

YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi e-posta yoluyla bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries and case notes in Turkish, English, German and French in all fields of law, for any query or submission kindly contact via e-mail.

2019/2.
SAYI İÇİN

Web sitesi/Web Site : ybhukukdergisi.com

ULAKBİM Dergipark : dergipark.ulakbim.gov.tr/ybuhukuk/

İletişim/Contact : ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

Posta Kodu/Zip Code : 06680

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2019/1

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Sahibi/Owner

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editör/Editor

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yayın Kurulu/Editorial Board

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Bedii KAYA

Arş. Gör. Köroğlu KAYA

Arş. Gör. Bilâl TOPRAK

Arş. Gör. Cansu KORKMAZ

Arş. Gör. Emre İkbâl AÇIKGÖZ

Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN

Arş. Gör. Abdullah Enes KARACAN

Öğr. Gör. Ali SAĞLAM

ISSN: 2149-5831

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) yılda iki sayı olarak yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir. Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir.

Bu çalışma Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Bilimsel Araştırma Projeleri (BAP) kapsamında desteklenmektedir.

Basım Yeri/Printed in : Pozitif Matbaacılık

Çamlıca Mah. 145. Sok. No:10/19 Yenimahalle/ANKARA

Tel: 0312 397 00 31 - **Faks:** 0312 397 86 12

pozitif@pozitifmatbaa.com - www.pozitifmatbaa.com

Grafik Tasarım/Graphic Desing: Safure ARSLAN

Basım Tarihi/Date of Publication: Mart 2019/March 2019

Yayın Türü/Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın/ International Periodical

İletişim Bilgileri/Contact Information: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik/ANKARA

Tel : +90 0312 906 21 02/0312 906 21 69

Belge Geçer/Fax : +90 312 906 29 62

Elektronik Ağ/Website: www.ybhukukdergisi.com

E-posta/E-mail: ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ziya Sacit ÖNEN	<i>Atılım Üniversitesi İşletme Fakültesi</i>
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	<i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>

Saygıdeğer Okuyucularımız,

“Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi” dördüncü yılında yedinci sayısı ile yayın hayatına devam ediyor.

TR Dizin, Heinonline ve Asos indekste taranmaya başlamasıyla birlikte Dergimize olan ilgi ve alaka artarak devam etmektedir. Ancak bu durum bizleri rehavete sevk etmemekte aksine daha fazla çalışarak diğer uluslararası indekslerde de taranma yolunda teşvik ve teşci edici bir işlev görmektedir. Dergimize çalışmalarıyla katkıda bulunan akademisyen ve araştırmacılara teşekkür ediyoruz.

Dergimize gelen makaleler geliş tarihine göre değerlendirmeye alınmakta ve kör hakemlik sistemi uygulanmaktadır. Bu anlamda çalışmaların değerlendirilmesinde objektif ve bilimsel ilkeler çerçevesinde hareket ettiğimizi bildirmek isteriz. Makaleleri titizlikle inceleyen, değerli görüşlerini bizlerle paylaşan ve herhangi bir karşılık beklemezsizin hakemlik yaparak bizlere katkıda bulunan bütün Hocalarımıza bu vesileyle teşekkürü borç biliyoruz.

YBHD'nin bu sayısında anayasa hukuku, idare hukuku, genel kamu hukuku, milletlerarası hukuk ve hukuk tarihine ilişkin toplam sekiz kamu hukuku makalesine yer verilmiştir. Bunun yanında özel hukuk alanında da ticaret hukuku, medeni hukuk ve deniz ticaret hukukuna ilişkin üç makale yer almaktadır.

Dergimizin tüm okuyucularımız için faydalı olmasını temenni ediyoruz.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editör

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) • 2019/1
Yıldırım Beyazıt Law Review

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Editörden..... vii
İçindekiler.....ix

KAMU HUKUKU

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Temsilde Adalet İlkesi ve “Seçim İttifakı”
Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

*Evaluation of the “Electral Alliance” Regulation and the Fair Representation Principle in the
Presidential System*

Dr. Öğr. Üyesi Taylan BARIN 1

Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu

The Emergence of Doctrine of the Separation of Powers: Locke and Montesquieu

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ÖZKAN DUVAN 35

Anglosakson ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde İdarenin Yargısal Denetiminin Ortaya
Çıkışı ve Gelişimi

*The Emergence and Development of Judicial Review of the Administration In Anglo-Saxon and
Continental Systems*

Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER..... 61

Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması

The Use of Illegally Obtained Evidence in Disciplinary Law

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ..... 89

Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller

*Conditions Removing and Reducing the Faultless Liability of Administration in the Decisions of
the Council of State*

Dr. Celâl İŞIKLAR 115

"Tensikât-ı Adliyye: Mahkeme-i Temyiz" Adlı Makale Bağlamında Mehmed Ârif'in Temyiz Mahkemesi Hakkındaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi

Evaluation of Mehmed Ârif's Opinions on the Court of Appeal in the Context of Article Named "Tensikât-ı Adliyye: Mahkeme-i Temyiz"

Arş. Gör. Aslıhan NESLİ159

Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü

The Role of International Criminal Court in the Development of International Criminal Jurisdiction

Dr. Öğr. Üyesi Yasin POYRAZ • Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN187

Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali

Violation of the Right to a Trial within a Reasonable Time in Decisions of the Turkish Constitutional Court

İsmail ŞAHİN.....223

ÖZEL HUKUK

5941 Sayılı Çek Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Çeklerde "Karşılıksızdır" İşlemine Sebebiyet Verilmesinin Cezai ve İdari Yaptırımları

Criminal and Administrative Sanctions Against "Dud Cheque" Marks in the Light of New Amendments of Law No. 5941

Ayşe Nur ERSOY259

5312 Sayılı Kanuna Göre Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Zararların Tazmini

Compensation for Damages in Pollution of Marine Environment by Oil and Other Harmful Substances According to Law No. 5312

Doç. Dr. Hacı KARA311

Viyana Satım Antlaşması'na (CISG) Göre Alıcının Sözleşmeyi İhlâli Halinde Satıcının Hakları

Seller's Remedies Against Breach of Contract by the Buyer Under the Vienna Convention on the International Sale of Goods

Arş. Gör. Furkan Güven TAŞTAN359

**KAMU
HUKUKU**

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE TEMSİLDE ADALET İLKESİ VE “SEÇİM İTTİFAKI” DÜZENLEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Taylan BARIN*

ÖZET

13/3/2018 tarih 7102 sayılı “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile siyasi partilerin, seçimlere ittifak yaparak girmelerine olanak sağlanmıştır. Seçim ittifakı düzenlemesinin, ittifak yapan siyasi partilere sağladığı temel iki avantaj; ittifak yapan siyasi partilerin aldıkları oy toplamına göre seçim barajına tabi olmaları ve ittifak yapan siyasi partilerin milletvekili sayılarının hesaplanmasında ittifakın toplam oyunun esas alınmasıdır. Bu çalışmada, hükümet sistemi değiştikten sonra yapılan ilk seçim kanunu değişikliği olan bu düzenlemenin yeni sistemle uyumu, temsilde adalet ilkesi nazarıyla değerlendirilmektedir. Ayrıca ittifak düzenlemesinin seçim barajına etkisi tartışılmakta; son olarak da ittifak düzenlemesiyle gelen ittifak oylarının hesaplanması ile ittifak ortak oylarının partilere dağıtılmasına ilişkin düzenlemeler temsilde adalet ilkesi ışığında tahlil edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Seçim İttifakı, Temsilde Adalet, Yönetimde İstikrar, Milletvekili Seçim Sistemi, Seçim Sistemi

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Anayasa Mahkemesi Raportörü, tbarin@ybu.edu.tr
(Geliş Tarihi: 18.09.2018 – Kabul Tarihi: 23.01.2019)

**EVALUATION OF THE "*ELECTORAL ALLIANCE*"
REGULATION AND THE FAIR REPRESENTATION PRINCIPLE
IN THE PRESIDENTIAL SYSTEM**

ABSTRACT

With the "Amendments to the Law on Basic Provisions on Elections and Voter Registers and Some Laws", (Law No. 7102 on 13/3/2018) political parties are allowed to participate in the elections by forming pre-electoral alliance. The main two advantages of electoral alliance regulations for allied political parties are; they will be subject to the election threshold according to the total votes of the political parties in the alliance and the calculation of the number of deputies of political parties that make alliances is based on the total votes of the alliance. Turkey's electoral law amendment is investigated in the context of presidential system with the point of "fair representation" view. The effect of the alliance regulation on the electoral threshold and the calculation of the alliance votes counts and the distribution of the "alliance's common votes" to the parties has been analyzed.

Key Words: Electoral Alliance, Fair Representation, Government Stability, Legislative Election, Electoral System

GİRİŞ

Seçim sistemi tercihi ile bu tercih içerisinde benimsenen metotların açık iki tane yansıması bulunmaktadır. Bunlardan ilki, seçim sistemlerinde kullanılan baraj gibi yöntemlerin seçmen davranışını etkilemesi sonucu partilerin oylarına yansıyan psikolojik etki; ikincisi ise parlamentoda sandalye dağılımını, dolayısıyla da parlamento çoğunluğunu etkileyen teknik/mekanik etki¹. Diğer taraftan seçim sisteminde tercih edilen kurallar, belirli kişi ve gruplar için avantaj sağlarken, diğerleri için birtakım kısıtlamalara dönüşebilmekte; netice itibarıyla de kimin kazanıp-kaybedeceğini ve politikaya hangisinin yön vereceğini belirleyebilmektedir². Bu çalışmada, seçmen oylarının TBMM'deki sandalye dağılımına dönüştürülmesinde kullanılan sistemde yapılan değişiklik, seçimlere ilişkin anayasal ilkeler bağlamında değerlendirilecektir.

21 Şubat 2018 tarihinde AK Parti Grup Başkanı ve Başbakan Binali Yıldırım, MHP Grup Başkanı Devlet Bahçeli ile altı milletvekili³ tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan “298 Sayılı Seçimlerin Genel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” teklifi ile siyasi partilerin milletvekili seçimine ittifak yaparak girmelerine imkân veren düzenlemeler yapılmış; siyasi partilerin seçimlerde ortak hareket etmelerine dair usul ve esaslara yer verilmiştir. Teklif 13/3/2018 tarih 7102 sayılı kanun olarak kabul edilmiş “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴” başlığıyla 16/3/2018 tarih ve 30362 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

Diğer kanunlardan farklı olarak seçim kanunlarının⁵ ve dolayısıyla bu kanunlarda yapılan değişikliklerin, Anayasa m. 67/6'da düzenlenen “Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde

¹ **Baldini, G. / Pappalardo A.** (2009) Elections, Electoral Systems and Volatile Voters, London: Palgrave Macmillan, s. 169.

² **Huber, J. D.** (1996) Rationalizing parliament: legislative institutions and party politics in France, Cambridge: Cambridge University Press, s. 1

³ Teklifte Adalet ve Kalkınma Partisi Grup başkanı ve Başbakan Binali Yıldırım ve Milliyetçi Hareket Partisi grup başkanı Devlet Bahçeli haricinde her iki partiden üçer adet milletvekilinin de imzası bulunmaktadır. İmzası bulunan diğer milletvekilleri: Mustafa Şentop, Abdülhamit Gül, Mahir Ünal, Mustafa Kalaycı, Mehmet Parsak, İsmail Faruk Aksu.

⁴ Bu kanun ve bu kanunla getirilen yenilikler makale içerisinde “ittifak düzenlemesi” olarak anılmaktadır.

⁵ 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı *Milletvekili Seçimi Kanunu*, 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı *Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun*, 18/1/1984 tarihli ve 2972 sayılı *Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun* örnek olarak gösterilebilir.

düzenlenir.” hükmüne de uygun olması gerekmektedir. 1982 Aayasasının özgün halinde olmayan bu fıkra Anayasaya 23/7/1995 tarih ve 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle eklenmiştir. Anayasada birlikte anılmasına rağmen, yönetimde istikrar ile temsilde adalet ilkelerinin bağdaştırılması bir yana, bu iki ilkenin tam karşıt olduğunu söylemek dahi yanlış olmayacaktır⁶. Nitekim ilgili Anayasa değişikliğinin görüşüldüğü TBMM Anayasa Komisyonunda ve TBMM Genel Kurulunda, temsilde adalet ilkesinin yeterli olduğu ifade edilmiş; yönetimde istikrar ilkesinin anayasada yer almasına ise muğlaklığı ve seçimlerde yapılabilecek hilelere anayasal dayanak oluşturma potansiyeli nedeniyle karşı çıkmıştır⁷. Bu gerekçelerle “yönetimde istikrar” ibaresinin madde metninden çıkarılması önerildiyse de önergeler kabul edilmemiş, değişiklik her iki ilkeye de yer vererek günümüze kadar gelmiştir⁸.

⁶ **Özbudun, Ergun** (1995) “*Seçim Sistemleri ve Türkiye*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, S. 1, s. 533.

⁷ Ali Oğuz ve Lütfi Esengün’ün Anayasa Komisyonundaki konuya ilişkin muhalefet şerhi şu şekildedir:

“*Maddeye eklenen son fıkra ise seçim sisteminde beklenen adaleti sağlayacak nitelikte değildir. “Yönetimde istikrar” ilkesinin ne anlama geldiği, uygulamada nasıl sağlanacağı bilinmemektedir. Bu düzenleme dahi seçim sisteminde yapılacak hileleri ve haksızlıkları önleyecek nitelikte olmayacaktır.*” (s. 46)

Seyfi Oktayın muhalefet şerhi ise şu şekildedir:

“*Anayasanın aynı maddesine 6 ncı fıkra olarak; “seçim kanunları temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak bir biçimde düzenlenir” hükmü eklenmiştir.*

Demokratik bir seçim sistemi, öncelikle temsilde adaleti sağlayacak biçimde gerçekleştirilmelidir. Demokratik bir seçim sisteminin amacı adaletli bir temsili gerçekleştirmektir. Seçmen iradesi ancak adaletli bir temsil sistemini öngören bir seçim sistemiyle Türkiye Büyük Millet Meclisine yansıtacaktır.

Demokratik sistemlerde, istikrar unsuru temsilde adaleti sağlama ilkesinden sonra gelmesi gereken bir unsurdur.

Bu nedenle 67 nci maddeye eklenen bu fıkranın;

“Seçim kanunları temsilde adaleti sağlayacak biçimde düzenlenir.

Bu düzenlemede istikrar unsuru da gözönünde tutulur.”

şeklinde düzenlenmesi çok daha uygun olacaktır.

Korkarım ki, istikrar unsurunu adaletli temsille bağdaştırma çabası çoğu zaman adaletli temsil esasını ihmale neden olacak düzenlemeleri getirebilecektir.

Kendisini güçlü hisseden iktidar çoğunluklarının çıkarları adalet ilkesinin gerçekleşmesinden çok ağırlıklı olarak istikrar unsurunun gerçekleşmesi ve bu unsurun ağırlıklı olması yönünden düzenlemeler getirilmesine neden olabilecektir.” (s. 50)

<<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c088/tbmm19088123ss0861.pdf>> s.e.t.03.04.3018.

⁸ Anayasa’nın 67. Maddesine 4121 sayılı Kanun’un 5 maddesiyle eklenen “*Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.*” 6. fıkrasının serencamı için bkz.; **Türk, Hikmet Sami** (2006) “Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Terah”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 23, s. 102-108.

Öte yandan, seçim kanunlarında yer alan seçim barajı başta olmak üzere çeşitli düzenlemeler, temsilde adalet ilkesinden yönetim istikrar ilkesinin öne çıkardığı gerekçesiyle, Anayasa m. 67/6 hükmü ekseninde itirazlar da devam edegelmiştir. Bu bağlamda ittifak düzenlemesini öneren iki siyasi partiye dair bir tesadüfü de içeren Anayasa Uzlaşma Komisyonu tecrübesi ilgi çekicidir. 2011 seçimleri ardından 24. Dönem TBMM çatısı altında kurulan ve yeni anayasa hazırlamakla görevli olan “Anayasa Uzlaşma Komisyonu”na sunulan önerilerde, CHP ve MHP anayasa taslaklarında temsilde adalet ve yönetimde istikrara ilişkin m. 67/6’ya aynen yer vermiş, AK Parti böyle bir düzenlemeye yer vermemiş; BDP ise konuyu şu şekilde önermekteydi⁹:

“Seçim kanunları, temsilde adalet ilkesini gözetir, ulusal ve yerel düzeyde seçim barajı konulamaz; cinsiyetler arası adil temsil ve katılımı sağlayacak özel tedbirler öngörür.”

Madde üzerinde uzlaşma arayışları devam ederken AK Parti, MHP’nin önerisini benimseyerek Anayasa’nın 67/6 fıkrası düzenlemesini aynı şekilde önermiştir. CHP ve BDP ise “*Seçim kanunları, yönetimde istikrar ilkesini gözecek; ancak hiçbir durumda temsilde adalet ilkesini zedelemeyecek biçimde düzenlenir.*”¹⁰ düzenlemesini önermişlerdir¹¹.

İttifak düzenlemesi de bu ilkeler bağlamında tartışılması gereken bir kanun değişikliğidir. Şu farkla ki; ilk bakışta görüleceği üzere makale başlığında anayasada birlikte anılan “temsilde adalet ve yönetimde istikrar” ilkelerinden yalnızca “temsilde adalete” yer vermekteyiz. Takip eden başlıkta bu tercihimizin nedenini detaylarıyla açıklamaya çalışacağız. Henüz başlarken kısaca ifade etmemiz gerekirse; Türkiye’nin yeni hükümet sisteminde temsilde adalet ile yönetimde istikrar ilkelerinin yasama meclislerinin seçiminde bağdaştırılma ça-

⁹ **Barın, Taylan** (2014) Türkiye’nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi AK Parti, CHP, MHP ve BDP’nin Anayasa Önerileri ile 1982 Anayasası ve Anayasa Uzlaşma Komisyonu Taslağının Karşılaştırılması, İstanbul: XII Levha Yayınları. s. 187.

¹⁰ **Barın**, s. 188

¹¹ AK Parti’nin özgün önerisinde böyle bir düzenlemeye yer vermemesinin nedeni başkanlık sistemi olabileceği gibi kısa anayasa arayışının bir yansıması olarak da yorumlanabilir. CHP’nin Anayasanın 67/6 hükmünü aynı şekilde önerirken BDP ile müşterek bir madde önermesi, BDP’nin ise özgün önerisinde yer alan “*seçim barajı konulamaz*” ibaresinden vazgeçerek, yönetimde istikrar için temsilde adaletten ödün verilemeyeceğini teminat altına alan bir öneride CHP ile buluşması, yüksek seçim barajına karşı anayasal bir önlem olarak anlaşılabilir.

basının anlamını yitirdiğini iddia etmekteyiz. Yeni hükümet sisteminde yönetimin, başka bir ifadeyle yürütmenin, yasamadan çıkmaması ve ona karşı sorumlu olmaması, bunun yanı sıra iki seçimin ayrı ayrı yapılıyor olması, bu iki ilkenin bağdaştırılması ihtiyacını da ortadan kaldırmıştır. Seçim ittifakı olarak adlandırdığımız 7102 sayılı kanunla yapılan düzenleme yürütmeye değil yasamaya yönelik olduğu ve bu değişiklik sonuçları itibariyle doğrudan doğruya yalnızca TBMM üyelerinin seçimini etkilediği için, bu kanunun tahlilinde “yönetimde istikrar ilkesi” bağlamında bir değerlendirmenin faydası da bulunmamaktadır.

Üç bölümden oluşan bu çalışmada ilk olarak temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri bağlamında Türkiye'nin yeni hükümet sisteminin meydana getirdiği yeni paradigma incelenmiş, buradan hareketle karşılaştırmalı hukuktaki örneklerle değinilmiştir. Takip eden bölümlerde ise ittifak düzenlemesine yoğunlaşmış ve düzenlemenin seçim barajına etkisi ile ittifak oylarının hesaplanmasında benimsenen yöntemler “temsilde adalet” ilkesi bağlamında değerlendirilmiştir¹².

I. TEMSİLDE ADALET VE YÖNETİMDE İSTİKRAR İLKELERİNİN BAĞDAŞTIRILMASINDA YENİ PARADİGMA

21/1/2017 tarih ve 6771 sayılı “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”¹³, 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halkoylaması sonucunda %51,41 “Evet” oyuyla kabul edilmiştir¹⁴. 18 maddeden oluşan bu anayasa değişikliği ile Anayasanın 70 maddesinde değişiklik yapılmış, Türkiye'nin hükümet sistemi Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi olarak değiştirilmiştir¹⁵. Kuvvetlerin sert ayrılığını benimseyen ve doktrinde Başkanlık, Türk

¹² 7102 sayılı kanunla yapılan pusulalardaki mühür, vs. gibi seçim güvenliğine ilişkin değişiklikler bu çalışma kapsamı dışındadır.

¹³ <<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm>> s.e.t.12.3.2018.

¹⁴ T.C. Yüksek Seçim Kurulu 663 numaralı karar: <<http://ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/5064/2017-663.pdf>> s.e.t.12.3.2018

¹⁵ 9 Temmuz 2018 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan “*Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*” başlıklı 703 sayılı KHK'nın kanun tasarı olarak TBMM'ye sunulurken genel gerekçesinde hükümet sistemi “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi” olarak adlandırılmıştır. Genel gerekçede bu husus şu şekilde geçmektedir: “*Bilindiği üzere, 18/10/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklikle, parlamenter hükümet sisteminden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir.*”

<<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/1/1-0005.pdf>> s.e.t. 23.1.2019.

Tipi Başkanlık, Cumhurbaşkanlığı vb. gibi isimlerle de adlandırılan yeni hükümet sisteminin konumuzu ilgilendiren ve bu bağlamda yeni bir paradigma üreten temel fonksiyonu, yürütmenin yasamadan çıkmadığı gibi ona karşı sorumlu da olmamasıdır. Bu yeni sistemde her ne kadar seçimler aynı gün yapılıyor olsa da yasama ve yürütme organları farklı oy pusulalarıyla, ayrı ayrı seçilmektedirler¹⁶.

6771 sayılı Anayasa'da değişiklik yapılmasına dair Kanun'un genel gerekçesinde yeni sistem ve yeni sistemdeki istikrar unsuru şöyle açıklanmaktadır:

“... milletın sadece yasama organını seçtiği, yürütme organının yasama organı içinden çıktığı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi dengelerinin hükümet kurma ve hükümet düşürmede etkili olduğu bir sistem yerine; yasamanın ve yürütmenin ayrı ayrı ve doğrudan millet tarafından seçildiği bir sistemin benimsenmesinin ülkemizin şartları ve ihtiyaçlarına daha uygun olduğu anlaşılmıştır. Seçim ve sistem bizatihi istikrar üretmelidir; istikrarı konjonktürün dalgalanmalarına bırakmak doğru değildir”¹⁷.

Halkoqlaması sonucu kabul edilen yeni hükümet sistemi, Türkiye'nin yaklaşık yarım yüzyılına damgasını vuran yürütmenin güçlendirilmesi arayışının son durağı; güçlü yürütmenin ise zirvesidir. Anayasa değişikliğinin genel gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu hükümet sistemi öyle bir sistemdir ki; herhangi bir müdahaleye ihtiyaç duymaksızın anayasa hükümleri eliyle kendiliğinden istikrarı sağlayacak niteliktedir. Gerçekten de hükümet istikrarı bağlamında parlamenter sistemden farklı olarak, Cumhurbaşkanı seçilir seçilmez hükümetin 5 yıllık bir süre için kurulacağı, hükümetin güvenoyuna ihtiyaç duymaması, seçimlerden önce yapılacak birkaç partinin birlikte Cumhurbaşkanı adayı gösterebilmesine karşın seçim sonrası koalisyon arayışlarına yeni sistemde yer verilmemesi, seçimlerin yenilenmesinin daha zor şartlara bağlanması vs. birlikte değerlendirildiğinde, yeni sistemin “yönetimde istikrar” ilkesini hayata geçireceğinden ve Türk anayasa hukuku literatüründeki kabul edilen anlamıyla istikrar sağlayacağından kuşku bulunmamaktadır¹⁸. Bu tespitten hareketle Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, yönetimde istikrar ilkesiyle, parlamento seçimleri arasında bir bağlantı kalmadığı iddia edilebilir.

¹⁶ Anayasa m. 77/1 “Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri beş yılda bir aynı günde yapılır.”

¹⁷ <<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf>> s.e.t.13.3.2018.

¹⁸ Anayasa değişikliği, istikrarı bu araçlarla güvence altına aldıktan sonra, olası tıkanıklıkların engellenmesi adına seçimlerin aynı gün yapılmasını düzenleyerek, potansiyel siyasi krizlere ve istikrarsızlıklara karşı da henüz baştan önlem almış gibi görünmektedir.

A. TÜRKİYE’NİN YENİ HÜKÜMET SİSTEMİNDE TEMSİLDE ADALET VE YÖNETİMDE İSTİKRAR İLKELERİ

Temsilde adalet ilkesi, siyasi parti veya bağımsız adayların aldıkları oylar oranında parlamentoda temsili suretiyle seçmen iradesinin mümkün olduğu ölçüde parlamentoya yansımaları anlamına gelmektedir¹⁹. Yönetimde istikrar ilkesi geniş anlamda “siyasi istikrar” çağrışımı yaparken dar anlamda “hükümet istikrarı” manasıyla kullanılmaktadır²⁰. Siyasi istikrar kültürden ekonomiye, eğitimden hürriyetlere ve elbette seçim sistemi ve hükümet sistemine uzanan geniş bir yelpazeyi içermektedir²¹. Bilhassa 12 Eylül 1980 darbesi ve 1982 Anayasası dönemi Türk Anayasa Hukuku literatüründe “istikrar” kelimesi hükümet istikrarı (*government stability*) ile; istikrarsızlık ise koalisyon hükümetleri ile eşanlamli kullanılmıştır²². Koalisyon hükümetlerinin performansı²³ bu algı-

¹⁹ Türk (2006), s. 78.

²⁰ Anayasa Mahkemesinin iki ilkeye dair tanımı şu şekildedir: “Anayasa’nın gözetilmesini istediği “temsilde adalet ilkesi” serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm öğeleriyle özetlenmekte ve oyla orantılı temsilci sayısı ile yaşama geçirilmektedir. “Yönetimde istikrar ilkesi” ise, yürütmenin güçlü olmasını sağlayacak biçimde oyları yasama organına yansıtmak yöntemleri olarak algılanmaktadır.”

1/12/1995 Tarih, E: 1995/56ve K: 1995/60 sayılı karar.

Gözler, ilkeyi doğrudan “Hükümette İstikrar” olarak kullanmaktadır. **Gözler, Kemal** (2011) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C. I., Bursa: Ekin Yay. s. 736.

²¹ Caniklioğlu’nun da belirttiği üzere “Bir ülkede siyasi istikrarın ekonomi, siyasi faaliyet, siyasi aktörler, siyaseti çeşitli şekillerde doğuran veya dolaylı etkileyen hukuk sistemi ve yargı gibi çok boyutlu ilişkiler ağında biçimlendiği ve bunlar arasında kurulması zorunlu bir dengeyi amaçladığını; ayrıca tüm bu ilişkiler ve yaratılması hedeflenen dengeyi demokrasi içinde gerçekleşmesi şartını düşündüğümüzde, siyasi istikrar sorununu seçim sistemleri konusunda yapacağımız bir tartışmaya indirgemek, sorunu tek boyutuyla kavramak ve çözümüne ilişkin çabaları peşinen sonuçsuz kılmak demektir.” **Caniklioğlu, Meltem Dikmen** (1999) “Seçim Sistemlerinin İstikrarın Sağlanmasındaki Rolü” Anayasa Yargısı Dergisi, C. 16, s. 17.

²² 15 Nisan 1983 tarihinde Seçim Kanunu hazırlamakla görevli Anayasa Komisyonu’nun Danışma Meclisi Başkanlığı’na sunduğu raporda bu ayırım istikrar-istikrarsızlık karşılığında kullanılan ifadeler dikkate şayandır:

“Bilindiği ve yaşandığı gibi 12 Eylül öncesi istikrarsız koalisyon hükümetleri devri olmuş ve yasama hayatında özellikle koalisyonların kurulması ve devamında üzüntü veren olaylara şahit olunmuştur.

Bundan dolayı da yeni konacak seçim sisteminin her şeyden önce mümkün olduğu ölçüde istikrar sağlamaya elverişli olması fikri benimsenmiş; bu hedefe yönelik kurallar araştırılmıştır.”

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c017/dm__02017089ss0386.pdf> s.e.t.12.3.2018.

²³ Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. **Neziroğlu, İrfan / Tuncer, Yılmaz** (2015) Koalisyon Hükümetleri, Koalisyon Protokolleri, Hükümet Programları ve Genel Kurul Görüşmeleri, Ankara: TBMM Yayınları.

nın pekişmesinde rol oynamışsa da Türkiye'deki siyasi tercihler koalisyon kültürünü yerleştirmek ve pekiştirmek yerine seçim sistemine yoğunlaşmış; çoğunluk sistemi, ülke ve seçim çevresi barajlı uygulamalarla parlamento çoğunluğunu yapay mekanizmalarla sağlamaya odaklanmıştır²⁴.

Bu hedef Türkiye'nin seçim sistemi arayışına da yansımış, günümüze kadar uygulanan seçim sistemleri Türkiye'yi bu konuda "zengin bir laboratuvar" haline getirmiştir²⁵. 1946 ila 1957 arasında uygulanan çoğunluk sistemi 1961 yılında terk edilerek nispi temsil sistemi benimsenmiştir. İlk defa 1961'de çevre barajlı olarak uygulanan d'Hondt –nispi temsil– sistemini, 1965 seçimlerinde milli bakiye sistemi, 1983'e kadar da barajsız d'Hondt sistemi takip etmiştir²⁶. 10/6/1983 tarih ve 2839 sayılı "Milletvekili Seçim Kanunu" ile istikrarın sağlanması adına "ufak partilerin yasama meclisinde temsilini önlemek için baraj konması gerekli görülmüş ve araştırmalardan sonra yüzde on oranında bir baraj benimsenmiştir"²⁷. Ayrıca Anayasanın Geçici 15. maddesi eliyle, bu kanunun anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine iptal davası açılması da yasaklanmıştır²⁸.

Türkiye'yi seçim sistemleri laboratuvarına çeviren nedenler farklı gerekçelerle açıklanabilirse de temel nedenin tek bir seçimle, temsilde adalet ve yönetimde istikrar hedeflerini tutturma gayreti olduğu pekâlâ ileri sürülebilir²⁹. Gürsel bu durumu şöyle izah etmektedir:

Hükümetler için ayrıca bkz: <https://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/_Global/_Government/pg_CabinetHistory.aspx> s.e.t.13.3.2018.

²⁴ Araslı, Oya (1989) Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye'de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987) Ankara:Ankara Üniversitesi Yay. s. 306.

²⁵ Türk (2006) s. 75

²⁶ Verilere dayanan ayrıntılı bir çalışma için bkz: Tuncer, E. (2006) "Türkiye'de Seçim Uygulamaları/ Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 23, ss. 167-182

²⁷ Bkz. "Milletvekili Seçimi Kanunu Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu" (1/672). Danışma Meclisi. S Sayısı 388. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c017/dm_02017089ss0386.pdf s.e.t.12.3.2018.

Seçim Barajı Oranının %10 olarak tercih edilme nedenine ilişkin bkz. Bahçeci, Barış (2005) "1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, s. 371-373.

²⁸ 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un çerçeve 34 üncü maddesiyle; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının geçici 15 inci maddesinin son fıkrası madde metninden çıkarılmıştır: Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararname ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez.

²⁹ Seçim sisteminin temsilde adalet ilkesiyle ilişkisi, temsilde adaletten verilen ödümlerin yönetimde istikrarı gerçekten sağlayıp sağlamadığı sorularına takip eden bölümlerde yanıt vermeye çalışacağız. Bu başlık altında, seçim sistemi penceresinden bakıldığında karşımıza çıkan kaotik tablonun nedenini araştırmaktır.

“Parlamentar rejimlerde parlamento seçimleri iki işlevi birden sağlamak durumundadır: Temsilciler yani milletvekilleri belirlemek, aynı zamanda da yönetim yani hükümet oluşturmak. Parlamentar rejimde bu iki işlevin sağlanması tek seçimle yapılmak istenir. İlk güçlük de kendini burada gösterir. Genelde tek araçla iki hedefe ulaşmak zordur. İktisat politikaları dersinde öğrencilere öğretilen kurallardan birisi, iki hedefe ulaşmak için mutlaka iki iktisat politikası aracının kullanılması gerektiği şeklindedir.”³⁰

Seçim sistemi serencamımızdaki arayışın temel nedeni bir taşla iki kuş vurmak, Gürsel’in ifadesiyle “tek araçla iki hedefe ulaşmak”tan başkası değildir. Bizim paradigma değişikliği olarak adlandırdığımız olgunun seçim sistemleri üzerindeki esaslı yansıması da burada ortaya çıkmaktadır. Türkiye, 2019’da yapılması planlanan seçimlerde ilk kez iki hedefe ulaşmak için iki farklı araca sahip olacaktır. Bunlar: Milletvekili Genel Seçimleri ve Cumhurbaşkanı seçimidir.

2017 Anayasa değişikliğinde, Anayasa m. 67/6 “Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir” hükmünde değişikliğe gidilmediyse de yapılan değişiklik bir bütün olarak ele alındığında, yönetimde istikrar ilkesiyle temsilde adalet ilkesinin bağdaştırılmasını gerektirecek ortak bir zemin kalmamıştır. Gerçekten, bağdaştırılması imkânsız olan bu iki ilkenin bağdaştırılma çabası ancak ve ancak yürütmenin yasamadan çıktığı ve ona karşı sorumlu olduğu sistemler için bir anlam ifade etmektedir. Başkanlık sistemi gibi yürütmenin başka bir ifadeyle “yönetimin” farklı bir seçimle belirlendiği sistemlerde ise ancak yasama faaliyetleri bağlamında dolaylı olarak bir fayda sağlama potansiyeli barındırmaktadır³¹.

³⁰ Gürsel, Seyfettin (1999) “Toplumsal Tercih Kuramı Çerçevesinde Anayasa’nın 67. Maddesinde Yer Alan Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 16, s. 46.

³¹ Eren aynı hususu şu şekilde belirtmektedir:

“Günümüz demokratik ülkelerde, hükümet sistemleri ile seçim sistemleri arasında da yakın bir ilişki bulunmaktadır. Hükümetin parlamento çoğunluğu içinden belirlendiği parlamenter sistemlerde, istikrarlı bir hükümet için, uygulanan seçim sistemleri ve barajlarla parlamentoda sınırlı partinin temsili amaçlanabilmektedir. Parlamentar sistemde bu nedenle parlamento seçimi ile istikrarlı bir hükümet yapısı arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Oysa hükümetin parlamento içinde değil de doğrudan halk tarafından belirlendiği başkanlık sisteminde, parlamento çoğunluğu ile hükümet arasında zorunlu bir ilişki bulunmamaktadır. Her iki organın seçiminin birbirinden farklı olması, parlamento seçimlerinde daha geniş bir temsile imkân sağlayabilmektedir. Dolayısıyla başkanlık sisteminde istikrarlı bir yönetim için parlamento seçimlerine yönelik yüksel bir baraj uygulamasına gerek olmayacaktır. Ancak bu yine

Bu dolaylı faydaya kavuşmak için temsilde adalet ilkesinden verilen ödümler ise mukayeseli olarak düşünüldüğünde anlamlı bir bütün oluşturmaktan uzaktır. Yeni paradigmada kanaatimizce temsilde adalet ilkesi ile yönetimde istikrar ilkeleri, farklı seçimlerin, farklı oy pusulalarının ve de farklı farklı kanunların konusunu oluşturmaktadır. Daha açık bir ifade ile temsilde adalet ilkesinin baskın olduğu kanun 10/6/1983 tarih ve 2839 sayılı “Milletvekili Seçim Kanunu”; yönetimde istikrar ilkesinin baskın olduğu kanun ise 19/1/2012 tarih ve 6271 sayılı “Cumhurbaşkanı Seçim Kanunu”dur. Elbette her iki kanun da kendisinde baskın olmayan ilkeyi tam anlamıyla görmezden gelerek düzenlenemez. Fakat merkezine aldığı ilkeler bağlamında ayrışmaktadır.

Özetleyecek olursak, 6771 sayılı kanunun 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halkoylamasında kabulü ile hükümet sistemi değişmiş, yasamadan çıkmayan ve ona karşı sorumlu olmayan bir yürütme yani başkanlık sistemi benimsenmiştir. Bu değişiklik Anayasa m. 67/son’daki “temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerinin bağdaştırılması” bağlamında paradigmayı da değiştirmiş, bağdaştırma arayışını temelsiz bırakmıştır. Temsilde adalet ilkesinden verilen ödünlerin ilk sırasında yer alan %10 seçim barajının temel motivasyonu yönetimde istikrarı sağlamaktır. Yeni hükümet sisteminin temel vaadinin yönetimde istikrarın bu türden düzenlemelere ihtiyaç duymaksızın sağlanacağı olduğu düşünüldüğünde, yönetimde istikrarla ilgisi kalmayan %10 seçim barajının kaldırılması gerekirdi.

B. BAŞKANLIK SİSTEMİNİN UYGULANDIĞI ÜLKELERDE PARLAMENTO SEÇİMLERİNDE BARAJ UYGULAMALARI

Seçim sistemleri ve uygulanan seçim barajına ilişkin Türkçe literatür incelendiğinde, mukayeseli çalışmaların haklı olarak başta Avrupa ülkeleri olmak üzere parlamenter sistemi benimsemiş ülkelerle yapıldığı dikkat çekmektedir. 2017 Anayasa değişikliği ile yapılan hükümet sistemi değişikliği, Türkiye’nin seçim sisteminin parlamenter hükümet modelinin benimsendiği çoğu Avrupa

başkanlık sisteminde her partinin parlamentoda temsiline imkân verilebileceği anlamına gelmez. Yasama faaliyetindeki istikrar açısında yine temsilde belli sınırlamalar zorunlu olacaktır.” Eren, Abdurrahman (2008) “Türkiye’de Uygulanan %10 Genel Seçim Barajının Serbest Seçim Hakkını İhlal Sorunu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, s. 73-74, dipnot 9.

ülkesinin seçim sistemleriyle kıyaslanmasını da eskiye nazaran faydasız kılmıştır. Bu nedenle mukayeseli çalışmalarda seçim barajı ve seçim sistemi tercihlerinin Başkanlık sistemini benimsemiş olan ülkelerle yapılması, karşılaştırmalı bir çalışma için daha uygun bir zemin oluşturmaktadır.

Seçim sistemi, uygulandığı ülkenin, siyasi, ekonomik, coğrafi, etnik, kültürel vs. tüm tercih ve değerleriyle sıkı bir ilişki içerisinde. Ülkelerin seçim sistemlerine dair değişikliklerde de zaman içinde değişen koşulların biçimlendirici etkisi yadsınamaz. Genel geçer ideal bir seçim sistemi olmadığı gibi, her ülkenin benimsediği sistem de başka başka sorunlara neden olmaktadır. Bu tespitlere rağmen ülkelerin birbirlerinin tecrübelerinden yararlanması ve değişik modellerin tanınması bağlamında karşılaştırmalı çalışmaların faydası da inkâr edilemez³².

Türkiye'nin seçim sistemini parlamenter hükümet modelini değil başkanlık sistemini benimseyen ülkelerle karşılaştırmak daha berrak bir tablo sunmayı vadetmektedir. Ne var ki, Türkiye'nin kendine özgü hükümet sistemi, başkanlık sistemini benimsemiş diğer ülkelerle kıyas yapılabilmesinin önünde de büyük bir engel oluşturmaktadır. Başkanlık sistemiyle yönetilen ülkelerin önemli kısmının federal devlet yapısını benimsemiş olması ve anayasal olarak çift kanatlı yasama organını tercih etmesi, yasama meclislerinin seçimleriyle yürütme organının seçiminin eşzamanlı olmaması, anlamlı bir mukayesenin önünde duran en büyük engellerdir. Buna rağmen yasama organlarının seçimine ilişkin sistemlere ve bilhassa da seçim barajı gibi temsilde adaletsizliğe neden olan uygulamalara dair genel bir resim ortaya çıkartabilecektir.

Karşılaştırmadaki güçlüğü rağmen bu başlık altında yapmaya çalıştığımızı kısaca anlatmak gerekirse: Başkanlık sistemini benimsemiş ülkelerde, yürütme organı yasamadan çıkmadığı ve onun güvenine dayanmadığı için, yasama organının teşkilinde temsilde adaletsizliğe neden olan istikrar sağlayıcı düzenlemelere ihtiyaç olmadığını ileri sürmekteyiz. Bilinen birkaç başkanlık modelinde yasama meclisi seçimlerinin karşılaştırmalı çalışılmasıyla bu tezi-

³² **Türk, Hikmet Sami** (1996) "Demokratik Rejimlerde Seçim Kanunları ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Kanunu Önerisi", Türkiye ve Avrupa'da Seçim Sistemleri, İstanbul: Friedrich Ebert Vakfı Yay., s. 11.

mizi test edeceğiz. Bu bağlamda Türkiye’de başkanlık sistemi tartışmaları sürerken karşılaştırmalı çalışmalarda en fazla incelenen ve başkanlık sistemiyle yönetilen sair ülkelere nazaran daha yerleşik bir uygulama ve demokrasiye sahip ülkeler arasından seçtiğimiz beş ülkeyi inceleyeceğiz³³.

Kısaca “Başkanlık sistemiyle yönetilen ülkelerin yasama organlarının seçiminde başta seçim barajı uygulaması olmak üzere “yönetimde istikrarı”³⁴ sağlayacak formüllere başvurulmakta mıdır?” sorusuna cevap arayacağız.

1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri’nin yasama organı Kongre (*U.S. Congress*), 100 üyeden oluşan Senato³⁵ (*United States Senate*) ve 435 üyeden oluşan Temsilciler Meclisinden³⁶ (*United States House of Representatives*) oluşmaktadır. Temsilciler Meclisi, iki yılda bir tüm üyelerinin tamamının yenilenmesi kaydıyla halk tarafından seçilir³⁷. Meclisteki sandalyeler, eyaletlerdeki nüfusla orantılı bir şekilde dağıtılmıştır³⁸. Eyaletler temsilci sayısına göre seçim bölgelerine ayrılmakta ve bu bölgelerde çoğunluk sistemine göre seçimler yapılmaktadır. Seçimlerde partilerden ziyade adayların ismi öne çıkmakta, kişiler yarışmaktadır. Gerek seçim süresinin başkanlık seçimleriyle eş zamanlı olmaması

³³ İlgili çalışmaların bir kısmı için bkz.; **TBMM Araştırma Merkezi** (2015) Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Başkanlık Sistemi (ABD, Arjantin, Azerbaycan, Brezilya ve Nijerya Örnekleri), Ankara: TBMM Yayınları.; **Doğan, İ.** (ed.) (2017) Dört Kitada Başkanlık Sistemi, Ankara: Astana Yayınları.; **Miş, N. / Aslan, A. / Ayvaz, M. E. / Duran, H.** (2015) Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları (ABD, Brezilya, Arjantin, Meksika, Güney Kore ve Şili), Ankara: Seta Vakfı Yay.

³⁴ Burada “istikrar” kavramı yerine “yönetimde istikrar” kavramını tercih etmemizin nedeni, yasama seçimlerinden yürütmedeki istikrara bağlanan bir sonuç olup olmadığı sorusuna odaklanmaktır. Elbette yasama organı kendi iç istikrarı için birtakım düzenlemeler içerebilir.

³⁵ U.S. Constitution Article I, Section 3, Para. 1.

Senatörler anayasanın özgün halinde eyaletlerin yasama meclisleri tarafından seçilmekteyken 1913 yılında yapılan 17. değişiklikle doğrudan halk tarafından seçilmeye başlanmış; bu sistem ilk kez 4 Kasım 1913 tarihinde Maryland senatörünün vefatı üzerine yapılan özel seçimlerde uygulanmıştır.

17th Amendment için bkz. <<https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxvii>> (s.e.t.14.3.2018)

³⁶ Bu sayı “*Public Law 62-5 on August 8, 1911*” ile belirlenmiştir ve 1913’den bu yana uygulanmaktadır. <<https://www.house.gov/the-house-explained>> s.e.t.14.3.2018.

³⁷ U.S. Constitution Article I, Section 2, Para. 1.

³⁸ Temsilciler meclisinde her bir eyalete en az bir temsilci olmak üzere nüfusları oranında temsilci ile temsil edilmektedir. Temsilcilerin sayıları ve bölgeleri için bkz: <<https://www.house.gov/representatives>> s.e.t.14.3.2018.

gerekse de seçimlerin parti değil aday merkezli yürümesi, temsilciler meclisi seçimlerinde yönetimde istikrarı sağlamaya yönelik bir yaklaşım olmadığını göstermektedir.

Eyaletlerin büyüklüğüne ve nüfusuna bakılmaksızın her eyaletten iki temsilcinin yer aldığı ve 100 üyeden oluşan senatonun üyeleri ise altı yıllık bir süre için doğrudan halk tarafından seçilmektedir. İki yılda bir yapılan seçimlerle senatonun üçte biri düzenli olarak yenilenmektedir. Bu seçimlerde ise çoğunluk oyu sistemi (*plurality voting system*) kullanılmaktadır.

2. Arjantin

Arjantin'in yasama organı Arjantin Halk Kongresi (*Congreso de la Nacion Argentina*), 72 üyeden oluşan Senato (*Honorable Senado De La Nacion*) ve 257 üyeden oluşan Temsilciler Meclisinden (*Honorable Camara De Diputados De La Nacion*) oluşmaktadır.

Dört yıllığına seçilen temsilciler meclisi üyelerinin yarısı 2 yılda bir yenilenmektedir. Seçimlerde %3 barajlı kapalı listeli nispi temsil sistemi uygulanmaktadır. 24 Eyaletten oluşan Arjantin'de Senato, her eyalete 3 üye düşecek şekilde 72 üyeden oluşmaktadır. Senato 6 yıllık süre için seçilmekte, seçimlerde birinci olan parti ilk iki senatörü, en çok oyu alan ikinci parti ise üçüncü senatörü çıkarmaktadır. ABD'de olduğu gibi senatonun üçte biri iki yılda bir yenilenmektedir. Başkan ve başkan yardımcısı ise 4 yıllığına seçilmektedir³⁹.

3. Brezilya

Brezilya'nın seçim sistemi, yasama ve yürütme seçimlerinin eş zamanlı yapılması dolayısıyla Türkiye'ye benzemektedir. Brezilya'nın yasama organı olan Ulusal Kongre (*Congreso Nacional*), 81 üyeden oluşan ve üyeleri sekiz yıllığına seçilen federal Senato (*Senado Federal*) ve 513 üyeden oluşan ve üyeleri dört yıllığına seçilen Temsilciler Meclisinden (*Camara Dos Deputados*) meydana gelmektedir.

513 üye temsilciler meclisinde, eyaletlerin nüfusuna göre her bir eyalete 8'den az 70'ten fazla olmamak kaydıyla paylaştırılmaktadır⁴⁰. Seçim sistemi olarak açık liste ve nispi temsil sistemi uygulanmaktadır.

³⁹ <<http://pdba.georgetown.edu/ElecSys/Argentina/argentina.html>> s.e.t.3.4.2018.

⁴⁰ Anayasa m. 45. Anayasanın resmi İngilizce çevirisi için bkz. <<http://english.tse.jus.br/arquivos/federal-constitution>> s.e.t.15.3.2018.

Senato her birinden üçer üye olmak üzere 26 eyalet ve bir federal bölge temsilcilerinden oluşmaktadır. 8 yıllığına seçilen senato üyelerinin seçimi 1/3'i dördüncü yılın sonunda, kalan 2/3'si ise sekizinci yılın sonunda yenilenmektedir. Senato seçimlerinde ise dar bölge çoğunluk sistemi uygulanmaktadır⁴¹.

4. Meksika

Meksika'nın yasama organı Birleşik Kongre (*Congreso de la Unión*), 128 üyeden oluşan Senato (*Cámara de Senadores*) ve 500 üyeden oluşan Temsilciler Meclisinden (*Camara de Diutados*) meydana gelmektedir⁴². Meksika'da devlet başkanı 6 yıllık süre için seçilmektedir. Senato başkanla birlikte altı yıllık süre için, temsilciler meclisi ise 3 yıllık bir süre için seçilmektedir.

500 üyeden oluşan temsilciler meclisinin 300 üyesi ABD senato seçimleri gibi çoğunluk oyu sistemi ile seçilmektedir (*relative majority in single-member districts*). Kalan 200 üye ise beşer üyeden oluşan 40 bölgeye ayrılmış nispi temsil sistemi ile seçilmektedir. Siyasi partilerin aldıkları oy ne olursa olsun Temsilciler Meclisinde 300'den fazla sandalyeye sahip olmaları yasaktır. Böylelikle bir partinin tek başına anayasayı değiştirme çoğunluğu olan 2/3 (334 üye) çoğunluğa erişmesi engellenmektedir. Siyasi partilerin aldıkları oy oranıyla, parlamentoda sahip oldukları sandalye oranında %8'den fazla fark (eksik/aşkın temsil) olması yasaklanmıştır⁴³. Ayrıca %2 seçim barajı uygulanmaktadır.

128 üyenin yer aldığı senatoda sandalyeler, 32 eyalet arasında her birine 4 senatör düşecek şekilde dağıtılmıştır. Bunlardan 64'ü her birinden iki senatör olmak üzere 32 eyaletten seçilmektedir. Ardından 32 üyelik, her eyaletin seçimlerde ikinci gelen partisine verilmekte, Kalan 32 üyelik ise, kapalı liste ve nispi temsil usulüyle seçilmektedir⁴⁴.

⁴¹ Brezilya Anayasası m. 46

⁴² <http://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/The_Mexican_Electoral_System/> s.e.t.14.3.2018.

⁴³ %8 lik farkın daraltılmış bölgeden kaynaklanması durumunda bu oran uygulanmamaktadır.

⁴⁴ Bilgiler Meksika'nın seçimleri organize etmekten sorumlu özerk kamu kuruluşu olan ulusal seçim enstitüsünün (*El Instituto Nacional Electoral*) internet sayfasından derlenmiştir:

<http://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/30_essential_questions/#3>(s.e.t.15.3.2018) Özet için ayrıca bkz. <http://pdba.georgetown.edu/ElecSys/Mexico/mexico.html> s.e.t.15.3.2018

Seçimlere ilişkin güncel veriler için: <<http://www.electionguide.org/elections/id/2648/>> s.e.t.15.3.2018.

5. Güney Kore

Kore Cumhuriyeti'nin (Güney Kore) yasama organı, Türkiye gibi (*unicameral*) tek bir ulusal meclisten (*National Assembly / Kukhoe*) oluşmaktadır. Başkanın görev süresi beş yıldır. 300 üyeden oluşan ve 4 yıllığına seçilen meclisin 253 üyesi dar bölge çoğunluk sistemiyle (plurality of votes from electoral districts), kalan 47 üyesi ise partilerin aldığı oylara göre nispi temsil sistemi ile belirlenmektedir. Nispi sistemin uygulandığı 47 üye için bir baraj uygulaması olup, partilerin ya 5 seçim bölgesinden milletvekili çıkarmaları ya da %3 seçim barajını aşmaları gerekmektedir⁴⁵.

6. Değerlendirme

Görüldüğü üzere bu beş ülkede yasama meclislerinin seçiminde yönetimde istikrarı sağlama adına temsilde adaletsizliğe yol açacak ciddi bir uygulamaya rastlanmamaktadır. Bu ülkelerdeki yasama organlarının önemli bir kısmının dar bölge çoğunluk sistemiyle seçildiği için seçim barajına benzer bir istikrar sağlayıcı düzenlemeye ihtiyaç duyulmadığı söylenebilir. Ancak seçimlerin başkanla birlikte yapılmaması, kiminde partilerin değil adayların öne çıkması, meclislerin 1/3 veya 1/2 oranında 2-3 yılda bir yenilenmesi gibi etkenler bir arada düşünüldüğünde başkanlık sistemi uygulanan ülkelerde, yasama meclislerinde temsilde adaletin öne çıktığını söylemek yanlış olmaz. Anayasal ve seçim sistemi düzenlemelerinin yanı sıra ülkelere yönelik ampirik veriler de (ABD haricinde) ülkelerin yasama organlarında çokça partinin yer aldığını göstermektedir⁴⁶.

Bu kısma başlamadan önce sorduğumuz “Başkanlık sistemiyle yönetilen ülkelerin yasama organlarının seçiminde başta baraj uygulaması olmak üzere

⁴⁵ Tarihten günümüze Güney Kore seçim sistemi için bkz. 13Croissant, A. in *Electoral politics in Southeast & East Asia* (ed Aurel Croissant) 233-277 (Friedrich Ebert Stiftung Publication, 2002). Özet bilgi için bkz. <http://www.nec.go.kr/engvote_2013/02_elections/01_04.jsp> s.e.t.15.3.2018.

Son seçim sonuç ve istatistikleri için bkz.

<<http://www.electionguide.org/elections/id/2619/>> s.e.t.3.4.2018.

Resmi kaynak için: <http://www.nec.go.kr/engvote_2013/05_resourcecenter/07_01.jsp> (s.e.t.15.3.2018)

⁴⁶ <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2101.html#ar>> s.e.t.16.3.2018.

“yönetimde istikrar”ı sağlayacak formüllere başvurulmakta mıdır?” sorusuna incelediğimiz örnekler üzerinden rahatlıkla hayır cevabını verebiliriz.

Başta da belirttiğimiz üzere kanaatimizce başkanlık sisteminde yasama organının yönetimde istikrarı sağlama gibi bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Başkanlık sistemlerinde parlamentoların yönetimde istikrara engel olma potansiyeli olduğu, bunun engellenmesi gerektiği savunulabilir. Parlamentoların küçük küçük çokça siyasi partiden oluşması gibi nedenlerle yasama faaliyetlerini düzenli bir şekilde gerçekleştirememesine mâni olmak istenebilirse de bu hedefe çok daha düşük seçim barajı oranlarıyla ulaşabilmek mümkündür.

II. İTTİFAK DÜZENLEMESİNİN SEÇİM BARAJINA ETKİSİ

A. TÜRKİYE’DE SEÇİM BARAJI

Türkiye, seçim sistemi olarak temel ölçütü adalet ilkesi olan nispi seçim sistemi benimsemiştir⁴⁷. Nispi seçim sistemleri arasından da büyük partiler lehine sonuç doğuran d’Hondt sistemi tercih edilmiştir⁴⁸. Bu tercihe ayrıca %10 gibi yüksek bir baraj oranı eklenerek yönetimde istikrar ilkesi ile temsilde adalet ilkesinin bağdaştırılmasından çok, yönetimde istikrar yeğlenmiştir⁴⁹. Ancak temsilde adalet ilkesinden verilen ödüne rağmen yönetimde istikrarın da – 1995, 1999, 2015 (Haziran) – sağlanamadığını söylemek yanlış olmaz⁵⁰. İstikrar sağlanan seçimlerde ise parlamentoda temsil edilemeyen oyların yükseklığı nedeniyle temsilde adaletten verilen ödün dikkat çekmektedir⁵¹.

⁴⁷ **Daver, Bülent** (1988) "Seçim Sistemi ve Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 5, s. 138

⁴⁸ **Farell, David M.** (1997) Comparing Electoral Systems, London: Macmillan Press, s. 65
 “Bu sistemin büyük partiler lehine % 5-10 avantaj sağlayabileceği söylenebilir. Nisbi temsilin, d’Hondt sisteminin mantığından esinlenerek uyarlanan, İskandinav ülkelerinin uyguladığı “Sainte Leque” Sistemi adı verilen, birer atlayarak (1’e, 3’e, 7’ye-vd.) bölme sistemi de vardır. Kuşkusuz bölen büyüdükçe küçük partilerin lehinedir. Bölen küçüldükçe ise büyük partilere avantaj sağlar” **Yüzbaşıoğlu, Necmi** (1996) “Türkiye’de uygulanan Seçim Sistemleri ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LV, s. 112

"Sainte Leque" ile "d’Hondt" karşılaştırmasına ilişkin bir tablo için bkz. **Farell** (1997), s. 66

⁴⁹ **Hasdemir, Asrak Tuba** (1992) "1980 Sonrası Türkiye’de Seçim Sistemi - Kimi Sapmalar -", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 47, S. 1-2., s. 261

⁵⁰ **Uzeltürk, Sultan Tahmazoğlu** (2006) "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 23, s. 264

⁵¹ **Bahçeci** (2005), s. 373

2002 seçimlerinde %45.3’e çıkan temsil edilemeyen oy oranı, neredeyse oy kullanan her iki seçmenden birinin oyunun temsil edilemediği bir tablo olarak seçim tarihimizde yerini almıştır.

1950-2018 arasında toplam 18 adet milletvekili genel seçimleri yapılmıştır. 1961 yılından bugüne yapılan 14 adedinde nispi temsil sistemi benimsenmiş, 1983'ten bugüne yapılan 10 seçimde de baraj uygulanmıştır⁵². Bu seçimlerin üçünde (1983-1987-1991) ülke geneli barajla birlikte seçim çevresi barajı da farklı formlarda uygulandıysa da 1995 yılında seçim çevresi barajının Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden bu yana, geçen 23 senede yapılan yedi seçimde, yalnızca %10 ülke geneli baraj uygulanmıştır⁵³. Seçim sisteminin belirlenmesinde Anayasa Mahkemesinin etkisi, diğer pek çok konuda olduğundan daha fazla olmuş; istikrarlı bir şekilde uygulanan seçim sistemimizin dahi son şekli –çevre barajının iptaliyle– nihai olarak Mahkemece belirlenmiştir⁵⁴.

Türkiye'de uygulanan seçim sistemleri, bu sistemin çıktıları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri bakımından değerlendirilmesi gibi konularda nispeten geniş bir literatür bulunmaktadır; bu literatürün görebildiğimiz kadarıyla tamamında %10'luk seçim barajının aşağılara çekilmesi, bir kısmında ise sistemin barajsız uygulanması savunulmaktadır⁵⁵.

Kanaatimizce %10'luk seçim barajının temsilde adalet ilkesiyle bağdaştırılması hangi hükümet sistemi benimsenirse benimsensin imkânsızdır⁵⁶. Üstelik bu yüksek oranın, Türkiye örneğinde yönetimde istikrarı sağlamada başarı-

⁵² 1950-2002 arası yapılan seçimlere ilişkin veriler ve tabloların derlendiği bir çalışma için bkz. **Tuncer, E.** (2006)

⁵³ 1995'ten bu yana Anayasa'da 15 adet değişiklik yapıldığı düşünüldüğünde, %10 seçim barajının oldukça istikrarlı bir uygulamaya sahip olduğu iddia edilebilir. Baraj konusunda bir değişikliğe gidilememesinin nedeni olarak 2010 Anayasa değişiklikleriyle kaldırılan geçici 15. madde olduğu savunulabilirse de barajı düşürebilme imkânına sahip olanların bundan yitirdikleri rahatsız olmadığı da iddia edilebilir.

⁵⁴ 18.11.1995 Tarih, E. 1995/54 ve K.1995/59 sayılı karar
 "... tarihi süreç bize, "Türkiye'de Nasıl Bir Seçim Sistemi" sorusuna cevap ararken, soruna salt Meclis'teki eğilimlerin ya da çoğunlukların tercihi açısından yaklaşmanın yetersiz olduğunu, doğru cevabın, konuyu AYM'nin içtihadı ile birlikte düşünüldüğünde bulunabileceğini göstermektedir." **Yüzbaşıoğlu** (1996), s. 104

⁵⁵ Avrupa ülkeleri arasında baraj %0.67 ile en düşük Hollanda'da, %10 ile en yüksek Türkiye'de uygulanmaktadır. Geniş tablo için Venedik Komisyonu'nun 15.12.2008 tarihli seçim sistemlerine ilişkin karşılaştırmalı raporu için bkz. <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2008\)037-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2008)037-e)> s.e.t.03.04.2018.

⁵⁶ Benimsenen bu oran, geçerli oyların neredeyse yarısının temsil edilemediği sürpriz sonuçlar doğurabilmektedir. Bkz. 50. Dipnot.

sız olduğu örnekler, başarılı olduğundan daha fazladır. Yeni hükümet sisteminde ise %10 seçim barajı oranını muhafaza etmenin hiçbir anlamı kalmamıştır⁵⁷.

B. İTTİFAK DÜZENLEMESİ İLE SEÇİM BARAJI İLİŞKİSİ

Hükümet sisteminin değişmesinin ardından seçim kanunlarında yapılan ilk değişiklik olan 13/3/2018 tarih ve 7102 sayılı “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” %10 seçim barajının düşürülmesine veya kaldırılmasına yer vermemiştir⁵⁸. Buna rağmen değişiklikte seçim barajına ilişkin ittifak eksensel hükümler yer almaktadır. Bu başlık altında ittifak düzenlemesi ile baraj ilişkisi değerlendirilecek ve bu değişikliğin temsilde adalet ilkesine uygun olup olmadığı sorusuna yanıt aranacaktır.

2839 Sayılı kanunun 7102 sayılı kanunla değiştirilen 16. maddesinin özgün hali siyasi partilerin seçimlerde ortak liste ile yarışmalarına ve ittifak kurmalarına engel olmaktadır⁵⁹. Küçük siyasi partiler bu yasağı hukuk dışı yollarla, muvazaalı seçim ittifaklarıyla, aşmaktaydılar⁶⁰. Türkiye’de uygulanan %10 barajının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No’lu Protokolün 3. maddesinde düzenlenen “serbest seçim hakkı”nı ihlâl edip etmediğini değerlendiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, barajın %10 olarak tayinini Türkiye’nin takdir marjı

⁵⁷ Aksi görüş için bkz. **Miş, Nebi / Duran, Hazal** (2018), Seçim İttifaklar, Ankara:SETA Yay. “Yeni sistemde ittifak cumhurbaşkanının seçimleri kazanabilmesi için yüzde 50’nin üzerinde oy alması zorunluluğu ile doğrudan ilgilidir. Diğer taraftan yüzde 10’luk seçim barajının devam etmesi ve cumhurbaşkanının yürütmede gerekli duyduğu yasaların meclisten geçmesi için yeterli parlamento desteğine ihtiyacı da seçim ittifaklarının gerekliliğini doğuran diğer etkenlerdir.” s. 8.

⁵⁸ Kanun teklifinin tam metni için bkz. <<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-2137.pdf>> s.e.t.13.3.2018.

⁵⁹ 10/6/1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu’nun 16. Maddesi şu şekilde idi:

“Siyasi partilerin adayları ve bağımsız adaylar:

Madde 16 – Siyasi partiler anlaşarak müşterek liste halinde aday gösteremezler.

Siyasi partilere kayıtlı olmayan kimselerin, herhangi bir siyasi parti tarafından aday gösterilmeleri, kendilerinin yazılı muvafakatlarına bağlıdır.

Bir kimse aynı zamanda değişik siyasi partiden veya aynı partiden aynı seçim için birden fazla seçim çevresinden aday olamaz, aday gösterilemez ve seçilemez.

Bağımsız adaylar da aynı seçim için birden fazla seçim çevresinde aday olamaz ve seçilemez.”

⁶⁰ **Kuzu, Burhan** (1999) “Bugünkü Seçim Sistemimiz ve Bazı Öneriler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 16, s. 260

içerisinde değerlendirerek ihlal bulmamıştır. Aynı kararında AİHM, seçim ittifaklarına müsaade edilmemesini de değerlendirmiş ve bu tür yasakların Türk seçim sisteminin zayıf noktalarından biri olduğunu belirtmiştir⁶¹.

Seçim ittifakları önündeki engellerin kaldırılarak buna imkân verilmesi, seçim barajının yıkıcı etkilerini azaltması ve temsilde adaletsizliği giderme de hafifletmesi bağlamında olumlu bir adım olarak değerlendirilebilir. Bu sayede küçük partilere yaşama hakkı verildiği savunulabilir. Kuşkusuz seçim sistemini temsilde adalete yaklaştırmanın en etkili yolu barajın kaldırılması veya düşürülmesidir ancak seçim ittifaklarının da bu amacı gerçekleştirmede faydalı olabileceği değerlendirilmelidir⁶².

Seçim barajını aşamayan bir partinin, başka bir partiyle ittifak yapmak suretiyle parlamentoda temsil edilmesine dair düzenlemenin temsilde adalet ilkesi bağlamında şu anki düzenlemeden daha adil sonuçlar üreteceği aşıkârdır. Seçime ittifakla girilmesi, aşkın temsilde azalmaya neden olacağı gibi, TBMM'de sandalyeye dönüşmeyen başka bir ifadeyle temsil edilemeyen oyların da temsil edilmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu muhtemel çıktılardan dolayı ittifak düzenlemesinin bu kısmını temsilde adaleti gerçekleştirme bağlamında olumlu bir adım olarak değerlendirmekteyiz.

III. İTTİFAK OYLARININ HESAPLANMASI

A. İTTİFAKIN ELDE EDECEĞİ MİLLETVEKİLİ HESABI

Lijphart, nispi temsil formüllerinin nispiyet derecesi (*Degrees of Proportionality of Proportional Representation Formulas*) başlıklı çalışmasında, dünyada en sık uygulanan üç nispi seçim sistemi modeli olan; en büyük artık usulü (*Largest Remainders*), d'Hondt usulü ve Sainte-Lague formüllerini kıyaslamış; D'Hondt usulünün büyük partiler lehine en fazla sonuç doğuran usul olduğu sonucuna ulaşmıştır⁶³. Bu özelliği d'Hondt sistemini nispiyetten uzaklaşan bir sistem olarak anılmasına sebebiyet vermektedir⁶⁴.

⁶¹ Yumak ve Sadak / Türkiye, (B. No: 10226/03) p. 72 Kararın tahlili için bkz. Eren (2008), s. 101-106.

⁶² Sabuncu, M. Yavuz (2006) "Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 23, s. 196.

⁶³ Lijphart, Arend (2003) *Degrees of Proportionality of Proportional Representation Formulas*, Electoral Laws and Their Political Consequences, (eds. Bernard Grofman & Arend Lijphart), New York: Agathon Press, s. 173.

⁶⁴ Hasdemir (1992), s. 261.

Gerçekten de 1961 yılından günümüze Türkiye’de yapılan – gerek barajsız d’Hondt (1969-1973,1977), gerekse ülke barajlı (bazı seçimlerde ülke ve çevre barajlı) d’Hondt usulünün benimsendiği – seçimler incelendiğinde, en fazla aşkın temsilin ilgili seçimde birinci gelen parti lehine olduğu görülmektedir.

13/3/2018 tarih 7102 sayılı “*Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un 21. maddesiyle 10/6/1983 tarih ve 2839 sayılı “*Milletvekili Seçim Kanunu*”nun “*Bir seçim çevresinde siyasi partilerin ve bağımsız adayların elde edecekleri milletvekili sayısının hesabı:*” başlıklı 34. maddesine eklenen fıkra şu şekildedir:

“İttifakın elde edeceği milletvekili sayısının hesaplanmasında, ittifak yapan siyasi partilerin toplam oyu esas alınır. İttifakın elde ettiği toplam milletvekili sayısı, ittifak yapan siyasi partiler arasında her birinin aldığı geçerli oy sayısı esas alınarak bu maddedeki usule göre paylaştırılır.”

İttifak düzenlemesi ile Milletvekili Seçim Kanunu’na eklenen 12/A maddesine göre: “*Seçimlere katılma yeterliliği taşıyan siyasi partiler, ittifak yaparak seçime katılabilir. İttifak yapan siyasi partiler, kendi aday listelerini verir.*” İttifak yapan siyasi partiler hiç ittifak yapmamış gibi milletvekili listesi sunmaktadırlar. Başka bir ifadeyle ittifaka katılsın katılmasın her siyasi parti 600⁶⁵ adaylık liste sunacaktır. İttifaka katıldıktan sonra ise listeler birleştirilmeyecek, üç partinin ittifak yapması durumunda toplam 1800 aday aynı ittifak içerisinde seçimlerde yarışacaktır.

Hüküm, ittifakın oylarının milletvekiline tahvilinde, ittifakın tek bir parti gibi hesap edilmesini öngörmektedir. Böylelikle ittifak, henüz ilk başta, bir parti gibi hesaba katılarak büyük partilere sağlanan avantajdan faydalanmış olacak; ardından milletvekillikleri kendi aralarında paylaşılacaktır. İfade edildiği üzere Türkiye’deki seçim sistemi en çok oy alan (birinci) partiyi mükâfatlandırmakta, en çok oy alan partiden başlayarak azalmakla birlikte neredeyse barajı aşan tüm partiler bakımından da bir aşkın temsil ortaya çıkarmaktadır⁶⁶. İttifakın ayrı listelerle yarıştığı halde bu kanuni düzenleme neticesinde milletvekili

⁶⁵ 6771 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliği neticesinde milletvekili sayısı 550’den 600’e çıkarılmıştır. m. 75

⁶⁶ **Sabuncu** (2006), s. 195.

hesaplamasında sanki büyük bir parti gibi temsilci çıkarmasının temsilde adaletsizliğe neden olacağından şüphe yoktur⁶⁷.

Basit bir örnekle açıklayacak olursak:

İki milletvekili çıkaran bir bölgede 1.000.000 geçerli oyun dağılımı şu şekildedir:

2 Milletvekili çıkaran Z şehrinde seçime katılan partiler	Alınan Oy	Oy Dağılımları
A Partisi	350.000	% 35
B Partisi	320.000	% 32
C Partisi	190.000	% 19
D Partisi	140.000	% 14

D'Hondt usulüne göre Z şehrinde, A Partisi 1, B Partisi 1 milletvekili çıkarmaktadır.

C ve D partisinin ittifak yaparak seçime girdiği varsayımında: A Partisi 1 Milletvekili, C ve D Partisi 1 Milletvekili çıkaracaktır. Ardından bu milletvekilliğini kendi arasında paylaşacak C partisinin adayı milletvekili olacaktır. Bu sonuç, % 32 oy alan B partisi adayı yerine ondan % 13 oranında daha eksik oy alan C Partisi adayının milletvekili olması anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle 320.000 oy alan B Partisi adayının yerine (B Partisinden 130.000 daha az oy alan) 190.000 oy alan C Partisinin adayı milletvekili olacaklardır.

Örnek üzerinde genel temsil tablosunda ise, İttifaksız durumda 1.000.000 oyun 670.000'i temsil edilirken, temsil olmayan oy 330.000'dir. İttifaklı durumda ise 1.000.000 oyun 540.000'i temsil edilirken, 460.000'i temsil edilemeyecektir. Böylece adayları milletvekili olan siyasi partiler bağlamında aşkın temsil oranı artarken, temsil edilemeyen oylar da artmakta ve eksik temsil yükselmektedir.

⁶⁷ "Seçimlerde ideal bir sistem bulunmamış olmakla birlikte ülke koşulları ve anayasal gerekler karşısında yasal düzenlemeleri gerçekleştirerek Anayasa'ya en uygununu almak ya da aykırı olanını bırakmak gerekir. Az oyla çok temsilci getiren, böylece sağladığı fazla milletvekilleriyle aşırı temsil durumunu getiren sistem Anayasa'nın temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmaz." 18.11.1995 Tarih, E. 1995/54 ve K.1995/59 sayılı karar

İttifaka oy verenlerin aşkın/eksik temsili hesabının yanlış yapıldığı, nihai olarak seçilen adayın C ve D Partisinin ittifak adayı olduğu, bu nedenle de birlikte değerlendirilmesi gerekliliği iddia edilebilir. Fakat yukarıda da belirtildiği üzere siyasi partiler ortak bir liste ile yarışmamakta, her parti kendi adaylarını göstermek koşuluyla kendi listesiyle bu yarışa dâhil olmaktadır. Siyasi partilerin ittifak yapmış olmaları seçimlere iki ayrı parti olarak katıldıkları ve seçilen milletvekilinin ittifakın değil kendisini aday gösteren siyasi partinin milletvekili olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

İttifak oylarının hesaplanması bağlamında getirilen bu yeni düzenleme, temelde d'Hondt sisteminin yüksek oy alan siyasi partiler lehine doğurduğu sonucun manipülasyonu anlamına gelmektedir. Oyların bu şekilde hesaplanması, tek bir listeyle yarışmayan siyasi partilerin sanki o şekilde yarışıyormuşçasına yapay bir şekilde oylarını arttırmaları sonucunu doğurmaktadır.

Özetle temsilde adalet bağlamında tartışmalı olan seçim sistemine eklenen bu yeni hesaplama metodu, az oyla çok temsilci çıkarılması sonucu doğurmaktadır. Bu durumun temsilde adaletle bağdaşmadığını Anayasa Mahkemesi 1995 tarihli kararında şöyle belirtmektedir:

“Seçimlerde ideal bir sistem bulunmamış olmakla birlikte ülke koşulları ve anayasal gerekler karşısında yasal düzenlemeleri gerçekleştirerek Anayasa'ya en uygununu almak ya da aykırı olanını bırakmak gerekir. Az oyla çok temsilci getiren, böylece sağladığı fazla milletvekilleriyle aşırı temsil durumunu getiren sistem Anayasa'nın temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmaz.”⁶⁸

B. “İTTİFAKIN ORTAK OYLARI” KAVRAMI VE HESABI

26/4/1961 tarih ve 298 sayılı “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun”un geçerli olmayan oy pusulaları başlıklı 101. maddesinde konumuzu ilgilendiren aşağıdaki iki oy geçersiz sayılmaktadır:

“Siyasi partilere veya bağımsız adaylara ayrılan alanlardan birden fazlasına “EVET” mührü basılmış olan,

⁶⁸ 18.11.1995 tarih, 1995/54 E. ve 1995/59 K. sayılı karar

Birden fazla siyasi partiye veya bağımsız adaya ayrılan alana taşmış “EVET” mührü bulunan,”

Aynı maddenin devamında aşağıdaki hallerin pusulayı geçersiz kılmadığı düzenlenmektedir:

“Bir siyasi parti veya bağımsız aday alanına basılan “EVET” mührünün sadece iki parti alanını ayıran çift çizgili bölgeye taşmış olması.

Başka bir siyasi partinin veya bağımsız adayın alanına taşmamak kaydıyla, bir siyasi partinin alanına birden çok “EVET” mührü basılması.”

7201 sayılı ittifak düzenlemesinin 10. maddesiyle buradaki geçersizlik hallerine istisna getirilmektedir. Mührün ittifak alanı içerisinde birden fazla siyasi partiye basılması, oy pusulasının geçerliliğini etkilemeyecektir. Ancak “EVET” mührünün ittifak bölümünün neresine ve kaç defa basıldığı hesaplamada farklı sonuçlar doğurabilecektir.

Düzenleme bu türden oyları ikiye ayrılmaktadır. İlk ihtimalde seçmen, hem ittifakta yer alan siyasi partiye hem de ittifak alanına ayrı ayrı EVET mührü basmaktadır. Bu halde oy ilgili siyasi partinin cetveldeki sütununa yazılacaktır. Düzenlemenin ilgili kısmı şu şekildedir:

“İttifak alanı içerisinde, “EVET” mührünün;

a) Bir siyasi partiye ayrılan alana,

b) Hem bir siyasi partiye ayrılan alana hem de ittifak unvanı bölümüne,

c) İttifak unvanı bölümüne taşacak şekilde bir siyasi partiye ayrılan alana,

basılması halinde, bu oy pusulaları geçerli kabul edilir ve sayım döküm cetvelinde o siyasi partinin cetveldeki sütununa işaretlenir.”

İttifak düzenlemesi, seçime ittifakla giren siyasi partilerin oy pusulasında ittifak başlığı altında birlikte yer almalarını içermektedir⁶⁹. Bu değişiklikle, seç-

⁶⁹ 7201 sayılı İttifak Düzenlemesinin 17. maddesi şu şekildedir:

2839 sayılı Kanununun 26 ncı maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine aşağıdaki paragraf eklenmiştir.

“İttifak yapan siyasi partiler, kuraya ittifak olarak dâhil edilir ve oy pusulasında yan yana yer alır. Bu partilerin ittifak içerisindeki sıraları da kurayla belirlenir. İttifak yapan siyasi partilerin sütunlarının üzerinde; kısa kenarı iki santimetre, uzun kenarı bu partilerin sütunlarının

menin hem ittifaka hem de ittifak içerisinde oy vermek istediği partiye oy vermesi sonucunu doğurma ihtimali düşünülmüş olacak ki, bu türden oyların geçerli kabul edilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Kanaatimizce bu oyların geçerli sayılması ve ilgili partinin cetveline yazılması, geçersiz sayılmasından daha isabetli bir tercihtir ve seçmen iradesini yansıtmaya bağlamında adil sonuçlar üretebilecek niteliktedir.

Düzenlemedeki ikinci ihtimalde, seçmenin ittifak içerisinde yer alan siyasi partilerin birden fazlasına “EVET” mührü basması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu türden oylar da geçersiz sayılmamakta “ittifak ortak oyları” sütununa yazılmaktadır.

“Bu haller dışında, yalnız ittifak alanı içerisinde “EVET” mührünün basıldığı her durumda, bu oy pusulaları da geçerli kabul edilir ve sayım dö-küm cetvelinde ittifak ortak oyları sütununa rakamlar birden başlamak üzere, sırasına göre çizilmek suretiyle, ayrı ayrı işaretlenir.”

Burada en sık karşılaşılabilecek ihtimaller şöyle sıralanabilir:

- Seçmenin yalnızca ittifak alanına EVET mührü basması,
- Seçmenin ittifakta yer alan siyasi partilerin sütunlarının ikisine birden taşacak biçimde EVET mührü basması,
- Seçmenin ittifakta yer alan siyasi partilerin tamamına ayrı ayrı EVET mührü basması,
- Seçmenin ittifakta ikiden fazla siyasi parti yer alması ihtimalinde birden fazlasına EVET mührü basması (ör. Beş partinin ittifakı halinde seçmenin üçüne EVET mührü basması)

Bu oyların geçerli sayılması ve seçmenin iradesini yansıttığı, seçmenin ittifak yapan bu siyasi partileri desteklediği gibi gerekçelerle savunulabilir. Kanaatimizce seçmenin herhangi bir ittifakı destekleme iradesinin kanunda yazan bu şartları sağlaması halinde geçerli sayılmasında temsilde adalet ilkesi hilafına bir sonuç bulunmamaktadır. Kaldı ki, yukarıda değinildiği üzere seçmenin aynı siyasi partinin alanına birden fazla “EVET” mührü basmasının oy pusulasını

genişliği ile sütunlarının aralığı toplamı kadar olan, dikdörtgen şeklinde ittifak unvanının yer alacağı ortak bir bölüm bulunur. İttifakın unvanı yoksa, ittifak unvanı bölümüne yalnız “İTTİFAK” ibaresi yazılır. Unvanı olmayan ittifakın birden fazla olması halinde, bunlar başvuru sırasına göre numaralandırılır. İttifak unvanı bölümü ile aralarındaki boşluk dâhil ittifak yapan siyasi partilerin sütunlarının tamamı ittifak alanıdır.”

geçersiz kılmayacağı, zaten kanunda yer almaktaydı. Aynı düzenlemenin bu sefer ittifak için uygulanması da hukuken öngörülebilir ve tutarlı bir sonuçtur.

Bu hüküm bağlamında temsilde adalet ilkesine aykırılık ancak bu türden oyların hesaplanması hususunda ortaya çıkabilecektir. Bu tür oyları ittifakın “ortak oyları” olarak belirten kanun koyucu, ortak oyların dağılımını şu şekilde hesaplanmasını hüküm altına almıştır⁷⁰:

“İttifak yapan her bir partiye ortak oylardan gelen pay; ittifak yapan siyasi partilerin tek başına aldıkları oyun bu partilerin toplam oyuna bölünmesi ile elde edilen katsayının ittifakın ortak oyu ile çarpımı sonucu elde edilir.”

A, B, C, D partilerinin ittifak yaptığını varsayalım. İttifak yapan bu partilerin tek başına aldıkları oylar sırasıyla A: %30 B: %10 C: %5 D: %5 olsun.

- Bir seçmen yalnızca ABCD İttifakı üzerine mühür basarsa,
- İttifak içerisinde birden fazla siyasi partinin alanına girecek şekilde

mühür basarsa,

bu oylar “ABCD ittifakı”nın ortak oyları olacaktır.

50 seçmenin bu şekilde oy kullanması durumunda oylar: A partisine 30, B partisine 10 C ve D partisine ise 5 ve 5 olarak alınan oylar oranında dağıtılacaktır.

Seçim anketlerinde kararsızların oylarının dağıtılmasını anımsatan bu usul, ilk bakışta oldukça adil görünse de bu hesaplama adil sonuçlar üretmekten uzaktır. Aynı örnekten devam edecek olursak:10 seçmenin hem C Partisi hem de D partisine birlikte mühür bastığını varsayalım. Bu 10 seçmenin oyları şu şekilde dağıtılacaktır: A: 6, B: 2, C:1, D:1. Oysa seçmenler yalnızca C ve D partisine mühür basmışlardı. Bu türden oyların A’ya ve B’ye dağıtılmasını, temsilde adalet ilkesiyle bağdaştırmak mümkün görünmemektedir⁷¹.

⁷⁰ 7201 sayılı İttifak Düzenlemesinin 18. maddesi

2839 sayılı Kanununun 29 uncu maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

“Ancak aynı ittifak içerisindeki siyasi partilerin her birinin geçerli oyu; ittifakı oluşturan siyasi partilerin o seçim çevresinde tek başına aldıkları oy sayısına, ittifakın ortak oylarından gelen payın ilave edilmesiyle elde edilir. İttifak yapan her bir partiye ortak oylardan gelen pay; ittifak yapan siyasi partilerin tek başına aldıkları oyun bu partilerin toplam oyuna bölünmesi ile elde edilen katsayının ittifakın ortak oyu ile çarpımı sonucu elde edilir.”

⁷¹ Yalnızca C ve D partisine mühür basan 10 seçmenin oylarının bu örnekte yalnızca 2 tanesi C ve D partisine gitmektedir.

Türkiye siyasetinden örnek verecek olursak⁷²: CHP, İyi Parti, Saadet Partisi ve HDP'nin seçim ittifakı yaptığını varsayalım. CHP %30, HDP: %15, İyi Parti %10, Saadet Partisi %5 almış olsun. HDP ve CHP'ye birlikte evet mührü basan 60 seçmenin 10'unun oyu İyi Parti'ye, 5'inin oyu da Saadet Partisi'ne gidecektir. Oysa bu 60 seçmen, İyi Parti ve Saadet Partisi'nin seçmeni değil, onlarla aynı ittifakta yer alan fakat ayrı partiler olan CHP ve HDP'ye oy veren seçmendir.

Başka bir örnek: AK Parti, MHP ve BBP'nin ittifak yaptığını varsayalım. Seçim sonuçlarında AK Parti %45 MHP: %10 BBP: %5 almış olsun. 12 seçmenin yalnızca MHP ve BBP'ye EVET mühür bastığı durumda bu 12 seçmenin oylarının 9'u AK Partiye, 2'si MHP'ye, 1'i de BBP'ye gidecektir. Oysa bu 12 kişiden hiçbiri AK Parti seçmeni değil, MHP ve BBP arasında kararsız kalmış seçmendir.

Düzenlemenin ittifak içerisinde birden fazla partiyi destekleyen seçmenin oylarını geçersiz saymama gayreti olumlu gibi görünse de bu ihtimallerde çıktılar seçmen iradesiyle bağdaşmamaktadır. Siyasi partiler aslında kendilerine oy vermeyen fakat birlikte yer aldıkları ittifak listesindeki diğer partilere oy veren seçmenden de oy almaktadırlar.

Başka bir durum ise yalnızca ittifak kısmına mühür basan seçmenin aslında kime ne oranda oy verdiğini bilemeyecek olmasıdır. Bir seçmenin yalnızca ittifak kısmına mühür basması, kendi oyunun yüzdelere dağıtılması anlamına gelmektedir. Seçmen oyunun hangi oranda dağıtılacağı ise ancak seçim sonuçlarıyla ortaya çıkacaktır.

Bir örnekle açıklayacak olursak: Seçim sonuçlarında ittifak yapan üç partiden A Partisi: %35, B Partisi: %10 ve C Partisi: %5 oy aldığı varsayımında yalnızca ittifak kısmına mühür basan bir seçmen aslında kime ne oranda oy verdiğini bilmemektedir. Oyunun dağılımını ancak seçim sonuçlarıyla öğrenebilecektir. Bu şekilde oy kullanan seçmen oyunun 0.7'si A Partisine, 0.2'si B Partisine, 0.1'i ise C Partisi'ne gitmiş olacaktır.

⁷² Türkiye siyasetinden verdiğimiz örneklerde kullandığımız bu oranlar, herhangi bir tahmin içermediği gibi, bir temenni olarak da değerlendirilmemelidir. Yalnızca okurun zihninde rahat canlandırması amaçlanmış, oyların paylaşılması bağlamında birbirlerinin katları olan ve rahat paylaşılacak sayılar seçilmiştir.

Seçmen oylarının geçersiz sayılmasındansa seçmen iradesinin geçerli oy olarak TBMM'ye yansıtılması çabası değerli bir çaba olup, temsilde adalete katkısı yadsınamaz. Ancak benimsenen bu hesaplama yöntemi belirlilikten uzaktır. Burada belirliliği sağlamak adına birkaç ihtimal düşünülebilir:

1. Ortak oyların ittifak yapan siyasi partiler arasında eşit paylaşılması,
2. Ortak oyların nasıl dağıtılacağına ilişkin ittifak protokolünde seçim yapılmadan evvel siyasi partilerce kararlaştırılması⁷³,
3. İki den fazla siyasi partinin ittifak yapması halinde birden fazla partiye "EVET" mührü basan seçmenin oyunun yalnızca bu partiler arasında paylaşılması.

İttifak düzenlemesinin tamamı göz önünde bulundurulduğunda, ittifak oylarının barajı geçerken birlikte değerlendirilmesi karşısında bu türden "ortak" oyların, seçim sonuçlarına göre paylaşılması düzenleme içerisinde de tutarsızlık oluşturmaktadır.

Ortak oyların siyasi partilere dağıtılmasında kullanılan hesaplama yöntemi hukuki belirlilikten uzaktır. Yukarıda işaret edilen farklı ihtimallerde, tam olarak anlaşılabilen seçmen oyunun ise siyasi partilerin aldıkları oylara göre dağıtılması temsilde adaleti engelleyebilecektir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Anayasa, seçim kanunlarının *temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkele-rini* bağdaştırılarak düzenlenmesini öngörmektedir. Bağdaştırılması imkânsız olan bu iki ilkeyi birbiriyle uzlaştırma gayretinin temel gerekçesi ise tek bir seçimle hem yasamanın hem de yasamadan çıkan ve ona karşı sorumlu olan yürütmenin belirleniyor olmasıdır. Seçim kanunları incelendiğinde, bağdaştırılması mümkün olmayan iki ilkedden birinin, "yönetimde istikrar" ilkesinin, tercih edildiği görülmüştür. Bilhassa ülke geneli seçim barajının % 10 olarak belirlenmesi, bu tercihin en kristalize olmuş ögesidir.

⁷³ Oyların geçerli veya geçersiz sayılmaları ile hesaplanmasının nasıl yapılacağına ilişkin kanunla düzenlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Hesaplamanın protokolle partiler arası anlaşmaya bırakılmayacağı da iddia edilebilir. Kanaatimizce kanundaki hükümdense belirliliğin sağlanması anlamında bu öneri daha tutarlı çıktılar üretebilme kapasitesine sahiptir. Yalnızca İttifak kısmına "evet" mührü basan seçmen oyunun ittifaktaki partiler arasında hangi oranda paylaşılacağına bilemezken bu ihtimalde seçmen henüz oy vermeden bu bilgiye sahip olabilecektir.

16 Nisan 2017 halkoylamasında kabul edilen 6771 sayılı kanunla Anayasanın 70 maddesinde değişiklik yapılmış, Türkiye, yürütmenin yasamadan çıkmadığı ve ona karşı sorumlu olmadığı bir hükümet sistemine geçmiştir. Yeni sistem, yasama seçimlerinin yürütmeye bakan yönünün olmadığı, yasama ile yürütmenin keskin ayrılığı üzerine inşa edilmiştir. Bu sistemde yasama organının (TBMM) seçimi ile yürütme organının (Cumhurbaşkanlığı) seçimi aynı gün yapılmasına karşın, ayrı oy pusulaları ile farklı farklı seçimler olarak gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti tarihinde ilk kez milletin kendi temsilcileri olan “milletvekili” seçimini yaptığı oylama ile ülkeyi yönetecek yürütme organını seçtiği oylama farklı seçimlerin konusunu oluşturmuştur.

Bu sistem değişikliği ve organların ayrı ayrı seçilmesi, diğer bir ifadeyle temsilci seçimi ile yönetim seçiminin farkı oylarla belirlenmesinin bir sonucu olarak, seçim kanunlarının Anayasa m. 67’de belirtilen iki ilkeyi bağdaştırma gerekliliği de bağlamından koparılmıştır. Yeni düzende TBMM seçimlerinde uygulanacak kuralları ilgilendiren tek ilke “temsilde adalet” ilkesidir. Şu hâlde temsilde adalet ilkesinden en büyük kopuşu ifade eden % 10 seçim barajı, yeni hükümet sistemine geçilmesiyle anayasal dayanaktan yoksun kalmıştır. Hangi hükümet sistemi tercih edilirse edilsin demokrasiyle bağdaştırılması güç olan bu denli yüksek bir baraj, benimsenen yeni hükümet sistemiyle evleviyetle çelişmektedir. Nitekim başkanlık sistemiyle yönetilen ülkelerde seçim barajlarına neredeyse hiç rastlanmazken, yasama organı seçimlerinde temsilde adaletin ve çeşitliliğin sağlandığı yöntemlere yoğunlaşıldığı görülmektedir.

Kanun koyucu bu tespitlerimize rağmen yeni sistemin kabulünden sonra yaptığı ilk seçim kanunu düzenlemesinde %10 ülke geneli seçim barajında bir değişikliğe gitmeyi tercih etmemiştir. İttifak düzenlemesi olarak adlandırdığımız kanun değişikliği ile seçim hukukumuzda üç adet yenilik getirilmiştir.

Bunlardan ilki; siyasi partilerin seçim ittifakı yapmaları önündeki engellerin kaldırılması ve buna imkân tanınmasıdır. İttifakın yasak olduğu önceki dönemlerde siyasi partiler muvazaalı ittifaklarla bu yasağı aşmaktaydılar. Yapılan bu değişiklik, siyasi partilerin seçim ittifakı yapmalarına müsaade edilmekle kalmamış, seçim barajı hesabında ittifak yapan siyasi partilerin toplam oylarının baz alınacağını düzenlemiştir. Bilhassa küçük partilerin yüksek seçim barajının yıkıcı etkilerinden korunması, siyaseten hayat şansı elde etmeleri ve TBMM’de temsil kabiliyetine sahip olmalarını birlikte değerlendirildiğinde, değişikliğin bu kısmı olumlu bir adım olarak görülmektedir. Nitekim bir kara-

rında AİHM, Türk seçim mevzuatının ittifakı yasaklamasını, sistemin bir eksikliği olarak ifade etmiştir. Siyasi partilerin ittifak yaparak güçlerini birleştirilmesi ve yüksek baraj engelini elbirliğiyle aşmaları temsilde adaletin sağlanmasına da katkı yapma potansiyeline sahiptir.

Burada ülke genelinde %2 oy alan siyasi partinin ittifak yaparak seçim barajını geçebilmesine karşın, %9,9 oy alan siyasi partinin barajı aşamamasından dolayı eşitsizlik olduğu iddia edilebilir. Belirttiğimiz üzere %10 seçim barajı çok yüksek bir oran olup, yeni sistemde tamamen zeminsiz kalmıştır. Buna rağmen kanun koyucu bunu kaldırmamış veya düşürmemiş fakat barajını ittifakla aşmaya imkân tanımıştır. Seçim barajının kendisini adaletsiz bulduğumuz için bakış açımız, barajı ne kadar çok siyasi parti aşarsa seçim sonucunun o nispette adil olacağı yönündedir. Bu nedenle bu argümana katılmamaktayız.

İttifak düzenlemesiyle getirilen ikinci yenilik, ittifak oylarının milletvekiline dönüştürülmesinde uygulanan metottur. Buna göre siyasi partilerin ittifak yapması halinde, öncelikle ittifak eden partiler tek bir parti gibi diğer partiler karşısında yarışacak, ardından ittifakın elde edeceği milletvekili sayısı ittifak yapan partiler arasında paylaşılacaktır. Türkiye'nin uzun yıllardır kullandığı nispi temsil sisteminin d'Hondt usulü, yüksek oy alan siyasi partiler lehine çıktılar üretmekte, birinci partileri mükâfatlandırırken azalan oranlarda yüksek oy alan partilerdeki aşkın temsili arttırmaktadır. İttifakın henüz başta tek bir parti gibi hesaplanması, ittifakın rakipleri aleyhine daha fazla milletvekili kazanması, sonrasında ise bunları aralarında paylaşması, kanaatimizce d'Hondt usulünün manipülasyonu anlamına gelmektedir. Bu ise daha az oy alan siyasi partilerin yalnızca ittifak yaptıkları için daha fazla oy alanları geride bırakması, daha fazla oy alan siyasi partidense ittifakın içerisinde yer alan ve fakat daha az oy alan siyasi partinin temsilci çıkarması sonucunu doğurmaktadır. Bu sonuç da ittifakta yer alan siyasi partiler adına aşkın temsile neden olurken, diğer partiler adına eksik temsili ifade etmektedir. Az oy ile daha fazla temsil olarak özetlenebilecek bu durum, temsilde adalet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

İttifak düzenlemesi ile getirilen üçüncü yenilik, "ittifak ortak oyları" kavramıdır. Kanun koyucu ittifak içerisinde bir yere "EVET" mührü basmaktansa yalnızca ittifak kısmına bu mührü basan seçmen ile mührü ittifak yapan siyasi partilerin birine değil de birkaçına basan seçmenin oy pusulasının geçerli olacağını düzenlemiştir. Bu türden oyların, "ittifak ortak oyları" kısmına yazılacağı hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce seçmen oylarının bu tür gerekçelerle ge-

çersiz sayılması yerine tercih edilen bu yöntemde, seçmen iradesinin seçim sonuçlarına yansıtılması kaygısı taşınmaktadır ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Kanun koyucu düzenlemenin devamında “ittifak ortak oyları”nın paylaşılmasında siyasi partilerin aldıkları oylar nispetinde kendilerine oy aktarılacağını düzenlemiştir.

Seçim anketlerinde kararsız seçmen oylarının dağıtılmasını anımsatan bu usul ilk bakışta adil gibi görünmektaysede belirlikten uzak olduğu gibi, yukarıda örnekleriyle açıklamaya çalıştığımız gibi seçmen iradesiyle taban tabana zıt çıktılar da üretebilecek niteliktedir. Yalnızca ittifak kısmına “EVET” mührü basan seçmenin oyu, yüzdelik dilimlerle dağıtılacaktır. Örneğin 3 siyasi partinin ittifak yaptığı bir durumda ittifak kısmına mühür basan seçmenin oyunun, %60’ı ittifaktaki bir siyasi partiye gidecekken kalan %25 ve %15 olmak üzere ittifaktaki diğer siyasi partiler arasında paylaşılabilir. Bu işlem ise ancak seçim sonuçları açıklandıktan sonra yapılabilir. Şu hâlde oy kullanıldığı sırada seçmen, ittifaka oy verdiğini bilirken oyunun hangi partiye hangi oranlarda dağıtılacağından ise habersiz olacaktır. Bu örnekten devam edecek olursak yalnızca %25 ve %15 oy alan iki müttefik partiye mühür basan seçmenin oyu da “ittifak ortak oyları” kısmına yazılacak, bu oyun da %60’ı seçmenin iradesi hilafına en yüksek oy alan partiye gidecektir. Hukuki belirlikten uzak olan bu usul, seçmen iradesini yansıtamama potansiyeli de barındırdığı için temsilde adalet ilkesine aykırılıklar içermektedir.

Netice itibarıyla, ittifak düzenlemesiyle getirilen yeniliklerden partilerin seçimlere ittifak yaparak girmelerine imkân sağlanması olumlu bir gelişmedir. İttifak yapan siyasi partilerin ülke geneli seçim barajına ittifakın toplam oyları ile hesaplanması da aynı şekilde olumlu bir gelişme olup, yüksek seçim barajı engelinin siyasi partilerin elbirliği ile aşmaları bağlamında temsilde adalet ilkesine de aykırılık taşımamaktadır. Buna rağmen ittifak yapan siyasi partilerin oylarının önce tek bir parti gibi hesaplanması ardından ittifak içerisinde paylaşılması temsilde adaletsizliği arttıracaktır. Seçmen iradesinin açıkça anlaşılmadığı durumlarda oy pusulasının geçersiz sayılmasındansa o türden oyların ittifakın ortak oyları kısmında değerlendirilmesi olumlu bir gelişme olup, ittifak ortak oylarının ittifak yapan siyasi partiler arasında paylaşılması usulü temsilde adalet ilkesiyle çelişmektedir.

KAYNAKÇA

Araslı, Oya (1989) Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye'de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987), Ankara: Ankara Üniversitesi Yay.

Atar, Yavuz (2006) "Seçim Hukukunun Güncel Sorunları", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 23,s. 211-235.

Bahçeci, Barış (2005) "1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, s. 365-396.

Baldini, G. / Pappalardo, A. (2009) Elections, Electoral Systems and Volatile Voters, London: Palgrave Macmillan.

Barın, Taylan (2014) Türkiye'nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi AK Parti, CHP, MHP ve BDP'nin Anayasa Önerileri ile 1982 Anayasası ve Anayasa Uzlaşma Komisyonu Taslağının Karşılaştırılması, İstanbul: XII Levha Yayınları.

Caniklioğlu, Meltem Dikmen (1999) "Seçim Sistemlerinin İstikrarın Sağlanmasındaki Rolü", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 16, s. 17-44.

Croissant, A. (2002) Electoral Politics in South Korea, içinde Electoral politics in Southeast & East Asia (ed Aurel Croissant), Singapore: Friedrich Ebert Stiftung Publication, s. 233-277.

Daver, Bülent (1988) "Seçim Sistemi ve Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı Dergisi C. 5, s. 131-147.

Doğan, İlyas (2017) Dört Kıtada Başkanlık Sistemi, (ed. İlyas Doğan), Ankara: Astana Yayınları.

Eren, A. (2008) "Türkiye'de Uygulanan %10 Genel Seçim Barajının Serbest Seçim Hakkını İhlal Sorunu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, s. 63-110.

Farell, David M. (1997) Comparing Electoral Systems. London: Macmillan Press.

Gözler, Kemal (2011) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I., Bursa: Ekin Yay.

Gürsel, Sefettin (1999) "Toplumsal Tercih Kuramı Çerçevesinde Anayasa'nın 67. Maddesinde Yer Alan Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Değerlendirilmesi", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 16, s. 46-68.

Hasdemir, Asrak Tuba (1992) "1980 Sonrası Türkiye'de Seçim Sistemi - Kimi Sapmalar" -,Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 47, S. 1-2, s. 253-276.

Huber, J. D. (1996) *Rationalizing parliament: legislative institutions and party politics in France*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kuzu, Burhan (1999) Bugünkü Seçim Sistemimiz ve Bazı Öneriler, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 16, s. 254-293.

Lijphart, Arend (2003) "Degrees of Proportionality of Proportional Representation Formulas", içinde *Electoral Laws and Their Political Consequences* (eds Bernard Grofman & Arend Lijphart), New York: Agathon Press, s. 170-184.

Miş, Nebi / Aslan, A., Ayvaz, M. E. / Duran, H. (2015) *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları (ABD, Brezilya, Arjantin, Meksika, Güney Kore ve Şili)*. Ankara: Seta Vakfı Yay.

Miş, Nebi / Duran, Hazal (2018) *Seçim İttifakları*, Ankara: SETA Vakfı Yay.

Neziroğlu, İrfan ve Tuncer, Yılmaz (2015) *Koalisyon Hükümetleri, Koalisyon Protokolleri, Hükümet Programları ve Genel Kurul Görüşmeleri*, Ankara: TBMM Yayınları.

Özbudun, Ergun (1995) "Seçim Sistemleri ve Türkiye", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, s. 521-539.

TBMM Araştırma Merkezi (2015) *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Başkanlık Sistemi (ABD, Arjantin, Azerbaycan, Brezilya ve Nijerya Örnekleri)* Ankara: TBMM Yay.

Tuncer, E. (2006) "Türkiye'de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23, s. 167-182.

Türk, Hikmet Sami (1996) "Demokratik Rejimlerde Seçim Kanunları ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Kanunu Önerisi", içinde *Türkiye ve Avrupa'da Seçim Sistemleri*, s. 7-19, İstanbul: Friedrich Ebert Vakfı Yay.

Türk, Hikmet Sami (2006) "Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23, s. 75-112.

Sabuncu, M. Y. (2006) "Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23, s. 191-197.

Uzeltürk, Sultan Tahmazoğlu (2006) *Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23, s. 237-278.

İnternet Kaynakları

- <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c088/tbmm19088123ss0861.pdf>
- <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm>
- <http://ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/5064/2017-663.pdf>
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf>
- https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c017/dm__02017089ss0386.pdf
- https://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/_Global/_Government/pg_CabinetHistory.aspx
- https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c017/dm__02017089ss0386.pdf
- <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxvii>
- <https://www.house.gov/the-house-explained>
- <https://www.house.gov/representatives>
- <http://pdba.georgetown.edu/ElecSys/Argentina/argentina.html>
- <http://english.tse.jus.br/arquivos/federal-constitution>
- http://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/The_Mexican_Electoral_System/
- http://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/30_essential_questions/#3
- <http://pdba.georgetown.edu/ElecSys/Mexico/mexico.html>
- <http://www.electionguide.org/elections/id/2648/>
- http://www.nec.go.kr/engvote_2013/02_elections/01_04.jsp
- <http://www.electionguide.org/elections/id/2619/>
- http://www.nec.go.kr/engvote_2013/05_resourcecenter/07_01.jsp
- <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/files/2101.html#ar>
- [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-AD\(2008\)037-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-AD(2008)037-e)
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-2137.pdf>
- <http://ysk.gov.tr/tr/milletvekili-genel-secim-arsivi/2644>
- <http://betam.bahcesehir.edu.tr/2018/03/ittifak-kuralinin-secim-sonuc-larina-etkileri/>

DEVLET TEORİSİNDE KUVVETLER AYRILIĞININ DOĞUŞU: LOCKE VE MONTESQUIEU

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ÖZKAN DUVAN*

ÖZET

Kuvvetler ayrılığı ilkesi günümüzde demokratik anayasal yönetim anlayışının tartışmasız temel unsuru olarak kabul edilmektedir. İktidarı kullananların yetkilerini sınırlama ihtiyacıyla ortaya çıkan bu ilkenin tarihsel gelişim süreci İlk Çağ'a kadar uzanmaktadır. Ancak modern anlamıyla kuvvetler ayrılığı anlayışının kökenleri büyük ölçüde İngiliz filozof Locke ve Fransız düşünür Montesquieu'nun çalışmalarına dayanmaktadır. Locke'un yasama-yürütme-federatif erkler ayrımı, Montesquieu'da yasama-yürütme-yargı ayrımı formunu kazanmıştır. Bu çalışmada, öncelikle üçlü erkler ayrımının gelişim süreci, düşünürlerin yaklaşımları bakımından ayrı ayrı ele alınmaktadır. Ardından farklı özellikleri bakımından erkler ayrılığı düşüncelerinin analizi yapılmaktadır. Locke, Montesquieu, hatta son bölümde kuvvetler ayrılığının yanlış olduğunu savunan muhaliflerin, Rousseau'nun düşünceleri ele alınmaktadır. Yasamanın üstünlüğü görüşünün öne çıkması nedeniyle erkler arasındaki ilişkiler için öngörülen fren ve denge mekanizmasının ancak devrimler döneminden sonra etkin şekilde uygulama alanı bulduğu öne sürülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Devlet Teorisi, Kuvvetler Ayrılığı, Yasama Erki, Yürütme Erki, Yargı Erki, Locke, Montesquieu.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı,
ayse.duvan@istanbul.edu.tr (Geliş Tarihi: 31.07.2018 – Kabul Tarihi: 23.10.2018)

THE EMERGENCE OF DOCTRINE OF THE SEPARATION OF POWERS: LOCKE AND MONTESQUIEU

ABSTRACT

The principle of separation of powers is now regarded as a fundamental element of democratic constitutional governance. The historical development process of this principle, which emerged with the need of limitation of power users, extends to the early ages. But the modern sense of the concept of separation of forces is largely based on the work of the English philosopher Locke and the French thinker Montesquieu. Locke's legislative-executive-federative separation of powers has won the form of legislative-executive-judicial separation in Montesquieu. In this study, the process of development of the division of triad powers is firstly handled separately in terms of the approaches of thinkers. Then, comparative analysis of different features is made. Locke, Montesquieu, and even Rousseau, who argues that the separation of forces is wrong. Finally, it is argued that the mechanism of checks and balances proposed for relations between the powers because of the prominence of parliamentary superiority has only been effectively applied after the period of revolutions.

Key Words: State Theory, Separation of Powers, Legislative Power, Executive Power, Judicial Power, Locke, Montesquieu.

GİRİŞ

Siyaset teorisinde devlet olarak tanımlanan yapı, bir bütün olarak kabul edilmekle birlikte devlet gücünün kullanılması söz konusu olduğunda bütünlükten söz edilememektedir. İktidarın sınırlanması ihtiyacıyla gelişen erkler ayrımı, devletin yerine getirdiği görevlerin ayrılması olarak anlaşılmaktadır. Devletin bu görevlerinin her biri belirli bir organa verilir ve bu organların yapısal bakımdan göreceği işler onların fonksiyonu olarak biçimlenir. Kuvvetler arasındaki ilişki ve meydana gelen karşılıklı etkileşim, siyasal rejimlerin niteliklerini saptayıcı niteliktedir. Özellikle de yasama erki ile yürütme erki arasındaki ilişki bu anlamda daha belirleyici bir mahiyet arz eder.¹ Devlet olarak tanımlanan yapının egemen iradesini kullanma şeklini belirlemede çözüm olarak sunulan kuvvetler ayrılığı ilkesi, uzun bir süreçte olgunlaşmıştır.

Kuvvetler ayrılığı düşüncesinin gelişim sürecini, ideal devlet arayışına katkıda bulunan İlk Çağ düşünürlerine kadar götürmek mümkündür. Sürece katkısı bakımından bu dönemin düşünürleri arasında Aristoteles'in çalışmaları ön plana çıkmaktadır. Erdemlilikten hareketle en iyi hükümet fikrini arayan Aristoteles, devletin faaliyetlerini üçe ayırarak her faaliyetin bir organa verilmesi gerektiği düşüncesini ilk kez ortaya atmış; bu düşünceye dayanan güçler ayrımının ilk tasvirini ve tahlilini yapmıştır.² Aristoteles'e göre, en iyi anayasa, iki yanlı yönetim şekli olan oligarşi ile demokrasinin karışımı sonucunda ortaya çıkacak doğru bir yönetim şekli olan bir karma anayasa olacaktır. Böyle bir anayasa Aristoteles tarafından "her devlette bulunan erklerin dağılımının, egemenliğin yerinin ve siyasal toplumun gerçekleştirmeyi amaçladığı hedefin belirlenmesi için benimsenen düzenleniş biçimi" şeklinde tanımlanmıştır.³

Üçlü iktidar anlayışını geliştiren Aristoteles, yönetimin üç işlevle sağlanabileceğini savunmuştur.⁴ Bu işlevler, yasamaya tekabül eden müzakere ma-

¹ **Tunaya, Tarık Zafer** (1980) *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, s. 390.

² **Doehring, Karl** (2002) *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, Mumcu, Ahmet (Çev.), İstanbul, İnkılap Kitabevi, s. 192; **Ağaoğulları, Mehmet Ali** (2002) *Kral Devletinden İmparatorluğa*, 3. Bası, Ankara-İstanbul, İmge Kitabevi, s. 355; **Akgül, Mehmet Emin**, 'Kuvvetler Ayrılığı İlkesini Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı', *Ankara Barosu Dergisi*, S: 4, Y: 2010, ss. 79-101, s. 82.

³ **Ağaoğulları** (2002) s. 355.

⁴ **Aristoteles** (2005) *Politika*, Tunçay, Mete (Çev.), İstanbul, Remzi Kitabevi, s. 132-133; **Touchard, Jean** (2015) *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Yerguz, İsmail (Çev.), İstanbul, İslık Yayınları, s. 61.

kamı, yürütmeye tekabül eden kumanda makamı ve yargıya tekabül eden adalet makamıdır.⁵ Yasama erki Aristoteles'in düşüncesinde, savaş ve barışa karar verme, anlaşma yapma ve bozma, yasa koyma ve kaldırma, ölüm, sürgün veya mala el koyma cezası verme yetkisiyle donatılmış en üstün güç olarak tasarlanmıştır. Yürütme erki, belirli konularda görüşme yapıp karar alma ve buna ilişkin buyruk verme yetkisiyle donatılmıştır. Aristoteles'in düşüncesinde yargı erkine davalara bakma yetkisine sahip olarak daha kısa bir şekilde değinilmiştir. Geliştirdiği bu görüşlerle üç ayrı iktidar alanı ayırımını yapmış olmakla birlikte, Aristoteles'in modern anlamda, erklerin birbirlerini dengeleyip frenledikleri kuvvetler ayrılığı düşüncesine sahip olmadığı kabul edilmektedir.⁶ Aristoteles'in üçlü erkler ayırımını yapmasındaki amaç, devlet şekillerini daha belirgin şekilde analiz etmek, bunlar arasındaki anayasal farklılıkları daha açık şekilde ortaya koymak ve karakterize etmek olarak anlaşılmıştır. Meclislerin, yöneticilerin ve yargıçların belirlenmesi ve işlevlerinin saptanması, esas alınacak rejim türüne göre değişiklik arz etmektedir. Dolayısıyla söz konusu ayırım, bir gelecek vaat eden ancak kesinlikle bir kuvvetler ayrılığı öğretisi olarak nitelenemeyecek işlevsel bir ayırmadır.⁷ Roma döneminin siyaset kuramcılarında olan Polybios da Yunan düşünürleri tarafından geliştirilen karma anayasa kuramının bir başka temsilcisidir. Polybios, yönetimin bozulmasının önüne geçmek için siyasal gücün, birbirini denetleyebilecek çeşitli kurumlar arasında dağıtılmasını uygun bulmuştur.⁸ Kuşkusuz çağdaş hukuk ve egemenlik teorileri ile İlk Çağ düşünürlerinin geliştirdiği bu yaklaşımlar arasında yakın bir ilişki vardır.⁹

Modern anlamıyla kuvvetler ayrılığı anlayışının kökenleri büyük ölçüde İngiliz filozof John Locke ve Fransız düşünür Baron de Montesquieu'nun çalışmalarına dayanmaktadır. Kavramın oluşmasında ise iki düşünürle birlikte Lord Bolinbroke'un çalışmaları da pay sahibidir. Voltaire'i ve Montesquieu'yu

⁵ **Akipek, İlhan** 'Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Âmil Olan Fikirler', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1, Y: 1952, ss. 167-182, s. 168.

⁶ **Ağaoğulları** (2002) s. 356; **Akad, Mehmed / Dinçkol, Bihterin Vural / Bulut, Nihat** (2014) Genel Kamu Hukuku, 10 Bası, İstanbul, Der Yayınları, s. 31.

⁷ **Touchard**, s. 62; **Doehring**, s. 192.

⁸ **Şenel, Alaeddin** (1995) Siyasal Düşünceler Tarihi, 4. Kısaltılmış Bası, Bilim ve Sanat Yayınları, s. 210-211.

⁹ **Vile, M.J.C.** (1998) Constitutionalism and the Separation of Powers, 2. Bası, Indianapolis, Liberty Fund, s. 26.

derinden etkilediği kabul edilen Bolinbroke, İngiltere’de parlamentonun, kraliyet bakanlarının her dediğini onaylayan bir araç haline gelmesine karşı çıkmış ve yasamanın yürütmeden bağımsız olmasını savunmuştur.¹⁰ Bu bağlamda geliştirilen kuvvetler ayrılığı kavramı on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllarda bilimsel çerçeveye oturtulmuştur. Öte yandan on üçüncü yüzyılda *Magna Carta* ile İngiliz Kralının yetkilerinin sınırlandırılmasına yönelik gelişmeler de güçler ayrımı anlayışıyla bağdaştırılabilmektedir.¹¹

Anayasacılığın özünü oluşturan siyasi iktidarın sınırlanması düşüncesi ile kuvvetler ayrılığı teoremi Orta Çağ’da John Locke tarafından ortaya atılmıştır. On yedinci yüzyılda mutlakiyetçi devlet anlayışına ağır bir darbe indiren Locke, liberal devlet sisteminin öncüsü olarak kabul edilmektedir. 1690 yılında “Hükümet Üzerine İnceleme”¹² adlı çalışmasıyla kuvvetler ayrılığı teorisinin temellerini oluşturmuştur. Kuvvetler ayrılığı yaklaşımı daha sonra Fransız filozof Montesquieu’nun 1748 yılındaki “Yasaların Ruhu Üzerine”¹³ adlı çalışmasıyla geliştirilmiş ve modern dönemdeki formunu kazanmıştır. Çalışmamızda kronolojik gelişimine uygun olarak önce Locke’un, ardından Montesquieu’nun erkler ayrımına, son olarak Rousseau’nun kuvvetler ayrılığı karşısı siyaset teorisine yer verilecektir. Düşünürlerin kuvvetler ayrılığı ilkesinin gelişimine katkıları ele alınacaktır.

I. LOCKE’TA KUVVETLER AYRILIĞI TEORİSİ

Diğer doğal hukuk savunucuları gibi John Locke da liberal özgürlük temeline dayalı siyaset anlayışını ifade etmek üzere insan unsuru ve doğal yaşamın özelliklerinden yola çıkmaktadır. Locke’a göre insan sosyal bir varlık olarak yaratılmıştır. Bu nedenle birey, doğası gereği toplum içinde yaşamak zorundadır. Toplum içinde yaşayan sosyal bir varlık olarak insan aynı zaman-

¹⁰ **Schulze, Hagen** (2005) *Avrupa’da Ulus ve Devlet*, Binder, Timuçin (Çev.), İstanbul, Literatür Yayınları, s. 74.

¹¹ **Doehring**, s. 193.

¹² **Locke, John** (1940) *Of Civil Government*, New York, J. M. Dentand Sons Ltd. London / E. P. Duttonand Co. Inc. (Eserin 1940 yılına ait bu basımında “Hükümet Üzerine İnceleme” ile “Hükümet Üzerine İkinci İnceleme” tek cilt olarak birlikte basılmıştır).

¹³ **Montesquieu** (2017) *Yasaların Ruhu Üzerine*, Günen, Berna (Çev.), 2. Bası, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları.

da doğal olarak eşit ve özgürdür. İnsanlar başkalarından izin almaya gerek görmeden kendi istek ve iradeleriyle bu doğal yaşam durumundan çıkarak siyasal bir iktidara boyun eğmeyi kabul etmişlerdir. İnsan yaşamlarının ve vücut bütünlüklerinin korunması, güvenli bir ortamda mallarını rahatça kullanabilmek için, kötülöklere karşı daha iyi korunabilmek için siyasal toplumu kurmuşlar ve hükümeti oluşturmuşlardır. Siyasal toplum, kendini oluşturan her bireyin rızasıyla kurulduğu için, toplumu hareket ettirecek olan güç olan iktidar da çoğunluğun istek ve iradesine dayanmaktadır.¹⁴

A. YASAMA-YÜRÜTME-FEDERATİF ERKLER AYRIMI

Locke'un düşüncesinde toplumu oluşturan bireyler, aralarında yaptıkları sözleşmeyle doğa durumuna son verip, yaşanan anlaşmazlıkları çözümlenecek, suçluları cezalandıracak olan bir otoritenin tesis edileceği siyasal toplum durumuna geçerler.¹⁵ Böylece bütün insanların müşterek ihtiyacı olan güvenlik ihtiyacı iktidar tarafından karşılanmış olacaktır. Bu anlamda siyasal toplum dışında olan kimseler tarafından ya da toplum içinde yasalara uymayanlar tarafından toplum üyelerine verilebilecek zararları önleme gücüne sahip bir yapılanma meydana getirilmiştir. Bu yapılanmada yasa koyma ve yasaları uygulama işlevlerini yerine getirmek üzere yasama ve yürütme organları mevcuttur. Bu düşünce örgüsüyle Locke söz konusu kuvvetler ayrımını doğa durumu ve doğal hukuk kavramları üzerine inşa etmiştir.¹⁶ Ancak modern anlamdaki kuvvetler ayrılığında yasama ve yürütmenin yanındaki üçüncü erk yargı iken, Locke'un düşüncesinde yasama ve yürütmenin yanındaki üçüncü erk federatif erktir.

Locke'un erkler ayrımı düşüncesinde, yürütme ve federatif erkler nazaran yasama erkinin siyasal toplumda ilk biçimlenen erk olduğu ve üstün mahiyet arz ettiği kabul edilmektedir. Yasama gücü, toplumu ve üyelerini korumak için oluşturulmuş devlet güçlerinin nasıl kullanılacağını belirleyen

¹⁴ **Locke, John** (1952) *The Second Treatise of Government*, New York, The Liberal Arts Press, s. 55.

¹⁵ **Locke** (1952), s. 6.

¹⁶ **Jenkins, David** (2011) 'The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative', *Mc Gill Law Journal*, C: 56, S: 3, ss. 543-589, s.547.

iktidardır. Siyasal toplum düzeninin kurulmasıyla izlenen amaçların gerçekleştirilmesi için öncelikle yasama gücünü tesis etmek gerekir. Yasama kutsal, üstün, egemen bir güçtür ve siyasal toplum kurulurken bu gücü kime vermişse gücü kullanma yetkisi ona ait olur. Bu üstünlük nedeniyle diğer erkler yasamaya tabidir. Özellikle yürütmenin olağanüstü durumlarda bile her zaman yasamaya hesap vermek zorunda olduğu kabul edilmiştir.¹⁷ Öte yandan can güvenliği ve mülkiyet haklarının korunmasını sağlayan bir siyasal toplum ya da bu toplumun yasama iktidarı, kamu iyiliğinin gerektirdiği sınırların ötesine geçemez.¹⁸ Egemen gücün ya da yasama iktidarının tek amacı toplumun iyiliği, huzuru ve güvenliğini sağlamaktır. Bu amacını gerçekleştirirken de kendisine devredilen yetkileri kullanmada ortak iyiliğin sınırlarının ötesine geçemeyecektir.

Yürütme erkine ilişkin tanımlayıcı tespitlerinde Locke, yürütmeyi toplum yasalarının sürekli bir biçimde uygulanabilmesi için yasaların icrasını gözetecek bir güç olarak değerlendirmektedir.¹⁹ Yürütme erki, toplumun yasalarının toplum içinde yürütülmesini, kamu güvenliği ve çıkarının gözetilmesini üstlenmiştir. Bu çerçevede yürütme önceden çıkarılmış pozitif yasalar tarafından belirlenmiş sınırlar içinde görev yapar. Yürütme erki, federatif erk ile birlikte yasama erkine ihtiyaç duyar; bu bakımdan iki ayrı erk olarak var oldukları halde çoğunlukla birleşik şekilde işlev gördükleri söylenebilir.²⁰

Yasama ve yürütme ayrımı odaklı geliştirdiği kuvvetler ayrılığı teorisinde Locke üçüncü bir güç olarak federatif erki öngörmüştür. Federatif iktidar, savaş ve barış yapma, birlikler ve ittifaklar oluşturma, devletsiz kişi ve topluluklarla işlem yapma yetkisine sahiptir.²¹ Federatif erk, dıştan gelebilecek yarar ya da zararlara ilişkin kamu güvenliği ve toplum menfaatinin gerektirdiklerini yapma işlevine sahiptir.

Yargılama yetkisini yasama, yürütme ve federatif erkler bünyesinde değerlendiren Locke, “Hükümet Üzerine İnceleme”de toplum mensuplarının

¹⁷ Jenkins, s. 546-547.

¹⁸ Locke (1952), s. 110-111.

¹⁹ Locke (1952), s. 82-83.

²⁰ Locke (1952), s. 83-84.

²¹ Locke (1952), s. 83.

sözleşmesi üzerine inşa olunmuş yargılama gücüne ilişkin düşüncelerini şekillendirmektedir. Toplumsal sözleşme dayanak yapıldığında toplum üyelerinin doğal hakları teminat altına alınmakta, buna karşılık sivil iktidar ceza vermek ve adalet dağıtmak üzere yargı yetkisine sahip kılınmaktadır. Ayrı bir erk olarak değerlendirmedeği bu yargılama yetkisini Locke üçe bölünmüş bir iktidar alanı olarak düşünmektedir. Buna göre bağımsız erklerden birincisi, toplum olarak birlikte yaşamının gerektirdiği kuralların hangi hallerde ihlal edilmiş sayılacağını ve ihlal durumunda uygulanacak cezaları belirleyebilen yasama gücü; ikincisi, yasama organı tarafından çıkarılan spesifik yasaları yürütmek üzere dizayn edilmiş olan yürütme gücü; üçüncüsü, devletin diğer devletlerle ilişkilerini yürütmekle yükümlenmiş olan federatif güçtür. Bu üçlü ayrıma dayanan Locke'un düşüncesinde yargıdan ayrı bir siyasal erk olarak söz edilmemektedir.²²

Görüldüğü üzere Locke, yasama ve yürütme erklerinin ayrılığına vurgu yaparken yargı erkini ağırlıklı olarak yürütmenin bir tür uzantısı olarak değerlendirmiş, ayrı bir erk olarak tasarlamamıştır. Bu bakımdan Montesquieu'nun geliştirdiği yaklaşımın aksine yargı erki Locke'ta muğlak bir mahiyet arz etmektedir. Buna karşın yasaları koyanlar ile uygulayanların ayrı kişiler olması gerektiği düşüncesiyle yasama-yürütme ayrımı öncelik kazanmıştır. Yasama ile yürütme ayrımına odaklanmış olan Locke'un siyaset felsefesinde biçimlenen kuvvetler ayrımı, esasında yönetime karşı bireysel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayan bir düzendir.²³ Locke, kuvvetlerin tek elde toplanmasının sakıncalarına dikkat çekmiştir ancak; üçlü kuvvetler ayrılığı fikrini günümüzdeki anlamıyla fren ve denge sistemine dayalı olarak tasarlamamıştır.²⁴

Locke'un kuvvetler ayrılığı teorisinde bir başka özellik yürütme gücünün ve federatif yetkinin yasama gücüne tabi olduğunu kabul etmesidir.²⁵ "Hükümet Üzerine İkinci İnceleme"nin "Yasama İktidarının Kapsamı Üzeri-

²² **Uygun, Oktay** (2017) Devlet Teorisi, 3. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 224.

²³ **Şenel, Alaeddin** (1995) Siyasal Düşünceler Tarihi, 4. Kısaltılmış Bası, Ankara, Bilim ve Sanat Yayınları, s. 343.

²⁴ **Uygun**, s. 224.

²⁵ **Göze, Ayferi** (2016) Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 16. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s. 181.

ne” başlıklı bölümünde devletler oluştuğunda ilk ihtiyaç duyulan temel pozitif yasanın, yasama organının oluşturulmasına ilişkin yasa olduğunu kabul eder. Bu nedenle yasama iktidarı üstündür ve bir kez yasama erkini kullanma yetkisine sahip kılınan kişiler kolayca değiştirilemez. Diğer erkleri kullanan organlar da yasama organına itaat etmekle yükümlüdür.²⁶ Locke’un yasama erkini, yürütme ve yargı erkinin üzerinde değerlendirmesi²⁷ ve kuvvetler ayrılığını üçlü ayırım çerçevesinde olmazsa olmaz bir prensip olarak tanımlamamış olması eleştiri konusu edilmiştir.

Locke’un yargı erkini yürütme erkinin bir unsuru olarak tanımlaması ve yasama-yürütme-federatif erkler şeklindeki üçlü ayrımının kuvvetler ayrılığı ilkesini tam olarak önelememesi, onun kuvvetler ayrılığı anlayışına katkılarını farklı bir boyutta ele alınmasını getirmiştir. Oysa modern anayasalarda benimsenen erkler ayrımı yasama-yürütme-yargı üçlüsü olarak biçimlenmiştir. Buna göre modern anayasacılık çalışmalarında Locke’un düşüncesini, Montesquieu’nun düşüncesinden farklı bir işlevle konumlandırma anlayışının geliştiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.²⁸

B. ÜSTÜN YASAMA ERKİNİN SINIRLILIĞI İLKESİ

Locke’a göre siyasal (uygar) toplumda birey özgürlüklerinin kısıtlanması hususunda yönetimden kaynaklanan birtakım riskler mevcuttur. Bu risklerden birincisi, yasa yapma erkini elinde tutan gücün yürütme erkini de ele geçirebilecek olması ya da yürütme erkinin yasa yapma yetkisini ele geçirmesi durumudur. Yönetimden kaynaklanan ve birey özgürlüklerine yönelebilecek ikinci tehlike, yasaları yapan yasama mensuplarının ya da yasaları uygulayan yürütme mensuplarının kendilerini, yasalara uyma yükümlülüğü altında görmemeleridir. Üçüncüsü risk konusu ise iktidarı kullananların, gerek yasa yapımı aşamasında gerekse yasaların yürütülmesi aşamasında yasaları kendi çıkarlarına göre şekillendirmesi ve kendi yararları doğrultusunda kullanmalarıdır. Yönetenlerin yönetilenlerin doğal haklarına ve bireysel özgürlüklerine

²⁶ Locke (1952), s. 75-76.

²⁷ Locke (1952), s. 50.

²⁸ Ratnapala, Suri (1993) ‘John Locke’s Doctrine of the Separation of Powers: a Re-Evaluation’, The American Journal of Jurisprudence, C: 38, S: 1, ss. 189-220, s. 189.

yöneltebilecekleri bu üç tehlikeye karşı korunabilmesi amacıyla yönetim erkinin ikiye ayrılması zorunluluktur.²⁹ Bu gerekçelere dayandırılarak Locke'un kuvvetler ayrılığı teoremi, yasaları yapanlarla uygulayanların farklı kişiler olması gerektiği düşüncesi ekseninde gelişmiştir.³⁰

Yasama erkinin diğer erklerle kaynaklık ettiği ve onlardan üstün olduğuna ilişkin görüşe yukarıda yer verilmişti. Bu bağlamda Locke, Montesquieu'dan farklı olarak erklerin sınırlandırılmasından ziyade üstün olan yasama iktidarının sınırlandırılması gereği üzerinde durmuştur. Yasama iktidarının sınırlılığı ilkesini "Yasama İktidarının Kapsamı Üzerine" başlıklı on birinci bölümde üç dayanak üzerinde kurmuştur.

İlk dayanak olarak, egemen gücün ya da yasama iktidarının tek amacının toplumun iyiliği, huzuru ve güvenliğini sağlamak olduğu prensibi esas alınmıştır. Bu amacını gerçekleştirirken de yasama erkinin kendisine devredilen yetkileri kullanmada ortak iyiliğin sınırlarının ötesine geçemeyeceği öngörülmüştür. Locke, toplumun yasama iktidarının diğer erklerden üstün olduğunu vurgulamasına karşın, kamu iyiliğinin gerektirdiği sınırların ötesine geçemeyeceğini kabul etmektedir.³¹ Egemen gücün ya da yasama iktidarının tek amacı toplumun iyiliği, huzuru ve güvenliğini sağlamaktır. Bu amacını gerçekleştirirken de kendisine devredilen yetkileri kullanmada ortak iyiliğin sınırlarının ötesine geçemeyecektir. Bu tezleriyle yasama gücünün sınırlılığını doğal haklara dayanarak temellendiren Locke, bir yandan yasamanın üstünlüğüne, parlamentonun kutsallığına vurgu yaparken, öte yandan kesin şekilde yasama yetkisinin keyfi kullanılamayacağını savunmaktadır.³² Yasamacı olarak tayin edilen kişi ya da kurul kim olursa olsun, toplumun her bir üyesinin doğa durumunda sahip olduğu yetkilerin toplamıdır. Dolayısıyla toplum bireylerinden devralınan bu yetki devrolunandan fazlası olamaz. Kimse kendisinin sahip olduğu iktidardan daha fazlasını devredemez. Sonuç olarak yasama iktidarının yetki sınırları toplumun kamusal yararının sınırlarını aşamaz.³³

²⁹ Locke (1952), s. 81-82.

³⁰ Şenel, s. 344.

³¹ Locke (1952), s. 110-111.

³² Akın, İlhan F. (1993) Kamu Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 137.

³³ Locke (1952), s. 76-77.

Üstün yasama iktidarının sınırlılığı ilkesinin ikinci dayanağı, yasama tasarruflarının genel yasalar biçiminde gerçekleşmesi kuralıdır. Yasalar gelişigüzel alınan keyfi kararlar değildir. Kişilerin can ve mal varlıklarını korumayan, keyfi şekilde verilmiş kararlar, siyasal toplumun varlık ve kuruluş amacına ters düşer. Toplumunu oluşturan bireyler, doğal yaşama döneminde buldukları durumdan daha geri bir duruma düşmek için değil, bu dönemde sahip oldukları değerleri güvence altına almak için siyasal toplumu oluşturmuşlardır. Dolayısıyla toplumun sahip olduklarını korumayan yasalar yasama iktidarı tarafından kabul edilemez.³⁴

Üçüncü ve son dayanak olarak hiçbir üstün gücün, herhangi bir bireyin mülkiyetinde bulunan eşyaya bireyin rızası olmaksızın dokunamayacağı kabul edilmektedir. Bireylerin sahip oldukları maddi değerler kutsal ve dokunulmaz niteliktedir. Kuşkusuz yönetimlerin giderlerini karşılamak üzere vergi alması meşrudur, çünkü mülkiyet üzerinde vergilendirme formunda gerçekleşen bu müdahale, bireylerin ya da toplum çoğunluğundan oluşan iradeye dayalıdır. Toplumsal iradeye ya da bireyin rızasına dayanmayan müdahaleler mülkiyet hakkının hilafına, dolayısıyla toplumun kuruluş amacına aykırı şekilde gerçekleşmiş olacaktır.³⁵

Locke'un yasama yetkisinin sınırlarına ilişkin bir diğer vurgusu yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkindir. Üstün yasama gücü, yasamadan kaynaklanan yetkilerin el değiştirebilmesini kapsamaz. Yasama gücünü kullananlar bu gücü başkasına devredemez, çünkü sadece halk yasama iktidarını kullanacak kişi ya da kurulu belirleyebilme hakkına sahiptir.³⁶

“Yönetim Üzerine İkinci İnceleme”nin “Gasp Üzerine” (*Of Usurpation*) başlıklı on yedinci bölümünde Locke, on birinci bölümde belirlediği ilkelerin hilafına iktidarın yetkisini aşmasını, iktidar gaspını bir tür iç fetih olarak tanımlamıştır. Gaspçı bir iktidarın, devletin meşru prenslerine ya da yöneticilerine hak olarak verilmiş olanın ötesine geçmesiyle oluşacak durum, gaspa ekli tiranlıktır.³⁷ Topluluk yasalarının öngördüğü usullerin dışındaki yollardan

³⁴ Locke (1952), s. 77-78.

³⁵ Locke (1952), s. 79-80.

³⁶ Locke (1952), s. 81.

³⁷ Locke (1952), s. 110-111.

iktidarın parçalarının kullanımına katılan bir yönetici söz konusu olursa, bu kişi kim olursa olsun devlet biçiminin sürmesine karşın itaat edilme hakkı yoktur. Çünkü bu kişilerin yasalara uygun şekilde iktidara gelmediklerinden veya iktidarı yasal sınırlar içinde kullanmadıklarından dolayı toplumu oluşturan bireylerin onayını almadığı kabul edilir. Bu anlamdaki gaspçı yönetici ya da ondan türeyen kişi; gerek halkın onay verme hürriyetine sahip olmasına kadar, gerekse iktidarın söz konusu kişide kalmasına izin vermeyi veya kişiyi onaylamayı fiili olarak ortaya koymasına kadar, gasp edilmiş bulunan iktidara dair hiçbir yetkiye sahip değildir.³⁸

“Tiranlık Üzerine” (*Of Tyranny*) başlıklı on sekizinci bölümde Locke, iktidar yetkisinin aşılması durumunu değerlendirmeyi sürdürmekte ve tiranlığın nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durmaktadır. Buna göre gasp, başkasının sahip olduğu iktidarın kullanılması iken; tiranlık da hiç kimsenin üzerinde hak sahibi olmadığı hakkın ötesindeki iktidar kullanımıdır.³⁹ Eğer hükümdar - kim olursa olsun - kendisine yasayla verilmiş olan iktidarı aşar ve emri altındaki gücü, yasaların izin vermemesine karşın uyruklarını kuşatmak için kullanırsa yönetici sıfatını kaybeder. Bu durumda yetki sahibi olmadan yapacağı her şeyden sanki başkasının hakkını gasp eden herhangi biriymiş gibi tecavüzde bulunmuş addedileceğinden hükümdara karşı gelinebilecektir.⁴⁰ Locke, hükümdarın kendi yetki sınırlarını aşarak yağmalama ve baskı kurma yoluna gitmesi durumunun mazeret kabul edemeyeceğini vurgularken, en üstün yetkilere sahip olan hükümdarın yetkisini aşmasını, daha az yetkiye sahip alt düzey bir yöneticinin yetkisini aşmasından daha ağır bir durum olduğuna dikkat çekmektedir.⁴¹ Bu argümanların devamında ise Locke, direnme hakkına ilişkin tezlerini öne sürmekte; yöneticinin direnme hakkını kullanmak isteyen topluma saygı göstermek zorunda bulunduğuna vurgu yapmaktadır.⁴²

³⁸ Locke (1952), s. 111.

³⁹ Locke (1952), s. 112.

⁴⁰ Locke (1952), s. 114.

⁴¹ Locke (1952), s. 115.

⁴² Göze, s. 184.

II. MONTESQUIEU’NUN KUVVETLER AYRILIĞI DOKTRİNİ

Güçlerin ayrılması yaklaşımı ile Locke, liberal devlet öğretisinin en önemli unsurunu ortaya koymuştur. Onun bu görüşünü daha ileriye götüren kişi ise Baron de Montesquieu’dur. Siyaset biliminin kurucusu olarak kabul edilen Montesquieu’yu, ilk pozitivistler arasında değerlendiren görüşler mevcuttur.⁴³ Montesquieu’nun iktidarın kontrolü ve denge sağlamaya yönelik kuvvetler bölüşümü olarak da adlandırılan teorisi 1748 yılında yayımlanan “*De L’esprit Des Lois*” (Yasaların Ruhu Üzerine) adlı eseriyle tanınmıştır. İktidar odaklarını Montesquieu birbirini frenleyip dengeledikleri bir sistem içinde ele almıştır. Üçlü kuvvetler ayrılığı anlayışını hem betimleyici hem kuramsal bir yaklaşımla oluşturmuştur.⁴⁴

A. YASAMA-YÜRÜTME-YARGI AYRIMI

“Yasaların Ruhu Üzerine” adlı eserinin başlangıcında Montesquieu, yasa koyucunun niyet ve hedeflerinin ötesinde yasaların yapılmasına hâkim olan ilkeleri ortaya koymuştur. Montesquieu, toplumları yöneten yasaların da başka yasalara bağlı olduğunu göstermek istemiştir.⁴⁵ Yasaların bulunduğu bir toplumda -devlet düzeninde- özgürlüğün anlamı da bireyin yasalar çerçevesinde isteyebileceklerini istemesi, yasalara göre isteyemeyeceklerini de istememesidir. Başka bir deyişle özgürlük, yasaların izin verdiği her şeyi yapabilmek ve izin vermediklerini yapmamaktır.⁴⁶ Buna göre özgürlükten söz edebilmek için, iktidarın kötüye kullanılmadığı ılımlı yönetimler gereklidir. İktidar yetkilerinin kötüye kullanılmasını önlemenin yolu da iktidarı iktidarla durdurmaktır, frenlemektir. Herhangi bir siyasal düzende özgürlüğün var olup olmadığını ölçmek için, iktidarın iktidarla sınırlandırılmış olup olmadığına bakmak gerekmektedir.⁴⁷

⁴³ Göze, s. 194.

⁴⁴ Ağaoğulları, Mehmet Ali / Zabcı, Filiz Çulha / Ergün, Reyda (2009) Kral Devletten Ulus Devlete, 2. Bası, Ankara, İmge Kitabevi, s. 422.

⁴⁵ Montesquieu (2017) Yasaların Ruhu Üzerine, Günen, Berna (Çev.), 2. Bası, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları.

⁴⁶ Montesquieu, s. 196-197.

⁴⁷ Montesquieu, s. 197.

Montesquieu kuvvetler ayrılığını günümüzde kullanılan biçimiyle, yasama yürütme ve yargı erkleri ayrımına dayalı olarak ilk kez formüle etmiştir. Onun geliştirdiği kavramsallaştırmaya göre her devlette yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç tür erk mevcuttur.⁴⁸ Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı doktrini, İngiliz Anayasasında birbirinden ayrılmış yasama yürütme ve yargı erklerinin despotluğa kaymayı önleyecek şekilde birbirini denetlemesine dayalı olduğu varsayımını temel almıştır. İngiliz anayasal sisteminde, kralın yürütme, parlamentonun yasama, mahkemelerin de yargı erkini elinde bulundurduğunu değerlendirmiş ve kendi içinde eksikleri bulunan bu uygulamanın sisteminden esinlenmiştir. Bu doğrultuda Fransa'da da temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınabilmesi için yasama yürütme ve yargı erklerinin ayrı organlara verilmesi gerektiğini savunmuştur.⁴⁹

Aslında dönemin İngiliz siyasal sistemindeki gelişmeler bir yanıyla katı kuvvetler ayrılığına dayalı başkanlık sistemine esin kaynağı olurken, öte yandan yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemine dayalı parlamenter sisteme dönüşme sürecindeydi. İngiliz siyasetindeki yapısal değişiklikler 1787 Anayasası başkanlık sistemi modeline yol göstericilik yapmıştır. Bununla birlikte Lordlar Kamarasının yetkilerinin kısıtlanmasıyla şekillenen yasamanın kısıtlanması süreci de İngiliz siyasal sistemini parlamenter sisteme yönlendirmiştir.⁵⁰

Dönemin İngiliz kamu hukukunda yaşanan gelişmelerin etkisi altında kalan Montesquieu, Locke'un yasama-yürütme-federatif erkler ayrımının yerine yasama-yürütme-yargı ayrımını getirmiştir. Yasa koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisine sahip olan yasama erki genel iradenin temsilcisidir. Yasaların iyi uygulanıp uygulanmadığını denetlemekle yükümlüdür. Montesquieu, halkın temsilcilerinden oluşan meclisin yanında soyluların temsilcilerinden oluşan ikinci bir meclis öngörmüştür. Bu iki meclis ayrı ayrı toplanacak ve farklı bakış açılarına sahip olacaktır.⁵¹ Bu meclisler İngiliz siyasal sistemindeki adıyla Lordlar Kamarası ile Avam Kamarasıdır.

⁴⁸ Montesquieu, s. 198.

⁴⁹ Şenel, s. 353-354.

⁵⁰ Göze, s. 208, 490, 509.

⁵¹ Montesquieu, s. 203.

İkinci mecliste üyelik babadan oğula geçeceği için kendi menfaatleri doğrultusunda tercihte bulunabileceği düşüncesiyle bu meclise vergi koyma gibi konularda karar verme yetkisi tanınmamıştır.⁵² Montesquieu, iki meclisli yapının gerekliliğini toplumda mevcut iki sınıfın çıkarlarının dengelenmesi ihtiyacına ve karşılıklı kontrol sağlama ihtiyacına dayanarak açıklamıştır.

Montesquieu'nun siyaset teorisinde yürütme erki genel iradenin yürütülmesi olup, bu işlevi yerine getirmek üzere tayin edilen organın savaşa ve barışa karar verme yetkisini kullanarak gerekli güvenlik tedbirlerini alması öngörülmüştür. Yürütme organı yabancı devletlere temsilci gönderir ve yabancı temsilcileri kabul eder.⁵³ Montesquieu, yürütme erkinin yasama organı içinden seçilecek bir kişi ya da kurula verilmesini, kuvvetlerin birbirinden ayrılması yaklaşımıyla bağdaştırmadığı gerekçesiyle yürütme erkinin monarka ait olduğunu kabul etmiştir.

Montesquieu'nun üçlü kuvvetler ayırımında yer verdiği yargı erkini, diğer erklerden daha sonra teorisine dâhil ettiği öne sürülmektedir.⁵⁴ Üçüncü erk olan yargı, uyumsuzlukları çözümleyerek yaptırım uygulanmasına karar veren bir güç olarak tasarlanmıştır.⁵⁵ Buna göre yargılama görevinin, halk tarafından seçilen mahkemelerce yerine getirilmesi gerekmektedir. Yargı yetkisini kullanan kişilerin, yasalarla ilgili olarak yorum yapmadan, inisiyatif kullanmadan, tıpatıp uygulama görevini icra etmeleri öngörülmüştür.⁵⁶

Yargı erki, bir tür jüri sistemi ve *habeas corpus* aracılığıyla yurttaşların siyasal özgürlüğüne güvence oluşturacaktır. Yargıçların halk tarafından seçilmesi ve belirli bir süreyle sınırlı olarak görev yapmaları öngörülmüştür. Yargı erkini kullanan mahkemelerin, sürekli olarak bu görevde bulunmamaları gereklidir. Eğer süreklilik ve bir düzen içinde bu görev ifa edilirse bir süre sonra kuvvetlerin birleşmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu özellikleri yargı organını,

⁵² Montesquieu, s. 204.

⁵³ Montesquieu, s. 198.

⁵⁴ Flaherty, Martin S. (2006) 'The Most Dangerous Branch Abroad', Harward Journal of Law and Public Policy, C: 30, S: 1, ss. 153-171, s. 161.

⁵⁵ Săraru, Cătălin-Silviu (2015) 'The State and the Separation of Powers', Juridical Tribune, C: 5, S: 2, ss. 274-280, s. 278.

⁵⁶ Montesquieu, s. 200.

yasama ve yürütme organından farklılaştırmaktadır.⁵⁷ Montesquieu yargıyı, yasaların lafzından fazlasıyla uğraşmayan, pek bir yaratıcı işlevli olmayan erk olarak nitelemiştir. Böylece yargı erki, yasama ve yürütmeden farklı olarak siyasal bakımdan etkin ve hukuksal bakımdan biçimlendirici olmayan bir devlet gücü olarak konumlandırılmıştır. Yargıya ilişkin bu konumlandırma şeklinin, ne Anglo-Sakson hukuk modeliyle ne de Kıta Avrupası hukukunda gelişen içtihat hukuku anlayışıyla bağdaşmadığını belirtmek gerekir.⁵⁸

Montesquieu, siyasal özgürlüğün sağlanmasını ve sürdürülmesini yasama, yürütme ve yargı erkinin farklı ellere verilmesine bağlamıştır. Eğer bir devlette yasama, yürütme ve yargı yetkileri aynı kişi ya da organda toplanırsa özgürlük ortadan kalkar. Sadece yasama erki ile yürütme erki aynı kişide ya da kurulda birleştiğinde yine özgürlükten söz edilemeyecektir. Çünkü bu durumda aynı monarkın ya da kurulun yasaları despotça uygulamak için despotik yasalar çıkarması olanaklı hale gelmektedir.⁵⁹ Yargı erkinin yasama erkiyle ya da yürütme erkiyle birleştiği durumda da yine özgürlük söz konusu olamaz. Çünkü böyle bir durumda birey özgürlüklerini ve yaşamlarını tehlikeye sokan bir güç meydana gelmiş olur. Bu üç erk, ister bir kişi, ister yüksek memurlar, ister aristokratlar ve isterse halk olsun, aynı kesimin elinde toplandığı takdirde devletteki her şey yıkılır.⁶⁰

B. ERKLER ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Modern kuvvetler ayrılığı anlayışının temel unsurlarından biri, üçlü erkler ayrımı iken bir diğeri de bu erkler arası ilişkilerdeki dengedir. Yasama, yürütme ve yargı erkleri net hatlarla birbirinden ayrılmış olsa da tümüyle kopuk olmaları kabul edilmez. Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı teorisinde de kuvvetler arasındaki ilişkilerde belirli bir denge sistemi bulunduğu kabul edilir.

Yasama ile yürütme erkleri arasındaki ilişkiye dair söylenebilecek ilk özellik, yasama organının yürütmenin çağrısı üzerine toplanabilmesidir. Ya-

⁵⁷ Ağaoğulları / Zabçı / Ergün, s. 424.

⁵⁸ Doehring, s. 196.

⁵⁹ Montesquieu, s. 199.

⁶⁰ Montesquieu, s. 199-200.

sama organının kendiliğinden toplanma ya da toplantılarına son verme hakkı yoktur. Çünkü bir meclis ancak bütün şeklinde toplandığı andan itibaren iradeye sahip kabul edilir. Dolayısıyla toplanma ya da dağılma kararlarında oybirliği sağlanmadığı takdirde bir meclis iradesinden de söz edilemez. Toplanma ya da tatil edilme konusunda yasamanın kendi başına karar verebilme yeteneği olursa yasama erki mutlaklaşır.⁶¹

Yasamayı toplantıya çağırma yetkisine sahip kılınmış olan yürütme organının da bu yetkiyi kullanırken belirli sınırlar dâhilinde hareket etmesi gerekmektedir. Yürütmenin yasamayı uzun süre toplanmaya çağırması, aralarındaki dengeyi bozacak ve yürütmenin mutlaklığı nedeniyle özgürlük ortamını kaldıracaktır. Bu nedenle yürütmenin yasamayı her yıl toplantıya çağırması zorunluluktur. Yürütmenin hazırladığı bütçenin de her yıl yasama tarafından onaylanması ve daimi ordunun beslenmesine de meclisin karar vermesi gerekmektedir. Bununla birlikte bu konuda yapılacak yasama toplantılarının ne zaman gerçekleştirileceğini ve ne kadar süreceğini belirleme yetkisi yürütmede kalacaktır.⁶²

Yürütmeyle ilgili bir başka özellik, monarkın yasama işlemlerini durdurma hakkına –veto yetkisine- sahip olmasıdır. Meclisin despotik bir erk haline gelmemesi için yasama organının yapmaya yetkili olduğu işlerin yürütme organı tarafından engellenebilir olması gerekli görülmüştür. Bu engellenmenin anlamı kralın veto hakkını kullanarak yasama alanına karışabilmesidir.⁶³ Yasama organının zorbalığa meyletmemesi için monarkın böyle bir yetkiye sahip olması kabul edilmiştir. Öte yandan bu durum yasamanın karar alma sürecine yürütmenin müdahale edebileceği anlamına gelmez. Monark, yasamanın karar alma aşamasına karışamayacağı halde, alınmış olan bir kararın uygulanmasına karşı tavır alabilir. Başka bir deyişle yasa çıkarılmasına müdahale edemez, veto yoluyla yasaların yürürlüğe girmesini engelleyebilir.⁶⁴ Yine de monarkın bu yetkiye sahip kılınmasını eleştiren bir görüş gelişmiştir. Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı düşüncesinin gerçek bir yetki paylaşımını

⁶¹ Ağaogulları / Zabçı / Ergün, s. 427.

⁶² Montesquieu, s. 204-205.

⁶³ Montesquieu, s. 205-206.

⁶⁴ Göze, s. 210.

öngörmediğini savunan bu görüşe göre, monarkın veto yetkisi kullanarak yasamaya müdahale edebilmesi erklerin tam olarak birbirinden ayrılmadığının emaresidir.⁶⁵

Montesquieu'nun yürütme erki için tasarladığı veto yetkisi hakkında belirtilen hususlar çerçevesinde, yasama erki tarafından yürütmeye yönelik olarak herhangi bir müdahalede bulunma yetkisi söz konusu olmadığını vurgulamak gerekir. Yasamanın yürütmeye karşı veto aracılığıyla denge mekanizması oluşturması, yürütmenin yasaların çıkarılmasını değil, yasaların uygulanmasını denetlemek suretiyle mümkün kılınmıştır.⁶⁶ Çünkü doğası gereği zaten sınırlı olan, yasamanın belirlediği yasal sınırlar içinde var olabilen yürütmeyi daha da sınırlandırmak, erkler arası dengenin özgürlükler aleyhinde bozulmasına sebep olabilir.

Devletin özgür olmayan bir cumhuriyete ya da halk despotluğuna dönüşmemesi adına kabul edilen bir başka ilke, hükümetin başı olan monarkın dokunulmazlık zırhında kabul edilmesidir. Özgür devletin temsilcisi olan kralın kişiliği kutsal sayılmalıdır. Yürütme organı olan monarkın, kutsal ve dokunulmaz olması nedeniyle yürütmeyi suçlamak ya da yargılamak mümkün değildir. Ancak yürütmenin yasaları kötü uygulaması durumunda, bunun nedeni kötü danışmanların seçilmesi ise, bu kötü danışmanlar suçlanabilir ve cezalandırılabilir.⁶⁷

Montesquieu'nun yaklaşımında yasama ve yürütme erkleri arasında kurulmak istenen bir fren ve denge mekanizması mevcuttur. Yasama erki için olduğu gibi yürütme erki için de iktidarı tek başına kullanma ve mutlak iktidara yönelme riski her zaman vardır. Bu riski bertaraf etmek üzere erklerin sahip oldukları gücün ve yetkilerin birbirine karşı sınırlandırılması öngörülmüştür.

Yargı erkine gelince, Montesquieu yargı gücünün yasama gücüyle birleşmesi, ya da yürütme gücüyle birleşmesi durumunda işlevini kaybedeceğini savunmuştur. Adalet dağıtmakla yükümlü bulunan yargı erkinin gerek yasama gerekse yürütme erkiyle aynı elde birleşmesi durumunda birey özgürlükle-

⁶⁵ Doehring, s. 152.

⁶⁶ Montesquieu, s. 205-206.

⁶⁷ Montesquieu, s. 206.

rinin ortadan kalkacağını tespit etmiştir. Yasama, yürütme ve yargı erklerinin aynı kişi ya da organ tarafından kullanılması durumunu despotluk olarak tanımlamıştır.⁶⁸ Diğer erklerden farklı olarak yargı erki doğası gereği yasama ile yürütme erkleri arasındaki ilişki formunun dışında değerlendirilmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi yasamanın da yürütmenin de yargıyla birleşmesi kabul edilemez. Ancak yürütme bakımından kabul edilen yargıya istisnasız müdahale yasağının, yasamanın müdahale yasağıyla aynı şekilde işlemediğini belirlemek gerekir.

Yasamanın yargıya müdahale yasağının, yürütmenin yargıya müdahale yasağından farklılaştığı belirtilmişti. Bunun nedeni yasamanın yargıya müdahale etmesine ilişkin yasağın üç istisnası bulunduğu kabul edilmesidir. Bunlardan birincisi, seçkinlerin yargılanmasının halk tarafından seçilen yargıçlarca yapılmasının sakıncalı bulunması durumudur. Özgür bir devlette her bir yurttaşın eşitleri tarafından yargılanması uygundur. Buna göre soyluların olağan mahkemeler tarafından değil, yasama organının soylulardan oluşan bölümü tarafından yargılanması doğru olacaktır. Bu nedenle Lordlar Kamarası soyluları her konuda yargılayabilen mahkeme olarak işlev görecektir.⁶⁹

İkinci istisna durumu, yasaların çok ağır ve çok katı bir şekilde düzenlenmiş olmaları halinde söz konudur. Çok ağır yasalar uyarınca yargılanıp da aleyhinde cezaya hükmedilmiş olan kişilerin affedilmesi ya da cezalarının indirilmesi mümkündür. Böyle bir durumda yine Lordlar Kamarası devreye girerek mahkeme işlevi görecektir. Mahkeme olarak çalışacak olan soylular meclisi, ilgili yasayı yasa lehinde yumuşatmak görevini yerine getirecektir.⁷⁰

Yargı ile yasama arasındaki ilişkide yer alan ve yasama erkinin yargıya müdahalesinin meşru kabul edildiği üçüncü ve son istisnai durum, kamu hizmetinde çalışan görevlilerin yargılanmasını ilgilendirmektedir. Kamu görevlilerinin de halkın haklarını çiğnemesi ve suç işlemesi mümkündür. Böyle bir durumda olağan mahkemeler, kamu görevlilerini yargılamayı ve onları cezalandırmayı istemeyebilirler. Montesquieu, siyasal davalar olarak adlandırılacak bu nitelikteki yargılamaların genel meclis tarafından gerçekleştiril-

⁶⁸ Montesquieu, s. 199-200.

⁶⁹ Montesquieu, s. 207.

⁷⁰ Montesquieu, s. 201, s. 207.

rilmesini uygun bulmamıştır. Davacı konumundaki halkı temsil eden halk meclisi savcılık rolünü, sanıkla eşit olan soylular meclisinin mensupları yargıçlık rolünü üstleneceklerdir.⁷¹ Bu durum, İngiliz hukukunda bakanların Avam Kamarası tarafından suçlanıp Lordlar Kamarası tarafından yargılanmasını öngören *impeachment* müessesesini akla getirmektedir.⁷² Söz konusu benzerlik, daha önce de örneklediğimiz gibi Montesquieu'nun düşünceleri ile İngiliz anayasal hukuku arasındaki etkileşimi ortaya koymaktadır.

III. KUVVETLER AYRILIĞINA MUHALİF GÖRÜŞLER

Montesquieu ile aynı dönemde yaşayan, ancak güçler ayrılığı düşüncesiyle farklılaşan düşünürlerden biri Rousseau'dur. Temel olarak Rousseau da Locke gibi siyasal özgürlüğün, iktidarı sınırlandıracak kuralların varlığına bağlı olduğunu kabul etmekte, siyasal özgürlük ile yasalar arasındaki ilişkiyi dile getirmektedir.⁷³ Bununla birlikte kuvvetler ayrılığı düşüncesine muhalefet eden Rousseau, "Toplum Sözleşmesi" adlı eserinde egemenliğin bölünmezliği düşüncesini esas almıştır. Aynı dönemde kuvvetler ayrılığı rejiminin uygulanabilir olmadığını değerlendiren pek çok hukukçu da bu sisteme muhalefet etmişlerdir. Özellikle Almanya'da kuvvetler ayrılığına muhalif görüşlerin geniş destek gördüğü söylenebilir. Laband, Jellinek, Mohl, Stein, Meyer, Wilson, Duguit, Moreau, Cahen, Eugène d'Eichtal, Seignobos, Orlando, Capitant, Eisenman, Lureau, ve Onar gibi hukukçular Rousseau gibi egemenliğin parçalanamayacağını savunmuşlardır.⁷⁴

Kuvvetler ayrılığına muhalif görüşler içinde ilk ortaya atılan Rousseau'nun görüşleri olmuştur. Rousseau, Locke ve Montesquieu gibi doğal yaşam ve doğal hukuk anlayışını temel aldığı halde, siyasal erklere ilişkin olarak onların aksi yönde görüşler geliştirmiştir. Rousseau'ya göre egemenlik, başkasına devredilemeyeceği gibi bölünmemelidir de. Rousseau, ne şekilde olursa olsun kuvvetlerin ayrılmasını öngören yaklaşımın yanlış olduğunu savunmuş-

⁷¹ Montesquieu, s. 207.

⁷² Ağaoğulları / Zabçı / Ergün, s. 429.

⁷³ Sartori, Giovanni (1996) Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Karamustafaoğlu, Tunçer / Turhan, Mehmet (Çev.), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 332.

⁷⁴ Okandan, Recai Galip (1936) 'Âme Hukukunda Kuvvetler Bölümü Meselesi', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 2, ss. 502-523, s. 510.

tur. Halkın egemenliği bölünmez ve devredilmez olarak nitelendiğinde, iktidarı kullanan organların da ayrılması kabul edilemez.⁷⁵ Egemenlik farklı organların bünyesine katılmış çeşitli unsurlara bölünemez, iki ya da daha fazla organ arasında bölünemez.⁷⁶ Egemenliğin parçaları sanılan yetkiler bir bütündür ve her zaman bir yüksek iradenin varlığını gerektirmektedir. Çeşitli ayrımlara başvurularak bölünmek istenen yetkiler aslında tekil yüksek iradenin uygulanmasını sağlamaktadır.⁷⁷

Rousseau'dan sonra Doyen Duguit, kuvvetler ayrılığı ilkesini kuramsal ve yapay olarak nitelendirmiş ve sosyal gerçeklikle bağdaşmadığını ileri sürmüştür.⁷⁸ Moreau ise kuvvetler ayrılığı ilkesini karanlık ve hayalci bir görüş olarak değerlendirmiş ve tatbikinin mümkün olmadığını savunmuştur. Orlando, devletin teşkilat yapısı ile kuvvetler ayrılığı ilkesinin bağdaşamayacağını ifade etmiştir.⁷⁹

Locke ve Montesquieu kamusal yararı gerçekleştirme amacından sapma eğiliminden dolayı iktidarın gücünün sınırlandırılması ihtiyacından hareketle erkler ayrımını savunmuşlardır. Rousseau ise genel iradenin her zaman doğru olduğunu ve kamusal yararı gerçekleştirmeye yönelik olduğunu kabul etmiştir.⁸⁰ Bu noktada Locke'un yasama erkini diğer erklerden üstün olarak tasarladığını vurgulamak gerekir. Locke'a göre yasama erki, devlete biçimini, hayatını ve birliğini verdiği için yürütmeden üstündür. Yasama erkini diğer erklerden üstün olarak değerlendirmeleri bakımından iki düşünürün yaklaşımları arasında müşterek bir boyut bulunduğu söylenebilir.

Locke'ta ve Montesquieu'da halkın üstün otoritesi, yönetimin yasama, yürütme ve yargı organlarına devredilirken; Rousseau ve diğer muhaliflerin düşüncesinde egemenliğin bölünmezliği ve ayrıştırılmazlığı vasfı, otoritenin yönetim organları arasında bölüşülmesine engel olarak görülmüştür. Locke

⁷⁵ **Rousseau, Jean Jacques** (1994) Toplum Sözleşmesi, Günyol, Vedat (Çev.), 6. Bası, Adam Yayınları, s. 36-37.

⁷⁶ **Duguit, Leon** (2005) 'Egemenlik ve Özgürlük', Akal, Cemal Bali (Der.), Devlet Kuramı, 2. Bası, Ankara, Dost Yayınevi, ss. 379-400, s. 386.

⁷⁷ **Rousseau**, s. 68.

⁷⁸ **Okandan**, s. 510.

⁷⁹ **Okandan**, s. 511.

⁸⁰ **Rousseau**, s. 69.

tarafından açılan yolda Montesquieu tarafından geliştirilen kuvvetler ayrılığı anlayışının, kendi dönemlerinde, erkler arasında fren ve denge mekanizması tesis ederek etkin şekilde uygulanmasının, çeşitli nedenlerle mümkün olmadığını vurgulamak gerekir. Onların geliştirdiği düşünceler daha çok on sekizinci yüzyıl burjuvazisi tarafından mutlak monarşiye karşı kullanılmıştır. Burjuva devrimleri başarıya ulaştığında, yasama, yürütme ve yargı şeklindeki üçlü güçler ayrılığı prensibi, Amerikan ve Fransız devletlerinin anayasalarına geçmiştir.⁸¹ Günümüzde ise güçler ayrılığı, çağdaş anayasaların temel prensibi olarak yer edinmiş, demokratik yönetimlerin vazgeçilmez unsuru olarak kabul edilmiştir.

SONUÇ

Kuvvetler ayrılığı düşüncesi İlk Çağ'dan itibaren temelleri atılmaya başlanan bir yaklaşımın ürünü olmuştur. İdeal yönetim anlayışıyla yola çıkan ve en iyi hükümet fikrini arayan Aristoteles, devletin faaliyetlerini üçe ayırarak her faaliyetin bir organa verilmesi gerektiği düşüncesini ilk kez ortaya atmıştır. Böylece üçlü görev paylaşımı düşüncesi tamamıyla işlevsel bir ayırım olarak doğmuştur. Polybios döneminde ise, yönetimin bozulmasının önüne geçmek için siyasal gücün, birbirini denetleyebilecek çeşitli kurumlar arasında dağıtılması düşüncesi savunulmuştur.

Modern anlamıyla kuvvetler ayrılığı anlayışının temellerini ise John Locke ve Baron de Montesquieu'nun çalışmaları oluşturmuştur. Locke, yasama ve yürütmenin yanındaki üçüncü erki, federatif erk olarak tasarlamış ve yasamanın üstünlüğü esasını savunmuştur. Locke, Montesquieu'dan farklı olarak erklerin sınırlandırılmasından ziyade üstün olan yasama iktidarının sınırlandırılması gereği üzerinde durmuştur. Montesquieu ise erkleri yasama, yürütme ve yargı erkleri olarak tasarlamış ve birbirini frenleyip dengeledikleri bir sistem içinde ele almıştır. Böylece modern anlamdaki üçlü kuvvetler ayrılığı anlayışını Montesquieu, hem betimleyici hem kuramsal bir yaklaşımla geliştirmiştir. Erkler arasındaki ilişkilere odaklanan Montesquieu, yasama erki için olduğu gibi yürütme erki için de iktidarı tek başına kullanma ve mutlak iktidara yönelme riskinin bulunduğunu; bu riski bertaraf etmek üzere erklerin

⁸¹ Şenel, s. 386-387.

sahip oldukları gücün ve yetkilerin birbirine karşı sınırlandırılmasına ilişkin mekanizmalara başvurulmasını savunmuştur.

Locke'un kuvvetler ayrılığı teorisi, iktidarın sınırlılığı ve temel hakların iktidar tarafından kaldırılamayacağı yönündeki boyutuyla Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinde ve Amerikan Anayasasında açık şekilde etki yapmıştır. İngiltere'deki düşünsel gelenek üzerinde ise daha çok yasamanın (parlamentonun) üstünlüğü teorisiyle iz bırakmıştır.⁸² Montesquieu'nun halk otoritesinin, yönetimin yasama, yürütme ve yargı organlarına devredilmesini öngören ve doktrin olarak gelişen güçler ayrılığı düşüncesi de devrim dönemine güçlü etkiler yapmıştır. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde "Halkların emniyet altına alınmadığı ve güçler ayrımının sağlanmadığı bir toplumun meşruiyeti yoktur" hükmü yer bulmuştur. Bu dönemde siyasal erklerin birbirinden ayrılması ve karşılıklı birbirlerini sınırlandırması anlayışı, siyasal gücün hükümdarda toplanması anlayışına tercih edilmiştir.⁸³

Bununla birlikte Fransız Devriminin yapıcıları, Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığına ilişkin pratik anlayışını efsaneleştirme yoluna gitmeyi tercih etmişlerdir. Devrimden sonra anayasal hareketlerin esin kaynağını oluşturan, kuvvetlerin birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı kullanılması anlayışı, İhtilalin metafizikleştirdiği, hatta tabulaştırdığı bir siyasal felsefenin ürünü haline gelmiştir.⁸⁴ 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 16. maddesi kuvvetler ayrılığının anayasal devlet için zorunlu bir unsur olduğunu belirtmekteydi. Ancak İhtilalin dogmatizmi, kuvvetler arasında herhangi bir ilişki ve orantı mekanizması kurulmasının önüne geçmeye başlamıştır. Bunun sonucunda bir zamanlar Avrupa'da örnek alınan Fransız yönetim sistemi devrim sonrası yıllarda ününü yitirme yoluna girmiştir. Rousseau'nun mutlak egemenlik anlayışı, genel iradenin yanılmazlığı ile egemenin gücün sınırlılığına ilişkin çelişik görüşleri, Fransız Devrimini ve sonraki dönemlerin siyaset bilimcilerini bu doğrultuda etkilemiştir.⁸⁵

⁸² Aġaoġulları / Zabçı / Ergün, s. 230.

⁸³ Poggi, Gianfranco (2014) Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği, Babacan, Aysun (Çev.) 4. Bası, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 76-77.

⁸⁴ Tunaya, s. 390.

⁸⁵ Aġaoġulları, Mehmet Ali (2010) Ulus - Devlet ya da Halkın Egemenliği, 2. Bası, Ankara, İmge Kitabevi, s. 104-106.

Locke gibi Rousseau da doğal yaşam ve doğal hukuk anlayışını temel aldığı halde siyasal erklere ilişkin olarak Locke ve Montesquieu'nun ulaştığı düşüncelerin tam tersi görüşler geliştirmiştir. Halkın egemenliği bölünmez ve devredilmez olarak nitelendiğinde, iktidarı kullanan organların da ayrılması kabul edilemez. Locke'ta ve Montesquieu'da halkın üstün otoritesi, yönetimin yasama, yürütme ve yargı organlarına devredilirken; Rousseau'nun bölünmez ve ayrıştırılamaz egemenlik kavramı, otoritenin yönetim organları arasında bölüşülmesine engel olarak görülmüştür. Locke tarafından açılan yolda Montesquieu'nun geliştirdiği kuvvetler ayrılığı anlayışının erkler arasında fren ve denge mekanizması tesis ederek uygulanması, devrim koşulları ve genel irade teorisinin sonucu olan yasamanın üstünlüğü anlayışı nedeniyle mümkün olmamıştır.

Devrimler döneminde yasamanın üstünlüğü düşüncesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin fren ve denge mekanizmalarıyla uygulanmasının önüne geçmiştir. Rousseaucu düşünce ekseninde ulusal egemenliğin bir tür dogma olarak görülmesi, egemenliğin tanrısal bir yetkilendirme olarak temellendirilmesi, bir dönem boyunca çoğunluk tahakkümüne dayalı iktidar anlayışını hâkim kılmıştır.⁸⁶ Çoğunlukçu genel irade anlayışının etkileri, Kıta Avrupası'nda yasama yönelik anayasal yargı denetiminin gelişmesini geciktirmiş olsa da; çağdaş anayasal sistemlerde üçlü erkler ayrımı demokrasinin vazgeçilmez unsuru olarak yer bulmuştur. Locke'un ve Montesquieu'nun çalışmalarıyla on yedinci-on sekizinci yüzyıllarda geliştirilen kuvvetler ayrılığı ilkesinin çağdaş demokrasi anlayışı bakımından taşıdığı önem tartışmasızdır. Günümüzde kuvvetler ayrılığına dayanmayan bir yönetimin, demokratik olma vasfına sahip olamayacağı anlayışı hâkimdir. Dolayısıyla kuvvetler ayrılığı prensibi, anayasacılık ve demokrasi tarihinin en önemli kazanımları arasında yer almaktadır.

⁸⁶ Duguit, s. 394-395.

KAYNAKÇA

Ağaoğulları, Mehmet Ali (Şubat 2002) Kral Devletinden İmparatorluğa, 3. Bası, Ankara-İstanbul, İmge Kitabevi.

Ağaoğulları, Mehmet Ali / Çulha Zabçı, Filiz / Ergün, Reyda (Eylül 2009) Kral Devletten Ulus Devlete, 2. Bası, Ankara, İmge Kitabevi.

Ağaoğulları, Mehmet Ali (Ekim 2010) Ulus- Devlet ya da Halkın Egemenliği, 2. Bası, Ankara, İmge Kitabevi.

Akad, Mehmed / Dinçkol, Bihterin Vural / Bulut, Nihat (2014) Genel Kamu Hukuku, 10. Bası, İstanbul, Der Yayınları.

Akgül, Mehmet Emin ‘Kuvvetler Ayrılığı İlkesini Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı’, Ankara Barosu Dergisi, S: 4, Y: 2010, ss. 79-101.

Akın, İlhan F. (Ekim 1993) Kamu Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.

Akipek, İlhan ‘Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Âmil Olan Fikirler’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1, Y: 1952, ss. 167-182.

Aristoteles (2005) Politika, Tunçay, Mete (Çev.), İstanbul, Remzi Kitabevi.

Doehring, Karl (2002) Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Mumcu, Ahmet (Çev.), İstanbul, İnkılap Kitabevi.

Duguit, Leon (2005) ‘Egemenlik ve Özgürlük’, Akal, Cemal Bali (Der.), Devlet Kuramı, 2. Bası, Ankara, Dost Yayınevi, ss. 379-400.

Flaherty, Martin S. ‘The Most Dangerous Branch Abroad’, Harvard Journal of Law and Public Policy, C: 30, S: 1, Sonbahar 2006, ss. 153-171.

Göze, Ayferi (Ağustos 2016) Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 16. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

Jenkins, David ‘The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative’, Mc Gill Law Journal, C: 56, S: 3, Nisan 2011, ss. 543-589.

Locke, John (1940) *Of Civil Government*, New York, J. M. Dentand Sons Ltd. London / E. P. Duttonand Co. Inc.

Locke, John (1952) *The Second Treatise of Government*, New York, The Liberal Arts Press.

Montesquieu (2017) *Yasaların Ruhu Üzerine*, Günen, Berna (Çev.), 2. Bası, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları.

Okandan, Recai Galip ‘Âmme Hukukunda Kuvvetler Bölümü Meselesi’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 2, Y: 1936, ss. 502-523.

Poggi, Gianfranco (2014) *Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği*, Babacan, Aysun (Çev.) 4. Bası, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Rousseau, Jean Jacques (1994) *Toplum Sözleşmesi*, Günyol, Vedat (Çev.), 6. Bası, Adam Yayınları.

Ratnapala, Suri ‘John Locke’s Doctrine of the Separation of Powers: a Re-Evaluation’, *The American Journal of Jurisprudence*, C: 38, S:1, Ocak 1993, ss. 189-220.

Săraru, Cătălin-Silviu “The State and the Separation of Powers”, *Juridical Tribune*, C: 5, S: 2, Aralık 2015, ss. 274-280.

Sartori, Giovanni (1996) *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Karamustafaoglu, Tunçer / Turhan, Mehmet (Çev.), Ankara, Yetkin Yayınları.

Schulze, Hagen (2005) *Avrupa’da Ulus ve Devlet*, Binder, Timuçin (Çev.), İstanbul, Literatür Yayınları.

Şenel, Alaeddin (1995) *Siyasal Düşünceler Tarihi*, 4. Kısaltılmış Bası, Ankara, Bilim ve Sanat Yayınları.

Touchard, Jean (2015) *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Yerguz, İsmail (Çev.), İstanbul, Isık Yayınları.

Tunaya, Tarık Zafer (1980) *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Uygun, Oktay (Ocak 2017) *Devlet Teorisi*, 3. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

Vile, M.J.C. (1998) *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2. Bası, Indianapolis, Liberty Fund.

ANGLOSAKSON VE KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMLERİNDE İDARENİN YARGISAL DENETİMİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİMİ*

Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER**

ÖZET

İdarenin yargısal denetimi, genel bir kabul görmekle birlikte bu denetimin hangi mahkemeler tarafından yapılacağı konusunda farklı sistemler bulunmaktadır. Ülkelerin siyasi, iktisadi ve sosyal şartları, bu denetim açısından değişik sistemlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Fransa’da adliye mahkemelerinin idari işlem ve faaliyetleri denetlemelerinin yasaklanması ile idare mahkemelerinin kurulması mümkün olmuştur. İngiltere’de ise adliye mahkemeleri tarafından yapılan denetimin yetersiz kalması ile yarı yargısal kuruluşlar ve son dönemde idare mahkemesi kurulmuştur. Ülkemizde Osmanlı Devleti döneminde Fransa’daki *Conseil d’Etat* örnek alınarak Şûra-yı Devlet kurulmuş ancak bugünkü anlamda bir idari yargı sistemi oluşturulamamıştır. Hukuk sistemleri arasında idarenin yargısal denetiminin ortaya çıkış sürecindeki bu farklılıklar sadece denetimi yapan makamlar açısından değil, bu denetimin kapsamı ve sınırları konusunda da önemli farkların oluşmasına neden olmuştur.

Anahtar Sözcükler: Şûra-yı Devlet, İdari Yargı, Hukuk Devleti, Conseil d’Etat, Ortak Hukuk.

* Bu çalışma, 05.11.2017 tarihinde 1. Uluslararası Eğitim Bilimleri ve Sosyal Bilimler Sempozyumu’nda sunulan "ŞURA-YI DEVLETEN DANIŞTAY'A" başlıklı yayınlanmamış bildirinin genişletilmiş halidir.

** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, duger@live.de
(Geliş Tarihi: 15.11.2018 – Kabul Tarihi: 12.01.2019)

THE EMERGENCE AND DEVELOPMENT OF JUDICIAL REVIEW OF THE ADMINISTRATION IN ANGLO-SAXON AND CONTINENTAL SYSTEMS

ABSTRACT

While the judicial review of the administration is generally accepted, there are different systems in terms of the courts that will perform this review. Different political, economic and social conditions of countries have led to the emergence of different systems in terms of this review. In France, it was possible to establish administrative courts by prohibiting the ordinary courts to review administrative actions and activities. In the United Kingdom, when the review by the ordinary courts became insufficient, semi-judicial institutions and recently Administrative Court were established. In our country, in the Ottoman Era, the Council of State (Şûra-yı Devlet) was established by taking the example of *Conseil d'Etat* in France but an administrative judicial system in the present sense could not be created. These differences in the emergence of judicial review of administration between legal systems have caused notable differences not only regarding the reviewing authorities but also the scope and limits of this review.

Key Words: Council of State, Administrative Judiciary, Rule of Law, Conseil d'Etat, Common Law.

GİRİŞ

İdarenin yargısal denetimi düşüncesi, genel bir kabul görmekle birlikte bu denetimin hangi organlar tarafından yapılacağı, kapsamı ve sınırlarının ne olacağı konusunda farklı sistemler bulunmaktadır. Ülkelerin farklı siyasi, iktisadi ve sosyal şartları; idarenin yargısal denetimi açısından farklı sistemlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır.¹ Bu çalışmada Anglosakson sisteminde ve Kıta Avrupası sisteminde idarenin yargısal denetiminin ortaya çıkışı karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Karşılaştırma metodu kullanılarak iki sistemin tarihi süreçleri arasındaki farklılıkların idarenin yargısal denetimi açısından ne gibi sonuçlara yol açtığı değerlendirilmiştir. Bu çerçevede öncelikle Anglosakson sisteminde idarenin yargısal denetiminin ortaya çıkışı üzerinde durulmuştur. Daha sonra Kıta Avrupası sisteminde özellikle Fransa'da idari yargının ortaya çıkışı incelenmiş, Almanya'daki duruma da kısaca değinilmiştir. Ardından Osmanlı Devleti'nde Şura-yı Devlet'in kuruluşu, gelişimi, yapısı ve görevleri incelenmiştir. Sonuç bölümünde ise idarenin yargısal denetiminin ortaya çıkışına ilişkin tarihî süreçteki farklılıkların bugün itibarıyla her iki hukuk sisteminde idarenin yargısal denetimi ile görevli makamlar, bu denetimin kapsamı ve sınırları açısından yol açtığı sonuçlar belirtilmiştir.

I. ANGLOSAKSON HUKUK SİSTEMİNDE İDARENİN YARGISAL DENETİMİ

Anglosakson sisteminde idarenin yargısal denetimine bakmadan önce bu sistemde olağan hukukun tanımı ve özelliklerine değinmek gerekmektedir. Anglosakson sisteminde olağan hukuk; *Common Law* (Ortak Hukuk) olarak adlandırılan hâkim tarafından meydana getirilen, geleneğe dayalı bir hadiseler hukukudur. *Common law*'a yazılı olmayan hukuk (*lex non scripta*) denir. Bu hukuk, mahkeme kararlarının yüzlerce yıldır bir araya getirilmesiyle oluşturulmuştur. Hukukçular mahkeme kararlarını, oluşturulan raporlardan ve dergilerden takip etmektedir.² Mahkeme kararlarından oluşan bu hukuk, genel ola-

¹ **Özay, İl Han** (2010) *Günüşiğinde Yönetim II Yargısal Korunma*, İstanbul, On İki Levha, s. 2; **Erkut, Celal** (2011) "Fransa'da Conseil d'Etat'nın Sosyolojik ve Tarihsel Açından Gelişimi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 4, 43–50, s. 43.

² **King Edward / Hawley Joseph** (1959) "İngiliz (Common Law)'unun gelişmesi", çev. İlhan Lütem A.H.F.D. Cilt XVII sayı 1–4, s. 216.

rak kodifiye edilmemiş halde kalmıştır. Bazı alanlarda kanunlar meydana getirildiyse de bunlar, bu münferit alanın yeniden düzenlenmesi değil tedricen oluşan kuralların tespiti niteliğindedir. Bu nedenle başka devletlerdeki kodifikasyon neticesi oluşan eski hukukla yeni hukuk arasındaki keskin fark İngiliz hukukunda yoktur. İngiliz hukukçusu DICEY bunu şöyle ifade etmektedir: “İngiliz hukuku yapılmış olmaktan ziyade aslında büyüyüp yetişmiştir.”³

Common Law'un temel bir özelliği hukukun üstünlüğüdür. *Common Law*'un geçerli olduğu ülkelerde hükümet idarecilere değil hukuka dayanan bir hükümettir. Hukukun, kral ve tebaasının üstünde kendine has müstakil bir varlık olarak aralarındaki ihtilafları çözmekle yükümlü bulunduğu belirtilmektedir. Kral ve parlamento son söz sahibi değildir, her ikisinin de tasarrufları hukukun temel ilkelerine uygun olmak zorundadır.⁴ Hukuk, “Hukuka bağlı Devlet”te parlamentonun da kralın da üstündedir.⁵

Anglosakson sisteminin diğer bir özelliği de mahkeme kararlarının bağlayıcı olmasıdır. Bir kararda ortaya konan ilkenin benzer bir olayda da uygulanması gerekir. Anglosakson hukukunun temelini oluşturan bu esas onu diğer hukuk düzenlerinden ayırır. Buna göre her biri bir otorite olarak ifade edilen mahkeme kararları ile hareket halinde bulunan hukuk külliyyatına devamlı bir ekleme yapılarak hukukun tekâmülü sağlanmaktadır. Mahkeme kararlarının bu kadar büyük bir güce sahip olması dolayısıyla İngiliz hukuku, hadiseler hukuku (meseleler hukuku) olduğu kadar hâkimin meydana getirdiği (judge-made law) hukuktur ve hâkimler hukuk meydana getiricileridir.⁶

İngiliz hukukunun yukarıda belirtilen bu muhafazakâr, gelenekçi yapısı hayatın gelişmesi karşısında yetersiz kalmış ve böylece bir nısfet hukuku (nısfet/equity/equity law) ortaya çıkmıştır.⁷ Şöyle ki, *Common Law*'da kraliyet mahkemelerinde yargılamanın başlatılması için kişinin davasının mevcut bir dava

³ Schwarz, Andreas B. (1945) “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 11,3-4: 180-202, s. 185.

⁴ King / Hawley (1959), s. 218-219.

⁵ Özay, İlhan (2011) “XVI. Yüzyıl Ve Sonrası Batı Avrupa Ülkeleri Kamu Yönetimi Tarihine İlişkin Notlar-Çağrışımlar: Taçlılar ve Güçlüler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 3 / 1-3: 149-157, s. 157.

⁶ Schwarz (1945), s. 190.

⁷ Schwarz (1945), s. 191.

türüne uyması gerekmekteydi. *Common Law*'un bu katı usulü, adaletsizliğe ve haklı olan davacının gerekli hukuki çözüme kavuşamamasına neden oluyordu. Bu adaletsizliğe karşı zaruret ve vicdanın gerektirdiği hallerde nısfet hukuku devreye girmektedir.⁸ Bu şekilde *Common Law*'un dışında kendi ilkeleri olan ayrı bir hukuk meydana geldi. Ancak bu *Common Law*'a karşı oluşturulmuş bir hukuk değildi. Nısfet hukuku (Hakkaniyet Hukuku) meri hukuka tabi idi.⁹ Nısfet hukuku *Common Law*'un bıraktığı boşlukları doldurmak üzere oluşturulmuştur.¹⁰

Common Law, adliye mahkemelerine idareyi denetleme yetkisi vermiş ancak kural olarak devlet tüzel kişisini bundan istisna tutmuştur.¹¹ Çünkü tüm devlet görevlileri tacın (devletin) hizmetinde sayıldıkları için (servants of the crown) devletin kendi kendini yargılaması hukuken mümkün görülmemiştir. Ancak devlet, sözleşmeye dayalı yükümlülükleri açısından Petition of Rights usulüne göre adliye mahkemelerinin yetkisine tabidir. Haksız fiiller açısından ise devlet mutlak olarak sorumsuzdur ve aleyhine dava açılmaz. Bu durum, 1947 tarihli *Crown Proceedings Act* ile değiştirilerek -belirli istisnalar dışında- tacın sorumluluğu kabul edilmiştir.¹²

Anglosakson sisteminde, 19. yüzyıldan önce *Common Law*'a dayalı bir yargısal denetim söz konusuydu. Bu sistemde sanayi devriminin ortaya çıkardığı sorunların çözülmesi için kendi tüzel kişilikleri olan idari kurullar kurulmuştur.¹³ Bir başka ifadeyle İngiltere'de iktisadi hayata müdahale zaruretinin ortaya çıkmasıyla beraber kanunla merkezî idareden bağımsız idareler kurulmuştur.¹⁴ Özellikle sosyal güvenlik, işçi haklarının korunması gibi konularla il-

⁸ **Schwarz, Andreas B. / Veldet, Hıfzı** (1937) "İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 3: 215-236, s. 228

⁹ **Schwarz, Andreas B. / Veldet, Hıfzı** (1937) "İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 3: 215-236, s. 229.

¹⁰ **Künnecke** (2007), s. 13; **Schwarz** (1945), s. 197-198.

¹¹ **Nasuhioğlu** (1946), s. 99-101.

¹² **Künnecke** (2007), s. 184-185.

¹³ **Stebbing, Chantal** (2009) *Legal Foundations of Tribunals in Nineteenth Century England*, Cambridge University Press, s. 229.

¹⁴ **Alder, John** (2002) *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, Basingstoke and New York, Palgrave Macmillan, s. 69-70.

gili olarak kurulan kurullar, ihtisas sahibi oldukları konularda idari görevlerinin yanında idare ile şahıslar arasındaki ihtilafları daha az formalite ile hızlı bir şekilde çözmekteydi. Bunların kararlarına karşı ise adliye mahkemelerine başvurulabilmekteydi.¹⁵ Bu kurullar, kanunla kurulduğundan bunların yetkilerini aşmaları ve görevlerini yerine getirmelerine ilişkin ihtilafların bunları kuran kanunlara göre değerlendirilmesi gerektiğinden Anglosakson sisteminde idarenin yargısal denetimi 19. yüzyıldan sonra *Common Law*'dan ziyade kanuna dayanmaktadır.¹⁶

2007 tarihli Kurullar, Mahkemeler ve Uygulama Kanunu (Tribunals, Courts and Enforcement Act), idari kurullar ile ilgili önemli düzenlemeler getirmiştir. Daha önce idari kurullar, farklı kamu kurumlarının bünyelerinde bulunmakta ve dağınık bir yapı arz etmekteydi. Kurul kararlarına karşı mahkemelere başvurulabilmekteydi. Ancak buna rağmen kurulların birleştirilmiş ve basitleştirilmiş bir yapıya kavuşturularak mahkeme sistemine entegre edilmesi için reform yapılmıştır. Kurullar ve mahkemeler idari açıdan aynı teşkilat altında toplanmıştır. Kurulların idari işlerinin görülmesi için mahkeme başkanlığı şeklinde bir Kurullar Kıdemli Başkanlığı (Senior Precedency of Tribunals) kurulmuştur. İngiltere'de meslekten hâkimler bulunmamaktadır. Hâkimler, kıdemli hukukçular arasından bağımsız bir komisyon (judicial appointments commission) tarafından seçilmektedir. Yapılan değişiklik ile kurul üyeleri de bu komisyon tarafından seçilmeye başlanmıştır. Böylelikle kurul üyelerinin bağımsızlıkları teminat altına alınmıştır. Kurullar, gördükleri ihtilaflar konusunda ihtisas sahibi olmaları ve ihtisas konuları ile ilgili hukukçu olmayan üyelere sahip olmaları ile mahkemelerden ayrılmaktadırlar. Böylece daha önce dağınık bir halde bulunan idari kurullar tek bir çatı altında toplanmıştır.¹⁷ Bu sistemde pek çok konu ile ilgili olarak yargısal denetime başvurmadan önce ilk derece ve üst derece şeklinde teşkilatlandırılan bu idari kurullara (*First-tier Tribunal – Upper Tribunal*) başvurmak zorunludur.¹⁸ Kurullar mahkemelere na-

¹⁵ **Drewry, Gavin** (2009) "The Judicialisation of Administrative Tribunals in the UK: From Hewart to Leggatt", *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 5.28: 45-64, s. 48.

¹⁶ **Elliott, Mark; Thomas, Robert**(2012) "Tribunal justice and proportionate dispute resolution", *The Cambridge Law Journal*, 71, 2: 297-324, s. 317, 319.

¹⁷ **Elliott /Thomas**, (2012), s 298.

¹⁸ **Anthony Gordon** (2015) "Administrative Justice in the United Kingdom", *Italian Journal of Public Law*, 7(1), 9-33, s. 3-4.

zaran daha basit ve gayri resmî bir usulün izlendiği alternatifler olarak kurulmuştur.¹⁹ Ancak bu kurulların kararları da mahkemelerin yargısal denetimine tabidir.²⁰

İngiltere’de *judicial review* denilen bir usulle, idarenin işlemlerine karşı ilk derece mahkemesi olarak Yüksek Mahkeme (High Court) bünyesindeki İdare Mahkemesinde dava açılabilir. Yargısal denetim (*Judicial Review*), İdare Mahkemesinin idare üzerinde gerçekleştirdiği denetleyici bir yargılama olarak ifade edilebilir. Yargısal denetim, Yüksek Mahkemeler Kanunu (Senior Courts Act) m. 31 ve Hukuk Muhakemesi Kuralları (Civil Procedure Rules) m. 54’te düzenlenmektedir.²¹ Bu usulde, eğer mahkeme, kararı hukuka aykırı bulursa kararı iptal edip tazminata karar verebilir. Ayrıca mahkeme idareye bir yargısal emir gönderebilir.²² Yargısal denetim (judicial review), kamu işlevi yerine getiren (kamusal işlev gören) bir idarenin kararının, eyleminin veya eylemsizliğinin hukuka uygunluğunun hâkim tarafından denetlendiği mahkeme sürecini ifade etmektedir. Yargısal denetim, hukukun doğru bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı ve doğru usulün izlenip izlenmediği ile ilgilidir. Yargısal denetimde mahkeme, idarenin kararının doğru veya yanlış olup olmadığıyla ilgilenmez ancak karar alınırken doğru hukuki dayanak kullanılıp kullanılmadığıyla ve hukuka uygun bir usul izlenip izlenmediği ile ilgilenir.²³ İdare Mahkemesinin kararlarına karşı Temyiz Mahkemesine (Court of Appeal) başvurulabilir. Birleşik Krallık Yüce Mahkemesi (Supreme Court for the United Kingdom) Ekim 2009’da Lordlar Kamarasının (House of Lords) yargısal yetkilerini devralmıştır.²⁴ Daha önce en son başvuru *hukuk lordları* (law lords) olarak adlandırılan *House of Lords* üyelerinden oluşan komiteye yapılmaktaydı Son başvuru mercii olarak lordlar, istisnai durumlarda davayı görüyor ve karara bağlıyorlardı. Ekim

¹⁹ **Künnecke, Marina** (2007) *Tradition And Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Berlin-Heidelberg, Springer, s. 18.

²⁰ **Hawke, Neil / Parpworth, Neil** (1998) *Introduction to Administrative Law*, London-Sydney, Cavendish Publishing Limited, s. 4.

²¹ **Künnecke** (2007), s. 31; **Alder** (2002), s. 407-408.

²² **McGarry John** (2017) *Intensiton, Supremacy and the Theories of Judicial Review*, Routledge, s. 28-30.

²³ **Bradley, Anthony/Ewing, Keit/Knight, Christopher** (2015) *Constitutional and Administrative Law*, Harlow, Pearson Education Limited, s. 629; **Alder** (2002), s. 363.

²⁴ **Magill, M. Elizabeth/Ortiz, Daniel R.** “Comparative Positive Political Theory”, **Rose-Ackerman, Susan/Lindseth, Peter L.** (Editörler) (2010) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, s. 140.

2009'da bu üyeler, Yüce Mahkeme üyesi halinde geldiler. Yüce Mahkeme, Lordlar Kamarasının yargılama yetkilerini devraldığından daha onun tarafından yerine getirilen yargılama görevleri 2009'dan itibaren Yüce Mahkeme tarafından yerine getirilmektedir.²⁵

Adli rejimin temelinde idarenin yargısal denetiminin olağan mahkemeler (genel mahkemeler) tarafından yapılması bulunmaktadır. Bu sistemde idare de dâhil olmak üzere tüm süljeler aynı yargı yerlerinde yargılanır ve aynı hukuka tabidir. Bu sistemde şahsın hakları yazılı hukuktan değil mahkeme kararlarından doğar ve dolayısıyla anayasa, hakların kaynağı değil sonucudur.²⁶

Adli rejimde de adli yargının idareyi denetlemekte yetersiz kalması üzerine oluşturulan idari kurullara yargılama benzeri (yarı yargısal - quasi judicial) yetkiler verilmiştir. Sonrasında bu kurullar mahkeme benzeri bir sistem dâhilinde tek çatı altında toplanmış, kararlarına karşı Temyiz Mahkemesine başvuru imkânı getirilmiştir.²⁷

Anglosakson sisteminde baştan beri idari kurul ve mahkeme ayrımı yapılmış idari kurullar maddi vakıalara da giren bir denetim yapabilme ve faal idare yerine karar alma yetkisine sahip olmuşlardır. Mahkemeler ise gerek idare mahkemesi kurulmadan önce gerekse kurulduktan sonra yerindelik denetimi yapmama konusuna ayrı bir önem vermiş, hassasiyetle bu kurala riayet etmişlerdir. Yukarıda belirtilen, idarenin yargısal denetiminin tarihi gelişimindeki farklılıklar nedeniyle Anglosakson sisteminde esas açısından zayıf bir denetim mekanizması oluşmuş; yargısal denetim, usul denetimi ağırlıklı olmuştur. Yani yargısal denetimin yerindelik denetimi değil bir hukuka uygunluk denetimi olduğu ve sınırlı bir denetim mekanizması olduğu kabul edilmiştir.

II. KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİNDE İDARENİN YARGISAL DENETİMİ

Kıta Avrupasında idarenin yargısal denetiminin ortaya çıkışı idare hukukunun doğumu ile olmuştur. İdare hukuku modern bir olgudur. İdare hukuku ile idari yetki (güç), diğer bir deyişle otorite ile otoritenin hukuken sınırlandırılması birlikte ortaya çıkmıştır. Fransa'da ihtilâlden sonra çıkarılan kanunlarla güçlü bir merkezî otorite ve kuvvetler ayrılığına dayalı bir sistem kurulmuştur. Böylece ayrı ve farklı bir kamu gücü şekli olarak idare cihazı oluşturulmuştur.

²⁵ Bradley (2015), s. 15.

²⁶ Yayla, Yıldızhan (2010) İdare Hukuku, İstanbul, Beta, s. 106.

²⁷ Harlow/ Rawlings (2009), s. 509-510.

19. yüzyılda polis devletinden hukuk devletine geçişle birlikte de idare cihazının hukukla sınırlandırılması anlamına gelen idare hukuku doğmuştur.²⁸ Bu sınırlandırmaya göre, idare, keyfi hareket edemeyecek, millet iradesinin ifadesi olan kanunlara tabi olacaktı.²⁹

Ülkeler arasındaki kurumsal ve kavramsal farklılıklar (özellikle devletle toplum arasındaki ve idare ile yargı arasındaki ilişkiye dair farklı anlayışlar) nedeniyle bu sınırlandırma sürecinin sonucu farklılık arz etmiştir. Böylece, bir tarafta idare mahkemeleri ve “*Hukuk Devleti*” ilkesi, diğer tarafta olağan mahkemeler ve “*Hukukun Üstünlüğü*” ilkesi oluşmuştur.³⁰ İhtisas sahibi idare mahkemelerin bulunduğu sistem Kıta Avrupası, sadece olağan mahkemelerin bulunduğu sistem ise Anglosakson sistemidir. Şahıslarla idare arasındaki ihtilafların çözümü Anglosakson sisteminde genel mahkemelere Kıta Avrupası sisteminde ise idare mahkemelerine bırakılmıştır. Anglosakson ülkelerinde uygulanan “yargı birliği sistemi”, diğer sistem ise Kıta Avrupası ülkelerinde uygulanan “yargı ayrılığı sistemi”dir. Birincisine “adli idare sistemi” diğerine “idari rejim” de denilmektedir.³¹

A. ALMANYA’DA

1800’lerin sonunda Almanya’da ayrı bir idari yargı sistemi oluşturulmaya başlanmıştır.³² Ancak etkili bir yargısal denetim henüz başarılammıştı çünkü mahkemelerin yargı yetkisi sınırlı idi. Pek çok konu yargısal denetim dı-

²⁸ **Sordi, Bernardo** “Révolution, Rechtsstaat, and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence of Administrative Law in Europe”: **Rose-Ackerman, Susan/Lindseth, Peter L.** (Editörler) (2010) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, s. 27; **Parrillo, Nicholas** “Testing Weber; Compensation for Public Services, Bureaucratization, and the Development of Positive Law in the United States”: **Rose-Ackerman, Susan/Lindseth, Peter L.** (Editörler) (2010) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, s. 60.

²⁹ **Onar, Sıddık Sami** (1966) *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I. Cilt, İstanbul, Akgün Matbaası, s. 141.

³⁰ **D’alberti, Marco** “Administrative Law and the Public Regulation of Markets in a Global Age”, **Rose-Ackerman, Susan/Lindseth, Peter L.** (Editörler) (2010) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, s. 75.

³¹ **Çağlayan, Ramazan** (2018) *İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Ankara Seçkin, s. 39–40.

³² **Singh, Mahendra P.** (2001) *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin-Heidelberg, Springer, s. 10; **Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel** (2018) *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin, s. 33.

şında bırakılmıştı. Hâkimler, idareden bağımsız değildi ve diğer kamu görevli-leri gibi atanmaktaydı. Bu nedenle idare mahkemeleri kurumsal olarak yargının değil, idarenin bir parçasıydı. Ancak hukukun üstünlüğü açısından bu zayıf mahkeme sistemi bile öncesine göre çok önemli bir gelişmeydi. Bu zayıf mahkeme sistemi, 1960'taki İdare Mahkemeleri Kanunu'na kadar devam etti ve anılan Kanun'un kabulüyle anayasal bir gereklilik olan bağımsız bir idare mahkemesi sistemi kuruldu ve böylece etkili bir hukuki koruma oluşturuldu.³³

Alman idari yargı sisteminin Fransız sistemine göre kurulduğu diğer taraftan ilk derece mahkemelerinin İngiliz sistemindeki idari kurullar gibi yapılandırıldığı ve bu yönüyle Alman sisteminin hem Kıta Avrupası hem de Anglosakson sisteminin özelliklerini taşıdığı ifade edilmektedir.³⁴

B. FRANSA'DA

Fransa'da idare, adli yargının (olağan mahkemelerin) yargı yetkisi dışındadır.³⁵ Fransız sisteminde idarenin yargısal denetimi, idari yargı denilen ayrı bir yargı düzeni tarafından yapılmaktadır. İhtilalden sonra Fransa'da adliye mahkemelerinin idari ihtilafları görmeleri yasaklandı ve idari ihtilafların çözümü bizzat idareye verildi.³⁶ Bu yetki, önce idari işlemi yapan makam tarafından sonra ise idarenin istişari organları tarafından kullanıldı. Bu istişari organlar daha sonra idare mahkemeleri haline geldi.³⁷

Fransız İhtilali öncesinde yargısal denetim, *parlöman* denilen merkezî ve bölgesel kurumların elindeydi.³⁸ Bunlar yasama görevi yerine getiren meclisler değil, bölgesel yüksek mahkemelerdi. İhtilal sonrasında bu mahkemelerinin

³³ **Becker, Florian** (2016) "The Development of German Administrative Law", *George Mason Law Review*, 24: 453, s. 41.

³⁴ **Singh** (2001), s. 1-2.

³⁵ **Harlow, Carol / Rawlings, Richard** (2009) *Law And Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, s. 9.

³⁶ **Gözler/ Kaplan** (2018), s. 30.

³⁷ **Nasuhioğlu, Orhan** (1946) "İdari Tasarrufların Kazai Murakabesinde Fransız ve İngiliz - Amerikan Sistemleri", *İdare Hukuku Bakımından İngiliz Hukuk Sistemi, İdare Hukuku Seminer Çalışmaları: I*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 91.

³⁸ **Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut** (2012) *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 20.

idari işlem ve faaliyetleri denetlemeleri yasaklandı. Bu ise, idarenin hukuka aykırı hareket etmesi halinde ilgililerin mahkemelere değil ancak idareye başvurabilecekleri anlamına geliyordu.³⁹ İdareye yapılan başvuruların ilgili bakanlıklara yapılması gerekiyordu. Bu şekilde, bakanlar kendi davalarının hâkimi haline geldi ve bu durum 1806'ya kadar devam etti. Bundan sonra bakanlıkların kararına karşı *Conseil d'Etat*'a başvurabilme imkânı getirildi. *Conseil d'Etat* 1799'da Napolyon tarafından kuruldu. *Conseil d'Etat*, İhtilal öncesinde hukuki düzenlemelerin yapılmasında danışma görevi yapan Kral Meclislerine (*Conseil du Roi*) benzemekteydi.⁴⁰

İdarenin işlem ve eylemlerinden mağdur olan fert, önce ilgili bakanlığa başvuracak daha sonra *Conseil d'Etat*'ya gidebilecekti. *Conseil d'Etat*, bu başvurular için meşru bir forum olmakla birlikte yürütme organı içinde yer almaktaydı. Daha sonra *Conseil d'Etat* bağımsızlık, kesinlik ve fonksiyonların ayrılığı özelliklerini kazanarak gerçek bir mahkeme haline geldi. Bu tekâmül içinde önemli gelişmelerden biri de *Conseil d'Etat*'da ihtilafları görmek için ayrı bir daire kurulmasıydı. Bu daire önce Dava (yargılama) Komisyonu (*Commission du Contentieux*) daha sonra Dava Dairesi (*Section du Contentieux*) adını aldı. 1831'de Komisyon çalışmalarını kamuya açık olarak yapmaya başladı ve *Conseil d'Etat*'nın onayına sunmaksızın karar verme yetkisine kavuştu.⁴¹

1872 yılında *Conseil d'Etat*'nın daha önce bakanlar için tavsiye niteliğinde olan kararları bağlayıcı hale geldi. Böylece tutuk adalet (*la justice retenue*) sisteminden devredilmiş adalet sistemine (*la justice deleguee*) geçildi.⁴² Son olarak 1889'da *Conseil d'Etat*, davacıların önce bakanlıklara başvurmak zorunda olmadan doğrudan kendisine başvurabileceğine karar verdi. *Conseil d'Etat*, 1889'da verdiği "Cadot" kararından sonra özel kanunlarla diğer yargı mercilerine bırakılan konular dışında asli ve genel yargı mercii haline gelmiştir.⁴³ İl meclisleri / konseyleri, 1879 yılında kurulmuştu ve yerel idari yargılama yetkisi

³⁹ **Erkut** (2011), s. 44.

⁴⁰ **Yayla, Yıldızhan** (2011) "Conseil D'etat (Yapısı, İşlevi ve Yaklaşımı Üstüne)", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1: 79-86, s. 82.

⁴¹ **Onar** (1966), s. 1821.

⁴² **Zoller, Elisabeth** (2008) Introduction to Public Law: A Comparative Study, Leiden, Brill, s. 255.

⁴³ **Jacobini, Horace B.** (1991) An Introduction to Comparative Administrative Law, New York, Oceana Publications Inc., s. 100-102; **Erkut, Celal** (2011) "Fransa'da 1953 Reformu ve Bugünkü İdari Yargının Genel Görünümü", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 5 / 1-3, 49-62, s. 49.

kullanılmaktaydı. 1953 yılında *Conseil d'État*'nın aşırı iş yükünün azaltılması için bu konseyler / kurullar genel görevli idare mahkemeleri haline getirildi. Böylece *Conseil d'État*'nin daha çok bir temyiz mahkemesi haline geldi. İl kurullarının danışma görevleri büyük oranda azalmış olmakla birlikte devam etmektedir. Sonuç olarak idare mahkemeleri genel yetkili ilk derece mahkemesi olarak idari davaları görmekte temyiz başvuruları ise *Conseil d'État*'ya yapılmaktadır.⁴⁴

Bu sistem idarenin denetlenmesinde kullanılan davalar iptal davası ve tam yargı davasıdır. İptal davası daha basit ve daha az masraflıdır, idari işlemlerin hukuka uygunluğu ile ilgilidir. Çünkü hukuka aykırı bir idari işlem iptal ile ortadan kaldırılır. Tam yargı davasında ise bir idari işlemin hukuka uygunluğu meselesi değil bir hakkın tanınması ve ilgilinin tatmini söz konusudur.⁴⁵

Fransız sisteminin özelliklerinden biri de adli ve idari yargı düzenleri arasındaki ihtilafları çözüme bağlamak üzere uyuşmazlık mahkemesinin 1872 yılında kurulmuş olmasıdır. Burada mahkeme, adli ve idari mahkemeler arasındaki göreve ilişkin uyuşmazlıkları giderme görevinin yanında her iki yargı düzenindeki mahkemelerin aynı konuda çelişkili hüküm vermeleri halinde tarafların müracaatı üzerine bu hüküm uyuşmazlığını giderir nitelikte bir karar vermekle de görevlendirilmiştir.⁴⁶

İhtilal sonrası Fransa'da hem yasama hem de olağan yargıdan bağımsız bir idare cihazı oluşturulması düşünülmüştü. Bu cihazın denetlenmesi için oluşturulan ve Napolyon'un etkisiyle totaliter bir yapıyla başlayan *Conseil d'Etat* daha sonra devlet karşısında ferdin hürriyetlerini en sistematik şekilde teminat altına alan bir kurum haline geldi.⁴⁷ *Conseil d'Etat*, yapısal olarak yürütmenin bir parçası olmasına rağmen yürütmeden bağımsız bir şekilde idare üzerinde yargı yetkisi oluşturmuştur.⁴⁸

Conseil d'Etat, yargısal görevlerinin yanı sıra istişari görevler de yerine getirmektedir. Bu görevler, organ olarak birbirinden ayrılmış ve *Conseil d'Etat*'nin farklı daireleri istişari ve kazaî daireler olarak görevlendirilmiştir.

⁴⁴ **Jacobini** (1991), s. 100–102.

⁴⁵ **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2018) Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi 85-86, 125.

⁴⁶ **Nasuhioğlu** (1946), s. 97.

⁴⁷ **Brown, Lionel Neville / Bell, John / Galabert, Jean-Michel** (1998) French Administrative Law, Oxford, Oxford University Press, s. 25.

⁴⁸ **Bradley, Anthony / Ewing, Keith** (2007) Constitutional And Administrative Law, Harlow, Pearson Education Limited, s. 86.

Conseil d'Etat; kanun tasarı ve teklifleri, düzenleyici işlemler ve karşılaşılan idari sorunlar hakkında görüş bildirmek gibi yargılama dışı görevleri kuruluşundan beri yerine getirmektedir. Fransa'da *Conseil d'Etat*, yasama ve yürütmenin danışmanlığı görevini aktif ve etkin bir şekilde yapmaktadır. Kurumun yasama ve yürütmenin danışmanlığını yapması; hukukun sadeleşmesini ve iç bütünlüğünü, hukuk güvenliğini, hukuk kurallarında terim birliği ve anlam açıklığı sağlamıştır. Ayrıca düzenlemelerin yerindelik ve iyi idare ilkeleri açısından incelenmesi suretiyle bunlara etkinlik ve verimlilik kazandırıldığı ifade edilmektedir.⁴⁹

Yargısal denetimin sınırları açısından bakıldığında Kıta Avrupasında yerindelik denetimi yapılamaması, idarenin yargısal denetiminin önemli sınırlarından birini teşkil etmektedir. Kıtada idare mahkemeleri, idarenin kendi içinden çıktığı için yerindelik denetim yapılması “eğilimi” baştan beri var olmuş bağımsız mahkeme haline gelmesinden sonra da bu “sorun” devam etmiştir. Kıta Avrupasında mahkemeler, yoğun bir yargısal denetimle idari işlemleri esas açısından da denetlemişler hatta belirli şartlar dâhilinde idarenin takdir yetkisinin de denetlenebileceğini ortaya koymuşlardır.

Sonuç olarak idari rejim, idareyi genel mahkemelerin denetiminden kurtarmak için ortaya çıkmıştır. Başka bir deyişle adli idare sistemine Fransız devletin yöneticileri tahammül edememişlerdir.⁵⁰ İdarenin idare tarafından denetlendiği bu sistemde, idari yargının doğuşu ve gelişmesi faal idare ile uyumsuzluk çözen idarenin birbirinden ayrılmasına dayanmaktadır.⁵¹

C. TÜRKİYE'DE

Osmanlı Devleti'nde bugünkü anlamda idarenin yargısal denetimi söz konusu değildi. Genel mahkemeler olan kadı mahkemeleri, diğer davalar yanında şahıslar ile kamu görevlileri arasındaki ihtilafları da çözmekteydi. Divan-ı Hümayun, idari kaza mercilerinin kararlarını üst merci olarak denetlemekte ve onun bazı yüksek rütbeli devlet memurlarını yargılama görevi de bulunmak-

⁴⁹ **Sezginer, Murat** (2017) “Dünden Bugüne Conseil d'Etat ve Danıştay'ın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 93, s. 108–113.

⁵⁰ **Yayla, Yıldızhan** (2010) *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta, s. 106.

⁵¹ **Öztürk** (2015), s. 177.

taydı. Taşrada bulunan paşa divanları, halkın idare ile ilgili şikâyetlerine bakmaktaydı. Bu uygulama Tanzimat Dönemi'ne kadar devam etmişti. 19. yüzyıldan itibaren Avrupa ile ilişkilerin artması ve ıslahat çalışmaları ile Osmanlı Devleti'nde büyük bir kanunlaştırma hareketi başlatılmıştı. Bu kanunlar, yeni kurulan meclislerce hazırlanmakta ve padişah onayıyla yürürlüğe girmektedir. Tanzimat Dönemi'nde Osmanlı adliyesinde de ıslahat gerçekleştirilmişti.⁵²

Tanzimat'ın ilk döneminde merkez ve taşrada kurulan meclisler gerek memurların yargılanması gerekse idare ile şahıslar arasındaki davalara bakılması ile görevlendirilmiştir. Tanzimat'a kadar bugünkü anlamda bir idare hukuku ve idari yargılama hukuku bulunmamaktaydı. Genel mahkemeler olan kadı mahkemeleri, şahıslar arasındaki ihtilafların yanında şahıslar ile kamu görevlileri arasındaki ihtilafları da görmekteydi. Tanzimat'tan sonra özellikle Fransa'dan pek çok kanun iktibas edilmiş, batı mahkeme teşkilatları örnek alınarak yeni mahkemeler ihdas edilmiştir.⁵³

Şûra-yı Devlet'in kurulmasından önce 1856 senesinde Islahat Fermanı ile azınlıklara eşit hukuk vaadinde bulunulmuştur. Bu dönemin önemli gelişmelerinden biri Osmanlı Devleti'nde özel hukuk ilişkilerini düzenleyen Mecelle'nin hazırlanmaya başlanmasıdır. Mecelle'nin hazırlanmasına başlanılmadan önce Âli Paşa, Hıristiyan tebaanın hukuk kuralarından eşit olarak faydalanması için Fransa Medeni Kanunu'nun resepsiyon ile benimsenmesi gerektiğini savunmuştur.⁵⁴

Osmanlı Devleti'nde idari yargının (Şûra-yı Devlet'in) kuruluş sebepleri:

- Fransız etkisi,
- Genç Osmanlıların (Jön Türklerin) faaliyetleri,
- Âli Paşa'nın Girit'teki görevi sırasında yaptığı gözlemler olarak ifade edilmektedir.⁵⁵

⁵² **Ekinci, Ekrem Buğra** (2015) Hukukun Serüveni, 2. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, s. 317.

⁵³ **Gedikli, Fethi** (2008) Şûra-yı Devlet, Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla, İstanbul, Öncü Kitap, s. 20.

⁵⁴ **Karahasanoğlu, Cihan Osmanağaoğlu** (2011) "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi OTAM, 29: 93-124, s. 97.

⁵⁵ **Gülan, Aydın, et al.** (2012) "ONAR-SARICA-DURAN Hukuk Devleti Günü: 5 Mart 2012", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 15,2: 169-221, s. 185.

1. Şûra-yı Devletin Kuruluşu ve Gelişimi

Osmanlı hükümdarları, yetkilerini bir takım hukuki esaslara bağlı olarak kullanmışlardır. Tanzimat'tan önce de devlet birey ilişkileri, kısmen şeri hukuk kısmen de padişah kanunnameleri ile konan örfi hukuk ile düzenlenmekteydi. Ayrıca kadı ve naipler bazı idari faaliyetleri denetlemekteydi. Buna göre eski idare cihazımız, Kıta Avrupasının polis devleti rejiminde olduğu gibi sınırsız bir kamu gücüne sahip değildi. Devlet-fert ilişkilerinin bir hukuk düzeni altında işlemesine devletin parlak devirlerinde dikkat edilmişti. Ancak 18. yüzyılda merkezin mülki idare üzerindeki otoritesinin zayıflamasıyla taşrada takdire dayalı olarak vergi salmak, asker toplamak, hâkimin hükmü olmadan ceza vermek, mal müsadere etmek gibi hak ihlalleri yaygınlaşmıştı. Bunlara ek olarak vergi mültezimleri de halka kötülük etmişlerdi.⁵⁶ Belirtilen hak ihlallerinin sonlandırılması ve idarenin hukuka bağlanması için atılan adımlardan biri, 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'dır. Tanzimat Fermanı, hak ihlallerine yol açan belirtilen fiilleri yasaklamıştır. Sonrasında 1856 tarihli Islahat Fermanı ile eşitlik ilkesi getirilmiştir. Böylece temel hakların bir kısmı teminat altına alınmış ve idare sahasını da kapsayan bir tedvin hareketi başlatılmıştır. Bu çerçevede 1868 yılında kurulan Şûra-yı Devlet ve Vilayet İdare Meclislerine idari yargı yetkisi verilmiş, idarenin yargısal denetimi açısından bir adım atılmıştır.⁵⁷

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan önce Divan-ı Hümayun, beylerbeyi ve sancak beyi divanlarının idari kaza işlevi yerine getirdikleri; ayrıca veziri azam, yeniçeri ağası, kaptan paşa, defterdar gibi yüksek kademe devlet görevlilerinin de idari kaza yetkilerine sahip olduğu ifade edilmektedir.⁵⁸ Şahıslarla idare arasındaki ihtilafların kadıların görüşleri alındıktan sonra bu görevliler tarafından çözüldüğü belirtilmektedir.⁵⁹ Bunların yanında, Şer'i mahkemeler diğer davalarla birlikte şahıslar ile hükümet arasındaki ihtilafları da çözmekteydi. Bu uygulama Tanzimat dönemine kadar devam etmiştir. Tanzimat döneminde 1838 tarihinde ilk önce Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye (Adliye İşleri

⁵⁶ **Balta, Tahsin Bekir** (1962) Kısa İdare Hukuku I (Ders Notları), Ankara, TODAİE, s. 20.

⁵⁷ **Balta** (1962), s. 21.

⁵⁸ **Ekinci, Ekrem Buğra** (2017) Osmanlı Mahkemeleri: Tanzimat ve Sonrası, İstanbul, Arı Sanat Yayınları, s. 395-396.

⁵⁹ **Onar, Sıddık Sami** (1935) "Türkiye'de İdarenin Kazai Murakabesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1,1: 21-40, s. 25.

Yüksek Meclisi) kuruldu. Şûra-yı Devlet'in temeli bu meclise dayanmaktadır. Bu meclis, diğer görevlerinin yanında hem halkın idare aleyhine dava açabildiği hem de memurların yargılandığı bir idari kaza merciiydi.⁶⁰ 1854 yılında Meclis-i Ali Tanzimat kurularak daha önce Meclisi Vâlâ'nın yetki alanında olan kanun ve nizamnameleri hazırlama görevi bu kuruma verildi. 1861 yılına gelindiğinde bu ikili yapıdan vazgeçilerek Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye ile Meclis-i Ali Tanzimat'ın birleştirilmesiyle Meclisi Ahkâm-ı Adliye oluşturuldu. Bu durumun oluşmasında İngiliz müdahalesinin etkisinden söz edildiğinden sistemin yargı birliğine dönüştüğü de ileri sürülmüştür.⁶¹ Bundan yedi sene sonra 1868'de bu sefer tekli yapı geride bırakılarak bu meclis ikiye ayrılmış, Şûra-yı Devlet ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye kurulmuştur. Şûra-yı Devlet, Sultan Abdülaziz'in 10 Mayıs 1868 günlü kuvvetler ayrılığı ilkesine de değinen ünlü nutkuyla aynı tarihte fiilen çalışmaya başlamıştır.⁶² Şûra-yı Devlet, anayasal açıdan ilk parlamento hazırlığı olarak da değerlendirilmekte ve Osmanlı toplumu içinde siyasi bir kuvvet olarak karşılandığı ifade edilmektedir.⁶³ Bunun yanında Fransa'da kurulan *Conseil d'Etat*'nın Şûra-yı Devlet'in kurulmasında etkisi vardır. Fransa'da Napolyon tarafından kurulan konsey, danışma ve yüksek yargı işlevlerini görmektedir.⁶⁴ Dolayısıyla Şûra-yı Devlet, Osmanlı Devleti'nin Batı'nın üstünlüğünü gördüğü ve kabul ettiği bir dönemde, devletin yeniden yapılandırıldığı bir sırada oluşturulan bir kurum olarak ifade edilmektedir.⁶⁵

Taşrada ise 1871 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilayet Nizamnamesi ile yeni bir idari kaza teşkilatı kurulmuştur. Bu düzenleme ile taşrada kurulan idare

⁶⁰ **Ekinci** (2017), s. 396.

⁶¹ **Karahanoğulları, Onur** (2005) Türkiye'de İdari Yargı Tarihi, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 129.

⁶² **Gedikli, Fethi** (2008) Şura-yı Devlet, Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla, İstanbul, Öncü Kitap, s. 19, **Durhan, İbrahim** (2008) "Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sayı 3 - 4, 55-111, s. 93.

⁶³ **Tunaya, Tarık Zafer** (1969) Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, s. 287.

⁶⁴ **Seyitdanlıoğlu Mehmet**, Tanzimat Dönemi'nde Yüksek Yargı ve Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye (1838-1876), Adâlet Kitabı, (Editörler: **B. Arı-S. Aslantaş**), Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını, 2007, s. 207-220. s. 4.

⁶⁵ **Gedikli, Fethi** (2017) "Somut Olay Örnekleri İle Şura-yı Devlet'in Tarihsel Süreç İçerisindeki İnceleme ve Danışma İşlevinin Önemi", Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 93, s. 65.

meclislerin; memurların muhakemesi, memurlar arasındaki görev ve yetki ihtilaflarının çözülmesi, halkın idari tasarruflara karşı şikâyetlerinin ve vergi ihtilaflarının görülmesi gibi yetkileri bulunmaktaydı.⁶⁶ Vilayet Nizamnameleri (1867 – 1871 Umumi Nizamnameler / 1861 Lübnan–1864 Tuna Nizamnameleri) ile vilayet, sancak ve kaza meclislerinin kurulması, bunların idari ve adli yetkilere sahip olmaları ile vilayetlerdeki bu sistemin başarısı Şûra-yı Devlet'in kuruluşunda önemli bir etkiye sahip olmuştur. Şûra-yı Devlet, kurulduğu 1868 yılından itibaren bu meclislerin kararlarına karşı bir temyiz mercii olmuştur.

Tanzimat'tan sonra Fransa örnek alınarak gerçekleştirilen idari reformun etkisiyle devlet teşkilatının içinde idare ile adli makamlar arasındaki ayrım belirgin hale getirilmiştir. Şûra-yı Devlet tam olarak bir mahkeme niteliğinde olmadığı halde kendisine idare ile şahıslar arasındaki ihtilafları çözme görevi verilmişti.⁶⁷ Şûra-yı Devlet, idareden bağımsız bir yargı organı olarak öngörülmediği gibi kararları da bir yargı kararı olarak kabul edilmemişti. Bu kararlar, istişari mahiyet taşımaktaydı. Yani Şûra-yı Devlet tarafından verilen karar, hukuka aykırılığı veya bir zararın varlığını tespit etmekle beraber iptal veya tazmin hükmü içermemekteydi. Verilen kararın uygulanması için yapılması gerekenler idarenin takdirine bırakıldığından için karar sadece görüş bildirme niteliğindedi.⁶⁸

2. Şûra-yı Devlet'in Görevleri

Şûra-yı Devlet'in nizamnamenin 2. maddesinde kurumun görevleri şu şekilde sayılmaktadır.⁶⁹

- 1) Her türlü mevzuat tasarisını incelemek ve hazırlamak,
- 2) Kanun ve nizamnamelere göre görevli olduğu mülki işleri incelemek ve karara bağlamak,
- 3) Hükümet ile şahıslar arasındaki davalara bakmak,
- 4) Mülki ve adli makamlar arasındaki ihtilafları incelemek ve karara bağlamak,
- 5) Kanun ve nizamnamelere ilişkin olarak devlet dairelerinden gelen evrak ve yazıları görüş bildirerek cevaplamak,

⁶⁶ Ekinci (2017), s. 399.

⁶⁷ Öztürk, Burak (2015) Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 180.

⁶⁸ Yıldırım, Turan et al. (2016) İdare Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 696.

⁶⁹ Canatar, Mehmet (1997) "Şurayı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi Üzerine Bazı Tespitler", İlmî Araştırmalar: Dil, Edebiyat, Tarih İncelemeleri, Sayı 5, 107-139, s. 113; Durhan (2008), s. 97; Ortaylı, İlber (2008) Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Ankara, Cedit Neşriyat, s. 419.

- 6) Padişah emri veya kanun ve nizamnameler gereğince memurları yargılamak,
- 7) Padişahın ve devlet dairelerinin talepleri üzerine her türlü konu hakkında görüş bildirmek.

Ayrıca vilayet nizamnamesine göre vilayet merkezlerinde toplanan umumi meclislerin ıslahata dair önerilerini karara bağlamanın da Şûra-yı Devletin görevlerinden olduğu ifade edilmektedir.⁷⁰ Bu görevlerden, şahıslarla devlet arasındaki davaları görme, 1876 tarihli Kanun-ı Esasi ile genel mahkemelere bırakılmıştır. Böylece Osmanlı Devleti döneminde Şûra-yı Devletin yargısal görevleri çok sınırlı kalmıştır. Bununla beraber Şûra-yı Devletin görevleri nitelikleri itibariyle bir tasnife tabi tutulduğunda bunları; yasama işlemlerine yardımcı olmak, istişarî nitelikte görevler ve yargılama görevleri olarak üçe ayırabiliriz. Birinci görev, yasama görevi olarak düşünülse de Şûra-yı Devletin hazırladığı kanun taslakları sadarete oradan da padişahın onayına arz edildiğinden, yasamaya ilişkin bir inceleme ve danışma görevi olarak değerlendirilebilir. Buna göre Şûra-yı Devletin esas görevi inceleme ve danışma olarak ifade edilebilir.⁷¹ Şûra, meşveret ve istişare kelimeleri aynı kökten türemiş kelimelerdir; müzakere mahalli, danışma ve mütalaasına başvurma gibi anlamlara gelmektedir.⁷²

Şûra-yı Devletin idare ile şahıslar arasındaki davalara bakmak ve memurların yargılanması dışındaki görevleri yargılama dışı görevlerdir. Şûra-yı Devlet, nizamnamesinin 1. maddesinde de belirtildiği üzere, bir yüksek mahkemeden ziyade memleketin umumi mülki meselelerinin müzakere edileceği bir meclis olarak kurulmuştur.⁷³ Şûra-yı Devletin görevleri; danışma, yargı, yasama ve denetleme olarak tasnif edilebilir.⁷⁴ Bugün de Danıştayın inceleme, görüş bildirme ve diğer görevler olarak tasnif edilebilecek yargılama dışında görevleri bulunmaktadır. Ancak Danıştayın bu görevleri çok dar bir çerçeveye indirgenmiştir.⁷⁵ Kanuni ve idari düzenlemelerin hazırlanması sırasında Danıştayın gö-

⁷⁰ Gedikli (2017), s. 69.

⁷¹ Gedikli (2017), s. 69-70.

⁷² Sami, Şemseddin (2004) Kamus-i Türki, İstanbul, Çağrı Yayınları, s. 100, 788, 1353.

⁷³ Sezginer (2017), s. 114.

⁷⁴ Çora, Emel (2015) Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Danıştay'ın Gelişim Süreci, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, s. 74.

⁷⁵ Anayasa'da 2017'de yapılan değişiklik sonrasında 703 sayılı KHK ile Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde yapılan değişiklik ile Başbakanlık ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun

rüşünün alınması Danıştayın ihtilaf çözümünün yanı sıra hukukun oluşumunun içinde olmasını sağlayacaktır. İdari hiyerarşinin dışında ve yüksek hâkim güvencesine sahip üyelerden oluşan Danıştayın mevzuatın hazırlanması sırasında görüşünün alınması ihtilafların önlenmesini sağlayan bir ön denetim yolu olacaktır.⁷⁶

3. Kanuni Esasının Kabulünden Sonra Şûra-yı Devlet

1876 Anayasasının 85. maddesi şu şekildedir; “*Her dava ait olduğu mahkemede rüyet olunur. Eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mehakimi umumiyeye aittir*”⁷⁷. Anayasanın düzenleniş ve yürürlüğe giriş tarihinden önce yürürlüğe girmiş olan Şûra-yı Devlet’in 8 Zilhicce 1284 (2 Nisan 1868) tarihli Nizamnamesi’nde ise “*hükümet ile eşhas beynindeki deaviyi rüyet etmek*” görevi Şûra-yı Devlete verilmiştir. Böylece 1876 Anayasası ile hükümet ile şahıslar arasındaki davaları görmek görevi genel mahkemelere verilmiştir. Dolayısıyla 1876 tarihli Kanun-ı Esasi’nin kabulü ile yasama görevleri Meclis-i Mebusan ve Meclisi Aylene şahıslarla ve devlet arasındaki davaları görme görevi genel mahkemelere (nizamiye mahkemelerine) bırakılmıştır. Böylece idari yargı önemli ölçüde kısıtlanmış, memurların yargılanmasına indirgenmiştir ve idari yargı sisteminden vazgeçilmiştir.⁷⁸

Sonuç olarak Kanun-ı Esasi’den sonra Şûra-yı Devlet, ilga edilmesine kadar:

- Taşra meclislerinin üst mercii,
- Yürütmenin danışma heyeti,
- Memurların muhakeme edildiği mercii

olarak görev yapmıştır. Kanun-ı Esasi’den sonra teşkilat yapısı da:

tasarı ve teklifleri hakkında görüş bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, Cumhurbaşkanlığı ve Başbakanlık tarafından gönderilen işler hakkında görüş bildirmek görevleri kaldırılarak Danıştay’ın danışmanlık görevli önemli ölçüde azaltılmıştır. İmtiyaz sözleşmeleri hakkında görüş bildirme görevi devam etmektedir. Bu görüş istişari niteliktedir. Ayrıca Belediye Kanunu ve Gelir Vergisi Kanunu’nda görüş bildirme görevleri bulunmaktadır. Bkz. **Sancadar, Oğuz** et al. (2018) İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, Seçkin, s. 138-140; **Akyılmaz** et al. (2018) s. 13.

⁷⁶ **Sezginer** (2017), s. 128-132.

⁷⁷ **Karahanoğulları** (2005), s.153.

⁷⁸ **Durhan** (2008), s. 98, **Sezginer Murat** (2000) İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 24.

- Tanzimat,
- Muhakemat (Bidayet / İstinaf / Temyiz),
- Dâhiliye

olarak değiştirilmiştir. Böylece Şûra-yı Devlet'in yargısal görevleri sınırlandırılmıştır. Memurların yargılanması ile ilgili görevleri devam etmektedir.⁷⁹

Şûra-yı Devlet, Osmanlı Devleti döneminde 54 yıl hizmet verdikten sonra 4 Kasım 1922'de İstanbul'daki bütün merkez kuruluşlarının TBMM Hükümeti'nin yönetimine geçmesiyle TBMM bünyesinde işlevini sürdürmeye devam etmiştir. Cumhuriyetin ilanından sonra bir Devlet Şûrası kurulacağı 1924 Anayasasında belirtilmiştir. Şûra-yı Devlet, Devlet Şûrası ismiyle 6 Temmuz 1927 tarihinde çıkarılan 669 sayılı Kanun'la yeniden kurulmuş, daha sonra kurumun ismi Danıştay olarak değiştirilmiştir.⁸⁰

Fransa ve Osmanlı Devleti'nde idarenin yargısal denetiminin gelişimine bakıldığında; Fransa'da idari yargının ortaya çıkmasının sebebi, *parlömanların* idari ıslahata karşı gösterdikleri olumsuz tavra ve bu mahkemelerin yeni ihtiyaçları ve kurumları hazmedemeyerek idareye çıkarmış oldukları sorunlara idarenin gösterdiği tepkidir. İdare, hareket edebilmek için mahkemelerin birçok engel çıkararak denetiminden kurtulmak istiyordu ve kuvvetler ayrılığı ilkesinden faydalanarak bunu temin etti.⁸¹ Fransa'da idareyi adliye mahkemelerinin denetimi dışında bırakma sebepleri Osmanlı Devleti'nde de mevcuttu. Şöyle ki, Tanzimat sonrasında idari faaliyetleri düzenleyen kanunlar Avrupa hukukundan iktibas edilmiştir. Fıkıh esaslarına dayanmayan bu idareyi denetleme görevi fıkıh ihtisasına sahip kadı mahkemeleri tarafından yapılamazdı. Hâlbuki Şûra-yı Devlet; idarenin kendi organıydı, verdiği kararlar idarenin tasdiki olmadan infaz kabiliyetine sahip değildi. Ayrıca davaların görülmesinde idarenin sahip olduğu imtiyazlı konum, bu kurumu bir yargı organı olmaktan çok idarenin şikâyet inceleme ve danışma organına dönüştürüyordu.⁸² Ayrıca Fransız sistemindeki *Conseil d'Etat* – vilayet meclisleri arasındaki ilişki Osmanlı Devleti'nde de Şûra-yı Devlet oluşturulurken aynı şekilde mevcuttu. Son olarak

⁷⁹ Canatar (1997), s. 119, 123 ve 125.

⁸⁰ Canatar (1997), s. 128.

⁸¹ Onar (1935), s. 30.

⁸² Onar (1935), s. 31.

Fransa'da ihtilal sonrasında idare, kendi hukukunu ve denetleme mekanizmasını oluşturmuştur. Bu kapsamda idare, toplumu da yeni anlayış çerçevesinde şekillendirmek istemiştir. Napolyon *Code Civil*'i hazırlatmış, Osmanlı Devleti'nde ise *Code Civil*'in kabulü ve kendi Medeni Kanunumuzu hazırlama tartışmalarında kendi kanunumuzu hazırlama düşüncesi kabul görmüş böylece Mecelle hazırlanmıştır.

4. Cumhuriyetten Sonra Şûra-yı Devlet

1924 Anayasasından önce TBMM'nin geçerliliğini kabul ettiği taşra idaresine ve memurların muhakemesine dair kanunların Şûra-yı Devlete verdiği görevler Meclis içinden çıkan komisyonlar tarafından yerine getirilmiştir.⁸³ 1924 Anayasasının Şûra-yı Devlete ilişkin maddesi şu şekildedir: “*İdari dâva ve ihtilâfları rüyet ve hal, Hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun lâyhaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalâa, gerek kendi kanunu mahsus ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaiifi ifa etmek üzere bir Şûrayı Devlet teşkil edilecektir. Şûrayı Devletin rüesa ve âzası vezaiifi mühimmede bulunmuş, ilim, ihtisas tecrübeleri ile mütemeyyiz zevat meyanından Büyük Millet Meclisince intihap olunur.*”1924 Anayasasının kabulünden sonra 23 Kasım 1925 tarih ve 669 sayılı Kanun ile Şûra-yı Devlet kurulmuş ve üyeleri Meclis tarafından seçildikten sonra 1927 yılında göreve başlamıştır.⁸⁴ 1961 Anayasasında yargı organı içinde yüksek mahkemelerden biri olarak düzenlenen Danıştay, “*idari uyumsuzlukları ve dâvaları görmek ve çözümlmek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla*” görevlendirilmiştir. Bu anayasa döneminde çıkarılan 1964 tarih 521 sayılı Danıştay Kanunu ile Danıştayın kuruluş, görev ve yetkileri düzenlenmiştir.⁸⁵ 1982 Anayasası yürürlüğe girmeden 1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun yürürlüğe sokulmuştur. 1982 Anayasasının 155. maddesine göre, “*Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka*

⁸³ Karahanoğulları (2005), s.203.

⁸⁴ Çağlayan (2018), s. 71.

⁸⁵ Gözler, Kemal (2009) İdare Hukuku Cilt I, Bursa, Ekin, s. 59-60.

bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar”. Yapılan bu düzenlemeler ile Danıştay hem temyiz merci hem de bazı davalar açısından ilk derece mahkemesi olarak görevlendirilmiştir.⁸⁶

SONUÇ

Anglosakson sisteminde 18. yüzyıldan önce *Common Law*'a dayalı bir idarenin yargısal denetimi söz konusuydu. 18. yüzyılda Sanayi Devrimi'nin getirdiği sorunların çözülmesi için kanunla, yargısal görevleri de bulunan merkezî idareden bağımsız kuruluşlar kurulmuştur. Yani yeni idare sistemi, kendi hukukunu ve ihtilaf çözme mekanizmasını oluşturmuştur. Sayılarının yüzden fazla olduğu ve yıllık yaklaşık bir milyon ihtilafı karara bağladıkları ifade edilen bu kuruluşlar, idarenin denetlenmesi açısından çok önemli bir faaliyet gerçekleştirmişlerdir. Bu yarı yargısal kuruluşlar, 2007 yılında ihtisas daireleri halinde iki dereceli olarak tek çatı altında toplanmış ve bu kuruluşların kararlarına karşı doğrudan temyiz mahkemesine başvuru imkânı getirilmiştir. Bunun yanında İngiltere'de *judicial review* denilen özel bir usulle idarenin işlemlerine karşı ilk derece mahkemesi olarak Yüksek Mahkeme (High Court) bünyesindeki İdare Mahkemesinde dava açılabilir. İngiltere, hem yargı benzeri (yarı yargısal) görev yapan ihtisaslaşmış idari kurullar hem de idarenin kamu hukukuna tabi işlemlerine karşı dava açılabilen İdare Mahkemesi ile idari rejime büyük bir yakınlaşma ve benzerlik göstermiştir. İngiltere'de de yukarıda belirtildiği gibi idari kurulların kurulması, daha sonra bu kurulların tek çatı altında toplanması ve İdare Mahkemesinin kurulması suretiyle idari kurullardan idari mahkemelere giden bir süreç yaşandığı söylenebilir. Bu yönüyle İngiltere'deki durum Fransa'ya benzemektedir. Ancak bahsedilen gelişmelere rağmen İngiltere'de bir idari yargı düzeni kurulmamıştır. Buna rağmen, İdari kurullar, İdare Mahkemesi, Ombudsmanlık ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından oluşan bir idari yargı sistemi (administrative justice system) kurulduğu kabul edilmektedir.⁸⁷

⁸⁶ Çağlayan (2018), s. 74.

⁸⁷ Anthony (2015), s. 1.

Kıta Avrupası sisteminde 18. yüzyılda merkezileşme ve kuvvetler ayrılığının etkisiyle kamu gücüne sahip idare cihazı oluştu. Kamu gücü imtiyazlarına sahip idareye karşı ferdin korunması gereği ortaya çıktı. Polis devletten hukuk devletine geçilmesi ile idarenin hukukla sınırlandırılması için idare hukuku ve idari yargı oluşturuldu. Bu sistemde kendisine kamu gücü ayrıcalıkları tanınan idare karşısında güçlü bir yargısal denetim oluştu. Anglosakson sisteminde ise (en azından teorik olarak) kamu gücü ayrıcalıkları tanınmayan, birey ile eşit kabul edilen idare karşısında nispeten zayıf bir yargısal denetim gelişti. Ayrıca idarenin üstün olduğu kabul edilen Kıta Avrupası sisteminde bu üstünlük, *Hukuk Devleti* kavramının (devletin hukukla sınırlandırılmasının) ortaya çıkmasına neden oldu. Anglosakson sisteminde ise en azından teorik olarak bu üstünlük kabul edilmediği için üstün olan devletin hukukla sınırlandırılması kavramı değil, eşit olan devlet ve fert ilişkisinde *Hukukun Üstünlüğü* (Hükümranlığı / Hâkimiyeti) kavramı ortaya çıktı. Her iki sistemde de yeni idareler kendi hukuklarını ve kendi yargısal denetim mekanizmalarını oluşturdu.

Anglosakson sistemi ve Kıta Avrupasında idarenin yargısal denetiminin ortaya çıkışının karşılaştırılmasının ülkemiz açısından sonuçlarına bakıldığında, öncelikle Şûra-yı Devlet, Osmanlı Devleti'nin Tanzimat islahatı sırasındaki danışma ihtiyacının yasama benzeri yetkiler kullanan ve yarı temsili bir meclis tarafından karşılanması için kurulmuştur. Şûra-yı Devlet mazbatalarının sadarete ve oradan padişaha arz edilmesi de danışma niteliğinin bir sonucudur. Şûra; padişaha, hükümete ve mahalli idarelere çok geniş bir alanda danışmanlık yapmıştır. İnceleme ve danışma görevine örmek olarak mülki yerleşim birimlerinin birbirine bağlanması veya ayrılması, muhacirlerin yerleştirileceği yerler, yer adlarının değiştirilmesi ve zorunlu ikamete tabi tutulanların tutuldukları yerlerden ayrılabilmeleri gibi konularda Şûranın görüşünün alınması verilebilir. Bu görevler, Kurumun danışma görev alanının ne kadar geniş olduğunu göstermektedir. Şûra, kanun hazırlama görevi dolayısıyla padişahın kanun koyma yetkisine istişari nitelikte ortak olmuş ve kendisine verilen görev ve fonksiyonlardan anlaşıldığı üzere kamu yararını belirleme konusunda en önemli merci olarak kabul edilmiştir.⁸⁸ Şûra, yeni idare teşkilatının uygulanma-

⁸⁸ Gedikli (2017) s. 88–89.

sıyla ortaya çıkan sorunların çözülmesi için Batı'nın etkisiyle ama millî bir kurum olarak kurulmuştur. Osmanlı Devleti'nde kamu hukuku alanında şeri hukukun yanında idare hukukunun oluşmasına ve bugünkü seviyesine gelmesine etken olmuştur.⁸⁹ Şûranın yargısal görevleri giderek azaltılmış ve Şûra, *Conseil d'Etat* gibi bağımsız bir mahkeme haline gelememiştir. Her ne kadar Osmanlı Devleti döneminde bağımsız bir mahkeme haline gelemese de Cumhuriyet Dönemi'nde Danıştayın kurulmasındaki etkisi de inkâr edilemez. Bu etkinin bir sonucu olarak bugün Danıştayın kuruluşu 1868 olarak kabul edilmektedir. Danıştayın ilk derece ve temyiz mahkemesi niteliğindeki görevlerinin yanında idari görevleri de bulunmaktadır. Dolayısıyla Kurumun Osmanlı Devleti döneminde bazı idari davalar açısından ilk derece mahkemesi, bazıları açısından temyiz mahkemesi olma niteliği ve bu yargısal görevlerinin yanında idarenin danışma organı olma görevi (bu görevin kapsamı çok daraltılsa da) bugün de devam etmektedir.

⁸⁹ **Özdeş, Orhan** (1968) "Danıştay'ın Tarihçesi", *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, s. 61.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil (2018) Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi.

Alder, John (2002) General Principles of Constitutional and Administrative Law, Basingstoke and New York, Palgrave Macmillan.

Anthony, Gordon (2015) “Administrative Justice in the United Kingdom”, Italian Journal of Public Law, 7(1), p. 9–33.

Balta, Tahsin Bekir (1962) Kısa İdare Hukuku I (Ders Notları), Ankara, TODAİE.

Becker, Florian (2016) “The Development of German Administrative Law”, George Mason Law Review, s. 24: 453.

Bradley, Anthony / Ewing, Keith / Knight, Christopher (2015) Constitutional and Administrative Law, Harlow, Pearson Education Limited.

Bradley, Anthony / Ewing, Keith (2007) Constitutional And Administrative Law, Harlow, Pearson Education Limited.

Brown, Lionel Neville / Bell, John / Galabert, Jean-Michel (1998) French Administrative Law, Oxford, Oxford University Press.

Canatar, Mehmet (1997) “Şurayı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi Üzerine Bazı Tespitler”, İlmî Araştırmalar: Dil, Edebiyat, Tarih İncelemeleri, Sayı 5, s. 107–139.

Çağlayan, Ramazan (2018) İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin.

Çora, Emel (2015) Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Danıştay’ın Gelişim Süreci, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul.

D’alberti, Marco “Administrative Law and the Public Regulation of Markets in a Global Age”, **Rose-Ackerman, Susan/Lindseth, Peter L.** (Editörler) (2010) Comparative Administrative Law, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing.

Drewry, Gavin (2009) “The Judicialisation of Administrative Tribunals in the UK: From Hewart to Leggatt”, Transylvanian Review of Administrative Sciences, 5.28, s. 45-64.

Durhan, İbrahim (2008) “Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sayı 3 – 4, s. 55–111.

Ekinci, Ekrem Buğra (2015) Hukukun Serüveni, 2. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi.

Ekinci, Ekrem Buğra (2017) Osmanlı Mahkemeleri: Tanzimat ve Sonrası, İstanbul, Arı Sanat Yayınları.

Elliott, Mark/Thomas, Robert (2012) “Tribunal Justice and Proportionate Dispute Resolution”, The Cambridge Law Journal, 71, 2, s. 297-324.

Erkut, Celal (2011) "Fransa'da Conseil d'Etat'nın Sosyolojik ve Tarihsel Açından Gelişimi", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 4, s. 43–50.

Erkut, Celal (2011) "Fransa'da 1953 Reformu ve Bugünkü İdari Yargının Genel Görünümü", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 5 / 1–3, s. 49–62.

Gedikli, Fethi (2008) Şura-yı Devlet, Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla, İstanbul, Öncü Kitap.

Gedikli, Fethi (2017) “Somut Olay Örnekleri İle Şura-yı Devlet’in Tarihsel Süreç İçerisindeki İnceleme ve Danışma İşlevinin Önemi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 93.

Gözler, Kemal (2009) İdare Hukuku Cilt I, Bursa.

Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel (2018) İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin.

Gülân, Aydın, et al. (2012) “ONAR-SARICA-DURAN Hukuk Devleti Günü: 5 Mart 2012”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 15,2: s. 169–221.

Harlow, Carol /Rawlings, Richard (2009) Law And Administration, Cambridge, Cambridge University Press.

Hawke, Neil/ Parpworth, Neil (1998) Introduction to Administrative Law, London-Sydney, Cavendish Publishing Limited.

Jacobini, Horace B. (1991) An Introduction to Comparative Administrative Law, New York, Oceana Publications Inc.

Karahanoğulları, Onur (2005) Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, Ankara, Turhan Kitabevi.

Karahasanoglu, Cihan Osmanağaoğlu (2011) “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi OTAM, 29: s. 93–124.

King Edward / Hawley Joseph (1959) “İngiliz (Common Law)’unun gelişmesi”, çev. İlhan Lütem A.H.F.D. Cilt XVII Sayı 1–4.

Künnecke, Marina (2007) *Tradition And Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Berlin-Heidelberg, Springer.

Magill, M. Elizabeth / Ortiz, Daniel R. “Comparative Positive Political Theory”, **Rose-Ackerman, Susan/Lindseth, Peter L.** (Editörler) (2010) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing.

Mcgarry John (2017) *Intensiton, Supremacy and the Theories of Judicial Review*, Routledge.

Nasuhioğlu, Orhan (1946) “İdari Tasarrufların Kazai Murakabesinde Fransız ve İngiliz - Amerikan Sistemleri”, *İdare Hukuku Bakımından İngiliz Hukuk Sistemi, İdare Hukuku Seminer Çalışmaları: I*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.

Onar, Sıddık Sami (1935) “Türkiye’de İdarenin Kazai Murakabesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1,1, s. 21–40.

Onar, Sıddık Sami (1966) *İdare Hukukunun Umumî Esasları, I*, Cilt, İstanbul, Akgün Matbaası.

Ortaylı, İlber (2008) *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Ankara, Cedit Neşriyat.

Özay, İl Han (2010) *Günüşişında Yönetim II Yargısal Korunma*, İstanbul, On İki Levha.

Özay, İlhan (2011) “XVI. Yüzyıl Ve Sonrası Batı Avrupa Ülkeleri Kamu Yönetimi Tarihine İlişkin Notlar-Çağrışımlar: Taçlılar ve Güçlüler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 3 / 1–3, s. 149–157.

Özdeş, Orhan (1968) “Danıştay’ın Tarihçesi”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi.

Öztürk, Burak (2015) *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Ankara, Yetkin Yayınları.

Parrillo, Nicholas “Testing Weber; Compensation for Public Services, Bureaucratization, and the Development of Positive Law in the United States”: **Rose-Ackerman, Susan/Lindseth, Peter L.** (Editörler) (2010) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing.

Sami, Şemseddin (2004) *Kamus-i Türki*, İstanbul, Çağrı Yayınları.

Sancadar, Oğuz et al. (2018) *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara, Seçkin.

Schwarz, Andreas B. (1945) “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 11,3-4, s. 180-202.

Schwarz, Andreas B. / Veldet, Hıfzı (1937) “İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 3, s. 215-236.

Seyitdanlıoğlu Mehmet, Tanzimat Dönemi’nde Yüksek Yargı ve Meclisi Valâ-yı Ahkâm-ı Adliye (1838-1876), Adâlet Kitabı, (Editörler **B. Arı-S. Aslantaş**), Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını, 2007, s 207-220.

Sezginer Murat (2000) *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara, Yetkin yayınları.

Sezginer, Murat (2017) “Dünden Bugüne Conseil d’Etat ve Danıştay’ın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu”, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 93.

Singh, Mahendra P. (2001) *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin-Heidelberg, Springer.

Sordi, Bernardo “Révolution, Rechtsstaat, and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence of Administrative Law in Europe”: **Rose-Ackerman, Susan/Lindseth, Peter L.** (Editörler) (2010) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing.

Stebbins, Chantal (2009) *Legal Foundations of Tribunals in Nineteenth Century England*, Cambridge University Press.

Tunaya, Tarık Zafer (1969) *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti.

Yayla, Yıldızhan (2010) *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta.

Yayla, Yıldızhan (2011) “Conseil D’etat (Yapısı, İşlevi ve Yaklaşımı Üstüne)”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1, s. 79-86.

Yıldırım, Turan et al (2016) *İdare Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Zoller, Elisabeth (2008) *Introduction to Public Law: A Comparative Study*, Leiden, Brill.

HUKUKA AYKIRI ELDE EDİLMİŞ DELİLLERİN DİSİPLİN HUKUKUNDA KULLANILMASI

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ*

ÖZET

Maddi gerçeği ortaya çıkarmak için kullanılan delillerin, gerçeği ortaya çıkarmadaki gücü kadar bu delillerin nasıl elde edildikleri de önemlidir. Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılamayacağı kuralı ceza yargılamasında katı bir şekilde uygulanırken; disiplin hukukunda uygulanıp uygulanamayacağı yolunda farklı yargı kararları ve görüşler bulunmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyeti gereğince, hukuka aykırı elde edilmiş deliller disiplin hukukunda da kullanılmamalıdır. Disiplin hukukunda hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kabul edilmesi bireylerin hukuki güvenliklerini tehlikeye düşürecek ve hukuksuz davranışları meşru hale getirecektir. Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılmaması ilkesinin disiplin hukukunda esnetilmesi, teknolojinin çok geliştiği ve çoğu kişinin bu teknolojiye rahatlıkla ulaşabildiği şu dönemde bireylerin temel hak ve hürriyetleri için ciddi bir tehlike oluşturabilecektir. Hukuka aykırı elde edilmiş delillere dayanılarak gerçekleştirilen disiplin cezası verme işlemleri, sebep unsuru bakımından sakat olacak ve bu işlemlerin idari yargı mercii tarafından iptali gerekecektir.

Anahtar Kelimeler: Hukuka Aykırı Delil, Disiplin Hukuku, Hukuk Devleti, Adil Yargılanma Hakkı, Hak Arama Hürriyeti

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, fegunduz@ybu.edu.tr (Geliş Tarihi: 25.09.2018 – Kabul Tarihi: 12.12.2018)

THE USE OF ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN DISCIPLINARY LAW

ABSTRACT

It is important how the evidences are obtained as much as the power of the evidence used to reveal the material truth. While it is strictly enforced in the criminal proceedings that the illegal evidence can not be used; there are different judicial decisions and opinions how it will be applied in disciplinary law. In accordance with the rule of law principle, the right to a fair trial and the right to legal remedies, illegal evidence should not be used in disciplinary law. The acceptance of illegally obtained evidence in disciplinary law will jeopardize the legal security of the individual and legitimate unlawful behavior. Stretching the principle of disregarding illegal evidence in disciplinary law may create a serious threat to the fundamental rights and freedoms of the individual at the time when technology is highly developed and accessible to most people. Disciplinary penalties which are based on illegal evidence will be nullified by the administrative jurisdiction.

Key Words: Illegal Evidence, Disciplinary Law, Rule of Law, Right to a Fair Trial, Right to Legal Remedies

GİRİŞ

Kamu hizmeti sunmakla görevli olan idarenin insan unsurunu oluşturan kamu personelinin, tabi oldukları statüyü düzenleyen kurallara uymamaları nedeniyle kurum düzenine aykırı davranışlarına “*disiplin suçu*”, bu suç için uygulanan yaptırıma da “*disiplin cezası*” adı verilmektedir¹. Kamu görevlisi tarafından bir disiplin ihlali gerçekleştirildiğine dair iddianın varlığı halinde, kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması açılır. Bu soruşturma neticesinde kamu görevlisine disiplin cezasının verilebilmesi için kişinin üzerine atılı fiili işlediğinin herhangi bir tereddüte yer vermeyecek şekilde kesin olarak ispatlanması gerekmektedir. İspatlanamaması durumunda “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi gereğince kişiye disiplin cezası verilemez².

Kişinin üzerine atılı disiplinsizlik oluşturan fiili işleyip işlemediğine ilişkin maddi gerçeği ortaya çıkarmak için deliller kullanılmaktadır. Disiplin cezasının verilebilmesi için elde edilen delillerin maddi gerçeği ortaya çıkarmadaki gücü önemli olmakla birlikte, delillerin nasıl elde edildikleri de önem arz etmektedir. Hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılamayacağına ilişkin pozitif hukuk kuralları bulunmaktadır. Bu sebeple ceza yargılamasında bu delillerin kullanılamayacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak disiplin hukukunda, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olan delillerin kullanılıp kullanılamayacağı hususunda açık bir pozitif hukuk kuralı bulunmadığı gibi, farklı görüşler ve farklı yargı kararları bulunmaktadır.

Biz de çalışmamızda ceza yargılamasında hukuka aykırı elde edilen delillere ilişkin düzenlemelerden kısaca bahsettikten sonra, hukuka aykırılık kavramını ve disiplin hukukunda hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılıp kullanılamayacağını, bu konudaki farklı yargı kararları ve doktrindeki görüşlerle birlikte incelemeye çalışacağız.

¹ **Akyılmaz, Bahtiyar /Sezginer, Murat /Kaya, Cemil** (2017) Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, s.765.

² Dan. 10.D., 27.10.1987, E.1987/2015, K.1987/1721. “... (E)vrensel ceza hukuku ile Türk Ceza Kanunu’nda yer alan ‘şüpheden sanık yararlanır’ ilkesi disiplin hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre; disiplin yaptırımı uygulanacak kişi tarafından ikrar edilmeyen ve eldeki mevcut deliller ile disiplin normuna aykırı fiilin ispatı mümkün olmayan hallerde ‘şüpheden sanık yararlanır’ ilkesi gereğince ilgilie disiplin cezası verilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir.” Dan. 12.D., 30.05.2017, E.2016/7260, K.2017/2823.

I. CEZA HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİL VE HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI

Ceza yargılamasında amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu gerçeğin ortaya çıkarılması için kullanılan vasıtalar “delil (kanıt)” olarak adlandırılmaktadır. Gerçeğin ortaya çıkarılmasında, kullanılan delillerin gücü kadar delillerin nasıl elde edildiği de önemlidir. Bu sebeple maddi gerçeğe ancak hukuk kuralları çerçevesinde ulaşılması mümkün kabul edilmektedir³. Bir diğer ifadeyle, ceza muhakemesinde suç işleyenlerin tespiti ve cezalandırılması yanında sanığın menfaatlerinin korunması da hedeflenmektedir⁴. Bu hedefin gerçekleştirilmesi ise ancak insan haklarına ve adil yargılanma hakkına uygun hareket edilmesi ile mümkün olabilir⁵.

Yargılamanın hukuka uygun gerçekleştirildiğinin kabul edilebilmesi için yargılamaya esas alınan delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi gerekir. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin yargılamaya dayanak kabul edilmesi, hakkın kötüye kullanılmasına sebep olabileceği gibi⁶, kişi hak ve hürriyetlerine de zarar verir. Özellikle delil elde edilmesinde hukuka aykırı yöntemlerin kullanılması; özel hayatın gizliliği, haberleşmenin gizliliği, konut dokunulmazlığı gibi hak ve hürriyetler için ciddi bir tehlike oluşturur.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında ceza muhakemesinde delilin hukuka uygun elde edilmesinin önemini şu şekilde ifade etmiştir; “*Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak bu amacın gerçekleştirilmesi için yapılan araştırma faaliyetleri sınırsız değildir. Maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde ortaya çıkarılması, ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için gereklidir. Bu bakımdan ceza yargılamasında hukuka uygun*

³ Çınar, Ali Rıza (2004) “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, S. 55, Y. 2004, s.32-33, TBB Dergisi, s.31-64.

⁴ Aydın, Devrim (2014) Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara, Yetkin Yayınları, s.16.

⁵ Aydın, s.16-17.

⁶ Erman, Sahir (1995) Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s.222. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “*Usul hukukumuzdaki ilkelerden olan ‘dürüst işlem ilkesi’ de bu şekilde elde edilen bir delilin kullanılmasına olanak vermez. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil/dürüst yargılanma hakkı, kişilerin hukuk devletinin kuralları çerçevesinde yargılanmalarını öngörür. Bu kurala aykırılık, işlemin adil olmasını ve dürüst işlem ilkesini ihlal edecektir.*” ifadeleriyle, hukuka aykırı delillerin kullanılmasını dürüst işlem ilkesine aykırı olduğunu değerlendirmiştir. AYM, E: 1992/2, K: 2001/2, T: 22.06.2001, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>.

yöntemlerle delil elde edilmesi, hukuk devletinin temel ilkelerinden sayılmaktadır. Bu kapsamda Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında da kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır."⁷.

Delilin hukuka aykırı elde edilmesi ne demektir?

Hukuka aykırı elde edilmiş delillere ilişkin pozitif hukuk kurallarını incelediğimizde öncelikle Anayasa'nın 38'inci maddesi karşımıza çıkmaktadır. 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'un 15'inci maddesi ile Anayasa'nın 38'inci maddesine "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez." hükmü ilave edilmiştir.

Yine Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206/2-a maddesinde, kanuna aykırı elde edilmiş delilin reddedileceği; 217/2 maddesinde, yüklenen suçun hukuka uygun elde edilmiş her türlü delil ile ispat edilebileceği; 230/1-a maddesinde, reddedilen delillerin gösterilmesinden bahsedildikten sonra hukuka aykırı elde edilmiş delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bahsi geçen Kanun'un 289/1-i maddesinde ise, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delile dayanması, kesin hukuka aykırılık sebebi olarak kabul edilmiştir.

Anayasa'da ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hukuka aykırı deliller ile ilgili düzenlemelerde ilk dikkat çeken husus, tam bir kavram birliğinin olmasıdır. Anayasa'nın 38/6 maddesinde ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bazı maddelerinde "kanuna aykırılık" ifadesi kullanılmasına rağmen, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun diğer bazı maddelerinde ise "hukuka aykırılık" ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca uygulamada yargı kararlarında ve doktrinde, hukuka aykırı elde edilmiş delil veya kanuna aykırı elde edilmiş delil ifadeleri yerine "hukuka aykırı delil" ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir.

Bilindiği gibi hukuka aykırılık ifadesi, kanuna aykırılık ifadesinden daha geniş bir içeriğe sahiptir. Hukuka aykırılık kavramı içerisine, yasa koyucunun dahi aykırı hareket edemeyeceği hukukun evrensel ilkeleri de dâhildir⁸. Buna

⁷ AYM, Bireysel Başvuru, E: 2014/4704, T: 01.02.2018, <https://kararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/BB/2014/4704>.

⁸ **Atay, Ender Ethem** (2016) İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, s.59.

göre delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmemiş olduğunun kabul edilebilmesi için, yasa koyucu tarafından düzenlenmemiş olsa da, her yerde her sistemde tartışmasız olarak kabul edilen kurallara da uygun bir şekilde elde edilmiş olması gerekecektir.

Hukuka aykırılık, kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olduğu için delillerin elde edilmesine ilişkin olarak da hukuka aykırılık kavramının kullanılmasının daha yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında hukuka aykırı elde edilmiş delillerdeki hukuka aykırılık ifadesinin, pozitif hukuk kurallarından daha geniş bir içeriğe sahip olduğunu şu şekilde açıklamıştır; “*Türk hukuk sisteminde ‘hukuka aykırı şekilde’ elde edilen deliller hiçbir şekilde kullanılamaz. Hukuka aykırılıktan kasıt ise tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır. Bu anlamıyla ‘hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller’, ‘yasal olmayan yöntemlerle elde edilen deliller’ kavramından yani ‘yasadılıktan’ da geniş bir içeriğe sahiptir*”⁹.

Yargılamada kullanılamayacak delillerin sadece kanuna aykırı elde edilen deliller değil, aynı zamanda kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırı elde edilen deliller olduğunu tespit ettikten sonra, hukuka aykırılık kavramından ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. Delillerin elde edilmesinde temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmemesi gerekir. Temel hak ve

⁹ “*Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır. / Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasakoyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. AYM, E: 1985/31. K: 1986/1, T: 17.03.1986, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>). Anayasa Mahkemesi’nin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasa’nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir. Gerçekten de, bir anayasa hükmünü ve yasayı değiştirme gücüne sahip yasakoyucu hukukun genel ilkelerini yok etmeye yönelik bir yasama tasarrufunda bulunamaz.”. AYM, E: 1992/2, K:2001/2, T: 22.06.2001, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>.*

hürriyetlerin nasıl sınırlandırılabilceği, bu hak ve hürriyetlere nasıl müdahalede bulunulabileceği Anayasa'nın 13'üncü maddesinde¹⁰ düzenlenmiştir. Delil elde etmek için kullanılan yöntemlerin bu sınırlamaların dışına çıkmaması gerekir. Bu sınırları aşan davranışlar ile elde edilen deliller hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmelidir. Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre, temel hak ve hürriyetler ancak kanun ile sınırlandırılabilir. Delil elde etme yöntemleri de temel hak ve hürriyetlere müdahale edilmesini gerektirdiği sürece, delil elde etme yöntemlerinin kanun ile düzenlenmesi gerekir. Delillerin elde edilmesine ilişkin olarak var olan pozitif hukuk kurallarına uygun hareket edilmelidir. Somut olaydaki delilin elde edilmesine ilişkin herhangi bir pozitif hukuk kuralının bulunmaması durumunda da delil elde etme yönteminin temel hak ve hürriyetleri ihlal etmemesi ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmaması gerekir. Hem kanuni düzenlemelere aykırılık hem de hukukun genel ilkelerine aykırılık, delil elde edilmesinde hukuka aykırı yöntemler olarak kabul edilecek, yargılama sırasında kullanılamayacaktır.

II. DİSİPLİN HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI ELDE EDİLMİŞ DELİL

Disiplin soruşturması, ceza soruşturmasından bağımsızdır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 131'inci maddesine göre, aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktirmeyecektir ve memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel değildir. Bununla birlikte ceza kovuşturmasında elde edilecek verilerden disiplin soruşturmasında da faydalanılabilecek, bu durum, disiplin soruşturmasında hem daha sağlıklı sonuçlara ulaşılmasına hem de usul ekonomisine uygun olacaktır.

Ceza soruşturması ile disiplin soruşturması bağımsız olmakla beraber, ceza hukukuna hâkim olan ilkelerin disiplin soruşturmalarında da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38'inci maddesinde, idari ve adli cezalar

¹⁰ MADDE 13- Temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

arasında bir ayırım yapılmadığından, disiplin cezalarının da Anayasa'nın 38'inci maddesi kapsamında olduğunu ifade etmiştir¹¹.

Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşüne benzer şekilde Danıştay da pek çok kararında ceza yargılamasına hâkim olan ilkelerin disiplin hukukunda da uygulanması gerektiğine karar vermiştir¹².

Ceza muhakemesi hukukunda delillerin elde edilmesi temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliği taşıdığı için delillerin nasıl elde edilebileceğine ilişkin pek çok kanuni düzenleme bulunmakta¹³ ve hukuka aykırı delil kullanılması yasağı katı bir şekilde uygulanmaktadır. Disiplin hukukunda ise ceza yargılamasındaki gibi delillerin elde edilme yöntemlerine ilişkin açık pozitif hukuk kuralları bulunmamaktadır. Peki, ceza muhakemesi hukukunda katı bir şekilde uygulanan hukuka aykırı delil kullanılması yasağı disiplin hukukunda uygulama imkânı bulacak mıdır?

Disiplin hukukuna ilişkin mevzuatlarda bu konuda herhangi bir düzenleme yer almadığından hem yargı kararlarında hem de doktrindeki görüşlerde bu konuda birlik bulunmamaktadır. Hukuka aykırı delillerin, disiplin hukukunda kullanılabileceğini ve kullanılamayacağını kabul eden yargı kararları ve görüşleri ayrı başlıklar altında incelemenin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

A. DİSİPLİN HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN KULLANILABİLECEĞİNİ KABUL EDEN KARARLAR VE GÖRÜŞLER

Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin hukukunda kullanılabileceği yönünde pek çok Yargıtay, Danıştay ve AYİM kararı bulunmaktadır. Örneğin, Yargıtay 5'inci Ceza Dairesi, disiplin soruşturmalarında hukuka aykırı

¹¹ “Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır.” AYM, E:1990/12, K:1991/7, T: 04.04.1991, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>.

¹² “... Disiplin hukuku, cezalandırılma ilkeleri açısından ceza hukuku ile benzer özellikler taşımakta olup, kişilerin disiplin cezası ile cezalandırılabilmeleri için suç olarak belirlenmiş olan tutum ya da davranışın ilgisi tarafından işlenmiş olduğunun kesin ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde saptanması ve maddi gerçeğin tüm boyutlarıyla ortaya konması gerekmektedir. Ayrıca evrensel ceza hukuku ile Türk Ceza Kanunu'nda yer alan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi disiplin hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır.” Dan. 12.D., E: 2016/7260, K: 2017/2823, T: 30.05.2017; “... kamu görevlilerine disiplin cezası verilmeden önce ceza hukukunun genel ilkelerine riayet edilmesi, tek eyleme iki disiplin cezası verilmesi gibi uygulamalardan kaçınılması önem taşımaktadır.” Dan. 12.D., E: 2011/710, K: 2015/861, T: 10.03.2015 .

¹³ Aydın, s.175.

yöntemlerle elde edilen delillerin ve tesadüfen elde edilen ses kayıtlarının kullanılmasına engel bir hüküm bulunmadığını karara bağlamıştır¹⁴. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise 22.01.2008 tarihli kararında, hukuka aykırı elde edilen delilin iyi niyetle elde edilip edilmediğine bakılması gerektiğini ve delil iyi niyetle elde edilmişse hukuka aykırılığı giderebileceğini vurgulamıştır¹⁵. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu da 29.06.2004 tarihli kararında hukuka aykırı elde edilen delillerin “... telefonu dinlenen sanıklar ile haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişi konumunda bulunan Yargıtay Üyelerinin ceza yargılamasında delil olarak kullanılamayacağını, ancak disiplin soruşturması yapılması gerektiğin(i)” ifade etmiştir¹⁶.

Görüldüğü üzere Yargıtay 5’inci Ceza Dairesi, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu bahsetmiş olduğumuz kararlarında, ceza soruşturmasında kullanılamayan hukuka aykırı delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabileceğini kabul etmiştir. Benzer yönde, hukuka aykırı delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabileceğine ilişkin pek çok Danıştay kararı da bulunmaktadır. Örneğin; Danıştay 12’nci Dairesi’nin 26.05.2010 tarihli kararına konu olayda, hakkında yasa dışı faaliyette bulunduğu iddiası ile telefonlarının dinlenmesi kararı alınan kişi ile yapmış olduğu telefon görüşmesinde, şahsın seviyesiz konuşmalarına izin verdiği, tepkisiz kaldığı iddiası ile disiplin cezası alan polis memurunun, verilen disiplin cezasına karşı açmış olduğu

¹⁴ Yargıtay 5. CD, T: 16.04.2006, 6-4, (Nakleden; **Ömeroğlu, M. Nihat** “Hukuka Aykırı Delil ve Disiplin Soruşturması”, 31.01.2011 tarihli HaberTürk Gazetesi, <https://www.haberturk.com/gundem/haber/596750-hukuka-aykiri-delil-ve-disiplin-sorusturmasi>).

¹⁵ “Eldeki deliller, suçun işlendiği yönündeki makul şüpheli yeni yorsa, bu mahkumiyet kararı için yeterlidir. Burada dikkat edilmesi gereken, her türlü şüphenin değil, makul şüphenin yenilmesidir. Buna bağlı olarak hukuka aykırı olarak elde edilen delil, iyi niyetle elde edilmişse, hukuka aykırılığın giderilebileceği ve delilin yok hükmünde sayılamayacağına ilişkin iyi niyet ilkesi de (good faith principle) bulunmaktadır. İyi niyetle elde edilen deliller, ilgili mahkeme kararı veya onayı olmasa da yok sayılamayacak ve eldeki diğer delillerle birlikte değerlendirilecektir. Bu bağlamda, tesadüfen elde edilen deliller, hukuka aykırı ve yok hükmünde sayılmaz. / Aksinin kabulü, hukuka uygun olarak elde edilen delilin, bağlantılı suç ve soruşturmalarda kullanılamaması, soruşturmanın bütünlüğüne, delillerin serbestliği ile etkin soruşturma ve kovuşturma ilkelerine, suçla mücadele ve maddi gerçekliğin araştırılmasında kabul edilen üstün kamu yararına aykırı düşecek ve maddi gerçekliğin aydınlatılamaması sonucunu doğuracaktır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, K: 2007/5 MD.101, E: 2008/3, T: 22.01.2008, www.legalbank.com.

¹⁶ Yargıtay 1. Başkanlık Kurulu, E: 2004/96, T: 29.06.2004, Nakleden; (**Ömeroğlu, M. Nihat** “Hukuka Aykırı Delil ve Disiplin Soruşturması”, 31.01.2011 tarihli HaberTürk Gazetesi, <https://www.haberturk.com/gundem/haber/596750-hukuka-aykiri-delil-ve-disiplin-sorusturmasi>).

iptal davası, idare mahkemesi tarafından kabul edilerek disiplin cezası iptal edilmiştir. Temyiz incelemesi esnasında Danıştay 12'nci Dairesi tarafından ise disiplin soruşturması ve yargılama sürecinin ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız ve ayrı olduğu, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılmayan veya kullanılmayan bir kısım delillerin disiplin soruşturması ve yargılama sürecinde kullanılmasında hukuka aykırı bir durum olmadığı, disiplin hukukunda kimi durumlarda kanaatin yeterli olması nedeniyle bunu yasaklayan bir düzenlemeye de yer verilmediği ifade edilerek, idare mahkemesinin kararı bozulmuştur¹⁷.

Danıştay bir diğer kararında da, yine disiplin soruşturması ve yargılama sürecinin, ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız olduğunu; bu sebeple ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılmayan delillerin disiplin soruşturma ve kovuşturması sırasında kullanılmasında bir hukuka aykırılık olmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁸. Benzer yöndeki bir başka Danıştay kararına konu olan olayda da, polis hakkında akaryakıt kaçakçılarıyla ilişki kurduğu iddiasının, polis olan bir başka kişinin üzerine ses kaydı yapan cihaz takılarak elde edilen ses kayıtlarına dayanılarak disiplin soruşturması yapılmış ve meslekten çıkarma cezası verilmiştir. Bu işleme karşı açılan davada idare mahkemesi, ilgili hakkında ceza mahkemesinde açılan davada delillerin yasal olmayan yollarla elde edildiği gerekçesiyle beraat kararı verildiğinden meslekten ihraç kararının iptaline karar vermiştir. Danıştay ise, idare mahkemesinin kararını hukuka aykırı bularak, meslekten ihraç cezasının hukuka uygun olduğunu değerlendirmiştir¹⁹.

Danıştay'ın bu kararları ile aynı yönde AYİM kararlarına da rastlanmaktadır. AYİM kararına konu olayda, bir internet sitesinde yayınlanan ses kayıtları esas alınarak kişi hakkında disiplinsizlik sebebiyle TSK'dan ilişik kesilmesi kararı verilmiştir. Bu ses kayıtlarının hukuka aykırı elde edilmiş delil olduğu iddialarına ilişkin olarak mahkeme, hukuka aykırı şekilde elde edilen görüntü

¹⁷ Dan. 12.D., E: 2007/6148, K: 2010/2851, T: 26.05.2010.

¹⁸ "... disiplin soruşturması ve yargılması, ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız ve ayrıdır. Bu nedenle ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında kullanılmayan veya kullanılmayan bir kısım delillerin disiplin soruşturması ve yargılması sırasında kullanılmasında hukuka aykırı bir durum olmadığı gibi, disiplin hukukunda kimi durumlarda kanaatin yeterli olması nedeniyle, bunu yasaklayan bir düzenlemeye de yer verilmemiştir." Dan. 12.D., E: 2010/64, K: 2011/474, T: 04.02.2011.

¹⁹ Dan. 12.D., E: 2007/3065, K: 2007/9534, T: 27.11.2007., Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz: Dan. 12.D., E: 2008/1240, K: 2008/4858, T: 24.09.2008, DİDDK, 21.04.2011, E.2010/1391, K.2011/273.

ve ses kayıtlarının idare tarafından görmezlikten gelinemeyeceğini, Anayasa'nın 38/6 maddesindeki kanuna aykırı delillerin kullanılamayacağına ilişkin hükmün, bahsi geçen maddenin kenar başlığından da anlaşılacağı üzere sadece suç ve cezalar ile ilgili olduğunu, Anayasada "İdarenin Esasları" başlığı altında hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılamayacağına dair bir hükmün yer olmadığını ifade etmiştir. Yine kararın devamında, suç ve cezaya ilişkin ilkeler ile disiplin hukukuna ilişkin ilkeler arasında temelde farklılıklar bulunduğu ve kamu görevlisi hakkında ceza yargılamasında beraat kararı verilse dahi bunun disiplin cezası verilmesine engel olmadığı, kamu hizmetinin yürütülmesine zararlı olacak personeli bünyesi dışına çıkarması da idare için bir kamu hizmeti gereği olduğu vurgulanmış ve TSK'dan ilişik kesme kararının iptal isteminin reddine oyçokluğu ile karar verilmiştir²⁰.

Yargıtay'ın, Danıştay'ın ve AYİM'in burada yer vermiş olduğumuz kararlarında ifade edilen kanaatlerine benzer şekilde, ceza yargılamasında kullanılamayan delillerin disiplin hukukunda kullanılabilmesi yönünde doktrinde de görüşler bulunmaktadır²¹. Bu görüşlerin bir kısmında hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılmaması ilkesinin disiplin hukukunda somut olayın özelliklerine göre esnetilebileceği, kamu düzeni, kamu yararı sebebiyle idarenin hukuka aykırı delilleri kullanabilmesi gerektiği ifade edilmektedir²².

²⁰ "Hiç şüphesiz, hukuka aykırı olarak dinleme yapan, görüntü kaydeden veya ses kaydeden kişilerin tespiti halinde TCK ve ilgili mevzuat uyarınca gerekli müeyyidelere tabi tutulmaları kaçınılmazdır. Bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu şekilde elde edilmiş deliller kamuoyuna yansıdığına idare hukuku açısından görmemezlikten gelmek de hukukun pek mümkün görünmemektedir. Zira 'Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.' hükmü Anayasanın 38'inci maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin başlığı ise 'Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar' şeklindedir. Ayrıca madde gerekçesinde 38'inci maddede suç ve cezalara ilişkin temel hükümlerin yer aldığı açık olarak belirtilmektedir. Anayasada "İdarenin Esasları" başlığı altında ise böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer yandan Anayasada memurların görev ve sorumluluklarını, disiplin kovuşturma usulünü düzenleyen 129'uncu maddesinde, 'Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.' şeklinde genel bir ilke yer almaktadır. Suç ve cezaya ilişkin ilkeler ile disiplin hukukuna ilişkin ilkeler arasında temelde farklılıklar bulunmaktadır. Kamu personeli hakkında herhangi bir soruşturma veya kovuşturma olmasa dahi disiplin soruşturması yapılabilmektedir. Kamu görevlisi hakkında yargılama yapıp beraat kararı verilse dahi bu durum, disiplin cezası verilmesine engel bir hal değildir." AYİM 1.D., E: 2014/2, K: 2014/1151, T: 16.12.2014.

²¹ Ömeroğlu, M. Nihat "Hukuka Aykırı Delil ve Disiplin Soruşturması", 31.01.2011 tarihli HaberTürk Gazetesi, <https://www.haberturk.com/gundem/haber/596750-hukuka-aykiri-delil-ve-disiplin-sorusturmasi>.

²² YASİN tarafından hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin geçerli kabul edilmesinin, hukuka aykırı delil elde edilmesini teşvik edeceği belirtilmiş; ancak idari yargılama usulünde

B. DİSİPLİN HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN KULLANILAMAYACAĞINI KABUL EDEN KARARLAR VE GÖRÜŞLER

Bir üst başlıkta yer verdiğimiz gibi, hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin hukukunda kullanılabilmesi yönünde yargı kararlarının varlığına rağmen, bu delillerin kullanılmayacağı yönünde de pek çok yargı kararı bulunmaktadır. Örneğin, Danıştay'ın yakın tarihli kararına konu bir olayda, İlçe Emniyet Müdürü olarak görev yapan davacının, "Gizli tutulması zorunlu olan ve görevi ile ilgili bulunan bilgi ve belgeleri görevli veya yetkili olmayan kişilere açıklamak" fiilini işlediğinden bahisle, meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesi tarafından işlemin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. İlk derece mahkemesi red kararında gerekçe olarak, dosyada bulunan telefon kayıtlarına ilişkin dökümlerin incelenmesi neticesinde davacının, hakkında gizlilik kararı olan olay ile ilgili haber muhabirleri ile sürekli iletişim halinde olduğu, olay hakkında karşılıklı bilgi alışverişinin sağlandığı, Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün 8/13 maddesinde yer alan fiilin sübut bulduğu ve dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını ifade etmiştir.

Bu kararın temyiz incelemesi sırasında Danıştay 5. Dairesi ise Anayasa Mahkemesi'nin 14.1.2015 tarih ve E:2014/100, K:2015/6 sayılı, ceza hukukunun temel ilkelerinin disiplin hukuku açısından da geçerli olduğunu kabul ettiği kararına atıfta bulunarak; disiplin cezası verilmesinde asıl delil olarak kullanılan telefon kayıtlarının Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135'inci maddesinde yer alan suçlar kapsamında bulunmayan bir fiile ilişkin olduğu ve bu fiile ilişkin ses

somut olayın özelliklerine göre hukuka aykırı elde edilen delilin kullanılıp kullanılmayacağına belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yazara göre, "hukuka aykırı da olsa, bir fiilin işlendiğini tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan delillerin, hiç değerlendirilmemesi, adalet duygusu bakımından kabul edilemeyeceği gibi kamu düzeninin korunması bakımından bu delillere göre işlem tesisinde zorunluluk olabilir. Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olsa dahi, özellikle kamu düzeni ve kamu yararı bakımından müdahaleyi gerekli kılan durumlarda idarenin bu hukuka aykırı delillere göre işlem tesis etmesi mümkün olabilir." **Yasin, Melikşah** (2015) İdari Yargılama Usulünde İspat, İstanbul, XII Levha Yayınları, s.63. Benzer görüşlerde olan ÜSTÜN tarafından da, idare hukukunun özelliği gereği söz konusu ilkenin belirli ölçütler dâhilinde esnetilebilmesinin mümkün olması gerektiği, disiplin soruşturmasında hukuka aykırı delil konusunda olayın şartlarını göz önünde bulundurarak disiplin cezası verip vermemekte ihlal olunan temel hak ve hürriyetin niteliğinin ve ağırlığının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. **Fiş Üstün, Gül** (2018) "Disiplin Soruşturmasında Hukuka Aykırı Deliller", C. 24, S.I, Haziran, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 33, (s.17-35).

kayıtlarının, tek başına delil olarak kullanılamayacağını ifade ettikten sonra, hukuka uygun olarak elde edilmiş başka delil ve belgeler olmaksızın sadece bu delillere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Danıştay bu kararında disiplin cezası verilmesine gerekçe olan telefon kayıtlarının hukuka aykırı delil olduğunu kabul etmiştir²³.

Danıştay'ın yine yakın tarihli bir diğer kararında da, mahkemede ara kararların yerine getirilmesi için taraflardan alınan pulların sürekli olarak azalması üzerine, pulların akıbetinin belirlenmesi için muhafaza edildiği yerleri gösterecek şekilde mahkeme personeline kaleme kamera yerleştirildiği ve kamera kayıtlarına dayanılarak mahkemede çalışan memur hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinin E fıkrasının (g) bendinde; "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" fiilini işlediği gerekçesiyle, devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. Bu disiplin cezası idare mahkemesi tarafından hukuka uygun bulunmuş, temyiz istemi üzerine Danıştay da idare mahkemesinin kararını onamıştır. Karar düzeltme talebi sonucunda Danıştay 16. Dairesi ise, gizli kamera yerleştirmek suretiyle yasaya aykırı bir şekilde elde edilmiş kayıtların tek başına delil niteliğinin olamayacağını ifade ederek, idare mahkemesinin kararının bozulmasına hükmetmiştir²⁴.

Danıştay'ın bu kararları ile aynı yönde AYİM kararları da bulunmaktadır. 2013 tarihli AYİM kararına konu bir olayda da, karşı cins ile olan telefon görüşmelerine ilişkin ses kayıtlarının internet ortamında yayımlanması neticesinde Harp Okulu öğrencisi hakkında öğrencilikten çıkarma kararı alınmıştır. Öğrencilikten çıkarma işlemine karşı açılan davada AYİM, dava konusu işleme esas alınan ses kayıtlarının kişinin rızası dışında ve hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş olduğunu, aynı zamanda da hukuka aykırı bir biçimde yayınlanmış olduğunun anlaşıldığını belirttikten sonra, davacının harp okulu öğrenciliğinden çıkarılmasına ilişkin başka bir somut bilgi ve belgenin de bulunmadığını ifade ederek, *"hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş delillere istinaden tesis edilen dava konusu okuldan çıkarma işleminin sebep unsuru yönünden hukuka uyarlı olmadığı kanaat ve sonucuna"* varıldığını karara bağlamıştır²⁵.

²³ Dan. 5.D., E: 2016/18730, K: 2017/21649, T: 25.10.2017.

²⁴ Dan. 16.D., E: 2015/14258, K: 2015/4219, T: 01.07.2015, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=77&t=56491>.

²⁵ AYİM 2.D., E: 2012/768, K: 2012/749, T: 19.06.2013. Aynı yöndeki bir diğer kararlar için bkz: AYİM 2.D., E: 2012/771, K: 2013/747, T: 19.06.2013; AYİM 2.D., E:2012/769, K:2013/748, T: 19.06.2013.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararına konu olan bir olayda, internet sitesinde yayımlanan ve başvurucaya ait olduğu iddia edilen cinsel içerikli ses kayıtlarının memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelikte ahlak dışı, yüz kızartıcı ve utanç verici eylem teşkil ettiği gerekçesiyle kişi hakkında disiplin soruşturması başlatılmış, soruşturma neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. Hakkında verilen disiplin cezasının iptal edilmesi talebiyle başvuru tarafından AYİM'de dava açılmış ve iptal istemi reddedilmiştir. Bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 20'nci maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine hükmettiği kararında, *"soruşturmaya konu ses kayıtlarının hukuka aykırı şekilde dinlenerek kayda alındığı ve manipülasyon yapılarak elde edildiği konusunda ileri sürülen iddialara ilişkin olarak bir araştırma yapılmadığı, hukuka aykırı delillerin yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemeyeceği ve hukuka aykırı delillere dayanılarak işlem tesis edilemeyeceği hususunun gözetilmediği"* ni ifade etmiştir²⁶.

Yine Anayasa Mahkemesi bir parti kapatma davasında da, özel kişiler tarafından hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hükme esas alınmaması gerektiğine karar vermiştir²⁷.

Doktrinde de bu yargı kararları ile aynı yönde, hukuka aykırı delillerin disiplin hukukunda kullanılamayacağı yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu yöndeki görüşlerde Anayasa'nın 38/6 maddesindeki hükmün sadece ceza yargılamasına ilişkin olmadığı, hukukun tüm alanları için geçerli bir ilke olduğu ifade edilmektedir²⁸.

²⁶ AYM, T: 13.07.2016, Bireysel Başvuru no: 2014/7738, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/7738>.

²⁷ *"... iddianameye eklenen deliller arasında yer alan ve üçüncü kişiler tarafından getirildiği belirtilen parti genel başkanı ile partinin diğer yetkilisi arasındaki araç telefonundan yapılan konuşma kaydının, Anayasa'nın 22. maddesinde belirtildiği biçimde, usulüne uygun bir yargıç kararına ya da kanunla yetkili kılınan merciin emrine dayanmadığı, bu nedenle de haberleşme özgürlüğünü ihlal ettiği açık olduğundan, hukuka uygun olarak elde edilmediği sonucuna varılan söz konusu konuşmaya ait kasetin, CYY'nin 254. maddesinin ikinci fıkrası gereğince hükme esas alınmamasına..."* AYM, E: 1992/2, K: 2001/2, T: 22.06.2001 <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>.

²⁸ Ceza Muhakemesinde Deliller isimli eserinde AYDIN, ceza hukukunun ve idare hukukunun, kamu hukukunun birer alt dalı olduklarını ve Anayasanın 38/6 hükmünde, ceza ya da disiplin yargılaması ayrımı yapılmadığını, bu sebeple de hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin hukukunda uygulanamayacağını ifade etmiştir. **Aydın**, s.224. TANRIVER de, Anayasa'nın

III. DİSİPLİN HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN KULLANILMAMASININ HUKUKİ DAYANAKLARI

Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin hukukunda kullanılabilceğini ifade eden yargı kararlarında, ceza yargılaması ile disiplin yargılamasının birbirinden bağımsız ve farklı olduğu, aynı zamanda da Anayasa'nın 38'inci maddesinin sadece suç ve cezalar ile ilgili olduğu, bu sebeple disiplin hukukunda hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılabilceği ifade edilmektedir.

Kanaatimizce hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılması disiplin hukukunda da kabul edilemez. Delil, hukuka aykırı yöntemler ile elde edilmiş ise hangi hukuk dalında kullanıldığı önemli değildir. Hukuka aykırı elde edilmiş deliller ile hukuka uygun bir sonuç elde etmek mümkün değildir.

Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin hukukunda kullanılmamasının, hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyetinin bir gereği olduğunu düşünüyörüz.

A. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Anayasa'nın 2'nci maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti, keyfi devletin karşıtıdır. Hukuk devletinde, hukuk devletten kaynaklanmakta diğer taraftan da devlet, hukukla belirlenen sınırlar içerisinde varlığını sürdürebilmektedir²⁹. Hukuk devleti için pek çok tanım yapılmaktadır ancak bu tanımların ortak noktası, kamu kudretinin sınırlandırılarak, bireylerin hak ve hürriyetlerinin korunmasıdır³⁰.

Anayasa Mahkemesi tarafından başlıca amacı, kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerini korumak olarak ifade edilen hukuk devleti ilkesi³¹,

38'inci maddesinin altıncı fıkrasında, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin Anayasal kuralın, sadece ceza yargısı ile sınırlı olmadığını, tüm yargı çeşitleri için geçerli bir kural olduğunu kabul etmektedir. Anayasa'nın 176/2 maddesinde madde başlıklarının Anayasa metninden sayılmayacağı düzenlemesi sebebiyle, 38. maddenin madde başlığının "suç ve cezalara ilişkin genel esaslar" şeklinde olmasının da bu maddede yer olan temel ilkelerin uygulanma alanının, sadece ceza yargısı ile sınırlı olduğu şeklinde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. **Tanrıver, Süha** "Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İrdelenmesi", s.371, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-252>.

²⁹ **Atay**, s.109-110-111.

³⁰ **Atay**, s.111.

³¹ AYM, E: 1990/40, K: 1991/33, T: 01.10.1991, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>.

yargılama esnasında Devletin delil elde etme yetkilerinin ve hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesindeki takdirinin de kısıtlanmasını gerektirir. Hukuk devleti, kendisi hukuka aykırı delil elde etmeyeceği gibi, hukuka aykırı elde edilmiş delillere de bir hukuki değer atfetmeyecek ve hukuka aykırı yöntemlerle delil elde edilmesini meşrulaştırmayacaktır. Disiplin yargılaması sırasında da idare, gerçeği ortaya çıkarmak için kendisi hukuka aykırı delil elde etmeyecek ve hukuka aykırı yollarla elde edilen delilleri de kullanmayacaktır. Bu durum, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Özellikle disiplin hukukunda delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilebileceğini düşünmek, devleti, hukuk devletinden uzaklaştıracak ve polis devletine yaklaştıracaktır. Çünkü polis devleti, idare edenlerin kullandıkları yetkilerinin bir sınırı bulunmayan, kamunun refahı ve selameti için her türlü önlemi alabilen ve kişilerin hak ve özgürlüklerine sınırsızca müdahale edebilen devlettir³². Disiplin hukukunda her türlü delilin kabul edilmesi, kişilerin hak ve hürriyetlerini bertaraf edebilecek ve idarenin keyfi davranışlarına sebep olabilecek aynı zamanda da hukuka aykırı yöntemlerin kullanılmasıyla temel hak ve hürriyetlere müdahale edilmesi adeta meşrulaştırılmış olacaktır. Kamu yararını gerçekleştirmek için üstün yetki ve ayrıcalıklara sahip olan idarenin, hukuka aykırı elde edilmiş delillere dayanarak disiplin cezası verebileceğinin kabul edilmesi bireylerin hak ve hürriyetleri için ciddi bir tehdit oluşturacaktır.

AKYILMAZ tarafından da haklı olarak ifade edildiği gibi, “... *disiplin cezalarını, sadece meslek hayatına ilişkin yaptırımlar olarak değerlendirerek hafife almak; yine amacının kurum düzenini sağlamak olduğunu ifade ederek, aslında hukuka aykırı disiplin işlemleriyle devlete duyulan saygınlığın ve güvenin zedelenmesi suretiyle toplum düzenine aykırı bir durumun gelişeceğini göz ardı etmek doğru değildir.*”³³. Hukuka aykırı elde edilmiş delillere disiplin hukukunda bir değer atfetmek, bireylerin hukuki güvenliklerine zarar verecek ve devlete olan güveni sarsacaktır.

Hukuk devletinin varlığından bahsedebilmek için devletin tüm organlarının hukukla bağlı olması gerekir. Devletin organlarından biri olan yargı organının da hukukla bağlı olması gerektiği Anayasa'nın 138'nci maddesinde “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun*

³² Atay, s.106-107

³³ Akyılmaz, Bahtiyar “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, GÜHFD, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6_9.pdf.

olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler” şeklinde, ifade edilmiştir. Dolayısıyla nasıl ki idare, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanarak bir disiplin cezası veremeyecekse, idari yargı hâkiminin de önüne gelen uyuşmazlıkta hukuka aykırı delilleri dikkate almaması ve hukuka aykırı delillere dayanılarak verilen disiplin cezalarının hukuka aykırılığına karar vermesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kabul edilemeyeceğini, bunun aksini savunmanın, özel kişilere bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etme imkânı verebileceğini, bunun da bir hukuk devletinde kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından haklı olarak, bu tür delillerin hükme esas alınmasının mafya oluşumlarını teşvik edeceği vurgulanmıştır³⁴. Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında da hukuka uygun yöntemlerle delil elde edilmesinin hukuk devletinin temel ilkelerinden sayıldığına karar vermiştir³⁵.

B. HAK ARAMA HÜRRİYETİ

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde hak arama hürriyeti, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” cümlesi ile ifade edilmiştir. Bu Anayasa hükmünde de açıkça ifade edildiği gibi, herkes yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkına sahiptir; fakat, kişi bu hakkını keyfi bir şekilde değil de ancak meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle kullanabilir.

Meşru vasıtalarından ne anlaşılması gerektiğini Anayasa Mahkemesi; “meşru vasıta ve yollar”, hukuk devletinde saygıyla karşılanan, yurttaşların en doğal hakları içinde yer alan, hukuksal nitelikleri tartışmasız, yasal yollar ve yöntemlerdir³⁶ şeklinde açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi ayrıca, “iddia ve savunma hakkının” kullanılmasının ancak “meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle” olacağını, “meşru” sözcüğünün, yasada gösterilen yöntemler de-

³⁴ AYM, E: 1992/2, K: 2001/2, T: 22.06.2001, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>.

³⁵ AYM, Bireysel Başvuru, E: 2014/4704, T: 01.02.2018, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4704>.

³⁶ AYM, E: 1988/36, K: 1989/24, T: 28.09.1989, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>.

yiminden daha geniş bir anlamı ifade etmek amacıyla metne konulduğunu belirtmektedir³⁷. Dolayısıyla hak arama hürriyeti ancak, hukuka uygun yöntemler aracılığı ile kullanılabilir. Bu da delillerin hukuka uygun yöntemler ile elde edilmesini zorunlu kılar.

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde her ne kadar herkesin, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkına sahip olduğu ifade edilmiş olsa da disiplin hukuku açısından hak arama hürriyeti hem disiplin soruşturması sırasında hem de disiplin cezası verme işlemine karşı dava açılması halinde yargı mercii önünde var olmalı ve hukuka uygun yöntemler ile kullanılmalıdır.

Disiplin cezası verme işlemi yargı mercii tarafından değil, idare tarafından idari usul kurallarına uyularak gerçekleştirilmektedir. Ancak disiplin soruşturması sırasında yargı benzeri bir faaliyet yürütülmektedir. Disiplin cezası vermeye yetkili merci, kişi hakkındaki disiplinsizlik iddialarını değerlendirip şahsın savunmasını da aldıktan sonra disiplin cezası verme işlemi tesis etmektedir. Disiplin cezası verme işlemi her ne kadar yargı merci huzurunda gerçekleşme de, bu aşamanın hukuka uygun olabilmesi için, hak arama hürriyetinin hem iddiada bulunan hem de savunmada bulunan kişi için meşru vasıta ve yollardan yapılması yani hukuka uygun olması gerekir. Bu aşamadan sonra disiplin cezası verme işlemine karşı iptal davası açılması halinde de yargı mercinin, disiplin cezası verme işlemi sırasında hak arama hürriyetinin hukuka uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını değerlendirilmesi gerekir.

Konumuz ile bağlantı kurarsak, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillere dayanılarak iddiada bulunmuş ve bir disiplin cezası verme işlemi tesis edilmişse, bu işlemin hukuka aykırılığının tespiti gerekecektir. İddianın hukuka aykırı elde edilmiş deliller ile ispatlanması hak arama hürriyetinin meşru vasıtalar ile yapılmadığı anlamını taşımaktadır. Benzer şekilde disiplinsizlik iddialarına maruz kalan kamu görevlisi de suçsuzluğunu ispatlamak için dahi olsa, hukuka aykırı delil elde etme yöntemlerine başvuramayacaktır³⁸. Hukuka aykırı yöntemler kullanılarak adaletin gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

³⁷ AYM, E: 1979138, K: 1980111, T: 29.01.1980, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>.

³⁸ Aksi görüşte olan ÜSTÜN tarafından ise, bu kuralın mutlak uygulanması silahların eşitliği ilkesinin daha fazla zarar görmesine sebep olacaktır. Yazar, personelin disiplin soruşturmasındaki savunmasına esas olan belgeyi, iddiasını ispat etmek için amirinin çekmecesinden gizlice alarak soruşturmacıya sunmasının hukuka aykırı delil elde edilmesi olduğunu, ancak

C. ADİL YARGILANMA HAKKI

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36'ncı maddesine, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesiyle "adil yargılanma" ibaresi eklenmiştir. Böylece maddede herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilerek, adil yargılanma hakkı anayasal güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 11'inci maddesine göre, Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğundan, disiplin soruşturmaları dâhil tüm soruşturma ve kovuşturmalarda söz konusu ilkeye uygun hareket edilmesi gerekecektir.

Adil yargılanma hakkı, AİHS'nin de 6'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Ancak Sözleşmenin 6'ncı maddesinde ve diğer hiçbir maddesinde hukuka aykırı delillere ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. AİHM, hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin yargılama sırasında dikkate alınıp alınmamasını daha ziyade bir iç hukuk meselesi olarak görmekle beraber; Mahkeme, hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılmasını değerlendirirken, yargılamayı bir bütün olarak ele almakta; mahkûmiyetin bu delile dayanıp dayanmadığına göre yargılamanın adil olup olmadığına karar vermektedir³⁹. Ancak Mahkeme, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağı gibi bazı Sözleşme maddelerinin ihlal edilerek toplanan delillere dayanılması durumunda, bu delillerin davada oynadığı rolü de dikkate almadan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir⁴⁰.

Adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemelerde açıkça ifade edilmese de hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmaması, adil yargılanma hakkının bir gereğidir ve adil yargılanma hakkı, tüm hukuk düzenleri için geçerli bir ilkedir.

Anayasa Mahkemesi'nin de bireysel başvuru kararına konu olmuş bir olayda başvuru, hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılarak kendisi hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal

kuralın mutlak uygulanmasının personelin haksız yere ceza almasına sebep olabileceğini ifade etmiştir. **Üstün**, s.32-33.

³⁹ **İnceoğlu, Sibel** (2013) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta Yayınları, s.288. Başvuru No. 12505/86, Wischniewski v. Germany, 11.10.1988, 58 DR 106. (Nakleden; **İnceoğlu**, s.288.)

⁴⁰ **İnceoğlu**, s.288.

edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi de bu kararında, “Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yapan mahkemeye ait olmakla birlikte somut olayda, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen arama sonucu elde edilen delillerin belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği görülmektedir. Aramanın icrasındaki “kanuna aykırılığın” yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Açıklanan gerekçelerle başvuru Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” diyerek, hukuka aykırı elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesini adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur⁴¹.

Hukuka aykırı elde edilmiş delillere hukuki bir değer tanınması, silahların eşitliği ilkesine de aykırı olacaktır. Yargılama sırasında tarafların hak ve yükümlülükleri arasında eşitliğin sağlanması adil yargılanma hakkının bir gereğidir⁴². Hem disiplin cezası verilirken hem de disiplin cezası verme işlemine karşı açılan iptal davasında hukuka aykırı delillere dayanılması adil yargılanma hakkına zarar verecektir.

Disiplin cezası verilmesi bir yargılama faaliyeti neticesinde olmamaktadır. Aksine disiplin cezası verilmesi idari makamlar önünde gerçekleşmektedir. Ancak idare, disiplin soruşturması ve disiplin cezası verme işlemi sırasında yargı benzeri bir faaliyet yürüttüğünden disiplin cezası verme işlemi sürecinde mümkün olduğu kadar yargılamaya hâkim olan ilkelere riayet etmelidir. Adil yargılanma hakkı da disiplin hukukunda kabul edilmesi gereken ilkelerden bir tanesidir. Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kabul edilmesi, adil yargılanma hakkına zarar vereceğinden hem disiplin cezası verilirken kullanılmaması gerekir, hem de hukuka aykırı delil kullanılarak verilen disiplin cezasına karşı açılmış bir iptal davası varsa, idari yargı merci tarafından ceza verme işleminin hukuka aykırı olduğunun tespiti gerekecektir.

⁴¹ AYM, Bireysel Başvuru, E: 2014/4704, T: 01.02.2018, <https://kararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/BB/2014/4704>.

⁴² **Akıncı, Müslüm** (2008) İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.242.

IV. HUKUKA AYKIRI ELDE EDİLMİŞ DELİLLERE DAYANILARAK VERİLEN DİSİPLİN CEZALARININ İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İdari işlemlerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için işlemin beş unsurdan hiçbirinde bir hukuka aykırılığın olmaması gerekir. İdari işlemin beş unsurundan bir tanesi olan sebep unsuru, idareyi işlem yapmaya sevk eden etkenler olarak kabul edilir. İdare hukukunda sebepsiz işlemin varlığı kabul edilmez. Mevzuatta açıkça belirtilsin veya belirtilmesin her idari işlemin kamu yararını gerçekleştirilmeye hizmet eden bir sebebinin bulunması gerekir.

Disiplin cezası verme işleminin sebebi, kişinin disiplinsizlik oluşturan eylemidir. Dolayısıyla disiplin cezası verme işleminin hukuka uygun olabilmesi için bu disiplin cezası verme işleminin sebebinin var olması, gerçek olması ve hukuka uygun olması gerekir⁴³. Disiplinsizlik oluşturan eylem ancak hukuka uygun elde edilen deliller ile ispatlanabilir. Disiplin cezası verme işleminin sebebinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için de delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmemiş olması gerekir.

Hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillere dayanılarak hukuka uygun bir idari işlem tesis etmek mümkün değildir. Disiplin cezası verme işlemine dayanak teşkil eden delillerin hukuka aykırı bir şekilde elde edilmesi işlemin sebep unsurunu sakatlayacak, hukuka aykırı elde edilen delil, disiplin cezası verme işlemini hukuka aykırı hale getirecektir.

Konuya ilişkin bir AYİM kararında da hukuka aykırı elde edilen delillere dayanılarak verilen disiplin cezasının sebep unsuru açısından sakat olduğu açıkça ifade edilmiştir. Mahkeme bu kararında “... hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş delillere istinaden tesis edilen dava konusu okuldan çıkarma işleminin sebep unsuru yönünden hukuka uyarlı olmadığı kanaat ve sonucuna” varıldığını ifade etmiştir⁴⁴.

İdari işlem ile elde edilen sonuç anlamına gelen idari işlemin konu unsuru ile işlemin sebep unsuru arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır. İdari işlemin konu unsurunun hukuka uygun olabilmesi için sebep unsuru ile konu

⁴³ Atay, s.950.

⁴⁴ AYİM 2.D., E: 2012/768, K: 2012/749, T: 19.06.2013. Aynı yöndeki bir diğer kararlar için bkz: AYİM 2.D., E: 2012/771, K: 2013/747, T: 19.06.2013; AYİM 2.D., 19.06.2013, E.2012/769, K.2013/748.

unsurunun uyumlu olması gerekir. Mevzuatta işlemin sebebi ve bu sebebe dayanılarak tesis edilecek işlemin konusu açıkça düzenlenmiş ise sebep unsuru ile konu unsuru arasındaki uyumsuzluk işlemi hukuka aykırı hale getirir. Hukuka aykırı elde edilmiş bir delile dayanılarak tesis edilen bir disiplin cezası verme işleminin sebep unsurundaki sakatlık, bu idari işlemin konu unsurunu da sakat hale getirir.

Aynı zamanda idari işlemler yalnızca kamu yararı amacı ile tesis edilebilirler. Hukuka aykırı elde edilmiş delillere hukuki bir değer tanımak disiplin cezası verme işleminin kamu yararı dışındaki bir amaçla tesis edilmesine sebep olabilir. Bu da idari işlemi amaç unsuru bakımından hukuka aykırı hale getirecektir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ceza yargılamasında olduğu gibi tüm yargılamaların amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır⁴⁵. Gerçeğin ortaya çıkarılması hukuk kuralları çerçevesinde olmalıdır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için dahi olsa, hukuk kuralları dışına çıkmamak Anayasa'nın 2'nci maddesinde düzenlenmiş olan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Delil elde edilmesinde hukuka aykırı yöntemlere başvurulmasını engellemek için Anayasa'nın 38'inci maddesine, "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*" cümlesi getirilerek, bu husus açıkça Anayasal bir hüküm haline getirilmiştir. Hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılamayacağına ilişkin benzeri düzenlenmeler Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da yer almaktadır.

Hukuka aykırı elde edilen delillere ilişkin pozitif düzenlemelerde, tam bir kavram birliği bulunmamaktadır. Anayasada ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bazı maddelerinde "kanuna aykırılık" ifadesi kullanılırken, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bazı maddelerinde ise "hukuka aykırılık" ifadesi kullanılmaktadır. Hukuka aykırılık, kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olduğu için, konuya ilişkin doğru ifadenin hukuka aykırılık olduğu kanaatindeyiz.

⁴⁵ ALANGOYA tarafından, ceza yargılamasının olduğu gibi medeni yargılamanın da amacının gerçeği ortaya çıkarmak olduğu ifade edilmiştir. **Alangoya, H. Yavuz** (1979) "*Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*", İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s.87.

Disiplin hukuku ceza yargılamasından farklı ve bağımsız olmakla birlikte, disiplin soruşturmalarında yargılama benzeri bir faaliyet⁴⁶ yürütüldüğü için ceza hukukuna hâkim olan ilkelerin disiplin hukukunda da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Hukuka aykırı delillerin kullanılmaması ilkesi de disiplin hukukunda kabul edilmesi gereken ilkelerden bir tanesidir. Zaten Anayasa'nın 38'inci maddesinde de kanuna aykırı elde edilen delillerin kullanılmayacağı ilkesinin sadece ceza yargılamasında geçerli olduğuna dair herhangi bir ifade yer almamaktadır. Yargı mercileri tarafından son dönemde verilen kararlarda da hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin hukukunda kullanılmayacağı'nın kabul edildiği görülmektedir.

Disiplin hukukunda hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılmaması hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk devleti, bireylerin hukuki güvenlik içerisinde bulunduğu, sadece yönetilenlerin değil, aynı zamanda yönetenlerin de hukukla bağlı oldukları devlettir. Disiplin hukukunda hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kabul edilmesi bireylerin hukuki güvenliklerini tehlikeye düşürecek ve hukuksuz davranışları meşru hale getirecektir.

Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin hukukunda kullanılmaması aynı zamanda Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının ve hak arama hürriyetinin de birer gereği olarak karşımıza çıkar. Adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyeti, birer yargısal ilke olsalar da disiplin soruşturması da yargı benzeri bir faaliyet olduğu için bu ilkelerin disiplin soruşturmalarında da kabul edilmesi gerekir. Bahsi geçen Anayasal hükümde, herkesin hak arama hürriyetini meşru vasıta ve yollardan kullanabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla buradaki meşru vasıta, ancak hukuka uygun elde edilmiş deliller olabilir. Kişi hakkında hukuka aykırı yöntemler ile elde edilen delillere dayanılarak disiplin cezası verilmesi, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir.

⁴⁶ Hatta disiplin hukukunun geniş anlamda ceza hukuku içerisinde değerlendirilebileceği KARAHANOGULLARI tarafından şu şekilde ifade edilmiştir; "Disiplin hukuku, kamu hizmeti düzenini korumaya yönelik davranış kuralları ve bunların ihlali izleyen hukuki sonuçları düzenlemesi nedeniyle geniş anlamda ceza hukuku (ya da klasik ceza hukukunu kapsayacak şekilde, varlık ve menfaatlerin 'cezaî sonuçlar'la korunduğu alanları ifade eden 'cezalandırıcı hukuk') içinde değerlendirilebilir." **Karahanoğulları, Onur** (1999) "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", C.8, S.3, Temmuz, s.76, Çağdaş Yerel Yönetimler, (s. 55-77).

Bir delilin hangi durumlarda hukuka aykırı elde edildiğinin doğru tespiti gereklidir. Delilleri elde ederken, delilin elde edilmesinde uyulması gereken şartlar pozitif hukuk kuralları ile belirlenmiş ise delil ancak bu kurallar çerçevesinde elde edilebilir. Eğer bahse konu olan delilin elde edilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakta ise, delil elde edilirken temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmemesine dikkat edilmesi gerektiği gibi, hukukun genel ilkelerine de uygun hareket edilmesi gerekir. Kişinin temel hak ve hürriyetleri ihlal edilerek elde edilen deliller kullanılamaz. Ancak hukuk kuralları içerisinde hareket ederek polis devletinden uzaklaşıp, hukuk devleti ilkesi gerçekleştirilebilir.

Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılmaması ilkesinin herhangi bir istisnası kabul edilmemelidir. İdare hukukunun temelinde var olan eşitsizlik, idarenin sahip olduğu pek çok üstün yetki ve ayrıcalıklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Disiplin hukuku açısından düşündüğümüzde de disiplin cezası vermeye yetkili kişi veya kurullar pek çok yetkiye sahiptir. Bu sebeple hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin cezası verilmesi için yeterli kabul edilmesi, teknolojinin çok geliştiği ve çoğu kişinin bu teknolojiye rahatlıkla ulaşabildiği şu dönemde bireylerin temel hak ve hürriyetleri için ciddi bir tehlike oluşturabilecektir. Bu sebeple somut olayın özellikleri, kamu yararının gerektirmesi gibi sebeplerle dahi olsa hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin hukukunda kullanılmasına istisna tanınmaması gerekir. Disiplin hukukunun kurum düzenini koruduğu düşünülerek, Anayasa'nın 38'inci maddesinin kapsamı dışında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akıncı, Müslüm (2008) *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara, Turhan Kitabevi.

Akyılmaz, Bahtiyar /Sezginer, Murat /Kaya, Cemil (2017) *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları.

Akyılmaz, Bahtiyar “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, GÜHFD, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6_9.pdf.

Alangoya, H. Yavuz (1979) “*Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Atay, Ender Ethem (2016) *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi.

Aydın, Devrim (2014) *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Ankara, Yetkin Yayınları.

Çınar, Ali Rıza (2004) “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, S. 55, Y. 2004, s.32-33, TBB Dergisi.

Erman, Sahir (1995) *Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları.

Fiş Üstün, Gül (2018) “Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller”, C. 24, S.I, Haziran, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.

İnceoğlu, Sibel (2013) *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, Beta Yayınları.

Karahanoğulları, Onur (1999) “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, C.8, S.3, Temmuz, s.76, Çağdaş Yerel Yönetimler.

Ömeroğlu, M. Nihat “*Hukuka Aykırı Delil ve Disiplin Soruşturması*”, 31.01.2011 tarihli HaberTürk Gazetesi, <https://www.haberturk.com/gundem/haber/596750-hukuka-aykiri-delil-ve-disiplin-sorusturmasi>).

Tanrıver, Süha “*Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İrdelenmesi*”, s.371, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-252>.

Yasin, Melikşah (2015), *İdari Yargılama Usulünde İspat*, İstanbul, XII Levha Yayınları.

DANIŞTAY KARARLARINDA İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VE AZALTAN HÂLLER*

Dr. Celâl IŞIKLAR**

ÖZET

Kusursuz sorumluluk, genel olarak risk/tehlike ile kamu külfetleri karşısında eşitlik esaslarına dayanır. Bunlara idari faaliyet ile bağın aranmadığı sosyal risk de eklenmelidir. İdare, kusur olmasa da sadece ajanlarının, araç ve gereçlerinin, verdiği hizmetlerin yol açtığı zararlardan değil, hukuka uygun işlemlerden dolayı da sorumlu tutulabilir. Günümüz idare hukukunda idarenin kusursuz sorumluluğunun uygulama alanı giderek genişlemektedir. Bunun bir sebebi de sorumluluğu kaldıran veya azaltan hallerin eskisi kadar yaygın olarak kullanılmamasıdır. Bunlardan mücbir sebep, Danıştay tarafından, idarenin iradesi dışında oluşan, öngörülemez ve karşı konulamaz olaylar olarak anlaşılmaktadır. Mücbir sebep idarenin sorumluluğunu tamamen kaldırır. Bu kavram nispi olup uygulaması giderek azalmaktadır. Beklenmeyen hâl ise, idarenin faaliyetleri içinde gerçekleşen, ancak öngörülemez ve önlenemez olaylardır. Beklenmeyen hâl, idarenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zarar görenin veya üçüncü bir kişinin davranışı da sorumluluğu tamamen ortadan kaldırır veya azaltır. Bu halleri bir şema ve tablo halinde göstermek mümkündür. Esasen bütün bu hal ve sebepler illiyet bağına ilişkindir. Bu çalışma, kusursuz sorumluluk konusunda Danıştay'ın giderek daha geniş, esnek ve zayıf bir illiyet bağı kabul ettiğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Mücbir Sebep, Beklenmeyen Hâl, Zarar Görenin Davranışı, Üçüncü Kişinin Davranışı.

* Bu makale 9-11 Kasım 2018 tarihlerinde Ankara'da gerçekleştirilen Al Farabi 3. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresinde sözlü bildiri olarak sunulmuştur. (Geliş Tarihi: 17.11.2018 – Kabul Tarihi: 23.12.2018)

** (E.) AYİM Son Başsavcısı/Daire Başkanı

CONDITIONS REMOVING AND REDUCING THE FAULTLESS LIABILITY OF ADMINISTRATION IN THE DECISIONS OF THE COUNCIL OF STATE

ABSTRACT

The faultless liability of administration is based on equality between public burdens and risk/danger in general. Social risk for which the connection with administrative activity should be added to this equilibrium. The Administration, although it is not negligent, may be held liable not only for the damages caused by its services, agents, tools, but also for the lawful actions. Under current administrative law, the field of application of the faultless liability of administration is gradually expanding. One of the reasons for this is that the use of the reasons for removing or reducing the responsibility of the state is not as widely used.

The Council of State has considered natural disasters such as landslide, flood, lightning as the reasons for the application of force majeure. Force majeure completely abrogates the administrative responsibility. This concept is relative, and its application is gradually decreasing. Unexpected case is the events that occur within the authority of the administration, but the authority cannot predict and prevent the events. The unexpected case doesn't abrogate the faultless liability of administration. The action/fault of the injured person or of a third person completely removes or reduces the responsibility. It is possible to show cases that remove responsibility - as we do - in a diagram and table. These reasons are mainly related to causal relation. The purpose of the study is to show the case that the Council of State searches for a wider and more flexible causal relation in terms of the faultless liability.

Key Words: The Faultless Liability of Administration, Force Majeure, Unexpected Case, Action/Fault Of The Injured Person, Action/ Fault Of The Third Person.

GİRİŞ

İdare, hukuk devleti ilkesi ve Anayasa gereği (AYm.125) kamu hizmetine ilişkin faaliyetlerinin sebep olduğu zararlardan dolayı sorumludur. “İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler sebebiyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır.”¹ Buna göre idarenin zararlarından sorumlu tutulabilmesi için belli şartların varlığı gerekir. İdarenin sorumluluğu için geçerli ve gerekli bu şartları; idari faaliyet, zarar ve illiyet bağı (ile kusur sorumluluğunda kusur) şeklinde formüle edebiliriz.

İdarenin sorumluluğu teoride ve uygulamada hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk esaslarına dayandırılmaktadır. İdarenin sorumluluğu her iki halde de her zaman aslen sorumluluktur.² İdarenin sorumluluğa yol açan faaliyetleri daha çok idari işlem ve eylemler şeklinde gerçekleşir. İdarenin işlem ve eylemlerinden dolayı sorumluluğunun ilk şartı, hizmet kusurunda da kusursuz sorumluluk halinde de davranışının idareye atfedilebilir nitelikte olmasıdır.³ Kusur şartı sâdece hizmet kusurunda aranır. İdarenin sorumluluğu için ortada bir

¹ Danıştay 15. Daire, E:2013/5356, K:2016/3705, T:23.5.2016, nakleden **Şaşmaz, Aysema Pelin** (2016), “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış, Kırıkkale Üniversitesi Ekonomi, İşletme, Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (JEBPIR), C:2, S:2, s.214.

² **Akılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil** (2018) Türk İdare Hukuku, 9.Baskı, Ankara, Savaş, s.113.

³ **Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut** (2001) İdare Hukuku, C:I Genel Esaslar, 2.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.334; **Gözler, Kemal** (2009) İdare Hukuku, C:II, Bursa, Ekin Kitabevi, s.1275; **Candan, Turgut** (2011) Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.166; **Atay, E. Ethem** (2018) İdare Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.727 vd.; **Çağlayan, Ramazan** (2007) Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara, Adil Yayınevi, s.134-136; **Karavelioğlu, Celâl** (2001) İdari Yargılama Usulü Kanunu, C:I, 5. Baskı, Ankara, Kendi yayını, s.208; **Çağlayan, Ramazan** (2017) İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin, s.882 vd.; **Armağan, Tuncay** (1997) İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara, Seçkin Kitabevi, s.195; **Kalabalık, Halil** (2009) İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Konya, Sayram, s.217; **Tan, Turgut** (2015) İdare Hukuku. 4. Baskı, Ankara, Turhan kitabevi, s.480; **Sancakdar, Oğuz** (2014) İdare Hukuku, Teorik Çalışma Kitabı, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s.838; **Aydın, Muhammed Ali** (2016) İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, s.28; **Kaplan, Gürsel** (2018) İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, s.290.

gerçekleşmiş, kesin, hukuken korunan bir menfaate yönelik ve parayla ölçülebilir bir zarar olmalıdır.⁴ Son olarak meydana gelen zarar ile idarenin fiili arasında doğrudan ve uygun illiyet bağı bulunmalıdır.⁵ “*İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.*”⁶ Bir istisna olarak doktrinde ve Danıştay içtihatlarında sosyal risk hallerinde illiyet bağı aranmayacağı kabul edilmiştir.⁷

İdarenin hukuki sorumluluğu için bu şartların mevcudiyeti zorunlu ise de yeterli değildir. Bunun için belli olumsuz şartların, yani bulunmaması gereken bazı hâl ve sebeplerin de dikkate alınması lazımdır. Bu çalışmada, Danıştay’ın idarenin kusursuz sorumluluğunu etkileyen haller olarak mücbir sebep, beklenmeyen/umulmayan hâl, zarar görenin davranışı ile üçüncü kişinin davranışı konusundaki yaklaşım ve uygulaması incelenecektir.

I. GENEL OLARAK İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Günümüz idare hukukunda idarenin sorumluluğunu doğuran sebepler, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk şeklinde iki esas başlık altında toplanmakta ve adlandırılmaktadır. Tarihi süreçte daha önce ortaya çıkan ve kabul gören idarenin kusura dayalı sorumluluğa ilişkin tek kuram hizmet kusurudur

⁴ **Onar, Sıddık Sami** (1966) *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C: III, İstanbul, İsmail Akgün/Hak Basımevi, s.1718; **Esin Yüksel** (1976) *Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları*, İkinci Kitap: Esas, 2.Baskı, Ankara, Güven Matbaası, s.214; **Özgüldür, Serdar** (1996) *AYİM Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.58,138; **Gözübüyük/Tan**, C: I, s.713; **Gözübüyük, Şeref** (2007) *Yönetmelik Yargı*, 26.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.316; **Günday, Metin** (2017) *İdare Hukuku*, 11.B., Ankara, İmaj Yayıncılık, s.384; **Atay, E.Ethem / Odabaşı, Hasan / Gökcan, H. Tahsin** (2003) *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.335; **Atay**, s.685; **Candan**, s.167; **Gözler**, C:II. 1301 vd.; **Çağlayan** (2007), s.138-139; **Armağan**, s. 187; **Tan**, s.480; **Kaplan**, s.292 vd.; **Kalabalık**, s.218; **Sancakdar** (2014), s.838.

⁵ **Gözübüyük/Tan**, C: I, s.710; **Gözübüyük**, s.317-322; **Günday**, s.384; **Gözler**, C: II., s.1319; **Özgüldür**, s.61; **Esin**, s.22; **Çağlayan** (2007), s.139 vd.; **Atay**, s.699; **Candan**, s.169 vd.; **Armağan**, s.196; **Tan**, s.481; **Kaplan**, s.295 vd.; **Kalabalık**, s.218; **Sancakdar** (2014), s.838.

⁶ Danıştay 15. Daire, E:2015/9957, K:2016/3880 T.30.5.2016, nakleden **Şaşmaz**, s.221.

⁷ İdarenin sorumluluğuna ilişkin illiyet bağı teorisi ve özellikle sosyal risk yönünden illiyet bağının aranmamasına yönelik tartışmalar için bkz. **Yıldız, Hayrettin** (2016) ‘İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi’ *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:116, s.135, K:178.

(faute de service).⁸ Çalışmada kusursuz sorumluluğu etkileyen haller gerek metin içinde yer geldikçe hizmet kusuruyla karşılaştırılacağından, gerek ek tablonun bütünlüğü açısından, önce kısaca idarenin kusur sorumluluğuna değinilecektir

A. İDARENİN KUSUR SORUMLULUĞUNUN ESASLARI

Hizmet kusuru kavramı, genel anlamıyla bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişinde bir aksaklık, eksiklik veya bozukluğu ifade etmektedir.⁹ Bu bağlamda, hizmet kusuru teşkil eden hallerin, genel olarak hizmetin kötü işlemesi,¹⁰ hizmetin geç işlemesi¹¹ ve hizmetin hiç işlememesi¹²

⁸ Genel olarak idarenin sorumluluk esasları ve hizmet kusuruna dayanan sorumluluğunun tarihi ve hukuki gelişimi evreleri ile günümüzdeki durumu hakkında geniş bilgi için bkz. **Ozansoy, Cüneyt** (1989) 'Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu' (Yayımlanmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, s.40 vd.; **Atay**, s.701, 730; **Çağlayan** (2007), s.49. vd. ve (2017), s.625 vd.; **Kaplan**, s.271 vd.

İdarenin sorumluluğu alanında, hizmet kusurunu kabulde dönüm noktası teşkil eden karar Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 24 Mayıs 1993 tarihli *Blanco* kararıdır. Bu karar, devletin emanet usulüyle işlettiği bir bütün işletmesinde çalışan işçilerin kullandığı vagonetin küçük bir çocuğu sakatlamasından dolayı uğranılan zararın hizmet kusurundan dolayı devlet tarafından karşılanması gerektiğine, ancak idarenin bu sorumluluğunun mutlak ve genel olmadığına ilişkindir. Bkz. **Atay / Odabaşı / Gökcan**, s.44.

⁹ **Onar**, C:III, s.1695; **Duran, Lütfi** (1974) Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara, TODAİE Yayınları, s. 26; **Günday**, s.369; **Gözübüyük/Tan**, C:I, s.679; **Gözübüyük**, s.286; **Anayurt, Ömer** (1989) 'İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.; **Atay / Odabaşı / Gökcan**, s.56 ve 71; **Özgüldür**, s.66 vd.; **Esin**, s.27; Bahtiyar **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.112; **Atay**, s.730; **Ozansoy**, s.266-267; s **Yayla, Yıldızhan** (2009) İdare Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.361; **Çağlayan** (2007), s.133; **Kalabalık**, s.195; **Tan**, s.465; **Sancakdar** (2014), s.838; **Karavelioğlu**, s.211; **Aydın**, s.91; **Çatak Irz, Betül** (2011) Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Doğan İdarenin Sorumluluğu, Ankara, Adalet yayınevi, s.22. Hizmet Kusurunun en geniş ve açık tanımı için bkz. **Sarıca, Ragıp** (1949) 'Hizmet Kusuru ve Karakterleri' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:XV, S:4, İstanbul, s.858; **Sancakdar, Oğuz** (2018), İdari Yargılama Hukuku: Genel Esaslar, İzmir, Kendi yayını, s.187.

¹⁰ Örnek Danıştay kararları: İdarece disiplin cezası da verilen dış tabibinin ikaza rağmen yanlış dişi çekmesi (10.Daire, E:2007/6322, K:2010/5981, T:13.7.2010.), doğum hizmeti veren sağlık kurumunda ultrasonografi sistemi bulunmamasından dolayı çocuğun özürlü doğması (DİDDGK, E:2007/2113, K:2011/1468, T:24.11.2011.), kişiye işkence yapılması (10.Daire, E:1996/8578, K:1998/1734, T: 29.4.1998), kararlar için bkz. **Aydın**, s.11 vd.

¹¹ Örnek Danıştay kararları: Projesine dahil olduğu sulama kanalının inşasındaki gecikmeden dolayı sulama yapamamaktan doğan zarar (10.Daire, E:1996/1291, K:1997/5565, T:9.12.1997.), eylemlerin geç bastırılması sonucu Madımak otelinin yakılması (10.Daire, E:1994/7359, K:1995/3559, T:12.7.1995), hastanede 45 dakika gecikmeyle gerçekleşen müdahale sonucu hastanın ölümü (10.Daire, E:2001/3789, K:2001/487, T:13.12.2001).

¹² Örnek Danıştay kararları: Yolun daraldığına ve uçurum bulduğuna dair trafik işaret levhası konulmaması (8.Daire, E:2004/672, K:2004/1829, T:15.4.2004.), yıkım kararını gerçekleştirilmeyen belediye yüzünden ruhsata aykırı yapıyı satın alıp yerleşmek durumunda kalma (6.Daire, E:2011/8609, K:2012/2662, T:23.5.2012), dolan Kızılırmak yatağı ağzının temizlenmesi sonucu su taşkınyından zarar görme (10.Daire, E:2009/6921, K:2013/4338, T:13.5.2013).

şeklinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir.¹³ Danıştay'a göre, "Anayasanın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır."¹⁴

Hizmet kusurunun nitelikleri, buna bağlı olarak da kusur sorumluluğunun karakteristik özellikleri şunlardır: Asli, bağımsız, genel, anonim ve elastiki/değişken olma.¹⁵

Danıştay'a göre, olayın meydana geliş şekli ve zararın niteliğine göre (önce) idarenin hizmet kusuru olup olmadığı araştırılmalı, yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağı incelenmeli, tazminata hükmederken her halde sorumluluk sebebi gösterilmelidir.¹⁶

B. İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNUN ESASLARI

1. Genel Olarak

Gerek sınai ve teknik gelişmeler ve sosyo-ekonomik şartlardaki değişimler, gerekse kusur esasının mahiyetinden kaynaklanan (ispat güçlüğü, yetersizlik, orantısızlık, sosyal ahlak temelinin zayıflaması gibi) olumsuzluklar, kusursuz sorumluluk esasının doğmasına ve gelişmesine yol açmıştır. Temelini adalet idesi oluşturmakla beraber kusursuz sorumluluğun sebep ve dayanakları hakkında çeşitli teorik görüşler ileri sürülmüştür.¹⁷ İdari risk (hasar/tehlike) ilkesinden sonraki kuramları kamu külfetleri karşısında eşitlik şeklinde toplamak

¹³ Geniş bilgi için bkz. **Gözübüyük**, s.287 vd. Ayrıca yukarıda belirtilen kaynaklar.

¹⁴ Danıştay 10.Daire, E:2007/6322, K:2010/5981, T:3.07.2010. Bunun gibi, 10.Daire, 2002/7475, K: 2003/5193, T:16.12.2003; 10.Daire, E:2005/7545, K:2007/5333, T:20.11.2007. "İdarenin tesis etmiş olduğu bir işlemin yargı yerleri tarafından hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi durumunda, idarenin işleyişindeki aksaklık kamu hizmetinin kötü işlemesi olarak değerlendirilecek ve idarenin hizmet kusurunun olduğu kabul edilecektir", Danıştay13.Daire, E:2011/2603, K:2011/3886, T:20.09.2011.

¹⁵ **Özdemir, Necdet** (1963) Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara, Ankara İktisadi ve İdari İlimler Akademisi Yayını, s.28 vd.; **Duran**, s. 47; **Özgüldür**, s.69; **Atay**, s.733 vd.; **Anayurt**, s.48 vd.; **Armağan**, s.18; **Yayla (2009)**, s.361-363; **Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya**, s.112; **Kalabalık**, s.196; **Sancakdar** (2014), s.847-848; **Karavelioğlu**, s.207; **Çatak Irız**, s.24 vd.; **Aydın**, s.94 vd.

¹⁶ Danıştay 10. Daire, E:1997/721, K:1999/5266, T:20.10.1999, Legalbank Elektronik hukuk bankası

¹⁷ Kusursuz sorumluluğun esasına ilişkin hasar, sebepsiz iktisap, hakkaniyet, nesafet, hukuki müsavat, sosyal hasar, imkan ve fırsat eşitliği, idari risk, tehlikelilik, yükümlülüklerde eşitlik,

mümkündür. Zira, hepsinin de ortak noktası, idarenin kusur oluşturmayan ve tehlikelilik taşımayan davranışından kaynaklanan zararın denkleştirilmek suretiyle telafisidir. Bir diğer ifadeyle, kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından doğan olumsuzluğun giderilmesidir.

Fransız idare hukuku öğretisinde kusursuz sorumluluğunun sistemleştirildiği ve bu sistem çerçevesinde idari risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkelerinin sorumluluk sebebi olarak kabul edildiği ifade edilmektedir.¹⁸ Türk idare hukukunda belli bir sistemin kabul edildiği söylenemez. Buna karşılık, bazı yazarlar Fransız öğretisindeki sistemin Türk idare hukukunda da uygulanmasının gerektiği düşüncesindedir.¹⁹ Bununla beraber Türk idare hukukunda da kusursuz sorumluluk, esas itibarıyla idari risk (tehlike) ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkelerine dayandırılmaktadır.²⁰

2. Risk/Tehlike İlkesi

Hasar veya tehlike ilkesi de denilen risk sorumluluğu, idarenin tehlikeli bir faaliyeti yürütmesinden veya böyle bir kuruluşa sahip olmaktan dolayı kişilere verilen zararlardan sorumluluk olarak ifade edilmektedir.²¹ Başlangıçta sadece tehlikeli araç, yöntem ve faaliyetlere ilişkin olan risk ilkesi zamanla genişleyerek mesleki risk ve hatta sosyal riski de kapsamına almıştır.²² Bu sorumluluk

fedakarlığın denkleştirilmesi, adalet, kamu külfetleri karşısında eşitlik gibi kuramsal görüşlerle ilgili toplu bir açıklama için bkz. **Özgüldür**, s.84.

¹⁸ Fransız öğretisindeki kaynaklar için bkz. **Çağlayan** (2007), s.255, dp.34. ve (2017), s.655, dp.278.

¹⁹ **Gözler**, C: II, s.1164; **Çağlayan** (2007), s.255. **Düren**'e göre idarenin kusursuz sorumluluğunu "tehlike (risk) ilkesi" ve "Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi" ya da Fransız kaynaklı ifade olan ve hukukumuzda da kullanılan "kamu yükümlülükleri önünde eşitlik ilkesine" dayandırmak yeterlidir. Bkz. **Düren, Akın** (1979) İdare Hukuku Dersleri, Ankara, Sevinç Matbaası, s.311.

Bu iki ilkenin Türk İdare Hukukunda en çok uzlaşılınlar olduğu belirtilmektedir, **Özgüldür**, s.86.

²⁰ **Gözbüyük**, s.304; **Günday**, s.330; **Çağlayan** (2017), s.655; **Akyılmaz / Sezginer/ Kaya**, s.115; **Tan**, s.473; **Sancakdar** (2014), s.854 ve (2018), s.193. Kusursuz sorumluluğu bu iki ilkeye dayandıran **A. Yayla**'ya göre kamu külfetleri karşısında eşitlik ana ilke olup risk ilkesini içerir. **A.Yayla**, s.30.

Farklı bir ayırım için bkz. **Karavelioğlu**, s.253-254; **Yıldırım, Turan** (2008) İdari Yargı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.264. **Kaplan**, s.282.

²¹ **Gözbüyük/Tan**, C: II, s.686; **Atay**, s.781; **A. Yayla**, s.31-32; **Kalabalık**, s.211; **Sancakdar** (2018), s.193.

²² **Kaplan**, s.282. Sosyal risk ilkesi genellikle risk ilkesini bağlamında ele alınmakla birlikte kusursuz sorumluluğun üçüncü bir ilkesi olarak da değerlendirilebilmektedir: **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.117.

ilkesinin karakteristik özellikleri, riskin istisnai (olağanüstü ve özel)²³ ve zararın olağan dışı ağırlıkta²⁴ olmasıdır. Danıştay'a göre, "İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir."²⁵

Risk sorumluluğu, hizmet kusuruna dayanan sorumluluğu tamamlayıcı niteliktedir. Bunun anlamı, zararın hizmet kusuru veya sosyal güvenlik sisteminde ya da bir yasa hükmüyle karşılanması halinde, risk sorumluluğu ilkesine müracaat edilemeyeceği demektir.²⁶ Kusursuz sorumluluğun bir türü olarak risk sorumluluğunda kusur aranmaz. Ancak bu idarenin mutlak surette kusursuz olması gerektiği anlamına gelmemektedir. Tehlikenin bertaraf edilmesi için gerekli tedbirleri almayan idare kusurlu varsayılmakta ve kusursuzluğunu ispatlamasına imkân tanınmamaktadır.²⁷

Danıştay'a göre, tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetimi esastır. Aynı olayda hem kusur, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumluluğuna gidilmesi hukuken mümkün değildir.²⁸ Bu nedenle olayın oluşumu ve zararın niteliği dikkate alınarak önce hizmet kusuru araştırılmalı, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenmek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir.²⁹ Son zamanlara ilişkin bir karara göre; "Tam yargı davalarında,

²³ Gözübüyük/Tan, C: II, s.686; Çağlayan (2007), s.25, T. Yıldırım, s.264.

²⁴ Çağlayan (2007), s.257; T. Yıldırım, s.264.

²⁵ DİDDGK, 24.11.2011, 2007/2113, K: 2011/1468.

²⁶ Gözler, C: II, s.1169; Çağlayan (2007), s.257.

²⁷ Gözler, C: II, s.1171; Çağlayan (2007), s.258.

²⁸ Sancakdar (2014), s.861.

²⁹ Bu itibarla, idare mahkemesince, davalı idarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken hem hizmet kusuru ilkesine, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmayacağı hakkında, Danıştay 10.Daire, E:1995/53, K:1996/1913, T:10.04.1996. Bunun gibi, 10.Daire, E:1997/721, K:1999/5266, T:20.10.1999; 10.Daire, E:1996/9012, K:1997/6164, E:25.12.1997.

*öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas olduğundan, olayın oluşumu ve zararın niteliğinin irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin ya da daha ayrı bir anlayış ve amaçtan kaynaklanan sosyal risk ilkesinin uygulanıp, uygulanmayacağı belirlenmesi, tazminata hükmedilirken de herhalde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.*³⁰

Danıştay'ın risk/tehlike esasına ilişkin kararlarına gelince, yabancı olduğu sanılan bir uçağa uçaksavar toplarından atılan mermilerden biri havada patlamayarak Haliçteki bir fabrikanın üstüne düşmesi;³¹ kopan elektrik telinin murislerinin üzerine düşerek ölümüne sebebiyet vermiş olması³² örnek verilebilir. Danıştay, Doğubeyazıt ilçe merkezinde çıkan kavgaya müdahale eden polis panzerinin fren tertibatının arızalanması nedeniyle kaldırılma çıkıp bir kişiye çarparak ölümüne neden olması sonucu bu kişinin mirasçıları tarafından açılan davada, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davacıların zararının karşılanması gerektiğine hükmeden idare mahkemesi kararını hukuka uygun bularak onamıştır.³³

Danıştay illiyet bağıını geniş tuttuğu bir kararda; “*Davacılar murisinin bir kamu hizmetini yerine getirdiği sırada yaşamını yitirmesi nedeniyle idarece yürütülen hizmet sırasında öldüğü, dolayısıyla ölüm olayı ile idarece yürütülen hizmet arasında nedensellik bağı bulunduğu görülmektedir.*” denilmektedir.³⁴

Risk ilkesinin özel bir uygulanma şekli mesleki risk ilkesidir. Kamu görevlilerinin yürüttükleri hizmet sebebiyle karşılaştıkları tehlikeli durumlar sebebiyle uğradıkları zararın tazmini, mesleki risk esas kapsamında kabul edilir.³⁵

³⁰ Danıştay 15.Daire, E:2013/4226, K:2016/2798, T:22.4.2016, nakleden bkz. **Şaşmaz**, s.222. Bu çerçevede Danıştay'ın ilk derece mahkemesi öncelikle idarenin kusuru olup olmadığını tespit etmeksizin verdiği iptal kararı olarak bkz. Danıştay 15.Daire, E:2013/4524, K: 2016/3302, T:9.5.2016, nakleden **Şaşmaz**, s.222.

³¹ Danıştay 6. Daire, E:1950/1631, K:1952/84, T:17.1.1952.

³² Danıştay 12. Daire, E:1969/1430, K:1973/609, T:28.2.1973.

³³ 10. Dairesi, E:1999/3888, K:2001/2484, E:19.6.2001.

³⁴ Danıştay 15.Daire, E:2012/189, K: 2012/7048, T:18.10.2012, nakleden **Şaşmaz**, s.223.

³⁵ **Gözler**, C.II, s.1194; **Atay**, s.764; **Kaplan**, s.283. Mesleki riskin tehlike ilkesinin meslek kazalarına uygulanması olduğu hakkında, **Sancakdar** (2018), s.194. İdarenin, çalıştırdığı kişile-

Danıştay, bomba imha uzmanı olarak görev yapan polis memurunun, imha etmek için getirilen bombanın patlaması sonucu ölümü olayında, zararın hizmet kusuru ilkesine göre değil, kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmininin gerektiğine karar vermiştir.³⁶

3. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik ilkesi

İdarenin yürüttüğü hizmet ve faaliyetlerden dolayı, bazen kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulması mümkündür. İdarenin kamu yararı düşüncesi ile girdiği hizmet ve faaliyetin belli kişi ya da kişileri külfet altına sokması halinde, idarenin kusuru olmasa dahi bunların uğradığı zararın tüm topluma yayılması ve fedâkârlığın denkleştirilmesi gerekir.³⁷

Genel kabul, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin diğer sorumluluk esaslarını tamamlayıcı mahiyette olduğu yönündedir. Dolayısıyla, önce hizmet kusuruna, yoksa idari risk ilkesine müracaat edilmeli,³⁸ bunlar bulunmadığı takdirde zararın kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre tazmininin gerekip gerekmediğine bakılmalıdır. Keza, eşitlik ilkesi kamu düzeninden olduğundan her aşamada resen dikkate alınmak durumundadır.³⁹ Bu ilkenin diğer bir özelliği, zararın risk ve kazadan kaynaklanmayıp arızı değil daimi nitelik taşıması, yani daha önce öngörülebilir ve faaliyetin doğal sonucu olmasıdır.⁴⁰ Kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluğun varlığı için, zararın özel nitelikte ve anormal (belli bir ağırlıkta) olması şarttır.⁴¹

Marmaray projesi kapsamında inşaat çalışmaları sebebiyle cadde üzerinde bulunan işyerinin zarara uğradığı gerekçesiyle açılan davada Danıştay

rin yürütülen faaliyetten bir zarara uğraması halinde kusursuz sorumluluğunun ve bu kapsamda mesleki risk teorisinin kabul ettiği ilk karar, 1885 tarihli *Cames* kararıdır. Bu olayda bir tersanede demir döverken kopan parçanın isabet ettiği eli sakat kalan *Cames* adlı işçinin zararının, idarenin kusuru bulunmasa da tazmininin gerektiğine karar verilmiştir.

³⁶ Danıştay 10. Daire, E: 1996/3996, K:1997/2544, T:23.06.1997 .

³⁷ **Gözübüyük**, s.305; **Günday**, s.333; **Atay**, s.775; **Kalabalık**, s.214; **Kaplan**, s.287 vd.; **Sancakdar** (2018), s.194-195.

³⁸ **Atay**, s.775; **Çağlayan** (2017), s.670. Aksi görüşe göre, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi tamamlayıcı değil, daha çok uygulanan ana ilkedir. **A.Yayla**, s.64.

³⁹ **Gözler**, C: II, s.1243; **Çağlayan** (2007), s.344-345

⁴⁰ **Gözler**, C: II, s.1143; **Özgüldür**, s.60.

⁴¹ **Gözler**, C: II, s.1244; **Candan**, s.191; **Atay**, s.721; **Çağlayan** (2007), s.346, **Düren**, s.313; **Kaplan**, s.288. Bu yönde, Danıştay 10.Daire, E2008/188, K:2012/934, T:16.3.2012; Danıştay 10.Daire, E: 2012/4517, K:2015/3682, T:9.9.2015, nakleden **Şaşmaz**, s.222

özel ve olağan dışı maddi zarar bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Danıştay'a göre, "Kamu hizmetinin yürütülmesinin neden ve etkisinden kaynaklanan bir zararın doğmaması için idarece her türlü tedbir alınmasına rağmen, hizmetin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan, hizmetten yararlananlar yönünden genel ve olağan nitelikteki bir külfetten kaynaklanan zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanmasına olanak bulunmamaktadır. Kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bir zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanabilmesi için, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu külfeti olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağandışı bir niteliğe dönüşmüş olması gerekir."⁴²

4. Sosyal Risk İlkesi

İdari risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin yanı sıra, zamanla savaş, terör ve toplumsal kargaşa doğuran kitle hareketleri gibi olgulardan kaynaklanan ve bunda dahli olmayan kişilere verdiği zararların da tazmininin gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır. Sosyal risk denen bu sorumluluk ilkesinin en önemli ve ayırt edici özelliği zarar ile idari faaliyet arasında illiyet bağının aranmamasıdır.⁴³ Zira, zarar idarenin faaliyetinden değil, ona tamamen yabancı olan kişilerin eylemlerinden kaynaklanmaktadır.⁴⁴ İdarenin sorumluluğu, zarar idarenin önlemesi gerektiği halde önleyememesinden yahut daha büyük zararların oluşmasına engel olmak için önlemekten çekinmesinden kaynaklanmaktadır. Zarar, bir arada yaşamanın kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.⁴⁵

⁴² Danıştay 10.Daire, E: 2008/188, K: 2012/934, T:16.03.2012, **Bucaktepe**, s.101

⁴³ Danıştay'a göre, zarar ile idari faaliyet arasında illiyet bağı kurulamadığı hallerde sosyal risk ilkesi uygulanamayacağından, öncelikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk esasına göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin tespiti gerekir. Danıştay 15. Daire, E: 2012/189, K:2012/7048, T:18.10.2012; 10. Daire, E: 2012/3275, K:2015/4623, T:26.10.2015.

⁴⁴ **Azrak, Ali Ülkü** (1990) 'İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu' Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler – III Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul, s.136-137; **Akyılmaz, Bahtiyar** (2005) 'Sosyal Risk ve Uygulama Alanı' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:IX, S:1-2, 2005, s.186; **Özgüldür**, s.89 vd.; **Esin**, s.155; **Çağlayan** (2007), s.304 vd.; **Onar**, C:III.,s.1744; **Atay**, s.765; **Kalabalık**, s.213; **Kaplan**, s.284; **Çoban, Ayşegül** (2003) 'Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:1-2, s.333.

⁴⁵ **Akyılmaz**, "Sosyal Risk ve Uygulama Alanı", s.189; **Çağlayan** (2007), s.305-306; **Çıtak, Halim Alperen** (2014) İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Ankara, Adalet Yayınevi, s.59.

Fransa'da sosyal olaylardan dolayı devletin sorumluluğu özel kanunlarla düzenlenmiştir.⁴⁶ Türk hukukunda sosyal risk sorumluluğuna ilişkin genel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.⁴⁷ Bununla beraber Türk idare hukuku öğretisinde, genellikle bu zararların sosyal risk ilkesine göre tazmin edilebileceği kabul edilmektedir.⁴⁸

Danıştay içtihadı terör ve kitle olaylarından dolayı uğranılan zararlarla idarenin faaliyet arasında illiyet bağı kurulamasa da zaman zaman hatalı hukuki nitelermeler yapılmış olsa da⁴⁹ idarenin sosyal risk ilkesine göre sorumlu tutulabileceği yönünde olmuştur. Doktrinde bu içtihada katılanlar olduğu gibi,⁵⁰ gerek illiyet bağı gerek kanuna dayanma noktasında karşı çıkanlar⁵¹ da olmuştur. Bazı yazarların ise Danıştay içtihadını isabetli, fakat yetersiz bulduğu, dolayısıyla kapsamının genişletilmesinin gerektiğini savunduğu görülmektedir.⁵²

Danıştay kitle hareketlerinden dolayı idarenin bazen kusur veya kusursuz sorumluluğuna, bazen de sorumsuzluğuna karar vermektedir.⁵³ Yüksek mahkeme, vuku bulması beklenmemekle birlikte, somutuna bakıldığında ön-görülmesi veya önlenmesi mümkün sosyal olaylarda idarenin tedbir almamasını hizmet kusuru olarak kabul etmiştir.⁵⁴ Terör eylemleri ile ilgili olarak ise,

⁴⁶ Fransa'da kitle hareketleri sebebiyle uğranılan zararın tazmini için 1983 tarihli kanun çıkarılmıştır. Ayrıca terörist eylemlerden doğan zararların tazmini için yine yasayla 1986 tarihli ve 86-1020 sayılı Fon kurulmuştur. Bu Kanunlar hakkında bkz. **Gözler**, C.II, s.1213 vd.; **Çağlayan** (2007), s.307; **Çıtak**, s.109 vd., 122.

⁴⁷ Türkiye'de 3634, 2330, 2629, 6684 (1656 tarihli) ile 3338 (1992 tarihli) yasalar mevcut ise de, bunlar ya kamu görevlilerine yönelik, ya da belli bir olay ve yer için yapılmış özel düzenlemelerdir. Nitekim bunlar mesleki risk çerçevesinde ele alınmaktadır (**Atay**, s.565). Bununla beraber 2004 tarih ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun'la terörden doğan zararlarla ilgili genel bir düzenleme yapılmış bulunmaktadır.

⁴⁸ **Azrak**, Sosyal Risk, s.136 vd.; **Esin**, s.155; **Onar**, C: III, s.1744; **Özgüldür**, s.89; **Atay**, s.765; **Yaşar, Hasan Nuri** (2008) 'İdarenin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXVI, S:1, 2008, s.591-592.

⁴⁹ Bu konudaki örnekler için **Gözler**, C: II, s. 1215 vd.; **Çağlayan** (2007), s.319; **Yıldız**, s.158 vd.

⁵⁰ **Azrak**, Sosyal Risk, s.141 ve 145; **Esin**, s.155, 213, 246; **Onar**, C:III, s.1744.

⁵¹ Farklı gerekçelerle, **Gözler**, C:II, s.1219, 1228 vd; **Günday**, s.782. İçtihadın Anayasa aykırı olduğu görüşünde, **Akyılmaz**, Sosyal Risk İlkesi, s.188.

⁵² **Atay/Odabaşı/Gökcan**, s.108; **Atay**, s.746-747; s.218. Danıştay içtihadına yönelik tartışmalar ve içtihadın muhtemel saik ve sebepleri için bkz. **Yıldız**, s.168-177.

⁵³ **Gözler**, C: II, s.1215; **Özgüldür**, s.92; **Armağan** s.165; **Çağlayan** (2007), s.312.

⁵⁴ Örneğin, Danıştay, Sivas'taki Madımak Otel'i'nin yakılması (10. Daire, E:1995/8705 K:1996/5757, T:2.10.1996, nakleden **Bal/Şahin/Karabulut**, s. 29-30), Kadıköy meydanındaki gösteride işyerinin hasara uğraması (10. Daire, E:1999/3194, K:2001/2174, T:7.6.2001, nakleden **Bal/Şahin/Karabulut**, s. 29-30), 1996 yılı 1 Mayıs kutlamalarında çıkan arbede (10. Da-

Danıştay'ın 1990'dan sonra sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz da olsa tazmin sorumluluğunun bulunduğu hükmetmeye başladığı belirtilmektedir.⁵⁵ Bununla birlikte, bazı kararlara işaretler,⁵⁶ terör eylemlerinden ve diğer toplumsal olaylardan kaynaklanan zararlarda Danıştay'ın idarenin sorumluluğunu kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayandırdığı değerlendirilmesi yapılmaktadır.⁵⁷

2004 yılında 5233 sayılı Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması

Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle,⁵⁸ sosyal risk içtihadî bir sorumluluk ilkesi olarak görülmekten çok, klasik sorumluluk esasları çerçevesinde uygulanmaya başlanmıştır.⁵⁹ Bu sebeple sosyal risk ilkesinin tarihe karıştığı yorumu dahi yapılmıştır.⁶⁰ Danıştay'ın da yerel mahkemenin sosyal risk ilkesine dayanarak tazminata hükmettiği durumlarda, daha çok hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluğa dayanılması gerektiği gerekçesiyle kararları onadığı

ire, E:1999/1648, K:2000/5119, T:11.10.2000, nakleden **Bal/Şahin/Karabulut**, s.38) olaylarında hizmet kusurundan dolayı tazminata hükmetmiştir. Ayrıca bkz. Danıştay 12. Daire, E:1968/137, K:1968/1526, T:29.6.1968; 12. Daire, E:1968/233, K:1969/1770, T:10.11.1969; 12. Daire, E:1968/1045, K:1970/91, T.20.1.1970, Kararlar için bkz. **Esin**, s.60-64.

⁵⁵ **Gözler**, C:II, s.1223 vd.; **Akılmaz**, Sosyal Risk İlkesi, s.195; **Çağlayan** (2007), s. 321 vd.; **Çıtak**, s.59, 65, 80. Danıştay'ın idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmettiği 1990'dan sonraki uyuşmazlıklara örnekler: 10.Daire, E1992/3372, K.1993/3777, T:13.10.1993, DD, S.89, s.582; 10.Daire, E: 1994/1682, 1995/4526, T:9.9.1995, DD, S.91, s.1137; 10.Daire, E: 566/5746, T:16.11.1995, DD., S.91, s.1135; 10.Daire, E: 1995/1102, K:1996/5774, T:4.10.1996, DD, S.53,s.530; 10.Daire, E: 9012/6164, T:25.12.1997, DD, S.96 s.617; 10.Daire, E: 1996/10146, K:1998/1091, T:20.12.1998, DD, S.98, s.573; 10.Daire, E:1996/9677-1998/4696, T:1.10.1998, **Bal/Şahin/Karabulut**, s.577-578; 10.Daire, E:1999/2162, K.2000/5120, T.11.10.2000, **Yaman**, s.727-728; 10.Daire, E:2001/ 855, K:2001/4236, T:3.12.2001, **Atay/Odabaşı/Gökcan**, s.514-515; DİDDK, E:2003/57, 2005/237, T.14.4.2005, **Yaman**, s.715-716. Başka kararlar için bkz. Yıldız, s.163-168

⁵⁶ Bu doğrultuda, Danıştay 12.Daire, 31.12.1970, E.1970/1806,1971/7282, **Esin**, s.158 vd.; 10. Daire, E:1994/1682, K:1995/4256, T:9.10.1995; 10. Daire, E.1995/566, K:1995/5746, T:16.11.1995; 10. Daire, E:1996/9012, K:1997/6164, T: 25.12.1997; 10. Daire, E:1999/2162, K:2000/5120, T:11.10.2000, Bu ve benzeri kararlar için bkz. **A.Yayla**, s.81, dp.231

⁵⁷ **A. Yayla**, s.81, 82, 83 vd.

⁵⁸ 5233 sayılı Kanunun kapsamı ve uygulaması hakkında geniş bilgi için bkz. **Çıtak**, 136-152; **Kaplan**, s.285-287; **Sancakdar** (2018), s.195-197; **Gözler**, C.II, s.1240-1241.

⁵⁹ Doktrinde, yasal düzenleme sonrası Danıştay'ın sosyal risk yaklaşımını neredeyse tamamen terk ettiği ve klasik sorumluluk anlayışının "güvenli çizgilerinin gerisine çekildiği" belirtilmektedir. **Çıtak**, s.559, s.150-151

⁶⁰ **Köksal, Mustafa** (2010) 'Sosyal Risk İlkesi Tarih mi Oluyor?' Terazi Hukuk Dergisi, Y.5, S: 42, s. 100, 105.

görülmektedir.⁶¹ Bununla beraber, zararların 2004 sayılı Kanuna göre tazmin edilemediği hallerde, terörden başka sosyal olayları da kapsamı sebebiyle içtihadi bir sorumluluk esası olarak sosyal risk ilkesine başvurulabileceği kabul edilmelidir.⁶² Nitekim 2003 yılında İstanbul İngiltere konsolosluğu önünde bomba patlatılması sonucu uğranılan kayıpların sosyal risk ilkesi uyarınca tazmini için açılan davada, idare mahkemesi maddi ve manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Kararın, 5233 sayılı Kanunda sadece maddi tazminat öngörüldüğü ve diğer gerekçelerle temyizi üzerine, Danıştay 10. Dairesi “*anılan Yasanın uygulama alanının yalnızca terör nedeniyle ‘sosyal risk ilkesi’ uyarınca tazmini mümkün olan uyuşmazlıklarla sınırlı bulunduğu, bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra yargısal içtihat yoluyla sosyal risk ilkesinin uygulanmasının mümkün olmadığı*”nı, ancak davacı idarelerin hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluğunun araştırılmasının gerektiğini belirterek kararı bozmuştur. İdare mahkemesinin bozma kararına karşı direnmesi üzerine uyuşmazlığı inceleyen DİDDK, “*İdarenin kusura dayalı ya da kusursuz sorumluluğu yanında, Anayasanın öngördüğü sosyal hukuk devleti anlayışına uygun olarak ve bu temel üzerinden, kollektif sorumluluk anlayışı çerçevesinde bilimsel ve yargısal içtihatlar ile geliştirilen sosyal risk ilkesi*” gereğince terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde idarece önleyemeyen zararların topluma pay edilmesi suretiyle tazmininin hakkaniyet gereği olduğu gibi sosyal devlet ilkesine de uygun düşeceğini belirterek, maddi zararların yanında 5233 sayılı Kanun uyarınca karşılanmayan manevi zararların da tazminin gerektiği gerekçesiyle idare mahkemesinin ısrar kararını oyçokluğuyla onamıştır.⁶³

⁶¹ Danıştay 10.Daire, E:1999/5543, K:2001/4030, T:21.11.2001; 10.Daire, E:2006/7309, K:2009/4696, T:22.5.2009; 10.Daire, 29.1.2007, E:20004/7285, K:2007/1223, DD, S.115, S.332, bu ve benzeri diğer kararlar için bkz. **Çıtak**, s.150-151, dp.133; **Köksal**, s.102-103.

⁶² Bu görüşte, **Çıtak**, s.151-152.

⁶³ DİDDK, E:2015/2933, K:2016/32610, T:18.2.2016, Legal Hukuk Bankası. Aynı yönde bkz. Danıştay 15. Daire, E:2014/6162, K:2014/9484, T:11.12.2014, **Çağlayan** (2017), s.667-668; Danıştay 15. Daire, E:2017/1296, K:2017/5420, T:11.10.2017, Legal Hukuk Bankası. Sosyal risk ilkesinin, terör olaylarına ilişkin olarak 5233 sayılı Kanunla kanunlaşması karşısında, sosyal risk ilkesine dayalı maddi tazminat istemlerinin bu Kanun çerçevesinde karara bağlanması gerektiği; bununla beraber 5233 sayılı Kanun, sosyal risk ilkesi dışında, nedensellik bağına dayalı, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk sebepleri nedeniyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesine göre tam yargı davası açılmasına engel oluşturmadığı hakkında, Danıştay, 15.Daire, E: 2016/100067, K:2017/1422, T: 29.3.2017, Legal hukuk bankası.

Danıştay'ın yasal düzenlemelerin hemen öncesinde ve sonrasındaki bazı kararlarında, patlayıcı maddelerin infilakından kaynaklanan zararlardan dolayı idareyi sorumlu tutarken sosyal risk ilkesi yerine hizmet kusurunu kabul ettiği görülmektedir.⁶⁴ Bir çocuğun karakol önündeki mevziin güvenliği için döşenen mayına basması sonucu sakatlandığı olayda ise, zararın sosyal risk esasına göre tazminine karar veren idare mahkemesi kararını temyizden inceleyen Danıştay, idarenin hizmet kusurunun söz konusu olmadığı gibi illiyet bağı bulunduğundan sosyal riskten söz edilemeyeceğini, idarenin kusursuz sorumluluğu gereği tazminat ödenmesi gerektiğini belirterek farklı gerekçeyle kararı onamıştır.⁶⁵

Sosyal riski hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk türü kabul edenler olduğu gibi, bu gibi hallerde kusurun hiç tartışılmaması gerektiğini ya da aslında idarenin hiçbir sorumluluğu bulunmadığını savunanlar da vardır.⁶⁶ Toplumsal olaylardan doğan zararların kusursuz sorumluluk esasına göre idarece tazmininin ağır bir yük teşkil edeceği düşünülüyorsa en azından kusur karinesi esasının benimsenmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁷ Sosyal riski, toplumsal tehlikelilik olarak ele alan YAYLA, illiyet bağı olmamasına karşılık ortada bireysel ve olağan dışı zararın bulunması ikileminin “hakkaniyet ölçüsünde” idareyi kusursuz sorumlu tutmakla giderilebileceğini savunmaktadır.⁶⁸ Doktrinde sosyal risk hallerinde idarenin hizmet kusurunun karine derecesinde mevcut olduğu gibi, hizmet kusurunun uygulamada giderek anonim ve nesnel bir içerik

⁶⁴ Askeri tesisleri yakın arazide bulunan roketatar mermisinin infilakı (Danıştay 10. Daire, E: 2005/8677, K:2006/5734, T:15.10.2007) ve çöp kutusuna konulan bombanın patlaması sonucu (Danıştay 10.Daire, E:, 1999/5543, K:2001/4030,T:21.11.2001) verilen zararlarda, sosyal risk ilkesine dayanan idare mahkemesinin kararı, sosyal riskin değil hizmet kusurunun esas alınması gerektiği şeklindeki farklı gerekçeyle onanmıştır. Bu doğrultuda, Danıştay 10.Daire, E: 2006/7309, K:2009/4696, T:22.5.2009; Danıştay 10.Daire, E: 2006/2008, K:2009/2238, T:25.3.2009, (Kararlar için bkz. **Köksal**, s.100-103).

⁶⁵ Dnş 10.Daire, E: 2001/4795, K:2003/696, T:25.2.2003, **T. Yıldırım**, s.264-266. **Akyılmaz** bu kararı, “Danıştay’ın eylem ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmamasına rağmen, idarenin dışındaki kişilerin, nesnelere ya da vakıaların sebep olduğu zararlardan idarenin sorumlu olabileceğini düşünmesi, idari sorumluluğun ‘tek yasal dayanağı’ olarak nitelendirilen Anayasa 125. Madde hükmüne aykırıdır. Başka bir ifadeyle yasal dayanaktan yoksundur. Sosyal riski, başkalarının eylemlerinden doğan zararlardan dolayı idarenin kusursuz sorumluluğu olarak tanımlayan anlayış burada ‘zarara neden olan eylem ya da işlem, idarenin eylemi ya da işlemi değilse, neden idare sorumludur?’ sorusuna tatmin edici cevap verememektedir.” şeklinde eleştirmektedir. **Akyılmaz**, Sosyal Risk ve Uygulama Alanı, s.184.

⁶⁶ Bu tartışmalar ve görüş sahipleri için bkz. **Çoban**, s.333.

⁶⁷ **Duran**, s.43.

⁶⁸ **Yayla** (2009), s.369.

kazanarak illiyet bağının genişlediği ve esasen bu zararların neredeyse tamamının aslında idarenin hizmet kusurunu da kapsadığı; bu itibarla, sosyal riskin teorik olarak da kusur sorumluluğunun özel bir türü sayılabileceği ifade edilmektedir.⁶⁹ Dolayısıyla önce asli sorumluluk sebebi olan hizmet kusuruna başvurulmalı, idarenin kusuru yoksa kusursuz sorumluluk esası uygulanmalıdır.⁷⁰

Danıştay'ın davacıların yakınının arpa-buğday ekili tarlasındaki hasadı kaldırmak amacıyla tarlasına doğru kamyonla seyrettiği sırada, yola döşenen mayına çarpması sonucu hayatını kaybettiği olayda, zararın sosyal risk ilkesince tazminine karar veren idare mahkemesi kararını farklı gerekçelerle kısmen onadığı görülmektedir. Danıştay'a göre, bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen sosyal risk ilkesi ile, toplumun içinde bulunduğu şartlardan koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağan dışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır. Bu sebeple, insanların sürekli kullandıkları ve yerleşim yerine yakın bulunan bir alanda patlamamış mayının bulunması, davalı idarenin sunduğu güvenlik hizmetinin gereği gibi yürütülmediğini gösterdiğinden, olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu itibarla, hükmedilen tazminatın, hizmet kusuru ilkesi uyarınca davacılar için ödenmesine karar verilmesi gerekir. Sosyal risk ilkesi uyarınca tazminata hükmedilen kararda sonucu itibarıyla eşe eksik maddi tazminat ödenmesi dışında hukuki isabetsizlik görülmemiştir.⁷¹

II.KUSURSUZ SORUMLULUĞU KALDIRAN VEYA AZALTAN HAL VE SEBEPLER VE DANIŞTAY UYGULAMASI

Bazı olgu ve olaylar idarenin kusursuz sorumluluğunu etkileyerek tamamen kalkmasına veya azalmasına yol açabilir. Bu haller, mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı olarak ifade edilmektedir. Bu haller mahiyeti gereği sorumluluğunu doğuran şartlarla yakın ilişki içindedirler.

⁶⁹ Çıtak, s.117-119.

⁷⁰ Bu görüş, Danıştay'ın sosyal risk uygulamasında illiyet bağı aramasının yanlışlığı fikrinden ve illiyet bağının sosyal riski de kapsayacak şekilde genişletilmesi gereğinden hareket etmektedir. Çıtak, s.65-66, 80

⁷¹ Danıştay 10.Daire, E: 2009/10803, K:2012/5504, T:7.11.2012 (Karar yayımlanmamıştır).

Öğretide idarenin sorumluluğunu etkilen durumlar anlatılırken sorumluluk şartlarının (yani bir zarar ve illiyet bağı bulunması, idare hukukuna özgü tazmin sebeplerinin bulunmaması) da konu kapsamına dahil edildiği görülmektedir.⁷² Çağlayan'ın da belirttiği gibi,⁷³ bunlar sorumluluk için bulunması gereken olumlu/kurucu şartlar olduğundan sorumluluğu kaldıran ve azaltan sebepler arasında saymak gereksizdir. Bir başka görüşe göre, idare ile illiyet bağı kurulabilen bazı olayları ifade eden ve illiyet bağı kapsamında ele alınması gereken beklenmeyen hal idarenin kusursuz sorumluluğunu etkilemez. Bu sebeple kusursuz sorumluluğu etkileyen haller dışında tutulmalıdır.⁷⁴

A. MÜCBİR SEBEP

Mücbir (zorlayıcı) sebep, idarenin iradesi dışında oluşan, öngörülemez ve karşı konulamaz olaylardır.⁷⁵ Danıştay'ın tanımı da aynı şekildedir: Mücbir sebep; “kökeni, doğal, sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan, fail tarafından önlenme olanağı bulunmayan, önceden takdir ve tahmin edilemeyen olaylardır.”⁷⁶ Buna göre, deprem, sel, yıldırım, fırtına, bora, heyelan, çığ, aşırı kar yağışı gibi doğal afet olarak nitelenen doğal olaylar; harp, ihtilal, ekonomik abluka, yağma gibi sosyal olaylar ve nihayet devlet tarafından konulan beklenmedik hukuki yasaklar birer mücbir sebep oluşturur.⁷⁷

Mücbir sebebin tanımından ve verilen örneklerden hareketle unsurlarını; a) öngörülemezlik, b) önlenemezlik ve c) dışsallık olarak belirleyebiliriz.⁷⁸

⁷² Örneğin bkz. **Karavelioğlu**, s.281 vd.

⁷³ **Çağlayan** (2007), s.176, dp.414.

⁷⁴ **Yayla, Ahmet** (2015) İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, s.156.

⁷⁵ Bu ve benzer tanımlar için bkz. **Onar**, C:III, s.1719; **Gözübüyük**, s.322; **Günday**, s.384; **Gözler**, C:II, s.1329; **Özgüldür**, s.141; **Çağlayan** (2007), s.180-181; **Çağlayan** (2017), s.690; **Atay**, s.778; **Armağan**, s.249; **Sancakdar** (2014), s.862 ve (2018), s.199; **Tan**; s.485; **Evren, Çınar Can** (2010) ‘İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep,’ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XIV, S:1, s.272-274; **Bucaktepe, Adil** (2013) ‘Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu,’ Dicle Üniversitesi HFD, C: 17-18, S: 26-29, s.93-122, Diyarbakır, s.102-103; **Çıtak**, s.81; **Aydın**, s.149.

⁷⁶ DİDDK, E:2008/1, K:2009/3108, T:17.12.2009. Bunun gibi, 12. Daire E.1972/2721, K.1975/1343, 18.6.1975, AİD, C:8, S.3, s.213.

⁷⁷ **Onar**, C: III, s.1719; **Çağlayan** (2017), s.691; **Kalabalık**, S.220-221; **Sancakdar**, s.862; **Yayla**, s.370-371

⁷⁸ Yukarıda belirtilen 18.6.1975 tarihli Danıştay kararında mücbir sebep kavramının başlıca “kusursuzluk”, “sezilemezlik”, “karşikonulamazlık” ve “gerçeklik” şeklinde ifade edilmektedir. Burada olayın kökeni kavramı kullanılmakla beraber doktrinde uzlaşılan dışsallık unsuruna

Öngörülemezlik (sezilememek), olayın önceden tahmin edilememesi, en azından sonuçlarının baştan kestirilememesi demektir.⁷⁹ Bir olayın öngörülemezliğinin tespiti sıklığına,⁸⁰ yerinin ve zamanının önceden belirlenebilirliğine, yoğunluk ve süresine⁸¹ göre tespit edilir. Geçmişte Danıştay kararlarında öngörülemez mahiyette kabul edilen yağış, sel baskını, aşırı sıcak gibi afetler bugünkü teknoloji karşısında artık belli ölçüde öngörülebilir hale gelmiştir.⁸² Bundan dolayı da, dolayısıyla öngörülemez unsurunun uygulama alanı giderek daralmakta, bu paralel de idarenin sorumluluğunun kapsamı genişlemektedir.⁸³

Danıştay'a göre daha önce vuku bulmuş ve tekrarlanmış olay mücbir sebep teşkil etmemektedir. Mahkeme, beş yıl önce de aynı yolun heyelan sebebiyle çöktüğünün tespit edildiği bir olayda, idarenin hizmet kusuru bulunduğuna karar vermiştir.⁸⁴ Danıştay, öngörülebilirlikle beraber yer ve zamanı belirlenebilir olmaktan uzak, fakat gerekli tüm tedbirlerin alındığı durumlarda, idarenin sorumlu tutulamayacağını kararlaştırmıştır.⁸⁵ Danıştay, mücbir sebebin tespiti

açıkça yer verilmemiştir. Keza, mantıken “gerçeklik” şartının ve doğası gereği “kusursuzluk” halinin mücbir sebebin bir unsuru olarak belirtilmesinin yersiz olduğu ileri sürülmektedir, **Yıldızhan Yayla**, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler, III. Sempozyumu, İstanbul 1980, s.49; aynı şekilde **Çağlayan** (2007), s.181. Buna karşılık başka bir ayırmada, “öngörülemezlik” ve “önlenebilirlik/kaçınılmazlık” asli unsurlar, “dışsallık” ise tâli ve yan unsur olarak gösterilmiştir, **Oytan, Muammer** (1999) Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışında Gelişmeler, Ankara, s.10-11; aynı yönde **Atay/Odabaşı/Gökcan**, s.176; **Atay**, s.755. Geniş bilgi için bkz. **Evren**, s.282 vd.

⁷⁹ **Yayla**, Mücbir sebep, s.50; **Atay**, s.756; **Evren**, s.283.

⁸⁰ **Armağan**, s.250. Fransız Danıştay'ı daha önce de sık sık kaya düşmesinden dolayı kaza vukuu (6.7.1973, **Yayla**, Mücbir Sebep, s.51), 1917'den bu yana üç kez çığ düşmesine rağmen yapı ruhsatı verilmesi (14.3.1986, **Çağlayan** (2007), s.184, dp.439), 1935'ten sonra 1959 yılında tekrarlayan sağanak yağışı hallerini mücbir sebep olarak kabul etmemiştir. Buna karşılık, yarıyılında bir kez meydana genel sel baskınına mücbir sebep saymıştır. (14.2.1986, **Çağlayan** (2007), s.184, dp.441.

⁸¹ **Armağan**, s.251. Fransız Danıştay'ı olağanüstü ve istisnai şiddetteki ve süreli yağışları mücbir sebep kabul etmiştir. (29.6.1963, 23.1.1981 ve 27.7.1988 tarihli kararlar, **Çağlayan** (2007), s.105, dp.447 ve 448.

⁸² **Aydın**, s.151.

⁸³ **Kalabalık**, s.221.

⁸⁴ Danıştay 12.Daire E.1965/44, K:1971/261, T:31.1.1968, **Esin**, s.95-96.

⁸⁵ Heyelan sebebiyle tüm tedbirlerin alındığı ve uyarıların yapıldığı hallerde, buna rağmen yolu kullanan kişinin evden taş düşmesinden dolayı uğradığı zarardan idarenin sorumlu tutulamayacağına dair, 12.Daire, E: 1568/692, K:1971/261, T:3.2.1971, **Esin**, s.243-244.

tinde olayın yoğunluk ve süresini de dikkate almaktadır. Örneğin, bölgede birkaç asırdır rastlanmayan şiddet ve miktarda gerçekleşen yağışlar mücbir bir sebep kabul etmiştir.⁸⁶ Buna karşılık mevsim normallerinin üstünde olmayan yağışların mücbir sebep sayılamayacağına karar verilmiştir.⁸⁷

Bir olayın mücbir sebep teşkili için gerekli şartlardan karşı konulamazlık/önlenemezlik, idarenin yükselen standartları çerçevesinde mevcut güç ve imkânlarıyla olayın meydana gelmesini engelleyememesini ifade eder.⁸⁸ Önlenemezlik unsurunun tespitinde, idarenin bilimsel ve teknolojik imkânlarına göre idari faaliyetin yerinin seçimi, uyarı ve düzenlemelerin yapılması, etkin tesis, araç ve gereçler kullanılması gibi hususlar göz önünde tutulmaktadır.⁸⁹ Daha önce vuku bulan ve tekrarlanan olayların öngörülemediğinden bahsedilemeyeceği gibi, bunlarla ilgili tedbirlerin alınmaması halinde önlenemezlikten de bahsedilemeyeceğinden, her iki unsurun iç içe geçtiği belirtilmektedir.⁹⁰ Günümüzde bilimsel ve teknolojik seviye, gereken tedbirleri almak konusunda üzerine düşen ödevleri yapmayan idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır.⁹¹ Danıştay'a göre, davalı idare tarafından aşırı yağış olayının gerçekleştiği "... tarihte bölgede yağış olduğu kabul edilmekte ve kanalizasyon şebekesinin bakımının zamanında yapılarak yağmur sularına karşı önlemler alınmış olduğu beyanından başka, zararın idarenin yürüttüğü hizmetin dışında başka bir sebeple gerçekleştiğini ortaya koyacak bir tespit (bulunulmaması) karşısında uyumsuzluk konusu olayda hukuken geçerli delil niteliği taşıdığı anlaşılan ekspertiz raporu dikkate alınmak suretiyle oluşan zarar ile idarenin yürüttüğü hizmet arasında nedensellik bağının var olduğu kabul edilerek tazminata hükmedilmesi gerekmektedir".⁹²

⁸⁶ 12.Daire, E: 1969/774, K:1968/153, T:20.11.1968, **Esin**, s.82-83.

⁸⁷ Danıştay 12.Daire, E.1967/2437, K:1971/876, 6.4.1971, **Esin**, s.240; 12.Daire, E: E.1969/2033, K.1972/1013, T:1.4.1971, **Esin**, s.241; 12.Daire, E: 1967/1054, K:1968/353, T:21.2.1968, **Esin**, s.239; 10.Daire, E: 1138/6177, T: 18.11.1999; 10.Daire, 1087/1322, T:11.4.2001, **Atay/Odabaşı/Gökcan**, s.272; 10.Daire, E: T:14.2.2001, 4691/522, kararlar için bkz. **Atay/Odabaşı/Gökcan**, s. 272 vd.

⁸⁸ **Yayla**, Mücbir Sebep, s.55; **Atay**, s.779; **Çağlayan** (2007), s.186; **Özgüldür**, s.142; **Armağan**, s.253; **Evren**, s.286.

⁸⁹ Geniş bilgi için bkz. **Yayla**, Mücbir Sebep, s.55-56; **Çağlayan** (2007), s.186 vd.; **Yayla**, s.369-370.

⁹⁰ **Atay/Odabaşı/Gökcan**, s.178; **Atay**, s.779; **Yayla**, s.370.

⁹¹ Fransız Danıştayı, şiddetli yağmurların yıktığı barajın sağlam inşa edilmemiş olması [28.5.1971, Barrge de Malpasset kararı, **Çağlayan** (2007), s.187, dp.461] halinde mücbir sebebin söz konusu olamayacağına karar vermiştir.

⁹² Danıştay 8.Daire, E: 2011/2237, K:2011/2623, T:11.05.2011.

Bu bağlamda, esasen bir mücbir sebep sayılan depreme⁹³ karşı yer seçiminde, binanın inşasında ve denetiminde idarenin üzerine düşen ödev ve yükümleri tam olarak yerine getirmemesi halinde, artık öngörülemezlikten bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir. Zararın artmasına sebep olduğu tespit edildiği takdirde idare kusur sorumluluğu esasına göre sorumlu tutulabilir.⁹⁴

Danıştay, 1992 Erzincan depreminde oturduğu kamu konutunun yıkılmasından dolayı tüm ev eşyası ve özel otomobili zarar gören davacının açtığı davada, nihai olarak binanın yerinin uygun şekilde seçilmemiş olduğunun birlikteliği raporu ile tespit edilmesi karşısında idarenin kusurlu olduğuna karar vermiştir.⁹⁵

Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için idarenin iradesi ve faaliyetlerinin dışında vuku bulması gerekir. Yukarıda anılan Danıştay kararında da belirtildiği gibi, mücbir sebebin varlığı için olayın kökeni failin dışında gerçekleşmelidir. Aksi takdirde, yani olayın kökeni idarenin faaliyeti içinde ise beklenmeyen/umulmayan hâl söz konusu olabilir.⁹⁶

Danıştay ruhsatsız bir binanın heyelan yüzünden hasara uğradığı,⁹⁷ ani sel baskınından mahsulün zarar gördüğü,⁹⁸ yıldırım çarpması sonucu kişinin öldüğü⁹⁹; geçmiş yıllarla kıyaslanmayacak derecede aşırı yağın yağmur sonucu

⁹³ **Kutlu, Meltem**, (1999) 'Deprem ve İdarenin Sorumluluğu', Amme İdaresi Dergisi, Ankara, C:32, S: 4, 1999; **Çağlayan** (2007), s.188; **Bucaktepe**, s.104.

⁹⁴ **Erkut, Celâl** (2000) 'Deprem ve İdarenin Sorumluluğuna Danıştay'ın Yaklaşımı', Deprem ve Hukuk, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları s.47; **Çağlayan** (2007), s.188; **Kutlu**, s.19; **Gözübüyük/Tan**, C: I., s.717.

⁹⁵ Sivas İdare Mahkemesi, birinci derece deprem kuşağında yer alan bölgede idarenin lojman binalarının yerinin seçiminde kusurlu olduğunu tespitle tazminata hükmetmiştir. Danıştay 10'ncu Dairesinin depremi mücbir sebep sayarak bozduğu kararı (10.Daire, E: 2060/6797, T:28.12.1994, Mahkemenin ısrar üzerine DİDDGK onamıştır (DİDDGK, E:1995/752, K:1997/57, K:7.1.1997, DD, s.93, s.55).

⁹⁶ **Onar**, C: III., s.1720; **Gözler**, C: II, s.1330; **Atay**, s.778; **Çağlayan** (2007); s.181-182; **Yayla**, Mücbir sebep, s.49; **Özgüldür**, s.142.; **Armağan**, s.255.

⁹⁷ 10.Daire, E: 1996/4488, K:1998/2665, T:17.6.1998, DD, s.18-19, s.563 ve **Karavelioğlu**, C: I, s.302-303. Aynı şekilde, 12.Daire, E: 1965/3168, K:1966/2856, T:18.10.1966, Danıştay 12.Daire Kararları, I.Kitap, C:II, s.317.

⁹⁸ 12.Daire, E: 1973/1262, K.1974/1311, T:19.12.1974, Danıştay 12.Daire Kararları, I.Kitap, C:II, s.298

⁹⁹ 12.Daire, E: E.1972/3130, K.1973/1868, T:14.6.1973, Danıştay 12.Daire Kararları, I.Kitap, C:II, s.319

köprüyü aşan suyun basması zarara uğranılan¹⁰⁰ olaylarda kökeninin doğal afete dayandığına, dolayısıyla dışsallık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda idarenin sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmiştir. Domates bahçelerinin yakınındaki drenaj kanalının taşması sonucu görülen zararlar ilgili uyuşmazlıkta, İdare Mahkemesi, mevsim normallerinin çok üzerinde seyreden yağmurun mücbir sebep teşkil ettiğini ve meydana gelen zararlar kamu hizmetinin yürütülmesi arasındaki illiyet bağının kesildiğini kabul ederek tazminat davasını reddetmiş, Danıştay kararı gerekçe belirtmeksizin onamıştır.¹⁰¹

Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için bu üç unsurun hepsinin birlikte gerçekleşmesi şarttır.¹⁰² Keza, olay öngörülemez nitelikte olsa dahi, ağır ve olağanüstü bir sonuç doğmamışsa mücbir sebep kabul edilmez.¹⁰³

Mücbir sebep idarenin sorumluluğunu tamamen kaldırır; artık idarenin ne kusur, ne de kusursuz sorumluluğu söz konusu olur.¹⁰⁴ Zira, mücbir sebep illiyet bağını keser.¹⁰⁵ Bununla birlikte, idarenin davranışının zararın artmasına yol açtığı durumlarda, idare bu kısımdan sorumlu tutulabilir.¹⁰⁶ Bu itibarla, idari yargı yerleri mücbir sebep nitelmesi yapsalar bile, olayı iyi incelemeli; idarenin olayın öncesinde veya sonrasında zararı artıran veya pekiştiren davranışları varsa bunu dikkate alarak idarenin sorumluluğuna hükmetmelidir.¹⁰⁷

Burada mücbir sebep kavramının nispiğine de işaret etmek yerinde olacaktır. Bununla beraber, gelişen bilim ve teknolojiye paralel şekilde idarenin yükselen standardının, mücbir sebep uygulamasının giderek azalmasına yol açtığı, dolayısıyla idarenin sorumluluğu esasının yaygınlaştığı da bir vakıadır.¹⁰⁸

¹⁰⁰ 12.Daire, E: 1970/3402-1973/1258, T:24.4.1973, **Karavelioğlu**, C:I, s.303

¹⁰¹ Danıştay 10.Daire, E: 2014/1676, K:2017/1897, T: 10.4.2017.

¹⁰² **Gözler**, C: II, s.1332; **Atay**, s.779; **Evren**, s.288.

¹⁰³ **Çağlayan** (2007), s.191.

¹⁰⁴ **Onar**, C: III, s.1719; **Gözübüyük**, s.323; **Gözler**, C: II, s.1334, **Gözübüyük/Tan**, C: I, s.717, **Günday**, s.384; **Çağlayan** (2007), s.191; **Çağlayan** (2017), s.697; **Atay**, s.779; **Çıtak**, s.84; **Tan**, s.486; **Kalabalık**, s.221; **Sancakdar** (2014), s.862 ve (2018), s.199; **Aydın**, s.154; **Kaplan**, s.297.

¹⁰⁵ **Yayla**, Mücbir sebep, s.47, K:48; **Gözler**, C: II, s.1334 1 s.192; **Çağlayan** (2017), s.697; **Kalabalık**, s.221; **Kaplan**, s.297.

¹⁰⁶ **Gözübüyük/Tan**, C: I, s.717; **Atay/Odabaşı/Gökcan**, s.180; **Atay**, s.780; **Çağlayan** (2007), s.192; **Kutlu**, s.15; **Sancakdar**, s.864; **Aydın**, s.154-155; **Çıtak**, s.84; **Tan**, s.486; **Çağlayan** (2017), s.697.

¹⁰⁷ **Çıtak**, s.84.

¹⁰⁸ **Yayla**, Mücbir sebep, s.53-54; **Özgüldür**, s.143; **Atay/Odabaşı/Gökcan**, s.178. Aynı düşünceyle mücbir sebep olmaktan çıktığı hakkında, **Kaplan**, s.297-298, **T. Yıldırım**, s.275-274.

Özellikle deprem, sel, toprak kayması gibi önlenemezlikten dolayı genellikle mücbir sebep kabul edilen olaylarda illiyet bağı kesilmekle beraber, duruma göre hizmet kusurundan söz edilebilir. Bu tür olaylar önlenemez ise de idare sıkı bir denetim ve gözetim uygulayarak bunların etki ve sonuçlarını en aza indirecek tedbirleri almakla yükümlüdür. Haliyle idarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi hizmet kusuru oluşturur.¹⁰⁹

Danıştay nispeten yeni bir kararında, kuraklık sebebiyle barajdan çiftçilere su verilememesinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıkta, üzerine düşen bütün tedbirleri alan ve yükümlülükleri yerine getiren idarenin hizmet kusuru içerisinde olmadığını belirtirken, esasen baraj işletmesinin idari bir faaliyet olduğu dikkate alındığında su verememesinden doğan zarara ilişkin kusursuz sorumluluğun kuraklık mücbir sebebiyle oluşmadığını kabul etmiş olmaktadır.¹¹⁰

Ülkemiz açısından önemli bir problem deprem afetinden doğan zararlardır. Günümüzde idarelerin ekonomik ve mali yapılarına paralel olarak elindeki teknolojik ve diğer imkânlar da gelişmiştir. Hâlen depremi önlemek de önceden öğrenmek de mümkün değilse de idare geçmişe oranla deprem riski konusunda daha fazla bilgi ve veriye sahiptir. Özellikle istatistikî veriler dikkate alındığında, idarenin eskiye oranla deprem bölgelerini öngörememe ihtimali azalmıştır. İdare, önlenemezliği devam etse de depreme karşı başta dayanıklı yapılar inşa etmek suretiyle en azından zararı azaltıcı bazı tedbirler alabilir. Bu konudaki ihmal ve gecikme idarenin hizmet kusurunu oluşturabilir.¹¹¹ Danıştay kararlarında bu husus şu şekilde açıklanmaktadır: “*Deprem kuşağında yer alan bölgede, deprem gerçeğinin bir veri alınması suretiyle yerleşmelerle ilgili alanların belirlenmesi, bu alanlardaki yapılaşmaya ilişkin kararların alınması, uygulanması ve denetlenmesiyle ilgili idari faaliyetlerin bütünündeki olumsuzluklardan oluşan idarenin ‘olumsuz eyleminin’ bulunması durumunda, depremin mücbir sebep olarak değerlendirilerek zararlar illiyet bağı kestirildiği kabul edilerek bulunmamaktadır. Bu durumda, Mahkemece uğranıldığı ileri sürülen zararın oluşumunda idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının değerlendiril-*

¹⁰⁹ Danıştay tarafından, idarenin bu tür olaylar öncesinde denetim ve gözetim görevlerini tam olarak yerine getirmemesini olumsuz eylem olduğu ve hizmet kusuru oluşturabileceği kabul edilmektedir. Bu depremi doğrultuda bkz. 11.Daire, E: T:29.06.2007, 2005/1353, K: 2007/6248, DD, S. 117, s. 326; 6. Daire, E: 2005/255, K:2006/6658, T:29.12.2006, DD, S. 115, s. 218; 6.Daire, E: 2007/5045, K:2008/20, T:15.1.2008, DD, S. 118, s. 226.

¹¹⁰ DİDDGK, E:2012/1657, K:2014/3421, T:3.11.2014, nakleden Şaşmaz, s.217.

¹¹¹ Ülkemizdeki deprem afetine karşı idarenin alabileceği tedbirlerden dolayı sorumlulukla ilgili geniş bilgi için bkz. **Bucaktepe**, s.94 vd., 104-105.

mesi sonucu bir karar verilmesi gerekirken depreminin mücbir sebep kabul edilerek zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağının ortadan kalktığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki kararda isabet görülmemiştir.”¹¹²

Ancak depreme afetini mücbir sebep olarak sayma ve idareye kusur atfetme konusunda, depremin şiddeti ve kapsadığı bölgenin büyüklüğü ile nüfus yoğunluğu, hatta coğrafi ve fizik şartların elverişsizliği gibi olgular önemlidir. Bu kriterlere göre idarenin sorumsuz tutulması mümkündür. Danıştay’ın bir kararına göre, 17.8.1999 tarihinde meydana gelen depremin, etkilediği coğrafi alanın büyüklüğü, nüfus yoğunluğu ve oluşturduğu hasar nedeniyle diğer kamu hizmeti faaliyetlerinin de yürütülmesini etkilediği, arama-kurtarma hizmetinin özelliği ve zaman açısından kısıtlı bir müdahale yöntemi olması nedeniyle gelişmiş ülkelerin dahi bu tip doğal afetler dolayısıyla arama kurtarma faaliyetleri için uluslararası yardım aldığı da göz önünde bulundurulduğunda, arama ve kurtarma faaliyetlerinin yürütülmesindeki güçlüğü idare açısından beklenilmeyen hal olduğu sonucuna varılmıştır.”¹¹³

Bir idare mahkemesi, davacıların babasının ikamet ettiği de dahil birçok köy tarafından sel afetinden önce makineli çalışma istenmiş olmasının hizmet kusuru kapsamında değerlendirilemeyeceği ve babanın ölümüne yol açan sel felaketi mücbir sebep oluşturduğundan idarenin kusursuz sorumluluğunun da bulunmadığı gerekçesiyle ilgililerin tazminat davasını reddetmiştir. Bu kararı eksik araştırma sebebiyle bozan Danıştay’a göre; mücbir sebep halinde ancak zararı arttıran bir idari faaliyet bulunması durumunda idarenin tazmin sorumluluğuna gidilebilir. İdare mahkemesince, Meteoroloji Genel Müdürlüğünden geçmiş yıllar boyunca ve olay tarihinde ilçede meydana gelen yağışlara ilişkin veriler getirilmeli ve Teknik bilirkişiye inceleme yaptırılarak zararın sadece aşırı yağış sonucu meydana gelen sel felaketi nedeniyle mi, yoksa dere yatağında makineli çalışmanın yapılmaması ve idarenin derenin ve evlerin üst tarafında taş ve benzeri malzemelerle yapmış olduğu setin yetersizliği ve bakım eksikliği nedeniyle yıkılması sonucu mu, yoksa her ikisinin ortak etkisiyle mi meydana geldiği ortaya çıkarılmalıdır.¹¹⁴

Görüldüğü üzere mücbir sebebi oluşturan hallerin kapsamı daralırken buna paralel olarak, idarenin sorumluluk esasının temeli değişirken idarenin sorumluluk alanı genişlemektedir.

¹¹² Danıştay11.Daire, E:2005/1353, K:2007/624, T:29.06.2007. Bunun gibi 6.Daire, E: 2004/1477, K:2004/2115, T:12.04.2004.

¹¹³ Danıştay11.Daire, 2003/2027, K:2005/59, E: T:19.12.2005.

¹¹⁴ Danıştay 10.Daire2009/9204, K:2013/8151, E: T:15.11.2013.

B. UMULMAYAN/BEKLENMEYEN HÂL

Kaza veya umulmayan hal de denilen beklenmeyen hâl, idarenin faaliyetleri içinde gerçekleşen, ancak öngörülemeyen ve önlenemez olaylardır.¹¹⁵ Mücbir sebepten farkı, dışsallık unsurunun yerini içsellik yani söz konusu olayın idarenin faaliyeti içinde cereyan etmesi, idareye atfedilebilmesidir.¹¹⁶ Öngörülemeyenlik ve önlenemezlik bakımından mücbir sebeple beklenmeyen hâl arasında fark bulunmamaktadır. Belirtelim ki, özel hukuka göre idare hukukunda mücbir sebeple beklenmeyen hâl arasında fark bulunmamaktadır. Buna karşılık, özel hukuka göre idare hukukunda mücbir sebep ile beklenmeyen hâl birbirinden ayrılmış ve farklı sonuçlara bağlanmıştır. Bu sebeple ikisi ayrı başlıklar altında ele alınmaktadır.¹¹⁷

Beklenmeyen hâl, idarenin faaliyeti içinde sebebi bilinemediğinden karşı konulamayan olaydan doğan zararı ifade eder. Sebebin bilinmemesinden kasıt, sebebin zarar meydana gelmeden önce bilinmemesidir.¹¹⁸ İçsellik unsuru taşıyan bu önlenemez ve öngörülemeyen nitelikteki olaylara, iskeleye bağlı bir hücum botunun meçhul bir sebepten ötürü infilakı;¹¹⁹ kamu aracının lastiğinin patlaması;¹²⁰ uçuş esnasında uçağın motoruna kuş girmesi;¹²¹ elektrik nakil hatından çıkan kıvılcımın sebep olduğu orman yangını,¹²² idarenin aracında yangın çıkması, cephaneliğin infilak etmesi gibi haller örnek verilebilir.

Beklenmeyen hâli, mücbir sebepten ayıran içsellik unsuruna ilk ve esaslı vurgu, Maurice Hauriou'nun Fransız Danıştay'ının 1912 tarihli Ambrosini kararında yazdığı açıklama notu ile yapılmıştır. Toulon şehir limanında bir savaş gemisinin infilakı sonucu doğan zararın tazmini için açılan davada, mahkeme olayda mücbir sebep bulunduğuna hükmetmiş, Hauriou ise burada idarenin

¹¹⁵ Onar, C:III, s.1719; Gözübüyük/Tan, C:I, s.721; Günday, s.385; Gözler, C:II, s.1316-1317; Atay/Odabaşı/Gökcan, s.180; Çağlayan (2007), s.141 ve (2017), s.697-698; Yayla, Mücbir Sebep, s.48-49; Atay, s.778; Gözübüyük, A. Pulat (1977) Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Hâller, Ankara, Kazancı, s.24; Aydın, s.155; Sancakdar (2018), s.200.

¹¹⁶ Onar, C: III, s.1280; Çıtak, s.86.

¹¹⁷ Çağlayan (2007), s.193, (2017), s.698; Çıtak, s.85.

¹¹⁸ A. Yayla, s.46.

¹¹⁹ Danıştay12.Daire, E: T:24.02.1971, E.1968/868, K:1971/427, T:25.12.1968, Esin, s.137.

¹²⁰ Danıştay12.Daire, E:1967/1778, K.:1968/2449, Esin, s.178.

¹²¹ Danıştay12.Daire, E: E.1967/1689, K:1971/1008, T:20.04.1971, Esin,s.138.

¹²² Danıştay 10.Daire, E: 1987/2096, K:1990/230, T:12.2.1990, DD, S.80, 421 vd.

faaliyeti içinde cereyan eden olayın beklenmedik hâl teşkil ettiğine işaret etmiştir.¹²³

Beklenmeyen hâl, idarenin hizmet kusurunu engeller, ancak kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. İdare, risk veya kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca sorumlu tutulabilir. Zira, beklenmeyen hâl teşkil eden olay, illiyet bağıını kesmez; sadece kusuru ortadan kaldırır.¹²⁴ Kusurun varsayıldığı hallerde de aynı şey geçerlidir.¹²⁵

Beklenmeyen halin varlığı ile birlikte idarenin kusursuz sorumluluğu hükmedilirken önce risk (hasar/tehlike) ilkesine, yoksa kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesine müracaat edilir.¹²⁶ Bu çerçevede, gereken koruma ve bakımın sağlanmadığı bilirkşi raporu ile anlaşılan yüksek gerilim hattının kopması olayında beklenmeyen halin söz konusu olamayacağını belirten Danıştay'ın idarenin kusurlu sorumluluğuna hükmettiği görülmektedir.¹²⁷

Danıştay'ın temyiz üzerine önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bir ilçede karışıklı iki grup arasında çıkan silahlı çatışma sonucu davacılar murisinin hayatını kaybetmesine neden olan silahlı kavgayla ilgili olarak, iki grup arasında kavga çıkacağı yönünde Horasan Emniyetine ihbarda bulunulmuş olmasına rağmen emniyet personeline kavga etkili bir şekilde müdahale edilemediği, yaralıların kaldırıldığı hastanede, gerekli güvenlik önlemlerinin alınmadığı dolayısıyla idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ileri sürülerek, davacıların murisinin ölümü nedeniyle uğranıldığı tazminat davası açılmıştır. İdare mahkemesinin, davalı idarece gerekli güvenlik tedbirlerinin alındığı, çıkan olaya mü-

¹²³ **Delcros, Xavier/Delcros, Bertrand** (1976) L'unité de la personnalité juridique de l'Etat, LGDJ, Paris, (Çev. **Turgut Candan** (1984) Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu, Ankara, Danıştay Yayınları No: 39), s.61; **Onar**; C:III, s.1720; 1 s.193.

Fransız Danıştay, dış sebepten değil aşırı yağıştan dolayı toplanan suyun barajın temellerini baskıyla yıkmasından doğan zararda (20.07.1971 tarihli Defartement duvar kararı); beklenmeyen hâl bulunduğuna hükmetmiştir. Buna karşılık, aşırı rüzgardan dolayı meydana gelen ağacın devrilerek zarar vermesinde (10.06.1964, Sievr Bonnia c/Commune de Ravie'eres kararı); daha önce yağın kar tabakası ihmal edilerek yapılan yarış esnasında çığ düşmesinde (28.04.1967, Lafont kararı) mücbir sebepteki ön görülmezlik ve önlenmezlik unsurlarını daraltma cihetine gitmiş ve idarenin sorumluluğuna karar vermiştir. Kararlar için bkz. **Delcros/Delcros**, s.60.

¹²⁴ **Gözübüyük**, s.323; **Atay**, s.781; **Armağan**, s.263; **Çağlayan** (2017), s.698; **Kalabalık**, s.222; **Yayla**, s.370; **Tan**, s.488; **Sancakdar**, s.865 ve (2018), s.200; **Kaplan**, s.298; **Aydın**, s.155-156.

¹²⁵ **Armağan**, s.263.

¹²⁶ Umulmayan hal ile hizmet arasında görünürde bir ilişki olduğundan, bundan doğan zararın idari hasar ilkesi uyarınca tazmini gerektiği hakkında **Esin**, s.134-136. Her iki ilkenin de uygulanabileceği görüşü için bkz. **Çağlayan** (2007), s.196.

¹²⁷ Danıştay 10.Daire, E: 1997/4572, K:1999/5476, T:9.11.1999, **Çıtak**, s.86.

dahalelerin zamanında yapılıp gerekli işlemlerin gerçekleştirildiği, davalı idareye yüklenecek bir hizmet kusurunun bulunmadığı, ayrıca, beklenmeyen hal şeklinde gerçekleşen olayla ilgili olarak, davalı idareye kusursuz sorumluluk da yüklenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddi yolunda verdiği karar Danıştay tarafından gerekçe belirtilmeksizin onanmıştır.¹²⁸

C. ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI

1. Zarar Görenin Davranışı Kavramı

Meydana gelen zararın, zarar görenin fiilinden kaynaklanması hâli, genellikle doktrinde zarar görenin kusuru olarak adlandırılmaktadır.¹²⁹ Ancak kusuru bulunmasa bile zarara uğrayanın fiili sorumluluğu etkileyebileceğinden, doktrinde, bu ifade yerine zarar görenin davranışı/fiili teriminin kullanılmasının yerinde olacağı kabul edilmektedir.¹³⁰ Temyiz gücü olmayanların sorumlu tutulmasını doğru bulmayan aksi görüşe göre, zarar görenin davranışını değil kusuru dikkate alınmalıdır.¹³¹ Kanaatimizce nasıl idarenin kusursuz sorumluluğu hakkaniyet, adalet ve insaf kurallarına dayanmakta ise, kusur atfedilemeyecek hallerde hak ve nısfet kuralları gereği davranışından dolayı zarar göreni sorumlu tutmamak gerekir. Bu itibarla hakim zarar görenin davranışını somut olaya göre değerlendirmeli ve gerektiğinde kusurunu dikkate almalıdır.

Danıştay kararlarında genellikle zarar görenin kusuru kavramı kullanılmaktadır.¹³² AYM'nde bireysel başvuru konusu yapılan bir uyuşmazlıkta, konyun otlatırken uyarı işaretlerine rağmen girdikleri mayınlı sahada infilak sonucunu çocukların zarar görmesi olayında, müterafik kusurdan dolayı idari yargı yerince idarenin sorumsuzluğuna karar verilmiş ise de AYM yetişkinler gibi davranması beklenemeyecek çocukların yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹³³

¹²⁸ Danıştay 10.Daire, E: 2011/10503, K:2015/2622,T:28.5.2015 (karar yayımlanmamıştır).

¹²⁹ **Gözübüyük/Tan**, C:I, s.722; **Günday**, s.385; **Atay/Odabaş/Gökcan** S.181; **Armağan**, s.215; **A. Yayla**, s.157; **Çağlayan** (2077), s.699; **Sancakdar** (2018), s.200.

¹³⁰ **Onar**, C:III, s.157; **Gözler**, C:II, s.1231, dp.1404; **Çağlayan** (2017), s.699, dp.550; **Çıtak**, s.88 vd.

¹³¹ **A. Yayla**, s.157.

¹³² Danıştay 10.Daire, E: 2003/646, K:2006/1932, T:15.3.2006; Danıştay 10.Daire, 2005/4493, K:2007/4199, E: T:18.9.2007; Danıştay 10. Daire, E: 2008/5366, K:2012/423, T:8.2.2012, (Bkz. **A.Yayla**, s.157). Kusur yerine fiilin esas alındığı aksi yöndeki karar için bkz. DİDDGK, 2008/11, K:2009/3108, 17.12.2009.

¹³³ AYM, İkinci Bölüm, B. No:2013/6585, T:18.9.2014, RG: 4.12.2014-29195.

2. Asli Fail Olarak Zarar Görenin Durumu

Zararın oluşumuna zarara uğrayanın fiili sebep olduğu takdirde illiyet bağı kesildiğinden idarenin hem kusurlu hem kusursuz sorumluluğunu ortadan kalkabilir.¹³⁴ Bunun için mağdur asli fail veya kısmen katkıda bulunan olarak iki konumda bulunabilir. Mağdurun zararı kendi gayrimeşru durumundan veya risklerini bilerek giriştiği faaliyetten kaynaklandığı takdirde, idare sorumlu tutulamaz.¹³⁵ Buna karşılık zarar gören kişi bizzat zararın önlenmesini engellemiş veya zararı artırmış ise, durumun niteliğine göre idarenin sorumluluğu tamamen veya kısmen ortadan kalkar. Bu hallere, izin almama, dikkatsizlik, savsaklama, sarhoşluk, aşırı hız yapma, hatalı kullanma, kurallara uymama gibi haller örnek verilebilir.¹³⁶ Örneğin, kamu malını işgal etmiş kişilerin kamu görevlilerinin –orantılı- müdahalesi sonucu gördükleri zarardan dolayı idarenin sorumluluğu kalkar.¹³⁷

Danıştay, idarenin tazmin sorumluluğu için ortada bir zararın bulunması, bu zararın idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğmuş olması, başka bir ifadeyle zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerektiğini; zararın oluşmasında zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin kusurunun bulunması halinde ise idarenin tazmin sorumluluğunun tamamen veya kısmen ortadan kalktığını yahut kusur ölçüsünde azaldığını belirtmektedir.¹³⁸ Bu çerçevede Danıştay, odun kesmek için gizlice girdiği yasak bölgede mayına basma,¹³⁹ kaçak bindiği trenden atlama sonucu ayak kesilmesi,¹⁴⁰ yıkılma tehlikesi olduğu bildirilmesine rağmen onarılmayan binanın belediyece yıkımı,¹⁴¹ yasak ve tehlikeli yerde inşa edilen meskenin durumunun düzeltilmesi esnasında hasar görmesi¹⁴² olaylarında zarar görenin davranışının idarenin sorumluluğunu kaldırdığına hükmetmiştir.

¹³⁴ **Onar**, C:III, s.1721; **Gözübüyük**, s.324; **Armağan**, s.265; **Kalabalık**, s.222; **Tan**, s.489; **Sancakdar** (2014), s.865 ve (2018), s.200; **Kaplan**, s.298; **Çıtak**, s.89; **Çağlayan** (2017), s.704.

¹³⁵ **Çağlayan** (2017), s.700-701, 705.

¹³⁶ **Atay**, s.781.

¹³⁷ **Tan**, s.489.

¹³⁸ Danıştay10.Daire, E: K:2008/5366, K: 2012/423, T: 8.2.2012.

¹³⁹ Danıştay 12.Daire, 1967/2077, K.1970/479, T:17.03.1970, **Esin**, s.227.

¹⁴⁰ Danıştay 12.Daire, E: 1967/1812, K: 1969/36, T:13.01.1969, **Esin**, s 223-224.

¹⁴¹ Danıştay 6.Daire, E:1965/4120, K:1966/2262, T: 30.05.1966.

¹⁴² Danıştay 12.Daire, E:1966/1857, K:1967/29, T:23.01.1967, **Esin**, s.221.

Mağdurun bilerek üstlendiği riskin sonucu doğan zarara katlanmasının gerektiği durumlarla ilgili olarak, çığ düşebileceğine ilişkin uyarılara ve alternatif yollara rağmen kullanılan yolda düşen çığdan dolayı zarar (Fransız Danıştayı'nın 11.04.1975, Département de lâ Haute –Savoic kararı), aşırı trafik gürültüsü bulunan yerdeki bilerek evin satın alınması (Fransız Danıştayı, 09.07.1991, Syd. Des. Coprop. De lâ résidence de lâ Défence Exprodef kararı) örnek verilebilir.¹⁴³

Karakolun emniyeti için çevresine döşenen mayın sahasına giren çocuğun bastığı mayının infilakı sonucu sakat kaldığı olayda, köylülerin yazılı ve sözlü olarak uyarıldığını dikkate alan Danıştay idarenin hizmet kusuru olmadığı gibi davacının kusuru sebebiyle objektif (kusursuz) sorumluluk esaslarının da uygulanamayacağı gerekçesiyle tazminat talebini reddetmiştir.¹⁴⁴ Cezaevinde tutuklu bulunan davacının, bir başka tutuklunun ateş etmesi üzerine yaralanarak zarar gördüğünden bahisle açtığı davada Danıştay, “*olayda, cezaevine silah sokulmasını engelleyemeyen idarenin hizmet kusuru bulunmakla birlikte, davacının cezaevine silah soktuğu ve kendisini koğuş sorumlusu ilan edip, aynı cezaevinde bulunan bir sanığı hizmetinde kullanmak ve kumar komisyonu toplatmak için yardımcı olarak belirlediği dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden anlaşılmaktadır. Cezaevi düzenini bozan yasak eylem ve davranışlar içinde olan davacının, hakaret edip, tahrik ettiği yardımcısı tarafından yaralanması karşısında, olayın bütünüyle davacının ve yardımcısının kusurundan kaynaklandığının kabulü zorunlu bulunmaktadır. Davacı, cezaevi düzenini bozan eylem ve davranışları nedeniyle kendi kusuru sonucunda yaralanmış olup, uğradığı zararlarla yürütülen hizmet arasında nedensellik bağı kurulup, idarenin hukuki sorumluluğuna gidilmesine olanak görülmemektedir.*” gerekçesiyle tazminata hükmeden idare mahkemesi kararını bozmuştur.¹⁴⁵

Danıştay, imar mevzuatına aykırı veya uygun yapılmayana yapılar ile dere yatağında veya orman arazisinde inşa edilen tesis ve binaların deprem, sel taşkını gibi doğal afetlerden dolayı zarar gördüğü olaylarda zara görenin davranışının illiyet bağıını kestiğine karar vermektedir.¹⁴⁶ Bu çerçevede, dere yatağında inşa edilen binaların sel felaketi sonucunda zarar görmesi olayında, imara

¹⁴³ Çağlayan (2007), s.199.

¹⁴⁴ Danıştay 10.Daire, E: 1997/4889, K:1998/6084, T:24.11.1998, Karavelioğlu, s.298-299.

¹⁴⁵ Danıştay 10.Daire, E: 2003/646, K:2006/1932, T:15.3.2006.

¹⁴⁶ Akgül, Aydın (2009) ‘Tam Yargı Davalarında Zararın Tamamıyla Zarar Görenin Kusurundan Kaynaklanması’ Terazi Hukuk Dergisi, C:4, S:32, s.111-125, s.130.

aykırı olarak dik yamaç tarafına üç katlı bina yapılmasını;¹⁴⁷ 17.8.1999 tarihinde meydana gelen depremde, cami minaresinin, davacının müşterek maliki olduğu binanın üzerine düşmesi olayında, binanın ruhsat alınmadan, kaçak olarak, yola tecavüzlü şekilde yapılmasını, bu durumun değişik tarihlerde tespit edilmesine ve inşaatın mühürlenmesine rağmen inşaaata devam edilmesini, yıkım kararı alınmasına karşın binanın bitirilmeye çalışılmasını;¹⁴⁸ nehir yatağına yerleştirilen kovanların baraj sularının salınması sonucu zarar görmesi olayında, davaca tarafından kovanların nehir yatağına ve taşkın seddeleri arasına yerleştirilmiş olmasını;¹⁴⁹¹⁵⁰ seddenin yıkılması sonucu taşan suların çeltik ürününe zarar vermesi olayında, izinsiz olarak ekim yapılmış olmasını; aracıyla geçirdiği trafik kazası sonucunda ölmesinde, 8/8 kusurlu bulunan sürücünün trafik işaret ve levhalarına rağmen kaygan ve ıslak yol durumunu dikkate alınarak doğrultu değiştirme manevralarını yanlış yapmasını¹⁵¹ zarar görenin asli kusuru kabul etmiştir.

Danıştay sosyal risk ilkesine ilişkin içtihatlarında zarar görenin davranışının idarenin sorumluluğunu tamamen kaldırdığına hükmetmektedir. Danıştay'a göre zarar görenin terör eylemlerine her hangi bir şekilde katılması yeterlidir.¹⁵² Özellikle ülkemizde belli bölgelerde yaşayan kişilerin esasen zorla veya maruz kaldıkları terör ortamının Baskısı sonucu bu tip olayların içinde buldukları dikkat alınarak buradaki herhangi bir şekilde katılmayı dar olarak yorumlamak gerekir.¹⁵³ Danıştay nispeten yeni bir kararında, terör örgütü üyesi iken yakalandıktan sonra güvenlik güçleriyle işbirliği yapan ve bu çerçevede terör örgütünün yerine gösterirken teröre maruz kalarak ölmesiyle ilgili uyuşmazlıkta idarenin tazmin ödemesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁵⁴ Buna karşılık, kitle hareketinden zarar görenin olayda katkısı ve tahriki bulunması sebebiyle idarenin sorumluluğu bulunmadığına karar verilmiştir.¹⁵⁵ Terör eyleminin doğurduğu zararda ihmali bulunan şirketin açtığı dava da reddedilmiştir.¹⁵⁶

¹⁴⁷ Danıştay 10. Daire, E: 2005/2835-2007/859, T:2.3.2007, Bunun gibi, 10. Daire, E: T:4.4.2007, 2004/9986, K:2007/1663; 10.Daire, E: 2005/2092, K:2007/5639, T:6.11.2007, **Akgül**, s.119.

¹⁴⁸ Danıştay 10. Daire, E: 2008/682, K:2008/1174, T:14.3.2008, **Akgül**, s.118

¹⁴⁹ Danıştay 10. Daire, E: T:22.5.2007, 2004/13425, K:2007/2929, **Akgül**, s.121

¹⁵⁰ Danıştay10.Daire, E: 2002/6620, K:2004/4086, T:26.4.2004, **Akgül**, s.121

¹⁵¹ Danıştay 10. Daire, E: 2004/9198, K:2007/2929, T:4.4.2007, **Akgül**, s.

¹⁵² Danıştay 10.Daire, E: 1992/3371, K:1993/3777, T:13.10.1993; Danıştay 10.Daire, E:1995/1102, K:1996/5774; 4.10.1996, Danıştay10.Daire, 11.10.2000, 1999/2162, K:2000/5120, **A. Yayla**, s.159.

¹⁵³ Bu görüşte, **A.Yayla**, s.88-89.

¹⁵⁴ Danıştay E:2011/9965, K:2012/5281, 12.9.2012, **A.Yayla**, s.89.

¹⁵⁵ Danıştay 10.Daire, E: 2004/10461, K:2005/8092, T:26.12.2008, **Atay**, s.788.

¹⁵⁶ Danıştay 10.Daire, E: 2008/5366, K:2012/423, T:8.2.2012, DD, S.131, s.187.

3. Müterafik Davranış Kavramı ve Uygulaması

Zarara uğrayanın davranışı, zararın oluşumuna etki ve katkıda bulunmuşsa, sorumluluk paylaşılır. Bu şekilde, meydana gelen zarara idare ve mağdur birlikte sebep olmuşsa, müterafik davranış vardır.¹⁵⁷

Zarar görenin davranışı yerine, “müterafik kusur” terimi de yaygın olarak kullanılmakla beraber,¹⁵⁸ bize göre zarar uğrayanın fiilinin kusurlu olması gerekmediğinden “müterafik davranış” terimi tercih edilmelidir.¹⁵⁹

Zarar görenin kusuru kavramına, kişinin sıkı ilişkide bulunduğu kişilerin de dahil olduğu, bu bakımdan işçinin hatasının işvereni, çocukların kusurunun ebeveynini, eşin davranışının diğer eşi bağladığı, sürücünün hatasının yolculara karşı idarenin sorumluluğunu kaldırdığı ifade edilmektedir.¹⁶⁰ Temyiz kudreti bulunmayan kişinin veya küçüğün davranışı, idarenin sorumluluğunu kaldırılabir veya azaltabilir.¹⁶¹

Meydana gelen zararda, zarar görenin davranışı katkıda bulunmuşsa veya artmasına sebep olmuşsa idarenin sorumluluğu tamamen veya kısmen kalkar. Zarar görenin davranışının idarenin sorumluluğunu kaldırabilmesi için zararın doğumunda esaslı bir rol oynaması gerekir. İliyet bağına tamamen veya kısmen kesecek nitelikteki hal ve sebeplerin takdiri idare yargıcına aittir.¹⁶² Bu hâl ve sebepler illiyet bağına tamamen kesecek mahiyette ise, idarenin hem kusur hem kusursuz sorumluluğu ortadan kalkar. Buna karşılık illiyet bağına tamamen kesilmediği, yani müterafik davranışın bulunduğu hallerde idarenin sorumluluğu yoluna karar verilir. Bu takdirde zarar paylaşılır ve kusur oranına göre ödenecek tazminat miktarından indirim yapılır.¹⁶³ Danıştay’ın uygulaması bu doğrultudadır.¹⁶⁴

¹⁵⁷ Atay, s.785.

¹⁵⁸ Günday, s.385; Tan, s.489; Atay, s.783; Sancakdar, s.865

¹⁵⁹ Zarar görenin illa kusurlu olması gerekmediğini belirten Gözler gibi (Gözler, C.II, s.1339, dp.1414), müterafik kusurun sadece kusur sorumluluğunda söz konusu olabileceği, zira kusursuz sorumlulukta zaten kusur şartının aranmayacağı fikrinden hareketle Çağlayan da, müterafik davranış teriminin kullanılmasının daha doğru olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Çağlayan (2007), s.199, dp.528. Aynı görüşte, Çıtak, s.88. Onar, açıklama yapmaksızın “mağdurun fiili” ibaresini kullanmaktadır, Onar, C.III, s.1721. Aksine, temyiz gücü olmayanlar bakımından kusur aranması gerektiği yolunda, A.Yayla, s.157

¹⁶⁰ Atay/Odabaşı/Gökcan, s.182; Atay, s.786.

¹⁶¹ Çağlayan (2007), s.199-200.

¹⁶² Gözübüyük, s.324; Esin, s.220; Özgüldür, s.139; Armağan, s.265; Tan, s.490.

¹⁶³ Gözübüyük, s.324; Gözler, C.II, s.1340-1341; Çağlayan (2007), s.205; Armağan, s.263; ; Kalabalık, s.222; Aydın, s.160 vd.

¹⁶⁴ Askeri birliğin köyün arazisine döktüğü çöplükte bulduğu tanksavar mermisini kurcalayan çocukların patlama sonucu uğradığı zararda, Danıştay salt idarenin sorumlu tutulmaması,

Yukarıda verdiğimiz örnek yargı içtihatlarında sorumluluğun tamamen kalktığına karar verildiği görülmektedir. Danıştay da, gizlice girdiği atış bölgesinde mermi isabeti sonucu ölümü,¹⁶⁵ geceleyin elindeki poşet ile askeri mıntı-kaya girmek isteyen kimselerin ikaz ve ihtara rağmen durmayıp koşması üzere usulüne uygun ateş sonucu ölümü,¹⁶⁶ olaylarında müteveffanın kendi kusurundan kaynaklandığını belirterek tanzim taleplerini reddetmiştir. Danıştay'ın ilginç bir kararında, ihtara rağmen etrafında tel örgü bulunmayan karakolun çevresindeki mayınlı bölgeye hayvan otlatmak için giren çocuğun bastığı mayının patlaması sonucu sakatlanması, müterafik kusur sayılmaz ve idarinin sorumluluğunun bulunmadığına içtihat edilmiştir.¹⁶⁷

Danıştay, bagaj görevlisinin tren durmadan inerken kayarak düşmesi sonucu sakat kaldığı,¹⁶⁸ dikkatsizlikle elini kıyma makinesine kaptıran aşçının parmaklarının koptuğu,¹⁶⁹ hallerde de zararın tamamen ilgililerin kendi fiilinden kaynaklandığına karar vermiştir.¹⁷⁰ Bunun gibi, 14 yaşındaki müteveffa çocuğun köy yakınlarında hayvan otlatırken harabe halindeki bir binada bulunduğu el bombasının pimini çekmesi sonucu hayatını kaybettiği olayda, Danıştay çocuğun yüzde 50 müterafik kusurunun da dikkate alınması gerektiği gerekçeyle, sadece idareyi kusurlu bularak tazminata mahkum eden idare mahkemesi kararını bozmuştur.¹⁷¹

Buna karşılık, İSKİ'ye ait su borularının patlaması sonucu taşan suların davacının bodrumunu basmasıyla uğranılan zararda, davacının resmi projeye aykırı olarak yapısında aydınlık boşluğu bırakmasının da etkili olduğunun anlaşıldığı uyuşmazlıkta, Danıştay müterafik kusuru dikkate alarak idarenin ilgilie yüzde 50 oranında tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁷²

müterafik kusurunda araştırılması gerektiğine karar vermiştir, 10.Daire, E:1992/714, K:1993/3724, 11.10.1993. **Gözler**'e göre olayda idarenin kusuru bulunduğundan kusur sorumluluğu esasına göre tazminata hükmedilmelidir. **Gözler**, s.1346.

¹⁶⁵ Danıştay 12.Daire, , E.1965/3442, K:1967/983, 31.05.1967. Danıştay 12. Daire Kararları, Birinci kitap, C:II, s.306

¹⁶⁶ Danıştay 10. Daire, E:1997/6014, K:1999/5492, 9.11.1999, DD, S.103, s.891.

¹⁶⁷ Danıştay 10.Daire, E:1997/4889, K:1998/6084, T:25.11.1998, DD, S.100, s.517 (Gerekli tedbirlerin alınmadığına işaretle bu kararın isabeti eleştirilmektedir. **Gözler**, C:II, s.1343; **Çağlayan** (2007), s.202, dp.540.

¹⁶⁸ Danıştay 10. Daire, E:1996/4007, K:1998/965, T:26.02.1998, **Gözler**, s.1344

¹⁶⁹ Danıştay 10. Daire, E:1992/365, K:1992/4534, T:23.12.1992, DD, S.87,s.848.

¹⁷⁰ **Gözler**' göre bu iki olayda, mesleki risk ilkesi gereği idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi gerekirdi. **Gözler**, C:II, s.1345. Aynı görüşte **Çağlayan** (2007), s.203.

¹⁷¹ Danıştay 10. Daire, E: 2011/541, K:2015/1476, T:30.3.2015 (karar yayımlanmamıştır).

¹⁷² Danıştay 8. Daire, E: 1995/2637, K:1997/3313, T:12.11.1997, **Karavelioğlu**, s.308.

Sorumluluk esasının, müterafik kusurun ve üçüncü kişi kusurun tartışıldığı bir uyuşmazlıkta; personel olmamakla beraber kampüs içinde davalı idareye ait traktörü kullanmasına izin verilen kişinin yaptığı kazada, adli tıp tarafından aracın üzerine yolcu aldığı da dikkate alınarak %75 oranında sürücünün, traktörün çamurluğuna oturduğundan %25 oranında davacılar yakınının kusurlu olduğu belirtiliş olup idare mahkemesince davacılar yakınının kusuru dikkate alınarak kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminat ödenmesine karar verilmiştir. İdarenin temyizi üzerine kararı bozan Danıştay'a göre kamu hizmetinde kullanılmak üzere tahsis edilen traktörün idare çalışanı dışında aracı kullanmaya yetkili ve görevli olmayan kişi tarafından kullanılmasına müsaade eden idarenin hizmet kusuru vardır. Bu durumda, İdare Mahkemesince yeniden yapılacak bilirkişi incelemesinde, olayın meydana gelmesinde idarenin, araç sürücüsünün ve davacılar yakının kusurlarının ayrı ayrı tespit ettirilerek idare yönünden belirlenecek kusur oranı kadar davacı eşin destek zararı hesaplanması gerekirken, davalı idare çalışanı olmayan araç sürücüsünün kusurundan kaynaklanan zarardan davalı idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu olduğu sonucuna ulaşılarak eksik inceleme ve araştırma sonucunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. Esasa katılan ayrışik gerekçede ise, davacıların yakınının kaybetmesi olayının idareyle bağı bulunmayan üçüncü kişi konumundaki sürücünün fiilinden kaynaklandığı, davalı idareye ait traktörün kullanımına izin verdiği ileri sürülen mühendis hakkında herhangi bir disiplin ve ceza soruşturmasının da bulunmadığı hususu gözönüne alındığında, salt traktörün idareye ait olmasının ölüm olayı sonucu uğranılan zararın idareye yüklenebilen bir faaliyete bağlı olarak doğduğu anlamına gelmeyeceğinden, olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu bahsedilmesine hukuken imkan bulunmadığı ifade edilmiştir.¹⁷³

Depo sorumlusu olan davacılar depoya gelen mobilya malzemelerinin araçtan indirildiği sırada sunta malzemelerin üzerine düşmesi sonucu hayatını kaybetmesi olayında, idare mahkemesince zararın zarar görenin şahsi hal ve hareketlerinden kaynaklandığı gerekçesiyle tazminat davasının reddine karar verilmiş ise de, Danıştay, ölüm sonucunun murisin yürüttüğü kamu hizmetinin sebep ve etkisiyle gerçekleştiğini belirterek olağan dışı zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmininin gerektiğine karar vermiştir.¹⁷⁴

¹⁷³ Danıştay 10.Daire, E:2016/3138, K:2017/4945, T:20.11.2017, (karar yayımlanmamıştır).

¹⁷⁴ Danıştay 10.Daire, E:2012/7958, K:2015/4554, T:23.10.2015, (karar yayımlanmamıştır).

D. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DAVRANIŞI

1. Genel Olarak Üçüncü Kişi ve Davranışının Sorumluluğa Etkisi

Meydana gelen zarar ya tamamen üçüncü kişinin davranışından kaynaklandığından idarenin sorumluluğu kalkar, ya da ortak davranış, yani üçüncü kişinin fiili idarenin fiilinden kaynaklanan zarara katkıda bulunduğu takdirde sorumluluk paylaşılır. Sorumluluğun paylaşılması problemlili bir konu olmakla birlikte,¹⁷⁵ idari yargıda müteselsil sorumluluk esasının kabul edilmediği söylenebilir.¹⁷⁶ Bunun Fransız hukukundaki istisnaları, a) Bir kamu hizmetinin birden fazla kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi, b) Bayındırlık faaliyetlerinde idare yanında işi yürüten müteşebbisin de bulunması ve c) Kusursuz sorumluluk halidir. Bütün bu durumlarda, sorumluluğu süren idare zararı tamamen tazmin eder. İdare zararı karşıladıktan sonra üçüncü kişiye rücu edebilir.¹⁷⁷

Üçüncü kişinin idarenin sorumluluğunu etkileyebilmesi için mutlaka kusurlu olması gerekmez. Pratikte üçüncü kişinin fiili genellikle kusurlu olmakta ise de kusursuz da olabilir. Diğer taraftan üçüncü kişinin idare ile arasında hiçbir hukuki bağ bulunmaması şarttır. Arada statüsel, sözleşmeye dayalı vb. bir hukuki ilişki varsa idarenin sorumluluğu sürer.¹⁷⁸ Üçüncü kişi kamu tüzel kişisi de olabilir.¹⁷⁹

Üçüncü kişinin fiili, idarenin sorumluluğunu sorumluluk türüne ve zararın ağırlığına göre etkiler. Öncelikle üçüncü kişinin davranışının idarenin kusursuz sorumluluğuna hiçbir etkisinin olmadığını, kaldırmadığı gibi azaltmadığını belirtelim. Buna karşılık, zararın oluşumunda üçüncü kişi asli fail, idare ikincil konumda ise idarenin kusura dayanan sorumluluğu tamamen kalkar. İdarenin faaliyeti ile üçüncü kişinin davranışının birlikte ve ortak zarara yol açtıkları durumlarda ise, zarar paylaşılır. Bu takdirde zarara uğrayan idarenin yol açtığı kısmı talep edebilir. Buna karşılık idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren durumlarda üçüncü kişinin fiilinin zarara katkısı herhangi bir etki

¹⁷⁵ Sorumluluğun paylaşılmasıyla ilgili aksaklıklar ve çözümü şekli için bkz. Çağlayan (2007), s.210 ve (2017), s.705; Atay / Odabaşı / Gökcan, s.182-18.

¹⁷⁶ Armağan, s.279; Aydın, s.165; Çatak-İrız, s.75; Çağlayan (2017), s.706.

¹⁷⁷ Çağlayan (2007), s.21 ve (2017), s.707.

¹⁷⁸ Esin, s.233; Özgüldür, s.140; Çağlayan (2007), s.141; Armağan, s.281.

¹⁷⁹ Çağlayan (2007), s.206; Armağan, s.280.

yapmaz; yani idarenin sorumluluğu devam eder.¹⁸⁰ Doktrine göre, zararın tamamını tazmin eden idare katkısı oranında üçüncü kişiye rücu edebilir.¹⁸¹

Danıştay yeni bazı kararlarında, terörden kaynaklanan zararın tazminin ödenmesine karar verirken sosyal risk ilkesinden hiç bahsetmemiş ve idarenin illiyet bağı üçüncü kişinin kusuruyla kesildiğinden idarenin sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmiştir. Bu yöndeki bir karara göre, “*Terör olayında yaşamını yitiren kişinin murisleri tarafından olayda hizmet kusuru bulunduğundan bahisle ... açılan dava sonucu (... idare mahkemesince...) hizmet kusuru bulunduğuna karar verilmiş ise de, davacı şirket aleyhine ... açılan ... kesinleşen tazminat davasında ... davalı şirketin müessir terör olayının meydana gelmesini önlemek adına alması gerekli tedbir ve önlemleri tam ve noksansız olarak yerine getirmediği, olayda kusurlu olduğu ... işleticiliğini üstlendiği çarşıda yangın ve güvenlik ile ilgili hiç bir önlem almadığı sabit olan davacı şirketin kusuru, olay ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağını kesecek ölçüdedir.*”¹⁸² Bunun gibi Danıştay, çalınarak başka bir hırsızlık olayında kullanılan aracın çalan kişiler ile bunları takip eden kolluk güçleri arasındaki çatışma sırasında zara görüldüğü olayda, idarenin hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluğunun bulunmadığı gibi, sosyal riskten de söz edilemeyeceği gerekçesiyle, araç sahibinin vaki tazminat talebini reddetmiştir. Benzer kararlarına bakıldığında, Danıştay’a göre sulama kanalında meçhul kişilerin açtığı delikten akan suların tarlaya verdiği zarar,¹⁸³ teneffüste bir öğrencinin sopa ile vurarak diğer öğrencinin gözünü sakatlaması,¹⁸⁴ otomobilin faili meçhul kimseler tarafından yakılması,¹⁸⁵ Emniyet

¹⁸⁰ Gözübüyük, s.326; Gözler, C:II, s.1350, 1354; Atay, s.787; Çağlayan (2007), s.207, 212; Çağlayan (2017), s.707-708; Tan, s.490; A.Yayla, s.159; Aydın, s.163-164. Bu hâle üçüncü kişinin cephaneliği sabote etmesini örnek gösteren Gözler bu takdirde risk sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmektedir. Gözler, C:II, s.1350, dp.1451; Günday, s.336-337; Kalabalık, s.223; Tan, s.490; Kaplan, s.299.

¹⁸¹ Gözübüyük / Tan, C:I, s.726; Gözübüyük, s.326; Atay/Odabaşı /Gökcan, s.182-183; Atay, s.788; Gözler, C:II, s.1350-1351; Çağlayan (2007), s.212 ve (2017), s.707; Esin, s.233; Armağan, s.279; ; Kalabalık, s.223; Tan, s.490; A. Yayla, s.160; Çatak-İrız, s.73-74; Kaplan, s.299; Çıtak, s.92-93; Sancakdar (2018), s.200.

¹⁸² Danıştay 10. Daire, E:2008/5366, K:2012/423, T:8.2.2012, nakleden Şaşmaz, s.231-232.

¹⁸³ Danıştay 12. Daire, E: 1969/3894, K: 1972/273, T:25.1.1992, Gözübüyük / Tan, C: II, s.732.

¹⁸⁴ Danıştay 12. Daire, E: 1972/1339, K: 1973/1228, T:18.4.1973, Danıştay 12 Daire Kararları, Birinci Kitap, C: II, s.302.

¹⁸⁵ Danıştay 12. Daire, E: 1971/503, 1972/1756, Danıştay 12. Daire Kararları, Birinci Kitap, C: II, s.302.

Müdürlüğünde ehliyet almak için beklerken bir polis memuruna ait silahın başka bir kişi tarafından kullanılması sonucu yaralanma,¹⁸⁶ görevli olduğu hastanede çalışmakta iken başka bir kişi tarafından özel maksatla öldürme,¹⁸⁷ do-pingli atın bilerek koşturulduğunun tespiti üzerine yarışlardan yasaklanması,¹⁸⁸ cezaevi görevlisinin işe giderken kişisel husumet sebebiyle öldürülmesi,¹⁸⁹ olaylarında üçüncü kişilerin davranışı illiyet bağıını kesecek yoğunlukta olduğundan idarenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte Danıştay'ın son zamanlarda kamu görevlilerinin kişisel kusurundan doğan zararlara ilişkin davalarda, ilgiye rücu şartıyla idarenin sorumluluğuna hükmettiği belirtilmektedir.¹⁹⁰ Verilen örneğe bakıldığında¹⁹¹ olayda ağır hizmet kusurunun varlığına işaret edildiği görülmektedir.

Başka bir uyuşmazlıkta, terör örgütü mensuplarının davacının evinin bulunduğu güzergaha doğru kaçtığı bilgisi alınması üzerine askeri bir birlik tarafından gece yarısı başlatılan takip devam ederken davacının eşi tarafından arı kovanına saldırı yapan bir ayının bulunduğu zannıyla açılan ateşte bir asker yaralanmış, bunun üzerine karşılık veren başka bir erin atışı sonucu yaralanan eş bilahere vefat etmiştir. İdare Mahkemesi zarar ile idari davranış (hizmet) arasında illiyet bağıının ilk ateşi açan üçüncü kişinin (davacının eşinin) ağır ve açık kusuru neticesinde kesilmesi sebebiyle davalı idareye atfedilebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Temyiz edilen kararı Danıştay farklı gerekçe belirtmeksizin onamıştır.¹⁹²

2. Üçüncü Kişinin İdarenin Kusurlu Ajanı Olması Halinde Sorumluluk

Burada, esasen hizmet kusuru ile birlikte ve ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekmele beraber üçüncü kişi olarak da konumlandırılabilceği gözetilerek, zararın kamu görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanması haline de değinmek yararlı olacaktır. Aslında genellikle hizmet kusuru ile idarenin aja-

¹⁸⁶ Danıştay 10. Daire, E: 2001/8, K:2001/1144, T:27.3.2001, **Atay / Odabaşı / Gökcan**, s.269-270.

¹⁸⁷ Danıştay 10.Daire, E: 2001/1655, K:2001/1696, T:9.5.2001, **Atay / Odabaşı / Gökcan**, s.270.

¹⁸⁸ Danıştay 10.Daire, E:2001/6156, K:2001/2103, T:5.6.2001, **Atay / Odabaşı / Gökcan**, s.270-271.

¹⁸⁹ Danıştay 10.Daire, E:1958/3720, K:1958//1301, T:26.3.1958, **Atay / Odabaşı / Gökcan**, s.271.

¹⁹⁰ **Candan**, s.195.

¹⁹¹ DİDDGK, E:2002/191, K:2002/644, T:20.9.2002, DKD, S.1, s.88.

¹⁹² Danıştay 10.Daire, E: 2012/5869, K:2015/4549, T:23.10.2015.

nının kişisel kusuru birleşmiş vaziyettedir. Zira, hizmet kusuru, kişiselleştirilmiş olsun olmasın aslında kamu görevlilerinin kusurudur. Bu konuda, Fransız öğretisinde her iki kusurun bir arada bulunmasını ifade eden kusurların içtima ve bunların iç içe girmesi anlamına gelen sorumlulukların içtima teorileri ortaya atılmıştır.¹⁹³ Genel olarak Fransız içtihatlarının hizmet dışında idarenin ajanlarınınca verilen zararları da hizmet kapsamına dâhil edecek şekilde geliştiği söylenebilir.¹⁹⁴

Üçüncü kişinin kamu görevlisi olması halinde, bunun davranışının hizmetten ayrılabilen kişisel kusur oluşturmadığı takdirde Anayasa'nın 129/5'nci fıkrası uyarınca¹⁹⁵ tazmini için idari yargı yerinde dava açılabilir.¹⁹⁶ Sorumlulukların birleştiği hallere ilişkin olarak pozitif hukukumuzda Anayasa hükmüne paralel tek düzenleme (yargı kararlarının yerine getirilmemesine ilişkin İYUK m.28/4 dışında) 657 sayılı Devlet memurları Kanunu'nun "*Kişilerin uğradıkları zararlar*" başlıklı 13'üncü maddesindeki hükümdür: "*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır. / İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.*"

¹⁹³ Geniş bilgi ve örnek kararlar için bkz. **Atay/Odabaşı/Gökcan**, s.81 vd.; **Gözler**, C:II, s.1121 vd.

¹⁹⁴ **Atay/Odabaşı/Gökcan**, s.86-87.

¹⁹⁵ 1982 Anayasasının 40'ncü maddesinin İkinci fıkrasında kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararların, kanuna göre Devletçe tazmin edileceği ve Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olduğu belirtildikten sonra 129'ncü maddesinin Beşinci fıkrasında; "*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*" şeklinde düzenleme yapılmıştır.

¹⁹⁶ **Candan**, s.185. Kamu personelinin üçüncü kişiler verdikleri zararlardan ötürü sorumluluklarının Anayasa'nın 40, 129/5 ile 657 sayılı DMK'nun 13'ncü madde hükümleri karşısında durumu konusunda bkz. **Günday**, s.327 vd.; **Akyılmaz, Bahtiyar** (2004) İdare Hukuku, Konya, Sayram, s.405; **Atay**, s.736 vd.

Türk hukukunda da kusurların bir araya gelmesi ya da iç içe girmesi halinde, zararın idareye yüklenebileceği kabul edilmektedir.¹⁹⁷ Bunun yanında DURAN'ın ortaya atıp¹⁹⁸ GÜRAN'ın¹⁹⁹ geliştirdiği personelin hizmetten mutlak surette ayrılmayan kişisel kusurlarının aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan görev kusuru kavramından hareketle, bu zararların tazmininin idare tarafından yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Fransa'da giderek hizmet kusuru alanı genişletilmiş ve ajanın hizmetten tam olarak ayrılabilen kişisel kusurunun varlığı hali hariç idarenin sorumlu olduğu kabul edilmeye başlanmıştır.²⁰⁰ Buna göre ajanın hoş görülemeyen ağır kusuru, kasıt ve kötü niyetinden doğan kusuru ve kişisel çıkar gözettiği hallere ilişkin kusuru kişisel kusur sayılmaktadır.

Türkiye'de uygulama görev kusuru yönünde genişlemiş, salt kişisel kusur sayılmayacak haller dışında²⁰¹ hizmet kusuru ile birleşen görev kusurunun mevcut olduğu düşüncesine iltifatla uyumsuzlukları idarenin sorumluluğu çerçevesinde ve idari yargı yerinde görülmesi eğilimi ortaya çıkmıştır. Salt kişisel kusur sayılabilecek haller ise, zarar verme kastıyla hareket etme, ağır kusur, fiilin suç teşkil etmesi ve hizmetten tamamen ayrılabilir kusurun söz konusu olması şeklinde özetlenebilir.²⁰²

Sonuç olarak, kamu görevlisinin davranışının hizmet kusuru oluşturduğu kabul edildiğinde zarar paylaştırılabilir. Kusursuz sorumluluğa gidildiğinde zarar müterafik kusurdan dolayı paylaştırma yapılmamaktadır. İdare zararın tamamını öder, fakat sonra ajana rücu edebilir.

¹⁹⁷ **Günday**, s.327; **Esin**, s.449; **Özgüldür**, s.112. Türk hukuk öğretisinde idarenin ajanlarının kusuru ile hizmet arasındaki ilişki konusundaki görüşlerin toplu bir özeti için bkz. **Özgüldür**, s.96-136.

¹⁹⁸ **Duran. Lütfi** (1964), *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul, s.625 vd.

¹⁹⁹ **Güran, Sait** (1979) 'İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler' *Danıştay Dergisi*, s.58.

²⁰⁰ **Delcros- Delcros**, s.88. Fransa'da 13 Temmuz 1983 tarihli ve 83-634 sayılı kanunla hizmet ve görev kusurlarında öncelikle idarenin sorumlu olduğu kabul edilmiştir.

²⁰¹ Bu kavramı ilk kez ortaya atan **Duran** yukarıda açıklanan kriterlere yakın açıklamalar yapmaktadır. **Duran, Lütfi** (1974) 'Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu' Tahsin Bekir BALTA'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, s.59-120

²⁰² Türk öğretisindeki görüş ve bu kriterlerle ilgili geniş ve toplu bilgi için bkz. **Özgüldür**, s.120 vd., 126-131. Kriterlerle ilgili olarak bkz. **Atay**, s.725.

SONUÇ

İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan hâl ve sebeplerin tümü sorumluluk şartlarından illiyet bağıını tamamen veya kısmen keser. Bu hâllerin sorumluluğu etkileme durumunu, öncelik sırası hizmet kusuru, sonra risk ilkesi ve en sonra kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olacak şekilde ve sosyal risk hallerinde özel bir düzenleme olup olmadığına göre şematize ederek bir tablo halinde göstermek mümkündür. Sorumluluğu kaldıran veya azaltan hâllerle ilgili Danıştay uygulaması hakkında vardığımız sonuçları şu şeklide sayabiliriz:

İlk sonuç, önceliği olan risk ilkesine göre kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin giderek daha yaygın bir uygulama alanı bulunduğuudur. Bu şekilde adeta sorumluluk torbası olarak kabulü, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin kusursuz sorumluluğun genel esas olma²⁰³ özelliğini pekiştirmektedir.

Diğer taraftan, sosyal risk sayılan terör eylemlerinden doğan maddi zararların tazmininin özel düzenleme konusu yapılmasıyla, Danıştay uygulamasında sosyal risk ilkesi yerine hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk esasına başvurma yolu açılmıştır. Aslında kusur karinesinin zafiyeti karşısında, meşruluğunun hakkaniyet ve nısfet kurallarına dayandığı göz önünde bulundurarak sosyal risk konusu olayları illiyet bağıını genişletmek suretiyle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kapsamında temellendirmek mümkündür. Dolayısıyla, henüz yasal düzenleme konusu yapılmamış kitle hareketlerinden kaynaklanan zararların, -eğer kusur ispat edilemiyorsa- mümkün ölçüde kusurlu sorumluluk esasına göre tazmini yolunu benimsemek isabetli olabilir.

Özellikle beklenmeyen hal ile üçüncü kişinin davranışının, hizmet kusurunun aksine kusursuz sorumluluğu etkilemediği dikkate alındığında, teknolojik ve ekonomik seviyenin yükselişine paralel olarak öngörülemezliğin ve önlenemezliğin azaldığı ölçüde kusursuz sorumluluk kapsamını genişlettiği söylenebilir.

Günün idaresi sorumluluk bakımından geçmişe göre daha geniş bir yelpaze karşısındadır. Öyle ki, bazı doğal olaylarında kusur bulunmasa bile idare sorumlu tutulabilmektedir.²⁰⁴ Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin eski bir kararı bize göre bu hususta yol gösterebilecek özelliktedir: Kamuoyuna da mal olmuş söz konusu uyuşmazlıkta, sarp bir dağın yamacındaki askeri karakola çığ

²⁰³ Atay, s.775.

²⁰⁴ Yayla, s.371.

düşmesi sonucu çok sayıda asker şehit olmuştur. İdare karakolun yerini belirlerken, iklim ve hava şartlarını dikkate almaktan çok güvenlik hizmetini ön planda tutmuştur. Açılan tazminat davasında AYİM bu sebeple idarenin hizmet kusurunun bulunmadığına, ancak Anayasal ve yasal görevlerin yürütülmesi bağlamında zorunlu olarak yamaçta karakol inşa edilmesinden kaynaklanan zararın kusursuz sorumluluk esaslarına göre karşılanması gerektiğine karar vermiştir.²⁰⁵

²⁰⁵ AYİM, 2. Daire, E:1993/6, K:1993/147, T:14.4.1993, AYİMD, S.8, s.675.

KAYNAKÇA

- Akgül, Aydın** (2009) ‘Tam Yargı Davalarında Zararın Tamamıyla Zarar Görenin Kusurundan Kaynaklanması’ Terazi Hukuk Dergisi, C:4, S:32, s.111-125.
- Akyılmaz, Bahtiyar** (2004) İdare Hukuku, Konya, Sayram.
- Akyılmaz, Bahtiyar** (2005) ‘Sosyal Risk ve Uygulama Alanı’ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: IX, S:1-2, 2005, s.185-211.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil** (2018) ‘Türk İdare Hukuku,’ 9. Baskı, Ankara, Savaş.
- Anayurt, Ömer** (1989) ‘İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu’ (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Armağan Tuncay** (1997) İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara, Seçkin Kitabevi.
- Atay, E. Ethem** (2018) İdare Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Atay, E.Ethem / Odabaşı, Hasan / Gökcan, H. Tahsin** (2003) İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Azrak, Ali Ülkü** (1990) ‘İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu” Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler – III Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul.
- Aydın, Muhammed Ali** (2016) İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Bal, Yakup/Şahin, Yahya/Karabulut, Mustafa** (2003) Damıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Bucaktepe, Adil** (2013) ‘Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu’ Dicle Üniversitesi HFD, C: 17-18, S: 26-29, s.93-122, Diyarbakır.
- Candan, Turgut** (2011) Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Çağlayan, Ramazan** (2007) Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara, Adil Yayınevi.
- Çağlayan, Ramazan** (2017) İdari Yargılama Hukuku, 9.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Çatak Irız, Betül** (2011) Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Doğan İdarenin Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Çıtak, Halim Alperen** (2014) İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Ankara, Adalet Yayınevi.

Çoban, Ayşegül (2003) ‘Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi’ Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:1-2, s.319-337.

Delcros, Xavier/Delcros, Bertrand (1976) L’unité de la personnalité juridique de l’Etat, LGDJ, Paris, (Çev. Turgut CANDAN (1984) Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu, Ankara, Danıştay Yayınları No: 39).

Duran, Lütfi (1974) ‘Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu’ Tahsin Bekir BALTA’ya Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını, s.59-120.

Duran, Lütfi (1974) Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara, TODAİE Yayınları.

Duran, Lütfi (1964) İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Düren, Akın (1979) İdare Hukuku Dersleri, Ankara, Sevinç Matbaası.

Erkut, Celâl (2000) ‘Deprem ve İdarenin Sorumluluğuna Danıştay’ın Yaklaşımı’, Deprem ve Hukuk, İstanbul 2000, s.44-49, İstanbul Barosu Yayınları.

Esin Yüksel (1976) Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, 2.Baskı, Ankara, Güven Matbaası.

Evren, Çınar Can (2010) ‘İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep’ Gazi Üniversitesi hukuk fakültesi Dergisi, C: XIV, S:1, s.263-297.

Gözler, Kemal (2009) İdare Hukuku, C:I-II, 2. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi.

Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut (2001) İdare Hukuku, C:I Genel Esaslar, 2.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Gözübüyük, Şeref (2007) Yönetmelik Yargı, 26.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Gözübüyük, A. Pulat (1977) Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Hâller, Ankara, Kazancı.

Günday, Metin (2017) İdare Hukuku, 11.Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.

Güran, Sait (1979) ‘İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler’ Danıştay Dergisi, s.34-35.

Güran, Sait (1969) ‘1965-1969 Arası Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre Askeri Taşıtların Sorumluluğunun Sebep Olduğu Tazminat Davalarında Görev Meselesi’, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y.3, S:5, s.307-332.

Karavelioğlu, Celâl (2001) İdari Yargılama Usulü Kanunu, C: I, 5. Baskı, Ankara, Kendi yayını.

Kalabalık, Halil (2009) İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Konya, Sayram.

Kaplan, Gürsel (2018) İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi.

Köksal, Mustafa (2010) ‘Sosyal Risk İlkesi Tarih mi Oluyor?’ Terazi Hukuk Dergisi, Y.5, S: 42, s.87-106.

Onar, Sıddık Sami (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C: III, İstanbul, Marifet Basımevi.

Oytan, Muammer (1999) Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışında Gelişmeler, Ankara.

Ozansoy, Cüneyt (1989) ‘Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu’ (Doktora), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi.

Özdemir, Necdet (1963) Hizmet Kurusu Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara, Ankara İktisadi ve İdari İlimler Akademisi Yayını.

Özgüldür, Serdar (1996) AYİM Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Sarıca, Ragıp (1949) ‘Hizmet Kusuru ve Karakterleri’ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: XV, S:4, İstanbul, s.859-895.

Sancakdar, Oğuz (2014) İdare Hukuku, Teorik Çalışma Kitabı, 4.Baskı, Ankara, Seçkin.

Sancakdar, Oğuz (2018) İdari Yargılama Hukuku: Genel Esaslar, İzmir, Kendi yayını.

Şaşmaz, Aysema Pelin (2016) “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış, Kırıkkale Üniversitesi Ekonomi, İşletme, Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (JEBPIR), C:2, S:2, s.211-235.

Tan, Turgut (2015) İdare Hukuku. 4. Baskı, Ankara, Turhan kitabevi.

Yaman, Murat (2015) İdari Yargı Dava Rehberi, 4.B., Ankara, Adalet Yayınevi.

Yaşar, Hasan Nuri (2008) ‘İdarenin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası’ C: LXVI, S:1, s.201-220.

Yayla, Yıldızhan (1980) ‘İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep’ Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul.

Yayla, Yıldızhan (2009) İdare Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Yayla, Ahmet (2015) İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, İstanbul, Oniki-levha Yayıncılık.

Yıldırım, Turan (2008) İdari Yargı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Yıldız, Hayrettin (2016) ‘İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İliyet Bağı Meselesi’ Türkiye Barolar Birliğı Dergisi, S:116, s.135-178.

EK: İDARENİN SORUMLULUĞU KALDIRAN VE AZALTAN HÂLLERE İLİŞKİN DANIŞTAY UYGULAMASI ŞEMASI

SORUMLULUK TÜR VE ESASI SORUMLULUĞU ETKİLEYEN HÂLLER		İDARENİN SORUMLULUK ESASLARI				AÇIKLAMALAR
		ÖZEL KANUN (1)	KUSUR SORUMLULUĞU → (2)	KUSURSUZ SORUMLULUK		
		RİSK/HASAR ESASI → (3)	K.K.K. EŞİTLİK ESASI → (4)			
MÜCBİR SEBEP		*	SORUMLULUĞU TAMAMEN KALDIRIR		(I)	
BEKLENMEYEN HÂL		*	TAMAMEN KALDIRIR	→ ETKİLEMEZ	Rakam ve oklar, sorumluluk türünün ve esasının öncelik sırasını gösterir.	
ZARAR GÖRENİN DAVRANIŞI (KUSURU)	ASLI FAİL İSE	*	TAMAMEN KALDIRIR			
	MÜTERA FİK İSE	*	AZALTIR + PAYLAŞILIR		(II) <u>SOSYAL RİSK HALİNDE</u>	
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DAVRANIŞI (KUSURU)	3. KİŞİ ASLI FAİL	*	TAMAMEN KALDIRIR	→ ETKİLEMEZ + RÜCU	- ÖNCE: özel kanun, - SONRA: Zaran önleme ve en aza indirmede yeterlilik varsa Hizmet Kusuru, - EN SON: Kusur yoksa duruma göre hakkaniyet (KÖKE) esasları, - BAZEN: müstakil ilke olarak öncelikte uygulanmaktadır.	
	ORTAK	*	AZALTIR + PAYLAŞILIR	→ ETKİLEMEZ + RÜCU		
KAMU GÖREVLİSİNİN (ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN) DAVRANIŞI	HİZMET KUSURU + KİŞİSEL KUSUR	*	ETKİLEMEZ + RÜCU	—		
	DİĞER	*	—	▲ ETKİLEMEZ + RÜCU		
	SALT KİŞİSEL KUSUR	*	SORUMLULUĞU TAMAMEN KALDIRIR			

(*) İdareyi sorumlu tutan özellikle sosyal risk ile ilgili özel bir düzenleme varsa öncelikle bunların hükümleri uygulanacağından, kapsam ve şartlarına göre bu haller sorumluluğu etkileyebilir.

**“TENSİKÂT-I ADLİYYE: MAHKEME-İ TEMYİZ” ADLI MAKALE
BAĞLAMINDA MEHMED ÂRİF’İN TEMYİZ MAHKEMESİ
HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Arş. Gör. Aslıhan NESLİ*

ÖZET

Osmanlı Devleti’nde Tanzimat dönemi, hukuk alanında yeniliklerin yapıldığı bir dönem olmuştur. Bu dönemde yabancı ülkelerden iktibas edilen kanunların yanında, Ticaret Mahkemeleri gibi bazı özel mahkemeler de kurulmaya başlanmıştır. Klâsik dönem Osmanlı yargı teşkilâtında şer’iyye mahkemeleri ön plânda iken; Tanzimat döneminde mahkemeler, görevlerine göre farklılaşmaya başlamıştır. Meşrutiyet dönemi ise, adliye alanında çeşitli islahatların yapıldığı bir dönem olmuştur. Çalışmamızda hukukçu kimliğine sahip Gümülcine mebûsu Mehmed Ârif’in, Temyiz Mahkemesi ile ilgili görüşlerinin yer aldığı, İlm-i Hukûk ve Mukâyese-i Kavânin Mecmuası’nda 13 Ekim 1909 tarihinde yayınlanan “Tensikât-ı Adliyye: Mahkeme-i Temyiz” başlıklı makalesi inceleme konusu yapılmıştır. Çalışmanın amacı, Osmanlı Türkçesi ile yazılmış bulunan makaleyi Latin harfleri ile ifade ederek günümüz Türkçesi’ne kazandırmak ve dönemin hukukî sorunlarını ortaya koymaktır. Nitekim makalede, dönemin temyiz yargılaması alanındaki sorunlara değinildiği görülmektedir. Bunun yanında çalışmada, Temyiz Mahkemesi’nin ortaya çıkış süreci ve söz konusu makale yazarı hakkında kısaca bilgi verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Temyiz Mahkemesi, Tanzimat Dönemi Osmanlı Yargılama Hukuku, Adliye Islahatları, Mehmed Ârif, İlm-i Hukûk ve Mukâyese-i Kavânin Mecmuası

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı,
aslihanes@gmail.com (Geliş Tarihi: 15.06.2018 - Kabul Tarihi: 21.10.2018)

**EVALUATION OF MEHMED ÂRİF'S OPINIONS ON THE COURT
OF APPEAL IN THE CONTEXT OF ARTICLE NAMED "TENSİKÂT-I
ADLİYYE: MAHKEME-İ TEMYİZ"**

ABSTRACT

The Tanzimat period in the Ottoman Empire was a period of innovations in the courts. In this period, besides the laws quoted by foreign countries, some special courts such as the Commercial Courts started to be established. In the classical Ottoman jurisdiction, while the sharia courts were in the foreground, during the Tanzimat period, the courts began to differentiate according to their duties. The Constitutional period was a period when various reforms were made in the court area. In our work, the article "Tensikât-ı Adliyye: Mahkeme-i Temyiz" published on 13 October 1909 in *İlm-i Hukûk* and *Mukâyese-i Kavânin* Journal, where the opinions about the Court of Appeal of Gümülcine deputy Mehmed Ârif who has a jurist identification in, has been studied. The aim of the study is to express the article written in Ottoman Turkish with the Latin letters and to gain it to the contemporary Turkish and to reveal the legal problems of the period. As a matter of fact, it seems that in the article was referred to the problems of the period in the field of appeal. In addition to this, brief information is given about the process of appearance of the Court of Appeal and the related article writer.

Key Words: The Ottoman Appeal Court, Ottoman Jurisdiction in Tanzimat Period, Courthouse Reforms, Mehmed Ârif, *İlm-i Hukûk* and *Mukâyese-i Kavânin* Journal

GİRİŞ

Yargılama hukuku, “Usûl esasa mukaddemdir” kuralının öneminin ortaya çıktığı, adaletin gerçekleşmesine hizmet eden bir alandır. Mahkemelerde yargılama hukuku bakımından geçerli olan hukuk kurallarının yanında, mahkeme teşkilâtının işleyişi ve bu teşkilâta görevli olan kimselerin nitelikleri de oldukça önemlidir. Osmanlı Devleti’nde Tanzimat dönemi, adliye alanında yeniliklerin yapılmaya çalışıldığı bir dönem olmuştur. Bu yenilik arayışının kökeninde birden çok sebep yer almaktadır. İslahata duyulan ihtiyaç, hukukî sebepler, bu dönemde yaşanan ticarî gelişmeler, yabancı devletlerin baskıları, merkezî otoriteyi güçlendirme arzusu adli reformların sebepleri arasında gösterilmektedir.

Çalışmamızda Osmanlı Devleti’nin son dönemlerinde, İkinci Meşrutiyet’ten sonra yazılmış bir makale inceleme konusu yapılmıştır. 1909 yılında İlm-i Hukûk ve Mukâyese-i Kavânin Mecmuası’nda, Gümülcine mebûsu Mehmed Ârif tarafından yazılan makalede, adliye alanında gerçekleştirilen ıslahat (tensikât) neticesinde Temyiz Mahkemesi’nin durumu değerlendirilmiştir. Çalışmanın amacı, söz konusu makaleyi Latin harflerine çevirmek sûretiyle günümüz Türkçesi’ne kazandırmak ve yazarın Temyiz Mahkemesi ve yargılaması hakkındaki görüşlerini ortaya koymaktır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, Tanzimat dönemi mahkeme teşkilâtının genel durumu hakkında bilgi verilip Temyiz Mahkemesi’nin ortaya çıkış süreci incelenmektedir. İkinci bölümde, çalışma konusu makalenin yazarı olan Mehmed Ârif’in kim olduğu ve söz konusu Mecmua’da hangi yazıları kaleme aldığı belirtilmektedir. Üçüncü bölümde, tensikât kavramı, 1 Temmuz 1909 (12 Cemâziyelahir 1327/17 Haziran 1325) tarihli Tensikât Kanunu ve yazarın makalede yer alan görüşleri hakkında bilgi verilmektedir. Bu kapsamda yazarın eleştiri konusu yaptığı hususlar açıklanmaya çalışılmaktadır. Makalenin transkripsiyonu ve Osmanlıca aslı ise çalışmanın sonuna eklenmiştir.

I. TANZİMAT DÖNEMİNDE TEMYİZ MAHKEMESİ'NİN KURULUŞU

19'uncu yüzyıl, Batı'da köklü değişikliklerin yaşandığı bir dönem olmuştur. Sanayi İnkılâbı, dünyanın ticarî ve iktisadî yapısının yanında, sosyal ve hukukî yapının dönüşmesinde de etkili olmuştur. Şüphesiz Osmanlı Devleti de, bu değişim ve dönüşümden etkilenmiştir. Osmanlı Devleti'nde siyasî, sosyal, ticarî, iktisadî ve hukukî değişikliklerin yaşandığı dönem, Tanzimat Dönemi olarak bilinmektedir¹.

Osmanlı klâsik döneminde mahkemeler ile ilgili büyük ölçüde yeknesaklık bulunmaktadır. Tanzimat döneminde ise, farklı mahkemeler kurulmaya başlanmıştır. Özellikle adliye alanında gerçekleştirilen yeniliklerin birçok sebebi vardır².

1840 yılında ceza yargılaması yapan Meclis-i Tahkikât'ın, 1847 yılında karma mahkemelerin kuruluşu³ ve 1860 yılında ticaret meclislerinin "Ticaret Mahkemeleri" adını alması ile başlayan teşkilâtlanma süreci, nizamiye mahkemelerinin kurulması ile devam etmiştir. *1864 Vilâyet Nizamnâmesi* ile idare ve adliye birbirinden ayrılmış; taşra meclislerinin adlî görevleri, Fransız örneği dikkate alınarak kurulan nizamiye mahkemelerine verilmiştir. Bu mahkemeler ceza davalarının yanında, bazı hukuk davalarına bakmakla yetkilendirilmişti. Bu dönemde şer'iyeye mahkemeleri görevine devam ettiği için, yeni kurulan mahkemeler ile şer'iyeye mahkemeleri arasında yetki ve görev uyumsuzlukları yaşanmıştır. Nitekim Tanzimat döneminde dikkati çeken en önemli hususlardan biri, mahkeme teşkilâtındaki ikili sistemin ortaya çıkardığı sorunlardır. Ayrıca bu dönemde, istinaf ve toplu hâkim yargılamasının benimsendiği bilinmektedir⁴.

¹ **Aydın, Mehmet Âkif** (2013) *Türk Hukuk Tarihi*, Tıpkı 11. Baskı, İstanbul, Beta, s. 419. Bu dönemde hukuk alanında gerçekleşen resepsiyon süreci için bkz. **Bozkurt, Gülnihal** (1996) *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s. 39 vd.

² Adli reformların sebepleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Aydın**, s. 420-424; **Ekinci, Ekrem, Buğra** (2001) 'Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri', *Ankara Barosu Dergisi*, s. 61-65; **Ekinci, Ekrem Buğra** (2004) *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*, İstanbul, Arı-Sanat, s. 27-50; **Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2015) *Türk Hukuk Tarihi*, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Konya, Sayram, s. 177-188, 544-549. Konuyla ilgili değerlendirmeler için bkz. **Fendoğlu, Hasan Tahsin** (2000) *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 651-659.

³ **Bozkurt**, s. 116; **Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal** (2015) *Türk Hukuk Tarihi*, Tamamen Yenilenmiş 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 357; **Cin/Akyılmaz**, s. 182.

⁴ **Ekinci** (2001), s. 66-67; **Ekinci** (2004), s. 105 vd.; **Ekinci, Ekrem Buğra** (2014) *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, Arı Sanat, s. 577 vd.; Ko-

1879 yılında yayınlanan *Mehâkim-i Nizamiyenin Teşkilâtı Kanun-ı Muvaakkati* ile yeni bir teşkilatlanmaya gidilmiş; kaza, sancak ve vilâyetlerdeki nizamiye mahkemelerinin adları değiştirilmiştir⁵.

Klâsik dönemde, şer'iyeye mahkemelerinin kararları, üst bir yargı mercii tarafından sistematik bir şekilde kontrol edilmemekteydi. Bir uyumsuzluğun tarafları diledikleri takdirde, Divân-ı Hümâyun'a şikâyet yoluyla başvurabilirlerdi. Tanzimat döneminde ise, mahkeme kararlarının temyizi açıkça kabul edilmiştir. Nizamiye mahkemelerinin kararları, Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye'de temyiz edilebilmiştir. 1837 yılında kurulan ve merkezde işlenen suçlar için bidâyet, devlet memurları için idare mahkemesi; aynı zamanda üst yargı mercii olarak görev yapan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye⁶, 1868 yılında Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye ve Şûra-yı Devlet adlarıyla iki ayrı organ olarak görevine devam etmiştir⁷.

Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye, iki mahkemeden oluşmaktadır. Bunlardan birincisi Mahkeme-i Temyiz olup; görev ve yetkisi, taşradaki nizamiye mahkemeleri tarafından verilen hukuk ve ceza davaları ile ilgili kararları incelemektir. İkincisi ise, Mahkeme-i Nizâmiye adıyla İstanbul'daki en büyük nizamiye mahkemesi olarak davaları bidâyeten ve istinâfen incelemekle görevli olmuştur⁸. 1879 yılında Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye, Mehâkim-i Nizamiye Teşkilât Kanunu ile sadece Mahkeme-i Temyiz adını almıştır⁹.

nyula ilgili bkz. **Bozkurt**, s. 119-120, 124; **Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed** (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s. 730-732, 759-760; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 358-359; **Cin/Akyılmaz**, s. 177, 182-184.

⁵ **Ekinci** (2004), s. 203-204.

⁶ Bu meclisin kanun taslaklarını hazırlamak gibi önemli bir görevi daha bulunmaktadır. Nitekim 1840 ve 1851 ceza kanunları söz konusu meclis tarafından hazırlanmıştır. Ancak bu görev 1854 yılında, Meclis-i Âli-i Tanzimat adlı yeni bir kurula devredilmiştir. 1861 yılında ise, bu iki meclis Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye adıyla birleştirildi ve Meclis-i Âli-i Tanzimat, yeni kurulan meclisin bir dairesi haline geldi. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozkurt**, s. 134-149. Ayrıca bkz. **Cin/Akyılmaz**, s. 184-186, 549.

⁷ **Bozkurt**, s. 120, 136; **Aydın**, s. 426; **Ekinci** (2001), s. 67; **Ekinci** (2004), s. 213-214; **Fendoğlu**, s. 658.

⁸ **Bozkurt**, s. 141-142. Ayrıca bkz. **Aydın**, s. 426. Temyiz Mahkemesi ile ilgili bkz. **Ekinci** (2014), s. 388-392.

⁹ **Aydın**, s. 426. **Bozkurt**, istinaf bölümünün 1870 yılında, Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnamesi'nde yapılan değişiklik sonucunda kaldırıldığını, geri kalan temyiz bölümünün Yargıtay'ın ilk hâli olduğunu, böylece temyiz-istinaf karışıklığının sona erdiğini belirtmiştir (**Bozkurt**, s. 146).

Mahkeme-i Temyiz, Osmanlı Devleti'nin yıkılışına kadar faaliyetlerine devam etmiş; 1922 yılından itibaren elindeki dosyaları, *Sivas'ta Muvakkat Temyiz Heyeti Teşkiline Dâir Kanun* ile kurulan temyiz heyetine devretmiştir¹⁰.

II. MEHMED ÂRİF'İN HAYATI VE ESERLERİ

Edirne Uzunköprü'de doğan Mehmed Ârif Efendi, hukuk mektebi mezunudur. Çatalca Savcı Yardımcılığı yaptığı dönemde Meclis-i Mebûsân seçimine katılmış; 24 Kasım 1908'de 52 oy ile Edirne Gümülcine'den mebûs olarak seçilmiştir. Birinci Dönem (1908-1912) ve İkinci Dönem (1912-1912)¹¹ Meclis-i Mebûsân'da yer alan Mehmed Ârif Efendi, Adliye Encümeni Mazbata Muharirliği (Adliye Komisyonu Tutanak Yazarlığı) görevinde bulunmuştur¹².

Mehmed Ârif mebûs olmasının yanı sıra, İlm-i Hukûk ve Mukâyese-i Kavânin Mecmuası'nın (Hukuk İlmi ve Kanunların Karşılaştırması Dergisi) da sahibidir. Bu Mecmua, İkinci Meşrutiyet'ten sonra hukuk alanında yapılan düzenlemeler ile bu alandaki sorunları ele alan bir yayın olması nedeniyle önem taşımaktadır. 13 Nisan 1909'da yayınlanmaya başlayan Mecmua, toplam 24 sayı çıkmıştır. Mecmua'da Hasan Fehmi Paşa, Kont Leon Ostrogog, Ahmed Şuayb, Kırkor Zöhrab, Yanko Vitinos, Agob Babikyan gibi hukuk alanında çalışan önemli kimselerin makaleleri bulunmaktadır¹³.

İlm-i Hukûk ve Mukâyese-i Kavânin Mecmuası'nda Mehmed Ârif tarafından yazılan makaleler şu şekildedir;

“İdam Cezası: Tarihçesi, Bizde İcrâ Edilememesi Esbâbı” (Sayı: 1, 31 Mart 1325),

“Tanzîm-i İlmât-ı Hukûkiyye Basitleştirilmeli” (Sayı: 2, 30 Nisan 1325),

“Memleketimizde Tebaa-ı Yunaniyenin Mevki-i Kanûniyeleri” (Sayı: 3, 31 Mayıs 1325),

¹⁰ **Ekinci** (2001), s. 67; **Ekinci** (2004), s. 213-214.

¹¹ İkinci dönem, 1912 yılında başlayıp aynı yıl sona ermiştir.

¹² **Güneş, İhsan** (Hazırlayan) (1997) Türk Parlamento Tarihi, Meşrutiyete Geçiş Süreci I. ve II. Meşrutiyet, C: 2, Ankara, TBMM Vakfı Yayınları, s. 27, 46, 346.

¹³ **Demirel, Fatmagül** (2005) 'Kütüphane Rafında Okuyucusunu Bekleyen Bir Yayın: *İlm-i Hukuk ve Mukâyese-i Kavânin Mecmuası*', Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C: 3, S: 5, s. 757.

- “Teşkilât-ı Adliye-I: Seyyar Sulh Hâkimleri” (Sayı: 4, 30 Haziran 1325),
- “Teşkilât-ı Adliye-II: Anadolu ve Arabistan Vilâyâtında” (Sayı: 6, 31 Ağustos 1325),
- “Tensikat-ı Adliye: Mahkeme-i Temyûz” (Sayı: 7, 30 Eylül 1325),
- “Memleketimizde Tebaa-ı İraniyenin Mevki-i Kanunları” (Sayı: 8, 30 Teşrin-i Evvel 1325),
- “Hükûmet-i Ecnebiye ile Münasebâtında Mehâkim-i Osmâniyye” (Sayı: 9, Teşrin-i Sani 1325),
- “Meclis-i Millî Azâsının Muâfiyât-ı Kanûniyyesi: Immunité Parlementaire” (Sayı: 10, 31 Kanun-ı Evvel 1325),
- “Meclis-i Millî Azâsının Muâfiyât-ı Kanûniyyesi: Immunité Parlementaire” (Sayı: 11, 31 Kanun-ı Sani 1325),
- “Meclis-i Millî Azâsının Muâfiyât-ı Kanûniyyesi: Immunité Parlementaire” (Sayı: 12, 28 Şubat 1325),
- “Bâbiâli ile Sefâret-i Ecnebiyye Beynindeki İhtilâfât-ı Adliyye” (Sayı: 12, 28 Şubat 1325),
- “Bâbiâli ile Sefâret-i Ecnebiyye Beynindeki İhtilâfât-ı Adliyye” (Sayı: 13, Mart 1325),
- “Avrupa Hükûmâtının Teşkilât-ı Esâsiyyesinden: İngiltere, Meşrûtiyet-i İdâre” (Sayı: 15, Eylül 1325),
- “Alem-i Hukûkda Bir Za-yâ-ı Mühimm” (Sayı: 17, Tarih Belirtilmemiştir),
- “Hukuk-ı Siyâsiye Mebahisinden: Hakk-ı İstizâh-Hakk-ı Suâl” (Sayı: 18, 1326),
- “Hukuk-ı Siyâsiye Mebahisinden: Hakk-ı İstizâh-Hakk-ı Suâl” (Sayı: 19, 1326),
- “Avrupa Hükûmat-ı Hazırasının Teşkilât-ı Siyâsiyyesi: Parlamento” (Sayı: 19, 1326),
- “Hukuk-ı Siyâsiye Mebahisinden: Tahkikat-ı Teşriyye” (Sayı: 20, 1327),
- “Avrupa Hükûmat-ı Hazırasının Teşkilât-ı Siyâsiyyesi: İngiltere, Avam Kamarası” (Sayı: 20, 1327),
- “Avrupa Hükûmat-ı Hazırasının Teşkilât-ı Siyâsiyyesi: İngiltere Parlamantosunu'nun Vezâifi” (Sayı: 21-22, 1327)¹⁴.

¹⁴ Makale dizininde *Demirel*'in çalışmasından ve İSAM verilerinden birlikte yararlanılmıştır.

Mehmed Ârif, yukarıda zikredilen makaleleri mebûs olduğu dönemde kaleme almıştır. Ancak Adliye Encümeni Mazbata Muharrirliği görevinden sonra hangi faaliyetlerde bulunduğu ve ölümü hakkında, tarafımızca herhangi bir bilgi bulunamamıştır.

III. ADLİYE TEŞKİLÂTINDA TENSİKÂT VE 1909 TARİHLİ TENSİKÂT KANUNU

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat dönemi ile birlikte bir değişim sürecine girilmiştir. Bu değişimden etkilenen alanların başında hukuk; kurumların başında ise adliye teşkilâtının olduğu yukarıda belirtilmişti. 1909 Tensikât Kanunu¹⁵ ile adliye memurlarının durumlarının tahkik edilmesi ve göreve devam edecekler ile açığa alınacakların belirlenmesi için komisyon kurulması kararı alınmıştır¹⁶.

“Sıralamak, inci vb. şeyleri düzgün dizmek, sözün kelimelerini inci dizisi gibi sıralamak” anlamındaki *nesk* kelimesinden türeyen “tensik”in sözlük anlamı, *düzgün biçimde dizmektir*¹⁷. Tensik kelimesi hukukî bir terim olarak daha çok tanzim etme, düzeltme, ıslâh anlamlarında kullanılmaktadır. “Tensikât” kelimesi ise, tensikin çoğul hâlini belirtmektedir¹⁸.

Osmanlı hukuk sisteminde tensikât kavramı, gerçekleştirilen ıslahatları ifade etmek için kullanılmıştır. Tanzimat döneminde çıkarılan Tensikât Kanunu ile memurlar bakımından bir tasfiye süreci başlamıştır¹⁹. Siyasî, hukukî ve sosyolojik temelleri olan bu süreç²⁰, 1 Temmuz 1909 (12 Cemâziyelahir 1327/17 Haziran 1325)'da çıkarılan Tensikât Kanunu ile kanunî bir boyut kazanmıştır²¹.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tural, Erkan** (2006) ‘II. Meşrutiyet Döneminde Devletin Restorasyonu Bağlamında 1909 Teşkilat ve Tensikat Kanunu’ (Doktora), Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, s. 46-104.

¹⁶ **Düstur**, İkinci Tertip, C: 1, s. 326, m. 1.

¹⁷ **Durmuş, İsmail** (2011) TDV İslâm Ansiklopedisi, “Tensik” maddesi, C: 40, s. 465, <<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c40/c400270.pdf>>, s.e.t. 24.04.2018.

¹⁸ **Sami, Şemseddin** Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle): Gündoğdu, Raşit/Adıgüzel, Niyazi/Önal, Ebul Faruk (Hazırlayanlar) (2014), 4. Baskı, İstanbul, İdeal Kültür Yayıncılık, s. 349.

¹⁹ Kanun için bkz. **Düstur**, İkinci Tertip, C: 1, s. 326-333.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tural, s. 57-78; Manav, Nursel** (2017) ‘II. Meşrutiyet’te Abdülhamid Kadrolarının Tasfiyesi ve Tekaid Sandıkları’, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C: 2, S: 1, s. 241 vd.

²¹ **Düstur**, İkinci Tertip, C: 1, s. 326-333. Söz konusu düzenleme, âyândan bir kişinin başkanlığında tayin edilecek üç kişilik komisyonların kurulmasını ve her nezaret bakımından

Kanun, toplam 18 maddeden oluşmaktadır. Kanun ile tensikât işlemleri için komisyon görevlendirilmesi; komisyonun görevleri; vilâyet merkezlerinde bulunan memurlar için kurulacak komisyon ve bu komisyonun üyeleri; ma'zu-liyet maaşı belirlenmesi, bu maaşı alabilecek kimseler, maaşın miktarları ile emeklilik gibi hususlar düzenlenmiştir²².

Tensikât Kanunu, her daire ve nezarete âyândan bir kişinin birinci, mebûslardan bir kişinin ikinci başkanlığında, dairelerce seçilecek üçer üyeden oluşan birer komisyon kurulmasını öngörmektedir. Bu komisyonların görevi, hükümet daireleri ve bütün mahkemelerde icra edilecek tensikât nedeniyle, her daire ve nezâret bakımından memuriyete devam edecek olanlar ile açığa alınacak olanları tespit etmek idi. Bunun yanında komisyonun, meşrutiyetin ilanından sonra bir nedenle memuriyetten azl edilen veya ayrılan memurlar, hâkimler ve kâtipler hakkında, önceki durumlarını ve mesleği yapabilme becerilerini (derece-i iktidarlarını) dikkate alarak, uygun gördüklerinin ve gerekli miktarının istihdamına karar vermesi gerekmektedir²³.

Komisyon gerçekleştirdiği araştırma neticesinde, durumları istihdama lâyık olmayanları belirleyecekti. Bu kimseler hizmet süreleri dikkate alınmaksızın, tazminat ve maaş ödenmeden ihraç edilecekti²⁴.

Kanun, istihdama lâyık olmadıkları gerekçesiyle, haklarında tazminatsız ihraç kararı verilen kimselerin, nezâretlere ya da mahkemelere yapacakları şikâyetleri “dinlenemez” (gayr-i mesmu‘) kabul etmiştir. Kişilerin verilen karara karşı yalnızca Meclis-i Mebûsan’a başvurma hakları vardı²⁵.

Mehmed Ârif'in incelemeye konu makalesi, söz konusu Tensikât Kanunu'nun yayınlanmasından üç ay gibi kısa bir süre içerisinde kaleme alınmıştır. Yazar makalede, Meşrutiyet döneminde idare ve adliyenin durumu ile ilgili değerlendirmelerde bulunmasının yanı sıra; adliye alanında gerçekleştirilen tensikât, adliye tensikât komisyonu ve temyiz mahkemesi hakkındaki görüş ve eleştirilerini ortaya koymuştur. Aşağıdaki bölümde yazarın konuyla ilgili görüşleri, kendi içerisinde bir bütünlük oluşturması adına, ayrı başlıklar altında incelenecektir.

tensikât işlemine muhatap olacak memurların belirlenmesini öngörmekteydi. Bu doğrultuda yapılan inceleme neticesinde, işleme muhatap memurlardan hangilerinin istihdam edilebilir, hangilerinin kadro dışında kalması gerektiği belirlenecekti (Manav, s. 243).

²² **Düster**, İkinci Tertip, C: 1, s. 326-333.

²³ **Düster**, İkinci Tertip, C: 1, s. 326, m. 1.

²⁴ **Düster**, İkinci Tertip, C: 1, s. 326, m. 10.

²⁵ **Düster**, İkinci Tertip, C: 1, s. 326, m. 15.

IV. MEHMED ÂRİF'İN TENSİKÂT KANUNU ÇERÇEVESİNDE TEMYİZ MAHKEMESİ BAKIMINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN UYGULAMALAR HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ

A. YAZARIN MEŞRUTİYET DÖNEMİNDE İDARE VE ADLİYENİN DURUMU İLE İLGİLİ GENEL DEĞERLENDİRMELERİ

Mehmed Ârif, kaleme aldığı yazıya, Meşrutiyet öncesi ve sonrası dönemde adliye ve idarenin durumu hakkında bilgi vererek başlamış; Temyiz Mahkemesi ile ilgili görüşlerini daha sonra ortaya koymuştur. Yazar, ilk olarak geçmiş devirlerde devlet idaresinde adam kayırma sorununa dikkat çekmiştir. Binlerce kişinin devlet kalemlerine düşük bir maaşla kayırılarak yerleştirildiğinden ve bunun, vatanın asıl iş gücünü oluşturması gereken gençleri “hastalıklı bir hâl ve rehâvete mahkûm ettiğinden” söz etmiştir²⁶.

Makalede dikkat çekilen bir başka husus, bu dönemde bürokratik işlemlerin çok karışık niteliği ve birçoğunun geciktirilmek sûretiyle sürüncemede bırakılmasıdır. Öyle ki, birkaç satırlık bir tezkirenin yazılmasının haftalarca, hatta aylarca bekletilebildiği belirtilmiştir²⁷.

Yazar, o dönemde birçok mahkemenin, diğer daireler ve kalemlerden daha kötü durumda olduğunu ifade etmiş; birkaç yüz kuruş alacağını tahsil etmek için mahkemeye başvuran fakir kimselerin, alacak miktarına yakın miktarda masraf yapmadan söz konusu meblağı tahsil etmelerinin mümkün olmadığına değinmiştir²⁸.

Meşrutiyetin ilanı ile bu suiistimallere bir durağanlık geldiğini belirten yazar, memurların kendi yaptıkları nedeniyle korku içinde kaldıklarını, durumun nasıl şekilleneceği, ne tarafa yöneleceği hususunda halkta bir belirsizlik olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte haksızlık yapan memurların kovulmalarına rağmen, zaman içinde eski hale dönülmesinden şikâyetçi olmuştur²⁹.

Mehmed Ârif'in Meşrutiyet dönemi öncesine ilişkin tespitleri incelendiğinde, idare ve adliye alanında hukuka aykırı durumların yaşanmış olduğu gö-

²⁶ Mehmed Ârif (1325) ‘Tensikât-ı Adliyye: Mahkeme-i Temyiz’, İlm-i Hukûk ve Mukâyese-i Kavânin Mecmuası, Birinci Sene İkinci Cild, Numero: 1-7, s. 28.

²⁷ Mehmed Ârif, s. 28.

²⁸ Mehmed Ârif, s. 28.

²⁹ Mehmed Ârif, s. 28-29.

rılmaktadır. Kamu görevine seçimde liyâkat esasının ihmal edilmesi, usul ekonomisinin³⁰ dikkate alınmaması buna örnektir. Nitekim kamu görevine seçimde liyâkat esasının yeterince dikkate alınmamış olması, Tensikât Kanunu çerçevesinde memurların görevden azli ile sonuçlanmıştır. Bununla birlikte bazı kaynaklarda, memurların azil sürecinin siyasî yönüne de dikkat çekilmektedir³¹.

B. YAZARIN ADLİYE ALANINDAKİ TENSİKÂTLA İLGİLİ GÖRÜŞLERİ

Mehmed Ârif makalesinde, Devlet'in merkez teşkilâtında gereğinden fazla memur bulunduğu ve bunların arasında istihdama lâıyk olmayanların varlığından söz etmiştir. Tensikât Kanunu (Islahat Kanunu), çok sayıda ehliyetsiz memurun kamu görevinden çıkarılması ve devlet işlerinin düzgün bir şekilde ilerlemesini sağlamak amacıyla çıkarılmıştı. Yazara göre, söz konusu Kanun şeklen iktisap edilerek uygulanmaya başlandığı için, Kanun'un yayınlanmasından sonra, memleketçe genel ahlâk ve diğer yönlerden zararın ortaya çıkıp çıkmayacağı konusuna değinmek gereksizdi³².

Makalede dikkat çekilen bir diğer husus, mahkemelerde icra edilecek ıslahat ile diğer dairelerdeki ıslahat arasındaki büyük farktır. Çünkü mahkeme memurlarının en yüce sınıfını teşkil eden hâkimlerin azledilemez oldukları³³ bilinmektedir. Hatta Tensikât Kanunu'nun incelenmesi sırasında bu durum konu

³⁰ Yargılamanın çabuk ve ucuz olmasını belirten usul ekonomisi ilkesi, günümüzde 1982 Anayasası ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) tarafından güvence altına alınmıştır: "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" (Anayasa, m. 141); "Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür" (HMK, m. 30).

³¹ **Manav**, s. 241 vd. Konuyla ilgili ayrıca bkz. **Tural**, s. 57-78.

³² **Mehmed Ârif**, s. 29.

³³ Hâkimlerin azledilemez oldukları kuralı, günümüzde hâkimlik teminatı olarak ifade edilmektedir. Hâkimlerin azledilmezliği kuralı, Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır: "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler. Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek

edilmiş ve Kânûn-ı Esâsî ile azledilemez oldukları tasdik edilmiş olan hâkimlerin, böyle özel bir kanun ile azledilebilmelerinin uygun olup olmadığı düşünülmüştür³⁴. Anlaşıldığı üzere, o dönemin ıslahat komisyonu genel kanun-özel kanun ilişkisi bakımından bir değerlendirme yapmıştır. Ancak Mehmed Ârif'e göre, Kânûn-ı Esâsî'nin bir maddesini muhafaza etmek için, eski idarenin, kanundan ziyade farklı etkiler altında kalarak iş yapan ve hak iptaline alışmış olan adamlarını hâkimler sınıfında tutmak uygun değildir. Ayrıca yazar, diğer devlet dairelerinde başlatılmış olan memur tasfiyesi uygulamasının, devletin ruhu olan mahkemelerdeki memurlar bakımından uygulanmayıp, bunların eski hallerinde bırakılmasını akla ve mantığa uygun görmemiştir. Yazar, bu durumun örneklerinin, hükümet şeklini tamamıyla değiştiren, baskıcı yönetimden meşrutiyete geçen milletlerde de olduğunu belirtmiş ve Fransa uygulamasını örnek göstermiştir. Buna göre Fransa'da da hâkimler tasfiye edilmiş; ancak ondan sonra hâkimlerin azledilmezliği kuralı tamamen muhafaza edilmiştir³⁵.

Kanaatimizce, Tensikât Kanunu'nun görüşüldüğü sırada, hâkimlerin azledilmezliği kuralı hakkında Kânûn-ı Esâsî hükümlerinin dikkate alınması, "anayasa" algısında önemli bir gelişme olduğunu göstermektedir. Esasında ıslahat komisyonunun yaklaşımı, genel kanun-özel kanun ilişkisinden çok, normlar hiyerarşisi bakımından konuyu değerlendirmekten ibarettir. Bununla birlikte, idarî alanda gerçekleştirilen ıslahat ve memur tasfiyesi uygulamalarının, birçok sıkıntının yaşandığı adli alanda gerçekleştirilmeyecek olması uygun görülmediğinden, hâkimler dâhil, adliye görevlileri azledilebilmiştir. Mehmed Ârif ise konuya, hâkimlerin bağımsızlığı yönünden yaklaşmıştır. Ona göre, "Kânûn-ı Esâsî'nin bir maddesini muhafaza etmek için, *eski idarenin, kanundan ziyade farklı etkiler altında kalarak iş yapan ve hak iptaline alışmış olan adamlarını* hâkimler sınıfında tutmak" doğal olarak uygun değildir. Bu ifadeler, esasında iki önemli hususa işaret etmektedir. Bunlardan birincisi, hâkimlerin

içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir (Anayasa, m. 140).

³⁴ Kânûn-u Esâsî'nin 81'inci maddesi, hâkimlerin azledilmez olduklarını belirtmektedir. Bir suç nedeniyle mahkûm olmaları durumunda azil olunmaları ise, özel kanun hükümlerine tâbidir: "...Hâkimlerin terakkiyâtı ve meslekleri ve tebdil-i me'muriyetleri ve tekâüdleri ve bir cürm ile mahkûmiyet üzerine azl olunmaları dahi kânûn-u mahsûsu hükmüne tâbidir ve hâkimlerin ve mehâkim me'murlarının matlûb olan evsâfını işbu kânûn irâe eder" (Düstur, C: 4, s. 14).

³⁵ Mehmed Ârif, s. 29-30.

eski idarenin adamları oldukları; ikincisi, söz konusu kimselerin *kanun dışında farklı durumlardan etkilenecek karar aldıklarıdır*. Yazarın birinci ifadesi, tensikât uygulamalarında siyasî sâikle hareket edilip edilmediği konusunda şüphe uyandırır niteliktedir. Hukukçu ve milletvekili kimliğini birlikte taşıyan bir yazarın, böyle bir yorumda bulunması dikkat çekicidir. İkinci ifade ise, adaleti yerine getirmekle görevli hâkimlerin bağımsız bir şekilde karar alamadıkları belirtilmiştir. Yazar bu durumda, hâkimlerin yürütme karşısında bağımsız olmadıklarına işaret etmektedir.

C. YAZARIN ADLİYE TENSİKÂT KOMİSYONU VE TEMYİZ MAHKEMESİ İLE İLGİLİ ELEŞTİRİLERİ

1. Komisyon Kararları Hakkındaki Eleştirileri

Mehmed Ârif, istisnâî hallerin olağanüstülerinden olmak üzere, zaruretle ihlâl edilmiş olan hâkimlerin tasfiyesi durumunun diğer dairelerle karşılaştırılmayacağından, dolayısıyla tensikât komisyonları içinde en ağır görevin, adliye tensikât komisyonuna düştüğünden söz etmiştir. Yazar, tensikât komisyonunun ciddi ve namuslu kişilerden oluşmasına rağmen, bazı hataların yapıldığına dikkat çekmiş; böyle büyük bir işte bazı hataların yapılmasını mümkün görse de, bazı genel esaslarda hata yapılmasının hoş karşılanmayacağını ifade etmiştir. Bu hususta, namus ve iffeti hâkimlikte istihdam edilmeye yeterli olan kimselerin memuriyette derecelerinin düşürülmelerini ve özellikle bunların yerine mahkemelerde tecrübesi ileri bir seviyede olmayan kimselerin, mesleğe ehil ve iffetli kimseler olsalar dahi göreve getirilmelerini, mantıksızlık olarak değerlendirmiştir³⁶.

Mehmed Ârif, hâkimlik mesleğinin, iffetin ve adaletin/doğruluğun korunması hususunda, diğer kamu görevlerinden ayrıldığını belirtmiş; diğer dairelerde ufak bir menfaat karşılığında doğruluktan ayrılmayan kimsenin, hâkimlikte, işin büyüklük derecesine göre, pek yüksek bir miktarla hırslandırılabilme ihtimalinden söz etmiştir. Bu aşamada yazar, böyle bir durum olmasa dahi, mahkemelerin hiç birinde görev yapmamış bir kimsenin ne kadar yetkin olursa olsun, Osmanlı adaletine belirli bir yön verme göreviyle mükellef, (hukukçu Şehbaz Efendi'nin tabiriyle) "mahkemelerin anası" olarak adlandırılan Temyiz Mahkemesi'ne nasıl hâkim olarak atandıklarını sorgulamıştır³⁷. Burada yazar

³⁶ Mehmed Ârif, s. 30.

³⁷ Mehmed Ârif, s. 30.

tarafından, hâkimlik mesleğinde ehliyetin önemi vurgulanmakla beraber, tecrübenin önemine de dikkat çekilmektedir. Özellikle Temyiz Mahkemesi gibi yüksek dereceli mahkemelere, tecrübesi ileri seviyede olmayan kimselerin hâkim olarak atanması eleştirilmektedir³⁸.

2. Temyiz Mahkemesi Hâkimlerinin Nitelikleri ile İlgili Eleştirileri

Mehmed Ârif, Temyiz Mahkemesi'ni, hâkimlerin nitelikleri bakımından eleştirmiştir. Bu doğrultuda, ıslahat neticesinde Temyiz Mahkemesi'nin tecrübeli, hukuk bilgisiyle tanınan kişilerden oluşacağına; ancak bu Mahkeme'de kanunun vasıf ve koşullarını taşıyan kişiler mevcut olsa da, söz konusu Mahkeme'nin o zamana kadar takip ettiği yol hatalarını bertaraf ederek Osmanlı genel mahkemelerine belirli bir yön verecek kişilerin ender olduğuna işaret etmiştir. Nitekim bunun gerçekleşebilmesi için, bütün hâkimlerin tek tek incelenmesi gerektiğini savunmuştur³⁹.

Mehmed Ârif, hâkimlerin sahip olması gereken niteliklerden biri olarak yabancı dil bilmeye dikkat çekmiştir. Ona göre şer'î kanunların yanı sıra, Avrupa dillerinden birine hakim olan kimselerin tercih edilmiş olması, mahkeme ıslahı ile gözetilen amacın elde edilmesine bir dereceye kadar katkıda bulunacaktır. Yazar, yabancı dil bilenlerin tercih edilmesi gereğinin sebebini, söz konusu kimselerin, dönemin gıpta edilen kanunları arasında gösterilen Fransa'nın Usûl Tatbik Kanunları'nı tetkik ederek o yolda çığır açmaya çalışmaları ve başarılı olmaları halinde, ülkenin adaletine büyük hizmet edilmiş olunacağı şeklinde ifade etmiştir. Yazara göre, Fransa'daki Dalloz ve Sirey adlı hukukçuların hazırladıkları gibi usûl uygulamaları ve kanunların tefsirine ilişkin karar külliyatları⁴⁰ oluşturmak zaman gerektirmekteyse de, bunların nasıl oluşturulduğunun anlaşılması durumunda bir esas ortaya konulabilecekti. Ancak yazar, burada komisyonu eleştirerek, söz konusu heyetle bu beklentinin gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir⁴¹. Mehmed Ârif'in ifadelerinden, Fransa hukukunu önem-

³⁸ Günümüzde de yüksek mahkeme üyeliğinde tecrübe önemli görülmekte, üye seçiminin şartları arasında yer almaktadır. Örneğin, Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcılarını bu meslekten sayılanlar arasından seçilmektedir. Birinci sınıfa ayrılmamanın şartlarından biri, hâkimlik savcılık mesleğinde on yılı doldurmaktır. Bkz. Anayasa, m. 154; Hâkimler ve Savcılar Kanunu, m. 32.

³⁹ Mehmed Ârif, s. 31.

⁴⁰ Dalloz ve Sirey külliyatı, usûl hukuku bakımından önem taşımaktadır. Yargı kararlarının ve içtihatların toplandığı bu külliyat için bkz. <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb344196239/date>>, s.e.t. 26.04.2018.

⁴¹ Mehmed Ârif, s. 31.

seddiği ve hukukî düzenlemelerin, bu hukuk sisteminden yararlanılarak yapılması gerektiği yönünde bir inanç taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu düşünce, Batı hukukunun resepsiyonu taraftarlığının ön plâna çıktığı bir dönemde ifade edilmiş olması bakımından dikkat çekicidir.

3. Temyiz Mahkemesi Çalışma ve Karar Verme Esasları Hakkındaki Eleştirileri

Mehmed Ârif'in Temyiz Mahkemesi bakımından eleştiri konusu yaptığı bir diğer husus, düzenli bir çalışma tarzı belirlenmemiş olması nedeniyle birbirine zıt kararlar alınıyor olmasıdır. Hatta yazar, aynı ilâmı temyiz eden ilgililerden, birinin ilâmı hakkında bozma, diğerininki hakkında onay kararının alınması gibi garip uygulamaların varlığına değinmiştir. Bu konuda yazarın kanaati, Temyiz Mahkemesi'nin bu tür uygulamaları suiistimal düşüncesi ile yapmadığı, bir hafta önce verilen kararı “unutarak” ona zıt bir karar verdiği yönündedir. Ancak bunun sonucunda, ilk derece ve istinaf mahkemeleri görev sınırlarını aşarak ne yapacaklarını bilememekteydiler⁴².

Makalede eleştirilen son husus, Temyiz Mahkemesi'nin gerekçesiz karar vermesidir. Temyiz edenin gösterdiği örneğin on sebepten, hangisinin kabul edildiği belirtilmeden “Temyiz dilekçesinde sunulan itirazlar uygun görülmeyle ilk derece veya istinaf ilâmının bozulması” şeklindeki ifadelerin kullanılması, çok hak kaybına neden olmuştur. Yazar bu şekilde bozulan bir ilâmın, ait olduğu mahkemeye iade edilmesi durumunda, söz konusu mahkeme ilâmının, hangi nedenden ötürü bozulduğunun anlaşılması ve ona göre kabul veya ret kararı verilmesinin ilahi bir işarete bırakıldığını ifade etmiştir⁴³. Mehmed Ârif'e göre, Temyiz Mahkemesi'nin, hukukun elde edilememesi veya elde edilmesinin gecikmesinin önünü almak istemesi durumunda, bu konuyu dikkate alması ve kararlarını gerekçeye dayandırması gerekmektedir⁴⁴. Yazarın eleştiri konusu yaptığı husus, günümüzde adil yargılanma hakkı⁴⁵ kapsamında değerlendirilmektedir. Aynı ilâmı temyiz eden ilgililerin ilâmları hakkında farklı kararlar

⁴² Mehmed Ârif, s. 31.

⁴³ Mehmed Ârif, s. 32.

⁴⁴ Mehmed Ârif, s. 32.

⁴⁵ Bu hak, Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6'ncı maddesinde düzenlenmiş; hakkın kapsamı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarıyla genişletilmiştir. Konuyla ilgili bkz. **Bekri, M. Nedim** (2014) 'Gerekçeli Karar Hakkı', Ankara Barosu Dergisi, S: 3, s. 209 vd. AİHS maddeleri için bkz.

<https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf>, s.e.t 14.10.2018.

alınmasının vahameti bir yana, Temyiz Mahkemesi'nin gerekçesiz karar vermesi, adil yargılanma hakkını ihlâl eder niteliktedir.⁴⁶ Mehmed Ârif'in Temyiz Mahkemesi tarafından kullanıldığını belirttiği, "Temyiz dilekçesinde sunulan itirazlar uygun görülmeyle ilk derece veya istinaf ilâmının bozulması" şeklindeki ifadeden, söz konusu Mahkeme'nin ne ilk derece veya istinaf mahkemesi gerekçesine atf yaptığı, ne de temyiz nedenleri bakımından yaptığı değerlendirmeyi açıkladığı görülmektedir. Nitekim yazar da, hakkında bu şekilde bozma kararı verilen ilâmın, alt dereceli mahkemeleri tereddüde düşürdüğünden bahsetmektedir.

Sonuç olarak, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat ile başlayan yenilenme sürecinin, 1900'lerin başında dahi halen tam anlamıyla istenilen sonucu veremediği, adlî ve idarî alanda yaşanmış olan sıkıntılardan anlaşılmaktadır. "Tensikât-ı Adliyye: Mahkeme-i Temyîz" adlı dönem makalesinde ise, daha çok adliye alanındaki tensikât ve Temyiz Mahkemesi bakımından bu sorunlara işaret edilmiş; makale yazarı, öneri ve eleştirilerini, yaptığı değerlendirmeler eşliğinde ortaya koymuştur.

V. "TENSİKÂT-I ADLİYYE: MAHKEME-İ TEMYİZ" ADLI MAKALENİN TRANSKRİPSİYONU

Devr-i sâbıkda (önceki devirde)⁴⁷ idâre-i devletin her şü'besini istilâ etmiş bulunan kirlî eller ile yine o devrin fenalıklarından birini teşkil eden adam kayırmak illeti, ehil nâ-ehil (ehil-ehil olmayan), binlerce kişinin eklâm-ü devlete (devlet kalemlerine) pek dún (aşağı) bir maaşla, ta'bir-i vechle, kayırılarak vatanımızın kısım-ı sâi'sini (çalışan kısmını) teşkil etmesi lazım gelen gençleri bir hâl-i mu'telliyet (hastalıklı bir hâl) ve rehâvete mahkûm etmiş idi. Diğer cihetten eklâm-ü devâirin (dairelerin kalemlerinin) muâmelâtı (işlemleri) o kadar müşevveş (karmakarışık) ve perîşân idi, ki en ufak bir tahrîrâtın (yazının),

⁴⁶ AİHM içtihatlarında mahkemenin gerekçesiz karar vermesi, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Bununla birlikte söz konusu durum, alt dereceli mahkemelerin kararları bakımından kabul edilmiş; temyiz mahkemelerinin gerekçe gösterme yükümlülüğü hususunda daha esnek davranılmıştır. AİHM'e göre, temyiz mahkemesinin alt dereceli mahkeme ile aynı görüşte olması durumunda, alt derece mahkemesinin gerekçesine basit bir atf yapılarak karar verilmesi gerekçeli karar hakkını ihlâl etmemektedir. Burada önemli görülen husus, alt derece mahkemesi kararının ve temyizde iddia olunan temel konuların incelenip, onama ya da bozma kararı verilmesidir. Ancak alt dereceli mahkemeler, kararlarında yeterli gerekçe göstermemişler ise, temyiz mahkemelerinin bu durumu telafi etmeleri gerekmektedir (Bekri, s. 211-212).

⁴⁷ Transkripsiyon metninde yer alan parantez içi açıklamalar, metnin anlaşılmasını kolaylaştırmak üzere tarafımızca eklenmiştir.

birkaç satırlık bir tezkirenin yazılması haftalara, aylara tevakkuf (durma) eder ve bu müddet zarfında eshâb-ı mesâlih (sulh olan ahâli) eklâm kapularında sürünür, durur idi.

Hele mahkemelerin ekserisi devâir ve eklâm-ü sâireye rahmet okutacak bir hâlde idi. Birkaç yüz gurusu alacağıнын tahsili için mahkemeye müracaat etmiş bulunan fukara, üzerine bir o kadar para sarf ve ona karîb (yakın) yevmiye gâib etmeden alacağını tahsil etmesi gayr-ı kâbil idi... Ya ufak bir cürm ile maznûnan yakayı ele verüb de tevkif (hapis) edilen adamların hâli öbürlerinden bed-ter (çok kötü) idi..

Herhangi şu'be ve dâire-i hükûmet tedkik edilse ahaliye ne kadar fenalık etmek mümkünse yapmakda yekdiğerine rekâbet ederler, ahâliyi soyarlar ve yapmadık zulm ve cefâ bırakmazlardı.

Îlânı meşrûtiyet üzerine bu su'i-isti'mâlâta birden bire bir durağanlık geldi. Me'murlar yaptıklarından mütehâşi (koru içinde, korkmuş), ahâli ahvâlin neye müncerr (bir tarafa sürülen, kayıp giden) olacağına nekrân (belirsiz) bir hâlde kaldı. Bazı yerlerde me'murînin en zulümkârlarını o neşve-i hürriyet (hürriyet sevinci) sırasında memleketlerden kemâl-i hakâretle koğdular (kovdular). Vakta ki (Ne vakit ki) o harâretli dakikalar geçti, hâl-i tabî yerini buldu, yine eski hâl, az çok, meydân aldı.

Devâir-i merkeziyyede (merkezî dairelerde) lüzûmundan pek fazla me'mûr olduğu gibi bunlar arasında devr-i meşrûtiyette şâyân-ı istihdâm (istihdâma lâyük) olmayanlar da mevcûd idi. Taşralarda me'murînin adedi ziyâde değilse de keyfiyetçe istihdâm edilemeyecek pek çok me'murlar vardı. Bunların ahvâl-i umûmiyesini nazar-ı dikkate alarak umûm-ı şa'bât-ı idâre-i devletten (devlet idaresinin genel tâifesinden) fazla ve ehliyetsiz me'murînin ihrâcıyla fimâ ba'd (bundan böyle) umûr-ı devletin (devletin emirlerinin) bir sûret-i matarda (yağmur suretinde) ve muntazamada temşiyetini (yürütülmesi, ilerletilmesini) te'min etmek maksadiyle tensikat (ıslahat) kanûnu tanzim ve neşr olundu. İşbu kanunun neşrin-den memleketçe ahlâk-ı umûmiye (genel ahlâk) ve sâire cihetinden mazarrat (zarar) hâsıl olub olmayacağı meselesini burada tedkike hâcet yoktur. Çünkü şekl-i kânûniyeti iktisâb etmiş ve icrâ bile edilmiştir.

Mehâkimde (mahkemelerde) icrâ edilecek tensikâtla devâir-i sâire (diğer daireler) tensikâtı arasında fark-ı azim (büyük bir fark) vardı.

Çünkü mehâkim me'mûrlarının en âli sınıfını teşkil eden sınıf hükkâmın (hâkimlerin) lâ yena'zl (azledilemez) oldukları ma'lûmdur. Hatta tensikât kanununun esnâ-yı tedkikinde bile bu cihet mevzû' bahis olmuş ve Kânûn-ı Esâsî ile lâ yena'zl oldukları musaddak (doğruluğu tasdik edilmiş) olan hükkâmın böyle husûsî bir kanun ile azl edilebilmeleri câiz olub olmadığı keyfiyeti düşünlümüştür.

Kânûn-ı Esâsî'nin bir maddesini muhâfaza fikriyle eski idârenin kanûn-ı devletten ziyâde müessirât-ı sâire (diğer tesirler) tahtında (altında) iş görmeğe, iptâl-i hak etmeğe alışmış olan adamlarını mehâkimde, sınıf-ı hükkâmda bırakmak bi't-tabî (doğal olarak) câiz olamazdı. Ezcümle (bunun gibi) devâir ve şû'bât-ı sâire-i devletin kâffesinde (hepsinde, bütününde) tasfiye-i me'murîn muâmelesi icrâ edildiği hâlde ruh-ı devlet olan mehâkim me'murîninin tasfiyesiz kalması, eski hâlde bırakılması aklen, mantıken caiz değildi. Ezcümle böyle şekl-i hükûmetini tamamıyla tağyir (değiştirme, bozma) etmiş, istibdâddan meşrûtiyyete, şekl-i meşrû' hükûmete kalb (değiştirme) edilmiş olan milletlerde bunun emsâli de vardı.

Nitekim Fransa'da da tasfiye-i hükkâm muâmelesi <Euration des juges> tatbik edilmiş ve fakat ondan sonra hükkâmın lâ yena'zliliği (azledilmezliği) düstûru tamamıyla muhafaza olunmuştur.

Binâenaleyh devâir ve şû'bât-ı sâire-i devlette her gün tasfiye-i me'murîn, ehliyet ve iktidardan, nâmus ve iffetten mahrum me'murları çıkarmak mümkün olduğu hâlde sınıf-ı hükkâmda kazîye (hüküm, karar, fikir) bir aksidir. Ahvâl-i istisnâye-i fevkalâdeden (istisnâi hallerin olağanüstülerinden) olmak üzere bi'z-zarûre (zaruretle) ihlâl edilmiş olan tasfiye-i hükkâm keyfiyeti devâir-i sâireye katîyyen makîs (kıyas edilebilen) değildi. Tensik komisyonları içinde adliye tensik komisyonuna en ağır vazîfe terettüb (gerekmek, lazım gelmek) ediyor idi.

Komisyon vazifesini ifâ ve ikmâl ve neticesini de ilân eyledi. Bu neticeden tabiidir ki memnûn olmayanlar olanlardan ziyâde olacaktı. Nitekim öyle de oldu.

Tensik komisyonunu teşkil eden zevâtın ciddiyet ve nâmusları herkesin taht-ı tasdikinde (onayı altında) olmakla beraber bazı hatanın vücudu da kabîli inkâr değildir. Vâkia böyle bir emr-i azîmde (büyük, yüce iş/emir) bazı hatanın vukuu da mümkün ve tabiidir. Ancak bazı kavâid-i umûmiye (genel kural-lar/kâideler), esâsât (esaslar) vardır; ki bunların tatbikinde kusur hiçbir vakit nazar-ı hoşnûdi (hoş bir bakış) ile görülemez. Meselâ nâmus ve iffeti sınıf-ı

hâkimiyette (hâkimlik sınıfında) istihdâma kâfi olan zevâtı buldukları me'muriyetten tenzil-i sınıf (daha alt dereceli sınıf) ile istihdâm etmek mantıka pek muvâfik olmasa gerek... Hele bunların yerine mehâkimde katı'yyen tecrübesi sebki (ilerleme) etmemiş zevâtı, ne kadar muktedir ve afif (iffetli, nezih) olursa olsun getirmek de, ikinci bir mantıksızlık olur. Hem de devâir-i sâirede muhâfaza-i iffet ve istikâmet ile sınıf-ı hâkimiyette muhâfaza-i iffet beyninde (arasında) fark-ı azîm (büyük fark) vardır. Devâir-i sâirede cüzi bir menfaat mukâbilinde (karşılığında) ihlâl-i istikâmet etmemiş (doğrulukta ayrılmamış) olan kimsenin, hâkimlikde işin derece-i azametinde (büyüklük derecesine) göre, pek azîm bir mikdâr ile ıtma' (tamaa düşürme, hırslandırma) edilemeyeceği nasıl kesdirilebilir? Haydi bu hususu kabul edelim. Mehâkimin hiç birinde ifâ-yı vazîfe etmemiş olan kimse ne kadar âlim, ne kadar fâzıl olursa olsun adâlet-i Osmâniyeye bir istikâmet-i muayyene (belirli bir istikamet) ta'yin vazifesiyle mükellef, ve en meşhur hukukşinâsımızdan (hukuk âlimi, hukukçu) merhum Şehbâz Efendi'nin ta'bir-i vechle, ümmü'l mehâkim (mahkemelerin anası), olan Mahkeme-i Temyîze nasıl hâkim ta'yin olunabiliyor?

Tensik neticesinde Mahkeme-i Temyîzimizi her vechle mümtâz ve mücerreb (tecrübe olunmuş, makbul) ve ma'lûmat-ı hukûkiye ve kânûniyesiyle (hukuk ve kanun bilgisiyle) müşârün bi'l-benân (parmakla gösterilen, meşhur) zevâtan müteşekkil görüleceği zannediliyordu. Vâkî Mahkeme-i Temyîzde evsâf ve şerâit-i kanûniyeyi (kanunun vasıfları ve koşullarını) haiz zevât mevcûd olmakla berâber Mahkeme-i Temyîz'in şimdikiye kadar ta' kib etmiş olduğu meslek (yol, usûl, tarz) sakîmi (hata, yanlış, doğru olmayan) külliyyen bertaraf ederek mahkeme-i müşârün ileyhânın (kendisine işaret olunan mahkeme) nazar-ı kanûnda haiz olduğu mevki'-i bülendi (yüce mevki) muhâfaza edecek ve umûm-ı mehâkim-i Osmâniyeye bir istikâmet-i muayyene verecek zevât mea't-teessüf (ne yazık ki) enderdir. Buna muvaffak olmak için hükkâm-ı Osmâniyeyi (Osmanlı hâkimlerini) yegân yegân (bire bir) tedkik etmek lâzım geliyordu. Bunların içinden şerâit-i kanûniyeyi câmi' olmakla beraber Avrupa lisanslarından birine vâkîf olanlar tercih edilmiş olsa idi belki bir dereceye kadar te'min-i maksad edilebilirdi. Zira onlar Fransa'nın mağbût-ı âlem olan (dünya tarafından gıpta edilen) usûl-ı tatbik kavâninini <Jurisprudence> tedkik o yolda bir çağır açmağa çalışıp muvaffak olsalar idi memleketimizin adâletine büyük, pek büyük hizmet etmiş olurlardı. Vâkî bizde Fransa'nın Dalloz, Sirey, pandektleri gibi usûl-u tatbik (usûl uygulaması) ve tefsir-i kavânine (kanunların

tefsirine) dâir külliyât-ı mukarrerât (kararlar toplamı) vücuda getirmek zemâna muhtâc ise de hiç olmazsa onların nasıl vücuda getirilmiş olduğu anlaşılacak bir esas vazı' edilebilirdi: ki, bununda bu heyetle kâbil olacağı ümid edilemez.

Zaten bizde Mahkeme-i Temyizin şimdiye kadar muntazam bir tarz-ı mesai' (çalışmalar tarzı) ta'yin edememiş olmasından değil midir; ki yekdiğere (birbirine) mütenâkız (zıt olan) kararlar sâdır olmuş ve hatta ğaribi şudur ki aynı i'lâmı temyiz eden müteaddid (çeşitli) alâkadârandan birinin i'lâmının nakz (bozma) diğere tasdik edilmiş olması gibi ğaribeler de görülmüştür. Fikrimce Mahkeme-i Temyizin eski zamanda bile etmiş olduğu hataların ekserisi su' isti'mâl fikri ile değil belki bir hafta ol vermiş oldukları kararı unutarak bir hafta sonra ol ki karar muhâlif olarak karar vermelerinden ileri geliyordu; ki buna karşı mehâkim-i ibtidâiye ve istinâfiye (ilk derece ve istinaf mahkemeleri) bütün bütün hatt-ı hareketlerini (görev sınırlarını) şaşırarak ne yapacaklarını bilmiyorlardı.

Hele Mahkeme-i Temyiz kararlarının esbâb-ı mûcibeye (gerektiren sebepler/kararın gerekçesi) müstenid olmayarak (dayanmayarak) ittihâz edilmesi (kabul edilmesi) ve mümeyyiz (temyiz eden) tarafından gösterilen müteaddid meselâ on esbâb-ı mûcibeden hangisinin kabul edildiği gösterilmeyerek <Lâyiha-i temyiziye de serd edilen itirâzat becâ (uygun) görülmüş olmağla i'lâm-ı ibtidâi veya istinâfiyenin nakz> edilmesi yüzünden ne kadar hukuk zâyî' olmuştur.

Düşünelim bu vechle nakz edilen bir i'lâm mahkeme-i âidesine iâde edildiği takdirde o mahkeme hangi sebepten dolayı i'lâmın nakz edildiğini anlaması ve ona göre kabul veya ısrâr etmesi kerâmete tevakkuf (muallak olma, taluk etme) etmez mi?...

Hâsılı Mahkeme-i Temyiz bu hususu nazar-ı dikkate alarak kararlarını esbâb-ı mûcibeye istinâd ettirirse ziyâ' veya te'hir-i istihâl-i hukukun önünü bir dereceye kadar almış olur.⁴⁸

SONUÇ

Tanzimat dönemi, Osmanlı hukuk sistemi bakımından, yeniliklerin gerçekleştirildiği bir dönem olmuştur. Bu dönem yargı teşkilâtında en dikkat çeken değişim, Nizamiye mahkemelerinin kurulmuş olmasıdır. Bu mahkemeler ceza

⁴⁸ Makalenin aslı çalışmanın sonuna eklenmiştir. İSAM Osmanlıca Makaleler veri tabanından erişim için bkz. <<http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleosm/findrecords.php>>, s.e.t. 19.04.2018.

davalarının yanında, bazı hukuk davalarına bakmakla yetkilendirilmişti. Söz konusu mahkeme kararlarının incelendiği üst mercii, Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye idi. Divân, Mahkeme-i Temyiz ve Mahkeme-i Nizâmiye'den oluşmaktaydı.

Gümülcine mebûsu olarak görev yapan, aynı zamanda hukukçu kimliğine sahip Mehmed Ârif, İlm-i Hukûk ve Mukâyese-i Kavânîn Mecmuası'nda Tanzimat dönemi hukukî gelişmeleri hakkında çeşitli makaleler yayınlamıştır. Yazar, “Tensikât-ı Adliyye: Mahkeme-i Temyîz” başlıklı makalesinde, o dönemde gerçekleştirilen tensikât faaliyetleri neticesinde, Temyiz Mahkemesi bakımından ortaya çıkan bazı durumları eleştiri konusu yapmıştır.

Makalesinde, Meşrutiyet öncesi dönemde devlet kalemlerinde ortaya çıkan sorunlara değinen Mehmed Ârif, Meşrutiyetin ilanından sonra da kısmen bu sorunların devam ettiğini belirtmiştir. Gereğinden fazla ve istihdama lâyık olmayan memurların ihracı ve devlet işlerinin düzenli ilerleyişi için çıkarılan Tensikât Kanunu ile çeşitli düzenlemeler yapılmaya çalışılmıştı. Mehmed Ârif, Adliye Islahat Komisyonu'nun yaptığı bazı işlemleri eleştirmiştir. Bu doğrultuda hâkimlikte istihdam edilmeye yeterli görülen kimselerin memuriyette derecelerinin düşürülmelerini ve özellikle bunların yerine mahkemelerde tecrübesi ileri bir seviyede olmayan kimselerin, mesleğe ehil ve iffetli kimseler olsalar dahi getirilmelerini mantıksız bulmuş; mahkemelerin hiçbirinde görev yapmamış bir kimsenin ne kadar yetkin olursa olsun, Osmanlı adaletine belirli bir yön verme göreviyle mükellef, mahkemelerin anası olarak tabir edilen Temyiz Mahkemesi'ne nasıl hâkim olarak atandıklarını sorgulamıştır.

Mehmed Ârif, Temyiz Mahkemesi'ne atanan hâkimlerin, o zamana kadar takip edilen yol hatalarını bertaraf edecek nitelikte olanlarının ender olduğundan söz etmiştir. Ayrıca şer'î kanunların yanı sıra, Avrupa dillerinden birine vâkıf olan kimselerin tercih edilmiş olması; Fransa'nın usûl tatbik kanunlarının incelenip Dalloz ve Sirey adlı hukukçuların hazırladıkları gibi usûl uygulamaları ve kanunların tefsirine ilişkin karar külliyatlarının nasıl oluşturulduğunun anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir. Yazarın ifadeleri, Fransa hukukunu önemseydiğini ve hukukî düzenlemelerin, bu hukuk sisteminden yararlanılarak yapılması gerektiği yönünde bir inanç taşıdığını göstermektedir. Bu düşünce, Batı hukukunun resepsiyonu taraftarlığının ön plâna çıktığı bir dönemde ifade edilmiş olması bakımından dikkat çekici niteliktedir.

Mehmed Ârif'in Temyiz Mahkemesi bakımından eleştiri konusu yaptığı diğer hususlar, düzenli bir çalışma tarzı belirlenmemiş olması nedeniyle birbirine zıt kararlar alınması ve gerekçesiz karar verilmesidir.

KAYNAKLAR

Aydın, Mehmet Âkif (2013) Türk Hukuk Tarihi, Tıpkı 11. Baskı, İstanbul, Beta.

Bekri, M. Nedim (2014) 'Gerekçeli Karar Hakkı', Ankara Barosu Dergisi, S: 3, s. 205-228.

Bozkurt, Gülnihâl (1996) Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci (1839-1939), Ankara, Türk Tarih Kurumu.

Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.

Cin, Halil/Akyılmaz, Gül (2015) Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Konya, Sayram.

Demirel, Fatmagül (2005) 'Kütüphane Rafında Okuyucusunu Bekleyen Bir Yayın: *İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası*', Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C: 3, S: 5, s. 755-765.

Durmuş, İsmail (2011) TDV İslâm Ansiklopedisi, 'Tensik' maddesi, C: 40, s. 465-467, <<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c40/c400270.pdf>>, s.e.t. 24.04.2018.

Düstur, İkinci Tertip, C: 1.

Ekinci, Ekrem Buğra (2004) Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, İstanbul, Arı-Sanat.

Ekinci, Ekrem Buğra (2014) Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, Arı Sanat.

Ekinci, Ekrem, Buğra (2001) 'Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri', Ankara Barosu Dergisi, s. 59-72.

Fendoğlu, Hasan Tahsin (2000) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Güneş, İhsan (Hazırlayan) (1997) Türk Parlamento Tarihi, Meşrutiyete Geçiş Süreci I. ve II. Meşrutiyete Geçiş Süreci I. ve II. Meşrutiyet, C: 2, Ankara, TBMM Vakfı Yayınları.

Manav, Nursel (2017) ‘II. Meşrutiyet’te Abdülhamid Kadrolarının Tasfiyesi ve Tekaüd Sandıkları’, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C: 2, S: 1, s. 240-260.

Mehmed Ârif (1325) ‘Tensikât-ı Adliyye: Mahkeme-i Temyîz’, İlm-i Hukûk ve Mukâyese-i Kavânîn Mecmuası, Birinci Sene İkinci Cild, Numero: 1-7, s. 28-32.

Sami, Şemseddin Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle): Gündoğdu, Raşit/Adıgüzel, Niyazi/Önal, Ebul Faruk (Hazırlayanlar) (2014), 4. Baskı, İstanbul, İdeal Kültür Yayıncılık.

Tural, Erkan (2006) ‘II. Meşrutiyet Döneminde Devletin Restorasyonu Bağlamında 1909 Teşkilat ve Tensikat Kanunu’, (Doktora), Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü.

Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal (2015) Türk Hukuk Tarihi, Tamamen Yenilenmiş 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

تشیقات عدلیہ

حکمتا نمبر

۴۰ حارف

دور سابقہ ادارہ دولتک ہر شعبہ سنی استیلا اجیش بولان کیری اللر ایلہ
یتہ او دورک فذاترندن برقی تشکیل این آدم قایمقی علی، اهل ناهل،
بیکرجه کتسینک الام دوله یلک دون برعالتسه، تمیری وجهه، قاپریله رفد
وطنسزک قسم ساعسینی تشکیل اجیش لازم کان کنجلیری بر حال، معطیت وورخلونه
محکوم اجیش ایدی، دیگر جیتدن اقلام و موازک معاملاتی او قیدر مشوش
ویریشان ایدی، که الگ اوفقی بر تحریراتک، بر قاج سطرانق بر تذاکره تک، یازلسی
هنتاره، آیتره توفیق ایدر و بوسمت نظر فده الحجاب مصالح اقلام بولر لندہ سورینتورہ
صورر ایدی۔

هله محکمہ لک اکتریسی دواژ و اقلام سازوہ رحمت لوقود جقی بر حالده
ایدی، بر قاج بور غروش آلاجنسک تحصیل ایچون محکمہ به مراجعت اجیش
بولانق خورا، لوزرینہ بر اولدر باره صرف و اوکا قریب پومیہ قاتب ایتمدن
آلاجنق تحصیل اجیش نیچر قایل ایدی،، بالوفق بر جرم ایلہ منظوناً بقای الہ
ویرومہ توفیق ایدیلر آملرک حالی او برلرندن ہزار ایدی،،

هرمانکی شبہ و دائرہ حکومت تدقیق ایجلسہ اہالیہ به نقدر قاتلی اجنک
محکمہ یالیمہ یکدیگریہ رقابت ایدر، لعلی بی صواژر و ایدق ظلم و جفا
بر اناژردی،

اعلان مشروطیت اوزرینہ بوسو، استعمالہ برندن، بر دور و غولق کلدی،
سامورلر یاپمیلرندن متحالی، اہالی اہولک غیہ منجر اوله جیفہ، نکرانق بر حالہ

قالدی . بعض پرلرده مأمورینک اڭ ظلمکارلرینی او نشو؛ حریت سره سنده
 محاکمئلرندن کال حقاژکه قوغدیلر . وقا که او حرارینی دقیقهز کیدی ، حال
 طیبی یرینی بولدی . بینه اسکی حال ، آرزوچوق ، میدان آلدی .
 دواژ مرکزیزده لزومندن بک فضله مأمور اولدیرینی کی بوندر آره سنده
 دور مشروطیتنده شایان استخدام اولما نلرده موجود ایدی . طشره زده مأمورینک
 عددی زیاده دکلا . ده کیبججا استخدام ایدیله مبهجک بک چوق مأمور لروردی .
 بونلرک احوال عمومی سنی نظرده آلهرق عموم شعیات اداره دوندن فضله
 واهلیتیز مأمورینک اخراجیله لمیابد امور دولتک برسورت طرزه مستطبه ده
 تمشیتی آمین ایتک مفصیده تسبیقات قانونی تنظیم و نشر اولدی . اشبو قانونک
 نلرندن نملککجه اخلاق عمومی و سازمجهتندن مضرت حاصل اولوب اولیجه چی
 مسئله سنی بوراده تدقیقه حاجت یوقدر . چونکه شکل قانونینی اکتساب ایتیش
 واجرا بیله ایملشدر .

∴

محاکمه اجرا ایدیله جک تسبیقاته دواژ سائرہ تالیقاتی آره سنده فرق
 عظیم وارد .

چونکه محاکم مأمور لرینک اڭ عالی صفتی تشکیل ییدن صنف حکامک لابنزل
 اولدقاری معلومدر . حتی تسبیقات قانونک اتسی تدقیقه بیله بوجهت موضوع
 بحث اولش و قانون اساسی ایله لابنزل اولدقاری مصدق اولان حکامک بوله
 خصوصی بر قانون ایله عزل ایدیله بیلماری جائز اولوب اولسدینی کیلیتی
 دوشونلشدر .

قانون اساسینک بر ماده سنی محافظه لیسکرلیه اسکی ادارتک قانون
 دوندن زیاده مؤثرات سائرہ نختنده ایش کورمکه . ابطال حق ایتکله آپیشمش
 اولان آدملرینی محاکمه ، صنف حکامده براتی باطیع جائز اوله ساردی . ازجه
 دواژ وشعیات سائرہ دولتک کانه سنده تصفیة مأمورین معاهده سی اجرا ایدیله بیکی
 حالده روح دولت اولان محاکم مأمورینک تصفیة سز قالسی ، اسکی حالده برافلسی
 عقلاً ، منطقیاً جائز دکلدی . ازجه بوله شکل حکومتی تمامیه تغییر ایتیش .

۳۰ علم مرفوق و مقدیه فواجین مجموعی

استبداددن مشروطیت ، شکل مشروع حکومت قلب ایدیش اولان ملنلرده بونک امثالده واردی .

نتیم فرانسهده تصفیة حکام معامهسی Epruration des juges تطبیق ایدیش و قظ اوندن صکره حکامک لابنزلکی دستوری نمایه محافظه اولمشدر . بنا علیه دوائر و شعبات سائر دوتده هرگون تصفیة مأمورین ، اهلیت و اقتداردن ، ناموس و عفتدن محروم مأمورنری چیقارمق ممکن اولدینی حالده صنف حکامده قنیه بر عکسدر . احوال استثنائی فوق العادهدن اولمق اوزره بالضروره اخلال ایدیش اولان تصفیة حکام کیفیت دوائر سائر به قطعاً مقیس دکدی . تسبیق قومیسونری ایچنده عدلیه تسبیق قومیسونیه ائک آغبر وظیفه ترتیب ایدیور ایدی .

قومیسون وظیفهسی ایما و اکال و نتیجهسی ده اعلان ایدی . بوتیجهدن طبیعیدر که ممنون اولمانلر اولانلاردن زیاده اولمق جقدی . نتیم ایلده اولدی . . . تسبیق قومیسوننی تشکیل ایدن ذواتک جدیت و ناموسلری هرکسک تحت تصدیقده اولغه برابر بعض خطاسک وجودی ده قابل انکار دکلدر . و اما بویله بر امر عظیمده بعض خطا-اتک و قوسیده ممکن و طبیعیدر ، انحق بعض قواعد عمومی ، اساسات واردر ؛ که بونلرک تطبیقده قصور هیچ بروقت نظر خستودی ایله کوریلر . مثلا ناموس و عفتی صنف حاکیمده استفاده کافی اولان ذواتی بولدیقلری مأمورشدن نزیل صنف ایله استخدام اتمک منطقه پک موافق اولسه کرک . . . هله بونلرک ریسه هاکیمه قطعاً تجربهسی سبقی ایچمیش ذواتی ، نهقدر مقتدر و عتیب اولورسه اولسون کتیرمکده ، ایکنجه بر منطقتزلق اولور . هرده دوائر سائرده محافظه عفت و استقامت ایله صنف حاکیمده محافظه عفت پنده فرق عظیم واردر . دوائر سائرده جزئی رهنفتمت مقابلنده اخلال استقامت ایچمیش اولان کسه تک ، حاکیمکده ایتک درجه عظمت کوره ، پک عظیم بر مقدار ایله الطماع ایدیلرجه چکی فصل کدی برله بیلر ؟ . هایدی بو خصوصی قبول ایدیم . هاکیمک هیچ برنده ایسای وظیفه ایچمیش اولان کیمسه نهقدر علم ، نهقدر فاضل اولورسه اولسون عدالت عناییه بر استقامت معنه تمین وظیفهسیبه مکلف ، واک مشهور حقوقناسانلردن مرحوم شهناز

اقتدیك تمیری وجهه . اہم الحاکم . اولان محکمہ تمیزه فصل حاکم تعیین اوله بیلور ؟

تسبیق نتیجه سنده محکمہ تمیزمزی هر وجهه ممتاز و مجرب و معلومات حقوقی و قانونیہ بیه مشار بالان ذواتدن منشکل کور بله جکی نین ایدیلوردی . واقعا محکمہ تمیزده اوصاف و شرائط قانونیہی حائر ذوات موجود اولقده برابر محکمہ تمیزك شمعی به قدر تعقیب اجتناب اولدینی مسك حقیقی کلیاً بر طرف ایدمك محکمہ مشار الهائك نظر قانونده حائر اولدینی موقع بندی محافظه ایدمك و عموم محاکم عنایه به بر استقامت مین و بره جك ذوات مع التأسف ایدردر . بوکا موفق اولق ایچون حکام عنایه بی بکان یکان تدقیق اجتنك لازم کلبوردی . بونلك ایچندن شرائط قانونیہی جامع اولقده برابر اورویا لسانترندن رینه واقف اولانلر ترجیح ایدلش اولسه ایدی بلکه بدرجه به قدر تأمین مفصل ایدی بیلردی . زیرا اونلر فرانسه نك مغبوط عالم اولان اصول تطبیق قوانینی « Jurisprudence » تدقیق او بولسه بر چنر آچمه جالبشوب موفق اولسئر ایدی نملکتنك عدائته بیوک . بک بیوک خدمت اجتناب اولورلردی . واقعا بزده فرانسه نك دالوز ، سیرمی ، پادققری کی اصول تطبیق و تعبیر قوانینه دائر کلیات مقررات وجوده کنبرمك زمانه محتاج ایسده هیچ اولملاسه اونلرک نصل وجوده کنبرلش اولدینی اکلاشیهرق بر اساس وضع ایدیله بیلردی؛ که، بولنده بوچنته قابل اوله جینی امید ایدیله من .

ذاتاً بزده محکمہ تمیزك شمعی به قدر منتظم برطرز مساعی تعیین ایدمه مش اولسندن دکلبدر؛ که بکبکسکرینه متناقض قرارلر صادر اولش و حتی خری می شودر که عینی اعلامی تمیز ایدن متعدد علاقه داران دن برینك اعلامنك نفس دیگرینك تصدیق ایدلش اولسی کی خری به لرده کورلشدر . فکرجه محکمہ محکمہ تمیزك اسکی زمانده بیه اجتناب اولدینی خطا لرك اکثری می سو . استعمال فکری ایله دکل بلکه برهنه اول و برمش اولدققری قرار می اولنودر ق برهنه سکره اولکی قراره مخالف اوله رقی قرار و برملرندن ایلری کلبوردی ؛ که بوکا قاز می محاکم ابتدایی و استینافی بوتون بوتون خط حرکتلری شاسیهرق نه پایه جققری بیامبورلردی .

۳۴ علم حقوق و مقابله قوانین عمومی

هله محکمه تميز فرزرلرنيك اسباب موجهيه مسند اولميرق اتخاذا ايدلسي
 ويميز طرفدن كوسترلرني متعدد مثلا اون اسباب موجهدن هانكيك قنول
 ايدلديكي كوسترلرنيك « لايحه تميزده سرد ايدلن اعتراضات بجا كورلش اولمغه
 اعلام ابتدائي ويا استينافنيك تقض » ايدلسي بوزندن نه قدر حقوق ضايع اولمشدر .
 دوشونم بو وجهله تقض ايدلان بر اعلام محكمه نادمسنه اعاده ايدلديكي
 تقدبرده او محكمه هسانكي سييدن دولاي اعلامك تقض ايدلديكني اكلامسي
 ولو كا كوره قنول ويا اصرار ايتسي كرانت توقف اجزمي .۱ .
 حاصل محكمه تميز بو خصوصي نظرده آلهرق فرزرلرني اسباب موجهيه
 استناد ايتدبرسه ضيايع ويا تاخير استحصال حقوق اوكني بر درجهيه قدر
 آلمش اولور .

ULUSLARARASI CEZA YARGISININ GELİŞİMİNDE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN ROLÜ

Dr. Öğr. Üyesi Yasin POYRAZ*
Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN**

ÖZET

Uluslararası Ceza Mahkemesi, genel amaçlarına uygun biçimde, uluslararası toplumu bir bütün olarak etki altında bırakan belirli ve çok ciddi suçları işleyen bireylerin cezasız kalmaması için güvence oluşturulması, bu suçların işlenmesine engel olacak çabalara katkı sağlanması ve uluslararası barış ve güvenliği bozan veya tehdit eden suçların belirlenmesi hedeflerine bağlı olarak, esas itibarıyla, bir uluslararası ceza adaleti sistemi meydana getirmek üzere kurulmuştur.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin, geride kalan on beş yılı aşkın süre içinde uluslararası ceza adaleti sistemine yaptığı katkılar ve evrensel hukuk ilkeleri ışığında bir yargılama düzeni oluşturmasının doğurduğu sonuçlar göz önüne alındığında; oldukça başarılı bir karneye sahip olduğu söylenebilir. Buna karşın, özellikle yargılama usulüne ilişkin olarak, mağdurların yargı sürecine katılmasında karşılaşılan zorluklar, hızlı ve etkin bir yargılama yapı(a)maması, tanık ifadeleri için harcanan zaman israfı ve delil toplama konusundaki eksiklikler nedeniyle mahkeme sıkça eleştirilmektedir. Ayrıca mahkemenin kendine bağlı bir adli kolluk teşkilatına sahip olmaması ve uluslararası ilişkiler bakımından güçlü kimi devletlerce mahkemeye karşı önyargılar bulunması da mahkemenin başarısını olumsuz etkilemektedir.

Bu çalışmada, kuruluşundan günümüze kadar geçen sürede, Mahkemenin uluslararası ceza yargısının gelişimine yaptığı katkı yanında, beklentileri boşa çıkartan uygulamalarına da işaret edilecek; uluslararası ceza adaleti sistemi bakımından doğan sonuçlar, olumlu ve olumsuz yönleriyle ele alınıp en genel çerçevede inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Roma Statüsü, Tamamlayıcılık İlkesi, Uluslararası Ceza Adaleti, Uluslararası Ceza Hukuku, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Uluslararası Suç, Uluslararası Yargı.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, ypoyraz@ybu.edu.tr

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, oonen@ybu.edu.tr (Geliş Tarihi: 04.10.2018 – Kabul Tarihi: 12.11.2018)

THE ROLE OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION

ABSTRACT

In line with its general objectives, International Criminal Court was established essentially to create an international criminal justice system depending on the objectives of; building up confidence for non-impunity of the individuals who commit the specific and serious crimes that affect the international community as a whole, contributing to the efforts that will prevent these crimes and identifying the crimes that break or threaten the international peace and security.

Considering the contribution of International Criminal Court to the international criminal justice system over the past fifteen years and the outcomes of creating a trial system in the light of universal principles of law, it can be stated that it has been a success story. On the other hand, the court is frequently criticized, especially in terms of the trial procedure, because of the difficulties encountered in the participation of the victims in the judicial process, the lack of fast and effective trial, the waste of time spent on the witness statements, and the shortcomings in collecting evidence. Furthermore, the fact that the court does not have an affiliated judicial police service and the existence of prejudices against the court by some powerful states in terms of international relations also adversely affect the success of the court.

In this study, the contribution of the court to the development of international criminal justice, as well as its practices not fulfilling the expectations will be pointed out from its establishment up to the present time.

Key Words: Rome Statute, the Principle of Complementarity, International Criminal Justice, International Criminal Law, International Criminal Court, International Crime, International Jurisdiction.

GİRİŞ

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), kendisini kuran Roma Statüsü'nün yürürlük hükümleri (m. 126) uyarınca 1 Temmuz 2002 tarihinde hayat bulmuş ve on beş yılı aşkın süre boyunca uluslararası toplum bakımından önemli bir yargı faaliyeti gerçekleştirmiştir. Devletlerin kayda değer bir çoğunluğunun taraf olduğu Roma Statüsü¹, soykırım suçu, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisini düzenlemektedir (m. 5). UCM, bireysel ceza sorumluluğu ilkesini esas alarak, işlenmiş uluslararası suçların kovuşturulması amacıyla devletlerin işbirliği üzerine kurgulanmış bir yargı organı olarak görülebilir. Birleşmiş Milletler (BM) Örgütüyle sıkı bir ilişkisi bulunmakla birlikte; Statüsüne göre, ondan bağımsız (m. 2), uluslararası hukuk kişiliğine sahip (m. 4), uluslararası andlaşma ile kurulmuş sürekli bir yargı organı (m. 1) niteliğini taşıyan UCM, bu özellikleri dolayısıyla, benzer suçları yargılama yetkisine sahip kendisinden önceki *ad hoc* mahkemelerden ayrılır.

Roma Statüsünün hemen ilk maddesinde karşılıklı bulan “tamamlayıcılık ilkesi”² çerçevesinde UCM, “ulusal ceza yargı yetkisini tamamlayıcı yargı yetkisine sahip” (m. 1) ve aslında devletlerin egemenlik sahasına fazlaca dokunmayan bir uluslararası yargı sistemi oluşturmaktadır. Öngörüldüğü biçimiyle tamamlayıcılık ilkesi, devletlerin kendi yargı yetkisini kullanmak yoluyla egemenliklerini korumasına imkân tanımaktadır. Eğer tamamlayıcılık ilkesini içermeyen bir kurucu andlaşma olsaydı; belki UCM'nin bu kadar çabuk ortaya

¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünün imzacı devlet sayısı 138; taraf devlet sayısı 123'tür. Türkiye, Statüye ne imza koymuş ne de taraf olmuştur. Bkz. **Nations Unies** (2018) 'Status de Rome de la Cour pénale internationale', Collection des Traités, États des traités, Chapitre XVIII: Questions pénales, <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=18&subid=A&clang=_fr> s.e.t. 20.09.2018.

² UCM'nin yargı yetkisi, ulusal mahkemelerin yargı yetkisini tamamlayıcı nitelikte olup; bu durum, UCM'yi kendisinden önceki uluslararası ceza mahkemelerinden ayırır. Roma Statüsüne göre, ulusal mahkemelerin önceliği benimsenmekte; uluslararası suçların yargılanmasında ulusal mahkemelerin soruşturma ve kovuşturma yapması önceliğine sahip olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Aksar, Yusuf** (2007) Evrensel Yargı Kuruluşları, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 148; **Aksar, Yusuf** (2017) Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 172; **Tütüncü, Ayşe Nur** (2006) İnsancıl Hukuka Giriş, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s. 167; **Clapham, Andrew** 'Karmaşıklık, Suç Ortaklığı ve Tamamlayıcılık: Nürnberg Duruşmalarından Yeni Uluslararası Ceza Divanı'nın Şafağına Doğru': Sands, Philippe (Ed.) (2003) From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice, 1. Bası, Cambridge, Cambridge University Press (Çev. Urgan Çalışkan, Hazal (2016) Nürnberg'ten Lahey'e: Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, 1. Bası, İstanbul, Alfa Yayınları), s. 59.

çıkması ve kısa bir süre içerisinde bu kadar çok devletin taraf olması gerçekleşmeyecekti. Bu bağlamda ilkenin Roma Statüsünün en güçlü yanı olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır³.

Ulusal yargı yetkisine saygı anlayışı üzerine inşa edilmiş olmasına rağmen gerçekte Mahkemeden, yargı yetkisi kapsamındaki suçların faillerinin yargılanması anlamında objektif ölçütlerle hareket etmesi ve uluslararası toplum vicdanını tatmin etmeye yönelik cesur adımlar atması da beklenmektedir.

Her şeye rağmen, üst düzey askerî ve siyasî personelin işlediği suçlar için adil, hızlı ve etkin bir şekilde yürütülen yargısal faaliyet ve öngörülen ceza normları, caydırıcı bir etki doğurmakta ve bu etkinin gelecekte benzer suçların işlenmesine engel teşkil edecek düzeye yükselmesi için iyimser bir tablo ortaya koymaktadır.

Bu çalışmanın amacı, uluslararası maddî ceza hukuku çerçevesinde uluslararası suçların unsurlarını ele almak veya yargılama hukukuna ilişkin usul kurallarını belirlemek değildir. Daha genel bir yaklaşımla çalışma konusu, Roma Statüsü hükümleri ve kuruluşundan günümüze gerçekleştirdiği yargısal faaliyetleri çerçevesinde UCM'nin, uluslararası ceza yargısının gelişimine yaptığı katkı ve bu gelişime ket vuran sebeplerin incelenmesi ile sınırlı tutulacaktır.

I. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNUN VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Uluslararası ceza hukuku ile uluslararası ceza adaleti sisteminin gelişimi ve UCM'nin oluşturulmasına giden süreç açısından, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Nuremberg ve Tokyo'da kurulan uluslararası askerî ceza mahkemelerinin önemli bir yer teşkil ettiğini söyleyebiliriz⁴. Bu mahkemelerin yargılamaları

³ **Carter, Linda E.** (2017) '2021 Yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi' (Çev. Fincan, Müslüm), Küresel Bakış, Yıl: 7, S. 22 (Haziran), s. 125.

⁴ Nuremberg Mahkemesi, üst düzey Nazi Hükümeti görevlisi olan yirmi dört kişiyi yargılamış; bunlardan on biri idam, üçü ömür boyu hapis, yedisi ağır hapis cezasına çarptırılmış, üçü ise beraat etmiştir. Tokyo Mahkemesinde ise, yirmi beş kişi yargılanmış; bunlardan yedisi idam, yedisi ömür boyu hapis ve diğerleri ise ağır hapis cezasına çarptırılmıştır. Bkz. **Töner Şen, Semin** (2010) Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 170-171; **Aksar** (2007), s. 133. Nuremberg ve Tokyo askerî ceza mahkemelerinin yargılamaları hakkında kısa bilgi için ayrıca bkz. **La Rosa, Anne-Marie** (1998) 'Nuremberg (Droit de-)', Dictionnaire de droit international pénal - Termes choisis, Paris, Presses Universitaire de France, s. 68-75; **Yılmaz, Alia** (2001) Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s. 143-149; **Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat** (2017) Uluslararası Ceza Hukuku, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, s.

sırasında, uluslararası nitelik taşıyan suçlar, tarihte ilk defa, sistematik bir sınıflandırma yapılarak savaş suçları, barışa karşı işlenen suçlar ve insanlığa karşı işlenen suçlar şeklinde bir ayırımı tabi tutulmuştur. Bugün uluslararası ceza hukukunun son gelişim alanına karşılık gelen saldırı suçu ve bu suça ilişkin hukuksal çerçeve, henüz o dönemde oluşturulamamıştır⁵. Buna rağmen belirli eylemlerin uluslararası suç olarak kabul edilmesi ile uluslararası niteliğe sahip bir mahkeme tarafından bireysel ceza sorumluluğunun işletilmesinin sürekli bir uluslararası ceza mahkemesinin kuruluşuna olumlu etkide bulunduğunu açık ve kesin olarak söylemek mümkündür⁶.

Özellikle Nuremberg yargılamalarında kabul edilip uygulanan ilkeler, daha sonra kodifikasyon yoluyla pozitif uluslararası ceza hukukunun gelişimine ciddi katkı yapmıştır. Bu gelişim, bir yandan bireysel ceza sorumluluğu temelinde uluslararası suçlara ilişkin bir çerçeve oluşturulmasını sağlarken⁷; öte yandan, kabul edilen normların iç hukuka aktarılması yoluyla ulusal yasaları da doğrudan etkilemiştir⁸. Uluslararası suçları işleyen bireylerin ulusal veya ulus-

287-297; **Önok, Murat** (2003) Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, 1. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 37-49; **Aybay, Rona** (2013) Uluslararası Yargı, İstanbul, Alfa Yayınları, s. 78-89; **Şen, Ersan** (2009) Uluslararası Ceza Mahkemesi, Seçkin Yayınları, 1. Bası, Ankara, s. 20-23; **Azarkan, Ezeli** (2003) Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s. 115-200; **Overy, Richard** 'Nürnberg Duruşmaları: Uluslararası Hukukun İnşası': Sands, Philippe (Ed.) (2003) From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice, 1. Bası, Cambridge, Cambridge University Press (Çev. Ungan Çalışkan, Hazal (2016) Nürnberg'ten Lahey'e: Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, 1. Bası, İstanbul, Alfa Yayınları), s. 13-33; **Aydın, Devrim** (2002) 'Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 51, S: 4, s. 141-145; **Uzun, Elif** 'Uluslararası Ceza Mahkemesi: Tarihçesi, Yapısı ve Mevcut Davalar': Saraçlı, Murat (Ed.) (2012) Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları, 1. Bası, Ankara, Bigbang Yayınları, s. 43-45; **Töngür, Ali Rıza** (2005) Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku, 1. Bası, İstanbul, Kazancı Yayınları, s. 7-9; **Clapham**, s. 35-62.

⁵ **Acer, Yücel** (2004) Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, 1. Bası, Ankara, Roma Yayınları, s. 3.

⁶ **Aksar** (2007), s. 134; **Overy**, s. 14. Uluslararası hukukun soyut kişilikleri olan devletler dışında bireylerin de ceza sorumluluğunun kabul edilmesi, uluslararası ceza hukuku bakımından radikal bir dönüşüme işaret eder. Bkz. **Clapham**, s. 37. Uluslararası hukukta bireysel ceza sorumluluğunun gelişimini ele alan bir çalışma için bkz. **Albayrak, Gökhan** 'Uluslararası Hukukta Bireysel Cezai Sorumluluk ve Üstün Sorumluluğu': Saraçlı, Murat (Ed.) (2012) Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları, 1. Bası, Ankara, Bigbang Yayınları, s. 395-411.

⁷ **Azarkan**, s. 193-200. Nuremberg yargılamaları sırasında hangi eylemlerin hangi tür suçu oluşturacağına ve mahkemenin hangi suçlar bakımından yargı yetkisine sahip olacağına ilişkin galip devlet hükümetlerinin tutumları ve mahkemenin tercihleri konusunda tarihi arka plan için bkz. **Overy**, s. 23-33; **Clapham**, s. 35-44.

⁸ **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 294.

lararası mahkemeler tarafından belirli bir adalet sistemine bağlı olarak cezalandırılması çok eski tarihlerde gerçekleştirilen bir durum değil ise de, günümüz uluslararası ceza hukukunun en temel amaçlarından birisini oluşturmaktadır⁹.

Aslında birden çok devletle bağlantılı suçlara ilişkin bir uluslararası mahkemede yargılama yapılması örneğine ilk kez Ortaçağ'da rastlanmıştır. Avrupa'da uluslararası suçları yargılayan ilk *ad hoc* ceza mahkemesinin *Peter von Hagenbach* için 1474 yılında Avusturya Arşidükü tarafından oluşturulduğu kabul edilir¹⁰. Sadece *von Hagenbach*'ı yargılamak üzere kurulmuş bulunan bu mahkeme *ad hoc* nitelik taşıyordu. Mahkemenin aynı zamanda Fransa, Almanya, Avusturya ve bazı İsviçre kantonlarından gelen yargıçlardan oluşması sebebiyle uluslararası bir mahkeme olduğu da kabul edilmektedir¹¹. Mahkeme, kendisine bağlı şehrin yönetimi sırasında *von Hagenbach* tarafından işlenen suçların, "Tanrının ve insanların yasaları" (*les lois de Dieu et celles des hommes / laws of God and man*) ihlal edilerek gerçekleştiği sonucuna ulaşmıştır¹².

Latin Amerika ve Karayipler, Avrupa örneği kadar bilinmese de, genel uygulamayı eleştiren bir tutum içinde, köleliğe karşı uluslararası nitelik taşıyan mahkemeler kurulmasına öncülük eden bir bölge olmuştur. Köle ticaretinin

⁹ Aksar (2007), s. 132; Aksar (2017), s. 154.

¹⁰ Lütem, İlhan (1951) Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, 1. Bası, Ankara, AÜHF Yayınları, s. 60; Tezcan / Erdem / Önok, s. 280-281; La Rosa, 'Jurisdiction pénale internationale', s. 57; Töngür, s. 4. Avusturya Arşidükünün ekonomik sıkıntılar sebebiyle 1469 yılında Yukarı Ren bölgesindeki topraklarını Burgogne Dükü Charles'a bırakmasından sonra, yeni dük tarafından Avusturya'nın Breisach (Bresachi) şehrine vali yapılan *von Hagenbach* (*de Hagenbach / d'Hagenbach*), dükün otoriteyi sağlama beklentisine uygun olarak katı ve acımasız tutumuyla zalimane bir yönetim sergilemiştir. Bu durum sadece kent halkını değil, yakın bölgelerde yaşayanları ve mukim yabancı tacirleri de bezdirmiştir. Fransa, Avusturya, İsviçre kantonları ve Yukarı Ren şehirleri tarafından cinayet, tecavüz ve yağmayla suçlanan *von Hagenbach* tutuklanarak yargılanmıştır. Avusturya Arşidükünün başkanlık ettiği mahkemenin yirmi sekiz yargıcı, Burgogne Dükünü mağlup eden şehir ve devletler koalisyonu üyelerince belirlenmişti. İddia makamı görevini ise Arşidükün bir temsilcisi yapıyordu. Savunmasında, bağlı olduğu dükün emirlerini yerine getirmekten başka bir seçeneği bulunmadığını, hatta bu emri yerine getirmek zorunda olduğunu ve bu mutlak itaat borcunun mahkemece bilinmesi gerektiğini ileri süren *von Hagenbach* suçlu bulunmuş; şövalye unvanı geri alınarak ölüm cezasına çarptırılmıştır. Bu tarihi olayın özeti ve ceza yargılamasında "amirin emri" savunmasıyla ilişkisi için bkz. Güneysu, Gökhan (2015), Uluslararası Hukukta Amirin Emri, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 22-25; Önok, s. 22-24.

¹¹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 281; Önok, s. 23; Hall, Christopher Keith (2008) 'Première proposition de création d'une cour criminelle internationale permanente', Revue internationale de la Croix-Rouge, S: 829, par. 1, <<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzhhe.htm>> s.e.t. 20.09.2018.

¹² Karakehya, Hakan (2008) 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk', AÜHFD, C. 57, S. 2, s. 136; Yılmaz, s. 202; Hall, par. 2.

uluslararası düzeyde önlenmesine ilişkin reform niteliğindeki girişim ve çabalar, bu karanlık çağın kapanması yolunda önemli bir adıma karşılık gelmektedir. İngiltere, İspanya, Portekiz ve Amerika'nın içinde bulunduğu yirmiden fazla devlet, 1840 yılında, köle ticaretinin ortadan kaldırılması için aralarında bir uluslararası andlaşma imzalamış ve sonrasında Brezilya ve diğer Latin Amerika devletleri de benzer nitelikte andlaşmalar yapmıştır. Bu örnek, insan hakları ihlallerinin önlenmesi için uluslararası yargı sistemlerinin ne kadar ciddi bir araç olduğunu görmek açısından değer taşır. Önemli bir temel insan hakkı ihlali olan kölelik ve köle ticaretinin ortadan kalkması için gerek bölgesel gerek küresel düzeyde gösterilen çabalar; bu ihlallere karşı yargı yetkisinin kullanılması sonucunu doğurmuştur. Kölelik karşıtı ilk mahkemeler, ortaya çıkışlarından yaklaşık yüz elli yıl sonra kurulan UCM için önemli bir tarihi referans oluşturmaktadır¹³.

Daha yakın döneme baktığımızda BM Güvenlik Konseyi tarafından, Yugoslavya ve Ruanda'daki ciddi insan hakları ihlalleri oluşturan savaş suçlarının yargılanmasına yönelik iki *ad hoc* mahkemenin 1993 ve 1994 yıllarında kurulduğunu görmekteyiz. Bu mahkemeler, Nuremberg ve Tokyo mahkemelerinden farklı biçimde, savaşın galibi devletler tarafından galiplerin mahkemesi (*victor's courts*) olarak oluşturulmamış; uluslararası barış ve güvenliğin yeniden tesisi ve korunması amacıyla ve uluslararası toplumun tamamı adına kurulmuştur. İşte bu sebeple, sözü edilen *ad hoc* mahkemelerin uluslararası hukuka tam bir uygunluk içerisinde kurulmuş ilk uluslararası ceza mahkemeleri olduğu kabul edilmektedir¹⁴. Öte yandan Yugoslavya ve Ruanda mahkemeleri, uluslararası ceza hukukunun kapsamını daha da genişletmiştir¹⁵. Ayrıntılı düzenlemeler içeren yeni uluslararası andlaşmaların yürürlüğe konulmasıyla, suç oluşturan eylem türleri ve işleniş biçimleri bakımından bir genişleme meydana gelmiştir. Bu genişlemeye örnek olarak, insanlığa karşı suçların soruşturulması için mutlaka silahlı çatışmanın bulunması artık aranmayacaktır. Denilebilir ki, sistema-

¹³ Blattmann, Rene / Bowman, Kirsten (2008) 'Achievements and Problems of the International Criminal Court', Journal of International Criminal Justice, S: 6, s. 711-730.

¹⁴ Eser, Albin 'Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri', Çev. Turhan, Faruk; Yenisey, Feridun (Ed.) (2007) Uluslararası Ceza Davanı, 1. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınları, s. 8-9; Aksar (2007), s. 134-135.

¹⁵ Dülger, Kenan (2015) Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s. 169.

tik insan hakları ihlalleri uluslararası suç düzeyine yükselmiştir. Ruanda'da görülen davalarda da benzer biçimde, silahlı kuvvetler mensubu bulunmayan sivil bireyler için uluslararası ceza hukuku uygulanmıştır¹⁶.

Yine Bosna, Sierra Leone, Doğu Timor, Kamboçya ve Lübnan'da, BM'nin yönetimi altında yerel otorite ile işbirliği yapılarak, ulusal nitelikte ama uluslararası özellik kazandırılmış karma mahkemeler¹⁷, insanlığa karşı suçları yargılama yetkisine sahip kılınmıştır¹⁸. Aslında uluslararası toplumun gerek ulusal gerekse uluslararası ceza mahkemelerinden beklentisi, uluslararası suç işleyen kişilerin cezazsız kalmasına mani olmaktır¹⁹.

II. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİ DOĞURAN SEBEPLER

Uluslararası suçlara ilişkin bir yargı sistemi oluşturulması ihtiyacı²⁰; her şeyden önce, üst düzey askerî, siyasî, idarî vb. personel tarafından işlenen bu suçların yargılanmasında ve bu kişi gruplarının cezalandırılmasında güçlük yaşanmasından doğmuştur. Böyle bir ihtiyaç aynı zamanda, bu suçların toplum hayatını genellikle katlanılamaz ölçüde değişikliğe uğratmasının doğurduğu olumsuz etkiye de bağlanabilir. Yargı sistemi ile onu doğuran sebep arasındaki ilişki son olarak, adil yargılanma hakkının gerçek anlamda sağlanması için uluslararası suç mağdurları yanında toplum vicdanının da tatmin edilmesine ilişkin genel arzu ile de açıklanabilir.

Sürekli bir yargı organı oluşturulmasından önce kurulmuş *ad hoc* mahkemelerin uygulamaları, pek çok eksikliği içinde barındırmaktadır. Mahkemelerin oluşumunda galip devletlerin rolünden, yargılama sürecinin işleyişinde gecikmeler meydana geldiğine; doğal yargıç ilkesine aykırı hareket edilmesinden, adaletin herkes için değil belirli olaylar ve kişiler için seçici biçimde uygu-

¹⁶ Clapham, s. 44-45, 47.

¹⁷ Karma mahkemeleri, hem ulusal hem de uluslararası yargıçların görev yaptığı mahkemeler olarak da ifade etmek mümkündür. Bkz. Carter, s. 120.

¹⁸ Karakaş, Gülcan (2014) 'Uluslararası Ceza Mahkemesinin Etkinliği Tartışması', Terazi, C. 9, S: 100, s. 628-632.

¹⁹ Sands, Philippe 'Pinochet'den Sonra: Ulusal Mahkemelerin Rolü': Sands, Philippe (Ed.) (2003) From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice, 1. Bası, Cambridge, Cambridge University Press (Çev. Ungan Çalışkan, Hazal (2016) Nürnberg'ten Lahey'e: Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, 1. Bası, İstanbul, Alfa Yayınları), s. 66-67.

²⁰ Uluslararası sürekli bir ceza mahkemesi kurulmasına ilişkin düşünce ve çabalar aslında çok yeni değildir. Konuya ilişkin ayrıntılı bir inceleme için özellikle bkz. Lütem, s. 201-218.

landığına kadar birçok eleştiri ortaya konmuştur. Dolayısıyla bu haklı eleştirilerin her birinin de, UCM'yi doğuran sebepler arasında sayılması mümkündür²¹. Bununla birlikte aşağıda sayılan sebepler, böylesi bir karşılaştırma çerçevesinde ulaşılan bulgulara dayandırılmamıştır. Uluslararası suçları yargılama yetkisine sahip olacak bir sürekli uluslararası ceza mahkemesi kurulması düşüncesine yol açan başlıca sebepler, genel bir bakış açısıyla ve alt başlıklar çerçevesinde ele alınacaktır.

A. ÜST DÜZEY GÖREVLİLERİN YARGILANMASINDA GÜÇLÜK ÇEKİLMESİ

Günümüzde savaş suçlarının önemli bir kısmı, bir devlet ülkesinde gerçekleşen iç savaşlar sırasında işlenmektedir. Yakın geçmişteki örneklerden biri olan Libya'da görüldüğü gibi, iç çatışmalar bazen rejim değişikliğine dahi sebep olabilmektedir. Böylesi bir karmaşa durumunda, ilgili devlette ortaya çıkan değişimler sonrası tarafsız bir mahkeme kurulmasına ilişkin çekingen davranılması, bazı hallerde UCM'nin yargı yetkisinin devreye girmesine imkân tanır. Bunun dışında, mevcut şartlar içerisinde sanıkların adil yargılanamayacağı veya yargılama yapılmasına karşı bir tutumun baskın olacağı görüldüğü takdirde de UCM'ye başvurulması söz konusu olabilmektedir.

Özellikle mevcut iktidar yandaşları tarafından sanıkların korunmasına yönelik bir tutum sergilenmesi veya yargılamanın sürüncemede bırakılması durumunda objektif bir yargılama yapıldığı konusunda şüpheler ortaya çıkmaktadır²². Örneğin, darbe ile elde ettiği iktidarı, 1993'ten bu yana Sudan Devlet Başkanı olarak sürdüren *Ömer Hasan Ahmed el-Beşir* tarafından Darfur'da işlendiği iddia edilen suçlardan dolayı yargılanması konusunda ulusal yargı organlarının sessiz kalması ve isteksiz görünmesi üzerine UCM'nin yargı yetkisini harekete geçirme imkânı doğmuştur. BM Güvenlik Konseyi, Roma Statüsünün kendisine verdiği yetkiye uygun olarak (m. 13/b), 31 Mart 2005 tarih ve 1593

²¹ Uluslararası ceza mahkemesinin kuruluşuna etki eden sebepler için bkz. **Tezcan / Erdem / Önok**, s. 277-280; **Karakehya**, s. 142; **Töngür**, s. 14.

²² Yargılamaya ilişkin isteksizliğin başlıca sebebi, failerin siyasi otoritenin bir parçası olarak hala etkin görevlerde bulunuyor olmasıdır. Örneğin Eski Yugoslavya'da uluslararası suçlar işlediği ileri sürülen askerî ve idarî görevlilerin önemli bir bölümü, sonradan kurulan Sırbistan'da da siyasi iktidarın içinde yer almış ve iktidarı kaybedinceye kadar yargılanmalarına imkân tanımamıştır. Bkz. **Önok**, s. 8.

sayılı kararıyla²³, Darfur'da meydana gelen olayları 1 Temmuz 2002 tarihinden sonrasını kapsayacak şekilde soruşturmak üzere UCM'ye havale etmiştir.

Bu örnekte olduğu gibi, uluslararası ceza yargısı bakımından tamamlayıcılık ilkesi önemli bir işlev görmektedir. Bu ilke gereğince, adil bir yargılama yapmayacağına inanılan ulusal mahkemelerin sahip olduğu yetki ortadan kalıncak; onun yerine geçmek üzere, ilgili devlet vatandaşlarının yargılanmasına ilişkin UCM'nin yargı yetkisi doğmuş olacaktır²⁴. Aslında tamamlayıcılık özelliği, Yugoslavya ve Ruanda askerî ceza mahkemeleri için de kabul edilmiş olmakla birlikte, ulusal mahkemeler karşısında bu mahkemelerin yargı yetkisine öncelik tanınmıştır. Buna karşılık Roma Statüsünde, uluslararası suçların yargılanmasında uluslararası yargı organı olarak UCM'nin değil; ulusal mahkemelerin soruşturma ve kovuşturma yapma önceliğine sahip olduğu kabul edilmiştir²⁵. Eğer bir suça ilişkin yargılama, ilgili devlet mahkemesinde yürütülmekte ise; bir suçtan iki kez yargılama yapılamayacağı (*non bis in idem*) ilkesi gereğince UCM'nin yargı yetkisi söz konusu olmayacaktır²⁶.

UCM'nin yargı yetkisi ikinci seçenek olarak karşımıza çıkar. Yargılama konusunda iç hukuk sistemlerine öncelik verilmesi, Statüye taraf devletlerin hızlı ve adil yargılama ilkeleri çerçevesinde çalışacağı ön kabulüne dayanır. Ancak iç hukuk sistemleri ile evrensel hukuk arasında bir uyum sağlanmak isten-

²³ **Conseil de sécurité des Nations Unies** (2005) 'Résolution 1593 (2005)', Rapports du Secrétaire général sur le Soudan: S/RES/1593 (2005), <[https://undocs.org/fr/S/RES/1593%20\(2005\)](https://undocs.org/fr/S/RES/1593%20(2005))> s.e.t. 20.09.2018. Sudan'daki iç savaşa bağlı olarak özellikle 2003 yılı başından itibaren Darfur'da meydana gelen olaylar ve bu olayları UCM'ye taşıyan BM Güvenlik Konseyi kararının doğurduğu etkiler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Tabanlı, Figen** (2016) 'Uluslararası Ceza Yargılamalarına Başlanabilmesinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Rolü ve Sudan Örneği', *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2016/1, s. 79-104. BM Güvenlik Konseyinin zikredilen kararından önce, yine BM'nin girişimleriyle ortaya çıkan gelişmeler için ayrıca bkz. **Reçber, Sercan** (2016) *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 342-357.

²⁴ **Donovan, Daniel** (2012), 'International Criminal Court: Successes and Failures of the Past and Goals for the Future', <<http://www.internationalpolicydigest.org/2012/03/23/international-criminal-court-successes-and-failures-of-the-past-and-goals-for-the-future/>> s.e.t. 01.06.2018; **Töner Şen**, s. 189.

²⁵ **Turhan, Faruk** 'Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi': Yenisey, Feridun (Ed.) (2007) *Uluslararası Ceza Divanı*, 1. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınları, s. 131-132; **Carter**, s. 122; **Eser**, s. 21.

²⁶ **Aksar** (2007), s. 148; **Aksar** (2017), s. 172; **Clapham**, s. 59.

diğinde tamamlayıcılık ilkesi kullanılmakta ve bu ilke “uluslararası suçlar üzerinde rekabet eden ve çatışan birden çok yargılama yetkisi arasında uyum sağlamaya” hizmet etmektedir²⁷.

B. ULUSLARARASI TOPLUMU BİR BÜTÜN OLARAK DERİNDEN ETKİLEYEN EYLEMLERİN İŞLENMESİ

UCM’ye tarihî bir kaynak olarak gösterilen Nuremberg ve Tokyo askerî ceza mahkemelerinin ve sonraki dönemlerde faaliyete geçen *ad hoc* diğer mahkemelerin kuruluş gerekçelerinden anlaşılacağı üzere, işlenen belli suçlar çok sayıda sivilin ölümü yahut yaralanması ile sonuçlanabilmektedir. Uluslararası toplum vicdanını derinden etkileyen son derece ağır hukuka aykırı eylemler sebebiyle sivilin karşılaştığı zarar ve kayıpların asgari düzeyde kalmasının sağlanması açısından aslında UCM oldukça önemli bir role sahip bulunmaktadır.

Roma Statüsüne göre UCM, uluslararası toplumu bir bütün olarak etkileyen en ağır suçlar (m. 1) bakımından yargı yetkisi kullanabilecektir. Aslında bu düzenlemenin, açıkça söylüyor olmasa da yüksek bir yargı eşiği belirlediğini kabul etmek mümkündür²⁸. Doğal olarak UCM’nin, sıradan bir uyuşturucu madde ticareti yapma suçuna bakması beklenemez²⁹.

Yakın bir örnek olarak özellikle Suriye’de yaşanan insanlık dramı, bir toplumun ne büyük acılarla karşı karşıya kalabileceğini bize açıkça göstermiştir. İnsan Hakları İzleme Örgütü adlı bağımsız kuruluş, Suriye iç savaşının başla-

²⁷ **Gürocak, İsmail** (2008) ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Ulusların Egemenliğinin Kesiştiği Nokta: Tamamlayıcılık İlkesi’, *Ceza Hukuku Dergisi*, S: 8, s. 223-251; **Kul, Muhammet Celal** (2016) *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu*, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 32-33. UCM genellikle bir ülkenin kendi savaş suçularını yargılama konusunda isteksiz davranması durumunda başvurulacak ikinci bir seçenek olarak değerlendirilebilir. İç hukuk sisteminin işleyişi açısından ulusal yargı organlarının adil ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapmayacağına ilişkin kanaat, ancak UCM tarafından yapılan titiz bir değerlendirme sonucunda, iddianamenin hazırlanması ve soruşturma aşamasının yürütülmesine gereksinim olduğuna ilişkin karara bağlıdır. Bkz. **Eser**, s. 21-22; **Donovan**, dn. 24. Ulusal ceza yargısının isteksizliği ve yetersizliği hakkında ayrıca bkz. **Turhan**, s. 132-133; **Carter**, s. 124-125.

²⁸ **Güneysu, Gökhan** (2014) *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması*, 1. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 107.

²⁹ **Crawford, James** ‘Roma Statüsünün Kaleme Alınışı’: Sands, Philippe (Ed.) (2003) *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*, 1. Bası, Cambridge, Cambridge University Press (Çev. Ugan Çalışkan, Hazal (2016) *Nürnberg’ten Lahey’e: Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği*, 1. Bası, İstanbul, Alfa Yayınları), s. 102.

dığı 18 Mart 2011 tarihinden 11 Şubat 2016 tarihine kadar geçen sürede kaydedilen ölü sayısını 470.000 olarak açıklamıştır³⁰. Ölü sayısının günden güne artmasına karşın uluslararası toplum tarafından Suriye sorununun çözümüne yönelik etkili bir çaba söz konusu değildir³¹. BM Uluslararası Araştırma Komisyonunun kimyasal silah kullanımına dair raporuna göre, Suriye Arap Cumhuriyeti'nde yaşanan çatışmalarda aralarında çocukların da bulunduğu sivillere karşı yaygın şekilde kimyasal silah kullanılmıştır³². Raporun bu tespiti, Suriye'de sivil halkın karşılaştığı insanlık dışı ve insancıl hukuka aykırı eylemleri ve bu eylemlerin doğurduğu olumsuz sonuçları apaçık ortaya koymaktadır.

C. YARGILAMANIN ADİL YAPILMASINA İHTİYAÇ DUYULMASI

Suçların belirlenmesi ve bu suçların faileri için soruşturma ve kovuşturma evrelerinin yürütülmesinde; her devlet için kendi ulusal adli makamlarının yetkili kılınması, sanık ve kanıtlara erişim kolaylığı sağlaması ve kamuoyu üzerindeki etkisi bakımından tercih edilmektedir³³. Bu tercih bazen, ulusal mahkemelere duyulan güveni ortadan kaldıracak bir tepkiyi doğurabilir.

Kimi örneklerde görüldüğü gibi, adil yargılanma standartları ulusal mahkemeler tarafından mevcut hükümet baskıları nedeni ile göz ardı edilebilmektedir. Yukarıda kısmen değindiğimiz, Suriye'de meydana gelen olaylara bağlı temel insan hakları ve insancıl hukuk kurallarının ihlali, siyasî rejimi temsil eden liderlerin uluslararası ceza hukuku normlarına göre yargılanmasını gerekli kılmaktadır. Bu gereksinim, yeni bazı düzenleyici araçlara ihtiyaç bulunduğunu gösterir. Örneğin, rejimin üst düzey görevlilerinin sanık sıfatıyla, UCM tarafından uluslararası ceza hukuku ilkelerine uygun olarak yargılanmasına karşılık; diğer sanıkların yargılanması kendi ulusal mahkemeleri tarafından yapılabilir. Sanıkların siyasî otorite içerisindeki konumunu esas olan bu ayırım,

³⁰ **Human Rights Watch** (2018) 'World Report 2017', <<https://www.hrw.org/tr/world-report/2017/country-chapters/298673>> s.e.t. 20.09.2018.

³¹ **Jones, Annika** (2013) 'Seeking International Criminal Justice in Syria', International Law Studies U.S Naval War College, S: 89, s. 802.

³² **United Nations** (2013) 'Report of the United Nations Mission to Investigate Allegations of the Use of Chemical Weapons in the Syrian Arab Republic on the Alleged Use of Chemical Weapons in the Ghouta Area of Damascus on 21.08.2013', <<http://www.un.org/zh/focus/northafrica/cwinvestigation.pdf>> s.e.t. 10.09.2018.

³³ **Jones** (2013), s. 805.

yargılama sürecinin daha hızlı ve daha etkin işlemesine de katkı sağlayacaktır. Yine UCM tarafından yapılacak yargılama öncesi taraf devletlerde yürütülecek soruşturma ve kovuşturmanın, Mahkemenin belirlediği ilke ve standartlar içerisinde yürütülmesini sağlamak; yeknesak bir uygulama içinde adil ve tarafsız bir yargılama gerçekleştirilebilmesi için yararlı bir yaklaşım olarak kabul edilmelidir³⁴.

III. ULUSLARARASI TOPLUMUN BEKLENTİLERİ VE GERÇEKLER ARASINDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmasını sağlayan evrensel sistemler yanında bölgesel insan hakları mahkemelerinin, kuruluş amaçlarına uygun olarak pratikte ciddi bir gelişime öncülük ettikleri ve aralarında küçük bazı yorum farklılıkları ortaya çıksa bile, insan hak ve özgürlüklerinden yararlanmada evrensel düzeyde bir iyileşme yaşanmasına önemli katkı sağladıkları şüphe duyulmaz bir gerçektir. Aslında benzer bir gelişimin, uluslararası ceza yargılaması alanında da ortaya çıkmasını beklemek bir hayal değildir.

Uluslararası insan hakları hukuku alanında ortaya çıkan standart ve gelişmeler, uluslararası ceza yargısı için gerekli bulunan adil yargılanma ve diğer ceza yargılaması ilkelerinin hayata geçirilmesini sağlayacak niteliktedir. Öte yandan, uluslararası ceza usul hukuku kurallarının oluşumunda da en büyük katkı, insan hakları hukukuna ilişkin evrensel ve bölgesel düzeyde faaliyet gösteren uluslararası mahkemeler, uluslararası örgütlerin organı olarak faaliyet gösteren komisyon, komite veya konseylerdir³⁵. Tüm bu etkileşime rağmen, her iki alanın işleyişi bakımından ciddi bir farklılık bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır. İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması sistemlerinde, birey devleti karşısına alırken; uluslararası ceza yargılamasında genel çerçevede bunun tersi yaşanacaktır. İnsan hakları mahkemeleri ceza yargılaması şöyle dursun henüz medeni yargılama dahi yapmamaktadır. Bu tür mahkemelerin uygulamasında bireylerin hesap vermesini sağlayacak bir usul yoktur ve bu eksiklik bilinçli olarak bırakılmıştır³⁶.

³⁴ Jones (2013), s. 815.

³⁵ Aksar (2007), s. 151.

³⁶ Crawford, s. 104-105.

Yakın geçmişte en acılarına tanık olduğumuz ve uluslararası toplumun maruz kaldığı, herkesi tehdit eden insanlık dışı eylemlere karşı bir bilinç oluşturularak harekete geçilmesi için uluslararası düzeyde bir işbirliğinin sağlanması çok önemlidir. Bu işbirliğinin etkin sonuçlar doğurması ancak devletlerin, Roma Statüsünün Önsözünde belirtildiği gibi, “... mevcut ve gelecek nesillerin iyiliği için, uluslararası toplumu bir bütün olarak etkileyen, çok ciddi suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip, Birleşmiş Milletler Sistemi ile irtibatı bulunan, bağımsız ve sürekli” bir mahkeme kurulması konusundaki kararlılığı ile mümkün olabilir³⁷. Böylece, uluslararası toplumu bir bütün olarak etkileyen çok ciddi suçların cezасız kalmasının önüne geçilecek ve devletlerin toprak bütünlüğü ve siyasal bağımsızlığına yönelmiş kuvvet kullanımı veya tehdidini yasaklayan kuralın çok daha güçlü biçimde uygulanması sağlanacaktır. İşte uluslararası suç oluşturan eylemler için ceza yaptırımlarının uygulanabilmesi açısından, UCM’yi kuran Roma Statüsü ile yeni bir dönemin başladığını söylemek yanlış olmayacaktır³⁸.

Bir mahkeme kurulmasına yönelik uluslararası toplum iradesinin varlığını, UCM’nin kuruluşunda hukukun üstünlüğü ilkesine uygun hareket edildiği şeklinde yorumlamak mümkündür. Böylece “kanunla kurulmuş olma” şartı yerine gelmiş olacaktır. Uluslararası ceza yargılamasının, ulusal ceza yargılamalarına göre daha düşük standartlara sahip olduğu kabul edilemez. Dolayısıyla kanunla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkının, uluslararası ceza yargılamaları bakımından da geçerli olduğundan şüphe duymamak gerekir³⁹.

UCM’nin kurulmasına bağlı olarak ortaya çıkan en somut sonuç, ceza yargılaması dışında faaliyet gösteren uluslararası mahkemelerden farklı olarak, uluslararası hukukun hayata geçirilmesi bakımından doğrudan etki edebilme

³⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Önsözünden alıntı yapılan ifadelerin Türkçe çevirisini krş. **Bozkurt, Enver** (2018) Milletlerarası Hukuk Mevzuatı, 2. Bası, Ankara, Legem Yayınları, s. 583; **Kaya, İbrahim** (2016) Uluslararası Hukukta Temel Belgeler / Basic Documents in International Law, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 448; **Şen**, s. 134. Statünün tüm çevirisi için bkz. **Bozkurt**, s. 583-661; **Kaya**, s. 448-528; **Şen**, s. 134-203.

³⁸ **Acer, Yücel / Kaya, İbrahim** (2018) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 364; **Topal, Ahmet Hamdi** (2009) Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 104; **Blattmann / Bowman**, s. 713; **Clapham**, s. 61.

³⁹ **Crawford**, s. 107-110.

kapasitesine sahip olmasıdır. Böyle bir tasarım, ulusal mahkemeler ile uluslararası mahkemelerin ayrı bir rol üstlenmesini gerekli kılmaktadır⁴⁰.

Bununla birlikte, yeni dönemde her şeyin kusursuz işlediğini düşünmek, ancak gerçeklikle örtüşmeyen bir yanılsama olabilir. UCM, bugüne kadar yürüttüğü yargı faaliyetleri açısından özellikle “demokratik meşruiyet” konusunda birtakım eleştirilerle karşılaşmaktadır. UCM’nin başarısını değerlendirirken demokratik meşruiyet kavramı önemli bir gösterge olarak değerlendirilebilir.

Demokratik meşruiyet, Mahkemenin yargı yetkisini tanıyan devletlerin paylaştığı ilkeler etrafında fikir birliğine varmaları ile ulaşılabilecek bir değerdir. UCM’nin meşru sayılabilmesi için uluslararası ceza adalet sisteminin vazgeçilmez unsuru olarak hukukun üstünlüğü ilkesine saygı gösterilmesi beklenecektir. Böyle bir olgunun tespitini bir çırpıda yapmak kolay olmasa da çok sayıda değişken göz önünde tutularak uygulamaların objektif ölçütlerle değerlendirilmesi bize bir fikir verecektir. Ayrıca, “etkililik”, “bağımsızlık” ve “şeffaflık” gibi temel ilkeler, yol gösterici olacaktır⁴¹.

A. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN TEMEL İŞLEVLERİ

Yetki alanı içindeki suçlara ilişkin olarak UCM’nin yargı yetkisini kullanması, Roma Statüsüne göre, üç durumda mümkün olabilmektedir: a) Bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü bir durumun taraf devletlerden birince Mahkeme Savcısına bildirilmesiyle, b) Bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durumun BM Andlaşmasının VII. Bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme Savcısına bildirilmesiyle, c) Elde ettiği bilgilere dayanarak bir suç işlendiğine ilişkin Mahkeme Savcısının kendiliğinden soruşturma başlatmasıyla (m. 13).

UCM, tamamlayıcılık ilkesinin sonucu olarak, yargı yetkisine sahip bir devlet tarafından soruşturma ve kovuşturma yapılıyorsa veya bu devlet tarafından gerçek sebeplere bağlı olarak kovuşturmaya yer olmadığı kanaatine ulaşılmış ise yargı yetkisini kullanamayacaktır⁴². Yine, aynı eylem dolayısıyla daha

⁴⁰ Sands, s. 65.

⁴¹ Kersten, Mark (2013) ‘The ICC: What Counts as a Success? Justice in Conflict’ <<http://justiceinconflict.org/2013/09/13/the-icc-what-counts-as-a-success/>> s.e.t. 03.05.2018.

⁴² Topal, s. 107.

önceden yargılama yapılmış olması halinde de UCM'nin yargı yetkisi doğmamacaktır. Tamamlayıcılık ilkesi, UCM'nin ulusal mahkemeler üzerinde hiyerarşik olarak üstün bir yargı yetkisine sahip olmasını ifade etmez. Aslında deyim yerindeyse UCM, adaletin ulusal mahkemeler aracılığıyla tecelli etmesini bekleyip; bunun gerçekleşmemesi durumunda harekete geçecektir. Bu sıralama, devletlerin geleneksel olarak ulusal egemenliklerine gösterdiği hassasiyete, belirli bir düzeyde, saygı gösterildiğine işaret etmektedir⁴³.

Aslında UCM, Roma Statüsü ile kurulmuş sistemin yalnızca yargısal ayağı olarak kabul edilebilir. Mahkemenin yaptırım gücü ise, uluslararası örgütlerin ve Statüye taraf devletlerin gönüllü işbirliği ile etkin hale getirilebilecektir. Bu işbirliği kendisini, özellikle şüphelilerin tutuklanması ve teslim edilmesi ile mağdur ve tanık koruma uygulamalarında gösterir. BM ve Avrupa Birliği ile yapılan işbirliği anlaşmaları neticesinde bugüne kadar dikkate değer ölçüde bir gelişme gözlemlenmiştir⁴⁴.

Bir yandan açık ve belirgin hukuk normlarının ortaya çıkması, diğer yandan kurumsal düzeyde iyi örgütlenmiş yargı organının işleyişi teknik hukuk bakımından ciddi bir gelişimi gösterse de; hukukî kurumlar yanında politik iradenin de başarılı bir yargılama için vazgeçilmez olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Uluslararası suç oluşturan eylemlerin cezalandırılması için bir araya getirilmiş ve hiç kimsenin itiraz etmeyeceği uluslararası hukuk kurallarının, ancak uygun politik unsurların oluşumunu sağlayacak sıra dışı "hayırlı bir durum" ortaya çıkmadıkça uygulanmadığına, bugüne kadar çok sık rastlanmıştır⁴⁵.

1. Suçluların Cezasız Kalmasının Önlenmesi

UCM'nin kuruluş amaçlarından birisi, suçun oluşumunda rol alan kişilerin cezasız kalmasının önüne geçmektir. UCM'nin bu amacını, tam anlamıyla gerçekleştirmesi mümkün müdür? Aslında UCM, uluslararası hukukun eksikliklerini kapatacak ölçüde, uluslararası suç işleyen kişilerin cezasız kalmalarına son verecek bir sistemi hayata geçirmektedir. Çünkü bu sistemde ister siyasi bir

⁴³ Sands, s. 67-68.

⁴⁴ O'Brien, Patricia (2008), "The International Criminal Court 10 Years after the Rome Statute-Success Achieved and Challenges Ahead", Address in the Plenary II organized by the International Society for the Reform of Criminal Law, (12 July, 2008), Dublin-Ireland.

⁴⁵ Booth, Cherie 'Uluslararası Ceza Divanı'ndan Beklenenler ve Muhtemel Sorunlar: Yugoslavya ve Ruanda'dan Çıkarılan Dersler': Sands, Philippe (Ed.) (2003) From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice, 1. Bası, Cambridge, Cambridge University Press (Çev. Ungan Çalışkan, Hazal (2016) Nürnberg'ten Lahey'e: Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, 1. Bası, İstanbul, Alfa Yayınları), s. 141.

lider, ister gözde bir komutan, isterse sıradan bir asker olsun her bireyin işlediği suçlar için cezalandırılmasının yolu açılmıştır⁴⁶.

UCM, aslında ulusal düzeyde çözülemeyecek nitelikli suçlar bakımından yargılama yetkisini kullanabilecektir. Bu sebeple, tamamlayıcılık ilkesine bağlı olarak kabul edilebilirlik eşiği oluşturulduğu söylenebilir. Ancak UCM için ileri sürülen önemli eleştirilerden birisi, savcının ilgili devletlerin onayı olmaksızın tam bağımsız şekilde bir soruşturmaya başlayamayacak olmasıdır. Ancak Statüde belirlenmiş şartların varlığı halinde bağımsız hareket etme imkânına kavuşacaktır. Tamamlayıcılık ilkesinin bir parçası olmaksızın cezasız kalma durumunu ortadan kaldıracak araçlardan birisi de yargıla veya iade et (*aut dedere aut judicare*) ilkesidir. Bu ilkeye uygun bir talep, Mahkeme savcısından gelebileceği gibi üçüncü bir devletten de gelebilir⁴⁷.

Mahkeme Savcılık Bürosunun Fildişi Sahili, Uganda ve son olarak Gine devletlerine ilişkin davalarda ileri sürdüğü gerekçeler, caydırıcılık işlevine dair düşüncelerin anlaşılması bakımından önemlidir⁴⁸. UCM tarafından yargılanma korkusu Fildişi Sahili'nde sonradan meydana gelebilecek çatışmaların önlenmesini sağlamıştır⁴⁹. Ayrıca savcılık bürosu tarafından Fildişi Sahili'nde meydana gelen; Nuremberg döneminde işlenenlere benzer nefret suçlarının da UCM bakımından değerlendirme konusu yapıldığı görülmektedir. Buna göre, UCM yargılamalarının en belirgin etkisinin “hukukun yinelenen şiddetin ortadan kaldırılması için açık bir değer olarak kullanılması” olduğu üzerinde durulmuştur. Fildişi Sahilleri davasında nefret söylemi kullanan önemli liderlerin kontrol altında tutulması, yargılamadan beklenen caydırıcılık işlevinin etkili biçimde kullanıldığına iyi bir örnek teşkil eder⁵⁰.

UCM'nin ilk soruşturması Kongo Demokratik Cumhuriyeti'ndeki olaylara ilişkin olup; hakkında dava açılanlardan bir kısmı için yargılama tamamlanmıştır. Mart 2012'de muhalif lider *Thomas Lubanga Dyilo*, çocuk askerlerin kayıt altına alınması ve çatışmalarda kullanılmasındaki katkısı sebebiyle on dört

⁴⁶ Booth, s. 141.

⁴⁷ Crawford, s. 116-117.

⁴⁸ Mendez, Juan E. (2010) 'The Importance of Justice in Securing Peace', 30 May 2010, RC/ST/PJ/INF.3, par. 19, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Stocktaking/RC-ST-PJ-INF.3-ENG.pdf> s.e.t. 10.04.2018.

⁴⁹ Mendez, par. 19.

⁵⁰ International Criminal Court (2007) 'Building a Future on Peace and Justice', Nuremberg, 24-25 June 2007, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4E466EDB-2B38-4BAF-AF5F-005461711149/143825/LMO_nuremberg_20070625_English.pdf> s.e.t. 20.04.2018.

yıllık hapis cezasına çarptırılmıştır. *Germain Katanga* ise, savaş suçu ve insanlığa karşı suç işlediği için on iki yıl hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Burada altı çizilmesi gereken husus, mahkemenin mağdurların kayıplarını onarma amacıyla hareket ettiği gerçeğidir. Ciddî savaş suçları işlemekle suçlanan *Mathieu Ngudjolo Chui* ise, aleyhinde makul şüphe ölçüsünde kanıt bulunmaması sebebiyle beraat etmiştir. Cinayet ve kadınların seks kölesi olarak kullanılması suçlarından dolayı yargılanan *Bosco Ntaganda*, 2013 yılı Mart ayında kendi isteğiyle Amerika'nın Ruanda Büyükelçiliğine teslim olmasından sonra, vakit geçirilmeksizin La Haye'e nakli gerçekleştirilmiş olup savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlar sebebiyle yargılanmaktadır⁵¹.

Orta Afrika Cumhuriyeti'ne ait ilk sanık 2008 yılında tutuklanan eski Kongo Başkan Yardımcılarından birisi olan *Jean Pierre Bemba* olmuştur. *Bemba*'nın yargılaması 2010 yılı Ekim ayında başlamış ve savunma süreci 2013 yılı Kasım ayına kadar devam etmiştir. *Bemba*, insanlığa karşı suç oluşturan cinayet ve tecavüz ile savaş suçu kapsamında değerlendirilen yağma eylemleri sebebiyle sorumlu tutulmuş ve 2016 yılı Mart ayında sekiz yıl hapis cezası ile cezalandırılmıştır⁵².

Yeni bir uluslararası yargı organı olarak UCM'nin, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, başarılı bir yargılama sonucu uluslararası suçlar işlemiş kişilere ceza yaptırımını uygulaması, gelecek açısından ümit vericidir. Yargı yetkisinin nicelik ve coğrafi anlamda genişlemesi de bu tespiti doğrular niteliktedir⁵³.

2. Suçluların Kamuoyu Önünde Hesap Vermesi

UCM'nin belki en önemli işlevlerinden birisi de, suçlunun yaptığı eylemin hesabını vermekle yükümlü tutulmasıdır. Uluslararası mahkemeler tarafından gerçekleştirilen yargılamalarda genellikle suçun işlendiği dönemde emir

⁵¹ **Goldstone, Richard J.** (2018) 'International Criminal Court and Ad Hoc Tribunals': Weiss, Thomas; Daws, Sam (Eds), The Oxford Handbook on the United Nations, 2. Bası, Oxford, Oxford University Press, s. 578; **Aksar** (2017), s. 177-179.

⁵² **Goldstone**, s. 578.

⁵³ UCM önünde açılan dava sayısı, 3 Aralık 2018 tarihi itibarıyla, yirmi yediye yükselmiştir. Ayrıca savcılık on devlet (Afganistan, Kolombiya, Nijerya, Gine, Irak/İngiltere, Filistin, Filipinler, Bangladeş/Myanmar, Ukrayna, Venezuela) hakkında ön inceleme yapmakta ve on bir dosyaya (Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Uganda, Orta Afrika Cumhuriyeti, Darfur/Sudan, Kenya, Libya, Mali, Fildişi Sahilleri, Orta Afrika Cumhuriyeti II, Gürcistan, Burundi) ilişkin soruşturma yürütmektedir. Bkz. **Cour Pénale Internationale** (2018) 'Situations et affaires', <<https://www.icc-cpi.int/?ln=fr#>> s.e.t. 03.12.2018.

veren konumda olan kişilerin (amirlerin) yargılanmasına özel bir önem verilir. Suçun işlediği zamanda amir statüsünde bulunan kişilerin kamuoyu önünde hesap vermesine bu derecede önem verilmesinin altında yatan temel saik; bu kişilerin yetkilerini ellerinden alarak itibarsızlaştırmak ve buna bağlı olarak yeniden suç işlemesinin önüne geçmektir. Özellikle üzerine atılı suçu yeniden işleme potansiyeline sahip bulunan bu kişiler için yargı organı önüne çıkmak, başlı başına caydırıcı etki doğurmaktadır. Hesap verme durumu, aynı zamanda suçtan zarar gören kişilerin adalete dair inançlarının da yeniden oluşması için bir motivasyon kaynağı olarak kabul edilebilir.

UCM’de tamamlanan en son yargılamalardan birisi *Ahmad Al Faqi Al Mahdi* hakkındadır. *Al Mahdi*, Nisan 2012 ile Ocak 2013 tarihleri arasında Timbuktu (Mali) şehrinde yer alan tarihi eserler ve kutsal mekanlara zarar vermek suretiyle savaş suçu işlemekten yargılanmıştır. Kendisinden alınan sözlü savunmalar ve savcılar tarafından ortaya konan delillerin incelenmesi sonrasında *Al Mahdi*, UCM 7. Dava Dairesinin 27 Eylül 2016 tarihli kararıyla suçlu bulunmuş ve dokuz yıl hapis cezasına çarptırılmıştır⁵⁴.

3. Cezaların Belirgin Hale Gelmesi

UCM’nin bir diğer temel işlevi ise, cezaların önceden bilinmesini sağlamaktır. UCM’nin bugüne dek yapmış olduğu yargılamalar göstermiştir ki, cezaların belirli olması ve mahkeme tarafından sürekli bir şekilde uygulanması, ceza yaptırımlarının ağır olmasından daha çok etki doğurmaktadır⁵⁵. Bu nedenle, ister devletlerin kendi ulusal mahkeme yargılamalarında olsun ister uluslararası nitelikteki mahkeme yargılamalarında olsun; cezaların belirgin olması ve uygulamada istikrar sağlanmasını cezaların ağır olmasından daha fazla

⁵⁴ **Goldstone**, s. 578. Roma Statüsüne göre, kültürel varlıklara karşı uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen suçlar da savaş suçu kabul edilmiştir (m. 8). *Al Mahdi*, dini konularda yönetime danışmanlık yapıyordu. Timbuktu mozelelerinin yok edilmesi konusunda danışıldığında *Al Mahdi*, imha edilmemesinin uygun olacağı tavsiyesinde bulunmuştur. Buna karşın on yerin yıkımını denetlemiş ve beşinin yok edilmesine bizzat katılmıştır. *Al Mahdi*, Timbuktu’da bulunan dokuz mozoleye ve *Sidi Yahia* camisinin kapısına yönelik saldırılar sebebiyle suçlanmıştır. *Al Mahdi* kararı, kültürel varlıklara karşı işlenmiş suçların UCM tarafından bir savaş suçu olarak kabul edildiği ilk örnektir. *Al Mahdi* kararının ayrıntıları ve değerlendirmesi için bkz. **Türkey Kahraman, F. Şeyda** (2018) *Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Kültürel Varlıkların Korunması*, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 274-280.

⁵⁵ **Stahn, Carsten** (2011) ‘How is the Water? Light and Shadow in the First Years of the ICC’, *Criminal Law Forum*, S: 22, s. 195.

önemsemek gerektiği savunulabilir. Cezaların belirgin olması özelliğini hem Roma Statüsü hükümleri bağlamında normatif düzeyde; hem de Mahkeme yargılamalarının sonucu olarak içtihat düzeyinde anlamak mümkündür.

4. Mağdurların Adalet Beklentisinin Karşılanması ve Kamuoyu Nezdinde Güven Sağlanması

Mağdurların adalatten beklentilerinin karşılanması, UCM'nin en temel amaçlarından birisi olmakla birlikte; bu beklentiye cevap vermenin de yine Mahkemenin en güç işi olduğu söylenebilir. Suçun doğrudan mağduru bulunan kişilerin beklentisi, yaygın görüşün aksine, yaşanan olaylar sebebiyle mağduriyetlerinin genel olarak tespit edilmesinden ibaret değildir. İlk davalardan itibaren Mahkemede işleyen yargılama sürecinde, toplumun genel çıkarları ile mağdurların özel çıkarları arasında bir yarışma veya çatışma bulunduğunu söylemek mümkündür⁵⁶. Dolayısıyla Mahkemenin, uluslararası toplumun çıkarları ile suçtan zarar görenlerin çıkarlarını dengelemesi de beklenmektedir.

Suç oluşturan eylemin işlenmesine yol açan sebepleri ve failin gerekçelerini ayrıntılı bir şekilde öğrendiğinde veya kendi kişisel hikâyelerinin kamuoyu tarafından fark edildiğini gördüğünde; mağdurların, baskısı altında bulunduğu travmatik durumu daha kolay atatabileceği ileri sürülmüştür⁵⁷. Yine bir tespite göre, suçtan zarar gören kişiler, sayısız benzer suçun işlenmesinde rolü bulunan liderlerden ziyade kendisine yönelik eylemi gerçekleştiren komşularının mahkemede yargılanmasını istemektedir⁵⁸. Bu örnekler ortaya koymaktadır ki, suçun olumsuz etkileriyle yüzleşen toplumlar ile birincil derecede zarar gören mağdurların adalatten beklentileri arasında ciddi farklılıklar görülebilmektedir.

UCM, kuruluşundan bugüne dek çözümü zor birçok dava ile karşı karşıya gelmiştir. Suriye'de meydana gelen olaya bağlı olarak işlenmiş suçların

⁵⁶ Stahn, s. 195.

⁵⁷ Stahn, s. 195.

⁵⁸ Stover Eric / Weinstein Harwey M. (2005) 'My Neighbour, My Enemy', Cambridge, Cambridge University Press from Stahn, C., 2011. How is the Water? Light and Shadow in the First Years of the ICC, 22 (1), s. 195. Eylemi doğrudan işleyen suçluların cezasız kalmalarına şu olay çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır: 1991 Kasım ayında Vukovar ana hastanesi Sırp güçleri tarafından basılmış, hastanede bulunanlardan Sırp olmayan iki yüzden fazla kişi kilometrelerce ötedeki Ovcara'ya götürülüp öldürülmüştür. Ölüm emrini verdiği iddia edilen Komutan *Mile Mrksic* savaş suçu ve insanlığa karşı suç işlediği gerekçesiyle yargılanmıştır. Buna karşılık katliamın doğrudan tanığı ve mağduru bulunan yaşlı kadına, kocasını öldürüp kızını sakat bırakan eylemleri kimin yaptığı sorulduğunda; her hafta halk pazarında karşılaştığı yan köyden komşuları olduğunu söylemiştir. Neden tutuklanmadıkları ve yargılanmadıkları sorulduğunda ise, "anlaşma" yüzünden olduğu ifade edilmiştir. Bu sonucu doğuran olgu, ilgili aktörler arasında uluslararası suçlardan aranan kişilerden sadece bir kısmının yargılanmasını sağlayacak bir anlaşma yapılmış olmasıdır. Bkz. Sands, s. 88-89.

araştırılması bakımından UCM, iyi bir adres olarak değerlendirilebilir. Uluslararası nitelik taşıyan suçlar ve karmaşık olaylara ilişkin davalar bakımından UCM'nin önemli bir tecrübe edindiğine şüphe yoktur. Ayrıca UCM gibi yargı organları, bu tip davalara yönelik politikacı yahut devlet yöneticisi gibi üst düzey sanıkların yargılanması konusunda kamuoyu tarafından duyulan önyargıların ortadan kalkması anlamında da rahatlatıcı bir etki yapabilir⁵⁹. Her şeye rağmen UCM, adaletin tecelli etmesini sağlayacak kurumsal yapıya sahiptir. Uluslararası toplumun bir bütün olarak, uluslararası suçların işlenmesine artık göz yummadığını yüksek sesle dile getirmesi ve devlet başkanlarının dahi bağımsızlık talep edemeyecek olması (Statü m. 27), adaletin sağlanmasına güvence oluşturacaktır⁶⁰.

B. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Daha önce işaret edildiği⁶¹ gibi UCM'nin demokratik meşruiyetini, tek bir değişkene bağlı olarak açıklamak mümkün değildir. Aşağıda yer verilen sorular, demokratik meşruiyete uygunluğun düzeyini ortaya koymak veya en azından bu konuda bir değerlendirme yapmak açısından bize ışık tutacaktır⁶²:

- *Mahkeme adil yargılanmaya dair usul işlemlerini gerçekleştirme bakımından hangi oranda başarılıdır?*
- *Mahkemece yargıç ve avukatların usule dair işlemler konusunda yetkilendirilmesi nasıl gerçekleştirilmektedir?*
- *Mahkemenin kurumsal işleyişi; siyasî etkiler, önyargılar ve yönlendirmelerden ne ölçüde bağımsızdır?*
- *Mahkemenin soruşturma usulü ne derece açık ve belirlidir?*
- *Yönetimsel sorunlara ilişkin olarak; örneğin, üye devletlerin iç hukukuyla uyumlu olması beklenen tamamlayıcılık ilkesi gibi asgari müşterekleri düzenleyen önemli benzer konularda Mahkeme sürekli ve köklü ilkeler oluşturabilmiş midir?*
- *Mahkeme, mağdurların adalet ihtiyacını karşılamaya odaklanmış olarak; örneğin, geçmiş zararların telafi edilmesinde veya uzlaştırma işlevinin yerine getirilmesinde ne oranda başarı göstermektedir?*

⁵⁹ Jones, s. 806.

⁶⁰ Booth, s. 141-142; Tütüncü, s. 167-168.

⁶¹ Yukarıda III numaralı başlık.

⁶² Blattmann / Bowman, s. 713.

· *Statüye taraf olan veya olmayan devletler, Mahkemenin yargılama sürecinin işleyişine zarar verici bir tutum sergilemekte midir?*

· *Mahkemenin yargı yetkisini tanıyan devletler, ilgili düzenlemeler gereğince taahhütlerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gereken tutuklamaları, kendi rızalarıyla ve gönüllü olarak yapmakta mıdır?*

Nitel bir değerlendirme açısından yukarıda verilen sorulara ve benzerlerine cevap aramak yanında; UCM'ye ilişkin sorunları görmek açısından bazı istatistiklere bakmak da yararlı olacaktır. Aslında bazı veriler, mahkeme genel performansının çok iyi olmadığını göstermektedir. Bu tespite ilişkin örnek vermek gerekirse; yargılamaların başarılı olduğu yönündeki genel kanıya katılım oranı, mağdurların söz konusu yargılamanın sonucuna ilişkin tatmin düzeyi, uyumsuzluğa taraf devletlerin sayısı, yargı maliyetlerinin miktarı ve ortalama yargılama süresi sayılabilir⁶³.

Mahkemenin başarılı olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler, subjektif nitelik taşıdığından, birbirinden tamamen zıt sonuçlar ortaya çıkabilmektedir⁶⁴. Öte yandan konuya ilişkin değerlendirmelerin, karmaşık bir yapının işleyişine ve çok sayıda değişkene bağlı bulunması sebebiyle bir çırpıda gözden geçirilmesi ve lehine veya aleyhine ilişkin söz söylenmesi pek kolay değildir. Önceki yıllarda Mahkemede savcı olarak görev alan *Moreno-Ocampo*'ya göre, iç hukuk yargılamalarında bulunan eksikliklerin, tamamlayıcı yargı ilkesine bağlı olarak soruşturma yükümlülüklerini yerine getiren uluslararası ceza yargılamalarına da aynen yansıtıldığını görmek mümkündür⁶⁵.

Mahkemenin işleyişi bakımından belki belirli eleştiriler getirilebilir⁶⁶ ama oluşum sürecinin başarılı yürütüldüğünü iki delil açıkça göstermektedir.

⁶³ Kersten, ölçülebilir birçok değişken arasında özellikle ikisini ön plana çıkarmaktadır. Bunlar yargılama ve hükümlü sayısına ilişkin verilerdir. Kersten'e göre her iki göstergenin de sonuçları negatif olarak kabul edilebilir. Mahkeme tecrübesinin başladığı günden tespit yapılan tarihe kadar geçen on bir yıllık süre içinde; yalnızca sekiz soruşturma yapılmış; yirmi üç kişi arasında altı tutuklama gerçekleşmiş ve temyiz aşaması devam eden bir yargılama sonucunda bir kişi için mahkumiyet ve bir kişi için beraat söz konusu olmuştur. Bkz. **Kersten**, dn. 41. Güncel veriler için bkz. dn. 53.

⁶⁴ **Crawford**, s. 93.

⁶⁵ **Kersten**, dn. 41.

⁶⁶ Özellikle Afrika devletlerince, en azından siyasal söylem olarak, kendilerine karşı ön yargılı bulunan ve Batı medeniyetinin bir kurumu ve yeni bir sömürge anlayışının ürünü olarak UCM'nin yargı yetkisini bir araç olarak kullandığı yüksek sesle dile getirilmeye başlanmış ve Afrika Birliği Örgütünün 1 Şubat 2017 tarihinde Addis Ababa'da yapılan Zirve Toplantısında, Roma Statüsünden çekilme konusunda bir tavsiye kararı alınacak kadar bu tavır ileri götürülmüştür. UCM lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşler ile özellikle Afrika devletlerinin

İlk olarak, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından benimsenmemiş ve açıkça karşı gelinmiş olmasına rağmen Roma Statüsünün, uluslararası toplumun geniş bir katılımıyla yürürlüğe konulması⁶⁷ ve ikinci olarak, uluslararası ceza hukukunun gelişimini doğrudan yansıtan ve bu sebeple çok önem verilen suçların cezaysız kalmaması amacının gerçekleştirilmesi yönünde önemli bir mesafe kat edilmiş olması⁶⁸.

UCM yargılama sürecinin işleyişini değerlendirmek açısından yöneltilen sorular ve ortaya çıkan veriler çerçevesinde ciddi eleştiriler yapılmaktadır. Aşağıda bu eleştiriler belirli başlıklar altında ele alınmıştır:

1. Mağdurların Yargılama Sürecine Katılmada Güçlük Yaşaması

Mahkemenin meşruiyeti konusunda önemli bir gösterge olarak değerlendirebileceğimiz bir unsur da, suç mağdurlarının kendileriyle ilgili mahkeme duruşmalarına katılımı hususudur. Mağdurların duruşmalarda katılımcı olarak yer alması, suç mağduru kişilerin, uluslararası adaletin gerçekleştiği duygusunu taşımaları açısından da önemlidir. Fakat bu aynı zamanda suç işlediği düşünülen kişilerin hakları ile suçtan etkilenen kişilerin haklarının dengelenmesini zorunlu kılan ve bu sebeple azami özen gösterilmesini gerektiren bir durumdur.

Savaş Suçlarını Araştırma Bürosu⁶⁹ verilerine göre mağdurlar ve kamuoyunca yaygın bir şekilde paylaşılan düşünceler, UCM'nin etkinliğini anlama bakımından iyi bir gösterge olarak anlaşılabilir. Bu nedenle UCM'nin soruşturma ve kovuşturma evrelerinde oldukça hassas davranması gerektiği kural olarak kabul edilmektedir.

UCM'ye suçun mağdurları tarafından duruşmalara katılım için yapılan başvuruların cevaplandırılması konusu başlıca problemlerden birisidir. Yüzlerce suç mağdurunun, Mahkeme tarafından gerçekleştirilen yargılamaya katılmak istemesine rağmen, başvurularının zamanında işleme alınmaması sebebiyle bunun mümkün olmadığı gözlemlenmiştir⁷⁰.

tutumunu ele alan ve değerlendiren bir çalışma için bkz. **Dalar, Mehmet** (2017) 'Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi', AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 17, S. 2, s. 153-165.

⁶⁷ **Booth**, s. 129.

⁶⁸ **Crawford**, s. 93.

⁶⁹ **American University Washington College of Law** (2011) 'International Criminal Court Legal Analysis and Education Project', June 2011, War Crimes Research Office, s. 1-88.

⁷⁰ **Shetty, Salil** (2012) 'Passing judgement on ten years of the ICC',

<<https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/07/2012711218049360.html>> s.e.t. 28.08.2018.

2. Hızlı ve Etkin Yargılama Yapılamaması

BM tarafından oluşturulan ve benzer nitelikte yargılama yapan *ad hoc* mahkemeler ile UCM arasında karşılaştırma yapmak, yargılama sürecinin hızı ve etkinliği konusunda bize fikir verecektir. BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan karar ile 1993 yılında kurulan Yugoslavya uluslararası ceza mahkemesi, aradan geçen dokuz yıl sonrasında suç işlediği iddia edilen yirmi beş kişinin yargılamasını tamamlamıştır. Ayrıca söz konusu davaların on sekizinin temyiz süreci de tamamlanmıştır. Yugoslavya mahkemesi tarafından La Haye’de kırk altı kişi gözaltında tutulmaktadır. Yugoslavya mahkemesi kadar başarılı bir örnek olmasa da Ruanda uluslararası ceza mahkemesi de bu anlamda değerlendirilebilir. Kuruluş tarihini takip eden dokuzuncu yılın sonunda suçlanan on dokuz kişinin yargılanması son bulmuştur⁷¹. Bu davaların bir kısmının temyiz süreci de tamamlanmıştır.

İki *ad hoc* mahkemenin işleyişi ile yapılan bu karşılaştırmadan da anlaşıldığı üzere, UCM’nin kuruluş amaçlarının gerçekleşmesi için daha hızlı ve etkin bir yargılama yapması gerektiği açıktır. Oysa davanın açılması ve yürütülmesini yavaşlatan sebepler arasında, ilgili devletin işbirliği yapmaktan kaçınmasını, ilgili devlet ülkesinde soruşturma yürütmenin belirli güçlükler içermesini ve soruşturma yerine erişimin zor şartlara bağlı olmasını saymak mümkündür⁷².

3. Tanık İfadelerinin Alınmasında Zaman Kaybı ve Delil Toplamada Eksiklik Olması

Gözleme bağlı olarak tanık ifadelerinin alınmasında ciddi bir zaman kaybı yaşandığı tespit edilmiştir. Kenya’ya ilişkin alenî duruşmada tanıkların bazıları kendi yerel dilleriyle konuşma yapmış ve sonrasında alınan tanık ifadeleri görevli mahkeme personeli tarafından İngilizceye çevrilmiştir. Böylesi bir uygulamanın dava konusunun ayrıntılarını ortaya koymak bakımından önemli olduğuna şüphe yok ise de bu durumun aynı zamanda ciddi zaman kayıplarına yol açtığını söylemek mümkündür. Bu aşamada savcı tarafından tanıklara ayrıntılı sorular yöneltilmiştir. Şüphesiz maddi gerçekliğin ortaya çıkması açısından

⁷¹ Schabas, s. 507.

⁷² Jadali, Safinaz (2009) ‘Dix ans après l’adoption du Statut de Rome de 1998: Quelques remarques sur les imperfections du fonctionnement de la Cour pénale internationale’, Lex Electronica, C. 13, S. 3 (Hiver-Winter), s. 4.

dan bu soruların ayrıntılar içermesinin önemsiz olduğunu düşünmemek gerekir. Ama bu uygulamaların bazen başarısız biçimde sonuçlanması riski de mevcuttur. Savaş Suçları Araştırma Ofisi raporuna göre, ifade almanın uzun sürmesine bağlı olarak tanıklıktan vazgeçmeyi engellemek⁷³ veya duruşma sırasında fenalaşmadan sonra tekrar salona dönüşü sağlamak açısından aksine davranışta bulunan tanıkların, tanık koruma hükümlerinin kapsamı dışına çıkartılması düşünülebilir⁷⁴. Ancak tanığın ifadesini değiştirme hakkı da bulunmamaktadır. Oysa bazı tanıkların, çapraz sorgulamada önceki ifadeleriyle çelişen beyanda bulunduğu görülmüştür⁷⁵. Diğer taraftan *Bemba* Davasında 3. Dava Dairesi, çapraz sorgulama da dahil, yönlendirici soru sormayı yasaklamıştır. Aslında çapraz sorgu aşamasında yönlendirici soruların, uzak konulara ilişkin olanlardan davanın esasına ilişkin önemli hususlara geçmek için kullanılacak yararlı bir yöntem olduğu da düşünülebilir⁷⁶.

Zaman israfına yol açmasına rağmen, duruşmada doğrudan tanık ifadelerine başvurmaktan kaçınmak çok mümkün gözükmemektedir. Yine belirli olayların çözümü açısından çapraz sorgu yönteminden bir çırpıda vazgeçmek de doğru olmayacaktır⁷⁷. Belki tanık ifadelerinin süratle ve etkin biçimde alınmasını sağlayacak yöntemler üzerinde düşünmek gerekir⁷⁸.

Bemba Davası yargıçlarından *Kuniko Ozaki* ise, aksi görüşe sahip olup; Mahkemenin gerçeğe ulaşma işlevi açısından tanık ifadelerinin doğrudan alınmasının önemi üzerinde durmuş ve düşüncesini şu cümlelerle gerekçelendirmiştir: “UCM önünde tanıklık yapacak kişiler, genellikle La Haye kentine uzak bir yerden gelmekte ve muhtemelen Avrupa ülkelerinde uygulanan sorgulama

⁷³ **American University Washington College of Law** (2009) ‘Witness Proofing at the International Criminal Court’, <http://www.wcl.american.edu/warcimes/icc/documents/WCRO_Report_on_Witness_Proofing_at_the_ICC_July2009.pdf?rd=1> s.e.t. 28.08.2018.

⁷⁴ **International Criminal Court** (2010) ‘The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo’, Transcript of Hearing (Open Session), paragraph 29-30, <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_00837.PDF> s.e.t. 25.08.2018

⁷⁵ **Wald, Patricia M.** (2002) ‘Dealing with Witnesses in War Crime Trials: Lessons from the Yugoslav Tribunal’, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, S: 5, s. 217-233.

⁷⁶ **American University Washington College of Law**, dn. 73.

⁷⁷ **Wald**, s. 217-233.

⁷⁸ **American University Washington College of Law**, dn. 73.

usulü ve yargılama süreci hakkında yeterli bilgiye sahip bulunmamaktadır. Tanıklık yapılacak olaylar ise, çoğu zaman altı-yedi yıl öncesine ilişkin bulunmaktadır. Cezaların kesinleşmesi öncesinde alınmış bazı tanık beyanları, kimi zaman muhakeme usulü konusunda ehil olmayan yahut nitelikli suçlara ilişkin delil toplama konusunda dikkatsiz personel tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Bu durum kişiye isnat edilen suçun kanıtlanması için gerekli delillerin toplanması bakımından bir eksiklik yaratmaktadır”⁷⁹.

4. Adli Kolluğa ve Yeterli Malî Kaynağa Sahip Olmayan Mahkemenin Etkin Yargılama Süreci İçin Bağımlı Bulunması

Roma Statüsüne taraf olmayan devlet ülkelerinde işlenmiş suçlar bakımından da UCM'nin yargı yetkisi doğabilmektedir. Örneğin, BM Güvenlik Konseyi, Statüde düzenlenen suçlara ilişkin olarak, BM Andlaşmasının VII. Bölümüne dayanarak aldığı karar ile UCM'ne bildirimde bulunduğu (m. 13/b), ilgili devletin Statüye taraf olup olmaması önemli değildir. Özellikle taraf olmayan devletler bakımından ortaya çıkan önemli sorunlardan birisi ise, Mahkeme ile işbirliği yapma yükümlülüğü olmaması sebebiyle yaşanabilecek güçlüklerdir. Mahkeme, bu güçlüğün giderilmesini sağlayacak doğrudan kendisine bağlı bir adli kolluğa ve icra sistemine sahip değildir. Bu durum, adaletin gerçekleştirilmesi açısından belki UCM'nin en önemli eksikliklerinden birisini oluşturmaktadır⁸⁰. Böyle bir durumda, BM Örgütünün çağrı ve çabalarına da uygun biçimde, devletler arasında sıkı bir işbirliği yapılmasına son derece ihtiyaç vardır. Güvenlik Konseyi, BM Andlaşması uyarınca barışın tehdit edildiği, bozulduğu veya saldırı eyleminin gerçekleştiği durumlarda hangi önlemlere başvurulacağına karar verecektir (m. 39). Bu önlemlerden birisi, pekâlâ ilgili durumun UCM'ye havale edilmesi olabilir. Bununla birlikte Güvenlik Konseyi, Statünün kendisine verdiği bu yetkiyi kullanırken çok da başarılı örnekler sergileyememiştir⁸¹.

Güvenlik Konseyinin başarısız girişimlerinden birisi de Suriye'de yaşanan katliamlara ilişkindir. Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu altmış beş

⁷⁹ **International Criminal Court** (2010) 'The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo', Partly Dissenting Opinion of Judge Kuniko Ozaki on the Decision on the Unified Protocol on the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, ICC-01/05-01/08-1039, 21 (Trial Chamber III, 24 November 2010).< <https://www.legal-tools.org/doc/9eca75/pdf/>> s.e.t. 23.08.2018

⁸⁰ **Dost, Süleyman** (2016) Temel Kavramlar, Metinler ve Kararlar Bağlamında Uluslararası Hukukta Adalet, 1. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 237.

⁸¹ **Goldstone**, s. 579.

devletin çabalarıyla hazırlanan ve Roma Statüsüne taraf bulunmamakla birlikte Suriye için Statü hükümlerine göre (m. 13/b), soruşturma açılması için Mahkeme'ye sorunun taşınmasını öngören karar taslağı, on üç lehte oya karşı sürekliliği üyeler Rusya ve Çin'in vetosuyla kabul edilmemiştir⁸².

BM Güvenlik Konseyinin UCM'ye havale etme yetkisini çoğunlukla, Roma Statüsüne taraf olmayan Afrika devletlerinin ülkelerinde meydana gelen olaylar için kullandığı görülmektedir. Böyle bir yetkinin genellikle, ülkede süren iç savaşlara bağlı olarak güvenlik ve otorite sorunu bulunan ve egemen gücünü kullanmakta zorlanan devlet vatandaşları için gündeme gelmesi; Mahkemenin yalnızca güçlü devletlerin çıkarlarına hizmet eden bir yargı organı olarak görülmesine yol açacaktır⁸³.

Öte yandan UCM'nin etkin bir yargılama faaliyeti yürütebilmesi için, *ad hoc* ceza mahkemesi deneyimlerinin gösterdiği gibi, güçlü bir mali kaynağa da sahip olması gerekir. Uluslararası düzeyde yargılama yapan bir yargı organının sürdürülebilirliği, ancak çok yüksek masrafların karşılanmasıyla mümkün olabilecektir. BM gibi evrensel bir uluslararası örgüt bütçesinin yapılan sınırlandırmalardan sonra tek başına yüzde yirmi ikisini⁸⁴ karşılayan ABD'nin dahil olmadığı bu sistemde mali güçlükler yaşanabileceğini öngörmek kehanet değildir. Buna karşın BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkemeye havale edilen

⁸² Taslağa göre, Güvenlik Konseyi Suriye'deki durumun uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiğini, BM Andlaşması VII. Bölümü kapsamında; hükümete bağlı güçler ve karşı silahlı grupların Suriye'de Mart 2011 tarihinden itibaren yoğun ve yaygın insan hakları ile uluslararası insancıl hukuk kurallarını ağır bir şekilde ihlal ettiğini ve bu ihlallerin BM İnsan Hakları Konseyinin oluşturduğu Bağımsız Uluslararası Suriye Soruşturma Komisyonu raporlarına dayanarak tespit edildiğini belirterek, söz konusu eylemlerin soruşturulması ve yargılanması için UCM'ye havalesi öngörülmüştür. O tarihte, Suriye'de öldürülen insan sayısı 160 bindir. Bkz. **Dalar, Mehmet**, 'Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Suriye Krizindeki Tutumu': Taşdemir, Fatma (Ed.) (2016) Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk, 1. Bası, Ankara, Nobel Yayınları, s. 22-23.

⁸³ **Tabanlı**, s. 88.

⁸⁴ Üye devletlerin bütçeye yapacakları katkı, ödeme kapasitelerini belirleyen bir formüle göre hesaplanmaktadır. Ölçütler dikkate alınarak başlangıçta BM Örgütü bütçesinin neredeyse yarısının ABD tarafından ödenmesi istenmiştir. Buna karşın tek bir üye devlete, finansal açıdan aşırı derecede bağımlı olmasının önüne geçmek için katkı oranı yüzde otuz dokuz olarak belirlenmiştir. Sonradan en fazla katkı oranının üçte bire ve devamında yüzde yirmi beşe indirilmesi konusunda anlaşma sağlanmıştır. Genel Kurulun 2000 yılında aldığı karara göre, bir devletin bütçenin en fazla yüzde yirmi ikisini karşılayabilecektir. Bkz. **Bennett, A. LeRoy / Oliver, James K.** (2002) *International Organizations: Principals and Issues*, 1. Bası, Pearson Education, (Çev. Uslu, Nasuh (2015) *Uluslararası Örgütler: İlkeler ve Meseleler*, 1. Bası, Ankara, Bigbang Yayınları), s. 133, 139; **Acer / Kaya**, s. 452.

olaylarda soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği tüm masrafların BM Örgütü tarafından karşılanacağını beklemek mümkündür. Uluslararası barış ve güvenliğin yeniden sağlanması amacına da hizmet eden böylesi bir yargılama faaliyetinin yürütülememesi, sadece UCM için değil; BM için de ciddi bir itibar kaybı anlamına gelecektir⁸⁵. Belki ABD'nin dolaylı katkısı anlamını taşıyan böyle bir durumun, potansiyel bazı sorunlar barındırdığı da göz ardı edilmemelidir.

5. Mahkeme Hakkında Önyargılara Sahip Olunması

Mahkeme hakkında kimi devletlerin belirli önyargıları bulunmakta, bu devletler arasında dünyanın askerî ve siyasî açıdan en güçlü devleti olarak ABD ön plana çıkmaktadır⁸⁶. Vatandaşlarının Mahkeme önünde yargılanmasından endişe duyan ABD'nin UCM'ye karşı olan negatif tutumu⁸⁷, birçok devlet yanında kurumsal olarak Mahkemeyi de etkilemektedir. ABD'nin Yugoslavya ve Ruanda mahkemeleri bakımından aktif çaba ve desteği olmasaydı muhtemelen bu mahkemeler de başarısız olacaktı. ABD'nin hem Sırbistan hem de Hırvatistan'ı maddi yardımı kesmekle tehdit etmesi her iki devletin de en üst düzey yetkililerini teslim etmesi ile sonuçlanmıştır.

ABD'nin UCM'ye karşı bir tutum sergilemesi bazı korkulara dayanmaktadır. Özellikle kendi silahlı güçleriyle bağlantılı olarak savcılar tarafından Amerikan askerî personeli veya yöneticilerine karşı siyasî saiklerle haksız bir kovuşturma başlatılması ihtimali ABD açısından endişe verici bulunmuştur. Böyle bir sebebe bağlı olarak yürütülecek kovuşturmalara karşı bir koruma mekanizmasının kurulmadığı düşünülmektedir⁸⁸. Ancak böyle beklenmedik ihtimallere karşın Roma Statüsünde birtakım koruyucu önlemler mevcuttur⁸⁹. Bu

⁸⁵ **Tabanlı**, s. 87-88.

⁸⁶ ABD, Rusya, Çin, Japonya, İran ve diğer bazı devletlerin Roma Statüsüne karşı olma gerekçeleri için bkz. **Tellenbach, Silvia** 'Roma Statüsü Kabul Edilmeli midir? Sözleşmeye Taraf Olmayan Devletlerin Tereddütleri': Yenisey, Feridun (Ed.) (2007) Uluslararası Ceza Divanı, 1. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınları, s. 71-77.

⁸⁷ **Acer / Kaya**, s. 364. ABD'nin uluslararası politika ve ulusal düzenlemeler aracılığıyla UCM'nin yargı yetkisini işlevsiz hale getirme çabaları için bkz. **Aksar, Yusuf** (2003) 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)', AÜHFHD, C. 52, S. 2, s. 133-134; **Carter**, s. 126-128.

⁸⁸ **Jadali**, s. 13; **Tellenbach**, s. 72. Tüm devletler arasında en çok barış gücü askerine ve uluslararası personele sahip bulunan ABD'nin resmi açıklamada vatandaşları aleyhine açılacak siyasî nitelikli davaları gerekçe olarak göstermesine rağmen; Aksar'a göre, Statüyü kabul etmemesinin gerçek sebebi, UCM'nin kendi güdümündeki Güvenlik Konseyine bağlanmış bir uluslararası yargı organı niteliğinde kurulmamış olmasıdır. Bkz. **Aksar** (2003), s. 132.

⁸⁹ **Booth**, s. 148-149.

koruyucu önlemlerden ilki UCM'de yargıç olarak görevlendirilebilmek için mutlaka üye devletlerin üçte ikisinden olumlu oy alma gerekliliğidir (m. 36/1-b). Bu durum UCM yargıçlarının üye devletlerin büyük bir kısmı tarafından desteklendiğini göstermektedir. İkinci koruma yöntemi ise tamamlayıcılık ilkesidir (m. 1). Roma Statüsü uyarınca ABD yargısının, UCM harekete geçmeden önce işletilmesi mümkündür. UCM savcısı soruşturmaya başlamadan önce taraf devletleri durumdan haberdar edecek, üç yargıçtan oluşan dairenin onayı alınmadan da doğrudan sorgulama başlamayacaktır (m. 18/1 ve 2). Koruma yöntemlerinden üçüncüsü ise, savcının soruşturmaya devam etmek veya iddianame hazırlamak için ön dava dairesinden izin istemesi gerekliliğidir (m. 18/6). Bu durum aynı zamanda vatandaşı hakkında soruşturma yapmak isteyen mahkeme savcısına ilgili ülkenin koyabileceği ciddi bir engeldir. Ayrıca ön dava dairesinin soruşturma ile ilgili kararı öncesinde de, UCM Temyiz Dairesine itiraz yolu mevcuttur.

Tüm bu önlemlere karşın ABD'nin Roma Statüsünü onaylama konusunda geleneksel müttefiklerine katılmaması, bugüne kadar ikna edilemediğinin açık göstergesidir. Bununla birlikte, UCM'nin kendisine biçilen misyonu başarılı bir şekilde yerine getirmesi, ABD'nin Statüye taraf olmasına ve hatta yargı sürecinin etkin işlemesi için ciddi katkılar sağlamasına bağlıdır. Buna karşın böylesi bir beklentinin sadece bir temenni olarak kalma potansiyeli hiç de düşük değildir.

SONUÇ

UCM yargısının belirli konularda eksiklikler barındırdığı görülse de; genel itibarıyla başarılı bir işleyiş ortaya koyduğunu kabul etmek gerekir. Yargısal faaliyetleri dolayısıyla Mahkemeyi başarılı kılan kazanımlar arasında, suçluların cezasız kalmasını önleyecek yaptırım düzeninin öngörülmesi, mağdurların belirli bir gecikmeyle de olsa adalete ulaşmasının sağlanması ve yargı yetkisi içindeki suçların gelecekte işlenmesine mani olacak caydırıcı etki doğurması sayılabilir. Tüm bu kazanımlar, Mahkemenin uluslararası ceza hukukunun ve uluslararası ceza adaleti sisteminin gelişimine katkı yapması bakımından pozitif bir karneye sahip olduğunu göstermektedir.

UCM'nin başarısını sadece kendi yargısal faaliyetleriyle açıklamak, sınırlı ve eksik bir değerlendirme olarak kalır. Bu başarı, uluslararası toplumun ceza yargılaması yapacak bir uluslararası yargı organı oluşturulması yönündeki irade ve azminden bağımsız değildir. Böyle bir irade, kısa bir süre içinde yargı organının hazırlık çalışmalarının tamamlanmasına yol açmıştır. Ardından yine uzun sayılamayacak bir zaman aralığında çok sayıda devletin taraf olmasıyla Roma Statüsü yürürlüğe konularak, evrensel hukuk ilkeleri ışığında bir yargı düzeninin kurulması mümkün olmuştur. Öte yandan Mahkemenin yargı faaliyetleri, birçok devletin ulusal hukuk düzenlerinin geliştirilmesi bakımından da iyi bir örnek oluşturmaktadır.

Ayrıca UCM'nin uluslararası ceza yargısının gelişiminde önemli bir rolü de, adalet kavramı açısından disiplinler arası bir anlayış yaratmış olmasıdır. Bu anlayış, adalet olgusunun hukuk yanında felsefe, politika, uluslararası ilişkiler, kriminoloji ve sosyoloji gibi farklı disiplinlerin bakış açısıyla etraflıca yorumlanmasına hizmet etmiştir. Bu çeşitlilik ve farklı yöntemlerin kullanımı, UCM'nin uluslararası ceza adaletine ulaşmak için sarf ettiği uzun yolda önemli bir kazanım olarak kabul edilebilir.

Tüm olumlu gelişmelere rağmen, bugüne kadarki yargılama pratiğine bakıldığında; güçlü batılı devletlerin politika ve uygulamalarıyla ilişkili ve bu devletlerin uyrukluğ altındaki kişilerden ziyade, genellikle Afrika ülkelerinde meydana gelen eylemlerin faili olan kişilerin yargılanması -sıklıkla ifade edildiği gibi- Mahkemenin galiplerin adaletine (*victor's justice*) hizmet ettiği eleştirisini haklı kılmaktadır. Aslında daha önce Nuremberg ve Tokyo uluslararası askerî ceza mahkemeleri için yöneltilen bu ağır eleştirinin bugün farklı bir sebebe ama benzer bir sonuca bağlı olarak UCM için tekrarlanması, görmezden gelineme-yecek ölçüde güçlü bir görüşü yansıtmaktadır.

UCM'ye yöneltilen eleştiriler, aynı zamanda kendi meşruiyetine yönelik ciddi bir sorgulama yapılmasına da sebep olmaktadır. Buna karşın son tahlilde, tüm uygulamalarından bağımsız olarak ifade etmek gerekirse, UCM'nin, uluslararası barış ve adaletin gerçekleştirilmesinde çok kritik bir rol üstlendiğini söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

Acer, Yücel (2004) Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, 1. Bası, Ankara, Roma Yayınları.

Acer, Yücel / Kaya, İbrahim (2018) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları.

Aksar, Yusuf (2003) ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’, AÜHFD, C. 52, S. 2, s. 125-139.

Aksar, Yusuf (2007) Evrensel Yargı Kuruluşları, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları.

Aksar, Yusuf (2017) Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları.

Albayrak, Gökhan ‘Uluslararası Hukukta Bireysel Cezai Sorumluluk ve Üstün Sorumluluğu’: Saraçlı, Murat (Ed.) (2012) Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları, 1. Bası, Ankara, Bigbang Yayınları, s. 395-411.

American University Washington College of Law (2011) International Criminal Court Legal Analysis and Education Project June 2011, War Crimes Research Office, s. 1-88.

American University Washington College of Law (2009) ‘Witness Proofing at the International Criminal Court’, <http://www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/documents/WCRO_Report_on_Witness_Proofing_at_the_ICC_July2009.pdf?rd=1> s.e.t. 28.08.2018.

Aybay, Rona (2013) Uluslararası Yargı, 1. Bası, İstanbul, Alfa Yayınları.

Aydın, Devrim (2002) ‘Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 51, S: 4, s. 131-167.

Azarkan, Ezeli (2003) Nüremberg’ten La Haye’ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

Bennett, A. LeRoy / Oliver, James K. (2002) International Organizations: Principals and Issues, Pearson Education, (Çev. Uslu, Nasuh (2015) Uluslararası Örgütler: İlkeler ve Meseleler, 1. Bası, Ankara, Bigbang Yayınları).

Blattmann, Rene / Bowman, Kirsten (2008) ‘Achievements and Problems of the International Criminal Court’, Journal of International Criminal Justice, S: 6, s. 711-730.

Booth, Cherie ‘Uluslararası Ceza Divanı’ndan Beklenenler ve Muhtemel Sorunlar: Yugoslavya ve Ruanda’dan Çıkarılan Dersler’: Sands, Philippe (Ed.) (2003) From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice, 1. Bası, Cambridge, Cambridge University Press (Çev. Urgan Çalışkan, Hazal (2016) Nürnberg’ten Lahey’e: Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, 1. Bası, İstanbul, Alfa Yayınları), s. 127-150.

Bozkurt, Enver (2018) *Milletlerarası Hukuk Mevzuatı*, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.

Carter, Linda E. (2017) '2021 Yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi' (Çev. Fincan, Müslüm), *Küresel Bakış*, Yıl: 7, S. 22 (Haziran), s. 119-131.

Clapham, Andrew 'Karmaşıklık, Suç Ortaklığı ve Tamamlayıcılık: Nürnberg Duruşmalarından Yeni Uluslararası Ceza Divanı'nın Şafağına Doğru': Sands, Philippe (Ed.) (2003) *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*, 1. Bası, Cambridge, Cambridge University Press (Çev. Urgan Çalışkan, Hazal (2016) *Nürnberg'ten Lahey'e: Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği*, 1. Bası, İstanbul, Alfa Yayınları), s. 35-62.

Conseil de sécurité des Nations Unies (2005) 'Résolution 1593 (2005)', *Rapports du Secrétaire général sur le Soudan: S/RES/1593 (2005)*, <[https://undocs.org/fr/S/RES/1593%20\(2005\)](https://undocs.org/fr/S/RES/1593%20(2005))> s.e.t. 20.09.2018.

Cour Pénale Internationale (2018) 'Situations et affaires', <<https://www.icc-cpi.int/?ln=fr#>> s.e.t. 03.12.2018.

Crawford, James 'Roma Statüsünün Kaleme Alınışı': Sands, Philippe (Ed.) (2003) *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*, 1. Bası, Cambridge, Cambridge University Press (Çev. Urgan Çalışkan, Hazal (2016) *Nürnberg'ten Lahey'e: Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği*, 1. Bası, İstanbul, Alfa Yayınları), s. 93-125.

Dalar, Mehmet, 'Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Suriye Krizindeki Tutumu': Taşdemir, Fatma (Ed.) (2016) *Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk*, 1. Bası, Ankara, Nobel Yayınları, s. 1-44.

Dalar, Mehmet (2017) 'Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi", *AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 17, S. 2, s. 153-165.

Donovan, Daniel (2012) *International Criminal Court: Successes and Failures of the Past and Goals for the Future* <<http://www.international-criminal-court-succeses-and-failures-of-the-past-and-goals-for-the-future>> s.e.t. 01.06.2018.

Dost, Süleyman (2016) *Temel Kavramlar, Metinler ve Kararlar Bağlamında Uluslararası Hukukta Adalet*, 1. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.

Dülger, Kenan (2015) *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

Eser, Albin ‘Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri’, Çev. Turhan, Faruk; Yenisey, Feridun (Ed.) (2007) Uluslararası Ceza Divanı, 1. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınları, s. 3-35.

Goldstone, Richard J. (2018) ‘International Criminal Court and Ad Hoc Tribunals’: Weiss, Thomas / Daws, Sam (Eds.) (2018) The Oxford Handbook on the United Nations, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford, s. 567-582.

Güneysu, Gökhan (2014) Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması, 1. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi.

Güneysu, Gökhan (2015) Uluslararası Hukukta Amirin Emri, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

Gürocak, İsmail (2008) ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Ulusların Egemeliğinin Kesiştiği Nokta: Tamamlayıcılık İlkesi’, Ceza Hukuku Dergisi, S: 8, s. 223-251.

Hall, Christopher Keith (2008) ‘Première proposition de création d’une cour criminelle internationale permanente’, Revue internationale de la Croix-Rouge, S: 829, <<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzhhe.htm>> s.e.t. 20.09.2018.

Human Rights Watch (2018) ‘World Report 2017’, <<https://www.hrw.org/tr/world-report/2017/country-chapters/298673>> s.e.t. 20.09.2018.

International Criminal Court (2007) ‘Building a Future on Peace and Justice’, Nuremberg, 24/25 June 2007, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4E466EDB-2B38-4BAF-AF5F-005461711149/143825/LMO_nuremberg_20070625_English.pdf>s.e.t. 20.04.2018.

International Criminal Court, (2010) ‘The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo’, Partly Dissenting Opinion of Judge Kuniko Ozaki on the Decision on the Unified Protocol on the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, ICC-01/05 01/08-1039, 21 (Trial Chamber III, 24 November 2010). <<https://www.legaltools.org/doc/9eca75/pdf/>> s.e.t. 23.08.2018.

International Criminal Court (2010) ‘The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo’, Transcript of Hearing (Open Session), paragraph 29-30, <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_00837.PDF>s.e.t. 25.08.2018.

Jadali, Safinaz (2009) ‘Dix ans après l’adoption du Statut de Rome de 1998: Quelques remarques sur les imperfections du fonctionnement de la Cour pénale internationale’, *Lex Electronica*, C. 13, S. 3 (Hiver-Winter), s. 1-16.

Jones, Annika (2013) ‘Seeking International Criminal Justice in Syria’, *International Law Studies U.S Nawal War College*, S. 89, s. 802-817.

Karakaş, Gülcan (2014) ‘Uluslararası Ceza Mahkemesinin Etkinliği Tartışması’, *Terazi*, S: 100, C. 9, s. 628-632.

Karakehya, Hakan (2008) ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk’, *AÜHFD*, C. 57, S. 2, s. 133-163.

Kersten, Mark (2013) ‘The ICC: What Counts as a Success?.Justice in Conflict’ <<http://justiceinconflict.org/2013/09/13/the-icc-what-counts-as-a-success/>> s.e.t. 03.05.2018.

Kul, Muhammet Celal (2016) *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecâvüz (Saldırı) Suçu*, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

La Rosa, Anne-Marie (1998) *Dictionnaire de droit international pénal - Termes choisis*, 1. Bası, Paris, Presses Universitaire de France.

Lütem, İlhan (1951) *Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk*, 1. Bası, Ankara, AÜHF Yayınları.

Mendez, Juan E. (2010), ‘The Importance of Justice in Securing Peace’, 30 May 2010, RC/ST/PJ/INF.3, par. 19, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Stocktaking/RC-ST-PJ-INF.3-ENG.pdf> s.e.t. 10.04.2018.

Nations Unies (2018) ‘Status de Rome de la Cour pénale internationale’, *Collection des Traités, États des traités, Chapitre XVIII: Questions pénales*, <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=18&subid=A&clang=_fr> s.e.t. 20.09.2018.

O’Brien, Patricia (2008) ‘The International Criminal Court 10 Years after the Rome Statute-Success Achieved and Challenges Ahead’, Address in the Plenary II organized by the International Society for the Reform of Criminal Law, (12 July, 2008), Dublin-Ireland.

Overy, Richard ‘Nürnberg Duruşmaları: Uluslararası Hukukun İnşası’: Sands, Philippe (Ed.) (2003) *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*, 1. Bası, Cambridge, Cambridge University Press (Çev. Urgan Çalışkan, Hazal (2016) *Nürnberg’ten Lahey’e: Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği*, 1. Bası, İstanbul, Alfa Yayınları), s. 13-33.

Önok, Murat (2003) *Tarihî Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, 1. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Reçber, Sercan (2016) *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

Sands, Philippe ‘Pinochet’den Sonra: Ulusal Mahkemelerin Rolü’: Sands, Philippe (Ed.) (2003) *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*, 1. Bası, Cambridge, Cambridge University Press (Çev. Urgan Çalışkan, Hazal (2016) *Nürnberg’ten Lahey’e: Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği*, 1. Bası, İstanbul, Alfa Yayınları), s. 63-91.

Schabas, William A. (2011) ‘The International Criminal Court at Ten’, *Criminal Law Forum*, s. 493-509.

Shetty, Salil (2012) ‘Passing judgement on ten years of the ICC’ <<https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/07/2012711218049360.html>> s.e.t. 28.08.2018.

Stahn, Carsten (2011) ‘How is the Water? Light and Shadow in the First Years of the ICC’ *Criminal Law Forum*, S: 22, s. 175-197.

Stover Eric / Weinstein Harwey M. (2005) ‘My Neighbour My Enemy’, Cambridge, Cambridge University Press from Stahn, C., 2011. *How is the Water? Light and Shadow in the First Years of the ICC*, 22 (1), p. 195.

Şen, Ersan (2009) *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları.

Tabanlı, Figen (2016) ‘Uluslararası Ceza Yargılamalarına Başlanabilmesinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Rolü ve Sudan Örneği’, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2016/1, s. 79-104.

Tellenbach, Silvia ‘Roma Statüsü Kabul Edilmeli midir? Sözleşmeye Taraf Olmayan Devletlerin Tereddütleri’: Yenisey, Feridun (Ed.) (2007) *Uluslararası Ceza Divanı*, 1. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınları, s. 71-79.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat (2017) *Uluslararası Ceza Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları.

Topal, Ahmet Hamdi (2009) *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

Töner Şen, Semin (2010) *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

Töngür, Ali Rıza (2005) *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku*, 1. Bası, İstanbul, Kazancı Yayınları.

Turhan, Faruk ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi’: Yenisey, Feridun (Ed.) (2007) *Uluslararası Ceza Divanı*, 1. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınları, s. 123-134.

Türkay Kahraman, F. Şeyda (2018) Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Kültürel Varlıkların Korunması, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

Tütüncü, Ayşe Nur (2006) İnsancıl Hukuka Giriş, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

United Nations (2013) 'Report of the United Nations Mission to Investigate Allegations of the Use of Chemical Weapons in the Syrian Arab Republic on the Alleged Use of Chemical Weapons in the Ghouta Area of Damascus on 21.08.2013', <<http://www.un.org/zh/focus/northafrica/cwinvestigation.pdf>> s.e.t. 10.09.2018.

Uzun, Elif 'Uluslararası Ceza Mahkemesi: Tarihçesi, Yapısı ve Mevcut Davalar': Saraçlı, Murat (Ed.) (2012), Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları, 1. Bası, Ankara, Bigbang Yayınları, s. 41-72.

Wald, Patricia M. (2002), Dealing with Witnesses in War Crime Trials: Lessons from the Yugoslav Tribunal, Yale Human Rights and Development Law Journal, S: 5, s. 217-233.

Yılmaz, Alia (2001) Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKININ İHLALİ

İsmail ŞAHİN*

ÖZET

Adil yargılanma hakkının bir cüzü olan makul sürede yargılanma hakkı, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) ve Anayasa Mahkemesinin çok sayıda içtihadına konu edilen ve davaların mümkün olan en kısa sürede neticelendirilmesini amaçlayan temel bir insan hakkıdır. Bu hakkı ihlal edilen kişiler için etkili bir iç hukuk yolu olarak 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile bireysel başvuru imkânı getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi de başvuruları kabul etmeye başladığından bu yana makul sürede yargılanma hakkına dair çok sayıda karar vermiştir. Bu kararlarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşmiş içtihatları gözetilerek davanın karmaşıklığı, tarafların tutumu, yetkili makamların tutumu ve başvurunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği ölçütlerinin kullanılmasıyla ihlal değerlendirmesi yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece bu değerlendirme neticesinde makul sürede yargılanma hakkının ihlaline hükmedilen hallerde talep bulunması şartıyla, davanın niteliği, geçen süre, taraf sayısı gibi ölçütler çerçevesinde de manevi tazminata hükmedilmektedir. Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin içtihatları incelendiğinde makul yargılama süresi aşılmasına rağmen, başvurunun yargılama sürecindeki kusur ya da ihmali, yargılama mercilerinin iş yükünde tahmin edilemeyen krize dayalı geçici bir yoğunluk, deprem ve sel gibi mücbir sebepler ve üçüncü kişinin davranışı nedeniyle yargılamanın uzaması hallerinde ise devletin sorumlu tutulmadığı görülmektedir. 15 Temmuz darbe girişimi nedeniyle yargının iş yükünün olağanüstü artışı ve bazı yargı mensupları ile personelinin meslekten çıkarılmaları davaların görülme süresini uzatacaktır. Ancak, devletin bu durum karşısında gerekli tedbirleri alması nedeniyle, Anayasa Mahkemesince makul sürenin tespitinde darbe teşebbüsünün olumsuz etkisinin gözetilmesi gerekecektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Makul Sürede Yargılanma Hakkı, Manevi Tazminat, 15 Temmuz Darbe Girişimi

* Adalet Bakanlığı, ismail.sahin.ab@adalet.gov.tr
(Geliş Tarihi: 12.06.2018 – Kabul Tarihi: 09.10.2018)

VIOLATION OF THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN DECISIONS OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

The right to trial within a reasonable time, which is a part of the right to a fair trial, is one of the fundamental human rights which has been discussed in several national and international regulations, and numerous judicial precedents of European Court of Human Rights (ECHR) and the Constitutional Court, aiming at finalization of cases in the shortest time possible. Through the constitutional amendment package adopted in 2010, the right to individual application was introduced as a form of effective domestic remedy for those whose rights are infringed. Since it started receiving individual applications, the Constitutional Court has taken plenty of decisions regarding the right to trial within a reasonable time. It is understood that the evaluation of infringement is carried out using the criteria composed of the complexity of the case, attitudes of parties, attitudes of authorities, nature of the interest of the applicant in finalization of the case in a reasonable time, as well as taking into consideration the established case law of European Court of Human Rights (ECHR). As the result of the evaluation of the judicial precedents, the Court decides, if demanded by the applicant, on non-pecuniary damages in accordance with the criteria like the nature of the case, elapsed time, number of parties etc. in the cases where it is resolved that the right to trial within a reasonable time has been infringed. Examination over the decisions of Constitutional Court and the ECHR revealed that it is possible that the state is not deemed accountable in cases where the judgment process exceeds the reasonable time due to faults and negligence of the applicant throughout trials, temporary congestion of judiciary's workload based on unpredictable crisis, force majeure like earthquakes and floods and behaviors of third parties. As a result of the failed coup attempt at 15th of July, an extraordinary rise in the workload of judiciary and dismissals of some members of judiciary and judicial personnel will increase the duration of proceedings. However, together with the required measures taken by the State, it is deemed that the negative effects of coup attempt on reasonable time will be anticipated by the Constitutional Court's determinations.

Key Words: Constitutional Court, Individual Application, Right to Trial Within a Reasonable Time, Immaterial Compensation, 15 July Coup Attempt

GİRİŞ

Bireysel başvuru, 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile hukukumuzda girmiş, 23.09.2012 tarihinden itibaren de Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları kabul etmeye başlamıştır. Bu başvurularda, adil yargılanma ve onun temel bir cüzü olan makul sürede yargılanma hakkının ihlalden yakınılan dosya sayısının önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. Hatta Mahkemede oluşan terakümün giderilmesi için bu konudaki derdest başvurularda Mahkemece kabul edilemezlik kararı verilmesi ile müracaat üzerine dosyaların İnsan Hakları Tazminat Komisyonu tarafından incelenmesine dair kanuni düzenleme getirilmiştir¹. Bu tespitten yola çıkılarak, uzun yargılamalardan kaynaklı zararların devletçe giderilmesi talebine dair bireysel başvuruların temelinde yer alan sorunlar ile Anayasa Mahkemesinin bu başvuruları inceleme usulü ve kararlarında gözettiği ölçütlerin tespitinin, makul sürede yargılanma hakkına yönelik ihlallerin azaltılmasına katkı sağlayacağı düşüncesiyle çalışma konumuz belirlenmiştir.

Çalışmamızda öncelikle ilgili ulusal ve uluslararası normlardan hareketle makul sürede yargılanma hakkına dair genel bilgilere yer verilecektir. Akabinde makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle yapılan bireysel başvurular üzerine Anayasa Mahkemesince verilen kararlar temelinde bir inceleme yapılacaktır. İncelemede, bu kararlar ile AİHM'nin yerleşmiş içtihatları gözetilerek farklı yargı kollarına göre hakkın içeriği, genel olarak bireysel başvuruların kabul edilebilirlik ölçütleri ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali konulu başvurulardaki istisnaları, makul süre değerlendirilmesinde dikkate alınan ölçütler ile makul sürenin başlangıç ve bitiş tarihleri üzerinde durulacaktır.

Son olarak ise, devletin sorumluluğunun niteliği ve hükmedilen tazminat miktarları ile devletin sorumluluğunun istisnaları ve bilhassa 15 Temmuz darbe girişiminin yargılamalarda yol açacağı muhtemel gecikmelerin makul sürede yargılanma hakkı açısından etkisi değerlendirilerek çalışmamız neticelendirilecektir.

¹ 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanununun Geçici 2 nci Maddesi.

I. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI VE BU HAKKIN İHLALİNE DAYALI BİREYSEL BAŞVURULAR

A- MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkının bir görünümü olan makul sürede yargılanma hakkının Anayasal veya yasal bir tanımı bulunmamakla birlikte bu hakka ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer verilmiştir. Ayrıca, makul sürede yargılanma hakkı AİHM ve Anayasa Mahkemesinin çok sayıda içtihadına konu olmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin(AİHS) adil yargılanma hakkı başlıklı 6 ncı maddesinde adil yargılama kavramına dair hak ve ilkelerin bir kısmı açıkça belirtilirken bazıları ise AİHM'nin yorumlarıyla geliştirilmiştir². Makul sürede yargılanma hakkı, maddenin birinci fıkrasında açıkça zikredilen ve adil yargılanma hakkını oluşturan temel haklardan biridir. Düzenlemeye göre, herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, aleni ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

Hukukumuzda ise adil yargılanma hakkına ilişkin temel norm, Anayasamızın 36 ncı maddesinde yer verilen “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” düzenlemesidir. Adil yargılanma hakkının bir görünümü olan makul sürede yargılanma hakkı ise Anayasamızın 141 inci maddesinin dördüncü fıkrasında “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir.

Bu uluslararası ve anayasal normların dışında bilhassa usul kanunlarımızda makul sürede yargılanma hakkının sağlanması amacıyla bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “Usul ekonomisi ilkesi” başlıklı 30 uncu maddesinde hâkimin, yargıla-

² **İnceoğlu, Sibel** (Editör) (2013) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa(Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaa, s. 209.

manın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Yine aynı Kanunun 320 nci maddesinde yer verilen duruşmalar arasındaki sürenin bir aydan daha uzun olamayacağı kuralı da doğrudan makul sürede yargılanma hakkının korunmasına yönelik bir hükümdür.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun(CMK) 190 ıncı maddesinde ise duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilmesi kural olarak belirtildikten sonra, sadece zorunlu hâllerde ancak davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılabilecek surette duruşmaya ara verilebileceği düzenlenmiştir. Bu hükümle ceza yargılamasının maddi gerçeğe ulaşma amacı ile makul sürede yargılanma hakkı arasında bir denge gözetilmiştir. CMK'nın 31, 178 ve 206 ncı maddelerinde de benzer nitelikteki düzenlemelere yer verilmiştir. Mezkûr hükümlerde, sadece davanın uzatılması amacını taşıyan bir kısım taleplerin reddedileceği belirtilmektedir.

Sadece kovuşturma aşamasında değil ceza muhakemesinin tüm aşamalarında makul sürede yargılanma hakkına riayet edilmelidir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere ceza davalarında makul sürenin başlangıcı olarak çoğunlukla soruşturma aşamasında kişinin suç isnadıyla karşılaştığı an kabul edildiğinden, bu aşamanın da makul sürede neticelendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle CMK'da soruşturma veya kovuşturma aşamalarındaki bazı koruma tedbirleri için kısa sürelerle yer verilmesiyle kişi hak ve hürriyetlerinin korunmasının yanında, işlemlerin biran evvel sonuçlandırılmasının ve böylece makul sürede yargılanma hakkının korunmasının amaçlandığı da söylenebilir.

İstinaf ve temyiz incelemelerinin de makul sürede neticelendirilmesi gerekmektedir. Bölge adliye mahkemelerince ilk derece mahkemesi kararındaki hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmesi ile 303 üncü maddesinde yer verilen Yargıtay tarafından bozma kararı verilmeksizin hukuka aykırılığın giderilmesine dair hükümler, yargılamaların sürüncemede kalmamasını amaçlayan hükümlerdir. Benzer hükümlere hukuk davaları ve idari davalar için Hukuk Muhakemeleri Kanununun 352 ve 370 nci maddeleri ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinde de yer verilmiştir.

Anılan düzenlemeler dışında, Yargıtay³ ve Danıştay⁴'in, içtihatlarıyla da makul sürede yargılama hakkının korunmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

Makul sürede yargılanma hakkının teminine dair bu hükümlerle kişilerin haklarına bir an evvel ulaşmalarının sağlanması ve uzun yargılamaların yol açacağı maddi ve manevi kayıpların önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu itibarla makul süre değerlendirmelerinde, başvurucunun asıl davada haklı olup olmadığına bakılmamakta, diğer bir deyişle davanın neticesine önem verilmemektedir⁵. Ceza davasında sanığın beraat etmesi veya mahkûm olması arasında fark olmadığı gibi davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesi de makul sürede yargılanma hakkının ihlalini ortadan kaldırmayacaktır⁶.

³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E: 2011/5.MD-137, K: 2013/58, T: 19.02.2013. "...Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin; "kişinin makul sürede yargılanma hakkı olduğuna" ilişkin normu da dikkate alındığında, temyiz davasında işin esasına girilerek dosyadaki tüm bilgi ve belgelerin incelenip değerlendirilmesinin esas olduğu kabul edilmelidir. Temyiz incelemesi sırasında kanun koyucu tarafından inceleme konusu suçlara ilişkin değişiklik yapılması durumunda, temyiz merciince sonradan yürürlüğe giren kanun nedeniyle lehe kanun hükümlerinin uygulanması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiği için işin esasına girilmeden bu yönde bozma yapılması mümkün ise de, yürürlüğe giren yeni kanunun açıkça lehe olduğunun anlaşıldığı durumlar dışında dosyanın temyiz merciince esaslanarak incelenerek suçun oluşumu, sübutu ve uygulama denetlenip, önceki ve sonraki kanunlar bir bütün halinde değerlendirildikten sonra ortaya çıkan sonuçlar karşılaştırılmak suretiyle lehe kanunun belirlenmesi gerekmektedir. Önceki kanunun lehe olduğu belirlenip, ilk derece mahkemesi uygulamasının isabetli olduğunun anlaşılması durumunda hükmün onanmasına, sonradan yürürlüğe giren kanunun lehe olduğunun belirlenmesi durumunda ise hükmün bu yönden ve varsa diğer bozma nedenleri eklenmek suretiyle bozulmasına karar verilmelidir..."

<<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>> s.e.t. 13.02.2018.

⁴ Danıştay Onüçüncü Dairesi E: 2016/1621, K: 2016/2257, 08.08.2016. "...Davacı şirketin duruşma istemine gelince, konusuz kaldığı anlaşılan dava ile ilgili olarak duruşma yapılmasının, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma hakkının ihlâlüne sebebiyet vereceği ve tarafları zarara uğratabilecek şekilde usul ekonomisine de aykırılık teşkil edeceğinden, duruşma yapılmasına gerek görülmediği gerekçesiyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir. Konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına yolundaki temyize konu Bursa 1. İdare Mahkemesi'nin 26.02.2016 tarih ve E:2015/1632, K:2016/172 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının onanmasına..." şeklindedir.(Yayınlanmamış karara UYAP sisteminden erişilmiştir.)

⁵ **Gözübüyük, Şeref/Göçüklü, Feyyaz** (2011) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 287. ; **İnceoğlu**, 209.

⁶ **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz**(2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, s. 200.

B- MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKININ İHLALİ İDDİASIYLA YAPILAN BİREYSEL BAŞVURULAR

Anayasamızın 148 ve 149 uncu maddelerinin 5982 sayılı Kanunla değiştirilmesiyle kabul edilen bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin başvurabilecekleri tali nitelikteki bir yargı yoludur. Mezkûr 148 inci maddenin beşinci fıkrası uyarınca, bireysel başvuruya ilişkin esas ve usuller 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 45 ila 51 inci maddelerinde düzenlenmiştir. 12.07.2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde ise bireysel başvuruda bulunulması ve bu başvuruların incelenmesine dair ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

30.06.2018 tarihine kadar Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların (191.371) %60'ında başvuru sahiplerinin adil yargılanma haklarının ihlalin-den yakındıkları görülmektedir. Yüksek Mahkemece bu yakınmaya dayalı karara bağlanan başvuruların %76'sında adil yargılanma hakkının ihlaline karar verilmiştir. Ceza, hukuk ya da idari yargılamalarda başvuru sahiplerinin makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğine hükmedilen dosya sayısı da bu oranın % 80'ine karşılık gelmektedir⁷. İstatistikî verilerden anlaşıldığı üzere makul sürede yargılanma hakkından kaynaklı ihlaller, bireysel başvurular içinde devletin sorumluluğuna hükmedilen en büyük alanı oluşturmaktadır. Bu nedenle aşağıda bu başvuruların kabul edilebilirliği ve makul sürenin tespitinde kullanılan ölçütler, ayrı başlıklar altında ve çalışma kapsamının elverdiği ölçüde ayrıntılı olarak incelenecektir.

1- Başvuruların Kabul Edilebilirliğinde Gözetilen Ölçütler

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruların kabul edilebilirlik ölçütleri çerçevesinde incelenmesinde bir hiyerarşi geliştirmiştir⁸. Bağlayıcı olmasa da Yüksek Mahkemenin bu tercihinin gözetilmesinin fayda sağlayacağı kanaatiyle incelememizi bu doğrultuda gerçekleştireceğiz.

⁷ <<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/istatistikler/pdf/istatistik-30Haziran.pdf>> s.e.t. 26.09.2018.

⁸ **Turan, Hüseyin/Kaplan, Recep** (Editör) (2015) Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, 1. Baskı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.66.

Bireysel başvuru form ve ekleri bireysel başvuru bürosu aşamasında öncelikle, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 66 ncı maddesine göre ön inceleme tabi tutulmaktadır.

Her aşamada değerlendirilmesi mümkün olsa da başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı hususu da ilk olarak ön inceleme aşamasında incelenmektedir. Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekliliği başvurunun usule dair bir kabul edilebilirlik şartıdır. Tüzüğün 59 ve 60 ıncı maddelerindeki şekil şartlarına uygun olmadığı ve tespit edilen eksikliklerin verilen kesin sürelerde tamamlanmadığı hâller ile başvurunun süresinde yapılmadığının tespit edildiği hallerde başvuru, itiraz yolu açık olmak üzere başvurucu tarafından reddedilmektedir. Bu ret kararına yedi gün içinde yapılacak itiraz üzerine Komisyonca verilen karar ise kesindir.

Ön inceleme sonrasında başvurular diğer kabul edilebilirlik şartları açısından değerlendirilmektedir. Bu şartlar, 6216 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre bireysel başvurunun hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için başvurunun Kanunun 45 ilâ 47 nci maddelerinde öngörülen şartları taşıması gereklidir. Anayasa Mahkemesinin yetkisine dair kabul edilebilirlik ölçütleri zaman, kişi, konu ve yer bakımından olmak üzere dört başlıkta incelenmektedir:

- Mahkemenin zaman bakımından yetkisi: 6216 sayılı Kanunun Geçici 1 inci maddesinin sekizinci fıkrasında yer verilen “*Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler.*” düzenlemesi Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisini düzenlemektedir. Hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucu olan bu düzenleme uyarınca mahkeme, zaman bakımından yetkili olup olmadığını başvurunun tüm aşamalarında inceleyebilecektir⁹.

- Mahkemenin kişi bakımından yetkisi: Başvurucu gerçek ya da tüzel kişinin, ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve

⁹ Turan/Kaplan, s.30.

kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesinin¹⁰ bireysel başvurunun kabulü açısından zorunlu olması, mahkemenin kişi bakımından yetkisi olarak nitelendirilmektedir¹¹.

- Mahkemenin konu bakımından yetkisi: Kamu gücünün ihlaline konu temel hak ve özgürlüğün hem Anayasamız hem de AİHS veya buna ek Ülkemizin taraf olduğu protokoller kapsamında yer alması gerekmektedir¹². Bu şart,

¹⁰ Gurbet Ertürk Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/16741, K.T. 20.7.2017. "...Başvuruya konu yargılama, başvurunun eşiyile ilgilidir. Başvurucu, eşini temsile yetkili değildir. Vasisi olmadığı için başvuru için temsil yetkili olmayan eşin başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalden dolayı güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmeyeceği, bu nedenle mağdur statüsü kazanamayacağı açıktır. Diğer bir ifadeyle başvurunun sadece "eş" sıfatı adil yargılanma hakkı şikâyetleri bakımından ona mağdur statüsü kazandırmaz. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir..."

<<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği Başvurusu, , AYM, Başvuru No: 2012/95, 25.12.2012. "...Amacı çocuk onkolojisi alanında tıbbi kaliteyi artırmak olan ve yalnızca üyelerinin durumlarını etkileyen başvuru konusu yasama işleminin mağduru olmayan derneğin, bu işlem aleyhine bireysel başvuru yapma hakkı bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, özel hukuk tüzel kişisi olan başvuru Derneğinin mağdur sıfatı taşımadığı anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "kişi yönünden yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir..." <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018. Büğdüz Köyü Muhtarlığı Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/22, K.T. 25.12.2012. "...Bireysel başvuru, kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olduğundan kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yöneticileri doğrudan seçimle işbaşına gelen ve kamu tüzel kişiliğini haiz mahalli idare birimi olan köye, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacaklarını hükme bağlayan 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca bireysel başvuru yapma hakkı tanınmamıştır. Açıklanan nedenlerle kamu tüzel kişisi olan başvurunun bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığı anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "kişi yönünden yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir..." <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

¹¹ **Doğru, Osman** (2012) Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 100.

¹² Mustafa Ekici Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/13675, K.T. 08.09.2014. "...AİHS kapsamında korunan siyasi hak, doğrudan yasama organının seçimi ile ilgilidir. Bu bağlamda başvurunun üyesi olduğunu belirttiği bir siyasi partinin kongresinin hukuka aykırı şekilde yapıldığı yönündeki iddiası yasama organının seçimi ile ilgili olmadığından Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanında yer almamaktadır. Bu nedenle ileri sürülen ihlal iddiasının bireysel başvuru kapsamında incelenmesi mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle, başvurunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği şekliyle ihlal edildiğini ileri sürdüğü hususlar, Anayasa ve AİHS ile buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden, başvurunun "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir..." <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

Kanunun 45 inci maddesinin birinci fıkrasında “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Mezkûr hüküm uyarınca Anayasamızda güvence altına alınmasına rağmen AİHS veya ülkemizin taraf olduğu ek protokollerde yer verilmeyen vatandaşlık, barınma vb. bazı ekonomik ve sosyal hakların ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yapılamayacaktır¹³. Bu kabul edilebilirlik ölçütü, mezkûr maddenin üçüncü fıkrasında düzenlendiği üzere, başvuruya konu işlemin, yasama işlemi, düzenleyici idari işlem, Anayasa Mahkemesi kararı ve Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı sair işlemlerden olmaması¹⁴ gerekliliğini de kapsamaktadır¹⁵.

- Mahkemenin yer bakımından yetkisi: Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilmesi için başvuruya konu işlemin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde gerçekleştirilmiş olması şartı mahkemenin yer bakımından yetkisini oluşturmaktadır¹⁶.

¹³ **Koç, Muharrem İlhan/Kaplan, Recep** (Editör) (2017) Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, 1. Baskı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 93.

¹⁴ Umut Oran Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/18926, K.T. 22.01.2015. “...Bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmellere karşı başvuru yapılabilecektir. Diğer bir deyişle bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz. Açıklanan nedenlerle, yasama işlemi aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin ‘konu yönünden yetkisizlik’ nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir...” <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

Nesin Kayserilioğlu (3) Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/1581, K.T. 16.04.2013. “Başvuru konusu olayda başvuru, idare mahkemesi hâkimleri hakkında yaptığı şikâyetin işleme konulmaması kararı ve bu karara karşı itirazının HSYK tarafından reddi işlemi aleyhine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa’nın 159. maddesinin onuncu fıkrası gereğince HSYK’nın bu kararı aleyhine yargı mercilerine başvurulması mümkün değildir. Dolayısıyla başvuru konusu işlem, Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden olduğundan bireysel başvuruya konu olamaz. Açıklanan nedenlerle, Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı bir işleme karşı yapıldığı anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “*konu bakımından yetkisizlik*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” şeklindedir. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

¹⁵ **Koç/Kaplan**, s. 94.

¹⁶ **Turan/Kaplan**, s. 80. ; **Doğru**, s. 108.

Kabul edilebilirlik şartlarından bir diğeri ise ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem veya ihmali için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal nitelikteki olağan başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması¹⁷ gerekliliğidir. Bu şarta 45 inci maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. AİHS'nin 35 inci maddesinde de bu düzenlemeyle benzer şekilde ilgili devletin iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmaktadır. Her iki düzenlemede de ihlallerin giderilmesi açısından daha elverişli olan yolların öncelikle tüketilmesi gerektiği kabulünden hareket edilmiştir.

Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması ise başvurunun esasa dair kabul edilebilirlik kriteridir. Bir ihlalin olmadığı açık olduğu, kanıtlanmamış, karmaşık ve zorlama şikâyetler ve kanun yolu şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun kabul edilmektedir¹⁸. Anayasa Mahkemesi de Hikmet Balabanoğlu'nun 2012/1334 sayılı başvurusunda verdiği kararda bu şartı "6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre Mahkemece açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemez olduğuna karar verilebilir. Başvurucunun ihlal iddialarını kanıtlayamadığı, iddialarının salt kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu açık olan başvurular ile karmaşık veya zorlama şikâyetlerden ibaret başvurular açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilir." şeklinde açıklamaktadır¹⁹.

Anayasa Mahkemesince usule ve esasa dair bu şartlar çerçevesinde başvuruların değerlendirilmesiyle, kabul edilebilirliğine veya kabul edilemezliğine karar verilmektedir.

¹⁷ Burhan Seçilir Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/7274, K.T. 10.06.2015. "...başvurucu tarafından yapılan karar düzeltme başvurusu, Danıştay Onbeşinci Dairesi'nin temyiz üzerine verdiği kararın tebliğini izleyen günden itibaren 15 gün içinde yapılmadığı gerekçesiyle süre aşımı nedeniyle reddedilmiş olup, başvurunun olağan kanun yollarını usulüne uygun bir şekilde tüketmeden bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle, ihlale neden olduğu ileri sürülen karar için kanunda öngörölmüş yargısal başvuru yollarının tamamı bireysel başvuru yapılmadan önce usulüne uygun şekilde tüketilmeden, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının bireysel başvuru konusu yapıldığı anlaşıldığından, başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksiz "başvuru yollarının tüketilmemiş olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir..." şeklindedir.

<<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

¹⁸ **Turan/Kaplan**, s. 189.

¹⁹ Hikmet Balabanoğlu Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/1334, K.T. 17.09.2013. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

2- Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiasına Dayalı Başvuruların Kabul Edilebilirlik Ölçütleri Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda zikredildiği üzere makul sürede yargılanma hakkı hem Anayasamızda hem de AİHS'de güvence altına alınmıştır. Bu nedenle bu hakkın ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruların, 6216 sayılı Kanunun 45 inci maddenin birinci fıkrasındaki şartı sağlaması nedeniyle Anayasa Mahkemesince konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilemeyeceği açıktır.

Makul sürede yargılama hakkının ihlal edildiği iddiasını içeren başvurular açısından, kanun yollarının tüketilmesi şartı da aranmamaktadır²⁰. Başvuru yollarının tüketilmesi ilkesinin mutlak şekilde uygulanması, temel hak ve özgürlüklerin etkin kullanımını ve korunmasını engelleyecektir. Şöyle ki, hukuk sistemimizde, yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmesini temin eden, bir başka ifade ile yargılamanın uzamasını önleyici etkiye sahip olan veya yargılamanın makul sürede yapılmaması sonucunda oluşan zararları tespit ve tazmin edici nitelik taşıyan etkin nitelikte bir idari veya yargısal başvuru yoluna yer verilmemiştir.

Makul sürede yargılanma hakkı açısından bir imkân olarak 09.01.2013 tarih ve 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun ile ihdas edilen başvuru yolu, sadece AİHM'de ileri sürülen bu tür ihlal iddiaları açısından tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olarak kabul edilmekteyken, 25.07.2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanunla 6384 sayılı Kanuna eklenen Geçici 2 nci madde ile Anayasa Mahkemesinde derdest olan bireysel başvuruların Komisyonca incelenmesi yolu açılmıştır. Ancak bu hüküm Kanunun yürürlüğe girdiği 31.07.2018 tarihinden sonraki başvuruları kapsamamaktadır. Bu nedenlerle, halen makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiası ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilmesi, başvuru yollarının tüketilmiş olması kuralının istisnalarından birini teşkil etmektedir. Zira bu durumda başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranması, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğüne aykırı davranılması nedeniyle meydana gelen sonuçları ortadan kaldırmayacaktır. Aksine, makul olmadığı iddia edilen yargılama faaliyetinin daha da uzamasına ve başvurucu açısından zararın artmasına neden olabilecektir.

²⁰ Çelik, Abdullah (2014) Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 73. ; Turan/Kaplan, s. 110.

Devam eden yargılamalarda, makul sürenin aşıldığı iddiasında bulunulması her zaman mümkün olduğundan otuz günlük sürede başvurulması şartı aranmayacaktır.

İhlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle başvuru-
cunun güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi şartı ise makul sü-
renin ihlali nedenine dayalı başvurular açısından da geçerlidir.

Makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasını taşıyan başvuruların
Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı olan
23.09.2012 tarihinden sonra yapılmış olması gereklidir. Bu gerekliliği taşıyan
başvurularda belirtilen tarihten önce başlayan sürelerin makul sürenin hesa-
bında dikkate alınıp alınamayacağı ise aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

C- MAKUL SÜRENİN TESPİTİNDE GÖZETİLEN KRİTERLER

AİHM sekiz yıl ve üzerindeki süreleri neredeyse her zaman makul sürede
yargılanma hakkının ihlali saymaktadır. Özel şartları nedeniyle altı ve yedi yıllık
bazı yargılamaları makul sürede gören mahkeme yine özel şartları nedeniyle iki
yıllık süreyi dahi makul süreye aykırı bulabilmektedir²¹. Mahkeme içtihatların-
dan her davanın kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirildiği anlaşılmakta-
dır. Anayasa Mahkemesi de makul sürede yargılama yapılıp yapılmadığına kar-
rar verirken her davanın kendine özgü niteliklerini AİHM'nin de esas aldığı
bazı ölçütler çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu ölçütler davanın karmaşık-
lığı, tarafların tutumu, yetkili makamların tutumu ve başvuru-
cunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği şeklinde sayılabilecektir. Ge-
rek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında bu ölçütlere dair önemli
ve yerleşmiş ilkeler yer almaktadır. Ancak belirtilen ölçütlerden hiçbiri makul
süre değerlendirmesinde tek başına belirleyici değildir. Yargılama sürecindeki
tüm gecikme nedenlerinin ayrı ayrı tespiti ile toplam süreye etkisi değerlendirilerek,
hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğu
saptanmalıdır²².

²¹ **İnceoğlu, Sibel** (2007) Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaa, s. 113.

²² Güher Ergün ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/13, K.T. 02.07.2013. <<http://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

1-Davanın Karmaşıklığı

Her somut davanın kendine özgü bazı özellikleri vardır. Bunlar davanın konusu, taraf sayısı, tabi olduğu kanun yolları gibi hukuki veya maddi farklılıklara ilişkindir. Bu nedenle yargılamalar aynı türden olsa dahi bunların tamamında geçerli olacak makul bir süre tespit edilmesi mümkün değildir. Bazı davaların çözümü oldukça basitken bazılarının ki ise ziyadesiyle zordur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi aşağıda incelenecek ölçütlerden yola çıkarak davanın karmaşık olup olmadığını araştırmakta ve davanın çözümünün zor olduğu hallerde yargılamaların neticelendirilmesindeki makul süreyi, kolay olanlara nispeten daha uzun belirlemektedir.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi yargılamanın karmaşıklığını değerlendirirken davanın hem hukuki hem de maddi açıdan bütün yönlerini ele almakta; hukuki meselenin çözümündeki güçlük, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller, maddi olayların karmaşıklığı, sanıkların ya da isnat edilen suçların veya tanıkların sayısı, davanın uluslararası unsurları, bilirkişi deliline duyulan ihtiyaç, yazılı delillerin hacmi gibi birçok unsuru incelemektedir²³. Ancak, sayılan bu unsurlar nedeniyle karmaşık olduğu kabul edilen davanın uzamasında, haklı görülemeyecek başka sebeplerin de bulunması halinde davanın karmaşıklığı haklı bir gerekçe olmaktan çıkmaktadır²⁴.

Davanın karmaşıklığı ölçütü adaletin yerine getirilmesi ilkesi ile dengelemektedir²⁵. AİHM bir kararında, davanın karmaşıklığı ile ilgili olarak, davadaki sanık sayısı, suçun ekonomik boyutu, bilirkişi raporuna ihtiyaç duyulması²⁶ gibi nedenlerle yedi yıl yirmi yedi gün süren yargılama süresinin makul

²³ İnceoğlu, s. 280.

²⁴ Turan, Hüseyin (2012) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, S:11, s.61.

²⁵ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, s. 118.

²⁶ Abdullah Seyrek Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/7206, K.T. 26.10.2017. "...Başvuruya konu yargılama süreci incelendiğinde, dava iki dereceli bir yargılama sisteminde toplam 4 yıl 6 ay sürmüştür. Çok sayıda yıla ait genel kurul kararının iptali talebini içerir davada apartmana ait defter ve hesaplar üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmasının zorunluluğu, başvuru-cunun daha sonra açmış olduğu davanın mevcut dava ile birleşmesi ve temyiz aşamasında apartmana ait defterler üzerinde inceleme yapılmasına duyulan ihtiyaç nedeniyle defterlerin apartman yönetiminden istenmesinde geçen süre gözönünde tutulduğunda yargılama sürecinin bütünü içinde başvuru-cunun haklarını ihlal edecek bir gecikme olmadığı sonucuna ulaşılmıştır..." <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

olduğunu belirtmiştir²⁷. Anayasa Mahkemesince de makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan bir başvurunun değerlendirilmesinde, başvurucuya suç isnat edildiği tarih ile bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih arasında geçen yaklaşık yedi yıl üç aylık yargılama süresinin makul olduğu, yargılama faaliyetlerinde hareketsiz kalınan bir dönemin bulunmadığı, yargı mercilerine atfedilebilecek bir kusurun olmadığı ve gerekli özenin gösterildiği kabul edilerek başvurucunun makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir²⁸. Benzer şekilde, Mahkeme İbrahim Halil Yahli'nin 2014/176 sayılı başvurusunda verdiği kararda da üç sanık hakkında terör örgütü propagandası yapmak suçundan yapılan dört yıl altı aylık yargılama süresini makul bulmuştur²⁹.

Mahkeme, 2013/2995 sayılı başvuru üzerine verdiği 20.02.2014 tarihli kararında ise sulh hukuk mahkemesinde görülen taşınmazın aynına ilişkin bir

²⁷ [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["\63964/00"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-77575"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{) s.e.t. 27/12/2017 (M.A.T./Türkiye,AİHM, Başvuru No: 63964/00, K.T. 19.1.2007. § 40) s.e.t. 13.02.2018.

²⁸ Murat Öztürk Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/2454, K.T.04.11.2014. <<https://kararlar.bilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

²⁹ "...Başvuru konusu olayda, başvurucu hakkında kamu davasının açıldığı 25/9/2006 tarihinden itibaren Mahkemece 22/11/2007 tarihinde verilen karar tarihine kadar, bir yıl bir ay yirmi yedi gün yargılamanın devam ettiği, başvurucunun savunmasının ilk olarak 1/2/2007 tarihinde alındığı ve yargılamadan anılan tarihte haberdar olduğu anlaşılmıştır. Mahkemece 22/11/2007 tarihinde verilen kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesince hükmün onandığı 11/4/2011 tarihine kadar üç yıl dört ay yargılama sürecinin devam ettiği, bu şekilde başvurucu hakkında kamu davasının açıldığı tarihten itibaren yargılamanın toplam dört yıl altı ay sürdüğü, başvurucunun savunmasının alındığı tarihten itibaren ise dört yıl iki aylık süre sonunda yargılamanın sonuçlandığı anlaşılmıştır. Yargılama süresinin makul olup olmadığının incelenmesi sırasında göz önünde bulundurulması gereken; davadaki sanık sayısı, davanın karmaşıklığı, atılı suçların vasfı ve mahiyeti, yargılamanın kaç dereceli olduğu gibi unsurlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde yargılama dosyasında toplam üç sanığın yargılandığı, 3713 sayılı Kanun'a dayalı olarak "terör örgütü propagandası yapmak" suçundan yargılama yapıldığı, isnat olunan suçun niteliği dikkate alındığında davanın karmaşık nitelikte olduğu, yargılama faaliyetlerinde yargılama makamlarınca hareketsiz kalınan bir dönemin bulunmadığı, yargı mercilerine atfedilebilecek bir kusurun olmadığı ve gerekli özenin gösterildiği dolayısıyla somut başvuru bakımından yargılama süresinin makul olduğu, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığı ve Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. Kurulunun kararlarının yerinde olduğu ve başvurucunun makul sürede yargılanma hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir..." <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

davada, davanın keşif ve bilirkişi incelemesi gibi usul işlemlerini gerektirmesine bağlı olarak karmaşık bir niteliğe sahip olduğu ve başvuru konusu olayda uygulanması gereken usul hükümleri nazara alındığında, söz konusu iki dereceli yargılamada geçen üç yıl iki aylık yargılama süresinin makul süreyi aşmadığına hükmetmiştir³⁰.

2- Başvurucunun Tutumu

Anayasa Mahkemesi, başvurucunun kendi kusurundan kaynaklı gecikmeleri dikkate alarak makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşabilmektedir. Başvurucu vekilinin çok sayıda mazeret vermesi, bilirkişi raporu veya keşif için gerekli giderleri süresinde yatırmaması, çok sayıda dilekçe vermesi³¹ gibi haller başvurucudan kaynaklanan tipik kusurlardır. Ancak, başvurucunun kanunlardan kaynaklı haklarından istifade etmesinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği gözden kaçırılmamalıdır³².

Mahkeme, 2014/7677 sayılı başvuru üzerine verdiği kararda beş yılı aşkın bir süredir ilk derece mahkemesinde devam eden davada, başvurucu ve vekilinin duruşmalara katılım ve ara kararların yerine getirilmesinde gerekli özeni göstermediğini, bilirkişi masrafının bir yıl on ay sonra yatırıldığını ayrıca bir kısım duruşmalara katılım sağlanmaması nedeniyle yargılamanın beş ay uzamasına neden olduğunu, başvurucuya atfedilebilecek kusur ve davranışlar

³⁰ “...Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, başvuruya konu yargılamanın iki adet taşınmaza ilişkin sınır ihtilafı nedeniyle yetkili sulh hukuk mahkemesinde görülen bir mülkiyet uyuşmazlığı olduğu, iki davalı aleyhine açılan davada iki defa taşınmaz başında keşif icra edilerek bilirkişi raporu temin edildiği, yargılama kapsamında uyuşmazlığa ilişkin olarak ilk derece mahkemesince iki defa karar verildiği, belirtilen kararların iki defa Yargıtay denetiminden geçtiği, bu inceleme süreçlerinin toplamda üç yıl altı günlük bir süreyi kapsadığı, yargılamanın özellikle taşınmazın aynına ilişkin bir ihtilaf olması nedeniyle, keşif ve bilirkişi incelemesi gibi usul işlemlerini gerektirmesine bağlı olarak karmaşık bir niteliğe sahip olduğu ve başvuru konusu olayda uygulanması gereken usul hükümleri nazara alındığında, söz konusu iki dereceli yargılama prosedüründe geçen üç yıllık yargılama süresinin makul süreyi aşmadığı ve başvuruya konu uyuşmazlığın karara bağlanmasının yargılama makamlarının tutumu nedeniyle geciktirildiğine dair bir bulgu saptanmadığı anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, başvurucunun tarafı olduğu uyuşmazlığa ilişkin yargılama süresinin makul süreyi aşmadığı ve başvuruya konu uyuşmazlığın karara bağlanmasının yargılama makamlarının tutumu nedeniyle geciktirildiğine dair bir bulgu saptanmadığı anlaşılmakla, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir...”

(<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>) s.e.t. 05/03/2018)

³¹ **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 199.

³² **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, s. 119. ; **Turan**, s. 62.

nedeniyle yargılamanın toplam iki yıl üç ay uzadığını tespit ederek makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir³³.

3- Yetkili Makamların Tutumu ve Yapısal Sorunlar

Adli veya idari makamların yargılamanın uzaması sonucunu doğuracak kusurlu davranışları veya ihmalleri, ihlal kararı verilmesine yol açabilmektedir. Bu kusur ve ihmaller: yargılamada dosyanın müteaddit defa tetkike alınması, hatalı şekilde bekletici mesele kararı verilmesi, gerekçeli kararların geç yazılması, hatalı olarak görevsizlik veya yetkisizlik ya da birleştirme kararları verilmesi, soruşturmaların etkin yürütülmemesi, dosyanın kanun yolu incelemesine geç gönderilmesi gibi çok sayıda örnek verilebilir.

Sadece yargı makamlarının değil devletin kamu gücü kullanan tüm organlarının kusur veya ihmallerinin olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Zira Anayasa'nın 36 ncı maddesi ve AİHS'nin 6 ncı maddesiyle devlete, davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek bir hukuk düzeni kurma sorumluluğu yüklenmektedir³⁴.

³³ "...Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak yapılan değerlendirmede önemli bir ölçüt olan başvurunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği kriteri çerçevesinde, gerek bireylerin ekonomik geleceği gerek çalışma barışı açısından arz ettiği önem nazara alındığında, iş uyuşmazlıklarının ivedilikle çözülmesi hususunda yargı organlarının özel bir itina göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucu iş hukukunun çalışanı koruyucu niteliğini ve iş davalarının özelliklerini dikkate alarak genel mahkemelerin dışında sözlü yargılama usulüne tabi özel bir iş yargılaması sistemi ihdas ederek iş davalarının, konunun uzmanı mahkemelerce mümkün olduğunca hızlı, basit ve ucuz bir biçimde sonuçlandırılmasını amaçlamıştır. Başvuruya konu süreç incelendiğinde; yargılamanın, beş yılı aşkın bir süredir İlk Derece Mahkemesi önünde devam ettiği, başvuru ve vekilinin duruşmalara katılım ve ara kararların yerine getirilmesinde gerekli özeni göstermediği, bilirkişi masrafının bir yıl on ay sonra yatırıldığı ayrıca bir kısım duruşmalara katılım sağlanmaması nedeniyle yargılamanın beş ay uzamasına neden olduğu, başvurucuya atfedilebilecek kusur ve davranışlar nedeniyle yargılamanın toplam iki yıl üç ay uzadığı anlaşılmaktadır. Yargılama sürecinin bütünü ve başvurucuya atfedilebilecek tutum ve davranışlar nedeniyle yargılamanın uzama süresi dikkate alındığında, İlk Derece Mahkemesindeki yargılama sürecinde başvurunun haklarını ihlal edecek bir gecikme olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 36. maddesinin gerektirdiği makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediğinden söz edilemez..."

<<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

³⁴ Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/13, K.T. 02.07.2013. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

Yargılama sürecinin uzamasında yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Yargı sisteminin yapısı, iş yükünün ağırlığı, yargıç sayısı gibi haller yapısal sorunların örnekleridir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle sistematik olarak aleyhine karar verilen devletlerin yargı mekanizmalarını hızlandıran yapısal çözümler üretmesi gerektiğini birçok kararında belirtmiştir³⁵. Devletin, yargılamadaki terakümü önlemek için organizasyon eksikliklerini, fiziki ve insan kaynağı sorunlarını gidermesi gerekmektedir. Yetkili hâkimin bulunmadığı ve başka hâkimlerin geçici ve ani olarak görevlendirilmeleriyle duruşma ve sair işleri yürüttükleri mahkemelerde yargılamaların süresinin uzadığı sıkça rastlanan bir durumdur.

4- Başvurucunun Davanın Hızla Sonuçlandırılmasındaki Menfaatinin Niteliği

Tarafların süratle hüküm elde etmelerinde özel bir menfaatlerinin bulunduğu hallerde yargılama mercilerince davanın kısa sürede sonuçlandırılması için özel bir önem gösterilmesi gerektiği AİHM'nin kararlarında vurgulanmaktadır. Bu tür uyuşmazlıkların zamanında neticelendirilmesi etkin hukuki korumanın gerçekleştirilmesi açısından daha da önemlidir. Mahkeme, trafik kazaları nedeniyle oluşan maddi ve manevi tazminat davaları, kan transfüzyonu nedeniyle HIV virüsünün bulaşmasından ötürü açılan tazminat davaları, boşanma davaları, iş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklı davalar, velayet ve çocukla ilişki kurulması veya soybağının kurulmasını konu alan davalardan doğan uyuşmazlıkların süratle sonuçlandırılmasındaki menfaati üstün görmüştür³⁶.

³⁵ Doğru, Osman/Nalbant, Atilla (2012) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar), Ankara, Şen Matbaa, s. 636. ; Turan, s. 66.

³⁶ İnceoğlu, s. 278. ; Turan, s. 69. ; Başar, Mükerrerrem Onur (2011) Avrupa İnsan Hakları Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 51-54.

Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde iş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklı davalarda³⁷, çalışma gücünü kaybedecek şekilde yaralanmalardan kaynaklanan davalarda³⁸, tüketici hukukundan kaynaklı davalarda³⁹, kişilik haklarına saldırıdan kaynaklı tazminat davalarında⁴⁰ yargılamanın daha kısa sürede sonuçlandırılmasında önemli bir kişisel yararın bulunduğu hükmetmektedir.

D- MAKUL SÜRENİN HESAPLANMASINDA ESAS ALINACAK TARİHLER

1-Ceza Davalarında

Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarına göre, ceza davalarında makul sürenin başlangıç tarihi, kişiye suç isnadının resmen bildirildiği tarih veya herhangi bir bildirim yoksa kişinin isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi bir takım tedbirlerin uygulandığı andır. Sürenin bitimi ise temyiz incelemesi de dâhil olmak üzere yargılamanın sona erdiği tarihtir⁴¹. Yargılamanın devam ettiği davalar açısından ise makul sürenin hesaplanmasında esas alınacak son tarih, Anayasa Mahkemesinin başvuru hakkında kararını verdiği tarihtir.

³⁷ **Çelik**, s. 94; Nesrin Kılıç Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/772, K.T. 07.11.2013. "...Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak yapılan değerlendirmede önemli bir ölçüt olan başvuruçunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği kriteri çerçevesinde, gerek bireylerin ekonomik geleceği gerek çalışma barışı açısından arz ettiği önem nazara alındığında, iş uyuşmazlıklarının ivedilikle çözülmesi hususunda yargı organlarının özel bir itina göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucu iş hukukunun çalışmanı koruyucu niteliğini ve iş davalarının özelliklerini dikkate alarak genel mahkemelerin dışında sözlü yargılama usulüne tabi özel bir iş yargılaması sistemi ihdas ederek iş davalarının, konunun uzmanı mahkemelerce mümkün olduğunca hızlı, basit ve ucuz bir biçimde sonuçlandırılmasını amaçlamıştır..." <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

³⁸ **Çelik**, s. 95.

³⁹ Taylan Kamış Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/5709, K.T. 17.03.2016. "...Adil yargılanma hakkı devlete, uyuşmazlıkların makul süre içinde sonuçlandırılmasını garanti edecek bir yargı sistemi kurma ödevi yükler. Tüketici mahkemesinde açılan alacak davasında derhâl bir yargı kararı verilmesinde, tüketici konumundaki başvuruçunun önemli bir kişisel yararı bulunmaktadır. Bu nedenle tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkların ivedilikle çözülmesi hususunda yargı organlarının özel bir itina göstermesi gerekir..." <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

⁴⁰ H.Ş. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/7123, K.T. 06.02.2014. "...Gazetede yapılan haberle kişilik haklarına saldırıda bulunduğu iddiasını ileri süren bir kişinin, bu fiil sonucu ortaya çıkan zararının karşılanması için derhal bir yargı kararı verilmesinde önemli bir kişisel yararı bulunmaktadır..." <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

⁴¹ **Doğru/Nalbant**, s. 634. ; **Çelik**, s. 101.

Makul sürenin hesaplanmasındaki başlangıç tarihi 23.09.2012 tarihinden önce olan, ancak bu tarihte yargılaması devam eden veya verilen nihai karar henüz kesinleşmemiş olan ceza davaları ile ilgili olarak, dikkate alınacak süre, 23.09.2012 tarihinden sonra geçen süre değil, suçun isnat edildiği tarihten itibaren geçen süredir. Dolayısıyla, ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olmadığı yönündeki şikâyetlerde, 23.09.2012 tarihinde derdest olmak şartıyla, suç isnadının gerçekleştiği tarihten nihai kararın ilgilisi tarafından öğrenildiği tarihe veya devam eden davalarda Anayasa Mahkemesinin başvuru kararıyla karara bağladığı tarihe kadar geçen süre dikkate alınacaktır⁴².

2- Hukuk Davaları ve İdari Davalarda

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili yani hukuk ve idari yargı uyumsuzluklarına ilişkin makul süre değerlendirmesinde, sürenin başlangıcı kural olarak davanın mahkemeye getirildiği tarihtir. Ancak bazı durumlarda bu süre daha önce de başlayabilir. Sürenin bitiş tarihi ise, çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın sona erme tarihidir⁴³.

Her ne kadar medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklara ilişkin makul süre değerlendirmesinde, sürenin başlangıcı davanın ikame edildiği tarih ise de, bazı özel durumlarda uyumsuzluğun ortaya çıktığı önceki bir tarih de başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmektedir⁴⁴. Örneğin, park alanına dönüştürülen ancak uzun süredir kamulaştırılmayan taşınmazların kamulaştırılarak bedelinin ödenmesi, bunun mümkün olmaması durumunda ise belediyeye ait başka taşınmazlarla takas edilmesi veya imara açılması hususlarını içeren başvuru taleplerini ilgili idarelere ilettiği tarih⁴⁵; asli müdahale yoluyla davaya katılma durumunda asli müdahil yönünden müdahale tarihi⁴⁶ başlangıç tarihi olarak esas alınacaktır.

⁴² B.E. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/625, K.T. 09.01.2014. <<https://kararlarbilgi.ban-kasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

⁴³ **Doğru/Nalbant**, s. 634. ; **Çelik**, s.84; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 200.

⁴⁴ **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, s. 114.

⁴⁵ Selahattin Akyıl Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/1198, K.T. 07.11.2013 <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

⁴⁶ Haydar İzgi Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/673 K.T. 07.11.2013. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıç tarihi olan 23.09.2012 tarihinden önce açılmış ve bu tarih itibariyle derdest olan davalarla ilgili olarak yapılan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını konu alan şikâyetlerde dikkate alınacak süre, belirtilen tarihten sonra geçen süre değil, uyuşmazlığın başlangıç tarihinden itibaren geçen süredir⁴⁷.

Başvuruya konu davanın, başvurucunun miras bırakanından intikalle takip etmekte olduğu bir uyuşmazlık olması halinde, makul süre değerlendirmesi bakımından dikkate alınacak sürenin başlangıç anı, mirasçının yargılamaya katıldığı an değil, somut olayda muris açısından değerlendirmeye esas alınan sürenin başlangıç anıdır⁴⁸.

II. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKININ İHLALİ NEDENİYLE DEVLETİN SORUMLUĞUNUN NİTELİĞİ

A- DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ

Kamu görevlilerinin haksız işlem ve eylemlerden kaynaklanan zararların idarece tazmin edileceği, Anayasamızın 40, 125 ve 129 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerde açıkça düzenlenen sorumluluğun temel kaynağını ise Anayasamızın 2 nci maddesinde yer verilen hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır⁴⁹.

Uygulamada devletin sorumluluğu, sadece idari makamların eylem ve işlemlerine hasredilmiştir. Oysaki yargısal faaliyetlerin de kişileri zarara uğratması mümkündür. Ayrıca hukuk devleti ilkesi devletin sadece idari faaliyetleri ile sınırlı olmayıp devletin tüm kamusal faaliyetleri açısından geçerli bir ilkedir. Bu nedenle kamusal bir faaliyet olduğunda şüphe bulunmayan yargısal faaliyetlerde de hukuk devleti ilkesi uyarınca devletin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Hukukumuzda yargısal faaliyetlerin hukuka aykırı olup olmadığına, faaliyetin niteliği nazara alınarak AİHM, Anayasa Mahkemesi, kanun yolu incelemesi yapan üst yargı mercileri ve kanunlarla ayrıca görevlendirilen diğer yargı mercilerince karar verilmektedir.

⁴⁷ Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/13, K.T. 02.07.2013. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018

⁴⁸ Gülseren Gürdal ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/1115, K.T. 05.12.2013. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

⁴⁹ **Muratoğlu, Tahir** (2016) Devletin Yargısal Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 324.

Yargısal faaliyet ve kararlardan kaynaklanan maddi veya manevi nitelikteki zararların devletçe giderilmesi gerektiğine dair özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır⁵⁰. Ancak hukuk sistemimizde özel düzenlemeye konu edilen haller de bulunmaktadır. CMK'nın 141 ila 144 üncü maddelerinde düzenlenen koruma tedbirleri nedeniyle tazminata dair hükümler, bu sorumluluğa açıkça yer veren tipik bir örnektir.

İnceleme konumuzu oluşturan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik bireysel başvurular neticesinde Anayasa Mahkemesince verilecek ihlal ve tazminat kararları da devletin yargısal faaliyetlerinden kaynaklı sorumluluğunun diğer tipik bir örneğidir. Bu halde, zararın maddi ya da manevi nitelikte olması mümkündür. Ancak, makul sürede yargılanma hakkının ihlalinde meydana gelen zararın genel olarak manevi nitelikte olduğu söylenebilecektir. Mahkemece bu manevi zararın tazmini, isteme bağlı olarak, manevi tazminata hükmedilmesiyle sağlanmaktadır. Yüksek Mahkemece manevi tazminat miktarının belirlenmesinde de yargılamanın süresi, davanın türü ve davanın kısa sürede sonuçlandırılmasındaki taraf menfaatinin niteliği gibi ölçütlerden yola çıkılarak her başvuru kendi özelliklerine göre değerlendirilmektedir. Örneğin, 12 yıl altı 6 ay süren marka tescilinin iptali davası ile markaya vaki tecavüzün önlenmesi ve manevi tazminat istemli davada 19.600 TL⁵¹; hakaret suçundan yapılan ve 5 yıl 7 ay süren ceza yargılaması nedeniyle 6.000 TL⁵²; 11 yıl 9 ay süren tapu iptali ve tescil davasında 10.000 TL⁵³; 7 yıl 3 ay süren ve atama işlemi nedeniyle açılan iptal ve tam yargı davasında 7.200 TL⁵⁴ manevi tazminata hükmedilmiştir.

Makul süreyi aşan yargılamalarda, sunumu tamamen devlet tekelinde bulunan yargı hizmetlerinin geç işlemesi söz konusudur. Bu gecikme nedeniyle devletin sorumlu olup olmadığının belirlenmesinde AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen davanın karmaşıklığı, başvurunun tutumu, yetkili makamların tutumu ve yapısal sorunlar ile başvurunun menfaatinin niteliği

⁵⁰ Muratoğlu, s. 274.

⁵¹ Uğur Kiremit Sanayi Ticaret A.Ş. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/11576, K.T. 6.12.2017. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 01.03.2018.

⁵² A.M.H. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/14028, K.T. 6.12.2017. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 01.03.2018.

⁵³ Vicdan Öksüz Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/18140 K.T. 9.1.2018. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 01.03.2018.

⁵⁴ Hülya Çakalır Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/8886 K.T. 5.10.2017. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> s.e.t. 05.03.2018.

ölçütleri kullanılacaktır. Bu ölçütlerin, idare hukukunda hizmet kusurunun tespitinde dikkate alınacak kusurlu eylem, zarar ve illiyet bağı ölçütlerinden geliştirildiği kanaatindeyiz.

B- DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN İSTİSNALARI VE 15 TEMMUZ DARBE GİRİŞİMİNİN MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKINA ETKİSİ

İdare hukukunda devletin sorumluluğunu azaltan ya da ortadan kaldıran haller olarak kabul edilen, mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin ya da üçüncü kişinin davranışı da niteliğine uygun düştüğü ölçüde makul sürede yargılanma hakkının ihlalinin kaynaklı sorumluluk hallerinde işlerlik kazanabilecektir. Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin içtihatlarında makul süre aşılmasına rağmen devletin sorumluluğuna gidilmeyen haller incelendiğinde idare hukukunda da geçerli olan benzer sebeplere işaret edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında yargılamanın uzun sürmesine rağmen devletin sorumluluğuna gidilmeyen en tipik hal, yargılamanın başvuru kusurundan kaynaklanan nedenlerle uzamasıdır. Başvurucunun yargılama sürecindeki kusur ya da ihmalleri nedeniyle meydana gelen zarar ile yargısal faaliyet arasındaki illiyet bağı ortadan kalkacak, yargılama süresinin uzaması başvuru kusurunun bu olumsuz tutumunun neticesi olarak kabul edilecektir.

Meydana gelen deprem, sel gibi mücbir sebepler nedeniyle yargılama- larla oluşabilecek gecikmelerin de makul süre değerlendirmesinde dikkate alınması gereklidir. Örneğin, Van ilimizde meydana gelen deprem nedeniyle yargılamalar az sayıda yargı mensubu ve diğer personel tarafından ciddi fiziki yoksunluklar içerisinde neticelendirilmeye çalışılmıştır. Yine üçüncü kişinin davranışından kaynaklı gecikmelerin de somut olaya göre devletin sorumluluğunu engellemesi veya azaltması da mümkündür.

Ulusal yargılama mercilerinin iş yükünde tahmin edilemeyen krize dayalı geçici bir yoğunluk olması halinde; yetkili makamların sorunun farkında olup, onu çözmek için yeterli çabayı göstermesi şartıyla, AİHM tarafından, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediği yönünde karar verilebilmektedir⁵⁵. AİHM, Buchholz/Federal Almanya kararında, 1970'lerin ortasında büyük ekonomik bunalımdan kaynaklanan ve makul olarak öngörülemeyecek nitelikteki dava yığılması nedeniyle oluşan gecikmede, devletin yargıç sayısını da artırarak sorunu çözmeye çabalamasını dikkate almış ve makul sürede yargılanma

⁵⁵ İnceoğlu, s. 282.

hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Benzer şekilde Foti ve diğerleri/İtalya kararında da büyük çaplı kamusal eylemlerden kaynaklı çok sayıda soruşturma yapılmasının yol açtığı geçici bir iş yükünden kaynaklı gecikmeyi makul görmüştür⁵⁶. Papageorgiou/Yunanistan davasında ise baro üyelerinin grevde olması nedeniyle yargılamaların uzamasında sorumluluğu doğrudan devlete yükletmemiş, devletin ortaya çıkan gecikmeleri azaltmaktaki çabalarının dikkate alınacağına karar vermiştir⁵⁷.

AİHM'nin anılan içtihatlarından yola çıkılarak 15 Temmuz darbe girişiminin de bu kapsamda kalıp kalmayacağı değerlendirilmelidir. 15 Temmuz darbe girişimi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Yargıtay 16 ncı Ceza Dairesi ve bölge adliye mahkemeleri ile çok sayıda ilk derece mahkemesi kararına konu edilmiştir.

Yargıtay 16 ncı Ceza Dairesi içtihatlarında 15 Temmuz'da gerçekleştirilen silahlı darbe teşebbüsü ile ilgili olarak ülke genelindeki olayların saat saat özeti yapılmakta ve 15 Temmuz darbe teşebbüsü ve FETÖ(Fetullahçı Terör Örgütü)/PDY(Paralel Devlet Yapılanması) silahlı terör örgütü ilişkisi açıklanmaktadır⁵⁸.

Hâkimler ve Savcılar Kurulunca 2016 ve 2017 yılları içinde verilen çok sayıda meslekten çıkarma kararında da FETÖ/PDY'nin kuruluşu, örgütlenmesi ve bilhassa yargı alanındaki yapılanması ile gerçekleştirdiği faaliyetler üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmaktadır⁵⁹. Öncelikle bu kararlardan bir kısmını inceleyerek yargının konuya bakışının gözlemlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁵⁶ Harris, D.J/ O'Boyle, M./Bates, E.P./Buckley, C.M. (2009) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara, Şen Matbaa, s. 286.

⁵⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı(Medeni Hukuk Yönü), s.52. <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf> s.e.t. 26.09.2018.

⁵⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesi E: 2017/1443, K: 2017/4758, T: 14.07.2017. <<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>> s.e.t. 02.05.2018.

⁵⁹ Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulunun 05.10.2017 Tarih ve 2017/770 Karar Sayılı Kararı İle Meslekten Çıkarılmalarına Karar Verilen Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarına İlişkin Gerekeçeli Karar ve Liste, <<http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/karar06-10-2017.pdf>> benzer nitelikteki kararlar için bakınız: <http://www.hsk.gov.tr/DuyuruArsivi.aspx> s.e.t. 02.05.2018.

Anayasa Mahkemesi, Aydın Yavuz ve Diğerleri başvurusunda⁶⁰ tutukluluk durumunun 8 ay 18 gün duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden değerlendirilmesini olağanüstü şartların gerektirdiği ölçüde bir tedbir olarak kabul etmiştir. Bu karar, darbe teşebbüsü ve süreci ve darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olan FETÖ/PDY hakkında önemli tespitlere yer vermesi itibarıyla oldukça önemlidir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin sonraki kararlarında da esas aldığı bu karara, incelememizde ayrıntılı olarak yer verilmesi isabetli olacaktır.

Darbe girişiminin arkasında FETÖ/PDY'nin olduğu tespitine de yer verilen mezkûr kararda darbe girişiminin amacı ve boyutu özetle şu şekilde açıklanmaktadır: "...Darbe teşebbüsünde bulunanlarca hazırlanan "sıkıyönetim direktifi" ile Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) tarafından emir komuta bütünlüğü içinde devletin yönetimi maksadıyla "Yurtta Sulh Konseyi" teşkil edildiği, yönetime el konulduğu, tüm yurtta sıkıyönetim ve sokağa çıkma yasağı ilan edildiği, kamu yetkisi ile yapılan tüm atama ve görevlendirmelerin teşkil edilen "Yurtta Sulh Konseyi" tarafından veya onun vereceği yetkiye istinaden yapılacağı, bunun haricinde yapılacak işlemlerin yok hükmünde olduğu, mevcut yürütme erkinin görevden el çektirildiği, Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) feshedildiği, tüm valilerin görevden alındığı, tüm vali, kaymakam ve belediye başkanlığı atamalarının "Yurtta Sulh Konseyi" tarafından yapılacağı, siyasi partilerin tüm faaliyetlerinin sonlandırıldığı, polis teşkilatının sıkıyönetim komutanları emrine alındığı belirtilmiştir. Anılan direktifin ve ekindeki sıkıyönetim komutanlıklarına ilişkin atama listesinin, darbe teşebbüsünde bulunanlar tarafından ilgili askerî birimlere ve bakanlıklara gönderildiği anlaşılmıştır.

Darbe teşebbüsü sırasında TBMM, Cumhurbaşkanlığı Külliyesi, Ankara Emniyet Müdürlüğü, Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekât Daire Başkanlığı, Millî İstihbarat Teşkilatı (MİT) yerleşkelerinin de aralarında bulunduğu birçok yere uçak ve helikopterlerin de kullanıldığı bombalı ve silahlı saldırılar yapılmıştır. Öte yandan Cumhurbaşkanı'nın konakladığı otele silahlı baskın yapılmış ancak Cumhurbaşkanı kısa süre önce otelden ayrıldığı için baskın amacına ulaşmamıştır. Ayrıca Başbakan'ın aracının bulunduğu konvoyu silahla ateş edilmiş, Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının da aralarında bulunduğu birçok üst düzey askerî yetkili rehin alınmıştır. Yine Avrupa ve Asya'yı birbirine bağlayan Boğaz köprüleri ile İstanbul'da bulunan havalimanları tanklar ve zırhlı

⁶⁰ Aydın Yavuz Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2016/22169 K.T. 20.6.2017.
< <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/22169> > s.e.t. 02.05.2018.

araçlar marifetiyle ulaşıma kapatılmış, ülkenin birçok yerindeki çok sayıda kamu kurumu silah zoruyla işgal edilmiş veya buna teşebbüs edilmiştir.

Genelkurmay Başkanlığı tarafından yapılan açıklamada; ilk belirlemelere göre anılan teşebbüse 8.000'in üzerinde askerî personelin karıştığı, teşebbüs sırasında savaş uçakları dâhil 35 uçağın, 3 geminin, 37 helikopterin, 74 tanesi tank olmak üzere 246 zırhlı aracın ve 4.000'e yakın hafif silahın kullanıldığı bilgisine yer verilmiştir.

Darbe teşebbüsüne karşı koyan güvenlik görevlileri ile tepki göstermek üzere sokaklara çıkan sivillere uçaklar, helikopterler, tanklar, diğer zırhlı araçlar ve silahlarla saldırılmış; bu saldırılar sonucunda 4'ü asker, 63'ü polis ve 183'ü sivil olmak üzere toplam 250 kişi hayatını kaybetmiş; 23'ü asker, 154'ü polis ve 2.558'i sivil olmak üzere toplam 2.735 kişi yaralanmıştır. Başbakan; darbecilerden 36'sının öldüğünü, 49'unun yaralandığını açıklamıştır..."

Mezkur kararda yer verilen "Adalet Bakanlığı verilerine göre FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında 13/6/2017 tarihi itibarıyla hakkında soruşturma yürütülen kişi sayısı 161.785'dir. Bu kişilerden 47.136'sı adli kontrol tedbiri uygulanarak, 13.497'si ise herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaksızın serbest bırakılmıştır. Yine haklarında soruşturma yürütülen 30.597 kişi hakkında yakalama ve gözaltı gibi adli bir işlem yapılmamıştır. Hakkında tutuklama tedbiri uygulanan 50.436 kişiden 2'si Anayasa Mahkemesi üyesi, 104'ü Yargıtay üyesi, 41'i Danıştay üyesi, 3'ü HSYK üyesi, 2.492'si hâkim ve savcı, 7.143'ü asker (169'u general/amiral), 8.849'u polis, 24'ü vali, 73'ü vali yardımcısı ve 115'i kaymakamdır. Öte yandan 8.359 kişi (bunlardan 8'i Yargıtay üyesi, biri Danıştay üyesi, 2'si HSYK üyesi, 208'i hâkim ve savcı, 1.332'si asker, 1.336'sı polis, 3'ü vali, 9'u vali yardımcısı, 4'ü kaymakamdır) tutuklama tedbiri uygulandıktan bir süre sonra tahliye edilmiştir. Tahliye edilen bu kişilerin 7.969'u hakkında adli kontrol tedbirleri uygulanmıştır. Diğer taraftan kaçak durumda olup haklarında soruşturma/kovuşturma mercilerince yakalama emri çıkarılan 7.605 kişiden 26'sı Yargıtay üyesi, 6'sı Danıştay üyesi, 218'i hâkim ve savcı, 147'si asker, 386'sı polis, 3'ü vali yardımcısı ve 9'u kaymakamdır. 790 kişi hakkında ise gözaltı sürecinin devam ettiği anlaşılmıştır... Soruşturma mercileri darbe teşebbüsü gibi ani gelişen bir durum üzerine bir anda on binlerce şüpheli hakkında soruşturma başlatma ve yürütme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır. Teşebbüsün faili olduğu değerlendirilen FETÖ/PDY'nin özellikleri (gizlilik, hücre tipi yapılanma, her kurumda örgütlenmiş olma, kendisine kutsallık atfetme, itaat ve teslimiyet temelinde hareket etme gibi) de dikkate alındığında bu soruşturmaların diğer

ceza soruşturmalarına göre çok daha zor ve karmaşık olduğu ortadadır. Bu bağlamda bilhassa yargı organları ve soruşturma mercileri, öngörülemez şekilde ağır bir iş yükünü yönetmek zorunda kalmışlardır...” tespitleri ile yargının artan iş yüküne,

“...Başta Anayasa Mahkemesi ve HSYK olmak üzere sınırlı sayıda kamu kurum ve kuruluşu idari bir kararla mensuplarını meslekten veya kamu görevinden çıkarmıştır. Bu kapsamda aralarında yüksek mahkeme üyelerinin de bulunduğu 4.000'in üzerinde yargı mensubu meslekten çıkarılmıştır. Öte yandan 668, 669, 670, 672, 675, 677, 679, 683, 686, 689 sayılı KHK'lar ile yaklaşık 98.500 kamu görevlisi kamu görevinden çıkarılmıştır. Bu kapsamda TSK'nın general/amiral kadrosunun yarısına yakınının kamu görevinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunun dışında TSK'da, mülki idarede, emniyet teşkilatında, üniversitelerde ve diğer kamu kurumlarında görev yapan çok sayıda kişi kamu görevinden çıkarılmıştır. Kamu görevinden çıkarılan kişiler arasında sayısal bakımdan ilk sırada öğretmenler bulunmaktadır...” tespitleriyle de meslekten çıkarılan kamu görevlilerinin sayısına dikkat çekilmektedir. Kararda, darbe girişimine dair Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komitesinin Memorandumu(CommDH (2016)35)'na ve Venedik Komisyonu(Görüş No:865/2016) raporuna da atıfta bulunmaktadır.

Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusunda yer verilen tespitlerin benzerlerine, aynı taleplerin değerlendirildiği Erdal Tercan başvurusunda da yer verilmektedir. Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda eski üyesi olan Erdal Tercan hakkındaki 1 yıl 9 aylık tutukluluk süresini makul bulurken, başvurusunun 21 ay süreyle hâkim önüne çıkarılmaksızın hakkındaki tutukluluk kararının dosya üzerinden değerlendirilmesinin kişi hürriyet ve güvenliği hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir. Bu ihlal kararının gerekçesinde özetle: “...Olağanüstü hal sürecinde...mevcut hakim ve savcı adaylarının stajları sonlandırılarak hemen mesleğe başlamaları sağlanmış, ayrıca çok sayıda yeni hakim ve savcı adayı alınmasına yönelik idari süreç başlatılmış ve adayların staj süreleri kısaltılmış, yine emekli olan veya istifa eden hakim ve savcıların mesleğe dönmelerine imkan tanınmıştır. Bu tedbirler sonucunda darbe teşebbüsü sonrası süreçte yaklaşık altı bin hakim ve savcı göreve başlamış, böylelikle hakim ve savcı sayısında önemli bir artış sağlanmak suretiyle olağanüstü hal döneminde hakim ve savcıların meslekten çıkarılmasından kaynaklanan açık kapatılmıştır. ...darbe teşebbüsü ve FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşturma ve kovuşturma süreçlerindeki ilerlemelere

ilişkin süreçlerin aşamaları başta olmak üzere olağanüstü hal sürecindeki gelişmeler birlikte dikkate alındığında özellikle darbe teşebbüsü, FETÖ/PDY ve terörle ilgili olarak yürütülen soruşturma ve/veya kovuşturmalarda tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılmasının ve tutukluluğun dosya üzerinden verilen kararlarla devam ettirilmesinin on sekiz aya kadar "durumun gerektirdiği ölçüde" bir tedbir olarak kabul edilebileceği değerlendirilmiştir... Anayasa Mahkemesi; her bir başvuruda somut olayın koşullarını, tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapıldığı süreyi ve olağanüstü hal döneminde bu süre içindeki yaşanan gelişmeleri dikkate alarak bir değerlendirme yapacaktır... Başvurucunun tutukluluk incelemeleri kapsamında on sekiz ay aşan bir süre boyunca hakim/mahkeme önüne çıkarılmaması ve tutukluluğa yönelik itirazlarını, tutuklamaya dayanak olan delillerin içeriğine veya nitelendirilmesine yönelik iddialarını, lehine ve aleyhine olan görüş ve değerlendirmelere karşı beyanlarını, tahliye taleplerini hakim/mahkeme önünde sözlü olarak dile getirmesine imkan tanınmaması "durumun gerektirdiği ölçüde" bir tedbir olarak değerlendirilmemiştir..." açıklamalarına yer verilmektedir. Kararın karşı oy gerekçesinde ise "olağanüstü hal süresince hakim ve savcı sayısının artırılmasına yönelik olarak bazı tedbirler alınmış ise de, tutukluluk incelemelerinin hakim/mahkeme huzuruna çıkarılarak yapılması işi, sadece hakim ve savcı sayısı ile ilgili olmayıp, konunun başta güvenlik sorunu olmak üzere, hakim savcı sayısı artırılmış olmakla birlikte dava ve uyuşmazlık sayısının da arttığı, tutukluların kaldıkları ceza ve tutukevlerinden mahkemelere getirilip götürülmesinde görev alacak araç ve personel imkanları ile belirtilen kapsamdaki tutuklu sayısının fazlalığı gibi başkaca boyutları ve etkileyenleri de bulunmaktadır. Ayrıca, darbe teşebbüsüne ilişkin davaların büyük bir bölümünün ilk derece mahkemelerinde devam ediyor olması, FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan yapılan soruşturma ve kovuşturmaların çoğunun derdest olması, olağanüstü halin ilk ilan edildiği dönem izleyen dönemlerdeki koşulların ortadan kalkmadığına işaret etmektedir" görüşü savunulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin Aydın Yavuz ve diğerleri kararı başvurusu ile Erdal Tercan başvurusunda verdiği iki kararda da gerçekleşen darbe girişiminin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması üzerindeki olumsuz etkisi gözetilmiştir. Ancak, Erdal Tercan başvurusunda darbe teşebbüsü üzerinden geçen süre, yargı mercilerindeki eksikliklerin giderilmesi gibi hususlar da gözetilerek objektif ölçütler belirlenmeye çalışılmaktadır. Bu kararlarda geçen ölçütler inceleme konumuz olan makul sürede yargılanma hakkı açısından da önemlidir.

Bu çerçevede Adalet Bakanlığı istatistikleri incelendiğinde 2015 yılında 10.382 olan toplam hâkim ve Cumhuriyet savcısı sayısının 2016 yılında 11.372, 2017 yılında ise 11.530 olduğu görülmektedir. Yine, 2015 yılında 60.388 olan toplam personel sayısı 2016 yılında 56.571'e düşmüş ancak 2017 yılında tekrar 60.847'e yükseltilmiştir⁶¹. Bu anlamda darbe teşebbüsünün yol açtığı insan kaynağı ekşiğinin giderildiğinin kabulü isabetli olacaktır.

Adalet Bakanlığınca, darbe teşebbüsünden sonraki süreçte, makul sürede yargılanma hakkının sağlanmasına yönelik gerçekleştirilen bir diğer faaliyet de Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik düzenlemesidir. 01.09.2017 tarihinde yürürlüğe giren bu Yönetmelikle, soruşturma veya kovuşturma ya da yargılamaların tamamlanması için öngörülen hedef sürelerin belirlenmesi ve uygulanmasına dair usul ve esaslar tespit edilmiştir. Yönetmelikte hedef süre "*soruşturma, kovuşturma veya yargılamaların tamamlanmasında gözetilen, ilgilileri için hak doğurmayan, yargısal süreçleri iyileştirmeyi amaçlayan ve Kurul'un görüşü alınarak Bakanlık tarafından belirlenen süre*" olarak tanımlanmış ve bu süreye riayet edilip edilmediği hususunun hâkim ve Cumhuriyet savcıları hakkında düzenlenecek kanun yolu değerlendirme formlarında dikkate alınacağı belirtilmiştir. Ayrıca Yönetmeliğin 8 inci maddesinin uyarınca, hedeflenen sürede sonuçlanmayan her bir dava ve soruşturma dosyasına ilişkin gecikme nedenleri, dosyayı muktezaya bağlayan başkan, üye, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından UYAP'ta ilgili ekrana işlenecektir.

AİHM ve Anayasa Mahkemesinin hak ihlali iddialarını reddettiği anılan içtihatlarından yola çıkıldığında kanaatimizce, 15 Temmuz darbe ve işgal girişiminden kaynaklı çok sayıda soruşturma ve kovuşturma yapılması ve çok sayıda yargı mensubunun görevine son verilmesi nedeniyle tüm yargılamalarda oluşabilecek kısmi nitelikteki muhtemel gecikmelerin olağan görülmesi gerekmektedir. Ayrıca, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı işlenen suçlar ve silahlı terör örgütü üyeliği gibi suçlara ilişkin davaların oldukça karmaşık nitelikte olmaları da nazara alınarak darbe girişiminin olumsuz etkisi bu davalar açısından evleviyetle gözetilmelidir. Devletin ihraç edilen hâkim ve Cumhuriyet savcısı ile sair personelin yerine yeni istihdam sağlaması ile yargılamaların daha hızla sonuçlanması için çabalaması nazara alınarak yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilmelidir.

⁶¹ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adli İstatistikler 2017 <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf> s.e.t. 02.05.2018.

SONUÇ

Kişilerin tarafı oldukları yargılama neticesinde verilecek kararın adil olması kadar yargılamanın zamanında neticelendirilmesi de önemlidir. AİHS, Anayasamız ve bazı kanunlarımızda açıkça düzenlenen makul sürede yargılanma hakkı, “geciken adalet, adalet değildir” şeklindeki veciz ilkenin normlara yansımış halidir.

AİHM içtihatlarına da yansıdığı üzere yargılamaların makul sürede neticelendirilmemesi sadece ülkemizin değil, çok sayıda devletin sorunudur. Ülkemizde bu sorunun yıllardır devam etmesi onu toplumsal bir sorun haline dönüştürmüştür. Rahmetli Şair Abdurrahim Karakoç’un 1970 yılında söylediği ve zihinlere kazınan “bu dava dedemden kaldı hâkim beğ” dizesine konu yargılamaların sayısı azalsa da halen bitirilebilmiş değildir.

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile hukukumuzda giren bireysel başvuru imkânı, uzun süren yargılamalar neticesinde adil yargılanma hakkı ihlal edilen kişiler için AİHM nezdinde etkili bir iç hukuk yolu olmuştur. Yüksek Mahkeme, başvuruları kabul etmeye başladığı 23.09.2012 tarihinden bu yana makul sürede yargılanma hakkı açısından çok sayıda karar vererek içtihat oluşturmuştur. Bu kararlarda, AİHM’nin yerleşmiş içtihatlarından istifade edildiği görülmektedir.

Mahkemenin bireysel başvurulara dair kabul edilebilirlik incelemesinde geliştirdiği genel ölçütler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde makul sürede yargılanma hakkına ilişkin başvurularda da geçerlidir. Mahkeme, makul sürenin değerlendirilmesi açısından da AİHM içtihatlarına uyumlu ölçütler kullanmaktadır. Davanın karmaşıklığı, tarafların ve yetkili makamların tutumu ve başvurunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği olarak sayılabilecek bu ölçütleri her somut olaya ayrı ayrı uygulayarak makul süre tespiti yapan mahkeme, ihlal kararı verdiğinde talep bulunması halinde manevi tazminata da hükmetmektedir. Tazminat miktarının belirlenmesinde davanın niteliği, geçen süre, taraf sayısı gibi ölçütlerin esas alındığı anlaşılmaktadır.

Yargısal faaliyetlerin makul sürede bitirilememesi sebebiyle tazminata hükmedilmesi, devletin yargısal faaliyetler nedeniyle sorumlu tutulmasının tipik bir örneğidir. Anayasamızdaki güçler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkesinin varlığının bu sorumluluğa engel olmadığı, Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca kişilerin mağduriyetlerinin devletçe karşılanacak olmasının bu ilkelerin ihlali anlamına gelmeyeceği, bilakis bu tazminin adil yargılanma hakkının korunmasına hizmet edeceği kanaatindeyiz.

Çalışmamızın ilgili bölümünde değinildiği üzere Anayasa Mahkemesince makul sürede yargılanma hakkının ihlali yönünde verilen karar sayısı oldukça fazladır. Bu ihlal kararlarında devlet, yargı hizmetinin geç işlemesi nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. Manevi tazminat olarak belirlenen bu sorumlulukla kişilerin uğradıkları zarar kısmen giderilmeye çalışılsa da asıl olan hakkın hiç ihlal edilmemesidir. Bu nedenle yargının kökleşmiş sorunlarına çözüm bulunması gereklidir.

Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin içtihatları incelendiğinde mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin ya da üçüncü kişinin davranışından kaynaklı bazı hallerde makul süre aşılmasına rağmen devletin sorumluluğuna gidilmediği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda bilhassa 15 Temmuz'da yaşanan darbe teşebbüsü nedeniyle yargının artan iş yükü karşısında devletçe gerekli tedbirlerin de alındığı gözetildiğinde, Yüksek Mahkeme ve Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonunca bu olağanüstü durumun makul sürenin tespitinde dikkate alınması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

KAYNAKÇA

Başar, Mükerrerem Onur (2011) Avrupa İnsan Hakları Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

Çelik, Abdullah (2014) Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Doğru, Osman (2012) Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Doğru, Osman/Nalbant, Atilla (2012) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar), Ankara, Şen Matbaa.

Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz (2011) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Harris, D.J/O'Boyle, M./Bates, E.P./Buckley, C.M.(Çevirenler: Bingöllü Kılıcı, Mehveş/Karan, Ulaş) (2009) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara, Şen Matbaa.

İnceoğlu, Sibel (2007) Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaa.

İnceoğlu, Sibel (2013) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa(Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Ankara, Şen Matbaa.

Koç, Muharrem İlhan/Kaplan, Recep (Editör) (2017) Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Muratoğlu, Tahir (2016) Devletin Yargısal Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz (2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı.

Turan, Hüseyin (2012) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, S:11, s.47-75.

Turan, Hüseyin/Kaplan, Recep (Editör) (2015) Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri,1. Baskı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adli İstatistikler 2017 <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf> s.e.t. 02.05.2018.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı(Medeni Hukuk Yönü), <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf> s.e.t. 26.09.2018.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulunun 05/10/2017 Tarih ve 2017/770 Karar Sayılı Kararı İle Meslekten Çıkarılmalarına Karar Verilen Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarına İlişkin Gerekçeli Karar ve Liste <<http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/karar06-10-2017.pdf>> s.e.t. 02.05.2018.

<<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/istatistikler/pdf/istatistik30Haziran.pdf>> s.e.t.26.09.2018.

ÖZEL HUKUK

5941 SAYILI ÇEK KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE ÇEKLERDE “KARŞILIKSIZDIR” İŞLEMİNE SEBEBİYET VERİLMESİNİN CEZAI VE İDARI YAPTIRIMLARI

Ayşe Nur ERSOY*

ÖZET

Ülkemizde yaygın kullanım alanı bulunan ve güvenilir bir kambiyo senedi olan çekin karşılıksız çıkması problemi geçmişten beri piyasaları ve hukuk dünyasını meşgul eden önemli bir mesele olmuştur. Bu problemin ticari hayatın gereklerine uygun olarak ve en hızlı şekilde adil yargılanmayı temin etmek suretiyle çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Bu çalışmamızda karşılıksız çeklere ilişkin düzenlemeler, bilhassa karşılıksız çek keşide edilmesi ve çek üzerinde “karşılıksızdır” işlemine sebebiyet verilmesi durumunda uygulanacak cezai ve idari yaptırımlar üzerinde durulacaktır. Bu anlamda gerek ticari gerek hukuki yönden en uygun çözüm yoluna erişilebilmesi için faydalı bir çalışma olması maksadıyla, tarihsel süreç de nazara alınarak, öğreti, yargı kararları ve bilimsel çalışmalar incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Karşılıksız Çek, Karşılıksız Çek Keşide Etme, Adli Para Cezası, Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasası.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans öğrencisi, ersoyaysenur@outlook.com.

(Geliş Tarihi: 11.10.2018 – Kabul Tarihi: 27.01.2019)

**CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS AGAINST
“DUD CHEQUE” MARKS IN THE LIGHT OF NEW AMENDMENTS OF
LAW NO. 5941**

ABSTRACT

Cheques a reliable negotiable instrument and has a widespread use in Turkey, however, from past to today, dud cheques become a serious problem for the markets and legal practitioners. This problem should be deal with an approach regarding fair trial principle and the necessities of commercial life.

This paper focuses on criminal and administrative sanctions when a cheque is to be marked as a “dud cheque”. Considering historical development, doctrine, court decisions and scholarly works, the study aims to provide the most appropriate solution related to the concerned criminal and administrative sanctions, for legal practitioners and commercial actors.

Key Words: Dud Cheque, Drawing Dud Cheque, Punitive Fine, Prohibition of Issuing a Cheque and Opening of Cheque Accounts.

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)¹ Dördüncü Kısım'ında kambiyo senetleri yer almaktadır. Dördüncü Kısım'ın Üçüncü Bölümü'nde ise çekler düzenleme alanı bulmuştur. Çek, güvenilir bir ödeme aracı niteliğinde olup ülkemizde ve dünya genelinde sıkça kullanılmaktadır. Tedavül kabiliyeti yüksektir. Ayrıca ticari hayatın gerektirdiği sürat ve kolaylığı sağlamaktadır. Ancak karşılıksız çek problemi toplumun çeke olan güveninin sarsılmasına yol açmakta, ticari yaşamı olumsuz yönde etkilemektedir.

TBMM, 1929 tarihli yorum kararında karşılıksız çekleri dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirmiştir. Daha sonra karşılıksız çeklerle mücadele amacıyla 19.03.1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'la² karşılıksız çek keşide etme eylemi özel bir suç türü olarak düzenlenmiştir. 3863 sayılı Kanun³ ve 4814 sayılı Kanun⁴ ile mezkûr suça uygulanacak yaptırımlara ilişkin değişiklikler gerçekleştirilmiş olup bu değişikliklere rağmen eleştiriler azalmadığından ve günün koşulları karşılıksız çeklere mani olabilecek yeni düzenlemeleri gerektirdiğinden kanun koyucu yeni bir kanun hazırlama çalışmalarına başlamıştır. 14.12.2009 tarihinde 5941 sayılı Çek Kanunu⁵ kabul edilmiş ve çekle ilgili olarak "karşılıksızdır" işlemine sebebiyet verilmesi suçu düzenleme alanı bulmuştur. Sonrasında 31.01.2012 tarihli ve 6273 sayılı Kanun'la⁶ 5941 sayılı Kanun üzerinde önemli değişiklikler yapılmış olup yeni düzenlemeye göre mezkûr fiil suç olmaktan çıkarılmış ve kabahate dönüştürülerek idari yaptırıma tabi tutulmuştur. Ancak bu değişiklik de uzun soluklu olmamış, 15.07.2016 tarihli ve 6278 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷ kabul edilmiştir. Söz konusu değişiklikle birlikte çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi fiili yeniden suç olarak mevzuatımızdaki yerini almıştır.

¹ Resmi Gazete, T: 14.02.2011, S: 27846.

² Resmi Gazete, T: 03.04.1985, S: 18714.

³ Resmi Gazete, T: 26.01.1993, S: 21477.

⁴ Resmi Gazete, T: 08.03.2003, S: 25042.

⁵ Resmi Gazete, T: 20.12.2009, S: 27438.

⁶ Resmi Gazete, T: 03.02.2012, S: 28193.

⁷ Resmi Gazete, T: 09.08.2016, S: 29796.

Çalışmamızda öncelikle karşılıksız çek kavramı ve ticari hayat üzerindeki etkilerine kısaca değinilmiş, daha sonra karşılıksız çeklere uygulanacak cezai ve idari yaptırımlar mevzuatta meydana gelen değişiklikler çerçevesinde ele alınmıştır. Son olarak da güncel mevzuatta çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi durumunda uygulanacak cezai ve idari yaptırımlar ile kanun koyucunun karşılıksız çeklere engel olma maksadıyla getirdiği tedbirler üzerinde durulmuştur. Bu itibarla doktrin, yargı kararları ve bilimsel çalışmalar ışığında, mevzuatta gerçekleştirilen değişiklikler ve güncel mevzuat ele alınmış, hukuki ve ticari açıdan en uygun şekilde karşılıksız çek sorununun çözüme kavuşturulmasına hizmet etmesi amacıyla bu çalışma yapılmıştır.

I. KARŞILIKSIZ ÇEK SORUNU VE TİCARİ HAYAT ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

A. KARŞILIKSIZ ÇEK KAVRAMI

Çek hesabı sahibinin bu hesabı kullanmak suretiyle düzenlediği çeklerin ödenebilmesi için hesapta düzenlemiş olduğu çekleri ödeyebilecek miktarda karşılığın bulunması gerekmektedir⁸. Karşılık ise muhatap banka nezdindeki çekle işleyen hesapta çeki ödemeye yetecek kadar paranın bulunmasını ifade etmektedir⁹. Çekin karşılığının bulunmaması geçerliliğine hanel getirmeyecek olup yalnızca kısmen ya da tamamen ödenmemesine yol açacaktır¹⁰. Karşılığın çekle işleyen hesapta nakit para olarak bulundurulması mümkün olduğu gibi, kredi yahut virman talimatının varlığı da yeterlidir¹¹.

Karşılıksız bir çekin varlığından söz edilebilmesi için birtakım şartların birlikte bulunması gerekmektedir. İlk olarak, TTK'nın 780. maddesinde sayılan zorunlu unsurları ihtiva eden bir çekin bulunması icap eder. Söz konusu çek, muhatap bankaya ibraz müddeti içinde ibraz edilmiş olmalıdır. Ayrıca çekin ibraz edildiği anda, çek hesabında kısmen ya da tamamen karşılığın bulunmaması ve bu durumun muhatap bankaca çek üzerine yazılması gerekmektedir. Çekin karşılıksız çıkan kısmının çok cüz'i olması durumunda dahi sonuç değişmeyecektir¹².

⁸ Can, Mertol (2012) Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara, İmaj Yayınevi, s. 169.

⁹ Başbüyük, İsa (2012) 'Karşılıksız Çekte Hapis Cezasının Kaldırılması Üzerine Bir Değerlendirme' Ankara Barosu Dergisi, S: 2, s. 310.

¹⁰ Can, s. 169.

¹¹ Kayhan, Şaban / Yasan, Mustafa (2017) Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 94.

¹² Öztan, Fırat (2016) Kıymetli Evrak Hukuku, 20. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 295-296.

B. KARŞILIKSIZ ÇEKLER İLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİN TİCARİ HAYAT ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Bir kambiyo senedi türü olan ve güvenilir bir ödeme vasıtası olan çek, gerek ülkemiz gerekse dünya genelinde yaygın kullanım alanına sahiptir. Ticari yaşamda gereken sürat ve kolaylığı sağlamaktadır. Tedavülünün kolay olması sıkça tercih edilmesini sağlamış ve zaman içinde ticari hayatın vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelmiştir. Karşılıksız çek sorunu ise toplumun çeke olan itimadının sarsılmasına neden olmaktadır. Bu durum ise çek kullanımının azalmasına, dolayısıyla ticari hayatın sekteye uğramasına yol açacaktır.

Karşılıksız çeklere uygulanacak hukuki yaptırımlar TTK'da genel olarak düzenlenmiştir. Ancak bunun dışında, öğretide karşılıksız çeklere uygulanacak olan cezai ve/veya idari yaptırımlar hususunda farklı görüşler ileri sürülmüş, mevzuatta da bu hususta çeşitli değişiklikler yapıldığı gözlemlenmiştir¹³.

Karşılıksız çek meselesi geçmişten beri çok sayıda tartışmaya yol açmış, ne yazık ki karşılıksız çeklerle mücadele için en uygun cezai ve/veya idari yaptırımın ne olduğu hususunda fikir birliğine varılamamıştır. Karşılıksız çek düzenlenmesine engel olabilmek maksadıyla mevzuatta birtakım değişiklikler yapılmış ve son düzenlemelerle birlikte çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi adli para cezası ile çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı yaptırımına tabi tutulmuştur.

Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi istatistikleri¹⁴ incelendiğinde 2009 yılından 2012 yılına kadar geçen süre içinde, karşılıksız işlemi yapılan çek adedinin azaldığı, ancak 2012 yılında bu sayının aniden arttığı görülmektedir. 2012 yılından 2016 yılına dek karşılıksız işlemi gerçekleştirilen çek sayısında dalgalanmalar olmuş (önce azalış sonra artış), 2016 yılından 2018 yılına kadar olan istatistik verileri incelendiğinde ise karşılıksız işlemi yapılan çek sayısında bariz bir azalma görülmüştür. Elbette istatistiklerdeki değişikliklerin tek gerekçesi yasal düzenlemeler değildir. Ülkemizdeki ve dünyadaki ekonomik durum, teknolojik gelişmeler gibi farklı faktörler de etkilidir. Ancak, 2012 yılında kabul edilen

¹³ Albayrak, Hakan / Bozdağ, Ahmet (2018)'Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılaması Hakkında Bir İnceleme' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 33, Y: 9, s. 244.

¹⁴ <https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/1465/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Agustos_2018.pdf > , s.e.t. 06.10.2018.

6273 sayılı Kanun ile çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi fiilinin suç olmaktan çıkarılarak kabahate dönüştürülmesi sonucunda bu dönemde karşılıksız çek sayısında artış meydana gelmiştir. 2016 tarihinde ise 6728 sayılı Kanun'la söz konusu fiil yeniden suç olarak kabul edilmiş ve 2016 ile 2018 yılları arasındaki Risk Merkezi istatistiklerine göre bu tarihlerde karşılıksız çek sayısının azaldığı gözlemlenmiştir. Sonuç olarak, karşılıksız çeklerle ilgili gerçekleştirilen yasal düzenlemelerin piyasadaki karşılıksız çek sayısını, dolayısıyla ticari hayatı büyük ölçüde etkilediği yadsınamaz bir gerçektir.

Çeklere ilişkin kodifikasyon çalışmaları yapılırken özel hukuk ilkelerinin, önceliklerinin ve birikimlerinin dikkate alınması, çekin her şeyden önce likidite kabiliyeti yüksek bir ödeme vasıtası olarak ticari hayatın gerektirdiği sürat, güven ve kolaylığı sağlayan bir kambiyo senedi olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir¹⁵. Dolayısıyla piyasada istikrarın sağlanması, mikro ve makroekonomik dengelerin tesis edilebilmesi için büyük önem arz etmektedir. Çek, bir özel hukuk müessesesi olmakla birlikte muhasebe sistemlerinde bilançolar ihdas edilirken nakitten hemen sonra yer alabilecek derecede likidite kabiliyetine sahip bir değişim aracıdır. Bu nedenle, yetkili mercilerce para politikalarının tespiti dikkate alınması zaruri etkenlerden biridir. Nitekim tedavül kabiliyeti ve ticari itibarı artmış bir çek düzeninin tesis edilmesi Anayasa m. 167¹⁶ ve 173¹⁷'te yer alan devlet için öngörülen görevlerin yerine getirilmesi bakımından önemli role sahiptir¹⁸. Ticari hayat açısından bu denli önem arz eden çeklerin karşılıksız çıkması ve neticesinde hangi cezai ve/veya idari yaptırımların uygulanacağı probleminin hem hukuk sistemimiz hem de piyasaların güvenli ve istikrarlı işleyebilmesi yönünden en uygun çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

¹⁵ **Yasan, Mustafa** (2012) '6273 Sayılı "Çek Kanunu"nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un İncelenmesi' Batider, C:XXVIII, S: 2, s. 97-99.

¹⁶ Anayasa'nın 167. maddesine göre:

"Madde 167 – Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir."

¹⁷ Anayasa'nın 173. maddesine göre:

"Madde 173 – Devlet, esnaf ve sanatkarı koruyucu ve destekleyici tedbirleri alır."

¹⁸ **Yasan** (2012), s. 101.

C. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ

Almanya’da farklı ödeme vasıtalarının kullanılması çekle işlenen dolandırıcılık suçunun güncelliğini yitirmesine neden olmuştur. Ancak söz konusu suç geçmişte gündemi uzunca bir süre meşgul etmiştir. Alman ceza hukukuna göre, ödeme araçları ve dolayısıyla çek kullanılarak işlenen dolandırıcılık fiilleri dolandırıcılık suçuna ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılmaktadır. Suçun oluşabilmesi için maddi zarar, failin karşı tarafın uğradığı zarar sonucunda bir menfaat elde etmesi ve aldatma kastı aranmaktadır. Dolayısıyla fiilin taksirle işlenmesi suçun oluşabilmesi için yeterli değildir. Ancak olası kastla suçun işlenebileceği kabul edilmiştir. Dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmaması durumunda ise medeni hukuka ilişkin çözüm yolları benimsenmektedir¹⁹.

Hollanda’daki durum büyük ölçüde Almanya’ya benzemekte olup karşılıksız çek ihdasına ilişkin özel hükümler bulunmamaktadır. Bu ülkede genel hükümlere göre garanti edilmiş çekler için herhangi bir hüküm uygulanamamaktadır. Garanti edilmemiş çekler için ise, koşulları varsa Hollanda Ceza Kanunu’nun 326. maddesi gereğince dolandırıcılık suçuna ilişkin hükümler uygulanmaktadır²⁰.

Fransız hukukunda karşılıksız çek ihdası özel hükümlerle cezalandırılmakta olup mezkûr suç düzenlenen çekin karşılığının bulunmaması ile oluşmaktaydı. Çek lehtarlarını en etkin şekilde korumak maksadıyla 1975 yılında ceza mevzuatında değişikliğe gidilmiştir²¹. 3 Ocak 1975 tarihli Kanun’la düzenleyen üçüncü şahısların haklarına zarar verme kastıyla karşılıksız çek düzenlemesi durumunda cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır²². 1976 yılından itibaren bankalar hesap açma ve çek defteri verme uygulaması açısından katı prensiplere tabi tutulmuştur. Sonrasında Fransız ceza mahkemeleri uygulamada dolandırıcılık niteliği gösteren ve çek kullanmaları yasaklanmış olan kimselerin

¹⁹ **Soyer Güleç, Sesim** (2007) Borç İçin Hapis Yasağı Ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 169, 171.

²⁰ **Dönmezer, Sulhi** (2011) ‘Karşılıksız Çek’, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96238>> s.e.t. 15.09.2018.

²¹ **Dönmezer**, s. 307-308.

²² **Helvacı, Mehmet** (2009) ‘Çek Kanunu Tasarısı’nın Genel Olarak Değerlendirilmesi’ Bati-der, C: XXV, S: 4, s. 234.

çek kullanmaları durumunda müdahale etmişlerdir. Ayrıca mevzuat bankalara kişilerin çek düzenleme yetkilerini kaldırma imkânı tanımıştır. Yapılan değişiklikler ve alınan tedbirler sonucunda karşılıksız çek ihdas edilmesi suçunda azalma gözlemlenmiştir. 1975 yılında Fransa’da ödenmeyen çek sayısı 1.332.066 iken, 1976 yılında bu sayı 686.105 olarak tespit edilmiştir²³. Daha sonra 30 Aralık 1991 tarihli Kanun’la karşılıksız çek düzenleme suçu kaldırılarak hürriyeti bağlayıcı ceza yerine maddi cezalar ihdas edilmiştir²⁴.

İsviçre ceza kanunlarında ise fiilin dolandırıcılık suçunun tüm unsurlarını taşıyamaması ya da suçun ispat edilememesi ihtimaline binaen özel suç tiplerine yer verilmiştir. Ayrıca çek hamilin çek meblağının %5i oranında tazminat hakkına sahiptir²⁵.

Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ülkelere bakıldığında ise, İngiltere’de karşılıksız çek ihdası hırsızlık hakkındaki kanun hükümlerine göre cezalandırılabilirdi²⁶. ABD’de ise, Colorado Eyaletinde karşılıksız çek ihdası kabahat sayılmış, Nebraska Eyaleti’nde suçun oluşabilmesi için dolandırıcılık kastı aranmıştır²⁷.

II. KARŞILIKSIZ ÇEKLERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. 3167 SAYILI KANUN ÖNCESİ DÖNEM

3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun’un yürürlük kazanmasından önceki dönemde, mevzuatımızda karşılıksız çek düzenleme eylemini cezalandıran bir hüküm ihdas edilmemişti. Bu nedenle TBMM 1929 tarihinde 471 sayılı yorum kararı ile karşılıksız çek düzenleyenlerin 765 sayılı TCK’nın²⁸ 503. maddesine göre dolandırıcılık suçundan ceza alması gerektiğini ifade etmişti. Dolayısıyla 1929 tarihinden 3167 sayılı Kanun’un kabul tarihine dek karşılıksız çek düzenlenmesi TCK’nın

²³ Dönmezer, s. 307-308.

²⁴ Helvacı, s. 234.

²⁵ Soyer Güleç, s. 169-170.

²⁶ Dönmezer, s. 311.

²⁷ Soyer Güleç, s. 170.

²⁸ Resmi Gazete, T: 13.03.1926, S: 320.

dolandırıcılık hükümleri kapsamında değerlendirilmiştir²⁹. TBMM'nin bu kararının TCK'nın 503. maddesini, yani mevcut bir maddeyi yorumlayıcı nitelikte olduğu açıktır. Ancak her ne kadar "yorum" vasfı taşısa da kanun koyucunun bu husustaki kesin iradesini ortaya koyduğundan bu iradeye her halükarda uyulması gerekmiştir³⁰.

Kanunsuz suç ve ceza olamayacağı ilkesi de nazara alındığında karşılıksız çek düzenleyen kişinin dolandırıcılık suçundan cezalandırılabilmesi için bu suça ilişkin unsurların da somut olayda gerçekleşmesi gerekmektedir³¹. Dolayısıyla, karşılıksız çek düzenleyen kişi, bilerek ve isteyerek, karşılıksız çek ihdas edip verdiği kişinin hulus ve saffetinden faydalanarak, kandırıcı vasıfta hile ve sanialarla, bu kişinin veya bir başkasının zararına olarak ve kendisine veya bir başkası için haksız bir yarar elde ederek bu fiili işlemiş olmalıdır. Aksi halde dolandırıcılık suçunun yasal unsurları gerçekleşmediğinden, kişinin salt karşılıksız çek ihdas etmesi bu suçtan cezalandırılmasına sebebiyet vermemektedir. Bu durum ise karşılıksız çek ihdas edenlerin bir kısmının cezasız kalmasına yol açmıştır³².

Yargıtay'ın karşılıksız çek düzenlenmesi sonucunda dolandırıcılık suçunun oluşması ile alakalı başlangıçta çelişkili kararları bulunmakla birlikte sonraları bir istikrara yöneldiği görülmüştür. Buna göre Yargıtay suçun oluşması için TCK'nın 503. maddesindeki unsurların tamamının varlığını aramıştır³³.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi bir kararında 6762 sayılı TTK'nın³⁴ 692. maddesinde³⁵ sayılan unsurları taşımadığından geçerli bir çek niteliğinde sayılmayacak bir belgeyi ihdas etmek suretiyle dolandırıcılık suçunun oluşamayacağını

²⁹ Şener, Oruç Hami (1988) 'Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eylemini, 3167 Sayılı Çek Kanununun 16. Maddesi İle Cezalandırmak Mümkün Müdür?' Ankara Barosu Dergisi, S: 2, s. 240.

³⁰ Dönmezer, s. 315.

³¹ Ertekin, Erol / Karataş, İzzet (1998) Uygulamada Ticari Senetler Poliçe-Bono-Çek, 3. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 710.

³² Uyar, Talih (1987) 'Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu' Ankara Barosu Dergisi, S: 5-6, s. 672.

³³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 1982/6-490, K: 1983/9, T: 24.1.1983 (Karakaya, Selahattin (1986) En Son Değişikliklerle Karşılıksız Çek Ve Uygulaması, 1. Basım, Ankara, Hukukçular Birliği Vakfı, s. 61).

³⁴ Resmi Gazete, T: 09.07.1956, S: 9353.

³⁵ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 692. maddesine göre:

"Çek:

1. "Çek" kelimesini ve eğer senet Türkçeden başka bir dille yazılmış ise o dille "Çek" karşılığı olarak kullanılan kelimeyi;
2. Kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedelin ödenmesi için havaleyi;

ifade etmiştir³⁶. Ancak yine Yargıtay 6. Ceza Dairesi başka bir kararında, 6762 sayılı TTK'nın 692. maddesine göre geçerli bir çek niteliğinde sayılmayacak bir belgeyi düzenlemek suretiyle dolandırıcılık suçuna mahal verilebileceğini kabul etmiştir³⁷. Yargıtay'ın mezkûr kararları doktrinde eleştirilmiştir. Bir görüşe göre, böyle bir durumda failin kastı ve kastın yoğunluğu dikkate alınmalıdır. Bu görüş, failin kastı mağdurun hulus ve saffetinden faydalanmak suretiyle hile ve sanialarla mağduru yanıltıp o kimsenin yahut başkalarının zararına sebep olarak kendisi yahut üçüncü bir kişiye haksız yarar sağlamaya yönelmekte ise suçun tamamlanmış kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Yine aynı görüş eksik ya da kusurlu çek ihdas edilmesinin ayrıca bir yaptırıma tabi tutulmasının daha isabetli olacağını ileri sürmüştür³⁸. Doktrinde bir başka görüş ise, salt karşılıksız çek ihdas etme eyleminin dolandırıcılık suçuna yahut başka bir suça mahal vermediğini, çekin geçerliliği ile dolandırıcılık suçu arasında zorunlu nedensellik bağının bulunmadığını, şekli unsurları eksik olduğundan çek vasfı taşımayan bir senedin dolandırıcılık suçunun oluşmasına engel teşkil etmediğini savunmuştur³⁹. Bize göre, dönem mevzuatı nazara alındığında, karşılıksız çek düzenleme fiili bağımsız bir suça mahal vermediğinden, çekin şekli unsurlarından ziyade, aldatıcı nitelik taşıyan bir senet vasfında olup olmadığı ve somut olayda dolandırıcılık suçunun koşullarının tamamının oluşup oluşmadığı irdelenmelidir. Bu minvalde önemli olan senedin aldatma kabiliyetinin varlığıdır. Zira dolandırıcılık suçunun yalnızca çek keşide etmek suretiyle meydana gelmediği aşikârdır. Eğer ihdas edilen senet, çek vasfı taşıyorsa karşılıksız çek ihdası gerekçesiyle dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Şekli unsurları eksik olduğundan çek vasfı taşımayan ancak aldatma kabiliyetini haiz bir senet söz konusu olduğunda ise, TCK'nın 503. maddesindeki koşulların oluşması durumunda yine dolandırıcılık suçu meydana gelecek, ancak gerekçe olarak karşılıksız çek düzenleme eylemi gösterilemeyecektir.

3. Ödeyecek kimsenin "muhatabın" ad ve soyadını;
4. Ödeme yerini;
5. Keşide gününü ve yerini;
6. Çeki çeken kimsenin (Keşidecinin) imzasını; ihtiva eder."

³⁶ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 1978/1599, K: 1978/1672, T: 14.03.1978 (**Baydar, Zeki** (1981) 'Yargıtay Kararları Işığında Karşılıksız Çek İle Dolandırıcılık Suçu ve Bu Suçun Tekemmül Anı İle İlgili Bazı Tahlil, Tenkit ve Düşünceler' Ankara Barosu Dergisi, S: 4, s. 666).

³⁷ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 1979/8601, K: 1978/8591, T: 21.12.1979 (**Baydar**, s. 665).

³⁸ **Baydar**, s. 666.

³⁹ **Domaniç, Hayri** (1983) Karşılıksız Çek, 1. Basım, İstanbul, Arpaz Matbaacılık, s. 81.

Önemle belirtmek gerekir ki, TBMM'nin 1929 tarihli kararı cezai sorumluluğa ilişkindir. Karşılıksız çek ihdas etmenin hukuki sorumluluğu 6762 sayılı TTK 695. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, karşılıksız çek ihdas eden kişiler, çekin kapatılmayan miktarının %5'ini ödemekle yükümlü tutulmuştur. Bununla birlikte çek hamilinin bu sebeple uğradığı zararların tazmini de gerekmektedir. Karşılıksız kalan kısmın %5'inin ödenebilmesi için çek hamilinin zarar görmesi ya da keşidecinin kusuru aranmadığından öğretide "medeni ceza" olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca karşılıksız çek ihdas edilmesi nedeniyle daha fazla zararın ortaya çıkması durumunda düzenleyen bu zararı da gidermekle mükellef tutulmuştur⁴⁰.

B. 3167 SAYILI ÇEKLE ÖDEMELERİN DÜZENLENMESİ VE ÇEK HAMİLLERİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN DÖNEMİ

1. 19.03.1985 Tarihli ve 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun

Çeklerin toplumda güvenilir bir ödeme ve garanti vasıtası olmasını temin etmek, çek meblağını ödeme gücüne sahip olmayan kişilerin buna rağmen kasten çek kullanmalarına cezai yaptırım ihdas etmek suretiyle mani olmak amacı ile 19.03.1985 tarihinde 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiştir⁴¹. Mezkûr Kanun'da karşılıksız çek ihdas etme eylemi bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş ve bu suçun yaptırımı hapis cezası olarak belirlenmiştir. Bu durum kamunun çekerden olan itimadının artmasını sağlamış ve çek kullanımı yaygınlaşmıştır. Bu şekilde bir yaptırıma tabi tutulmamış olan poliçe ve bonoların ise kullanımı azalmıştır⁴².

⁴⁰ **Atalan, Haluk** (1983) 'Güncel Bir Sorun: Karşılıksız Çek' Ankara Barosu Dergisi, S: 1, s. 34.

⁴¹ **Karayalçın, Yaşar** '3167 Sayılı Kanununun Hazırlanması Ve Uygulanması Hakkında Açıklamalar': Taşpınar, Sema (Editör) Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı Ve Karşı Görüşler Sempozyumu, 12 Ocak 2002, Ankara, s. 38.

⁴² **Ekşi, Dağlar** (2003) '4814 Sayılı Kanun İle Değişik 3167 Sayılı Çek Hamillerinin Korunması Ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Açısından Karşılıksız Çek' H.Ü. İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 21, S: 2, s. 206.

3167 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre, ibraz müddeti içinde ya da üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin kısmen de olsa ödenmemesi durumunda bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca mahkemece suçun mahiyeti nazara alınarak bir yıldan beş yıla kadar belirlenecek bir süre içinde failin çek hesabı açma ve çek keşide etmekten yasaklanmasına karar verilecektir. Bununla birlikte yasaklamaya ilişkin kararın tüm bankalara duyurulmak üzere Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'na bildirilmesi gerekmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, bu suç şikâyete tabi bir suç olup şikâyetten vazgeçme hüküm kesinleşinceye kadar geçerli olacaktır. Ayrıca fiili işleyenin 8. maddeye⁴³ göre düzeltme hakkını kullanarak çek hamilinin zararını karşılamış olması yahut düzeltme hakkı bulunmuyorsa anılan maddedeki süre içinde çek bedelinin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminatı ve gecikme faiziyle beraber muhatap bankaya ya da herhangi bir şubesine yatırması durumunda şikâyet hakkı doğmayacaktır.

3167 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile Türk hukukunda yeni bir suç tipi ihdas edilmiş olup bu suç, karşılıksız çek düzenleme fiilini yaptırma bağlayan şekli bir suçtur⁴⁴. Şekli suç- maddi suç ayrımı yapılırken suçun yalnızca bir davranıştan mı yoksa davranışa ek bir sonuçtan mı ibaret olduğu gözetilmektedir⁴⁵. Söz konusu maddeden dolayı cezalandırılabilmek için neticenin meydana gelmesi koşulu aranmamıştır. Dolayısıyla mezkûr madde yalnızca karşılıksız çek düzenlenmesini yaptırma tabi tutan özel bir madde niteliği taşımaktadır. Bu nedenle de 6762 sayılı TTK'nın 692. maddesinde sayılan unsurları taşımadığından "çek" niteliği taşımayan bir belgeyi 3167 sayılı Kanun uyarınca karşılıksız

⁴³ 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 8. maddesine göre:

"Hesap sahibi ihtar mektubunu aldığı veya 12 nci maddeye göre almış sayıldığı tarihten itibaren yedi işgünü içinde çek tutarını veya karşılıksız kalan bölümünü %10 tazminatı ve gecikme faiziyle birlikte hamil adına muhatap bankaya yatırdığı takdirde çek keşide etme hakkını yeniden kazanır.

Düzeltilme hakkı, karşılıksız çekin ibraz tarihini takip eden bir yıl içinde ancak iki defa kullanılabilir."

⁴⁴ Şener, s. 242.

⁴⁵ Kendigelen, Abuzer (2006) Çek Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Arıkan, s. 321.

çek keşide etmeyi düzenleyen özel bir hükümle cezalandırmak yerinde olmayacaktır⁴⁶. Öğretide zorunlu unsurları eksik olduğundan çek sayılmayacak bir belgeyi karşılıksız çek keşide etme suçunun cezai yaptırımına tabi tutmanın, asıl işlevi temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak olan ceza hukukunu keyfi bir hale getireceği ileri sürülmüştür⁴⁷. Nitekim Yargıtay 1986 tarihli bir kararında, çek asıllarının TTK 692 ve TTK 693. maddeleri uyarınca incelenip çek vasfı taşıması durumunda dolandırıcılık suçu hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁸.

Karşılıksız çek keşide etme suçunda objektif sorumluluk esası benimsenmiş olduğundan suçun meydana gelebilmesi için düzenleyenin kastı aranmıştır⁴⁹. Ancak suçun oluşabilmesi için fiilin iradi olması gerekmektedir. Karşılıksız çek düzenlenmesi çalınma, kaybolma, sahibinden hileyle alınma vb. iradi olmayan bir harekete dayalı olarak gerçekleşmişse düzenleyenin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır⁵⁰.

Ceza mahkemesi tarafından verilen düzenleyenin çek hesabı açma ve çek düzenlemeden yasaklanması kararları daha sonra savcılık vasıtasıyla Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'na bildirilecektir. Yasaklamaya ilişkin kararların güvenlik tedbiri ya da fer'i ceza olup olmadığı yönünde tartışmalar olup kararın niteliği tecil, indirim, süresi sonlanmadan kaldırılabilme gibi hususlar açısından farklı neticeler doğurabilmektedir. Uygulamada ise yasaklamaya ilişkin kararların ceza mahkemelerince tecil edildiği görülmüştür. Dolayısıyla yasaklama kararlarının başlama süresi, indirime tabi olup olmayacağı, tecil edilip edilemeyeceği, birden fazla çek ihdas edilmesi halinde yasaklama müddetlerinin birbirine eklenip eklenmeyeceği hususunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır⁵¹.

⁴⁶ Şener, s. 242.

⁴⁷ Selçuk, Sami 'Yetersiz Çek, Karşılıksız Çek Keşidesi Suçunu Oluşturur': İmregün, Oğuz / Moroğlu, Erdoğan / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer (Editörler) (2001) Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s. 1470.

⁴⁸ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E: 1986/1400, K: 1986/5309, T: 29.04.1986 (Şener, s. 242-243).

⁴⁹ Kendigelen, s. 311.

⁵⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 7-213, K: 280, T: 09.10.1989 (Kendigelen, s. 312).

⁵¹ Eroğlu, Sıtkı (1989) '3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun İle İlgili Olarak T.C. Merkez Bankası Açısından Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Tespit Ve Öneriler' Batider, C: XV, S: 2 s. 25-28.

2. 14.01.1993 Tarihli ve 3863 Sayılı 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerin Korunması Hakkında Kanunun 16 ncı Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun

3167 sayılı Kanun, ibraz müddeti içinde hatta üzerinde yazılı düzenleme tarihinden evvel ibraz edilen bir çekin karşılıksız olması sebebiyle kısmen veya tamamen ödenmemesi durumunda bir yıldan beş yıla kadar hapisle ceza verileceğini hükme bağlamıştı. Öğretide hükümde failin kast ve taksirinin aranması, dolayısıyla objektif sorumluluk esasının kabul edilmiş olması gerekçesiyle eleştiri konusu olmuş, ceza hâkiminin adeta bir icra memuru durumunda getirildiği, karşılıksız çek düzenlenmesinin yalnızca borcun ödenmemesi durumunda cezalandırıldığı, sonuç olarak “borç için borçlunun hapsi” sistemine geri dönülerek çağdaş ceza hukuku ilkelerinden uzak bir sistemin benimsendiği öne sürülmüştür. Kanun koyucu bu eleştirileri dikkate alarak karşılıksız çek ihdas edenlere yönelik katı tutumunu bir nebze olsun yumuşatmış ve 3863 sayılı Kanun kabul edilmiştir⁵².

3863 sayılı Kanun ile değiştirilen 3167 sayılı Kanun’un 16. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir:

“Bu fiillerden dolayı takibat yapılması çek hamilinin şikâyetine bağlıdır. Şikâyet süresi çekin bankaya ibraz tarihinde başlar. Şikâyetten vazgeçmekle, kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verileceği gibi, keşidecinin çek bedelinin karşılıksız kalan kısmının %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış bulunması halinde de, vazgeçme şartı aranmaksızın, kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verilir. Fiili işleyenin 8 inci maddeye göre düzeltme hakkını kullanmak suretiyle hamilin zararını karşılamış olması veya düzeltme hakkı yoksa, anılan maddede belirtilen müddet içinde çek bedelinin karşılıksız kalan kısmının %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış bulunması halinde şikâyet hakkı doğmaz.”

3863 sayılı Kanun’un geçici maddesi ile kanunun yürürlük kazanmasından evvel kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararlarının ve infazı gerçekleşmiş cezaların üç ay içinde çek tutarının veya karşılıksız kalan bölümünün %10 tazminat ile gecikme faiziyle beraber muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine

⁵² Soyer Güleç, Sesim, s. 128-129.

yatırılması ya da şikâyetten vazgeçme durumunda ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır.

Yapılan değişikliklerle, mahkûmiyet hükmü verildikten sonra ancak kesinleşmeden önce ya da hüküm kesinleştikten sonra, vazgeçme ya da çek tutarı ile tazminat ve gecikme faizinin ödenmesi durumunda kamu davası ve cezanın ortadan kalkacağı kabul edilmiştir⁵³. Dolayısıyla suçun failleri lehine kısmi bir yumuşatma imkânı getirilmiştir. Ancak değişikliğin bu husustaki eleştirileri karşılamaktan uzak kalması, suçun yaptırımını olan hapis cezasının Anayasa ile uluslararası sözleşmelere aykırı olması yönünde eleştiriler gün geçtikçe artmaya devam etmiştir⁵⁴.

3. 26.02.2003 Tarihli ve 4814 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

4814 sayılı Kanun ile karşılıksız çek keşide etme suçunun yaptırımında değişikliğe gidilerek kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcilerinin, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli kadar ağır para cezasıyla cezalandırılması hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu verilecek para cezasını bir üst sınıra tabi tutmuş olup bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezası seksen milyar liradan fazla olamayacaktır. Ayrıca mezkûr suçtan mükerrirlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilecektir. Bununla birlikte yeni düzenlemeye göre mahkeme, işlenen suçun niteliğine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir müddet için hesap sahiplerinin ve yetkili temsilcilerinin çek hesabı açtırmalarının yasaklanmasına karar verecek olup yasaklanma kararı tüm bankalara duyurulmak üzere Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına bildirilecektir (4814 sayılı Kanun m. 14).

4814 sayılı Kanun'un Genel Gereği 'ne göre:

“Çağdaş ceza hukukunda, ekonomik ilişkilerin gelişmesi ve çeşitlenmesi sonucu bu ilişkilerden doğan ve netice itibarıyla cezaî müeyyideyi gerektiren eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezanın başvurulacak en son çare olarak öngörülmesi,

⁵³ **Başman, Murat** (1993) '3167 Sayılı Çek Yasasında 3863 Sayılı Yasa İle Yapılan Değişiklik Ve Bir Yargıtay Kararı' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 3-4, s. 358.

⁵⁴ **Yıldırım, Zeki / Çetintürk, Ekrem** (2012) 'İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu' TBB Dergisi, S: 103, s. 35.

“ekonomik suça ekonomik ceza” ilkesinin doğmasına yol açmıştır. Bu gelişme nedeniyle karşılıksız çek keşide etmek suçunu ilk defa işleyenlere hürriyeti bağlayıcı ceza yerine çek bedeli tutarı kadar ağır para cezası verilmesi, ancak çekte olan güvenin zaafa uğratılmaması ve cezada etkinliğin artırılması bakımından, bu suçtan mükerrirler hakkında hapis cezası verilmesi uygun görülmüştür⁵⁵.”

2001 yılında Anayasa’ya *“Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasından dolayı özgürlüğünden alıkonamaz”* hükmü eklenmiştir (Anayasa m. 38/8). Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 4 No’lu Protokol’ün 1. maddesine göre: *“Hiç kimse, yalnızca akdi ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.”* Ayrıca *“Kişisel Ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi”* nin 11. maddesine göre: *“Hiç kimse sırf sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilemez.”⁵⁶*

3167 sayılı Kanun’da karşılıksız çek keşide etme suçu için öngörülen hapis cezası yaptırımını *“ekonomik suça ekonomik ceza prensibi”* gerekçesiyle doktrinde eleştiri konusu olmuş, karşılıksız çek keşide etme suçunun yaptırımı olan hapis cezasının hem Anayasa hem de uluslararası anlaşmalara aykırı olduğu öne sürülmüştür. Nihayetinde 4814 sayılı Kanun’la suçu ilk defa işleyen kişiler için adli para cezası yaptırımını uygulanması hükme bağlanmıştır⁵⁷ Doktrinde bir görüşe göre, çekten doğan ilişki hukuken bir sözleşme ilişkisi olmayıp bir havale ilişkisi niteliğindedir. Çek, bir sözleşme ilişkisi sebebiyle ihdas edilmiş olabilir. Kambiyo ilişkisi, söz konusu sözleşme ilişkisinden bağımsız ve mücerrettir. Ayrıca haksız fiil ile sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar için de çek ihdas edilebilmektedir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, çekin düzenlenmesine neden olan ilişki muteber olmasa dahi, kambiyo ilişkisi varlığını koruyacaktır. Anayasa’nın 38. maddesinin 8. fıkrasında ise *“sözleşmeden”* doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden söz edilmekte olup kambiyo ilişkisi hükmün kapsamı dışında kalmaktadır⁵⁸. Bu minvalde öğretilde bir

⁵⁵ < <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss58m.htm> >, s.e.t. 19.09.2018.

⁵⁶ **Ağar, Serkan / Sandal, Evrim** (2010) *Karşılıksız Çek Suçu Ve Uygulaması*, 1. Basım, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, s. 108-109.

⁵⁷ **Soyer Güleç**, s. 129.

⁵⁸ **Moroğlu, Erdoğan** ‘3167 Sayılı Çek Kanunu’nda 4814 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler’: Serozan, Rona (Editör) (2004) Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 540.

başka görüşe göre ise, 3167 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasına ilişkin gerekçeler gerek çekin hukuki niteliği gerekse AİHS Ek 4 No'lu Protokolü karşısında isabetli olmamıştır. Bu görüşe göre çeklerle bir kambiyo ilişkisi tesis edilmekte olup çek çifte yetki sağlayan özel bir havaledir. Dolayısıyla çek bir sözleşme ilişkisi olmadığından, çekten doğan mükellefiyetin ihlali Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Sözleşmeden, haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar için de çek düzenlenebilmektedir. Çek ilişkisi bir sözleşmeye dayanmakla birlikte söz konusu sözleşmenin geçersiz olması halinde dahi çek başlı başına bir borç kaynağı olarak geçerliliğini koruyabilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 38. maddesi borcun "yerine getirilememesi"nden söz etmekte olup düzenleyen çekin karşılığının bulunmadığını bilecek çek ihdas ettiğine göre, borcun yerine getirilememesi durumu söz konusu değildir⁵⁹. Bununla birlikte, mezkûr suçun ağır para cezasına bağlanması toplumda hukuki güvensizliğe yol açacak, çeklerin tahsilatını zorlaştıracak, çekin tedavülünü neredeyse ortadan kaldıracak ve çekin önemini azaltacak olup çek ilişkisinin sözleşme ilişkisi kabul edilerek Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığının öne sürülmesi yasa yapma tekniği ile uyumsuzluk göstermektedir⁶⁰. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 3167 sayılı Kanun'da düzenlenen karşılıksız çek keşide etme suçunun hapis cezası yaptırımına tabi tutulmasını Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bulmamıştır⁶¹. Mezkûr karara göre:

"... Türk Ticaret Kanunu'nda kambiyo senetleri arasında düzenlenen çek, temel ilişkide bir sözleşmenin bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir. Hatır senetlerinde olduğu gibi, taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı veya temelde yer alan sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda çek, başlı başına borç kaynağı biçiminde ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir borç için dahi çek keşide edilebilmektedir. Çeki

⁵⁹ **Dirikkan, Hanife** (2002) 'Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun İle İcra İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1, s. 4-5.

⁶⁰ **Dirikkan**, s. 36-37.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, E: 2002/165, K: 2002/195, T: 11.12.2002

(<<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/48ab66a6-e73b-4d28-b3f1-f29d4a0a2e7e?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>>, s.e.t. 20.09.2018).

elinde bulunduran hamil, keşideci ile lehdar arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan bir alacağı değil, doğrudan doğruya çekten doğan bir hakkı iktisap etmektedir. O halde, çek ilişkisi bizzat sözleşme olmadığı gibi, çekin temelinde her zaman bir sözleşme bulunması da zorunlu değildir. Temelde bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda ise, çekte bu ilişkiden bağımsız ve sözleşme olarak nitelendirilemeyecek bir kambiyo taahhüdü söz konusudur. Borçlu, temel ilişki ne olursa olsun borcunu ödemek için çek kullandığında, asıl borç ilişkisi dışında kambiyo ilişkisi doğmaktadır.

İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için ilişkinin yalnızca sözleşmeden doğması ve borcun yerine getirilememesi gerekmektedir. Oysa çek temelde sözleşmeden bağımsız olarak kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir.”

4814 sayılı Kanun'un Genel Gereğçesine göre 3167 sayılı Kanun'da değışikliğe gidilmesinin nedenlerinden biri de bu suç dolayısıyla açılan ceza davası sayısındaki aşırı artış olmuştur. Buna göre:

“3167 sayılı Kanunla ilgili olarak açılan ceza davası sayısı, 1986 yılında 10 644 iken; bu sayı 1990 yılında 134 622'ye, 1999 yılında 320 320'ye, 2000 yılında 262 611'e ulaşmıştır. 2001 yılında ise bu sayı 307 381 olmuştur. 3167 sayılı Kanundan dolayı açılan davaların, toplam ceza davaları içindeki oranı ise, 1999 yılında yüzde 18.4; 2000 yılında yüzde 15; 2001 yılında da yüzde 13.5'tir⁶²”.

Gereğçede 3167 sayılı Kanun'dan dolayı açılan ceza davalarının sayısındaki artış vurgulanmıştır. Doktrinde bu husus eleştiri konusu olmuş, dosya sayısındaki artışın temel sebebinin hukuki değil ekonomik olduğu öne sürülmüştür. Bu görüşe göre, karşılıksız çek keşide etme suçundaki artışın temel nedeni, 1990'lı yıllar ve 2000'li yılların başında ülkede yaşanan ekonomik sıkıntılar ve çekin ödeme vasıtası olmaktan ziyade kredi vasıtası olarak kullanılmasıdır⁶³.

Karşılıksız çek ihdas edilmesi sebebiyle cezaya hükmedebilmek için kanuni şekil şartlarını haiz bir çek bulunmalıdır⁶⁴. 4814 sayılı Kanun ile 3167 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değışikliğe göre:

⁶² <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss58m.htm> >, s.e.t. 19.09.2018.

⁶³ **Moroğlu**, s. 538.

⁶⁴ **Battal, Ahmet** (2005) Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 166.

“Çek defterlerinin her yaprağına, çek hesabının bulunduğu şubenin adı, hesap numarası ve hesap sahibinin vergi kimlik numarası yazılır; ancak, hesap sahibinin vergi kimlik numarası hariç olmak üzere bunların yazılmamış olması veya bankalarca baskı şekline ilişkin esaslara aykırı davranılması çekin geçerliğini etkilemez.”

Dolayısıyla geçerli bir çekin varlığından söz edebilmek için çekin 6762 sayılı TTK'nın 692. maddesinde sayılan unsurlara ek olarak hesap sahibinin vergi kimlik numarasını da ihtiva etmesi koşulu aranmıştır.

4814 sayılı Kanun'la karşılıksız çek ihdası sebebiyle yaptırıma tabi tutulacak şahıslar yönünden de önemli değişiklikler yapılmıştır. 3167 sayılı Kanun'a göre karşılıksız çek keşide etme suçunun faili yalnızca gerçek kişiler olabilmekteydi. Yapılan değişiklikle bu suç nedeniyle çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, suçun organ ya da temsilci tarafından tüzel kişilik menfaatine işlenmesi durumunda ise gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri suçun faili olarak yaptırıma tabi tutulmuştur⁶⁵. Özel hukuk tüzel kişilerinin sorumlu tutulabilmesi için suçun “tüzel kişinin yararına işlenmesi” ölçütü getirilmiş olup söz konusu ölçüt, uygulamada güçlüğe sebep olacağı gerekçesi ile doktrinde eleştiri konusu olmuştur⁶⁶. Ayrıca eski metinde “*çeki keşide eden kişiler*” ibaresi kullanılmakta iken yeni metinde “*çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri*” ibaresi kullanılmıştır. Bu suç sebebiyle yaptırıma tabi olan çekin düzenleyeni hesap sahibiyse hesap sahibinin, düzenleyen yetkili temsilci ise temsilcinin kendisi adına çek hesabı açması yasaklanmıştır⁶⁷.

4814 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce, zorunlu yasal unsurları taşımaması nedeniyle çek vasfı taşımayan bir belge söz konusu olduğunda dolandırıcılık suçundan ceza verilmekteydi. Geçerli bir çek söz konusu olduğunda ise yalnızca karşılıksız çek keşide etme suçundan ceza verilmekteydi. 4818 sayılı Kanun'la iki önemli içtima hükmü getirilmiştir. İlk olarak 3167 sayılı Kanun'un

⁶⁵ **Nuhoğlu, Ayşe** ‘4814 Sayılı Kanunla Değişik Karşılıksız Çek Keşidesi Suçu’: Centel, Tankut (Editör) (2004) Prof. Dr. Aydın Arbay’a Armağan, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 260.

⁶⁶ **Hacıoğlu, Caner** (2003) ‘Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme’ Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 1-2, s. 159.

⁶⁷ **Reisoğlu, Seza** (2003) Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 3. Baskı, Ankara, Cem Web Ofset, s. 319.

16. maddesinde yapılan değişikliğe göre "...kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere..." karşılıksız çek keşide etme suçundan ceza verilmesinden söz edilmiştir. Dolayısıyla karşılıksız çek keşide etme fiili, aynı zamanda dolandırıcılık, belgede sahtecilik gibi diğer suçların unsurlarını da ihtiva etmekte ise bu suçlardan dolayı ayrıca cezaya hükmedilecektir⁶⁸. İctimai yönden getirilen ikinci değişiklik Kanun'un 16. maddesinin son fıkrasında olup yapılan değişiklik, karşılığı bulunmayan her bir çek yaprağının ayrı bir suç mu oluşturacağı yoksa müteselsil suç hükümlerine göre mi cezalandırılacağı hususu çözüme bağlanmıştır. Mezkûr maddeye göre, kısmen yahut tamamen karşılığı bulunmayan her bir çek yaprağı ayrı bir suç teşkil etmektedir⁶⁹.

Yapılan değişiklikle bu suçtan mükerrirlere hapis cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki suçtan dolayı hükmedilen cezanın infaz edilmiş olması gerekmektedir. Bir defa karşılıksız çek ihdas edilmesi durumunda çek hesabı açma yasağı getirilecek ve hesap sahibi Kanun'un 7. maddesi⁷⁰ gereğince çek defterlerini iade etmek durumunda kalacaktır. Dolayısıyla bir defa karşılıksız çek ihdas eden kişi düzeltme hakkını kullanmadığı müddetçe çek düzenleyemeyecektir. Düzeltme hakkını kullanması durumunda ise ortada bir mahkûmiyet hükmü bulunmayacağından yine tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Sonuç olarak tekerrür hükümlerinin uygulanmasına fiilen imkân bulunmadığından bu suç sebebiyle hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilemeyecektir. Ancak, hesap sahibi çek karnelerini iade etmemişse, çek hesabı açma yasağını ihlal etmişse ve önceki suç nedeniyle verilen cezanın infazı da gerçekleşmişse tekerrür hükümleri uyarınca cezaya hükmedilebilecektir⁷¹.

4814 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi 8 Mart 2003 tarihidir. Bu tarihten evvel veya yeni çek defterlerinin bastırılıp müşterilere verilip eski çek defterlerinin imha edileceği son tarih olan 9 Temmuz 2003 tarihine kadar banka veya

⁶⁸ Nuhoglu, s. 262-263.

⁶⁹ Ay, Hakan / Çakıcı, Ömer (2003) Yeni Çek Yasası ve Uygulaması, 1. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayınları, s. 61.

⁷⁰ 4814 sayılı Kanun ile 3167 sayılı Kanun'un 7. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir: "Yeterli karşılığı bulunmadığı için çeki kısmen veya tamamen ödemeyen muhatap banka, hesap sahibine, kendisine ait bütün çek defterlerini aldığı bankalara geri vermesini, 8 inci maddede öngörülen sürenin bitiminden itibaren on gün içinde iadeli taahhütlü mektupla bildirir."

⁷¹ Nuhoglu, s. 266.

özel finans kurumları tarafından müşterilere verilmiş olan ve hesap sahibinin vergi kimlik numarasını ihtiva etmeyen “eski” çekler, TTK’ da öngörülen zorunlu unsurları taşıması koşuluyla 8 Mart 2003’ten sonra da geçerliliğini koruyacaktır⁷².

C. 5941 SAYILI ÇEK KANUNU DÖNEMİ

1. 14.12.2009 Tarihli ve 5941 Sayılı Çek Kanunu

3167 sayılı Kanun’da, ağırlıklı olarak karşılıksız çeklere ilişkin hükümlerde olmak üzere, çeşitli değişiklikler yapılmış; yine ağırlıklı olarak karşılıksız çeklere ilişkin 16. maddesi olmak üzere, çeşitli maddeleri Anayasa Mahkemesi’nin incelemesine konu olmuştur. Bu durum sisteme yönelik eleştirilerin artmasına yol açmıştır. Bununla birlikte 4814 sayılı Kanun ile 3167 sayılı Kanun’da yapılan köklü değişikliklere rağmen eleştirilerde bir azalma meydana gelmemiştir. Ayrıca 26.09.2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun⁷³ yürürlük kazanması ile eleştiriler daha da artmıştır. Zira 3167 sayılı Kanun ile 5237 sayılı TCK teorik ve dogmatik açıdan birbirine ters düşmektedir. Çekin toplum tarafından güvenilir bir ödeme vasıtası olarak kabulünde kamusal fayda bulunmakla birlikte, 3167 sayılı Kanun bu hususta başarılı olamamıştır. Karşılıksız çekle mücadelenin ağır hapis cezaları ile önlenemeyeceğinin anlaşılması, suçu önleyici tedbirlere yönelme ihtiyacı, kara para aklama ile terörün finansmanında çeklerin rol oynamasına engel olunması gereği ve bu sebebin çek hesabı açma ve hamiline çeklerde yeni yaklaşımları zaruri kılması vb. gerekçelerle yeni bir kanun hazırlama ihtiyacı hâsıl olmuştur⁷⁴. Öğretide özel kanun niteliğinde olan Çek Kanunu Tasarısı maddelerinin çoğunun kamu hukuku niteliği taşıyan hükümler olması gerekçesiyle eleştirilmiştir. Buna göre, her şeyden önce bir özel hukuk müessesesi olan çeki kanunlaştıran düzenlemenin çek defterlerinin muhtevasına, çek ihdasına, çek kullanımına ve çek hamillerinin korunmasına ilişkin hükümler ihtiva etmesi beklenmektedir. Ancak söz konusu Tasarı, kara

⁷² **Narbay, Şafak** (2003) ‘Çek Kanununda Değişiklik Yapan 4814 Sayılı Kanundan Önce Basılan Ya Da Bastırılan Çeklerin Hukuki Durumu Hakkında Bir Değerlendirme’ Batider, C: XXII, S: 2, s. 112.

⁷³ Resmi Gazete, T: 12.10.2004, S: 25611.

⁷⁴ **Narbay, Şafak** (2010) ‘5941 Sayılı Çek Kanunu’nun Getirdiği Bazı Yenilikler Ve Bunların Değerlendirilmesi’ Terazi Hukuk Dergisi, S: 43, s. 66.

paranın aklanması, bunun terörün finansmanında kullanılmasıyla mücadele vb. gibi ceza hukukuna ilişkin hükümler ihdas etmiştir⁷⁵. Kamu hukuku niteliğini haiz bu hükümlerin ait oldukları kanunlar (ceza hukuku mevzuatı, vergi hukuku mevzuatı vb.) kapsamında ele alınması daha isabetli olacaktır⁷⁶.

5941 sayılı Kanun ile kayıt dışı ekonominin denetim altına alınmasına önem verilmiş, buna bağlı olarak çek defterlerinin içeriklerine, çek ihdasına ve kullanımına ilişkin esaslar yönünden 3167 sayılı Kanun'a nazaran daha ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır⁷⁷.

5941 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, üzerinde gösterilen ibraz tarihine göre, kanuni ibraz müddeti içinde ibraz edildiğinde, çek ile ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet veren kişi hakkında, çek hamilinin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunacaktır. Ayrıca hükmedilecek adli para cezası, çek tutarının karşılıksız kalan miktarından az olamayacaktır. Mahkeme bununla birlikte, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması durumunda ise çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmedecektir.

Kanun koyucu 5941 sayılı Kanun ile "karşılıksızdır" işlemine sebebiyet veren kişi hakkında adli para cezasına hükmolunacağını kabul etmiştir. Bununla beraber, güvenlik ya da koruma tedbiri niteliğinde çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı uygulanacağını hükme bağlamıştır⁷⁸.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un⁷⁹ 106. maddesinin 3. fıkrasına göre, hükümlünün tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli müddet içinde adli para cezasını ödememesi durumunda, Cumhuriyet savcısının kararıyla ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedileceği hükme bağlanmıştır⁸⁰.

⁷⁵ Helvacı, s. 248.

⁷⁶ Helvacı, s. 251.

⁷⁷ Kırca, İsmail (2010) '5941 Sayılı Çek Kanunu-Bir Değerlendirme': Kırca, İsmail (Editör) 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans, 22 Ocak 2010, Ankara, s. 5.

⁷⁸ Yıldırım / Çetintürk, s. 37.

⁷⁹ Resmi Gazete, T: 29.12.2004, S: 25685.

⁸⁰ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinin 3. fıkrası 18.06.2014 tarihinde değişikliğe uğramıştır. Bu başlık altında 5941 sayılı Çek Kanunu'nun yürürlük kazandığı 20.12.2009 tarihinden 6273 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin yürürlük

Çeklerde “karşılıksızdır” işlemine sebebiyet verme suçunun oluşması için her şeyden önce TTK’daki unsurları haiz geçerli bir çek bulunmalıdır. Zira 5941 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 9. fıkrasına göre, bir çekin geçerli olabilmesi için TTK’daki zorunlu unsurları taşıması gerekli ve yeterli olup, Çek Kanunu’nda sayılan unsurları ihtiva etmemesi çekin geçerliliğini etkilemez⁸¹. 3167 sayılı Kanun döneminde vergi kimlik numarası çekin zorunlu unsuru olarak kabul edilmekteydi. 5941 sayılı Yasa ile bu düzenleme kaldırılmıştır⁸².

Çek üzerinde “karşılıksızdır” işlemine sebebiyet verme suçunun faili hesap sahibinin kendisidir. Hesap sahibinin gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. Ancak suçun faili yalnızca gerçek kişiler olabilir. Bu nedenle hesap sahibinin tüzel kişi olması durumunda fail, tüzel kişinin mali işlerini yürütmekle görevlendirilmiş olan yönetim organının üyesi, bu şekilde bir belirleme bulunmuyorsa yönetim organı üyesi olan gerçek kişi ya da kişilerdir⁸³. Ayrıca tüzel kişilerde fail/failler, “karşılıksızdır” işleminin yapılması anındaki yönetim organı üyesi/üyeleri olup düzenlenme anındaki yönetim organı üyesi/üyeleri değildir⁸⁴.

Çek Kanunu’nun 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, çek hesabı sahibi olan gerçek kişi, kendisi adına çek keşide etmek üzere bir temsilci ya da vekil tayin edemeyecektir. Ayrıca gerçek kişinin temsilcisi ya da vekili olarak çek ihdas edilmesi durumunda, ihdas edilen bu çekten dolayı hukuki ve cezai sorumluluk

kazandığı tarih olan 03.02.2012 tarihine kadar geçen süreç incelendiğinden CGTİHK 106/3 hükmünün değişiklikten önceki hali nazara alınmıştır.

18.06.2014 tarihinde CGTİHK 106. maddesinin 3. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir:

“Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir.”

⁸¹ **Malkoç, İsmail** (2011) 5941 sayılı Çek Kanunu Açıklamalı- İçtihatlı, 1. Baskı, Ankara, Malkoç Kitabevi, s. 69.

⁸² **Malkoç**, s. 115.

⁸³ **Özbek, Veli Özer** (2010) ‘Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 Sayılı Çek Kanunu m.5/1-3) Ve Çek Düzenleme Ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 Sayılı Çek Kanunu m.5/4-10)’ Ceza Hukuku Dergisi, S: 14, Y: 5, s. 11.

⁸⁴ **Bilgen, Mahmut** (2010) Uygulamada Kambyo Senetleri, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 345.

çek hesabı sahibine ait olacaktır. Borçlar Kanunu'ndaki gerçek kişi tacirlerin ticari mümessilleri ile ticari vekillerinin, tacir adına çek ihdas etmesine ilişkin hükümlerinin uygulanmasının Çek Kanunu m. 5/3 hükmüyle hukuken bertaraf edildiği neticesine ulaşılabilir⁸⁵.

5941 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 4. fıkrasında ise, karşılıksız çeki düzenleyen, adına karşılıksız çek düzenlenen ve ileri düzenleme tarihli çek üzerinde gösterilen tarihe göre kanuni ibraz müddeti içinde ibrazında, karşılığı ilgili hesapta bulundurmayan gerçek ya da tüzel kişi hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verileceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un Genel Gereğesinde de açıkça belirtildiği üzere, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı gerek koruma tedbiri gerek güvenlik tedbiri olarak tüzel kişiler hakkında da verilebilecektir⁸⁶.

Karşılıksız çıkan her bir çek ile ilgili olarak, lehtarını aynı şahıs dahi olsa, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Yani, karşılıksız çıkan her bir çekle ilgili olarak ayrı bir suçun meydana geldiği kabul edilerek gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır⁸⁷.

5941 sayılı Kanun'a göre "karşılıksızdır işleminin yapılmasına sebebiyet verme" ile suç oluşacaktır. Dolayısıyla hesapta karşılık bulunmadığı halde bu işlemi yaptırmamak ya da bankanın hatırlı müşterilerini korumak maksadıyla karşılığı bulunmayan çeki ödemesi durumunda bu suç oluşmayacaktır⁸⁸. Ancak, kanuni ibraz müddeti içinde ibraz edilip karşılığın hesapta bulundurulmaması neticesinde "karşılıksızdır" işlemi yapıldıktan sonra hesapta karşılığın bulundurulması, suçun oluşmasına engel teşkil etmeyecek olup bu husus etkin pişmanlık hükümleri çerçevesinde nazara alınacaktır⁸⁹.

Kanun'da söz konusu suçun cezası, bin beş yüz güne kadar adli para cezası olarak belirlenmiştir. Madde metninde herhangi bir alt sınır belirlenmemiş olup bu halde TCK'nın 52. maddesinin 1. fıkrası nazara alınacaktır. Buna göre adli para cezasının alt sınırı beş gündür. Ancak sonuç olarak hükmedilecek adli

⁸⁵ **Pulaşlı, Hasan** (2010) Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 52.

⁸⁶ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss445.pdf>>, s.e.t. 25.09.2018.

⁸⁷ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss445.pdf>>, s.e.t. 25.09.2018.

⁸⁸ **Malkoç**, s. 118.

⁸⁹ **Arslan, Çetin** (2011) 'Karşılıksız Çek Suçunda Etkin Pişmanlık' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 1, S: 5, s. 175.

para cezasının miktarı, çek meblağının karşılıksız kalan miktarından az olamayacaktır. Bu nedenle söz konusu ceza hükmü öğretide “*borcun ödenmesini sağlamaya yönelik bir zorlama enstrümanı*” olarak nitelendirilmiştir⁹⁰.

Karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun taksirle işlenebilen bir suç olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Kanun’un Genel Gerekeçesi ’ne göre:

*“Söz konusu suçun oluşabilmesi için, çekin karşılığının, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, yani en azından taksirle, ilgili çek hesabında bulundurulmaması gerekir. Anayasa’nın 38’inci maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi bağlamında güvence altına aldığı kusursuz ceza olmaz kuralının gereği olarak, söz konusu suç, objektif (kusursuz) sorumluluğu gerektiren bir suç olarak değil, en azından taksire dayalı kusurluluğu gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu itibarla, kişinin, elinde olmayan sebeplerle ortaya çıkan zorunluluk hali dolayısıyla, örneğin doğal afet, savaş, kaza geçirmesi gibi bir sebeple, çekin karşılığını ilgili hesapta zamanında bulduramamış olması halinde, ceza sorumluluğu olmayacaktır.”*⁹¹

Bir görüşe göre maddede geçen “sebebiyet verme” ibaresi yanlış algılamalara neden olmaktadır. Bu görüşe göre “sebebiyet verme” ibaresi ile kastedilen taksirli değil ihmali hareketler olup bu suç yalnızca kasten işlenebilmektedir⁹². Bir başka görüşe göre ise, kanun maddesi ile gerekçe arasında çelişki bulunduğundan, mahkeme maddeyi uygularken gerekçeyi dikkate almamalıdır. TCK’nın 22. maddesinin 1. fıkrasında, taksirle işlenen fiillerin, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Çek Kanunu’nda mezkûr suçun taksirle işlenebileceğine dair herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Gerekçe ile Çek Kanunu’nun 5. maddesi arasında çelişki bulunduğundan düzenleyenin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığı araştırılmayacak, kişinin elinde olmayan nedenlerle (doğal afet, savaş, kaza geçirmesi vb.) çekin karşılığını buldurulmaması durumunda da cezai sorumluluğu doğacaktır. Dolayısıyla bu görüşe göre, hem 3167 sayılı Kanun’da hem de

⁹⁰ **Özgenç, İzzet** (2010) Çek Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 76-77.

⁹¹ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss445.pdf>>, s.e.t. 25.09.2018.

⁹² **Kayanççek, Murat** (2012) ‘5941 Sayılı Çek Kanunu’na İlişkin Eleştiriler Ve Değişiklik Önerileri (Uygulama Ve Doktrin)’ Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 1, S: 8, s. 276-277.

5941 sayılı Kanun'da objektif sorumluluk esasını benimsenmiştir⁹³. Bir başka görüşe göre, Gerekçe metninde suçun manevi unsuru ve kusurluluğu etkileyen nedenler birbirine karıştırılmıştır. Ceza hukukunda prensip olarak suçlar ancak kasten işlenebilecek olup taksirli fiiller ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde cezalandırılır. Bu nedenle madde metnine "kasten" ibaresi eklenmelidir⁹⁴. Bize göre, TCK'nın 22. maddesinin 1. fıkrası nazara alındığında, kanunda açıkça suçun taksirle işlenebileceği belirtilmediğinden bu suç kasten işlenebilecek niteliktedir.

5941 sayılı Kanun'la gelen önemli bir başka değişiklik ise düzeltme hakkının yerine etkin pişmanlık hükümleri⁹⁵ getirilmesidir⁹⁶. Bu hükümle, çekiyle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet veren fail ya da faillere, bu imkânlarından faydalanarak cezai sorumluluktan kurtulabilme imkânı tanınmıştır⁹⁷.

2. 31.01.2012 Tarihli ve 6273 Sayılı Çek Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

6273 sayılı Kanun'la gerçekleştirilen değişiklik öncesinde çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi suç olarak kabul edilmekteydi. 6273 sayılı Kanun'la gelen yeni düzenlemeye göre, söz konusu fiil suç olmaktan çıkarılarak kabahate dönüştürülmüştür⁹⁸. Çekiyle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi halinde idari yaptırım olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilecektir. Söz konusu idari yaptırım kararının verilebilmesi için

⁹³ **Reisoğlu, Seza** (2011) Çek Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Cem Web Ofset, s. 358-359.

⁹⁴ **Özgenç** (2010), s. 72-73.

⁹⁵5941 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasına göre:

"(1) Karşılıksız kalan çek bedelini, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında;

- Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına,
- Kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine,
- Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına, karar verilir."

⁹⁶ **Çatıkçaş, Özgür / Duran, Hüsamettin** (2012) '5941 Sayılı Kanun'da Bankaların Yükümlülükleri', Maliye Finans Yazıları, <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/150727>> s.e.t. 27.09.2018.

⁹⁷ **Arslan**, s. 173.

⁹⁸ **Özgenç, İzzet** (2012) Çek Kanunu, 5. Bası, Ankara, Seçkin, s. 67.

geçerli bir çekin bulunması, ibraz süresi içinde ibrazı sonucunda çekle işleyen hesapta karşılığın bulunmaması, çeki karşılıksızdır işleminin yapılması ve hamilin talebi üzerine Cumhuriyet savcısı tarafından idari yaptırım kararı verilmesi gerekmektedir⁹⁹.

6273 sayılı Kanun'a ilişkin Kanun Tasarısı'nın Genel Gereğesine göre, 5941 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasının nedenlerinden biri yaptırımların orantılılığı ve ceza hukukunun son çare olma özelliğidir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken ölçülülük ilkesine uygun davranılmalıdır. Suç işleyen kişiye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekmekte olup hukukî ya da idarî sorumluluğun yeterli olduğu durumlarda adli nitelikteki cezalar verilmemelidir. Ayrıca ekonomik nitelik arz eden suçlara, hapis cezasından ziyade ekonomik yaptırımlar uygulanmalıdır. 5941 sayılı Kanun, çek üzerinde karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verilmesi suçu için adli para cezası verilmesini hükme bağlamıştır. Ancak bu cezanın ödenememesi durumunda infazı hapis cezası şeklinde gerçekleştirilmektedir. Zaten borcunu ödeyemeyen bir kişinin cezasının hapis cezası olarak infaz edilmesi ise bu kişinin ticarî hayatını sekteye uğratmakta ve borçlarını ödeyebilme olasılığını neredeyse ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte, karşılıksız çeklere ilişkin davalar yargının iş yükünü önemli ölçüde artırmıştır. Makul sürede yargılanma hakkı ihlal edilmemelidir¹⁰⁰.

TBMM Adalet Komisyonu Raporu uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 4 numaralı Protokol'ün 1. maddesi, Anayasa'nın 38. maddesi ve Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 11. maddesi uyarınca, sözleşmeden kaynaklanan borçlardan dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza verilemez. Çekler mahiyeti itibarıyla bir özel hukuk borcunu tecessüm ettirdiğinden karşılıksız çeklerle ilişkin olarak hapis cezası yaptırımı uygulanamaz. 5941 sayılı Kanun adli para cezası öngörmekle birlikte ödenmemesi durumunda hapis cezası olarak infaz edilmektedir. Ayrıca zaten mali durumu uygun olmayan bir kimseye adli para cezası verilmesi de pratik bir fayda sağlamamaktadır. Bu fiilin suç kabul edilip adli yaptırım uygulanması dolayısıyla takip dos-

⁹⁹ **Kayar, İsmail** (2013) Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 701-702.

¹⁰⁰ <<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6273ss.pdf>>, s.e.t. 27.09.2018.

yası sayısında bir azalma olmamış ve tahsil miktarında kayda değer bir artış görülmüştür. Ayrıca Rapor'a göre kamu güvenilirliğini haiz olan bono, poliçe ve diğer kıymetli evraklar için hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmemişken, çeklere böyle bir ayrıcalık tanınmamalıdır¹⁰¹.

Önemle belirtmek gerekir ki, her ne kadar 6273 sayılı Kanun'la çek üzerinde "karşılıksızdır" işlemine sebebiyet verme eylemi suç olmaktan çıkarılmış olsa da, karşılıksız çıkan bir çekle ilgili olarak somut olayın özellikleri dolandırıcılık, belgede sahtecilik gibi diğer bir suçun unsurlarına uymakta ise, bu suç hükümlerine göre cezalandırılacaktır¹⁰².

6273 sayılı Kanun'la gelen değişiklikten önce çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması durumunda cezai sorumluluk, tüzel kişilerin mali sorumlularının araştırılması sonucunda tespit edilen gerçek kişilere aitti. Söz konusu fiilin suç olmaktan çıkarılması sebebiyle, artık tüzel kişiler hakkında doğrudan idari yaptırım uygulanabilecektir¹⁰³.

Karşılıksız çek düzenleme nedeniyle idari yaptırım kararı verilebilmesi için çekin karşılığının kasten yahut en azından taksirle çekle işleyen hesapta bulundurulmaması gerekmektedir. Kişinin elinde olmayan nedenlerden dolayı çekin karşılığını çekle işleyen hesapta bulunduramaması durumunda idari yaptırım sorumluluğu doğmayacaktır¹⁰⁴.

Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı verilen kişi, bu karar kaldırılıncaya çek düzenleyemez ve çek hesabı açtıramaz. Bu yasağa aykırı davranılması ise cezai sorumluluğu gerektirmektedir¹⁰⁵.

¹⁰¹ <<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6273ss.pdf>>, s.e.t. 28.09.2018.

¹⁰² **Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal** (2013) Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 362.

¹⁰³ **Demir, Şamil** (2013) '5941 sayılı Çek Kanunu'nda Düzenlenen İdari ve Cezai Yaptırımlar' Ankara Barosu Dergisi, S: 1, s. 232.

¹⁰⁴ **Coşkun, Mahmut** (2015) Hukuki Ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 1297-1298.

¹⁰⁵ 5941 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 6. fıkrasına göre:

"Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi, buna rağmen çek düzenlerse, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

5941 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 7. fıkrasına göre:

"Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi adına çek hesabı açan banka görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

5941 sayılı Kanun'la düzeltme hakkının yerine etkin pişmanlık hükümleri getirilmişti. 6273 sayılı Kanun ile eylem suç olmaktan çıkarıldığından, etkin pişmanlığa ilişkin düzenleme kaldırılmış, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılması¹⁰⁶ düzenlenmiştir¹⁰⁷.

TTK'nın 795. maddesinin 2. fıkrasına göre, düzenleme tarihi olarak gösterilen tarihten önce ödenmek için ibraz olunan çek ibraz edildiği tarihte ödenecektir. Dolayısıyla ileri düzenleme tarihli bir çekin, üzerinde yazılı olan düzenleme gününden önce ibrazı durumunda karşılığı bulunmaktaysa muhatap banka tarafından ödeme yapılacaktır. Ancak düzenleme gününden önce ibraz edilen çekin hesapta yeterli karşılığı bulunmamaktaysa Çek Kanunu'nun 3. maddesinin 8. fıkrası uyarınca hukuki takip yolları ile Çek Kanunu 5. maddesi 1. fıkrası uyarınca çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı şeklindeki idari tedbirlerin uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁰⁸. 6273 sayılı Kanun 6. maddesi ile ileri düzenleme tarihli çekler yönünden önemli düzenlemeler getirmiştir. Mezkûr madde ile 5941 sayılı Çek Kanunu'na eklenen geçici 3. maddenin 5. fıkrasına göre, 31.12.2017 tarihine kadar çekin üzerinde yazılı olan düzenleme tarihinden önce ödeme için ibrazı geçersiz olacaktır. Dolayısıyla çekin, hamil tarafından düzenleme tarihinden önce muhataba ibrazı yasak işlem olarak kabul edilmiştir¹⁰⁹. Ancak bu yasağa rağmen çek bankaya ibraz edilmiş olabilir.

¹⁰⁶ 6273 sayılı Kanun'la 5941 sayılı Kanun'un 6. maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılması

MADDE 6 – (1) Karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödenmesi hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırıldığı, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına 5 inci maddenin sekizinci fıkrasındaki usullere göre bildirilir ve ilân olunur.

- (2) *Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararının verildiği yer Cumhuriyet başsavcılığına başvurularak talebin geri alınması hâlinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.*
- (3) *Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına ilişkin kayıt, kaydın girildiği tarihten itibaren her hâlde on yıl geçmesiyle Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından resen silinir ve bu işlem ilân olunur.”*

¹⁰⁷ **Çatıkkaş / Duran**, s.e.t. 27.09.2018.

¹⁰⁸ **Yasan, Mustafa** (2014) ‘Çek Kanunu Geçici M. 3 F. 1 Uyarınca Üzerinde Yazılı Düzenleme Tarihinden Önce İbrazı Geçersiz Olan Çekin, Muhatap Banka Tarafından İşleme Konması (Ve Özellikle Ödenmesi)’ Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S:19, s. 330, 331.

¹⁰⁹ **Yasan** (2014), s. 323, 324.

Böyle bir durumda düzenleyen Çek Kanunu'nun geçici 3. maddesinin 5. fıkrasına rağmen karşılığın düzenleme tarihinden önce ödenmesi için muhatap bankaya talimat verebilir¹¹⁰. Önemle belirtmek gerekir ki, muhatap bankanın düzenleyen talimatı bulunmaksızın Çek Kanunu geçici 3. maddesinin 5. fıkrasına aykırı olarak yapmış olduğu ödeme geçerli bir ödemedir. Ancak söz konusu maddeye aykırılık nedeniyle hukuki sorumluluk muhatap bankaya ait olacaktır. Düzenleyenin onayını içeren bir talimatın varlığı durumunda muhatap bankanın hukuki sorumluluğu son bulacaktır. Sonuç olarak ileri düzenleme tarihli bir çekin ibrazının Çek Kanunu'nun geçici maddesi 3. maddesinin 5. fıkrası uyarınca geçersizliği muhatap açısından etkilerini çekin ödenmesi yönünden zaruret ve yetki alanlarının sınırlarının çizilmesinde göstermektedir¹¹¹. Muhatap bankanın geçersiz ibraza rağmen karşılıksızdır işlemini yapması durumunda çek hamilinin hukuki takipte bulunması ya da idari tedbirlere başvurusu olanağı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda sözde karşılıksızdır işleminden dolayı doğan zararların muhatap banka tarafından giderilmesi gerekmektedir¹¹².

3. 15.07.2016 Tarihli ve 6728 Sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

a. Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemine Sebepiyet Verilmesinin Yeniden "Suç" Olarak Kabul Edilmesi

5941 sayılı Çek Kanunu'nda 6273 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebepiyet verilesi suç olmaktan çıkarılıp idari yaptırıma tabi tutulmuştu. Bu yaptırımın yetersiz kaldığı ve çek hamillerini yeterince korunmadığı görülmüştür¹¹³. 6273 sayılı Kanun, bir kambiyo senedi ve her şeyden önce bir özel hukuk müessesesi olan çeki kamu hukukunun önceliklerini ve prensiplerini esas alarak düzenlemeyi tercih etmişti¹¹⁴. Yapılan değişiklikler sonucunda karşılıksız çekler engellenememiş, özellikle son yıllarda

¹¹⁰ Yasan (2014), s. 336.

¹¹¹ Yasan (2014), s. 337.

¹¹² Yasan (2014), s. 342,343.

¹¹³ Köle, Mehmet / Görgülü, Fatma (2016) 'Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları Ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları', Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/270477>> s.e.t. 02.10.2018.

¹¹⁴ Yasan (2012), s. 132.

karşılıksız çek sayısında önemli derecede artış gözlemlenmiştir¹¹⁵. Çek, poliçe ve bonodan farklı olarak bir ödeme aracıdır. Likidite kabiliyeti yüksektir. Ticari yaşamda çekte duyulan güven diğer kambiyo senetlerine nazaran daha fazladır. Çekler diğer kambiyo senetlerinden muhasebe tekniği açısından da farklılık göstermektedir. Bilançoların aktif kısımlarında nakitten sonra, diğer kambiyo senedi alacaklarından önce yer almaktadır. Çeklerde muhatap banka olduğundan, bankacılık sistemi, kredi düzeni ve makroekonomik dengeler yönünden de büyük öneme sahiptir. Dolayısıyla çeklerin diğer kambiyo senetlerinden farklı hükümlere tabi olması gerekmektedir¹¹⁶.

Anayasa'nın 167 ve 173. maddelerinde yer alan hedeflere ulaşılabilmesi için sağlıklı bir çek düzeni ve istikrarlı ekonomiye ihtiyaç duyulmaktadır. Çekin karşılıksız kalması durumunda, borçlu düzenleyene cezai yaptırım uygulamak çekin ticari itibarına güvenen hamilin mağduriyetine neden olacaktır. Bu durum ise çekin piyasadaki tedavülünün ve ekonomiye olan katkılarının azalmasına yol açacaktır¹¹⁷.

Nihayetinde ticari yaşamın gerektirdiği sürat ve güvenlik gereksinimi, çekin ticari yaşamda sıkça kullanılıyor olması ve karşılıksız çek sayısındaki artış sebebiyle çek hamillerinin korunması için yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu yüzden çekte olan güvenin artırılması ve karşılıksız çek ihdasının önlenmesi maksadıyla, 15.07.2016 tarihli ve 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ve 5941 sayılı Çek Kanunu'nda önem arz eden değişiklikler yapılmış ve çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi yeniden suç olarak kabul edilmiştir¹¹⁸.

b. Bankalara Yüklenen Çek Hesabı Açmak İsteyen Kişinin Yasaklılığını Kontrol Ve Sonucu Muhafaza Yükümlülüğü

i. Bankaların Araştırmakla Yükümlü Olduğu Kişiler

6728 sayılı Kanun'un 61. maddesi uyarınca, muhatap banka, gerçek ya da tüzel kişi adına çek hesabı açılması talep edilmesi durumunda gerçek ya da tüzel kişinin, sermaye şirketlerinde ayrıca yönetim organında görev yapanlar ile

¹¹⁵ **Bozer, Ali / Göle, Celal** (2017) Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 424.

¹¹⁶ **Yasan** (2012), s. 111.

¹¹⁷ **Yasan** (2012), s. 132.

¹¹⁸ < <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0728.pdf> >, s.e.t. 02.10.2018.

ticaret siciline tescil edilen şirket yetkililerinin çek hesabı açma yasağının bulunup bulunmadığı hususunu kontrol eder ve yasağın bulunmadığına ilişkin sorgulama sonucunu muhafaza eder.

6728 sayılı değişiklikten önce 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 2. maddesinin 4. fıkrası şu şekildeydi:

“Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı bulunan gerçek kişinin, yönetim organında görev yaptığı, temsilcisi ya da imza yetkilisi olduğu tüzel kişiye çek defteri verilmez.”

6728 sayılı Kanun'un 61. maddesiyle, “*temsilcisi veya imza yetkilisi*” ibaresi “*yaptığı veya ticaret siciline tescil edilen*” olarak değiştirilmiştir. Değişiklikten önce, tüzel kişinin temsilcisi yahut imza yetkilisinin ticaret siciline tescil edilmemesi durumunda bankalarca bu kişilerin tespiti mümkün olmamaktaydı. Bu anlamda bankaların sorumluluğu daraltılmıştır¹¹⁹.

Değişiklikten önce, çek hesabı açılması ya da var olan çek hesabından çek defteri verilmesi talebinde bulunan kişiler, kendileri hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmadığını her defasında bankaya yazılı olarak bildirmek durumundaydı. Bu kişinin bir tüzel kişi olması durumunda, yönetim organında görevli olan temsilcisi yahut imza yetkilisi kişilerin çek düzenleme ve çek hesabı açmaktan yasaklılığı bulunmadığı verilecek beyannamede ayrıca belirtilmekteydi. Bankaların ayrıca beyanda bulunanların haklarında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğü bulunmamaktaydı¹²⁰. Bize göre, 6728 sayılı Kanun'la bankalara getirilen bu yükümlülük karşılıksız çeklerin engellenmesi ile çek düzenleme ve çek hesabı açma kararlarının uygulanması açısından yerinde bir düzenlemedir.

Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunan kişilere çek hesabı açan ve çek defteri veren bankalar, bu nedenle zarara uğrayanların zararından sorumlu tutulabilecektir¹²¹.

¹¹⁹ **Yördem, Yılmaz** (2018) ‘6728 sayılı Kanunla Çek Kanununda Yapılan Değişiklikler Ve Karşılıksız Çek Sorunsalı’ Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 33, Y: 9, s. 358.

¹²⁰ **Yördem**, s. 358.

¹²¹ **Tenekeci, Cüneyt** (2018) ‘Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu’ Tezrazi Hukuk Dergisi, C: 13, S: 143, s. 164.

ii. Adli Sicil ve Risk Merkezi Kayıtlarının İncelenmesi

6728 sayılı Kanun'un 61. maddesiyle bankalara, çek hesabı açtırmak isteyenlerin yasaklılık durumuna ilişkin Risk Merkezi ile adli sicil kayıtlarına bakma yükümlülüğü getirilmiş olup eski düzenlemeye göre yasaklılık durumu için TCMB kayıtları esas alınmaktaydı. TCMB yasaklılık kayıtlarının Risk Merkezi'ne devredilecek olması nedeniyle bu yönde bir değişiklik yapılmıştır¹²².

Çek Kanunu'nun 6728 sayılı Kanun'la değiştirilen 5. maddesinin 8. fıkrasına göre, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına ilişkin bilgiler, güvenli elektronik imzayla imzalanır ve Adalet Bakanlığı Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) vasıtasıyla MERSİS ile Risk Merkezine elektronik ortamda bildirilir. Ayrıca hakkında çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişiler, Risk Merkezi aracılığıyla bankalara bildirilecek olup bu bildirimlerle bankalara yapılacak duyurulara ilişkin esas ve usuller, Adalet Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak Risk Merkezi'nce belirlenir.

c. Karekodlu Çekler Ve Banka Tarafından Verilecek Seri Numarası Uygulaması

6728 sayılı Kanun'un 70. maddesiyle, TTK'nın 780. maddesinin 1. fıkrasında sayılan unsurlara, banka tarafından verilen seri numarası ve karekod eklenmiştir. TTK'nın 781. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, 780. maddenin 1. fıkrasında sayılan unsurları taşımayan bir senet çek niteliğinde sayılmayacaktır. Dolayısıyla 6728 sayılı Kanun'la eklenen banka tarafından verilen seri numarası ve karekod çekin zorunlu unsurlarındandır. 6728 sayılı Kanun Tasarısı'nın 70. maddesinin gerekçesi incelendiğinde, yapılan değişikliğin maksadı, piyasada çeke duyulan güvenin arttırılması ve karşılıksız çeklerin engellenmesidir¹²³.

31 Aralık 2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Çeklerde Karekod Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'in 3. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde karekodun tanımı yapılmıştır. Buna göre:

“Karekod: 6102 sayılı Kanununun 780 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca çekin unsurlarından olan ve çek üzerine kare veya dikdörtgen olarak basılabilen, ISO/IEC 16022 International Symbology Specification-Data Matrix ECC

¹²² Yördem, s. 359.

¹²³ < <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0728.pdf> >, s.e.t. 02.10.2018.

200 Versiyonunu esas alan, 6102 sayılı Kanununun 780 inci maddesinin ikinci fıkrasında ve bu Tebliğde sayılan diğer bilgilere erişilmesine ve bunların raporlanmasına olanak sağlayan iki boyutlu barkodu” ifade etmektedir.

Karekod, çek defterinin her bir yaprağında yer alan iki boyutlu barkodur. Bu barkodun Findeks uygulamasında okutulmasıyla birlikte çek hesabı sahibinin ya da cirantanın rızası aranmadan TTK'nın 780. maddesinin 2. fıkrasında¹²⁴ sayılan bilgilere ulaşılabilmektedir¹²⁵. Bu bilgilere erişim imkânı tanıyacak karekod okutma ile bilgi paylaşım sistemi Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi tarafından veya Risk Merkezi tarafından bilgi paylaşılan şirketler nezdinde kurulabilir (6728 sayılı Kanun m. 70/3).

6728 sayılı Kanunla eklenen, TTK'nın 781. maddesinin 3. fıkrası ile bir istisna getirilmiş olup yabancı bankalar tarafından bastırılan çeklerde, banka tarafından verilen seri numarası ve/veya karekodun bulunmaması senedin çek

¹²⁴ TTK'nın 780. maddesinin 2. fıkrasına göre:

“(2) (Ek fıkra : 15/7/2016-6728/70 md.) Çek alacaklıları, ellerinde bulunan çek ile çek hesabı sahibine ve bu çeki düzenleyenlere ilişkin verilere karekod aracılığıyla erişim sağlayabilir. Karekod ile;

- a) Çek hesabı sahibinin adı, soyadı veya ticaret unvanı,
- b) Çek hesabı sahibinin tacir olması hâlinde, ticaret siciline tescil edilen yetkililerinin adı, soyadı veya ticaret unvanı,
- c) Çek hesabı sahibinin, çek hesabı bulunan toplam banka sayısı,
- d) Çek hesabı sahibine ait bankalara ibraz edilmemiş çek adedi ve tutarı,
- e) Düzenlenerek bankalara teslim edilen çeklerin adedi ve tutarı,
- f) Son beş yıl içerisinde ibrazında ödenen çeklerin adedi ve tutarı,
- g) İbraz edilen ilk çekin ibraz tarihi,
- h) İbraz edilen son çekin ibraz tarihi,
- ı) İbrazında ödenen son çekin ibraz tarihi,
- i) Son beş yılda “karşılıksızdır” işlemi göre ve halen ödenmemiş çeklerin adedi ve tutarları,
- j) Son beş yılda “karşılıksızdır” işlemi gören ve sonradan ödenen çeklerin adedi ve tutarı,
- k) Son beş yılda “karşılıksızdır” işlemi gören son çekin ibraz tarihi,
- l) Çek hesabı sahibi hakkında çek hesabı açma yasağı bulunup bulunmadığı, varsa yasaklama kararının tarihi,
- m) Her bir çek yaprağı ile ilgili olarak tedbir kaydı olup olmadığı,
- n) Çek hesabı sahibi tacirse, iflasına karar verilip verilmediği, iflasına karar verilmişse kararın tarihi,

çek hesabı sahibi ya da cirantanın rızası aranmaksızın üçüncü kişilerin erişimine sunulur.”

¹²⁵ Narbay Şafak / Güney, Zehra (2017) ‘6728 Sayılı Kanun’un Çeke İlişkin Hükümlerinin “Çekte Şekil Şartları” Bakımından Değerlendirilmesi’ Terazi Hukuk Dergisi, C: 12, S: 126, s. 48-49.

olarak geçerliliğine etki etmeyecektir. Mezkûr maddeyle seri numarası ve karekod uygulamasının ülkeden ülkeye değişiklik gösterebileceği dikkate alınarak, yabancı bankalar tarafından bastırılan çeklerin seri numarası ve karekod unsurları bulunmaması durumunda dahi geçerli kabul edileceği hükme bağlanmıştır¹²⁶.

Karekodlu çek kullanımının hem çek hamili hem de düzenleyen açısından faydalı bir uygulama olduğu söylenebilir. Findex uygulamasıyla birlikte çek hamili, çekteki karekodun okutularak düzenleyenin ve/veya çek hesabı sahibinin düzenlemiş bulunduğu çeklere ilişkin ödeme alışkanlıklarını görüp buna göre çeki kabul edip etmemeye karar verebilecektir. Çeki düzenleyen ise, hakkında olumlu çek raporu bulunması durumunda ticari hayatta itibar kazanacaktır. Ancak öğretilerde karekodlu çeklerle ulaşılan çek hesabı sahibine ait bilgilerin kişisel veri olarak değerlendirilmesi ve bu verilerin üçüncü kişiler tarafından kötüye kullanılabilmesi yönüyle eleştirilmiştir¹²⁷.

d. Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemine Sebebiyet Verilmesi Suçuna İlişkin Yaptırımlar

i. Suç Hakkında

5941 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi suçunun oluşabilmesi için, çekin Türk Ticaret Kanunu'nda sayılan zorunlu unsurları¹²⁸ haiz olması gerekmektedir.

¹²⁶ < <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0728.pdf> >, s.e.t. 02.10.2018.

¹²⁷ **Narbay / Güney**, s. 58.

¹²⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 780. maddesinin 1. fıkrasına göre:

“Çek;

- a) *Senet metninde “çek” kelimesini ve eğer senet Türkçe’den başka bir dille yazılmış ise o dilde “çek” karşılığı olarak kullanılan kelimeyi,*
 - b) *Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi,*
 - c) *Ödeyecek kişinin, “muhatabın” ticaret unvanını,*
 - d) *Ödeme yerini,*
 - e) *Düzenlenme tarihini ve yerini,*
 - f) *Düzenleyenin imzasını,*
 - g) *(Ek: 15/7/2016-6728/70 md.) Banka tarafından verilen seri numarasını,*
 - h) *(Ek: 15/7/2016-6728/70 md.) Karekodu,*
- içerir.”*

dir. Aksi halde ibrazı gerçekleştirilen senet, çek sayılmayacağından, senedin kısmen ya da tamamen karşılıksız çıkması halinde söz konusu suç oluşmayacaktır¹²⁹.

5941 sayılı Çek Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında¹³⁰ çek defterinin her bir yaprağına yazılacak unsurlar sayılmıştır. 6728 sayılı Kanun 61. maddesiyle bu unsurlara, çek hesabı sahibi gerçek kişi ise Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası; tüzel kişilerde ise varsa Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) numarası ve çek hesabı sahibi ile düzenleyenin farklı kişiler olması hâlinde, ayrıca düzenleyenin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası da eklenmiştir. Ancak 5941 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 9. fıkrasına göre, çekin Türk Ticaret Kanunu'ndaki unsurları taşıması kaydıyla, 5941 sayılı Kanun'un 2. maddesinde sayılan koşullara aykırı olması geçerliliğine etki etmeyecektir.

Çek Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, çekin karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olan kişi çek hesabı sahibidir. Çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişinin mali işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, bu şekilde bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler, çek karşılığını çekle işleyen banka hesabında bulundurmakla mükelleftir. Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilenler, yasaklı kaldıkları süre içinde sermaye ortaklıklarının yönetim organlarında görev yapamazlar. Ancak hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilenlerin mevcut organ üyelikleri görev sürelerinin sonuna kadar sürer.

¹²⁹ Bahtiyar, Mehmet (2016) Kıymetli Evrak Hukuku, 14. Bası, İstanbul, Beta, s. 175-176.

¹³⁰ 5941 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 7. fıkrasına göre:

“Çek defterinin her bir yaprağına;

- a) Çek hesabının numarası,
- b) Çek hesabının bulunduğu banka şubesinin adı,
- c) Çek hesabı sahibi gerçek kişinin adı ve soyadı, tüzel kişinin adı,
- ç) Çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişinin vergi kimlik numarası,
- d) (Ek: 31/1/2012-6273/1 md.) Çekin basıldığı tarih,
- e) (Ek: 15/7/2016-6728/61 md.) Çek hesabı sahibi gerçek kişi ise Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası; tüzel kişilerde ise varsa Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) numarası,
- f) (Ek: 15/7/2016-6728/61 md.) Çek hesabı sahibi ile düzenleyenin farklı kişiler olması hâlinde, ayrıca düzenleyenin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, yazılır.”

Söz konusu suçun faili ancak bir gerçek kişi olabilecektir. Çekle işleyen hesabın sahibi ile çeki düzenleyen kişi farklı kişiler olabilir. Sözgelimi, çekle işleyen hesabın sahibi bir tüzel kişi ise, çeki düzenleyen bu tüzel kişi adına yetkili kılınan gerçek kişi olabilir. Bu halde suçun faili çek hesabı sahibi tüzel kişi olmayıp fail çeki düzenleyen gerçek kişidir.¹³¹ Ayrıca Çek Kanunu'nun 6728 sayılı Kanun ile değiştirilen 5. maddesinin 10. fıkrasına göre, bu suç nedeniyle ön ödeme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler uygulanamayacaktır.

Çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi suçuyla ilgili 5941 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin 5. fıkrasında, 28.11.2017 tarihinde yapılan önemli bir diğer değişikliğe göre ise, 31.12.2020 tarihine dek, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek üzere muhatap bankaya ibrazı geçersizdir. Suçun oluşabilmesi için çek üzerinde "karşılıksızdır" işlemine sebebiyet verilmesi gerektiği açıktır. Dolayısıyla ileri düzenleme tarihli çekler hakkında daha önce yaptığımız açıklamalar kanun koyucunun işbu tasarrufuyla 31.12.2020 tarihine dek geçerliliğini koruyacaktır.¹³²

ii. Adli Para Cezası

5941 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrası ile üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz müddeti içinde çekin muhatap bankaya ibrazında, çekle ilgili olarak "karşılıksızdır" işlemine sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmedilmesi ve hükmedilecek adli para cezasının çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamayacağı hükme bağlanmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesinin 2. fıkrası¹³³ uyarınca, bir gün karşılığı adli para cezası miktarı en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olmak üzere kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri dikkate alınarak takdir edilir. Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2017 tarihli iptal kararından¹³⁴ önce, çekin üzerinde yazılı

¹³¹ **Özgenç, İzzet** (2018) Çek Kanunu, 7. Bası, Ankara, Seçkin, s. 108-109.

¹³² Bu hususta ayrıntılı bilgi için yukarıdaki ilgili başlığa (2. 31.01.2012 Tarihli Ve 6273 Sayılı Çek Kanunu'nda Değişiklik

¹³³

¹³⁴ Anayasa Mahkemesi, E: 2016/191, K: 2017/131, T: 26.07.2017 (<<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8d79d07f-98b8-4579-9fe1-2e660459a9da?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>>, s.e.t. 04.10.2018).

bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanun' a göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından az olamayacağı hükme bağlanmıştı. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla birlikte hükmedilecek adli para cezası çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamayacaktır¹³⁵.

Çek Kanunu'nun 5. maddesinin 11. fıkrası uyarınca, söz konusu suç dolayısıyla hükmolunan adli para cezasının ödenmemesi halinde, söz konusu ceza 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun 106. maddesinin 3. fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilecektir. Maddede söz edilen "hapis cezası" tazyik (zorlama) hapsi niteliği taşımaktadır. Bu anlamda, tazyik hapsi olarak infaz gerçekleşse dahi, hapis cezasın mahkûmiyete bağlı hukuki neticeler meydana gelmeyecektir¹³⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 4 No'lu Protokol'ün 1. maddesine göre:

"Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz."

Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasına göre:

"Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz."

Çek, taraflar arasında herhangi bir sözleşmenin bulunup bulunmamasından bağımsız olarak kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havale niteliği taşımaktadır. Temelde bir sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı ya da sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda da çek ayrı bir borç kaynağı olarak varlığını sürdürecektir. Haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar için de çek düzenlenebilmektedir. Temel ilişki ne olursa olsun borçlu borcunu ödemek çek ihdas ettiğinde, asıl borç ilişkisinin dışında bir kambiyo ilişkisi doğmaktadır¹³⁷. Dolayısıyla çek bir sözleşme olmadığından Anayasa ya

¹³⁵ Albayrak / Bozdağ, s. 248-249.

¹³⁶ Özgenç (2018), s. 104.

¹³⁷ Anayasa Mahkemesi, E: 2002/165, K: 2002/195, T: 11.12.2002 (<<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/48ab66a6-e73b-4d28-b3f1-f29d4a0a2e7e?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>>, s.e.t. 20.09.2018).

da uluslararası anlaşmalara aykırı bir durum bulunmadığı görüşündeyiz. Bununla birlikte, AİHS 4 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ve Anayasa'nın 38. maddesinde sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden değil yerine getirilememesinden söz edildiğine dikkat edilmelidir. Bu anlamda her iki maddede de sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi açısından imkânsızlığın söz konusu olması durumunda, yani zorunluluk halinde özgürlüğü kısıtlama yasağı getirilmiştir. Bu suç objektif (kusursuz) sorumluluğu gerektirmemektedir¹³⁸. Söz konusu suçun ihdas edildiği 5. maddenin gerekçesine göre:

*“... Bu itibarla, kişinin, elinde olmayan sebeplerle ortaya çıkan zorunluluk hali dolayısıyla, örneğin doğal afet, savaş, kaza geçirmesi gibi bir sebeple, çekin karşılığını ilgili hesapta zamanında bulunduramamış olması halinde ceza sorumluluğu olmayacaktır.”*¹³⁹

Tüm bu açıklamalar neticesinde, 5941 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş bulunan suçun gerek AİHS Ek 4 No'lu Protokol'ün 1. maddesine gerekse Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasına aykırı olmadığı görüşüne¹⁴⁰ katılmaktayız.

iii. Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı

5941 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi durumunda mahkeme ayrıca çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Yargılama esnasında da mahkemece re'sen koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, çek hesabı sahibi gerçek ya da tüzel kişi, bu tüzel kişi adına çek düzenleyenler ve karşılıksız çekin bir sermaye ortaklığı adına ihdas edilmesi durumunda ayrıca yönetim organı ile ticaret siciline tescil edilen ortaklık yetkilileri hakkında uygulanır.

Çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verme suçunun faili yalnızca bir gerçek kişi olabilir. Dolayısıyla davanın sanığı ancak bir gerçek kişidir. Çekle

¹³⁸ Özgenç (2018), s. 105-106.

¹³⁹ < <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss445.pdf> >, s.e.t. 03.10.2018.

¹⁴⁰ Özgenç (2018), s. 107.

işleyen hesabın sahibinin bir tüzel kişi olması durumunda söz konusu suçun sanığı, bu tüzel kişi adına, bu tüzel kişiyi temsilen çeki keşide eden gerçek kişi olabilir. Mezûr suçun işlendiğinin sabit olması durumunda çekle işleyen hesabın sahibi olan tüzel kişi hakkında da çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilebilmekte olup bu durum, tüzel kişinin de davanın sanığı olmasını gerektirmemektedir¹⁴¹.

Kanunda çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı için belli bir süre belirtilmemiştir. Çek Kanunu'nun 6. maddesinde¹⁴² belirtilen koşullarla mahkemece kaldırılmadığı müddetçe geçerliliğini devam ettirecektir¹⁴³.

Çek Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı verilen kişi, elindeki tüm çek yapraklarını ait oldukları bankalara iade etme yükümlülüğü altında olup bu kişi adına yeni bir çek hesabı açılmaz. Ayrıca, aynı maddenin 7. fıkrasına göre, hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilen kişi, kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on gün içinde, düzenlemiş olduğu ve henüz karşılığı tahsil edilmemiş olan çekleri, düzenleme tarihlerini, miktarlarını ve varsa leh-tarlarını da göstererek muhatap bankaya liste olarak vermekle yükümlüdür.

¹⁴¹ Özgenç (2018), s. 109.

¹⁴² 6728 sayılı Kanun ile değiştirilen 5941 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre:

“(1) Karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında,

- a) *Yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine,*
 - b) *Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına,*
- karar verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırıldığı, MERSİS ile Risk Merkezine 5 inci maddenin sekizinci fıkrasındaki usullere göre bildirilir ve ilan olunur.*
- (2) *Şikâyetten vazgeçme hâlinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.*
 - (3) *Kişi, mahkûm olduğu cezanın tamamen infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde yasağın konulduğu tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, hükmü veren mahkemeden çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasını isteyebilir; mahkemenin vereceği karara itiraz edebilir. Bu itiraz bakımından İcra ve İflas Kanununun 353 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanır. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasına ilişkin karar kesinleştiğinde, yasağın kaldırıldığı, MERSİS ile Risk Merkezine 5 inci maddenin sekizinci fıkrasındaki usullere göre bildirilir ve ilan olunur.”*

¹⁴³ Bozer / Göle, s. 431.

iv. İçtima

Karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilen her bir çek ile ilgili adli para cezası ayrı ayrı verilir. Somut olayda birden fazla çek, aynı alacak ve borç ilişkisi gerekçesiyle bir kişiye verilmiş, bu kişi tarafından bankaya ibrazı gerçekleştirilmiş ve dolayısıyla zincirleme suç koşulları oluşmuş olabilir. Buna rağmen gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve her bir çek yapıyla ilgili ayrı ayrı adli para cezasına hükmedilecektir¹⁴⁴.

Güvenlik tedbiri ya da koruma tedbiri olarak verilmiş olması önem arz etmeksizin, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına da karşılıksız çıkan her bir çek ile ilgili olarak ayrı ayrı hükmedilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararının hangi çek ile ilgili verilmiş olduğu kararda açıkça gösterilir¹⁴⁵.

Karşılıksız çeklerin, dolandırıcılık suçunda araç olarak kullanılabilmesi mümkündür. Bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Ancak bu suçun oluşabilmesi için çekin karşılığının olmadığını bilerek, hileli davranışlarla çekin ödeneceği izlenimi verilerek, en başından itibaren ödenmeme kastıyla hareket edilerek karşı tarafın aldatılması yoluyla menfaat elde etmeye yönelik olarak karşılıksız çek verilmelidir¹⁴⁶.

Çek Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun faili, farklı tarihlerde karşılıksız çek ihdas ederek, karşılıksız çek keşide etmeyi alışkanlık haline getirmiş olabilir. Sırf bu gerekçeyle kişiyi dolandırıcılık suçundan sorumlu tutmak yerinde olmayacaktır. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için, failin aldatma niteliğini haiz hileli davranışlarının olması gerekmektedir¹⁴⁷.

Bir başkasına ait çek defteri hukuka aykırı yollarla ele geçirilmiş ve çek üzerinde ismi yazılı kişi olduğu izlenimi oluşturacak şekilde ihdas edilen çekler ile mal ya da hizmet satın alınmış olabilir. Bu durumda çek defterinin ele geçirilme şekli açısından hırsızlık yahut yağma suçu, başkasına ait olan çek defte-

¹⁴⁴ Özgenç (2018), s. 90-91.

¹⁴⁵ Özgenç (2018), s. 95-96.

¹⁴⁶ Şen, Ersan / Malbeleş, Erkam (2013) Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 33.

¹⁴⁷ Bozer / Göle, s. 427.

rinden çek yaptıkları üzerinde ismi yazılı kişi olduğu izlenimi verilerek çek ih-das edilmesi dolayısıyla resmi belgede sahtecilik suçu, bu şekilde başkalarını al-datarak menfaat temin edilmesi dolayısıyla dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Tüm bu suçlardan dolayı gerçek içtima kurallarına göre cezaya hükmedilmesi gerekmektedir¹⁴⁸.

4. 5941 Sayılı Kanun Döneminde Çeklerde Karşılıksızdır İşlemine Sebebiyet Verilmesi Durumunda Uygulanacak Yaptırımlara İlişkin Değerlendirme

Çek bir kambiyo senedi ve özel hukuk müessesesidir. Ancak kamu iti-madına mazhar ve tedavül kabiliyetinin yüksek oluşu, piyasanın sağlıklı işleyişi ve dolayısıyla ülke ekonomisi üzerindeki etkisi de dikkate alındığında kamu hu-kukunu ilgilendiren bir yönü de bulunmaktadır. Bu nedenle karşılıksız çeke ilişkin sorumluluk yalnızca Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hukuki so-rumlulukla sınırlı kalmayıp cezai ve/veya idari sorumluluk da kaçınılmaz hale gelmiştir. Karşılıksız çek dolayısıyla yaptırıma hükmedilebilmesinin ön koşulu Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen zorunlu unsurları haiz bir çekin varlığı-dır¹⁴⁹. Zira 5941 sayılı Kanun'un gerek ilk halinde gerekse 6273 ve 6728 sayılı Kanun'lar uyarınca değiştirilmiş hallerinde kanun lafzı karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilen bir çekin varlığını gerektirmektedir. Dolayısıyla geçerli bir çe-kin söz konusu olmadığı durumlarda 5941 sayılı Kanun uyarınca yaptırıma hükmetmek mümkün olmayacaktır.

5941 sayılı Kanun'un ilk halinde çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebi-yet verilmesi suç olarak kabul edilmekle hem cezai hem de idari yaptırıma tabi tutulmuştu. Buna göre, söz konusu suça sebebiyet veren kişi hakkında bin beş yüz güne kadar adli para cezasına ve bununla birlikte çek düzenleme ve çek he-sabı açma yasağına hükmolunacaktı. Ayrıca hükmedilecek adli para cezası, çek tutarının karşılıksız kalan miktarından az olamayacaktı. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinin 3. fıkrasına göre, hükümlünün tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli müddet içinde adli

¹⁴⁸ Özgenç (2018), s. 112-113.

¹⁴⁹ Öztan, s. 295.

para cezasını ödememesi durumunda, Cumhuriyet savcısının kararıyla ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedileceği hükme bağlanmıştı¹⁵⁰. 6273 Sayılı Çek Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la söz konusu fiil suç olmaktan çıkarılmış ve idari yaptırım olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına tabi tutulmuştu. Fiilin kabahat olarak kabul edildiği hukuki rejimde piyasadaki karşılıksız çek sayısının arttığı, suç olarak kabul edildiği hukuki rejimde ise karşılıksız çek sayısının azaldığı gözlemlenmektedir¹⁵¹. Zira fiilin suç yerine kabahat olarak düzenlenmesi cezaların önleyici fonksiyonunu devre dışı bırakmaktadır. Fiilin cezai yaptırımdan yoksun tutulması toplumun çekte olan güveninin sarsılmasına, piyasada çek tedavülünün azalmasına ve dolayısıyla ticari yaşamın olumsuz etkilenmesine yol açmaktadır. Çekin ticari yaşamın gerektirdiği sürat, güven ve kolaylığı sağlayan önemli bir ödeme aracı olması, piyasada çek tedavülünün artırılması, karşılıksız çek sayısındaki artış sebebiyle çek hamillerinin korunması, toplumda çekte duyulan itimadın artırılması gibi nedenlerle karşılıksız çeklere ilişkin düzenlemeler yeniden ele alınmıştır. Sonuç olarak 15.07.2016 tarihli ve 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ve 5941 sayılı Çek Kanunu'nda önem arz eden değişiklikler yapılmış ve çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi yeniden suç olarak kabul edilmiştir¹⁵². Buna göre çeklerde "karşılıksızdır"

¹⁵⁰ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinin 3. fıkrası 18.06.2014 tarihinde değişikliğe uğramıştır. Bu başlık altında 5941 sayılı Çek Kanunu'nun yürürlük kazandığı 20.12.2009 tarihinden 6273 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin yürürlük kazandığı tarih olan 03.02.2012 tarihine kadar geçen süreç incelendiğinden CGTİHK 106/3 hükmünün değişiklikten önceki hali nazara alınmıştır.

18.06.2014 tarihinde CGTİHK 106. maddesinin 3. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir:

"Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir."

¹⁵¹ <https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/1465/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Agustos_2018.pdf > , s.e.t. 07.10.2018.

¹⁵² <<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0728.pdf> > , s.e.t. 27.01.2019.

işlemine sebebiyet veren kişi hakkında bin beş yüz güne kadar adli para cezası ve çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına hükmolunacaktır. Ayrıca hükmedilecek adli para cezasının çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamayacaktır. Bu suç dolayısıyla hükmolunan adli para cezasının ödenmemesi halinde, söz konusu ceza 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun 106. maddesinin 3. fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilecektir. Bize göre çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi fiilin suç olarak kabulü ve karşılığında cezai ve idari yaptırıma hükmedilmesi daha isabetli bir düzenleme olmuştur. Zira söz konusu fiilin suç olarak kabul edilmemesi durumunda, karşılığında cezai yaptırım uygulanmayacağını bilen kötü niyetli kimselerce karşılıksız çek düzenleme yoluna gidilebilecektir. Böylece piyasada karşılıksız çek sayısı artacak, çek güvenilir bir kambiyo senedi olma vasfını yitirecektir. Bununla birlikte, her ne kadar suçun yaptırımı olarak adli para cezasına hükmedilmiş olsa da adli para cezasının ödenmemesi durumunda doğrudan hapis cezasına çevrilecek olması nedeniyle söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya ve uluslararası anlaşmalara aykırı olduğu görüşüne¹⁵³ katılmamaktayız. Zira Anayasa ve uluslararası anlaşmalarla sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda kişinin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı hükme bağlanmıştır. Çek bir sözleşme değildir. Kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havaledir. Niteliği gereği illetten mücerret olup temelinde her zaman bir sözleşme bulunması da zorunlu değildir. Haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar için de çek ihdas edilebilir. Temel ilişki ne olursa olsun, çekle asıl borç ilişkisinden bağımsız bir kambiyo ilişkisi doğmaktadır¹⁵⁴. Bununla birlikte gerek Anayasa gerekse uluslararası anlaşmalarda sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi açısından imkânsızlığın söz konusu olması durumunda, yani zorunluluk halinde özgürlüğü kısıtlama yasağı getirilmiştir¹⁵⁵.

¹⁵³ <<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlansan/2012Yili/Kanmetni/6273ss.pdf>>, s.e.t. 27.01.2019.

¹⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, E: 2002/165, K: 2002/195, T: 11.12.2002 (<<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/48ab66a6-e73b-4d28-b3f1-f29d4a0a2e7e?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>>, s.e.t. 27.01.2019).

¹⁵⁵ **Özgenç** (2018), s. 105.

Mezkûr suç dolayısıyla idari yaptırım olarak uygulanacak olan çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı başlı başına karşılıksız çeklerle mücadele anlamında önem arz eden bir yaptırım olup bankalara yüklenen çek hesabı açmak isteyen kişinin yasaklılığını kontrol ve sonucu muhafaza etme yükümlülüğü de yasağın uygulanabilmesine matuf yerinde bir düzenlemedir. Bununla birlikte 6728 sayılı Kanun'la çekin zorunlu unsurları arasına banka tarafından verilen seri numarası ve karekod eklenmiştir. Söz konusu düzenlemenin piyasada karşılıksız çek sayısının azalması ve dolayısıyla toplumun çekte olan itimadının artması yönünden faydalı olacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Karşılıksız çek sorunu ülkemizde geçmişten beri çok sayıda tartışmaya konu olmuş, özellikle bu fiil sonucunda uygulanacak cezai ve/veya idari yaptırımlar hususunda öğretilerde birbirinden farklı, çok sayıda fikir ortaya atılmış ancak ortak bir çözüm yolunda birleşmek mümkün olmamıştır. Türk hukukunda karşılıksız çekler önceleri dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmiş, daha sonra özel bir suç türü olarak düzenlenmiş, bir dönem kabahat olarak kabul edilmiş, son düzenlemelerle ise yine özel bir suç türü olarak güncel mevzuatta yerini almıştır. 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile çeklerde karşılıksızdır işleme sebebiyet verme suçu adli para cezası ile çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı yaptırımına tabi tutulmuştur. Adli para cezasının ödenmemesi durumunda ise kamuya yararlı bir işte çalışma kararı verilemeyecek ve doğrudan hapis cezasına çevrilecektir. Bu durum öğretilerde tartışmalara neden olmuş, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün dolaylı kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmayacağı, söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya ve uluslararası anlaşmalara aykırı olduğu öne sürülmüştür. Çekle ortaya çıkan hukuki ilişki bir sözleşme ilişkisi olmayıp çek kambiyo hukukuna özgü borç doğuran özel bir havalidir. Taraflar arasına sözleşme ilişkisi bulunmaması ya da sözleşmenin geçersiz olması durumunda dahi çek geçerliliğini koruyacaktır. Zira kambiyo senetleri illetten mücerret nitelik taşımaktadır. Bununla birlikte haksız fiil ya da sebepsiz

zenginleşmeden doğan borçlar için de çek ihdas edilebilmektedir¹⁵⁶. Dolayısıyla ortada bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından Anayasa ve uluslararası anlaşmalara aykırılıktan söz edilemeyecektir. Bununla birlikte bu hususta gerek Anayasamızda gerekse uluslararası anlaşmalarda sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden değil yerine getirilememesinden söz edildiğinden ve 5941 sayılı Kanun'un 5. maddesinin gerekçesinden anlaşıldığı üzere söz konusu suç için objektif sorumluluk esası benimsenmediğinden mezkûr düzenlemenin Anayasa ve uluslararası anlaşmalara aykırı olmadığı görüşüne¹⁵⁷ katılmaktayız.

Bize göre karşılıksız çeklerle mücadele amacıyla yapılan düzenlemelerin topluma nasıl yansıdığı önem arz etmektedir. Bu maksatla istatistikî veriler incelendiğinde, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi eyleminin kabahat olarak kabul edildiği tarihlerde piyasadaki karşılıksız çek sayısının arttığı, söz konusu fiilin suç olarak kabul edildiği tarihlerde ise karşılıksız çek sayısının azaldığı gözlemlenmektedir¹⁵⁸. İstatistik sonuçları üzerinde pek çok faktör etkili olabilmektedir. Sözelimi ülke ve dünya ekonomisi, teknolojik gelişmeler vb. faktörler de istatistik sonuçlarını etkilemektedir. Ancak kanunî düzenlemelerin piyasadaki karşılıksız çek sayısını, dolayısıyla ticari hayatı büyük ölçüde etkilediği yadsınamaz bir gerçektir. İstatistik veri sonuçları uyarınca çeklerde karşılıksızdır işlemine sebebiyet verilmesi eyleminin suç olarak kabul edildiği tarihlerde karşılıksız çek sayısının azalması cezaların önleyici fonksiyonunun bir yansımasıdır. Söz konusu eylemin suç olarak kabul edilmemesi ve ceza sorumluluğuna tabi tutulmaması, durumu fırsat bilen kötü niyetli kimselerce karşılığı olmasa dahi kolaylıkla çek düzenlemesine yol açacaktır. Kaldı ki çekler tedavül imkânı kolay senetlerdir. Böyle bir piyasada kişiler haklı olarak çek temin etmekten kaçınacak, çek kullanımı azalacaktır. Bu durum ise ticari hayatın sekteye uğramasına yol açacaktır.

¹⁵⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için Anayasa Mahkemesi 2002/165 E. 2002/195 K. 11.12.2002 tarihli kararına bakınız.

¹⁵⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için yukarıdaki ilgili başlığa (ii. Adli Para Cezası) bakınız.

¹⁵⁸ <https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/1465/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Agustos_2018.pdf> , s.e.t. 07.10.2018.

Karşılıksız çeklere engel olmak ve toplumda çeke olan itimadın artmasını sağlamak maksadıyla çekin zorunlu unsurlarına banka tarafından verilen seri numarası ve karekod eklenmiştir¹⁵⁹. Ayrıca bankalara çek hesabı açmak isteyen kişilerin yasaklılığını kontrol ve sonucu muhafaza yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu düzenlemelerin karşılıksız çek keşidesinin önlenmesi için faydalı olacağı kanaatindeyiz. Ancak, karekodlu çek hesabı sahibine ait verilerin üçüncü şahıslar tarafından kötüye kullanılabilmesi¹⁶⁰ görüşüne katılmaktayız. Bununla birlikte, bize göre çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı başlı başına karşılıksız çeklerle mücadele anlamında önem arz eden bir yaptırım olup bankalara bu yasağı kontrol ve sonucu muhafaza etme yükümlülüğü getirilmesi de mezkûr yasağın uygulanabilmesine hizmet etmektedir.

¹⁵⁹ < <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0728.pdf> >, s.e.t. 02.10.2018.

¹⁶⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için yukarıdaki ilgili başlığa (c. Karekodlu Çekler Ve Banka Tarafından Verilecek Seri Numarası Uygulaması) bakınız.

KAYNAKÇA

Ağar, Serkan / Sandal, Evrim (2010) Karşılıksız Çek Suçu Ve Uygulaması, 1. Basım, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık.

Albayrak, Hakan / Bozdağ, Ahmet (2018)'Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılaması Hakkında Bir İnceleme' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 33, Y: 9, s. 243-282.

Arslan, Çetin (2011) 'Karşılıksız Çek Suçunda Etkin Pişmanlık' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 1, S: 5, s. 159-210.

Atalan, Haluk (1983) 'Güncel Bir Sorun: Karşılıksız Çek' Ankara Barosu Dergisi, S: 1, s. 30-49.

Ay, Hakan / Çakıcı, Ömer (2003) Yeni Çek Yasası ve Uygulaması, 1. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayınları.

Bahtiyar, Mehmet (2016) Kıymetli Evrak Hukuku, 14. Bası, İstanbul, Beta.

Başbüyük, İsa (2012) 'Karşılıksız Çekte Hapis Cezasının Kaldırılması Üzerine Bir Değerlendirme' Ankara Barosu Dergisi, S: 2, s. 305-321.

Başman, Murat (1993) '3167 Sayılı Çek Yasasında 3863 Sayılı Yasa İle Yapılan Değişiklik Ve Bir Yargıtay Kararı' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 3-4, s. 357-361.

Battal, Ahmet (2005) Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.

Baydar, Zeki (1981) 'Yargıtay Kararları Işığında Karşılıksız Çek İle Dolandırıcılık Suçu ve Bu Suçun Tekemmül Anı İle İlgili Bazı Tahlil, Tenkit ve Düşünceler' Ankara Barosu Dergisi, S: 4, s. 655-671.

Bilgen, Mahmut (2010) Uygulamada Kambiyo Senetleri, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Bozer, Ali / Göle, Celal (2017) Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Can, Mertol (2012) Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara, İmaj Yayınevi.

Coşkun, Mahmut (2015) Hukuki Ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Çatıkkaş, Özgür / Duran, Hüsamettin (2012) ‘5941 Sayılı Kanun’da Bankaların Yükümlülükleri’, Maliye Finans Yazıları, <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/150727>> s.e.t. 27.09.2018.

Demir, Şamil (2013) ‘5941 sayılı Çek Kanunu’nda Düzenlenen İdari ve Cezai Yaptırımlar’ Ankara Barosu Dergisi, S: 1, s. 201-220.

Dirikkan, Hanife (2002) ‘Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun İle İcra İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi’ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1, s. 1-37.

Domaniç, Hayri (1983) Karşılıksız Çek, 1. Basım, İstanbul, Arpaz Matbaacılık.

Dönmezer, Sulhi (2011) ‘Karşılıksız Çek’, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96238> > s.e.t. 15.09.2018.

Ekşi, Dağlar (2003) ‘4814 Sayılı Kanun İle Değişik 3167 Sayılı Çek Hamillerinin Korunması Ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Açısından Karşılıksız Çek’ H.Ü. İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi C: 21, S: 2, s. 205-228.

Eroğlu, Sıtkı (1989) ‘3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun İle İlgili Olarak T.C. Merkez Bankası Açısından Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Tespit Ve Öneriler’ Batider, C: XV, S:2 s. 13-29.

Ertekin, Erol / Karataş, İzzet (1998) Uygulamada Ticari Senetler Poliçe-Bono-Çek, 3. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi.

Hacıoğlu, Caner (2003) ‘Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu Üzerine Bir İnceleme’ Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 1-2, s. 129-159.

Helvacı, Mehmet (2009) ‘Çek Kanunu Tasarısı’nın Genel Olarak Değerlendirilmesi’ Batider, C: XXV, S: 4, s. 229-251.

Karakaya, Selahattin (1986) En Son Değişikliklerle Karşılıksız Çek Ve Uygulaması, 1. Basım, Ankara, Hukukçular Birliği Vakfı.

Karayalçın, Yaşar ‘3167 Sayılı Kanunun Hazırlanması Ve Uygulaması Hakkında Açıklamalar’: Taşpınar, Sema (Editör) Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı Ve Karşı Görüşler Sempozyumu, 12 Ocak 2002, Ankara.

Kayanççek, Murat (2012) ‘5941 Sayılı Çek Kanunu’na İlişkin Eleştiriler Ve Değişiklik Önerileri (Uygulama Ve Doktrin)’ Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 1, S: 8, s. 261-292.

Kayar, İsmail (2013) Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Kayihan, Şaban / Yasan, Mustafa (2017) Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.

Kendigelen, Abuzer (2006) Çek Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Arıkan.

Kırca, İsmail (2010) ‘5941 Sayılı Çek Kanunu-Bir Değerlendirme’: Kırca, İsmail (Editör) 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans, 22 Ocak 2010, Ankara.

Köle, Mehmet / Görgülü, Fatma (2016) ‘Son Düzenlemeler Işığında Çekin Şekil Şartları Ve Çeke Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları’, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/270477>> s.e.t. 02.10.2018.

Malkoç, İsmail (2011) 5941 sayılı Çek Kanunu Açıklamalı- İctihatlı, 1. Baskı, Ankara, Malkoç Kitabevi.

Moroğlu, Erdoğan ‘3167 Sayılı Çek Kanunu’nda 4814 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler’: Serozan, Rona (Editör) (2004) Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

Narbay, Şafak (2003) ‘Çek Kanununda Değişiklik Yapan 4814 Sayılı Kanundan Önce Basılan Ya Da Bastırılan Çeklerin Hukuki Durumu Hakkında Bir Değerlendirme’ Batider, C: XXII, S: 2, s. 95-113.

Narbay, Şafak (2010) ‘5941 Sayılı Çek Kanunu’nun Getirdiği Bazı Yenilikler Ve Bunların Değerlendirilmesi’ Terazi Hukuk Dergisi, S: 43, s. 65-99.

Narbay Şafak / Güney, Zehra (2017) ‘6728 Sayılı Kanun’un Çeke İlişkin Hükümlerinin “Çekte Şekil Şartları” Bakımından Değerlendirilmesi’ Terazi Hukuk Dergisi, C: 12, S: 126, s. 42-60.

Nuhoğlu, Ayşe ‘4814 Sayılı Kanunla Değişik Karşılıksız Çek Keşidesi Suçu’ : Centel, Tankut (Editör) (2004) Prof. Dr. Aydın Arbay’a Armağan, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Özbek, Veli Özer (2010) ‘Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçu (5941 Sayılı Çek Kanunu m.5/1-3) Ve Çek Düzenleme Ve Çek Hesabı Açma Yasağı (5941 Sayılı Çek Kanunu m.5/4-10)’ Ceza Hukuku Dergisi, S: 14, Y: 5, s. 7-29.

Özgenç, İzzet (2010) Çek Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Özgenç, İzzet (2012) Çek Kanunu, 5. Bası, Ankara, Seçkin.

Özgenç, İzzet (2018) Çek Kanunu, 7. Bası, Ankara, Seçkin.

Öztan, Fırat (2016) Kıymetli Evrak Hukuku, 20. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal (2013) Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Pulaşlı, Hasan (2010) Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Reisoğlu, Seza (2003) Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 3. Baskı, Ankara, Cem Web Ofset.

Reisoğlu, Seza (2011) Çek Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Cem Web Ofset.

Selçuk, Sami ‘Yetersiz Çek, Karşılıksız Çek Keşidesi Suçunu Oluşturur’: İmregün, Oğuz / Moroğlu, Erdoğan / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer (Editörler) (2001) Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II, 1. Baskı, İstanbul, Beta.

Soyer Güleç, Sesim (2007) Borç İçin Hapis Yasağı Ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

Şen, Ersan / Malbeleş, Erkam (2013) Son Değişiklikler Işığında Yeni Çek Kanunu’nda Karşılıksız Çek, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.

Şener, Oruç Hami (1988) ‘Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eylemini, 3167 Sayılı Çek Kanununun 16. Maddesi İle Cezalandırmak Mümkün Müdür?’, Ankara Barosu Dergisi, S: 2, s. 239-243.

Tenekeci, Cüneyt (2018) ‘Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu’ Terazi Hukuk Dergisi, C: 13, S: 143, s. 157-168.

Uyar, Talih (1987) ‘Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu’ Ankara Barosu Dergisi, S: 5-6, s. 671-683.

Yasan, Mustafa (2012) ‘6273 Sayılı “Çek Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un İncelenmesi’ Batider, C: XXVIII, S: 2, s. 95-137.

Yasan, Mustafa (2014) ‘Çek Kanunu Geçici M. 3 F. 1 Uyarınca Üzerinde Yazılı Düzenlenme Tarihinden Önce İbraz Geçersiz Olan Çekin, Muhatap Banka Tarafından İşleme Konması (Ve Özellikle Ödenmesi)’ Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 19, s. 321-354.

Yıldırım, Zeki / Çetintürk, Ekrem (2012) ‘İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerektiği Sorunu’ TBB Dergisi, S: 103, s. 27-84.

Yördem, Yılmaz (2018) ‘6728 sayılı Kanunla Çek Kanununda Yapılan Değişiklikler Ve Karşılıksız Çek Sorunsalı’ Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 33, Y: 9, s. 347-368.

Diğer Kaynaklar:

<<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/48ab66a6-e73b-4d28-b3f1-f29d4a0a2e7e?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>>, s.e.t. 20.09.2018.

<<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8d79d07f-98b8-4579-9fe1-2e660459a9da?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>>,s.e.t. 04.10.2018.

<<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6273ss.pdf>>, s.e.t. 27.09.2018.

<https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/1465/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Agustos_2018.pdf>, s.e.t. 06.10.2018.

<<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss58m.htm>>, s.e.t. 19.09.2018.

<<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss445.pdf>>,s.e.t. 25.09.2018.

<<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0728.pdf>>, s.e.t. 01.10.2018.

5312 SAYILI KANUNA GÖRE DENİZ ÇEVRESİNİN PETROL VE DİĞER ZARARLI MADDELERLE KİRLENMESİNDE ZARARLARIN TAZMİNİ

Doç. Dr. Hacı KARA*

ÖZET

Petrol taşımacılığı, büyük ölçekte denizyoluyla yapılmaktadır. Bu ise deniz çevresinin kirlenmesi açısından önemli bir tehdittir. Denizde konuşlu petrol platformları da muhtemel deniz kirliliğinde önemle dikkate alınması gereken bir diğer faktördür.

İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı'ndan oluşan doğal bir geçiş yoluna sahip ülkemiz açısından petrol taşımacılığı, deniz kirliliği bakımından önemli bir tehlike de içermektedir. Konunun önemine istinaden Türkiye deniz çevresinin korunması ile ilgili konvansiyonların hemen hemen tamamına taraftır. Birçok konvansiyon hükümleri Türkiye hakkında uygulamaya girmiştir. Bununla yetinilmemiş iç mevzuatta da önemli kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Başlıca düzenlemelerden biri de, 5312 sayılı “Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun’dur.

Bu çalışmada, 5312 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde kirlenme zararlarının sorumlu tarafları, kirlenme zararlarının kapsamı, zararların belirlenmesi, güvence altına alınması ve tazminine dair esaslar incelenmektedir. Acil durumlara hazırlıklı olmaya dair yetkili kurum ve kuruluşların görev ve sorumlulukları çalışma kapsamı haricindedir.

Anahtar Kelimeler: Petrol ve Diğer Kirletici Maddeler, Petrol Kirliliğinde Acil Durumlara Hazırlık ve Müdahale, Hukuki Sorumluluk, Kirlenme Zararlarının Tazmini, Kıyı Tesisleri Zorunlu Sigortası.

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, haci.kara@medeniyet.edu.tr (Geliş Tarihi: 17.09.2018– Kabul Tarihi: 18.01.2019).

COMPENSATION FOR DAMAGES IN POLLUTION OF MARINE ENVIRONMENT BY OIL AND OTHER HARMFUL SUBSTANCES ACCORDING TO LAW NO. 5312

ABSTRACT

Oil transportation is carried out by sea on a large scale. This is a significant threat to the pollution of the marine environment. Coastal facilities and oil platforms located at sea are other factors that should be taken into consideration in the possible marine pollution.

In terms of our country, which has a natural passageway consisting of the Bosphorus, the Marmara Sea and the Dardanelles, oil transportation includes a significant danger with respect to marine pollution.

Referring to the importance of the issue Turkey is a party to almost all of the Conventions relating to the protection of the marine environment. Many of the provisions of the Convention was implemented on Turkey. Significant arrangements have also been made in domestic legislation which has not been enough. One of the main regulations is Law No. 5312 on "*The Act on Principles of Intervention in Urgent Cases of Pollution of the Sea Environment by Oil and Other Noxious Items and Compensation (UCPS Act)*".

In this study, the parties responsible for pollution damage, the scope of pollution damages, the determination of the damage, the guarantee and compensation principles are examined within the scope of the provisions of the UCPS Act. The duties and responsibilities of the authorized institutions and institutions to be prepared for emergencies are beyond the scope of the study

Key Words: Petroleum and Other Pollutants, Emergency Preparedness and Response to Oil Pollution, Legal Liability, Compensation for Pollution Damage, Compulsory Insurances for Coastal Facilities.

GİRİŞ

Ham petrol ve petrol ürünleri taşımacılığının büyük ölçekte denizyoluyla yapılması, deniz çevresinin kirlenmesi¹ bakımından önemli bir tehdit oluşturmaktadır. Denizde konuşlu petrol platformları² da muhtemel deniz kirliliğinde bir diğer önemli faktör olarak yer almaktadır³.

Dünyadaki önemli deniz petrol kirlilikleri ise büyük oranda gemi kaynaklıdır. Kirliliğe sebep olan önemli kazalar incelendiğinde: 1989 yılında Exxon Valdez petrol tankerinden, Alaska Prince William Sound bölgesinde 40.882-119,826 ton (10,8-31,7 milyon galon)⁴; 1979 yılında Ixtoc 1 Oil Well'den, Meksika Campeche körfezinde 529.956 ton (140 milyon Galon)⁵; 1979 yılında Atlantic Empress tankerinden, Batı Hint Adaları, Trinidad ve

¹ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi (United Nations Convention on the Law of the Sea, UNCLOS) m.1/4, Deniz Çevresinin Kirlenmesi, “Canlı kaynaklara ve deniz yaşamına zarar verme, insan sağlığı için tehlike oluşturma, balıkçılık ve denizlerin diğer yasal amaçlarla kullanımı da dâhil olmak üzere, denizcilik faaliyetlerini engelleme, deniz suyunun niteliğini değiştirme ve güzellikleri bozma gibi zararlı etkileri olan veya olabilecek maddelerin veya enerjinin, insan tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, hal-liciler de dâhil olmak üzere, deniz çevresine dâhil edilmesidir.” Kirlenme Kanunda, “Acil müdahale planlarının uygulanmasını veya acil müdahaleyi gerektiren çarpışma, kırılma, yangın, patlama veya diğer nedenlerle gemilerden veya kıyı tesislerinden kaynaklanan kirlenme veya zarar ortaya çıkaran veya ortaya çıkma tehlikesi yaratan olay sonucunda, petrol ve diğer zararlı maddelerin; canlı kaynaklara ve deniz yaşamına zarar verecek, insan sağlığı için tehlike oluşturacak, balıkçılık ve denizlerin diğer yasal amaçlarla kullanımı da dahil olmak üzere, denizcilik faaliyetlerini engelleme, deniz suyunun niteliğini değiştirme ve ekolojik dengeyi bozma gibi zararlı etkiler yaratacak şekilde deniz çevresine karışması” şeklinde tanımlanmıştır (5312 sayılı kanun m. 2/h).

² 29 Nisan 2010 tarihinde Meksika Körfezi'nde BP şirketine ait bir petrol kuyusundan yüksek miktarda petrol sızması gerçekleşmiştir. Kısa sürede Petrol 1500 kilometrekareyi aşkın alana yayılmış ve denize günde 5000 varil (210,000 galon) petrol akmaya başlamıştır. Olayın önüne geçebilmek için petrol sızan deniz ateşe verilmiştir. Petrol kuyusunda iki delik daha bulunmasıyla birlikte olayın tarihteki en büyük petrol sızıntısı olmasından duyulan korku daha da büyümüştür. Bölgede ayrıca filtre gemileri ile robot denizaltılar da sızıntıyı önlemeye çalışsalar da petrol Louisiana sahiline kısa sürede 50 km kadar yaklaşmıştır. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8650620.stm>, s.e.t. 14.06.2018

³ Ed Levine, Effects of Oil on the Marine Environment, Contingency Planning and Spill Response, <http://www.harboresuary.org/reports/harborheron/Presentations/0114-1513/HHerons_Tuesday/OilSpill101.pdf> s.e.t. 14.06.2018.

⁴ Final Report, Alaska Oil Spill Commission, <<http://www.evostc.state.ak.us/index.cfm?FA=facts.details>>, s.e.t 29.08.2018

⁵ Ixtoc I Oil Spill Economic Impact Study Executive Summary, <<https://www.boem.gov/ESPIS/3/3929.pdf>> s.e.t. 29.08.2018.

Tobago'da, 334.250 ton (88.3 milyon Galon)⁶; 1992 yılında Fergana Valley'den, Özbekistan sahillerinde 331.979 ton (87.7 milyon galon)⁷, 1988 yılında Odyssey tankerinden; Kanada, Nova Scotia kıyısından 700 mil açıkta, 162.772 ton (43 milyon galon)⁸; 1978 yılında Amoco Cadiz tankerinden, İngiltere ve Fransa açıklarında 260.056 ton (68.7 milyon galon)⁹; 1991 yılında ABT Summer'dan, Angola sahilinde 302.832 ton (80 milyon galon)¹⁰ ve 1991 yılında M/T Haven tankerinden, İtalya, Cenova sahilinde 158.986 ton (42 milyon galon)¹¹ petrol sızdığı veya döküldüğü kazalar ilk sıralarda yer alan kazalardır¹².

Bu bakımdan uluslararası hukukta, deniz çevresinin her türlü kaynaktan¹³ kirlenmesini, özellikle de gemi kaynaklı¹⁴ kirlenmesini önlemek üzere çok sayıda konvansiyon¹⁵ yürürlüğe konulmuştur. Türkiye bu konvansiyonlardan neredeyse tamamına taraftır¹⁶ ve konvansiyon hükümleri Türkiye

⁶ ATLANTIC EMPRESS, West Indies, (1979), <<https://shipwrecklog.com/log/history/atlantic-empress/>> s.e.t. 29.08.2018.

⁷ March 1992: The Fergana Valley Massive Oil Spill, <<http://www.energyglobalnews.com/march-1992-the-fergana-valley-massive-oil-spill/>> s.e.t. 29.08.2018

⁸ ODYSSEY, off Canada, (1988), <<http://www.itopf.org/in-action/case-studies/case-study/odyssey-off-canada-1988/>> s.e.t. 29.08.2018.

⁹ Amoco Cadiz, France (1978), <<http://www.itopf.org/in-action/case-studies/case-study/amoco-cadiz-france-1978/>> s.e.t. 29.08.2018.

¹⁰ ABT SUMMER, off Angola, (1991), <<http://www.itopf.org/in-action/case-studies/case-study/abt-summer-off-angola-1991/>> s.e.t. 29.08.2018.

¹¹ An Environmental Restoration Programme 12 Years After: Haven Wreck, <<https://wwz.cedre.fr/en/content/download/1730/16920/file/8-icram-12years-after-restoration-haven-1-en.pdf>> s.e.t. 29.08.2018.

¹² <<http://www.popularmechanics.com/science/energy/g1765/biggest-oil-spills-in-history/?>> s.e.t. 27.12.2018.

¹³ Genel olarak deniz kirliliğine yol açan kaynakları, dört ana grupta toplamak mümkündür. Bunlar; gemiler, depolama, deniz yatağının işletilmesi ve kara faaliyetleridir. **Kara, Hacı** (2005) Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukukuna Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul, Yamaner, s. 5.

¹⁴ Gemi kaynaklı kirlenmeler, denizde gerçekleştirilen faaliyetler dolayısıyla gemilerden sızan, bırakılan veya boşaltılan her türlü petrol, petrol türevleri ve diğer zararlı maddeler ile, denize boşaltılan çöpler veya doğrudan doğruya dökülen pis su nedeniyle ortaya çıkabileceği gibi, özellikle geminin taşıdığı yük dolayısıyla da oluşabilir. **Kara** (2005), s. 6.

¹⁵ Genellikle önemli ve kural koyucu çok taraflı andlaşmalara, sözleşme ya da eski adıyla mukavelename (*Convention, Konvention*) denilmektedir. **Pazarıcı, Hüseyin** (1997) Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, 6.B., Ankara, Turhan, s. 110, Bu çalışmada "Sözleşme" ve "konvansiyon" kavramlarının ikisi de antlaşma anlamında kullanılmıştır.

¹⁶ Protocol of 1992 to Amend The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969 (CLC PROT 1992), International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, (FUND PROT

hakkında uygulamaya girmiştir. Bununla da yetinilmeyerek milli mevzuatımızda da önemli düzenlemeler yapılmıştır. Başlıca önemli bu düzenlemelerden biri de, **5312 sayılı “Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun**’dur¹⁷.

Kanun; *çarpışma*¹⁸, *kırılma*, *yangın*, *patlama veya diğer nedenlerle gemilerden*¹⁹ veya *kıyı tesislerinden kaynaklanan kirlenmelere acil müdahale, kirlenmenin önlenmesi ve giderilmesi zararların tespit ve tazmini hususlarında önemli hükümler içermektedir*²⁰.

Yasalaşma faaliyetinde Avrupa Birliği’ne uyum süreci ve uluslararası sözleşmelere katılım sonucunda bu sözleşmelerden kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmeye çalışılması önemli rol oynamıştır. Ancak, iyiniyetli yaklaşımlara rağmen yasalar hazırlanırken uzman kişilerin görüşlerine itibar edilmemesi önemli aksaklıklara neden olmakta, yasa metinlerini yürürlüğünden kısa bir süre sonra tartışmalı hale getirmektedir²¹.

1992), Protocol of 2003 to the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1992 (FUND PROT 2003), International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973, as modified by the Protocol of 1978 relating thereto (MARPOL 1973/1978), International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, BUNKERS 2001), 2000 Protocol on Preparedness, Response and Co-operation to Pollution Incidents by Hazardous and Noxious Substances (OPRC/HNS PROT 2000).

¹⁷ RG (Resmi Gazete), 11.3.2005 tarih ve 25752 sayılı. 3.3.2005 tarihli Kanun yayımı tarihinden itibaren üç ay sonra yürürlüğe girmiştir. ULLA isimli geminin 6/9/2004 tarihinde atık yüküyle birlikte İskenderun Körfezi’nde demirli hâlde iken batması, Kanun’un yürürlük sürecini hızlandırmıştır. **Demir, İsmail** (2011) “Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Esasları Açısından Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S 1, Ocak-Mayıs 2011, s. 252.

¹⁸ TTK m. 1286 vd. maddelerde çatma düzenlenmiştir.

¹⁹ TTK m. 1256/5/a: Bu maddenin uygulanmasında; “Gemi kazası”, geminin enkaz hâline gelmesini, alabora olmasını, karaya oturmasını, çatmayı, gemideki infilâkı, yangını ve arızayı ifade eder.”

²⁰ **Kara, Hacı** (2010) *Deniz Çevresinin Kirlenmesinde Acil Müdahale Kanunu Hakkında Genel Değerlendirme*, Marmara Denizi 2010 Sempozyumu Bildiriler Kitabı, İstanbul, s. 116 vd.

²¹ Nitekim 5312 sayılı kanunun da kısa sürede değişikliği hususunda yetkili makamlarca çalışma başlatılacağı bildirilmiştir. **Keçeli, M. Alper** (2010) 5312 Sayılı Kabus Bitiyor mu?, *Denizci*, Yıl 2, S. 5, Nisan-Mayıs-Haziran, s. 13.

5312 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da, “Deniz Çevresinin Petrol Ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun Kapsamında Mal Ve Hizmet Alımına İlişkin Yönetmelik (Mal Ve Hizmet Alım Yönetmeliği)”²² ile “Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Uygulama Yönetmeliği (Uygulama Yönetmeliği)”²³ yürürlüğe konulmuştur.

I. 5312 SAYILI KANUNUN AMACI, NİTELİĞİ VE DİĞER KANUNLARLA BİRLİKTE UYGULANMASI

A. AMACI

Günümüzde petrol²⁴ ve diğer zararlı maddelerin önemli bir miktarının deniz yoluyla taşınması; yük olarak taşınmasa bile, gemilerde yakıt olarak kullanılmak zorunda olması ve kıyı tesislerindeki petrol ve diğer zararlı maddelere ilişkin çok çeşitli ve yoğun faaliyetlerin gerçekleştirilmesi nedeniyle deniz çevresi²⁵; petrol ve diğer zararlı ve tehlikeli maddelerle kirlenme veya kirlenme bakımından önemli bir tehlikeye maruz kalmaktadır. Özellikle son yıllarda

²² RG, 26.4.2006 tarih ve 26150 sayılı.

²³ RG, 21/10/2006 tarih ve 26326 sayılı.

²⁴ 5312 sayılı kanun m. 2/m: “Petrol: Denizlerin Gemiler Tarafından Kirlenmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşmenin (MARPOL 73/78) I inci ekinin I inci eklentisinde listelenen maddeler ile bu liste ile sınırlı olmaksızın ham petrol, akaryakıt, slaç, rafine ürünler ve toprak altında doğal olarak meydana gelen her türlü sıvı hidrokarbon karışımını ifade eder.” “Petrol” “1969 Tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmede Değişikliğe Dair 1992 tarihli Protokol (HSS 1992)’de ise; “yük olarak veya geminin yakıt tanklarında bulunan, ham petrol, fuel-oil, ağır dizel yağı ve gres yağı gibi dayanıklı (buharlaşıma derecesi yüksek) petrol mineralleri ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır (HSS m.1/b. 5). Bu tanımla, HSS 1969 (1969 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme)’da tereddütlere yol açan bu nedenle eleştirilen bir aksaklık giderilmiş ve denizi kirliliğine yol açan petrolün, gemide yük olarak veya yakıt olarak taşınmasına bakılmaksızın Sözleşmenin uygulanacağı kabul edilmiştir. The International Oil Pollution Compensation Fund 1992, Explanatory Note Prepared By the 1992 Fund Secretariat, August 2002, s. 2.

²⁵ Deniz çevresinin ne anlama geldiği, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde tanımlanmamıştır. Ancak, Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı sırasında, Üçüncü Komitenin çalışmalarını sunduğu bir raporda, deniz çevresi teriminin, deniz hayatını kapsadığı belirtilmiştir. Böylece, sözleşmede yapılan deniz kirlenmesi tanımı ile deniz, çevresiyle bağlantılı olan ilişkiler sistemi içinde bir bütün olarak algılanmış ve yalnızca denizde yapılan faaliyetlerden kaynaklanan kirlenmenin deniz kirliliği olarak yorumlanmasına engel olunmak istenmiştir. Kara (2005), s. 4.

yapılan yasal tüm düzenlemelere ve alınan tedbirlerdeki önemli artışa rağmen; *çarpma (çatma), kırılma, karaya oturma, yırtılma, yangın, patlama veya diğer çeşitli nedenlerle*, bu maddeleri taşıyan gemilerden veya herhangi bir kaza sonucu kıyı tesislerinden²⁶, denize ve çevresine petrol ve diğer zararlı ve tehlikeli maddelerin boşalması, dökülmesi, sızması ve yayılması riski önlenememiş ve ortadan kaldırılamamıştır.

Böyle bir durumla karşılaşılması halinde, deniz çevresinin kirlenmesinin önlenmesi; kirlenmenin önlenememesi durumunda en azından kirliliğin sınırlandırılması, azaltılması ve deniz çevresinin temizlenmesi için yapılacak müdahalede yapılacak iş ve faaliyetler büyük önem kazanmaktadır. Dolayısıyla, deniz çevresinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesine sebep olabilecek acil durumlarda etkin müdahalede, ilgili kuruluşların görev, yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi, müdahale usul ve yöntemlerin tespiti; önceden hazırlıklı olmayı, teşkilatlanmayı, imkân ve kabiliyetlere sahip olmayı ve iyi bir planlamayı gerektirmektedir.

Diğer taraftan, bir ülkenin kendi deniz alanlarında meydana gelen veya meydana gelebilecek ve kirlenme tehlikesi oluşturabilecek ya da kirlenmeye yol açabilecek bir olaya zamanında ve etkin müdahale edebilmesi, aynı zamanda o ülkenin egemenlik haklarının teyidi ve göstergesi olarak kabul edilmektedir²⁷. Bu bakımdan 5312 sayılı kanun hazırlanırken amacı tüm bu faaliyetleri kapsayacak şekilde, oldukça geniş tutulmuştur.

²⁶ 5312 sayılı kanun m. 3/g; Kıyı tesisi: "Açık deniz tesisleri ve boru hatları da dahil, kıyıda veya kıyıya yakın bölgelerde denizlerin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesine yol açabilecek faaliyetleri icra eden tesisi" ifade eder.

²⁷ Genel gerekçede Kanunun hazırlık amacı şu şekilde ifade edilmiştir: "Günümüzde petrol ve diğer zararlı maddelerin büyük ölçüde deniz yoluyla taşınması ve kıyı tesislerindeki petrol ve diğer zararlı maddelere ilişkin faaliyetler nedeniyle, deniz çevresi, petrol ve diğer maddelerle kirlenme konusunda önemli bir tehdide maruz kalmaktadır. Alınan tüm tedbirlere rağmen, çarpma, kırılma, yangın, patlama veya diğer nedenlerle, bu maddeleri taşıyan gemilerden veya herhangi bir olay sonucu kıyı tesislerinden, denize petrol ve diğer zararlı maddelerin yayılması riskinin ortadan kaldırılamaması nedeniyle, böyle durumlarda deniz çevresinin kirlenmesinin önlenmesi veya kirliliğin azaltılması için yapılacak müdahale ve faaliyetler önem kazanmaktadır. Uygulama alanlarında, deniz çevresinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesinde acil durumlarda etkin müdahale; ilgili kuruluşların görev, yetki ve sorumluluklarının belirlenmesini, müdahale usul ve yöntemlerinin tespitini, önceden hazırlıklı olmayı, teşkilatlanmayı, imkân ve kabiliyetlere sahip olmayı ve iyi bir planlamayı gerektirmektedir. Diğer taraftan, bir ülkenin, deniz yetki alanlarında meydana gelecek bir olaya zamanında ve etkin müdahale edebilmesi, aynı zamanda egemenlik haklarının teyidi ve göstergesi olarak kabul edilmektedir. Deniz çevresinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesinde zararların tazmini, buna neden olabilecek faaliyetleri icra edenlerin önceden bazı sigorta sistemleri ile tazminat garantisini sağlamaları ile mümkündür. Deniz yetki alanlarına giren gemilerin ve

Kanunun amacı:

➤ Acil durumlarda gemilerden ve kıyı tesislerindeki faaliyetlerden kaynaklanan kirlenme tehlikesini ortadan kaldırmak veya kirlenmeyi azaltmak, sınırlamak ve gidermek için uygulanacak müdahale ve hazırlıklı olma esaslarını belirlemek,

➤ Olay sonucu ortaya çıkan zararların tespit ve tazmin esaslarını belirlemek;

➤ Uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi esaslarını belirlemek;

➤ Kanun kapsamına giren kişilerle kurum, kuruluş, gemi ve tesisler ile Kanunda sayılan ilgililerin görev, yetki ve sorumluluklarını belirlemektir.

Buna göre kanunda belirtilen amaçları genel olarak iki başlık altında tasnif etmek mümkündür: **Birincisi**, deniz çevresinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesine yol açan herhangi bir durumda, kirlenmeye müdahale ile ilgili görev ve sorumlulukları düzenlemek, **ikincisi**, kirlenmeyi önleme masrafları²⁸ ve kirlenme sonucu oluşan zararların tazmini esaslarını belirlemektir²⁹.

mevcut kıyı tesislerinin uygun sigorta sistemlerine sahip olup olmadıklarının takip ve kontrolü ile müdahale sonucunda tazmin konusundaki yetki, görev ve sorumlulukların belirlenmesi, sistemin işleyişinin vazgeçilmez prensipleridir. Deniz çevresinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesinde acil durumlarda müdahale ve zararların tazmini konusunda, taraf olduğumuz uluslararası düzenlemelerle üstlenilen yükümlülükler ile hak ve yetkilerin iç hukuk düzenlemelerine yansıtılması vazgeçilmez bir ihtiyaç olup, bu konu, üç tarafı denizlerle çevrili ve petrol ve/veya diğer zararlı maddeleri taşıyan gemi trafiğine yoğun olarak maruz kalan ülkemiz için ayrı bir önem taşımaktadır. Tasarı, bugüne kadar Türk boğazlarında ve Türkiye'nin deniz yetki alanlarında meydana gelen olaylarda, müdahale ve tazmin konularında yaşanan olumsuzlukların giderilmesi amacıyla hazırlanmıştır.” Kanun gerekçesi, <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss718m.htm>> s.e.t. 02.05.2018.

²⁸ 5312 sayılı kanun m. 2/(ı)'da Koruyucu önlem: “Bir olayın meydana gelmesinden sonra ortaya çıkabilecek muhtemel kirlenmeyi önlemek veya sınırlı tutmak amacıyla alınan tedbirler” ifadesi ile tanımlanmıştır. Kirlenmenin önlenmesi, kirlenmeye yol açabilecek olayın meydana gelmesinden önce ya da hemen olayı takiben kirlenme henüz oluşmadan söz konusu iken, kirlenmenin olayı takiben ya da ani bir şekilde olay anında oluşmaya başlaması halinde ise artık, kirlenmenin önlenmesi değil kirlenmenin sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Kirlenme gerçekleşikten sonra ise, kirlenme ile mücadele yani kirliliğin ortadan kaldırılmasına yönelik faaliyetler söz konusu olacaktır. **Kara** (2005), s. 73.

²⁹ Kanun, bu amacın gerçekleştirilmesinde deniz emniyetinin sağlanması ve deniz kirliliğinin önlenmesi konusundaki uluslararası hukuk ve iç hukuktan doğan hak ve yükümlülükleri, hareket noktası olarak esas almaktadır. **Demir** (2011), s. 252, **Kuyucu Meriç, Gülfer** (2017) Donatının Petrol Kirliliğinden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması, İstanbul, Filiz, s. 84.

B. NİTELİĞİ

Üç tarafı denizlerle çevrili olan ülkemiz coğrafi konumu bakımından aynı zamanda petrol veya diğer zararlı maddeleri taşıyan gemi trafiğine yoğun olarak maruz kalmaktadır. Bu nedenle deniz çevresinin her türlü kirlenmeye karşı korunması ülkemiz bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. Bu kapsamda hazırlanan en önemli yasal düzenlemelerden biri olan 5312 sayılı kanun, deniz çevresinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesinde acil durumlarda müdahale ve zararların belirlenmesi ve tazmini konusunda uygulama alanı bulur.

Türkiye'nin deniz kirliliği konusunda taraf olduğu uluslararası sözleşmeler de Anayasanın 90. maddesi gereğince bir kanun hükmü gibi kabul edilip uygulanacaktır. Uluslararası sözleşmelerin yürürlüğe konulmasında İngiltere gibi Anglo-Sakson kökenli bazı ülkeler, sözleşmenin ilgili olduğu mevcut kanunlarına ekleme yapmak suretiyle kendi iç hukukuna ithal etme usulünü benimserken, diğer bazı ülkeler ise bu sözleşmeler için ayrı bir uygulama kanunu çıkarmayı tercih etmektedirler.

Türk Hukuku'nda ise sözleşmeler Anayasadaki düzenlemeye göre kanun hükmünde sayılmaktadır. Yani teknik anlamda kanun gibi kabul edilip uygulanması gerekmektedir. Hatta Danıştay'ın bazı kararlarında sözleşmelerin, normlar hiyerarşisinde kanunların bile üzerinde yer aldığı kabul edilmektedir. Buna karşın uluslararası sözleşmelerin uygulanması bakımından uygulamada tereddütlerle karşılaşıldığı, genellikle mahkemelerin verdikleri kararlarda hukuki dayanak olarak sözleşme hükümlerini esas almadıkları ve bunlara itibar etmedikleri gözlenmektedir. Uygulamada yaşanan tereddütlerin giderilmesi, sözleşmelerin iç hukuka uyarlanması, diğer kanunlar ile sözleşmeler arasında çıkabilecek hüküm çatışmalarının önlenmesi ve sözleşme gereğince iç hukukta düzenleme yapılması bakımından; Türk Hukuku'nda tercihen, sözleşme hükümlerinin ilgili olduğu kanuna ithal edilmesi, bu metodun benimsenmesinde temel birtakım güçlüklerle karşılaşılması halinde ise mutlaka bir uygulama kanunun çıkarılması gerektiği değerlendirilmektedir³⁰.

³⁰ Kara (2005), s. 48-49.

Bununla birlikte yukarıda açıkladığımız üzere, gerekçesinde her ne kadar 5312 sayılı kanunun düzenlenmesindeki amaç olarak, tarafı olduğumuz uluslararası düzenlemelerle üstlenilen yükümlülükler ile hak ve yetkilerin iç hukuk mevzuatına yansıtılmasının vazgeçilmez bir ihtiyaç olduğu belirtilmişse de, Kanun, ülkemizin tarafı olduğu herhangi bir uluslararası konvansiyonun uygulama kanunu niteliğinde değildir. Çünkü gerek 5312 sayılı kanunun hazırlık süreci³¹ ve gerekçesi³², gerekse hükümleri incelendiğinde Kanunun, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerin³³, özellikle "1969 Tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmede Değişikliğe Dair 1992 tarihli Protokol (HSS 1992)"³⁴, "Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir

³¹ RG, 11/3/2005 tarih ve 25752 sayılı, Kanunun hazırlık geçmişi için bkz. **Demir** (2011), s. 250-252, Bu Kanun'un hazırlık sürecinde ve içeriğinde, deniz çevresinin ve zarar görenlerin korunmasına yönelik kaygılar ağır basmıştır. Ancak bu kaygıların ışığında hazırlanan metin, Deniz Ticareti ve İdare Hukuku alanında yürürlükte olan mevzuat ile birçok yönden çelişki içinde bulunduğu gibi, Türkiye'nin taraf olduğu bazı Milletlerarası Sözleşmelere de aykırı düşmektedir, **Atamer, Kerim** (2009) Yargıtay Kararları Işığında, Deniz Ticareti Ve Deniz Sigortası Hukukunda Güncel Sorunlar Ve Gelişmeler, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, XXIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 12 Haziran, s. 7.

³² Tasarı, bugüne kadar Türk boğazlarında ve Türkiye'nin deniz yetki alanlarında meydana gelen olaylarda, müdahale ve tazmin konularında yaşanan olumsuzlukların giderilmesi amacıyla hazırlanmıştır.

<<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss718m.htm>> s.e.t. 02.05.2018.

³³ Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale Ve İşbirliği İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1990 (*The International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation (OPRC 1990)*). 13 Mayıs 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ve Ek'lerine katılmamız Bakanlar Kurulu'nun 25/08/2003 tarih ve 2003/6084 sayılı kararı ile kararlaştırılmıştır (RG: 18/09/2003 T. ve 25233 S.). <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201891/volume-1891-i-32194-english.pdf>> s.e.t. 10.08.2018.

³⁴ Protocol of 1992 to Amend The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969 (CLC Prot. 1992) 30.05.1996'da yürürlüğe girmiştir. 2000 yılında yapılan değişiklikle (LEG.1(82)) limitler değiştirilmiştir. 2000 değişikliği 01.11.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin 27.01.2001 tarih ve 4507 sayılı Kanun'la (RG: 24.7.2001 T. ve 24472 S.) ile 1992 Protokolü ile değişik Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili 29.11.1969 tarihli Brüksel Sözleşmesi'ne katılımı uygun bulunmuştur. Yaklaşık bir yıl sonra, 4658 sayılı kanun (RG: 09.05.2001 T. ve 24397 S.) ile bu kanunda değişiklik yapılarak kanun metninden "ekli çekince ve beyanla" ifadesi çıkarılmıştır. Türkiye'nin katılma belgesi 17.08.2001 tarihinde Örgüt Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiştir. Sözleşme gereğince bir yıl sonra (yani, 17.08.2002 tarihinden itibaren) bu sözleşme Türkiye hakkında yürürlüğe girmiştir.

*uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme (FON 1992)*³⁵ ve *1990 Tarihli Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İşbirliği ile İlgili Uluslararası Sözleşmesi (OPRC)*³⁶’nin³⁶ uygulama kanunu³⁷ niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır³⁸.

Örneğin, OPRC sözleşmesi m. 2/1’e göre petrol, ham petrol, fueloil, atık, petrol artığı ve işlenmiş ürünler dahil her şekilde petrol anlamındadır³⁹. Halbuki 5312 sayılı kanun 3/m maddesinde ise petrol, “Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşmenin (MARPOL 73/78)” I inci ekinin I inci eklentisinde listelenen maddeler ile bu liste ile sınırlı olmaksızın ham petrol, akaryakıt, slaç, rafine ürünler ve toprak altında doğal olarak meydana gelen her türlü sıvı hidrokarbon karışımı olarak tanımlanmıştır. Öte yandan, 5312 sayılı kanunun amaçları, OPRC 1990’da düzenlenen hak ve yükümlülüklerle karşılık gelmekte, bunlarla örtüşmektedir⁴⁰.

³⁵ International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, (FUND Prot. 1992). FUND 1971 Sözleşmesini tadil eden 27.11.1992 tarihli Protokol 30.05.1996 yılında yürürlüğe girmiştir. 2000 yılında tazminat limitleri değişikliğe (LEG.2(82)) uğramıştır. 2000 değişikliği 01.11.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye’nin, Fon Sözleşmesine katılması, 4508 sayılı Kanun (29/01/2000 T. ve 23948 S. RG. ile kabul edilmiş ve bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, bu kanunda 4658 sayılı kanunun (09/05/2001 T. ve 24397 S. RG. 2. maddesi ile değişiklik yapılarak kanunda yer alan “ekli çekince ile” ifadesi kanun metninden çıkarılmıştır. Türkiye’nin katılma belgesi 15.08.2001 tarihinde Örgüt Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiş ve sözleşme 17.08.2002 tarihinden itibaren Türkiye Hakkında Yürürlüğe Girmiştir (244 sayılı Kanunun 3. maddesi gereğince hazırlanan katılma işleminin uygun bulunduğuna dair 15/06/2001 tarih ve 2001/2669 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile, Sözleşmenin İngilizce ve Türkçe metinleri 18/07/2001 tarih ve 24466 sayılı RG’de yayımlanmıştır). 1992 Uluslararası Petrol Kirliliği Tazmin Fonu Talepler El Kitabı, Gayriresmi Tercümesi Ve İlgili Mevzuat Ve Uygulamalar, Ankara Ekim 2013.

³⁶ The UN Convention on the Law of the Sea 1982, the International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation (OPRC), Ülkemiz, 25.08.2003 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla, OPRC’ye taraf olmuştur RG: 18.09.2003 T. ve 25233 S., Bu Sözleşmenin Kurtarma hizmetlerinin islahı” başlıklı 8 inci Kararının 1 inci maddesinde Akit Devletlerin gecikmeksizin Salvage 1989 Sözleşmesine taraf olmaları talep edilmektedir.

³⁷ 5312 sayılı Kanun, tazmin rejimine uyumu kolaylaştıracak nitelikte bir uygulama kanunu olarak görülemez. **Demir** (2011), s. 256.

³⁸ Kanun, zararların tespiti, zarar görenlerin Müsteşarlığa başvurması, tazminatın paylaşılması, zamanaşımı süresi ve mali sorumluluk garantilerinin bildirim gibi konularda 1992 HSS ve 1992 FON Sözleşmesi hükümlerine aykırı çok sayıda hüküm ihtiva etmektedir. **Demir** (2011), s. 255 vd.

³⁹ **Kara** (2005), s. 51.

⁴⁰ **Demir** (2011), s. 253.

C. UYGULANMASI

Bir diğer önemli husus 5312 sayılı kanun hükümlerinin, deniz kirliliği ilgili esasları düzenleyen uluslararası sözleşmelerin ve benzeri diğer kanun hükümlerinin uygulanmasına engel olup, olmayacağıdır. Bir diğer ifadeyle 5312 sayılı kanunun uygulandığı durumlarda, benzer düzenleme içeren uluslararası sözleşmeler ile kanun hükümlerinin de uygulanmaya devam edip etmeyeceği, bunlara nazaran 5312 sayılı kanunun öncelikle uygulanmasının gerekip, gerekmediği hususlarıdır.

Nitekim Çevre Kanunu (ÇK) böyle bir durumu açıkça düzenlemiştir. ÇK m. 28/2'deki, "Kirlitenin meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır" hüküm gereğince, ÇK dışındaki hükümler de uygulama alanı bulabilecektir⁴¹. Bu nedenle, uğradığı kirlenme zararlarının tazmini talebeden kişi, ÇK dışında, Türk Ticaret Kanunu (TTK) veya Türk Borçlar kanunu (TBK)'na dayanabilecektir. Buna karşın ÇK'dan farklı olarak, 5312 sayılı kanunda açıkça kirlenmeye ilişkin diğer kanuni düzenlemelerin uygulanmasının da mümkün olduğu açıkça hükme bağlanmış değildir. Bu nedenle kanunun özel bir düzenleme getirmesi ve yeni tarihli olması nedeniyle kanunun kapsamına giren olaylar bakımından diğer uluslararası sözleşmelerin ve kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca, HSS 1992 (CLC 1992) ve FON 1992 (FUND 1992) Sözleşmelerinin ikisi de⁴², uygulama alanlarına giren olaylarda⁴³ tek başına uygulanacağı emredici hükümlerle düzenlenmiş sözleşmelerdir. Bu nedenle, HSS

⁴¹ Çevre Kanununa göre Hukuki Sorumluluk, Kara (2005), s. 71. vd.

⁴² 1969 Tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmede Değişikliğe Dair 1992 tarihli Protokol (27.11.1992), [*Protocol of 1992 to Amend The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969 (CLC Prot. 1992)*] ve Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme (FON 1992) [*International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, (FUND Prot. 1992)*].

⁴³ HSS 1969 m. 2'de: "İş bu sözleşme münhasıran akit bir devletin, karasuları dâhil olmak üzere ülkesinde meydana gelen kirlenme zararlarıyla, bu zararları önlemek veya sınırlı tutmak için alınan korunma tedbirleri hakkında caridir" denilerek sözleşmenin yer itibarıyla uygulama alanı ülke kriteri esas alınmak suretiyle belirlenmiştir. HSS 1992 Protokolü ile HSS 1969'a ilaveten, Sözleşmenin uygulanma alanı münhasır ekonomik bölgeyi de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ayrıca, kirlenme zararların önlenmesi veya en aza indirgenmesi için nerede olursa olsun alınan önleyici tedbirlerin de Sözleşme kapsamında

1992 ve Fon 1992 sözleşmelerinin uygulanacağı durumlarda yarışan istemler (telâhuk) söz konusu olmayacaktır. Bundan dolayı 5312 sayılı kanun hükümleri 1992 tarihli Sözleşmelerin uygulanması gereken hâllerde dikkate alınmayacaktır⁴⁴.

Bununla birlikte bu sözleşmelerde, bunların öncelikle uygulanması gerektiğine dair bir hüküm bulunmamış olsaydı bile, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁴⁵ gereğince bu sözleşmeler yine 5312 sayılı kanundan öncelikle uygulanabilecekti. Nitekim MÖHUK m. 1/f. 2 gereğince, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler, eğer uyulama şartları oluşmuşsa öncelikle uygulanmalıdır. Eğer bir uyuşmazlıkta Türkiye'nin taraf olduğu bir milletlerarası sözleşme uygulama alanı buluyorsa, ulusal hukuk dikkate alınmaz, doğrudan o sözleşme hükümleri herhangi bir tereddüde mahal kalmaksızın uygulanır⁴⁶.

Hem özel-genel, hem de önceki-sonraki kanun açısından sınıflandırılması bakımından, 5312 sayılı kanunun meydana gelen kirlenme zararlarında öncelikle uygulanması konusunda bir tereddüt yoktur. Ancak kanunda düzenlenmeyen hususlarla ilgili olarak ikinci sırada ÇK, sonra TTK ve TBK ve Türk Ceza Kanunu (TCK)'nin ilgili hükümleri uygulanabilecektir. Özellikle 5312 sayılı kanun ile düzenlenmiş olmayan idari para cezaları açısından ÇK hükümleri, kirlenmenin bir suç teşkil etmesi halinde cezai hükümler açısından da TCK'nın çevrenin kasten kirlenmesini düzenleyen 181. maddesi ile çevrenin taksirle kirlenmesini düzenleyen 182. maddeleri uygulanacaktır.

sayılacağı ifade edilmiştir. Böylece, Sözleşmeye taraf herhangi bir ülkenin karasuları ve münhasır ekonomik bölgesi dışında yani açık denizlerde dahi önleyici tedbir alabileceği kabul edilmiştir. HSS 1992 öncesinde de, Estonya'da 1993 yılında meydana gelen Kihnu kazasında, Finlandiya devleti kara sularında önleyici tedbirler almıştır. Estonya HSS taraf olmadığı halde, HSS 1969 ve Fon 1971 Finlandiya'da yürürlükte olduğundan, UPK Fon Yönetim Kurulu Finlandiya karasularında, alınmış olan bu tedbirler, kirlenmeyi önlemek veya azaltmak amacıyla alınmış olduğundan, prensip itibarıyla kabul edileceğine karar vermiştir. **De La Rue, Colin/Anderson, Charles B.** (1998), *Shipping And The Environment, Law and Practice*, London, Informa Law, s. 77, dn. 8.

⁴⁴ Nitekim bu hususu özellikle vurgulamak için, TSR m. 1336 f. 1 c. 2 kaleme alınmıştır, **Atamer** (2009), s. 19.

⁴⁵ RG: 12.12.2007 T. ve 26728 S.

⁴⁶ **Atamer, Kerim** (2003) 1976 Sınırlı Sorumluluk ve 1992 Petrol Kirliliği Sözleşmelerinin Tatbikatı'na Dair Yasal Düzenleme Taslağı ve Gereçesi, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 1, I. B., İstanbul, s. 853.

II. 5312 SAYILI KANUNUN KAPSAMI

5312 sayılı kanun Türkiye'nin deniz alanı sınırları içerisinde bulunan; *iç suları, karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesi ile karasularının ötesindeki açık deniz alanlarında*⁴⁷ gemilerden ve kıyı tesislerinden meydana gelen petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenme olaylarında uygulanır⁴⁸. Açık deniz alanlarında müdahale için Kanunda öngörülen acil durumların ortaya çıkması, buradaki faaliyetlerin müdahale ve zararların tazmini amaçlarıyla sınırlı kalması ve müdahale için Bakanlığın; Dışişleri Bakanlığı ve ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak karar vermesi gerekir.

Türkiye'nin ilan etmiş olduğu bitişik bölgesi bulunmadığından kanunda da bitişik bölge kavramına yer verilmemiştir⁴⁹. Bitişik bölge, karasularına bitişik olan ve kıyı devletinin belirli bir genişliğe kadar bazı konularda yetkilerini kullandığı açık deniz alanını ifade eder. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 33. maddesi bitişik bölgenin genişliğinin karasularının ölçüldüğü esas hattan başlayarak en 7 çok 24 mil olmasını benimsemiştir. Belirli bir bitişik bölgenin gerçek genişliği bitişik bölge genişliğinden karasuları genişliği çıktıktan sonra kalan deniz alanıdır⁵⁰.

⁴⁷ **Kuran, Selami** (2016) Uluslararası Deniz Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Beta, s. 33 vd.

⁴⁸ 5312 sayılı kanun m. 3/p Türkiye'nin deniz yetki alanlarını "Uygulama Alanları" ifadesiyle tanımlamıştır.

⁴⁹ 7 Haziran 1926 tarih ve 906 sayılı "Gümrük Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Tadiline İlişkin Kanun" m 4'e göre: "sahilde, sahil hattından denize doğru 4 mil mesafede bulunan saha gümrük mıntıkası addolunur" hükmüyle Türkiye 4 millik bir gümrük bitişik bölgesi kabul etmiştir. 2 Mayıs 1949 tarih ve 5383 sayılı Gümrük Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra 906 sayılı Gümrük Kanunu yürürlükten kaldırılmış, yeni bir Gümrük Bitişik Bölgesi ilan edilmemiştir. **Pazarıcı** (1997), s. 365, **Kuran** (2016), s. 220.

⁵⁰ Bitişik bölge kavramı ilk kez 1736 yılında İngiltere tarafından ortaya atılmıştır. İngiltere 1736 yılından 1876 yılına kadar "Hovering Acts" ismiyle çıkardığı kanunlarla İngiliz karasularına bitişik açık deniz alanında yabancı gemileri gümrük ve maliye konularında denetlemeye başlamıştır. Hovering kanunlarının amacı, bir noktadan diğer noktaya normal yolu kullanmak yerine ülkesine kaçak eşya sokmak istedikleri devletin kıyıları yakınında seyreden veya demirleyen şüpheli gemilerin hareketlerini denetlemek idi. İngiltere'den sonra, Amerika Birleşik Devletleri de kaçakçılıkla mücadele için karasularına bitişik açık deniz alanında bulunan yabancı gemiler üzerinde denetleme yetkisine sahip olduğunu, İngiliz Hovering kanunlarından esinlenerek çıkarmış olduğu 2 Mart 1799 tarihli kanun ile ilan etmiştir. **Kuran** (2016), s. 213.

Kanun bu sayılan deniz yetki alanlarında bulunan gemiler ve kıyı tesislerin sorumlu taraflarının, bakanlıkların ve kamu kurum ve kuruluşlarının yetki, görev ve sorumluluklarını düzenlemektedir.

A. GEMİ

5312 sayılı kanun hükümleri her durumda ve tüm gemiler bakımından uygulanmayacaktır. Kanunun uygulanabilmesi için Türkiye'nin deniz yetki alanlarında bulunan geminin⁵¹:

1. Beş yüz groston ve daha büyük olması,
2. Petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıması ve
3. Donanmaya ait veya devlet hizmetine tahsis edilmiş bir gemi olmaması gerekir.

1. Tonajı

5312 sayılı kanunun kapsamındaki gemiler, 2. maddede, “...**beş yüz groston ve daha büyük ...gemiler**” ibaresi ile tonajı belirtilmek suretiyle ifade edilmiştir. Kanun koyucunun neden 500 groston birimini tercih ettiği ile ilgili kanunun gerekçesinde bir açıklama yoktur. Ancak meclis tutanaklarına göre, Çevre Komisyonu'nda yapılan görüşmelerde Denizcilik Müsteşarlığı yetkililerince 500 grostonun 150 grostona indirilmesinin uygun olacağı ileri sürülmüş, buna gerekçe olarak MARPOL 73/78'de 150 groston eşiğinin esas alındığı 150-500 groston arasında özellikle büyük gemilere yakıt transfer eden çok sayıda küçük gemilerin mevcut olduğu ve bunların da kazalara sebep olduğu olayların yaşandığı, hatta 150 grostonun altına dahi inilmesinin düşünülebileceği belirtilmiştir⁵². Buna karşın kanun 500 groston olarak yasalaştırılmıştır.

⁵¹ HSS'nin uygulanacağı gemiler 1992 protokolü ile; “Dökme halde petrol türevlerini (hidrokarbür) taşımak üzere yapılmış ya da bu amaçla tadil edilmiş deniz gemisi ile her türlü deniz araçlarını anlatır; ancak başka yüklerle petrol türevleri (hidrokarbür) taşıyabilecek nitelikteki gemiler de⁵¹, petrol türevi taşıdıkları zamanda ve böyle bir gemi dökme petrol türevinden arındırıldığı kanıtlanmış olmadıkça petrol türevi taşıma seferini izleyen seferleri sırasında bu Sözleşmeye göre gemi kabul edilecektir” (HSS 1992 m.1/1) şeklinde tanımlanmıştır. Böylece, HSS 1969'dan farklı olarak, geminin yük olarak fiilen dökme halde petrol taşıması zorunluluğu kaldırılmıştır. Dolayısıyla, sözleşmede tanımlanan petrolün gemide yük veya yakıt olarak bulunması arasında bir fark bulunmamaktadır. **De La Rue/Anderson** (1998), s. 84.

⁵² TBMM Tutanak Müdürlüğü, Çevre Komisyonu, Birinci Oturum, Giriş: 10.30, T. 3.11.2004, s. 3, **Demir**, (2011), s. 276, dn. 79.

Gemilerin ölçülmesine ilişkin usul ve esaslar uluslararası alanda, “*Gemilerin Tonilatolarını Ölçme Uluslararası Sözleşmesi, 1969*”⁵³ ile düzenlenmiştir. Sözleşmeye ilaveten bir geminin gros ve net tonilato değerlerinin nasıl ölçülüp belirleneceği iç hukukumuzda da, “*Gemilerin Tonilatolarını Ölçme Yönetmeliği*”⁵⁴ ile düzenlenmiştir. Yönetmelik ile uluslararası denizcilik alanında kullanılan “Moorsom Sistemi” olarak anılan İngiliz ölçme sistemi kabul edilmiştir⁵⁵. Geminin gros ve net tonilatosu bu sisteme göre tespit edilmektedir. Yönetmeliğin, “tonilatoların ölçülmesi” başlıklı üçüncü bölümünde, 11-15. maddeler arasında ve yönetmelik eklerinde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Gemi ve su aracının belirleyici özelliklerini, teknik özelliklerini ve ölçüm sonuçlarını göstermek üzere “Tonilato Belgesi” (*tonnage certificate*) düzenlenir.

Gemilerin ölçümünde kullanılan birimler ise “gros tonilato (*gross tonnage*), “net tonilato” ve “dedveyt ton (*dead weight ton*), (ölü ağırlık)” olarak ifade edilmektedir. Bunlardan, gros tonilato, gemi ve su aracının kapalı hacimlerinin (Yönetmelik veya Sözleşme hükümlerine göre) tespit edilmiş değerini ifade eder (Yönetmelik m. 4/c). Net Tonilato, geminin ticari olarak kullanılabilen yerlerinin hacmi olup, geminin yolcu ve yük taşımayan alanlarının indirilmesinden sonra elde edilen hacmine net ton denir (Yönetmelik m. 4/g). Bunları ifade için İngiliz tonilatosu (*Register Ton*) kullanılır.

⁵³ International Convention on Tonnage Measurement of Ships, 1969, Sözleşme 18.07.1982 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2013 değişikliği 28.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşmenin onaylanmasını 2169 sayılı Kanun ile uygun bulmuş (RG: 29.09.1978 T. ve 16419 S.) ve 28.05.1979 tarih ve 7/17652 sayılı Kararname ile Sözleşme onaylanmıştır (RG: 15.12.1979 T. ve 16340 S.). Türkiye bakımından 18.07.1982 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵⁴ RG: 12.03.2009 T. ve 27167 S., RG: 07.06.2013 T. ve 28670 S.

Bir geminin tonajı ağırlık veya hacim ölçümü ile belirtilen kapasitesidir. Ölçü birimi ağırlık yönünden belirtilirse, İngiliz sistemine göre 1 ton = 2240 pounddur. Hacim yönünden belirtilirse, ünite olan 1 ton 100 ft3 lük bir hacim tanımlar. Buna gayri safi ton da denir. Bir geminin taşıyacağı yükü, vereceği resimleri, ödeyeceği vergiyi ve gereksinimi olan personel sayı ve niteliğini tayin etmek üzere bazı kapasite ölçümlerine ve bunların uluslararası kabul edilmiş resmi anlamlarına ihtiyaç vardır. İşte bu ölçümlerin genel ifadesi tonaj (tonage) terimi ile belirtilir ve çeşitli tonaj ölçüm ve terimi vardır. Günümüze dek bir geminin hacmi Moorsom yönetimi ile ölçülmektedir. Buna göre 1 Register ton (veya kayıt tonu) 100 ft³e eşittir. Bunu metrik sistemle ifade edersek 2.83 m³ hacim ifade eder. Register tonu tespit etmek üzere geminin göz önüne alınacak bölümleri devletlerin kanunlarında bazen farklı olarak belirtilmiştir. “*Gemi Tonaj Ölçümleri*”, <<http://www.teknedergisi.com/gemi-tonaj-olcumleri/>> s.e.t. 23.08.2018.

Dedveyt tonaj (*Deadweight tonnage*), bir geminin taşıyabileceği en çok ağırlık olup, ham yükün, yakıtın, suyun, kumanyanın, yolcu ve gemi adamlarının kendilerinin ve eşyalarının ağırlıklarının toplamıdır⁵⁶.

Kanununun 2. maddesindeki bu hükümle, gemiyle taşınan yükün tonajı (kapasitesi) değil, açıkça geminin tonajı ifade edilmiştir. Doktrindeki aksi yöndeki görüşe göre ise, “bu hükümden taşınan petrol ve diğer zararlı maddelerin tonajının 500 groston veya daha büyük olması gerektiği anlaşılmalıdır”⁵⁷.

2. Taşınan Yük ve Yakıt

Tonajı dışında, gemilerin niteliği ile ilgili Kanununun 2. maddesinde, “...*petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan gemiler...*” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade dışında geminin ne tür bir gemi olması gerektiği ile ilgili herhangi bir nitelendirme yapılmış değildir. Dolayısıyla tonajı uyan tanker ve sıvı yük gemileri⁵⁸ başta olmak üzere petrol ürünleri ile diğer zararlı maddeleri taşıyan tüm gemiler kapsam içindedir.

Kanununun bu ifadesi, petrol ve diğer zararlı maddeleri yük olarak taşıyan tanker ve sıvı yük gemilerinin kapsam içinde olduğunu çağırıştırmasına karşın, kanunda açıkça petrol ve diğer zararlı maddelerin sadece yük olarak taşınması ile bir sınırlandırma da yapılmış değildir. Bununla birlikte, sadece tehlikeli maddeleri yük olarak bulundurmayan, bir diğer ifadeyle bu maddelerden petrol ürünlerini yakıt olarak taşıyan gemiler hakkında da açıkça düzenleme yapılmıştır.

Gemi yakıtlarından ve yüklerden kaynaklanan kirlilik başlığı altında 23. maddede yapılan düzenlemeye göre, “*bir olayda, bu Kanuna tabi olan*

⁵⁶ Bir gemi yük, yolcu, personel, kumanya, yakıt ve tatlı su ile tam olarak yüklendiği zaman tuzlu suda yaz draftuna kadar battığında, 2240 librelilik ton olarak taşıdığı ağırlıktır. Bu tonajın önemi, gemi ağırlık olarak taşıyabileceği yüklerin konulmasında ortaya çıkar. Armatörler gemilerine mümkün olduğu kadar fazla yüklemek isterler. Buna olanak hazırlamak için gemiye yolculuğuna yetecek kadar yakıt ve tatlı su alırlar. Geminin tuzlu suda ve tatlı suda ne kadar batacağını anlamak için Dedveyt ölçeğine (*Deadweight scale*) bakılır. Bu tabloda ortalama draft ile (*mean Draught*) girilerek geminin dedveyti bulunur. <http://www.teknedergisi.com/gemi-tonaj-olcumleri/> s.e.t. 23.08.2018.

⁵⁷ **Kuyucu Meriç** (2017), s. 85.

⁵⁸ Amaçlarına göre gemi türleri, <<http://www.armatorlerbirligi.org.tr/bilgi-ve-egitim/gemi-bilgisi/gemi-tipleri/amaclarina-gore-gemi-turleri/?AspxAutoDetectCookieSupport=1>> s.e.t. 16.08.2018

veya olmayan bir geminin yakıt olarak taşıdığı petrol veya türevlerinden veya bu Kanuna tabi olmayan geminin taşıdığı diğer zararlı maddelerden/ yüklerden meydana gelen kirliliğe veya kirlilik tehlikesine müdahale ve zararların tespit ve tazmininde, bu Kanunun (5 inci maddesinin üçüncü fıkrası ile 8 inci ve 9 uncu maddeleri dışındaki)⁵⁹ hükümleri uygulanır. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır.”

Böylece, kanun kapsamına giren gemilerin taşıdıkları yük haricinde kendi yakıtlarından kaynaklanan kirlenmeler başta olmak üzere, küçük tonajlı olduğu için veya petrol ve türevlerini taşımadığı ya da taşımaya elverişli olmadığı için kanun kapsamına girmeyen gemiler (örn. Balıkçı gemileri, yolcu gemileri, kuru dökme yük gemileri vs.) ve kanun kapsamına girmeyen diğer zararlı maddeleri (yükleri) taşıyan gemilerin her birinde yakıt olarak kullanılan petrol türevlerinden kaynaklanan kirlenmeler hakkında da 5312 sayılı kanun hükümleri uygulanır.

Çünkü bir olayda gemide taşınan yük nedeniyle bir kirlenme olabileceği gibi, kirlenme (gemi yüklü olmadığı, boş olduğu için) sadece yakıttan da kaynaklanmış olabilir. Ayrıca her gemi yakıt olarak petrol türevlerini taşıdığı için kirlenmenin sadece yakıttan ya da hem yük hem de yakıttan birlikte kaynaklanması mümkündür. Buna ilaveten, birden fazla geminin karışığı olayda kanun kapsamında olmayan bir geminin yakıtından dolayı kirlenme ortaya çıkması mümkündür. Dolayısıyla gemi yakıtından kaynaklanan kirlenmenin bu anlamda kanun kapsamına alınmış olması birçok tartışmalı durumun ortaya çıkmasına engel olabilecektir.

B. KIYI TESİSİ

5312 sayılı kanunda kıyı tesislerinin de sorumluluğu düzenlenmiştir. Kanun gereğince sorumlu olunması için, kıyı tesislerinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmeye neden olabilecek faaliyetleri icra ediyor olması

⁵⁹ Türk iç sularına veya iç sular dışındaki bir demir yeri veya liman tesislerine uğramak amacı ile Türk karasularına girmeden kırksekiz saat önce veya kalkış limanı ile Türk karasularına girmesine kadarki seyir süresi kırksekiz saatten az olan gemiler kalkış limanından hareketten hemen sonra bildirim (5312 sayılı kanun m. 5/3), Mali sorumluluk garantileri (5312 sayılı kanun m. 8) ve Mali sorumluluk garantilerinin bildirim (5312 sayılı kanun m. 9).

gerekmektedir. 5312 sayılı kanun ve Uygulama Yönetmeliği ile tanımlanan kıyı tesislerine kıyı tesisi risk değerlendirmesi ve acil müdahale planı hazırlama zorunluluğu getirilmiştir. Bu çerçevede Akdeniz, Karadeniz ve Marmara Denizi kıyılarında öncelikle kıyı tesisi acil müdahale planı hazırlanması gereken 231 tane kıyı tesisi belirlenmiştir⁶⁰. Belirlenen bu kıyı tesislerinin Risk Değerlendirmesi ve Acil Müdahale Planları Bakanlıkça yetkilendirilmiş kurum/kuruluşlar tarafından hazırlanarak Bakanlığa sunulmuş ve kıyı tesislerinin acil müdahale planları onaylanmıştır⁶¹.

Bununla birlikte, risk değerlendirmesi ve acil müdahale planı hazırlanması gereken ve ilk aşama kıyı tesisi listesinde yer almayan, yük elleçlemesi yapan kamu ve belediyelere ait; limanlar, kabotaj hattı dışında yer alan yolcu iskeleleri ve kruvaziyer limanları ile daha sonra faaliyete geçmiş ancak planı bulunmayan kıyı tesislerinin belirlenmesine yönelik çalışmalar da tamamlanmıştır.

III. ZARARLARDAN SORUMLULUK

A. SORUMLU KİŞİLER

Zararın tazmini ve koruyucu önlemlerin karşılanması konusunda yükümlülük atfedilebilecek, sorumlu sayılan kişiler beş yüz groston ve daha büyük petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan gemiler ile kıyı tesislerinin; *sahipleri, işletenleri, kaptanları, idare edenleri, kiracıları, zilyetleri ve garantörleri* şeklinde geniş kapsamlı olarak belirlenmiştir (5312 sayılı kanun m. 3/n). Bu kişiler zararları “...*tazmin etmekle müteselsilen sorumludur...*” (5312 sayılı kanun m. 6).

Zarardan sorumlu olan kişilerin bu kadar geniş kapsamlı olarak belirlenmesi davacı lehine olan olumlu bir düzenleme olsa bile, özellikle sorumlu kişilerin tespitinin ve ayırt edilmesinin zor, hatta imkânsız olduğu veya tazminatın tahsil kabiliyetinin bulunmadığı olaylarda, davanın birden fazla sorumlu kişiye karşı yöneltilmesi, davaların pratikte uzamasına ve içinden çıkılmaz bir hale gelmesine yol açabilecektir. Zira davacı davasını, kaybetme riskini en aza indirmek için, fiilen gerçekte sorumlu olsun ya da

⁶⁰ İlk aşamada 224 kıyı tesisi için acil müdahale planları onaylanmıştır.

<<http://cygm.csb.gov.tr/kiyi-tesisi-risk-degerlendirmesi-ve-acil-mudahale-planı-hazırlayacak-olan-2.-asama-kiyi-tesisleri-listesi-aciklanmistir.-duyuru-4266>> s.e.t. 16.08.2018

⁶¹ Kıyı tesisleri listesi, <<http://webdosya.csb.gov.tr/db/cygm/editordosya/kiyitesisilistesi.PDF>> s.e.t. 16.08.2018.

olmasının kanunda sayılan tüm kişilere karşı açacak isteyecektir. Çok sayıda kişiye karşı açılan davaların ise, başta usulü sebeplerle (örneğin, yurtdışına tebligat yapılması, itirazlar vs. gibi nedenler) oldukça uzadığı görülmektedir. Gemilerden kaynaklanan kirlenmede, sayılan tüzel kişilerin sorumluluğuna karar verilmesi halinde bunların birçoğunun (çıplak gemi kiracısı, yönetici vs.) mal varlıkları da olmadığından dava konusu alacağın tahsilinde genellikle sadece ekonomik değeri olan gemi bir değer olarak kalmaktadır. Bu nedenle, çok fazla kişinin sorumlu sayılması sorumlu kişileri geniş bir yelpazede toplamak açısından faydalı görünse de tahsil kabiliyeti açısından bakıldığında da ciddi usulü bir yük olarak ortaya çıkabilmektedir. Şimdi bu kişileri kısaca inceleyelim.

1. Gemi ve Kıyı Tesislerinin Sahipleri

Gemi ve kıyı tesislerinin sahiplerinden maksat gemiler bakımından geminin gemi sicilinde adına kayıtlı olduğu, gemi üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan; kıyı tesislerinde ise tapuda kıyı tesislerinin adına kayıtlı olduğu ve kıyı tesisi üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan gerçek ve tüzel kişilerdir. Tüzel kişiler, özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi kamu hukuku tüzel kişisi de olabilecektir.

2. Gemi ve Kıyı Tesislerinin İşleten, Yöneten ve Kiracıları

a. İşleten

İşleten (*operator*) kavramı gemiler bakımından TTK m. 1061/f. 2'de düzenlenen gemi işletme müteahhidini karşılamaktadır. Başkasına ait gemiyi deniz ticaretinde kendi nam ve hesabına kullanan kişi "gemi işletme müteahhidi" olarak nitelendirilmekte ve üçüncü kişilere karşı "donatan" gibi sorumlu olmaktadır (TTK. m. 1061/2). Bunun için iki şart gerekmektedir. Bunlar: Bir kişinin başkasına ait bir gemiyi kendi adına kullanması⁶² ve gemiyi bizzat veya bir kaptan marifetiyle idare etmesi, yani kendi emir ve idaresi altında bulundurmasıdır⁶³.

⁶² Birinci şartı tespit etmek kolaydır. Başkasına ait bir gemiyi haklı bir sebebe (kira, ariyet ve intifa hakkı gibi) dayanarak veya hakkı olmadan (çalma, gasp gibi) kullanma arasında fark yoktur. **Çağa, Tahir/Kender, Rayegan** (2009) Deniz Ticareti Hukuku I, 15. Baskı, İstanbul, Oniki Levha, s. 135.

⁶³ İkinci şartı tespit her zaman kolay olmamaktadır. Şayet gemiyi bir kaptan marifetiyle kullanıyorsa bu takdirde kaptanın yalnız onun emir ve talimatına bağlı olmasıdır. Alman doktrini ve Alman Federal Mahkemesinin içtihadı bu yöndedir. **Çağa/Kender** (2009), s. 135.

Bu kişi uygulamada geminin çıplak gemi kiracısıdır (*bareboat charterer*)⁶⁴. Bununla birlikte uygulamada deniz işletmeleri bilhassa konjonktür zamanlarında gemi tonajına olan ihtiyaçlarını standart zaman üzerine çarter sözleşmeleri (*Baltic Uniform Time Charter ve Deutzeit Charter*) ile belirli bir süre için tutmaktadırlar. Standart zaman üzerine çarter sözleşmeleri (*time charter*) çarterere belirli sınırlar içerisinde kaptana talimat verme yetkisini tanımakta iseler de kaptan ve diğer gemi adamları ile gemi sahibi arasındaki hizmet ilişkileri devam ettiğinden, dolayısıyla, gemi sahibinin gemi üzerindeki hakimiyeti bulunduğundan geminin tahsis edildiği çartererin gemi işletme müteahhidi (işleten) sıfatını kazanmadığı kabul edilmektedir⁶⁵.

Kıyı tesisi bakımından işleten açık deniz tesisleri ve boru hatları da dahil, kıyıda veya kıyıya yakın bölgelerde denizlerin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesine yol açabilecek faaliyetleri icra eden inşası tamamlanmış kıyı tesislerini İdareden izin almak suretiyle işleten gerçek kişiler ile kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini⁶⁶ ifade eder.

b. İdare Eden (Yönetici)

Yöneten (idare eden), gemi yönetim sözleşmesi kapsamında gemi yönetimini üstlenmiş (*Ship manager*) olan kişidir⁶⁷. Kıyı tesisi bakımından ise işleten; işletici olarak faaliyette bulunan ve yarar sağlayan gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir.

⁶⁴ “Türk Hukuku açısından bakıldığı zaman, TK. md. 1119-1130 hükümlerine uygun surette yapılmış bulunan gemi kiralama sözleşmesinde kiracının, gemi işletme müteahhidi sıfatı ile birlikte, işleten sıfatını da alacağını söylemeliyiz. Ancak, bu durumda, çarterer ile işleten aynı kişiler olacaktır.”, **Sözer, Bülent** (2014) Deniz Ticareti Hukuku-I, 3. B, İstanbul, Vedat, s. 234.

⁶⁵ Y. 11. HD’nin 9.11.1983 T., E. 83/4532 ve K. 83/5431 sayılı kararında, zaman çarteri (time charter) sözleşmesinde gemi idaresinin çarterere geçmeyeceği kabul edilmiştir. www.kazancı.com, **Çağ/Kender** (2009), s. 136, Doktrinde, çarterer kavramının, sadece bareboat Çarter veya çarter with demise sözleşmelerine dayanarak gemiyi kullanan kişilere münhasır olarak kullanılmaması gerektiği ve başta slot çarter olmak üzere, kısmi çarter sözleşmeleri ve hatta sefer çarteri sözleşmeleri bakımından da, alt taşıma yapan çartererin bu kapsamda görülmesi, icab ettiği de savunulmaktadır. Şu halde, “işleten” (operator) bu görüşler çerçevesinde ele alınacak olur onu gemi işletme müteahhidi olarak tanımlamak ve “çarterer” (charterer) kavramını da, standart çarter sözleşmelerinin tarafı olan ve taşıyan olarak adlandırılacak olan kişi olarak kabul etmek gerekecektir. Bu görüş benimsenecek olursa, Türk hukuku bakımından gemi işletme müteahhidi statüsünde olanlar, işleten olarak nitelendirilebilecekler ve çarterer kavramı tipik çarter sözleşmelerinin tarafı olan taşıyan için kullanılacaktır. **Sözer** (2014), s. 234

⁶⁶ Kıyı Tesislerine İşletme İzni Verilmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG: 18.02.2007 T. ve 26438 S.

⁶⁷ Gemi Yöneticisi hakkında geniş bilgi için bkz. **Öğüz Şeker, Zehra** (2013) Gemi Yönetimi Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul, Filiz.

Donatanlar veya gemi işletme müteahhitleri, tasarrufları altındaki gemilerin yönetimini, değişik kapsamlar içinde ve şartlar altında, bir başka, gerçek veya tüzel kişiye bırakmaktadırlar. Bu bir akdî ilişki olup, genellikle gemi yönetimi sözleşmesi (*ship management contract*) olarak anılan bir sözleşme ile kurulur.

Gemi yöneticisi, tarafların mutabakatı çerçevesinde, oldukça değişik kapsam ve içerikte yetki ve sorumluluk üstlenebilmektedir ve tipik bir yönetim sözleşmesinde yönetici geminin veya gemilerin verimli, kaliteli ve güvenli surette işletilmesini üstlenmekte ve dolayısı ile de, sözleşmenin asgarî kapsamında geminin teknik ve ticarî yönetiminin yetki ve sorumluluğu bulunmaktadır⁶⁸.

c. Kiracılar

Kiracı (*charterer*) kavramından, ilk başta çıplak gemi kiracısını (*bareboat charterer*) veya gemi ile birlikte gemi adamlarının da kiracının emrine verildiği kişiyi (*Charter with Demise*) anlamak gerekecektir.

Ancak gemilerde kira kavramı uygulamada, İngilizce'deki çarter (*charter*) kavramının Türkçe karşılığı olarak kullanılmaktadır. Buna karşın İngiliz hukukunda “çarter sözleşmesi (*charter agreement*)” terimi, üç ayrı sözleşmenin nitelendirilmesinde kullanılmaktadır. Bunlar: gemi kirası, geminin ticarî yönetiminin belli bir süre için tahsis olunana (çarterere) bırakılması olan zaman çarteri ve yolculuk çarteri sözleşmesi. Dolayısıyla, İngilizce'de çarter kelimesi, hukuki rejimleri birbirinden çok farklı birçok teknik anlamdaki sözleşmeyi ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu nedenle adında çarter kelimesi bulunan sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesi, ancak sözleşme kapsamı ve şartlarının incelenmesi sonucunda mümkün olmaktadır⁶⁹.

5312 sayılı kanunda “*kiracılar*” ifadesi ile teknik anlamda kiracı (çıplak gemi kiracısı, *bareboat charterer*) kavramı mı yoksa başta zaman üzerine geminin tahsis edildiği zaman çartereri (tahsis edilen) (*time charterer*) olmak üzere sefer çartererinin de (*voyage charterer*) (yük sahibi) mi bu kavram içerisinde kullanıldığını kanunun gerekçesinden anlaşılmamaktadır. Ancak işin doğasından, yasa koyucunun teknik olarak kira kavramını kullandığı kabul edilecektir. Bu durumda işleten kavramı zaten çıplak gemi kiracısını karşılıyorsa kiracılar kavramının da gemi sahibinden gemiyi

⁶⁸ Sözer (2014), s. 233.

⁶⁹ TTK madde gerekçesi, <<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>> s.e.t. 05.05.2018.

kiralayarak (sözleşmesel bir hak tanınmak kaydıyla) alt kiraya veren kiracıları anlamak mümkündür⁷⁰.

Kıyı tesislerinde ise kiracı kavramı, kıyı tesislerinin TBK'ya göre tesisi kira sözleşmesi ile kiralayan kiracı ve kiracıya alt kiraya verme yetkisi tanınan kira sözleşmelerinde, alt kiracılarını ifade etmektedir.

3. Gemi Kaptanı

Kaptan, gemiyi sevk ve idaresinden sorumlu olan kişidir. Kaptanın sorumlu kişiler arasında yer alması geminin sevk ve idaresinde daha dikkatli olunmasını sağlamaya yönelik bir baskı olarak düşünülse de fiili durumda, bir hizmet sözleşmesi ile çalışan kaptandan tazminatın tahsili hemen hemen imkânsız görünmektedir.

4. Gemi ve Kıyı Tesislerinin Zilyetleri

Zilyetlerin⁷¹ de sorumlu taraf olduğunun kabul edilmesi sorumluların kapsamını genişletmektedir. Bu durumda geminin zilyedi olan tüm üçüncü kişilere karşı dava açmak mümkün olabilecektir. Zilyetlik kavramı, başlıca iki anlama gelmektedir. **Birinci anlamda**, bir kimsenin eşya üzerindeki fiili hâkimiyetini tanımlar. **İkinci anlamda**, kanunun eşya üzerindeki fiili hâkimiyete bağladığı hukuki sonuçları ifade eder⁷².

Türk Medeni Kanunundaki (TMK) tanımı: “Bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir (TMK m. 973/1)”. Doktrine göre fiili hâkimiyet, bir eşyadan doğrudan veya dolaylı olarak yararlanabilecek, onu kullanabilecek, dilediği yerde bulundurabilecek veya koruyabilecek durumda olma anlamına gelir⁷³. TMK'da malikin eşyayı, aynı yahut nispi bir hak tesis etmek amacıyla (kira, rehin, ödünç gibi bir sözleşme çerçevesinde) başkasına vermesi durumunda eşyayı hem veren hem de alan zilyet sayılmaktadır. Bu nedenle eşyanın, ilgili kimsenin etki alanı içerisinde bulunduğu genel anlayışa ve hayat tecrübelerine göre kabul edilebiliyorsa, zilyetlik için gerekli fiili hâkimiyetin eşya ile kişi arasında bulunduğu sonucuna varılır⁷⁴.

⁷⁰ Aynı yönde, “Kanunun sorumluluk attığı kişiler arasında sefer chartereri ile zaman chartererinin yer almadığı dikkat çekmektedir.”, **Kuyucu Meriç** (2017), s. 95.

⁷¹ Zilyetlik kelime kökeni: Arapça: di: sahip ve al-yadd: el sözcüklerinin bileşimi di'l-yadd kelimesinden gelir.

⁷² **Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne** (2016) Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Oniki Levha, s. 3.

⁷³ **Nomer/Ergüne** (2016), s. 2.

⁷⁴ **Nomer/Ergüne** (2016), s. 3.

Gemilerde zilyetlik sicile kayıtlı olmayan gemiler bakımından önem arz eder. TTK m. 997/1 gereğince “Türk Gemi Siciline kayıtlı bulunmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynı haklara, Türk Medenî Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır.” TMK 763/1. maddeye göre, Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. Ayrıca Bir taşınırın zilyetliğini iyiniyetle ve malik olmak üzere devralan kimse, devreden mülkiyeti devir yetkisi olmasa bile, zilyetlik hükümlerine göre kazanmanın korunduğu hallerde o şeyin maliki olur (TMK m. 763/2). Dolayısıyla burada zilyetlik sicile kayıtlı olmayan gemiler bakımından söz konusu olabilecektir.

5. Garantör ve Sigortacı

a. Garantör

Garantör kanunda; sorumlu taraf adına zararların tazminine ilişkin mali sorumluluk üstlenen ve mali sorumluluk belgesini sağlayan sorumlu taraf dışındaki kişi, kuruluş veya devlet olarak tanımlanmıştır (m. 3/e)⁷⁵. Uygulamada bu kişiler gemi sahipleri ve chartererleri sigorta kulübü olan Koruma Ve Tazmin Kulüpleridir (*Ship-owners' Mutual Protection and Indemnity Association, P&I Club*)⁷⁶.

Garantörün sorumluluğu, diğer sorumlu tarafların sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Garantörün tazmin etmediği zararlar diğer sorumlu taraflarca tazmin edilir. Deniz çevresinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesinde zararların tazmini, buna neden olabilecek faaliyetleri icra edenlerin önceden bazı sigorta sistemleri ile tazminat garantisi sağlamaları ile mümkündür. Deniz yetki alanlarına giren gemilerin ve mevcut kıyı tesislerinin uygun sigorta sistemlerine sahip olup olmadıklarının takip ve

⁷⁵ Geniş bilgi için bkz. **Acar, Serdar** (2008) Kulüp Sigortası: Protection & Indemnity, İstanbul, Vedat.

⁷⁶ Kanunun 3.e bendinde sözü edilen Garantör; “Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler uyarınca kendilerinden istenen mali sorumluluk belgesini verecek olan kimse”dir (m. 8/1). Bu çerçeveye giren tek sözleşme ise CLC 92'dir. CLC 92 A.Y. m. 90 gereğince kanun hükmünde olduğundan CLC sertifikası için ayrı bir kanun çıkarmaya gerek yoktu. **Acar** (2008), s. 449, Zararsız geçiş amacıyla Türkiye'nin karasularını kullanacak gemiler, her türlü muhabere aracı ve mali sorumluluk belgelerindeki bilgiler ile geminin adı, çağrı adı, bayrağı, tescil limanı, geminin sahibinin adı ve idare merkezinin yeri, geminin Uluslararası Denizcilik Örgütü numarası (IMO No), teminat türü, teminat geçerlilik süresi, sigortacının adı ve merkezinin bulunduğu yer, tazmin limitleri ve geminin yükü ve miktarı, geminin tipi, kalkış ve varış limanına ilişkin bilgi ve belgeleri en yakın liman yetkilisine bildirmek zorundadır (5312 sayılı kanun m. 9/3).

kontrolü ile müdahale sonucunda tazmin konusundaki yetki, görev ve sorumlulukların belirlenmesi, sistemin işleyişinin vazgeçilmez prensipleridir.

Kanun garantöre karşı doğrudan doğruya başvurma, bir diğer deyişle doğrudan doğruya dava açma hakkını tanımaktadır⁷⁷. Ancak uygulamada – usule ve esasa dair tartışmalar hariç- sigortacıya, özellikle de P&I kulüplerine karşı Türkiye’de doğrudan doğruya dava açılmasının pratik sonuçları açısından “M/V Yusuf Çepnioğlu” davasına bakmak faydalı olacaktır.

8 Mart 2014 tarihinde İzmir’den Tunus’a gitmekte olan Denizcilik Nakliyat Ve Ticaret AŞ’ye ait, Türk bayraklı konteyner gemisi M/V Yusuf Çepnioğlu, Yunanistan’ın Mikonos (Mykonos) adası yakınlarında karaya oturmuştur. Gemiye kurtarma hizmetleri yapılmış, ancak Gemi tamamen batmıştır. Karaya oturduğu esnada gemi düzenlenen 74 adet konişmentoya istinaden, 207 adet konteyner taşımaktadır. Yük zararı (*Cargo claims*) hem Türkiye’deki hem de diğer yerlerdeki tüm yük sahipleri ve taşıtanlara (*charterers*) bildirilmiştir. Taşıtanlar (*Charterers*), çarterparti (*charterparty*) kapsamındaki zararlarının tazmini için donatana karşı Londra’daki tahkim yargılaması (*arbitration*) başlatmışlar ve zararlarının tazminini talep etmişlerdir. Ancak doğrudan gemi sahiplerinden herhangi güvence (*security*) elde edememişlerdir.

Bunun üzerine, taşıtanlar Mayıs 2014’te, TTK 1478. madde⁷⁸ uyarınca doğrudan doruya kulübe karşı Türkiye’ye dava açmışlardır. Davacılar ayrıca Kulübün hak kazandığı ve Brokerlerin elinde bulunan 13,5 milyon ABD Doları üzerinde ihtiyati tedbir uygulanmasının talep etmişlerdir. Londra’da açılan tahkim davasında kulüp çeşitli itirazlarının yanı sıra temel olarak: “Kulüp kuralarının sigorta sözleşmesinin tarafları arasında geçerli olduğunu,

⁷⁷ Sigortacıya doğrudan dava hakkı TTK m. 1478 ile düzenlenmiştir. Geniş bilgi için bkz. **Yeşilova Aras, Ecehan** (2013) Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478), İstanbul, Yetkin.

⁷⁸ TTK m. 1478, Doğrudan dava hakkı: (1) Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir. (1) Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.

sözleşme tarafları arasında çıkacak ihtilaflarda İngiliz Hukuku'nun uygulanacağını ve yargılamanın da Londra'da Tahkiminin yetkili mahkeme olarak kararlaştırıldığı, tazmini gereken herhangi bir durumda önce sigortalının ödeme yapması (paid to be paid) kuralının uygulanması gerektiğini" iddia etmiştir. Mahkeme bütün savunmalar bakımından Kulübü haklı bulmuş ve davada *anti-suit injunction* kararı vermiştir⁷⁹. Anti-suit injunction, anti-dava tedbiri demektir. Kaynağı İngiliz hukuku olan bu kavram, bir çeşit tedbir kararını ifade etmektedir. Burada bir uyuşmazlığın taraflarından biri, diğerinin talebi üzerine, bir yabancı ülke mahkemesinde dava açmaktan, şayet böyle bir dava açmışsa bunu devam ettirmekten mahkeme kararı (emri) ile kısıtlanmaktadır. Bu tedbir kararı, kısıtlanan kimseyi, sözkonusu uyuşmazlık ile ilgili olarak, onu kısıtlayan ülke mahkemesine ya da tahkime gitmeye zorlamak için verilir⁸⁰.

b. Sigorta

Kıyı tesisleri de, bu Kanun kapsamındaki zararlara karşı "Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası"⁸¹ yaptırmak zorundadır⁸². Sigorta yaptırmaya zorunluluğuna uymayan kıyı tesislerinin faaliyetine izin verilmez (m. 8/f. 3).

⁷⁹ **Richard Strub/Paul Dean** (2016) A Victory For Insurers: The Yusuf Cepnioglu, April, <<http://www.hfw.com/A-victory-for-insurers-the-YUSUF-CEPNIUGLU-April-2016>> s.e.t. 15.06.2018

⁸⁰ "Anti-suit injunction, ekonomik sebeplerle ortaya çıkmış olan bir tedbir türüdür. Bugün, dünyanın büyük kısmında ekonomik sebeplerle kullanılan önemli bir silahtır. Dolayısıyla, kaderini de yine ekonomi belirleyecektir." **Acar, Serdar** (2017) Son Gelişmeler Işığında "Anti-Suit Injunction, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. II, İstanbul, s. 1609-1654

⁸¹ 1.07.2007 tarihli Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları <<https://www.tsb.org.tr/kiyi-tesisleri-deniz-kirliligi-zorunlu-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=504>> s.e.t. 10.09.2018, 5312 sayılı kanun m. 8: Yukarıdaki fıkrada öngörülen zorunlu mali sorumluluk sigortasının, Hazine Müsteşarlığınca belirlenen sigorta şirketleri tarafından ya da bu şirketlerin kendi aralarında kuracakları bir havuz tarafından yapılması zorunludur (m. 8/4). Bakanlık, Hazine Müsteşarlığının uygun görüşünü almak kaydıyla, kıyı tesislerinin mali sorumluluk sigortası yaptırmaya zorunluluğunu, bu sigortaya ilişkin genel şartlar ile tarife ve talimatların yürürlüğe girmesinden itibaren en çok bir yıl ertelemeye yetkilidir (m. 8/5). Kıyı tesisleri tarafından yaptırılacak mali sorumluluk sigortasına ilişkin sigorta genel şartları Hazine Müsteşarlığınca onaylanır. Mali sorumluluk sigortası tarife ve talimatları Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan tarafından tespit edilir. Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan tarifeyi serbest bırakmaya yetkilidir (m. 8/6).

⁸² Bu sigorta ile sigortacı, poliçede belirtilen kıyı tesisinden kaynaklanan olay sonucu Türkiye'nin iç suları, karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesinden oluşan deniz

B. SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ

Kanunda sorumluluk halleri düzenlenmiş, ancak sorumluluğun niteliği açıkça belirtilmemiştir. Hukukumuzda esas olan kusur sorumluluğu olup, kusursuz sorumluluk istisnadır. Kusursuz sorumluluğun bir kanun hükmü ile konulması gerekmektedir. Bu nedenle kusursuz sorumluluk halleri, sorumluluğu düzenleyen kanunlarda açıkça ifade edilmektedir. Nitekim kirlenmeden sorumluluğa dair kusursuz sorumluluk halini düzenleyen ÇK m. 28'de "*kusur bulunmasa dahi*" kirlenme zararlarının tazmin edileceği hükme bağlanmıştır.

Uluslararası sözleşmeler ve milli hukuktaki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda önemine binaen deniz çevresinin kirlenmesine dair zararların tazmini kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir. Buna karşın 5312 sayılı kanunda, açıkça kusursuz sorumluluk ifadesine yer verilmemiş, bir diğer ifadeyle kanun kapsamındaki zararların tazmini kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmemiştir. Kanunda herhangi bir özel hüküm bulunmadığından, 5312 sayılı kanundaki sorumluluk bir kusur sorumluluğudur. Bu nedenle, sorumlu kişinin ödemesi gereken tazminat kusur esasına göre belirlenir.

Aksi yöndeki görüşe göre: "Medeni Kanun madde 1 uyarınca kanun sözüyle ve özüyle uygulanmaktadır. Bu genel prensip uyarınca kanun koyucunun açık olarak sorumluluğun doğması için kusur aranmadığı şartını öngörmemesine rağmen yukarıda sayılan nedenlerden dolayı DKHK (5312

yetki alanlarında ortaya çıkan kirlenmenin veya kirlenme tehlikesinin neden olduğu; temizleme masrafları, toplanan atıkların taşınması ve bertarafı için yapılacak masraflar, üçüncü şahısların yaralanması ve ölümünden kaynaklanan zararlar ve özel mallarda meydana gelecek zararlardan dolayı, 3.3.2005 tarihli ve 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun hükümleri çerçevesinde, sigorta ettirene terettüp edecek hukuki sorumluluğu poliçede yazılı sigorta tutarlarına kadar tazmin eder. Ani veya beklenmedik şekilde oluşmayan kirlilik ile tedrici olarak gerçekleşen kirlilik sonucu ortaya çıkan haller bu sigorta teminatı kapsamının dışındadır. (Değişik-Yürürlük:01.09.2011) Bu sigorta, geriye dönük geçerlilik tarihinden sonra meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigorta ettirene yapılan tazminat talepleri için teminat sağlar. Bu sigorta, sigorta ettirenin haksız taleplere karşı savunmasını da temin eder. (Genel Şartlar m. 1), Ödenecek tazminat tutarları, "Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife Ve Talimat Tebliği"nde belirtilmiştir. , RG: 25.04.2018 T. ve 30402 S.

sayılı Kanun) ile düzenlenen gemilerin ve kıyı tesislerinin neden olduğu petrol ve diğer zararlı maddelerden doğan deniz kirliliğinden sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk hali olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır”⁸³.

Buna karşın 5312 sayılı kanun 6. maddeye göre, “...**sorumlu tarafları, ...zararları ve diğer kamu zararlarını tazmin etmekle ...sorumludur**”. Sorumlu taraflar kimlerdir? Bunlar yukarıda açıklandığı üzere, “...*gemiler ile kıyı tesislerinin sahipleri, işletenleri, kaptanları, idare edenleri, kiracıları, zilyetleri ve garantörleri*”dir (5312 sayılı kanun m. 3/n).

Birden fazla sorumlu taraf bulunması halinde, bu kişiler oluşan zararlardan “...**müteselsilen sorumludurlar**” (m. 6/f. 1). Burada kanundan doğan bir müteselsil sorumluluk hali düzenlenmiştir. Bilindiği üzere, üçüncü kişinin eylemi illiyet bağıni kesecek yoğunlukta değil de diğer sebeplerle birlikte zararlı sonucu doğurabilecek nitelikte ise birlikte (ortak) illiyet söz konusu olur. Ortak illiyette zararlı sonuç birden çok kişinin kusurlu davranışıyla ortaya çıkar. Bu durumda, TBK’nın 61. maddesi uyarınca birlikte zarara sebebiyet veren ya da aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı birlikte sorumlu olan kişiler hakkında müteselsil sorumluluğa dair hükümler uygulanır. Müteselsil sorumluluğun bulunduğu durumda ise alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir (TBK m. 163/1)⁸⁴.

Bu durumda ilginç bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Eğer gemi veya kıyı tesisi sadece sahibi tarafından kullanılıyorsa bu kişiler meydana gelen olayda kusurları bulunmadığı sürece sorumlu olmayacaklardır. Ancak örneğin, bir gemi; gemi sahibince çıplak gemi kirasına verilmiş, çıplak gemi kiracısı da bu gemiyi bir alt kiraya vermiş kirlenme zararı da en son kiracının gemiyi işletmesi esnasında meydana gelmiş ise kusuru bulunmasa bile tüm bu kişiler müteselsilen sorumlu sayılacaktır.

Bir diğer durum 5312 sayılı kanun m. 6/f. 3’de düzenlenmiştir. Buna göre, “**iki veya daha fazla geminin karışmasıyla ...zarardan tüm gemilerin sorumlu tarafları müstereken ve müteselsilen sorumludur**”. Bu faraziyede olay biraz daha karmaşık hale gelmektedir. Maddenin ifadesinden iki veya daha fazla geminin karıştığı her olay bakımından gemilerin tüm sorumlu

⁸³ Kuyucu Meriç (2017), s. 98.

⁸⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), T. 9.5.2018, E. 2017/3-994 ve K. 2018/1048 sayılı kararı.

taraflarının sorumlu olduğu şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Halbuki, böyle bir sonuç kusur esasına dayalı bir sorumluluk bakımından hakkaniyetli olmayacaktır. Bu nedenle, maddenin uygulanması bakımından, oluşan zararın hangi gemi veya kıyı tesisinden kaynaklandığının belirlenememesi durumunda hakkaniyet söz konusu olabilecektir. Olay sonucu ortaya çıkan zararı ödeyenler, bu zararlar için daha sonra zarara neden olanlara rücu edebilecektir (5312 sayılı kanun m. 6/f. 4). Gemi başına sorumlu taraf yükümlülüğünün toplamı ve sorumlu tarafa yüklenecek azami tazminat miktarı konusunda Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır (5312 sayılı kanun m. 7)⁸⁵.

IV. ZARARLARIN TAZMİNİ

A. TAZMİNAT TALEP EDEBİLMENİN ŞARTLARI

Herhangi bir kirlenme zararı meydana gelmesi veya kirlenmenin önlenmesi için masraf yapılması halinde zararların tazmini de 5312 sayılı kanuna göre yapılır. Tazminat talep edebilmenin şartları Kanunda belirtilmiştir. Buna göre:

İlk olarak, meydana gelen gemi kaynaklı bir olay HSS 1992 sözleşmesi kapsamında olmamalıdır. Zira HSS 1992 sözleşmesi kapsamındaki olaylarda münhasıran bu sözleşme hükümleri uygulanır. Bu nedenle gemi kaynaklı kazanın HSS 1992 kapsamında bir olay olup olmadığı tespit edilmelidir. HSS 1992 kapsamında bir olayla ilgili tamamen bu Konvansiyon hükümlerine göre işlem yapılmalıdır.

İkincisi, acil müdahale planlarının⁸⁶ uygulanmasını veya acil müdahaleyi⁸⁷ gerektiren *çarpışma, kırılma, yangın, patlama veya diğer nedenlerle gemilerden veya kıyı tesislerinden kaynaklanan kirlenme veya zarar ortaya*

⁸⁵ Acar'a göre sözü edilen uluslararası sözleşmeler CLC 92 ve LLMC 76 olup, LLMC 76 kapsamındaki talepler açısından konvansiyonda kabul edilen sınırlama limitleri ile kanunda öngörülen taleplerin ödenmesi çoğu olayda mümkün olmayabilir. Acar (2008), s. 448.

⁸⁶ 5312 sayılı kanun m. 2/b: "Acil müdahale planı: Müdahale faaliyetleri kapsamında teşkilatlanmayı, yetki, görev ve sorumlulukları, yapılacak işlemleri, hazırlıklı olma, müdahale imkân ve kabiliyetleri ile diğer hususları içeren ulusal, bölgesel ve yerel düzeydeki planları ifade eder."

⁸⁷ 5312 sayılı kanun m. 2/k: "Müdahale: Bir olayın meydana gelmesinden sonra ortaya çıkan kirliliğin neden olacağı zararı azaltmak, gidermek, sınırlandırmak amacıyla icra edilen faaliyetleri veya koruyucu önlemlerin uygulanmasını ifade eder."

çıkaran veya ortaya çıkma tehlikesi yaratan hukuka aykırı bir olay meydana gelmelidir.

Üçüncüsü, olay Türkiye'nin iç suları, karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesinde veya bu Kanunda öngörülen acil durumlarda ve bu durumlara müdahale ile zararların tazmini amaçlarıyla sınırlı kalmak kaydıyla belirlenecek karasularının ötesindeki açık deniz alanlarında meydana gelmiş olmalıdır.

Dördüncüsü, olay neticesinde deniz çevresine karışan petrol ve diğer zararlı maddelerin; canlı kaynaklara ve deniz yaşamına zarar verecek, insan sağlığı için tehlike oluşturacak, balıkçılık ve denizlerin diğer yasal amaçlarla kullanımı da dâhil olmak üzere, denizcilik faaliyetlerini engelleme, deniz suyunun niteliğini değiştirme ve ekolojik dengeyi bozma gibi zararlı etkiler yaratacak şekilde bir kirlenme zararı ya da kirlenme tehlikesinin yol açtığı zararlar ortaya çıkmalıdır.

Beşincisi, deniz çevresinin kirlenmesi veya kirlenme tehlikesi 5312 sayılı kanun kapsamındaki gemi ve kıyı tesislerinden kaynaklanmalıdır.

Altıncısı, meydana gelen olayla, zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır⁸⁸.

Son olarak, 5312 sayılı kanunda sayılan kişilerin meydana gelen olayda kusurları bulunmalıdır.

B. TAZMİNATIN KAPSAMI VE BELİRLENMESİ

1. Kapsamı

Çevre Kanunu'ndan (ÇK) farklı olarak 5312 sayılı kanunda kirlenme sonucunda oluşan zararların neler olduğu tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiştir. 5312 sayılı kanun m. 6'ya göre bu kanun kapsamına giren gemi ve

⁸⁸ Sorumluluk hukukunun önemli öğelerinden biri de zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Sorumluluk kusursuz sorumluluk olsa bile YHGK'nın, 27.05.2015 T., 2013/3-2329 E., ve 2015/1444 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere; "İllyet bağının kesildiği durumlarda kusursuz sorumlu olan kişi zarardan sorumlu tutulmayacaktır. Teoride ve uygulamada kabul edildiği üzere mücbir sebep, zarar görenin tam veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile illiyet bağı kesilir, bu üç olgudan birinin bulunması hâlinde kusursuz sorumlu kimse de sorumluluktan kurtulur. Noterlerin yaptığı işlemler bakımından söz konusu işlemin gereği gibi yani özen yükümlülüğüne uygun şekilde yerine getirmiş olsaydı zarar oluşmayacaktı denilebiliyorsa noter sorumlu olacaktır."

kıyı tesislerinin sorumlu tarafları, uygulama alanlarında gemi ve kıyı tesislerinden kaynaklanan olay sonucu ortaya çıkan:

- kirlenme tehlikesinin neden olduğu koruyucu önlemlere ilişkin masrafları,

kirlenmenin gerçekleşmesi halinde ise;

- temizleme masraflarını,
- toplanan atıkların taşınması ve bertarafı için yapılacak masrafları,
- özel mallardaki zararları,
- canlı kaynaklar ve deniz yaşamına verilen zararları,
- bozulan çevrenin rehabilitasyonu için yapılacak masrafları,
- geçim için kullanılan doğal ve canlı kaynaklarda meydana gelen zararları,
- gelir kayıplarını,
 - gelir ve kazanç kapasitelerine verilen zararları,
 - şahısların yaralanması ve ölümünden kaynaklanan zararları ve
 - diğer kamu zararlarını tazmin etmekle sorumludur (5312 sayılı kanun m. 6/f. 1).

Kanunun amacı göz önünde bulundurulduğunda 5312 sayılı kanunda sayılan zararların sınırlı sayıda olmadığı kanaatindeyiz. Zira kanun olabildiğince geniş kapsamlı kirlenme zararlarının tazminini hedeflemektedir. Bu nedenle, sayılanların dışındaki zararları da tazmin ettirmek mümkündür. Manevi zararlar ise hiç belirtilmemiştir. Kirlenme dolayısıyla manevi zararlar da oluşabilecektir. Bu zararların tazmini TBK (m. 56 vd.) genel hükümlere tabidir.

Kanunda sayılan zararlar doğrudan zararlardır. Doğrudan doğruya ve dolaylı zarar arasındaki ayırımın ölçütünü illiyet bağı oluşturur. Birinci anlamda “doğrudan zarar”, olayın doğrudan sonucu olan zarardır (Örneğin, denize dökülen petrolün balıkçı ağlarına bulaşarak, kullanılamaz hale getirmesi gibi). “Dolaylı zarar” ise, zarar nedeniyle ve onun sonucu olarak malvarlığında meydana gelen tüm azalmayı ifade eder (Örneğin, denize dökülen petrolün temizlenmesi esnasında yollara zarar verilmesi gibi)⁸⁹. İkinci anlamda “doğrudan zarar”, doğrudan doğruya mağdurun uğradığı zarardır. Oysaki “dolaylı zarar” bu anlamda yansıma sonucu üçüncü kişilerin

⁸⁹ “Bu zarara sonradan meydana gelen zarar da denilmektedir”, **Henri Deschenaux/Pierre Tercier** (Çeviren, Salim ÖZDEMİR) (1983) Sorumluluk Hukuku, Ankara, Alperen&Melikşah, s. 22.

uğradıkları zararını anlatır (Örneğin, deniz kirliliği nedeniyle tatil yapamayan kişilerin uğradığı zarar gibi), kural olarak sadece doğrudan zarar tazmin edilir⁹⁰. Yani sadece doğrudan zarara uğrayan mağdur tazminat isteminde bulunabilir. TBK ile ölüm halinde, ölenin yakınlarının uğradıkları zararın (Örneğin, TBK m. 53 ve devamında düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatı) tazmininde olduğu gibi, bu ilkenin de istisnaları kabul edilmektedir⁹¹.

Açıklandığı üzere, dolaylı olarak zarar gören şahıs kavramıyla, dolaylı zarar kavramı birbirinden farklıdır. Dolaylı olarak zarar gören şahıs kavramında, sorumluluğu doğuran davranış veya olaydan birbirinden farklı birden çok şahıs zarar görmektedir. Oysa dolaylı zararda, sorumluluğu doğuran davranış veya olayla aynı şahıs farklı zaman aralıkları içinde birden çok zarara uğramakta, bu zararlar birbirinin sebep ve sonucu olmaktadır. Bu itibarla, dolaylı zarar, illiyet sorunuyla ilgilidir⁹². Yargıtay'ın yerleşik içtihat halini alan kararları gereğince, ağır cismani zarar görenin eş, ana, baba gibi çok yakınlarının talep ettiği manevi tazminat talepleri hariç, dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin tazminat talepleri kabul edilmemektedir⁹³.

Yargıtay, meydana gelen olayla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması kaydıyla, ağır cismani zarara uğrayanın anne, baba ve eş gibi çok yakın akrabalarının da aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır şekilde bozulması durumunda manevi tazminat talep edebileceklerine, bu durumda olanların yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğramış sayılacaklarına karar vermektedir⁹⁴.

Diğer ülkelerde deniz kirliliği nedeniyle tatil yapamayan veya tatillerini yarıda kesmek zorunda kalanların uğradıkları zararların dahi talep

⁹⁰ Deschenaux/Tercier (1983), s. 22

⁹¹ Deschenaux/Tercier (1983), s. 23

⁹² **Eren, Fikret** (1975) Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, s. 474.

⁹³ YHGK. 26/4/1995 tarih, 1995/11-122 E. ve 1995/430 K., Y. 4. HD 25/2/1992 tarih, 1990/12979 E. ve 1992/2257 K., Y 21. HD. 15/6/2000 tarih, 2000/4733 E. ve 2000/4833 K., YHGK. 26/4/1995 tarih, 1995/11-122 E. ve 1995/430 K., Y 21. HD. 19/2/2002 tarih, 2002/991 E. ve 2002/1278 K., Y. 3. HD 9/6/1997 tarih, 1997/5127 E. ve 1997/5664 K., Y. 21. HD. 8/12/1997 tarih, 1997/8067 E. ve 1997/ 8106 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com.tr/kho2/ibb/files>

⁹⁴ Yargıtay bu kararlarını YHGK., 26/4/1995 tarih, 1995/11-122 E. ve 1995/430 K. sayılı kararı ile, YHGK., 23/9/1987 tarih, 1987/9-183 E. ve 1987/655 K. sayılı kararlardaki esaslara dayandırmaktadır.

olunabileceği şeklinde bir kanaat oluşmaya başlamıştır. Bununla birlikte, yukarıda ki Yargıtay kararları çerçevesinde, Türk Hukukunda dolayısıyla zarara uğrayan bu kişilerin zararlarının tazmini kabul edilmemektedir. Aynı şekilde, kirlenme dolayısıyla boğazın güvenlik nedeniyle trafiğe kapatılması halinde beklemek zorunda kaldığı için zarara uğrayan gemi ve yük ilgilileri tazminat talep edemeyeceklerdir.

2. Belirlenmesi

Bir olay sonucunda meydana gelen zararlar oluşturulacak bir komisyon marifetiyle tespit edilir (Uygulama Yönetmeliği m. 4/g). 5312 sayılı kanun m. 10'a göre komisyon; Bakanlık temsilcisinin başkanlığında; Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı⁹⁵ Bakan Yardımcısı (Müsteşarlık)⁹⁶, Sahil

⁹⁵ Ulaştırma, Denizcilik Ve Haberleşme Bakanlığı, 26.09.2011 tarih ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG: 01.11.2011 T. ve 28102 (Mükerrer) S.) ile düzenlenmiştir. Ancak 09.07.2018 T. ve 30473 S. RG'nin 3 üncü Mükerrer sayısında yayımlanan "703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK)" ile bakanlıklar yeniden düzenlenmiştir. 703 sayılı KHK'nin 31/a. maddesi ile Ulaştırma, Denizcilik Ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin adı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında KHK olarak düzenlenmiştir. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180709M3.pdf>, s.e.t. 12.08.2018. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişle birlikte yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi On altıncı Bölüm m. 474-502. maddeler arasında Ulaştırma Ve Altyapı Bakanlığı teşkilatı yeniden düzenlenmiştir.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180710-1.pdf>, s.e.t. 12.08.2018

⁹⁶ 703 sayılı KHK'nin Geçici 32. maddesine göre: "Bakanlık ve bağlı kuruluşlardaki müsteşar, müsteşar yardımcısı ve merkez valisi kadroları iptal edilmiştir. İptal edilen bu kadrolar kuramların kadro cetvellerinin ilgili bölümlerinden çıkarılmıştır.

Bakanlıklarda bakan yardımcıları, bağlı kuruluşlarda başkanlar atanıp göreve başlayınca kadar mevcut müsteşarlar görevlerine devam ederler.

Müsteşar, müsteşar yardımcısı ve merkez valisi ile kadroları kaldırılan diğer üst kademe kamu yöneticilerinin mevcut kadroları, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle yeni düzenleme yapıncaya kadar şahıslarına bağlı olarak saklı tutulur.

Bu madde kapsamına giren üst kademe kamu yöneticilerinin mali, sosyal hak ve yardımları, Cumhurbaşkanınca belirlenecek usul ve esaslar yürürlüğe girinceye kadar, bu maddenin yayımı tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre ödenmeye devam eder."

Böylece bakanlık ve bağlı kuruluşlardaki müsteşar, müsteşar yardımcısı ve merkez valisi kadroları iptal edilmiştir. Maddenin yazım şeklinden, Bakanlıkları artık Müsteşar değil, Bakan yardımcılarının yöneteceği anlaşılmaktadır. Ayrıca, yapılan bir diğer düzenlemeyle de merkez valisi kadroları kaldırılmıştır.

Güvenlik Komutanlığı, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü ile ilgili valilik ve belediyelerin temsilcilerinden oluşur⁹⁷.

Komisyon, zararların tamamının veya bir kısmının tespitini, bu konuda uzman Türk veya yabancı kişi ve kuruluşlara da yaptırabilecektir (5312 sayılı kanun m. 10/f. 3)⁹⁸. Ancak zararların tespiti için yapılacak araştırma ve incelemenin komisyonun faaliyet ve çalışma kapsamını aşan nitelikte olması, teknik bilgi, beceri ve tecrübe gerektirmesi nedeniyle uygulamada zararların tespiti uzman kişi ve kurumlarca yapılmaktadır. Dolayısıyla komisyona takdir yetkisi veren uzman bilirkişi (*surveyor*) atama yetkisi fiili bir zorunluluğu da içermekte ve gerektirmektedir.

C. TAZMİNATIN ÖDENMESİ

1. Kirletenin Tespit Edilmesi

İlgili bakan yardımcısı⁹⁹, kirlenmeye yol açan gemi ve kıyı tesislerinin sorumlu taraflarını tespit eder. Bakanlığın ve Dışişleri Bakanlığının görüşlerini alarak bu Kanun kapsamında kirliliğe neden olan ancak, sorumlu tarafları bulunamayan yabancı bayraklı gemilerin, Türkiye’de neden oldukları zararların tazmini konusunda bayrak devletinden yardım talep edebilir. Buradaki “...sorumlu tarafları bulunamayan yabancı bayraklı gemilerin...”

⁹⁷ Komisyon gerek görürse ilgili diğer kurum ve kuruluşların temsilcilerini ve uzmanlarını da komisyona çağırabilir (5312 sayılı kanun m. 10/1).

⁹⁸ 655 sayılı KHK’nin 41. maddesi deniz kazalarının yönetimini düzenlemektedir. Bu maddeye göre: (1) Türk boğazlar bölgesinde ve diğer kıyılarımızda; gemiler, tankerler ve her türlü deniz aracı ile tersaneler ve kıyı tesislerinde meydana gelen yangın ve kaza halleri ile doğal afetlerde denizde seyir güvenliğini sağlamak ve çevre kirliliğini önlemek, bu hallerin karada sebep olabileceği yıkım ve zararları engellemek amacıyla deniz ulaştırması, liman ve tersane hizmetlerinin planlanmasına yönelik faaliyet gösteren tüm kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşların faaliyetlerinin düzenlenmesi, koordinasyonu, sevk ve idaresi, krize neden olan olayların başlangıcından neticelerinin ortadan kalktığına Bakanlıkça belirlenmesine kadar geçecek süre içerisinde, Bakanlığın görev ve yetkisindedir. (2) Bakanlık, birinci fıkrada belirtilen görev ve yetki doğrultusunda, krizi yaratan olayların önlenmesi, ortadan kaldırılması veya kamu yararı ve milli menfaatlere uygun olarak sona erdirilmesi amacıyla; 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun hükümleri uyarınca acil durum yönetimine geçildiği hallerde, 5018 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmaksızın eleman, malzeme ve her türlü kara, deniz ve hava aracını temin eder veya ettirir, alınacak mal ve hizmetlerin bedelini belirler, ödemeleri yapar veya yaptırır.

⁹⁹ Kanuna göre “Müsteşarlık”.

ifadesini kimliği belirsiz kişiler olarak değil, olay sonrasında Türk Karasularını terk eden gemi sorumlu tarafları olarak anlamak gerekir.

Kirletenin tespit edilememesi halinde Müsteşarlık tarafından kirliliğe müdahale edilir veya ettirilir. Müsteşarlık, Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun kapsamında, “Mal ve Hizmet Alım Yönetmeliği”ne göre hizmet satın alabilir. Masraflar da Bakanlıkça karşılanır.

2. Tazmin Borcunun Paylaştırılması

Tazmin ve ödemelere ilişkin usul ve esaslar Uygulama Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere nihai olarak belirlenen ve Komisyon tarafından açıklanan zarar miktarı üzerinde taraflar uzlaşırsa Kanuni yetkisine istinaden Müsteşarlık, zararların sorumlu taraf veya garantöründen talep ve tahsiline ve zarar görenlere dağıtımını yapar¹⁰⁰. Taraflar anlaşamayacak olursa, konunun yargıya intikal etmesinden başka çare kalmamaktadır.

D. DAVA USULÜNE DAİR ESASLAR

1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

a. Esasa İlişkin Davada Görev ve Yetki

i. Görevli Mahkeme

Kanunun kapsamına giren zararların tazmini ile ilgili açılacak davalara bakacak mahkemenin görev ve yetkisi 5312 sayılı kanunda düzenlenmiş değildir. Halbuki TTK’da HSS 1992 ile açılacak davalara dair mahkemenin görev ve yetkisi belirlenmiştir. TTK m. 1348/f. 1’e göre görevli mahkeme; “1976 ve 1992 tarihli sözleşmeler uyarınca fon kurulması konusunda görevli mahkeme, deniz ticareti işlerine bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesi, bu mahkemenin bulunmadığı yerlerde bu işle görevlendirilmiş asliye ticaret mahkemesi, o da yoksa fonun miktarına bakılmaksızın, bu işle görevlendirilmiş asliye hukuk mahkemesidir.”

¹⁰⁰ “Tazminat taleplerinde, talepleri toplama ve uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan alacaklara ilişkin ödemenin Müsteşarlık eli ile yapılacak olmasına dair düzenleme, sınırlı fondan öncelikle kamu alacaklarının tahsil edilmesi, kalan tutarın ise özel taleplere tahsis edilmesi için düşünülmüştür”. Keçeli (2010), s. 13.

TTK m. 1348/f. 2 gereğince de; “1976 ve 1992 tarihli sözleşmeler uyarınca fon kurulması konusunda, bir Türk Gemi Siciline kayıtlı olan gemilerde, o gemi sicilinin gözetimi altında tutulduğu mahkeme, sicile kayıtlı olmayan Türk gemilerinde malikin yerleşim yeri mahkemesi, yabancı gemilerde ise, deniz ticareti işlerine bakmakla görevli İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi yetkilidir.”

Bu nedenle 5312 sayılı kanun ile davalar bakımından görevli ve yetkili mahkeme genel hükümlere göre tespit olunacaktır. HMK’ya göre: “Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir (HMK m. 2/f. 1). Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir” (HMK m. 2/f. 2).

Ancak, TTK m. 5/f. 1’e göre Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4 üncü madde hükmünce ticari sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir (TTK m. 5/f. 2)¹⁰¹.

¹⁰¹ Denizcilik İhtisas Mahkemeleri’nin kurulabilmesi imkanı ilk kez, 28/04/2004 tarih ve 25446 sayılı RG’de yayımlanan “Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunun 1. Maddesinde: “İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü ile, Adalet Bakanlığınca, TTK’da düzenlenen deniz ihtilaflarına bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri’nin kurulabilir” ifadesi ile getirilmiştir. Hakim Ve Savcılar Yüksek Kurulunun 08/07/2004 tarih ve 328 sayılı kararı ile de, 19/07/2004 tarihinde ilk olarak, “İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi” kurulmuştur. 6103 Sayılı “Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un 8/1. Maddesinde ise: “6762 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kurulmuş bulunan denizcilik ihtisas mahkemesinin görmekte olduğu davalar, Türk Ticaret Kanununun 5 inci maddes-

TTK 4. madde uyarınca; her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri¹⁰² ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın TTK'da düzenlenen hususlar ticari dava ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işi sayılır. Dolayısıyla eğer tazminat konusu talep ticari bir dava niteliğinde değilse dava asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir¹⁰³.

Asliye Ticaret Mahkemelerinin tüm gemi ve kıyı tesislerinin neden olduğu her türlü deniz kirliliğine ilişkin davalara da bakması halinde, kirlenme zararlarının tazmini davaları bir ihtisas mahkemesi tarafından görül-müş olacağından, uygulamada ortaya çıkan birçok aksaklık giderilmiş olacaktır.

ii. Yetkili Mahkeme

Mahkemenin yetkisi bakımından ise, HMK m. 6'daki genel yetki kuralına göre, Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile, haksız fiilden doğan davalarda¹⁰⁴, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de (HMK m. 16/f. 1) yetkilidir¹⁰⁵. Davacı bu konuda bir seçim hakkına sahiptir¹⁰⁶.

inin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından, Türk Ticaret Kanunu ile diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevli kılınacak asliye ticaret mahkemesine devredilir.” denilmiştir.

¹⁰² 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 nci maddesiyle eklenen ibare.

¹⁰³ **Deliduman, Seyithan/Oruç, Yakup** (2012) “Ticari Davalar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Cilt: 18, Sayı: 2, (Özel Sayı), s. 100 vd. <http://dergipark.gov.tr/download/issue-file/421>.

¹⁰⁴ **Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder**, Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 146; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet** (2011) Medeni Usul Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 123, Haksız fiilin işlendiği yer ifadesinden, fiilin esaslı unsurlarından birinin gerçekleştiği her yer anlaşılmalıdır. **Üstündağ, Saim** (2000) Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 198.

¹⁰⁵ Bu hüküm, haksız fiili bizzat ika eden şahıslar hakkında uygulanacağı gibi; bunların hukuki halefleri ile, doğan zarardan sözleşme veya kanun gereğince sorumlu olanlar hakkında da uygulanır. Dolayısıyla rücu davaları dahi bu yer mahkemesinde açılabilir. **Üstündağ** (2000), s. 198.

¹⁰⁶ Davacı seçim hakkını bu mahkemelerden birisi önünde dava açmakla kullanır. Artık bundan sonra diğer mahkemeler yetkisiz hale gelirler. **Üstündağ** (2000), s. 177.

Yabancılık unsuru taşıyan olaylarda mahkemenin yetkisi, MÖHUK'a göre belirlenecektir. MÖHUK m. 25 hükmü gereğince, haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabi olacağından, bu durumda uygulanacak olan MÖHUK m. 27'ye göre, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre belirlenecektir.

Son yıllarda açılan davalar, HMK'nın, mahkemelerin görev ve yetkisine dair genel kuralınının, gemilerin neden olduğu kirlenme bakımından yetersiz kaldığı, ihtiyaca cevap vermediği görülmüştür. Zira, haksız fiile ilişkin genel kurallar tatbik edilmek suretiyle açılan bu davalarda mahkemelerin ihtisas sahibi olmaması nedeniyle yıllarca sağlıklı bir sonuç alınamamıştır.

Bunun dışında, özellikle, kirlenme zararının geniş bir bölgede etkisini göstermesi hali ile, kirliliğe yol açan kazanın, açık denizlerde veya Türk karasularına ya da sahillerine yakın bir ülkede meydana gelmesi halinde, kirlenme zararı meydana gelmemiş olmakla birlikte, ülkemiz tarafından önleme tedbirlerinin alınmış olması halinde, tedbirlerin tazmininde hangi mahkemelerin yetkili olacağı hususunda kanunlarımızda boşluk bulunmaktadır.

b. Geçici Koruma Tedbirleri

Geçici koruma, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları ile sağlanır. Ancak deniz alacaklarının teminat altına alınması için, geminin sadece ihtiyati haczine karar verilebilir. Bu alacaklar için gemi üzerine ihtiyati tedbir konulması veya başka bir surette geminin seferden menedilmesi istenemez (TTK m. 1353/f. 1).

Alacağıın, 1352 nci maddede sayılan bir deniz alacağı olması, ihtiyati haciz sebebidir. TTK 1352'nin c, d ve e bentlerinde kirlenme zararı ile ilgili hususlar düzenlenmiştir. Buna göre:

➤ *Kurtarma faaliyeti veya her türlü kurtarma sözleşmesi, çevre zararı tehdidi oluşturan bir gemi veya gemideki eşya ile ilgili kurtarma faaliyeti için ödenecek özel tazminat.*

➤ *Çevreye, kıyı şeridinde veya bunlara ilişkin menfaatlere gemi ile verilen zarar ya da zarar verme tehdidi; bu zararı önlemek, sınırlandırmak veya ortadan kaldırmak için alınan önlemler; bu zarar karşılığı ödenecek tazminat; çevrenin eski duruma getirilmesi için fiilen alınan veya alınacak olan makul önlemlerin giderleri; bu zarar ile bağlantılı olarak üçüncü kişilerin uğradığı veya uğrayabileceği kayıplar ve bu bentte belirtilenlere benzer nitelikteki zararlar, giderler veya kayıplar.*

➤ *Geminin içinde bulunan veya bulunmuş olan şeyler de dâhil olmak üzere, batmış, enkaz hâline gelmiş, karaya oturmuş veya terkedilmiş olan bir geminin yüzdürülmesi, kaldırılması, çıkartılması, yok edilmesi veya zararsız hâle getirilmesi için yapılan giderler ve harcamalar ile terk edilmiş bir geminin korunması ve gemi adamlarının işeşi ile ilgili giderler ve harcamalar* ihtiyati haciz kararı verilecek hususlar olarak belirlenmiştir.

1353. madde uyarınca zorunlu olarak geçici tedbir olarak “ihtiyati haciz kararı” verilmesi gereken gemilerin kapsamı ise TTK 935/f. 1. madde uyarınca belirlenir. Bundan dolayı, “*aksini öngören kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu Kanununun deniz ticaretiyle ilgili hükümleri ticaret gemileri hakkında uygulanır.*” 5312 sayılı kanun kapsamına giren kirlenmenin; yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemiler ile münhasıran bir kamu hizmetine tahsis edilen Devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemilerine ve yardımcı gemilerden kaynaklanması halinde TTK hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı TTK 935/f. 2.a ve b maddelerine göre belirlenecektir. Bu sebeple hemen hemen bütün gemiler TTK’nın ilgili maddelerinin uygulanma kapsamındadır. Bu nedenle gemiler hakkında ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkün olmayacaktır.

Ancak kirlenmenin kıyı tesislerinden kaynaklanması halinde, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında geçici tedbir kararı olarak ihtiyati tedbir kararı verilebilir (HMK m. 389/f. 1). İhtiyati tedbir kararı HMK m. 390/f. 1”e göre : “*dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir.*”

Ayrıca bu tesisler bakımından İcra İflas Kanunu (İİK) 257/f. 2. maddedeki¹⁰⁷ şartlar oluşmuşsa ihtiyati hacze karar verilebilecektir. İhtiyati haciz kararı HMK’daki para veya teminat borcu için takip hususundaki yetkiye

¹⁰⁷ İİK m. 257/2: Vadesi gelmemiş borçtan dolayı yalnız aşağıdaki hallerde ihtiyati haciz istenebilir: 1- Borçlunun muayyen ikametgâhı yoksa; 2- Borçlu taahhütlerinden kurtulmak maksadile mallarını gizlemeğe, kaçırmağa veya kendisi kaçmağa hazırlanır yahut "kaçar ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunursa;" Bu suretle ihtiyati haciz konulursa borç yalnız borçlu hakkında muacceliyet kesbeder.

dair hükümlerin kıyas yolu ile uygulanması ile tespit olunur (İİK m. 50 ve m. 258).

TTK m. 1320/1. (a) ile (f) bendinde sayılan alacaklar, Geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı doğmuş olan aşağıdaki alacaklar sahiplerine “gemi alacaklısı hakkı” verir. Gemi alacağı ise TTK m. 1321/1 gereğince: “*sahibine, gemi ve eklentisi üzerinde kanuni rehin hakkı verir.*” Buna karşın birinci fıkranın [(b: Geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan doğan alacaklar) ve (e: Gemide taşınan eşya, konteynerler ve yolcuların eşyalarına gelecek olan zıya veya hasar dışında, geminin işletilmesinin sebep olduğu maddi zıya veya hasardan doğan ve haksız fiile dayanan alacaklar)] bentlerinde yazılı alacaklar;

a) Deniz yolu ile petrol veya diğer tehlikeli ya da zararlı maddelerin taşınması ile bağlantılı olarak ortaya çıkıp da milletlerarası sözleşmelere yahut millî mevzuata göre kusursuz sorumluluk ve zorunlu sigorta ile ya da diğer yollardan teminat altına alınması öngörülen zararların,

b) Radyoaktif maddelerden veya radyoaktif maddelerin zehirli ya da patlayıcı maddeler veya nükleer yakıt yahut radyoaktif ürünler ya da atıklardan oluşan diğer tehlikeli maddeler ile bileşiminden kaynaklanan zararların, sonucunu oluşturdukları veya bu zararlardan doğdukları takdirde, sahiplerine gemi alacaklısı hakkı vermezler.

2. Zamanaşımı

Bu Kanun kapsamındaki olaylar nedeniyle tazminat taleplerinde zamanaşımı süresi, diğer kanunlarda daha uzun bir süre öngörülmedikçe, zararın öğrenildiği ve sorumlu tarafın tespit edildiği tarihten itibaren beş yıl, her halde olayın meydana geldiği tarihten veya olay, olaylar zincirinden meydana geliyorsa son olayın meydana geldiği tarihten itibaren on yıldır. Zamanaşımı süresine ilişkin olarak Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır (5312 sayılı kanun m. 12).

HSS 1992 Sözleşmesine göre Zararın meydana geldiği tarihten itibaren 3 yıl içerisinde dava açılmazsa, dava açma hakkı sona erer (m. VIII). Ancak, her durumda kirliliğe yol açan kazanın meydana gelmesinden itibaren altı yıl içerisinde tazminat davası açılmak zorundadır. Dolayısıyla, altı yılı aşan sürede yapılan müracaatlar sözleşme kapsamı dışında kalacaktır.

SONUÇ

Uluslararası toplumda son yıllarda özellikle deniz kirliliği ile ilgili hususlar üzerinde hassasiyet ve önemle durulmaya başlanması ve bu konuda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmış ve yapılmakta olması ülkemiz bakımından da ciddi bir kazanımdır. Zira gerek ülkemizde gerekse dünyada yaşanan büyük çevre felaketleri incelendiğinde kirlenmelerin çoğunlukla gemi ve petrol tesisi kaynaklı olduğu görülmektedir.

Uluslararası sözleşmeler dışında milli mevzuatımızda da önemli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden biri de, 5312 sayılı *“Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun”*dur. Kanun; çarpışma, kırılma, yangın, patlama veya diğer nedenlerle gemilerden veya kıyı tesislerinden kaynaklanan kirlenmelere acil müdahale, kirlenmenin önlenmesi ve giderilmesi zararların tespit ve tazmini hususlarında önemli hükümler içermektedir.

5312 sayılı kanun hükümleri Türkiye'nin deniz yetki alanlarında bulunan beş yüz groston ve daha büyük, petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan gemilerden ve kıyı tesislerinden kaynaklanan petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenme olaylarında uygulanır. Ancak donanmaya ait veya devlet hizmetine tahsis edilmiş bir gemiler kanun kapsamında değildir.

Türkiye'nin deniz yetki alanları; iç suları, karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesi ile karasularının ötesindeki açık deniz alanları olarak tespit edilmiştir. Ancak açık deniz alanlarında müdahale için Kanunda öngörülen acil durumların ortaya çıkması, buradaki faaliyetlerin müdahale ve zararların tazmini amaçlarıyla sınırlı kalması ve müdahale için Bakanlığın; Dışişleri Bakanlığı ve ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak karar vermesi gerekir.

Zararın tazmini ve koruyucu önlemlerin karşılanması konusunda yükümlülük atfedilebilecek kişiler kanun kapsamındaki gemiler ile kıyı tesislerinin: sahipleri, işletenleri, kaptanları, idare edenleri, kiracıları, ziyyetleri ve garantörleridir.

5312 sayılı kanundaki sorumluluk bir kusur sorumluluğudur. İki veya daha fazla geminin karışmasıyla meydana gelen bir olayda ortaya çıkan zarardan, tüm gemilerin sorumlu tarafları müştereken ve müteselsilen

sorumludurlar. Olay sonucu ortaya çıkan zararı ödeyenlerin zarara neden olanlara rücu hakkı saklıdır.

Sorumluluğun doğması için ilk olarak, meydana gelen gemi kaynaklı bir olay HSS 1992 sözleşmesi kapsamında olmamalıdır. İkincisi, çarpışma, kırılma, yangın, patlama veya diğer nedenlerle gemilerden veya kıyı tesislerinden kaynaklanan kirlenme veya zarar ortaya çıkaran veya ortaya çıkma tehlikesi yaratan bir olay meydana gelmelidir. Üçüncüsü, olay Türkiye'nin iç suları, karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesinde veya bu Kanunda öngörülen acil durumlarda ve bu durumlara müdahale ile zararların tazmini amaçlarıyla sınırlı kalmak kaydıyla belirlenecek karasularının ötesindeki açık deniz alanlarında meydana gelmiş olmalıdır. Dördüncüsü, olay neticesinde deniz çevresine karışan petrol ve diğer zararlı maddelerin; canlı kaynaklara ve deniz yaşamına zarar verecek, insan sağlığı için tehlike oluşturacak, balıkçılık ve denizlerin diğer yasal amaçlarla kullanımı da dahil olmak üzere, denizcilik faaliyetlerini engelleme, deniz suyunun niteliğini değiştirme ve ekolojik dengeyi bozma gibi zararlı etkiler yaratacak şekilde bir kirlenme zararı ya da kirlenme tehlikesinin yol açtığı zararlar ortaya çıkmalıdır. Beşincisi, deniz çevresinin kirlenmesi veya kirlenme tehlikesi 5312 sayılı kanun kapsamındaki gemi ve kıyı tesislerinden kaynaklanmalıdır. Altıncısı, meydana gelen olayla, zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Son olarak, 5312 sayılı kanunda sayılan kişilerin meydana gelen olayda kusurları bulunmalıdır.

5312 sayılı kanun kapsamında kirlenme tehlikesinin neden olduğu koruyucu önlemlere ilişkin masrafları, kirlenmenin gerçekleşmesi halinde; temizleme masrafları, toplanan atıkların taşınması ve bertaraf edilmesi için yapılacak masrafları, özel mallardaki zararları, canlı kaynaklar ve deniz yaşamına verilen zararları, bozulan çevrenin rehabilitasyonu için yapılacak masrafları, geçim için kullanılan doğal ve canlı kaynaklarda meydana gelen zararları, gelir kayıplarını, gelir ve kazanç kapasitelerine verilen zararları, şahısların yaralanması ve ölümünden kaynaklanan zararları ve diğer kamu zararları tazmin edilir.

Bir olay sonucunda meydana gelen zararlar oluşturulacak bir komisyon marifetiyle tespit edilir. Komisyon; Bakanlık temsilcisinin başkanlığında; Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Bakan Yardımcısı (Müsteşar), Sahil Güvenlik Komutanlığı, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü ile ilgili valilik ve belediyelerin temsilcilerinden oluşur.

İlgili bakan yardımcısı, kirlenmeye yol açan gemi ve kıyı tesislerinin sorumlu taraflarını tespit eder. Bakanlığın ve Dışişleri Bakanlığının görüşlerini alarak bu Kanun kapsamında kirliliğe neden olan ancak, sorumlu tarafları bulunamayan yabancı bayraklı gemilerin, Türkiye'de neden oldukları zararların tazmini konusunda bayrak devletinden yardım talep edebilir.

Kirletenin tespit edilememesi halinde Müsteşarlık tarafından kirliliğe müdahale edilir veya ettirilir. Bakanlık (Müsteşarlık), Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun kapsamında, "Mal ve Hizmet Alım Yönetmeliği"ne göre hizmet satın alabilir. Masrafları da Bakanlıkça karşılanır.

5312 sayılı kanun kapsamındaki olaylar nedeniyle tazminat taleplerinde zamanaşımı süresi, zararın öğrenildiği ve sorumlu tarafın tespit edildiği tarihten itibaren beş yıl, her halde olayın meydana geldiği tarihten veya olay, olaylar zincirinden meydana geliyorsa son olayın meydana geldiği tarihten itibaren on yıldır.

KAYNAKÇA

ABDULLAHZADE, Cavid (2009), “*Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği: Türk Hukukundaki Son Gelişmelerin Değerlendirilmesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S 4, s. 693 vd.

ACAR, Serdar (2008), *Kulüp Sigortası: Protection & Indemnity*, İstanbul, Vedat (*Kulüp Sigortası*)

ACAR, Serdar (2017), *Son Gelişmeler Işığında “Anti-Suit Injunction*, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. II, İstanbul, s. 1609-1654 (*Anti-Suit Injunction*)

ARAS YEŞİLOVA, Ecehan (2013), *Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478)*, İstanbul, Yetkin

ATAMER, Kerim (2003), *1976 Sınırlı Sorumluluk ve 1992 Petrol Kirliliği Sözleşmelerinin Tatbikatı’na Dair Yasal Düzenleme Taslağı ve Gerçekçesi*, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 1, 1. B., İstanbul, s. 853 (*Sözleşmelerin Tatbikatı*)

ATAMER, Kerim (2009), *Yargıtay Kararları Işığında, Deniz Ticareti Ve Deniz Sigortası Hukukunda Güncel Sorunlar Ve Gelişmeler*, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, XXIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 12 Haziran, s. 7

ÇAĞA, Tahir/ KENDER, Rayegan (2009), *Deniz Ticareti Hukuku I*, 15. B., İstanbul, Oniki Levha

De La RUE Colin/ANDERSON Charles B. (1998), *Shipping And The Environment, Law and Practice*, London, Informa Law

DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup (2012), “*Ticari Davalar*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Cilt: 18, Sayı: 2, (Özel Sayı), s. 99-110

<http://dergipark.gov.tr/download/issue-file/421>

DEMİR, İsmail (2011), “*Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Esasları Açısından Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun*

Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S 1, Ocak-Mayıs, s. 239 vd.

DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre (Ceviren, Salim ÖZDEMİR) (1983), *Sorumluluk Hukuku*, Ankara, Alperen&Melikşah

EREN, Fikret (1975), *Hukuka Aykırılık Bağı Veya Normun Koruma Amacı Teorisi*, Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara

KARA, Hacı (2005), *Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukukuna Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk*, İstanbul, Yamaner

KARA, Hacı (2010), *Deniz Çevresinin Kirlenmesinde Acil Müdahale Kanunu Hakkında Genel Değerlendirme*, Marmara Denizi Sempozyumu Bildiriler Kitabı, İstanbul 2010, s. 116 vd.

KEÇELİ, M. Alper (2010), *5312 Sayılı Kabus Bitiyor mu?*, Denizci, Yıl 2, S 5, Nisan-Mayıs-Haziran, s. 13

KURAN, Selami (2016), *Uluslararası Deniz Hukuku*, 5. B., İstanbul, Beta

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 22. B., Ankara, Yetkin

KUYUCU MERİÇ, Gülfer (2017), *Donatının Petrol Kirliliğinden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması*, İstanbul, Filiz

LEVINE, Ed, *Effects of Oil on the Marine Environment, Contingency Planning and Spill Response*, http://www.harboresuary.org/reports/harborheron/Presentations/0114-1513/HHerons_Tuesday/OilSpill101.pdf, ET: 14.06.2018

NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan (2016), *Eşya Hukuku*, 3. B., İstanbul, Oniki Levha

ÖĞÜZ ŞEKER Zehra (2013), *Gemi Yönetimi Sözleşmesi*, 2. B. İstanbul, Filiz

PAZARCI, Hüseyin (1997), *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. Kitap, 6.B., Ankara, Turhan

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet (2011), *Medeni Usul Hukuku*, 12. B., İstanbul, Yetkin

SÖZER, Bülent (2014), *Deniz Ticareti Hukuku-I*, 3. B, İstanbul, Vedat
STRUB, Richard/ DEAN, Paul (2016), *A Victory For Insurers: The Yusuf Cepnioglu*, April, <http://www.hfw.com/A-victory-for-insurers-the-YUSUF-CEPNIOGLU-April-2016>, ET: 15.06.2018

ÜSTÜNDAĞ, Saim (2000), *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. B., İstanbul, Filiz

1992 Uluslararası Petrol Kirliliği Tazmin Fonu Talepler El Kitabı, Gayriresmi Tercümesi Ve İlgili Mevzuat Ve Uygulamalar, Ankara Ekim 2013

1.07.2007 tarihli Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları <https://www.tsb.org.tr/kiyi-tesisleri-deniz-kirliligi-zorunlu-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=504> ET: 10.09.2018

ABT SUMMER, off Angola, 1991, <http://www.itopf.org/in-action/case-studies/case-study/abt-summer-off-angola-1991/>, ET: 29.08.2018

Amaçlarına göre gemi türleri,
<http://www.armatorlerbirligi.org.tr/bilgi-ve-egitim/gemi-bilgisi/gemi-tipleri/amaclarina-gore-gemi-turleri/?AspxAutoDetectCookieSupport=1>, ET: 16.08.2018

An Environmental Restoration Programme 12 Years After: Haven Wreck, <https://wwz.cedre.fr/en/content/download/1730/16920/file/8-icram-12years-after-restoration-haven-1-en.pdf>, ET: 29.08.2018

ATLANTIC EMPRESS, West Indies, 1979, <https://shipwrecklog.com/log/history/atlantic-empress/>, ET: 29.08.2018

Final Report, Alaska Oil Spill Commission,
<http://www.evostc.state.ak.us/index.cfm?FA=facts.details>, ET: 29.08.2018

“Gemi Tonaj Ölçümleri”, <http://www.teknedergisi.com/gemi-tonaj-olcumleri/> ET: 23.08.2018

<http://cygm.csb.gov.tr/kiyi-tesisleri-risk-degerlendirmesi-ve-acil-mudahale-plani-hazirlayacak-olan-2.-asama-kiyi-tesisleri-listesi-aciklanmistir.-duyuru-4266> ET: 16.08.2018

<http://www.news.bbc.co.uk/2/hi/8650620.stm>, ET: 14.06.2018

<http://www.popularmechanics.com/science/energy/g1765/biggest-oil-spills-in-history/> ET: 27.12.2018

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180709M3.pdf>, ET: 12.08.2018

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180710-1.pdf>, ET: 12.08.2018

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss718m.htm>, ET: 02.05.2018

<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201891/volume-1891-i-32194-english.pdf> ET: 10.08.2018 Ixtoc I Oil Spill Economic Impact Study Executive Summary, <https://www.boem.gov/ESPIS/3/3929.pdf> ET: 29.08.23018

Kanun gerekçesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss718m.htm>, ET: 02.05.2018

Kıyı tesisleri listesi, <http://webdosya.csb.gov.tr/db/cygm/editor-dosya/kiyitesisilistesi.PDF>, ET: 16.0802018

March 1992: The Fergana Valley Massive Oil Spill, <http://www.energyglobalnews.com/march-1992-the-fergana-valley-massive-oil-spill/>, ET: 29.08.2018

ODYSSEY, off Canada, 1988, <http://www.itopf.org/in-action/case-studies/case-study/odyssey-off-canada-1988/>, ET: 29.08.2018

The International Oil Pollution Compensation Fund 1992, Explanatory Note Prepared By the 1992 Fund Secretariat, August 2002

TTK madde gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, ET: 05.05.2018

www.kazanci.com.tr

VİYANA SATIM ANTLAŞMASI'NA (CISG) GÖRE ALICININ SÖZLEŞMEYİ İHLÂLİ HALİNDE SATICININ HAKLARI

Arş. Gör. Furkan Güven TAŞTAN*

ÖZET

Çalışmamızda sözleşmenin alıcı tarafından ihlâli hâlinde satıcının sahip olduğu haklar meselesi ele alınmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak alıcının asli yükümlülükleri olan semen ödeme ve malî teslim alma ile diğer yükümlülüklerine yer verilmiştir. Söz konusu yükümlülüklerin ihlâlinin doğuracağı sonuçlar bakımından ihlâl; esaslı ihlâl ve esaslı olmayan ihlâl şeklinde iki dereceye ayrılmış ve satıcının alıcıya ek süre tanınmasının bu derecelendirmeye tesiri üzerinde durulmuştur.

Alıcının sözleşmeyi ihlâlinden bahsedebilmek için bir yükümlülüğü ihlâl etmiş olması ve sorumluluktan kurtulmamış olması şartlarının bir arada bulunması gerekir. Sözleşmenin ihlâli halinde satıcının sahip olduğu hakların incelendiği son bölümde, aynen ifayı talep etme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve tazminat talep etme haklarına yer verilmiştir. Dönme kavramı yerine sözleşmeyi ortadan kaldırma ifadesinin neden tercih edildiğinin açıklandığı bu bölümde, son olarak Antlaşma'da sözleşmenin alıcı tarafından ihlâli halinde satıcı lehine öngörölmüş özel bazı durumlar incelenmiş ve çalışma sonlandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Viyana Satım Antlaşması, CISG, Sözleşmenin İhlali, Satıcının Hakları, Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma Hakkı, Esaslı İhlâl, Ek Süre.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, fgtastan@ybu.edu.tr (Geliş Tarihi: 29.06.2018 – Kabul Tarihi: 02.10.2018).

SELLER'S REMEDIES AGAINST BREACH OF CONTRACT BY THE BUYER UNDER THE VIENNA CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

ABSTRACT

This article is about remedies of the Seller in the event of a breach of contract by the buyer. In this scope, firstly the buyer's main obligations and other obligations have examined. In respect of the consequences of that obligations, the breach has separated into two degrees as fundamental and non-fundamental breach and the effect of the additional period of time to rating has examined.

For the breach of contract by the buyer, he has to violate an obligation and not being released from the responsibility. In the case of breach of the contract, remedies of the seller that includes as a right to require the buyer to perform his obligations, right to declare the contract avoided and right to compensate of the seller has examined in the last chapter. This chapter also explains why the phrase "right to declare the contract avoided" is preferred rather than the phrase "right of rescission". Finally, this article was concluded by examining specific rights of the seller in case of the buyer has been violated the contract according to CISG.

Key Words: Vienna Convention on the International Sale of Goods, CISG, Breach of Contract, Remedies of Seller, Right to Declare the Contract Avoided, Fundamental Breach, Additional Period of Time.

GİRİŞ

1928’de Rabel tarafından ortaya atılan “*dünya satım hukuku*”nun oluşturulması fikrinden hareket edilerek hazırlanan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (“*CISG*”, “*Viyana Satım Antlaşması*” ya da “*Antlaşma*”¹), günümüzde milletlerarası ticaretin “*Magna Carta*”sı olma yolunda ilerlemektedir². Türkiye, Antlaşma’yı 7.7.2010 tarihinde kabul etmiş; Antlaşma Türk Hukukunda 1.8.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir³.

Viyana Satım Antlaşması’nda alıcının yükümlülükleri; semenin ödemesi, malın teslim alınması ve diğer yükümlülükler olarak belirtilmiştir. Çalışmamızda bu yükümlülükler ve yükümlülüklerin ihlâline bağlanan sonuçlar çerçevesinde aşağıdaki problemlere çözüm aranmaya çalışılmaktadır.

Alıcının yükümlülüklerinin ihlâli konusunda değinilmesi gereken ilk husus, alıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde satıcının hangi haklara sahip olduğudur. Bu noktada Antlaşma, acaba Türk/İsviçre hukukundaki gibi ihlâlin türünü mü (*temerrüt, kötü ifa, imkânsızlık gibi*), yoksa ihlâlin derecesini mi (*esaslı bir ihlâl olup olmadığı*) dikkate almaktadır?

Alıcının yükümlülüklerini ihlâl etmesine dair problemlerden bir diğeri de asli – diğer yükümlülükler ayrımıyla esaslı – esaslı olmayan ihlâl ayrımının örtüşüp örtüşmediğidir. Yani her zaman asli yükümlülüklerin ihlâli durumunda esaslı ihlâl; diğer yükümlülüklerin ihlâlinde ise esaslı olmayan bir ihlâlden söz edilebilir mi?

¹ “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması” ifadesinin uzunluğu sebebiyle çalışmamızda bunun yerine “*CISG*”, “*Viyana Satım Antlaşması*” ya da “*Antlaşma*” terimleri kullanılacaktır. Aksi belirtilmedikçe “*sözleşme*” teriminden anlaşılması gereken ise tarafların mal satımına ilişkin aralarında gerçekleştirdiği akittir.

² Hazırlanış aşamasında Viyana Satım Antlaşması’nın kapsayıcı ve uluslararası niteliğine önem verilmiştir. **Akipek Öcal, Şebnem**; ‘Türk Hukuku Açısından Viyana Satım Sözleşmesi’: Temel, Erhan (Editör) (2015) *Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku*, Ankara, Adalet, s. 94; **Karollus, Martin** (1995) ‘Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994’ *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, s. 77

³ RG 07.04.2010, sayı 27545.

Satıcı, alıcıya yerine getirmediği yükümlülüklerini ifa etmesi için mal uzunlukta bir ek süre tanıyabilir. Sürenin sonuçsuz kalması durumunda satıcı, Antlaşma'ya göre doğrudan sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanabilmektedir. Bu durumda ek süre müessesesi, ihlâlin derecesine doğrudan tesir ederek esaslı olmayan bir ihlâli, esaslı bir ihlâle mi dönüştürmektedir?

Satıcıya tanınan en önemli imkân olan ve Antlaşma'nın orijinal metninde "avoidance", resmî Türkçe çevirisinde ise "sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı" olarak ifade edilen terim, çevirideki hâliyle korunarak mı yoksa "dönme hakkı" şeklinde mi kullanılmalıdır? Söz ve söze yüklenen anlamın son derece önem arz ettiği bir dal olan hukukta, bir kavramın şartları, sınırları ve sonuçlarının eksiksiz bir biçimde tespit edilebilmesi için terminoloji probleminin çözülmesi elzemdir.

Çalışmamızda incelenen problemlerden sonuncusu ise, doktrinde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının sınırları başlığı altında ifade edilen geç ifa durumunun, hakikaten bu hakkın bir sınırlamasını mı; yoksa aksine zaman bakımından genişletilmesi hâlini mi oluşturduğu yönündedir.

Soru işaretiyle noktalanan bu hususların sağlıklı bir biçimde değerlendirilebilmesi amacıyla alıcının yükümlülükleri ve yükümlülüklerin ihlâl edilmesinin sonuçları konusunda genel açıklamalar yapılmış; bu genel açıklamalar içerisinde anılan problemler sırasıyla alt başlıklar içerisinde çözümlenmeye çalışılmıştır.

I.ALICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Viyana Satım Antlaşması'nda ("CISG" ya da "Antlaşma") açıkça ifade edilmemekle birlikte, alıcının yükümlülükleri asli yükümlülükler ve diğer yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır. Semen ödeme ve malı teslim alma yükümlülüğü olarak ifade edilebilecek alıcının asli yükümlülükleri, CISG m. 53 ilâ 60. maddelerde düzenlenmiştir. Diğer yükümlülükler ise dürüstlük kuralından, ticari teamüllerden ve tarafların anlaşmasından doğmakta olup bu yükümlülüklerin ihlâlinin de sözleşmenin ihlâli sonucu doğuracağı hususu CISG m. 62'de yer almaktadır.

Viyana Satım Antlaşması'nda alıcının yükümlülüklerinin ihlâli, satıcının yükümlülüklerinin ihlâline oranla daha sade bir yapıdadır. Öyle ki, satıcının sözleşmeye aykırı davranışı, imkânsızlık, ayıplı ifa, zamanında ifa etmeme ve eksik ifa gibi çok çeşitli bir yapıda bulunmaktadır. Buna karşılık alıcının sözleşmeyi ihlâl etmesi temel olarak semenin ödenmemesi, malın teslim alınmaması ve diğer yükümlülüklerin ihlâlinden kaynaklanır⁴.

Satıcının sözleşmeyi ihlâl etmesinde olduğu gibi, alıcının ihlâli halinde de ihlâl edilen yükümlülüğün asli yahut diğer yükümlülük olmasının bir önemi bulunmamakta; sözleşmenin ihlâline ilişkin sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda, sırasıyla alıcının anılan yükümlülükleri incelenecektir.

A. SEMEN ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Semen, alıcının satıcının edimi karşılığında ödemeyi taahhüt ettiği, para borcundan oluşan bir edimi ifade eder. Semen, para borcu olma zorunluluğu taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini, trampa sözleşmesinden ayırmaktadır. Semen, ödenmesi, alıcının anlaşılabilir miktarı, hiçbir sınırlama olmaksızın satıcının tasarrufuna sunması anlamına gelir⁵.

Alıcının en önemli borcu olan⁶ semen ödeme yükümlülüğü, CISG m. 54 ilâ 59'da düzenlenmiştir. Tamamlayıcı nitelikteki bu hükümler, ancak tarafların semenin ödenmesine ilişkin aksine bir anlaşmaya varmamaları hâlinde uygulama alanı bulmaktadır.

Taraflar semen miktarını açıkça belirleyecekleri gibi, örtülü olarak da kararlaştırabilirler⁷. Semen, hangi para birimiyle ödeneceği konusunda Antlaşma'da herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Taraflar, sözleşmede

⁴ **Knapp, Victor** 'Article 61-65': Bianca-Bonell (Editör) (1987) Commentary on the International Sales Law, Milan, s. 444.

⁵ **Zeytin, Zafer** (2015) Milletlerarası Satım Sözleşmeleri Hukuku- CISG, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 232.

⁶ **Schwenzer/Schlechtriem** (2015) Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul, On İki Levha, s. 1021.

⁷ **Kaya, Cansu** (2012) CISG Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, İstanbul, On İki Levha, s. 62 ve 66. Taraflar semenin kapsamını CIF, FOB ve benzeri uluslararası ticari terimlere atıf yapmak suretiyle de belirleyebilirler (**Zeytin**, s. 230).

buna ilişkin bir husus kararlaştırmazlarsa, mesele taraflar arasındaki alışkanlıklara ya da ticari teamüllere uygun şekilde çözülecektir. Bu yoldan da bir sonuç alınamaması hâlinde, problem CISG m. 7/II hükmüne göre Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere; bu ilkelere de netice elde edilememesi halinde kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir. Doktrindeki hâkim görüş, Viyana Satım Antlaşması'nın ruhuna uygun bir şekilde, yeknesak bir uygulamanın geliştirilmesi amacıyla kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmadan, semenin satıcının işyerinin bulunduğu ülkenin para birimiyle ödenmesi gerektiği yönündedir⁸.

B. MALİ TESLİM ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Alıcının malı teslim alma yükümlülüğü, malın teslim alınması amacıyla yapılacak hazırlık fiillerinden ve malın fiilen teslim alınmasından oluşmaktadır. Alıcının gerçekleştirmekle yükümlü olduğu hazırlık fiilleri, kendisinden makul olarak beklenen her türlü davranışı kapsar (CISG m. 60)⁹. Bu fiiller, tarafların anlaşması, taraflar arasındaki uygulama ve ticari teamüllerle tespit edilmektedir¹⁰. Örneğin teslimin satıcının işyerinde yapılacağına kararlaştırılması durumunda, alıcının gerekli ithalat izinlerini alması gerekir. Teslimin alıcının işyerinde yapılacağı durumlarda ise, alıcının teslim edilecek mallara uygun şekilde depo imkânını sağlaması, hazırlık fiilleri kapsamında değerlendirilir.

Malın fiilen teslim alınması, alıcının kararlaştırılan yer ve zamanda¹¹, hiçbir sınırlama olmaksızın kendisinin tasarrufuna sunulan malı fiilen dev-

⁸ Zeytin, s. 230.

⁹ Sevón, Leif (1990) 'Obligations of the Buyer under the Vienna Convention on the International Sale of Goods' Suomalainen Lakimiesten Yhdistys: - Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, Cilt 126, s. 231.

¹⁰ Taraflar arasındaki sözleşmede uluslararası ticari terimlere atıf yapılmasıyla, alıcının teslim alma borcunun kapsamı belirlenebilir (Sert, Selin (2013) Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul, Vedat, s. 156; Zeytin, s. 243). Öte yandan, alıcının teslim yönelik hazırlık çalışmaları, objektif bir değerlendirmeyle makul olarak alıcıdan beklenen her türlü davranışı kapsar (Zeytin, s. 243).

¹¹ Alıcının malı teslim alma yükümlülüğü, satıcının malı teslim etme borcunun karşılığını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda malın teslim yeri CISG m. 31'de; teslim zamanı ise CISG m. 33'te düzenlenmiştir.

ralması anlamına gelmektedir. Çoğu zaman tarafların uluslararası ticari terimlere yaptığı atıflar doğrultusunda, malı temsil eden belgelerin alınması, malın devralınması sonucunu doğurmaktadır¹². Alıcı, kural olarak malı teslim alma yükümlülüğü altında olmakla birlikte, belirlenen vadeden önce teslim yapılması hâlinde ya da anlaşılardan daha fazla miktarda mal teslim edilmesi durumlarında ifayı reddedebilir (CISG m. 52).

C. DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Alıcının diğer yükümlülüklerini yerine getirmemesi de CISG m. 62 gereğince sözleşmenin ihlâli sonucunu doğurmaktadır. Diğer yükümlülükler; Antlaşma'dan, sözleşmeden, tarafların alışkanlıklarından veya ticari teamüllerden kaynaklanmaktadır. Bu yükümlülükler, bünyesinde ağırlıklı olarak asli yükümlülüklerin yerine getirilmesine hizmet eden yan yükümlülükleri ihtiva eder. Antlaşma'dan kaynaklanan diğer yükümlülükler; CISG m. 65 uyarınca alıcının malın niteliğini belirleme yükümlülüğü, CISG m. 86 uyarınca malın muhafazasını sağlama yükümlülüğü ve CISG m. 88 uyarınca çabuk bozulabilen malları satma yükümlülüğü örnek gösterilebilir¹³. Diğer yükümlülüklerin sözleşmeyle belirlenmesi durumlarına ise sadece belirtilen ülkelere dağıtım ve satış yapma, satış için teknik bilgi sağlama, kullanma talimatlarına ve ithalat-ihracat yasalarına uyma durumları örnek verilebilir.

Doktrinde bazı yazarlar, muayene ve ihbar külfetleri ile satıcının sözleşmeyi ihlâl etmesi hâlinde zararı onun lehine azaltma külfetini de alıcının diğer yükümlülükleri çerçevesinde ele almaktadır¹⁴. Ancak külfetler, nitelikleri itibarıyla alıcıya teknik anlamda bir yükümlülük yüklemeyen davranış modellerinden oluşmaktadır¹⁵. Antlaşma kapsamında külfetlerin yerine getirilmemesi, yalnızca elde edilmesi mümkün olan hakların kazanılamaması sonucunu doğurmakta, bunun ötesinde yükümlülüğün ihlâline ise sebep olmaktadır. Dolayısıyla, külfetlerin diğer yükümlülükler başlığı altında incelenmesi kanaatimizce isabetsizdir.

¹² Zeytin, s. 243.

¹³ Kanişlı, Erhan (2013) CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, İstanbul, On İki Levha, s. 40; Sert, s. 159-160.

¹⁴ Kanişlı (2013), s. 37, 38 ve 42.

¹⁵ Eren, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 45.

II. ALICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ İHLÂL ETMESİ

Viyana Satım Antlaşması, ifa engellerine Kara Avrupası hukuk sisteminden farklı bir tarzda bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşmış ve tüm ifa engellerini sözleşmenin ihlâli (*breach of contract*) kavramı çatısı altında toplamıştır. Dolayısıyla içerisinde Türk/İsviçre hukuk sisteminin de bulunduğu Kara Avrupası hukuk sisteminde çok çeşitli hallerde bulunan ifa engelleri müessesesi, Viyana Satım Antlaşması'nda Anglosakson hukuk sistemine yaklaştırılmak suretiyle tek bir kavram altında birleştirilmiştir¹⁶.

Viyana Satım Antlaşması kapsamında taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâl etmesi durumunda hangi hakların kullanılacağına tespitinde; ihlâlin türü değil, derecesi dikkate alınmakta ve sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edilmesiyle esaslı olmayan şekilde ihlâl edilmesi, özellikle sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı bakımından farklı sonuçlara tâbi tutulmaktadır. Öyle ki esaslı ihlâl halinde ihlâle dayanan taraf, aynen ifa ve tazminat taleplerinin dışında doğrudan sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına da sahip olmaktadır. Bu kapsamda sırasıyla alıcının yükümlülüklerini ihlâlinin dereceleri ve ihlâlin şartları incelenecektir.

¹⁶ Kara Avrupası hukuk sistemindeki bu yaklaşıma “*cause-oriented approach*”; Anglosakson sistemindeki yaklaşıma ise “*breach of contract approach*” ya da “*remedy approach*” denilmektedir. Schwenzer’e göre bu iki yaklaşım, uluslararası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla “*modern approach*” çatısı altında birleştirilmiştir. Söz konusu modern yaklaşımla birlikte, Anglosakson sistemindeki sözleşmeye aykırılık yaklaşımı, Antlaşma’ya taraf olan ve Kara Avrupası hukuk sistemine tâbi ülkelerin bulunması sebebiyle “*civil law*” lehine törpülenmiştir. Öyle ki “*common law*” sisteminde sözleşmeden dönmek daha zor ve belirli kısıtlamalara tâbiyken, modern yaklaşımla birlikte, esaslı ihlâlin bulunması durumunda sözleşmeyi ortadan kaldırmak görece daha kolaylaştırılmıştır. Bu da ifa engellerine bakışın “*civil law*”a yaklaştırıldığını gösterir. **Kanıklı, Erhan**; ‘CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Satıcının Hakları’ : Okur, Sinan (Editör) (2016) Milletlerarası Mal Satım Hukuku, Ankara, Adalet, s. 472; **Sarıkaya, Murat** (2017) CISG Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, İstanbul, Filiz, s. 9. CISG’in ifa engellerine sistemine ilişkin tarihi arka plan hakkında detaylı bilgi için bkz. **Atamer, Yeşim** (2008) Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış: Milletlerarası Satım Hukuku, İstanbul, On İki Levha, s. 224 vd.; **Dayıoğlu, Yavuz** (2011) CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul, On İki Levha, s. 31.

A. İHLÂLİN DERECELERİ¹⁷

1. Esaslı İhlâl

Alıcının sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlâlinin derecesinin tespitinde, tıpkı satıcıda olduğu gibi CISG m. 25 hükmüne başvurulmaktadır¹⁸. Anılan hükme göre alıcının yükümlülüklerini ihlâlinin, esaslı bir ihlâl teşkil etmesi için; (a) yükümlülüğe aykırı davranışın, yani ihlâlin bulunması, (b) ihlâlin satıcıda önemli bir menfaat kaybına sebep olması ve (c) menfaat kaybına ilişkin sonucun, alıcı ve alıcıyla aynı şartlar içindeki makul kişiler tarafından öngörülebilmesi şartlarının bir arada bulunması gerekir.

(a) Sözleşmenin alıcı tarafından esaslı ihlâl edilebilmesinden bahsedebilmek için öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlâl edilmiş olması gerekir¹⁹. Zirâ ihlâl olmadan, esaslı ihlâlden bahsedilemeyecektir.

(b) İhlâlin satıcı nezdinde önemli bir menfaat kaybına sebep olması da, esaslı ihlâl için aranan şartlardan bir diğeridir. Önemli menfaat kaybı, meydana gelen ihlâlin satıcı nezdinde, kendisinin beklediği şeyden önemli

¹⁷ Hem esaslı olmayan hem de esaslı ihlâlin sözleşmenin ihlâli çatısı altında değerlendirilmesi sebebiyle, bu iki kavramın birbirinden ayırt edilmesinde “*tür*” ya da “*çeşit*” ifadelerinin kullanılmasının isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Zirâ Antlaşma; ifa engelleri müessesesini öncelikle “sözleşmenin ihlâli” kavramı çatısında bir araya getirmiş ve ardından kanaatimizce ihlâli derecelerine ayırmıştır. Bu nedenle çalışmamızda, esaslı olmayan ihlâl ile esaslı ihlâlin birbirinden ayırt edilmesinde “*derece*” ifadesi tercih edilmiştir. Nitekim Knapp de bu iki kavramın birbirinden ayırt edilmesinde, ihlâlin niteliği (“*quality of the buyer’s breach*”) kriterine başvurmaktadır. Knapp, s. 444. “Derece” ifadesinin Knapp’in tercih ettiği “quality” kavramını karşılayacağı kanaatindeyiz.

¹⁸ **Duncan, John C.** (2000) ‘Nachfrist Was Ist? Thinking Globally and Acting Locally: Considering Time Extension Principles of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Revising the Uniform Commercial Code’ Brigham Young Law Review, s. 1380; **Erdem,ERCÜMENT** (2013) ‘Viyana Satım Antlaşması’na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlâlinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması’ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, s. 272; **Yılmaz, Süleyman** (2013) Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara, Yetkin, s. 90.

¹⁹ **Atamer**, s. 238; **Koch, Robert** (1998) ‘The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)’ Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, s. 262; **Yelkenci, Işıl** (2014) Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul, On İki Levha, s. 35; **Yılmaz**, s. 91.

ölçüde yoksun kalması neticesini doğuran olumsuz sonuçları ifade eder²⁰. Satıcının beklediği şeyden kastedilen, satıcının ulaşmak istediği sonuçlar değil; yalnızca onun akdi menfaatleri, yani sözleşmenin tarafı olması nedeniyle beklediği menfaatlerdir. Önemli menfaat kaybı; CISG m. 74'te düzenlenen tazminat sorumluluğu kapsamındaki zarar kavramından da farklıdır²¹.

Neticede ihlâl nedeniyle satıcı, beklediği menfaatten yoksun kalmış ya da sözleşme onun için artık anlamsız bir hâle gelmişse, önemli menfaat kaybına ilişkin şart da gerçekleşmiştir. Taraflar, yaptıkları sözleşmede hangi yükümlülüklerin ihlâl edilmesinin esaslı ihlâl sebebiyet vereceğini açık ya da örtülü olarak kararlaştırabilir. Böyle bir kararlaştırmanın olmaması durumunda, hangi yükümlülüklerin ihlâlinin esaslı sayılacağı, somut olayın şartlarına bakılarak ve CISG m. 8 uyarınca sözleşme yorumlanarak belirlenir.

(c) Son olarak esaslı ihlâl için, satıcı nezdinde meydana gelen önemli menfaat kaybının doğurduğu sonuçların öngörülebilir olması gerekir. Öngörülebilirlik, bu sonuçların alıcı ve alıcıyla aynı şartlar altında bulunan makul kişiler tarafından öngörülebilmesini ifade eder²². Öngörülebilirliğin hangi anda bulunması gerektiğine ilişkin olarak doktrinde, ihlâlin yapıldığı an ve sözleşmenin kurulduğu an gibi çeşitli görüşler ileri sürülse de, kanaatimizce sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınması gerekir²³.

Satıcı, alıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlâl ettiğini ispatla yükümlüdür. Buna karşılık önemli menfaat kaybının öngörülemez olduğunu ispat

²⁰ **Atamer**, s. 239; **Erdem**, s. 273; **Sarıkaya**, s. 115; **Toker, Ali Emrah** (2014) 'Viyanalı Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlâli' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 33, Sayı: 1, s. 226; **Yelkenci**, s. 42-43; **Yılmaz**, s. 92. Antlaşma'da önemli menfaat kavramı tanımlanmamıştır. **Koch**, s. 262-263. İhlâl, satıcının sözleşmeden beklediği objektif menfaatin kaybolmasına yol açıyorsa, ihlâlin esaslı olduğu sonucuna varılabilir. **Zeytin**, s. 256. OLG Brandenburg, 18 Kasım 2008, CISG-Online 1734: Satıcının sözleşmeden beklediği menfaatin ne olduğu, her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

²¹ **Atamer**, s. 239; **Sert**, s. 74; **Yelkenci**, s. 40.

²² **Sert**, s. 70; **Yılmaz**, s. 94. Öngörülebilirlik şartının subjektif ve objektif değerlendirmesine ilişkin bilgi için bkz. **Atamer**, s. 243; **Koch**, s. 265; **Sarıkaya**, s. 141 vd.; **Yelkenci**, s. 44 vd.

²³ İleri sürülen diğer görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Flechtner, Harry M.** (1988) 'Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C.' *Journal of Law and Commerce*, Cilt 8, s. 76; **Sarıkaya**, s. 155; **Sert**, s. 72; **Yılmaz**, s. 94-95.

yükü ise alıcıya aittir. Alıcının bu durumu ispatlaması hâlinde esaslı ihlâlden bahsedilemeyecektir.²⁴

Alıcının yükümlülükleri açısından yapılan asli yükümlülükler ve diğer yükümlülükler ayrımı; esaslı ihlâl ve esaslı olmayan ihlâl kavramlarıyla örtüşmemektedir. Yani asli yükümlülüğün ihlâli her zaman için esaslı ihlâle vücut vermeyeceği gibi, kimi zaman diğer yükümlülüklerin ihlâli esaslı ihlâl teşkil edebilir. Anılan yükümlülüklerin esaslı bir ihlâl oluşturup oluşturmadığı meselesi, esaslı ihlâl müessesesinin şartları açısından her somut olayda ayrıntısıyla değerlendirilmelidir²⁵.

2. Esaslı Olmayan İhlâl

Esaslı ihlâlin şartlarından birini taşımayan ihlâllerin tamamı, esaslı olmayan ihlâle vücut vermektedir. Asli veya diğer yükümlülüklerin esaslı olmayan şekilde ihlâli halinde, satıcının sözleşmenin ortadan kaldırılması dışındaki diğer haklarını -örneğin aynen ifa ve tazminat talebinde bulunma hakkı- kullanması mümkündür.

3. Alıcıya Ek Süre Verilmesinin İhlâlin Derecesine Tesiri

Esaslı olmayan ihlâlden farklı olarak esaslı ihlâlde satıcı, doğrudan sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına sahiptir. Bu imkân, kural olarak esaslı olmayan ihlâller açısından söz konusu değildir. Ancak esaslı olmayan bazı ihlâl durumlarında da, ek süre tanımak suretiyle sözleşmenin ortadan kaldırılması mümkündür. Esaslı olmayan ihlâl, böylelikle alıcıya ek süre tanınarak “adeta” esaslı bir ihlâle dönüştürülmektedir²⁶. En azından ek süre tanımak suretiyle, ihlâlin esaslı olup olmadığı hususundaki belirsizlik giderilerek²⁷ sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı tereddütsüz bir şekilde

²⁴ **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 566-567.

²⁵ **Sarıkaya**, s. 191; **Toker**, s. 243.

²⁶ Önemle ifade etmek gerekir ki, kanaatimizce ek sürenin verilmesi, esaslı olmayan ihlâli, teknik anlamda esaslı ihlâle dönüştürmez. Nitekim CISG'nin sistematığı ve lafzı da bu yoruma uygun yapıdadır. Öyle ki, CISG m. 64'te ek süre verilmesiyle, ihlâlin esaslı ihlâle dönüşeceğinden bahsetmemiş; yalnızca belirli şartların varlığı hâlinde sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Esaslı ihlâlin belirgin özelliği, bu ihlâlin bulunması hâlinde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının doğrudan ortaya çıkması olduğu için, ek süre verilmesiyle bazı yükümlülükler açısından ihlâlin varlığı, esaslı ihlâle yaklaştırmaktadır. Karşıt görüş için bkz. **Zeytin**, s. 247.

²⁷ Ek süre müessesesinin ihlâlin esaslı olup olmadığı hususundaki belirsizliği kaldırdığına ilişkin bkz. **Flechtner**, s. 71; **Sevon**, s. 228; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1035; **Viscasillas**,

kullanılabilmektedir. Bu kapsamda öncelikle ek süre kavramı ve ardından hangi durumlarda ek süre tayininin sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını sağlayacağı ifade edilecektir.

a. Ek Süre Kavramı

Satıcı, alıcıya yükümlülüklerini ifa etmesi için CISG m. 63'e dayanarak makul uzunlukta bir ek süre²⁸ tanıyabilir²⁹. CISG m. 63, belli yükümlülükler açısından sınırlandırılmış değildir; satıcı alıcının her türlü yükümlülüğüne yönelik ek süre tayin edebilir³⁰. Ayrıca bu hüküm satıcıya, alıcıya ek süre tanınmasında bir yükümlülük getirmemekte; satıcının takdirine bırakılmış bir hukuki imkân sağlamaktadır³¹.

Ek süre verilmesine ilişkin bildirimde bulunulması, CISG m. 11'de yer alan genel kural uyarınca herhangi bir şekli şarta tâbi değildir³². Ek sürenin alıcıya bildiriminden hangi andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı, tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce de satıcının bildirimde bulunma anından itibaren bu irade açıklamasının hüküm ve sonuçları doğmaktadır³³.

Pilar Perales (2005) 'The Nachfrist Remedy' Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Singapore, s. 91.

²⁸ Ek süre müessesesi, Alman Hukukunda "*nachfrist*"; Fransız Hukukunda ise "*mise en demeure*" olarak adlandırılmaktadır. **Secretariat Commentary** (1978) Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UN DOC. A/CONF. 97/5, s. 49; **Dayioğlu**, s. 46; **Duncan**, s. 1381.

²⁹ Belirtmek gerekir ki, CISG m. 61/III hükmü uyarınca alıcının yükümlülüklerini yerine getirmesi amacıyla satıcının iradesi dışında, alıcıya mahkeme ya da hakem tarafından ek süre verilemez. **Secretariat Commentary**, s. 48; **Zeytin**, s. 247. Böylelikle uluslararası ticaret, Antlaşma'nın ruhuna uygun şekilde yerel ticaretin aksine hakem ve mahkemelerin öngörülemez sonuçlarına tâbi kılınmamıştır. **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1024. Bu hüküm aynı zamanda, satıcının sözleşmenin ihlali için alıcıya başvurmaması durumunda, alıcının mahkemeden ek süre verilmesi yönündeki talebinin de reddedilmesi gerektiği anlamına da gelmektedir. Zira bu talebin kabulü, CISG m. 7/II uyarınca Antlaşma'nın genel ilkelerine aykırı olacaktır. **Knapp**, s. 449.

³⁰ **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1035.

³¹ **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1036.

³² **Viscasillas**, s. 96; **Zeytin**, s. 252. Ancak bildirim içeriğinin açık olması gerekir. Örneğin satıcının alıcıyı bir akreditif hesabı açmaya sürekli yönlendirmiş olması, ona ek süre tanıdığı anlamına gelmemektedir. Buna ilişkin olarak bkz. CIETAC, 28 Şubat 2005, CISG-Online 1580.

³³ **Zeytin**, s. 252. Bu görüşe göre CISG m. 27'den yola çıkılmak suretiyle, uygun araçlarla yapılan bildirim gecikmesinin riskine, alıcı katlanmalıdır. **Kanışlı** (2013), s. 51; **Viscasillas**, s. 96.

Satıcı, kural olarak ek süre verilmesine ilişkin bildirim borcun vadesinden önce gerçekleştiremez³⁴. Ancak satıcının, alacağının muaccel olması için alıcıya yönelttiği irade beyanı ile ek süre tahsisine ilişkin irade beyanı birleştirilebilir. Bir davaya konu olayda, araç satışı konusunda anlaşan taraflar, semen ödeme borcunun satıcının alıcıya yapacağı bildirimle muaccel olacağını kararlaştırmıştır. Mahkeme, alacağın muaccel olmasına ve alıcıya ek süre tanınmasına ilişkin olarak iki ayrı bildirimde bulunması gerektiğine yönelik yorumun çok şekilci olacağına hükmetmiştir³⁵. Her ne kadar kararda, vadeden önce ek süre tanınmasına yönelik bildirim geçerliliğine ilişkin bir değerlendirme yapılmamış olsa da; iki ayrı bildirim yapılması gerektiğinin şekilci bir yaklaşım olduğu konusundaki tespiti, ek süreye ilişkin bildirim, muacceliyet bildiriyle birlikte vadeden önce yapılabileceğini desteklemektedir³⁶.

Satıcı tarafından tayin edilecek ek sürenin belirsiz olmaması, yani belirli bir süreyi ihtiva etmesi³⁷ ve CISG m. 63'e göre makul uzunlukta olması gerekir. Sürenin makul uzunlukta olması, somut olayın şartlarına uygun olarak³⁸ alıcıya yükümlülüklerini yerine getirmesi için yeterli sürenin tanınmış olmasını³⁹ ifade eder. Örneğin bir hakem heyetinin kararına konu olayda semen ödeme borcunun ifası için yirmi günlük süre makul görülürken; başka bir olayda dört aylık süre makul süre olarak değerlendirilmiştir⁴⁰. Makul sürenin belirlenmesinde malın fiyatındaki düşüşler, malın depolama masrafları, yükümlülüklerin ifası için alıcıya sözleşmede

³⁴ Knapp, s. 459.

³⁵ OLG München, 19 Ekim 2006, CISG-online 1394.

³⁶ Schwenger/Schlechtriem, s. 1037.

³⁷ Nisan ayının 30'una kadar ya da 15 gün sonra gibi ifadeler belirli süreyi ihtiva eden bildirimlerdir. Buna karşılık "imkan bulur bulmaz" gibi muğlak ifadeler belirli süre ifade etmez.

³⁸ Viscasillas, s. 99-100. Somut olayın şartları değerlendirilirken tarafların anlaşması, alışkanlıkları ve ticari teamüller göz önünde bulundurulur. Zeytin, s. 253.

³⁹ Duncan, s. 1384; Sevon, s. 226; Schwenger/Schlechtriem, s. 1038. TGI Strasbourg, 22 Aralık 2006, CISG-Online 1629 (Katot ışını tüpü davası): bütün malları yüklemenin imkânsız olduğu bir durumda 7 günlük sürenin makul bir süreden kısa olduğuna hükmedilmiştir.

⁴⁰ Int Ct Ukrainian CCI, 19 Eylül 2005, CISG-Online 1287; Ödeme için 20 günün makul olduğuna hükmedilmiştir. Serbian Chamber of Commerce, 15 Temmuz 2008, CISG-Online 1795: Dört aylık süre makul görülmüştür.

tanınan ilk süre, ifa edememenin sebebi ve tebliğ zamanı gibi hususlar da dikkate alınmaktadır⁴¹. Öte yandan örneğin semenin ödenmesi için verilen ek sürenin, malın teslim alınması için tayin edilen ek süreden kısa olması tabiidir. Zirâ semenin ödenmesi için, malın teslim alınmasında olduğu kadar hazırlığın yapılması gerekmemektedir⁴².

Satıcının makul olmayan uzunlukta ek süre belirlemesi durumunda, alıcının başvurabileceği bir imkânının olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte; kanaatimizce de bu durumda alıcı, re'sen makul olarak varsayılmış süreyi dikkate alabilir⁴³.

b. Ek Sürenin Hüküm ve Sonuçları

i. Alıcının Ek Süre Boyunca Korunması ve Korumanın Sınırları

Satıcının, alıcıya yükümlülüklerini yerine getirmesi amacıyla ek süre vermesiyle, alıcı bu süre boyunca satıcının bazı hukukî silahlarından korunur. CISG m. 63/II'ye göre satıcı, kural olarak ek süre içerisinde ne aynen ifayı talep edebilir, ne de sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanabilir⁴⁴. Ancak alıcının ek süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceğini açıklaması durumunda satıcı, ek sürenin bitmesini beklemeden söz konusu haklarını kullanabilecektir.

Ek süre verilmesi, sözleşmedeki vadeyi uzatmamakta; yani sözleşmenin alıcı tarafından ihlâl edilmiş olduğu gerçeğini değiştirmemektedir⁴⁵. Dolayısıyla ek süre içerisinde gecikmeden kaynaklı tazminat talebinde bulunulabileceği gibi, semenin ödenmemesinden kaynaklı faiz de talep edilebilir⁴⁶. Ayrıca sözleşmede kararlaştırılmış cezai şart da ek süre devam ederken istenebilir. Satıcı, bu süre içinde CISG m. 88/II hükmü uyarınca

⁴¹ Zeytin, s. 253.

⁴² Zeytin, s. 253.

⁴³ Kanişlı (2013), s. 52; Schwenger/Schlechtriem, s. 1039.

⁴⁴ Duncan, s. 1385; Sevon, s. 227; Kanişlı (2016), s. 476; Secretariat Commentary, s. 50; Schwenger/Schlechtriem, s. 1040; Zeytin, s. 253; Viscasillas, s. 101. ICC Ct Arb, 1 Ocak 1992, 7585/1992, CISG-Online 105: ICC'nin önüne gelen bir olayda alıcıya üç ay ek süre tanındığı, bu üç aylık ek süre içerisinde alıcının ifa edemeyecek derecede finansal eksikliği olmasına rağmen satıcı ek süre boyunca sözleşmeyi ortadan kaldırmamıştır.

⁴⁵ Knapp, s. 460; Sert, s. 233; Zeytin, s. 254.

⁴⁶ Schwenger/Schlechtriem, s. 1040-1041. Zeytin, s. 253 Kanişlı (2016), s. 477. Satıcı, tazminat hakkını alıcıya ek süre tanımayla yitirmediği gibi, tanınan ek sürede alıcının yükümlülüğününü gereği gibi yerine getirmesiyle de kaybetmeyecektir. Zeytin s. 255.

çabuk bozulabilen malları satabilir. Buna karşılık ek süre içerisinde CISG m. 65 uyarınca satıcının malların niteliğini belirleme hakkını kullanması ve CISG m. 88/I uyarınca malları satması mümkün değildir⁴⁷.

ii. Ek Sürenin Sonuçsuz Kalması

Alıcıya yükümlülüklerini yerine getirmesi amacıyla tanınan ek sürenin sonuçsuz kalması durumunda, kendiliğinden bir sonuç doğmamakta; sonucun doğması için satıcının irade beyanında bulunması gerekmektedir. Satıcının, kullanacağı seçimlik hakkını ayrı bir irade beyanıyla ve kural olarak ek sürenin sonunda bildirmesi gerekir⁴⁸. Ancak satıcının ek süre içinde, bu sürenin sonuçsuz kalması durumunda kullanacağı seçimlik hakkını bildirmesi de mümkündür.

Esaslı ihlâlin bulunması durumunda satıcı, ek süre verilmesinden bağımsız olarak ihlâlin gerçekleşmesinden itibaren sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına zaten sahiptir. Esaslı olmayan ihlâllerin, ek süre tayin edilmek suretiyle, “*bir anlamda*”, esaslı ihlâlâ dönüştürülmesinde ise ikili bir ayırım yapılmalıdır. CISG m. 64/I-b hükmüne göre satıcının tanıdığı ek süre içerisinde asli yükümlülükler -yani *semen ödeme borcu veya malı teslim alma borcu*- alıcı tarafından yerine getirilmez veya yükümlülüklerin bu süre içerisinde yerine getirilmeyeceği açıklanırsa, satıcı, ihlâl esaslı olmasa dâhi sözleşmeyi ortadan kaldırabilir. Buna karşılık diğer yükümlülüklerin esaslı olmayan ihlâli halinde ek süre tanınmanın, satıcıya sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı tanıyıp tanımayacağı ise tartışmalıdır⁴⁹. Doktrinde hâkim olan, bizim de katıldığımız görüşe göre, diğer yükümlülükler, ancak asli yükümlülüklerin tam ve doğru şekilde ifa edilmesine hizmet etmeleri durumunda CISG m. 64/I-b kapsamında değerlendirilebilir⁵⁰. Diğer bir deyişle, asli yükümlülüklerin ifa edilmesine hizmet etmeyen diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla ek sürenin tayin edilmesi ve sonuçsuz kalması, satıcıya sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı sağlamaz. Bu durumda satıcı aynen ifayı talep etmek zorunda olup buna ek olarak tazminat talebi gibi diğer imkânlardan da faydalanabilir.

⁴⁷ Madde 88/I uyarınca ikâme satışın yasaklanmasının sebebi, alıcının teslim alma için hazırlıklara başlamış olma ihtimalinin olması ve alıcının teslim almadaki ya da semen ödemedeki makul olmayan gecikmesinin burada mümkün olmamasıdır. **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1040.

⁴⁸ **Kanışlı** (2016), s. 488.

⁴⁹ *Zeytin*'e göre esaslı olmayan diğer bir yükümlülüğün ihlâli, ek süre tanınarak esaslı hale getirilemez. **Zeytin**, s. 257.

⁵⁰ **Knapp**, s. 470; **Kanışlı** (2016), s. 488; **Viscasillas**, s. 96.

B. İHLÂLİN ŞARTLARI

1. Yükümlülüğün İhlâli

Sözleşmenin ihlâli, her şeyden önce alıcının yükümlülüklerinden birini ihlâl etmiş olması şartına bağlıdır. CISG m. 61/T'e göre alıcının sözleşmeden ya da Antlaşma'dan doğan yükümlülüklerinden birini yerine getirmemesi durumunda ihlâlden bahsedilir. İhlâl edilen yükümlülüğün asli yahut diğer yükümlülüklerden biri olmasının önemi bulunmamaktadır⁵¹. Külfetler, teknik anlamda bir yükümlülük olmadığı için külfete aykırı davranış, yükümlülüğün ihlâli anlamına gelmez⁵². İhlâlin esaslı olup olmaması ise, yukarıda ifade edildiği üzere yalnızca ihlâlin derecesiyle ilgili olup sözleşmenin ihlâl edilmiş olduğu sonucunu değiştirmemekte; buna karşılık satıcının sahip olduğu hakların kapsamını belirlemektedir.

2. Alıcının Sorumluluktan Kurtulmamış Olması

Alıcının, sözleşmenin ihlâlinden kaynaklanan sorumluluğu kusurdan bağımsız, objektif bir sorumluluk türüdür⁵³. Kural olarak alıcının yükümlülüklerini ihlâlinde herhangi bir kusuru olmasa dâhi satıcı, ihlalden kaynaklanan tüm haklarını kullanabilir. Ancak, istisnaen alıcının CISG m. 79 ve 80 uyarınca veya sorumsuzluk anlaşması yapmak suretiyle sorumluluktan kısmen ve tamamen kurtulabilmesi mümkündür. Dolayısıyla sözleşmenin ihlâlinin gündeme gelebilmesi için kümülatif ikinci şart, alıcının ilgili maddeler veya sorumsuzluk anlaşması uyarınca sorumluluktan kurtulmamış olmasıdır.

Alıcının CISG m. 79'a göre yükümlülüklerini ifa etmemesinden dolayı sorumlu olmadığını ispat etmesi hâlinde, ifa etmemeden dolayı sorumluluğu kısmen ortadan kalkar. Bu durumda yalnızca CISG m. 79/V'e göre satıcının tazminat hakkı ortadan kalkmakta⁵⁴; buna karşılık CISG m. 62 ila 65. mad-

⁵¹ Viyana Satım Antlaşması'na göre ihlal edilen borcun türü ve özellikleri önemli değildir. **Erdem**, s. 263; **Schwenzer/Schlechtriem** 1020; **Sert**, s. 229; **Zeytin**, s. 247.

⁵² **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1020. **Zeytin**, s. 247.

⁵³ **Knapp**, s. 445; **Sarıkaya**, s. 12; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1020; **Sert**, s. 229; **Zeytin**, s. 247. Kusursuz sorumluluğun bulunması, "Common Law" hukuk sisteminin Antlaşma üzerindeki bir etkisini göstermektedir. Zirâ bu hukuk sisteminde sözleşmede üstlenilen her edim bir garanti edimi niteliğindedir. Bkz. **Atamer**, s. 229; **Yılmaz**, s. 99.

⁵⁴ BGH, 27 Kasım 2007, CISG-online 1617: Yeniden satışın yapıldığı ülkedeki (Rusya) döviz dalgalanmaları alıcıya/yeniden satıcıya alım sözleşmesini iptal hakkı vermemektedir; zira CISG m. 79 hükmü satıcının/üreticinin semen talebine uygulanmaz.

delerinde yer alan haklar geçerliliğini sürdürmektedir. CISG m. 80'deki durumun varlığı hâlinde ise alıcının sorumluluğu tamamen ortadan kalkar⁵⁵. Yâni alıcının, yükümlülüklerinin ihlâlini satıcının kendi fiilinden veya ihmâlinde kaynaklandığını ispatlaması hâlinde, ne seçimlik haklar ne de tazminat hakkı gündeme gelir. Alıcının sorumluluğu, tarafların anlaşmasıyla da ortadan kaldırılmış olabilir. Taraflar, sözleşmeyle alıcının kasıtlı ihlâl ve hilesi dışındaki tüm durumlar açısından alıcı nezdinde sorumsuzluk hâli öngörebilirler⁵⁶.

III. ALICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ İHLÂL ETMESİ DURUMUNDA SATICININ HAKLARI

CISG m. 61/I uyarınca alıcının sözleşmeden ya da Antlaşma'dan kaynaklanan yükümlülüklerinden birini ihlâl etmesi hâlinde satıcı, 62 ilâ 65. maddedeki ve 74 ilâ 77. maddelerdeki haklarını kullanması mümkündür⁵⁷. 62 ilâ 65. maddelerde yer alan haklar sözleşmenin alıcı tarafından ihlâline özgü şekilde düzenlenmişken; 74 ilâ 77. maddelerde ise alıcı ve satıcı açısından ortak olarak öngörülmüş tazminat talebinde bulunma hakkı yer almaktadır. Bu kapsamda satıcının seçimlik olarak aynen ifayı talep etme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı bulunmakta; satıcı bunlara ek olarak tazminat talebinde de bulunabilmektedir.

Öte yandan satıcının, Antlaşma'nın '*satıcının ve alıcının yükümlülüklerine ilişkin ortak hükümler*' başlıklı beşinci bölümünde (m. 71 ilâ 88) yer alan haklardan da faydalanması mümkündür. Dolayısıyla CISG m. 61/I'de

⁵⁵ Satıcının sözleşmeden ve Antlaşma'dan kaynaklanan yükümlülüklerini ifa etmemesi hâlinde, alıcıya karşı 62 ilâ 65. maddelerde öngörülen haklarını kullanıp kullanamayacağı konusunda Antlaşma'da herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Buradaki problem, CISG m. 7/II uyarınca Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması hâlinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir. *Knapp*'e göre satıcı, yükümlülüklerini yerine getirmediğçe, sözleşmenin alıcı tarafından ihlâl edilmesine yönelik hukuki yollara başvuramaz. *Knapp*, s. 445. Kanaatimizce CISG m. 80 hükmü uyarınca, alıcının yükümlülüklerinin yerine getirilmemesine satıcının sebebiyet vermesi hâlinde de benzer bir durum geçerlidir.

⁵⁶ *Schwenzer/Schlechtriem*, s. 1024'ten naklen "*Staudinger/Magnus, Md. 61, para. 40-1*".

⁵⁷ *Bortolotti, Fabio* (2006) 'Remedies Available to the Seller and Seller's Right to Require Specific Performance (Articles 61, 62 and 28)' *Journal of Law and Commerce*, Cilt: 25, Sayı: 1, s. 335; *Sevon*, s. 222. Satıcının seçimlik hakları, alıcının seçimlik haklarıyla paraleldir. *Knapp*, s. 443; *Secretariat Commentary*, s. 48; *Schwenzer/Schlechtriem*, s. 1020. *Zeytin*, s. 246.

belirtilmemiş olsa da satıcı; ifayı askıya alma (m. 71), alıcının ifa tarihinden önce sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceğinin aşikar olması halinde sözleşmeyi ortadan kaldırma (m. 72), art arda teslimli sözleşmelerde sözleşmeyi ortadan kaldırma (m. 73), semen ödeme borcunun geciktirilmesi sebebiyle faiz talep etme (m. 78), malları üçüncü kişiye tevdi etme (m. 87) ve malları satma (m. 88) haklarına da sahiptir.

A. AYNEN İFAYI TALEP ETME HAKKI

Aynen ifayı talep etme hakkı, ihlâl edilen yükümlülüğün sözleşmede kararlaştırılan ya da Antlaşma'da öngörülen ifa modalitelerine uygun şekilde yerine getirilmesi talebini ifade eder⁵⁸. Satıcı, alıcının yükümlülüklerinden birini ihlâl etmesi durumunda, söz konusu yükümlülüklerin aynen ifasını talep edebilir⁵⁹ (CISG m. 62). Aynen ifa talebinin sınırları, diğer haklarda olduğu gibi dürüstlük kuralı çerçevesinde CISG m. 7/I hükmüyle çizilmiştir⁶⁰.

Alıcının kusurundan ve ihlâlin esaslı olup olmadığından bağımsız olarak ortaya çıkan aynen ifa talebi, irade beyanıyla ya da dava yoluyla kullanılabilir⁶¹. Aynen ifa talebi, yapma edimleri açısından hem geçmişteki

⁵⁸ **Işıntan, Pelin** (2013) 'Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, s. 163; **Sert**, s. 54. Sözleşmenin ihlâl edilmesi durumunda aynen ifa talebi, Kara Avrupası hukukunda daha sıkı bir şekilde uygulanırken Anglosakson hukukunda ancak bazı şartlar altında uygulanabilmektedir (**Işıntan**, s. 166, **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1027). ULIS'te güçlü şekilde savunulan Anglosakson sisteminden, Viyana Satım Antlaşması'yla vazgeçilmiş, Kara Avrupası hukuk sistemine yaklaşılmıştır (**Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1027).

⁵⁹ Satıcı, aynen ifa talebini CISG m. 11 uyarınca herhangi bir şekli şarta bağlı kalmaksızın ileri sürebilir. **Knapp**, s. 453. Madde 62, satıcıya bütün akdi edimlerin aynen ifa talebinde bulunması imkânını sağlamaktadır. **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1029. CISG m. 62'de satıcı için öngörülmüş aynen ifa talebi, alıcı açısından CISG m. 46'nın paralel bir görünüm biçiminden ibarettir, **Erdem**, s. 267; **Sert**, s. 231.

İspat yükü konusunda Antlaşma'da doğrudan bir hüküm olmasa da, sistematik aracılığıyla ispat yüküne ilişkin çeşitli sonuçlara ulaşmak mümkündür. Buna göre satıcının, alıcının yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü olduğunu ve bu yükümlülüğü ihlâl ettiğini ispat etmekle yükümlüdür.

⁶⁰ **Başoğlu, Başak**; 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Aynen İfa ve Bunun Tarihsel Arka Planı' : Okur, Sinan (Editör) (2016) Milletlerarası Mal Satım Hukuku, Ankara, Adalet, s. 348; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1029.

⁶¹ **Zeytin**, s. 249.

hem de gelecekteki edimleri kapsarken; yapmama edimleri açısından işin tabiatına uygun olarak yalnızca gelecekteki edimler bakımından söz konusu olmaktadır⁶².

Alıcının yükümlülüklerine münhasır edimler açısından aynen ifa talebinin sınırlarını incelemeyen önce, talebin genel olarak sınırlarını ifade etmek gerekir. İlk olarak aynen ifa talebi, CISG m. 28 uyarınca yalnızca, aynen ifa müessesesinin olduğu hukuk sistemlerinde kabul görür. Diğer bir deyişle aynen ifa talebinde bulunulan mahkemenin bağlı olduğu milli hukuk sisteminde aynen ifa müessesesi yoksa, mahkeme aynen ifaya hükmetmek zorunda değildir⁶³. Buna karşılık, aynen ifa talebinin irade beyanıyla kullanıldığı durumlarda, alıcı bu talebi kabul ederse kanaatimizce mahkeme kanalına başvurulmadığından CISG m. 28 hükmünün uygulanması gündeme gelmeyecektir.

İkinci olarak CISG m. 62'ye göre aynen ifa ile bağdaşmayan taleplerde bulunulması durumunda, aynen ifa talep edilemez. Örneğin sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkının kullanılması durumunda, artık aynen ifa talebinde bulunmak mümkün olmayacaktır⁶⁴. Aynen ifa talebiyle bağdaşmayan bir diğer hukuki imkân da ifa menfaatinin talebini ihtiva eden tazminat davasının açılmış olmasıdır⁶⁵. Ayrıca CISG m. 63/II uyarınca alıcının yükümlülüklerini yerine getirmesi amacıyla kendisine tanınan ek süre içerisinde de aynen ifa talebine başvurulamaz. Zirâ satıcı bir yandan alıcının yükümlülüklerini yerine getirmesi amacıyla ona ek süre tanırken; diğer yandan aynen

⁶² Yapmama edimleri açısından aynen ifa talebinin önleyici işlevi ön plana çıkmaktadır. **Kanışlı** (2016), s. 478.

⁶³ **Atamer**, s. 263; **Başoğlu**, s. 358; **Bartolotti**, s. 337; **Erdem**, s. 265; **Kanışlı** (2016), s. 478; **Secretariat Commentary**, s. 48; **Zeytin**, s. 249. Bu hükümler birlikte Viyana Satım Antlaşması, Anglosakson hukuk sistemine tâbi mahkemelere, Kara Avrupası hukuk sisteminin aynen ifaya zorlayan sistematiğinden kurtulma imkânı sağlamıştır. **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1031.

CISG m. 28 hükmü, şimdiye kadar yalnızca bir karara konu olmuştur. **Başoğlu**, s. 358. Alman satıcı ile Amerikalı alıcı 4000 ton çelik alımı üzerine anlaşılır. Satıcı, akreditifte bir değişiklik yapılmasını talep eder, ancak akreditif işlemi yapılamaz. Satıcı, bunun üzerine aynen ifayı talep eder. Mahkeme, kararında CISG m. 28 hükmüne yer vererek Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu uyarınca mevcut şartlarda aynen ifa talebinde bulunamayacağını hükme bağlar. Bkz. US District Court for the Northern District of Illinois; 7 Aralık 1999, CLOUT Case 417.

⁶⁴ **Başoğlu**, s. 352; **Knapp**, s. 448; **Secretariat Commentary**, s. 49; **Zeytin**, s. 251.

⁶⁵ **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1030. Ancak bütünlük menfaatine ilişkin tazminat talebi, ifa ile bağdaşmayan bir talep olarak değerlendirilmeyecektir. **Başoğlu**, s. 352.

ifayı derhal talep edebilmesi mümkün olmamalıdır⁶⁶. Öte yandan satıcının, kademeli olarak önce aynen ifa talebinde bulunup bundan bir sonuç alınmaması hâlinde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanması mümkündür⁶⁷.

Son olarak satıcı, alıcının sorumluluğunun CISG m. 80 uyarınca ortadan kalktığı ölçüde aynen ifa talebine başvurması mümkün değildir. Örneğin tarafların yaptığı sözleşmede, alıcıya akreditif düzenleme yükümlülüğü getirilmiş; ancak bu yükümlülüğün ifası için satıcının alıcıya akreditif taslağı sunması öngörülmüşse; satıcının bu taslağı alıcıya sunmaması hâlinde alıcı akreditif düzenleme yükümlülüğünden CISG m. 80 uyarınca kurtulmuş olur⁶⁸. Dolayısıyla bu durumda artık satıcının, akreditif düzenleme yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla alıcıya aynen ifa talebi yönelmesi mümkün değildir.

Aynen ifayı talep etme hakkına ilişkin genel açıklamalarımızın ardından; sırasıyla alıcının asli yükümlülükleri ve diğer yükümlülükleri bakımından aynen ifa talebinin incelenmesi gerekir.

1. Semen Ödenmesi Açısından Aynen İfayı Talep Etme Hakkı

Alıcının semen ödeme borcu, CISG m. 58'e göre tarafların belirlediği vadede yahut böyle bir vade belirlenmemişse malın veya malları teslim eden belgelerin alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu anda muaccel hâle gelir⁶⁹. Muaccel hâle gelen semen ödeme borcunun ifa edilmemesi hâlinde satıcı, semen ödeme yükümlülüğü bakımından CISG m. 62'ye göre aynen ifa talebinde bulunabilir.

⁶⁶ Knapp, s. 454; Schwenger/Schlechtriem, s. 1029.

⁶⁷ Zeytin, s. 251. Satıcı, alıcıya aynen ifa talebinde bulunduktan sonra; hâlen ifa gerçekleşmediyse mahkeme ya da hakem heyeti önünde sözleşmeyi ortadan kaldırma veya diğer yollara da başvurabilmelidir. Knapp, s. 455; Schwenger/Schlechtriem, s. 1058.

⁶⁸ Schwenger/Schlechtriem, s. 1023.

⁶⁹ CISG m. 58; c. 1: "Alıcının semeni belirli başka bir anda ödeme yükümlülüğü yoksa, satıcının sözleşme veya bu Antlaşma uyarınca malları veya malları temsil eden belgeleri tasarrufuna hazır bulundurduğu anda ödemeyi yapması gerekir." CISG m. 58'in uygulanmasına ilişkin CISG Danışma Kurulu görüşü için bkz. **CISG-DK Görüşü**; No. 11, Alıcının Ödeme Borcu Kapsamında CISG Uyarınca Belgelerden Doğan Sorunlar, 03 Ağustos 2012, <http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_11_SON.pdf> s.e.t. 03.04.2018.

Satıcının aynen ifa talebiyle birlikte, CISG m. 78'e dayanarak faizin ve CISG m. 74'e dayanarak faiz ile karşılanamayan zararların (*munzam zararlar*) talep edilebilmesi mümkündür⁷⁰. Faizin hesaplanmasında başlangıç anı, semen ödeme borcunun muaccel olduğu andır. Zarardan bağımsız olarak talep edilebilen faiz için satıcının alıcıya karşı bildirimde bulunmasına gerek yoktur; faiz her hâlükârda semen ödeme borcunun muaccel olmasından itibaren işler⁷¹. Hatta satıcı, alıcıya yükümlülüklerini yerine getirmesi için ek süre tanısa dâhi, ek süre içerisinde de faiz kendiliğinden işlemeye devam etmektedir⁷². Alıcının CISG m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulması, faiz ödeme borcuna etki etmemektedir⁷³.

Faizle ilgili temel olarak iki hususta belirsizlik söz konusudur. İlk olarak faiz ödeme borcunun zamanaşımı neye göre belirlenmelidir? Bu konuda CISG'da bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili ülkenin hukukuna göre hareket edilmelidir. İkinci olarak satıcının alıcıdan talep edeceği faiz, hangi oran üzerinden hesaplanacaktır? Zamanaşımı hususuyla benzer şekilde, isabetli bir şekilde bu konuda da CISG'da herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Oranın belirlenmesinde kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmak gibi çeşitli görüşler⁷⁴ ileri sürülse de CISG Danışma Kurulu'nun görüşü uyarınca kanaatimizce de faiz oranının

⁷⁰ **Vilus, Jelena** (1986) 'Provisions common to the obligations of the seller and the buyer' International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Occena, s. 252; **Kanışlı** (2016), s. 479; **Secretariat Commentary**, s. 48. Satıcı, sözleşmeyi ayakta tutar, semenin aynen ifasını talep ederse, ifa edilmemeden kaynaklanan zararlar değil; sadece ifanın gecikmesi sebebiyle ortaya çıkan zararlarını tazmin edebilir. OLG Karlsruhe, 8 Şubat 2006, CISG-Online 1328: malların geç teslim alınmasına bağlı olan muhafaza masrafları semene ek olarak tazmin edilebilir. Argentina Appellate Court, 21 Temmuz 2002, CLOUT Case 636: Alıcının malları teslim almış, malların sözleşmeye uygun olmaması nedeniyle semen ödemeyi reddetmiştir. Mahkeme, Arjantin hukuku uyarınca alıcının malın sözleşmeye uygun olmadığına yönelik yeterli delil sunmamasından hareketle CISG m. 62 uyarınca semenin aynen ifa edilmesine ve m. 78 uyarınca faiz ödenmesine hükmetmiştir.

⁷¹ **Kanışlı** (2016), s. 480.

⁷² **Kanışlı** (2016), s. 480. Ek süre tanımının faiz borcuna etki etmeyeceği yönündeki açıklamalarımız için bkz. "*alıcının ek süre boyunca korunması ve korumanın sınırları*" başlığı.

⁷³ **Magnus, Ulrich** (2005) 'The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG - General Remarks and Special Cases' Journal of Law and Commerce, Haziran, Sayı: 25, s. 297.

⁷⁴ Ayrıca alacaklının işyerindeki veya borçlunun işyerindeki faiz oranının ya da uluslararası faiz tablolarının uygulanabileceği de savunulmaktadır, bkz. **Kanışlı** (2016), s. 481; **Zeytin**, s. 324.

belirlenmesinde en verimli seçim, faiz borcu açısından alacaklı sıfatını taşıyan satıcının işyerinin bulunduğu yer hukuku kurallarının uygulanmasıdır⁷⁵. Böylelikle meseleye, kendisine ödeme yapılacak olan satıcı açısından öngörülebilir ve makul bir çözüm getirilmiş olur.

Semen ödeme borcunun aynen ifasına ilişkin CISG’da çeşitli sınırlamalar bulunmaktadır. CISG m. 77’ye göre satıcı, ihlalden doğan zararı azaltmak için şartlara göre makul olan bütün tedbirleri almakla yükümlü kılınmış; tedbirlerin alınmaması hâlinde alıcıya alınacak önlemlerle zararın azaltılabileceği oranda tazminattan indirim yapılmasını talep etme hakkı tanınmıştır. Ancak satıcı, bazı durumlarda zararı azaltma külfeti kapsamında sözleşmeyi ortadan kaldırmak zorunda kalabilir⁷⁶. Örneğin piyasa fiyatı ciddi şekilde düşen bir mal açısından, zararın azaltılması amacıyla sözleşmeyi ortadan kaldırmak, satıcı için bir zorunluluk arz etmektedir. Satıcının zararı azaltmak için sözleşmeyi ortadan kaldırmak zorunda olduğu hâllerde, aynen ifa talebine başvurulamayacaktır. Ayrıca CISG m. 71’e göre alıcının yükümlülüklerini askıya alması⁷⁷ ve CISG m. 50’ye göre malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda⁷⁸ da semen ödeme borcunun miktarı bakımından aynen ifa talebine sınırlamalar getirilmiştir.

2. Malın Teslim Alınması Açısından Aynen İfayı Talep Etme Hakkı

Alıcının malı teslim alma borcu, yukarıda ifade edildiği üzere hazırlık fiillerinden ve malın fiilen teslim alınmasından oluşmaktadır. Satıcı, alıcının malı teslim alma yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde, kural olarak

⁷⁵ **CISG-DK Görüşü** No. 9, Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları, 15 Kasım 2008, <http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_9_SON.pdf> s.e.t. 03.04.2018, m. 3.4: “Satım bedeline işleyecek faiz genellikle satıcının iş yerinin bulunduğu yerde olağan olan ticari faiz oranına göre belirlenir.”; **CISG-DK Görüşü**; No. 14, CISG Madde 78 Uyarınca Faiz, 21 Ekim 2013, <http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_14_SON.pdf> s.e.t. 03.04.2018, m. 9: “...uygulanacak faiz oranı, alacaklının işyerinin bulunduğu yerdeki mahkemenin, CISG’ın uygulama alanına girmeyen benzer bir satım sözleşmesine uygulayacağı orandır.”

⁷⁶ **Kanıslı** (2016), s. 479.

⁷⁷ **Zeytin**, s. 250. CISG m. 71 uyarınca alıcı, şartların gerçekleşmesi hâlinde kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir.

⁷⁸ CISG m. 50’ye göre alıcı, malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda semeni orantılı olarak indirme hakkına sahiptir.

CISG m. 62 uyarınca aynen ifa talebinde bulunabilir⁷⁹. Ancak satıcının mali teslim alma yükümlülüğünün aynen ifasında, semen ödeme borcunda olduğu kadar menfaati yoktur⁸⁰. Zirâ alıcının, mali teslim alma yükümlülüğünün bir parçası olan hazırlık fiillerini gerçekleştirmemesi durumunda, satıcı CISG m. 65 uyarınca malın niteliklerini bizzat belirleyebilecektir⁸¹. Ayrıca mali fiilen teslim almayan alıcıya karşı satıcı, semenin ödenmesi hususunda aynen ifa talebinde bulunabileceği⁸² gibi, malın CISG m. 87 uyarınca masrafi alıcıya ait olmak üzere üçüncü kişiye tevdi edilmesi ya da CISG m. 88 uyarınca koruma amaçlı olarak satılması yollarına da başvurabilir. Zaten malın teslim alınmaması hâlinde malın muhafazası (m. 85), üçüncü kişiye tevdi edilmesi (m. 87) ve satılması (m. 88) için makul önlemlerin alınması aynı zamanda satıcının yükümlülüklerindedir⁸³. Bunlardan başka, alıcının malları teslim almamasının esaslı bir ihlâl teşkil etmesi hâlinde, satıcı sözleşmeyi ortadan kaldırabilir.

Malın teslim alınmasına yönelik aynen ifa talebiyle birlikte, malın teslim alınmaması sebebiyle ortaya çıkan zararların CISG m. 74 hükmü uyarınca talep edilmesi mümkündür. Örneğin satıcının işyerinde teslim edilmesi kararlaştırılan malların teslim alınmaması, satıcının fazladan depolama masrafi yapmasına sebep olmuşsa, satıcı bu masrafları alıcıdan talep edebilir.

Satıcının aynen ifa ve tazminat talebi için Antlaşma'da bir zaman sınırı belirtilmemiştir. Problemin kanunlar ihtilafı kurallarıyla belirlenen yetkili hukuk sistemine göre çözümlenmesi isabetlidir⁸⁴.

⁷⁹ Ayrıca ifade etmek gerekir ki, mali teslim alma borcu açısından temerrüde düşülme anından itibaren hasar CISG m. 69 uyarınca alıcıya geçmektedir.

⁸⁰ **Bartolotti**, s. 338; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1030. CISG'ın 1978 yılında yayımlanan taslağının, 62. maddesine karşılık gelen 58. maddesinin Sekreteryâ tarafından yapılan şerhine göre, satıcının asli menfaati semenin ödenmesidir. **Secretariat Commentary**, s. 48.

⁸¹ **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1030.

⁸² **Sevon**, s. 233. Bu yola başvurması hâlinde, satıcının semenin ödenmesi üzerine, satış sözleşmesinden beklediği asıl menfaat de gerçekleşmiş olacaktır. Dolayısıyla malın teslim alınıp alınmaması, satıcı açısından ikincil önemi haizdir. **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1030.

⁸³ **Kanışlı** (2016), s. 482.

⁸⁴ **Huber, Peter/Mullis, Alastair** (2007) *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, München, European Law Publishers, s. 324.

Aynen ifayı talep etme hakkının genel sınırları, malı teslim alma borcu açısından da geçerlidir; buna ek olarak malı teslim alma borcu bakımından malların CISG m. 88 uyarınca koruma amaçlı satılması hâlinde, aynen ifa talep edilemez. CISG m. 77 uyarınca zararı azaltma külfeti kapsamında sözleşmenin ortadan kaldırılması bir zorunluluk arz ediyorsa, bu durumda da artık aynen ifa talebinde bulunulamayacaktır.

3. Diğer Yükümlülükler Açısından Aynen İfa Talep Etme Hakkı

Aynen ifa imkânını düzenleyen CISG m. 62’de, asli ve diğer yükümlülükler arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu çerçevede alıcının diğer yükümlülüklerinin de aynen ifası talep edilebilir. Özellikle asli edimlerin tam ve doğru bir biçimde ifasına hizmet eden diğer yükümlülükler açısından aynen ifa talebinin bulunması önemlidir⁸⁵. Örneğin alıcının akreditif düzenleme, bilgi verme, banka teminat mektubu sağlama ve malın özelliklerini belirleme borçları açısından aynen ifa imkânına başvurulabilir. Benzer şekilde faiz ödeme borcunun da aynen yerine getirilmesi talep edilebilir.

B. SÖZLEŞMEYİ ORTADAN KALDIRMA HAKKI

1. Kavram Problemi

Viyana Satım Antlaşması’nın orijinal metninde, esaslı ihlâl durumunda sözleşmenin ortadan kaldırılma imkânı için “*avoidance*” terimi kullanılmış; bu terim Antlaşma’nın resmî Türkçe çevirisinde “*sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı*” olarak ifade edilmiştir. Türk doktrininde konuyla ilgilenen yazarlar ise, terminolojik incelemede bulunmaksızın istikrarlı bir şekilde söz konusu hak için “*dönme*”⁸⁶ kavramını kullanmıştır. Müessesenin

⁸⁵ Kanişlı (2016), 483.

⁸⁶ Kee/Munoz’a göre Viyana Satım Antlaşması’ndaki “*avoidance*”, Alman Hukukunda birbir “*rücktritt*” kavramını karşılamaştır. Buna karşılık “*avoidance*”, İsviçre hukukundaki “*rücktritt*” kavramıyla örtüşmez. Kee, Christopher/Munoz, Edgardo (2009) ‘In Defence of The CISG’ Deakin Law Review, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 122. *Rücktritt* kavramı BGB §325 ve 326’da düzenlenmiştir. Chengwei, Almanca “*Rücktritt*” terimini, İngilizce “*termination*” kavramına karşılık olarak kullanmış ve bu müessesenin sonucunun, ifası gerçekleşmiş ve gerçekleşecek edimlerin iadesi yükümlülüğü doğurduğunu ifade etmiştir. Chengwei, Liu (2004) ‘Comparison of CISG Article 45/61 remedial provisions and counterpart PECL Articles 8:101 and 8:102’ Guide to Article 45, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp45.html>> s.e.t. 18.05.2018, s. 363-364. Schlechtriem, Viyana Satım Antlaşması’ndaki “*avoidance*” müessesinin BGB’de “*rescission*” (*Rücktritt*) olarak

muhtevasını incelemeye geçmeden önce kavramın terminolojik olarak değerlendirilmesi elzemdir. Zirâ her alanında söz ve söze yüklenen anlam üzerinden hareket edilen bir alan olan hukukta kavramlar, kanaatimizce doğrudan müesseselerin içeriğine, şartlarına, sınırlarına ve sonuçlarına tesirde bulunmaktadır.

Antlaşma'nın resmî Türkçe çevirisinde, bilinçli olmayan bir şekilde kullanıldığını düşündüğümüz “sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı” teriminin, öncelikle Antlaşma'daki ifa engellerine yaklaşım tarzı doğrultusunda değerlendirilmesi gerekir. Yukarıda da ifade edildiği üzere Antlaşma, ifa engellerine Kara Avrupası hukuk sisteminden farklı bir tarzda, bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşmış ve tüm ifa engellerini sözleşmenin ihlâli (*breach of contract*) kavramı çatısı altında toplamıştır. Buna bağlı olarak Antlaşma'nın ifa engellerinin sonuçlarının da daha sade bir yapıda olduğu söylenebilir. Sadelik, özellikle sözleşmenin sona erdirilmesi konusunda daha da ön plana çıkmaktadır. Sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi, Türk/İsviçre hukuk sisteminde sözleşmenin iptali, sözleşmenin feshi, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi geri alma gibi her biri birbirinden farklı müesseseler ihtiva eder⁸⁷. Buna karşılık Antlaşma'da ise sözleşmenin sona erdirilmesi için çati müessese olarak “*avoidance*” öngörülmüştür. Kanaatimizce tek başına bu durum dâhi, “*avoidance*” kavramını “*dönme*”yle geçiştirmemek için yeterli bir sebeptir.

Kavram problemini ayrıca “*avoidance*” müessesine bağlanan sonuçlar yönünden de değerlendirmek gerekir. Antlaşma'daki “*avoidance*” kurumu, Türk/İsviçre hukukundaki dönmenin sınırlarından daha geniştir. Öyle ki taraflar, “*avoidance*”a sözleşmenin esaslı ihlâlinin yanı sıra Antlaşma'nın 72. maddesindeki ifa tarihinden önce sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edileceğinin aşikâr olması ve 73. maddesindeki art arda teslimli sözleşmeler açısından da başvurabilmektedir.

Netice itibarıyla, Antlaşma'da düzenlenen ve sözleşmeyi ortadan kaldırma sonucu doğuran bu imkânı dönme olarak ifade etmenin isabetsiz

ifade edildiğini belirtmiştir. **Schlectriem, Peter** (2006) ‘Subsequent Performance and Delivery Deadlines - Avoidance of CISG Sales Contracts Due to Non-conformity of the Goods’ *Pace International Law Review*, Sayı: 1, s. 83.

⁸⁷ **Eren**, s. 1257; **Sert**, s. 190

olduğunu düşünüyoruz. Antlaşma'nın ifa engellerine bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşması ve “*avoidance*”ın sınırlarının Türk/İsviçre hukukundaki “*dönme*”nin sınırlarından daha geniş olması nedenleriyle bu müessesenin “*sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı*” olarak kullanılmasının daha isabetli olduğu kanaatindeyiz⁸⁸. Dolayısıyla çalışmamızda “*sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı*” ifadesi tercih edilecektir.

2. Genel Olarak

Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, sözleşmenin alıcı tarafından ihlâlinde satıcının başvurabileceği seçimlik haklardan birisidir⁸⁹. Antlaşma'nın, taraflar arasındaki sözleşmeyi olabildiğince ayakta tutmaya yönelik yaklaşımı nedeniyle, bu hakka son çare (*ultima ratio*) olarak başvurulmalıdır⁹⁰. Nitekim Antlaşma'da da kural olarak sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı yalnızca esaslı bir ihlâlin bulunması durumunda öngörülmüştür; diğer hallerde ise alıcı aynen ifa veya tazminat talep etme hakkını kullanılabılır⁹¹.

Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır; etkisi kullanmakla tükenir ve bu haktan kural olarak dönülemez⁹².

⁸⁸ Ayrıca, Antlaşma'nın Türkçe'ye yapılan resmi çevirisinde ‘*sözleşmeyi ortadan kaldırma*’ ifadesinin bilinçli olarak kullanılmadığını düşünüyoruz.

⁸⁹ Yani sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına ilişkin şartların bulunması durumunda satıcı, bu hakkını kullanmak zorunda değildir. Dilerse diğer seçimlik haklarına da başvurabilir. Bu hak, satıcının sözleşmeyi ihlâli halinde alıcıya da tanınmış bir haktır; dolayısıyla hem satıcı hem de alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı bulunmaktadır. **Sert**, s. 233.

⁹⁰ **Erdem**, s. 270; **Kanıslı** (2016), s. 484; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1044–1045; **Yılmaz**, s. 100; **Zeytin**, s. 255. Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının son çare olarak kabul edilmesinin; ahde vefa ilkesi, hakkın kullanılması neticesinde malın iadesinin büyük masraf ve risklere yol açacak olması, taraf menfaatlerinin değerlendirilmesi gibi çeşitli sebepleri vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yelkenci**, s. 29 vd.; **Yılmaz**, s. 101.

⁹¹ **Magnus**, s. 424. Son çare ilkesine göre sözleşmenin ihlali hâlinde sözleşme ayakta tutulmaya çalışılacağı için esas talep, aynen ifa ve tazminat talebi şeklinde gerçekleşecektir. **Kanıslı** (2016), s. 485.

⁹² **Knapp**, s. 468; **Zeytin**, s. 258. Nadir de olsa sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanmış olan satıcı, aynen ifa talebine dönmek isteyebilir. Alman doktrininde ittifakla satıcının artık böyle bir geçişe sahip olamayacağı kabul edilmiştir. Zira satıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanması yenilik doğuran hakkın (*Gestaltungsrecht*) uygulanması olarak görülür ve bunun sonucunda sözleşme artık tasfiye ilişkisine dönüşür. **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1059.

Bununla birlikte, dönme beyanı, sözleşmeyi ortadan kaldırmaya ilişkin beyandan önce veya bununla eş zamanlı olarak alıcıya ulaşırsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanının geçersiz sayılacağı kabul edilmelidir. **Knapp**, s. 468.

Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, şartın tamamen alıcının eylemine bağlı olması durumu dışında, şarta bağlanamaz. Örneğin hakkın kullanımı, alıcıya tanınan ek sürede edimin ifa edilmemesi şartına bağlanabilirken⁹³, satıcı tarafından tedarikçilerine cezai şart ödenmesi hâlinde kullanılacağı şartına bağlanamaz.

Şartların varlığı hâlinde sözleşme kendiliğinden ortadan kalkmamakta; bunun için satıcının CISG m. 26 uyarınca ortadan kaldırma beyanında bulunması gerekmektedir⁹⁴. Ek sürenin tanındığı hallerde de irade beyanında bulunulması şarttır. Sözleşmenin ortadan kaldırılmasına ilişkin irade beyanının hüküm ve sonuç doğurması için varması da gerekli değildir⁹⁵; satıcının beyanda bulunduğu andan itibaren beyan, taraflar için hüküm ve sonuç doğurur.

Antlaşma'da sözleşmenin ortadan kaldırılmasına yönelik irade beyanı için herhangi bir şekli şart öngörülmemiştir; beyan sözlü, yazılı yahut başka bir yolla yapılabilir⁹⁶. Diğer yandan bildirim içeriğinin, kural olarak satıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma hususundaki iradesini açıkça göstermesi gerekir. Ancak sözleşmenin ortadan kaldırılmasına ilişkin zımni bildirim de, somut olayın şartları çerçevesinde geçerli bir bildirim sayılabilmektedir. Örneğin dava açmak veya ifa menfaatini kapsayacak şekilde tazminat talep etmek, sözleşmenin ortadan kaldırılmasına ilişkin geçerli zımni bildirim kabul edilir⁹⁷.

3. Şartları

Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, alıcının yükümlülüklerini esaslı şekilde ihlâl etmesi ya da alıcıya ek süre tanınmasına rağmen bu süre içerisinde ifanın gerçekleşmemesi durumlarında kullanılabilir. Bu iki hâl, hakkın kullanılması için kümülatif şart niteliğinde değildir; aksine bu iki durum, sözleşmenin ortadan kaldırılmasına ilişkin iki alternatif yolu ifade eder.

⁹³ Schwenger/Schlechtriem, s. 1057; Yelkenci, s. 143.

⁹⁴ Erdem, s. 271; Kanışlı (2016), s. 485. Knapp, s. 468; Magnus, s. 426; Secretariat Commentary, s. 50; Yelkenci, s. 139; Zeytin, s. 258.

⁹⁵ Schwenger/Schlechtriem, s. 1056; Zeytin, s. 256-258. Farklı görüşler için bkz. Yelkenci, s. 145 vd.

⁹⁶ Yelkenci, s. 142; Zeytin, s. 258.

⁹⁷ Schwenger/Schlechtriem, s. 1056.

a. Esaslı İhlâlin Bulunması

CISG m. 25'e göre bir ihlâlin esaslı sayılabilmesi için ihlâl nedeniyle satıcının önemli menfaat kaybına uğraması ve bu kaybın sonuçlarının alıcı tarafından öngörülebilir olması gerekir. Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, kural olarak esaslı bir ihlâlin bulunması durumunda kullanılabilir. Esaslı ihlâlin varlığı hâlinde satıcı, alıcıya ek süre tanımaksızın doğrudan sözleşmeyi ortadan kaldırabilir.

Esaslı şekilde ihlâl edilen yükümlülüğün sözleşmeden ya da Antlaşma'dan kaynaklanmasının; asli veya diğer yükümlülüklerden olmasının bir önemi yoktur⁹⁸. Dolayısıyla alıcının diğer yükümlülüklerinden birinin esaslı şekilde ihlâl edilmesi de, satıcıya sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı sağlar.

i. Semen Ödeme Yükümlülüğünün Esaslı İhlâli

Semen ödeme yükümlülüğünün ifasında temerrüde düşülmesi, ihlâli tek başına esaslı hâle getirmez. Esaslı ihlâl için semen ödeme yükümlülüğünün ifa edilmemesinin, satıcı nezdinde önemli bir menfaat kaybına neden olması ve bu sonucun alıcı tarafından öngörülebilir olması gerekmektedir.

Semen ödeme yükümlülüğünün, belirli bir vadeye bağlandığı durumlarda, zamanında ödeme yapılmaması esaslı bir ihlâl olarak kabul edilmemektedir⁹⁹. Ancak kararlaştırılan vadenin satıcı için yüksek öneme sahip olması durumunda ("*time is of essence*") yükümlülüğün ihlâli, önemli menfaat kaybına sebep olacak ve dolayısıyla esaslı ihlâl teşkil edecektir. Kararlaştırılan ödeme zamanının satıcı tarafından yüksek öneme sahip olup olmadığı ise CISG m. 8 ve 9'a göre yorum faaliyetiyle tespit edilir¹⁰⁰. Örneğin aynı anda ifanın kararlaştırılması, kesin vadenin belirlenmesi (*just in time*), hızlı kur dalgalanmalarının olması, satıcının tedarikçilerine ödeme yap-

⁹⁸ Zeytin, s. 256.

⁹⁹ Sert, s. 234; Sarıkaya, s. 287; Kanişlı (2016), s. 489; Schwenger/Schlechtriem, s. 1046. TGI Strasbourg, 22 Aralık 2006, CISG-Online 1629: Belirli bir vadenin kararlaştırıldığı sözleşmede, alıcının semen ödeme borcunu ifa etmede bir ay gecikmesi esaslı bir ihlâl teşkil etmez.

¹⁰⁰ Sarıkaya, s. 285; Schwenger/Schlechtriem, s. 1047. Kanişlı (2016), 489.

maması durumunda cezai şart ödeyecek olması, sözleşmenin çabuk bozulabilen mallara ilişkin olması ve benzeri durumlarda ödeme zamanının satıcı bakımından yüksek önemi haiz olduğu ve dolayısıyla ihlâlin esaslı ihlâl sebebiyet vereceği mahkemelerce kabul edilmektedir¹⁰¹.

ii. Malı Teslim Alma Yükümlülüğünün Esaslı İhlâli

Semeni ödeme borcundaki durumla paralel şekilde, alıcının mali teslim alma borcunda temerrüde düşmesi, ihlâli tek başına esaslı hale getirmemektedir¹⁰². Ancak bu borcun muacceliyet anının satıcı açısından yüksek önem arz etmesi durumunda yükümlülüğün ihlâli, önemli menfaat kaybına neden olacağından, esaslı bir ihlâl teşkil eder¹⁰³. Örneğin çabuk bozulabilen malların bulunması veya teslimin satıcının işyerinde kararlaştırıldığı durumlarda, ihlâl halinde satıcının depo masrafları yapacak olması ya da satıcının malları korumak için fahiş masraf yapacak olması durumlarında esaslı ihlâlden bahsedilir¹⁰⁴. Benzer şekilde kesin vadenin kararlaştırıldığı hallerde de malın teslim alınmaması esaslı ihlâl sebebiyet verir.

iii. Diğer Yükümlülüklerin Esaslı İhlâli

İfade edildiği üzere, esaslı biçimde ihlâl edilen yükümlülüğün, asli veya diğer yükümlülüklerden birinin olmasının önemi yoktur. Esaslı olduğu sürece diğer yükümlülüklerin ihlâli de satıcıya sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânı sağlar. Örneğin alıcının ödeme için akreditif açtırması kararlaştırılmış ve ödeme açısından tek yolun bu olduğu öngörülmüşse;

¹⁰¹ **Kanışlı** (2016), s. 489; **Knapp**, s. 469; **Sarıkaya**, s. 288; Benzer şekilde kural olarak alıcının iflası hâlinde de esaslı bir ihlâlden bahsedilir. **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1049. Örneğin, kararlaştırılan vadede akreditif açılmamasının ardından, talep edilen ek sürede de bedelin tamamen ödenmemesi ve malların geri kalanının teslim alınmaması esaslı ihlâl oluştura-bilecektir. **Sarıkaya**, s. 286. Çabuk bozulabilen malların satışı açısından alıcının semen ödeme borcunu zamanında getirmesinde yüksek menfaatinin bulunduğuna ilişkin bkz. OLG Düsseldorf, 22 Temmuz 2004, CISG-Online 919. Vadeden iki ay geçtikten sonra semenin %20'sinden az bir kısmının ödenmesinin esaslı ihlâl teşkil edeceği hakkında bkz. USA New York Federal District Court, 29 Mayıs 2009 (Doolim Corp. v. R Doll, LLC, et al).

¹⁰² **Sarıkaya**, s. 291; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1049; **Viscasillas**, s. 92.

¹⁰³ Örneğin teslim almanın kesin vadeli olarak kararlaştırıldığı “*just in time*” sözleşmelerde malı teslim alma borcunun muacceliyet anı, satıcı açısından yüksek önem arz etmektedir. **Sarıkaya**, s. 291; **Kanışlı** (2016), s. 491; **Zeytin**, s. 257.

¹⁰⁴ **Kanışlı** (2016), s. 491; **Sarıkaya**, s. 292 **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1049; **Zeytin**, s. 257.

akreditif açtırma yükümlülüğünün ihlâli halinde sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânı gündeme gelir¹⁰⁵. Benzer şekilde alıcının sözleşmedeki yerinden ithal yasağına geniş ölçüde uymaması durumunda da esaslı bir ihlâlden söz edilir¹⁰⁶. Uygulamada alıcının diğer yükümlülüklerinden birini ihlal edip etmediğini ve bunun zamanını tespit etmek zor olduğundan, ancak alıcının satıcıya edimini ifa etmeyeceğini bildirdiği durumlarda esaslı bir ihlâlin varlığından şüphe edilmemektedir¹⁰⁷.

b. Alıcıya Ek Süre Tanınmasına Rağmen Bu Süre İçinde İfa Etmeme

Sözleşmenin esaslı bir şekilde ihlâl edilip edilmediğinin tespiti kolay değildir. Satıcı, alıcının yükümlülüğünü esaslı şekilde ihlâl ettiğini düşünerek sözleşmeyi ortadan kaldırdıktan sonra, mahkeme nezdinde ihlâlin esaslı olmadığına hükmedilebilir. Bu durumda alıcı tarafından esaslı bir ihlâl gerçekleştirilmeksizin satıcı sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanında bulunmuş olacak; bu nedenle artık satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmesi gündeme gelecektir. Dolayısıyla satıcının sözleşmeyi ortadan kaldırması için en güvenli yol, alıcıya ek süre tanımaktır. Böylelikle satıcı, ihlâlin esaslı olduğuna yönelik ispat yükünden kurtularak sözleşmeyi tereddütsüz bir şekilde ortadan kaldırabilir.¹⁰⁸

Ek süre vasıtasıyla sözleşmeyi ortadan kaldırma yoluna başvurabilmek için esaslı olmayan şekilde ihlâl edilen yükümlülüğün ya asli ya da asli yükümlülüklerin tam ve doğru şekilde ifasına hizmet eden diğer yükümlülüklerden biri olması gerekir¹⁰⁹. Tersinden ifade etmek gerekirse;

¹⁰⁵ **Kanışlı** (2013), s. 77; **Sarıkaya**, s. 296.

¹⁰⁶ **Schwenzer/Schlechtriem**, s.1050. CA, 22 Şubat 1995, CISG-Online 151: Fransız satıcıdan kot satın alan ABD'li alıcı, bunları aralarındaki sözleşmede yer alan yeniden ithal yasağına rağmen Avrupa'ya geri ihraç etmiştir.

¹⁰⁷ **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1050.

¹⁰⁸ **Kanışlı** (2016), s. 488; **Knapp**, s. 459; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1051; **Zeytin**, s. 257. Ek süre tâyini, sözleşmenin ortadan kaldırılmasında alternatif güçlü bir araçtır. **Duncan**, s. 1381.

¹⁰⁹ Diğer bir ifadeyle alıcının yan yükümlülüklerinin semen ödeme veya teslim alma borçlarının bir parçası olup olmaması büyük önem taşımaktadır. Örneğin akreditif hesabı açma gibi, alıcının semeni ödeme borcunun parçası olan yükümlülükler, CISG m. 64/I-b'nin uygulama alanındadır. Buna karşılık alıcının semen ödeme borcunun veya teslim alma borcunun bir parçasını oluşturmayan, alıcının malları belli ülkelere pazarlama ve dağıtma yükümlülüğü ise bu madde kapsamında satıcıya sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı vermeyecektir. **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1050-1051. Ayrıca bkz. **Kanışlı** (2016), s. 491. Benzer şekilde satıcının, alıcının sözleşmede kararlaştırılan malların özelliklerini

asli yükümlülüklerle ilişkisi kurulamayan diğer yükümlülüklerin ihlâlinde ek süre tanınsa dâhi bu sürenin sonunda, sözleşme ortadan kaldırılamaz. Yani asli yükümlülüklerle ilişkisi olmayan diğer yükümlülüklerin, ancak esaslı şekilde ihlâl edilmesi hâlinde sözleşme ortadan kaldırılabilir.

Esaslı olmayan ihlaller bakımından ek süre verilerek sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi için öncelikle satıcının, alıcıya yükümlülüğünü yerine getirmesi amacıyla CISG m. 63/I uyarınca makul uzunlukta bir ek süre tanınması gerekir. Ek süreye rağmen ifanın gerçekleşmemesi yahut bu süre içinde alıcının satıcıya ifayı gerçekleştirilmeyeceğine yönelik bir bildirimde bulunması¹¹⁰ durumunda, satıcı ihlâlin esaslı olup olmadığını dikkate almaksızın sözleşmeyi ortadan kaldırabilir. Örneğin satıcının, alıcının sözleşmede kararlaştırılan malların özelliklerini belirlememesi yükümlülüğünü yerine getirmemesi üzerine; ona ek süre tanınması ve ek sürenin sonuçsuz kalması halinde CISG m. 63/II hükmü uyarınca sözleşmeyi ortadan kaldırması mümkündür¹¹¹.

Sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edilmesi durumunda, ek süre tayin etmeksizin sözleşmenin ortadan kaldırılması mümkündür. Ancak satıcı, esaslı ihlâl olsa dâhi alıcıya yükümlülüklerini yerine getirmesi amacıyla ek süre tanıyabilir¹¹². Bu durumda artık süre sonuçsuz kalana kadar veya süre içinde

belirlememesi yükümlülüğünü yerine getirmemesi üzerine ona ek süre tanınması ve ek sürenin sonuçsuz kalması halinde CISG m. 63/II hükmü uyarınca sözleşmeyi ortadan kaldırması mümkündür. **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1067.

¹¹⁰ **Duncan**, s. 1385. Söz konusu bildirim, alıcının red beyanı olup CISG m. 63/II uyarınca varması gerekli bir irade beyanıdır. **Zeytin**, s. 260. CISG m. 11'in geniş şekilde yorumlanması hâlinde bu bildirim de herhangi bir şekli şarta tabi olmaksızın yapılabileceği sonucuna ulaşılır. **Knapp**, s. 463. Alıcının ifayı gerçekleştirilmeyeceğine yönelik beyanı açık olabileceği gibi, CISG m. 8'in yorumlanması suretiyle zimni de olabilir. **Knapp**, s. 463.

¹¹¹ **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1067. Bu örnekte malın özelliklerini belirleme yükümlülüğü, asli yükümlülüklerin tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet eden diğer yükümlülüklerden birisidir.

¹¹² Bu husus, satıcının CISG m. 64'e göre sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı veren bir ihlâlin bulunmasına rağmen alıcıya ek süre verebileceğini göstermektedir. Yani satıcı, sözleşmeyi ortadan kaldırmak zorunda değildir. **Başoğlu**, s. 354; **Duncan**, s. 1383; **Sarıkaya**, s. 183; **Kanışlı** (2016), s. 486.

Örneğin Seul Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen pamuk tohumu davasında satıcı, alıcıya esaslı bir ihlâl olmasına rağmen ek süre tanımıştır. Bkz. Republic of Korea, 14 Ekim 2010, Seoul High Court (*Pamuk tohumu davası*), CLOUT Case 1278.

alıcının yükümlülüğü yerine getirmeyeceğine ilişkin satıcıya bildirimde bulunmasına kadar sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı kullanılamayacaktır.

4. Sınırları

Alıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, şartları varsa satıcı dilediği zaman sözleşmeyi ortadan kaldırabilir. Viyana Satım Antlaşması'nda sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının sona ermesine ilişkin bir süre öngörülmemiştir. Bu konudaki tek sınır, kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili hukukun öngördüğü zamanaşımı süreleridir.¹¹³

Semenin ödenmiş olduğu bazı durumlarda ise, CISG m. 64/II uyarınca sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına zaman bakımından bazı sınırlamalar getirilmiştir¹¹⁴. Zirâ taraflar arasındaki sözleşme kapsamında satıcının en önemli menfaati semenin ödenmesidir; semenin ödenmesi durumunda satıcının menfaatleri büyük ölçüde karşılanır¹¹⁵. CISG m. 64/II'ye göre sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı; (a) gecikmiş bir ifanın bulunması ve (b) gecikmiş ifa dışındaki bir sözleşmeye aykırılığın bulunması hallerinde zaman bakımından sınırlandırılmıştır. Sınırlamaların geçerli olabilmesi için CISG m. 64/II'ye göre ön şart, semenin ödenmiş olmasıdır¹¹⁶. Zirâ semenin ödenmemiş olması hâlinde satıcı, zaten dilediği vakit sözleşmeyi ortadan kaldırabilir.

Öte yandan satıcının haklarına genel bir sınırlama getiren CISG m. 80 hükmünün, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı açısından da geçerli olduğunu ifade etmek gerekir. Buna karşılık CISG m. 79'a göre alıcının sorumluluktan kurtulması, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına etki etmeyecektir¹¹⁷. Zirâ 79. maddede sorumluluktan kurtulma, yalnızca tazminat sorumluluğu bakımından geçerlidir.

¹¹³ **Magnus**, s. 428; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1053. OLG München, 19 Ekim 2006, CISG-online 1394: Satıcının ifanın gerçekleştirilmesi için ek süre tayin edildikten sonra, altı ay beklemiş olması, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkından vazgeçtiği anlamına gelmez.

¹¹⁴ **Knapp**, s. 471; **Zeytin**, s. 259.

¹¹⁵ **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1055.

¹¹⁶ **Jenkins**, s. 411; **Secretariat Commentary**, s. 50. Semen tamının ödendiği durumlarda CISG m. 64/II uygulama alanı bulur; semenin kısmen ödenmiş olması bu hükmün uygulanması için yeterli değildir. **Knapp**, s. 471.

¹¹⁷ **Zeytin**, s. 256.

a. Geç İfa

Satıcı, alıcının yükümlülüklerini geç de olsa ifa ettiği hallerde, kural olarak sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkına başvuramaz. Ancak CISG m. 64/II-a'ya göre alıcının geç ifası hâlinde satıcı, eğer geç ifayı öğrenmeden önce sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanında bulunursa, yapılan beyan geçerli bir biçimde hüküm ve sonuçlarını doğurur. CISG m. 64/II-a'nın uygulanabilmesi için geç ifanın esaslı bir ihlâl teşkil etmesi gerekir¹¹⁸. Zirâ esaslı olmayan ihlâller açısından sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, ek süre tanınmadığı müddetçe gündeme gelmeyecektir.

Geç ifa, alıcının sonuçta edimini ifa ettiği; ancak ifada geç kaldığı bütün durumları kapsayan bir ifadedir¹¹⁹. Mefhum-u muhalifinden sözleşmeden ya da Antlaşma'dan kaynaklanan bir yükümlülüğün hiç ifa edilmemiş olması; geç ifa dışındaki ihlâli ifade etmekte ve bu da CISG m. 64/II-b'nin uygulanmasını gündeme getirmektedir. CISG m. 64/II-a'daki geç ifa durumunun semen ödeme borcunun dışında malı teslim alma ve diğer yükümlülükler de uygulanması mümkündür¹²⁰. Yâni örneğin malın vadesinden sonra teslim alınması durumunda, satıcı malın teslim alındığını öğrenmeden önce sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına başvurabilecektir¹²¹. Benzer durum, diğer yükümlülükler açısından da geçerlidir.

Geç ifaya ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus da, bunun gerçek anlamda bir sınırlama olup olmadığıdır. Kanaatimizce her ne kadar doktrinde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının sınırları başlığında ifade edilse

¹¹⁸ **Jenkins, Sarah H.** (2013) 'Rejection, Revocation of Acceptance, and Avoidance: A Comparative Assessment of UCC and CISG Goods Oriented Remedies' *Minnesota Journal of International Law*, Cilt: 22, Sayı: 152, s. 412; **Kanışlı** (2016), s. 492; **Knapp**, s. 471.

¹¹⁹ **Knapp**, s. 471; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1053.

¹²⁰ **Knapp**, s. 472; **Kanışlı** (2016), s. 492; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1053; **Zeytin**, s. 259. Bu husus Viyana Satım Antlaşması'nın hazırlık aşamasında da tartışma konusu olmuştur. Tartışma, nihayetinde iki farklı yorumun ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İlkine göre geç ifa, semen ödeme dışındaki yükümlülüklerden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Diğer bir yorum da, tüm yükümlülükler tamamlanana kadar satıcıya sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının tanınmalıdır. İki farklı yorum nedeniyle hükmün değiştirilmesi teklif edilmiş; ancak teklif reddedilmiştir. **Knapp**, s. 472'den naklen "Official Records, II, 412-413".

¹²¹ İfade etmek gerekir ki, malı teslim alma borcunun yerine getirilmemesinin tıpkı semen ödeme borcunda olduğu gibi esaslı şekilde ihlâl edilmiş olması gerekir.

de, geç ifa hâlinde aslında sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının kullanılmasına ilişkin zaman aralığı genişletilmektedir. Zirâ, satıcının geç ifa anına kadar sözleşmeyi ortadan kaldırması mümkün iken, bu hakkı kullanmaması hâlinde; geç ifanın ardından bu haktan yararlanamaması gerekirdi. Ancak CISG m. 64/II-a'da öngörülen hüküm nedeniyle satıcı, geç ifaya rağmen, geç ifayı öğrenmeden önce sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanabilmektedir. Dolayısıyla burada bir sınırlama değil, esasında zaman bakımından bir genişletmenin söz konusu olduğu düşüncesindeyiz.

b. Gecikmiş İfa Dışındaki Bir Aykırılığın Bulunması

CISG m. 64/II-b hükmüyle, gecikmiş ifa dışındaki sözleşmeye aykırılık halleri için çeşitli sınırlamalar öngörülmüştür. Gecikmiş ifa dışındaki sözleşmeye aykırılıktan kast edilen, yukarıda ifade edildiği üzere, yükümlülüğün hiç ifa edilmemiş olmasıdır. CISG m. 64/II'nin uygulanabilmesi için ön şart semenin ödenmesi olduğu için, CISG m. 64/II-b'nin uygulanması en çok, semenin ödendiği, buna karşılık henüz malın teslim alınmadığı durumlarda gündeme gelmektedir¹²². Ancak teorik olarak semenin ödenip malın teslim alındığı; buna karşılık diğer yükümlülüklerin esaslı olarak ihlâl edildiği hallerde de CISG m. 64/II-b hükmü uygulanabilir.

Sınırlamalar, gecikmiş ifa dışındaki sözleşmeye aykırılık halleri için satıcının alıcıya bir ek süre tanıyıp tanımadığına göre ikiye ayrılmaktadır. Satıcının alıcıya ek süre vermediği hâllerde, alıcının gecikmiş ifa dışındaki sözleşmeye aykırılığın satıcı tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği andan itibaren makul bir sürenin geçmesiyle birlikte satıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı sona erer (m. 64/II-b-i). Bir diğer deyişle satıcının makul süre geçmeden sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanması gerekmektedir.

Satıcının alıcıya yükümlülüklerini yerine getirmesi için ek süre tayin etmesi durumunda ise, CISG m. 63/II hükmü devreye girer¹²³. Buna göre alıcıya tanınan ek sürenin geçmesinin ya da alıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasının ardından makul bir sürenin geçmesi durumunda satıcı artık sözleşmeyi ortadan kaldıramaz (m.

¹²² **Kanışlı** (2016), s. 493.

¹²³ **Jenkins**, s. 412; **Secretariat Commentary**, s. 50.

64/II-b-ii). Diğer bir deyişle satıcının, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını makul süre içinde kullanması gerekir; aksi hâlde CISG m. 64/II-b-ii gerçeğince satıcı, bu hakkını kaybedecektir.

CISG m. 64/II-b'de ifade edilen makul süreden ne anlaşılması gerektiği konusunda Antlaşma'da bir hüküm öngörülmemiştir. Makul sürenin belirlenmesinde somut olayın şartları, alıcının yanı sıra makul bir üçüncü kişinin o edimi ifa edebilmesi için gerekli olan süre de dikkate alınmalıdır¹²⁴. CISG m. 64/II'de öngörülen makul süre, niteliği itibarıyla bir hak düşürücü süredir. Dolayısıyla makul süre içerisinde satıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanmaması, hakkın kaybına yol açar. Ancak satıcının bu hakkını kaybetmesi; diğer haklarına, örneğin tazminat yahut aynen ifa talebine hâle getirmeyecektir¹²⁵. Makul süre, ilk durum açısından (m. 64/II-b-i) aykırılığın satıcı tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği zamandan itibaren; ikinci durum (m. 64/II-b-ii) bakımından ise ek sürenin bitmesiyle ya da alıcının ifa etmeyeceğini bildirmesiyle başlar.

5. Sonuçları

Sözleşme ilişkisi, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının kullanılmasısıyla birlikte bir tasfiye ilişkisine dönüşür¹²⁶. Tasfiye ilişkisinin hüküm ve sonuçları CISG m. 81 ilâ 84. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre hakkın kullanılmasısıyla birlikte taraflar, üstlendikleri; ancak henüz yerine getirmediikleri yükümlülükleri ifa etmekten kurtulur. İfası gerçekleşmiş edim ve yararların ise iadesi gerekecektir. Bunun dışında satıcının zararının karşılanması için CISG m. 74 uyarınca tazminat talep etmesi de mümkündür¹²⁷.

¹²⁴ Knapp, s. 473; Schwenger/Schlechtriem, s. 1055; Yılmaz, s. 147.

¹²⁵ Schwenger/Schlechtriem, s. 1056.

¹²⁶ Kanişlı (2016), s. 493; Knapp, s. 468; Magnus, s. 431; Secretariat Commentary, s. 51; Schwenger/Schlechtriem, s. 1290; Yelkenci, s. 163.

¹²⁷ Yelkenci, s. 204. Birçok hukuk sisteminin aksine; Antlaşma, sözleşmenin ortadan kaldırma hakkının kullanılmasını, sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülüklerin sona ermesi sonucuna bağlamamış (Vilus, s. 257); tazminat hakkının devamını sağlamıştır. Knapp, s. 468.

C. TAZMİNAT TALEP ETME HAKKI

Sözleşmenin alıcı tarafından ihlâli halinde başvurulabilecek yollardan bir diğeri, satıcının alıcıdan tazminat talebinde bulunmasıdır. Tazminat imkânıyla; alıcı yükümlülüklerini yerine getirmiş olsaydı satıcının içinde bulunacağı durum ile satıcının mevcut durumu arasındaki farkın giderilmesi amaçlanır¹²⁸. Bu hak aynen ifa talebiyle birlikte kullanılabilir¹²⁹. Tazminat hakkına ilişkin düzenlemeler Antlaşma'nın 74 ilâ 77. maddelerinde yer almaktadır: 74. maddede tazminat talep etme hakkına ilişkin genel çerçeve çizilmiş; 75 ve 76. maddelerde sözleşmenin ortadan kaldırılması hâlinde tazminatın hesaplanmasına yönelik somut ve soyut yöntem belirtilmiş¹³⁰; 77. maddede ise zararı azaltma külfeti düzenlenmiştir.

Tazminat talep etme hakkına ilişkin olarak Antlaşma'da öngörölmüş iki temel ilke bulunmaktadır. İlki olan parayla tazmin ilkesine göre, satıcı, alıcıdan aynen tazmini talep edememekte; yalnızca nakden tazmin talebinde bulunabilmektedir¹³¹. Diğeri bir ilke olan öngörülebilirlik ilkesine göre CISG m. 74/c.2 uyarınca ancak alıcının sözleşmenin kurulması aşamasında öngörülebildiği zararlar talep edilebilir¹³².

¹²⁸ **Kanışlı** (2016), s. 494. Fark teorisinin kabul edildiğine ilişkin bkz. **CISG-DK Görüşü**, No: 6; m. 3, 8 ve 9.

¹²⁹ CISG m. 61/II'ye göre satıcı sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanarak tazminat talep etme hakkından hiçbir şekilde vazgeçmiş olmaz. **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1058.

¹³⁰ **Magnus**, tazminat, s. 292-293. Tazminatın hesaplama yöntemlerine ilişkin olarak CISG Danışma Kurulu, altı maddelik bir görüş hazırlamıştır. Bkz. **CISG-DK Görüşü** No. 8, CISG Madde 75 ve 76 Uyarınca Tazminatın Hesaplanması, 15 Kasım 2008, <http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_8_SON.pdf> s.e.t. 03.04.201.

¹³¹ **Erdem**, s. 277; **Magnus**, tazminat, s. 290; **Dayioğlu**, s. 78. Yâni, bazı hukuk sistemlerinin aksine, aynen tazmin yerine nakden tazmin prensibi kabul edilmiştir. **Kanışlı** (2016), s. 494; **Winship, Peter** 'Remedies Under The United Nations Sales Convention': Şipka, Şükran/Yıldırım, Ahmet Cemil (Editörler) (2012) Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul, On İki Levha, s. 220. Ayrıca CISG Danışma Kurulu'nun 6 nolu görüşüne göre, CISG m. 74 tam tazmin ilkesini yansıtmaktadır. **Dayioğlu**, s. 71. Tazminatın kapsamı ve ispatına ilişkin çeşitli hususlar bu görüşte belirtilmektedir. Bkz. **CISG-DK Görüşü No. 6**, CISG Madde 74 Uyarınca Tazminatın Hesaplanması, 2006, <http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_6_SON.pdf> s.e.t. 03.04.2018. Zararın hesaplanmasına yönelik olarak "common law" sisteminin etkileri için bkz. **Vilus**, s. 247 vd.

¹³² **Dayioğlu**, s. 77.

Tazminat talep etme hakkının gündeme gelebilmesi için; (i) alıcının yükümlülüklerinden birini ihlâl etmesi, (ii) zararın ve (iii) ihlâl ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir¹³³. Kusurdan bağımsız olan tazminat talep etme hakkında, ihlâl esaslı bir ihlâl olması aranmamaktadır. Antlaşma'da fiili zararların yanı sıra mahrum kalınan kârların da talep edilebileceği hükme bağlanmıştır¹³⁴ (CISG m. 74; c. 1). Buna karşın doğrudan dolaylı zarar ayırımı yapılmamıştır; doktrinde her iki zarar türünün de talep edileceği kabul edilmektedir¹³⁵. Neticede öngörülebilirlik ilkesinin çizdiği sınırları aşmayacak şekilde dolaylı zararlar da talep edilebilir.

Antlaşma'da tazminat talep etme hakkına yönelik çeşitli sınırlamalar öngörülmüştür. İlk olarak CISG m. 77'ye göre satıcı, alıcının sözleşmeyi ihlâl etmesi nedeniyle ortaya çıkan zararı azaltma külfeti altındadır. Satıcı, bu külfeti yerine getirmediği ölçüde, tazminat hakkını yitirir¹³⁶. Alıcının CISG m. 79'a göre sorumluluktan kurtulması hâlinde, satıcı tazminat talebinde bulunamaz. Ayrıca CISG m. 80'e göre ihlâlın satıcının fiillerinden ya da ihmalden kaynaklanması ve taraflar arasında bir sorumsuzluk antlaşmasının yapılmış olması hâlinde de alıcıdan tazminat talebinde bulunulamayacaktır.

D. ÖZEL DURUMLAR

Alıcının sözleşmeden ya da Antlaşma'dan kaynaklanan yükümlülüklerini ifa etmemesine ilişkin olarak Antlaşma'da öngörülmüş bazı özel durumlar bulunmaktadır. Bu kapsamda sırasıyla; CISG m. 71'de düzenlenen ifayı askıya alma hakkı, CISG m. 72'de düzenlenen alıcının ifa tarihinden önce sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceğinin aşikâr olması, CISG m. 65'te düzenlenen satıcının malın özelliklerini belirleme hakkı ve CISG m. 73'te düzenlenen art arda teslimli sözleşmelerde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına ilişkin durumlar incelenecektir.

¹³³ Erdem, s. 281-282; Kanişlı (2016), s. 495.

¹³⁴ Magnus, tazminat, s. 291.

¹³⁵ Kanişlı (2016), s. 495.

¹³⁶ Vilus, s. 251.

1. İfayı Askıya Alma Hakkı

Alicının sözleşmeden ya da Antlaşma'dan kaynaklanan yükümlülüklerini ifa etmemesine ilişkin özel durumlardan ilki CISG m. 71'de düzenlenen ifayı askıya alma hakkıdır. Satıcı, alıcının yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, şartların varsa kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir¹³⁷. Bu yola başvurmasıyla birlikte, satıcının kendi yükümlülüklerini ifa etmemesi, artık bir sözleşmeye aykırılık durumu oluşturmayacaktır¹³⁸.

İfayı askıya alma hakkının kullanılabilmesi için Antlaşma'da belirlenen iki durumdan birinin varlığı gerekir¹³⁹. Buna göre ilk olarak alıcının ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik (*serious deficiency*) nedeniyle, yükümlülüklerinin esaslı bir kısmının ifa edilmeyeceğinin anlaşılması durumunda, satıcının kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alma hakkı bulunmaktadır. Diğer durum ise alıcının ifaya hazırlığı yahut ifası esnasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmının ifa edilmeyeceğinin anlaşılması hâlidir; satıcı bu durumda da kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir.

İfayı askıya alma hakkını kullanmak isteyen satıcının, bu durumu derhal alıcıya bildirmesi gerekir (CISG m. 71/III). Bildirimde alıcıdan sözleşmeyi ifa edeceğine dair yeterli teminat göstermesi talep edilir; teminatın gösterilmesi durumunda satıcı ifaya devam etmek zorundadır; yükümlülüklerini askıya alamaz.

İfayı askıya almaya sebebiyet veren durumlardan birinin çıkmasından önce, satıcının malları göndermiş olması durumunda, satıcı şartların varlığı halinde ifayı askıya alma hakkına dayanarak malların alıcıya verilmesini engelleyebilir (CISG m. 71/II). Alıcının elinde, kendisine bu malları edinme hakkı veren bir belgenin bulunması da sonucu etkilemeyecektir.

Satıcının kendi yükümlülüklerini askıya alması, alıcıdan tazminat talep etme hakkını engellemektedir¹⁴⁰. Satıcı bu durumda dâhi CISG m. 74'e dayanarak zararlarının tazmin edilmesini talep edebilir.

¹³⁷ Erdem, s. 277; Vilus, s. 242.

¹³⁸ Kanışlı (2016), 497.

¹³⁹ Vilus, s. 242; Kanışlı (2016), 497.

¹⁴⁰ Kanışlı (2016), s. 497.

2. Alıcının İfa Tarihinden Önce Sözleşmeyi Esaslı Şekilde İhlâl Edeceğinin Aşikâr Olması

Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, kural olarak ihlâlden sonra kullanılabilir. Ancak CISG m. 72'deki düzenleme uyarınca, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının ihlâlin fiilen gerçekleşmesinden önce de kullanılabilmesi mümkündür. Buna göre alıcının kararlaştırılan ifa tarihinden önce sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceğinin aşikâr olması durumunda satıcı sözleşmeyi ortadan kaldırabilir¹⁴¹.

Satıcının, ifa zamanından önce sözleşmeyi ortadan kaldırabilmesi için her şeyden önce gerçekleşecek ihlâl riskinin esaslı olması gerekir. Hakkın kullanımına ilişkin bir diğer şart ise ihlâlin gerçekleşeceğinin aşikâr olmasıdır. Kararlaştırılan ifa zamanından sonra ihlâl gerçekleşseydi, satıcı sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına sahip olacak idiye, bu durumda ihlâlin gerçekleşeceğinin aşikâr olmasından ve dolayısıyla CISG m. 72'nin uygulanmasından söz edilir¹⁴². İfa zamanından önce sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının kullanılabilmesi için bir diğer şart ise satıcının süre elverdiği takdirde karşı tarafa, yükümlülüklerinin ifasına dair yeterli teminat göstermesine imkân sağlamak amacıyla bildirimde bulunmasıdır. Ancak karşı tarafın, yükümlülüklerini ifa etmeyeceğini beyan etmesi hâlinde böyle bir bildirimde bulunmaya ihtiyaç yoktur¹⁴³ (CISG m. 72/III).

3. Satıcının Malın Özelliklerini Belirleme Hakkı

Sözleşme uyarınca malın şeklinin, ölçüsünün ve diğer niteliklerinin belirlenmesi alıcıya bırakılabilir. Bu durumda alıcının, malı teslim alma yükümlülüğünün bir parçası olarak¹⁴⁴ malın niteliklerini belirlemesi gerekmektedir. Malın niteliklerinin alıcı tarafından belirlenmesi, aynı zamanda aynen ifa talebinin yerine getirilmesini de kolaylaştırır.

¹⁴¹ Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını sağlayan bu durum için Anglosakson hukukunda "beklenen ihlâl" (*anticipatory breach*) kavramı kullanılmaktadır (Jenkins, s. 413). Türk doktrininde bu durum, "öne alınmış sözleşme ihlali" olarak çevrilmiştir (Bkz. Kanişlı (2016), s. 498); ancak kanaatimizce çevirinin doğrudan müessese ismi olarak değil; CISG m. 72'nin unsurları vasıtasıyla yapılması daha isabetli olacaktır. Madde hükmünden hareketle "alıcının ifa tarihinden önce sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceğinin aşikâr olması" ifadesinin kullanılması gerektiğini düşünmekteyiz.

¹⁴² Erdem, s. 276-277; Jenkins, s. 414; Kanişlı (2016), s. 498.

¹⁴³ Vilus, s. 246.

¹⁴⁴ Zeytin, s. 260; Kanişlı (2016), s. 499; Örneğin alıcı 1 Nisan tarihinde, 1 Ekim'den önce teslim edilecek şekilde satıcıdan 1000 çift ayakkabı siparişi vermiş olabilir. Yapılan

Kararlaştırılmasına rağmen alıcının malın niteliklerini belirlememesi durumunda satıcı, diğer seçimlik haklarının yanı sıra CISG m. 65'e dayanarak malın niteliklerini bizzat belirleme hakkını kullanabilecektir. Satıcının malın niteliklerini belirleyebilmesi için Antlaşma'da iki kümülatif şart öngörülmüştür. İlk olarak taraflar arasındaki sözleşmeyle malın özelliklerinin alıcı tarafından belirleneceğinin kararlaştırılması gerekir¹⁴⁵. İkinci olarak alıcının, belirlenen bu yükümlülüğü kararlaştırılan tarihte veya satıcının kendisine bu yöndeki talebinin¹⁴⁶ ulaşmasından itibaren makul bir süre içinde yerine getirmemiş olması gerekir¹⁴⁷. Bu durumda satıcı, sahip olduğu diğer haklara hanel gelmeksizin alıcının, satıcı tarafından bilinebilecek ihtiyaçlarına göre, malların özelliklerini tek taraflı olarak belirleyebilecektir. Belirlenen özelliklerin her iki taraf açısından hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, CISG m. 65/II uyarınca bunların alıcıya bildirilmesi ve ona aksi yönde bir belirleme yapabilmesi için makul bir sürenin tanınması gerekir. Belirlenecek makul sürenin, alıcının ihtiyaçları dikkate alınarak ona malın özelliklerini belirleme imkânı sağlayacak bir süre olması gerekmektedir¹⁴⁸.

Makul süre içinde, alıcının satıcının aksine bir belirleme yapmaması durumunda, satıcı tarafından belirlenen özellikler her iki taraf bakımından da bağlayıcı olacaktır. Dolayısıyla makul sürenin bitiş anından itibaren alıcının, malın nitelik ve özelliklerini belirleme hakkı tümüyle sona erer. Buna karşılık alıcının, makul süre içerisinde farklı özellikler belirlemesi durumundaysa alıcının belirlediği özellikler, her iki taraf açısından bağlayıcı olacaktır¹⁴⁹.

sözleşmede alıcının, satıcıya 1 Eylül'e kadar ayakkabıların stillerini ve büyüklüklerini bildireceği kararlaştırılmış olabilir. **Knapp**, s. 477. Bu durumda alıcının malın özelliklerini belirlemesi, malı teslim alma yükümlülüğünün bir parçasıdır.

¹⁴⁵ **Sert**, s. 236; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1062; **Zeytin**, s. 261.

¹⁴⁶ Satıcının talebini içeren irade beyanı, niteliği itibarıyla varması gerekli bir irade beyanıdır. Madde hükmünde geçen "ulaşmasından itibaren" tabiri, açık bir şekilde CISG m. 27'nin uygulanmayacağı anlamına gelmektedir. **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1063. **Zeytin**, s. 261

¹⁴⁷ **Knapp**, s. 477; **Schwenzer/Schlechtriem**, s. 1063. **Sert**, s. 236.

¹⁴⁸ **Knapp**, s. 478. Malın teslim tarihi yaklaştıkça, makul sürenin de kısalması gerekir. **Zeytin**, s. 261.

¹⁴⁹ Alıcının malın özelliklerini belirleyen irade açıklaması, gönderme anından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. **Zeytin**, s. 261.

4. Art Arda Teslimli Sözleşmeler Açısından Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma Hakkı

Alıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesine ilişkin özel durumlardan bir diğeri de art arda teslimli sözleşmeler açısından ihlâlin meydana gelmesidir¹⁵⁰. CISG m. 73'e göre art arda teslimin kararlaştırıldığı bir sözleşmede, alıcının belirli bir teslimata özgü yükümlülüklerini ifa etmemesinin esaslı bir ihlâl teşkil etmesi durumunda, kural olarak satıcının yalnızca o teslimata yönelik olarak sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı bulunmaktadır. Ancak o teslimata ilişkin yükümlülüklerden birinin ihlâl edilmiş olması, gelecekte gerçekleştirilecek teslimatlara yönelik olarak esaslı ihlâl oluşturma konusunda ciddi bir risk taşıyorsa, satıcı makul bir süre içerisinde sözleşmeyi geleceğe etkili olacak şekilde ortadan kaldırabilir (CISG m. 73/II). Son olarak o teslimata özgü ihlâlin, geçmişte yapılan teslimatları etkilemesi halinde, sözleşme geçmişe etkili olarak da ortadan kaldırılacaktır (CISG m. 73/III)

SONUÇ

1 Ağustos 2011'den bu yana Türk Hukukunun yürürlük kaynaklarından biri olan Viyana Satım Antlaşması'na göre alıcının yükümlülükleri; semenin ödenmesi, malın teslim alınması ve diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesinden ibarettir. Bu yükümlülüklerin ihlâli halinde satıcının hangi haklara sahip olduğunu ihlâlin türü değil derecesi, yani esaslı olup olmadığı belirler. Zirâ Antlaşma'nın ifa engellerine yönelik bütüncül bakış açısı bu sonucu zorunlu kılmaktadır. Neticede esaslı olmayan ihlâl durumunda satıcı, aynen ifayı talep etme ve tazminat talebinde bulunma haklarına sahipken; esaslı ihlâlin bulunması durumunda ise sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını da doğrudan kullanabilmektedir.

Alıcının yükümlülükleri açısından yapılan asli - diğer yükümlülükler ayrımıyla, esaslı ve esaslı olmayan ihlâl ayrımı birbiriyle örtüşmemektedir. Bir başka deyişle asli yükümlülüğün ihlâli her zaman için esaslı bir ihlâl vücut vermeyeceği gibi, kimi zaman diğer yükümlülüklerden birinin ihlâli ise esaslı bir ihlâl teşkil edebilir.

¹⁵⁰ Jenkins, s. 419; Kanışlı (2016), s. 499; Knapp, s. 471; Vilus, s. 246.

Antlaşma kapsamında alıcıya yükümlülüklerini yerine getirmesi amacıyla, ek süre tanınabilir. Esaslı olmayan bir ihlâlin varlığı durumunda, tanınan ek sürenin sonuçsuz kalmasıyla ihlâl, *adeta* esaslı bir ihlâlâle dönüşmektedir. Ancak bu dönüşüm, yalnızca ihlâlin sonuçları bakımından geçerlidir. Yani ek süre örneğin esaslı olmayan ihlâlde de sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının kullanılmasına imkân sağlar. Yoksa esaslı olmayan bir ihlâl, ek sürenin tanınmasıyla birlikte teknik anlamda esaslı ihlâlâle dönüşmez.

Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına ilişkin önemli problemlerden birisi de terminolojidir. Antlaşma'nın ifa engellerine bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşması ve "*avoidance*"ın sınırlarının Türk/İsviçre hukukundaki "*dönme*"nin sınırlarından daha geniş olması nedenleriyle bu müessesenin "*dönme hakkı*" yerine "*sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı*" olarak ifade edilmesinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Son olarak sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının sınırlanması hâllerine ilişkin olarak doktrindeki hâkim görüşün aksine, geç ifa durumunun gerçek anlamda bir sınırlama teşkil etmediği kanaatindeyiz. Zira normal şartlarda gecikmiş de olsa ifanın ardından satıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanamaması gerekirken, CISG m. 64/II-a hükmü gereğince satıcı, geç ifayı öğrenmeden önce bu hakkı kullanabilmektedir. Dolayısıyla hakkın kullanılmasına ilişkin zaman aralığı daraltılmamakta, aksine genişletilmektedir.

KAYNAKÇA

Akipek Öcal, Şebnem; ‘Türk Hukuku Açısından Viyana Satım Sözleşmesi’: Temel, Erhan (Editör) (2015) Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Ankara, Adalet.

Atamer, Yeşim (2008) Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış: Milletlerarası Satım Hukuku, İstanbul, On İki Levha.

Başoğlu, Başak; ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Aynen İfa ve Bunun Tarihsel Arka Planı’: Okur, Sinan (Editör) (2016) Milletlerarası Mal Satım Hukuku, Ankara, Adalet.

Bortolotti, Fabio (2006) ‘Remedies Available to the Seller and Seller’s Right to Require Specific Performance (Articles 61, 62 and 28)’ Journal of Law and Commerce, Cilt: 25, Sayı: 1, s. 335-338.

Chengwei, Liu (2004) ‘Comparison of CISG Article 45/61 remedial provisions and counterpart PECL Articles 8:101 and 8:102’ Guide to Article 45, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp45.html>> s.e.t. 29.06.2018.

CISG-DK Görüşü No. 6, CISG-DK Görüşü No. 6, CISG Madde 74 Uyarınca Tazminatın Hesaplanması, 2006, <http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_6_SON.pdf> s.e.t. 29.06.2018.

CISG-DK Görüşü No. 8, CISG Madde 75 ve 76 Uyarınca Tazminatın Hesaplanması, 15 Kasım 2008, <http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_8_SON.pdf> s.e.t. 29.06.2018.

CISG-DK Görüşü No. 9, Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları, 15 Kasım 2008, <http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_9_SON.pdf> s.e.t. 29.06.2018.

CISG-DK Görüşü; No. 11, Alıcının Ödeme Borcu Kapsamında CISG Uyarınca Belgelerden Doğan Sorunlar, 03 Ağustos 2012, <http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_11_SON.pdf> s.e.t. 29.06.2018.

CISG-DK Görüşü; No. 14, CISG Madde 78 Uyarınca Faiz, 21 Ekim 2013, <http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_14_SON.pdf> s.e.t. 29.06.2018.

Dayıoğlu, Yavuz (2011) CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul, On İki Levha.

Duncan, John C. (2000) 'Nachfrist Was Ist? Thinking Globally and Acting Locally: Considering Time Extension Principles of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Revising the Uniform Commercial Code' Brigham Young Law Review, s. 1363-1411.

Eren, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin.

Erdem,ERCÜMENT (2013) 'Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, s. 259-288.

Flechtner, Harry M. (1988) 'Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C.' Journal of Law and Commerce, Cilt 8, s. 53-108.

Huber, Peter/Mullis, Alastair (2007) The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners, München, European Law Publishers.

Jenkins, Sarah H. (2013) 'Rejection, Revocation of Acceptance, and Avoidance: A Comparative Assessment of UCC and CISG Goods Oriented Remedies' Minnesota Journal of International Law, Cilt: 22, Sayı: 152, s. 1-50.

Işıntan, Pelin (2013) 'Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, s. 161-181.

Kanışlı, Erhan (2013) CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, İstanbul, On İki Levha.

Kanışlı, Erhan; 'CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Satıcının Hakları': Okur, Sinan (Editör) (2016) Milletlerarası Mal Satım Hukuku, Ankara, Adalet.

Karollus, Martin (1995) 'Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994' Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, s. 51-94.

Kaya, Cansu (2012) CISG Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, İstanbul, On İki Levha.

Kee, Christopher/Munoz, Edgardo (2009) 'In Defence of The CISG' Deakin Law Review, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 99-123.

Koch, Robert (1998) 'The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)' Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, s. 177-354.

Knapp, Victor 'Article 61-65': Bianca-Bonell (Editör) (1987) Commentary on the International Sales Law, Milan, s. 442-482.

Magnus, Ulrich (2005) 'The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG - General Remarks and Special Cases' Journal of Law and Commerce, Haziran, Sayı: 25, s. 423-436.

Sarıkaya, Murat (2017) CISG Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, İstanbul, Filiz.

Schwenzer/Schlechtriem (2015) Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul, On İki Levha.

Secretariat Commentary (1978) Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UN DOC. A/CONF. 97/5.

Sert, Selin (2013) Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul, Vedat.

Sevon, Leif (1990) 'Obligations of the Buyer under the Vienna Convention on the International Sale of Goods' Suomalainen Lakimiesten Yhdistys: - Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, Cilt 126, s. 327-343.

Schlectriem, Peter (2006) ‘Subsequent Performance and Delivery Deadlines - Avoidance of CISG Sales Contracts Due to Non-conformity of the Goods’ *Pace International Law Review*, Sayı: 1, s. 83-98.

Toker, Ali Emrah (2014) ‘Viyanalı Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali’ *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 33, Sayı: 1, s. 213-250.

Vilus, Jelena (1986) ‘Provisions common to the obligations of the seller and the buyer’ *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Ocena, s. 239-264.

Viscasillas, Pilar Perales (2005) ‘The Nachfrist Remedy’ *Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Singapore, s. 89-102.

Winship, Peter ‘Remedies Under The United Nations Sales Convention’ : Şıpka, Şükran/Yıldırım, Ahmet Cemil (Editörler) (2012) *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e göre Satış Sözleşmeleri*, İstanbul, On İki Levha.

Yelkenci, Işıl (2014) *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, İstanbul, On İki Levha.

Yılmaz, Süleyman (2013) *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları*, Ankara, Yetkin.

Zeytin, Zafer (2015) *Milletlerarası Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce makaleler yayınlanmaktadır.
3. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basılabileceğini kabul ettikleri varsayılır. Bilimsellik ölçütlerine uymadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışı içerdiği tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınır. Belirtilen inceleme sonucu uygun bulunan yazılar yayımlanır. Yayınlanması uygun bulunmayan yazılara ait hakem değerlendirme formları yazarına e-posta yoluyla iletilir. Yayınlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
5. Dergimize ulaşan yazılar gönderiliş tarihlerine göre sıralanarak hake-me gönderilir ve hakem raporlarının geri dönüş tarihine göre sıraya konularak yayımlanır.
6. Dergiye gönderilen makaleler 3.000 kelimedenden az ve 15.000 kelimedenden çok olamaz. Her makalede 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Makalenin başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce yazılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

8. Dergide yayınlanan çalışmaların idari, bilimsel ve her türlü sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.
9. Makaleler ybhukukdergisi@ybu.edu.tr adresine e-posta yoluyla gönderilmelidir. Yazarların; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belge de aynı adrese gönderilmelidir.
10. Yazıların yayınlanıp yayınlanmayacağı yapılacak olan hakem denetimine uygun olarak Yayın Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve yazarına e-posta yolu ile bildirilir.
11. Yayınlanacak yazıların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır.
12. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere yazı gönderen Yazar bunu kabul etmiş sayılır.
13. Dergide, makaleler dışında; *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
14. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
15. Yazılar 'Microsoft Word' programında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı normal stil olmalıdır.
16. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÛMÛ BÛYÛK HARF

A. KALIN ve TÛMÛ BÛYÛK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

17. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
18. Yayınlarımızın resmi web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

Atıf Kuralları

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (**Yazarın Soyadı**, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (**Yazarın Soyadı (YIL)**, atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a, b harfleri konulmalıdır (**Yazarın Soyadı (YILa veya YILb)**, atıf yapılacak sayfa).
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.25.

Örnek Kısa Atıf:

Uşan, s.25.

İki yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı/İkinci Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

İlk atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Örnek Kısa Atıf:

Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri, s.13.

EDİTÖRLÜ KİTAP

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Dülger, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Bası, Konya, Sayram.

KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) "Makale adı": Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2014) "İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi": Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

ÇEVİRİ KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Baskı, Ankara, Dost).

ELEKTRONİK KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in Law Turkey, <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

ELEKTRONİK KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) "Makale adı": Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) "Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board": Gasser, Urs/Budish, Ryan/ West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> s.e.t. 10.08.2015.

MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) "Makale adı", Dergi adı, C: (^Cilt), S: (^Sayı), s. İlk-Son sayfa aralığı.

Örnek Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

Örnek İlk Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", Kamu-İş, C:10, S:1, s.20.

Örnek Kısa Atfı:

Uşan, s.22.

ELEKTRONİK MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) "Makale adı", ^Dergi adı <internet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2003) "Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı", e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

KONFERANS TEBLİĞİ

Yazarın Soyadı, Adı (^Basım Yılı) "Tebliğin Başlığı", Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans adı, Tarih, Yer.

Örnek:

Uşan, M. Fatih "Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği": Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

TEZ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) "Tez Başlığı", (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek:

Kılınç, Ahmet (2013) "Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir" (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

MAHKEME KARARI

^**Dava Adı**, Mercii, ^Başvuru no, ^E.; K.; T.; ^Kaynak

Örnek 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Örnek 2:

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İNTERNET ADRESİ

Soyadı, Adı, Mecra, Başlık, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

-İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: **Uşan**, dn. 24.

RAPOR

Soyadı, Adı (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No: , <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent (2011) İstanbul Ticaret Odası, "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINES

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal that is being published semiannually.
2. The journal publishes articles written in Turkish, German, French, and English.
3. It is assumed as authors have reviewed articles which are submitted to the journal and approve that they can be published as are. Articles, which were found in unconformity with scientificity criteria and include misspelling above average, are refused by editorial board.
4. The articles are send at least two referee for review depending on the first decision of the Editorial Board. According to blind peer review system, author names are concealed from the article before sending. Upon the request of correction report of the referee, the author can only make changes in the framework of the amendment report. If the report of one referee results in a positive and the other one results in a negative assessment, the writing will be send to the editor or a third referee for review. The writing can be published only if found appropriate by the editor or referees. A "Referee Assessment Form" for articles that have not been qualified for publication, is sent by e-mail to the author of the article. Unpublished articles will not be sent back to the author.
5. The articles are processed with the date of sending and published with respect to date of return of referees.
6. Articles that are sent to the journal can not be less than 3000 or more than 15.000 words. Each article should include a summary of 150-250 words and 5 to 10 key words. The summary and key words should also written in English.
7. The articles which are submitted to the journal must be unpublished elsewhere.
8. The whole responsibility of the submissions belongs to the concerned author.

9. Articles should be emailed to ybhukukdergisi@ybu.edu.tr. Authors should notify about their degree, mission agencies, contact addresses, phone numbers and e-mail addresses.
10. Whether the article is going to be published is determined within one month and announced by e-mail to authors.
11. If the articles are accepted for publication, as including the full text electronically, all broadcasting rights to publish belong to Yıldırım Beyazıt University. Authors are deemed to have accepted to transfer the copyright to the University.
12. Apart from articles that are reviewed and qualified for publication by referee is also given place in the journal to book reviews, legislative assessments and informative remarks. The acceptance or refusal of such writings is made by editorial board.
13. Studies that do not return from referee review in due of time, are evaluated in the next issue unless otherwise stated by its author.
14. Articles should be written in the “Microsoft Word” Program with font type Times New Roman, font size 12, normal style and aligned to the left and the right.
15. Titles within the text should be organized as follows:
 - I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD**
 - A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD**
 - 1. Only First Letters Capital and Bold**
 - a. Only First Letters Capital and Regular
 - i. Only First Letters Capital and Regular
16. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be shown as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
17. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

Rules of Citation

1. The articles that are submitted for Yildırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. Unless there is no rules in this attribution system, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. If it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article citation should be with abbreviation such (Author's Surname, page to be cited) maintained. If to more than one treatise of same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating of year (Author's Surname (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author's surname and first name should be bold in first place where cited to it and bibliography; in the ongoing parts of article the only the Author's surname should be bold in footnotes.
7. If there is information on the issue of resource type, "^" sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The "l.a.d." expression refers to the date of last access.

BOOK

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example in First Citation and Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p.25.

Short Citation Example:

Uşan, p.25.

In case of two author:

Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of four and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

Example in First Citation and Bibliography:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Short Citation Example:

Özbek/Doğan/Bacaksız and others, s.13.

EDITED BOOK

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example:

Dülger, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

BOOK SECTION

Author's Surname, Name (Year) "Article title": Editor's Surname, Name (Editor/s), Book title, Edition, City, Publisher.

Example:

Uşan, M. Fatih (2014) "İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi": Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications.

TRANSLATION BOOK

Author's Surname, Name (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher).

Example:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost).

ELECTRONIC BOOKS

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in law Turkey, <<http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> l.a.d. 10.08.2015.

ELECTRONIC BOOK CHAPTER

Author's Surname, Name "Article's Name": Editor's Surname, Name (Year)
Book's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) "Multistakeholder as Governan-ce Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improve-ment Board": Gasser, Urs/Budish, Ryan/ West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> l.a.d. 10.08.2015.

ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article's Name", Journal's Name, I: (^Issue)
V: (^Volume), The first-last page range.

Example in Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Example in Firs Citation:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları" Kamu İş, I:1, V:10, p.20

Short Citation Example:

Uşan, p.22.

ELECTRONIC ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article's Name", ^Journal's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) "Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı", e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> l.a.d. 28.07.2015.

CONFERENCE PROCEEDING

Author's Surname, Name (^Year) "Title of the Annunciation", Editor's Surname, Name (Editor/s), Conference Name, Date, Place.

Example:

Uşan, M. Fatih, "Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği": Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry - Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

THESIS

Author's Surname, Name (Year) "Thesis Head" (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example:

Kılıç, Ahmet (2013) "Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir" (Doctorate), Gazi University, Institute of Social Sciences.

COURT DECISION

^**Case Name**, Mercier, ^Application No, ^E:, K:, T:, ^Citation.

Example 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Example 2:

Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

WEB ADDRESS

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example:

Uşan, fn. 24.

THE REPORT

Surname, Name, Institution (Year) Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, Istanbul Chamber of Commerce (2011) "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> l.a.d. 07/27/2015.