme gereğini yerine getiremediğinden sözleşme bedeli olan 16.000,00TL’nin kendisine ödenmediğinin iddia edilmesi karşısında, dosyaya ibraz edilen sözleşme metni ve tanık beyanlarından, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere bu bedelin davacıya ödenmediği anlaşıldığından, talep doğrultusunda sözleşme bedelinin de maddi tazminat olarak davacıya verilmesi yönünde karar vermek gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile anılan bedelde % 50 tenkise gidilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir. Ayrıca, mahkemece, manevi zarar karşılığı olarak 2.000,00TL’nin davalıdan tahsiline karar verilmiştir. ... Somut olayda, dosya kapsamı ve tanık beyanlarından, davacının 30. Geleneksel ... Pehlivan Yağlı Güreşlerine baş pehlivan olarak katılacağı, bu güreşin, davacının ikinci olduğu ... Yağlı Güreşlerinin birincisi olan kişi ile güreşeceği ve bunun rövanş olacağı duyurulan bir güreş olduğu, güreşe birçok insanın seyirci olarak katıldığı ve güreşin televizyonda yayımlandığı, gerek yurt içi gerekse yurt dışı basınında yer aldığı, davacının güreşe katılmaması nedeniyle seyirci tarafından gıyabında yuhalandığı, rakibinden korktuğu için güreşe katılmadığı yönünde söylentiler, haberler çıktığı, bu nedenle yurt içi ve yurt dışında bulunan müsabakalara uzun süre katılmadığı anlaşılmıştır. Bu haliyle, mahkemece davacı lehine hükmedilen manevi tazminat miktarı, olayın oluş şekli, tarafların olayın oluşumundaki kusur oranları, meydana gelen zarar, olay tarihindeki paranın alım gücü, tarafların konumu da dikkate alındığında az bulunmuştur. Bu itibarla, açıklanan hususlar nazara alınarak daha makul, daha ılımlı, somut olayın özelliklerine daha uygun düşen bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı miktara hükmedilmesi de doğru görülmemiş, kararın bu yönden de davacı yararına bozulması gerekmiştir.” (Akgül Yücesoy, <http://www.hukukihaber.net/overbooking-uygulamasi-ve-yukse-yargi-kararlarina-bakis-makale,5241.html>, 12/08/2017).*

[25] Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 8/4/2015 Tarih, 2015/156 Esas ve 2015/4884 Karar sayılı kararı (<http://www.kararara.com>, 21/10/2015).

(m. 4/1g). Bu hükme göre uçuşların iptalinden bahsedebilmek için, önceden planlanmış bir uçuşta bir tane yerin rezerve edilmiş olması yeterlidir. İşte bu uçuşun gerçekleşmemesi iptal olarak nitelendirilecektir^[26].

Uçuşların iptali, gerek Montreal Konvansiyonu (MK) gerekse Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda (TSHK) özel olarak düzenlenmemiş olup, ilk defa SHY – Yolcu Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin olmadığı dönem bakımından uçuş iptallerinin gecikme içinde sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Türk doktrinde hâkim görüş, uçuş iptallerinin gecikmeyle ilgili MK m. 19 ve TSHK m. 122 kapsamında sayılmayacağı, genel hükümlerle sorunun çözülmesi gerektiği yönündedir^[27].

Uçuşların iptali halinde yapılması gereken işlemler (iptalden yolcuların haberdar edilmesi, alternatif ulaşım yolları hakkında bilgi verilmesi yardım teklif edilmesi vs.), SHY - Yolcu m.6'da, AB Tüzüğü m. 5'e benzer şekilde, düzenlenmiştir: "*Madde 6 - (1) Bir uçuşun iptal edilmesi durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi;*

a) İlgili yolculara, 9 uncu madde hükümlerine uygun olarak yardım teklif eder.

b) İlgili yolculara, 10 uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ve 10 uncu maddenin ikinci fıkrasına uygun olarak yardım teklif eder ve güzergâhın değiştirdiği hallerde yeni uçuşun beklenen kalkış zamanının, iptal edilen uçuş için planlanmış olan kalkış zamanından sonraki gün veya günler içerisinde olması halinde ek olarak 10 uncu maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde belirtilen yardım teklif eder.

(2) Yolcular, 8 inci madde hükümlerine göre;

1) Planlanan hareket zamanından en az iki hafta öncesinde iptalden haberdar edilmedikleri takdirde,

2) Planlanan hareket zamanından iki hafta ila yedi gün öncesinde iptalden haberdar edilmedikleri, kendilerine planlanan hareket saatinden en fazla iki saat önce kalkışlarına ve son varış yerlerine planlanan varış saatinden en fazla dört saat sonra ulaşmalarına olanak veren güzergâh değişikliği teklif edilmediği sürece,

*3) Planlanan hareket saatinden yedi günden kısa zaman öncesinde iptalden haberdar edilmedikleri ve planlanan hareket saatinden en fazla bir saat önce ayrılmalarına ve son varış yerlerine planlanan varış saatinden en fazla iki saat sonra ulaşmalarına olanak veren güzergâh değişikliği teklif edilmediği sürece, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinden **tazminat alma hakkına sahiptir.***

[26] Serdar, s. 2365; Kaya, s. 140.

[27] Kırman, s.102; Birinci Uzun, s.107.

(3) Yolcular iptalden haberdar edildiklerinde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi kendilerine olası alternatif ulaşım yolları hakkında da bilgi vermek zorundadır.”^[28]

SHY- Yolcu Yönetmeliği ile AB Tüzüğü arasındaki en önemli fark, uçuş iptali halinde hava taşıma işletmeleri lehine SHY - Yolcu’da kurtuluş karinesi getirilmiş olmasıdır. Yolcu iletişim bilgisinin, hava taşıma işletmesince talep edilmesine karşın hava taşıma işletmesine verilmemesi veya yanlış verilmesi durumunda, hava taşıma işletmesi sorumluluktan kurtulur (SHY - Yolcu m. 6/6). Bununla birlikte, hem SHY - Yolcu m. 6’da hem de AB Tüzüğü m. 5’de, olağanüstü haller nedeniyle uçuş iptalinin gerçekleşmesi durumunda, hava taşıma işletmesinin tazminat ödeme sorumluluğunun doğmayacağı belirtilmektedir. Örneğin uçakta oluşan teknik arızalar, en çok karşılaşılan uçuş iptal sebeplerindedir^[29]. Ancak teknik arızanın oluşmaması açısından hava taşıma işletmesinin tüm tedbirleri almış olup olmadığı her somut olay açısından incelenmelidir.

SHY – Yolcu Yönetmeliği ile uçuşların iptali düzenlense de, iptal ile gecikme arasındaki sınırın tespit edilmesi sorunu karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, olağan gecikmelerin iptal olarak nitelendirilmesi mümkün değildir^[30]. Buna karşın olağan olmayan ve uzun süren gecikmelerin iptal niteliğinde olup olmayacağı ile ilgili Avrupa Adalet Divanı, 2009 yılında bir karar vermiş olup AB’nin 261/2004 sayılı Tüzüğü kapsamında, uzun (üç saat veya fazla) süren gecikmelerin iptal olarak değerlendirileceği ve hava taşıma işletmelerinin tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir^[31]. Türkiye’nin AB’ye tam üye olmaması sebebiyle 261/2004 sayılı Tüzük ile ilgili Avrupa Mahkemesi’nce verilen kararlar doğrudan Türkiye’de geçerli değildir. İptal ve gecikme arasındaki sınırı tespit

[28] Uçuşların iptali halinde yapılacak işlemler, SHY – Yolcu Yönetmeliği Taslağında, daha kısa ve öz şekilde düzenlenmiştir: “Madde 6 - (1) Bir uçuşun iptal edilmesi durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi 9 ve 10 uncu madde hükümlerini yerine getirmek zorundadır. (2) Yolcular, planlanan hareket zamanından en az iki hafta öncesinde (14. Gün dahil) iptalden haberdar edilmedikleri takdirde, 8 inci madde hükümleri de uygulanır. (3) Yolcular iptalden haberdar edildiklerinde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi kendilerine olası alternatif ulaşım yolları hakkında da bilgi vermek zorundadır. (4) Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, tüm tedbirleri almasına rağmen mücbir sebeplerin iptale neden olduğunu kanıtlayabildiği takdirde 8 inci madde hükümlerine göre tazminat ödemekle yükümlü olmaz.”

[29] Hobe/v. Ruckteschell/Heffernan, Part 8, N. 26.

[30] Führich, § 40 Rn. 2, 8 vd.

[31] EuGH 19.11.2009, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-402/07&language=de>, 29/10/2015.

ve özellikle 3 saat ve daha uzun süren gecikmelerin iptal ile eşdeğer sayılması için düzenleme yapılması gerekmektedir^[32].

SHGM, 02/09/2015 tarih ve 98063956-090.99/E.1234 sayılı Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi'nde^[33] uzun süreli tehirlerin uçuş iptali sayılacağına ilişkin şu düzenlemeyi yapmıştır:

“Uçuşların mücbir sebep olmaksızın;

- **1500 kilometreden (1500 km dâhil) daha kısa uçuşlar için 5 saat veya daha fazla,**
- **1500 ile 3500 kilometre arası uçuşlar için 7,5 saat veya uçuş süresi 4 saat ve fazla uçuşlar için uçuş süresinin 2 katı veya daha fazla,**
- **3500 kilometreden daha uzun (uçuş süresi 5 saat ve fazla) uçuşlar için uçuş süresinin 2 katı veya fazla**

*tehir edilmesi halinde, **tehir uçuş iptali olarak değerlendirilir.**”*

Belirtelim ki, uzun süreli tehirlerin iptal olarak değerlendirilmesine ilişkin Genelge düzenlemesi birçok bakımından eleştirilecek niteliktedir. Öncelikle Genelgede öngörülen tehir süreleri oldukça uzundur. Ayrıca iptal hükmünde sayılacak tehir sürelerini tespit ederken kendi içinde uyumsuz ve her uçuş için önceden belli olmayan ve hesaplama gerektiren bir sistem getirilmiştir. Hava-yolu ile seyahat eden yolcuların hakları ile ilgili çıkarılacak kanunda, konunun tekrar ele alınması ve dış uçuşlar bakımından 5 saatlik bir gecikmenin iptal ile eşdeğer kabul edilmesi daha isabetli olacaktır.

C. UÇUŞLARIN TEHİRİ (SHY - Yolcu m. 7 / AB Tüzüğü m. 6)

Uçuşların gecikmesi, SHY - Yolcu m. 7'de, AB Tüzüğü m. 6 ile aynı şekilde düzenlenmiştir. Esasen Türk hukukunda gecikme, TSHK m. 122 ile Varşova Konvansiyonu (VK) m. 19 ve MK m. 19, düzenlenmiş durumdaydı. Bu düzenlemelerde gecikme “varış zamanı” kavramından hareketle yolcu ile bagajın belirlenen zamanda varma yerine ulaşamaması olarak tanımlanmıştır^[34]. Buna karşılık, AB'nin 261/2004 sayılı Tüzüğü ile SHY - Yolcu'da ise gecikme, “varış zamanı” yerine, “hareket (kalkış) zamanı” kavramı esas alınarak düzenlenmiştir. Belki de bu farklılığı vurgulamak amacıyla SHY - Yolcu'da “gecikme” kavramı

[32] Serdar, s. 2369.

[33] http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/genelgeler/Yolcu_Haklari_2015.pdf, 12/11/2015.

[34] Serdar, 2391; Kirman, s. 96 – 97, Birinci Uzun, s. 103; Ülgen, s. 182; Gençtürk, s. 67.

yerine ondan farklı ve sadece kalkışın planlanan zamanında gerçekleşmemesi anlamına gelen “tehir” ifadesi kullanılmıştır.

“Gecikme”, hem zamanında hareket edilmemesi hem de zamanında hareket edilmesine rağmen zamanında ulaşılamaması hallerini de kapsayan daha geniş bir kavramdır^[35]. Tehir ise, planlanan zamanda hareket edilmemesi sebebiyle yaşanan gecikmeyi ifade etmektedir. SHY - Yolcu’da, sadece planlanan zamanında hareket edilmemesi sebebiyle yaşanan gecikme, yani uçuşun tehiri düzenlenmiştir. Bunun dışında örneğin sefer sırasında yaşanan aksaklıklar sebebiyle zamanında varış yerine ulaşılamaması gibi diğer gecikme halleri, SHY - Yolcu’da düzenlenmemiştir^[36].

Uçuşun planlanan hareket zamanında yapılamaması ve bunun doğal sonucu olarak zamanında varış yerine ulaşılamaması da gecikmedir. Bu durumda havayolu taşıma işletmesi hem SHY - Yolcu Yönetmeliği hükümleri hem de VK, MK ile TSHK’nin gecikme ile ilgili hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır. Buna karşılık, uçuşun planlanan zamanda gerçekleşmemesi (uçuşun tehiri) dışındaki diğer gecikme hallerinde SHY - Yolcu’nun uygulanması söz konusu değildir.

Uçuşların tehirinden bahsedebilmek için, uçuş mesafesine göre planlanan hareket saatinden 1500 kilometreden (1500 km dâhil) daha kısa ve iç hatlardaki uçuşlar için iki saat veya daha fazla, 1500 ile 3500 (3500 km dâhil) kilometre arası uçuşlar için üç saat veya daha fazla, 3500 kilometreden daha uzun uçuşlar için dört saat veya daha fazla sürenin geçmesi gerekmektedir (SHY - Yolcu m.7/1, AB Tüzüğü m. 6/1)^[37]. Buna karşılık belirtilen sürelerden kısa süren gecikmelerde, örneğin iç hat uçuşlarındaki bir (1) saatlik bir gecikme, SHY - Yolcu’nun kapsamı dışında kalmaktadır^[38]. Bu durumlarda TSHK, MK veya VK’nın gecikmeyle ilgili hükümleri uygulanacaktır.

[35] Ülgen, s. 183, Birinci Uzun, s. 103-105.

[36] Serdar, s. 2392.

[37] Uçuşların tehiri, SHY – Yolcu Yönetmeliği Taslağında mevcut Yönetmelikten farklı bir şekilde düzenlenmiş ve yolcuların aleyhine olarak tehir süreleri uzatılmıştır: “MADDE 7 - (1) Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi bir uçuşun planlanan hareket saatinden itibaren, a) 1500 kilometreden (1500 km dahil) daha kısa ve iç hatlardaki uçuşlar için üç saat veya daha fazla, b) 1500 ile 3500 (3500 km dahil) kilometre arası uçuşlar için beş saat veya daha fazla, c) 3500 kilometreden daha uzun uçuşlar için uçuş saatinin iki katından daha fazla sürede yolcuları son varış noktasına ulaştıramadığı takdirde 8 inci madde kapsamında tazminat ödemekle yükümlüdür. (2) Yolcular yukarıda belirtilen sürelerin sonunda uçmaktan vazgeçerek tazminat tutarları ile birlikte bilet ücretini de iade alabilir. (3) 10 uncu madde kapsamındaki hizmet hakkı sunulur.”

[38] Serdar, s. 2393.

Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, 02/09/2015 tarih ve 98063956-090.99/E.1234 sayılı Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi'nde uzun süreli tehirlerin uçuş iptali sayılacağı düzenlenmiştir. Genelgeye göre, 1500 km'den (1500 km dâhil) daha kısa uçuşlar için 5 saat veya daha fazla, 1500 ile 3500 km arası uçuşlar için 7,5 saat veya uçuş süresi 4 saat ve fazla uçuşlar için uçuş süresinin 2 katı veya daha fazla, 3500 km'den daha uzun (uçuş süresi 5 saat ve fazla) uçuşlar için uçuş süresinin 2 katı veya fazla tehir edilmesi halinde, tehir uçuş iptali olarak değerlendirilecektir. Böylelikle SHY – Yolcu Yönetmeliğinde boşluk Genelge ile doldurulmuştur. Buna karşılık Avrupa Adalet Divanı, uzun süreli tehirlerin, sırf uzun süreli olması nedeniyle, uçuş iptali olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir^[39].

3. UÇAĞA KABUL EDİLMEME, UÇUŞUN İPTALİ VE TEHİRİ HALİNDE YOLCULARIN HAKLARI (SHY - Yolcu m. 8, 9, 10, 11 ve 12 / AB Tüzüğü m. 7, 8, 9, 10 ve 11)

Uçağa kabul edilmeme, uçuşun iptali ve tehiri halinde yolcuların hakları, SHY – Yolcu ile AB Tüzüğünde benzer şekilde düzenlenmiştir. Ancak SHY – Yolcu Yönetmeliğinde, AB Tüzüğünden farklı olarak, Türkiye içi uçuşlara ilişkin özel hükümler ile bazı hallerde Tüzük hükümlerini açıklayan ve onlardan daha ayrıntılı hükümler getirilmiştir.

A. TAZMİNAT HAKKI

Yolcuların tazminat hakkı SHY - Yolcu m. 8'de düzenlenmiştir. AB Tüzüğü m. 7'den farklı olarak sadece, Türkiye içi uçuşlarda 100 Avronun Türk Lirası karşılığı tutarında tazminat öngörülmesidir (SHY - Yolcu m. 8/1 c. 1). Dış hat uçuşları bakımından AB Tüzüğü düzenlemesi aynen tekrarlanmıştır^[40].

[39] ECJ, Case 432/07, Böck, Lepuschütz v. Air France [2009] (curia.europa.eu).

[40] SHY – Yolcu Yönetmeliği Taslağında ise, tazminat tutarları yolcuların aleyhine olacak şekilde düşürülmektedir. Ayrıca mevcut Yönetmelikten farklı olarak tazminatların “banka çeki” ile de ödenmesi öngörülmektedir. Banka çeki ifadesi ile neyin kastedildiği ise açıklanmamıştır. Kanaatimce burada TTK m. 780 vd.da düzenlenen çek kastedilmektedir. Ancak tazminatın çekle ödenmesine ilişkin bu düzenleme, hava taşıma işletmesi kendi çeki dışında müşteri çeki vermesi, bunların karşılıksız çıkması, ileri tarihli çek verilmesi gibi birçok soruna da yol açabilir. Söz konusu Taslak hükmü şöyledir: “Tazminat hakkı MADDE 8 - (1) Bu maddeye atıfta bulunulması durumunda, yolculara iç hat uçuşları için 50 Avronun Türk Lirası cinsinden karşılığı tutarında tazminat verilir. Dış hat uçuşlarında ise yolculara; a) 1500 kilometre veya daha kısa tüm uçuşlar için 125 Avronun Türk Lirası cinsinden karşılığı, b) 1500 ile 3500 kilometre arası uçuşlar için 200 Avronun Türk Lirası

Tazminat tutarları ise Avro yerine Avro karşılığı Türk Lirası olarak ödenmesi kararlaştırılmıştır. Ayrıca tazminat alacaklarının Türk Lirası cinsinden karşılığı hesaplanırken biletin satın alındığı, yani bilet için ödemenin yapıldığı güne ait Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuru esas alınacaktır (SHY - Yolcu m. 8/1 b.2). Hemen belirtelim ki, SHY – Yolcu Yönetmeliğinde tazminat tutarlarının AB para birimi Avro üzerinden belirlenecek olması, Türkiye'nin AB'ye tam üye olmaması ve Avro'yu para birimi olarak seçip kullanmaması sebebiyle doğru olmamıştır.

B. GERİ ÖDEME VE GÜZERGÂH DEĞİŞİKLİĞİ TALEP HAKKI

Yolcuların geri ödeme ve güzergâh değişikliği hakkı, SHY - Yolcu m. 9'da, AB Tüzüğü m. 8 ile birebir aynı şekilde düzenlenmiştir. Hizmet hakkı ile ilgili SHY - Yolcu m. 10, AB Tüzüğü m. 9 ile benzer şekilde düzenlenmiştir. İki düzenleme arasında, AB Tüzüğü m. 9/1a belirtilen hava taşıma işletmecisinin yolculara sunacağı "Bekleme süresine uygun yemek, yiyecek ve içecekler" SHY -Yolcu'da ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. SHY - Yolcu m. 10/1a hükmü şöyledir:

"(1) Bu maddeye atıfta bulunulması halinde, aşağıdaki hizmetler yolculara bedelsiz olarak sağlanır.

a) Bekleme süresine uygun olarak;

1) İki ila üç saat arası gecikmelerde, makul ölçüde sıcak ve soğuk içecekler,

2) Üç ila beş saat arası gecikmelerde sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek,

3) Beş saat ve üzeri gecikmelerde sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek, ilave sıcak ve soğuk içecekler ile ilave hafif ara yemeği."

Yolcuların üst veya alt hizmet sınıfına yerleştirilmesi halinde sahip oldukları haklar ile hareket kabiliyeti kısıtlı ve özel ihtiyaçları olan kimselere öncelikle yardım edilmesi konuları, AB Tüzüğü hükümleriyle benzer şekilde düzenlenmiştir (bkz ve karşı. SHY –Yolcu m. 11, 12; AB Tüzüğü m. 10, 11).

cinsinden karşılığı, c) 3500 kilometreden daha uzun uçuşlar için 300 Avronun Türk Lirası cinsinden karşılığı, tutarında tazminat verilir. Tazminat alacaklarının Türk Lirası cinsinden karşılığı hesaplanırken biletin satın alındığı, yani bilet için ödemenin yapıldığı güne ait Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuru esas alınır. (2) Uçuşa kabul edilmeme veya iptal durumunda mesafeyi belirlerken, planlanan son varış noktası esas alınır. (3) Birinci fıkrada belirtilen tazminat nakit olarak, elektronik banka havalesi, banka ödeme emirleri veya banka çekleri ile ödenebilir. Ancak, yolcunun imzalı mutabakatı olması durumunda seyahat fişleri velveya diğer hizmetler şeklinde de ödenebilir. (4) Birinci ve ikinci fıkrada verilen mesafeler hesap edilirken büyük çember yöntemi kullanılır."

C. YOLCULARIN BİLGİ ALMA HAKKI (SHY – Yolcu m. 15 / AB Tüzüğü m. 14)

Yolcuların bilgi alma hakkı, SHY - Yolcu m. 15’te düzenlenmiştir. Bu hükme göre uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçuş öncesi kontrol (check-in) işlemi sırasında, uçağa kabul edilmeme, uçuşun iptali veya en az iki saat gecikme halinde yolcuların alacakları hizmetler ile ilgili haklarını belirten metnin check-in kontuarından veya uçağa biniş kapısından isteyebileceklerine ilişkin Türkçe ve İngilizce bildirim yolcuların açıkça görebilmesini sağlamakla yükümlü tutulmuşlardır. Yine hava taşıma işletmesi, uçağa kabul edilmeme veya iptal durumundan etkilenen her yolcuya Yönetmeliğe göre tazminat ve yardım kurallarını belirleyen yazılı bir bildirim sunmakla da yükümlü tutulmuştur. Ayrıca hava taşıma işletmesi, en az iki saatlik bir tehirden etkilenen her yolcuya bu kapsamda sözlü, yazılı ve veya elektronik formatta olarak bildiri yapmakla yükümlüdür. Bu bildirimlerin görme engelli yolcular tarafından öğrenilmesini sağlamak amacıyla alternatif yöntemlerin kullanılması da öngörülmüştür.

SHGM’nin 19 Mart 2013 tarih ve 68754916-010/364 sayılı Yolcu Hakları Genelgesi^[41] ile 23 Mayıs 2014 tarih ve 36738619-622/674 sayılı Yolcu Hakları Değerlendirme ve Uygulama Esasları Genelgesi^[42] uyarınca, hava taşıma işletmeleri, internet sitelerinin ana sayfasında “Yolcu İşlemleri ve Hakları” adlı bir bölüm oluşturmak ve bu alanda yolcu işlemleri ile hakları konusunda bilgiler, ilgili mevzuat (SHY - Yolcu, Genelgeler, vb.), yolcuların şikâyet veya isteklerini iletmeleri için gerekli bildirim formu ve sürekli ulaşılabilir iletişim bilgilerini (e-posta, faks ve/veya telefon) yer vermekle yükümlü tutulmuşlardır. Yine söz konusu Genelgelerde, havalimanı işletmeleri de, terminal binaları içinde yolcu haklarına yönelik her formattaki afiş, duyuru ve benzeri dokümanların yolcularca görülebilir mekânlarda duyurulmasını sağlama; check-in kontuarlarında yolcu haklarına ait afiş ve bilgilendirmelerin yapıldığını kontrol etme ve Yönetmelik kapsamındaki yolcu şikâyetleri konusunda ihtiyaç olması halinde ilgili tarafları koordine etmekle yükümlendirilmişlerdir.

[41] <http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/genelgeler/yh2013.pdf>, 13/10/2015.

[42] http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/genelgeler/yolcu_haklari_genelgesi.pdf, 13/10/2015.

D. YOLCULARIN BAŞVURMA HAKLARI (SHY - Yolcu m. 13, 14 ve 19 / AB Tüzüğü m. 12 ve 13)

SHY - Yolcu Yönetmeliği uyarınca, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödemesinin ve Yönetmelik kapsamındaki diğer yükümlülüklerini yerine getirmesinin, yolcuların ayrıca yolcu taşıma işletmesi başta olmak üzere diğer kişilerden tazminat talep etmesine engel değildir ve Yönetmelik hükümleri engel oluşturacak şekilde yorumlanamaz (SHY – Yolcu m. 13/1, 14/1; AB Tüzüğü m. 12/1, 13). Buna göre hakları ihlal edilen yolcular, başta hava taşıma işletmesi olmak üzere sorumlu olan diğer kişilere karşı, diğer kanunlardan doğan tazminat hakları için kanun yollarına başvurabilirler (SHY - Yolcu m. 16/2, 19). Ancak SHY - Yolcu Yönetmeliği kapsamında ödenen tazminatlar hükmedilecek diğer (ek) tazminattan mahsup edilebilir (m. 13/2).

Kanun yollarına başvuru bakımından yolcuların tüketici olup olmaması önem arz etmektedir. Her ne kadar SHY - Yolcu Yönetmeliği sadece tüketici sıfatına sahip yolculara uygulanmak üzere çıkarılmamış olsa da Tüketicinin Korunması Kanunu'na göre taşıma sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Tüketici Hakem Heyetleri ile Tüketici Mahkemelerinde çözüme kavuşturulması öngörülmüştür (TKHK m. 3/1). Buna göre belli bir parasal sınırın alındığı işlemler için Tüketici Hakem Heyetlerine, bunun üstündeki işlemler içinse Tüketici Mahkemelerine başvurulacaktır. Ancak hava yolu ile yolcu taşıma, yolcu bakımından ticari bir işse (TTK m. 3), Asliye Ticaret Mahkemesine başvurulacaktır.

SHY – Yolcu Yönetmeliğinde, yolcuların haklarını kullanacağı zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir^[43]. SY – Yolcu Yönetmeliği, SHGMK m. 9/1g dayanılarak çıkartıldığından (m. 3) havayolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinde zamanaşımını düzenleyen TSHK m. 131 ve TTK'ya tabi (karayolu ile yapılan) yolcu taşımalarına ilişkin genel zamanaşımı süresini düzenleyen TTK m. 855 hükümleri doğrudan uygulanamaz. Zira TSHK'da yolcunun ölümü ve cismani zarara uğraması ile bagajın kabı ve hasara uğraması düzenlenmiş ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar TSHK m. 131 uyarınca 2 yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. Oysa ki, SHY – Yolcu Yönetmeliğinde yolcunun ölümü, cismani zarara uğraması ile bagajın zıya, hasar ve gecikmesi düzenlenmemiştir. Bu sebeplerle SHY – Yolcu Yönetmeliğinden kaynaklanan davalarda TSHK

[43] AB Tüzüğünde de zamanaşımı süresi düzenlenmemiş, ulusal hukuklardaki zamanaşımı süreleri uygulanarak sorun çözümlenmektedir. Örneğin Alman hukukunda AB Tüzüğünden kaynaklanan talep ve davaların Alman Medeni Kanununun (BGB) 199. Maddesi uyarınca 3 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmektedir (Führich, § 43 Rn 11).

m. 131 hükmü uygulanamaz^[44]. Yine TTK m. 855 hükmünde de, TTK'ya tabi taşımalarda, yolcunun bir kaza sonucu ölmesi veya bedensel bütünlüğü zedeleyen bir zarara uğraması veya yolcunun geç ulaşması hallerine ilişkin zamanaşımı süresi düzenlenmiştir^[45]. TTK m. 852'de “Deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ile posta idaresine ilişkin özel hükümler saklıdır.” denilerek, hava yoluyla yapılan eşya ve yolcu taşımaları TTK'nın kapsamı dışında tutulmuştur. Hal böyle olunca, yolcuların uçağa kabul edilmemesi, uçuşların tehiri ile iptalinden kaynaklanan uyuşmazlıklar TTK kapsamı dışında kalmaktadır. Ayrıca SHY – Yolcu Yönetmeliği, TTK'ya tabi olmayan ücretsiz yapılan yolcu taşımalarına da uygulanacaktır. Dolayısıyla yolcuların uçağa kabul edilmemesi, uçuşların tehiri ile iptali halinde TSHK m. 131 ile TTK m. 855'teki zamanaşımı süreleri değil, TBK m. 146'daki 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

Buna karşılık SHGM tarafından hazırlanan ve internet sitesinden duyuru- lan SHY – Yolcu Yönetmeliği Taslağı m. 20/1'de “Başvurular, uçuş tarihinden itibaren en geç 6 ay içinde yapılır” şeklinde TBK, TTK, TSHK ve TKHK hükümleriyle uyumsuz, oldukça kısa bir süre öngörülmüştür. Kanaatimce eğer

[44] Buna karşılık doktrinde SHY – Yolcu kapsamında açılacak davaların TSHK m. 131 uyarınca 2 yıllık hak düşürücü sürede açılması gerektiği ileri sürülmektedir (Akgül Yücesoy, <http://www.hukukihaber.net/overbooking-uygulamasi-ve-yuksek-yargi-kararlarina-bakis-makale,5241.html>, 12/08/2017).

[45] Yolcu taşımasından kaynaklanan uyuşmazlıkların niteliğine göre üç farklı zamanaşımı süresinin düzenlendiği TTK m. 855 metni şu şekildedir: “(1) Bu Kitap hükümlerine tabi taşımalarda, yolcunun bir kaza sonucu ölmesi veya bedensel bütünlüğü zedeleyen bir zarara uğraması hâlinde istem hakları on yılda; diğer zararlarında ise bir yılda zamanaşımına uğrar. (2) Bu süre, eşya taşımasında, eşyanın gönderilene teslimi; yolcu taşımasında, yolcunun varma yerine ulaşma tarihinden başlar. Eşya tamamen zayı olmuş veya yolcu gideceği yere ulaşamamış ise, zamanaşımı süresi, eşyanın teslimi ve yolcunun ulaşması gereken tarihten itibaren işlemeye başlar.

(3) Rücu haklarına ilişkin zamanaşımı, rücu alacaklısının, zararı ve rücu borçlusunu öğrendiği tarihten itibaren, üç ay içinde zarar hakkında rücu borçlusuna bildirimde bulunmuş olması şartıyla; rücu alacaklısına karşı mahkeme kararının kesinleştiği günden, kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmayan hâllerde ise, rücu alacaklısının borcu ifa ettiği tarihten itibaren işlemeye başlar...

(5) Taşıyıcının kastından veya pervasızca bir davranışıyla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilden veya ihmalden dolayı;

a) Eşya zıyaa, hasara uğramış veya geç teslim edilmişse,

b) Yolcu geç ulaşmışsa,

taşıyıcının sorumluluğu üç yılda zamanaşımına uğrar.

(6) 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunundaki zamanaşımı hükümleri saklıdır.” (ayrıntılı ve karşılaştırma için bkz. Çelik, Ahmet Çelik: Karayoluyla Yolcu Taşımada Sorumluluk ve Zamanaşımı, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/karayoluyla-yolcu-tasimada-sorumluluk-ve-zamanasimi.htm>, çevrimiçi 20/10/2017).

bir süre öngörülebilecekse, bu düzenleme Yönetmelikle değil Kanunla yapılmalı ve başta TSHK m. 131 ile ayıplı hizmetle ilgili TKHK m. 16 hükümleriyle uyum gözetilerek, 2 yıllık bir zamanaşımı süresi getirilmesi daha isabetli olacaktır.

4. DEVLETİN DENETLEME VE YAPTIRIM UYGULAMA YETKİSİ (SHY - Yolcu m. 20 / AB Tüzüğü m 16)

SHY - Yolcu m. 20'ye göre Yönetmelik kapsamına giren işletmeleri denetleme yetkisi Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir. Yönetmelikte belirtilen kurallara uymayan işletmelere TSHK m. 143'e göre işlem yapılacağı belirtilmiştir. TSHK m. 143/2'ye göre ise SHGM'nin sivil havacılığı düzenlemek amacıyla alacağı önlemlere uymayanlara 500TL 10.000TL kadar idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir^[46]. SHY - Yolcu, SHGM tarafından çıkarılmış olup, bu yönetmeliğe aykırı davranan işletmelere TSHK m. 143'e göre idari para cezası kesilmesi söz konusu olacaktır. Belirtelim ki, Yönetmeliğe aykırı davranılması sebebiyle TSHK m. 143'e atıf yapılmak suretiyle idari para cezası kesilmesi, Anayasasının suç ve cezada kanunilikle ilgili 38. maddesine aykırıdır. SHY - Yolcu'ya aykırılık teşkil eden davranışların suç teşkil etmesi ve bunlara aykırı davranan kişilere ceza verilmesi Anayasasının 38. maddesine göre mümkün değildir. Zira SHY-Yolcu Yönetmeliğinin dayanağı olan kanun TSHK değil, SHGMK'dir ve SHGMK'da da Sivil Havacılık Genel Müdürlüğüne idari para cezası şeklinde yaptırım uygulama yetkisi verilmemiştir. Bu sebeple SHGMK'na dayanılarak çıkartılan SHY – Yolcu Yönetmeliği uyarınca Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünün idari para cezası verme yetkisi bulunmamaktadır^[47]. Ancak söz konusu düzenleme ufak bir değişiklikle SHY – Yolcu Taslak'ta da korunmaktadır (m. 21).

Ayrıca SHGM'nin 19 Mart 2013 tarih ve 68754916-010/364 sayılı Yolcu Hakları Genelgesi ile yolcuların öncelikle şikâyetlerini hava taşıma işletmelerine iletmeleri ve hava taşıma işletmelerinin söz konusu şikâyetleri çözümlmek için gerekli mekanizmaları kurmaları öngörülmüş; şikâyet hava taşıma işletmesi

[46] 1/1/2017 tarihinden itibaren uygulanacak şekilde, 1/4/2017 tarihli ve 30025 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünün 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu Uyarınca Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliği (2017/1) ile TSHK m. 143/2'deki idari para cezalarının alt sınırı 500TL'den 914TL'ye ve üst sınırı 10.000TL'den 18.377TL'ye çıkartılmıştır.

[47] Kanuni dayanağı olması şartıyla idarenin düzenleyici işlemleriyle idari para cezası gerektiren kabahatleri düzenleyebileceği kabul edilmekle birlikte Kabahatler Kanunu m. 4/2 uyarınca cezanın türü ve miktarı kanunda belirtilmesi gerekmektedir. İdari para cezalarında kanunilik ilkesi bakımından ayrıca bkz. Can, Sibel: İdari Para Cezası, TAAD, Yıl:7, Sayı:29 (Ocak 2017), s. 412.

tarafından 10 gün içinde çözümlenmemesi halinde bu sefer yolcunun SHGM bünyesinde oluşturulan yolcu hakları birimine internet üzerinden söz konusu hava taşıma işletmesini şikâyet edebileceği belirtilmiştir. Yine söz konusu Genelgeye göre, hava taşıma işletmesinin yükümlülüklerini yerine getirmedeği veya gerekli önlemleri almadığı takdirde, idari para cezası ile cezalandırılacakları düzenlenmiştir. Belirtelim ki, gerek Yönetmelik gerekse Genelgelerle hava taşıma işletmelerine idari para cezası uygulanacağına ilişkin hükümler, Anayasada öngörülen suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırıdır.

SONUÇ

Havayolu ile seyahat eden yolcuların hakları, AB'nin 261/2004 sayılı Tüzüğüne dayanılarak ve onunla benzer şekilde yönetmelikle düzenlenmiştir. Mevcut yönetmelik düzenlemesi birçok bakımından Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Yolcu hakları TC Anayasasında temel haklardan biri olarak düzenlenen seyahat özgürlüğü ile ilgilidir. Ayrıca AB Tüzüklerinin Türk Hukukundaki karşılığı kanun veya kanun hükmünde kararnemelerdir. Mevcut yönetmelik ve yönetmeliğe dayanılarak çıkartılan genelgeler, olası bir başvuru üzerine Anayasaya aykırılık sebebiyle kısmen ve tamamen idari yargıda iptal edilme tehlikesi söz konusudur. Yine yönetmelik ve genelgeler, kanunlara göre çok kolay değiştirilip kaldırılabilirdiğinden, yolcuların haklarının kanuni güvenceye bağlanması önem arz etmektedir. Tüm bu sebeplerle havayolu ile seyahat eden yolcularının haklarının, AB'nin 261/2004 sayılı Tüzüğü, Tüzükle ilgili Avrupa Mahkemesi kararları ve doktrindeki görüşlerde dikkate alınarak kanunla düzenlemesi daha isabetli olacaktır. Ancak Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü mevcut düzenlemeyi değiştiren yeni bir Yönetmelik Taslağı ve Talimatı hazırlayıp kamuoyu ile paylaştığından, yakın gelecekte yolcu haklarının kanunla düzenlenmesi zor gözükmemektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesinde işaret edilen Türk Yolcu Taşıma Kanunu kapsamında, tüm taşıma araç ve yöntemlerini kullanan tüm yolculara için bu hakların sağlanmasını ummaktayız. Böyle bir yolcu taşıma kanunu çıkmadan öncede, en azından havayolu ile seyahat eden yolcuların hakları özel bir kanunla veya TSHK'na eklenecek bir bölümle kanuni korumaya kavuşabilir. Ayrıca uluslararası yeknesak bir uygulamanın oluşması ve dünya genelinde gerçekleştirilen uçuşlarda yolcuların hava taşıma işletmeleri tarafından mağdur edilememeleri için, AB'nin 261/2004 sayılı Tüzüğü ile yolculara tanınan hakların, Montreal Konvansiyona (MK) ek olarak yapılacak uluslararası bir anlaşmayla düzenlenmesi faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

Akgül Yücesoy, Selda: Overbooking Uygulaması ve Yüksek Yargı Kararlarına Bakış, (<http://www.hukukihaber.net/overbooking-uygulamasi-ve-yuksekkararlarina-bakis-makale,5241.html>, çevrimiçi 12/08/2017).

Akkurt, Sinan Sami: Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2014.

Bozkurt Bozabalı, Banu: Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2013.

Can, Sibel: İdari Para Cezası, TAAD, Yıl:7, Sayı:29 (Ocak 2017), s. 407 – 429.

Çelik, Ahmet Çelik: Karayoluyla Yolcu Taşımada Sorumluluk ve Zamanasımı, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/karayoluyla-yolcu-tasimada-sorumluluk-ve-zamanasimi.htm>, çevrimiçi 20/10/2017.

Çeliktaş, İlyas: “AB 261/2004 Sayılı Tüzüğüne Göre Havayolu Taşıyıcısının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu ve Yolcu Hakları”, Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 99 – 107.

Ehlers, Nikolai / Müller – Rostin, Wolf (Hobe, Stephan / von Ruckteschell, Nicolai / Heffernan, David (eds.), Cologne Compendium on Air Law in Europe, Carl Heymanns Verlag, Köln 2013.

Führich, Ernst: Reiserecht, 7. neu bearbeitete Auflage, C.H.BECK, München 2015.

Kaya, Nebi: “AB-Hukukunda Hava Taşıma Sözleşmesine İlişkin Son Gelişmeler”, Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2012, s.133-144; Alioğlu, Musa: Havacılıkta Yolcu Haklarının Teslimi (<http://www.airnewstimes.com/musa-alioglu-havacilikta-yolcu-haklarinin-teslimi-371-yazisi.html>, 12/09/2015).

Orbay Ortaç, Nurdan: Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Ankara 2014.

Öksüz, Ömer: Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri, TBB Dergisi, Sayı 66, 2006, s. 331 - 351.

Öztürk, Yaşar: “Havayolu ile seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY-Yolcu) Hukuken ne durumda?” (<http://www.gokyuzuhaberci.com/yazar-yasar-ozturk/340-havayolu-ile-seyahat-eden-yolcularin-haklarina-dair-yonetmelik-shy-yolcu-hukuken-ne-durumda/>, çevrimiçi 24/11/2015).

Öztürk, Yaşar: Hava Hukuku I, Samsun 2010.

Pekmez, Kadir Erk: Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri, Ankara 2015.

Serdar, İlknur: “Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcuların Hakları”, E- Journal of Yaşar University, November 2013 Volume 8, s. 2327 – 2421 (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/jyasar/article/view/5000066310>, 12/10/2015).

Tapan, Mehmet Nuri: Avrupa Birliği (Ab) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri Avrupa Adalet Divanı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998, S. 3, s. 993 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1998-19983-879>, çevrimiçi 26/10/2017).

Turhan, Gökhan: Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Yüke İlişkin Sorumluluğu, İstanbul 2016.

Tüzel, Osman: Türkiye'nin Avrupa Birliği Üyeliği Ve Türk Hukuk Sistemi, Uzmanlık Tezi, Ankara 2004, (https://www.ab.gov.tr/files/Uzmanl%C4%B1k%20Tezleri/osman_duzel.pdf, çevrimiçi 26/10/2017).

Ülgen, Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, İstanbul 1987.

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah: Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İÜHFM, C. LXVIII, S.1-2, 2010, s. 275 – 304.

Weide, Andreas: Reiserecht, Schultnes, Zürich Basel Genf 2014.

GELİR VERGİSİ KANUNU TASARLAMAK: İLKE VE TEKNİK*

Yrd. Doç. Dr. Eda ÖZDİLER KÜÇÜK**

“*Plus ça change, plus c’est la même chose*”***

ORCID ID: orcid.org/0000-0003-1787-7610

Makalenin Geldiği Tarih: 11.12.2017 **Kabul Tarihi:** 15.01.2018

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.** Bu makale, 3-5 Kasım 2016 tarihlerinde Antalya’da düzenlenmiş olan 1st International Academic Research Congress bünyesinde sunulan bildirinin genişletilmiş halidir.

** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Passau Üniversitesi Anayasa, İdare, Kamu Maliyesi ve Vergi Hukuku Bölümü’de misafir araştırmacı olarak bulunduğum süre içinde tamamladığım bu makale konusunda akademik desteklerinden ötürü Kürsü Başkanı Prof. Dr. Rainer Wernsmann’a ve Mitarbeiter David Rügamer’e teşekkürlerimi sunarım.

*** “*The more things change, the more they are the same*” from KARR, Alphonse: Les Guêpes, 6th series, 1859, p. 304, BENTLEY, Duncan: Taxpayer’s Rights: Theory, Origin and Implementation, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007, p. 17.

ÖZ

Türk vergi hukuku bakımından temel kaynaklar arasında yer alan 2575 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu reform süreci içerisindedir. Güncel Gelir Vergisi reformuna ilişkin tespit ve öneriler bu makalenin konusunu oluşturmaktadır. Çalışmada, Türkiye’de mevcut artan oranlı gelir vergisi sisteminin teknik olarak ödeme gücünü kavramakta yetersiz kaldığı, gelir vergi sistemi oluşturulurken artan oranlı ya da düz oranlı vergi sistemi tasarlanmasının bir vergi politikası tercihi olduğu, bunun yanında indirim, istisna, muafiyet ve negatif gelir vergisi uygulamalarının mali güce göre vergilendirme ilkesini tamamlayıcı özelliği olduğu hususları vurgulanacaktır.

Anahtar Kelimeler: kamu maliyesi, gelir vergisi, vergi hukuku, vergi reformu, hukuk sistemi.

DESIGNING A PERSONAL INCOME TAX CODE:
PRINCIPLE AND TECHNIQUE

ABSTRACT

Administrative Jurisdiction Procedures Code (no. 2575), Tax Procedure Code (no. 213), Personal Income Tax Code (no. 213) and Corporations Income Tax Code (no. 5520) are in the process of a law reform in Turkey. Determinations and suggestions for the actual reform Draft of Personal Income Tax Code establishes the purpose of this article. The actual progressive personal income tax system in Turkey is criticized for being insufficient to maintain the ability to pay. Progressive or flat taxation is a choice of tax policy in case these policies are supported with deductions, exceptions, exemptions and negative income tax implementations which are techniques to complete the ability to pay principle. Designing personal income tax in the framework of taxation principles and techniques is the subject of this article.

Keywords: public finance, income taxation, tax law, tax reform, law system.

Giriş

Thuronyi/Gordon'a^[1] göre vergi mevzuatında sorunlar, yeni vergi politikası tercihleri, vergiden kaçınmayı önlemek için getirilen yeni teknikler ya da kötü siyasi, idari ve yasal tercihlerden dolayı ortaya çıkar. Her durumda yasa değişikliği gündeme gelecektir; yasa tasarlarırken tercih edilen hukuki dil ise uygulama aşamasında ortaya çıkacak soruları yanıtlamada ve yorum sürecinde belirleyici olacaktır. Vergi yasasının dar ya da geniş yorumlanması, hukuki işlemin şekli görünümünün maddi içeriğine göre öncelik taşıyıp taşıyamaması ve vergi yasasının "iktisadi" bir anlam içerip içermediği soruları yoruma ilişkin temel meselelerdir^[2]. Yasaların açık ve sade olması, hukuk dili bakımından ilk şart olmakla birlikte, bu yeterli değildir; yasa aynı zamanda normlar hiyerarşisi içinde üst ve eşit seviyedeki normlar ile de birlikte okunduğunda ortak bir anlamı ifade etmelidir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, vergi yasaları:

- 1) Anayasal ilkeler ile anlam farklılığı taşımamalıdır;
- 2) "İdari kurallar" ile içeriği belirlenemeyecek ya da değiştirilmeyecek biçimde esaslı unsurları taşınmalıdır^[3], sonuçları itibarıyla "öngörülebilir" olmalıdır;
- 3) Uygulama aşamasında ortaya çıkabilecek yorum farklılıklarını en aza indirebilecek bir dil ile yazılmalıdır;
- 4) Yasal gerçeklik ile fiili gerçekliğin birbirinden farklı olmasına izin vermemelidir;
- 5) İktisadi sonuçları itibarıyla kamu maliyesinin amaçları (etkin kaynak dağılımı, adil gelir dağılımı ve istikrarın sağlanması) ile uyum içinde olmalıdır.

Bu önermeler Smith'in vergilendirmeye ilişkin adalet, belirlilik, uygunluk ve iktisadilik ilkeleri^[4] ile örtüşür. Vergi yasasının taşınması gereken niteliklere ilişkin ilk önerme, "adalet, belirlilik ve uygunluk" ilkeleri ile ilgilidir. İki, üç ve

[1] GORDON, Richard K. & THURONYI, V.: "Tax Legislative Process", Tax Law Design and Drafting, Editor: V. Thuronyi, IMF, Vol. 1, 1996, p.2.

[2] VANİSTENDAEL, Fritz: "Legal Framework for Taxation", Tax Law Design and Drafting, vol. 1, Victor Thuronyi, ed., IMF, 1996, p. 21.

[3] VANİSTENDAEL, p. 19: "In most countries implementation of tax laws belongs to the executive branch, the interpretation of tax law falls first to the executive branch, which issues regulations, decrees, circulars, and general rulings ("executive rules")."

[4] BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: Gelir Vergilendirmesinin Temelleri, Seçkin, Ankara 2011, s. 18.

dördüncü önermeler yoruma ve esasen “belirlilik” ilkesine, beşinci önerme ise “verginin etkinliğine” ve “iktisadiliğine” ilişkindir. Belirlilik ilkesi yanında adalet ve etkinliğe ilişkin kurallar işletilmezse, “vergiden kaçınma” ortaya çıkabilir^[5].

Vergilendirmeye ilişkin ilkelerin^[6] neler oldukları ve bunların hangisine ya da hangilerine uygulamada öncelik tanınacağı vergi politikasına ait bir tercihtir. İlkeler bir binanın planına benzetilirse, verginin tanımlanması, gelir yasalarının çeşitliliği, vergi tarifeleri, vergi kolaylıkları, vergi güvenlik önlemleri gibi vergi tekniğine ilişkin müesseseler ise binanın vücut bulmasını sağlayan malzemeler olarak düşünülebilir. Öyleyse sağlam bir binanın iyi düşünülmüş bir mimari plan yanında iyi bir işçilik ve malzeme gerektirdiğini söyleyebiliriz.

A. Teori ve Metodoloji, İlke ve Teknik

Gözler, hukuk kurallarıyla hedeflenen “daha iyi”nin ortaya konulması için ideal bir hukuk düzenini idare eden yüksek ilkelerin saptanması gerektiğini söyler^[7]. Gerçekten, ilkeler, hukuk kurallarının maddi varlığına anlam kazandıran, hukuk düzenini yönlendiren ve genellikle anayasadan kaynaklandıkları için yasa sistematigi içindeki diğer kuralların üzerinde olan normatif prensiplerdir. Örneğin, anayasadan kaynaklanan eşitlik ilkesi, vergi yasalarını da kapsar; vergi yasaları bu ilkeyi ihlal edemez, yasanın bu ilkeye uygun olarak tasarlanması gerekir. Vergi yasası, anayasa ve yasalarda belirtilen ilkeler çerçevesinde bir bütündür, böyle okunmak gerekir. Örneğin, Gelir Vergisi Kanunu’nda gelirin kişiselliğine uygun olarak safi miktarı üzerinden vergilendirilmesine ilişkin indirim, istisna ve muafiyetler, Anayasa m. 73’te düzenlenen “mali güce göre vergilendirme” ilkesine dayanır. İlkeler her zaman anayasadan kaynaklanmaz, yasa içinde düzenlenen ve yasanın ilgili olduğu alana ait olan ilkeler de vardır; örneğin, vergi hukuku bakımından Vergi Usul Kanunu m. 3’te yer alan “vergilendirmede gerçek mahiyetin esas alınması” ifadesinden kaynaklanan ekonomik yaklaşım ilkesi böyledir.

Teori, “ideal düzene” ilişkin tüm “ilkeleri” ifade ederken, hukuk sisteminin ilkelere uygun olarak hangi hukuki kurumlarla ve kavramlarla şekillendirileceği ise bir yöntem/metot/teknik sorundur.

[5] VANİSTENDAEL, p. 20: “If tax laws are interpreted rather literally, taxpayers can often arrange their affairs so as to avoid taxation.”

[6] Bkz. BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, Savaş Yayınevi, 42. Baskı, Ankara 2017.

[7] GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s.2.

Röhl, “hukuki yöntem” olarak “metot”u, “belirli bir amacın gerçekleştirilmesi ya da problemin çözülmesi için geliştirilen, teoriye dayalı bir yaklaşım” olarak tanımlar^[8]. Metot, teori bazlı olduğu için hukuk kuralı içinde teori ve metot iç içe geçmiştir. Podlech’e göre metot, “(hukuki) problemlerin çözümünde davranış kurallarının uygun biçimde düzenlenmesi” olarak da tanımlanabilir^[9]. Teknik ise “bir bilim, sanat ya da meslek dalında kullanılan yöntemlerin tümüdür”^[10]. Buna göre genelde hukuk, özelde vergi hukuku alanında kullanılan yöntemlerin tümü vergi tekniği olarak adlandırılabilir. Teknik, metota nazaran daha dar bir alana ilişkin yöntem bilgisini ifade eder, buna karşılık iki kavram da teoriye dayanır.

Hukuk alanında normatif gerçeklik ilkeler doğrultusunda teorik olarak belirlenir ve bilimsel yöntemlerle, vergi hukuku bakımından ise vergi tekniği ile uygulamaya konulur. Hukuk sisteminin işlemesi için ilkelerin doğru anlaşılması ve uygulanması gerekir. Vergi hukuku özelinde bakıldığında, ilkelerin teknikle örtüşmemesi halinde amaçlanan vergilendirme ile uygulama arasında bir fark ortaya çıkacaktır. Bu vergi gelirlerinin kaybı anlamına gelebileceği gibi, yükümlünün ödeme gücünü aşan bir vergi alınması sonucunu da doğurabilir.

B. Gelirin Vergilendirilmesine İlişkin İlkeler

Vergilendirme yetkisinin hukuk devleti ve sosyal devlet bakımından sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeler yanında Smith’in vergilendirme ilkelerine sadık kalınarak gelirin vergilendirilmesine ilişkin ilkeleri “belirlilik”, “adalet” ve “mali etkinlik” olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür:

1. Belirlilik

Alman hukukunda “Leitgedanke”^[11] (rehber düşünce) olarak ifade edilen belirlilik ilkesi, genel itibarıyla, hukuki düzenlemelerin mümkün olduğunca

[8] RÖHL, K.: Grundlagen der Methodenlehre I: Aufgaben und Kritik, 2013, 1: “Eine Methode ist eine Anweisung für das planmassige Vorgehen zur Lösung von bestimmten Aufgaben oder Problemen.”

[9] RÖHL, S. 2: “Ein Method ist, nur eine geordnete Klasse von Verhaltensanordnungen (Operationen) zum Zwecke von Problemlösungen.”

[10] YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları 2016, s. 802.

[11] MAXEINER, James, R.: Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy, 15 Tul. J. Int’l&Comp. L. 541, 608, (2007), 553.

kesin kavramlarla formüle edilmesi^[12]; vergi hukuku özelinde ise vergilerin miktarlarının, tarh, tahsil zamanlarının ve biçimlerinin idare ve kişiler yönünden belli ve kesin olması anlamına gelir. Belirlilik ilkesini, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilebilmesi anlamına gelen hukuki güvenlik ilkesi ile birlikte okumak gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de iki ilkeyi birlikte okumaktadır^[13]:

“Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, ... hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”

Avrupa hukukunda “legal certainty”^[14], Amerikan hukukunda ise “legal determinacy” olarak adlandırılan belirlilik ilkesi, kişilerin hukuka uygun davranabilmeleri için rehberlik etmek ve kişileri devletin keyfi faaliyetlerine karşı korumak bakımından iki ayrı fonksiyona sahiptir^[15].

Çağlar, belirlilik ilkesini, “erişilebilirlik” ve “kesinlik” unsurları üzerinden “hukuk düzeniyle ilişki içindeki kişilere devlet gücü tarafından yapılacak uygulamaları önceden görme imkânı sunacak düzeyde açık, anlaşılır, erişilebilir, sürekli, düzenli, tutarlı ve geleceğe yönelik yasal düzenlemelerin yürürlükte olduğu bir hukuk sistemini önceleyen, kamusal gücün kullanımını hukuk kurallarına bağlayarak öngörülebilirliği sağlamaya hizmet eden bir hukuk devleti ilkesi” olarak tanımlar^[16]. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, “belirlilik” ilkesi içinde “açıklık”, “erişilebilirlik”, “süreklilik”, “düzenlilik” ve “tutarlılık” alt ilkelerini de barındırır.

[12] JEHKE, Christian: Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, Dunckner & Humblot, Berlin 2005, 30; aktaran: BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukcuları Platformu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2013, s. 192.

[13] AYM 06.06.2013, E.2013/22, K.2013/73.

[14] MAXEINER, p. 549: “Avrupa hukukunda genel bir prensip olarak belirlilik ilkesi, (1) yasaların ve kararların kamuya açık olması, (2) yasa ve kararların kesin ve açık olması, (3) mahkeme kararlarının bağlayıcı olması, (4) yasa ve kararların geriye yürümemesi ve (5) hukuka güvenin korunması anlamına gelir.” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olan Türkiye, hukuk devleti ilkesine sağladığı anayasal koruma yanında ayrıca Avrupa hukukunun temel prensipleri ile de bağlıdır.

[15] ÇAĞLAR, Selda: “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukcuları Platformu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2013, s. 41.

[16] ÇAĞLAR, s. 53, 54.

Yasal belirlilik, yazında “gerçek yasal belirlilik”^[17] olarak ayrıca ve daha kapsamlı ifade edilmiştir. Buna göre, belirlilik ilkesinin uygulanması ancak yasal yöntemler aracılığıyla olabilir. Bunlar, açık, tutarlı ve erişilebilir hukuk kurallarının varlığı, devlet kuruluşlarının bu kuralları uygulaması ve bu kurallarla bağdaştırılmaları, çoğu vatandaşın bu kurallara uyması, bu kuralların tarafsız yargıçlarca ve pratikte uygulanabilmesidir^[18].

Belirlilik ilkesi, gelir vergisi yasaları için de geçerli bir ilkedir. Vergi yükümlüleri, gelirleri üzerinden verecekleri vergi “belirli” olduğu ölçüde hukuki güvenliğe sahiptirler; aynı ölçü hukuk devleti olmak açısından da geçerlidir.

a. Yasallık

Egemen toplumlarda vergi hukuku kaynağını anayasadan, Kelsen’in deyimiyle “Grundnorm” dan^[19] alır. 1982 Anayasası’nın 73. maddesi, “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır” diyerek yasallık ilkesini anayasal koruma altına almıştır. Maddenin son fıkrasına göre Bakanlar Kurulu’na vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muafiyet, istisna, indirim ve oranlarına ilişkin olarak yasal sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi verilebilir. Anayasa’nın kanun hükmünde kararnamelere ilişkin 91. maddesi ise TBMM’nin sıkıyönetim ve olağanüstü haller ile saklı kalmak üzere Bakanlar Kurulu’na vergi ödevi konusunda kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapmak yetkisi verebileceğini düzenlemiştir^[20].

Gelir vergisine ilişkin yasalar ise vergi yasaların taşıdığı niteliklere sahip olmak dışında “gelir” kavramının kapsamını ve gelir vergisinin unsurlarını da belirleyici özellikte olmalıdır. Anayasa Mahkemesi’ne göre^[21],

“Yasama organı, vergi alanına giren konuları ayrıntılarıyla düzenlemesinin olanaklı bulunmadığı hallerde, vergilendirmenin temel öğelerini belirleyerek, uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda yürütme organına düzenleyici idari işlemlerde bulunma yetkisi verebilir. Yürütme organına verilen yetki,

[17] OTTO, Jan Mischel: “Toward an Analytical Framework: Real Legal Certainty and Its Explanatory Factors”, in Implementation of Law in the People’s Republic of China 23, 25, Jianfu Chen et al. eds., 2002.

[18] MAXEINER, s. 551.

[19] KELSEN, Hans: The Pure Theory of Law, University of California Press, Los Angeles, 1967, p. 8.

[20] KARAKOÇ, Yusuf: “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı 2013, s. 1272.

[21] AYM 11.12.1996, E. 1996/49, K. 1996/46.

vergilendirmenin temel öğelerine ilişkin olmayıp yasayla getirilen düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı niteliktedir. Yürütme organı, vergileendirme tekniğine ve ayrıntılara ilişkin konuları düzenlerken vergi yasalarının sınırları içinde kalmak zorundadır.”

Yasanın asgari içeriği, Anayasa Mahkemesi`nce^[22] “vergilendirmeye ilişkin temel öğeler” olarak saptanmıştır.^[23] Bunlar, vergiyi doğuran olay, konu, yükümlü ve vergilerin matrah ve oranlarının yukarı ve aşağı sınırları, tarh ve tahakkukları, tahsil usulleri, yaptırımları ve zamanaşımı gibi belli başlı temel öğelerdir^[24].

“Vergilendirmeye ilişkin temel öğeler”, yazında “vergi konusu, vergiyi doğuran olay, vergi yükümlüsü, matrah ve oran” olarak açıklanmaktadır^[25]. Yasallık ilkesi gereği, “yalnızca verginin temel öğelerinin yasa ile konulması değil, vergiden doğan ödev ve yöntem ilişkilerinin de yasa ile düzenlenmeleri gerektiği” belirtilmektedir^[26].

b. Öngörülebilirlik

Anayasa Mahkemesi hukuk devletini “*tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlilik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, hukuk güvenliği sağlayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa’nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlet*” şeklinde tanımlamaktadır^[27].

Çağan, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergileendirme” adlı eserinde, hukuki güvenlik ilkesi ile vergileendirme arasındaki ilişkiyi açıklamıştır^[28]:

[22] AYM 16.1.2003, E. 2001/36, K. 2003/3.

[23] BAŞARAN YAVAŞLAR, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, s. 210.

[24] AYM 15.10.2009, E.2006/124, K.2009/146; 15.10.1991, E. 1990/29, K. 1991/37.

[25] BAŞARAN YAVAŞLAR, a.g.m., 212.

[26] GÜNEŞ, Gülsen: Verginin Yasallığı İlkesi, 4. Baskı, XII Levha, İstanbul 2014, 134; BAŞARAN YAVAŞLAR, a.g.m., 212; ÇAĞAN, Nami: Vergileendirme Yetkisi, İstanbul 1982, 100 vd., DOĞRUSÖZ, Bumin: “Vergileendirme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organları Arasında Bölüşümü, Vergi Dünyası, S. 43, Mart 1985, 16vd.

[27] AYM t.04.06.2003, E.2001/392, K.2003/69

[28] ÇAĞAN, Nami: Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergileendirme, s. 141.

“Kişiler, devletin vergiler yolu ile hak ve özgürlük alanlarına yönelttiği müdahaleleri önceden tahmin edebilmeli ve geleceğe dönük planlarını buna göre yapmalıdır; böylece vergilendirmede keyfilik de önemli ölçüde önlenir. Vergilendirme açısından hukukî güvenlik, her şeyden önce vergi kanunlarının kesin, açık, yalın ve anlaşılabilir olması ile sağlanabilir”.

Vergilendirme, en başta mülkiyet olmak üzere kişi hak ve özgürlüklerine bir müdahale olduğundan, hukuki güvenlik ilkesi kapsamında öngörülebilir olmalıdır. Alman Anayasa Mahkemesi, vergi hukuku bakımından belirlilik ve açıklık ilkelerini, “vergi ödevlisinin vergi borcunu önceden hesaplayabilmesinin mümkün olması” şeklinde uygulamaya aktarmıştır^[29].

Vergi kanunlarının sıklıkla değiştirilmesi ve geriye yürümesi^[30], hukukun öngörülebilirlik işlevini azaltarak hukukun güvenilirliğini etkileyebilir^[31].

2. Adalet

Neumark, adil vergilendirmeyi genellik, eşitlik ve ölçülülük ilkelerinin gözetilmesine bağlamıştır^[32]. Alman doktrininde^[33] eşitlik, mali güç kriterine göre ölçülmektedir. Ülkemizde ise Anayasa Mahkemesi ve doktrin mali güce göre vergilendirilme ilkesini sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olarak görmektedir^[34]. Sosyal devlet, ilke olarak Anayasada bulunmakla birlikte kapsamı vergi politikaları ile genişleyip daralabilen bir kavram olduğundan, mali gücü eşitlik ilkesi ile ilişkilendirmek olması gereken hukuk bakımından daha doğru sonuçlar doğuracaktır.

1982 Anayasası m. 73/1’de düzenlenen mali güce göre vergilendirme ilkesi, kişilerin ekonomik ve kişisel durumları göz önüne alınarak vergilendirilmelerini”

[29] BAŞARAN YAVAŞLAR, a.g.m., s. 193: “AİHM’nin, açıklık ve belirlilik ilkelerini, öngörülebilirlik ilkesi altında, maddi anlamda yasanın unsurları olarak anladığı...”; a.g.m., dn. 14: BVerfGE 19, 253 (267); 34, 348 (365); 49, 343 (362).

[30] ÖZGÜVEN, Volkan: Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.

[31] AKINCI, Müslüm: “Normatif Düzen Kalitesi”, İnönü Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı: 1, 2012, s. 191.

[32] NEUMARK, Fritz: Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, Tübingen, 1970, 69; aktaran, BAŞARAN YAVAŞLAR, Gelir Vergilendirilmesinin Temelleri, s. 18.

[33] TİPKE, Klaus / LANG, Joachim: Steuerrecht, 17. Aufl. Köln, 2002, § 4, Rz. 70vd., 81 vd.

[34] BAŞARAN YAVAŞLAR, Gelir Vergilendirmesinin Temelleri, s. 31, dn. 73.

ifade eder^[35]. Kamu maliyesinde mali gücün üç göstergesi gelir, servet ve harcamadır. Gelirin vergilendirilmesi bakımından esas alınması gereken “mali güç”, Anayasada belirtildiği üzere kişilerin “ekonomik ve kişisel” durumlarını göz önünde bulundurmalıdır. Bu iki kavram arasındaki fark nedir ve bu iki kriterin birlikte anılmasının anlamı nedir?

Tipke’ye göre^[36], gelirin vergilendirilmesi bakımından “ekonomik kapasite/güç”, kişinin toplam gelirini ifade eder. Ancak “ekonomik kapasite” ya da “ekonomik durum”, “vergilendirilebilir gelir”e ulaşmak için yeterli değildir; gelirin kişisel olması ilkesi gereği “kişisel durum” da göz önüne alınmalıdır. Yasada izin verilen indirilebilecek giderler indirildikten ve varsa istisna ve muafiyetler uygulandıktan sonra kalan safi gelir Türk vergi hukukunda “vergilendirilebilir gelir”dir ve “mali gücü” ifade eder.

Mali güce göre vergilendirme yapıyor isek, neden vergiden kaçınma ya da vergi kaçakçılığı yüksek oranlardadır ve bu sebeplerden dolayı ortaya çıkan gelir açığı Maliyeyi vergi barışı ya da uzlaşma gibi yöntemlere yönlendirmektedir? Bu halde vergi yükü vergisini zamanında ve tam olarak ödeyen mükellef üzerinde kalmakta, bu da büyük ölçüde stopaj ile vergilendirilen ücret geliri elde eden kesim olmaktadır. “Tahsil” işlemine ilişkin bir sorunu “vergiyi doğuran olay” a aktarmak vergilendirme bakımından doğru bir yöntem değildir.

Diğer bir deyişle, Anayasamızda “mali güce göre vergilendirme ilkesi” var ve neden “mali güce” göre vergilendiremiyoruz? Belki de bu ilkeyi doğru okumuyoruz; Tipke’nin “ekonomik güç/kapasite”den ayırdığı “vergi gücü/kapasitesi” kavramını burada anmak gerekir^[37]: “Ekonomik kapasite” toplam geliri ifade ederken, “vergi kapasitesi”, asgari geçim düzeyi üzerindeki geliri ifade eder. Bir diğer deyişle kişinin asgari geçimini sağlamak için yapması gereken harcamalar toplam gelirinden çıkarıldıktan sonra “vergilendirilebilir gelir”e ulaşılır. Bu anlayış, harcama unsurunu da gelir içinde değerlendiren bir “ödeme gücü”nü ve mevcut Gelir Vergisi Kanunumuza nisbeten farklı bir “vergilendirilebilir gelir”i ifade eder. Mali güce göre vergilendirme ilkesine konu olan “ödeme gücü”, “vergiyi ödeme gücü”nden çok “geliri harcama gücü”dür^[38]. Geliri “harcama”

[35] ÖNCEL, Muallâ & KUMRULU, Ahmet & ÇAĞAN, Nami: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

[36] TİPKE, Klaus: Die Steuerrechtsordnung, Cologne, 1993, vol. I, 480, 481.

[37] TİPKE, 480, 481.

[38] SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, 5. Baskı, Beta, 2009, s. 272.

unsuru ile birlikte düşünmek gerekir^[39]. Dolayısıyla mali güce göre vergilendirme ilkesinin öngördüğü “kişisel durum” kriterini “harcama” unsurunu da katarak okumak gerekir. Asgari geçim düzeyini sağlamak için yapılması gereken harcamalar, varsayımsal ancak medeni bir yaşam standardı sağlayacak miktarda bir “istisna” kalemi olarak düzenlemeye alınmalıdır. Mevcut sistemimizde yalnızca bir kısım ücret geliri elde edenler için var olan bu indirim, harcama unsurunu da içinde alan bir gelir anlayışından uzaktır. Mevcut Gelir Vergisi Tasarı Taslağında “vergilendirilebilir gelir” kavramı gözden geçirilmelidir.

Esasen “asgari geçim istisnası”nın anayasal dayanağı hukukumuzda mevcuttur. Anayasanın 17. maddesine göre, herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Gelir Vergisi Kanunu’nda bahsedilen düzenlemenin yapılması, Anayasanın 17. maddesinde sayılan hakların sağlanmasını güvence altına alacaktır. Benzer biçimde 1992 yılında Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Alman Anayasasının 1. maddesinde düzenlenen insanlık onuruna dayanarak, vergi yükümlülerinin asgari medeni bir yaşam standardını karşılayan temel ve kişisel bir vergi istisnasının anayasal hakları olduğuna karar vermiştir^[40]. Yaşamın idamesi için yapılması gereken asgari kişisel harcamalar, ödeme gücünü düşüreceği gerekçesiyle gerçek “vergilendirilebilir gelir”e ulaşmak için Alman vergi hukukunda asgari geçim istisnası getirilmiştir.

Asgari geçim seviyesini karşılamak bakımından doğru teknik, “indirim” değil “istisna”dır.

2. Mali Etkinlik

“Gelir” bizzatı iktisadi bir kavram olduğundan, gelirin vergilendirilmesine ilişkin yasanın da vergi politikalarını gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Gelirin artırılması, adalet, etkinlik, istikrar gibi mali amaçlar gelir vergisi yasaları ile sağlanabilir^[41]. Mali hukuk kamu maliyesine ilişkin olduğundan, vergi yasaları Musgrave’in belirttiği kamu maliyesinin etkin kaynak tahsisi, adil gelir dağılımı ve istikrar olan üç temel amacını gerçekleştirmeye yönelik olmalıdır.

[39] LANG, Joachim: “Chapter 4: Germany”, in M. T. Soler Roch (ed.), *Family Taxation in Europe*, Kluwer Law International, 1999, 55-71.

[40] LANG, s. 59, BVerfG of 25 Sept. 1992.

[41] THURONYI, “Drafting Tax Legislation”, p. 3: “Tax law must be effective in achieving the policy goals of the legislator, both in terms of the amount of revenue to be raised -with an eye to equity, efficiency, and simplicity- and the items and persons to be taxed. Good drafting goes hand in hand with the specification of policy.”

Etkinlik, verginin yaratabileceği ekonomik eşitsizlikleri ya da bozulmaları en az seviyeye indirecek şekilde vergilendirmek ve piyasadaki verimsizliği düzelterek bir vergi sistemi inşa etmek anlamına gelir^[42].

Adam Smith'e göre bir verginin etkinliğini düşüren dört sebep vardır^[43]:

- a) Vergilerin yüksek oranda artışı,
- b) Vergilerin yükümlülerin çalışma isteğini azaltması,
- c) Vergi cezalarının yetersizliğinin yükümlüleri yanıltması ve
- d) Özel hukukun müdahalesi.

Günümüzde verginin etkinliğini belirlemekte iki ölçü dikkate alınmaktadır. Birincisi, vergilendirmenin maliyeti, diğeri ise yükümlünün ödediği verginin oranının yüksekliğidir^[44]. Görüldüğü üzere, mali etkinlik, iktisadi içeriği yanında vergi hukuku bakımından ayrıca anlam ifade etmektedir. Gelir vergisi ise bu iki alanın kesişim noktasında bulunduğundan mali etkinliği etkileyen sebepler gelir vergisi bakımından da geçerlidir. Gelir vergisi kanununda örneğin oranda yüksek oran artışına gitmek, belli bir noktadan sonra verginin etkinliğini düşürebilir^[45].

a. Gelir Kavramı

Ekonomik bir kavram olarak gelir, “belli bir zaman kesiti içinde alım gücünde artış şeklinde ortaya çıkan bir akım” olarak tanımlanır^[46]. Bir üretim faaliyetine katılma sonucu elde edilen ekonomik değeri gelir olarak kabul eden “kaynak kuramı” karşısında hangi kaynaktan doğarsa doğsun satın alma gücünde belli bir dönemde ortaya çıkan artışı gelir sayan “safı artış kuramı” bulunur^[47].

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 1. maddesine göre, “*Gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safı tutarıdır.*” Gelir

[42] ZOLT, Eric: “The Uneasy Case for Uniform Taxation”, 16 Va. Tax Rev.39 (1996-1997), p. 43, 61.

[43] SMİTH, Adam: Der Wohlstand der Nationen, 9. Auflage, München 2001, p. 704; R. Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, S. 7.

[44] BİRK, Dieter: Steuerrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2004, Rn. 41f; R. Wernsmann, a.g.e., s. 7.

[45] EİDENMÜLLER, Horst: Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Auflage, Tübingen 1998, S. 55, 465.

[46] ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 238.

[47] ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN s. 239, 240.

Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinde gelir kalemleri, "ticari kazanç, zirai kazanç, ücret, serbest meslek kazancı, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı ve diğer kazançlar" olarak sayılmıştır. Düzenleme kaynak kuramını esas almaktadır.

1998 yılında kabul edilen, ancak 4444 ve 4783 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikler nedeniyle 1999 yılı ve müteakip yıllar gelirleri için uygulanamayan, 4369 sayılı Kanun ise geliri, "bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği tasarruf veya harcamasına kaynak teşkil eden her türlü kazanç ve iratların safi tutarı" olarak tanımlamıştı. Son gelir kalemi ise "kaynağı ne olursa olsun diğer her türlü kazanç ve iratlar" idi. 4369 Sayılı kanunda gelirin tanımının değiştirilmesi ile birlikte gelir unsurunun kanunda açık bir şekilde belirtilmesi anlayışı terk edilerek, bunun yerine bir gelir unsurunun vergilendirilmemesi için, açıkça vergiden istisna edildiğine ilişkin bir hükmün bulunması gerektiği ilkesine geçilmişti^[48]. Bu düzenlemede öncelikli amaç, vergi tabanının genişletilmesi, kayıt dışı ekonominin kayda alınması, sistemin basit ve açık hale getirilmesi ve halen vergilerini düzenli olarak ödeyen mükelleflerin vergi yükünü artırmadan toplam vergi yükünü artırmaktır^[49].

Güncel Gelir Vergisi Kanunu Tasarı Taslağı incelendiğinde 4369 sayılı Kanun ile getirilmek istenen safi artış kuramına dayalı gelir anlayışına geri dönülmediği görülmektedir.

b. Gelirin Sedüleri/Global Olması

Gelir vergisinin yapısına ilişkin iki teori vardır: Global (toplam) gelir vergisi uygulamasında belli bir dönemde elde edilen tüm gelirler, türü ne olursa olsun, toplanarak ulaşılan miktar vergilendirilir. Sedüleri gelir vergisinde ise gelirin türüne göre farklı bir vergilendirme usulü ya da farklı bir vergi tarifesi uygulanır. Bu sistemde her gelir türünde indirilebilecek giderler farklıdır; bazı gelir türlerinde daha azdır bazılarında ise hiç yoktur. Gelir türlerinin beyan, tarh ve tahsil usulleri farklıdır. Bazı gelir türleri tevkifata bazıları beyan usulüne tâbidir^[50].

[48] KOYUNCU, Mesut: "Vergi Reformu", Vergi Dünyası Dergisi, Ekim 1999, s. 48.

[49] ARSLAN, Cenk Murat: "4444 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde 1999-2002 Tarihleri Arasında Uygulanacak Arızı Kazançlara İlişkin Düzenlemeler", Vergi Dünyası Dergisi, Eylül 1999.

[50] BURNS, Lee / KREVER, Richard: "Individual Income Tax", Tax Law Design and Drafting, vol. 2, Victor Thuronyi, ed., IMF 1998, p. 1.

Sedüler gelir vergisinin global gelir vergisine nazaran dezavantajları olduğu kabul edilir^[51]:

- Sedüler gelir vergisi sisteminde artan oranlı vergi tarifesi bazı gelir türlerine uygulanırken diğerlerine uygulanmayacağından bu gelir türleri arasında eşitsizlik yaratabilir.
- Sedüler gelir vergisi sistemi global gelir vergisi uygulamasına göre daha karışıktır.
- Sedüler gelir vergisi sisteminde vergi yükümlülükleri vergi yükü bakımından daha avantajlı olacakları biçimde vergi planlaması yapabilirler, bu da vergi gelirlerinde düşüşe neden olabilir.

Buna karşılık hukuk sistemleri çoğunlukla saf global gelir vergisi uygulamasından ziyade içinde sedüler düzenlemeler bulunan karma gelir vergisi sistemleri inşa etmişlerdir. Geliri global olarak tanımlamakla beraber gelir kategorileri yaratmayan sistemler^[52] yanında vergilendirilebilir gelir miktarını her gelir türü için ayrıca düzenleyen gelir vergisi sistemleri^[53] vardır.

Türk vergi hukukunda da gelir vergisi bakımından karma bir sistem mevcuttur. Gelir Vergisi Kanununun 1. maddesine göre, “Gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarıdır.” Gelir Vergisi Kanunu’nun 2. maddesinde gelir kalemleri, “ticari kazanç, zirai kazanç, ücret, serbest meslek kazancı, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı ve diğer kazançlar” olarak sayılmıştır. Bu gelir kategorilerinin her biri farklı vergilendirme usullerine tâbi tutulmuş ancak son aşamada toplama yapılması öngörülmüştür:

- Ticari kazançlar, gerçek usul;
- Zirai kazançlar, gerçek usul ve tevkifat;
- Ücretler, gerçek usulde tevkifat;
- Serbest meslek kazançları, gerçek usul ve tevkifat;
- Menkul sermaye iratları (büyük ölçüde) tevkifat ve gerçek usul;
- Gayrimenkul sermaye iratları gerçek usul, götürü usulve tevkifat;
- Diğer kazanç ve iratlar gerçek usul ve tevkifat,

[51] BURNS/KREVER, p. 2, 3.

[52] BURNS/KREVER p. 3, st. 4: “RUS IT § 2; USA IRC § 61”.

[53] BURNS/KREVER, p. 3, st. 5: “CAN ITA § 3; DEU EStG § 2; FRA CGI § 13; ESP IR § 23; GBR ICTA §§ 15 20; JPN IT § 22”.

yöntemi ile vergilendirilir.

İlk bakışta global bir gelir vergisi tanımı ile büyük ölçüde gerçek usulde ve toplama metoduyla vergileme yapıldığı düşünülebilir. Bununla birlikte GVK m. 94 ve KVK m. 15'te düzenlenen "tevkifat" usulünün tüm kategorileri kapsayacak ölçüde geniş tutulmuş olması ve bazı hallerde tevkifatın nihai vergilendirme olarak kalması, tevkifata tâbi tutulan gelirlerin toplamaya alınmaması, her gelir kategorisi için farklı bir vergilendirme yaratmaktadır. Bu da gelir vergisini globalikten uzaklaştırıp sedüler nitelik kazandırmaktadır. Türk Gelir Vergisi Kanunu görünüşte global, uygulamada sedüler olan karma bir sistem yaratmıştır.

C. Soyuttan Somuta: Teknik

Teknik, "usullerin tamamı" olarak adlandırılır^[54]. Oldukça sık mevzuat değişikliği olan ülkemizde hukuk tekniği, daha fazla incelenmesi gereken bir konudur. Vergi hukuku ilkeleri anayasa ve uluslararası hukuk ile belirlendikten sonra bunların hangi yöntemlerle uygulamaya konulacağı ayrı bir meseledir. Örneğin adalet ilkesini vergi hukukunda eşitlik, eşitliği ise mali güç ile ölçüyoruz. Vergi yasalarımız "gerçek mali gücü kavramayı" amaçlar. "Gerçek mali gücü nasıl vergilendirebileceğimiz" sorusunun yanıtını ise yöntem belirleyecektir. Gelir vergisinde ne tür bir vergi tarifesinin uygulanacağı, indirim ve istisnalar, tarh usulü gibi konular, vergi hukuku ilkeleri çerçevesinde ve vergi politikaları doğrultusunda uygulanacak yöntemle ilişkindir. Teknik, yasanın ait olduğu alana ilişkin ilkelerin biçimlendirilmesi ile ilgilidir. Şüphesiz vergi tekniği yasa tekniğinden farklı bir konudur. Fakat vergi yasalarının biçimi ve içerik yöntemleri vergilendirmenin nasıl yapılacağı ve hangi sonuçları doğuracağı soruları bakımından önemlidir.

1. İlke ve Tekniğin İç İç Geçmesi

İyi tasarlanmış bir vergi yasası, verginin tüm unsurlarını içermeli ve bunun yanında "anlaşılabilir" olmalıdır^[55]. Bundan kasıt, yasanın uzunluğu değil, açıklığıdır. Düzenlemenin mümkün olduğunca açık ve anlaşılabilir olması ile ifade edilen açıklık, yazında belirlilik ilkesinin yanında ve bir "ilke" olarak anılmaktadır^[56]. Aslında "açıklık", aynı anda "vergilendirme biçiminin nedenini"

[54] YILMAZ, s. 802.

[55] THURONYİ, Victor: "Drafting Tax Legislation", Tax Law Design and Drafting, vol. 1, Victor Thuronyi, ed., IMF, 1996.

[56] BAŞARAN YAVAŞLAR, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi", s. 191.

ifade ettiği gibi “vergileendirme biçimini” de açıkladığından, ilke ve tekniğin iç içe geçtiği hallere örnek teşkil eder.

Genel, soyut bir vergi yasası, uygulamada tereddüt yaratabilir. Çünkü hayat sonsuz bir olasılıklar evrenidir. İdare somut olaya ilişkin çözüm yollarını tebliğ, özelge gibi idari işlemlerle; yargıçlar ise içtihatlar ile gösterebilir. Ancak bu tamamlayıcı işlemler yasanın kapsamını aşmamalıdır. Yasa koymak yasa koyucunun görevidir. Yasa bunun aksine izin vermeyecek ölçüde açıklayıcı olmalıdır. Yasa metni ile boş bir çerçeve çizmek ve içeriğini düzenleyici işlemlerle doldurmak hukuku öngörülemez hale getirir. Buna karşılık, yasa koyucunun da bütün olasılıkları hesaplayacak genişlikte bir yasa metni hazırlaması beklenemez. Ölçü, vergi yasasının verginin esaslı unsurlarını içermesidir; yasa çerçeve değil, resmin kendisidir.

Başaran Yavaşılar’a göre de^[57], “*Kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.*”

Gelir Vergisi Kanunu’na ilişkin tebliğlerin çokluğunun bir sebebi de iktisadidir. Ekonomik veriler değiştiğinde vergileendirmeye ilişkin istisna hadleri, değerlendirme oranları, faiz oranları gibi rakamlar da değişmektedir. Bunların düzenleyici işlemlerle bildirilmesi yasaı tamamlayıcı niteliktedir. Gelir Vergisi Kanunu’nda yer alan tanımlamalar da yasanın açıklayıcı olması amacına hizmet eder. Tanımlara ilişkin kısmın yasa metninin başında olması okuyucunun tanımları anlayarak yasa metnini okuması dolayısıyla anahtar işlevi görür^[58].

Yasa hükmü metni açık olmak yanında bağlı bulunduğu Kanun ve mevzuat içinde de anlamlı olmalıdır. Bütün bu sayılanlara dikkat edilse dahi uygulamada “yasanın ne söylediği” ya da “yasanın nasıl okunacağı” üzerinde tereddüt doğabilir. Sözcüklere sıkı sıkıya bağlı kalmak bazen yasanın anlamından uzaklaşılmasına neden olabilir. Bunun için vergi hukukunda yorum metotları geliştirilmiştir. Vergilerin yasallığı ilkesi anayasal koruma altına alınmış olmakla birlikte vergi yasalarının nasıl yorumlanacağı hususu anayasal bir kurala bağlanmış değildir. Bu konuda, “Yasanın anlamı bakımından şüphe olması halinde mükellef lehine yorum yapılır” diyen Fransız Anayasası’nın 34. maddesi örnek gösterilebilir^[59].

[57] BAŞARAN YAVAŞLAR, a.g.m., s. 192.

[58] Aksi görüş için bkz. THURONYI, “Drafting Tax Legislation”, p. 14.

[59] “Tax laws should be interpreted strictly, and any doubt about the meaning of these laws should be resolved in favor of the taxpayer.” 1 Demante, Principes de l’enregistrement

Bu hüküm Anayasamız'da yer alsaydı şüphesiz ispat müessesesini hayatın olağan akışı karanesi üzerinde inşa eden Vergi Usul Kanunu m. 3 hükmü anayasaya aykırılık teşkil ederdi.

Vergi yasalarının yorumlanması bakımından rehber bir ilke olan ve vergi hukukumuzda uygulanan ekonomik yaklaşım ilkesinin amacı, özel hukuk kavram ve kategorilerinin vergi hukukunda fazlasıyla katı anlamları itibariyle yorumlanmasını önlemektir. Vergi yasalarının yorumlanmasında “ekonomik gerçekliğin” esas alınmasına izin veren VUK m. 3 hükmü, vergiden kaçınmanın da önüne geçmeye çalışmıştır^[60]. Bununla birlikte, Belçika örneğinde olduğu gibi^[61], Gelir Vergisi Kanunu’na vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin genelbağımsız bir hüküm konulması vergi planlaması bakımından düşünülebilir.

2. Habermas: Hukukun Normlar ve Olgular Arasındaki Köprü Görevi

Habermas’a göre modern hukuk, “ne sosyolojik olarak boş, ne de normatif olarak kör olacak biçimde ikili bir perspektif geliştirmelidir”^[62]. Habermas, hukukun normlar ve olgular arasında sosyal bir uzlaştırıcı olduğunu söyleyerek hukuka normatif gerçeklik ile sosyal gerçeklik arasında bir köprü olma görevi yükler^[63].

Normlar kavramsal gerçekliği, bir başka deyişle yasa koyucunun tercih ettiği “olması gerekeni” yansıtır. Yasa koyucu “olması gereken”e karar verirken normlara esin kaynağı olmuş önceki olaylardan (genel sosyal ilişkiler) yararlanır. Buna karşın “olan” olaylar, sosyal gerçekliği^[64] ifade eder. Vergi hukuku bakımından sosyal gerçeklikte var olan olayların “vergiyi doğuran olay” olarak

No. 9 (1897)

[60] Maddeye getirilen eleştiriler için bkz. SABAN, Nihal: “Vergi Usul Kanunu 3, B, 1’in –neliği”, Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi, Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi-2, İstanbul 2014, 141-169.

[61] See BEL CIR art. 344 (permitting the tax administration to set aside any legal qualification of an act or a transaction by a taxpayer, when the purpose of such act or transaction was tax avoidance, unless the taxpayer can show a legitimate business purpose).

[62] HABERMAS, Jürgen: Between Facts and Norms, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts 1996, p. 21, 22: “The theorist of law can ignore neither the participant’s own normative understanding of their legal system nor those external mechanisms and processes that are accessible to the sociological observer ... Habermas proposes to examine it from both normative and empirical perspectives, both as a “system of knowledge” (or set of public norms) and as a “system of action” (or set of institutions) embedded in a societal context.”

[63] HABERMAS, p. 1.

[64] COHN, Georg: Existentialism and Legal Science, çev. G. H. Kendal, 1967, s. 82.

adlandırılabilmeleri için kavramsal gerçeklik ile kesişmeleri gerekir^[65]. Eğer “olması gereken” ile “olan”ın örtüşmesi isteniyorsa, bir diğer deyişle bir konu vergilendirilmek isteniyorsa;

a) Yasa koyucu “olması gereken” tercihini yasa ile açıkça ortaya koymalıdır. Yasanın sözü ve düzenlenişi, uygulanması ile zıtlık yaratmamalıdır. Elbette yasa koyucunun “olması gereken” tercihi değişebilir; ancak bunun için yasa değişikliği gereklidir. Yasa tekniği, yasada yapılmak istenenden farklı bir vergilendirme doğurmamalıdır. Bu halde kavramsal gerçeklik ile sosyal gerçeklik örtüşmeyebilir. Bir başka deyişle, yasal düzenlemenin tekniği, bağlı olduğu ilke norm ile “tutarlı” olmalıdır.

Türk Gelir Vergisi Kanunu’nun gelirin vergilendirilmesine ilişkin tarife düzenlemesi, bu duruma olumsuz örnek olarak gösterilebilir. -Aslında eşitlik ilkesine dayanmak gerekse de- Anayasa’nın 73’üncü maddesine göre mali güce göre vergilendirme ilkesine dayanılarak düzenlenen gelir vergisi tarifesi, artan oranlı vergilendirmeyi öngörmektedir. Buna karşılık söz konusu tarife görünüşte artan oranlıdır:

- İlk olarak tarife, “sıfır” gelirden başlayarak mali gücü belirlemektedir.
- İkincisi, mali gücü, “ödeme gücü”nden ayırt etmeden vergilemektedir. Halbuki vergilendirilebilir gelir, ödeme gücünün tümü de değil, bir kısmına karşılık gelir. Gelirin kişiselliğine uygun olarak indirim, muafiyet ve istisnalar uygulandıktan sonra kalan kısım vergilendirmeye tâbi tutulmakla birlikte, “vergilendirilebilir gelir”e ulaşılmaktadır. Ancak bu matrah, mali güce göre vergilendirme ilkesine uygun değildir. Çünkü Gelir Vergisi Kanunu’nda mevcut olan asgari geçim indirimi bu ilkeyi kavrayacak biçimde uygulanmamaktadır. Vergilendirilebilir geliri ifade eden teknik, “asgari geçim istisnası”dır ve yalnızca ücretli kesimin belli şartlarda ve iktisadi olarak geçiminde fark yaratmayacak derecede düşük miktarda değil, insanlık onuruna uygun olarak yaşamını idame ettirecek asgari harcamaları matrah dışında bırakacak biçimde düzenlemektir.
- Tarife, Anayasanın 41. maddesi ile koruma altında olan ve iktisadi olarak farklı bir mali gücü ifade eden aileyi koruyacak biçimde düzenlenmemiştir. Alman Gelir Vergisi Kanunu’nun 32/a maddesinde olduğu gibi ailenin gelir vergisi tarifesinde indirim ya da yararlandırmalar seçimlik olarak öngörülebilir.

[65] ÖZDİLER KÜÇÜK, Eda: Kişisel Veriler Bakımından Ölçülülük İlkesinin Uygulanması, Vergi Hukukuna Genç Yaklaşımlar, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 2, XII Levha, Editör: Prof. Dr. Billur Yaltı, 2013, s. 144.

- Son olarak ise tarife artan oranlı görünmekle birlikte o kadar çok stopaj uygulaması barındırmaktadır ki, gelir vergisi sisteminde adeta ikili gelir vergisi görünümü yaratmıştır. İkili gelir vergisi, emek ve sermaye gelirlerinin farklı tarifelere göre vergilendirilmesini ifade eder; emek gelirleri artan, sermaye gelirleri ise düz oranlı vergilendirmeye tâbidirler. Belirli bir gelir seviyesinin üzerinde başlayarak uygulanan düz oranlı vergi tarifesi yönteminde oluşan dikey eşitsizlik, negatif vergilendirme ve sosyal yardımlar ile telafi edilmeye çalışılmaktadır. Mevcut Gelir Vergisi Kanunu ise sermaye gelirlerini ticari kazançlar bakımından artan, menkul sermaye iratları bakımından (yaygın stopaj nedeniyle) düz; emek gelirlerini ise ücretler bakımından (ücretlilerin büyük kısmı aynı dilimde toplandığı için) büyük ölçüde düz, serbest meslek kazançlarını artan oranlı, biçimde düzenlemiştir. Bu hali ile gelir vergisi tarifemiz artan oranlı, düz oranlı ya da ikili vergilendirmeye uymamaktadır.

Anayasa’da eşitlik, adalet ve mali güce göre vergilendirme ilkeleri mevcut olmakla birlikte Gelir Vergisi Kanunumuzun mevcut tarife uygulaması, bahsettiğimiz ilkelerle “tutarlı” değildir. Mali güç, sosyal gerçeklikten kaynaklanan bir kavram olduğundan, yasanın bu gerçekliği karşılayacak biçimde ve rehber ilkelere uygun olarak düzenlenmesi gerekir.

b) Yaşam sürekli bir değişim hali olduğu için normların da aynı sürece uyması gerekir. Vergi normları kişilerin ekonomik durumunu geniş ölçüde etkiler ve bu sebeple sık sık değiştirilirler^[66]. Çünkü “olan” değiştikçe “olması gereken” düşüncesi de değişir. Bu sebeple hukuk kurallarının ve ilkelerin sosyal gerçekliği karşılayabilecek esneklikte olması gerekir. Örneğin, “olanı” kavrayan “gelirin gerçek olması” ilkesi gereği yasa koyucu karine ya da varsayımlara dayalı vergilendirmeden mümkün olduğunca kaçınmalıdır^[67].

Yukarıda bahsedilenlerden ilki (a), “yasa yapımı” ile ilgilidir, “olan”dan “olması gereken”e ulaşma çabası vardır; ikincisi (b) ise “yasanın uygulanması” ile ilgilidir, “olması gereken”den “olan”a ulaşmak istenmektedir.

Thuronyi, yasa koyucunun varsayımsal vergilendirmeye yönelmesini altı temel nedene dayandırır^[68]:

- Vergi idaresine vergilendirmede basitlik tanır.

[66] COHN, s. 68.

[67] ÖZDİLER KÜÇÜK, Eda: Vergi Hukukunda Karineler, Adalet Yayınevi, 2011.

[68] THURONYI, Victor: “Presumptive Taxation”, Tax Law Design and Drafting, vol. 1, Victor Thuronyi, ed., IMF 1996, p.2.

- Vergi geliri toplamak kolaylaşacağından, vergi gelirleri artacaktır.
- Vergiden kaçınma ya da vergi kaçırma ile mücadelede kullanılabilir. Kurumlar Vergisi Kanunu m. 7'de düzenlenen kontrol edilen yabancı kurum kazancı buna örnek gösterilebilir.
- Karine ya da varsayımlar, diğer vergilendirme yöntemleri yetersiz kaldığında vergi yükünün adil dağıtılması bakımından objektif göstergeler oluşturabilir.
- Aksi kanıtlanabilir karineler vergi yükümlülerini belge ve kayıt düzeni oluşturmakta daha özenli olmaya teşvik edebilir.
- Yönlendirici vergi^[69] olarak kullanılabilir. Örneğin Türk vergi hukukunda menkul kıymetlerin vergilendirilmesi büyük ölçüde %0 oranında nihai gelir vergisi tevkifatına tâbidir.

Bir vergi tekniği olarak vergi tevkifatı, başlı başına bir karine ya da varsayım ifade etmemekle birlikte, gelirin vergilendirilmesi bakımından varsayımsal vergilendirmeye neden olabilir. Türk vergi hukukunda büyük ölçüde uygulanan tevkifat usulü, bu usulün nihai uygulama olduğu hallerde “gelirin gerçek olması” ilkesi ile çelişir. Karine ve varsayımlar ile varsayımsal “gelire” ulaşılrken, vergi tevkifatı ile gelirin türüne göre varsayımsal bir “ödeme gücü” tayin edilmektedir.

3. Kodların Birliği/Çokluğu

Gelir vergisi ile kurumlar vergisi, konuları itibariyle ortak olduğundan Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununun birleştirilmesi düşünülebilir. Güncel Gelir Vergisi Tasarı Taslağında Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanunu birleştirilmektedir. Bunun bir sebebi de Gelir Vergisinde yer alan indirilebilecek giderlerin Kurumlar Vergisi Kanununda mükerrer sayıldığı düşüncesidir. Ancak Kurumlar Vergisi Kanunu uygulamasında Gelir Vergisi Kanunu'na yapılan atıf nedeniyle Gelir Vergisi Kanunu'nda sayılan giderler (GVK m. 40, 41) dışında Kurumlar Vergisi yükümlülerine özgü, vergi güvelik tedbiri niteliğinde olan örtülü sermaye (KVK m. 12), transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı (KVK m. 13) gibi indirilemeyecek giderler vardır. Kişisel gelir vergisi de kurumlar vergisi de “gelir vergisi”dir. Gelir vergilerini aynı kitapta düzenlemek bir yasa tekniğidir. Bu, mükerrer hükümlerden kaçınmak, sadelik, basitlik gibi faydalar sağlayabilirse de karışıklıklara yola açmamak için iyi bir organizasyonu gerektirir. Örneğin, kurumlar vergisi yükümlülerinin de gelir vergisi yükümlüsü sayılmaları, ancak farklı vergi tarifesine tâbi olmaları, basit bir çözüm olarak görünebilir. Bu halde, vergi tarifesi teknik bir düzenleme

[69] GÖKER, Cenker: Yönlendirici Vergilendirme, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

olmakla birlikte belirleyici bir fonksiyon kazanır. Mali güce göre vergilendirme, eşitlik ilkesi, sosyal devlet ilkesi, gibi anayasal ilkeler yanında kamu maliyesinin amaçlarından adil gelir dağılımını gerçekleştirmek bakımından vergi tarifeleri pratik bir vergi politikası aracıdır. Bu bakımdan, gelir vergisi yükümlülerini efektif oranları dikkate almayan görünüşte artan oranlı bir tarife ile ve çoğunlukla stopaj yoluyla; kurumlar ve şirketleri de düz oranlı vergilemeye tâbi tutmak vergi adaletini bozacağından, ancak kuvvetli telafi yolları ile denge sağlanabilir. Bunlar, negatif vergilendirme, gelirin belli bir miktardan sonra vergilendirilmesi, sosyal yardımlar, kapsamlı istisna ve muafiyetler olabilir.

Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanunu'nun yasanın sadeleştirilmesi amacıyla anılan Taslak'taki birleştirilme biçimi, yazında eleştirilmektedir. TÜRMÖB, Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme adlı raporunda^[70] çok yerinde bir biçimde, iki kanunun birleştirilmesinden ziyade birleştirilme tekniğine karşı çıkmaktadır:

“... birleştirme sırasında tasarı ile yürürlükte bulunan GVK ve KVK gözden geçirildiğinde, maddelerin büyük çoğunluğunun nokta virgül fark etmeksizin aynı olduğu görülmektedir. Bu durum, maddelerin karmaşık haline gelmesine neden olmaktadır. Maddeler sistematik olmayan bir yapıya dönüşmektedir. Oysaki mükelleflerin vergi sistemlerine uyum kolaylığı açısından vergi sisteminin sade ve anlaşılır olması gerekmektedir. Ayrıca gelir vergisinin kişilerin özelliklerine göre farklılaşan bir sübjektif bir vergi olması ile objektif bir vergi görünümündeki kurumlar vergisinin bütünleştirilmesi özen gerektirmektedir. Bu nedenle, bu sistemi uygulayan birçok ülkede olduğu gibi, vergi yasasında gelir ve kurumlar mükelleflerinin kendilerine özel durumları için ayrı bölümler, ortak hükümler için ise aynı bölüm olması ve yasanın buna kurgulanması daha doğru olacaktır.”

[70] TÜRMÖB, Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, 2016, e.t. 29.11.2017, <http://www.turmob.org.tr/Attachment.aspx?param=2IDREYITixbWYqes1nb9N8MUwFe6+DaVdDKiinQhJ3fq5oIVzmfjcrHrDiMo8heEPH8qW55NaTo=>, s. 3.

3. Sonuç

Smith'in vergilendirme ilkelerine sadık kalınarak gelirin vergilendirilmesine ilişkin ilkeleri "belirlilik", "adalet" ve "mali etkinlik" olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür.

Yasanın etki ve sonuçlarının öngörülebilir olmasını ifade eden belirlilik ilkesi, teknik olarak yasanın dilinin açık olmasını gerektirir. Güncel Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı'nda GVK ve KVK metinlerinin birleştirilme biçimi, belirlilik ilkesini hayata geçirmek bakımından doğru bir yasa tekniği değildir.

Adalet ilkesi, eşitliğe ve mali güce göre vergilendirmenin teknik görünümü, adil bir vergi tarifesidir. Artan oranlı vergi tarifesi, mali güce göre vergilendirmenin zorunlu bir unsuru olmadığı gibi^[71], efektif vergi oranlarını ve asgari yaşam seviyesini dikkate almaksızın hazırlanan bir artan oranlı tarife adil olmaktan uzaktır. Artan oranlı vergi tarifesi etkin bir indirim ve istisna sistemi gerektirir. Bizim vergi sistemimizde çokça görülen indirim ve istisnalar, gelir türleri bakımından farklılaşmaktadır. Bu sebeplerle adalet ilkesi ve vergilendirme tekniği arasında bir uyumsuzluk gözlemlenmektedir. Gelir vergisi yasanının iktisadiliği çerçevesinde mali güce göre vergilendirme tekniğinin yeniden gözden geçirilmesi kamu maliyesinin amaçları ve mali etkinlik bakımından da uygun olacaktır.

Gelir Vergisi Tasarı Taslağı, gelir vergisi ve kurumlar vergisini aynı yasa metninde birleştirmek, kurumlar vergisi yükümlüsü tanımını değiştirmek yönünde düzenlemeler içermektedir. Buna karşın mevcut Gelir Vergisi Kanunu'ndaki kaynak ilkesini esas alan gelir tanımı ve artan oranlı tarife yapısında değişiklik görülmemektedir. Ayrıca, beyan usulü kural olmakla birlikte kesinti usulü uygulamasındaki fazlalık, kuralın önüne geçmektedir.

Vergilendirme ilkeleri ile teknik (yasa tekniği ve vergi teknikleri) arasındaki tutarlılık, vergi sisteminin başarısı bakımından önem arz etmektedir. Vergilendirme ilkeleri anayasal koruma altında olmakla birlikte pratikte uygulamaya geçirilmeleri ancak doğru yöntemlerle mümkün olabilir.

[71] BAŞARAN, Funda: "Artan Oranlı Vergi Tarifesi, Verginin Mali Güçle Orantılı Olması İlkesinin Zorunlu Bir Sonucu Bir Sonucu Mudur?", Adnan Tezel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Yayınları, 2000.

KAYNAKÇA

Akıncı, Müslüm: “Normatif Düzen Kalitesi”, İnönü Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı: 1, 2012, 187-213.

Arslan, Cenk Murat: “4444 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde 1999-2002 Tarihleri Arasında Uygulanacak Arızı Kazançlara İlişkin Düzenlemeler”, Vergi Dünyası Dergisi, Eylül 1999, 72-79.

Başaran, Funda: “Artan Oranlı Vergi Tarifesi, Verginin Mali Güçle Orantılı Olması İlkesinin Zorunlu Bir Sonucu Bir Sonucu Mudur?”, Adnan Tezel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Yayınları, 2000, 87-102.

Başaran Yavaşlar, Funda: Gelir Vergilendirmesinin Temelleri, Seçkin, Ankara 2011.

Başaran Yavaşlar, Funda: “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2013.

Bentley, Duncan: Taxpayer’s Rights: Theory, Origin and Implementation, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007.

Bilici, Nurettin: Vergi Hukuku, Savaş Yayınevi, 42. Baskı, Ankara 2017.

Birk, Dirk: Steuerrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2004.

Burns, Lee / Krever, Richard: “Individual Income Tax”, Tax Law Design and Drafting, vol. 2, Victor Thuronyi, ed., IMF 1998.

Cohn, Georg: Existentialism and Legal Science, çev. G. H. Kendal, 1967.

Çağan, Nami: Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk, İstanbul 1982.

Çağan, Nami: “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 129-151.

Çağlar, Selda: “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2013.

Doğrusöz, Bumin: “Vergilendirme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organları Arasında Bölüşümü”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 6, Sayı 1-3, 1985, 65-76.

Eidenmüller, Horst: Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Auflage, Tübingen 1998.

Gordon, Richard K. / Thuronyi, Victor: “Tax Legislative Process”, Tax Law Design and Drafting, Editor: V. Thuronyi, IMF, Vol. 1, 1996.

- Göker, Cenker:** Yönlendirici Vergilendirme, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- Güneş, Gülsen:** Verginin Yasallığı İlkesi, 4. Baskı, XII Levha, İstanbul 2014.
- Habermas, Jürgen:** Between Facts and Norms, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts 1996.
- Jehke Christian:** Bestimmtheit und Klarheit im Steuerrecht, Dunckner & Humblot, Berlin 2005.
- Karakoç, Yusuf:** “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı 2013, (Basım Yılı 2014), 1259-1308.
- Karr, Alphonse:** Les Guêpes, Serie 6, LEN, 1859.
- Kelsen, Hans:** The Pure Theory of Law, University of California Press, Los Angeles, 1967.
- Koyuncu, Mesut:** “Vergi Reformu”, Vergi Dünyası Dergisi, Ekim 1999.
- Lang, Joachim:** “Chapter 4: Germany”, in M. T. Soler Roch (ed.), Family Taxation in Europe, Kluwer Law International, 1999.
- Maxeiner, James R.:** Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy, Tulane Journal of International & Comparative Law, No. 2, 2007, 541-608.
- Neumark, Fritz:** Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1970.
- Otto, Jan Mischiel:** “Toward an Analytical Framework: Real Legal Certainty and Its Explanatory Factors”, in Implementation of Law in the People’s Republic of China, Jianfu Chen et al. eds., 2002.
- Öncel, Muallâ & Kumrulu, Ahmet & Çağan, Nami:** Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Özdiler Küçük, Eda:** Vergi Hukukunda Karineler, Adalet Yayınevi, 2011.
- Özdiler Küçük, Eda:** “Kişisel Veriler Bakımından Ölçülülük İlkesinin Uygulanması”, Vergi Hukukuna Genç Yaklaşımlar, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 2, XII Levha, Editör: Prof. Dr. Billur Yaltı, 2013.
- Özgüven, Volkan:** Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.
- Röhl, K.:** Grundlagen der Methodenlehre I: Aufgaben und Kritik, 2013.

Saban, Nihal: Vergi Hukuku, 5. Baskı, Beta, 2009.

Saban, Nihal: “Vergi Usul Kanunu 3, B, 1’in –neliği”, Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi, Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi-2, İstanbul 2014.

Smith, Adam: Der Wohlstand der Nationen, 9. Auflage, München 2001.

Thuronyi, Victor: “Presumptive Taxation”, Tax Law Design and Drafting, vol. 1, Victor Thuronyi, ed., IMF 1996.

Thuronyi, Victor: “Drafting Tax Legislation”, Tax Law Design and Drafting, vol. 1, Victor Thuronyi, ed., IMF, 1996.

Tipke, Klaus: Die Steuerrechtsordnung, Vol. I, Cologne 1993.

TÜRMOB, Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, 2016, e.t. 29.11.2017, <http://www.turmob.org.tr/Attachment.aspx?param=-2IDREYITixbWYqes1nb9N8MUwFe6+DaVdDKiinQhJ3fq5oIVzmfJcrHrDiMo8heEPH8qW55NaTo=>

Wernsmann, Rainer: Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları 2016.

Zolt, Eric: “The Uneasy Case for Uniform Taxation”, 16 Va. Tax Rev.39, 1996-1997, 46-68.

6306 SAYILI KANUN KAPSAMINDA RİSKLİ ALANLARDA RİSKLİ OLMAYAN YAPILARIN DURUMU*

Arş. Gör. Iğın ÖZKAYA ÖZLÜER**

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4242-6208

Makalenin Geldiği Tarih: 30.01.2018 **Kabul Tarihi:** 12.03.2018

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

ÖZ

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, afet öncesi süreçte, afete karşı alınacak tedbirleri düzenlemektedir. Bu tedbirler her ne kadar mevzuattaki diğer araçlarla da tesis edilebilir nitelikteyse de, kanun koyucu bu Kanun kapsamında idareye olağanüstü hukukun geniş yetkilerine benzer yetkiler tanımıştır. Bu yetkiler, afet riskinin yarattığı tehditle orantılı olarak geniş ve yalnızca ekonomik temelli olduğundan daha çok mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamalar getirmiştir. Kanun'un idarelere tanıdığı ve olağanüstü yetkilerle donattığı takdir yetkisinin riskli alan ve riskli yapı dışında, riskli alandaki risksiz kimi yapıları da kapsamı üzerine, 6306 sayılı Kanun'un, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırının aştığı iddia edilmiştir. Söz konusu iddia, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının da gerekçesini oluşturmaktadır. Kanun koyucunun riskli alandaki risksiz yapılara ilişkin bu iptal kararı üzerine, risksiz yapıların değerleri ödenmek suretiyle yeniden Kanun'un kapsamına aldığı ikinci düzenlemesi de Anayasa Mahkemesince benzer gerekçe ile iptal edilmiştir. Sonuç olarak, 6306 sayılı Kanun'un amaç maddesine uyumlu olarak riskli alanlar ve riskli yapılarla sınırlı kapsamının, riskli alandaki risksiz yapıları kapsayacak biçimde genişletilmesi mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: Afet Hukuku, 6306 Sayılı Kanun, Riskli Alan, Riskli Yapı, Ölçülülük İlkesi, Takdir Yetkisi, Kentsel Dönüşüm, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması.

ABSTRACT

Law on Transformation of Areas at Risk of Natural Disaster (Law no. 6306) regulates precautionary measures against a disaster in the pre-impact phase. Although these precautions can be established by using other means in the legislation, under this law, the legislator gives the related authority to authorise the powers similar to the broad powers of extraordinary law. As a result of being too broad and depending solely on economic impetus compared to the actual threat of disaster, these authorities put restrictions largely on property rights. It has been claimed that the law no. 6306 expands the boundary of the limitation of rights and freedoms as the scope of discretion that the Law attributes to authorities with extraordinary powers covers not only the risky areas and buildings but also some risk free buildings in a risky area. Aforementioned claim constitutes the justification of annulment decision of the Supreme Court. The second regulation, which the legislator took into the scope of the Law through paying the values of the risk-free buildings after the annulment decision regarding the risk-free buildings in a risky area, was also canceled by the Supreme Court due to similar justification. As a result, it is not possible to extend the scope of risky areas and risky structures in accordance with Law no. 6306 for risk free areas in risky areas.

Keywords: Disaster Law, Law No. 6306, Risky Area, Risky Structure, The Principle of Proportionality, Administrative Discretion, Urban Transformation, Restrictions on Fundamental Rights and Freedoms.

GİRİŞ

Afetler, hem kentleri hem de doğayı etkilediğinden, bu alanlarda yaşayan insanların afet nedeniyle doğacak yıkıma karşı alınacak önlemler çerçevesinde kimi hakları, canlı yaşamı lehine sınırlandırılabilir.^[1] Bu temel hakların yasa ile sınırlandırılması, canlı yaşamının devamı adına gerçekleştirildiğinde dahi; kimi temel haklar vardır ki bu hakların korunması bir zorunluluktur. Yaşama hakkı^[2] bu haklardan bir tanesi olarak afetlere karşı alınacak önlemler nedeniyle ortadan kaldırılamaz.^[3] Hukuk afetlere karşı, hem canlı yaşamını hem de toplumunun haklarını ve özgürlüklerini yeniden tesis etmeyi amaç edindiğinden bu amaca aykırı sınırlandırmalar da yapılamaz.

I. Afet Hukuku ve Temel Haklar

Afet hukuku, toplumsal meşruiyet tabanı geniş, süresi belli, yasayla hangi hakların nasıl sınırlandırılacağını çizen ve afet sorununu aşmayı önüne koyan bir normlar bütünüdür.^[4] Bu süreçte, Anayasa'nın 15. ve AİHS'in 2. maddesinde söz edilen temel hak ve özgürlüklerin kapsamında yaşama hakkı dahil edilememelidir. Diğer bir anlatımla, olağanüstü hukukun geçerli olduğu doğal afet durumlarında dahi yaşam hakkının sınırlandırılmayacağı ve hak arama hürriyeti engellenemeyeceği kabul edilmelidir. Bunun nedeni, “yaşam hakkını”

[1] Devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün kapsamı için bakınız: Serkan Kızılyel, Yaşam Hakkı: AİHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, S.2, s.270-284.

[2] Yaşam hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine paralel düzenlenmiştir. “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlıklı Anayasa'nın 17.maddesine göre, yaşam hakkının tesisinde devlete verilen pozitif ve negatif yükümlülüklerin istinası, maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Konuyla ilgili olarak bakınız Cengiz Töpel Çiftçioğlu, Yaşam Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2012, S.103, s.137-168; Serkan Cengiz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2011, S. 93, s. 383-404.

[3] Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabileceği veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, olağanüstü hale neden olan durum ile orantılı tedbirlerin alınması ve olağanüstü hale sebep olan durumu aşan tedbirler alınması ya da temel hakların ortadan kaldırılması mümkün değildir.

[4] Afet hukuku, afet öncesi tedbirler, afet sürecinde kurtarma ve yardımlar ile afet sonrası sosyal, ekonomik düzenlemeleri içeren sorumluluk ve tazminat hukukunu içerir. Sakınım planlarına dayanan bir tür planlama hukuku olarak izah edilebilir.

tehdit eden afetle karşı mücadele için olağanüstü halin ilan edilmesidir. Diğer bir anlatımla, olağanüstü halin amacı, yaşam hakkını korumaktır. Bu halde, bu dönemler yaşam hakkının sınırlandırıldığı ve kısıtlandığı değil; korunduğu ve geliştirildiği dönemler olarak kabul edilmelidir.

Afet süreçlerinde, idarelerin kullandığı takdir yetkisi, eninde sonunda tüm toplumun afete karşı örgütlü sorumluluk üstlenmesi ve karar alma süreçlerinde kolektif rol alması ve etkin olması ile amacına uygun kullanılabilir. Bu nedenle afet süresi içinde de, yasa ile tanımlanmış kriz hukuku, “tek başına” kimi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile amacına ulaşamaz.

Temel haklar ve özgürlüklerden sayılan özel mülkiyet hakkı gibi kimi haklar, afetleri aşmanın önünde engel oluşturduğunda, bu hakların kullanılması toplum yararı ve canlı yaşamının devamı adına yasayla, kapsamı ve içeriği belirlenerek sınırlandırılabilir. Deprem, sel, afet, kuraklık, iklim değişikliği gibi afetlerin yaşanması anında mülk sahiplerinin kendi dar ve özel çıkarlarını koruyacak şekilde, özel mülkiyet haklarını, canlı yaşamı ve toplumsal çıkar aleyhine kullanabilmelerini sağlayacak bir hukuksal düzenin varlığı ise eşitlik ve ölçülülük ilkeleri bağlamında hukuka aykırıdır. Canlı varlıklar, toprak, su, hava, arsa, arazi.. vb üzerindeki mutlak tasarruf hakkı sağlayan özel mülkiyet hakkı, afet sorununun aşılmasına, belli bir süre içinde sorunun çözülmesine engel olur. Bu nedenle afet koşullarında özel mülkiyet hakkı sınırlandırılması, yaşam hakkı söz konusu olduğunda kaçınılmaz olabilir. Özel mülkiyet hakkının sınırlandırılması ise insanların yaşama haklarını tehdit eden bir boyuta ulaştığı anda sınırlandırmanın sınırına ulaşılır.^[5] Örneğin, deprem anında konutu yıkılan kişilerin arsaları, binaları üzerinde tasarruf hakkı idareye geçse bile bu kişilere nitelikli bir konut hakkı^[6] imkanı sağlanmalıdır. Çünkü konut hakkı, yaşama hakkının ayrılmaz bir parçasıdır.^[7] Kriz süreçlerinde de hukukun koruduğu temel haklardan biri, yaşama hakkıdır.

[5] Yaşam hakkının diğer hakların kurulması için öncelikli olduğuna dair görüş için bakınız: Bahri Savcı, Yaşam Hakkı: Felsefesal Açıdan Pratiğe Doğru, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 35 (2014), s.19-27.

[6] Anayasanın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünün 57. maddesinde, “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.” biçiminde düzenlenmiştir. Konut hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: Fatmagül Kale, Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Konut Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

[7] İnsan onuruna uygun yaşam hakkının tesisi için gerekli koşullardan birisinin konut hakkının sağlanması olduğuna dair görüş için bakınız: Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 10.Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2010, s.76.

Bu temel hakları güvencesiz bırakacak bir yetki kullanımı, hükümetlere tanınan takdir yetkisinin aşılması anlamına geleceği gibi bu yetkinin kullanılmasının ön koşulu olan *toplumsal meşruiyeti*^[8] de ortadan kaldıracaktır. Devlet afet koşullarında, meşruiyetini; temel hak ve özgürlükleri, canlı yaşamının güvence ve koruma sistemlerini yeniden inşa etmeye ve afeti ortadan kaldırmaya yönelik afet hukukundan alır.^[9] Afet hukuku yetkilerini kullanan idarenin ölçülülük ilkesine uygun hareket edip etmediği; bu yetkilerin amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı ve bu anlamda insan hakları dair uluslararası hukuktan doğan ve canlılığın devamını sağlamayı amaç edinen yükümlülükler uygun olup olmadığının da mahkemelerce denetlenebileceği kabul edilmelidir.^[10] Kanuni idare ilkesi ve nihayet hukuk devleti de işte bu takdir yetkisinin ve kullanılan yetkilerin yargısal denetimi yollarının etkin olarak kullanılmasıyla sağlanabilir. Çünkü yargısal denetim, idarenin aldığı kararların denetimi ve halkın yargısal denetim yoluyla karar alma süreçlerine katılımı anlamını taşır. Afet süreçlerinde, doğru, açık ve etkin bir bilgilendirme sürecine, afete maruz kalanların mağduriyetini en aza indirecek bir yargısal denetim ve katılım mekanizmasına ihtiyaç vardır.

Afet gibi süreçler en geniş toplumsal destek ve katkı ile aşılabılır. Ancak devletin afet süreçlerinden beklentisi ile afet gibi krizlerin aşılabılme koşulları tam da bu nedenle birbiriyle çatışır. Afetler, iktidarın kullanımını açısından daha fazla toplumsal meşruiyet ve karar alma süreçlerinin demokratikleştirilmesini gerektirir. İdarenin takdir yetkisinin sınırının genişlemesi, bu yetkinin etkin denetiminin^[11] sağlanması ile afet sorunlarının aşılması için bir olanak haline

[8] Kavramla ilgili olarak bakınız: Halis Çetin, Siyasetin Evrensel Sorunu İktidarın Meşruiyeti-Meşruiyetin İktidarı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 58, S.3, s. 78-80.

[9] Ender Ethem Atay, Hukukta Meşruiyet Kavramı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, Y. 1991, s. 158.

[10] Anayasa'nın 15. maddesine göre olağanüstü halde alınacak önlemler hem "ölçülülük ilkesine" hem de "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler" aykırı olmamalıdır. Buna göre, kriz dönemlerde alınacak kararların yargısal denetimi, belirtilen bu iki husus üzerinden de yapılmalıdır.

[11] Konuyla ilgili olarak bakınız: Ramazan Çağlayan, Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S. 3-4, Y. 2003, s.171-208. Bahtiyar Akyılmaz, Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, S. 1, Y.1998, s. 23-55. Cemil Kaya, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011, Halil Kalabalık, İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C1, S.2, Y.1997, s. 205-233. Nuri Alan, "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirmesi", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, 10-12 Haziran 1982, Ankara, Danıştay Yayınları.

gelir. Aksi durumda sürekli bir afet yönetimi süreci inşa edilir; ki bu da afeti sonlandıracak bir rejimi değil, afetler üzerinden kriz rejiminin yarattığı merkezî yönetiminin aşırı ve denetimsiz bir güç kullanmasına yol açar. Bu durum da krizi sona erdirmez, daha fazla derinleştirir. İdarenin yetki kullanımı, temel hak ve özgürlüklerin inşası hedefinden uzaklaşır. Nihayet meşruiyet dayanaklarını yitirmiş bir yönetimin doğmasına neden olur.

II. Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ve Olağanüstü Rejimi

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, afet öncesinde gerçekleştirilmesi beklenen bir hukuki süreci tanımlamaktadır. Ancak bu süreç, afete neden olan nedenleri ortadan kaldırmayı hedef almamaktadır. Bunun yerine Kanun, bir afet sürecinin arefesinde bulunduğu bahisle, afet süreci yaşanmış gibi bir ön kabul ve öncelikli olarak afet odaklı bir kriz analizi ekseninde, temel hak ve özgürlüklerle birlikte hak arama hürriyetini sınırlandıran bir yasa görünümü sergilemektedir. Afet doğmadan bir afet hukuku inşa etmek, istisna olarak kabul edilecek bir rejimi olağan bir rejim haline getirmek anlamına gelecektir. Kaldı ki, afet süreçlerinde tanımlanan kriz, keyfi, sınırsız takdir hakkı^[12] tanıyan ve tüm temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran, karar alma süreçlerine katılımı ve hak arama hürriyetini ilga eden bir hukuk tesisi anlamına gelmediğinden,^[13] bu da hukuka aykırı olacaktır. Deprem benzeri

Sinan Seçkin, Gül Üstün, İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gereğe İlkesi, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 21, Sayı 2, s.509-533. TAN ve GÖZÜBÜYÜK idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminin öncelikle maddi ve hukuki olayların gerçekliğinin denetlenmesi ve ardında da, maddi ve hukuki olayların işlemin yapılmasını gerektirecek nitelikte olup olmadığının denetlenmesi biçiminde yapılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Sonuç olarak, idare takdir yetkisini kullanırken sebep ve konu öğeleri başta olmak üzere işlemi yapmaya sevk eden sebebinin gerçekliğini ve bu sebebin hukuka uygun olarak kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş Altıncı Baskı, Ankara, 2013, s.509.

[12] Danıştay 8. Daire, 24.6.2011, E. 2011/1214 K. 2011/3344. www.kazanci.com

[13] Şahin de benzer bir görüşle “deprem tehlikesi başta olmak üzere tabii afetlere hazırlık bakımından aceleyle getirilmiş, “yarım yamalak” bir kentsel dönüşüm uygulaması yerine, kısa vadede daha hızlı sonuçlar alınabilecek güçlendirme ve/veya iyileştirme projelerine öncelik taşıyan bir programın tamamlanmasının ardından, katılım mekanizmalarına yeterince yer veren, hakkı ve layıkıyla uygulanabilecek ve multidisipliner anlayış ile yönlendirilebilecek, uzun vadeli ve sabırlı bir yaklaşıma dayanan kentsel dönüşüm müessesesinin yürürlüğe koyulması” gerektiğini ifade etmiştir. Cenk Şahin, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’a Yönelik Bazı Eleştiriler (Anayasa

doğal afetlere karşı hazırlık niteliğindeki bu olağan hal rejimin kurduğu hukuk sistemi, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunu, riskli alanlara ve riskli yapılara ilişkin olağanüstü yetkilerin^[14] kullanılmasının yolu olarak görmektedir.

A. Ölçülülük İlkesi Bağlamında Afet Riskinin Önlenmesi

Bir yasanın sözünün ve ruhunun anlamı ile amacını anlamak için öncelikli o yasanın olarak genel ve madde gerekçelerine bakmak gerekir. Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un genel gerekçesinde “Ülkemizin çok mühim bir kısmı, başta deprem olmak üzere tabii afetlerin riski altındadır. Buna rağmen, mevcut yapıların büyük bir kısmının muhtemel afetlere karşı dayanıklı olmadıkları ve orta şiddetteki bir depremde bile ağır derecede hasar görüp yıkıldıkları, bundan dolayı sosyo-ekonomik problemlerin yaşandığı ve Devletin beklenmedik bir anda büyük mali külfetler ile karşı karşıya kaldığı bilinmektedir.”^[15]denmiştir. Yasanın genel gerekçesinin hemen girişinde, bu Yasanın afet riskini esas aldığı ve doğabilecek ekonomik krize önlem alma niyeti taşıdığı bu cümleden anlaşılmaktadır. Bu anlamıyla bu Yasa, meydana gelen bir afete önlem amacıyla değil; “olası” bir afetin devlete yaratacağı mali külfete karşı önlem niteliği taşımaktadır. Doğacak afetin devlet üzerinde yaratacağı mali külfeti aşmak ve ekonomik krizi çözmek de bu yasanın temel gerekçesi olarak sunulmaktadır. Amaç, *afet riskinden ekonomik araçlarla korunmak* olunca, olağan hal rejiminde alınacak tedbirler de, olağanüstü afet hali tedbirlerine haline dönüşmüştür. Diğer bir anlatımla, ekonomik kriz riskine dayalı olarak afet durumu tedbirleri olarak bir afet hukuku rejiminin yasını hazırlamıştır.

Mahkemesi Kararının Ardından Yeniden Değerlendirme), Kentsel Dönüşüm Hukuku (Editörler: Melikşah Yasin, Cenk Şahin), On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, Ekim 2015, s.65.

[14] Afet riskine karşı Türkiye’de uygulanan kentsel dönüşüm süreçlerine dair değerlendirmelerde bulunan YASİN de kurulan bu yeni hukukun, “olağan sayılamayacak” bazı hukuki araçlardan ve imkânlardan oluşan “olağanüstü bir imar uygulamasına” dönüştüğünü ifade etmiştir. GÜLAN ise kentsel dönüşüm uygulamalarını, “tıbbi müdahalelerle iyileştirilemeyen hastalıklara cerrahi bir müdahale” olarak tanımlamıştır. Melikşah Yasin, Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler, Kentsel Dönüşüm Hukuku (Editörler: Melikşah Yasin, Cenk Şahin), On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, Ekim 2015, s. 12; Aydın Gülan, Tarihi Dokuyu Yenilemek Adına Cerrahi Bir Müdahale Aracı: Yenileme Alanları, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, S.1963.

[15] Kanun’un gerekçesine ulaşmak için bakınız: <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0569.pdf>

Bu bağlamda idarenin afet hukukunun olağanüstü yetkilerini kullanabilmesi için afet koşullarının hukuki zemini, olağanlaşmıştır.

Afetler dışında, afet halinin olağanüstü hukuki rejimini uygulanması gayretiyle olağanüstü tedbirler almak, afet riskini engelleme amacına yönelik olmadığı gibi; afetlerin yıkıcılığına karşı güvenli ve sağlam yapılarda hazırlıklı olmak üzere donanım kazanması gereken halkın, afetlere karşı idarenin alacağı her tür tedbire karşı önyargılı bir direnç göstermesine de sebep olabilir. Bir diğer sonuç, afet riski tehdidinin sürekli kılınması, bu yasanın hangi süreyle sınırlı sonuçlarını doğuracağı ve temel hakların hangi süre ile sınırlandırılacağına ilişkin belirsizliğe neden olduğundan, “belirliliği ilkesi”^[16] bağlamında idareye duyulan güveni sarsacaktır. Son olarak ve en önemlisi, afet riskine karşı idarenin alması gereken önlemler için kullanılacak yetkilerin, önlemlerin içeriği ile uyumlu ve ölçülü olması gerekmesine rağmen, Kanun’un idareye tanıdığı yetkilerin, afete karşı önlemlere göre değil, afetin neden olacağı ekonomik krizi aşmaya yönelik olması nedeniyle ölçülülük ilkesine^[17] aykırılığın da gündeme gelmesine neden olacaktır.

[16] Anayasa Mahkemesi’nin 17.04.2008 tarihli kararında belirlilik ilkesi, “*Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.*” biçiminde izah edilmiştir. AYM 17.04.2008, E.2005/5, K.2008/93, RG T. 05.11.2008, S.27045.

[17] Yasanın ekonomik krizle ilgili mücadele yöntemi yeni kentsel alan ve yapı üretimi olduğundan, bu yeni ekonomi aracının öncelikli yöntemi yıkımdır. 6306 sayılı Kanun’un kademeli çözüm arayışları yerine öncelikli olarak yıkım yöntemini getirmesini eleştiren ŞAHİN, “Afet zararlarının önlenmesi veya azaltılmasına yönelik müdahale araçları içinde ağırlıklı bir şekilde “yıkım”ı tercih eden, can ve mal güvenliğini sağlamak için “güçlendirme” veya “iyileştirme” gibi bireylerin temel haklarına daha az olumsuz etkiye bulunan yöntemleri bariz bir şekilde dışlayan, maliklere söz konusu müdahale araçları arasında adaletli seçim hakkı tanımayan bir Kanunun öngördüğü tedbirlerin “ölçülü” olduğundan, “elverişlilik”, “orantılılık” ve “gereklilik” unsurlarını karşıladığından söz edilebilmesi mümkün değildir.” değerlendirmesinde bulunarak bu Kanun’un bu yönden ölçülülük ilkesi aykırı bir çözüm yöntemi sunduğunu ifade etmiştir. Şahin, agm, s. 57.

15.5.1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un^[18] uygulanmasının maliyetli olması ve yapı ölçeğinde müdahaleye olanak vermemesinin *Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun*'un hazırlanmasının bir sebebi olduğu ileri sürülebilir. Maliyet hesaplarına ilişkin değerlendirmelerin Kanun'un gerekçesinde yazması, bu görüşümüzü destekler nitelikte olarak, *Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun*'un bir afet riski yönetimi yasasından çok, tek yapı ölçeğinden başlayarak kentsel alanın yeniden oluşturulmasının aracı olduğunun kanıtıdır.

B. Riskli Alan, Riskli Yapı Kavramları

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun her ne kadar afet riskine karşı alınacak önlemler hakkında olsa da; Yasada *afet riski* vurgusundan çok, riskli alan vurgusu ön plana çıkmaktadır. Bu yasaya göre riskli alan, “*Zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan*” alan olarak tanımlanmaktadır.^[19] Bu tanımdan yola çıkarak, riskli alan tespiti için, zemin yapısının afete yol açması koşulu dışında üzerindeki yapılaşmanın niteliği gereği can ve mal kaybına yol açacağı varsayılan alanlar da riskli alan tanımı içine girmektedir.

Bir alanın riskli olup olmadığına karar verecek ilgili idare, bu geniş tanım aralığına yaslanarak, üzerinde yapı bulan her hangi bir evi ya da alanı riskli alan olarak ilan edebilecek yetki ile donatılmıştır. Yasanın uygulanma alanının mikro ölçeğini, ‘*riskli yapı*’ kavramı belirlemektedir. Riskli yapı kavramının Yasadaki tanımı, “*Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen*” yapıyı işaret etmektedir.^[20] Tanımlarına yer verdiğimiz riskli alan ve riskli yapı kavramlarının kapsadığı uygulama ölçeği, gerektiğinde parsel veya yapı ölçeğine indirgenecek, gerektiğinde tüm plan ölçeklerine dek genelleştirilecek, yatay ve dikey bir esneklik içinde tanımlanmıştır.

Yasa ile getirilen temel düzenlemeler, aslında, yapı ölçeğinde riskli yapıların tespiti, devri, yeniden tescili ile tasarruflarının kısıtlanmasını, riskli alanlardan tahliye ve riskli yapıların yıkılarak bu alanların arazi haline getirilmesini ve bu alanların veya rezerv alanların yeniden yapılaşmasına kadar işletilecek yıkım sürecinin usul ve esaslarını düzenlemektedir.

[18] RG T. 25.5.1959, S.10213, C.40, s.1046.

[19] Kanun'un Tanımlar başlıklı, 2. maddesinin ç bendinde düzenlenmiştir.

[20] Kanun'un Tanımlar başlıklı, 2. maddesinin d bendinde düzenlenmiştir.

Bakanlar Kurulu'nca^[21] riskli alan olarak ilan edilen bir alanda, yapıların risk nitelikleri malikler ve temsilcileri tarafından yaptırılacaktır. Süresi içinde yapılmayan risk analizlerini Bakanlık re'sen yaptıracaktır. Bakanlığın yaptığı bu masraf maliklerinden tahsil edilmek üzere, tapuya şerh düşülecektir. Bir yapının riskli olduğu tespit edildiği anda, bu binanın yıktırılması için maliklere, uygulamaya başlanmadan önce, 30 günden az olmamak üzere süre verilecektir. Bu süre içinde yapılarını yıktırmayanların yapılarını mülki amirler yıkacak veya yıktıracaktır.

Devredilen bu mülklerin bulunduğu alanlarda eski mülk sahiplerine konut temin edileceği ile ilgili bağlayıcı bir kural yoktur. Aynı zamanda yıkılan bu mülklerin değerlerinin nasıl ödeneceği de idare ile anlaşma koşullarına bırakılmıştır. Mülk sahiplerinin yıkılan binalarının değeri, yapılan anlaşmaya göre, menkul bir değere, konut sertifikasına dönüştürmek de mümkün olacaktır. Bakanlık, riskli alanlarda bulunan taşınmazları satın almaya, ön alım hakkını kullanmaya, bağımsız bölümler de dâhil olmak üzere taşınmazları trampaya, taşınmaz mülkiyetini veya imar haklarını başka bir alana aktarmaya da yetkilidir.

Riskli alanda sadece bir konutu bulunan hak sahipleri açısından bu uygulamalar, sonuçları itibarıyla bir zorluğa dönüşebilir. Bu kişilerin yıkılan binalarının yerine ne kadar süre içinde bir konut, konut kredisi ya da kira yardımı yapılacağı ile ilgili bir bağlayıcı kural olmaması da, idarenin bu konuda yarattığı belirsizlik içinde, bireyleri güç durumda bırakan başka bir gerekçe haline gelecektir. Sonuç olarak, “can ve mal güvenliğine indirgenen yaşam hakkı” da piyasadan “mülk” edinebilecekler tanımış bir hakka dönüşerek, mülkiyet hakkı sahiplerinin dahi, yıkılan konutu yerine yenisi sunuluncaya dek, kiracı olmasına neden olacak, zorluklar sürecine dönüşebilir.

Riskli alanlarda ya da riskli yapılarda yaşayan mülk sahiplerinin barınma hakkını teminat altına alacak kurallar kadar, bu alanlarda yaşayan kiracıların da barınma hakkı idareyle anlaşma koşuluna bağlıdır. Kanun'un 5. maddesinde “*Anlaşma ile tahliye edilen yapıların mâliklerine veya mâlik olmasalar bile kiracı veya sınırlı aynî hak sahibi olarak bu yapılarda ikamet edenlere veya bu yapılarda işyeri bulunanlara geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabilir.*” denmiştir. Kira yardımının idarenin takdir yetkisine bırakılması bir yana, bu

[21] Bakanlar Kurulu'nun yetkili olduğunu ifade ettikten sonra Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yapılacak teklifin hukuki niteliğini de “hazırlık işlemi” ve AFAD tarafından sunulan görüşün de “hazırlık işlemlerinin bir alt grubunu oluşturan danışma işlemlerinden” olduğu belirtilebilir. Yeliz Şanlı Atay, 6306 Sayılı Kanun Çerçevesinde Riskli Alan Kararı, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, TODAİE Yerel Yönetimler Dergisi, S.25/4, Y.2016, s. 9 ve 12.

yardımdan yararlanmak üzere, tahliyenin anlaşma şartına bağlanması da bir hakkın koşullu kullandırılması anlamına gelmektedir.

Kanun'un 6. Maddesine göre ise, “Anlaşma ile tahliye edilen, yıktırılan veya kamulaştırılan yapıların mülklerine ve mülk olmasalar bile bu yapılarda kiracı veya sınırlı aynî hak sahibi olarak en az bir yıldır ikamet ettiği veya bunlarda işyeri bulunduğu tespit edilenlere konut, işyeri, arsa veya dönüşüm projeleri özel hesabından kredi veya mülkiyet ya da sınırlı aynî hak sağlayan ve usûl ve esasları Bakanlıkça belirlenen konut sertifikası verilebilir.” denilmektedir. Kiracı ya da malik sıfatıyla ikamet edilen konutun yıkılması halinde verilecek konut sertifikası da anlaşma şartına bağlanmıştır. Konut sertifikasının bir konut garantisi anlamına gelmediği açıktır. Anlaşma koşullarını kabul edilmemesi halinde, tahliye edilen konuttan sonra nasıl barınacağınızla ilgili de her hangi bir hükmün yer almaması, Kanun'un konut hakkından ziyade, can ve mal güvenliğini sağlamak üzere yeni yapılaşmanın ekonomik kaynağına odaklandığını göstermektedir. Bu nedenle Yasa, idarenin tek taraflı iradesini, anlaşma şartlarının kabulüne dayalı zorlayıcı içerikle, haklara dönüştürerek, yaşam hakkını başta konut olmak üzere diğer haklardan koparmıştır.

Henüz afet oluşmadan idareye tanınan bu güçlü yetkiler, hakların özüne dokunan kimi örneklerle birleşince, bir gün afet olursa hakların daha ne kadar sınırlamaya gidilebileceği ile ilgili olarak halkın sürekli bir tedirginlik ve güvensizlik hissiyatında ve bu sorunun askısında asılı olarak yaşamak zorunda bırakılmalarına neden olur. Bu durum hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğu gibi, afet riski ile idarenin yetkileri arasındaki ilişkiyi idarenin sınırsız yetkisi içinde hakların aleyhine bozması nedeniyle ölçülülük ilkesi bağlamında da tartışmalıdır.

III. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Riskli Alandaki Yapılar

A. Anayasa Mahkemesi'nin 2014 tarihli kararı ve Ölçülülük İlkesi

Anayasa Mahkemesi'nin 27.2.2014 tarihli kararına^[22] konu edilen 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun'un 3. maddesinin 7. fıkrasında, “Bu Kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler de bu Kanun hükümlerine tabi olur.” denmektedir. Bu düzenlemeye göre, riskli alanlar içinde uygulama

[22] RG T. 26.7.2014, S. 29072.

bütünlüğü açısından Bakanlıkça uygun görülen risksiz yapılar^[23] da, Kanun'un kapsamına dahil edilmiştir. Bu tanıma göre, "riskli alandaki, hangi risksiz yapılar" sorusuna, "uygulama bütünlüğü" kavramının tanımı ve "Bakanlıkça gerekli görülme" şartını sağlayan nesnel sebeplerin, idare hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde yanıt vermesi gerekmektedir.

Bu nedenle, öncelikle "uygulama bütünlüğü" kavramının açıklanması gereklidir. Mevzuatta bu konuda bir tanımın olmaması nedeniyle, Kanun'un genel düzenlemelerinden yola çıkarak bu kavramın anlamına ulaşmak mümkün görünmektedir. İmar hukukunun genel kural ve ilkeleri, riskli alanlarda öngörülen yeni yapılaşmanın, hem bulunduğu bölgedeki imar planlarıyla uyumlu olmasını, hem de riskli alanın kendi içinde anlamlı bir bütünlük oluşturmasını gerektirmektedir. Bu iki halden ilki, bütüncül planlama ilkesi^[24] ile açıklanabilirken; riskli alanın kendi içindeki bütünlüğü, 6306 sayılı kanundaki "uygulama bütünlüğü" ifadesinden kaynaklanmaktadır. 6306 sayılı Kanunda planlamanın bütünlüğü ilkesini hayata geçirecek, riskli alan uygulamasının kentle bütünleşmesini sağlamaya yönelik bir araç yer almamaktadır. Yapılan açıklama ışığında, riskli alan kararının bu alanla sınırlı sonuçlar doğurduğu ve uygulamanın bütünlüğü amacıyla yapılması hedeflenen uygulamaların da riskli alanla sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Diğer yandan, Kanun'un genel gerekçesi dikkate alındığında riskli alanda geliştirilen bu bütünlüklü yeni projenin, "yaşanabilirlikten uzak, köhneleşmiş, can ve mal emniyeti bakımından riskli ve görüntü itibari ile de çirkin yapılaşmaları ortadan kaldıracabilecek, estetik yapıları" içermesi gereklidir. Buna göre, "uygulamanın bütünlüğü" kavramı, afet riskinin

[23] Risksiz yapı olarak kastedilen yapıların, Kanun'un ifadesiyle, ekonomik ömrünü tamamlamamış, yıkılma veya ağır hasar görme riski taşımayan yapılar olduğu da belirtilmelidir. "Ekonomik ömrü tamamlama" kriterinin objektif olmadığına ilişkin görüş için bakınız: Nafi Pakel, 6306 Sayılı Kentsel Dönüşüm Yasası, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, Sayı: 2013/1, s. 276. Yazar, ekonomik ömrün tükenmesi yerine, "yapının yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıması" kriterinin daha objektif ve rasyonel olacağını ileri sürmüştür.

[24] "İmar planlarının bütüncül olma ilkesi, ait olduğu il ve ilçe gibi mekanın bir bütün olarak değerlendirilerek planlanması amacındadır. İmar planları yapılırken o yerleşim yerinde tarım, sanayi, turizm, ticaret merkezi ve konut yerleşim alanları bazı ilkelere göre plana yerleştirilir. Bu yerleşime uygun olarak yeşil alanlar, okul, sağlık tesisi, ibadethane, çocuk bakım evleri, çocuk parkları, kültür merkezleri gibi sosyal ve kültürel donatı alanları nüfus durumuna göre konumlanır. Bu fonksiyonlar doğrultusunda halkın ulaşım, su, elektrik, doğalgaz ve kanalizasyon gibi temel altyapı oluşturulur. Bütünlük ilkesi doğrultusunda planlamanın sonucu olarak il veya ilçe ölçeğinde kent düzenli, sağlıklı ve estetik bir yerleşim yeri özelliği kazanarak orada yaşayan ve çalışan insanların mutlu olmasını sağlar." Gürsel Öngören, Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları Yayın No: 6, İstanbul, 2017, s.33.

çerçesine, alanı yapısına, alandaki yapıların durumuna ve geliştirilen projeye göre farklı sonuçlar doğurmaktadır. Kanun'un riskli alanlarda Bakanlığa verdiği yetki, riskli alandaki uygulama bütünlüğü sorununu çözmek üzere riskli alanla sınırlı olarak ve alandaki riskli ve riskli olmayan yapıların tümünü bu amaca özgülemek konusunda takdir yetkisidir.

İdarenin, riskli alan kararına dayanarak tesis ettiği işlemleri ile icra ettiği eylemlerinin kamu gücü kullandığı ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandırdığı faaliyetlerden olduğu^[25] kuşkusudur. Bu halde “*temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvurulanan aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunması*”^[26] anlamına gelen ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanılması gereklidir. Diğer bir anlatımla, “*ölçülülük ilkesinin idari işlem velveya eylem yapma konusunda idareye kanunlarla tanınan takdir yetkisinin kullanılmasında bir sınır oluşturacağı açık*”^[27] olduğundan, riskli alanlarla ilgili olarak 6306 sayılı Kanun'un idareye verdiği bu takdir yetkisinin de sınırı da, ölçülülük ilkesine uygun olmasıdır.

Ölçülülük ilkesi, takdir yetkisine konu faaliyetin amacı ile aracı arasındaki ilişkiye dair hukuk devleti ilkesidir. Bu nedenle de çeşitli mahkeme kararlarında^[28] ölçülülük ilkesi, “önlemin amaç için elverişli olması” anlamına gelen ‘elverişlilik’; “amaç için önlemin gerekli olması” anlamına gelen ‘gereklilik’ ve “başvurulan önlemlerle ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü” ifade eden ‘orantılılık’ olmak üzere üç unsurla tanımlanmaktadır. Ölçülülük ilkesine dair bu unsurlar, “*sadece yasama organı açısından değil, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili tasarruflarına ilişkin olarak yürütme ve*

[25] OKAY TEKİNSOY kamu düzeninin “güvenlik” unsuruna dair açıklamalarında doğal felaketleri ani olaylar başlığı altında incelemiş ve idarenin ani tehlikeler karşısında 2 yönden sorumlu olduğunu ifade etmiştir. “Risklerin önlenmesi için gerekli tedbirleri almak ve meydana gelecek zararları azaltmak için gerekli organizasyonu oluşturmak ve önlemler almak.” Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, 12 Levha Yayınları, İstanbul, Mart 2011, s. 68. Kısaca idarenin afet hukukunda ilişkin kullandığı yetkilerin bir kısmı kolluk yetkileridir. Ayrıca konuyla alakalı olarak bakınız: Ali Utku Şahin , *Afet Yönetimi Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, Tesam Akademi Dergisi, Temmuz 2014, C.1, S.2, s. 7 -30.

[26] AYM 10.1.1991, E.1990/25, K.1991/1, RG T. 05.03.1992, S. 21162.

[27] Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.360

[28] Örneğin, AYM 27.09.2012, E. 2012/28, K. 2012/34, www. anayasa.gov.tr; Danıştay 10. Daire, 15.9.2008, E. 2006/946, K.2008/6084, www. kazanci.com

idare bakımından da bir sınırdır."^[29] Diğer bir anlatımla, idarenin riskli alanda uygulama bütünlüğünü sağlamak üzere aldığı kararlarının ölçülülük ilkesine uygun olması, Anayasa'nın 13. maddesinden kaynaklanmaktadır.^[30] Sonuç olarak, 6306 sayılı Kanun'un riskli alanda Bakanlığa tanıdığı takdir yetkisini, temel hak ve özgürlükler kısıtlanması ile afet riskine karşı alınan önlemler arasındaki ilişkiyi elverişli, gerekli ve orantılı kurması gereklidir.

Anayasa Mahkemesi'nin, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüşürülmesi Hakkındaki Kanun'un 3. maddesinin 7. fıkrasına dair verdiği 2014 tarihli kararı da, ilgili maddeyi ölçülülük ilkesi bağlamında ele almıştır. Kararın temel gerekçesi, Kanun'un uygulama bütünlüğünü sağlama amacının^[31] kamu yararına olduğunu^[32] tespit edip; riskli alandaki uygulama bütünlüğünün sağlanmasından beklenen kamu yararı ile bireylerin temel haklarına getirilen kısıtlamalar arasında ölçülü bir dengenin bulunmadığı tespitine dayanmaktadır.^[33] Mahkeme kararında,

[29] Akbulut, age, s.359

[30] Selami Demirkol, Zuhale Bereket Baş, Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması, TBB Dergisi Y.2013 S.108, s.58.

[31] Anayasa Mahkemesi'nin kanunların kamu yararını takdir etmek konusunda takdir yetkisi olduğunu ifade eden YURTCANLI, Mahkemenin "bu yetkinin anayasa ilkeleri ve normlarıyla sınırlı olduğuna" hükmettiği 17.06.1992, E:1992/22, K:1992/40 sayılı kararını paylaşmıştır. Seda Yurtcanlı, Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 Sayılı Afet. Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar, Anayasa Hukuku Dergisi, C.2, S.4, s.328.

[32] KAYA, "Danıştay içtihatlarına göre imar planları hazırlanırken mümkün olduğunca yerleşme merkezlerinin bir bütün içinde ele alınıp planlanması[nın], kamu yararı gereği" olduğunu ifade etmiştir. Bakınız: DDDK 08.06.1979, E. 1977/297, K. 1979/290, DD 1980, S. 36-37, s. 285. Cemil KAYA, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, XII Levha, İstanbul, 2011, s.120 ve aynı sayfa dipnot: 149.

[33] Anayasa Mahkemesine kararına konu edilen ilgili maddenin anayasaya aykırılığı iddiası, riskli olmayan yapıların Kanun kapsamına dahil edilmesinin mülkiyet hakkı ile mülkiyet dışındaki sınırlı aynı haklarına müdahalenin, "Bakanlıkça gerekli görülenler" şeklinde müphem bir ifadeye bağlanmaması gerektiğine dayanmaktadır. Başvurucular aksi bir düzenlemenin, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı iddiasında bulunmuşlardır. Bu iddia, risk taşımayan yapıların Bakanlık tarafından belirlenmesini düzenlediği ve riskli alan sınırlarının içinde kalması durumunda "uygulama bütünlüğü" gerekçesiyle yıkılabilmesine olanak vermesi nedeniyle, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkeleri ile asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devredilemeyeceğine ilişkin kural bağlamında da, Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda, "Böylesi bir düzenleme[nin], güvenli, risk taşımayan yapılarda oturan, "benim yapım risk taşıyor, güvendesim" düşüncesine sahip olan kişilerin hukuksal güvencelerini, barınma haklarını, konut dokunulmazlığını, belirsizlik taşıyan "uygulama bütünlüğü" kavramı ardına

“Kanun’un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendindeki riskli yapı tanımı dikkate alındığında, riskli yapılar dışındaki yapıların, ekonomik ömrünü tamamlamamış, yıkılma veya ağır hasar görme riski taşımayan yapılar olduğu anlaşılmaktadır. Kuralda, anılan nitelikteki yapıların da “bu (6306 sayılı) Kanun hükümlerine tabi” olacağı belirtilmiştir. Kanun’un amacı 1. maddede, bu amaç doğrultusunda yapılacak uygulamalar ise 3., 4., 5. ve 6. maddelerde düzenlenmiştir. Kanun’un 3. maddesinde riskli yapıların tespiti ve kamuya ait taşınmazların tahsis ve devri kurala bağlandığından, anılan maddenin bu nitelikte olmayan dava konusu kural kapsamındaki taşınmazlara uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla riskli olmayan yapılar hakkında, Kanun’un 4., 5., ve 6. maddeleri uyarınca uygulama yapılacaktır. Anılan maddeler içinde, imar kısıtlamaları, yapının tahliyesi ve yıkılması, taşınmazın kamulaştırması gibi mülkiyet hakkını sınırlandırdığı açık olan düzenlemeler bulunmaktadır.

Kanun’un genel amacı afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemedir. Dava konusu kural ise bu genel amaç doğrultusunda yapılacak uygulamalarda “uygulama bütünlüğü”nü sağlamak için getirilmiştir. Bunda meşru bir kamu yararı olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Bununla birlikte kanunla getirilen bu sınırlamanın, kamu yararı amacı taşıması dışında, kamunun yararı ile bireylerin temel hakları arasında kurulması gereken adil dengeyi bozmaması, ölçülü olması da gerekir. Dava konusu kuralla, “riskli olmayan yapılar” hakkında yapılacak uygulamalara ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiş, riskli yapılara ilişkin kurallara atıf yapılmıştır. Ancak anılan kurallar, yapıların riskli olması dikkate alınarak düzenlenmiş, kamu yararı ile bireylerin hakları arasında buna uygun denge oluşturulmaya çalışılmıştır. Menfaatler dengesi bu şekilde oluşturulan kuralların riskli olmayan yapılara uygulanması, Anayasa’nın 13. maddesinde temel hakların sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer verilen “ölçülülük” ilkesine aykırılık oluşturmakta ve kamu yararı ile riskli olmayan yapı sahiplerinin hakları arasında kurulması gereken dengeyi bozmaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

hükmü vermiştir. Bu karara göre riskli yapılarla ilgili olarak Kanun’un öngördüğü uygulamaların mülkiyet hakkı üzerinde etkisi olduğu; fakat bu kısıtlamalarla korumaya alınan kamu yararı arasında bir denge olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, Kanunun riskli yapılar için öngörülen uygulamaların riskli

gizlenerek, ortadan kaldır[dığını]” belirterek; bunun mülkiyet hakkının Anayasa aykırı biçimde sınırlandırılmasına neden olacağı ifade edilmiştir.

olmayan yapılar için geçerli olmasına neden olan “uygulamanın bütünlüğü” amacının ise, aynı dengeyi sağlamadığını ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.^[34]

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi’nin 27.2.2014 günlü, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun’un 3. maddesinin 7. fıkrasına dair verdiği kararı, riskli alanlar içinde bulunan risksiz yapıların, “uygulamanın bütünlüğü” gerekçesiyle risksiz yapılara ilişkin uygulamalara tabi kılınmasını kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında kurulması gereken dengeyi bozan bir hüküm olduğu kanaatiyle ve Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerine aykırılığı gerekçesiyle iptal etmiştir.

Karara göre, idareye mülkiyet hakkı üzerinde istisnai uygulama yetkileri veren riskli alan kararını etkilerinin, Kanun’un amacını da aşan kamu yararı gerekçesiyle genişletilmesi, Anayasa’ya aykırıdır. Buna göre, “afet riski” tehdidinin, idareye tanınan her yetkiyi, kamu yararı amacı taşıyan bir anahtara çeviremeyeceği kabul edilmelidir. Zira idare, afet hukukunun uygulamalarında da temel hak ve özgürlüklerin olağan sınırları ile çevrilidir. Bu nedenle de, kamunun sağlığı ve güvenliği açısından bir tehlike yaratmayan ^[35] yapıların, tehlike yaratan yapılarla aynı uygulamalara tabi tutulması mülkiyet hakkının ihlali kabul edilmiştir.

B. Yasamanın Israrı ve Anayasa Mahkemesi’nin 2017 Tarihli Kararı

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı üzerine, 6704 sayılı Kanununun 21. maddesiyle 6306 sayılı Kanun’un 3. maddesinin 7. fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yeni hali, “*Bu Kanununun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler, değerlendirme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla bu Kanun hükümlerine tabi olur.*” şeklini almıştır.

Yapılan değişikliğin, bir önceki düzenlemeden farkı, “*değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla*” koşulunun eklenmesidir. Buna göre, kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda yer verdiğimiz gerekçesine rağmen, bir önceki düzenlemenin iptal sebebini, “riskli olmayan yapıların

[34] YURTCANLI’nın ifadeleriyle Kanun’un riskli yapılar bakımından kabul ettiği bir takım kriterler ve sağlam binalar bakımından öngördüğü uygulama bütünlüğü düzenlemelerinin sağlıklı ve güvenli yaşama alanları oluşturma şeklinde ifade ettiği kamu yararı amacının karşılanması mümkün değildir. Yurtcanlı, agm, s.331.

[35] Yurtcanlı, agm, s.330.

değerinin, riskli yapılardan değerinden farklı olduğu” gerekçesine indirgemıştır. Diğer bir deyişle, yeni düzenleme, riskli alandaki uygulamanın bütünlüğünü sağlamak üzere, yapılar arasındaki değer farkını gözeterek tüm yapıları riskli yapı uygulamalarına tabi kılmıştır. Bu nedenle de riskli alanlarda bulunan riskli olmayan yapılar, *bir kez daha*, 6306 sayılı Kanun’un kapsamına alınmıştır.

Bu durumun, mahkeme kararlarının uygulanmaması hallerine bir örnek olduğunda kuşku yoktur. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi bu yeni düzenlemeye ilişkin 2017 tarihli kararında, hükmünü Anayasa’nın 153. maddesi bağlamında kurmamış ve bu maddeyle ilgili olmadığı kanaatine varmış olsa da, 2014 tarihli kararının gerekçesine “rağmen” yapılan bu yeni düzenlemenin mahkeme kararının biçimsel uygulanması örneklerinden biri olduğu kanaatindeyiz.

İlgili düzenlemenin Anayasaya aykırılığını ileri süren davacıların iddialarını^[36] değerlendiren Anayasa Mahkemesi ise, 6704 sayılı Kanunun 21. maddesiyle 6306 sayılı Kanun’un 3. maddesinin 7. fıkrasında yapılan değişiklikle ilgili 15.11.2017 tarihli kararında,

“[...]’riskli olmayan yapılar’ hakkında yapılacak uygulamalara ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiş, riskli yapılara ilişkin kurallara atıf yapılmıştır. Atıf yapılan kurallar ise yapıların riskli olması dikkate alınarak düzenlenmiş, kamu yararı ile bireylerin hakları arasında buna uygun denge oluşturulmaya çalışılmıştır. Menfaatler dengesi bu şekilde oluşturulan kuralların riskli olmayan yapılara uygulanması, Anayasa’nın 13. maddesinde temel hakların sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer verilen “ölçülülük” ilkesine aykırılık oluşturmakta ve kamu yararı ile riskli olmayan yapı sahiplerinin hakları arasında kurulması gereken dengeyi bozmaktadır.

Kuralda, riskli olmayan yapılarla ilgili değerlendirme çalışmalarında yapının riskli olmadığı hususunun da gözetileceği ifade edilerek riskli olmayan yapılar bakımından menfaatler dengesi kurulmaya çalışılmıştır. Ancak herhangi bir riski bulunmayan sağlam yapılar için uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülmesi halinde 6306 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması durumunda bu yapıların

[36] “ [...] iptali istenen kuraldaki, ‘değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla’ ifadesinden, yapının değerinin özelliğine göre tespit edileceği anlaşılmaktadır ki bu hüküm getirilmemiş olsaydı dahi yapının değeri özelliğine göre tespit edileceğinden, iptal edilen düzenleme ile yerine getirilen düzenleme arasında her hangi bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla riskli olmayan yapılar hakkında, iptal edilen düzenlemedeki gibi 6306 sayılı Kanun’un içinde imar kısıtlamaları, yapının tabliyesi ve yıkılması, taşınmazın kamulaştırılması gibi mülkiyet hakkını sınırlayan düzenlemeler bulunan 4., 5. ve 6. maddeleri uyarınca uygulama yapılmaya devam edeceği” iddiasında bulunmuşlardır. Davacıların bu iddiayla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi’nin 2014 tarihli kararında bir hüküm kurulduğundan; bu yeni düzenlemenin Anayasa’nın 153. maddesine de aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

maliklerinin uğradığı zararların tamamının karşılanması sorumluluk hukukunun gereğidir. Uygulama alanındaki sağlam yapılara yönelik değer tespitinde yapının riskli olmadığına gözetilmesi de esasında bu amaca hizmet etmektedir. Bu itibarla Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan yapılar hakkında 6306 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması nedeniyle maliklerin mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamaların, taşınmazın değer tespitinde yapının riskli olmadığına gözetilmesi suretiyle dengelendiği söylenemez.”

görüşüne varmıştır. Mahkeme, uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülen risksiz yapıların değerlendirilmesinde, “yapının riskli olmadığı hususunun gözetilmesi kaydıyla” bu Kanun hükümlerine tabi tutulmasının, maliklerin müstakbel zararlarının erken gidermesi anlamına geleceğine hükmetmiştir. Mahkeme bu hususla ilgili değerlendirmesinde,

“[...] herhangi bir riski bulunmayan sağlam yapılar için uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülmesi halinde 6306 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması durumunda bu yapıların maliklerinin uğradığı zararların tamamının karşılanması sorumluluk hukukunun gereğidir. Uygulama alanındaki sağlam yapılara yönelik değer tespitinde yapının riskli olmadığına gözetilmesi de esasında bu amaca hizmet etmektedir. Bu itibarla Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan yapılar hakkında 6306 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması nedeniyle maliklerin mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamaların, taşınmazın değer tespitinde yapının riskli olmadığına gözetilmesi suretiyle dengelendiği söylenemeyeceğine”

karar vermiştir. Buna göre, idarenin riskli alanda yapılar üzerindeki mülkiyet kısıtlamalarının neden olduğu zararın “anlamının”, taşınmazın değerinden farklı olduğuna hükmetmiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 7. fıkrasını yeniden Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı bularak, iptal etmiştir.

III. Sonuç: Olağan Hukukun Sınırlarında Afet Hukuku

Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak tanımladığı sınırlama ve sınırlamanın sınırlandırılmasına ilişkin alan 13. maddede oldukça açık bir biçimde tanımlanmıştır. Bu tanımlanan alanın esnetilmesi ve delinmesine yönelik denemeler, hukuk devletinin ve halkın hukuka duyduğu güvenin temellerini sarsacak sonuçlar doğurabilir.

6306 sayılı Kanun'un genel amacında Kanunun uygulama alanı, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve araziler olarak belirtilmiş olmasına rağmen, Kanun'un kapsamını afet riski

altındaki alandaki “risksiz” yapıları da kapsayacak biçimde genişletilmesi, öncelikle Kanun’un amacına aykırıdır. Diğer yandan, riskli alanda bulunan risksiz yapı sahiplerinin mülkiyet hakları üzerindeki kısıtlamanın dayanağının bulunmaması, Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerine de aykırıdır. Son olarak, mülkiyet hakkının ilişkili bulunduğu konut hakkı, seyahat hakkı gibi diğer haklar^[37] yönünden de ihlal anlamına geleceği belirtilebilir.

Afet riskine karşı tedbir alınması gerekliliği bir gerçek olarak durmaktadır. Bu tedbirlerin nasıl olması gerektiği sorusunun yanıtı ise, Anayasa’ya ve en genel anlamda hukuka uygun düzenlemeler aracılığıyla verilebilir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi’nin 2017 tarihli kararının karşı oy görüşünün de değerlendirilmesi gereklidir. Karşı oy kararında dikkat çeken husus, afet riskinin yakın ve ciddi bir tehdit olarak gündemde olduğuna dair bir vurgunun varlığıdır. Diğer yandan karşı oy kararında, bu tehdide karşı Kanun’un geliştirdiği kentsel dönüşüm sürecinin, “uygulama” içinde ve “zorunlu sebeplerle” değiştiği ve geliştiği ortaya konmuştur. “Karşı oy” yazısında da, “[Kanun’un] genel amacın gerçekleştirilmesi için kendi içinde bütünlük arz eden bir takım projelerin geliştirilmesi ve hayata geçirilmesi kamu yararı açısından kimi zaman bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilir. Bu zorunluluğun bir gereği olarak da, kimi zaman, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde bulunan kimi risksiz yapıların da yıkılıp yeniden yapılması gerekebilir. Bu durum, uygulanacak projenin zorunlu bir sonucu olabilir.” denilmiştir. Buna göre “olgu”, hukuka uygunluk sebebi haline getirilmeye çalışılarak, “zorunluluklarla” kurulan bir “olağanüstü” hukukun afet riski bertaraf edebileceği ileri sürülmüştür. Diğer bir anlatımla, riskli alanda geliştirilen projelerin risksiz yapıları da kapsamasına dair bir yasal dayanak olmamasına rağmen, afet riski altındaki alanlardaki “projelerin zorunlu sonuçları”nın hak ve özgürlükleri kısıtlamasının gerekçesi olarak ileri sürülmüştür.

Karşı oy yazısında dikkat çeken bir diğer görüş, afet riskinin kurduğu olağanüstü hukukun risksiz yapı malikleri açısından neden olduğu hak ihlallerinin, yapının gerçek değeri karşılanmak suretiyle dengelenebileceğinin ileri sürülmesidir. Bilindiği üzere, kamu külfeti karşısında eşitlik ilkesi (diğer adıyla fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi), “idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle bazı kişilerin diğerlerine göre daha fazla fedakarlıkta bulunması gerekiyorsa, o kişilerin

[37] İbrahim Kaboğlu, Yerleşme ve Konut Hakkı: Temel Özgürlük Sosyal Hak Birleşmesi, İnsan Hakları Yıllığı, C. 17, Sa. 1, Y.1996, s.149-169. Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan yaşama hakkının insan onuruna yarışır bir yaşamı kurabilmesi için “sosyal bir hukuk Devleti” olmanın gereği olarak konut hakkını da güvence altına aldığı kabulü gereklidir. Yurtcanlı, agm, s.328.

bundan dolayı uğradığı zarar tazmin edilerek, fedakarlıklarının denklenmesi”^[38] anlamına gelir. Diğer bir anlatımla söz konusu ilke, kamu yararının tesisi için kişilerinin katlanmak zorunda kaldıkları külfete karşılık, zararlarının idare tarafından karşılanmasıdır. Bunun nedeni de kamusal faaliyetler nedeniyle kimi bireylerin daha fazla yük altında kalmasının yaratacağı eşitsizliğin idare tarafından giderilerek, tüm toplumun yararına olan faaliyetin bazı kişiler üzerine sadece yük olmasını engellemektir.^[39] Yapılan açıklamalar ışığında, 6306 sayılı Kanun’un 3. maddesinin 7. fıkrasına, “değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla” ifadesi eklenmemiş olsa bile, bir hukukun genel bir ilkesi olarak yapıların mevcut durumlarına göre değerlendirme çalışmaları yapılarak maliklerin zararlarının giderilmesi gereklidir. Diğer yandan GÖZLER’in de ifade etmiş olduğu gibi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi Anayasada geçmemekle birlikte anayasal dayanağı 10. maddede yer alan eşitlik ilkesinden de kaynaklanmaktadır. Buna göre, idare riskli alanda yürüteceği projeler için alanda yer alan tüm yapıları mevcut durumlarına göre değerlemesinin yapılması aynı zamanda Anayasa’nın 10. maddesi açısından da bir zorunluluktur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kararının “karşı oyunda” yer alan görüşe ve gerekçesine katılmak mümkün değildir.

Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının, “Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını” açıkça düzenlenmiştir. Bu açık düzenlemeye rağmen, Kanun eliyle ölçülülük ilkesine aykırı bir kısıtlamanın mümkün olabileceğini ileri sürmek ise, hak ihlallerini bedeli ödenebilir bir zarar kalemi olarak olağanlaştırmaya neden olur. Bu nedenle başta deprem olmak üzere önemli, ciddi ve yakın bir tehlike karşısında alınacak önlemlerin, afet riskinin temel hak ve özgürlükleri sürekli tehdidi altında tuttuğu bir olağanüstü hukuk alanı olarak kabulü mümkün değildir.

Sonuç olarak, olağanüstü usullerin olağan bir uygulama olarak uygulama bulduğu 6306 sayılı Kanun, idarenin yetkilerini, afet riskinin yarattığı ekonomik etkileri ortadan kaldırmak üzere güçlü kılmıştır. Bu yetkiler, diğer pek çok kanunda afete karşı alınacak kente ilişkin yapısal önlemleri içeren yetkilerden daha kapsamlı ve fazladır. Bu yönüyle, 6306 sayılı kanunun olağandışı hukukun afet riski nedeniyle olağanlaştırılması örneğini oluşturması nedeniyle eleştirilebilecekken, Kanun’un kapsamın riski alandaki risksiz kimi yapılara

[38] Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s. 1242.

[39] Cemal Oğuz, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu**, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.210. Ayrıca; Gözler, age, s. 1242.

kadar genişletmek, olağan hukukun olağanüstü usullere taşınması sonucunu doğurmuştur. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda ele aldığımız her iki kararında da, ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilerek iptal edilmiştir.

KAYNAKÇA

Ali Utku Şahin , Afet Yönetimi Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Tesam Akademi Dergisi, Temmuz 2014, C.1, S.2.

Aydın Gülan, Tarihi Dokuyu Yenilemek Adına Cerrahi Bir Müdahale Aracı: Yenileme Alanları, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Bahri Savcı, Yaşam Hakkı: Felsefesal Açından Pratiğe Doğru, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi S. 3, Y. 2014.

Bahtiyar Akyılmaz, Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, S. 1, Y.1998.

Cemal Oğuz, Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikin Sorumluluğu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 210.

Cemil Kaya, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

Cemil KAYA, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, XII Levha, İstanbul, 2011.

Cengiz Topel Çiftçioğlu, Yaşam Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2012, S.103.

Cenk Şahin, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'a Yönelik Bazı Eleştiriler (Anayasa Mahkemesi Kararının Ardından Yeniden Değerlendirme), Kentsel Dönüşüm Hukuku (Editörler: Melikşah Yasin, Cenk Şahin), On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, Ekim 2015.

Emre Akbulut, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Ender Ethem Atay, Hukukta Meşruiyet Kavramı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, Y. 1991.

Fatmagül Kale, Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Konut Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Gürsel Öngören, Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları No: 6, İstanbul, 2017.

Halil Kalabalık, İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C1, S.2, Y. 1997.

Halis Çetin, Siyasetin Evrensel Sorunu iktidarın Meşruiyeti-Meşruiyetin İktidarı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 58, S.3.

İbrahim Kaboğlu, Yerleşme ve Konut Hakkı: Temel Özgürlük Sosyal Hak Birleşmesi, İnsan Hakları Yıllığı, C. 17, Sa. 1, Y. 1996.

Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 10. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2010.

Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. 2, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.

Melikşah Yasin, Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler, Kentsel Dönüşüm Hukuku (Editörler: Melikşah Yasin, Cenk Şahin), On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, Ekim 2015.

Nafi Pakel, 6306 Sayılı Kentsel Dönüşüm Yasası, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, Sayı: 2013/1.

Nuri Alan, "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirmesi", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, 10-12 Haziran 1982, Danıştay Yayınları, Ankara,

Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, Mart 2011.

Ramazan Çağlayan, Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S. 3-4, Y. 2003.

Seda Yurtcanlı, Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 Sayılı Afet. Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar, Anayasa Hukuku Dergisi, C.2, S.4.

Selami Demirkol, Zuhul Bereket Baş, Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması, TBB Dergisi Y. 2013, S.108.

Serkan Cengiz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2011, S. 93.

Serkan Kızılyel, Yaşam Hakkı: AİHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, S. 2.

Sinan Seçkin, Gül Üstün, İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 21, Sayı 2.

Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş Altıncı Baskı, Ankara, 2013.

Yeliz Şanlı Atay, 6306 Sayılı Kanun Çerçevesinde Riskli Alan Kararı, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, TODAİE Yerel Yönetimler Dergisi, S.25/4, Y.2016.

HAKEM KARARLARININ TAMAMLANMASI TALEP EDİLMEDEN AYNI SEBEPLE İPTAL TALEBİNDE BULUNULMASINDA HUKUKİ MENFAAT*

Seyhan SELÇUK**

ORCID ID: orcid.org/0000-0001-5074-6722

Makalenin Geldiği Tarih: 30.11.2017 **Kabul Tarihi:** 13.12.2017

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK– ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı (Medeni Usul-İcra İflas Hukuku) Doktora Öğrencisi.

ÖZ

Nihaî hakem kararında, tarafların taleplerinin tamamı hakkında karar verilmişse, tarafların başvurabileceği iki imkân bulunmaktadır. Bunlar, kararının tamamlanmasının talep edilmesi ve kararın iptalinin talep edilmesidir. Bazı hukuk düzenlemelerinde bu iki imkân taraflara aynı anda tanınmışken, bazılarında ise, sadece tamamlama talep edilmesine yer verilmiştir. Hukuki açıdan, hukuki düzenlemelerde her iki imkânın aynı anda kabul edilmesi halinde, iki farklı soruyla karşılaşılmaktadır. Bu sorulardan ilki, taraflara tanınmış olan bu imkânların seçimlik olup olmadığıdır. Karşılaşılabilecek ikinci soru ise, kararın tamamlanması talep edilmeden doğrudan nihaî karara karşı iptal talebinde bulunmakta hukuki menfaatin bulunup bulunmadığıdır. Bu çalışmada, bu sorular hukuki açıdan ele alınmış ve bunlara cevap verilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Tahkim Yargılaması, Tamamlama Kararı, Hakem Kararının İptali, Hukuki Menfaat.

LEGAL BENEFIT IN THE REQUEST OF SETTING
ASIDE WITH THE SAME LEGAL GROUND
WITHOUT REQUESTING ADDITIONAL AWARD

ABSTRACT

In the final arbitral award, if the parties' requests have not been decided entirely, there are two possibilities for them to apply. These are request of additional award and setting aside. In some legal instruments, these two possibilities are provided to the parties at the same time and in the others, parties are allowed to request only additional award. Legally, two different questions will be encountered when both possibilities are accepted at the same time in legal instruments. The first one is whether these possibilities are optional or not. The later one may be faced is whether there is a legal benefit to demand setting aside directly against the final award without requesting the additional to be made. In this study, these questions have been discussed and tried to be answered from the legal point of view.

Keywords: Arbitration, Arbitral Proceeding, Additional Award, Setting Aside of Award, Legal Benefit.

I. HAKEM KARARINDA TALEBİN TAMAMI HAKKINDA KARAR VERİLMEMESİ

Nihaî hakem kararının^[1] verilmesiyle, hakem veya hakem kurulu uyuşmazlıktan elini çekmekte ve tahkim yargılaması sona ermektedir^[2] (HMK m. 435/1; MTK m. 13/A-2)^[3]. Bu kararlar, tahkim yargılamasında görev alan hakem/hakemlerin görevi de, kural olarak, sona erer. Bununla birlikte, kanun koyucu, nihaî hakem kararının verilmesinden sonra da hakem/hakemlerin bazı görevlerinin (fonksiyonlarının) devam edeceğini kabul etmiştir (HMK m. 437; MTK m. 14/B). Hakem veya hakem kurulu tarafından tamamlama kararı verilebilecek olması, nihaî hakem kararının verilmesinden sonra hakem veya hakem kurulunun görevinin devam edeceği hallerden birisini oluşturmaktadır^[4]. Kanun koyucunun, mahkeme kararlarından farklı olarak^[5], hakem kararlarının tamamlanması imkânını tanımasının temelinde, tahkim yargılamasının taraf iradesine dayanan bir yargılama olduğunu gözönünde bulundurduğu söylenebilir. Böylece, tahkim yargılamasının temelinde ve tamamında esas alınan taraf iradesi, hakem kararının verilmesinden sonraki aşama bakımından da kabul edilmiştir. Bu sayede, nihaî kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan sorun, mahkemelerin yardım ve müdahalesine gerek kalmadan, tarafların talebi üzerine hakem veya hakem kurulu tarafından giderilmekte ve kararın etkinliği gerçekleştirilmektedir^[6].

Hakem veya hakem kurulunun, talebin tamamı hakkında karar verdiğinden söz edebilmek için, iki tarafın talep ve iddialarından her birinin, ayrı ayrı hükme bağlanıp bağlanmadığına bakılması gerekir. Tarafların talepleriyle ifade

[1] Nihaî kararlarda hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasında ileri sürülen talep hakkında son bir karar vererek, uyuşmazlığı usûl veya esas bakımından sonuçlandırmaktadır [Kirby, J.: Finality and Arbitral Rules: Saying An Award Is Final Does Not Necessarily Make It So (Jour. Int. Arb., Vol. 29, 2012, pp., 119-128), s. 121; Moses, M. L.: The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Second Edition, 2012, s. 190].

[2] Kısmî hakem kararı verilmesi durumu, bu durumun dışındadır.

[3] HMK m. 294/1'de, devlet yargılamasında mahkeme tarafından usule veya esasa ilişkin bir nihaî kararın verilmesiyle davanın sona ereceği belirtilmiştir.

[4] Karardaki yazım hatalarının düzeltilmesi ve kararın yorumlanması, hakem veya hakem kurulunun görevinin devam edeceği diğer hallerdir (HMK m. 437; MTK m. 14/B).

[5] Kanun koyucu, mahkeme kararları bakımından, sadece hükmün tashihi (HMK m. 304) ve tazvini (HMK m. 305) düzenlemiştir.

[6] Dore, I. I.: Arbitration and Conciliation Under the UNCITRAL Rules: A Textual Analysis, Boston 1986, s. 127.

edilmek istenen husus, talep sonucudur (netice-i taleptir)^[7]. Hakem veya hakem kurulunun tarafların taleplerinin tamamı hakkında karar verip vermediği tespit edilirken, tahkim yargılamasındaki dava ve cevap dilekçesindeki talep sonucu ile hakem kararının^[8] hüküm sonucu karşılaştırılmalıdır^[9]. Buna göre, dava veya cevap dilekçesinde talep edilmiş olan bir hususa, hakem kararının hüküm sonucunda yer verilmemişse, taleplerin tamamı hakkında karar verilmemiştir. Taleplerin tamamı hakkında karar verilip verilmediği tespit edilirken ayrıca, hakem kararında çözüme kavuşturulan bölümlerden bu taleplerin de belli

- [7] **Alangoya, Y.:** Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 210; **Üstündağ, S.:** Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000, s. 972; **Albayrak, H.:** Tahkimde Kanun Yolları (Terazi HD 2008, S.18, s.59-88), s. 64.
- [8] Hakem kararı, devlet mahkemeleri yerine, taraflarca tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı yoluyla, hakem veya hakem kuruluna verilen hüküm verme yetkisine dayanarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümlen karardır [**Berger, B./ Kellerhals, F.:** International and Domestic Arbitration in Switzerland, Third Edition 2015, s. 587; **Kalpsüz, T.:** Türk Hakem Kararı Kavramı (Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983), s. 36; **Dayınlarlı, K.:** Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri (Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, Ankara 1986, s. 775-812), s. 777; **Özbay, İ.:** Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004, s. 49].
- [9] **Özbay,** s. 218. Yargıtay, yakın tarihli verdiği bir kararda bu hususu açık bir şekilde ifade etmiştir. Buna göre, “Dava ve karar tarihinde yürürlükte bulunan HUMK’nın 179. maddesinde dava dilekçesinde hangi hususların bulunacağı sayılmıştır. Buna göre dava dilekçesinde talep sonucunun mutlaka ve açık bir surette gösterilmesi gerekir. HUMK’nın 535. maddesi uyarınca hakemde dava açılması da dava dilekçesinin hakeme verilmesi ile gerçekleşir ise de; talep sonucu belli olmayan bir dilekçenin dava dilekçesi olarak kabulü mümkün değildir. Bu husus belli olmayınca da HUMK’nın 533/1. maddesine göre talep edilmiş bir şey hakkında karar verilip verilmediği veya aynı maddenin 4. bendince iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar verilip verilmediği, başka bir anlatımla HUMK’nın 533. maddesindeki bozma nedeni olabilecek aykırılıkların bulunup bulunmadığının saptanması da mümkün olmayacaktır. Bu durumda hakemce davacı vekilinin dilekçesinde tahsili talep edilen miktar gösterilmediğinden bu husus açıklattırıldıktan sonra tarafların itiraz ve savunmaları bildirilecek miktara göre değerlendirilip davanın sonuçlandırılması gerekirken, bu husus gözden kaçırılarak davanın sonuçlandırılması HUMK’nın 533/II-IV. maddelerine aykırı olmuş ve hakem kararının bozulması uygun bulunmuştur.” (Y. 15. HD, 28.11.2011, E. 2011/6040, K. 2011/6961, Legalbank); “...hakemlerin verdikleri kararlarda HUMK. 533. maddesinin son bendi gereğince iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemele bozma nedeni olduğu gibi HUMK. 388 ve 389. maddeleri uyarınca verilen kararın iki tarafa tahmil ve bahşedilen vazife ve hakların şüphe ve tereddütü icabettirmeyecek şekilde açıkça yazılması...” (Y. 15. HD, 23.11.2000, 4588/5166, **Özkes, M.:** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 223, dpn., 92).

doğrultuda çözüme kavuşturulduğu anlaşılabilirse, artık taleplerin tamamı hakkında karar verilmediğinden söz edilemez^[10].

Talebin tamamı hakkında karar verilmemesi ile hakem veya hakem kurulunun hakem kararında tarafların taleplerinin bir kısmını kabul etmesi hukuken iki farklı durum arz etmektedir. Talebin kısmen kabul edilmesi halinde, talebin tamamı hakkında karar verilmediğinden söz edilemez. Zira, hakem kararında kısmen kabulün gerekçesi gösterilmişse, kısmen kabul edilmeyen kısmın da gerekçesi gösterilmiş ve o kısım için de hakem kararında hüküm tesis edilmiş demektir^[11].

Hakem kararında talebin tamamı hakkında karar verilmemiş olmasına, davalının tahkimde görülen asıl davaya karşı, karşı dava açması halinde, hakemlerin sadece davacının asıl davadaki taleplerini karara bağlaması; buna karşın, davalının karşı davadaki taleplerini hükme bağlamaması örnek olarak verilmektedir^[12]. Bunun gibi, davacının dava dilekçesinde, dava konusu yapılan para alacağının faiziyle birlikte ödenmesini talep etmiş olmasına rağmen, hakem veya hakem kurulunun sadece anapara talebi hakkında karar vermesi buna karşılık faiz talebi hakkında herhangi bir karar vermemesi de bu duruma örnek oluşturmaktadır^[13].

-
- [10] **Karafakih, İ. H.:** Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu (ABD 1951/7, s. 2-9), s. 6; **Alangoya, s. 211; Özbay, s. 219.**
- [11] **Karafakih, s. 6; Umar, B.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B, Ankara 2014, s. 1249. Benzer bir yaklaşım için bkz., **Böckstiegel, K. H./ Kröll, M./ Nacimiento, P.:** Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, Second Edition, Kluwer Law International 2015, s. 407.
- [12] **Alangoya, s. 211; Pekcanitez, H./Yeşilirmak, A.:** Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B, İstanbul 2017, s. 2757; **Kalpsüz, T.:** Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, s. 137; **Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. B, C. VI, İstanbul 2001, s. 6101; **Akıncı, Z.:** Milletlerarası Tahkim, 4. B, İstanbul 2016, s. 302; **Bilge N./ Önen, E.:** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. B, Ankara 1978, s. 767; **Dayınlarlı, s. 796; Sarısözen, M. S.:** Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, İstanbul 2005, s. 107; **Yeğengil, R.:** Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974, s. 333; **Balcı M.:** İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999, s. 233; **Kalpsüz, T.:** Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri (BATİDER 1997/1, s. 3-41), s. 39; **Özbay, s. 219; Yeşilirmak, A.:** Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Erkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, s. 126; **Albayrak, s. 64; Özbay, İ./Korucu, Y.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407-444, Ankara 2016, s. 233.
- [13] **Alangoya, s. 211; Kuru, s. 6101; Bilge/Önen, s. 767; Kalpsüz- Hakem Kararlarının Temyizi, s. 39; Dayınlarlı, s. 796; Özbay/Korucu, s. 233; Sarısözen, s. 107.** Mülga HUMK döneminde Yargıtay, "Somut olayda hakemlerce davalı satıcının (270, 000) liralık senet tanzim ederek alıcıya tevdi ettiğinden bahisle davasının bu miktarın üstündeki talebinin reddine ve (270,000) liranın üstündeki talebi teşkil eden (172, 125) lira üzerinden

II. TALEBİN TAMAMI HAKKINDA KARAR VERİLMEMESİ HALİNDE BAŞVURU YOLLARI VE HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Talebin Tamamı Hakkında Karar Verilmemesi Halinde Başvuru Yolları

A. Yabancı Hukuklardaki Düzenlemeler

UNCITRAL Model Kanun'da hakem veya hakem kurulunun tahkime konu yapılan uyuşmazlıkla ilgili tüm talepler hakkında karar verilmemiş olması bakımından, tarafların sadece hakem veya hakem kurulundan tamamlama talep edebileceği kuralı kabul edilmiştir^[14]. Dolayısıyla, taleplerin tamamı hakkında karar verilmemiş olması, UNCITRAL Model Kanun'da ayrı bir iptal sebebi olarak düzenlenmediği için, tarafların bu halde başvurabileceği tek yol, hakem veya hakem kurulundan kararın tamamlanmasını talep etmektir^[15]. UNCITRAL Model Kanun m. 33/3'e göre, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, taraflardan biri, diğer tarafa bildirimde bulunmak kaydıyla, tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmüş fakat hakem kararında yer verilmemiş olan taleplerin, hakemlerce karara bağlanmasını, hakem kararının alınmasından itibaren otuz gün içinde talep edebilir. Hakemler, bu talebi haklı bulursa, atmış gün içinde tamamlama (ek) kararını verir (UNCITRAL Model Kanun m. 33/3). Tamamlama kararı bakımından, altmış günlük süre öngörülmüş olmasının sebebi, tamamlama talep edilen konuda duruşma yapılabilecek olması veya buna ilişkin yeni deliller toplanabilecek olmasıdır^[16]. Gerekli hallerde hakemler, kanunda tamamlama kararı verilmesi için öngörülmüş olan süreleri de uzatabilirler (UNCITRAL

(13, 327, 50) lira vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı vekiline verilmesine ve yargılama giderlerinin de davalıya tahmiline karar verilmiş ve bu suretle (270,000) liranın tahsiline karar verilmemesi ve ayrıca davacının temerrüt faiz talebi hakkında da bir karar itihaz edilmemesi HUMK.nun 533/4 aykırı bulunduğundan davacının bu yöne matuf temyiz itirazı yerinde görülmüştür." şeklinde karar vermiştir (Y. 11. HD, 11.04.1974, E. 1974/737, K. 1974/1315, Legalbank). Aynı şekilde, Yargıtay, faiz hakkında da bir karar verilmiş olmakla birlikte, gecikme faizinin bir kısmı hakkında karar verilmemiş olmasını (Y. 15. HD, 9.11.1992, 4476/5204, *Ertekin, E./ Karataş, İ.*: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Ankara 1997, s. 289); asıl alacakla birlikte vekâlet ücreti de talep edilmiş olmasına rağmen, bunların ayrı ayrı karara bağlanmamış olmasını [Y. 15. HD, 23.02.1976, 5570/689 (YKD 1976/9, s. 1350,1351)] da bu kapsamda değerlendirmiştir.

[14] Han'a göre, UNCITRAL Model Kanun'un yaklaşımı uygundur. Zira, kararın tamamlanması imkanı varken, kararın iptal edilmesini gerektirecek herhangi bir sebep bulunmamaktadır [**Han, P.**: Challenging Arbitral Awards: A Comperative Study of Chinese Law, British Law and UNCITRAL Model Law (Frontiers of Law in China 2011, 6/3, pp.418-446), s. 436].

[15] **Han**, s. 436.

[16] **Dore**, s. 127.

Model Kanun m. 33/4). Aynı şekilde taraflar da, kanunun öngördüğü süreyi değiştirebilirler^[17].

Alman hukukunda, taraflardan her biri hakem veya hakem kurulundan, yargılama sırasında talep edilmiş olmakla birlikte hakem kararında yer verilmemiş olan talepleriyle ilgili tamamlama kararı verilmesini isteme hakkına sahiptir (ZPO § 1058/1-2). Buna göre, taraflarca aksi kararlaştırmamışsa, tamamlama talebinin taraflarca hakem kararının alınmasından (bildirilmesinden) itibaren bir ay içinde yapılması gerekir (ZPO § 1058/2). Alman kanun koyucu, hakem veya hakem kurulu tarafından tamamlama kararı verilebilmesi için, karşı tarafa bilgi verilmesi şartını aramamıştır. Hakem veya hakem kurulunca tamamlama kararının iki ay içinde verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (ZPO § 1058/3). Ayrıca, hakem veya hakem kuruluna, tamamlama hakkında karar verebilmesi için kanunun öngördüğü iki aylık süreyi uzatabilme yetkisi de verilmemiştir. Bu hukuk düzeninde, talebin tamamı hakkında karar verilmemiş olması, ayrı bir iptal sebebi olarak kabul edilmemiştir^[18]

İsviçre hukukunda, hakem kurulunun taraflarca seçilen hukuka göre karar vereceği veya yine taraflarca kararlaştırılmış olması kaydıyla hakkaniyet ilkesine göre karar vereceği, eğer taraflarca bu yönde bir kararlaştırma yapılmamışsa, uyumsuzluğun İsviçre hukuku kuralları uygulanarak çözümleneceği hüküm altına alınmıştır (CCP m. 381). Dolayısıyla, İsviçre hukukunun uygulanacağı durumlarda, söz konusu kanunun tahkime ilişkin hükümleri (CCP m. 353 vd.) uygulama alanı bulacaktır^[19]. Buna göre, ilgili kanunun 386. maddesi, hakem kararının taraflardan her birine bildirileceğini ve taraflardan her birinin de kararın bir örneğini tıpkı söz konusu Kanun'un 356. maddesinde hüküm altına alındığı gibi tahkim yeri mahkemesinden masrafını yatırmak şartıyla alabileceğini amirdir (CCP m. 386). İsviçre hukukunda milli tahkim bakımından, taraflardan her birinin, hakemlerden tahkim yargılaması sırasında ileri sürülen, fakat hakemler tarafından karara bağlanmayan taleplerinin tamamlanmasını isteyebileceği hüküm altına alınmıştır (CCP m. 388/1). İlgili kanun tamamlama

[17] **Dore**, s. 127.

[18] Alman hukukunda ZPO § 1059/2-1-c'de sadece, hakemlerin kendi yetkilerini aşması veya tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda ya da talepten fazlasına veya farklı bir şeye karar vermesi, hakem kararının iptali için bir sebep oluşturmaktadır (**Böckstiegel/Kröll/Nacimiento**, s. 406,407).

[19] Taraflar, hakem kurulunun tamamlama kararı verebileceğini ayrıca kararlaştırabilirler. Bununla birlikte, taraflar arasında bu yönde bir kararlaştırma yapılmaması halinde, hakemlerce ek karar verilebilmesinin ancak uygulanacak tahkim hukuku kurallarında buna imkân tanınmış olması halinde mümkün olduğu kabul edilmektedir (**Berger/Kellerhals**, s. 532, 533).

talebinin, tamamlanma ihtiyacının ortaya çıkmasından itibaren 30 gün içinde yapılması gerektiğini belirttikten sonra, bu talebin kararın taraflara tebliğinden itibaren bir yıl geçtikten sonra yapılamayacağı kuralını kabul etmiştir (CCP m. 388/2). Kanunun öngördüğü 30 günlük sürenin, CCP m. 386 ile birlikte değerlendirildiğinde taraflardan her birine kararın bildiriminden itibaren veya tarafların mahkemeden kararın bir örneğini aldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağı sonucuna varılmalıdır. Ayrıca, bu şekilde yapılacak olan bir başvurunun, hakem kararına itiraz edilmesini engellemeyeceği de hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, taraflardan biri bu prosedür sırasında yapılan işlemlere itirazda bulunursa, karara karşı başvuru süresinin yeniden işlemeye başlayacağı kabul edilmiştir (CCP m. 388/3). İsviçre hukukunda tamamlama talebi dışında, hakemlerin talebin tamamı hakkında karar vermemiş olması bir iptal sebebi olarak da düzenlenmiştir (PILS m. 190/2-c; CCP 393-c)^[20]. Buna göre, hakem veya hakem kurulu taleplerden biri hakkında karar vermemişse, bu karar aynı zamanda iptal edilebilecektir^[21]. Öğretide, taleplerin tamamı hakkında karar verilmemesi sebebiyle tamamlama talep edilmiş olmasının, aynı zamanda karara karşı iptal talebinde bulunulmasını engellemeyeceği, bu iki talebin birbirine paralel olduğu ifade edilmiştir^[22]. Diğer bir ifadeyle, tarafın hakem veya hakem kurulundan tamamlama talep etmiş olması, talebin tamamı hakkında karar verilmemesi sebebiyle kararın iptalinin talep edilmesine engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, iptal davasının tamamlama kararının tamamlayıcısı olması gerektiği de öğretide ifade edilmiştir^[23]. Bu halde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin hakem kararını bu sebeple iptal etmeden önce, hakem veya hakem kurulunun tamamlama kararı vermesini bekletici sorun yapması gerektiği belirtilmiştir^[24].

[20] **Berger/Kellerhals**, s. 538; **Geisinger, E./ Voser, N.**: International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners (Second Edition), Kluwer Law International 2013, s.243; **Kaufmann-Kohler, G./ Rigozzi, A.**: International Arbitration Law and Practice in Switzerland, Oxford University Press 2015, s. 418; **Kalpsüz, T.**: İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim (Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, 11.4.1997, s. 5-51), s. 42.

[21] **Blessing, M.**: The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism (Jour. Int. Arb. 1998, Vol. 5, pp., 9-82), s. 67,68; **Berger/Kellerhals**, s. 605 vd., 667; **Geisinger/Voser**, s.243; **Kalpsüz-İsviçre Hukuku**, s. 42.

[22] **Berger/Kellerhals**, s. 539.

[23] **Kaufmann-Kohler/Rigozzi**, s. 418.

[24] **Berger/Kellerhals**, s. 539; **Kaufmann-Kohler/Rigozzi**, s. 418, 419.

İngiliz hukukunda ise, kararın tamamlanması 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu m. 57'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, taraflar, hakemler tarafından kararın tamamlanmasını kararlaştırmakta özgürdürler. Eğer taraflar arasında böyle bir anlaşma yapılmamışsa, hakemlerin re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine faiz ve yargılama giderleri de dâhil olmak üzere, hakemler huzurunda ileri sürülmüş olan herhangi bir taleple ilgili olarak tamamlayıcı (ek) karar verebileceği belirtilmiştir^[25]. Taraflar daha uzun bir süre kararlaştırmamışsa, tamamlama talebinin karar tarihinden itibaren 28 gün içinde yapılması gerekir. Hakemler, taraflarca daha uzun bir süre öngörülmemişse, asıl kararın verildiği tarihten itibaren 56 gün içinde tamamlama kararını vermelidir. Ayrıca İngiliz hukukunda, hakemler tarafından meselelerin tamamı hakkında karar verilmemiş olması, yargılamadaki ciddi usulsüzlük başlığı altında düzenlenmiş ve bu halde hakemlerin kararına itiraz edebileceği kabul edilmiştir (1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu m. 68/2-d)^[26].

B. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Türk hukukunda kanun koyucu, taraflara Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (MTK) hakem kararında taleplerin tamamı hakkında karar verilmemiş olması halinde, hakem kararının tamamlanması (HMK m. 437/4; MTK m. 14/B) ve hakem kararının iptal edilmesi (HMK m. 439/2-d; MTK m. 15/A/1-e) olmak üzere iki başvuru yolu tanımıştır^[27].

[25] **Harris, B./Planterose, R./Tecks, J.:** The Arbitration Act 1996: A Commentary, Third Edition, 2003, s. 273,274; **Baptista, L. O.:** Correction and Clarification of Arbitral Awards (ICCA Congress – Rio de Janeiro May 25, 2010), s. 5; **Tweeddale, A./Tweeddale, K.:** Arbitration of Commercial Disputes International and English Law and Practice, Oxford 2010, s. 834, 835.

[26] **Crowter, H.:** Introduction to Arbitration, London 1998, s. 107; **Bernstain, R./Tackaberry, J./Marriot, A. L./Wood, D.:** Handbook of Arbitration Practice, Third Edition, London 1998, s. 252; **Hong-Ling, Y.:** Commercial Arbitration: The Scottish and International perspectives, Dundee University Press, 2011, s. 252; **Han,** s. 436.

[27] Hakem kararında talebin tamamı hakkında karar verilmemiş olması halinde başvurulabilecek yollar HMK ve MTK'da birbirine paralel olarak düzenlendiğinden, tekrardan kaçınmak amacıyla, söz konusu düzenlemelere metinde ayrı ayrı yer verilmeyecek, sadece parantez içinde MTK'nın ilgili maddelerine atıf yapılmakla yetinilecektir. Ancak, MTK'nın HKM'dan ayrıldığı hususlara, dipnotlarda MTK'nın ilgili maddesi belirtilerek yer verilecektir.

a. Tamamlama Talebi

HMK m. 437/4'e göre^[28], "Taraflardan her biri, kararın kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde^[29], karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı^[30] verilmesini isteyebilir"^[31].

Hükümet Gerekçesinde, "yargılama sırasında ileri sürülmüş, fakat hakem kararında değinilmemiş olan konularda, taraflardan birinin talebi üzerine, tamamlayıcı hakem kararı verilebilmesi imkânı, usul ekonomisi ve tahkimde sürati sağlamak için" tanınmıştır ifadesine yer verilmiştir. Bu sayede, hakem kararında eksik kalan talep hakkında tamamlama kararı verilmek suretiyle, eksikliğin giderilmesi mümkün hale gelebilmektedir. Böylece, hakem kararının geçerliliğini sürdürebilmesi sağlanmaktadır.^[32]

Tamamlama kararı verilebilmesi için, süresi içinde tamamlama talep edilmiş olması dışında, şu iki şart aranmaktadır: Tamamlama kararına konu yapılmak istenen talep, tahkim yargılamasında ileri sürülmüş olmasına rağmen hakem kararında karara bağlanmamış olmalı^[33] ve tamamlama imkânı hile yani dürüst olmayan biçimde yeni talep ve iddialara neden olacak şekilde kullanılmamış olmalıdır.^[34]

[28] Mülga HUMK'da buna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı.

[29] Hakem kararının taraflara bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, taraflardan her birinin, hakemlerden tamamlama kararı talep edebileceğine ilişkin hüküm dikkate alındığında, HMK m. 439/4'de öngörülen iptal davası açma süresinin, tamamlama kararı verilen bir durumda, hakem kararının taraflara bildirilmesinden itibaren bir aydan daha uzun bir süre geçtikten sonra iptal davasının açılacağı söylenebilir [**Arslan, R.**: ICC X. Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2012, s. 23-53, s. 37].

[30] Tamamlama kararı, hakem kararını değiştiren bir karar olmamalıdır (**Arslan**, s. 36).

[31] Söz konusu düzenleme MTK m. 14/B'de şu şekilde düzenlenmiştir: "Taraflardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir".

[32] **Kalpsüz**-Milletlerarası Tahkim, s. 123; **Özbay/Korucu**, s. 181, 182, 203; **Akıncı**, s. 259. Benzer bir yaklaşım için bkz., **Dore**, s. 127

[33] **Akıncı**, s. 250.

[34] **Baptista**, s. 5, 6; **Özbay/Korucu**, s. 204, 205.

Hakem kararının tamamlanması, hakem veya hakem kurulundan talep edilir. Söz konusu talep, hakem kararının taraflara bildirilmesinden^[35] itibaren bir ay^[36] içinde yapılmalıdır^[37]. Hakem veya hakem kurulu, tamamlama talebini haklı bulursa, söz konusu eksikliği bir ay içinde tamamlayarak, tamamlayıcı hakem kararını vermelidir (HMK m. 437/4)^[38]. Ancak hakem veya hakem kurulu gerekli görürse, bu süreyi, en fazla bir ay daha uzatabilir (HMK m. 437/4)^[39]. Dolayısıyla hakem veya hakem kurulunun talep üzerine, karardaki eksikliği gidermek için sahip olduğu süre, uzatma süresi de dâhil olmak en fazla iki aydır. Bu süre sonunda hakem veya hakem kurulunun vereceği tamamlama kararı, hakem kararının bir parçasını oluşturur (HMK m. 437/5; MTK m. 15/B).

b. İptal Talebi

Hakem kararında talebin tamamı hakkında karar verilmemiş olması, aynı zamanda bir iptal sebebi olarak da düzenlenmiştir. HMK m. 439/2-d'e göre, hakem veya hakem kurulu, talebin tamamı hakkında karar vermemişse, bu sebebe dayanılarak kararın iptali talep edilebilir. MTK m. 15/A/1-e'de de bu durum aynı şekilde bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir.

Taraflar, tahkim sözleşmesine uygun olarak aralarında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü için hakem veya hakem kuruluna başvurduklarında, hakem veya

[35] Hükümün öngördüğü bildirimlerin ne şekilde yapılacağı, yine HMK m. 438'e göre belirlenecek; taraflar kendi aralarında tahkim yargılamasında bildirimlerin nasıl yapılacağını kararlaştırmamışlarsa, bildirimler, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır.

[36] MTK m. 14/B'ye göre, tamamlama talebi, hakem kararının bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde yapılmalıdır.

[37] Öğretide, tamamlama talebiyle ilgili karşı tarafın bilgilendirilmesinin mutlaka tamamlama talebinin hakem veya hakem kuruluna bildirilmesinden önce yapılmasının şart olmadığını belirten bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, buradaki amaç, hakem veya hakem kurulunun tamamlama talebiyle ilgili nasıl davranması gerektiğini belirlerken (yani tamamlama talebiyle ilgili karar verilmesi gerekip gerekmediğiyle ilgili karar vermesinden önce), karşı tarafın da dinlenmesini sağlamaktır. Bu nedenle, karşı tarafa tamamlama talebiyle ilgili bilgi verilmesinin mutlaka tamamlama talebinde bulunan tarafça yapılmış olmasına da gerek yoktur (Umar, s. 1241). Bununla birlikte kanunun aradığı karşı tarafa bildirim yükümlülüğü talepte bulunan tarafça veya hakem/hakem kurulu tarafından yerine getirilmeden, hakem veya hakem kurulu, tamamlama talebiyle ilgili tamamlama kararı verirse, bu karara karşı, hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilen taraf, tamamlama kararının kendisine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, hakem kararına karşı iptal talebinde bulunabilir.

[38] MTK m. 14/B'ye göre, hakem veya hakem kurulunun tamamlama talebini haklı bulması halinde, tamamlayıcı hakem kararını 60 gün içinde vereceği düzenlenmiştir.

[39] MTK m. 14/B'de hakemlere tamamlama süresini uzatma imkânı tanınmamıştır.

hakem kurulunun kendi taleplerini de dikkate alarak uyumsuzluğu tam ve eksiksiz olarak gidermesini beklerler. Tarafların bu beklentisi, onların tahkim sözleşmesi yapmasındaki amacı oluşturur. Bu aynı zamanda tahkimin bir yargılama olması- nın da sonucudur. Buna göre, mademki burada da bir yargılama faaliyeti yerine getirilmekte, tahkim yargılamasında görev alan hakem veya hakem kurulu da tıpkı devlet yargılamasında olduğu gibi, tarafların tüm iddia ve karşı iddiaları ile bunlarla alakalı olan talepleri hakkında karar vererek tahkim yargılamasını sona erdirmelidir. Bu bakımdan, hakem veya hakem kurulu, tarafların taleplerinin tamamı hakkında yargılama sonunda karar vermemişse, hakem veya hakem kurulunun, taraflar arasındaki uyumsuzluğu tamamen giderdiğinden de söz edilemez^[40]. Bu nedenledir ki, kanun koyucu, bu durumu ayrıca bir iptal sebebi olarak da kabul etmiştir.

Bununla birlikte, mülga HUMK döneminde, hakemlerin karara bağlamadığı talepler, tahkim sözleşmesinin kapsamına girmiyorsa veya çözümlenen kısımlardan bu taleplerin de belirli yönde çözümlendiği anlaşılıyorsa, bu durumun, bir bozma nedeni oluşturmayacağı, öğretide, ifade edilmişti^[41]. Burada, sonuca varılırken kanımızca, zımnî tahkim sözleşmesi yapılabilmesi olasılığının gözönünde bulundurulması gerekir^[42]. Buna göre, hakem veya hakem kurulu tarafından, taraflarca talep edilen ve fakat tahkim sözleşmesinin kapsamına girmeyen talebe ilişkin, karşı taraf, süresi içinde (cevap dilekçesinde veya derhal) bir itiraz ileri sürmüş (HMK m. 422/2, 422/3; MTK m. 7/H)^[43] ve hakem veya hakem kurulu bu itirazı haklı bularak, bu talebi incelemeye yetkili olmadığına karar vermişse, bu durumda, hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yargı yetkisiyle ilgili yanlış karar verdiği sebebine dayanılarak iptal talebinde

[40] “Tahkim; “Tarafların kanunun yasaklamadığı konularda ortaya çıkan anlaşmazlıklarını çözmeleri için, ihtilafı seçecekleri hakem denen özel kişilere götürmek üzere yaptıkları yazılı sözleşme veya asıl sözleşmeye, bu hususta koyacakları şarttır”. Bu tanım uyarınca, tarafların tahkim sözleşmesi yapmalarındaki amaçlarının, uyumsuzluğa düştükleri hak üzerindeki çekişmeyi hakemlere halletirmek olduğu açıktır. Bunun içindir ki, hakemlerin iki tarafın taleplerinden her biri hakkında karar vermek zorunda oldukları kabul edilmiştir” (Y. 15. HD, 25.01.1996, E. 1996/84, K. 1996/364, Legalbank).

[41] **Karafakih**, s. 6; **Alangoya**, s. 211; **Özbay**, s. 219.

[42] Akıncı, benzer bir yaklaşımı, görev belgesi üzerinden şu şekilde ifade etmiştir: “Görev belgesinde hakemlerin tarafların hakkında karar verilmesi gereken istemlerini yazmalıdır. Dolayısıyla tarafların görev belgesi aşamasında duruma müdahale etme ve istemlerinin tamamını görev belgesine yazdırma imkânları bulunmaktadır. Tarafların bu tutumu, istemlerin tamamı hakkında karar verilmemesi nedeniyle hakem kararının iptalini engelleyebilir” (**Akıncı**, s. 303).

[43] Gecikmenin haklı sebebe dayanıyor olması halî ayrıktır. Bkz., HMK m. 422/4; MTK m. 7/H.

bulunulabilir (HMK m. 439/2-ç; MTK m. 15/A/1-d). Zira bu halde, hakem veya hakem kurulunun yargı yetkisine giren bir talep söz konusu değildir. Oysa burada incelenen iptal sebebi, hakem veya hakem kurulunun yargı yetkisine giren bir talebin, hakem veya hakem kurulu tarafından karara bağlanmamış olmasıdır. Bununla birlikte, taraflardan biri, tahkim sözleşmesi kapsamına girmeyen bir talepte bulunmuş ve karşı taraf da süresi içinde, hakem veya hakem kurulunun yargı yetkisine itiraz etmemişse, bu halde, artık taraflar arasında zımnî tahkim sözleşmesi kurulduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Bu durumda, hakem veya hakem kurulu, söz konusu taleple ilgili, karar vermemişse, ilgili taraf, bu karara karşı, taleplerin tamamı hakkında karar verilmediği sebebiyle, iptal talebinde bulunabilir^[44].

Talebi hakkında tamamen veya kısmen karar verilmemiş olan tarafın, tahkim sözleşmesine uygun bir hüküm elde edebilmesi için, hakem kararının iptal ettirilmesini talep hakkı bulunmaktadır^[45]. Taleplerin tamamı hakkında karar verilmediği sebebine dayanılarak (HMK m. 439/2-d; MTK m. 15/A/1-e) kararın iptali, tahkim yerindeki mahkemeden talep edilir (HMK m. 439/1; MTK m. 15).

Hakem kararının iptali talebi, bir ay içinde yapılmalıdır (HMK m. 439/4)^[46]. Bir aylık sürenin hesaplanması bakımından kanun koyucu, HMK m. 439/4'de "hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye" başlayacağını hükme bağlamıştır (karş. MTK m. 15/A). Buna göre, taraflardan biri, usulüne uygun olarak süresi içinde tamamlama talebinde bulunur ve hakem veya hakem kurulu da bu talebi uygun görüp süresi içinde tamamlama kararı verir; bu kararın taraflara bildiriminden itibaren, karara karşı, kanunun öngördüğü iptal talep etme süresi işlemeye başlar^[47]. Kanun koyucu, iptal süresinin işlemeye başlayacağı an bakımından iptal sebepleri arasında herhangi bir ayırım yapmadığı için, bu durum tüm iptal sebepleri bakımından geçerlidir (HMK m. 439/4; MTK m. 15/A). Kendisinden tamamlama talebinde bulunan hakem veya hakem kurulu, bu talebi haklı

[44] Talebin tamamı hakkında karar verilmemiş olması yani, birden fazla talepten bazıları hakkında karar verilmemiş olması sebebiyle, iptal talebinde bulunulduğunda, mahkeme, talebi haklı bulursa, kararı kısmen iptal edecektir. Yani, karar, kararda hükme bağlanmamış talep bakımından hüküm verilebilmek üzere iptal edilecektir (Umar, s. 1249).

[45] Karafakih, s. 6; Akıncı, s. 302; Kuru, s. 6101; Dayınlarlı, s. 796. Benzer bir yaklaşım için bkz., Vural, G.: Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları (ABD 1967/1, s. 29-40), s. 33; Geisinger/Voser, s. 243.

[46] MTK m. 15/A'ya göre, iptal davası, 30 gün içinde açılabilir.

[47] Arslan, s. 37.

bulmazsa (HMK m. 437/4; MTK m. 14/B), talebi reddedeceği için, bu ret kararının taraflara bildirilmesinden itibaren bir ay içinde taraflar, karara karşı iptal talebinde bulunmalıdır^[48].

2. Hakem Kararının Tamamlanması Talebinde Bulunma İmkânı Varken Bu Sebebe Dayanılarak İptal Talebinde Bulunulup Bulunulamayacağı

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda, taleplerin tamamı hakkında karar verilmemesi sebebiyle, ilgili tarafın hakem veya hakem kurulundan tamamlama talep etme hakkı (HMK m. 437/4; MTK m. 14/B) ve mahkemeden iptal talebinde bulunma hakkı (HMK m. 439/2-d; MTK m. 15/A/1-e) vardır. Bu düzenlemeler karşısında cevaplanması gereken husus, ilgili tarafın tamamlama talep etme hakkı varken, bunu talep etmeyerek, mahkemeden kararın iptalini talep etmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Kanundaki bu düzenlemeyle, kanun koyucunun ilgili tarafa, kararın tamamlanmasını veya iptal ettirilmesini talep etme bakımından bir seçim hakkı tanıdığından söz edilebilir. Bununla birlikte, kanımızca, burada kanun koyucunun, tamamlama imkânı sunmaktaki amacından hareket ederek sonuca varılması uygun olur. Buna göre, tamamlama kararının düzenlendiği maddenin gerekçesinde, açık bir şekilde, bu imkânın, “usul ekonomisi ve tahkimde sürati sağlamak” için getirildiği belirtmiştir (HMK m. 437). Usul ekonomisi ilkesi

[48] Nitekim Yargıtay da hakem kararının tavzihine ilişkin verdiği bir kararda bu görüşümüze benzer yönde karar vermiştir: “HMK’nın 439. m. uyarınca hakem kararlarına karşı iptal davasının 1 aylık hak düşürücü süre içerisinde açılacağı, bu sürenin hakem kararının veya tavzih- düzeltme yada tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı, sürenin re’sen dikkate alınması gerektiği, davacının dava açmadan önce talepleri ile ilgili olarak hakem heyetinden tavzih talebinde bulunduğu ancak, hakem heyeti tarafından usulüne uygun bir karar verilmediği, hakemlerden ... tarafından e-mail yolu ile verilen cevabın tavzih talebinin değerlendirilmesi olarak kabul edilemeyeceği, bu sebeple öncelikle davacının tavzih talebinin hakem heyetince usulüne uygun olarak değerlendirilip, karara bağlandıktan sonra kararın davacıya tebliğ edilmesi, tebliğden itibaren de 1 aylık hak düşürücü süre içerisinde dava yoluna gidilmesi gerektiği halde davacının tavzih talebinin hakem heyetince usulüne uygun olarak karara bağlanıp, kararın tebliği yapılmadan aynı konuda iptal davası açıldığı, bu aşamada iptal davasının görülmesinin söz konusu olamayacağı gerekçesiyle, erken açılan davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, oybirliğiyle karar verildi” (Y. 11. HD, 18.10.2016, E. 2016/11166, K. 2016/8221, Kazancı).

ve tahkimde sürat amacı dikkate alındığında, bu düzenlemeyle, hakem kararında eksik kalan talep hakkında tamamlama kararı verilmek suretiyle, eksikliğin giderilerek onun bu sebeple iptal edilmesinin önüne geçilmek istendiği anlaşılmaktadır^[49]. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu, söz konusu düzenleme ile taraflara bu yönde bir seçim hakkı vermektен ziyade, karardaki eksiklik sebebiyle kararın iptali sonucunu bertaraf etmek suretiyle eksikliğin tamamlanmasını ve kararın hukuki varlığını devam ettirmesini istemiştir. Taraflara, bu imkân tanınmamış olsaydı, ilgili tarafın, talebin tamamı hakkında karar verilmediği sebebiyle (HMK m. 439/2-d; MTK m. 15/A/1-e), kararın iptalini talep etmekten başka başvurabileceği bir yol kalmayacaktı. Bu durum ise, hem usul ekonomisine hem de tahkim yargılamasında hızlılığın gerçekleştirilmesine engel olacaktı. Çünkü, karar bu sebeple iptal edildiğinde, tarafların tahkim sözleşmesinde aksini kararlaştırmamış olmaları halinde, tahkim sözleşmesiyle bağlılığı devam edeceği için (HMK m. 439/7; MTK m. 15/A/son fıkra), eksik kalan talep için, taraflar, ya yeniden aynı veya başka bir hakem veya hakem kuruluna başvurmak suretiyle tahkim sürecini yeniden başlatacaklardı ya da aksini kararlaştırdıkları için, taraflardan birinin (ki genellikle, talebi hakkında karar verilmemiş olan tarafın) devlet mahkemesine başvurarak talebini hüküm altına aldırması gerekecekti. Bu ise, tarafların fazladan masraf yapmasına ve zaman kaybetmesine sebep olacağı için, bir yandan usul ekonomisine diğer yandan da tahkimden beklenen hızlılığa aykırı olacaktı. Dolayısıyla, usul ekonomisi ilkesi ve tahkimde hızlılığın sağlanması dikkate alındığında, hakem kararında talebin tamamı hakkında karar verilmemesi durumu gerçekleştiğinde, ilgili tarafın, hakem kararının tamamlanmasını veya iptalini talep etme bakımından bir seçim hakkına sahip olmadığı kabul edilmesi gerekir. Buna göre, kanun koyucunun bu durum için iki başvuru imkânı öngörmesindeki amacın, öncelikli olarak ilgili tarafın, hakem veya hakem kurulundan hakem kararının tamamlanmasını talep etmesini istemiş olduğu; tamamlama talebine rağmen, söz konusu eksiklik giderilmemişse, hakem kararının iptalini talep etmesini beklediği şeklinde anlaşılması uygun olacaktır.

Öte yandan, her dava, davacının ihtiyacı olan ve yargılama sonunda verilecek kararla karşılanacak bir hukuki korumanın elde edilmesi için açılır^[50].

[49] Hakem kararının tamamlanması yoluyla, hakem kararında unutulmuş veya eksik bırakılan konuların giderilmesi imkânı verilmiştir. Bu yolla, hakem kararının ayakta tutulması için, taraflara bir fırsat tanınmaktadır (**Kalpsüz-Milletlerarası Tahkim**, s. 123; **Özbay/Korucu**, s. 203). Benzer bir yaklaşım için bkz., **Akıncı**, s. 259; **Dore**, s. 127.

[50] **Hanağası, E.:** Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 127. Benzer yönde bkz., **Kuru, B.:** Dava Şartları (Makaleler İstanbul 2006, s. 147-188), s. 177; **Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S.:** Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2016, s. 281; **Tanrıver, S.:** Medeni

Bu bağlamda, davacının dava hakkına sahip olması tek başına yeterli olmayıp, o davayı açmakta hukuki menfaatinin de bulunması gerekir^[51]. Hukuki menfaat ile tarafın, hâlihazırda dava açmakta hukuken korunmaya değer bir yararının bulunması ifade edilmektedir^[52]. Yani, taraf, hakkına kavuşmak için mahkemenin vereceği karara muhtaç olmalıdır^[53]. Dolayısıyla, ilgili taraf, mahkemeye başvurmadan başka bir yol ile de hakkına aynı güvenle kavuşabilecek ise, artık, onun dava açmakta hukuki menfaatinin bulunmadığı kabul edilir^[54]. Bu noktadan konuya yaklaşıldığında, ilgili tarafın kararın iptaliyle elde etmek istediği menfaat, talebinin karara bağlanmaması nedeniyle kararın iptalini sağlamak yoluyla kararın tamamlanmasıysa, zaten kanun m. 437/4'de ona bu imkânı sunmuştur. Dolayısıyla, bu kişinin tamamlama talebinde bulunmak yerine iptal talebinde bulunmasında bu anlamda bir hukuki menfaatten söz edilemez. Ancak bu halde, şu hususa dikkat edilmesi gerekir: Tamamlama kararıyla giderilemeyecek bir eksiklik söz konusuysa, elbette ki, ilgili tarafın kararın tamamlanması yerine iptalini talep etmekte hukuki menfaati vardır.

Ayrıca, tamamlama kararıyla, hakem kararındaki eksiklik giderilebilecek olmasına rağmen, taraf, kararın tamamlanmasını talep etmek yerine, kararın iptalini talep etmişse, bu durumun, TMK m. 2 ve HMK m. 409 ve m. 29'da düzenlenen dürüstlük kuralıyla (ve bu bağlamda hakkın kötüye kullanılma yasağıyla) da bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Zira, menfaat kavramı, kimi zaman dürüstlük kuralının davada uygulanmasına hizmet etmekte ve davada hileli (dürüst olmayan) davranışlara karşı koyabilmenin bir aracı olarak görülmektedir^[55]. Dolayısıyla, talebinin tamamı hakkında karar verilmemesi sebebiyle iptal talebinde bulunan taraf, bir de hakkında aleyhe hüküm verilen tarafsa, iptal talebi yine biraz önce belirttiğimiz dürüstlük kuralına (ve bu bağlamda hakkın kötüye kullanılma yasağına) aykırılık oluşturabilir. Bu halde, ilgili taraf, tamamlama talebinde bulunma imkânına sahipken, buna başvurmayarak, sırf aleyhe olan hükmün iptalini, talebin tamamı hakkında karar verilmediği sebebi altında iptal ettirebilme olanağına kavuşmuş olur. Bu durum ise, dürüstlük

Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2016, s. 455; **Pekcanitez, H.:** Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 946.

[51] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 281.

[52] **Kuru-Dava Şartları**, s. 177; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 281; **Tanrıver**, s. 455.

[53] **Kuru-Dava Şartları**, s. 177; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 281; **Tanrıver**, s. 455.

[54] **Kuru-Dava Şartları**, s. 179; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 282; **Tanrıver**, s. 456; **Pekcanitez-Pekcanitez Usûl**, s. 948.

[55] **Arslan, R.:** Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 67; **Hanağası**, s. 33, 34. Benzer yönde bkz., **Tanrıver**, s. 455.

kuralıyla (ve hakkın kötüye kullanılma yasağıyla) bağdaşmaz. Bunun dışında, iptal talebinde bulunan taraf, aleyhine karar verilmiş olan taraf olmasa bile, bu sebebe dayanılarak iptal talebinde bulunduğunda ayrıca bir değerlendirme yapılması uygun olur. Buna göre, ilgili tarafın amacı, kararın tamamlanması olmuş olsaydı, dürüst bir insandan beklenen şekilde, kararın tamamlanmasını talep etmesi beklenirdi. Bu halde, hukuki menfaat işlerlik kazanarak, iptal talebinde bulunan kişinin talebinin, mahkeme tarafından reddedilmesi gerekir^[56]. Bu durumda, hukuki menfaat, dürüstlük kuralının bir aracı haline gelmekte ve bu sebeple davanın reddi aynı zamanda davacının dürüstlük kuralına aykırı davranışının bir yaptırımını oluşturmaktadır^[57].

Dolayısıyla, talebinin tamamı hakkında karar verilmeyen tarafın, öncelikli olarak, hakem kararının tamamlanmasını talep etmesi, buradan bir sonuç elde edemezse, iptal talebinde bulunması gerekir. Buna göre, taraf, hakem kararının tamamlanması için talepte bulunmuş, ancak yine bu eksiklik hakem veya hakem kurulunun vereceği tamamlama kararında giderilmemişse, bu tamamlama kararına karşı, tarafın talebin tamamı hakkında karar verilmediği sebebine dayanarak, iptal talebinde bulunulmalıdır^[58] (HMK m. 439/4; MTK m. 15/A).

Taraflardan birinin hakem veya hakem kurulundan tamamlama talebinde bulunması halinde, iptal davası açma süresi, tüm iptal sebepleri bakımından işlemeye başlamaz. Zira kanunda, iptal süresinin işlemeye başlayacağı an bakımından herhangi bir ayırım yapılmadan, iptal süresinin tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı hüküm altına alınmıştır (HMK m. 439/4; MTK m. 15/A). Bunun gibi, HMK m. 437/5'de, tamamlama kararının, hakem kararının bir parçasını oluşturduğu belirtilmiştir (karş., MTK m. 14/B). Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, taraflardan biri, usulüne uygun olarak süresi içinde tamamlama talebinde bulunur ve hakem veya hakem kurulu da bu talebi uygun görüp süresi içinde tamamlama kararı verir; bu kararın taraflara bildiriminden itibaren, hakem kararına karşı, kanunun öngördüğü iptal süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, kendisinden tamamlama talebinde bulunulan hakem veya hakem kurulu, bu talebi haklı bulmazsa (HMK m. 437/4; MTK m. 14/B), talebi reddedeceği için, bu ret kararının taraflara bildirilmesinden

[56] Dava ile elde edilecek korunmaya değer bir menfaatin olmaması, aynı zamanda, dava hakkının kötüye kullanılmasına da bir emare teşkil edebilir (**Arslan-Dürüstlük Kuralı**, s. 70; **Hanağası**, s. 35).

[57] Devlet yargısı bakımından benzer yönde bkz., **Hanağası**, s. 35, 36.

[58] **Özbay/Korucu**, s. 206.

itibaren bir ay içinde^[59], talebin tamamı hakkında karar verilmediği sebebi de dâhil olmak üzere, karara karşı iptal talebinde bulunulmalıdır^[60].

Talebin tamamı hakkında karar verilmemesi halinde, başvuru yolu ve bununla bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek sonuçların çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre:

Talebinin tamamı hakkında karar verilmeyen taraf, hakem veya hakem kuruluna başvurarak tamamlama talep etmiş olmasına rağmen, buradan gelecek sonucu beklemeden, bu sebebe dayanarak ayrıca iptal talebinde de bulunmuş olabilir. Burada, tamamlama talebinde bulunan taraf, yukarıda açıkladığımız üzere, iptal yoluyla elde etmek istediği menfaate, tamamlama yoluyla ulaşabilecektir. Dolayısıyla bu ihtimalde, tamamlama talep eden tarafın, bu iptal sebebine dayanarak iptal talebinde bulunmasında hukuki menfaatinin bulunmadığının tespiti üzerine, açılan iptal davası dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilmelidir.

Hakem kararının verilmesinden sonra, taraflardan biri talebin tamamı hakkında karar verilmediği sebebiyle süresi içinde, hakem veya hakem kurulundan tamamlama talep etmiş olmasına rağmen, karşı taraf da, karara karşı, sadece bu sebebe dayanarak veya bu sebeple birlikte diğer bir iptal sebebine de dayanarak iptal talebinde bulunmuş olabilir. Kanımızca her iki ihtimal bakımından da mahkeme, hakem veya hakem kurulunun tamamlama kararını bekletici sorun yaparak bir sonucu varmalıdır (HMK m. 165)^[61]. Zira, hakem veya hakem kurulunun vereceği kararın doğrudan iptal davasında verilecek karar üzerinde etkili olduğu ve tamamlama kararının hakem kararının bir parçasını oluşturduğu dikkate alındığında, mahkeme tarafından tamamlama kararının beklenmesi uygun olur. Davanın reddi yerine, bu yönde varılacak bir çözümün usul ekonomisi ilkesine ve bu bağlamda tarafların haklarının korunmasına da yardımcı olacağı kanısındayız. Birinci ihtimalde, bekleme süresinin sonunda söz konusu eksiklik süresi içinde tamamlama kararıyla giderilmişse, artık ortada iptal sebebi kalmayacağı (kararın iptali gerekmeyeceği) için, iptal davası konusuz

[59] MTK m. 15/A'ya göre, bu süre 30 gündür.

[60] Nitekim Yargıtay, hakem kurulundan hakem kararının tanzihinin talep edilmesi halinde, iptal süresinin ne zaman işlemeye başlayacağına ilişkin olarak aynı yönde karar vermiştir (Y. 11. HD, 18.10.2016, E. 2016/11166, K. 2016/8221, Kazancı).

[61] Mahkemenin kararı kısmen iptal etmesi halinde, taraflar, tahkim sözleşmesinde aksini kararlaştırmamışsa, yeniden hakemleri ve tahkim süresini belirleyerek, karar verilmeyen kısım hakkında hakeme başvurmaları mümkündür (HMK m. 439/7). Ancak böyle bir çözüm, tarafların yeniden masraf yapıp hakemlerce karar verilinceye kadar zaman kaybetmeleri anlamına geleceği için, usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmaz. Dolayısıyla bunun yerine, iptal davasını gören mahkemenin hakem kararının tamamlanmasını bekletici sorun yapması usul ekonomisi ilkesine uygun olur (HMK m. 30 ve 437'nin Gereği).

kalır ve dava mahkeme tarafından reddedilir. İkinci ihtimal ise yani talebin tamamı hakkında karar verilmediği sebebiyle birlikte başka bir iptal sebebine de dayanarak iptal talebinde bulunması halinde ise, bekleme süresi sonunda, tamamlama kararı verilmemişse, mahkeme iptal davasını talebin tamamı hakkında karar verilmediği sebebi de dâhil olmak üzere diğer iptal sebepleriyle birlikte; tamamlama kararı verilmişse, diğer iptal sebepleri bakımından davayı inceleyip karara bağlamalıdır. Her iki ihtimalde de, mahkemenin beklemesi gereken toplam süre, iki aydır. Çünkü, HMK m. 437/4'de^[62], hakem veya hakem kurulunun tamamlama talebini haklı bulması halinde, tamamlayıcı hakem kararını bir ay içinde vermesi gerektiği; icap ederse, bu sürenin hakem veya hakem kurulu tarafından en fazla bir ay daha uzatılabileceği hüküm altına alınmıştır^[63]. Dolayısıyla, mahkemenin beklemesi gereken süre, uzatma da dâhil olmak üzere en fazla iki aydır.

İptal davasını gören mahkemenin, tamamlama kararını bekletici sorun yapmasından sonra, hakem veya hakem kurulu, tamamlayıcı hakem kararını verirse veya süresi içinde söz konusu kararı vermekte başarısız olursa yahut tamamlama talebini reddederse, karardan memnun olmayan tarafın (bu ihtimalde tamamlama talebinde bulunan tarafın), kanunun kendisine tanıdığı hakkı kullanarak talebin tamamı hakkında karar verilmediği sebebiyle, iptal talebinde bulunması mümkün hale gelir (HMK m. 439/4; MTK m. 15/A). Ancak bu halde de iki ihtimal ile karşılaşılabilmesi mümkündür. Bunlardan birincisi, ilgili tarafın, tamamlayıcı karara veya hakem veya hakem kurulunca tamamlama talebinin reddi kararına karşı, talebin tamamı hakkında karar verilmediği sebebine dayanarak süresi içinde tahkim yerindeki mahkemede ayrı bir iptal davası açmasıdır. Bu durumda ikinci davanın açıldığı mahkeme^[64], talep üzerine veya re'sen iki iptal davası^[65] arasında bağlantı^[66] bulunduğu kanısına varırsa, davaların

[62] MTK m. 14/B'ye göre, "hakem veya hakem kurulu, istemi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını altmış gün içinde verir". Bu düzenleme gereğince, milletlerarası tahkimde, hakem veya hakem kurulunun tamamlayıcı hakem kararını 60 gün içinde vermesi gerekir.

[63] Milletlerarası tahkimde, hakem veya hakem kuruluna tamamlayıcı hakem kararının verilmesi için öngörülen 60 günlük süreyi uzatma imkânı tanınmamıştır.

[64] Burada ikinci iptal davasının da tahkim yerindeki mahkemede, açılmış olması ihtimalinden hareket edilmiştir.

[65] İki iptal davasında taraflar ve dava konusu aynı olmakla birlikte, her iki davanın sebebi farklılık göstereceği için, açılan ikinci davada, derdestlik durumu ortaya çıkmayacaktır. Zira bu halde davanın sebebi, hakem veya hakem kurulunun tamamlama talebine rağmen eksikliği giderememiş olması veya tamamlama talebini reddetmiş olmasıdır.

[66] Bağlantı ile kastedilen, davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğmuş olması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olmasıdır (**Arslan/**

birleştirilmesine^[67] karar verir ve her iki dava da ilk davanın açıldığı mahkeme tarafından görülüp karara bağlanır^[68] (HMK m. 166)^[69]. Karşılaşılabilecek ikinci ihtimal ise, tamamlama talebinde bulunan tarafın, tamamlama kararının verilmesinden veya bu talebin hakem veya hakem kurulunca reddedilmesinden sonra, talebin tamamı hakkında karar verilmediği sebebine dayanarak tamamlama tarihinde açılan iptal davasında bu hususu, ileri sürmesidir. Görülmekte olan iptal davasında talebin tamamı hakkında karar verilmediği sebebinin ileri sürülmesi ve bunun da yargılamaya dâhil edilmeye çalışılması halinde, bunun dava sırasında ortaya çıkan yeni bir vakıa olması nedeniyle^[70], mahkeme söz konusu talebi de inceleyerek iptal davasında kararını vermelidir.

III. Sonuç

Talebin tamamı hakkında karar verilmemesi halinde, Türk hukukunda, taraflara başvuru yolu olarak hakem veya hakem kurulundan talebin tamamlanması (HMK m. 437/4; MTK m. 14/B) ve mahkemeden iptal talebinde bulunulması (HMK m. 439/2- d; MTK m. 15/A/1-e) haklarının tanınmış olması, söz konusu düzenlemeler ile taraflara bir seçim hak tanındığı şeklinde yanlış anlaşılmaya yol açabilecek niteliktedir. Ayrıca bu düzenlemeler çerçevesinde, hakem kararına karşı iptal davası açmakta hukuki menfaatin bulunup

Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 493).

- [67] Davaların birleştirilmesi, “aynı düzey ve aynı sıfattaki hukuk mahkemelerinde (ayrı ayrı) açılmış ve görülmekte bulunan (derdest) davaların, aralarında bağlantı bulunması halinde, birleştirilerek aynı dava dosyası üzerinden birlikte görülmeleri”dir (**Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 492).
- [68] Davaların birleştirilebilmesi için, birleştirme yapılacak davaları gören mahkemelerin aynı düzey ve sıfatta olması gerekmektedir. Bu anlamda, aynı düzeyden anlaşılması gereken, aynı derecedeki mahkemeler olup olmadığı; aynı sıfattan anlaşılması gereken ise, davanın aynı görevli mahkemenin görevinde olup olmadığıdır (**Özekes, M.:** Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, C. II, İstanbul 2017, s. 1434). Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda birleştirmenin mümkün olup olmadığıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., **Özekes-** Pekcanitez Usûl, s. 1435, 1436.
- [69] Ayrı ayrı açılan davaların, tahkim yerindeki aynı mahkemede açılması durumunda, davanın her aşamasında, ikinci davanın açıldığı mahkeme tarafından talep üzerine veya re’sen birleştirilmesine karar verilebilir (HMK m. 166/1).
- [70] Dava açılmasından ve cevaba cevap dilekçesinin verilmesinden sonra ortaya çıkan ve dava sebebi olarak gösterilen vakıalarla ilgili olan vakıaların veya cevap ve ikinci cevap dilekçesinin verilmesinden sonra doğan savunma sebeplerinin ileri sürülmesi, iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağın kapsamında sayılmamalıdır (**Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 342, 349; **Pekcanitez-**Pekcanitez Usûl, s. 1257; **Tanrıver**, s. 680, 685).

bulunmadığı tartışmalarının da gündeme gelmesi ve yukarıda açıkladığımız ihtimallerle de karşılaşılması mümkündür.

Hukuki açıdan ortaya çıkabilecek bu ve benzeri tartışmaların giderilebilmesi için, kanunda gelecekte yapılabilecek herhangi bir değişiklikte bu hususa açıklık getirilmelidir. Bu bakımdan, UNCITRAL Model Kanun'daki çözümü esas alan bir değişiklik yapılmasının uygun olacağı kanısındayız. Buna göre, HMK m. 437/4'deki, tamamlama talep etme hakkına ilişkin düzenleme kanunda muhafaza edilerek, talebin tamamı hakkında karar verilmemiş olması sebebi, bir iptal sebebi olmaktan çıkartılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Z.:** Milletlerarası Tahkim, 4. B., İstanbul 2016
- Alangoya, Y.:** Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973
- Albayrak, H.:** Tahkimde Kanun Yolları, (Terazi HD 2008/18, s.59-88)
- Arslan, R.:** ICC X. Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2012
- Arslan, R.:** Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989 (Arslan, Dürüstlük Kuralı)
- Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S.:** Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2016
- Balçı, M.:** İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999
- Baptista, L. O.:** Correction and Clarification of Arbitral Awards (ICCA Congress – Rio de Janeiro May 25, 2010)
- Berger, B./ Kellerhals, F.:** International and Domestic Arbitration in Switzerland, Third Edition 2015
- Bernstain, R./Tackaberry, J./Marriot, A. L./Wood, D.:** Handbook of Arbitration Practice, Third Edition, London 1998
- Bilge, N./ Önen, E.:** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. B., Ankara 1978
- Blessing, M.:** The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism (Jour. Int. Arb., Vol. 5, No. 1, 1988, pp., 9-82)
- Böckstiegel, K. H./ Kröll, M./ Nacimiento, P.:** Arbitration in Germany: The Model Law in Practice (Second Edition), Kluwer Law International 2015
- Crowter, H.:** Introduction to Arbitration, London 1998
- Dayınlarlı, K.:** Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri (Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1986, s. 775-812)
- Dore, I. I.:** Arbitration and Conciliation Under the UNCITRAL Rules: A Textual Analysis, Boston 1986
- Ertekin, E./ Karataş, İ.:** Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Ankara 1997
- Geisinger, E./ Voser, N.:** International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners (Second Edition), Kluwer Law International 2013

Han, P.: Challenging Arbitral Awards: A Comparative Study of Chinese Law, British Law and UNCITRAL Model Law (Frontiers of Law in China 2011, 6/3, pp.418-446)

Hanağası, E.: Davada Menfaat, Ankara 2009

Harris, B./Planterose, R./Tecks, J.: The Arbitration Act 1996: A Commentary, Third Edition, 2003

Hong-Ling, Y.: Commercial Arbitration: The Scottish and International perspectives, Dundee University Press, 2011

Kalpsüz, T.: Türk Hakem Kararı Kavramı (Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983)

Kalpsüz, T.: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010 (Kalpsüz, Milletlerarası Tahkim)

Kalpsüz, T.: Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri (BATİDER 1997/1, s. 3-41) (Kalpsüz, Hakem Kararlarının Temyizi)

Kalpsüz, T.: İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim, (Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, 11.4.1997, s. 5-51) (Kalpsüz, İsviçre Hukuku)

Karafakih, İ. H.: Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu (ABD 1951/7, s. 2-9)

Kaufmann-Kohler, G./ Rigozzi, A.: International Arbitration Law and Practice in Switzerland, Oxford University Press 2015

Kirby, J.: Finality and Arbitral Rules: Saying An Award Is Final Does Not Necessarily Make It So (Jour. Int. Arb., Vol. 29, 2012, pp., 119-128)

Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. B., C., VI, İstanbul 2001

Kuru, B.: Dava Şartları (Makaleler İstanbul 2006, s. 147-188) (Kuru, Dava Şartları)

Moses, M. L.: The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Second Edition, 2012

Özbay, İ.: Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004

Özbay, İ./Korucu, Y.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407-444, Ankara 2016

Özekes, M.: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003

Özekes, M.: Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017
(Özekes, Pekcanitez Usûl)

Pekcanitez, H.: Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017

Pekcanitez, H. /Yeşilirmak, A.: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017

Sarısözen, M. S.: Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, İstanbul 2005

Tanrıver, S.: Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2016

Tweeddale, A./Tweeddale, K.: Arbitration of Commercial Disputes International and English Law and Practice, Oxford 2010

Umar, B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014

Üstündağ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000

Vural, G.: Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları (ABD 1967/1, s. 29-40)

Yeğengil, R.: Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974

Yeşilirmak, A.: Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011

